POSITIVE MAßNAHMEN

Rechtliche Grundlagen im öffentlichen Dienst

BERLIN

Rechtliche Grundlagen positiver Maßnahmen im öffentlichen Dienst

Rechtsgutachten im Auftrag
der Senatsverwaltung für Finanzen des Landes Berlin

Prof. Dr. Michael Wrase und Dr. Paulina Holle
Professur für Öffentliches Recht mit den Schwerpunkten Sozial- und Bildungsrecht,
Universität Hildesheim / Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB)

Berlin, Februar 2024

Das Rechtsgutachten wurde von Prof. Dr. Michael Wrase und Dr. Paulina Holle in Unabhängigkeit erstellt. Es gibt nicht die Rechtsauffassung der Abteilung Landespersonal wieder.

Inhalt

A. Kurzzusammenfassung 6

B. Gutachten 7

I. Gutachtenauftrag 7

II. Positive Maßnahmen im Öffentlichen Dienst des Landes Berlin: Rechtliche Einordnung, Begriffsbestimmung und Eingrenzung 7

1. Rechtliche Grundlagen von positiven Maßnahmen im Bereich Personalwesen 7

2. Klärung: „unterrepräsentierte“ bzw. „benachteiligte“ Gruppe 13

III. Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen 16

1. Rechtlicher Rahmen für die Einführung positiver Maßnahmen bei Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen in der Berliner Verwaltung 16

2. Materielle Zulässigkeit einzelner positiver Maßnahmen 40

3. Umgang mit „Kollisionsfällen“ 60

4. Sonderfall: „Subjektive Definition“ von Diversity Dimensionen 63

5. Rechtsfragen im Rahmen des PartMigGG 68

IV. Maßnahmen im Beschäftigungsverhältnis 76

1. Anerkennung der personenbezogenen Daten im Arbeitsleben 76

2. Wahrnehmung der Interessen unterrepräsentierter bzw. benachteiligter Gruppen durch Personalvertretungen 83

C. Zusammenfassung der Ergebnisse 88

1. Grundlagen positiver Maßnahmen im öffentlichen Dienst des Landes Berlin 88

2. Zulässigkeit von Fördermaßnahmen 89

3. Anforderungen an Auswahlverfahren bei Stellenbesetzungen und Beförderungen 90

4. Zulässigkeit von Quotenregelungen 91

5. (Reservierungs-)Quoten für Ausbildungsplätze 92

6. Kollision von Bevorzugungsregeln 93

7. Nachweis von subjektiven Diskriminierungsmerkmalen 93

8. Verfassungsmäßigkeit des PartMigG 93

9. Einzelne Rechtsfragen des PartMigG 95

10. Anerkennung von personenbezogenen Daten im Arbeitsleben 96

11. Befugnisse der Frauenvertreterin für intergeschlechtliche, transgeschlechtliche und nicht-binäre Personen 97

D. Literaturverzeichnis 98

A. Kurzzusammenfassung

Das vorliegende unabhängige rechtswissenschaftliche Gutachten lotet im Auftrag der Senatsverwaltung für Finanzen den rechtlichen Spielraum positiver Maßnahmen für unterrepräsentierte bzw. benachteiligte Gruppen in der Berliner Verwaltung i.S.d. § 1 AGG, § 2 LADG und Art. 3 GG unter Beachtung nationaler, internationaler und europarechtlicher Vorgaben aus. Dabei werden die rechtlichen Grundlagen und Grenzen positiver Maßnahmen umfassend geprüft und in Bezug auf einzelne Anwendungsfragen, die mit der Senatsverwaltung abgestimmt wurden, vertieft behandelt.

In Abschnitt I. wird der Gutachtenauftrag mit Blick auf den Anwendungsbereich öffentliche Verwaltung und den Schwerpunkt im unmittelbaren Landesdienst dargelegt. Im Abschnitt II. werden die rechtlichen Grundlagen und Handlungsaufträge für positive Maßnahmen im Bereich Personalwesen erörtert sowie Klärungen in Bezug auf die behandelten benachteiligten bzw. unterrepräsentierten Gruppen durchgeführt.

Abschnitt III. befasst sich mit den rechtlichen Voraussetzungen und Grenzen positiver Maßnahmen bei Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen, wobei zwischen Stellenbesetzungen und der Vergabe von Ausbildungsplätzen differenziert wird. Mit Blick auf die Zulässigkeit einzelner positiver Maßnahmen werden insbesondere Förderprogramme, Quotenregelungen sowie Anforderungen an das Auswahlverfahren behandelt. Zudem wird der Umgang mit Kollisionsfällen, der Nachweis subjektiver Diskriminierungsmerkmale sowie Rechtsfragen im Rahmen des PartMigG untersucht.

Abschnitt IV. befasst sich mit Maßnahmen im Beschäftigungsverhältnis, insbesondere der Anerkennung personenbezogener Daten und der Wahrnehmung der Interessen unterrepräsentierter bzw. benachteiligter Gruppen durch Personalvertretungen.

B. Gutachten

I. Gutachtenauftrag

Auftrag und Ziel des Gutachtens ist, den rechtlichen Spielraum positiver Maßnahmen für unterrepräsentierte bzw. benachteiligte Gruppen in der Berliner Verwaltung i.S.d. § 1 AGG, § 2 LADG und Art. 3 GG unter Beachtung nationaler, internationaler und europarechtlicher Vorgaben auszuloten.
Es wird der rechtliche Spielraum für positive Maßnahmen in der Berliner Verwaltung begutachtet. Der Fokus liegt auf der Rechtslage im unmittelbaren Landesdienst, der gem. § 2 des Gesetzes über die Zuständigkeiten in der allgemeinen Berliner Verwaltung (AZG) aus den Senatsverwaltungen, den Bezirksverwaltungen und den jeweils nachgeordneten Behörden besteht. Auf etwaige Abweichungen für den mittelbaren Landesdienst und Unternehmen mit mehrheitlicher Landesbeteiligung wird jeweils kurz eingegangen.[1]
Im unmittelbaren Landesdienst kommen positive Maßnahmen sowohl für Tarifbeschäftigte als auch verbeamtete Dienstkräfte in Betracht. Außerdem wird die Rechtslage in Ausbildungsverhältnissen untersucht, wobei zwischen den verschiedenen Ausbildungsformen differenziert wird: Es wird unterschieden zwischen Auszubildenden im Beamtenverhältnis auf Widerruf und anderen Auszubildenden, d.h. Auszubildende nach dem Berufsbildungsgesetz, dual Studierende während des praktischen Teils ihrer Ausbildung, Studierende in Pflichtpraktika und Referendar:innen in öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnissen (vgl. § 1 der Rahmendienstvereinbarung Ausbildung). Soweit erforderlich werden außerdem die Besonderheiten bei staatlichen Ausbildungsmonopolen berücksichtigt.[2]

II. Positive Maßnahmen im Öffentlichen Dienst des Landes Berlin: Rechtliche Einordnung, Begriffsbestimmung und Eingrenzung

1. Rechtliche Grundlagen von positiven Maßnahmen im Bereich Personalwesen

a) Definition positiver Maßnahmen

Unter „positiven Maßnahmen“ können zunächst allgemein alle gezielten Fördermaßnahmen gefasst werden, mit denen strukturelle Benachteiligungen abgebaut und Vielfalt bzw. Diversity im Personalbereich gefördert werden soll.[3] Der Begriff geht auf die in den angloamerikanischen Ländern entwickelte *affirmative* oder *positive action*[4] und einen „Wechsel von einem formalen hin zu einem substanziellen Gleichheitsverständnis“[5] zurück. Rechtlich ist der Begriff in Deutschland nicht ausdrücklich definiert. Er findet sich allerdings in den EU-Antidiskriminierungsrichtlinien in den Überschriften zu Art. 7 RL 2000/78/EG (Rahmenrichtlinie Beschäftigung), Art. 5 RL 2000/43/EG (Antirassismusrichtline) und Art. 3 RL 2006/54/EG (Gender-Richtlinie Neufassung) sowie – in deren bundesrechtlicher Umsetzung[6] – in § 5 AGG. Danach handelt es sich um Maßnahmen, die bestehende Nachteile aus Gründen der „Rasse“[7] oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion

[1] Siehe unten III. 1. c) aa).
[2] Siehe unten III. 1. d).
[3] *Merx*, Positive Maßnahmen in der Praxis, S. 52; vgl. auch *Schuler-Harms*, Positive Maßnahmen, HdBADR, § 16 Rn. 24.
[4] Vgl. *Schuler-Harms*, Positive Maßnahmen, HdBADR, § 16 Rn. 2; *Raasch*, Positive Maßnahmen, S. 12; *Baer*, Chancen und Risiken, S. 24; zur Entwicklung im Vereinigten Königreich siehe *Archibong/Ashraf*, Positive Action in the UK, S. 76 ff.
[5] *Klose/Merx*, Positive Maßnahmen, S. 10 insb. zur Entwicklung auf europäischer Ebene; *Schuler-Harms*, Positive Maßnahmen, HdBADR, § 16 Rn. 46 ff.; vgl. auch Schiek-*Schiek*, AGG, § 5 Rn. 1.
[6] Mit dem AGG wurden 2006 die EU-Antidiskriminierungsrichtlinien in Deutschland umgesetzt, das EU-Recht ist daher bei der Auslegung und Anwendung des AGG zu beachten; vgl. Däubler/Beck-*Däubler*, AGG, Einleitung, Rn. 3 f.
[7] Der Begriff „Rasse“ wird in der deutschen Übersetzung der EU-Richtlinien sowie in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verwendet, erweist sich jedoch als überaus problematisch, weshalb er in diesem Gutachten nur als Zitat des Gesetzeswortlauts in

oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verhindern oder ausgleichen sollen. Nachteile bezeichnet in diesem Sinne alle Umstände, die dazu führen können, dass Personen einer bestimmten (zugeschriebenen) Gruppe aufgrund eines in § 1 AGG genannten Merkmals schlechtere Chancen als andere haben, bestimmte Positionen oder Leistungen zu erlangen. Eine solche gruppenbezogene Benachteiligung zeigt sich vor allem in einer deutlichen Unterrepräsentation.[8] Maßgebliche Gründe dafür können in gesellschaftlichen Strukturen, Vorurteilen oder Belastungen bestehen, die eine chancengleiche Teilhabe der betroffenen Personen – vor allem auch im Bereich der Beschäftigung – behindern.[9] Es geht somit um das Ziel der Herstellung von *Chancengleichheit* für strukturell benachteiligte und unterrepräsentierte Personengruppen.[10] Entsprechend spricht § 5 Abs. 2 LADG Berlin ausdrücklich von „bestehende[n] Nachteilen strukturell benachteiligter Personen", die durch geeignete und angemessene Maßnahmen verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Die Bandbreite von positiven Maßnahmen reicht dabei von Empowerment-Trainings, speziellen Angeboten der beruflichen Qualifizierung, Bevorzugungen bei der Einladung zum Bewerbungsgespräch bis hin zu Quoten. Der Katalog von Maßnahmen ist vielfältig, nicht abschließend und kaum einer Systematisierung zugänglich.[11]

b) Verfassungs-, völker-, bundes- und landesrechtliche Verpflichtungen

aa) Verfassungsrechtliche Förderaufträge

Sowohl die EU-Richtlinien als auch § 5 AGG setzen die grundsätzliche Zulässigkeit von positiven Maßnahmen voraus, enthalten jedoch keine rechtliche Verpflichtung, solche Maßnahmen einzuführen.[12] Ein solcher Förderauftrag folgt nach h.M. auch nicht allgemein aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.[13] Dagegen enthält Art. 3 Abs. 2 GG einen bindenden Auftrag an den Staat, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter zu fördern.[14] Es zielt „auf eine Angleichung der Lebensverhältnisse" zwischen Männern und Frauen und schließt damit Maßnahmen zur Überwindung bestehender struktureller Nachteile ein.[15] Einen entsprechenden Förderauftrag enthält auch die Berliner Landesverfassung. So schreibt Art. 10 Abs. 3 Verfassung von Berlin (VvB) vor: „Das Land ist verpflichtet, die Gleichstellung und die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern auf allen Gebieten des gesellschaftlichen Lebens herzustellen und zu sichern." Klarstellend ergänzt Satz 2 mit Blick auf positive Maßnahmen: „Zum Ausgleich bestehender Ungleichheiten sind Maßnahmen zur Förderung zulässig".
Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt aus dem speziellen Benachteiligungsverbot nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ebenfalls ein Förderauftrag des Staates, auf die gleichberechtigte Teilhabe von Menschen mit Behinderungen in der Gesellschaft hinzuwirken.[16] Dieser vermittelt einen allgemeinen Anspruch auf die „Ermöglichung gleichberechtigter Teilhabe nach Maßgabe der verfügbaren finanziellen, personellen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten"[17]. Die Berliner Landesverfassung enthält in

---

Anführungszeichen verwendet wird. Es gibt keine menschlichen „Rassen"; es handelt sich vielmehr um rassistische Zuschreibungen an Menschen; so auch ausdrücklich § 2 LADG. Zum Ganzen siehe *Liebscher*, Rasse im Recht, 2021 sowie *Cremer*, „…und welcher Rasse gehören Sie an?", 2009.

[8] Statt vieler Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, Einleitung, Rn.4; *Sacksofsky*, ZESAR 2004, 208.

[9] Vgl. EuGH, Urt. v. 11.11.1997 – C-409/95 (Marschall) – NJW 1997, 3429, 3430 (Rn. 26 ff.); EuGH, Urt. v. 28.03.2000 – C-158/97 (Badeck) – NJW 2000, 1549, 1551 (Rn. 19 ff.); EuGH, Urt. v. 06.07.2000 – C-407/98 (Abrahamsson) – NJW 2000, 2653, 2656 (Rn. 53 ff.); eine umfangreiche Auswertung von Daten zur Diskriminierung, allerdings aus den Jahren um 2010, findet sich bei *Rottleuthner/Mahlmann*, Diskriminierung in Deutschland, S. 39 ff.

[10] Vgl. *Schuler-Harms*, Positive Maßnahmen, HdBADR, § 16 Rn.51 f., instruktiv zur theoretischen Konzeptionalisierung auch ebd., Rn. 44 ff.

[11] *Schuler-Harms*, Positive Maßnahmen, HdBADR, § 16 Rn. 12; zu einer Typologisierung im Anschluss an *McCrudden* siehe *Mangold/Payandeh*, Antidiskriminierungsrecht – Konturen eines Rechtsgebiets, § 1 Rn. 125.

[12] Vgl. *Raasch*, Positive Maßnahmen, S. 20 f.; ausf. *Klose/Merx*, Positive Maßnahmen, S. 13 ff.

[13] Siehe unten B. III. b) bb) (1) (b).

[14] BVerfG, Beschl. v. 24.01.199 - 1 BvL 18/93 u.a., E 92, 91, 109; BVerfG, Beschl. v. 18.11.2003 - 1 BvR 302/96, E 109, 64, 89.

[15] BVerfG, Beschl. v. 14.04.2010 - 1 BvL 8/08, E 126, 29, 53; BVerfG, Beschl. v. 18.11.2003 - 1 BvR 302/96, E 109, 64, 89; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Baer/Markard*, GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 366 ff.

[16] BVerfG, Beschluss v. 29.01.2019 - 2 BvC 62/14, E 151, 1, 24 f. (Rn. 56); BVerfG, Beschl. v. 16.12.201 – 1 BvR 1541/20, Rn. 94 f.

[17] BVerfG, Beschluss v. 29.01.2019 - 2 BvC 62/14, E 151, 1, 24 f. (Rn. 56); BVerfG, Beschl. v. 16.12.201 – 1 BvR 1541/20, Rn. 94.

Art. 11 VvB einen entsprechenden Auftrag. Danach ist das Land verpflichtet, „für die gleichwertigen Lebensbedingungen von Menschen mit und ohne Behinderung zu sorgen“.

bb) Völkerrechtliche Verpflichtungen

Auf völkerrechtlicher Ebene enthält die UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK)[18] Regelungen zu positiven Maßnahmen für Menschen mit Behinderungen. Speziell für den Bereich von Arbeit und Beschäftigung verpflichtet Art. 27 Abs. 1 S. 2 lit. g – h UN-BRK die Mitgliedstaaten, die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit für Menschen mit Behinderung durch Beschäftigung im öffentlichen Dienst und auch im privaten Sektor durch „geeignete Strategien, wozu auch Programme für positive Maßnahmen, Anreize und andere Maßnahmen gehören“ zu fördern.[19] Art. 27 Abs. 1 S. 2 lit. i verlangt die Sicherstellung von „angemessenen Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen“ am Arbeitsplatz. Art. 5 Abs. 4 UN-BRK hält zudem fest, dass „besondere Maßnahmen“, die zur Beschleunigung oder Herbeiführung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Menschen mit Behinderungen erforderlich sind, nicht als Diskriminierung im Sinne der Konvention gelten. Bei der UN-BRK handelt es sich um verbindliches Völkerrecht, das von den Mitgliedstaaten, d.h. von den jeweils zuständigen staatlichen Organen – und somit auch der Berliner Verwaltung im Bereich der öffentlichen Beschäftigung – umzusetzen ist.[20]
Die von Deutschland bereits 1969 ratifizierte UN-Antirassismuskonvention (ICERD)[21] soll gewährleisten, dass Menschen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vor rassistischer Diskriminierung geschützt werden.[22] Auch sie enthält einen direkten Auftrag für Fördermaßnahmen zugunsten (typischerweise) von Rassismus betroffener Personen.[23] So verpflichtet Art. 2 Abs. 2 ICERD die Vertragsstaaten, „besondere und konkrete Maßnahmen zu treffen, um die angemessene Entwicklung und den hinreichenden Schutz bestimmter rassifizierter Gruppen[24] oder ihnen angehörender Einzelpersonen sicherzustellen, damit gewährleistet wird, dass sie in vollem Umfang und gleichberechtigt in den Genuss der Menschenrechte gelangen“. Nach der *General Recommendation No. 32* des ICERD-Ausschusses erstrecken sich die nach Art. 2 Abs. 2 ICERD vorgesehenen positiven Maßnahmen auf eine Reihe unterschiedlicher Bereiche der Gesetzgebung und öffentlichen Verwaltung.[25]

cc) Fördermaßnahmen zugunsten von Menschen mit Behinderungen nach SGB IX

Auf Ebene des Bundesrechts enthält insbesondere das SGB IX verbindliche positive Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Behinderungen im Bereich der (öffentlichen) Beschäftigung. Besonders hervorzuheben ist im vorliegenden Zusammenhang die Verpflichtung des § 154 SGB IX für alle (öffentlichen) Arbeitgeber ab 20 Beschäftigten auf wenigstens fünf Prozent der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen.[26] Die Nichterfüllung dieser Verpflichtung hat die Zahlung einer Ausgleichsabgabe nach § 160 SGB IX zur Folge.[27] § 165 SGB statuiert zudem besondere Pflichten der öffentlichen Arbeitgeber zur Meldung frei werdender und zu besetzender Stellen, bestimmte Organisationspflichten

---

[18] Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), General Assembly resolution 61/106 of 13 December 2006; BGBl. 2008 II, S. 1419.
[19] Die Hervorhebung der Beschäftigung im öffentlichen Dienst in Art. 27 Abs. 1 S. 2 lit g UN-BRK ist aus der Vorbildrolle und besonderen Verpflichtung der öffentlichen Verwaltung für die Umsetzung von Fördermaßnahmen für Menschen mit Behinderungen zu erklären, siehe CRPD-Oxford Commentary-*Bantekas/Pennilas/Trömel*, Article 27 para. 4.7; Della Fina/Cera/Palmisano-*Lüsberg*, CRPD, Article 27 para. 5.2.
[20] Zu den Umsetzungspflichten siehe Art. 4 UN-BRK; speziell zu positiven Maßnahmen siehe CRPD-Oxford Commentary-*Broderick*, Article 4 para. 4.2.
[21] International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD), General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965; BGBl. 1969 II, S. 962.
[22] Vgl. *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 4.
[23] Vgl. *Grünberger* et al., Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, S. 55 f.
[24] Die englische Originalfassung der ICERD spricht von „racial groups“, die amtliche deutsche Übersetzung aus dem Jahr 1969 von „Rassegruppen“, BGBl. 1969 II, S. 964. Letzterer Begriff insinuiert die Existenz angeblicher „Rassen“ und ist somit abzulehnen (siehe Nachw. oben in Fn. 7). Es wird daher die Bezeichnung „rassifizierte Gruppen“ verwendet, vgl. auch *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 4.
[25] Vgl. Comittee on the Elemination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 32 8/2009, CERD/C/GC/32, 24 September 2009, III.B.13; *Grünberger* et al., Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, S. 56.
[26] Die Beschäftigungsquote gehört zu den „klassischen Instrumenten des Schwerbehindertenrechts“, Knickrehm/Roßbach/Waltermann-*Kohte*, SGB IX §§ 154-163 Rn. 1.
[27] Siehe dazu ausf. B. III. 2. a) bb) (3) (aa); vgl. auch Knickrehm/Roßbach/Waltermann-*Kohte*, SGB IX §§ 154-163 Rn. 1; vgl. auch *von Roettecken*, ZESAR 2021, 421, 424 f.

sowie die Verpflichtung, Bewerber:innen mit Schwerbehinderung zum Vorstellungsgespräch einzuladen, es sei denn dass ihnen die fachliche Eignung „offensichtlich“ fehlt.[28] Für die Berliner Verwaltung werden die Vorgaben der §§ 152 ff. SGB IX durch die „Verwaltungsvorschriften über die Inklusion von Menschen mit Behinderung in der Berliner Verwaltung“ vom September 2021[29] (im Folgenden: VV Inklusion) umgesetzt.

dd) Landesgleichstellungsgesetz Berlin

In Umsetzung des Förderauftrags aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG zielt das Landesgleichstellungsgesetz (LGG) Berlin vom November 2010 auf „Verwirklichung der Gleichstellung“ durch die Förderung von Frauen und den Abbau bestehender Benachteiligungen, § 2 Abs. 1 LGG. Ziel ist die „Gleichstellung“, wozu nach § 3 Abs. 1 LGG in Verbindung mit der Definition der Unterrepräsentanz in § 3 Abs. 2 LGG die numerische Gleichheit von Frauen und Männern in den einzelnen Vergütungs-, Besoldungs- und Lohngruppen sowie Vorgesetzten- und Leitungspositionen gehört.[30] Hierfür sieht das Gesetz eine Reihe von verpflichtenden Maßnahmen wie Förderpläne (§ 4 LGG), Vorgaben für Stellenausschreibungen und Auswahlverfahren (§§ 5-6 LGG), Einstellungs- bzw. Beförderungsquoten (§§ 7-8 LGG) sowie die Wahl einer Frauenvertreterin in jeder Dienststelle der Verwaltung (§§ 16 ff. LGG) vor. Die Regelungen des LGG werden für die Verwaltung durch auf der Grundlage von § 22 LGG erlassene „Ausführungsvorschriften zum Landesgleichstellungsgesetz“ (im Folgenden: AVLGG) vom Oktober 2021[31] näher bestimmt.

ee) Berliner Partizipationsgesetz - PartMigG

Mit dem Gesetz zur Förderung der Partizipation in der Migrationsgesellschaft des Landes Berlin, kurz: Partizipationsgesetz (PartMigG), vom 5. Juli 2021[32] hat das Land eine Reihe von positiven Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Migrationsgeschichte bzw. -hintergrund[33] normiert. Ziel ist nach § 1 PartMigG die Förderung der Partizipation und Stärkung der Integration als gesamtgesellschaftliche Aufgabe sowie die Durchsetzung der gleichberechtigten Teilhabe von Personen mit Migrationsgeschichte in der vielfältigen Berliner Stadtgesellschaft.[34] Entsprechend soll nach § 1 Satz 2 Nr. 2 PartMigG unter anderem die Beschäftigung von Personen mit Migrationshintergrund gemäß ihrem Anteil an der Berliner Bevölkerung im öffentlichen Dienst des Landes Berlin „gezielt gefördert“ werden. Neben der Überwindung von strukturellen Benachteiligungen geht es um Herstellung von Repräsentanz mit dem Ziel, dass sich die Bevölkerung in den staatlichen Institutionen widerspiegelt.[35] Hierfür sieht das PartMigG eine Reihe von dem LGG analogen Maßnahmen wie Förderpläne (§ 9 PartMigG), Vorgaben für Stellenausschreibungen und Auswahlverfahren (§§ 10-11 PartMigG), eingeschränkte[36] Berücksichtigungs- und Bevorzugungsregelungen (§§ 12-13 PartMigG) sowie die Einrichtung von Beauftragten für Partizipation und Migration auf Senats- und Bezirksebene (§§ 15 ff. PartMigG) vor. Im Vergleich zum LGG sind die Maßnahmen jedoch teilweise modifiziert und schwächer ausgestaltet.[37]

---

[28] Maßgeblich für die fachliche Eignung ist das Anforderungsprofil, das durch die Anforderungen der zu besetzenden Stelle begründet sein muss, BAG Urt. v. 7.4.2011 - 8 AZR 679/09, NZA-RR 2011, 494; LAG Bln-Bbg Urt. v. 19.2.2015 - 26 Sa 1990/14, NZA-RR 2015, 560 und Urt. v. 27.11.2019 - 15 Sa 949/19, NZA-RR 2020, 179, 181.

[29] Verwaltungsvorschriften über die Inklusion von Menschen mit Behinderung in der Berliner Verwaltung (VV Inklusion behinderter Menschen) vom 1.9.2021, ABl. Bln. 71 Nr. 41, S. 3724.

[30] Vgl. Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 118 ff.

[31] Ausführungsvorschriften zum Landesgleichstellungsgesetz (AVLGG) vom 19.10.2021, ABl. Bln. 71 Nr. 52, S. 4787.

[32] Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung der Partizipation im Land Berlin vom 5.7.2021, GVBl. Berlin 2021 Nr. 54, S. 842.

[33] Dazu ausführlicher unter 0sowie B. III. 4. c) .

[34] Auch in anderen Bundesländern wie Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen oder Schleswig-Holstein wurden Integrations- und Partizipationsgesetze erlassen, allerdings geht das PartMiG deutlich weiter „und enthält neben allgemein formulierten Zielen auch konkrete Verpflichtungen“, *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 24 f.; vgl. auch *Schupp/Wohlfahrt*, Integrationsgesetze auf Länderebene, 2022.

[35] Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 27.

[36] So sieht § 12 Abs. 1 PartMiG anders als § 8 Abs. 2 LGG keine automatische Bevorzugung von Bewerber:innen mit Migrationshintergrund bei gleicher Eignung mit Härtefallklausel vor, sondern lediglich deren Berücksichtigung „in besonderem Maße“; damit sollen auch „Konkurrenzen“ mit den Merkmalen Geschlecht und Behinderung verhindert werden, vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 46.

[37] Siehe dazu B. III. 5.

ff) Handlungsauftrag für positive Maßnahmen aus § 11 LADG

Zwar findet das Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG) vom Juni 2020[38] nach seinem § 3 Abs. 1 S. 2 keine Anwendung auf die Anbahnung, Durchführung und Beendigung öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse und Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst des Landes. Eine Ausnahme hiervon wird allerdings ausdrücklich für § 11 LADG gemacht; dieser bleibt somit neben den Vorschriften des AGG für den Bereich der Beschäftigung im öffentlichen Dienst anwendbar.[39] § 11 Abs. 1 LADG verankert die „Verhinderung und Beseitigung jeder Form von Diskriminierung und die Förderung einer Kultur der Wertschätzung von Vielfalt [...] als durchgängiges Leitprinzip" bei allen Maßnahmen der öffentlichen Stellen. Zugleich enthält der Absatz eine Pflicht zur Berücksichtigung dieses Leitprinzips bei allen diversitätsrelevanten Maßnahmen, d.h. insbesondere auch bei der Durchführung von Personalmaßnahmen. Antidiskriminierung und Wertschätzungskultur werden dabei als „zwei ineinandergreifende und sich gegenseitig ergänzende Strategien verstanden".[40] § 11 Abs. 2 LADG ergänzt die Berücksichtigungspflicht des Abs. 1 um die Verpflichtung der öffentlichen Stellen, ihre Aufbau- und Ablauforganisation sowie ihre Geschäftsprozesse im Rahmen von Überprüfungen auch auf strukturelle Diskriminierungsgefährdungen zu untersuchen und geeignete Gegenmaßnahmen zur Erreichung der Ziele des LADG zu implementieren. Damit enthält § 11 Abs. 1, 2 LADG nicht nur eine Verpflichtung zur Verhinderung von (potentiellen) Diskriminierungen im Personalbereich. Er enthält auch den Handlungsauftrag zur Überwindung von strukturellen Nachteilen, die erkannt werden, und bildet damit eine Grundlage für positive Maßnahmen.[41] Entsprechend wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt: Maßnahmen zur Förderung einer Wertschätzungskultur können mit dem Ziel implementiert werden, dass sich die Vielfalt der Berliner Bevölkerung innerhalb der Verwaltung stärker widerspiegelt. Um diesem Ziel näher zu kommen, können zum Beispiel Mentoring-Programme, auf Zielgruppen zugeschnittene Formen der Personalgewinnung oder der Aufbau von Netzwerken für bestimmte Gruppen innerhalb der Verwaltung forciert werden.[42]
Ob und inwiefern § 11 Abs. 1, 2 LADG damit nicht lediglich einen Handlungsauftrag der Verwaltung für die Prävention und den Abbau von strukturellen Diskriminierungen statuiert, sondern auch für Dritte belastende positive Maßnahmen wie Bevorzugungsregelungen ermöglicht, wird an anderer Stelle untersucht.[43] In jedem Fall bildet die Norm einen zentralen Ausgangspunkt für die Berliner Verwaltung zur Implementation von positiven (Gegen-)Maßnahmen zur Erreichung der in § 1 LADG genannten Ziele, d.h. der Herstellung und Durchsetzung von Chancengleichheit, der Verhinderung und Beseitigung jeder Form von Diskriminierung sowie der Förderung einer Kultur der Wertschätzung und Antidiskriminierung.

c) Angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen

Von positiven Maßnahmen i.S.d. § 5 AGG und Art. 7 Abs. 1 RL 2000/78/EG zu unterscheiden sind sogenannte „angemessene Vorkehrungen" für Menschen mit Behinderungen.[44] Während positive Maßnahmen Ausnahmen von der formalen Gleichbehandlung zulassen, sind angemessene Vorkehrungen als im Einzelfall passende Modifikationen zur Sicherung der Gleichbehandlung zu verstehen.[45] Sie unterscheiden sich von positiven Maßnahmen durch ihre typische Anlage auf Dauer, da sie die aus einer besonderen, vom Normalmodell abweichenden Situation ergebenden Nachteile ausgleichen sollen.[46] Von außen betrachtet, d.h. aus der Perspektive des ‚Normstandards', wirken sie wie Bevorzugungen, sie unterliegen jedoch, wie die spezielle Regelung in Art. 5 RL 2000/78/EG deutlich macht, nicht den Rechtfertigungsanforderungen für positive Maßnahmen nach § 5 AGG bzw. Art. 7 RL

[38] GVBl. Berlin 2020 Nr. 29, S. 532.
[39] Vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/1996, S. 24; Däubler/Beck-*Klose*, AGG, § 24 AGG Anhang 2 LADG Rn. 119.
[40] Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/1996, S. 37.
[41] Vgl. Däubler/Beck-*Klose*, AGG, § 24 AGG Anhang 2 LADG Rn. 119, 150; zur Definition von positiven Maßnahmen siehe oben unter B. II. a) .
[42] Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/1996, S. 37 f.
[43] Siehe unter B. III. f) .
[44] Vgl. ErfK-*Schlachter* AGG § 5 Rn. 5; *Schuler-Harms*, Positive Maßnahmen, HdBADR, § 16 Rn. 25; zur Entwicklung des Konzepts ausf. *Degener*, Angemessene Vorkehrungen, HdBADR, § 15 Rn. 5 ff.
[45] Vgl. *Eichenhofer*, Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, S. 54; ausf. zum Konzept *Degener*, Angemessene Vorkehrungen, HdBADR, § 15 Rn. 29.
[46] *Schuler-Harms*, Positive Maßnahmen, HdBADR, § 16 Rn. 25.

2000/78/EG. Angemessene Vorkehrungen dienen vielmehr der Umsetzung einer Rechtspflicht, deren Nichterfüllung selbst eine Diskriminierung darstellt.[47]
Entsprechende Regelungen existieren nach bestehendem Recht nur für das Merkmal Behinderung.[48] Nach Art. 27 Abs. 1 S. 2 lit. i UN-BRK haben die Konventionsstaaten Regelungen zu erlassen, um sicherzustellen, dass am Arbeitsplatz angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen getroffen werden.[49] Solche werden in Art. 2 Unterabs. 4 UN-BRK allgemein umschrieben „als notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen", die „in einem bestimmten Fall erforderlich sind, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen und ausüben können". Soweit entsprechende Änderungen und Anpassungen für die Verpflichteten keine „unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen", kann ihre Versagung eine Diskriminierung gem. Art. 5 Abs. 1 UN-BRK darstellen.[50]

Im europäischen Recht sieht Art. 5 RL 2000/78/EG eine entsprechende Regelung vor. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, die „geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen" zu ergreifen, „um Menschen mit Behinderung den Zugang zu Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten". Zwar hat es die deutsche Gesetzgebung versäumt, Art. 5 RL 2000/78/EG im AGG bzw. an anderer Stelle im nationalen Recht umzusetzen.[51] Das Bundesarbeitsgericht hat jedoch über eine „unionsrechtskonforme" Auslegung des § 241 Abs. 2 BGB das Erfordernis zur Bereitstellung angemessener Vorkehrungen nach Art. 5 RL 2000/78/EG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 S. 2 lit. i, Art. 2 Untrerabs. 4 UN-BRK unmittelbar in das deutsche Recht übertragen.[52]
Im 20. Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG werden als Beispiele für angemessene Vorkehrungen i.S.d. Art. 5 der Richtlinie eine (Um-)Gestaltung der Räumlichkeiten, eine Anpassung des Arbeitsgeräts, des Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung oder des Angebots an Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen genannt. In ihrer Rechtsprechung haben der EuGH und das Bundesarbeitsgericht den Begriff weiter konkretisiert. Danach ist die Aufzählung im 20. Erwägungsgrund nicht abschließend, vielmehr ist der Begriff „angemessene Vorkehrungen" weit zu verstehen.[53] Er kann insbesondere auch Abweichungen vom Anforderungsprofil der Stelle verlangen, etwa eine Arbeitszeitverkürzung.[54]
Beurteilungsgrundlage ist dabei nicht das ursprünglich ausgeschriebene Anforderungsprofil, sondern der mit verhältnismäßigem Aufwand geänderte Arbeitsplatz. Können folglich der Arbeitsplatz bzw. die arbeitsorganisatorischen Anforderungen mit zumutbaren Anstrengungen angepasst werden, ist der oder die Arbeitnehmer:in für die geschuldete Tätigkeit geeignet.[55]
Vor diesem Hintergrund müssen nicht nur z.B. technische Hilfsmittel bereitgestellt oder arbeitsorganisatorische Anpassungen vorgenommen werden, wie in der VV Inklusion unter 5. festgeschrieben ist. Vielmehr können und müssen auch Abweichungen von den allgemein vorausgesetzten gesundheitlichen und sonstigen Eignungskriterien gemacht werden, um die gleichberechtigte Teilhabe von Menschen mit Behinderungen im Öffentlichen Dienst zu ermöglichen.[56] Dies stellt, soweit die Voraussetzungen des Art. 5 RL 2000/78/EG erfüllt sind, keine nach § 5 AGG bzw. Art. 7 Abs. 1 RL 2000/78/EG zu rechtfertigende

[47] *Schuler-Harms*, Positive Maßnahmen, HdBADR, § 16 Rn. 25 mit weiteren Nachw.
[48] Kritisch *Eichenhofer*, Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, S. 74 f.
[49] Ausf. dazu CRPD-Oxford Commentary-*Bantekas/Pennilas/Trömel*, Article 27 para. 4.9; Della Fina/Cera/ Palmisano-*Liisberg*, CRPD, Article 27 para. 4.2.
[50] Die Verpflichtung zu Gewährleistung angemessener Vorkehrungen als Teil des Diskriminierungsverbots stellt eine der großen Innovationen der UN-BRK dar, Commentary-*Bantekas/Pennilas/Trömel*, Article 27 para. 4.9; zur Spruchpraxis des UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen siehe *Degener*, Angemessene Vorkehrungen, HdBADR, § 15 Rn. 36 ff.
[51] BAG, Urt. v. 19.12.2023 - 6 AZR 190/12, NZA 2024, 372, 378 (Rn. 51); vgl. *Degener*, Angemessene Vorkehrungen, HdBADR, § 15 Rn. 62.
[52] BAG, Urt. v. 19.12.2023 - 6 AZR 190/12, NZA 2024, 372, 378 (Rn. 53); BAG, Urt. v. 22.5.2014 - 6 AZR 662/13, Rn. 42, st. Rspr.; kritisch *Degener*, Angemessene Vorkehrungen, HdBADR, § 15 Rn. 62 ff.
[53] EuGH, Urt. v. 11.4.2013 - C-335/11, C-337/11 (Ring und Werge), Rn. 49, 53; BAG, Urt. v. 19.12.2023 - 6 AZR 190/12, NZA 2024, 372, 378 (Rn. 52).
[54] EuGH, Urt. v. 11.4.2013 - C-335/11, C-337/11 (Ring und Werge), Rn. 55.
[55] BAG, Urt. v. 19.12.2023 - 6 AZR 190/12, NZA 2024, 372, 378, Rn. 54.
[56] Dazu ausf. unter B. III. c) cc) und B. III. c) dd) (2) .

Ungleichbehandlung dar. Entsprechend sieht etwa § 25 Laufbahngesetz (LfbG) Berlin[57] vor, dass bei der Einstellung und Beförderung von schwerbehinderten Menschen nur das für die Laufbahn erforderliche „Mindestmaß körperlicher Eignung“ verlangt werden darf. Dies setzt allerdings die fachliche Eignung des Bewerbers bzw. der Bewerberin für die konkrete Stelle voraus. Wie die Rechtsprechung ebenfalls hervorgehoben hat, bedeutet die Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen nicht, dass Beschäftigte mit Behinderungen auch dann einzustellen wären, „wenn diese für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes nicht, kompetent, fähig oder verfügbar“[58] sind.

d) Maßnahmen zur Vorbeugung mittelbarer Diskriminierungen

Nicht erfasst vom Begriff der positiven Maßnahmen werden nach diesem Gutachten auch Maßnahmen, die z.B. im Rahmen der Arbeitsorganisation, der Beschäftigungsbedingungen oder im Vorfeld von Stellenausschreibungen darauf abzielen, (mittelbare) Diskriminierungen zu vermeiden.[59] So legt etwa § 8 Abs. 3 S. 1, 4 LGG fest, dass bei Einstellungen und Beförderungen die Qualifikation ausschließlich an den Anforderungen der zu besetzenden Stelle zu messen ist und bestimmte Auswahlkriterien, die typischerweise Frauen benachteiligen, nicht herangezogen werden dürfen.[60] Entsprechend dieser Vorschrift könnten z.B. Stellenanforderungen, die typischerweise Menschen mit Migrationshintergrund – z.B. aufgrund hoher (schrift-)sprachlicher Anforderungen – faktisch benachteiligen, unter den Vorbehalt gestellt werden, dass sie für die jeweilige Art der Tätigkeit oder die Bedingungen ihrer Ausübung wesentlich sind.[61]
Solche Regelungen, die im Vorfeld von Besetzungsverfahren ansetzen, stellen keine (mittelbare) Benachteiligung von Mitbewerber:innen aufgrund eines der in § 1 AGG genannten Merkmale dar und sind demgemäß von vornherein nicht rechtfertigungsbedürftig. Sie folgen vielmehr aus der beschriebenen Verpflichtung der Berliner Verwaltung nach § 11 Abs. 2 LADG, ihre internen Prozesse auf Diskriminierungsgefährdungen zu untersuchen und geeignete Gegenmaßnahmen zur Beseitigung von Diskriminierung und Förderung von Vielfalt zu treffen.[62]

2. Klärung: „unterrepräsentierte“ bzw. „benachteiligte“ Gruppe

Die Kategorien „unterrepräsentierte“ oder „benachteiligte“ Gruppe sind keine einheitlich definierten Begriffe. Im Rahmen dieses Gutachtens werden als unterrepräsentierte bzw. benachteiligte Gruppen erstens diejenigen Personen verstanden, für die das Berliner Landesrecht besondere Inklusionsvorschriften vorsieht. Solche Vorschriften sind die VV Inklusion, das PartMigGG und das LGG. Zweitens sind diejenigen Personen gemeint, die als Träger:innen eines in § 1 AGG,[63] § 2 LADG[64] und Art. 3 Abs. 3 GG[65] genannten Merkmals oder einer solchen Zuschreibung in der Berliner Verwaltung unterrepräsentiert bzw. auf dem Arbeitsmarkt strukturell benachteiligt sind. Die persönlichen Anwendungsbereiche der Inklusionsvorschriften und Benachteiligungsverbote überschneiden sich teilweise. Drittens soll das Gutachten auch Personen, die das Merkmal „Elternschaft“ erfüllen, sowie Ost-Deutsche

---

[57] Gesetz über die Laufbahnen der Beamtinnen und Beamten (Laufbahngesetz - LfbG), verkündet als Artikel I des Zweiten Dienstrechtsänderungsgesetzes vom 21.6.2011, GVBl. Bln. 2011, S. 266.
[58] EuGH, Urt. v. 11.4.2013 – C-335/11, C-337/11 (Ring und Werge), Rn. 57.
[59] Anders Schiek-*Schiek*, AGG, § 5 Rn. 2 f., die den Begriff „positive Maßnahmen“ sehr weit fasst, dann aber zwischen positiven Maßnahmen i.S.d. § 5 AGG und solchen differenziert, die nicht mit dem Diskriminierungsverbot kollidieren.
[60] Vgl. Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 234.
[61] Umgekehrt könnte – in Analogie zu § 8 Abs. 3 S. 2 LGG – geregelt werden, dass Mehrsprachigkeit als besondere Qualifikation zumindest bei solchen Stellen zu berücksichtigen ist, welche die Kommunikation mit Bürger:innen (mit-)umfassen; vgl. auch *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 31.
[62] Oben unter B. II. b) ff) .
[63] § 1 AGG lautet: „Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.“
[64] § 2 LADG lautet: „Kein Mensch darf im Rahmen öffentlich-rechtlichen Handelns aufgrund des Geschlechts, der ethnischen Herkunft, einer rassistischen und antisemitischen Zuschreibung, der Religion und Weltanschauung, einer Behinderung, einer chronischen Erkrankung, des Lebensalters, der Sprache, der sexuellen und geschlechtlichen Identität sowie des sozialen Status diskriminiert werden.“
[65] Art. 3 Abs. 3 GG lautet: „Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“

behandeln. Insgesamt können folgende „unterrepräsentierte“ bzw. „benachteiligte“ Gruppen i.S.d. Gutachtens ausgemacht werden:

a) Personen mit Behinderung oder chronischer Erkrankung

Zu den Personen mit Behinderung zählen gem. Ziff. 1.3.1 der VV Inklusion schwerbehinderte i.S.d. § 2 Abs. 2 SGB IX sowie diesen gleichgestellte Menschen i.S.d. § 2 Abs. 3 SGB IX. Dies sind Menschen, bei denen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt sowie Menschen mit einem Grad der Behinderung von mindestens 30, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen oder behalten können.
Gem. Tz. 1.3.3. der VV Inklusion kommen Maßnahmen im Sinne der Verwaltungsvorschriften für weitere Menschen mit Behinderungen i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX sowie Menschen, die von einer Behinderung bedroht sind i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 3 SGB IX, (nur) im Einzelfall in Betracht. Menschen mit Behinderungen sind gem. § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX Menschen, „die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können.“ Menschen sind von Behinderung bedroht, wenn eine solche Beeinträchtigung zu erwarten ist, § 2 Abs. 1 S. 3 SGB IX.
Auch die Benachteiligungsverbote in § 1 AGG, § 2 LADG und Art. 3 Abs. 3 GG schützen Menschen mit Behinderungen. § 1 AGG und § 2 LADG liegt ein „kombinierter“ Behinderungsbegriff zugrunde, der an § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX ansetzt, diesen aber EU-rechtskonform erweitert:[66] Es können danach im Einzelfall auch Teilhabehindernisse unter einer Dauer von sechs Monaten erfasst sein.[67] Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG liegt ein noch weiterer „verfassungsrechtlicher“ Begriff der Behinderung zugrunde:[68] Eine Behinderung liegt danach vor, „wenn eine Person in der Fähigkeit zur individuellen und selbstständigen Lebensführung längerfristig beeinträchtigt ist. Gemeint sind nicht geringfügige Beeinträchtigungen, sondern längerfristige Einschränkungen von Gewicht. Auf den Grund der Behinderung kommt es nicht an. Nach diesen Maßgaben schützt das Grundrecht auch chronisch Kranke, die entsprechend längerfristig und entsprechend gewichtig beeinträchtigt sind.“[69] Unter diesen Voraussetzungen sind chronische Krankheiten auch eine Behinderung i.S.d. § 1 AGG[70] und des § 2 LADG.[71] § 2 LADG schützt darüber hinaus auch Menschen mit chronischen Erkrankungen, bei denen nicht gleichzeitig eine erhebliche Teilhabebeeinträchtigung festgestellt werden kann.

b) Personen mit Migrationshintergrund oder -geschichte

Das PartMigG unterscheidet zwischen Personen mit Migrationshintergrund, die selbst oder deren Elternteil die deutsche Staatsangehörigkeit nicht durch Geburt besitzen, und Personen mit Migrationsgeschichte. Personen mit Migrationsgeschichte sind gem. § 3 Abs. 1 PartMigG neben Personen mit Migrationshintergrund auch Personen, die rassistisch diskriminiert werden und Personen, denen ein Migrationshintergrund allgemein zugeschrieben wird, z.B. aufgrund phänotypischer Merkmale, Sprache, Name, Herkunft, Nationalität und Religion. Insofern überschneiden sich die Kategorien der Personen mit Migrationsgeschichte i.S.d. PartMigG mit denjenigen Personen, die § 1 AGG, § 2 LADG und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vor Benachteiligungen aufgrund ihrer Abstammung, Sprache, Religion, Heimat, (ethnischer) Herkunft und vor rassistischen Diskriminierungen schützen.[72]
Als Personen mit einem sogenanntem „Migrationshintergrund“[73] werden in Übereinstimmung mit der Definition des Statistischen Bundesamtes und der Landesämter[74] in § 3 Abs. 2

[66] Für das AGG: BAG, Urt. v. 19.12.2013 - 6 AZR 190/12 - NZA 2014, 372, 379 (Rn. 63 ff.); für das LADG: Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 18/1996, S. 21.
[67] BAG, Urt. v. 19.12.2013 - 6 AZR 190/12 - NZA 2014, 372, 379 (Rn. 61); vgl. auch *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligungen aufgrund chronischer Krankheit, S. 85.
[68] V. Mangoldt/Klein/Starck-*Baer/Markard*, GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 531.
[69] BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 - 1 BvR 1541/20, NJW 2022, 380, 383 (Rn. 90); *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligungen aufgrund chronischer Krankheit, S. 85.
[70] BAG, Urt. v. 19.12.2013 - 6 AZR 190/12 - NZA 2014, 372, 380 (Rn. 72).
[71] Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 18/1996, S. 21.
[72] Ausf. *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 48.
[73] Zur Problematik des Begriffs siehe *Janda*, Diskriminierungsschutz und Migration, HdBADR, § 24 Rn. 10 mit weiteren Nachw.
[74] Vgl. *Petschel*, 1.2 Bevölkerung mit Migrationshintergrund, Datenreport 2021, S. 30.

PartMigG Personen erfasst, wenn sie selbst oder mindestens ein Elternteil die deutsche Staatsangehörigkeit nicht durch Geburt besitzen. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass der Migrationshintergrund nur bedingt darüber Ausschluss gibt, ob jemand Diskriminierungen ausgesetzt ist und benachteiligt wird.[75] Dennoch wird er überwiegend als eine zulässige Kategorie angesehen, um daran positive Maßnahme zum Ausgleich von Nachteilen i.S.d. § 5 AGG zu knüpfen. Begründet wird dies vor allem damit, dass statistische Daten für andere Kategorien fehlen, mit denen strukturelle Benachteiligungen genauer abgebildet werden könnten.[76] Mitte 2023 lebten in Berlin etwa 924.000 Menschen mit ausländischer Staatsangehörigkeit und 585.000 deutsche Staatsangehörige mit Migrationshintergrund.[77] Betrachtet man die Herkunft der Bevölkerung ohne deutsche Staatsangehörigkeit, so entfällt der Großteil auf islamische, osteuropäische und teilweise mittel-südostasiatische Länder; der Anteil „westlicher" Zuordnungen (vor allem Westeuropa und USA), d.h. Menschen, die typischerweise bzw. mehrheitlich als *weiß*[78] gelesen werden, liegt insgesamt bei etwa 10 bis maximal 20 Prozent.[79] Insofern kann auch für die Kategorie Migrationshintergrund davon ausgegangen werden, dass sie, wenn auch mit Unschärfen, weit überwiegend Personen, die strukturellen Benachteiligungen i.S.d. § 11 Abs. 2 LADG ausgesetzt sind und nach § 1 AGG, § 2 LADG und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vor Benachteiligungen aufgrund ihrer Abstammung, Sprache, Religion, Heimat, (ethnischer) Herkunft und vor rassistischen Diskriminierungen geschützt werden sollen, erfasst.[80] Dies wird auch vom Sachverständigenrat für Integration und Migration hervorgehoben. Der Migrationshintergrund stelle nach wie vor eine statistisch unverzichtbare Kategorie dar, um Ungleichheit und Benachteiligung aufzudecken und Integrationserfolge zu dokumentieren.[81]

c) Frauen, nichtbinäre, inter- und transgeschlechtliche Personen

Das LGG bezweckt die Förderung von Frauen und den Abbau von bestehenden Benachteiligungen von Frauen, § 2 LGG. Gemäß den AVLGG zu § 2 LGG sind Frauen im Sinne des Gesetzes alle Personen mit dem Geschlechtseintrag „weiblich" im Personenstandsregister sowie Personen, die ein rechtliches Verfahren zur Änderung des Geschlechtseintrags hin zu einem Eintrag als Frau begonnen haben oder einen Ergänzungsausweis der Deutschen Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität e. V. (dgti-Ausweis) mit dem Geschlechtseintrag „weiblich" vorlegen können. Personen mit dem Eintrag „divers" oder „ohne Angabe" dürfen gem. den AVLGG durch die Anwendung des LGG zwar nicht benachteiligt werden; die Quotenregelungen als zentrale Fördermaßnahme des LGG sollen für diese Personen jedoch nicht gelten.
Personen mit dem Eintrag „divers" oder „ohne Angabe" sind sowohl „intergeschlechtliche" Personen[82] als auch nichtbinäre Personen.[83] Die Zugehörigkeit zu einem dritten oder keinem Geschlecht gehört zu der von § 1 AGG, § 2 LADG und Art. 3 Abs. 3 GG geschützten Kategorie „Geschlecht".[84] Auch Transgeschlechtlichkeit ist „Geschlecht" i.S.v. § 1 AGG und Art. 3 Abs. 3 GG und „geschlechtliche Identität" i.S.d. § 2 LADG.[85]

---

[75] *Janda*, Diskriminierungsschutz und Migration, HdBADR, § 24 Rn. 9; *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 48; *Aikins* et al., Afrozensus 2020, S. 56; *dazu Wrase* et al., Zugang zum Recht in Berlin, S. 21 f.

[76] Vgl. *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 49 ff.; Ziekow, DÖV 2014, 765, 774; kritisch *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 5.

[77] Statistisches Landesamt Berlin Brandenburg, Statistischer Bericht A I 5 - hj 1 / 23, Einwohnerregisterstatistik Berlin 30. Juni 2023, Bestand -Grunddaten, Ziff. 7, S. 10.

[78] „Mit *weiß*sein wird eine gesellschaftlich privilegierte und dominante Position bezeichnet, die strukturell von Rassismus profitiert", *Kourabas*, Grundlegende Darstellung zu Rassismuskritik, S. 71.

[79] Vgl. Statistisches Landesamt Berlin Brandenburg, Statistischer Bericht A I 5 - hj 1 / 23, Einwohnerregisterstatistik Berlin 30. Juni 2023, Bestand -Grunddaten, Ziff. 9, S. 12 ff.

[80] So auch Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 26 f. mit weiteren Nachw.

[81] *Schupp/Wohlfahrt*, Integrationsgesetze auf Länderebene, S. 33.

[82] Das sind Personen mit einer körperlich feststellbaren „Variante der Geschlechtsentwicklung" i.S.d. § 45b PStG, vgl. z.B. BGH, Beschl. v. 10.06.2020 - XII ZB 451/19, BeckRS 2020, 17056 (Ls. 1).

[83] Das sind Personen mit körperlich eindeutiger Geschlechtszuordnung (männlich oder weiblich), aber mit einem dauerhaft verfestigten Selbstverständnis von ihrer eigenen Geschlechtsidentität als nichtbinär.

[84] Zu § 1 AGG: BeckOK BGB-*Horcher*, AGG, § 1 Rn. 25; *Jacobs*, RdA 2018, 263, 269; *Körlings*, NZA 2018, 282; zu § 2 LADG: Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 18/1996, S. 20; zu Art. 3 Abs. 3 GG: BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 - 1 BvR 2019/16, E 147, 1, 28 (Rn. 58); LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 14.06.2023 - 4 Sa 123 öD/22, BeckRS 2023, 27840 (Rn. 47); vgl. auch OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 21.06.2022 - 9 U 92/20, NJW-RR 2022, 1254, 1255 (Rn. 47).

[85] Zu § 1 AGG: BAG, Urt. v. 17.12.2015 - 8 AZR 421/14, NZA 2016, 888, 891 (Rn. 30 ff.); zu § 2 LADG: Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 18/1996, S. 22; zu Art. 3 Abs. 3 GG: v. Mangoldt/Klein/Starck-*Baer/Markard*, GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 452; v. Münch/Kunig-*Boysen*, GG, Art. 3 Rn. 175.

d)Personen, die aufgrund anderer Merkmale unterrepräsentiert sind

Personen, die aufgrund anderer in § 1 AGG, § 2 LADG und Art. 3 Abs. 3 GG aufgezählten Merkmale unterrepräsentiert sind, sind Personen, die aufgrund ihrer sexuellen Orientierung, ihres sozialen Status,[86] ihres Lebensalters oder einer antisemitischen Zuschreibung strukturell benachteiligt werden. Dies sind vor allem nicht-heterosexuelle Personen, sozial benachteiligte Personen, alte Personen, Juden und Jüdinnen.
Zu den unterrepräsentierten bzw. benachteiligten Gruppen i.S.d. Gutachtens zählen auch Eltern sowie Ost-Deutsche. Das LADG, AGG oder Art. 3 Abs. 3 GG schützen nicht jedes Elternteil vor Diskriminierungen wegen der „Elternschaft", sondern nur Frauen vor Diskriminierungen wegen der Mutterschaft.[87] Auch Art. 6 Abs. 4 GG gewährleistet nur Müttern einen besonderen Anspruch auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft.[88] Allerdings können positive Maßnahmen – wie etwa §§ 8 Abs. 3 S. 2, 10 Abs. 1 LGG – an die aktive Ausübung der Elternschaft anknüpfen und damit mittelbaren Nachteilen von Frauen, die auch heute deutlich überwiegend mit Erziehungs- und Sorgeaufgaben betraut sind,[89] entgegenwirken. Sie können damit auch Männern offenstehen, die Erziehungs- und Hausarbeiten übernehmen.[90]
Die Eigenschaft als „Ost-Deutsche:r" wird demgegenüber nicht von den speziellen Diskriminierungsverboten erfasst; der Wohnsitz oder ständige Aufenthalt im Gebiet der ehemaligen DDR ist keine „Heimat" i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG[91] und keine ethnische Herkunft i.S.d. § 1 AGG und § 2 LADG.[92]

III. Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen

1. Rechtlicher Rahmen für die Einführung positiver Maßnahmen bei Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen in der Berliner Verwaltung

a) Kompetenzrechtliche Zulässigkeit von positiven Maßnahmen durch die Landesgesetzgebung

Frage: Ist die Einführung verschiedener positiver Maßnahmen landesgesetzlich bzw. durch untergesetzliche Regelungen kompetenzrechtlich im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung nach Artt. 70, 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG möglich?

Nach Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Maßgeblich ist für den Bereich der öffentlichen Beschäftigung die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das Arbeitsrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, unter welches auch das gesamte öffentliche Arbeitsrecht einschließlich der Anbahnung- und Ausgestaltung der Beschäftigungsverhältnisse fällt.[93] Demgegenüber wurde durch die Föderalismusreform 2006 die Rahmenzuständigkeit des Bundes für das öffentliche Dienstrecht zugunsten der Länder zurückgenommen.[94] Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG hat der Bund nunmehr die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis nur für die „Statusrechte und -pflichten" der Beamt:innen und Richter:innen des Landes, der Gemeinden und anderen Körperschaften.[95] Die komplexe Frage, inwiefern auch antidiskriminierungsrechtliche Regelungen unter diese

---

[86] Dieses Differenzierungskriterium ist explizit in § 2 LADG enthalten. Die „Herkunft" i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG beschreibt hingegen „die von den Vorfahren hergeleitete soziale Verwurzelung, nicht die in den eigenen Lebensumständen begründete Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Schicht." (BVerfG, Beschl. v. 22.01.1959 – 1 BvR 154/55, E 9, 124, 129).
[87] Vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 AGG und § 4 Abs. 1 S. 2 LADG.
[88] So – in Übereinstimmung mit dem ausdrücklichen Wortlaut des Art. 6 Abs. 4 GG – auch BVerfG, Beschl. v. 11.03.2010 – 1 BvR 2909/08, NZS 2010, 626 (Rn. 6).
[89] Vgl. *Hochgürtel/Sommer,* 2.1 Lebensformen in der Bevölkerung und Kinder, Datenreport 2021, S. 62 f.
[90] Vgl. Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 232 ff.
[91] BVerfGE, Urt. v. 14.03.2000 – 1 BvR 284/96 u.a., E 102, 41, 53 f.; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006 – 1 BvL 9, 11, 12/00 u.a., E 116, 96, 130.
[92] ArbG Würzburg, Urt. v. 23.01.2009 – 3 Ca 664/08, BeckRS 2009, 62903; ArbG Stuttgart, Urt. v. 15.04.2010 – 17 Ca 8907/09, NZA-RR 2010, 344, 345; ArbG Berlin, Urt. v. 15.08.2019 – 44 Ca 8580/18, BeckRS 2019, 26654 (Rn. 37); MüKo BGB-*Thüsing*, AGG, § 1 Rn. 21.
[93] Dreier-*Wittreck,* GG, Bd. 2, Art. 74 Rn. 58; Jarass/Pieroth-*Kment*, GG Art. 74 Rn. 32 jeweils mit weiteren Nachw.
[94] Vgl. Dreier-*Wittreck,* GG, Bd. 2, Art. 74 Rn. 132: Sachs-*Degenhart*, GG, Art. 74 Rn. 53.
[95] Dazu ausf. Sachs-*Degenhart*, GG, Art. 74 Rn. 112 ff.; Dreier-*Wittreck,* GG, Bd. 2, Art. 74 Rn. 135 f.

Gesetzgebungskompetenz fallen,[96] kann vorliegend allerdings dahinstehen, soweit landesgesetzliche Regelungen zu positiven Maßnahmen durch die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes nicht ausgeschlossen sind. Nach Art. 72 Abs. 1 GG haben die Länder auch im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung weiter die Gesetzgebungsbefugnis, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.

aa) Sperrwirkung durch das AGG?

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts macht der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz i.S.d. Art. 72 Abs. 1 GG Gebrauch, wenn ein Bundesgesetz eine bestimmte Frage hinreichend erkennbar geregelt hat oder wenn dem Gesetz durch Gesamtwürdigung des betreffenden Normkomplexes zu entnehmen ist, dass es eine erschöpfende oder abschließende Regelung einer bestimmten Materie darstellt.[97] Ein solches Gebrauch machen muss nicht ausdrücklich, sondern kann auch negativ durch einen „absichtsvollen Regelungsverzicht" erfolgen.[98] Auch ein teilweises Gebrauch machen ist möglich, wenn sich aus dem Bundesgesetz ergibt, dass in bestimmten Bereichen landesrechtliche Regelungen möglich bleiben sollen.[99] In diesem Zusammenhang sind der Wortlaut des Bundesgesetzes, der dahinterstehende Regelungszweck sowie die Gesetzgebungsgeschichte und die Gesetzesmaterialien zu würdigen.[100]
Das einzige umfassende Gesetz, das auf Bundesebene Regelungen zu Diskriminierungen im Arbeitsbereich enthält, ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Dieses enthält in § 5 AGG ausdrücklich eine Regelung zu „positiven Maßnahmen". Danach ist eine unterschiedliche Behandlung zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen.[101] Allerdings legt § 5 AGG die positiven Maßnahmen nicht selbst fest, sondern bestimmt lediglich, unter welchen Voraussetzungen diese mit dem Diskriminierungsverboten der §§ 7, 19 AGG vereinbar sind.[102] In der Gesetzesbegründung werden ausdrücklich gesetzliche Regelungen als Rechtsgrundlage positiver Maßnahmen genannt.[103] Es ergibt sich daraus, dass § 5 AGG landesrechtliche Regelungen wie das LGG nicht verdrängen soll, sondern diese vielmehr sogar voraussetzt. Etwas anderes kann auch nicht für positive Maßnahmen zugunsten von benachteiligten Gruppen i.S.d. § 2 LADG gelten, die aus nicht nach § 1 AGG geschützten Gründen strukturell benachteiligt werden;[104] denn diese werden durch das AGG gar nicht erfasst. Eine Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG scheidet insoweit aus.[105]
Gebrauch gemacht hat der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG nur mit Blick auf die Regelung zum Diskriminierungsschutz im Bereich der Beschäftigung und des Zivilrechts.[106] Entsprechend hat der Landesgesetzgeber in § 3 Abs. 1 S. 2 LADG diese Regelungsmaterie vom Anwendungsbereich des LADG ausgenommen.[107] Die verbleibende Kompetenz zur Regelung positiver Maßnahmen hat er genutzt, indem er § 11 LADG auf die Anbahnung, Durchführung und Beendigung öffentlich-rechtlicher Dienst- und Beschäftigungsverhältnisse im unmittelbaren und mittelbaren Landesdienst für weiterhin anwendbar erklärt.[108]

---

[96] Dazu Däubler/Beck-*Klose*, AGG, § 24 AGG Anhang 2 LADG Rn. 119 (dort Fn. 216).
[97] BVerfG, Beschl. v. 29.3.2000 - 2 BvL 3/96, E 102, 99, 114 f.; BVerfG, Beschl. v. 25.2021 - 2 BvF 1/20 u.a. - NJW 2021, 1377, 1379 Rn. 92; st. Rspr.
[98] BVerfG, Urt. v. 23.6.1998 - 1 BvR 2306 u.a., E 98, 265, 300; BVerfG, Beschl. v. 25.2021 - 2 BvF 1/20 u.a. - NJW 2021, 1377, 1379 Rn. 92; st. Rspr.
[99] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.2021 - 2 BvF 1/20 u.a. - NJW 2021, 1377, 1379 Rn. 93; Jarass/Pieroth-*Kment*, GG Art. 72 Rn. 10 mit weiteren Nachw.
[100] BVerfG, Urt. v. 23.6.1998 - 1 BvR 2306 u.a., E 98, 265, 300 f.; BVerfG, Beschl. v. 25.2021 - 2 BvF 1/20 u.a. - NJW 2021, 1377, 1379 Rn. 92; st. Rspr.
[101] Dazu ausf. unter B. III. b) aa) (3) .
[102] Statt vieler ErfK-*Schlachter* AGG § 5 Rn. 1; Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 16.
[103] Bundestag, Drs. 16/1780, S. 34; vgl. auch ErfK/Schlachter AGG § 5 Rn. 2; Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 24 Rn. 16.
[104] So umfasst der Schutz des LADG nach § 3 LADG auch die Merkmale chronische Erkrankung, Sprache und sozialen Status; mit dem LADG wurde erstmals der nicht-vererbte soziale Status im Rahmen eines Antidiskriminierungsgesetzes in Deutschland gesetzlich verankert; *Röhner*, Sozioökonomische Diskriminierung, HdBADR, § 11 Rn. 45 f.
[105] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.2021 - 2 BvF 1/20 u.a. - NJW 2021, 1377, 1379 Rn. 88 ff.
[106] Bundestag, Drs. 16/1780, S. 28 f.
[107] Vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/1996, S. 15 f.
[108] Siehe oben unter B. II. b) ff)

bb) Sperrwirkung durch § 9 BeamtStG?

Entgegen einer früheren Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin zum ehemaligen § 7 BRRG[109] gehen die Rechtsprechung und h.M. heute einhellig davon aus, dass auch § 9 BeamtStG keine Sperrwirkung nach Artt. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 27 GG für positive Maßnahmen im Beamtenrecht entfaltet.[110] Nach dieser Vorschrift sind Ernennungen von Beamt:innen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung „ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität“ vorzunehmen. Anders als der im Übrigen nahezu wortgleiche § 9 BBG enthält § 9 BeamtStG zwar keine ausdrückliche Einschränkung bezüglich gesetzlicher „Maßnahmen zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung im Erwerbsleben“. Wie sich aus dem Normkontext und der Gesetzgebungsgeschichte jedoch ergibt, war mit der Vorschrift keine Sperrwirkung für positive Maßnahmen intendiert; vielmehr wurde deren Zulässigkeit vom Gesetzgeber vorausgesetzt.[111]

cc) Zwischenfazit

Die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes aus Art. 47 Nr. 12, 27 GG steht Regelungen zu positiven Maßnahmen durch den Landesgesetzgeber für den Öffentlichen Dienst nicht entgegen. Diese werden in § 5 AGG vielmehr vorausgesetzt. Entsprechende Regelungen müssen allerdings gem. Art. 31 GG die verfassungs- und bundesrechtlichen Anforderungen, insbesondere aus Art. 3 GG, Art. 33 Abs. 2 GG und § 5 AGG, beachten.

b) Zulässigkeit von positiven Maßnahmen unter Berücksichtigung von Benachteiligungsverboten

aa) Anforderungen des AGG und der Antidiskriminierungs-RL an positive Maßnahmen

(1) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich der Benachteiligungsverbote

Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrCh) normiert ein umfassendes Diskriminierungsverbot, das die Mitgliedstaaten gem. Art. 51 GrCh bei der Ausführung von Unionsrecht beachten müssen. Unionsrecht führt Deutschland u.a. bei der Umsetzung von Richtlinien aus, wozu die Antidiskriminierungs-RL 2000/43/EG, RL 2000/78/EG und RL 2006/54/EG gehören, die durch das AGG in nationales Recht transformiert worden sind. Diese konkretisieren das Diskriminierungsverbot aus Art. 21 GrCh,[112] sodass Art. 21 GrCh im Anwendungsbereich der Richtlinien und des AGG allenfalls für Auslegungsfragen relevant ist. § 7 Abs. 1 AGG verbietet – in Übereinstimmung mit den Antidiskriminierungs-RL – Benachteiligungen von Beschäftigten wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes.[113] Dies betrifft gem. § 2 I Nr. 1, 3 AGG auch die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen für den Zugang zu Beschäftigungs- und Berufsbildungsverhältnissen, auch im öffentlichen Dienst.[114] Als „Beschäftigte“ i.S.d. § 7 Abs. 1 AGG sind dementsprechend gem. § 6 Abs. 1 S. 1, 2 AGG auch Bewerber:innen um Beschäftigungsverhältnisse und Berufsbildungsverhältnisse geschützt. Zu den Berufsbildungsverhältnissen zählen nicht nur die Ausbildungsverhältnisse nach § 10 Abs. 1 BBiG, sondern auch andere Vertragsformen, die dazu dienen, berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse, Fähigkeiten oder berufliche Erfahren zu vermitteln.[115] Das betrifft auch Praktika, die praktischen Teile des dualen Studiums und öffentlich-rechtliche Ausbildungsverhältnisse wie den juristischen Vorbereitungsdienst. Beamt:innen und Richter:innen sind keine

---

[109] VG Berlin, Beschl. v. 2.9.2005 – 7 A 41/05 – NVwZ-RR 2006, 348.
[110] Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 26.8.2010 – 6 B 540/10 -, openJur 2011, 74737, Rn. 11 ff.; *Reich*, BeamtStG, § 9 Rn. 1; Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 280.
[111] Ausf. OVG NRW, Beschl. v. 26.8.2010 – 6 B 540/10 -, openJur 2011, 74737, Rn. 11 ff.
[112] Vgl. EuGH, Urt. v. 16.07.2015 – C-83/14, BeckRS 2015, 80950 (Rn. 71).
[113] Zu den Gründen schon oben II. 2.
[114] BT-Drs. 16/1780, S. 34.
[115] HK ArbR-*Berg*, AGG, § 6 Rn. 4; ErfK-*Schlachter*, AGG, § 6 Rn. 2; Däubler/Beck-*Schrader/Schubert*, AGG, § 6 Rn. 56.

Beschäftigten i.S.d. § 6 AGG; für sie gilt das Benachteiligungsverbot aber über die Verweisung in § 24 AGG.[116]
Die Antidiskriminierungs-RL[117] und § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG verbieten auch Benachteiligungen beim „Zugang zu allen Formen und Ebenen der Berufsberatung [...] einschließlich der praktischen Berufserfahrung." Die Vorschriften erfassen alle „Elemente einer aktiven Arbeitsförderung einschl. Trainingsmaßnahmen".[118] Dazu gehören auch Förderangebote zur Vorbereitung auf den Arbeitsmarkt.[119] Zwar gelten für Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch gem. § 2 Abs. 2 AGG ausschließlich die Benachteiligungsverbote in § 33c SGB I und § 19a SGB IV.[120] Gegenstand des Gutachtens sind jedoch nicht Berufsbildungsmaßnahmen auf Grundlage der Sozialgesetzbücher, die durch externe Leistungsträger, insbes. die Arbeitsagentur, angeboten werden, sondern Förderprogramme, die die Dienststellen der Berliner Verwaltung selbst organisieren und finanzieren, um Menschen für eine Anstellung oder Ausbildung im öffentlichen Dienst zu gewinnen. Für solche Maßnahmen sehen das AGG und die Richtlinien keine Bereichsausnahme vor. Dennoch wird teilweise vertreten, dass „öffentlich-rechtlich organisierte Angebote" per se nicht dem AGG unterfielen, da das AGG nur solche Angebote betreffe, „die im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers liegen".[121]
Diese Eingrenzung ist abzulehnen: Das AGG erfasst auch Berufsberatungsangebote öffentlich-rechtlicher Träger.[122] Erstens können auch öffentlich-rechtlich organisierte Angebote im Verantwortungsbereich von Arbeitgeber:innen liegen, nämlich von öffentlich-rechtlich organisierten Arbeitgeber:innen, die das AGG ebenso adressiert wie private Arbeitgeber:innen.[123] Zweitens enthält der Wortlaut der Richtlinien und des AGG keine Einschränkungen auf private Anbieter. Im Gegenteil: Erfasst sein soll gerade der Zugang zu *allen Formen und allen Ebenen* der Berufsberatung. Drittens bezweckt § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG einen diskriminierungsfreien Zugang zum Arbeitsmarkt zu sichern, indem bereits Maßnahmen erfasst werden, die der eigentlichen Einstellung vorgelagert sind, aber gleichwohl die Einstellungschancen beeinflussen. Dieser Zwecksetzung würde eine Herausnahme von Förderangeboten öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber:innen zuwiderlaufen.

(2) Positive Maßnahmen als Benachteiligung anderer Personengruppen

Positive Maßnahmen zugunsten von Personengruppen, die sich durch ein in § 1 AGG genanntes Merkmal oder dessen Zuschreibung auszeichnen, können zugleich Benachteiligungen der Personengruppen mit anderer Merkmalsausprägung sein. Die Differenzierungskriterien des AGG schützen nicht von vornherein nur bestimmte Personengruppen, sondern stellen jede unterschiedliche Behandlung anhand des Merkmals unter einen Rechtfertigungszwang. Zwar reagiert das AGG ideengeschichtlich nicht auf Unterscheidungen per se – „mal für die Einen, mal für die Anderen" – sondern auf „tradierte, verfestigte, in Strukturen manifeste Benachteiligungen, die [...] im empirisch nachweisbaren

---

[116] § 24 AGG ordnet die „entsprechende" Geltung der Vorschriften des AGG für Beamt:innen und Richter:innen „unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung" an. Diese Rechtsstellung fußt insbesondere auf den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG (BeckOGK-*Benecke*, AGG, § 24 Rn. 1). § 24 AGG gebietet Korrekturen bei der Anwendung der Benachteiligungsverbote dort, wo ansonsten die grundgesetzlich definierte Rechtsstellung von Beamt:innen oder Richter:innen berührt würde (*Bauer/Krieger/Günther*, AGG, § 24 Rn. 6). Durch die Einführung von positiven Maßnahmen wird nicht die hergebrachte Rechtsstellung als Beamte:r beeinträchtigt, sondern (vorgelagert) beeinflusst, mit wem das Beamtenverhältnis begründet wird. Diese Auswahlentscheidung unterliegt Art. 33 Abs. 2 GG. Die Geltung von Art. 33 Abs. 2 GG ist jedoch keine „Besonderheit", die von vornherein einer Anwendung des AGG – insbes. von § 5 und § 7 AGG – entgegensteht: Art. 33 Abs. 2 GG gilt nämlich nicht nur für Beamt:innen i.S.d. § 24 AGG, sondern auch für Tarifbeschäftigte im öffentlichen Dienst, für die das AGG ohne Einschränkungen anwendbar ist (vgl. Däubler/Beck-*Mahlmann*, AGG, § 24 Rn. 21; BeckOGK-*Benecke*, AGG, § 24 Rn. 4). Wenn Art. 33 Abs. 2 GG aber bei Tarifbeschäftigten eine Anwendung von § 5 AGG unberührt lässt, so gibt es keinen Grund, bei Beamt:innen anders zu verfahren. Die Einschränkung in § 24 AGG bringt im Kontext von positiven Maßnahmen daher nur die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, dass öffentliche Arbeitgeber:innen unmittelbar grundrechtsverpflichtet sind und Einstellungsentscheidungen daher nicht *nur* anhand des AGG, sondern auch anhand von Art. 3 GG und Art. 33 Abs. 2 GG zu beurteilen sind (vgl. auch § 2 Abs. 3 AGG). Positive Maßnahmen betreffend den Zugang zum Beamtenverhältnis können daher Benachteiligungen von Mitbewerber:innen i.S.d. § 7 AGG sein, deren Rechtfertigung anhand von § 5 AGG zu beurteilen ist (vgl. Däubler/Beck-*Mahlmann*, AGG, § 24 Rn. 58 f.). Von dieser Prüfung absolviert § 24 AGG nicht. *Zusätzlich* ist zu prüfen, ob die positive Maßnahme in Art. 3 GG und Art. 33 Abs. 2 GG eingreift und ob sie verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.
[117] Art. 3 Abs. 1 lit. b) RL 2000/43/EG; Art. 3 Abs. 1 lit. b) RL 2000/78/EG; Art. 14 Abs. 1 lit. b) RL 2006/54/EG.
[118] *Däubler*/Beck, AGG, § 5 Rn. 37.
[119] Siehe dazu unter III. 2. a) aa).
[120] BT-Drs. 16/1780, S. 32.
[121] ErfK-*Schlachter*, AGG, § 2 Rn. 12; MüKo BGB-*Thüsing*, AGG, § 2 Rn. 11.
[122] So auch BeckOK BGB-*Horcher*, AGG, § 2 Rn. 19; NK GA-*Schneider*, AGG, § 2 Rn. 11; BeckOK ArbR- *Roloff*, AGG, § 2 Rn. 12; *Däubler*/Beck, AGG, § 2 Rn. 37.
[123] Siehe schon III. 1. b) aa) (1) sowie § 24 AGG.

Regelfall ‚die Anderen' treffen."[124] Durch die offene Formulierung der §§ 1, 7 Abs. 1 AGG und der Normierung positiver Maßnahmen als Rechtfertigung von Benachteiligungen gem. § 5 AGG wird jedoch deutlich, dass die Bevorzugung historisch benachteiligter Gruppen eine gem. § 5 AGG zu rechtfertigende Benachteiligung anderer sein kann. Diese Lesart entspricht auch der integritätsschützenden Funktion der Diskriminierungsverbote: Schutz vor Benachteiligungen aufgrund bestimmter persönlicher Merkmale ist auch Schutz der Würde und des Rechts auf Entfaltung der eigenen Persönlichkeit und Selbstdarstellung.[125]
Etwas anderes gilt jedoch für die Bevorzugung von Menschen mit Behinderung: Dadurch werden zwar Menschen ohne Behinderung benachteiligt; vor Benachteiligung aufgrund einer „Nichtbehinderung" schützt das AGG nach seinem Wortlaut und seinen Zwecken jedoch nicht. Diese „Asymmetrie" führt dazu, dass die Bevorzugung von Menschen mit Behinderung AGG-rechtlich unabhängig von einer Rechtfertigung zulässig ist.[126]
Die Anknüpfung an nicht in § 1 AGG genannte Merkmale kann eine Benachteiligung i.S.d. § 7 Abs. 1 AGG darstellen, wenn damit Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligt werden (mittelbare Benachteiligung gem. § 3 Abs. 2 AGG). Die Bevorzugung von „Ostdeutschen" kann beispielsweise Menschen mit Migrationsgeschichte überproportional benachteiligen, insbes., wenn mit „Ostdeutschen" solche Personen gemeint sind, die selbst in einem „neuen Bundesland" geboren worden sind oder deren Eltern dort schon gelebt haben. Eine Bevorzugung von Eltern kann eine mittelbare Benachteiligung aufgrund des (jungen oder hohen) Lebensalters sowie aufgrund der sexuellen Identität sein.

(3) Rechtfertigung der Benachteiligung gem. § 5 AGG

Geht eine positive Maßnahme nach den oben genannten Kriterien mit Benachteiligungen gem. § 7 Abs. 1 AGG einher, kann sie dennoch gem. § 5 AGG gerechtfertigt sein.[127] § 5 AGG erlaubt unterschiedliche Behandlungen, „wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen."

(a) Bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes

Nachteile gem. § 5 AGG sind Umstände „tatsächlicher oder struktureller Art",[128] die dazu führen, dass Personen aufgrund eines Merkmals i.S.d. § 1 AGG im Arbeitsleben schlechtere Chancen als andere Personen haben.[129] Die Ursachen dieser Nachteile – z.B. echte oder zugeschriebene Eigenschaften der benachteiligten Personen, Vorurteile oder Ressentiments anderer Personen – sind für die Anwendung von § 5 AGG unerheblich; entscheidend ist allein, dass die jeweils betroffene Gruppe aktuell Nachteile erfährt.[130] Ein Indiz für das Bestehen solcher Nachteile ist, dass die Personengruppe im betroffenen Bereich erheblich unterrepräsentiert ist.[131] Der relevante „betroffene Bereich" kann dabei nach herrschender Ansicht nicht nur der jeweilige Betrieb bzw. die jeweilige Dienststelle der Berliner Verwaltung sein; als Bezugsrahmen für positive Maßnahmen kommen stattdessen auch ein Zweig innerhalb der Berliner Verwaltung oder der gesamte öffentliche Dienst in Berlin in Betracht.[132] Bestehende Nachteile i.S.d. § 5 AGG können beispielsweise durch aussagekräftige Statistiken über die Beschäftigtenstruktur nachgewiesen werden, aber auch durch qualitative Studien,

---

[124] *Baer*, Chancen und Risiken, S. 14.
[125] *Britz*, Freie Selbstentfaltung durch Selbstdarstellung, S. 55; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 38, 48.
[126] *Bechtolf*, ZESAR 2020, 161, 162; ErfK-*Schlachter*, AGG, § 5 Rn. 5; MüKo BGB-*Thüsing*, AGG, § 5 Rn. 19; BeckOK BGB-*Horcher*, AGG, § 5 Rn. 19.
[127] Mit der Regelung werden Art. 5 RL 2000/54/EG, Art. 7 Abs. 1 RL 2000/78/EG und Art. 3 RL 2006/54/EG umgesetzt.
[128] BT-Drs. 16/1780, S. 34.
[129] Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 21; NK GA-*Schneider*, AGG, § 5 Rn. 3.
[130] Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 22.
[131] BeckOGK-*Baumgärtner*, AGG, § 5 Rn. 31; HK ArbR-*Turba/Klapp*, AGG, § 5 Rn. 4; Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 24; *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 11; ArbG Berlin, Urt. v. 05.06.2014 – 42 Ca 1530/13, BeckRS 2014, 123686 Rn. 19; vgl. auch EuGH, Urt. v. 19.03.2002 – C-476/9 (Lommers), NJW 2002, 1859, 1861 (Rn. 36); BT-Drs. 16/1780, S. 23.
[132] Vgl. Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 25; *Bauer/Krieger/Günther*, AGG, § 5 Rn. 9; Wendeling-Schröder/*Stein*, AGG, § 5 Rn. 12; *Franke/Merx*, AuR 2007, 235.

die strukturelle Nachteile der zu fördernden Gruppe generell auf dem Arbeitsmarkt oder spezifisch in der Berliner Verwaltung belegen.[133]

(b) Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen

Positive Maßnahmen sind geeignet, wenn objektiv die Wahrscheinlichkeit besteht, dass durch die Maßnahmen die Repräsentanz der benachteiligten Gruppe gesteigert wird.[134] Erforderlich sind Maßnahmen, wenn kein gleich wirksames Mittel zur Verfügung steht, das sich weniger nachteilig auf die nicht begünstigte Gruppe auswirkt.[135] Angemessen sind Maßnahmen, die unter Berücksichtigung der auszugleichenden Nachteile die jeweils andere Gruppe nicht überproportional belasten. Es bedarf einer Abwägung der betroffenen Rechtspositionen im konkreten Fall.[136] Dabei gelten folgende Leitlinien:

- Eine positive Maßnahme ist umso eher angemessen, je weniger sie auch der nicht begünstigten Gruppe einen Vorteil bringen würde.[137] Bei einer *formalen* Sichtweise kann zwar jeder Ausschluss von (Förder-)Angeboten eine Benachteiligung i.S.d. § 7 Abs. 1 AGG sein. Allerdings gehen damit nicht zwingend auch *tatsächliche nachteilige Auswirkungen* für die nicht begünstigten Gruppen einher.[138] Je weniger eine Maßnahme den Rechtskreis der nicht begünstigten Gruppe berührt, desto eher ist sie angemessen.
- Nach der Rechtsprechung des EuGH darf der begünstigten Gruppe, wenn sie im Konkurrenzverhältnis zu anderen Personen steht, kein automatischer, unbedingter Vorrang eingeräumt werden.[139] Ansonsten würde die positive Maßnahme auf die Herstellung von Ergebnisgleichheit abzielen, während die § 5 AGG zugrundeliegenden Richtlinienvorgaben nur die Förderung von *Chancengleichheit* zuließen.[140] Es muss stets eine Würdigung jeder einzelnen Bewerbung und eine Abwägung aller Umstände im Einzelfall möglich bleiben.[141] Klauseln, nach denen Frauen bei Einstellungen und Beförderungen im Falle gleicher Qualifikation zwingend vorrangig vor Männern zu berücksichtigen sind, solange sie unterrepräsentiert sind, seien danach unzulässig.[142] Etwas anderes gelte, wenn eine Öffnungsklausel dergestalt existiere, dass die Bevorzugung von Frauen bei gleicher Eignung geboten sei, „sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen“[143] oder „Gründe von größerem rechtlichen Gewicht entgegenstehen.“[144] Die Rechtsprechung ist auf positive Maßnahmen wegen anderer Merkmale i.S.d. § 1 AGG übertragbar.[145]
- Es ist nach der Rechtsprechung des EuGH zwischen positiven Maßnahmen bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen und Arbeitsplätzen im öffentlichen Dienst zu unterscheiden. Bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen, für die es kein staatliches Monopol gibt, können auch Quoten zulässig sein, nach denen Frauen mindestens die Hälfte der Ausbildungsplätze erhalten müssen, es sei denn, dass nicht genügend qualifizierte Bewerbungen von Frauen vorliegen.[146] Solche Quoten würden nämlich auf die Verbesserung der *Chancen* weiblicher Bewerberinnen bei dem der Ausbildung

---

[133] *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 12; *Bauer/Krieger/Günther*, AGG, § 5 Rn. 10.
[134] ErfK-*Schlachter,* AGG, § 5 Rn. 4; Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 28; ArbG Berlin, Urt. v. 05.06.2014 – 42 Ca 1530/13, BeckRS 2014, 123686 Rn. 22.
[135] Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 29; *Bauer/Krieger/Günther*, AGG, § 5 Rn. 14.
[136] BT-Drs. 16/1780, S. 34; Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 30 mit weiteren Nachw.; Wendeling-Schröder/*Stein*, AGG, § 5 Rn. 22.
[137] Däubler/Beck-*Zimmer,* AGG, § 5 Rn. 32; *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 15.
[138] Ob diese Fälle schon tatbestandlich keine Benachteiligung darstellen oder gem. § 5 AGG gerechtfertigt sind, wird in der Literatur nur vereinzelt thematisiert, z.B. offen gelassen z.B. von Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 32.
[139] EuGH, Urt. v. 17.10.1995 – C-450/93 (Kalanke), NJW 1995, 3109, 3110 (Rn. 24).
[140] EuGH, Urt. v. 17.10.1995 – C-450/93 (Kalanke), NJW 1995, 3109, 3110 (Rn. 22 f.).
[141] Vgl. EuGH, Urt. v. 11.11.1997 – C-409/95 (Marschall), NJW 1997, 3429, 3430 (Rn. 33 f); EuGH, Urt. v. 28.03.2000 – C-158/97 (Badeck), NJW 2000, 1549, 1551 (Rn. 23); EuGH, Urt. v. 06.07.2000 – C-407/98 (Abrahamsson), NJW 2000, 2653, 2656 (Rn. 53).
[142] EuGH, Urt. v. 17.10.1995 – C-450/93 (Kalanke), NJW 1995, 3109, 3110 (Rn. 24).
[143] EuGH, Urt. v. 11.11.1997 – C-409/95 (Marschall), NJW 1997, 3429, 3430 (Rn. 33 f.).
[144] EuGH, Urt. v. 28.03.2000 – C-158/97 (Badeck), NJW 2000, 1549, 1552 (Rn. 38).
[145] Dezidiert *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 14. Vgl. auch BT-Drs. 16/1780, S. 34; *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 10; Däubler/Beck-*Zimmer,* AGG, § 5 Rn. 31.
[146] EuGH, Urt. v. 28.03.2000 – C-158/97 (Badeck), NJW 2000, 1549, 1553 (Rn. 55).

nachfolgenden Zugang zu qualifizierten Tätigkeiten im öffentlichen Dienst abzielen.[147] Etwas anderes gelte allerdings dann, wenn für die Ausbildungsplätze ein staatliches Monopol besteht, für die es also im Privatsektor keine Plätze gibt. Dann würden männliche Bewerber nämlich durch die Quote „definitiv von einer Ausbildung ausgeschlossen."[148] Auch diese Rechtsprechung ist auf andere Merkmale i.S.v. § 1 AGG übertragbar.

bb) Anforderungen des Art. 3 GG an positive Maßnahmen

Die Berliner Verwaltung ist als Teil der vollziehenden Gewalt i.S.d. Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an die Gleichheitssätze nach Art. 3 GG gebunden. Gem. Art. 3 Abs. 1 GG dürfen vergleichbare Sachverhalte und Personen nicht ohne hinreichenden Grund ungleich behandelt werden. Grundrechtsträger:innen werden in ihrem Gleichheitsrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG beeinträchtigt, wenn die Ungleichbehandlung zu einem Nachteil für sie führt.[149] Ein Nachteil ist auch dann anzunehmen, wenn jemand von einer Begünstigung ausgeschlossen wird, die einem anderen gewährt wird.[150] Dazu zählen auch positive Maßnahmen. Soweit Art. 3 Abs. 1 GG nicht durch Art. 3 Abs. 3 GG verdrängt wird, muss die Verwaltung bei der Aufstellung von Auswahlkriterien und der Einrichtung unterschiedlicher Bewerbungsverfahren für bestimmte Personengruppen also die Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG beachten.
Für die Ungleichbehandlung von Personengruppen verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass „Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können."[151] Die Ungleichbehandlung muss also legitime Ziele verfolgen, zur Erreichung dieser Ziele geeignet und erforderlich sowie verhältnismäßig i.e.S. sein.[152]
Legitime Ziele sind auch soziale Gründe. Der Sozialstaatsgrundsatz kann Ungleichbehandlungen rechtfertigen,[153] z.B. wenn die Ungleichbehandlung dazu dient, „Gruppen der Gesellschaft, die aufgrund persönlicher Lebensumstände oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind", zu fördern.[154] Insofern kann auch die Förderung unterrepräsentierter Gruppen als Ausprägung des Sozialstaatsprinzips prinzipiell vor Art. 3 Abs. 1 GG zulässig sein. Art. 3 Abs. 2 GG und Abs. 3 S. 2 GG sehen für Frauen und Menschen mit Behinderung besondere Förderpflichten vor, die als verfassungsrechtliche Wertentscheidung ein legitimes Ziel i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG darstellen können.
Im Spannungsfeld dazu steht Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, der Unterscheidungen aufgrund der dort genannten Gründe verbietet. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geht als *lex specialis* Art. 3 Abs. 1 GG vor.[155] Es wird daher zuerst untersucht, unter welchen Voraussetzungen positive Maßnahmen, die an ein Merkmal des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG anknüpfen, zulässig sind (1). Im Übrigen, d.h. soweit positive Maßnahmen nicht an Kriterien des Art. 3 Abs. 3 GG anknüpfen, ist über ihre Zulässigkeit gem. Art. 3 Abs. 1 GG im Einzelfall zu entscheiden (2).

(1) Anknüpfung an ein in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genanntes Merkmal

Die Verwaltung darf bei Einstellungen und Recruiting-Maßnahmen niemanden wegen der in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Merkmale benachteiligen oder bevorzugen und gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG niemanden wegen seiner Behinderung benachteiligen. Fraglich ist, ob positive Maßnahmen für unterrepräsentierte Gruppen als Benachteiligungen und Bevorzugungen i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu verstehen sind (a), und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen sie gerechtfertigt sein können (b).

---

[147] EuGH, Urt. v. 28.03.2000 - C-158/97 (Badeck), NJW 2000, 1549, 1552 f. (Rn. 52 f.).
[148] EuGH, Urt. v. 28.03.2000 - C-158/97 (Badeck), NJW 2000, 1549, 1553 (Rn. 53).
[149] BVerfG, Urt. v. 12.09.2012 - 2 BvR 1390/12 u.a. E 132, 195, 235 (Rn. 95).
[150] St. Rspr. z.B. BVerfG, Urt v. 17.12.2014 - 1 BvL 21/12, E 138, 136, 180 (Rn. 121).
[151] BVerfG, Beschl. v. 29.11.2017 - 1 BvR 1784/16, BeckRS 2017, 136497 (Rn. 10).
[152] Jarass/Pieroth-*Jarass*, GG, Art. 3 Rn. 22 mit weiteren Nachw. aus der st. Rspr. des BVerfG.
[153] BVerfG, Urt. v. 02.03.1999 - 1 BvL 2/91, E 99, 367, 395.
[154] BVerfG, Beschl. v. 22.06.1977 - 1 BvL 2/74, E 45, 376, 387 (Rn. 52).
[155] Statt aller Dürig/Herzog/Scholz-*Langenfeld*, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 101.

(a) Positive Maßnahmen als tatbestandliche Benachteiligung und Bevorzugung

Positive Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Behinderung verstoßen nicht gegen Art. 3 Abs. 3 GG. Während Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG Bevorzugungen sowie Benachteiligungen aufgrund der dort genannten Merkmale untersagt, verbietet Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nur, dass jemand „wegen seiner Behinderung benachteiligt" wird. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG enthält also ein „asymmetrisches Diskriminierungsverbot", auf das sich „nichtbehinderte" Menschen von vornherein nicht berufen können.[156]

Positive Maßnahmen zugunsten von Frauen oder Menschen mit Geschlechtseintrag „divers" sowie von Menschen mit Migrationsgeschichte (wegen der mittelbaren Betroffenheit der Merkmale Abstammung, „Rasse", Sprache, Heimat, Herkunft und Religion)[157] sind jedoch vom Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbotene Bevorzugungen. Nach der herrschenden Meinung in der Literatur ist für solche Maßnahmen daher eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung erforderlich.[158]

Nach einer Gegenansicht, der ein materiell-asymmetrisches Verständnis der besonderen Gleichheitssätze zugrunde liegt, sind positive Maßnahmen schon keine tatbestandliche Benachteiligung und Bevorzugung. Da das Antidiskriminierungsrecht auf ungleiche, also asymmetrische Ausgangsverhältnisse reagiere, verbiete Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nur Bevorzugungen, die eine Privilegierung darstellen. Differenzierungen, die nur bestehende Nachteile ausgleichen, ohne zusätzliche Nachteile für Dritte zu bewirken, verstießen danach nicht gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.[159]

Es sprechen zwar durchaus gute Gründe für ein materiell-asymmetrisches Verständnis der besonderen Gleichheitssätze. Auch das Bundesverfassungsgericht erkennt den Zweck des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG an, „Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen".[160] Nach hier vertretener Ansicht ist es jedoch vorzugswürdig, die materielle Gleichheitsfunktion des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG (erst) auf der Ebene der Rechtfertigung einer unmittelbaren oder faktischen Ungleichbehandlung zu berücksichtigen.[161] Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts untersagt Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nämlich Benachteiligungen „schlechthin"[162]; die genannten Merkmale dürfen „grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden."[163] Dafür spricht auch die persönlichkeits- und würdeschützende Funktion des Antidiskriminierungsrechts, die höchstpersönliche und unveränderliche Merkmale grundsätzlich nicht als Differenzierungskriterien gelten lassen will.[164]

Darüber hinaus erfordert die Beurteilung, wann Differenzierungen nur bestehende Nachteile ausgleichen, ohne zusätzliche Nachteile für Dritte zu bewirken, Wertungen, die grundrechtsdogmatisch auf Ebene der Eingriffsrechtfertigung zu verorten sind: Erstens setzt die Beurteilung, wann Differenzierungen nur bestehende Nachteile ausgleichen, voraus, dass die konkrete positive Maßnahme auf spezifische strukturelle Ungleichheiten, insbes. die Unterrepräsentanz bestimmter Bevölkerungsgruppen, reagiert und zu deren Ausgleich geeignet ist.[165] Diese Fragen sind jedoch typischerweise Fragen des legitimen Zwecks und der Eignung eines Grundrechtseingriffs bzw. einer Ungleichbehandlung. Zweitens ist nicht immer zweifelsfrei festzustellen, ob positive Maßnahmen zusätzliche Nachteile für Dritte auslösen. Dass z.B. „Maßnahmen zur Stärkung des Selbstbewusstseins von Mädchen" keine direkten

---

[156] Statt aller Dürig/Herzog/Scholz-*Langenfeld*, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 116 mit weiteren Nachw.; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 08.10.1997 – 1 BvR 9/97, E 96, 288, 302 f.

[157] Nach der Rspr. des BVerfG umfasst Art. 3 Abs. 3 GG auch das Verbot mittelbarer (faktischer) Benachteiligungen; vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.11.1997 - 1 BvL 12/91, E 97, 35, 43 f.; BVerfG, Urt. v. 6.11.2001 - 1 BvL 23/96, E 104, 373, 393; Sachs-*Nußberger*, GG, Art. 3 Rn. 248 f.

[158] Sachs-*Nußberger*, GG, Art. 3 Rn. 238a; Dürig/Herzog/Scholz-*Langenfeld*, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 18, 30; *Majer/Pautsch*, ZAR 2020, 414, 416 f.

[159] V. Mangoldt/Klein/Starck-*Baer/Markard*, GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 418 ff.; *Grünberger* et al., Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, S. 54.

[160] BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, E 147, 1, 28 (Rn. 59).

[161] So auch *Sacksofsky*, JöR 2019, 377, 388; *Wrase/Klose*, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, 2012, § 4 Rn. 32.

[162] BVerfG, Beschl. v. 08.10.1997 – 1 BvR 9/97, E 96, 288, 302.

[163] BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, E 147, 1, 27 (Rn. 57).

[164] *Britz*, Freie Selbstentfaltung durch Selbstdarstellung, S. 55; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 38, 48.

[165] Vgl. auch *Majer/Pautsch*, ZAR 2020, 414, 417, die darauf hinweisen, dass hinsichtlich einiger Merkmale, z.B. das der Religion, schwer feststellbar sein kann, wer im jeweiligen Gebiet zur Mehrheit oder Minderheit gehört.

Nachteile für Jungen bewirken, liegt auf der Hand.[166] Ebenso klar ist umgekehrt, dass starre Einstellungsquoten Nachteile für Dritte auslösen. Zwischen diesen Polen liegt jedoch eine Variationsbreite positiver Maßnahmen, die direkte oder indirekte, mal eher tatsächliche, mal eher rechtliche Nachteile für Dritte auslösen können. Es ist in diesen Fällen schwierig, eine Bevorzugung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG entweder zu bejahen oder zu verneinen. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung i.e.S. können stattdessen je nach Eingriffsintensität der Nachteile die Anforderungen an das mit der positiven Maßnahme verfolgte Ziel angepasst werden.
Im Übrigen verlangen auch die Befürworter:innen des materiell-asymmetrischen Verständnisses eine Prüfung anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG, was in Anbetracht der Nähe zu den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG auf einen vergleichbaren Rechtfertigungsmaßstab hinausläuft.[167]

(b) Rechtfertigung einer Benachteiligung und Bevorzugung

Art. 3 Abs. 3 GG ist ein schrankenlos gewährleistetes Grundrecht, sodass eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen nur durch kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht kommt.[168] In der Rechtsprechung und Literatur ist man sich weitgehend einig, dass der Förderauftrag gem. Art. 3 Abs. 2 GG die Bevorzugung von Frauen rechtfertigen kann (aa). Es ist umstritten, ob darüber hinaus auch Art. 3 Abs. 3 GG selbst Ungleichbehandlungen aufgrund der dort genannten Merkmale rechtfertigen kann (bb).

(aa) Rechtfertigung von positiven Maßnahmen für Frauen gem. Art. 3 Abs. 2 GG

Art. 3 Abs. 2 GG normiert den staatlichen Auftrag, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Es handelt sich dabei um kollidierendes Verfassungsrecht, das die Bevorzugung von Frauen rechtfertigen kann.[169] Dafür muss die Fördermaßnahme zum Ausgleich tatsächlich bestehender Nachteile geeignet und erforderlich sein und unter Berücksichtigung der rechtlichen oder faktischen Nachteile des anderen Geschlechts angemessen sein.[170]
Art. 3 Abs. 2 GG gilt nicht für andere Geschlechter als Männer und Frauen: Er enthält also keinen Verfassungsauftrag zur Gleichstellung von intergeschlechtlichen und nichtbinären Personen.[171] Dies ergibt sich einerseits aus dem gegenüber Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG engeren Wortlaut, der nicht bloß vom „Geschlecht“, sondern von Männern und Frauen spricht und andererseits aus der Entstehungsgeschichte der Norm als „eine von der Frauenrechtsbewegung erkämpfte Reaktion auf die jahrhundertelange rechtliche wie faktische Benachteiligung von Frauen gegenüber Männern in nahezu allen Bereichen des öffentlichen und privaten Lebens.“[172] Auch das Bundesverfassungsrecht hat in seiner Entscheidung zur „Dritten Option“ zum Ausdruck gebracht, dass der persönliche Anwendungsbereich des Gleichstellungsauftrags in Art. 3 Abs. 2 GG enger zu interpretieren sei als das Verbot der Geschlechterdiskriminierung in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Dafür hat es sowohl auf den unterschiedlichen Wortlaut der Absätze als auch ihren unterschiedlichen Regelungsgehalt zurückgegriffen.[173]

(bb) Rechtfertigung von positiven Maßnahmen für andere Merkmalsträger gem. Art. 3 Abs. 3 GG

---

[166] So das Beispiel von v. Mangoldt/Klein/Starck-*Baer/Markard*, GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 423.
[167] Vgl. *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 19.
[168] BVerfG, Beschl. v. 25.10.2005 - 2 BvR 524/01, E 114, 357, 364.
[169] BVerfG, Beschl. v. 24.01.1995 - 1 BvL 18/93 u.a., E 92, 91, 109; *Papier/Heidebach*, DVBl. 2015, 125, 127; v. Münch/Kunig-*Boysen*, GG, Art. 3 Rn. 167 und Sachs-*Nußberger*, GG, Art. 3 Rn. 256 ff.
[170] v. Münch/Kunig-*Boysen*, GG, Art. 3 Rn. 169; Sachs-*Nußberger*, GG, Art. 3 Rn. 261; Jarass/Pieroth-*Jarass*, GG, Art. 3 Rn. 119; Dreier-*von Achenbach,* GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 60.
[171] *Dutter/Fornasier*, Jenseits von männlich und weiblich, S. 80 f.; v. Münch/Kunig-Boysen, GG, Art. 3 Rn. 163; v. Mangoldt/Klein/Starck-Baer/Markard, GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 360.
[172] *Dutter/Fornasier*, Jenseits von männlich und weiblich, S. 80 mit weiteren Nachw.
[173] BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 - 1 BvR 2019/16, E 147, 1, 28 f. (Rn. 59 f.).

Das Bundesverfassungsgericht hat noch nicht entschieden, ob auch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als kollidierendes Verfassungsrecht Fördermaßnahmen, die an ein dort genanntes Merkmal anknüpfen, rechtfertigen kann. Nicht einschlägig ist insofern die – kontrovers beurteilte – Frage nach einer Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, vor Diskriminierungen durch Private zu schützen.[174] Positive Maßnahmen sollen keine Diskriminierungen durch einzelne Private verhindern, sondern bestehende strukturelle Benachteiligungen durch Fördermaßnahmen ausgleichen. Ob Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG einen solchen Förderauftrag enthält, ist umstritten: Eine staatliche *Pflicht*, positive Maßnahmen zur Beseitigung bestehender Benachteiligungen auszugleichen, wird überwiegend abgelehnt: Anders als Art. 3 Abs. 2 GG enthalte Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG keinen ausdrücklichen Förderauftrag und anders als Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verbiete Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht nur die Benachteiligung, sondern auch die Bevorzugung.[175] Damit ist jedoch noch nicht gesagt, ob und inwiefern solche Maßnahmen *zulässig* sind, der Staat zu ihrem Erlass also *berechtigt* ist. Die in der Literatur teilweise vertretene Ansicht, positive Maßnahmen, die an ein in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genanntes Merkmal anknüpfen, seien pauschal unzulässig,[176] beruht „auf dem unzutreffenden Schluss von der fehlenden Pflicht auf die fehlende Berechtigung und wird der Komplexität des Art. 3 Abs. 3 GG nicht gerecht."[177] Eine Auslegung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nach Entstehungsgeschichte und Zweck und unter Berücksichtigung des Völker- und Unionsrechts ergibt, dass Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG *jedenfalls* die verfassungsrechtliche *Rechtfertigung* enthält, positive Maßnahmen zu erlassen:

Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG bezweckt, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung und Ausgrenzung zu schützen. Diese Zwecksetzung ist historisch belegt: Der Grundgesetzgeber hat sich dazu entschieden, bestimmte Minderheiten durch einen eigenständigen Verfassungssatz zu schützen, um sich von den menschenverachtenden, insbes. antisemitischen und rassistischen Diskriminierungen der NS-Zeit abzuwenden.[178] Vor diesem Hintergrund sind nicht alle Anknüpfungen an ein in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genanntes Merkmal gleich verpönt, sondern vor allem solche Unterscheidungen, die tatsächliche gesellschaftliche Ungleichheiten aktualisieren, indem sie Minderheiten benachteiligen oder Mehrheiten einseitig bevorzugen.[179] Der Vorschrift liegt also ein asymmetrisches, materielles Gleichheitsversprechen zugrunde. Wenn aber Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG dem Schutz strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Ausgrenzungen und Benachteiligungen dient, können (positive) Maßnahmen, die dem Abbau *bestehender* Ausgrenzungen und Benachteiligungen dienen, nicht per se verfassungswidrig sein.[180] Andernfalls würde sich der Zweck des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG „in sein Gegenteil verkehren."[181] Diese Auslegung wird durch den systematischen Zusammenhang mit Art. 20 Abs. 1 GG verstärkt: Verfassungsnormen stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern sind im Gesamtzusammenhang der Verfassung zu verstehen.[182] Daher ist bei der Auslegung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu berücksichtigen, dass das Sozialstaatsprinzip „die staatliche Fürsorge für Einzelne oder Gruppen, die aufgrund ihrer persönlichen Lebensumstände oder gesellschaftlicher Benachteiligungen an ihrer persönlichen oder sozialen Entfaltung gehindert sind",[183] gebietet.[184] Die Gesetzgebung hat

[174] Zum Meinungsstand ausführlich und mit weiteren Nachw. *Grünberger* et al., Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, S. 51.
[175] V. Mangoldt/Klein/Starck-*Baer/Markard*, GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 406; Dürig/Herzog/Scholz-*Langenfeld*, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 91; Sachs-*Nußberger*, GG, Art. 3 Rn. 235; a.A. Dreier-*von Achenbach*, GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 29 ff.
[176] So aber *Majer/Pautsch*, ZAR 2020, 414, 417; Dürig/Herzog/Scholz-*Langenfeld*, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 29 ff.
[177] *Grünberger* et al., Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, S. 55.
[178] BVerfG, Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53, E 3, 225, 240; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Baer/Markard*, GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 388; v. Münch/Kunig-*Boysen*, GG, Art. 3 Rn. 116; Dürig/Herzog/Scholz-*Langenfeld*, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 9; Dreier-*von Achenbach*, GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 71; Jarass/Pieroth-*Jarass*, GG, Art. 3 Rn. 131; Sachs-*Nußberger*, GG, Art. 3 Rn. 226, 229; vgl. zum Zweck des Minderheitenschutzes auch BVerfG, Beschl. v. 06.05.2014 – 1 BvL 9/12 u.a., E 136, 152, 181 (Rn. 67).
[179] V. Mangoldt/Klein/Starck-*Baer/Markard*, GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 420; vgl. *Grünberger* et al., Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, S. 54; *Sacksofsky*, JöR 2019, 377, 388.
[180] So auch *Groß*, JZ 2021, 880, 882; *Sacksofsky*, JöR 2019, 377, 388.
[181] Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 9.
[182] Grdl. zur Einheit der Verfassung als Auslegungsmethode BVerfG, Urt. vom 23.10.1951 – 2 BvG 1/51 – 1, 14, 33; ausf. *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit. S. 232 ff.
[183] BVerfG, Beschl. v. 27.04.1999 - 1 BvR 2203/93 u.a., E 100, 281, 284.
[184] Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 9; *Groß*, JZ 2021, 880, 883.

den Auftrag, für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze zu sorgen und soziale Durchlässigkeit gewährleisten.[185] Diesem Ziel dienen positive Maßnahmen.[186]

Darüber hinaus sind positive Maßnahmen, wie gezeigt,[187] Bestandteil des Völkerrechts. Das Übereinkommen zur Beseitigung rassistischer Diskriminierungen (ICERD), dem der Bundestag zugestimmt hat,[188] verpflichtet die Mitgliedstaaten unter gewissen Umständen zur Vornahme positiver Maßnahmen: Solche Maßnahmen sind nicht nur zulässig gem. Art. 1 Abs. 4 ICERD, sondern die Vertragsstaaten sind gem. Art. 2 Abs. 2 ICERD auch dazu verpflichtet, solche Maßnahmen zu ergreifen, „wenn die Umstände es rechtfertigen". Außerdem hat der zuständige UN-Ausschuss betont, dass Art. 5 lit. e) ICERD, der die Vertragsstaaten verpflichtet, die „Rassendiskriminierung" insbes. in Bezug auf das Recht auf Arbeit und die freie Wahl des Arbeitsplatzes zu beseitigen, auch die aktive Herstellung von Chancengleichheit gebietet.[189] Auch das Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK steht positiven Maßnahmen grundsätzlich nicht entgegen. Im Gegenteil: Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) verstoßen Mitgliedstaaten unter Umständen gegen Art. 14 EMRK, wenn sie es versäumen, „faktische Ungleichheiten" durch eine unterschiedliche Behandlung von Personengruppen zu korrigieren.[190] Diese Rechtsprechung wird in der Literatur überwiegend so verstanden, dass Art. 14 EMRK die Vertragsstaaten zum Erlass positiver Maßnahmen zugunsten von faktisch benachteiligten Gruppen verpflichtet.[191] Diese menschenrechtlichen Gewährleistungen des ICERD und der EMRK sind nach dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit bei der Auslegung des Grundgesetzes – hier: des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG – zu berücksichtigen.[192]
Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG stellt daher selbst in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) die Rechtfertigung für Benachteiligungen und Bevorzugungen dar, mit denen bestehende Benachteiligungen kompensiert werden. Positive Maßnahmen sind daher nicht per se unzulässige Eingriffe in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.[193] Es ist stattdessen ein schonender Ausgleich zwischen den Grundrechten der von den positiven Maßnahmen betroffenen Personengruppen vorzunehmen.[194] Es gelten hier grundsätzlich dieselben Maßstäbe wie für die Förderung von Frauen: Die Fördermaßnahme muss zum Ausgleich tatsächlich bestehender Nachteile geeignet und erforderlich sein und unter Berücksichtigung der rechtlichen oder faktischen Nachteile der nicht geförderten Gruppe angemessen sein.

(2) Anknüpfung an nicht in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannte Merkmale

Positive Maßnahmen, die nicht an ein in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genanntes Merkmal anknüpfen oder dieses mittelbar (faktisch) betreffen, sind an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen. Es gelten die oben[195] aufgestellten Maßstäbe, wonach die Förderung unterrepräsentierter Gruppen das legitime Ziel einer Ungleichbehandlung sein kann. Die Ungleichbehandlung muss darüber hinaus auch geeignet, erforderlich und angemessen sein, um das Förderziel zu erreichen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit umso höher sind, „je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern."[196]

---

[185] Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 27.4.1999 - 1 BvR 2203/93, 897/95, E 100, 271, 284 (Rn. 257); BVerfG, Beschl. v. 8.5.2013 - 1 BvL 1/08, E 134, 1 (Rn. 42); *Dreier*-Wittreck, GG, Bd. 2, Art. 20 Rn. 35.
[186] Vgl. *Klose/Merx*, Positive Maßnahmen, S. 10 ff.; *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 4.
[187] Oben unter II. 1.
[188] BGBl. II 1969, S. 961.
[189] CERD, General Recommendation No. 20 (48) on Article 5, UN Doc. CERD/48/Misc. 6/Rev. 2 (1996), insbes. Rn. 5.
[190] St. Rspr. z.B. EGMR. Urt. v. 12.04.2006 – 65731/01 u.a. (Stec) Rn. 51; Urt. v. 29.06.2006 – 23960/02 (Zeman) Rn. 32.
[191] Dörr/Grote/Marauhn-*Peters/Altwicker*, EMRK/GG, Kap. 21 Rn. 115; HK EMRK-*Lehner,* EMRK, Art. 14 Rn. 15; *Grünberger* et al., Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, S. 57; zweifelnd Karpenstein/Mayer-*Sauer*, EMRK, Art. 14 Rn. 47.
[192] Angst/Lantschner-*Liebscher/Wetzel*, ICERD, Teil 4.1. Rn. 4; *Groß*, JZ 2021, 880, 883; allgemein auch st. Rspr. BVerfG, Urt. v. 12.06.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a., E 148, 296, 351 (Rn. 128).
[193] *Grünberger* et al., Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, S. 54; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Baer/Markard*, GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 406, 435; Dreier-*von Achenbach,* GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 60; BK-*Rüfner*, GG, Art. 3 Rn. 590 ff.; v. Münch/Kunig-*Boysen*, GG, Art. 3 Rn. 137; *Groß*, JZ 2021, 880, 882 f.; *Frowein*, Überwindung von Diskriminierung, S. 162; BeckOGK-*Baumgärtner,* AGG, § 5 Rn. 20; *V. Roetteken*, AGG, § 5 Rn. 36; *Sacksofsky*, JöR 2019, 377, 388; *Ziekow*, DöV 2014, 765, 768; *Klose/Merx*, Positive Maßnahmen, S. 19 f.
[194] *Ziekow*, DöV 2014, 765, 768.
[195] III. 1. b) bb).
[196] BVerfG, Beschl. v. 23.05.2017 – 2 BvR 883, 905/14, E 124, 304, 331 (Rn. 83) mit weiteren Nachw.

Positive Maßnahmen, die an die Staatsangehörigkeit,[197] die sexuelle Orientierung[198] oder das Alter[199] anknüpfen, sind daher nur zulässig, wenn „für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können".[200]
Fördermaßnahmen, die an eine Behinderung anknüpfen, dürften hingegen nur in seltenen Ausnahmefällen gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen: Dem Förderauftrag des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zugunsten von behinderten Menschen steht nämlich (jenseits von Art. 33 Abs. 2 GG[201]) keine gleichrangige, schützenswerte Rechtsposition der nicht behinderten Menschen gegenüber.

(3) Zusammenfassung anhand von Fallbeispielen

Ob eine Maßnahme anhand von Art. 3 Abs. 3 GG oder Art. 3 Abs. 1 GG zu überprüfen ist, richtet sich danach, durch welches Differenzierungsmerkmals der zu fördernde Personenkreis bestimmt wird. In folgenden Beispielen knüpfen Maßnahmen an in Art. 3 Abs. 3 GG genannte Merkmale an:

1) Fördermaßnahmen, die ausschließlich für Frauen angeboten werden, differenzieren anhand des Merkmals „Geschlecht" i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG [→ (1)]; die Benachteiligung von Männern kann aber gem. Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt sein [→ (1)(b)(aa)].
2) Auch Fördermaßnahmen, die ausschließlich für Intersexuelle, Nicht-binäre und Transgender-Personen angeboten werden, differenzieren anhand des Merkmals „Geschlecht" i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG; die Benachteiligung von cis Männern gegenüber Frauen kann aber gem. Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt sein [→ (1)(b)(aa)] und die Benachteiligung von cis Männern gegenüber inter, nichtbinären und trans Menschen gem. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG [→ (1)(b)(bb)].
3) Fördermaßnahmen, die ausschließlich für Menschen mit Migrationsgeschichte angeboten werden, differenzieren (u.a.) anhand der Merkmale „Rasse", Sprache und Herkunft i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG [→ (1)]; die darin liegende Benachteiligung von Menschen ohne Migrationsgeschichte [dazu → (1)(a)] kann aber gem. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gerechtfertigt sein [→ (1)(b)(bb)].

Folgende Beispiele sind hingegen anhand von Art. 3 Abs. 1 GG zu beurteilen:

4) Fördermaßnahmen, die ausschließlich für Menschen über- oder unterhalb einer bestimmten Altersgrenze angeboten werden, differenzieren anhand des Merkmals „Alter", das nicht in Art. 3 Abs. 3 GG enthalten ist; die Benachteiligung von jüngeren/älteren Menschen ist nur anhand von Art. 3 Abs. 1 GG zu überprüfen [→ (2)].
5) Fördermaßnahmen, die ausschließlich für Menschen mit Behinderung angeboten werden, differenzieren anhand des Merkmals „Behinderung", das nur in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG enthalten ist; danach ist die Bevorzugung von Menschen mit Behinderung nicht verboten [→ (1)(a)]; die Differenzierung ist nur anhand von Art. 3 Abs. 1 GG zu überprüfen und wegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG in der Regel gerechtfertigt [→ (2)].

Möglich ist auch, dass der Personenkreis in mehrfacher Hinsicht eingegrenzt wird: Dann ist die Rechtmäßigkeit jedes Differenzierungskriteriums, wie in folgenden Beispielen, gesondert zu prüfen.

[197] BVerfG, Beschl. v. 07.02.2012 - 1 BvL 14/07, E 130, 240, 255.
[198] BVerfG, Beschl. v. 07.07.2009 - 1 BvR 1164/07, E 124, 199, 220.
[199] BVerfG, Beschl. v. 27.07.2016 - 1 BvR 371/11, E 142, 353, 385 Rn. 69.
[200] BVerfG, Beschl. v. 26.01.1993 - 1 BvL 38, 40 u.a., E 88, 87, 97.
[201] Dazu unten c).

6) Fördermaßnahmen, die ausschließlich für Frauen mit Migrationsgeschichte angeboten werden, differenzieren erstens anhand des Merkmals Geschlechts i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG; die Benachteiligung von Männern (mit Migrationsgeschichte) kann aber gem. Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt sein (siehe schon Beispiel 1); zweitens wird mittelbar anhand der Merkmale „Rasse", Sprache und Herkunft i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG differenziert; die Benachteiligung von Frauen (ohne Migrationsgeschichte) kann aber gem. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gerechtfertigt sein (siehe schon Beispiel 3).

7) Fördermaßnahmen, die ausschließlich für Menschen bestimmten Alters ohne Behinderung angeboten werden, differenzieren erstens anhand des Merkmals „Alter"; diese Differenzierung ist anhand von Art. 3 Abs. 1 GG zu messen (siehe Beispiel 4); zweitens benachteiligen sie Menschen mit Behinderung und sind insofern in der Regel wegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG unzulässig.

c) Zulässigkeit von positiven Maßnahmen unter Berücksichtigung des Gebots der „Bestenauslese"

Gem. Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche „nach seiner Eignung Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte". In seinem Anwendungsbereich (gleich aa) richtet sich die Zulässigkeit von positiven Maßnahmen daher auch nach dessen Vorgaben (danach bb).

aa) Anwendungsbereich und Inhalt des Art. 33 Abs. 2 GG

Art. 33 Abs. 2 GG wird allgemein als Gebot der „Bestenauslese" bezeichnet.[202] Die Vorschrift schützt einerseits als *subjektives Recht* das Interesse der einzelnen Rechtsträger:in an einem chancengleichen, leistungsgerechten Zugang zu Berufen im öffentlichen Dienst und wird insofern als ein grundrechtsgleiches Recht angesehen.[203] Zum anderen handelt es sich um ein *objektiv-rechtliches (Organisations-)Prinzip* zur Sicherung des fachlichen Niveaus, der Funktionsfähigkeit, der Effektivität und fachlichen Integrität des Staates.[204]
Das subjektive Recht auf gleichen Zugang zur Beschäftigung im öffentlichen Dienst steht nach Art. 33 Abs. 2 GG jedem „Deutschen" i.S.d. Art. 116 GG zu. Darüber hinaus können sich nach allgemeiner Auffassung aufgrund der Diskriminierungsverbote des Art. 18 Abs. 1 AEUV und Art. 21 Abs. 2 GRCh alle Unionsbürger:innen, also Staatsangehörige anderer EU-Mitgliedstaaten, darauf berufen, zumindest soweit die (enge) Ausnahme des Art. 45 Abs. 4 AEUV nicht greift.[205] In diesem Sinne ist Art. 33 Abs. 2 GG als „Jeder Deutsche und jeder Unionsbürger im Anwendungsbereich der europäischen Verträge" zu lesen.[206] Für Ausländer:innen aus Nicht-EU-Staaten ist Art. 33 Abs. 2 GG zumindest als objektiv-rechtliches Prinzip zu beachten.[207]
Der Begriff des öffentlichen Amtes wird allgemein weit ausgelegt. Umfasst sind sämtliche vom Staat (Bund, Länder, Gemeinden etc.) bereitgestellte Positionen ungeachtet der Organisationsform. Erfasst wird somit auch der gesamte Bereich der *mittelbaren Staatsverwaltung* einschließlich der privatwirtschaftlich organisierten Daseinsvorsorge (Abfallwirtschaft, öffentlicher Nahverkehr, Krankenhäuser, Kita etc.).[208] Lediglich eine rein privatwirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand, mit der keine öffentlichen Aufgaben erfüllt werden, soll nach der Rechtsprechung ausgenommen sein.[209] Art. 33 Abs. 2 GG gilt

[202] BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 - 2 BvR 1958/13, E 141, 56 (Rn. 31); BVerfG-K Beschl. v. 7. 3. 2013 - 2 BvR 2582/12 - NVwZ 2013, 1603, 1604 (Rn. 15); Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 73; Sachs-*Battis*, GG, Art. 33 Rn. 19; Jarass/Pieroth-*Jarass*, GG Art. 33 Rn. 9.
[203] BVerfG, Urteil vom 24. 9. 2003 - 2 BvR 1436/02 - E 282, 295 (Rn.33); Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 73.
[204] Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 73; ausf. *Kümper*, DÖV 2017, 414 ff.
[205] Sachs-*Battis*, GG, Art. 33 Rn. 23; Jarass/Pieroth-*Jarass*, GG Art. 33 Rn. 15; ausf. Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 74 ff.
[206] Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 74.
[207] Vgl. Jarass/Pieroth-*Jarass*, GG Art. 33 Rn. 15 mit weiteren Nachw.
[208] Vgl. BAG, Urteil vom 12.04.2016 - 9 AZR 673/14 - Rn. 18; Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 84; Sachs-*Battis*, GG, Art. 33 Rn. 24; Jarass/Pieroth-*Jarass*, GG Art. 12 Rn. 9; *Kümper*, DÖV 2017, 414, 418 f.
[209] BAG, Urteil vom 12.04.2016 - 9 AZR 673/14 - Rn. 18; kritisch *Kümper*, DÖV 2017, 414, 419 mit weiteren Nachw.

dabei nicht nur für alle Eingangsämter, sondern auch für die Besetzung von Stellen innerhalb des öffentlichen Dienstes, insbesondere bei Beförderungen, nicht aber bei Umsetzungen innerhalb von Behörden.[210]
Staatliche Ausbildungsgänge werden als öffentliche Ämter i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG lediglich dann angesehen, wenn ausschließlich für Tätigkeiten im öffentlichen Dienst ausgebildet wird (z.B. Ausbildung Verwaltungsfachangestellte, Rechtspfleger:innen, Polizeimeister:innen). In diesem Fall stellt sich der Zugang zur Ausbildung als vorgelagerte, notwendige Stufe für den Zugang zum späteren öffentlichen Amt dar.[211] Bildet die öffentliche Hand hingegen nicht spezifisch verwaltungsbezogen, sondern für auch außerhalb des öffentlichen Dienstes liegende Berufe aus (z.B. Referendardienst, Ausbildung zur Facherzieher:in, IT-Administrator:in usf.) ist nicht Art. 33 Abs. 2 GG, sondern das allgemeine Teilhaberecht nach Art. 3 Abs. 1 GG, ggf. – jedenfalls bei Ausbildungsmonopolen –[212] in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG einschlägig.[213]

bb) Auslese nach der „Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung“

In seinem Anwendungsbereich wird die Geltung des Grundsatzes der Bestenauslese gem. Art. 33 Abs. 2 GG vorbehaltlos gewährleistet. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgerichts können die Art. 33 Abs. 2 GG unterliegenden Auswahlentscheidungen „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.“[214]
Bei den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe,[215] deren Inhalt das Bundesverfassungsgericht wie folgt konturiert hat: „Dabei zielt die Befähigung auf allgemein der Tätigkeit zugutekommende Fähigkeiten wie Begabung, Allgemeinwissen, Lebenserfahrung und allgemeine Ausbildung. Fachliche Leistung bedeutet Fachwissen, Fachkönnen und Bewährung im Fach. Eignung im engeren Sinne erfasst insbesondere Persönlichkeit und charakterliche Eigenschaften, die für ein bestimmtes Amt von Bedeutung sind.“[216] Die Kriterien sind im Hinblick auf das jeweils zu besetzende Amt zu gewichten.[217] Erforderlich ist stets eine konkrete und einzelfallbezogene Würdigung der Bewerber:innen, die ihre Gesamtpersönlichkeit in den Blick nimmt.[218] Die Beurteilung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung richtet sich außerdem nach dem jeweiligen Anforderungsprofil des Dienstherrn, der insofern einen Einschätzungsspielraum innerhalb der Grenzen des Art. 33 Abs. 2 GG hat.[219]
Nach diesen Maßstäben determinieren formale Aspekte wie Abschlüsse und Noten die Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG nicht, sondern es können stattdessen auch andere Qualitäten ausschlaggebend sein.[220] Dazu gehören ggf. auch die interkulturelle Kompetenz von Bewerber:innen, Sprachkenntnisse sowie Einfühlungsvermögen und Verständnis für die besonderen Bedürfnisse der Kund:innen der Verwaltung, sofern diese Fähigkeiten einen spezifischen Bezug zu der zu besetzenden Stelle haben.[221] Allein die

---

[210] BVerwG, Urt. v. 19.11.2015 – 2 A 6/13 – NVwZ 2016, 460, 461 (Rn. 20): Sachs-*Battis*, GG, Art. 33 Rn. 26.
[211] Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 85; Sachs-*Battis*, GG, Art. 33 Rn. 25.
[212] Dazu unter B. III. d)
[213] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22. 5. 1975 - 2 BvL 13/73 – E 39, 334, 372 ff.; BVerfG, Beschl. v. 18. 6. 1986 - 1 BvR 787/80 – E 73, 280, 294 f.; Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 85.
[214] BVerfG, Beschl. v. 26.11.2010 – 2 BvR 2435/10, NVwZ 2011, 746, 747 (Rn. 10) mit weiteren Nachw.; ähnlich BVerwG, Urt. v. 17.08.2005 – 2 C 37/04, NVwZ 2006, 212 (Rn. 19).
[215] Vgl. BeckOK GG-*Hense*, GG, Art. 33 Rn. 14.
[216] BVerfG, Beschl. v. 20.04.2004 – 1 BvR 838/01 u.a., E 110, 304, 322.
[217] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.04.2004 – 1 BvR 838/01 u.a., E 110, 304, 325 f.
[218] BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02, E 108, 282, 296.
[219] BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02, E 108, 282, 296.
[220] BVerwG, Beschl. V. 11.02.1981 – 6 P 44/79, BeckRS 1981, 2470.
[221] *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 14; *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 20; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Jachmann-Michel/Kaiser*, GG, Art. 33 Rn. 17 (Fn. 119).

Zugehörigkeit zu einer unterrepräsentierten Gruppe ist hingegen kein leistungsbezogenes Merkmal.

cc) Pflicht zur Sicherstellung diskriminierungsfreier Auswahlkriterien und angemessener Vorkehrungen

Sämtliche Kriterien des Anforderungsprofils sind an den Benachteiligungsverboten des AGG und des Art. 3 Abs. 3 GG zu messen: Unmittelbar und mittelbar benachteiligende Kriterien sind unzulässig, sofern sie nicht durch Erfüllung der jeweiligen Arbeitsplatzaufgaben erforderlich und damit gerechtfertigt sind.[222] § 8 Abs. 4 LGG verbietet daher die Heranziehung von Kriterien, die mittelbar (in besonderer Weise) Frauen benachteiligen, insbes. Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit, Reduzierungen der Arbeitszeit, Verzögerungen beim Abschluss einzelner Ausbildungsgänge oder zeitliche Belastungen durch die Betreuung von Kindern. Ebenfalls unzulässig sind Anforderungen an Sprach- und Ortskenntnisse und landesübliche Gepflogenheiten, wenn das Amt diese nicht erfordert oder die Kenntnisse ohne Weiteres erlernbar sind, da dadurch Menschen mit Migrationshintergrund mittelbar benachteiligt werden.[223]
Schließlich darf sich eine Behinderung auf die Eignungsbeurteilung nur (nachteilig) auswirken, „wenn dienstliche Bedürfnisse eine dauerhafte Verwendung in dem angestrebten Amt zwingend ausschließen."[224] Dabei ist zu berücksichtigen, dass (öffentliche) Arbeitgeber:innen nach Art. 27 Abs. 1 S. 2 lit. i, Art. 2 Unterabs. 4 UN-BRK sowie Art. 5 RL 2000/78/EG dazu verpflichtet sind, im Rahmen der Verhältnismäßigkeit angemessene Vorkehrungen zu ergreifen, die den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung ermöglichen,[225] z.B. durch die entsprechende Gestaltung der Räumlichkeiten, eine Anpassung des Arbeitsgeräts, des Arbeitsrhythmus bzw. der Arbeitszeit[226], der Aufgabenorganisation oder des Angebots an Einarbeitungsmaßnahmen.[227] Die VV Inklusion sieht in diesem Zusammenhang neben der allgemeinen Vorgabe zur Prüfung angemessener Maßnahmen (Ziff. 1.4) unter anderem arbeitsplatzbezogene Anpassungen (Ziff. 3.4.2), die Bereitstellung rehabilitativer Leistungen (Ziff. 3.4.3), die Absenkung allgemeiner gesundheitlicher Anforderungen (Ziff. 3.4.6) sowie Nachteilsausgleiche bei Prüfungen (Ziff. 4.1) vor.
Als problematisch erweist sich indessen, dass die VV Inklusion entsprechende Verpflichtungen nur für schwerbehinderte Menschen verbindlich vorsieht und diese für andere Personen mit Behinderungen i.S.d. § 2 Abs. 1 SGB IX von einer Prüfung im „Einzelfall" abhängig macht (1.3.3 VV Inklusion). Das steht nicht im Einklang mit der UN-BRK und Art. 5 RL 2000/78/EG, die ebenso wie das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG von einem weiten Behinderungsverständnis ausgehen.[228]
Erst wenn die Eignung von Bewerber:innen mit Behinderungen i.S.d. § 2 Abs. 1 SGB IX durch angemessene Vorkehrungen nicht hergestellt werden kann, können behinderungsbezogene Eignungsdefizite nachteilhaft berücksichtigt werden. Weder das höherrangige EU- und Verfassungsrecht noch das AGG befreien in diesen Fällen allerdings von den für die Stelle notwendigen fachlichen Qualifikationsanforderungen.[229]

dd) Berücksichtigung von nicht-leistungsbezogenen Kriterien?

Unter welchen Voraussetzungen auch nicht leistungsbezogene Kriterien in die Auswahlentscheidung einfließen dürfen, ist nicht einfach zu beurteilen. Das Bundesverfassungsgericht hat hierfür bislang nur sehr abstrakte Grundsätze entwickelt und

---

[222] V. Mangoldt/Klein/Starck-*Jachmann-Michel/Kaiser*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 18; NK GA-*v. Roetteken*, GG, Art. 33 Rn. 39.
[223] Vgl. Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 115. Diesen Maßstäben tragen z.B. Anforderungsprofile Rechnung, die voraussetzen, dass Deutschkenntnisse auf dem Level C1 innerhalb von sechs Monaten nach Beginn der Beschäftigung vorliegen. Im Hinblick auf dieses Auswahlkriterium sind Menschen, die bei Bewerbung B2-Kenntnisse aufweisen und bereit sind, einen (weiteren) Sprachkurs zu absolvieren, gleich geeignet wie Bewerber:innen, die schon bei der Bewerbung C1-Kenntnisse aufweisen.
[224] BVerfG, Beschl. v. 10.12.2008 - 2 BvR 2571/07, NVwZ 2009, 389.
[225] Dazu oben unter B. II. c) .
[226] EuGH, Urt. v. 11.4.2013 - C-335/11, C-337/11 (Ring und Werge), Rn. 48 ff.
[227] Vgl. Art. 5 S. 2 und Erwägungsgrund 20 Rl 2000/78/EG; *Eichenhofer*, Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, 2018, S. 35 f.
[228] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 - 1 BvR 1541/20, NJW 2022, 380, 383 (Rn. 90); EuGH, Urt. v. 11.4.2013 - C-335/11, C-337/11 (Ring und Werge), Rn. 36 ff; siehe oben unter 0.
[229] BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 - 5 C 16/10, NJW 2011, 2452, 2453 (Rn. 20).

noch nicht über die Zulässigkeit positiver Maßnahmen entschieden. Ausgangspunkt der Beurteilung von positiven Maßnahmen im Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 2 GG ist die oben bereits zitierte Rechtsprechung von Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht: Gesichtspunkten ohne Leistungsbezug „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."[230]
Es ist also zwischen positiven Maßnahmen, die bei gleicher Eignung von Bewerber:innen (hilfsweise) zur Anwendung kommen (1), und solchen Maßnahmen, die Personengruppen unabhängig von einem „Leistungs-Patt" bevorzugen (2), zu unterscheiden.

(1) Zulässigkeit von Hilfskriterien: Bevorzugung von Personengruppen bei gleicher Eignung

Die Heranziehung von sog. „Hilfskriterien" ist zulässig, wenn die Bewerber:innen „im Wesentlichen gleich geeignet" sind.[231] Dies ist der Fall, wenn sich aus den relevanten leistungsbezogenen Beurteilung in einer Gesamtgewichtung keine klare leistungsbezogene Differenzierung ergibt.[232]
Im Schrifttum ist man sich uneinig, welche Anforderungen an die Qualität der Hilfskriterien zu stellen sind. Die wohl herrschende Ansicht verlangt, dass die Kriterien „sachgerecht" sind.[233] In der weitgehendsten Lesart wird insofern ein „sachlicher Grund" für die Ungleichbehandlung verlangt, ähnlich des Sachgrundes im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG. „Soziale Gründe" sollen jedoch prinzipiell nicht dazugehören.[234] Überwiegend wird der Begriff der Sachgerechtigkeit nicht näher definiert, sondern die Anknüpfung an bestimmte Merkmale bejaht oder verneint. Zumeist wird die bevorzugte Einstellung von Menschen mit Behinderung wegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG[235] und die bevorzugte Einstellung von Frauen wegen Art. 3 Abs. 2 GG im Rahmen des unionsrechtlich Zulässigen[236] für sachgerecht erachtet. Ohne dies explizit zu formulieren, scheinen nach dieser Ansicht vor allem Rechtsgüter mit Verfassungsrang bedeutsam zu sein. Vereinzelt wird ausdrücklich verlangt, dass die Hilfskriterien Verfassungsrang haben müssen.[237]
Eine Beschränkung auf Rechtsgüter mit Verfassungsrang ist abzulehnen. Sie steht nicht im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung.[238] Danach können Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verwurzelt sind, nämlich *entweder* dann Berücksichtigung finden, wenn zwischen den Bewerber:innen ein Leistungspatt besteht, *oder* dann, wenn den Belangen ebenfalls Verfassungsrang zukommt. Dass auch im Fall eines Leistungspatts nur Kriterien mit Verfassungsrang herangezogen werden können, widerspricht dem Stufenkonzept, das Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht mit ihrer Maßstabsbildung verfolgen: Danach ist die Heranziehung von „Hilfskriterien" nach Ausschöpfung aller Leistungsmerkmale kein Eingriff in Art. 33 Abs. 2 GG,[239] während die Heranziehung ohne Ausschöpfung des Leistungsprinzips ein Eingriff in den vorbehaltlos gewährleisteten Leistungsgrundsatz ist, der nur durch kollidierendes Verfassungsrecht zu rechtfertigen ist.[240]

---

[230] BVerfG, Beschl. v. 26.11.2010 – 2 BvR 2435/10, NVwZ 2011, 746, 747 (Rn. 10) mit weiteren Nachw.; ähnlich BVerwG, Urt. v. 17.08.2005 – 2 C 37/04, NVwZ 2006, 212 (Rn. 19).
[231] BVerwG, Urt. v. 28.10.2004 – 2 C 23/03, NVwZ 2005, 457, 548.
[232] Vgl. Battis-*Grigoleit*, BBG, § 22 Rn. 25; OVG Münster, Beschl. v. 21.02.2017 – 6 B 1109/16, NVwZ 2017, 807, 809 (Rn. 16 f.); VGH München, Beschl. v. 12.05.2021 – 3 CE 21.141, BeckRS 2021, 12540 (Rn. 3).
[233] V. Mangoldt/Klein/Starck-*Jachmann-Michel/Kaiser*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 20; Hömig/Wolff-*Domgörgen*, GG, Art. 33 Rn. 4; BeckOK GG-*Hesse*, Art. 33 GG Rn. 17; Battis-*Grigoleit*, BBG, § 22 Rn. 25.
[234] BeckOK GG-*Hense*, GG, Art. 33 Rn. 18.
[235] V. Münch/Kunig-*Bickenbach*, GG, Art. 33 Rn. 85; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Jachmann-Michel/Kaiser*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 20; Sachs-*Battis*, GG, Art. 33 Rn. 38; Hömig/Wolff-*Domgörgen*, GG, Art. 33 Rn. 4; Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Art. 33 Rn. 120, BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 – 2 C 19/10, NVwZ 2011, 1270, 1271 (Rn. 20).
[236] V. Münch/Kunig-*Bickenbach*, GG, Art. 33 Rn. 86; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 – 2 C 19/10, NVwZ 2011, 1270, 1271 (Rn. 20 f.); v. Mangoldt/Klein/Starck-*Jachmann-Michel/Kaiser*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 20; Dürig/Herzog/Scholz-*Badura*, GG, Art. 33 Rn. 32; Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Art. 33 Rn. 119; a.A. Hömig/Wolff-*Domgörgen*, GG, Art. 33 Rn. 4: Anknüpfung an das Geschlecht ist auch bei gleicher Eignung verboten.
[237] Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 117; ähnlich v. Münch/Kunig-*Bickenbach*, GG, Art. 33 Rn. 83: „verfassungsrechtliche Rechtfertigung".
[238] So auch *Groß*, JZ 2021, 880, 882.
[239] Battis-*Grigoleit*, BBG, § 22 Rn. 25.
[240] Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.11.2004 – 2 C 17/03, NVwZ 2005, 702; BVerwG, Urt. v. 28.10.2004 – 2 C 23/03, NVwZ 2005, 457.

Aus diesem Grund haben das Bundesverfassungs-[241] und das Bundesverwaltungsgericht[242] in mehreren Entscheidungen bei der Beurteilung von „Hilfskriterien“ nicht auf das Erfordernis des Verfassungsrangs abgestellt; dem Dienstherren wird stattdessen „ein weites Ermessen hinsichtlich der Bestimmung des Auswahlkriteriums“[243] eingeräumt.
Grenze des Ermessens ist – wie bei jedem staatlichen Handeln[244] – der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Daher ist mit *Hense*[245] ein Sachgrund i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG für die Heranziehung des Auswahlkriteriums zu verlangen. Es gelten insofern die zu Art. 3 GG entwickelten Maßstäbe.[246]

(2) Art.33 Abs. 2 GG im Zusammenhang mit den Förderaufträgen aus Art. 3 Abs. 2 und Abs.3 S. 2 GG

Da Art. 33 Abs. 2 GG keine Schranke enthält, die Ausnahmen vom Leistungsgrundsatz bei *ungleicher* Eignung von Bewerber:innen erlaubt, kommt als immanente Grundrechtsschranke nur kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht.[247]

(a) Kollidierendes Verfassungsrecht als Grundlage für Einschränkungen des Leistungsgrundsatzes?

Kollidierendes Verfassungsrecht in diesem Sinne sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insbes. hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums (vgl. Art. 33 Abs. 5 GG), die dem Allgemeininteresse an einer leistungsfähigen und gesetzestreuen Verwaltung dienen.[248] Ähnliche Maßstäbe stellt das Bundesverwaltungsgericht auf, indem es verlangt, dass die leistungsfremden Kriterien „ernsthaften Gefährdungen der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes vorbeugen“,[249] weil die Wahrnehmung der behördlichen Aufgaben bei einer Ämtervergabe allein nach leistungsbezogenen Kriterien nicht mehr sichergestellt wäre.[250]
Nach diesen Maßstäben haben die Gerichte bislang nur Einstellungshöchstaltersgrenzen als leistungsfremde Kriterien anerkannt, durch die Bewerber:innen oberhalb einer Altersgrenze unabhängig von ihrer Eignung ausgeschlossen werden.[251] Insofern kann an auf eine leistungsorientierte Auswahl nur dann verzichtet werden, wenn dienstortübergreifend erhebliche Defizite bei der Erfüllung der Verwaltungsaufgaben eintreten, die nur durch eine unbürokratische, schnelle Einstellung von Bewerber:innen verhindert werden können. Bei einem Mangel an Bewerber:innen sind die im Verhältnis zu ihren Mitbewerber:innen am besten geeigneten Bewerber:innen auszuwählen. Bewirbt sich nur eine Person, kann eine Bestenauslese naturgemäß nicht stattfinden; es ist dann bloß sicherzustellen, dass die Person das notwendige Anforderungsprofil erfüllt.
Bei Förder- und Gleichstellungspflichten handelt es nicht um hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums, die die Leistungsfähigkeit der Verwaltung gewährleisten. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht für die bevorzugte Einstellung von Frauen und Menschen mit Behinderung entschieden: Zwar seien „die Förderung der Gleichberechtigung in Art. 3 Abs. 2

---

[241] BVerfG, Beschl. v. 07.03.2013 – 2 BvR 2582/12, NVwZ 2013, 1603, 1604 f. (Rn. 21).
[242] Ausdrücklich BVerwG, Urt. v. 28.10.2004 – 2 C 23/03, NVwZ 2005, 457 f.: Auf das Dienst- und Lebensalter dürfe eine Auswahlentscheidung nur gestützt werden, wenn Bewerber nach Leistungsgesichtspunkten als im Wesentlichen gleich geeignet einzustufen sind. Werden Beförderungsmöglichkeiten hingegen von vornherein von einem Mindestdienstalter abhängig gemacht, „so erlangt dieses Merkmal einen Stellenwert, der weit über den ihm von Art. 33 Abs. 2 GG zugewiesenen Rang eines ergänzenden Hilfskriteriums hinausgeht.“ Erst in diesem Kontext kommt es auf den „verfassungsrechtlichen Stellenwert“ des personalpolitischen Interesses an ausgewogenen Altersstrukturen an, „der eine Einschränkung des Leistungsgrundsatzes bei der Besetzung der Beförderungsämter einer Laufbahn rechtfertigen könnte.“
[243] BVerwG, Beschl. v. 10.11.1993 – 2 ER 301/93, BeckRS 1994, 20057 (Rn. 7).
[244] Statt aller Dürig/Herzog/Scholz-*Grzeszick*, GG, Art. 20 Rn. 109.
[245] BeckOK GG-*Hense*, GG, Art. 33 Rn. 18.
[246] Siehe oben III. 1. b) bb).
[247] BVerfG, Beschl. v. 02.10.2007 – 2 BvR 2457/04, NVwZ 2008, 194; BVerwG, Urt. v. 25.11.2004 – 2 C 17/03, NVwZ 2005, 702.
[248] BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 u.a., E 139, 19, 56 ff.
[249] BVerwG, Urt. v. 25.11.2004 – 2 C 17/03, NVwZ 2005, 702; BVerwG, Urt. v. 28.10.2004 – 2 C 23/03, NVwZ 2005, 457.
[250] BVerwG, Urt. v. 17.08.2005 – 2 C 37/04, NVwZ 2006, 212, 213 (Rn. 22); BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 2 C 11/11, BeckRS 2013, 46995 (Rn. 25).
[251] BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 u.a., E 139, 19, 57; BVerwG, Urt. v. 28.10.2004 – 2 C 23/03, NVwZ 2005, 457, 458.

S. 2 GG und das Verbot der Benachteiligung Behinderter in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG grundrechtlich verankert. Beide verfassungsrechtlichen Grundsätze sind aber nicht darauf gerichtet, die Geltung des Leistungsgrundsatzes nach Art. 33 Abs. 2 GG für die Vergabe öffentlicher Ämter generell einzuschränken."[252] Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die auch in der Instanzrechtsprechung[253] und im Schrifttum[254] überwiegend vertreten wird, darf die Eigenschaft als Mensch mit Behinderung oder als Frau daher jedenfalls nicht pauschal, sondern nur bei im Wesentlichen gleicher Eignung der Bewerber:innen als Hilfskriterium berücksichtigt werden.

(3) Auslegung des Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 GG

Dies entbindet aber im Sinne der Einheit der Verfassung[255] nicht davon, bei der Feststellung einer „im Wesentlichen" gleichen „Eignung" die Gewährleistungen der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 2 GG sowie des Europa- und Völkerrechts zu beachten.[256] Verfassungssystematisch ist klar: Die Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte aus Art. 3 Abs. 2, 3 GG und Art. 33 Abs. 2 GG stehen gleichrangig nebeneinander und ergänzen sich in ihren Gehalten.[257] Nach dem Bundesverfassungsgericht sind die Grundrechte zudem völkerrechtsfreundlich im Lichte der Gewährleistungen der UN-BRK auszulegen.[258] Das EU-Recht, vorliegend insbesondere die Verpflichtung zur Sicherstellung angemessener Vorkehrungen nach Art. 5 RL 2000/78/EG,[259] ist gegenüber dem nationalen Recht einschließlich des Verfassungsrechts vorrangig.[260] Richtigerweise ist daher auch zwischen Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 2 GG, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG praktische Konkordanz herzustellen.

(a) Auslegung unter Beachtung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Eine Interpretation des Grundsatzes der Bestenauslese, der verlangen würde, rein „leistungsbezogene" Kriterien erschöpfend heranzuziehen, bevor Anpassungs- und Ausgleichsmaßen berücksichtigt werden, trifft keinen schonenden Ausgleich gegenüber dem Fördergebot zugunsten von Menschen mit Behinderungen.[261] Eine Behinderung i.S.d Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG hat, wer nicht nur vorübergehend gesellschaftlichen Teilhabehindernissen ausgesetzt ist.[262] Per Definition haben Menschen mit Behinderungen daher schlechtere Chancen, dieselben beruflichen Qualifikationen wie Menschen ohne Behinderung zu erwerben. In einer allein nach formalen Leistungskriterien erfolgenden Auswahl, etwa wenn für öffentliche Ämter generell eine bestimmte an Menschen ohne Beeinträchtigungen orientierte körperliche Eignung oder ein entsprechendes Leistungspensum zugrunde gelegt wird, können sich Menschen mit Behinderung regelmäßig nicht durchsetzen, sodass eine Nichtanpassung gegen die Vorgaben der UN-BRK sowie Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verstoßen würde.[263] Gem. Art. 27 Abs. 1 S. 1, 2 lit. g) UN-BRK sichern die Vertragsstaaten die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit, um unter anderem „Menschen mit Behinderungen im öffentlichen Sektor zu beschäftigen." Dieser Verpflichtung widerspricht eine Verfassungsinterpretation, nach der ein Großteil der Ämter im öffentlichen Dienst – nämlich derjenige im Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG – nicht an Menschen mit behinderungsbedingten Eignungsnachteilen vergeben werden dürfte.

---

[252] BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 – 2 C 19/10, NVwZ 2011, 1270, 1271 (Rn. 21).
[253] OVG Münster, Beschl. v. 21.02.2017 – 6 B 1109/16, NVwZ 2017, 807, 812 (Rn. 44); OVG Lüneburg, Beschluss vom 23.05.2014 – 5 ME 61/14, BeckRS 2014, 124996 (Rn. 23).
[254] V. Münch/Kunig-*Bickenbach*, GG, Art. 33 Rn. 87; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Jachmann-Michel/Kaiser*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 21; Dürig/Herzog/Scholz-*Badura*, GG, Art. 33 Rn. 32; Sachs-*Battis*, GG, Art. 33 Rn. 38; Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd.2, Art. 33 Rn. 119.
[255] Grdl. BVerfG, Urt. vom 23.10.1951 – 2 BvG 1/51 – 1, 14, 33; ausf. *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit. S. 232 ff.
[256] So ausdrücklich für Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG BVerfG-K, Beschluss vom 10. 12. 2008 - 2 BvR 2571/07, NVwZ 2009, 389 f.
[257] Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.11.2004 – 2 C 17/03, NVwZ 2005, 702: „Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verankert sind, können deshalb als immanente Grundrechtsschranke bei der Besetzung öffentlicher Ämter ... Berücksichtigung finden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt ist."
[258] BVerfG, Beschl. v. 29.1.2019 - 2 BvC 62/14 -, E 151, 1, 27 ff. (Rn. 62 ff.) mit weiteren Nachw.
[259] Ausf. oben unter B. II. c) .
[260] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986 - 2 BvR 197/83 - E 73, 339, 374; Beschl. v. 27.4.2021 - 2 BvR 206/14 – E 158, 1, 24 (Rn. 38); st. Rspr.
[261] BVerfG-K, Beschluss vom 10. 12. 2008 - 2 BvR 2571/07, NVwZ 2009, 389 f.
[262] Siehe zur Definition oben II. 2. a).
[263] BVerfG-K, Beschluss vom 10. 12. 2008 - 2 BvR 2571/07, NVwZ 2009, 389 f.; ausf. B. II. c)

So hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass der Dienstherr im Rahmen von gesundheitlichen Eignungsbeurteilungen „auch dem Verbot der Benachteiligung behinderter Menschen aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG Rechnung zu tragen“ hat.[264] Indem keine gleiche, sondern eine unter Berücksichtigung angemessener Vorkehrungen sowie typischer behinderungsbedingter Nachteile „gleichwertige“ Eignung der Bewerber:innen verlangt wird, ist es möglich, auch Menschen mit behinderungsbedingten Qualifikationsnachteilen einzustellen und so Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und Art. 27 UN-BRK zu verwirklichen. Dabei wird der in Art. 33 Abs. 2 GG verankerte Grundsatz der „Bestenauslese“ nicht verletzt, sondern – im Gegenteil – materielle Chancengleichheit im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 27 i.V.m. Art. 2 Unterabs. 4 UN-BRK hergestellt.[265]
So haben zum Beispiel blinde Jurist:innen bereits während ihres Studiums eine Reihe von zusätzlichen Hürden zu meistern.[266] Diese werden durch die fortschreitende Digitalisierung von Gesetzestexten und juristischer Literatur und die Möglichkeit, Screenreader zu verwenden, zwar deutlich vermindert. Doch allein ein erheblicher zeitlicher Unterschied bei der Arbeitsbewältigung, der sich unter anderem aus den verschiedenen (Vor-) Lesegeschwindigkeiten sowie einer teilweise weiterhin fehlenden Digitalisierung von Akten ergibt, bleibt. Dies muss bei der Einstellung und Beförderung im Vergleich zu anderen Bewerber:innen berücksichtigt werden, um den Förderauftrag aus Art. 33 Abs. 3 S. 3 GG i.V.m. Art. 27 UN-BRK zu verwirklichen (vgl. 5.1, 5.2, 5.10 VV Inklusion). Insofern sind auch Abweichungen von formellen Auswahlkriterien oder -verfahren, wie z.B. standardisierter eignungsdiagnostischer Tests oder einer bestimmten Examensnote[267] bei der Einstellung von Richter:innen, möglich bzw. nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG sowie Art. 5 RL 2000/78/EG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 S. 2 lit. i, Art. 2 Untrerabs. 4 UN-BRK sogar geboten, um materielle Chancengleichheit herzustellen.[268]

Dies führt auch nicht zu einer Gefährdung der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG. Dass Mitbewerber:innen ohne Behinderung die Aufgaben voraussichtlich schneller oder aufgrund bereits erworbener Zusatzqualifikationen möglicherweise fachlich noch fundierter ausüben würden, ist eine zumutbare Modifikation des Leistungskriteriums durch den Förderauftrag nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.[269] Auch die Nachteile für die Mitbewerber:innen ohne Behinderung sind angemessen: Da Menschen mit Behinderung einen vergleichsweise geringen Anteil an der erwerbstätigen Bevölkerung einnehmen, handelt es sich nicht um die Regel, sondern um Einzelfälle, die Mitbewerber:innen ohne Behinderungen nicht unzumutbar belasten. Davon geht auch der Bundesgesetzgeber aus, der nach § 154 Abs. 1 S. 1 SGB IX alle öffentlichen Arbeitgeber:innen mit mehr als 20 Beschäftigten verpflichtet, mindestens einen Anteil von 5 Prozent Menschen mit Schwerbehinderung zu beschäftigen.[270]

(b) Auslegung unter Beachtung des Art. 3 Abs. 2 GG

Auch zwischen Art. 33 Abs. 2 GG und dem Förderauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG ist praktische Konkordanz herzustellen.[271] Ein Abstellen allein auf formelle Leistungskriterien kann Frauen geschlechtsbezogen (mittelbar) benachteiligen. Es darf zwar nicht auf

---

[264] BVerfG-K, Beschluss vom 10. 12. 2008 - 2 BvR 2571/07, NVwZ 2009, 389.
[265] Vgl. BVerfG-K, Beschluss vom 10. 12. 2008 - 2 BvR 2571/07, NVwZ 2009, 389 f.; EuGH, Urt. v. 11.4.2013 – C-335/11, C-337/11 (Ring und Werge), Rn. 53; BAG, Urt. v. 19.12.2023 – 6 AZR 190/12, NZA 2024, 372, 378, Rn. 52.
[266] Vgl. Blind und doch sehend – blinde Juristen bereichern die Justiz, Haufe - Serie Colours of Law, 24.11.20, abrufbar https://www.haufe.de/recht/kanzleimanagement/blinde-juristen-bereichern-die-justiz_222_209552.html (Stand: 2.2.2024).
[267] So kann durch die Herabsetzung des formalen Notenerfordernisses für Bewerber:innen mit Behinderungen die Möglichkeit eröffnet werden, ihre Eignung ganzheitlich unter Berücksichtigung weiterer Aspekte gem. Art. 33 Abs. 2 GG zu würdigen. Diese Abweichung im Bewerbungsverfahren stellt eine angemessene Vorkehrung (ähnlich den Nachteilsausgleichen in Tests) i.S.d. Art. 5 RL 2000/78/EG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 S. 2 lit. i, Art. 2 Untrerabs. 4 UN-BRK dar.
[268] Vgl. BVerfG-K, Beschluss vom 10. 12. 2008 - 2 BvR 2571/07, NVwZ 2009, 389 f.; EuGH, Urt. v. 11.4.2013 – C-335/11, C-337/11 (Ring und Werge), Rn. 49 ff.; BAG, Urt. v. 19.12.2023 – 6 AZR 190/12, NZA 2024, 372, 378, Rn. 52.
[269] Vgl. BVerfG-K, Beschluss vom 10. 12. 2008 - 2 BvR 2571/07, NVwZ 2009, 389 f Aus diesem Grund stellt auch Tz. 5.10.2 VV Inklusion betreffend dienstliche Beurteilungen praktische Konkordanz her, der zwar vorsieht, dass behinderungsbedingte *quantitative* Leistungsminderungen nicht zum Nachteil der Beschäftigten angerechnet werden dürfen, in *qualitativer* Hinsicht aber die allgemeinen Beurteilungsmaßstäbe anzulegen sind.
[270] In diesem Sinne weist auch *v. Roetteken*, ZESAR 2021, 421, 425 darauf hin, dass die Beschäftigungspflicht nach § 154 Abs. 1 SGB IX von dem aus Art. 33 Abs. 2 GG von einem engen, rein „leistungsorientierten“ Verständnis der Bestenauslese abweicht; die Quote wurde wiederholt vom BVerfG für verfassungsmäßig erklärt; BVerfG, Beschl. v, 26.5.1981 – 1 BvL 57/78 u.a. – E 57, 139, 168; BVerfG-K, Beschl. v. 10.11.2004 - 1 BvR 1785/01 u.a. – NVwZ 2005, 321, 322 mit weiteren Nachw.
[271] Siehe oben B. III. b)

Teilzeitbeschäftigungen, Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit und Verzögerungen bei Ausbildungsabschlüssen abgestellt werden (z.B. § 8 Abs. 4 LGG). Aber z.B. auch die vergleichsweise Heranziehung der Anzahl wissenschaftlicher Publikationen oder Zeiten von Leitungs- oder Auslandserfahrung, die oftmals wegen Erziehungs- und Pflegeaufgaben bei Frauen mit Kindern geringer sind, kann geschlechtsspezifische Nachteile erzeugen bzw. perpetuieren.[272] Dies kann und muss jedoch im Rahmen der nach Art. 33 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 2, 3 GG vorgeschriebenen diskriminierungsfreien Leistungsbewertung berücksichtigt werden.[273] Ergibt sich unter Beachtung dieser Vorgaben dennoch kein im Wesentlichen gleicher Qualifikationsstand, ist eine Bevorzugung von Frauen nicht gerechtfertigt. Nichts anderes ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH, wonach positive Maßnahmen zugunsten von Frauen nur bei einer im Wesentlichen gleichen Qualifikation der Bewerber:innen zulässig sind.[274] Diese ist nach dem Vorrangprinzip bei der Auslegung des Grundgesetzes zu beachten.[275]

d) Zulässigkeit von positiven Maßnahmen bei Ausbildungsmonopolen

Ein staatliches Ausbildungsmonopol ist anzunehmen, „wenn der erfolgreiche Abschluss der staatlichen Ausbildung für die Ausübung eines Berufs außerhalb des Staatsdienstes rechtlich erforderlich ist oder nach der Verkehrsanschauung zu einer abgeschlossenen Berufsausbildung gehört und von Arbeitgebern erwartet wird.“[276] Dies betrifft insbesondere die Referendarausbildung der Lehrkräfte, da die Lehrbefähigung auch für berufliche Tätigkeiten außerhalb des Staatsdienstes notwendig sein kann (etwa in Privatschulen)[277] sowie den juristischen Vorbereitungsdienst.[278]
Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG vermittelt Bewerber:innen um Ausbildungsplätze in staatlichen Ausbildungsmonopolen ein derivatives Teilhaberecht, also ein Recht auf gleichheitsgerechte Zulassung innerhalb der Ausbildungskapazitäten.[279] Das Verteilungsverfahren muss die Chancengleichheit aller Bewerber:innen wahren und an sachgerechte Kriterien anknüpfen.[280] Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Studienplatzvergabe für Humanmedizin, die auf andere staatliche Ausbildungsmonopole übertragbar ist,[281] muss die Vergabe der Ausbildungsplätze „im Fall der Knappheit nach Regeln erfolgen, die sich grundsätzlich an dem Kriterium der Eignung orientieren. Daneben berücksichtigt der Gesetzgeber auch andere Gemeinwohlbelange […] und trägt dem Sozialstaatsprinzip Rechnung.“[282]
Verfassungsrechtlich zulässig können danach auch Vorabquoten für Härtefälle sein, mit denen der Gesetzgeber die „Zulassungschancen für Personen, die sonst tendenziell eher benachteiligt wären“ stärkt.[283] Der Gesetzgeber muss Auswahl und Zugang zu Ausbildungsplätzen „nach sachgerechten, auch für die Benachteiligten zumutbaren Kriterien regeln.“[284]
Leider hat die Rechtsprechung bislang keine konkreten Maßstäbe zur zulässigen Gewichtung von Eignungs- und sozialen Kriterien aufgestellt. Das Bundesverfassungsgericht betont jedoch, dass die Eignung wegen des „Gebots der Gleichheitsgerechtigkeit“ das vorherrschende Kriterium sein müsse.[285] Vorabquoten für Härtefälle müssen „vertretbar begrenzt“ sein, was das Bundesverfassungsgericht bei einem Anteil von 20 Prozent an der zu vergebenden Platzzahl bejaht hat.[286] Starre Reservierungsquoten, die einen deutlich höheren Anteil, z.B.

---

[272] Vgl. etwa *Schultz* et al., De jure und de facto: Professorinnen in der Rechtswissenschaft, S. 384 ff.
[273] Siehe oben B. III. c) cc) .
[274] Siehe oben III. 1. b) aa) (3).
[275] Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Art. 33 Rn. 119.
[276] BVerwG, Urt. v. 24.09.2009 - 2 C 31/08, NVwZ 2010, 251, 252 (Rn. 19); OVG Münster, Beschl. v. 25.05.2020 - 1 B 142/20, BeckRS 2020, 10478 (Rn. 11).
[277] BVerwG, Urt. v. 26.06.2008 - 2 C 22/07, NJW 2008, 3654, 3655 (Rn. 18 ff.).
[278] OVG Greifswald, Beschl. v. 25.03.2020 - 2 M 98/10, BeckRS 2010, 50340.
[279] BVerwG, Urt. v. 26.06.2008 - 2 C 22/07, NJW 2008, 3654, 3655 (Rn. 18); Sachs-*Mann*, GG, Art. 12 Rn. 160; v. Münch/Kunig-*Kämmerer*, GG, Art. 12 Rn. 66; vgl. zum identischen Maßstab für die Vergabe von Studienplätzen der Humanmedizin BVerfG, Urt. v. 19.12.2017 - 1 BvL 3/14 u.a., NJW 2018, 361, 363 (Rn. 106).
[280] Sachs-*Mann*, GG, Art. 12 Rn. 161; BeckOK-*Ruffert*, GG, Art. 12 Rn. 25; v. Münch/Kunig-*Kämmerer*, GG, Art. 12 Rn. 68.
[281] So ausdrücklich OVG Münster, Beschl. v. 10.06.1983 - 6 B 1094/83, NVwZ 1984, 126.
[282] BVerfG, Urt. v. 19.12.2017 - 1 BvL 3/14 u.a., NJW 2018, 361, 363 (Rn. 108).
[283] BVerfG, Urt. v. 19.12.2017 - 1 BvL 3/14 u.a., NJW 2018, 361, 365 (Rn. 125).
[284] BVerfG, Beschl. v. 08.05.2013 - 1 BvL 1/08, NJW 2013, 2498, 2499 (Rn. 41).
[285] BVerfG, Urt. v. 19.12.2017 - 1 BvL 3/14 u.a., NJW 2018, 361, 363 (Rn. 109).
[286] BVerfG, Urt. v. 19.12.2017 - 1 BvL 3/14 u.a., NJW 2018, 361, 365 (Rn. 125).

eine Quote von 50 Prozent der Ausbildungsplätze für Frauen, vorsehen, dürften vor dem Hintergrund der genannten Rechtsprechung zum Teilhabeanspruch aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG sowie nach der EuGH-Rechtsprechung zu RL 2006/54/EG, 2000/78/EG und 2000/43/EG unzulässig sein.[287] Zu Recht sieht daher die AVLGG vor, dass die Quote nach § 7 Abs. 2 LGG – in verfassungskonformer Reduktion – auf staatliche Ausbildungsmonopole keine Anwendung findet.[288]

e) Zulässigkeit von positiven Maßnahmen bei sonstigen Ausbildungsstellen

Bilden staatliche Stellen für Tätigkeiten aus, die nicht ausschließlich im öffentlichen Dienst liegen (z.B. Verwaltungsfachangestellte, Polizeimeister:in, Rechtspfleger:in etc.) und handelt es sich auch nicht um ein staatliches Ausbildungsmonopol (z.B. Referendardienst),[289] dann ist weder Art. 33 Abs. 2 GG[290] noch der Teilhabeanspruch aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG[291] betroffen. Positive Maßnahmen, die differenzierende Regelungen zum Ausgleich von strukturellen Nachteilen treffen (wie spezielle Fördermaßnahmen, Quoten etc.), sind dementsprechend allein an den dargelegten Maßstäben der § 5 AGG, Art. 3 Abs. 2, 3 GG i.V.m. mit dem Sozialstaatsprinzip zu messen. Entscheidend kommt es somit auf die Verhältnismäßigkeit der Regelungen an.[292] Der EuGH hat dabei in seiner *Badeck*-Entscheidung den Spielraum für verbindliche Quoten bis hin zu Reservierungsquoten deutlich weiter gezogen als bei Einstellungen bzw. Ernennungen und Beförderungen.[293] Bei derartigen Regelungen, welche bei Unterrepräsentanz mindestens die Hälfte der Ausbildungsplätze für Frauen vorsehen (soweit genügend Bewerbungen vorliegen), gehe es vor allem um die Verbesserung der Chancen weiblicher Bewerber im öffentlichen Sektor. Den Frauen würden keine Arbeitsplätze vorbehalten, sondern Ausbildungsplätze, die zur Erlangung einer Qualifikation dienen.[294] Dem haben sich die Literatur und Rechtsprechung zur deutschen Rechtslage weitgehend angeschlossen.[295]
Es stellt sich allerdings die Frage, ob sich diese Argumentation auch auf solche Ausbildungsplätze in der Verwaltung übertragen lässt, in denen (in der Regel bereits im Beamtenverhältnis) ausschließlich für den öffentlichen Dienst ausgebildet wird. Nach herrschender Ansicht greift hier zusätzlich das grundrechtsgleiche Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG.[296] Danach sind öffentliche Ämter allein nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu besetzen; auf Hilfskriterien wie Geschlecht, Behinderung etc. darf nur bei im Wesentlichen gleicher Eignung zurückgegriffen werden.[297] Allerdings ist auch hier zu beachten, dass die Eignung für das öffentliche Amt i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG durch die Ausbildung selbst erst hergestellt werden soll.[298] Geeignet, eine entsprechende Ausbildung aufzunehmen, sind aber grundsätzlich alle Bewerber:innen, welche die formalen Qualifikationsanforderungen für den Ausbildungsgang (z.B. einen bestimmten Schulabschluss) erfüllen.[299] Das Bundesverwaltungsgericht hat es daher abgelehnt, bei der Reservierungsquote des § 7 Abs. 2 LGG zwischen Ausbildungslätzen, in denen ausschließlich für den öffentlichen Dienst ausgebildet wird, und anderen Ausbildungsverhältnissen zu differenzieren.[300] Öffentliche Arbeitgeber:innen in Berlin, die eine Berufsausbildung durchführen, die ihrem Gegenstand nach geeignet ist, die Betroffenen auf einen Beruf

[287] Vgl. EuGH, Urt. v. 28.03.2000 – C-158/97 (Badeck) – NJW 2000, 1549, 1553 (Rn. 53).
[288] AVLGG zu § 7 Abs. 3; a.A. Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 293.
[289] Siehe oben II. 3.
[290] Vgl. Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 85; Sachs-*Battis*, GG, Art. 33 Rn. 25.
[291] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.5.1975 - 2 BvL 13/73 - E 39, 334, 369; BVerfG, Urt. v. 19.12.2017 – 1 BvL 3/14 u.a., NJW 2018, 361, 363 (Rn. 104 f.); siehe oben B. III. d)
[292] Siehe oben B. III. b)
[293] EuGH, Urt. v. 28.03.2000 – C-158/97 (Badeck) – NJW 2000, 1549, 1552 f. (Rn. 45 ff.).
[294] EuGH, Urt. v. 28.03.2000 – C-158/97 (Badeck) – NJW 2000, 1549, 1552 (Rn. 52).
[295] Vgl. Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 38; *Schuler-Harms*, Positive Maßnahmen, HdBADR, § 16 Rn. 67; Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 293, jew. mit weiteren Nachw.
[296] Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 291; Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 85; Sachs-*Battis*, GG, Art. 33 Rn. 25.
[297] Siehe oben B. III. c) dd) .
[298] Vgl. Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 294.
[299] Dies wird mit verwaltungsintern bindender Wirkung durch die AVLGG zu § 7 Abs. 2 festgeschrieben: „Voraussetzung ist allein das Vorliegen der formalen Qualifikation (zum Beispiel Schulabschluss)"; vgl. Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 294.
[300] BVerwG, Beschl. v. 20.3.1996 – 6 P 7/94 – NVwZ 1997, 288, 289 f.

vorzubereiten, in dem sie an den Aufgaben des öffentlichen Dienstes mitwirken können, sind demnach an die Vorschrift des § 7 LGG gebunden.[301]

f) Zulässigkeit von positiven Maßnahmen unter Berücksichtigung des Vorbehalts des Gesetzes

In formaler Hinsicht stellt sich die Frage, inwiefern positive Maßnahmen, die eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung zugunsten einer strukturell benachteiligten Gruppe treffen, in einem (Landes-)Gesetz geregelt sein müssen. § 5 AGG, der sich sowohl an öffentliche wie private Arbeitgeber sowie andere Akteure richtet, macht insoweit keine Vorgaben: Positive Maßnahmen können grundsätzlich sowohl durch Gesetze als auch durch Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsvorschriften, Richtlinien, Tarifverträge, Betriebs- oder, betriebliche Einheitsregelungen, allgemeine Geschäftsbedingungen und Einzelverträge vorgesehen werden.[302]
Ein Gesetzesvorbehalt für positive Maßnahmen der Verwaltung könnte sich hingegen aus dem Verfassungsrecht ergeben. Allerdings gibt es nach allgemeiner Auffassung keinen totalen Gesetzesvorbehalt, der alle Handlungen der Verwaltung erfassen würde. Vielmehr verlangt der Vorbehalt des Gesetzes nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass der „Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst trifft".[303] Nach dieser sogenannten *Wesentlichkeitstheorie* kommt es dabei auf den jeweiligen Sachbereich und die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes an sowie darauf, ob und inwiefern durch die in Rede stehende Regelung oder Maßnahme Grundrechte betroffen sind.[304]
Vor diesem Hintergrund wird in der Literatur teilweise die Ansicht vertreten, dass jede positive Maßnahme, die eine direkte (bevorzugende) Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 Abs. 1, Abs. 3 GG, etwa aufgrund des Geschlechts, der Herkunft, der Behinderung etc. beinhaltet, einer speziellen (und insoweit auch hinreichend genau bestimmten) gesetzlichen Grundlage bedarf.[305]

Demgegenüber hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung zur Meistergründungsprämie ausgeführt, dass Regelungen, die Frauen bei struktureller Unterrepräsentanz in einem Berufsbereich wie dem Handwerk besondere Förderungen gewähren, keiner speziellen gesetzlichen Grundlage bedürfen.[306] Es erscheine vor dem Hintergrund des Gleichstellungsauftrags aus Art. 3 Abs. 2 GG, der sich nach Art. 3 Abs. 3 GG an alle Staatsgewalten, also auch die Exekutive richte, nicht vertretbar, positive Maßnahmen allein dem Gesetzgeber vorzubehalten. Die Notwendigkeit, für jeden Förderungsakt zu Gunsten des unterrepräsentierten Geschlechts eine gesetzliche Grundlage bereitzustellen, auch wenn Angehörige des anderen Geschlechts keine Nachteile erleiden, würde die Realisierung des Gleichberechtigungsgebots wesentlich erschweren, ohne mit einem konkreten rechtsstaatlichen Gewinn verbunden zu sein.[307] In Anwendung des Wesentlichkeitsgrundsatzes bedarf es einer speziellen gesetzlichen Grundlage daher nur, soweit die positive Maßnahme mit spürbaren Nachteilen für die nicht begünstigte Personengruppe verbunden ist.[308]
Infolge dieser Rechtsprechung kann neben den Förderaufträgen aus Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 2 GG[309] auch der Handlungsauftrag nach § 11 Abs. 1, 2 LADG[310] als ausreichende gesetzliche Grundlage für positive Fördermaßnahmen zugunsten einer aufgrund der Merkmale des § 2 LADG benachteiligten Personengruppe angesehen werden, soweit diese

[301] BVerwG, Beschl. v. 20.3.1996 - 6 P 7/94 - NVwZ 1997, 288, 289 f.
[302] Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 16; vgl. auch Bundestag, Drs. 16/1780, S. 34.
[303] BVerfG, Beschl. v. 8. 8. 1978 - 2 BvL 8/77, E 49, 89, 126; BVerfG, Urt. v. 17.12.2014 - 1 BvL 21/12, E 138, 201 (Rn. 26); st. Rspr.
[304] Zusammenfassend zur Rspr. Dreier-*Schultze-Fielitz*, GG, Bd. 2, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 115 f.; Jarass/Pieroth-*Jarass*, GG Art. 20 Rn. 72 f.; Sachs-*Sachs*, GG, Art. 20 Rn. 117, jeweils mit weiteren Nachw.
[305] So Jarass/Pieroth-*Jarass*, GG Art. 20 Rn. 74, Art. 3 Rn. 115, 152; Dreier-*Schultze-Fielitz*, GG, Bd. 2, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 118.
[306] Grdl. BVerwG, Urt. v. 18. 7. 2002 - 3 C 54/01, DÖV 2003, 288, 290 f.; vgl. Sachs-*Nußberger,* GG, Art. 3 Rn. 286.
[307] BVerwG, Urt. v. 18. 7. 2002 - 3 C 54/01, DÖV 2003, 288, 291 f.
[308] Vgl. BVerwG, Urt. v. 18. 7. 2002 - 3 C 54/01, DÖV 2003, 288,291 f.
[309] Siehe oben B. II. b) aa)
[310] Siehe oben B. II. b) ff)

keine spürbaren Nachteile für die ausgeschlossenen Gruppen mit sich bringen. Anderes gilt, wenn wesentliche Grundrechtspositionen der nicht berechtigten Personengruppe betroffen sind. Das bedeutet im Einzelnen:

- Verbindliche Quoten bei statusbezogenen Auswahl- oder Vergabeentscheidungen, insbesondere im Geltungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG,[311] bedürfen immer einer ausdrücklichen (spezial-)gesetzlichen Grundlage.[312] In Berlin sind derartige Quotenregelungen in § 7 Abs. 2 und § 8 Abs. 1, 2 LGG zugunsten von Frauen und in § 12 und § 13 PartMigG zugunsten von Personen mit Migrationshintergrund enthalten. Zwar handelt es sich bei der Regelung des 3.4.4. VV-Inklusion, nach der im Rahmen von Stellenbesetzungen schwerbehinderte Menschen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu berücksichtigen sind, lediglich um allgemeine Verwaltungsvorschriften ohne rechtliche Außenwirkung.[313] Die Regelung dient aber unmittelbar der Umsetzung der in § 154 Abs. 1 SGB IX festgeschriebenen Beschäftigungsquote für öffentliche Arbeitgeber:innen (§ 164 Abs. 3 SGB IX), [314] die insoweit bei Einstellungsentscheidungen zugunsten von schwerbehinderten Bewerber:innen bei im Wesentlichen gleicher Eignung i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG eine ausreichende Gesetzesgrundlage darstellt.

- Bevorzugungen bei Fort- und Weiterbildungsangeboten oder bei allgemein zugänglichen Förderprogrammen bedürfen über § 11 LADG hinaus in der Regel keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, soweit auch die nicht-bevorzugten Beschäftigten weiterhin eine angemessene Chance auf Zugang zu den Angeboten haben.

- Spezifische Förderangebote wie Bewerbungs- oder Empowerment-Trainings bzw. Workshops, Seminare, Mentoring-Programme u.s.f., die sich an eine strukturell benachteiligte Personengruppe, etwa Frauen, Personen mit Geschlechtseintrag „divers“, Menschen mit Behinderungen oder Personen mit Migrationshintergrund/-geschichte richten, bedürfen ebenfalls regelmäßig keiner besonderen, über den Handlungsauftrag nach § 11 Abs. 1, 2 LADG hinausgehenden Gesetzesgrundlage.

g) Zusammenfassung Zulässigkeit positiver Maßnahmen

aa) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von positiven Maßnahmen

Der Erlass positiver Maßnahmen durch das Land Berlin für strukturell benachteiligte Personengruppen i.S.d. § 2 LADG ist verfassungsrechtlich zulässig. Die Gesetzgebungskompetenz des Landes folgt aus Artt. 70 Abs. 1, 72 Abs. 1 GG. Eine Sperrwirkung aufgrund konkurrierender Bundesgesetzgebung nach Artt. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12, 27 GG durch Erlass des AGG oder Vorschriften des BeamtStG ist nicht eingetreten. Materiell sind die Anforderungen des Unions- und Verfassungsrechts zu beachten.
Positive Maßnahmen zugunsten von Frauen sowie Menschen mit Behinderungen lassen sich grundsätzlich auf die verfassungsrechtlichen Förderaufträge aus Art. 3 Abs. 2 GG sowie Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG stützen. Positive Maßnahmen, die differenzierende Regelungen zugunsten von Menschen mit Migrationsgeschichte/-hintergrund oder Geschlechtseintrag „divers“ treffen, stellen eine Bevorzugung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG dar. Diese Bestimmung bildet aber selbst in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG eine verfassungsrechtliche Grundlage, um positive Maßnahmen zu rechtfertigen. Differenzierende

[311] Siehe oben B. III. c) aa)
[312] Vgl. Sachs-*Nußberger,* GG, Art. 3 Rn. 286 mit weiteren Nachw.
[313] Dazu BVerfG Beschl. v. 2.3.1999 - 2 BvF 1/94 -, E 100, 249, 258; Sachs-*Mann,* GG, Art. 80 Rn. 12 mit weiteren Nachw.
[314] Vgl. Knickrehm/Roßbach/Waltermann-*Kothe*, SGB IX § 164, 165 Rn. 10; LPK- SGB IX-*Joussen*, § 154 Rn. 29.

Regelungen entlang von Staatsangehörigkeit, sexueller Orientierung oder Alter sind wiederum an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen, wobei auch hier eine strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen ist.

bb) Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen

Positive Maßnahmen bei Einstellungen und Beförderungsentscheidungen sind nur nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG zulässig. Leistungsfremde Kriterien dürfen in die Bewerberauswahl nur einfließen, wenn die Bewerber:innen im Wesentlichen gleich geeignet sind. Die Beurteilung sich nach dem jeweiligen Anforderungsprofil des Dienstherrn bzw. des Arbeitgebers, wobei ein erheblicher Einschätzungsspielraum besteht. Zugunsten von Bewerber:innen mit Behinderungen sind angemessene Vorkehrungen i.S.d. Art. 5 RL 2000/78/EG, Art. 27 Abs. 1 S. 2 lit. i, Art. 2 Unterabs. 4 UN-BRK zu treffen; insofern sind ggf. Abweichungen von formellen Auswahlkriterien und -verfahren wie standardisierte Eignungstests, gesundheitliche Anforderungen oder bestimmte Notenwerte geboten, um Chancengleichheit herzustellen.
Die Heranziehung von Hilfskriterien ist zulässig, wenn Bewerber:innen im Wesentlichen gleich geeignet sind. Knüpft das Hilfskriterium an ein Merkmal i.S.d. § 1 AGG an, müssen die Anforderungen des § 5 AGG berücksichtigt werden: Es muss die Wahrscheinlichkeit bestehen, dass durch die Maßnahmen tatsächlich oder strukturell bestehende Nachteile für die betroffene Gruppe ausgeglichen werden. Außerdem darf die Bevorzugung die jeweils andere Gruppe nicht unverhältnismäßig belasten. Je weniger eine Maßnahme den Rechtskreis der nicht begünstigten Gruppe berührt, desto eher ist sie angemessen. Außerdem darf der begünstigten Gruppe kein automatischer, unbedingter Vorrang eingeräumt werden. Es muss stets eine Würdigung des Einzelfalls möglich bleiben. Darüber hinaus muss die Heranziehung des Hilfskriteriums unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG sachgerecht und angemessen sein. Die Maßstäbe entsprechen im Wesentlichen denen des § 5 AGG. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass positive Maßnahmen zugunsten von Frauen und Menschen mit Behinderung wegen Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 GG verfassungsrechtlich eher zulässig sind als andere Maßnahmen.

cc) Vergabe von Ausbildungs- und Qualifikationsstellen

Die Besetzung von Ausbildungsplätzen richtet sich nur nach Art. 33 Abs. 2 GG, wenn ausschließlich für Tätigkeiten im öffentlichen Dienst ausgebildet wird. Bildet die öffentliche Hand im Rahmen von staatlichen Ausbildungsmonopolen auch für eine Tätigkeit im privaten Sektor aus, sind die Einstellungsmodalitäten anhand von Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG zu überprüfen. Zwar muss auch hier die Eignung das vorherrschende Auswahlkriterium sein; verfassungsrechtlich sind jedoch Quoten für benachteiligte Gruppen i.H.v. 20 Prozent unbedenklich. Für die Besetzung von Ausbildungsplätzen ohne staatliches Ausbildungsmonopol gilt zudem die Besonderheit, dass eine Würdigung jeder einzelnen Bewerbung und der Einzelfallumstände AGG-rechtlich nicht notwendig ist. Bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen können auch feste Reservierungsquoten für benachteiligte und unterrepräsentierte Personengruppen zulässig sein.

dd) Maßnahmen im Beschäftigungsverhältnis

Maßnahmen im Beschäftigungsverhältnis sind nicht anhand von Art. 33 Abs. 2 GG zu messen, aber anhand vom AGG und von Art. 3 GG. Es ist daher stets ein sachlicher Grund für die positive Maßnahme erforderlich und die Maßnahme muss verhältnismäßig sein.

ee) Vorbehalt des Gesetzes

Die Förderaufträge aus Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG sowie der Handlungsauftrag nach § 11 Abs. 1, 2 LADG sind nach der Wesentlichkeitsjudikatur als ausreichende gesetzliche Grundlagen jedenfalls für solche Fördermaßnahmen anzusehen, die keine wesentlichen Nachteile für die ausgeschlossene Gruppe mit sich bringen. Demgegenüber sind verbindliche Differenzierungs- und Bevorzugungsregelungen, insbesondere bei

Ausbildungsplatzvergabe, Einstellungen und Beförderungen, als grundrechtswesentlich anzusehen, sodass es einer spezialgesetzlichen Grundlage bedarf.

2. Materielle Zulässigkeit einzelner positiver Maßnahmen

a) Statusentscheidungen: Einstellungen und Beförderungen

aa) Zulässigkeit von Förderprogrammen

Frage: Bestehen rechtliche Bedenken gegen gesonderte Förderangebote für Personen aus unterrepräsentierten bzw. benachteiligten Gruppen zur Vorbereitung auf den Arbeitsmarkt, z.B. Hospitationsprogramme, Empowerment-Maßnahmen wie Vorbereitungskurse, Sprachkurse und Bewerbungstrainings, Mentoringprogramme?

Förderprogramme für Personen aus unterrepräsentierten bzw. benachteiligten Gruppen zur Vorbereitung auf den Arbeitsmarkt sind rechtlich zulässig. Ihr Ziel ist es, bestimmten Personengruppen Kenntnisse und Fähigkeiten zu vermitteln, die ihre Einstellungschancen in späteren Bewerbungsverfahren erhöhen. Gegenstand des Gutachtens sind Förderprogramme, die durch die Dienststellen der Berliner Verwaltung selbst finanziert und angeboten werden. Daneben gibt es Berufsbildungsmaßnahmen durch externe Leistungsträger, insbes. die Arbeitsagentur, auf Grundlage des BBiG und der SGB, die nicht in die Zuständigkeit der Berliner Verwaltung fallen. Die beschriebenen Förderprogramme sind nicht selbst Bestandteil eines Bewerbungsverfahrens oder einer konkreten Besetzungsentscheidung, sondern diesen vorgelagert, und daher nicht an Art. 33 Abs. 2 GG zu messen.[315] Art. 33 Abs. 2 GG bezweckt, dass öffentliche Ämter nach der Eignung und Qualifikation der Bewerber:innen besetzt werden; dazu, wie die Eignung und Qualifikation erworben werden, verhält sich die Vorschrift nicht.

(1) Förderprogramme als tatbestandliche Ungleichbehandlung i.S.d. AGG und Art. 3 GG

Ob Fördermaßnahmen rechtfertigungsbedürftige Benachteiligungen i.S.d. AGG und des Art. 3 Abs. 1 und 3 GG sind, hängt davon ab, ob sie Personen einen Vorteil vorenthalten, der anderen Personen zuteilwird.[316] Grundsätzlich unzulässig ist, wenn eine „an ein verpöntes Merkmal anknüpfende Maßnahme die Rechtsstellung eines Einzelnen unmittelbar berührt und ihn dadurch ungleich behandelt.“[317] Dies ist dann der Fall, wenn eine Fördermaßnahme exklusiv für Personen mit bestimmter Merkmalseigenschaft oder -zuschreibung angeboten wird und andere Personen von der Maßnahme ausgeschlossen sind.[318] Wenn also z.B. nur Frauen, LSBTI*-Angehörige oder Personen mit Migrationsgeschichte an einem Hospitationsprogramm, Bewerbungstraining oder Mentoringprogramm teilnehmen *dürfen*, wird die Rechtsstellung der ausgeschlossenen Personen berührt und es handelt es sich um eine tatbestandliche und rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung. Anders verhält es sich bei Maßnahmen, die für bestimmte Personengruppen konzipiert sind und diese speziell adressieren, die aber auch für andere Personen offen sind.[319] Sie sind schon keine tatbestandlichen Benachteiligungen. Adressiert ein Bewerbungstraining beispielsweise speziell Frauen und behandelt Vorurteile, denen Frauen in Auswahlverfahren begegnen, ist die Rechtsstellung von Männern nicht negativ betroffen, wenn auch sie an dem Training teilnehmen oder dies jedenfalls dürften. Aus denselben Gründen sind Sprachkurse regelmäßig zulässig:[320] Ein Deutsch-Sprachkurs für Menschen, die Farsi sprechen, der aber jedermann offensteht, benachteiligt nicht Menschen ohne Migrationsgeschichte oder

[315] Vgl. *Papier/Heidebach*, DVBl. 2015, 125, 129; siehe auch oben III. 1. c) aa) zum Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 2 GG.
[316] Siehe oben III. 1. b) aa) (2) zum AGG, III. 1. b) bb) zu Art. 3 Abs. 1 GG, III. 1. b) bb) (1) (a) zu Art. 3 Abs. 3 GG.
[317] Dürig/Herzog/Scholz-*Langenfeld*, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 30.
[318] *Majer/Pautsch*, ZAR 2020, 414, 417.
[319] Dürig/Herzog/Scholz-*Langenfeld*, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 30; *Majer/Pautsch*, ZAR 2020, 414, 417; wohl auch Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 32.
[320] Franzen/Gallner/Oetker-*Mohr*, RL 2000/43/EG, Art. 5 Rn. 3.

Menschen mit nicht-persischer Migrationsgeschichte, nur weil ihnen die Teilnahme am Sprachkurs tatsächlich wenig nützt.
Förderprogramme für Menschen mit Behinderung sind keine Benachteiligungen i.S.d. AGG,[321] und daher nur anhand von Art. 3 Abs. 1 GG zu prüfen.

(2) Rechtfertigung exklusiver Förderprogramme

Auch Förderprogramme, die exklusiv für bestimmte Personengruppen angeboten werden, können aber zulässig sein. Knüpfen Förderprogramme an Merkmale i.S.d. AGG an, kann eine darin liegende Benachteiligung gem. § 5 AGG gerechtfertigt sein (a). Wird an ein Merkmal i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG angeknüpft, ist (ggf. zusätzlich) eine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht möglich (b). Eine Unterscheidung anhand sonstiger Merkmale erfordert einen hinreichend gewichtigen Sachgrund (c).

(a) Rechtfertigung gem. § 5 AGG

Förderprogramme sind gem. § 5 AGG gerechtfertigt, wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen sind, um bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu verhindern oder auszugleichen. Voraussetzung für die Fördermaßnahmen ist erstens, dass die bevorzugten Gruppen nach den oben genannten Maßstäben tatsächlich und strukturell beim Zugang zum Arbeitsmarkt benachteiligt sind, was insbes. durch eine Unterrepräsentanz in der Berliner Verwaltung nachgewiesen werden kann.[322] Die Förderprogramme müssen darüber hinaus auch geeignet (aa), erforderlich (bb) und angemessen (cc) sein.[323]

(aa) Geeignetheit von Förderprogrammen

Positive Maßnahmen müssen objektiv geeignet sein, die strukturellen Nachteile auszugleichen und so die Repräsentanz der betreffenden Gruppe in der Berliner Verwaltung zu erhöhen. Fördermaßnahmen, die nicht unmittelbar die Einstellungsentscheidung steuern (wie z.B. Quoten), sondern in deren Vorfeld ansetzen, sind dann geeignet, wenn sie die Einstellungs*chancen* der bevorzugten Gruppe erhöhen. Da die Einstellungen nach dem Gebot der Bestenauslese erfolgen, kommen Fördermaßnahmen erstens in Betracht, wenn sie die Eignung, Befähigung oder fachliche Leistung der begünstigten Personengruppen verbessern und so ihre Chancen erhöhen, sich in Auswahlentscheidungen gegen Konkurrent:innen durchzusetzen.[324] Solche Maßnahmen können beispielsweise Sprachkurse für Menschen mit Migrationshintergrund sein, mit denen die für das Amt erforderliche sprachliche Befähigung hergestellt oder verbessert werden soll. Außerdem sind Empowerment-Maßnahmen denkbar, mit denen Selbstbewusstsein und selbstsicheres Auftreten und damit die Eignung für ein Amt gefördert werden sowie Bewerbungstrainings, die die Teilnehmer:innen darin schulen, ihre Fähigkeiten, Persönlichkeit und Eigenschaften in Auswahlverfahren bestmöglich zur Geltung zu bringen. Fördermaßnahmen kommen zweitens in Betracht, um die Anzahl an Bewerbungen aus strukturell benachteiligten Gruppen zu erhöhen. Strukturelle Nachteile können sich auch darin äußern, dass Angehörige bestimmter unterrepräsentierter Gruppen weniger über die Tätigkeit in der Berliner Verwaltung Bescheid wissen oder Angst vor Diskriminierungen haben. Diese „Berührungsängste“ können durch Fördermaßnahmen abgebaut werden, die Einblicke in die Arbeit bei der Berliner Verwaltung ermöglichen. Solche Maßnahmen können beispielsweise Hospitations- und Mentoringprogramme sein.

(bb) Erforderlichkeit von Förderprogrammen

Positive Maßnahmen sind erforderlich, wenn es keine gleich geeigneten Maßnahmen gibt, die die ausgeschlossenen Personen weniger benachteiligen. Exklusive Förderprogramme sind daher nur dann erforderlich, wenn sie ihr Ziel nicht gleich wirksam verfolgen würden, wenn alle Personen an den Förderprogrammen teilnehmen dürften.[325] Dass Förderprogramme nur

[321] Siehe oben III. 1. b) aa) (2).
[322] Dazu oben III. 1. b) aa) (3) (a).
[323] Dazu oben III. 1. b) aa) (3) (b).
[324] Ähnlich *Hey*/Forst, AGG, § 5 Rn. 11 für den privaten Arbeitsmarkt.
[325] Vgl. *v. Roetteken*, AGG, § 5 Rn. 142.

für bestimmte Personengruppen offenstehen, ist erstens dann erforderlich, wenn nur begrenzte (finanzielle oder administrative) Kapazitäten zur Verfügung stehen. Nehmen weniger Personen aus der benachteiligten bzw. unterrepräsentierten Gruppe an einem Förderprogramm teil, weil einige der begrenzten Plätze an andere Personen vergeben werden, ist die Maßnahme nicht im oben genannten Sinne gleich geeignet. Ein homogener Teilnehmer:innenkreis ist zweitens dann erforderlich, wenn das Förderprogramm konkret merkmalsspezifische Benachteiligungen adressiert und dafür eine ausreichende schützende Gesprächsatmosphäre notwendig ist.[326] Ein offener Austausch von Erfahrungen und Ratschlägen ist unter Menschen mit ähnlichen Biographien und Herausforderungen oft am besten möglich. Das betrifft beispielsweise Mentoring- und Hospitationsprogramme oder Bewerbungstrainings, die in Gruppen stattfinden und spezifische Hürden für Frauen, LSBTI* oder Menschen mit Migrationsgeschichte thematisieren.

(cc) Angemessenheit von Förderprogrammen

Positive Maßnahmen sind angemessen, wenn sie unter Berücksichtigung der auszugleichenden Nachteile die jeweils andere Gruppe nicht überproportional belasten. Nach diesem Maßstab sind Förderprogramme zur Vorbereitung auf den Arbeitsmarkt in aller Regel angemessen.
Sie greifen schon nicht intensiv in die Rechtspositionen der ausgeschlossenen Personen ein.[327] Förderprogramme, die darauf ausgerichtet sind, spezifische Nachteile oder Ängste bestimmter Personengruppen zu adressieren und zu überwinden, würden den nicht betroffenen Personengruppen schon keinen signifikanten Vorteil bringen; die Benachteiligung ist hier eher formaler als tatsächlicher Art.[328] Etwas anderes gilt zwar für Förderprogramme, die allgemein auf Bewerbungsverfahren in der Berliner Verwaltung vorbereiten oder Einblicke in das Arbeitsumfeld ermöglichen. Dass die ausgeschlossenen Personen von einer Teilnahme profitiert hätten, fällt aber aus anderen Gründen nicht wesentlich ins Gewicht: Sowohl in der Rechtsprechung des EuGH als auch in der Literatur werden positive Maßnahmen im Beschäftigungsbereich (§ 2 Abs. 1 Nr. 1-4 AGG) umso eher für zulässig gehalten, je weniger sie den Zugang zum Arbeitsmarkt betreffen, also die Auswahlentscheidung bei einer Stellenbesetzung vorwegnehmen. § 5 AGG und die zugrundeliegenden Richtlinien erlauben die Herstellung von *Chancengleichheit* beim Zugang zum Arbeitsmarkt, aber nicht die *Ergebnisgleichheit*. Aus diesem Grund erachtet der EuGH Quoten für die Vergabe von Ausbildungsplätzen und Qualifizierungsstellen eher als zulässig als Quoten für die Besetzung von Arbeitsplätzen. Während es im zweiten Fall um den unmittelbaren Zugang zum Arbeitsmarkt geht, geht es im ersten Fall darum, erst die Voraussetzungen für einen benachteiligungsfreien Zugang zum Arbeitsmarkt zu schaffen.[329] Auf dieser Skala der Eingriffsintensität sind Förderprogramme zur Vorbereitung auf den Berufseinstieg ganz unten einzustufen.[330] Bewerbungstrainings, Mentoring- und Hospitationsprogramme schaffen – genau wie Ausbildungsplätze – erst die Voraussetzungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt. Während Ausbildungsplätze ihren Inhaber:innen aber eine mehrjährige berufliche Qualifikation verschaffen, finden die hier in Frage stehenden Förderprogramme wohl nur einmalig oder über einen kurzen Zeitraum statt und vermitteln Fähigkeiten und Kenntnisse nur punktuell. Die Teilnahme an diesen Programmen ist für den Zugang zum Arbeitsmarkt daher grundsätzlich weniger entscheidend als ein Ausbildungsplatz; spiegelbildlich ist der Ausschluss von diesen Programmen vergleichsweise wenig belastend. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Förderprogramme der Berliner Verwaltung nicht die einzige Möglichkeit sind, Sprachkenntnisse zu verbessern, sich auf Auswahlverfahren vorzubereiten oder Einblicke in den Beruf zu erhalten. Private Anbieter:innen bieten Sprachkurse und Bewerbungstrainings an, und Praktika bei der Berliner Verwaltung sind jenseits besonderer

[326] *Joussen/Husemann/Mätzig*, RdA 2014, 279, 283.
[327] Vgl. BVerwG, Urt. v. 18. 7. 2002 - 3 C 54/01, DÖV 2003, 288, 291 f.
[328] Vgl. Däubler/Beck-*Zimmer,* AGG, § 5 Rn. 32; *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 15.
[329] Siehe oben III. 1. b) aa) (3) (b).
[330] So auch angedeutet in den Schlussanträgen von GA Tesauro in der Rechtssachen Kalanke (C-450/93), S. I-3058 und von GA Alber in der Rechtssache Lommers (C-476/99), S. I-2911, die verschiedene Arten positiver Maßnahmen typisieren und Quoten von solchen Maßnahmen abgrenzen, die „Ursachen für die geringeren Chancen hinsichtlich Arbeit und Aufstieg, die (noch) für die Arbeit von Frauen bestehen, auszuräumen, indem insbesondere Einfluss auf die Berufswahl und die Berufsbildung genommen wird.“

Förderprogramme möglich. Auch aus diesem Grund fällt der Ausschluss der nicht adressierten Personengruppen nicht sehr stark ins Gewicht.[331]
Die (geringe) Eingriffsintensität der Förderprogramme für die ausgeschlossenen Personengruppen wird durch das gewichtige Ziel aufgewogen, die Repräsentanz benachteiligter Gruppen in der Berliner Verwaltung zu erhöhen. Dadurch wird nicht nur dem individuellen Interesse der benachteiligten bzw. unterrepräsentierten Gruppen am chancengleichen Zugang zum Arbeitsmarkt Rechnung getragen, sondern auch dem öffentlichen Interesse an einer Verwaltung, deren Beschäftigte die vielfältigen Bevölkerungsgruppen widerspiegeln und „Verständnis für die mannigfaltigen Bedürfnisse" der Bürger mitbringen.[332]
Im Ergebnis sind Förderprogramme, die unterrepräsentierte Gruppen auf den Arbeitsmarkt vorbereiten sollen (insbes. Hospitationsprogramme, Bewerbungstrainings, Sprachkurse und Mentoringprogramme), daher in aller Regel angemessen.

(b) Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht (Art. 3 Abs. 3 GG)

Exklusive Förderprogramme sind durch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG selbst gerechtfertigte Eingriffe nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip, wenn dadurch ein schonender Ausgleich zwischen den Grundrechten der von den positiven Maßnahmen betroffenen Personengruppen erreicht wird. Das Förderprogramm muss zum Ausgleich tatsächlich bestehender, struktureller Nachteile geeignet und erforderlich sein und unter Berücksichtigung der rechtlichen oder faktischen Nachteile der nicht geförderten Gruppe angemessen sein. Dieser Maßstab entspricht dem des § 5 AGG, sodass auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann. Anders als das AGG hebt Art. 3 Abs. 2 GG zwar den Förderauftrag zugunsten von Frauen besonders hervor; da die hier begutachteten Förderprogramme zur Vorbereitung auf den Arbeitsmarkt allerdings ohnehin angemessen sind, ist das zusätzliche Gewicht des Frauenförderauftrags in der Abwägung nicht ausschlaggebend.

(c) Sachgrund i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG

Exklusive Förderprogramme, die an andere Kriterien als die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten anknüpfen, sind nur zulässig, wenn für die Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können. Die Förderung unterrepräsentierter Gruppen kann das legitime Ziel einer Ungleichbehandlung sein; für die Förderung von Menschen mit Behinderung ergibt sich dies explizit aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG. Die Ungleichbehandlung muss darüber hinaus auch geeignet, erforderlich und angemessen sein, um das Förderziel zu erreichen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen ist, je mehr die Merkmale denen des Art. 3 Abs. 3 GG ähneln.[333] Die Anforderungen an positive Maßnahmen entsprechen damit in abgeschwächter Form denen des § 5 AGG und des Art. 3 Abs. 3 GG. Förderprogramme, die nach den Maßstäben des § 5 AGG und des Art. 3 Abs. 3 GG zulässig wären, sind daher auch gerechtfertigte Ungleichbehandlungen i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG. Förderprogramme für Menschen mit Behinderung nehmen insofern eine Sonderstellung ein, als dem staatlichen Förderauftrag gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG keine gleichwertige Rechtsposition nicht behinderter Menschen gegenübersteht, was in der Güterabwägung für die Angemessenheit von Förderprogrammen spricht. Da die hier begutachteten Förderprogramme zur Vorbereitung auf den Arbeitsmarkt allerdings ohnehin angemessen sind, führt das zusätzliche Gewicht des Förderauftrags in der Abwägung zu keinen anderen Ergebnissen.

(3) Zusammenfassung zur Zulässigkeit von Förderprogrammen

Förderprogramme zur Vorbereitung auf den Arbeitsmarkt sind stets zulässig, wenn sie für bestimmte Personengruppen konzipiert sind und diese speziell adressieren, die aber auch für andere Personen offen sind. Exklusive Förderprogramme sind zulässig, wenn die berechtigten

[331] Vgl. auch Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 32; BeckOGK-*Baumgärtner*, AGG, § 5 Rn. 47.
[332] *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 10; siehe dazu auch oben II.1.
[333] Siehe oben III. 1. b) bb) (2).

Personengruppen tatsächlich und strukturell beim Zugang zum Arbeitsmarkt benachteiligt sind, was durch eine Unterrepräsentanz der Gruppen in der Berliner Verwaltung oder Studien nachzuweisen ist. Exklusive Förderprogramme müssen dazu geeignet sein, die strukturellen Nachteile beim Zugang zu Arbeitsplätzen in der Berliner Verwaltung zu erhöhen, was bei Mentoring- und Hospitationsprogrammen, Bewerbungstrainings und Sprachkursen in aller Regel anzunehmen ist. Der Teilnehmer:innenkreis von Förderprogrammen darf auf Personen mit einer bestimmten Merkmalsausprägung oder -zuschreibung begrenzt sein, wenn nur begrenzte (finanzielle oder administrative) Kapazitäten zur Verfügung stehen oder so eine für das Programm notwendige schützende Gesprächsatmosphäre gewährleistet ist. Unter diesen Voraussetzungen sind exklusive Förderprogramme auch angemessen.

bb) Zulässigkeit von Quoten

(1) Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für Quotenregelungen

Die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von Quoten für strukturell benachteiligte Gruppen bei Vorstellungsgesprächen, Einstellungen bzw. Ernennungen und Beförderungen bildet seit langer Zeit einen Kernpunkt der Debatte um positive Maßnahmen im Bereich des öffentlichen Dienstes. Intensiv diskutiert wurden bis Ende der 1990er Jahre vor allem die Frauenquoten, die in unterschiedlicher Form heute in fast allen Landesgleichstellungsgesetzen enthalten sind.[334] In mehreren Entscheidungen (in den Rechtssachen *Kalanke* 1995, *Marschall* 1997, *Badeck* 2000 und *Abrahamsson* 2000)[335] hat der EuGH die wesentlichen Rechtsfragen in Hinblick auf Art. 2 Abs. 4 der 76/207/EWG, jetzt Art. 3 RL 2006/54/EG, mit Wirkung auch für das nationale Recht geklärt. Seither wird die Rechtsklage als konsolidiert angesehen und auch für das bundedeutsche Verfassungsrecht, insb. die Auslegung von Art. 3 Abs. 2, 3 S. 1 GG, weitgehend übernommen.[336] Die ehemals teilweise heftig geführte Auseinandersetzung um Frauenquoten kann damit als weitgehend geklärt angesehen werden. In der neueren Debatte wird vor allem noch über die Frage gestritten, ob mit Quoten auch reine Repräsentativität verfolgt werden darf, ohne dass eine strukturelle Benachteiligung der unterrepräsentierten Gruppe (z.B. von Männern) dargelegt werden muss; dies ist allerdings mit Blick auf die Anforderungen des § 5 AGG, der „bestehende Nachteile“ voraussetzt,[337] sowie Art. 3 Abs. 2, 3 GG (i.V.m. Sozialstaatsprinzip) als verfassungsrechtliche Grundlage für entsprechende Differenzierungen[338] abzulehnen.[339]
Aufmerksamkeit in juristischem Schrifttum hat in jüngerer Zeit die rechtliche Zulässigkeit von Quoten für Personen mit Migrationshintergrund bzw. Migrationsgeschichte erlangt, die teilweise auch als „Migrantenquote“ bezeichnet wird.[340] Eine Ansicht hält verbindliche Mindest- oder Entscheidungsquoten im Öffentlichen Dienst mit Art. 3 Abs. 3 GG sowie Art. 33 Abs. 2 GG nur dann für vereinbar, wenn sie auf einen ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Förderauftrag gestützt werden können.[341] Das wäre nur für die Gleichstellung von Männern und Frauen nach Art. 3 Abs. 2 GG sowie die Teilhabe von Menschen mit Behinderungen gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG der Fall.[342]
Demgegenüber hält die weit überwiegende Auffassung entsprechende Quotenregelungen unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Maßgaben aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 33 Abs. 2 GG sowie der weitgehend europarechtlich vorgeprägten Anforderungen nach § 5

---

[334] Ausf. Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 237 ff. mit etlichen Nachw.; Sachs-*Nußberger*, GG, Art. 3 Rn. 281 ff.; *Wrase/Klose*, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, 2012, § 4 Rn. 24 ff.
[335] EuGH, Urt. v. 17.10.1995 - C-450/93 (Kalanke), NJW 1995, 3109, EuGH, Urt. v. 11.11.1997 - C-409/95 (Marschall), NJW 1997, 3429; EuGH, Urt. v. 28.03.2000 - C-158/97 (Badeck), NJW 2000, 1549; EuGH, Urt. v. 06.07.2000 - C-407/98 (Abrahamsson), NJW 2000, 2653.
[336] Vgl. nur v. Münch/Kunig-*Bickenbach*, GG, Art. 33 Rn. 86: „Was mit dem Unionsrecht vereinbar ist, wird regelmäßig auch als mit dem GG vereinbar angesehen.“
[337] Siehe oben B. III. b) aa) (3) (a).
[338] Siehe oben B. III. b) bb) (1) (b).
[339] Statt vieler Sachs-*Nußberger*, GG, Art. 3 Rn. 281 ff.; *Schuler-Harms*, Positive Maßnahmen, HdBADR, § 16 Rn. 62, jeweils mit weiteren Nachw.
[340] *Majer/Pautsch*, ZAR 2020, 414 ff.; vgl. zum Meinungsstand *Ziekow*, DöV 2014, 765 ff.; *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 10; *Grünberger* et al., Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, S. 75 f.
[341] So etwa *Majer/Pautsch*, ZAR 2020, 414, 416; vgl. auch Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 118: Hilfskriterien muss Verfassungsrang zukommen.
[342] Vgl. auch Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 119 f.: zu den Förderaufträgen siehe oben B. II. b) aa)

AGG i.V.m. den EU-Antidiskriminierungsrichtlinien für zulässig.[343] Dem ist zuzustimmen. Es gibt keinen Grund anzunehmen, dass der EuGH seine zu Art. 2 Abs. 4 der 76/207/EWG, jetzt Art. 3 RL 2006/54/EG entwickelte Rechtsprechung nicht auf die strukturgleichen Art. 7 Abs. 1 RL 2000/78/EG und Art. 5 RL 2000/43/EG anwenden würde.[344] Für die Rechtslage nach dem Grundgesetz wurde ausführlich dargelegt, dass Bevorzugungsregelungen, die nach Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG direkt oder mittelbar differenzieren, durch Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG (Sozialstaatsprinzip) als kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden können.[345] Auch lässt Art. 33 Abs. 2 GG in seinem Anwendungsbereich neben Geschlecht und Behinderung andere Merkmale als Hilfskriterien bei im Wesentlichen gleicher Eignung von Kandidat:innen zu.[346] Folglich kommt es maßgeblich auch für Quotenregelungen zugunsten anderer Gruppen auf das Vorliegen einer belegbaren strukturellen Benachteiligung bzw. Unterrepräsentanz sowie die Verhältnismäßigkeit der Regelung an. Insoweit können die vom EuGH entwickelten Maßstäbe auch für Quoten zugunsten anderer strukturell benachteiligter Merkmalsgruppen i.S.d. § 1 AGG, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG herangezogen werden.[347]

(2) Zulässigkeit und Grenzen einzelner Quotenregelungen

Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit einzelner Quotenregelungen, die Differenzierungen entlang der Merkmale des § 2 AGG treffen, sind, wie dargelegt, § 5 AGG, Art. 3 Abs. 1, 3 GG und Art. 33 Abs. 2 GG.

(a)Verhinderung oder Ausgleich bestehender Nachteile, insbesondere bei Personen mit Migrationshintergrund

Bevorzugungsregeln bei Einstellungen und Beförderungen sind grundsätzlich nur zulässig, wenn sie der Verhinderung oder dem Ausgleich „bestehender Nachteile“ i.S.d. § 5 AGG dienen.[348] Quoten, die allein auf die Herstellung von angemessener Repräsentanz zielen, ohne dass eine strukturelle Benachteiligungssituation der durch die Regelung privilegierten Gruppe plausibel dargelegt werden kann, lassen sich weder auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG (i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG) stützten, noch können sie nach § 5 AGG gerechtfertigt werden.[349]
Wie ausgeführt, muss die mit der Quotenregelung adressierte Gruppe aktuell Nachteile erfahren.[350] Ein Indiz für das Bestehen solcher Nachteile ist, dass eine Personengruppe, über die Kenntnisse zu einer strukturellen Benachteiligung bestehen, im betroffenen Bereich erheblich unterrepräsentiert ist.[351] Der relevante „betroffene Bereich“ kann dabei nicht nur der jeweilige Betrieb bzw. die jeweilige Dienststelle der Berliner Verwaltung sein; als Bezugsrahmen für positive Maßnahmen kommen stattdessen auch ein Zweig innerhalb der Berliner Verwaltung oder der gesamte öffentliche Dienst in Berlin in Betracht.[352] Bestehende Nachteile i.S.d. § 5 AGG können beispielsweise durch aussagekräftige Statistiken über die Beschäftigtenstruktur nachgewiesen werden, aber auch durch qualitative Studien, die

---

[343] Vgl. *Payandeh*, Stellungnahme Bundestag, S. 10 f.; *Schuler-Harms*, Positive Maßnahmen, HdBADR, § 16 Rn. 68; *Ziekow*, DöV 2014, 765, 769 ff.
[344] Vgl. auch *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 10; *Ziekow*, DöV 2014, 765, 771 f.; ausf. *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 8 ff.
[345] Siehe oben B. III. b) bb) (1) (b)(bb).
[346] Siehe oben B. III. c) dd)
[347] Siehe oben B. III. b) aa) (3) (b).
[348] Siehe oben B. III. b) aa) (3) (a).
[349] Vgl. Sachs-*Nußberger*, GG, Art. 3 Rn. 281 ff.; *Schuler-Harms*, Positive Maßnahmen, HdBADR, § 16 Rn. 62, jeweils mit weiteren Nachw.
[350] In der Vergangenheit liegende (historische) Benachteiligungen reichen als solche nicht aus, wirken aber häufig auch in der Gegenwart nach und können damit Indiz für eine gegenwärtige strukturelle Benachteiligung sein; Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 23.
[351] BeckOGK-*Baumgärtner*, AGG, § 5 Rn. 31; HK ArbR-*Turba/Klapp*, AGG, § 5 Rn. 4; Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 24; *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 11; ArbG Berlin, Urt. v. 05.06.2014 - 42 Ca 1530/13, BeckRS 2014, 123686 Rn. 19; vgl. auch EuGH, Urt. v. 19.03.2002 - C-476/9 (Lommers), NJW 2002, 1859, 1861 (Rn. 36); BT-Drs. 16/1780, S. 23.
[352] Oben unter B. III. b) aa) (3) (a); vgl. Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 25; *Bauer/Krieger/Günther*, AGG, § 5 Rn. 9; Wendeling-Schröder/*Stein*, AGG, § 5 Rn. 12; *Franke/Merx*, AuR 2007, 235.

strukturelle Nachteile der zu fördernden Gruppe generell auf dem Arbeitsmarkt oder spezifisch in der Berliner Verwaltung belegen.[353]
In der Literatur werden teilweise Zweifel geäußert, ob das Merkmal des „Migrationshintergrundes" als Anknüpfungspunkt für Quotenregelungen geeignet ist. Es wird geltend gemacht, dass der an die eigene bzw. Staatsangehörigkeit der Eltern bei Geburt anknüpfende Migrationshintergrund[354] nur bedingt darüber Aufschluss gebe, ob jemand strukturellen Diskriminierungen ausgesetzt sei und benachteiligt werde.[355] Dennoch wird in den § 11 - § 13 PartMigG der Migrationshintergrund als relevantes Merkmal verwendet, um daran bestimmte Bevorzugungsregelungen festzumachen. Dabei räumt die Gesetzesbegründung ausdrücklich ein, dass der Terminus „Migrationsgeschichte" besser geeignet sei, diskriminierende Zuschreibungen zu erfassen. Da die im PartMigG vorgesehenen Fördermaßnahmen im Personalbereich jedoch auf der Basis nachvollziehbarer und potentiell überprüfbarer Daten erfolgen sollten, sei die Verwendung des Migrationshintergrundes notwendig.[356]

Die Verwendung des Merkmals „Migrationshintergrund" ist Ausdruck einer grundsätzlichen Problematik im Antidiskriminierungsrecht, nämlich dass durch gruppenbezogene Maßnahmen zugleich bestimmte Gruppen konstruiert, essentialisiert und (auch negative) Zuschreibungen verfestigt werden können.[357] Diesem Dilemma lässt sich im Bereich von *affirmative action* bzw. positiven Maßnahmen jedoch kaum entkommen. Insofern muss die Behelfsnatur solcher Gruppenzuschreibungen zur Überwindung struktureller Diskriminierungen beachtet werden. Auch für die Gruppe „der Frauen" i.S.d. § 2 LGG ließe sich einwenden, dass die geschlechtliche Kategorisierung einer Person als „Frau" im Einzelfall nur bedingt darüber Auskunft geben kann, ob sie sich tatsächlich in einer benachteiligten Lage befindet. Dennoch steht außer Frage, dass Art. 3 Abs. 2 GG und die Gleichstellungsgesetze von Bund und Ländern eine historisch gewachsene und strukturell weiterhin bestehende Benachteiligung von Frauen adressieren.[358]
Der Migrationshintergrund ist hier zwar eine deutlich gröbere Kategorie, um strukturelle Nachteile adäquat zu erfassen. Dennoch sind entsprechende Typisierungen, wie sie das PartMigG trifft, verfassungsrechtlich zulässig, wenn die Gesetzgebung den Regelungszweck anders nicht erreichen kann.[359] Je intensiver Andere durch typisierende Regelungen nachteilig betroffen werden, desto genauer müssen die verwendeten Kategorisierungen und Typisierungen sein.[360] Eine gröbere Typisierung ist jedoch möglich, wenn die Regelungen genug Spielraum für die Berücksichtigung von abweichenden Einzelfällen lassen.[361]
Dies ist bei den Regelungen des PartMigG der Fall. Einerseits zeigt bereits die statistische Zusammensetzung der Personen mit Migrationshintergrund in Berlin, dass diese Kategorie größtenteils Herkunftsgruppen umfasst, die typischerweise aufgrund der „Migrationsgeschichte" Benachteiligungen ausgesetzt sind.[362] Zum anderen lassen gerade die Quotenregelungen im PartMigG ausreichend Spielraum für die Würdigung des Einzelfalls. So sollen nach § 12 Abs. 1 PartMigG Personen mit Migrationshintergrund bei Stellenbesetzungen bei gleichwertiger Qualifikation „unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit [...] in besonderem Maße berücksichtigt" werden.[363] Ausbildungsplätze sollen nach § 13 Abs. 1 PartMigG „verstärkt" und „unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit" von Personen mit Migrationshintergrund besetzt werden. Beide Regelungen lassen damit ausreichend Spielraum, um im Einzelfall einer offensichtlich nicht vorhandenen

[353] Oben unter B. III. b) aa) (3) (a); *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 12; *Bauer/Krieger/Günther*, AGG, § 5 Rn. 10.
[354] Siehe oben 0
[355] Vgl. *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 31; *Janda*, Diskriminierungsschutz und Migration, HdBADR, § 24 Rn. 9; *Ziekow*, DöV 2014, 765, 771 f.; *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 48.
[356] Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 33 f.
[357] Grundlegend dazu *Baer*, Chancen und Risiken, S. 25 ff.
[358] Vgl. Autor:innenkollektiv, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, 2012, Einleitung, Rn. 2 ff.
[359] Vgl. BVerfG, Urt. v. 28.4.1999 - 1 BvL 11/94 u.a. - E 100, 138, 174; BVerfG, Urt. v. 3.4.2001 - 1 BvR 2014/95, E103, 210, 319; st. Rspr.
[360] Vgl. Jarass/Pieroth-*Jarass*, GG Art. 3 Rn. 38 mit weiteren Nachw. zur Rspr.
[361] Vgl. Sachs-*Nußberger*, GG, Art. 3 Rn. 111; Jarass/Pieroth-*Jarass*, GG Art. 3 Rn. 38; Dreier-*Heun*, GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 34, jeweils mit weiteren Nachw.
[362] Siehe oben unter 0
[363] Siehe unter B. III. 5. c) .

Benachteiligungslage - z.B. bei einer *weißen*, in Deutschland aufgewachsenen Bewerberin mit einem britischen Vater - Rechnung zu tragen und besondere soziale Gründe in der Person der im Wesentlichen gleich geeigneten Mitbewerber:innen zu berücksichtigen.

(b)Zulässigkeit einzelner Quotenregelungen

Bei den bestehenden Quotenregelung im deutschen Recht lässt sich zwischen (aa) Entscheidungsquoten, (bb) Reservierungsquoten, (cc) (Mindest-)Beschäftigungsquoten und (dd) Zielquoten (bzw. flexible Ergebnisquoten) differenzieren.[364]

(aa) Entscheidungsquoten

Bei den meisten in den Landesgleichstellungsgesetzen des Bundes und der Länder enthaltenen Bevorzugungsregelungen handelt es sich nicht um Quoten im eigentlichen Sinn des lateinischen Ursprungsworts *quota* (Anteil). Dem entspräche die feste Reservierung eines bestimmten Anteils von Stellen oder Beförderungsmöglichkeiten für bestimmte Gruppen (im Folgenden: Reservierungsquoten).[365] Regelungen wie § 8 Abs. 1, 2 LGG - und nun auch § 12 Abs. 1 PartMigG - enthalten vielmehr Entscheidungsregelungen bei im Wesentlichen gleicher Eignung der Bewerber:innen, weshalb von qualifikationsabhängigen Entscheidungsquoten gesprochen wird.[366] Die europa- und verfassungsrechtliche Kontroverse hat sich vor allem an den Entscheidungsquoten zugunsten von Frauen bei Einstellungen und Beförderungen entzündet; durch die EuGH-Rechtsprechung sind die entscheidenden Rechtsfragen nunmehr jedoch, auch mit Wirkung für das nationale Recht, geklärt.[367] Danach ist die Bevorzugung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer strukturell benachteiligten Personengruppe nur als Hilfskriterium bei gleicher Eignung der Bewerber:innen zulässig.[368] Die in der Rechtsprechung verwendete Formel einer „im Wesentlichen gleichen" Eignung[369] bietet zwar Spielraum, unterschiedliche Kriterien gegeneinander zu gewichten, um zu einem Gleichstand zu kommen. Allerdings billigt die Rechtsprechung - zumindest soweit mittelbar diskriminierende Kriterien ausgeschlossen sind und die Pflicht für angemessene Vorkehrungen bei Behinderungen beachtet wird -[370] der einstellenden (bzw. befördernden) Behörde einen weiten Beurteilungsspielraum zu.[371] Sie belässt den Entscheidenden erhebliche Freiheiten, im Sinne eines weiten Eignungsbegriffs nach Art. 33 Abs. 2 GG unterschiedlichste Kriterien bis hin zu sozialen Kompetenzen der Bewerber:innen zu berücksichtigen, um zu einer eindeutigen Entscheidung zu gelangen.[372] Da das im öffentlichen Dienst früher vorherrschende Beurteilungssystem mit seiner Tendenz zu Einheitsnoten weitgehend an Bedeutung verloren hat und durch eine individuelle Beurteilung ersetzt worden ist, wurden vor diesem Hintergrund an der Wirksamkeit der Entscheidungsquote erhebliche Zweifel geäußert.[373] Sie kommt in der Praxis vor allem in den Fällen zur Anwendung, dass entweder

- die Auswahl noch primär anhand von formalen Kriterien wie Notenwerten erfolgt oder
- eine Auswahlkommission zwei Personen auf denselben Platz setzt.

Darüber hinaus dürfte ihre tatsächliche Bedeutung heute vor allem (nur noch) darin liegen, Bewusstsein für die Gleichstellung in Bewerbungsverfahren zu schaffen und

---

[364] Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 141 ff.
[365] Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 239.
[366] Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 142, 243 f., die weiter zwischen „flexiblen" und „weichen" Entscheidungsquoten unterscheidet.
[367] Nachweise oben unter B. III. 2. a) bb) (1)
[368] EuGH, Urt. v. 06.07.2000 - C-407/98 (Abrahamsson), NJW 2000, 2653, 2656 (Rn. 55 f.).
[369] BVerwG, Urt. v. 25-8.1988 - 2 C 51/86, E 80, 126; BVerwG, Urt. v. 28.10.2004 - 2 C 23/03, NVwZ 2005, 457, 548; st. Rspr.
[370] Siehe oben B. III. c) cc)
[371] BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 - 2 C 19/10, NVwZ 2011, 1270 f. (Rn. 16); BVerwG, BVerwG, Urt. v. 25. 7. 2013 - 2 C 12/11, E 147, 244, 251 f.; BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02, E 108, 282, 296.
[372] Vgl. BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02, E 108, 282, 296; zum Begriff der Eignung i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG ausf. Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 91 ff.
[373] Vgl. Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 1996, Rn. 509 ff.; differenzierender Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 145, 250 f., 263.

Strukturveränderungen im Personalbereich zu unterstützen, indem die Unterrepräsentanz zu einem (rechtlich) relevanten Thema wird.[374]

Wie der EuGH entschieden hat, darf selbst bei im Wesentlichen gleicher Eignung keine *automatische* Bevorzugung der Bewerberin erfolgen.[375] Entsprechend müssen feste Entscheidungsquoten zumindest eine Öffnungsklausel enthalten, die „in jedem Einzelfall garantiert, dass die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt werden".[376] Sowohl § 8 Abs. 1, 2 LGG als auch § 12 Abs. 1 PartMigG enthalten Öffnungsklauseln, welche die Bevorzugungsregelungen unter den Vorbehalt der „Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit" stellen. Zugleich hat der EuGH aber auch deutlich gemacht, dass die, gegebenenfalls im Einzelfall zugunsten der gleich geeigneten Mitbewerber, zu berücksichtigen Gründe ihrerseits nicht diskriminierend sein dürfen.[377] Die bis zur Einführung der Frauenquote im öffentlichen Dienst verwendeten „Hilfskriterien", die neben der fachlichen Eignung herangezogen wurden, wie Dienstalter, Zahl der unterhaltsberechtigten Angehörigen, die männliche Bewerber faktisch bevorzugten, sind dementsprechend unzulässig.[378]
Damit kann die Öffnungsklausel heute vor allem noch in Fällen zur Anwendung kommen, in denen andere Benachteiligungsgründe i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG, § 1 AGG, § 2 LADG (Behinderung, Migrationsgeschichte, sozialer Status) auf der Seite der im Wesentlichen gleich geeigneten Mitbewerber ins Gewicht fallen.[379] Über die Öffnungsklauseln lassen sich folglich vor allem Kollisionen zwischen den Quotenregelungen der § 8 Abs. 1, 2 LGG, § 12 Abs. 1 PartMigG und 3.4.4. VV-Inklusion lösen.[380] Ein weiteres Kriterium, das nach allgemeiner Auffassung mit der Anwendung der Bevorzugungsregeln konkurrieren kann, ist eine besondere (dauerhafte) Belastung mit Familienarbeit, also z.B. die Eigenschaft als alleinerziehende Person.[381]

(bb) Reservierungsquoten

Qualifikationsunabhängige Reservierungsquoten (oder starre Ergebnisquoten), die einen bestimmten Anteil von Stellen für Personen aus einer benachteiligten Gruppe reserviert und eine Leistungsauswahl jeweils nur innerhalb der Gruppen(-anteile) vorsehen,[382] sind nach dem EU-Recht sowie Art. 33 Abs. 2 GG bei Einstellungen, Ernennungen und Beförderung unzulässig.[383] Anderes gilt jedoch für Ausbildungsplätze.[384]

(cc)(Mindest-)Beschäftigungsquoten

Bei (Mindest-)Beschäftigungsquoten werden keine für das Auswahl- und Einstellungsverfahren unmittelbar bindenden Regelungen getroffen. Es wird vielmehr allgemein eine Verpflichtung des öffentlichen Arbeitgebers begründet, über alle Einstellungen (oder auch Beförderungen) hinweg eine bestimmte Quote von Beschäftigten einer (strukturell) benachteiligten Gruppe zu erfüllen.[385] Für den Fall der Nichteinhaltung werden finanzielle oder andere Sanktionen festgelegt. So statuiert § 154 SGB IX die Pflicht von privaten und öffentlichen Arbeitgebern

---

[374] In diesem Sinne Schiek et al.-*Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 251; *Wrase/Klose*, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, 2012, § 4 Rn. 26.
[375] Vgl. EuGH, Urt. v. 11.11.1997 - C-409/95 (Marschall), NJW 1997, 3429, 3430 (Rn. 33 f); EuGH, Urt. v. 28.03.2000 - C-158/97 (Badeck), NJW 2000, 1549, 1551 (Rn. 23); EuGH, Urt. v. 06.07.2000 - C-407/98 (Abrahamsson), NJW 2000, 2653, 2656 (Rn. 53).
[376] EuGH, Urt. v. 11.11.1997 - C-409/95 (Marschall), NJW 1997, 3429, 3430 (Rn. 33).
[377] EuGH, Urt. v. 11.11.1997 - C-409/95 (Marschall), NJW 1997, 3429, 3430 (Rn. 33).
[378] Ausf. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 281; vgl. EuGH, Urt. v. 28.03.2000 - C-158/97 (Badeck), NJW 2000, 1549, 1551 (Rn. 31); EuGH, Urt. v. 06.07.2000 - C-407/98 (Abrahamsson), NJW 2000, 2653, 2656 (Rn. 47).
[379] Vgl. auch Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 284 ff.
[380] Dazu unter B. III. 3.
[381] Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 287.
[382] Zum Begriff Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 143, 246.
[383] Vgl. EuGH, Urt. v. 06.07.2000 - C-407/98 (Abrahamsson), NJW 2000, 2653, 2656 (Rn. 53 ff.); BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 - 2 C 19/10, NVwZ 2011, 1270 f. (Rn. 14 ff.).
[384] Dazu unter B. III. 2. b) bb)
[385] Vgl. BVerfG, Urteil v. 26.5.1981 - 1 BvL 56/78, E 57, 139, 154 f. zur Schwerbehindertenquote; vgl. auch *Banafsche*, NZS 2012, 205, 207 f. Zu Beschäftigungsquoten für Menschen mit Behinderung aus einer rechtsvergleichenden Perspektive siehe *Waddington*, The Relationsship between Disability Non-Discrimination Law and Quota Schemes, 94 ff.

mit jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen, auf einem Anteil von „wenigstens 5 Prozent der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen". Wird diese Quote nicht erreicht, ist eine Ausgleichsabgabe nach § 160 SGB IX zu entrichten. Durch eine solche (Beschäftigungs-)Quote wird der Grundsatz der Leistungsauswahl nach Art. 33 Abs. 2 GG nicht berührt, jedenfalls soweit sichergestellt ist, dass eine Vorzugsregelung in konkreten Auswahlverfahren weiterhin nur bei im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung greift.[386] Soweit davon ausgegangen werden kann, dass es *potentiell* eine ausreichende Anzahl von qualifizierten Personen aus der benachteiligten Gruppe gibt, welche die Vorgaben der Leistungsauswahl erfüllen (können), stellt sich die Regelung auch mit Blick auf § 5 AGG, Art. 3 Abs. 3 GG i.V.m. Sozialstaatsprinzip als verhältnismäßig dar.[387] Die Pflicht zur Leistung einer Ausgleichsabgabe oder sonstige rechtlicher Konsequenzen folgen vor diesem Hintergrund daraus, dass sich der Arbeitgeber nicht ausreichend um geeignete Bewerbungen bemüht hat, etwa durch Maßnahmen der gezielten Personalwerbung und -akquise oder durch einen anderen Zuschnitt der Arbeitsbedingungen bzw. Anforderungsprofile.[388] In diesem Sinne hat die Beschäftigungsquote vor allem eine Antriebsfunktion zur Überwindung einer Unterrepräsentanz im Sinne struktureller Benachteiligung.[389]
Entsprechende Mindestbeschäftigungsquoten für den öffentlichen Dienst wären dementsprechend auch für Menschen mit Migrationshintergrund/-geschichte denkbar und zulässig, wenn die zu erreichende Quote angemessen ist, d.h. den Anteil potentiell zu erreichender qualifizierter Bewerber:innen mit Migrationshintergrund nicht überschreitet.[390] Ähnlich wie bei der Ausgleichsabgabe nach § 160 Abs. 5, 6 SGB IX könnten die Einnahmen einer solchen „Diversitätsabgabe" zweckgebunden für die Förderung von positiven Maßnahmen eingesetzt werden.[391]

(dd) Flexible Ergebnis- bzw. Zielquoten

Zielquoten (oder flexible Ergebnisquoten) beruhen auf der Festsetzung von nummerischen Zielvorgaben in Förderplänen.[392] Klassischer Fall ist die Festlegung von konkreten Vorgaben zur Erhöhung des Frauenanteils in den verschiedenen Einrichtungen und Dienststellen, in den jeweiligen Laufbahnen- bzw. Berufsgruppen sowie auf der Vorgesetzten und Leitungsebene. Für die Berliner Verwaltung schreibt § 4 Abs. 1 LGG die Aufstellung entsprechender Frauenförderpläne vor, die auf der Grundlage einer Bestandsaufnahme und Analyse der Beschäftigtenstruktur sowie der zu erwartenden Stellenfluktuation zu erfolgen hat.[393] Auf diesem Weg soll stufenweise die Unterrepräsentanz von Frauen in allen Bereichen und auf allen Ebenen abgebaut und Gleichstellung i.S.d. § 2 Abs. 1 LGG erreicht werden. In diesem Sinne verpflichtet seit 2021 auch § 9 Abs. 1, 2 PartMigG jede öffentliche Stelle im Land Berlin dazu, auf der Grundlage einer Bestandsaufnahme und Analyse der Beschäftigtenstruktur einen Plan zur Förderung von Beschäftigten mit Migrationshintergrund aufzustellen. Nach § 9 Abs. 3 S. 2 PartMigG sind in den Förderplänen konkrete Zielvorgaben festzulegen.[394] Der Vorteil dieses Instruments liegt darin, für jede Einrichtung konkrete und überprüfbare

---

[386] Vgl. *v. Roetteken*, ZESAR 2021, 421, 424; LPK-SGB IX-*Joussen*, § 211 Rn. 4; insoweit ist § 154 SGB IX eine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine qualifikationsabhängige Entscheidungsregelung wie 3.4.4. VV-Inklusion, siehe oben B. III. f)
[387] Grdl. BVerfG, Urteil v. 26.5.1981 - 1 BvL 56/78, E 57, 139, 159 ff.; zuletzt BVerfG-K, Beschl. v. 1.10.2024 - 1 BvR 2221/03, NJW 2005, 737 f.
[388] Vgl. BVerfG-K, Beschl. v. 1.10.2024 - 1 BvR 2221/03, NJW 2005, 737: „soll die Abgabepflicht alle Unternehmen veranlassen, behindertengerechte Arbeitsplätze zu schaffen und gezielt nach behinderten Bewerbern zu suchen"; zu den Organisationspflichten öffentlicher Arbeitgeber nach § 164 Abs. 3 SGB IX siehe Knickrehm/Roßbach/Waltermann-*Kothe*, SGB IX §§ 164, 165 Rn. 10; zu Verpflichtung angemessener Vorkehrungen siehe oben B. II. c) B. III. c) cc) .
[389] Knickrehm/Roßbach/Waltermann-*Kothe*, SGB IX §§ 154-163 Rn. 1,2.
[390] Zur Notwendigkeit einer angemessenen Quotierung siehe EuGH, Urt. v. 28.03.2000 - C-158/97 (Badeck) - NJW 2000, 1549, 1552 (Rn. 42).
[391] Allerdings müsste für eine solche Regelung in der Berliner Verwaltung ein System entwickelt werden, um die Pflicht zur Leistung der Ausgleichsabgabe den einzelnen Behörden und Einheiten (Senatsverwaltungen, Bezirken etc.) zuzuordnen und damit deren jeweiliges Budget belasten, um die Antriebsfunktion zum Abbau struktureller Barrieren in den einzelnen Verwaltungsbereichen wirksam zu machen.
[392] Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 145, 152.
[393] Dazu Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 153 ff. Die zu erwartende Fluktuation bildet die Obergrenze der Steigerung des Frauenanteils, die erreicht werden kann.
[394] Nach Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 43 ist „ein zentraler Anknüpfungspunkt für die Sicherstellung und Förderung der Beschäftigung von Personen mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst ... die Personalgewinnung."

(Zwischen-)Ziele festzulegen und damit prozesshaft zu wirken.[395] Auf der anderen Seite ist die Erreichung der entsprechenden Zielvorgaben nur eine objektiv-rechtliche Verpflichtung. Die Regelung begründet, anders als die Entscheidungsquote, keine Ansprüche der unterrepräsentierten Personen bei einzelnen Auswahlentscheidungen. Es ist daher sinnvoll, flexible Zielquoten mit qualifikationsabhängigen Entscheidungsquoten zu kombinieren, wie es im LGG (und PartMigG) passiert.[396]

(3) Verbindlichkeit und Sanktionen

Frage: Welche Verbindlichkeit haben Mindest- und Zielvorgaben des SGB IX, des LGG und des PartMigGG? Welche Konsequenzen drohen bei Nichteinhaltung?

Die folgende Analyse behandelt *nicht* die Frage, welche rechtlichen Konsequenzen aus einer Nichtbeachtung der qualifikationsabhängigen Entscheidungsquote resultieren können. In diesem Fall besteht neben dem Beanstandungsrecht der Frauenbeauftragten nach § 18 LGG die Möglichkeit des Rechtsschutzes der abgelehnten Bewerberin vor den Verwaltungs- bzw. Arbeitsgerichten (sog. Konkurrentenverfahren).[397] Vielmehr ist nach der Verbindlichkeit von Mindest- und Zielvorgaben des SGB IX, des LGG und PartMigG gefragt.

(aa) Nichterfüllung der Beschäftigungsquote nach § 154 SGB IX

Im Rahmen des SGB IX ist hier vor allem die (Mindest-)Beschäftigungsquote nach § 154 SGB IX relevant. Danach haben Arbeitgeber mit durchschnittlich mindestens 20 Arbeitsplätzen auf wenigstens 5 Prozent der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen. Die Quote ist eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung und lässt keine Ausnahmen zu; insbesondere hängt sie nicht davon ab, dass der Arbeitgeber trotz ernsthaften Bemühens nicht in der Lage ist, die Quote zu erfüllen.[398] Vielmehr hat er durch geeignete Maßnahmen nach § 164 Abs. 3 SGB IX die Erfüllung der Quote sicherzustellen, z.B. durch Schaffung einer behinderungsgerechten Arbeitsorganisation und entsprechende Ausstattung der Arbeitsplätze.[399] Er hat sich zu bemühen, das auf dem Arbeitsmarkt vorhandene Beschäftigungspotenzial von Menschen mit Schwerbehinderungen zu nutzen.[400]
Bei Nichterfüllung der Beschäftigungsquote ist eine Ausgleichsabgabe nach § 160 SGB IX zu leisten. Es handelt sich um eine zulässige nichtsteuerliche Sonderabgabe.[401] Sie hat eine Doppelfunktion: So sollen die Arbeitgeber zur Beschäftigung von Menschen mit Schwerbehinderungen angehalten werden (Antriebsfunktion). Zugleich soll ein Ausgleich der unterschiedlichen Belastungen zwischen denjenigen Arbeitgebern, die ihre Beschäftigungspflicht erfüllen, und denjenigen, die dies nicht tun, geschaffen werden (Ausgleichsfunktion).[402]
Die Zahlung der Ausgleichsabgabe hebt die Pflicht zur Erfüllung der Quote nach § 154 SGB IX nicht auf; die Beschäftigungspflicht hat weiterhin Vorrang.[403] Bis Ende 2023 stellte ihre Nichterfüllung zugleich eine Ordnungswidrigkeit dar.[404] Nur soweit Arbeitgeber zeigen können, dass sie sich bemüht haben, ihre Arbeitsorganisation den Bedarfen von Menschen mit Behinderungen entsprechend anzupassen und auch Anstrengungen zur Gewinnung von

---

[395] Ausf. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 145 ff.; vgl. auch Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 42 f.
[396] Vgl. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 145.
[397] Ausf. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 296 ff. mit Nachw. zur Rspr.
[398] Vgl. LPK-SGB IX-*Joussen*, § 154 Rn. 29; Neumann/Pahlen/Winkler/Jabben-*Neumann*, SGB IX § 154 Rn. 3 ff., § 160 Rn. 4.
[399] Ausf. Knickrehm/Roßbach/Waltermann-*Kothe*, SGB IX § 164, 165 Rn. 10; zur Verpflichtung, angemessene Vorkehrungen zu treffen, siehe oben B. II. c) B. III. c) cc) .
[400] LPK- SGB IX-*Joussen*, § 154 Rn.29. LPK-SGB IX-*Joussen*, § 154 Rn. 29; OVG Saarland, Urt. v. 12.4.1991 - 1 R 215/89, BeckRS 1991, 8538, Rn. 14.
[401] BVerfG, Urteil v. 26.5.1981 - 1 BvL 56/78, E 57, 139, 165.; BVerfG-K, Beschl. v. 1.10.2024 - 1 BvR 2221/03, NJW 2005, 737 f.
[402] LPK- SGB IX-*Joussen*, § 160 Rn.4; Knickrehm/Roßbach/Waltermann-*Kothe*, SGB IX § 154-163, Rn. 1, 2; zur Einordnung der Ausgleichsabgabe im internationalen Vergleich instruktiv *Waddington*, The Relationsship between Disability Non-Discrimination Law and Quota Schemes, 94, 113 ff.
[403] LPK- SGB IX-*Joussen*, § 160 Rn. 5.
[404] Der § 238 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX wurde aufgehoben durch das Gesetz zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarkts vom 06.06.2023 BGBl. 2023 I Nr. 146; zur bisherigen Rechtslage siehe LPK-SGB IX-*Beyer,* § 238 Rn. 12; Neumann/Pahlen/Winkler/Jabben-*Pahlen*, SGB IX § 238 Rn. 21; *v. Roetteken*, ZESAR 2021, 421, 424.

qualifizierten Beschäftigten mit Behinderungen auf dem Arbeitsmarkt unternommen haben, können sie den Vorwurf einer Pflichtverletzung entkräften.[405]

(bb) Nichterfüllung von Zielvorgaben in Förderplänen nach § 4 Abs. 2 LGG

Die Pflicht zur Aufstellung von Frauenförderplänen nach § 4 LGG ist nach dessen Abs. 2 mit der Verpflichtung zur Festlegung „verbindlicher Zielvorgaben zur Erhöhung des Frauenanteils in den einzelnen Besoldungs-, Vergütungs-, Entgelt- oder Lohngruppen der einzelnen Laufbahnen oder Berufsrichtungen sowie auf den Vorgesetzten- und Leistungsebenen“ verbunden. Mit solchen flexiblen Ergebnisquoten wird die Verwaltung dazu angehalten, im Rahmen der Personalentwicklung schrittweise die Gleichstellung nach § 2 Abs. 1 LGG zu erreichen.[406] Dabei hebt § 4 Abs. 2 S. 2 LGG ausdrücklich die Verbindlichkeit der Zielvorgaben hervor. Andererseits fehlt es aber weitestgehend an Sanktionsmöglichkeiten für den Fall, dass die Zielquoten innerhalb der Laufzeit des Förderplans nicht erreicht werden.[407] Einzelne Bewerberinnen können nur dann gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen, wenn eine diskriminierende Auswahlentscheidung vorliegt oder bei im Wesentlichen gleicher Eignung die Entscheidungsquote nach § 8 Abs. 1, 2 LGG missachtet wird.[408]
Als einzige Sanktionsmöglichkeit für die Nichtumsetzung von Zielquoten sieht § 4 Abs. 8 LGG die Beanstandung durch die Frauenvertreterin nach § 18 LGG vor.[409] Allerdings ist die unmittelbare Konsequenz nach § 18 Abs. 1 LGG lediglich eine (erneute) Entscheidung der Dienststelle. Dies könnte dazu führen, dass die entsprechenden Förderpläne einfach angepasst werden, ohne das Weiteres geschieht.[410] Insgesamt sind die Sanktionsmöglichkeiten für eine Nichtumsetzung der flexiblen Ergebnisquoten nach § 4 Abs. 2 LGG minimal.[411]

(cc) Nichterfüllung von Zielvorgaben in Förderplänen nach § 9 PartMigG

Die Pflicht zur Aufstellung von Förderplänen für die Beschäftigung von Personen mit Migrationshintergrund nach § 9 Abs. 1, 2 PartMigG ist weitgehend analog zu den Frauenförderplänen nach § 4 LGG ausgestaltet und insoweit rechtlich „unproblematisch“.[412] Auch für die Förderpläne nach § 9 PartMigG stellt dessen Abs. 3 S. 3 die Verpflichtung auf, konkrete „Zielvorgaben“ zur Sicherstellung des Anteils von Personen mit Migrationshintergrund in den einzelnen Laufbahnen oder Berufsfachrichtungen sowie auf der Vorgesetzten- und Leitungsebene festzulegen. Die Zielvorgaben müssen geeignet sein, den Anteil der Personen mit Migrationshintergrund schrittweise zu erhöhen.[413] Es kann in diesem Zusammenhang weitgehend auf die für Frauenförderpläne entwickelten Methoden und Verfahren zurückgegriffen werden.[414]
Auch wenn in § 9 Abs. 3 S. 3 PartMigG der Begriff „verbindlich“ nicht ausdrücklich enthalten ist, gibt es keinen Grund anzunehmen, dass die festzulegenden Zielvorgaben eine geringere Verbindlichkeit haben sollen als diejenigen nach § 4 Abs. 2 S. 2 LGG. Allerdings verfügen die Beauftragten für Partizipation, Integration und Migration nach §§ 15, 16 PartMigG über kein dem § 18 LGG vergleichbares Beanstandungsrecht.[415] Vielmehr steht ihnen lediglich ein

---

[405] Vgl. LPK-SGB IX-*Beyer*, § 238 Rn. 12.
[406] Siehe oben B. III. 2. a) bb) (2) (b)(dd).
[407] Zur Kritik Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 145.
[408] Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 145, 296 ff.
[409] Nach richtigem Verständnis wird ein Frauenförderplan i.S.d. § 4 Abs. 8 LGG auch dann nicht „umgesetzt“, wenn keine ausreichenden Maßnahmen getroffen werden, um die Zielquote zu erfüllen; zur älteren Rechtslage siehe Schiek et al.- *Vieten*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, § 4 BerlinLGG Rn. 1365.
[410] Dann könnte allerdings die Frauenbeauftragte diese (erneute) Entscheidung beim für Frauenpolitik zuständigen Mitglied des Senats beanstanden, dem ein Entscheidungsvorschlag des Senatsmitglieds und im äußersten Fall eine Entscheidung der Personalkommission des Senats nach § 18 Abs. 4 LGG folgen könnte; vgl. Schiek et al.- *Vieten*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, § 18 BerlinLGG Rn. 1532 ff.
[411] Vgl. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 145, 161; siehe zur Analyse von Umsetzungsberichten (allerdings auf dem Stand 2002) ebd., Rn. 166 ff.
[412] *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 28: Es liegt keine unmittelbare oder mittelbare Ungleichbehandlung vor, da Personen ohne Migrationshintergrund durch Förderpläne für Menschen mit Migrationshintergrund nicht benachteiligt werden.
[413] Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 43.
[414] Dazu ausf. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 152 ff.
[415] Ein solches Beanstandungsrecht könnte jedoch *de lege ferenda* geschaffen werden, zur Einrichtung eines Partizipationsbeauftragten analog zur Frauenbeauftragten ausf. *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 30 ff.

weiches Hinwirkungs- bzw. Anregungsrecht nach § 15 Abs. 4 Nr. 3 bzw. § 16 Abs. 3 Nr. 3 PartMigG zu. Konsequenzen aus der Nichterfüllung entsprechender objektiv-rechtlicher Pflichten nach § 9 PartMigG folgen daraus nicht. Jedoch sind alle öffentlichen Stellen nach § 21 Abs. 1 S. 1 PartMigG dazu verpflichtet, dem Beauftragten des Senats für Partizipation, Integration und Migration über die von ihnen aufgestellten Förderpläne und deren Umsetzung Bericht zu erstatten.

(4) Übertragbarkeit von Quotenregelungen des LGG auf andere Merkmalsgruppen

Frage: Inwieweit könnten Vorgaben aus dem LGG, insbesondere § 6 und 8, entsprechend auch für Menschen mit Migrationshintergrund und Menschen mit dem Geschlechtseintrag divers oder keine Angabe erlassen werden?

Im Grundsatz bestehen keine rechtlichen Bedenken dagegen, die Instrumentarien des Landesgleichstellungsgesetzes (Förderpläne, Quoten, Quotenregelungen, Beauftragte etc.) auf andere strukturell benachteiligte Gruppen i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG zu übertragen.[416] Entsprechende Regelungen müssen das Ziel haben, belegbare Nachteile i.S.d. § 5 AGG zu verhindern oder auszugleichen und dafür auch die berechtigte Personengruppe möglichst genau erfassen; dabei sind auch Typisierungen zulässig.[417] Eine Anknüpfung von positiven Maßnahmen an den Migrationshintergrund ist danach trotz Unschärfen zulässig, soweit bei konkreten Bevorzugungsregelung, die mit spürbaren Nachteilen für Mitbewerbende verbunden sind, die Berücksichtigung des Einzelfalls möglich bleibt.[418]
Bei Quotenregelungen muss die festgesetzte Quote nach § 5 AGG angemessen sein, d.h. sie darf nicht über das für den Ausgleich der strukturellen Benachteiligung bzw. Unterrepräsentanz erforderliche Maß hinausgehen.[419] Besteht keine Unterrepräsentanz mehr, lässt sich ein bestehender Nachteil nicht (mehr) begründen.[420]
Unter diesen Voraussetzung lässt sich, wie es § 11 Abs. 1 PartMigG tut, die Regelung des § 6 Abs. 1, 2 LGG auf Bewerber:innen mit Migrationshintergrund übertragen. Nach der Regelung sind in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, entweder alle Bewerberinnen oder mindestens ebenso viele Frauen wie Männer zum Vorstellungsgespräch einzuladen, sofern ausreichend für die Stelle qualifizierte Bewerbungen von Frauen vorliegen.[421] Eine diesem Maßstab entsprechende, angemessene statistische Referenzgröße ist in diesem Fall der in § 11 Abs. 1 PartMigG verwendete Anteil von Menschen mit Migrationshintergrund an der Berliner Bevölkerung.[422] Da eine solche Regelung einerseits an das Vorliegen ausreichend qualifizierter Bewerbungen geknüpft ist und andererseits qualifizierte Bewerber:innen ohne Migrationshintergrund von der Möglichkeit, zum Auswahlgespräch eingeladen zu werden, nicht ausschließt, ist eine solche Regelung – auch ohne weitere Einzelprüfung – sowohl mit Art. 3 Abs. 3 GG und § 5 AGG als auch dem Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar.[423]
Auch die Regelung nach § 8 Abs. 1, 2 LGG ließe sich auf Personen mit Migrationshintergrund übertragen, soweit als statistische Referenzgröße für die Unterrepräsentation der entsprechende Bevölkerungsanteil von Menschen mit Migrationshintergrund festgesetzt wird. Allerdings muss eine Einzelfallprüfung möglich bleiben, was durch die in § 8 Abs. 1, 2 LGG enthaltene Öffnungsklausel („unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit") sichergestellt wird.[424]

---

[416] Siehe oben B. III. b) bb) (1) (b)(bb); vgl. *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 14 ff.
[417] Siehe oben B. III. b) aa) (3) (a) und B. III. 2. a) bb) (2) (a).
[418] Siehe oben B. III. 2. a) bb) (2) (a).
[419] Ausf. oben B. III. b) aa) (3) (b).
[420] Vgl. Däubler/Beck-*Zimmer*, AGG, § 5 Rn. 23 f.; ErfK-*Schlachter* AGG § 5 Rn. 4; *Sacksofsky* ZESAR 2004, 208, 214.
[421] Vgl. Schiek et al.- *Wankel*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 119: „Mit ihrer Legaldefinition der Unterrepräsentanz als zahlenmäßig geringere (d.h. unter 50% liegende) Beschäftigung von Frauen knüpfen die Gleichstellungsgesetze an den gesamtgesellschaftlichen Frauenanteil an, der bei ca. 52% liegt, und gehen davon aus, dass jede unterdurchschnittliche Repräsentanz von Frauen im öffentlichen Dienst auf einer strukturellen Diskriminierung beruhe ... und kompensatorische Maßnahmen erfordere".
[422] *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 18 f.
[423] Vgl. *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 29.
[424] Vgl. EuGH, Urt. v. 11.11.1997 – C-409/95 (Marschall), NJW 1997, 3429, 3430 (Rn. 33 f); EuGH, Urt. v. 28.03.2000 – C-158/97 (Badeck), NJW 2000, 1549, 1551 (Rn. 23); EuGH, Urt. v. 06.07.2000 – C-407/98 (Abrahamsson), NJW 2000, 2653, 2656 (Rn. 53).

Die Regelung des § 12 Abs. 1 PartMigG kommt bereits in seiner gegenwärtigen Fassung der Entscheidungsquote nach § 8 Abs. 1, 2 LGG nahe, auch wenn er nicht eine vorrangigen Einstellung, sondern die Berücksichtigung „in besonderem Maße“ anordnet und damit etwas weicher formuliert ist.[425]
Das Vorhaben, §§ 5, 8 LGG analoge Regelungen spezifisch für Personen mit dem Geschlechtseintrag „divers“ oder „keine Angabe“ einzuführen, würde demgegenüber bereits vor dem Problem stehen, dass sich in Anbetracht der sehr geringen Personenzahl keine angemessene und praktisch operationalisierbare eigene Quote bilden ließe. Es fehlt, jedenfalls derzeit, an einer validen statistischen Referenzgröße.[426] Hingegen bestehen keine Bedenken dagegen, diese Personengruppe, die entsprechend durch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sowie nach § 1 AGG geschützt ist,[427] in den Anwendungsbereich der Quotenregelungen nach §§ 6, 8 LGG einzubeziehen.[428]

cc) Anforderungen an das Auswahlverfahren

(1) Sicherstellung eines leistungsbezogenen, nicht-diskriminierenden Auswahlverfahrens

Wie dargelegt hat die Personalauswahl bei Einstellungen bzw. Ernennungen und Beförderung gem. Art. 33 Abs. 2 GG nach dem Leistungsgrundsatz zu erfolgen.[429] Dabei handelt es sich bei den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung um unbestimmte Rechtsbegriffe, die von der Rechtsprechung unter dem Überbegriff der „Eignung“ weit ausgelegt werden.[430] So zielt die Befähigung auf allgemein der Tätigkeit zugutekommende Fähigkeiten wie Begabung, Allgemeinwissen, Lebenserfahrung und allgemeine Ausbildung. Fachliche Leistung bedeute Fachwissen, Fachkönnen und Bewährung im Fach. Eignung im engeren Sinne erfasse insbesondere Persönlichkeit und charakterliche Eigenschaften, die für ein bestimmtes Amt von Bedeutung sind.[431] Die Kriterien sind im Hinblick auf das jeweils zu besetzende Amt zu gewichten.[432] Erforderlich ist danach stets eine konkrete und einzelfallbezogene Würdigung der Bewerber:innen, die ihre Gesamtpersönlichkeit in den Blick nimmt, wobei der Einstellungsbehörde ein gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zukommt.[433] Die Beurteilung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung muss sich dabei nach dem jeweiligen Anforderungsprofil der Stelle richten,[434] das vor dem Auswahlverfahren (in der Regel in der Stellenausschreibung) festzulegen ist.[435] Sowohl mit Blick auf die im Anforderungsprofil festgelegten als auch die allgemeinen Eignungskriterien, die im Auswahlverfahren zur Anwendung kommen, dürfen grundsätzlich weder unmittelbar noch mittelbar benachteiligend i.S.d. Art. 3 Abs. 2, 3 GG und § 7 Abs. 1, § 3 Abs. 1, 2 GG sein.[436] Eine mittelbare Benachteiligung liegt gem. § 3 Abs. 1 AGG vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines

---

[425] Dazu unter B. III. 5. c)
[426] So hatten sich laut einer Umfrage des Bundesinnenministeriums bis September 2020 weniger als 400 Personen bundesweit als „divers“ oder „ohne Angabe“ nachträglich im Personenstandsregister eintragen lassen. Das Ministerium stellt hierzu fest: „Auch wenn anzunehmen ist, dass ein (evtl. nicht unerheblicher) Teil der Betroffenen kein Interesse an einer Dokumentation der Intergeschlechtlichkeit in den Personenstandsregistern hat und deshalb von der Möglichkeit keinen Gebrauch macht, dürfte die vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung vom 10. Oktober 2017 - BvR 2019/16 - BVerfG angenommene Zahl von 160.000 Betroffenen deutlich zu hoch gegriffen sein. Legte man dennoch die Zahl von 160.000 Betroffenen zugrunde, hätten bisher weniger als 0,25 % der Betroffenen von den neuen Eintragungsmöglichkeiten ‚divers‘ (ca. 0,17 %) Gebrauch gemacht oder die Eintragung ‚keine Angabe‘ gewählt“; RdSchr. d. BMI v. 29.1.2021 - V II 1 - 20103/27#17, abrufbar https://www.personenstandsrecht.de/SharedDocs/kurzmeldungen/Webs/PERS/DE/rundschreiben/2021/geschlecgeschlech.html (Stand: 2.2.2024). Zur Möglichkeit, die geschlechtliche Identität ohne entsprechende Personenstandseintragung darzulegen, siehe B. III. 4. b)
[427] Siehe oben 0
[428] Zur entsprechenden Frage, ob die Zuständigkeit der Frauenvertreterin auf weitere Geschlechter wie intergeschlechtliche, transgeschlechtliche und nicht-binäre Personen erweitert werden könnte siehe B. IV. 2. b) bb)
[429] Siehe oben B. III. c) bb)
[430] Vgl. v. Münch/Kunig-*Bickenbach*, GG, Art. 33 Rn. 67 f.
[431] BVerfG, Beschl. v. 20.04.2004 - 1 BvR 838/01 u.a., E 110, 304, 322; ausf. Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 91 ff; v. Münch/Kunig-*Bickenbach*, GG, Art. 33 Rn. 67.
[432] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.04.2004 - 1 BvR 838/01 u.a., E 110, 304, 325 f.
[433] BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 - 2 C 19/10, NVwZ 2011, 1270 f. (Rn. 16); BVerwG, BVerwG, Urt. v. 25. 7. 2013 - 2 C 12/11, E 147, 244, 251 f.; BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02, E 108, 282, 296.
[434] Vgl. BVerfG, Urt. v. 8.7.1997 - 1 BvR 1621/94, E 96, 205, 211; BAG Urt. v. 7.4.2011 - 8 AZR 679/09, NZA-RR 2011, 494; LAG Bln-Bbg Urt. v. 19.2.2015 - 26 Sa 1990/14, NZA-RR 2015, 560 und Urt. v. 27.11.2019 - 15 Sa 949/19, NZA-RR 2020, 179, 181.
[435] V. Mangoldt/Klein/Starck-*Jachmann-Michel/Kaiser*, GG, Art. 33 Rn. 22b; BVerwG, Beschl. v. 19. 12. 2011 – 1 WDS-VR 5/11, NVwZ 2012, 884, 887 (Rn. 50 ff.).
[436] Ausf. oben B. III. c) cc) ; Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 94 ff. mit weiteren Nachw.

geschützten Merkmals gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt und verhältnismäßig.
In Anbetracht der zunehmend individualisierten Leistungsbewertung ist es zentral, die Erstellung eines diskriminierungsfreien Anforderungsprofils und die Anwendung von nicht-diskriminierenden Bewertungskriterien sicherzustellen.[437] Dementsprechend sieht § 8 Abs. 3 S. 1 LGG vor, dass die Qualifikation der Bewerber:innen ausschließlich an dem Anforderungen des Berufs, der zu besetzenden Stelle, Funktion oder der Laufbahn zu messen ist.
Nachweislich hat der öffentliche Dienst eine lange Tradition, Beurteilungskriterien wie Dienstalter, nicht berufsnotwendige körperliche Anforderungen oder Unterhaltspflichten heranzuziehen, die Frauen faktisch benachteiligen.[438] Die zusätzliche Belastung mit Familienarbeit und daraus resultierende Erwerbsunterbrechungen oder Teilzeitbeschäftigung wirkt sich bei Frauen nicht zuletzt bei Beförderungsentscheidungen oft negativ aus.
Dementsprechend schließt § 8 Abs. 4 S. 2 LGG bestimmte Beurteilungskriterien wie die (negative) Berücksichtigung von Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit oder die Reduzierung der Arbeitszeit etc. wegen Familienarbeit, das Lebensalter oder den Familienstand und die zeitliche Belastung durch Betreuung von Kindern und pflegebedürftigen Angehörigen ausdrücklich aus. Zusätzlich legt § 8 Abs. 3 S. 2 LGG positiv fest, dass durch Familienarbeit, soziales und ehrenamtliches Engagement erworbene Erfahrungen und Fähigkeiten als Teil der Qualifikation zu werten sind.[439] Entsprechende Regelungen positiver und negativer Kriterien für die Beurteilung hat der EuGH ausdrücklich für zulässig erachtet, um materielle Chancengleichheit herzustellen.[440] Folglich könnten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst z.B. Mehrsprachigkeit, interkulturelle Kompetenzen oder soziales Engagement in migrantischen Selbstvertretungsorganisationen als allgemein positive Eignungskriterien festgelegt werden, die gerade im Kontakt mit einer vielfältigen Bevölkerung von Vorteil und damit in der Regel eignungsrelevant sind.[441]

Nach § 11 Abs. 2 LADG sind öffentliche Stellen im Land Berlin dazu gehalten, strukturelle Diskriminierungsgefährdungen auch in ihren Personalbereichen zu untersuchen und geeignete Gegenmaßnahmen zu ergreifen.[442] Ergeben sich Hinweise auf mittelbar diskriminierende Auswahlverfahren kann z.B. die Vorlage geschlechtsspezifischer Beurteilungsstatistiken verlang werden.[443] Gleiches ist nunmehr möglich, wenn entsprechende Daten nach § 8 Abs. 1 PartMigG vorliegen.[444] Zeigt die Analyse, dass Kriterien oder Verfahren tatsächlich mittelbar eine Personengruppe i.S.d. § 1 AGG in besonderer Weise benachteiligen kann, so können die jeweiligen Kriterien oder Verfahren nur Bestand haben, wenn sie für die konkret zu besetzende Stelle erforderlich und angemessen sind.[445]
Zudem muss mit Blick auf die Eignungsbeurteilung von Personen mit Behinderungen stets angemessene Vorkehrungen geprüft werden.[446] Demgemäß sind Anpassungen mit Blick etwa auf körperliche Eignungsvoraussetzungen, die Arbeitsorganisation einschl. Arbeitszeiten sowie die Ausgestaltung von Arbeitsplätzen und die Bereitstellung von Hilfsmitteln im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zwingend vorzunehmen.[447] Ein Verstoß gegen die Pflicht aus Art. 5 RL 2000/78/EG und Art. 27 Abs. 1 S. 2 lit. i, Art. 2 Unterabs. 4 UN-BRK stellt selbst eine

[437] Vgl. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 250 f.
[438] Ausf. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 220 ff. mit etlichen Nachw. zu Literatur und Rspr.
[439] Entsprechende Regelungen enthalten auch die meisten anderen Landesgleichstellungsgesetze, vgl. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 232 f.
[440] EuGH, Urt. v. 28.03.2000 - C-158/97 (Badeck), NJW 2000, 1549, 1551 (Rn. 31 f.); EuGH, Urt. v. 06.07.2000 - C-407/98 (Abrahamsson), NJW 2000, 2653, 2656 (Rn. 47).
[441] Zur interkulturellen Kompetenz als Eignungskriterium siehe *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 30 f.; *Ziekow*, DöV 2014, 765, 769.
[442] Siehe oben B. II. b) ff)
[443] Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 229; zum statistischen Nachweis auch Däubler/Beck-*Schrader/Schubert*, AGG, § 3 Rn. 60 ff.
[444] Dazu unter B. III. 5. b) .
[445] Vgl. Däubler/Beck-*Schrader/Schubert*, AGG, § 3 Rn. 77; BAG, Urt. v. 22. 6. 2011 – 8 AZR 48/10, NJW 2012, 171, 174 f. (Rn. 41 ff.).
[446] Siehe oben B. II. c) und B. III. c) cc)
[447] Siehe unter B. III. c) cc)

Diskriminierung dar und kann von abgelehnten Bewerber:innen gerichtlich geltend gemacht werden.[448]

(2) Abweichung von eignungsdiagnostischen Tests?

Frage: Kann das Auswahlverfahren so gestaltet werden, dass statt eignungsdiagnostischer Tests für benachteiligte Gruppen auch andere Qualifikationsnachweise erbracht werden können?

Grundsätzlich verlangt ein nicht-diskriminierendes und chancengleiches Auswahlverfahren nach Art. 33 Abs. 2, Art. 3 GG, dass für alle Bewerber:innen möglichst gleiche Anforderungen an den Leistungsnachweis und das Verfahren gelten.[449] Dies setzt jedoch, wie dargelegt, eine diskriminierungsfreie Gestaltung der Auswahlkriterien und des Verfahrens voraus. Soweit eignungsdiagnostische Tests zur Anwendung kommen, die sich faktisch benachteiligend auf eine nach § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG geschützte Personengruppe auswirken (können), ist nach § 3 Abs. 2 GG zu überprüfen, ob sie für die konkret zu besetzende Stelle bzw. Berufslaufbahn tatsächlich erforderlich und angemessen sind.[450] Ist die Verhältnismäßigkeit der Eignungsdiagnostik mit Blick auf die auszuübenden Tätigkeiten gegeben, ist eine Abweichung ausschließlich für einzelne strukturell benachteiligte Personengruppen nicht möglich.
Etwas anderes gilt nur für Menschen mit Behinderungen. Für sie sind gem. Art. 5 RL 2000/78/EG und Art. 27 Abs. 1 S. 2 lit. i, Art. 2 Unterabs. 4 UN-BRK angemessene Vorkehrungen zu treffen, um ihre gleichberechtigte Teilhabe am Arbeitsleben zu ermöglichen. Dies bedeutet auch, dass Anpassungen bzw. Ausnahmen von bestimmten Standardverfahren notwendig werden können und auch standardisierte Eignungsanforderungen und -verfahren verändert werden müssen, wenn und soweit im Übrigen die fachliche Eignung der Bewerber i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG gegeben ist.[451]

(3) Verlängerung des Bewerbungsverfahrens bei Unterrepräsentation?

Frage: Wäre es zulässig, dass ein Bewerbungsverfahren erst geschlossen wird, wenn eine bestimmte Anzahl an Bewerbungen von unterrepräsentierten Gruppen eingegangen ist?

Aus Art. 33 Abs. 2 GG folgt nach der Rechtsprechung ein Bewerbungsverfahrensanspruch. Dieser gibt Bewerber:innen um ein öffentliches Amt ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl. Die Bewerbung darf nur aus Gründen abgelehnt werden, die durch Art. 33 Abs. 2 GG gedeckt sind.[452] Dabei ist der Bewerbungsverfahrensanspruch auf ein konkretes Stellenbesetzungsverfahren gerichtet. Allerdings kommt der einstellenden Behörde aufgrund ihrer dem Art. 33 Abs. 2 GG „vorgelagerten Organisationsgewalt“ bezüglich der Einrichtung und Ausschreibung von Ämtern und auch der konkreten Durchführung des Verfahrens nach der Rechtsprechung ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu.[453] So kann das Verfahren sogar aus einem sachlichen Grund abgebrochen werden, wenn kein:e Bewerber:in den Erwartungen entspricht oder das Stellenprofil neu zugeschnitten werden soll.[454]
Entsprechend dieser Vorgaben ist es auch zulässig, ein Bewerbungsverfahren länger offenzuhalten, um weitere Bewerbungen aus bislang unterrepräsentierten Gruppen

---

[448] Ausf. *Degener*, Angemessene Vorkehrungen, HdBADR, § 15 Rn. 26 ff.; vgl. BAG, Urt. v. 19.12.2023 - 6 AZR 190/12, NZA 2024, 372, 378, Rn. 53; BAG, Urt. v. 22.5.2014 - 6 AZR 662/13, Rn. 42, st. Rspr.
[449] Vgl. BVerwG, Beschl. v. 19. 12. 2011 – 1 WDS-VR 5/11, NVwZ 2012, 884, 885 (Rn. 35); grundlegend zum Recht auf Chancengleichheit in Prüfungsverfahren BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 - 1 BvR 419/81 u.a., E 84, 34; BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 - 1 BvR 2529/84 - E 84,59.
[450] Siehe oben B. III. 2. a) cc) (1)
[451] Siehe oben B. III. c) cc) und B. III. c) dd) (2)
[452] BVerwG, Urt. v. 29. 11. 2012 - 2 C 6/11, NVwZ 2013, 955 (Rn. 10); BVerwG, Urteil vom 17. 8. 2005 - 2 C 37/04 - E 124, 99, 102; BVerfG-K, Beschl. v. 28.2.2007 - 2 BvR 2494/06, NVwZ 2007, 693, 694 jeweils mit weiteren Nachw.
[453] BVerwG, Urt. v. 29. 11. 2012 - 2 C 6/11, NVwZ 2013, 955, 956 (Rn. 16); BVerfG-K, Beschl. v. 28.11.2011 - 2 BvR 1181/11, NVwZ 2012, 366 (Rn. 22).
[454] BVerwG, Urt. v. 29. 11. 2012 - 2 C 6/11, NVwZ 2013, 956 (Rn. 17); BVerfG-K, Beschl. v. 28.11.2011 - 2 BvR 1181/11, NVwZ 2012, 366 (Rn. 22).; BVerfG-K, Beschl. v. 28.2.2007 - 2 BvR 2494/06, NVwZ 2007, 693, 694; kritisch Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 129.

einzuholen.[455] Allerdings muss, um den Anforderungen des Leistungsgrundsatzes nach Art. 33 Abs. 2 GG zu genügen, zumindest die begründete Aussicht bestehen, dass noch qualifizierte Bewerbungen aus dem relevanten Personenkreis eingehen. Die Anordnung zur Verlängerung der Ausschreibungsfrist bzw. einmaligen Wiederholung der Ausschreibung ist unter dieser Voraussetzung möglich, wobei hier Art. 33 Abs. 2 GG als Organisationsprinzip objektiv-rechtliche Grenzen setzt.[456] Besteht ein öffentliches Interesse an der Stellenbesetzung, dürfen Besetzungsverfahren auch nicht endlos in die Länge gezogen werden, sondern sind in angemessener Zeit zu beenden.[457] Eine Regelung entsprechend § 7 Abs. 3 LGG, wonach bei nicht genügenden Bewerbungen von Frauen um Ausbildungsplätzen die einmalige Wiederholung der Ausschreibung zu erfolgen hat, um anschließend eine Auswahl nach Bewerbungslage durchzuführen, wäre in diesem Sinne verhältnismäßig[458] und auch für andere unterrepräsentierte Gruppen möglich. Die Nachteile für andere Bewerber:innen stellen sich angesichts einer mangelnden subjektiven Rechtsposition auf zügigen Verfahrensabschluss als gering da.[459]

(4) Priorisierung von benachteiligten Gruppen bei Nachbesetzungen?

Frage: Kann bei Einstellungsverfahren, in denen nicht alle Plätze vergeben werden konnten, ein gesondertes Verfahren für die im Einstellungsverfahren zunächst gescheiterten Bewerbenden aus unterrepräsentierten/benachteiligten Gruppen zur Nachbesetzung der Stelle durchgeführt werden?

Bei Nachbesetzungsverfahren gilt nichts anderes als bei der erstmaligen Ausschreibung und Besetzung von Stellen im öffentlichen Dienst: Nach Art. 33 Abs. 2 GG sind Bevorzugungen zugunsten unterrepräsentierter Gruppen nur bei im Wesentlichen gleicher Eignung zulässig.[460] Ein gruppenbezogenes Ranglistensystem bei Nachbesetzungen wäre demnach nicht rechtmäßig.[461] Anderes gilt jedoch für die Vergabe von Ausbildungsplätze.[462]

(5) Sonderfrage: Gesundheitliche Eignung in Fällen von Adipositas

Frage: Unter welchen Bedingungen kann die gesundheitliche Eignung von Bewerber:innen für eine Verbeamtung aufgrund einer chronischen Erkrankung, namentlich Adipositas, verneint werden?

Die Frage, inwieweit die gesundheitliche Eignung bei Verbeamtungen in Fällen von Adipositas verneint werden kann, ist nicht einfach zu beantworten. Nach der Rechtsprechung sind jedenfalls hohe Anforderungen an eine negative Prognose zu stellen.
Die Ernennung von Beamt:innen hat sich an der „Eignung“ nach Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BeamtStG zu orientieren. Dazu ist auch die gesundheitliche Eignung festzustellen. Der/die Bewerber:in auf eine Beamtenstelle muss für das angestrebte Amt in körperlicher und psychischer Hinsicht geeignet sein. Aus dem lebenslangen Alimentationsprinzip (als hergebrachter Grundsatz des Beamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG) ergibt sich nach der Rechtsprechung auch das berechtigte Interesse eines Dienstherrn, dass Beamte auch eine gewisse Zeit lang arbeiten können. Es muss sich um ein ausgewogenes zeitliches Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhezeit handeln.[463] Insoweit sind die Anforderungen an die körperliche Eignung für Beamt:innen andere als für angestellte Beschäftigte im öffentlichen Dienst. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Bundesrecht, sodass für landesrechtliche Abweichungen, etwa über § 11 LADG, kein Raum bleibt.

---

[455] Vgl. zu § 7 Abs. 2 LGG Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, § 7 BerLGG Rn. 1376.
[456] Zur objektiv-rechtlichen Seite des Art. 33 Abs. 2 GG siehe oben B. III. c) aa)
[457] Vgl. BVerwG, Urt. v. 29. 11. 2012 - 2 C 6/11, NVwZ 2013, 955 (Rn. 10).
[458] Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, § 7 BerLGG Rn. 1376.
[459] Vgl. zu den Maßstäben oben unter B. III. b) aa) (3) (b).
[460] Siehe oben B. III. c) dd)
[461] BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 - 2 C 19/10, NVwZ 2011, 1270, 1271 (Rn. 19 ff.).
[462] Unten B. III. 2. b) bb)
[463] *Aligbe*, Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen, Rn. 940 f.

Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu eine Rechtsprechung entwickelt, die einen verschärften, gerichtlich voll überprüfbaren Maßstab anlegt. Danach muss im Einzelfall genau untersucht werden, ob davon auszugehen ist, dass der/die Beamt:in entweder voraussichtlich vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze wegen dauerhafter Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt oder wegen einer chronischen Erkrankung voraussichtlich erhebliche, dem Dienstherrn nicht mehr zumutbare Ausfallzeiten aufweisen wird.[464] Eine solche negative Prognose hat das Bundesverwaltungsgericht für einen Fall einer schweren Adipositas bei einem Body-Mass-Index von 37,5 kg/m2 zwar nicht grundsätzlich verworfen, hat aber hohe Anforderungen an eine fundierte medizinische Tatsachenbasis gestellt und die Sache an das Oberveraltungsgericht zurückverwiesen.[465] Eine „nicht näher belegte Einschätzung eines Mediziners über den voraussichtlichen Verlauf der bei einer Bewerberin bestehenden Erkrankung" reicht danach nicht aus, und auch an statistische Erkenntnisse sind hohe Anforderungen zu stellen.[466]
Mit der AGG- und europarechtlichen Seite der Problematik hat sich das Bundesverwaltungsgericht bislang nicht eingehender befasst, sondern entschieden, dass Modifikationen der Eignungsanforderungen für Menschen mit Behinderungen, die nicht schwerbehindert oder nach § 2 Abs. 3 SGB IX schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sind, nicht geboten seien.[467] Eine erste Prüfung der Anforderungen nach dem AGG bzw. der RL 2000/78/EG begründen an dieser Rechtsprechung allerdings Zweifel. So gilt die Verpflichtung zur Gewährleistung angemessener Vorkehrungen nach Art. 5 RL 2000/78/EG für alle Menschen mit Behinderungen; eine Differenzierung mit Blick auf Schwerbehinderung ist europarechtlich nicht vorgesehen.[468]
Insofern stellt sich die Frage, ob es sich bei schweren Fällen von Adipositas, die nach der verwaltungsgerichtlichen Judikatur unter Umständen eine körperliche Nichteignung für eine Beamtenlaufbahn begründen können, um eine Behinderung i.S.d. Art. 1 RL 2000/78/EG handelt. In seinem Urteil zur Rs. *Kaltoft* hat der EuGH entschieden, dass die Adipositas eines Arbeitsnehmers als solche grundsätzlich nicht als Behinderung zu werten sei. Sie stelle aber eine Behinderung dar, wenn sie „eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die ihn in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist".[469] Als Beispiele für solche Beeinträchtigungen nennt das Gericht eine eingeschränkte Mobilität oder das Auftreten von Krankheitsbildern, die zu einer Beeinträchtigung der Berufsausübung führen können.[470] In Anbetracht der hohen Anforderungen, die das BVerwG mittlerweile an die gesundheitliche Prognose stellt (s.o.), dürfte es nach vorsichtiger Einschätzung wenige Fälle geben, in denen zwar zum Zeitpunkt der Eignungsbeurteilung noch keine Beeinträchtigungen aufgrund der Adipositas vorliegt, aber dennoch mit ausreichender medizinischer Wahrscheinlichkeit von einer vorzeitigen Dienstunfähigkeit oder zumindest regelmäßigen unzumutbaren Ausfallzeiten ausgegangen werden kann.

Hinzu kommt, dass das Bundesarbeitsgericht in einem weitreichenden Urteil vom Dezember 2013 entschieden hat, dass auch eine symptomlose HIV-Infektion als Behinderung i.S.d. § 1 AGG anzusehen ist. Anders als der EuGH noch in der Rs. *Kaltloft* hält es das Bundesarbeitsgericht dabei für unerheblich, ob die Leistungsfähigkeit des Beschäftigten eingeschränkt ist. Es genüge, dass der Beschäftigte in interpersonellen Beziehungen und bei der Arbeit Stigmatisierungen ausgesetzt sein könne, was auch heute noch bei HIV-infizierten Menschen anzunehmen sei.[471] Nach Pärli und Naguib, auf deren Expertise sich das

[464] BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 - BVerwG 2 C 16.12, NVwZ-RR 2014, 270, 272 (Rn. 23).
[465] BVerwG, Beschl. v. 13.12.2013 - 2 B 37.13, Rn. 19 ff.
[466] BVerwG, Beschl. v. 13.12.2013 - 2 B 37.13, Rn. 23.
[467] BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 - BVerwG 2 C 16.12, NVwZ-RR 2014, 270, 273 (Rn. 34 ff.).
[468] Dazu oben B. III. c) cc) und B. III. c) dd) (2)
[469] EuGH, Urt. v. 18.12.2014 - C-354/13, NJW 2015, 391, 393 (Rn. 59).
[470] EuGH, Urt. v. 18.12.2014 - C-354/13, NJW 2015, 391, 393 (Rn. 60).
[471] BAG, Urt. v. 19.12.2013 - 6 AZR 190/12, NZA 2014, 373, 380 f. (Rn. 73 ff).

Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung unter anderem stützt, muss diese Rechtsprechung auch auf adipöse Menschen Anwendung finden: „Unabhängig davon, ob eine Kausalität zwischen Adipositas und der Teilhabestörung gegeben ist, sind adipöse Menschen gesellschaftlich stigmatisiert, was zur Folge hat, dass sie nicht selten körperlich pathologisiert und als unästhetisch wahrgenommen werden; und dadurch sind sie in besonderem Maße der Benachteiligung ausgesetzt. Das Benachteiligungsrisiko wird u.a. aufgrund der Entwicklung von Herz-Kreislauf Erkrankungen und den erhöhten Risiken für weitere Erkrankungen noch erhöht".[472]

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass jedenfalls die Fälle einer schwereren Adipositas, die ggf. zu einer Verneinung der körperlichen Eignung für die Beamtenlaufbahn führen können, regelmäßig als Behinderung i.S.d. des AGG anzusehen sind. Dies hat, wie das Bundesarbeitsgericht auch in seiner Entscheidung zur HIV-Infektion feststellt, den Schutz des § 7 AGG vor Benachteiligungen sowie die Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen nach Art. 5 RL 2000/78/EG zur Folge.[473] Eine Schwerbehinderung oder Gleichstellung i.S.d. § 2 Abs. 2, 3 SGB IX ist dafür nicht Voraussetzung; vielmehr hat das Gericht in dem vorliegenden Fall bereits einen Grad der Behinderung (GdB) von 10 genügen lassen.[474]
Bei der Versagung des Beamtenstatus aufgrund körperlicher Nichteignung handelt es sich in solchen Fällen um eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund einer Behinderung gem. § 3 Abs. 1 AGG. Diese kann nach § 8 Abs. 1 AGG nur gerechtfertigt werden, wenn sie „wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist". In seiner Entscheidung in der Rs. *Egenberger* hat der EuGH diese Tatbestandsvoraussetzungen enger interpretiert als zuvor die nationalen Gerichte und das „objektiv überprüfbare Vorliegen eines direkten Zusammenhangs" zwischen der vom Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderungen und der konkret auszuübenden Tätigkeit bzw. der Umstände ihrer Ausübung verlangt.[475]
Somit ist festzuhalten, dass an die Prognose der körperlichen Ungeeignetheit i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BeamtStG nach der Rechtsprechung hohe Anforderungen zu stellen sind und auch in Fällen einer schweren Adipositas unterhalb einer Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung nach § 2 Abs. 2,3 SGB IX ein Anspruch auf angemessene Vorkehrungen i.S.d. Art. 1 RL 2000/78/EG zusteht. Dieser greift nach der Rechtsprechung schon ab einem GdB von 10. Eine Versagung der körperlichen Eignung für die Beamtenlaufbahn dürfte nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein. Es muss ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Art der auszuübenden Tätigkeit bzw. den Umständen ihrer Ausübung, beispielsweise als Lehrkraft, als Sachbearbeiter:in im Bürgeramt, als Polizist:in etc., bestehen.

b) Auszubildendenverhältnisse

aa) Zulässigkeit von Förderprogrammen

Frage: Bestehen rechtliche Bedenken gegen gesonderte Förderangebote für Personen aus unterrepräsentierten bzw. benachteiligten Gruppen zur Vorbereitung auf den Ausbildungsmarkt, z.B. Hospitationsprogramme, Empowerment-Maßnahmen wie Vorbereitungskurse, Sprachkurse und Bewerbungstrainings, Mentoringprogramme?

[472] *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligungen aufgrund chronischer Krankheit, S. 81 f.
[473] BAG, Urt. v. 19.12.2013 - 6 AZR 190/12, NZA 2014, 373, 378 (Rn. 50 ff.).
[474] BAG, Urt. v. 19.12.2013 - 6 AZR 190/12, NZA 2014, 373, 378 (Rn. 51).
[475] EuGH, Urt. v. 17.4.2018 - C-414/16, NJW 2018, 1869, 1871 (Rn. 63). Die Frage, ob und inwieweit das deutsche beamtenrechtliche Versorgungssystem im Sinne des Alimentationsprinzips und das daraus resultierende Interesse des Dienstherrn an uneingeschränkter Dienstfähigkeit allgemein als „Umstand der Ausübung der Tätigkeit", etwa als Lehrkraft oder Sachbearbeiter im Bürgeramt, gewertet werden kann, ist eine offene Frage, die eine Überprüfung durch den EuGH erfordern würde.

Förderprogramme zur Vorbereitung auf den Ausbildungsmarkt sind unter denselben Voraussetzungen zulässig wie Förderprogramme zur Vorbereitung auf den Arbeitsmarkt.[476] Die differenzierende Rechtsprechung des EuGH zu Ausbildungsverhältnissen und die besonderen Anforderungen des Teilhabeanspruchs bei Monopolausbildungen betreffen nur das Auswahlverfahren für die Vergabe von Ausbildungsplätzen und nicht vorgelagerte Förderprogramme. Es wird daher auf die obigen Ausführungen verwiesen.

bb) Zulässigkeit von Quoten

Bei Quotenregelungen im Ausbildungsbereich ist zu unterscheiden zwischen (1) Ausbildungen im öffentlichen Dienst, für die auch private Arbeitgeber ausbilden, (2) Ausbildungen, die nur auf Tätigkeiten im öffentlichen Dienst vorbereiten und in der Regel nicht von privaten Arbeitgebern angeboten werden und (3) Ausbildungen, die nur im öffentlichen Dienst angeboten werden, aber für die Ergreifung von Berufen (auch) außerhalb des öffentlichen Diensts Voraussetzung sind (Ausbildungsmonopole).[477]

(1) Allgemeine Berufsausbildung im öffentlichen Dienst

Nach der Rechtsprechung des EuGH, dem die Verfassungsrechtswissenschaft heute weitestgehend auch für die verfassungsrechtliche Bewertung folgt,[478] sind Quotenregelungen bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen in deutlich stärkerem Umfang möglich als bei Stellenbesetzungen bzw. Beförderungen. So hat das Gericht in der Rs. *Badeck* Reservierungsquoten wie § 7 Abs. 2 LGG, die in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, die Vergabe mindestens der Hälfte der Ausbildungsplätze an Frauen vorschreiben, für rechtmäßig erachtet. Solche Regelungen seien Teil eines Konzepts der Chancengleichheit, da Frauen keine Arbeitsplätze, sondern Ausbildungsplätze vorbehalten würden, die zur Erlangung einer Qualifikationen dienen, welche später den Zugang zu einer qualifizierten Tätigkeit im öffentlichen Dienst eröffnen kann.[479] Da die Quote nur für Ausbildungsplätze gelte, für die kein staatliches Monopol bestehe, werde kein männlicher Bewerber definitiv von einer Ausbildung ausgeschlossen.[480] Dementsprechend hat auch das Bundesverwaltungsgericht die Regelung des § 7 Abs. 2 LGG nicht beanstandet und dafür auf die „Unterschiede zwischen Quotierungen bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen und Ernennungen bzw. Beförderungen“ verwiesen.[481]
Wie dargelegt, können die zur Frauenquote entwickelten Maßstäbe grundsätzlich auf andere strukturell benachteiligte und unterrepräsentierte Gruppen i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG, § 1 AGG übertragen werden.[482] Allerdings muss auch hier die Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. So hat der EuGH darauf hingewiesen, dass eine entsprechende Reservierungsquote nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn letztlich genügend qualifizierte Bewerbungen aus der unterrepräsentierten Gruppe vorliegen.[483] Zudem ist bei der Quotenbildung auf eine angemessene statistische Referenzgröße zu achten.[484]

(2) Ausbildung ausschließlich für den öffentlichen Dienst, insb. Laufbahnausbildung

Bei Ausbildungsverhältnissen, die ausschließlich für eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst qualifizieren und daher in der Regel nicht von privaten Arbeitgebern angeboten werden (z.B. Ausbildungen an Verwaltungs- und Polizeifachschulen bzw. -hochschulen), kommt neben den diskriminierungsrechtlichen Gewährleistungen nach AGG und Art. 3 Abs. 2, 3 GG auch der spezielle Gleichheitssatz aus Art. 33 Abs. 2 GG zur Anwendung.[485] Danach hat die Bewerberauswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu erfolgen.[486]

---

[476] Siehe dazu oben III. 2. a) aa).
[477] Siehe oben B. III. d) Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 290.
[478] Statt vieler V. Münch/Kunig-*Bickenbach*, GG, Art. 33 Rn. 86: „Was mit dem Unionsrecht vereinbar ist, wird regelmäßig auch als mit dem GG vereinbar angesehen“; siehe oben B. III. 2. a) bb) (1)
[479] EuGH, Urt. v. 28.03.2000 - C-158/97 (Badeck) - NJW 2000, 1549, 1553 (Rn. 53).
[480] EuGH, Urt. v. 28.03.2000 - C-158/97 (Badeck) - NJW 2000, 1549, 1553 (Rn. 53).
[481] BVerwG, Beschl. v. 20.3.1996 - 6 P 7/94, NVwZ 1997, 288, 290.
[482] Siehe oben B. III. 2. a) bb) (1)
[483] EuGH, Urt. v. 28.03.2000 - C-158/97 (Badeck) - NJW 2000, 1549, 1553 (Rn. 53).
[484] Siehe oben B. III. 2. a) bb) (4)
[485] Vgl. Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 85; Sachs-*Battis*, GG, Art. 33 Rn. 25; dazu oben B. III. e)
[486] Ausf. oben B. III. c) bb)

Anscheinend im Widerspruch hierzu schreibt die AVLGG zu § 7 Abs. 2 ausdrücklich vor, dass keine Einzelfallbewertung nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung erfolgen darf: „Voraussetzung ist allein das Vorliegen der formalen Qualifikation (zum Beispiel Schulabschluss). Die formale Qualifikation umfasst sämtliche im Anforderungsprofil genannten zwingenden (sogenannten konstitutiven) Kriterien". Damit wird der Grundsatz der Bestenauslese gem. Art. 33 Abs. 2 GG jedoch nicht verletzt, da die Verwaltung im Rahmen ihrer Organisationsgewalt frei ist, das Anforderungsprofil für Ausbildungsstellen und damit die Voraussetzungen der Eignung von Bewerber:innen festzulegen.[487] Insoweit kann, wie es die AVLGG tut, das Eignungsprofil für Bewerbungen um Ausbildungsplätze an den formalen Qualifikationserfordernissen ausgerichtet werden, da die eigentliche berufliche Qualifikation erst durch die Ausbildung hergestellt wird.[488] Das Bundesverwaltungsgericht hat die Reservierungsquote des Berliner Gleichstellungsgesetzes vor diesem Hintergrund für alle Ausbildungsverhältnisse, unabhängig davon, ob nur für den Verwaltungsdienst oder auch andere Berufsfelder ausgebildet wird, für anwendbar gehalten.[489] Dem ist – mit Ausnahme der Monopolausbildungen (s.u.) – zuzustimmen.
Reservierungsquoten nach dem Vorbild von § 7 Abs. 2 LGG sind vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung auch für andere strukturell benachteiligte und unterrepräsentierte Gruppen i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG, § 1 AGG grundsätzlich möglich, um – wie es der EuGH ausdrückt – Chancengleichheit etwa für junge Menschen mit Migrationshintergrund oder Behinderungen beim Zugang zum öffentlichen Dienst herzustellen. Allerdings muss auch hier eine geeignete Referenzgröße gewählt werden, um die Unterrepräsentation sachgerecht abzubilden. Dabei ist zu beachten, dass nach § 7 Abs. 1 BeamtStG grundsätzlich nur deutsche und EU-Staatsbürger:innen in ein Beamtenverhältnis berufen werden dürfen.[490] Entsprechend dürfte eine Reservierungsquote für Ausbildungen, die ausschließlich für eine Beamtenlaufbahn qualifizieren (und nicht auch für Angestelltenverhältnisse), die nicht nach § 7 Abs. 3 BeamtStG regelmäßig für weitere Staatsangehörigkeiten geöffnet ist, sich nicht am Anteil der Personen mit Migrationshintergrund an der Berliner Bevölkerung insgesamt ausrichten, sondern nur an dem Teil der Personengruppe, der die Voraussetzungen des § 7 BeamtStG erfüllt.

(3) Staatliche Monopolausbildungen

Für Ausbildungsmonopole wie vor allem den Referendardienst, gilt wie gezeigt der besondere Teilhabeanspruch aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG.[491] Die Grundsätze der EuGH-Rechtsprechung für Reservierungsquoten kommen hier nicht zur Anwendung.[492] Vorabquoten von 20 Prozent an der zu vergebenden Platzzahl dürften jedoch zulässig sein.[493] Zu Recht sieht die AVLGG vor, dass die Quote nach § 7 Abs. 2 LGG – in verfassungskonformer Reduktion – auf staatliche Monopolausbildungen keine Anwendung findet,[494] was sich auf andere Quoten, etwa für Personen mit Behinderungen oder Migrationshintergrund, übertragen lässt.[495]

3. Umgang mit „Kollisionsfällen"

Fragen: Wie stehen die Vorgaben zur Förderung unterrepräsentierter bzw. benachteiligter Gruppen zueinander? Konkret:

---

[487] Vgl. BVerwG, Urt. v. 29. 11. 2012 – 2 C 6/11, NVwZ 2013, 955, 956 (Rn. 16); BVerfG-K, Beschl. v. 28.11.2011 – 2 BvR 1181/11, NVwZ 2012, 366 (Rn. 22); siehe oben B. III. 2. a) cc)
[488] In diesem EuGH, Urt. v. 28.03.2000 – C-158/97 (Badeck) – NJW 2000, 1549, 1553 (Rn. 53); vgl. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 294 mit weiteren Nachw.
[489] BVerwG, Beschl. v. 20.3.1996 – 6 P 7/94, NVwZ 1997, 288, 289 f.
[490] Hinzu kommen Staatsangehörige aus EFTA-Staaten, insb. Island und Norwegen, und der Schweiz; vgl. *Reich*, BeamtStG, § 7 Rn. 2 ff.
[491] Siehe oben B. III. d)
[492] So ausdrücklich EuGH, Urt. v. 28.03.2000 – C-158/97 (Badeck) – NJW 2000, 1549, 1553 (Rn. 53); a.A. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 293.
[493] BVerfG, Urt. v. 19.12.2017 – 1 BvL 3/14 u.a., NJW 2018, 361, 365 (Rn. 125).
[494] AVLGG zu § 7 Abs. 3.
[495] Ausf. oben B. III. 1. d).

- Inwieweit bestehen nach derzeitiger Rechtslage zwischen den einzelnen unterrepräsentierten bzw. benachteiligten Gruppen Konkurrenzverhältnisse, wenn es um die Ein- und Durchführung positiver Maßnahmen geht? Welche Lösungsansätze gibt es im jeweiligen Kollisionsfall?

- In welchem Verhältnis stünde ein etwaiger Förderauftrag für andere unterrepräsentierte Gruppen (z.B. für Menschen mit dem Geschlechtseintrag divers oder keine Angabe) zu einem Förderauftrag für Frauen sowie Menschen mit Behinderung?

- Wie kann Intersektionalität im Kollisionsfall berücksichtigt werden?

Zu einem „Kollisionsfall" kommt es, wenn mehrere Personen um einen Vorteil konkurrieren und sich dabei auf unterschiedliche Förderaufträge berufen können. Das betrifft vor allem Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen: Derzeit sehen § 8 LGG und Tz. 3.4.4. der VV Inklusion vor, dass Frauen bzw. Menschen mit Behinderung bei gleicher Eignung bevorzugt einzustellen bzw. zu berücksichtigen sind. Es ist daher zu beurteilen, was geschieht, wenn eine Frau und ein gleich geeigneter Mann mit Behinderung um einen Arbeitsplatz konkurrieren (a). Unklar ist auch, wie sich das Gebot in § 12 Abs. 1 PartMigGG, Personen mit Migrationshintergrund bei Einstellungsentscheidungen in besonderem Maße zu berücksichtigen, zum LGG und der VV Inklusion verhält. Diese Thematik wird bei den „Rechtsfragen im Rahmen des PartMigGG" behandelt.[496] Kollisionen sind darüber hinaus denkbar, sollten weitere Fördermaßnahmen für andere unterrepräsentierte Gruppen (z.B. Menschen mit dem Geschlechtseintrag divers oder ohne Eintrag) eingerichtet werden; auch hier ist das Verhältnis zum LGG und der VV Inklusion zu klären (b).

a) Verhältnis zwischen § 8 LGG und Tz. 3.4.4. VV Inklusion

Gem. § 8 Abs. 1 LGG sind gleich geeignete Frauen gegenüber männlichen Mitbewerbern „unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit solange bevorzugt einzustellen, bis der Anteil der Frauen in der betreffenden Laufbahn oder Berufsfachrichtung der jeweiligen Einrichtung nach § 1 mindestens 50 vom Hundert beträgt." Die Einzelfallgerechtigkeit wird gem. den AVLGG gewahrt, wenn keine in der Person des (männlichen) Mitbewerbers liegende Gründe die Bevorzugung der Frau ausschließen. Ein solcher Grund könne das Vorliegen eines sozialen Härtefalls sein, z.B. einer Schwerbehinderung. Ob ein Härtefall vorliegt, richte ich nach den Umständen des Einzelfalls. Eine Regelung, wonach entweder immer die Frau oder der schwerbehinderte Mitbewerber auszuwählen ist, sehe das deutsche Recht nicht vor.[497]
Die Quotenregelung des LGG entspricht der Rechtslage in der Bundesverwaltung: Nach § 8 BGleiG sind Frauen bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen, wenn nicht rechtlich schutzwürdige Interessen in der Person eines Mitbewerbers überwiegen. Nach den Gesetzgebungsmaterialien muss „in einer Gesamtschau unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit eine Abwägung" vorgenommen werden. Entscheidend ist, ob die Gründe in der Person des Mitbewerbers den Förderauftrag aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG überwiegen.[498] Ein solcher Grund kann „ein Härtefall z. B. durch eine Behinderung, durch die Eigenschaft alleinerziehender Verantwortung oder durch lange Arbeitslosigkeit" sein.[499]
Gem. Tz. 3.4.4 der VV Inklusion werden schwerbehinderte Menschen im Rahmen von Stellenbesetzungen bei gleicher Eignung „bevorzugt berücksichtigt". Eine Härtefallklausel ist hier nicht vorgesehen.
Sowohl § 8 Abs. 1 LGG als auch § 8 BGleiG setzen die Vorgabe des EuGH zu den Gleichbehandlungs-RL um, dass positive Maßnahmen Frauen keinen automatischen, unbedingten Vorrang vor männlichen Mitbewerbern einräumen dürfen, sondern eine Würdigung der Einzelfallumstände erlauben müssen.[500] Diese Rechtsprechung gilt nicht für die Förderung von schwerbehinderten Menschen: Da das AGG und die Gleichbehandlungs-RL

[496] Siehe unter B. III. 5. c)
[497] AVLGG zu § 8 Abs. 1 und 2.
[498] BT-Drs. 18/3784, S. 85 zu § 8 BGleiG.
[499] BT-Drs. 114/5679, S. 22 zu § 8 BGleiG a.F.
[500] Siehe oben III. 1. b) aa) (3) (b).

die Benachteiligung von Menschen ohne Behinderung nicht verbieten, sind positive Maßnahmen für Menschen mit Behinderung nicht anhand von § 5 AGG zu prüfen. Die Benachteiligung von Menschen ohne Behinderung ist aber am allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zu messen, muss also verhältnismäßig sein, wobei dem Förderauftrag in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG besonderes Gewicht beizumessen ist.[501]
Nach diesen Maßstäben wird ein schwerbehinderter Bewerber *in der Regel*, aber nicht automatisch gegenüber einer nicht schwerbehinderten weiblichen Arbeitnehmerin zu bevorzugen sein.[502] Vorzunehmen ist jeweils eine Abwägung im Einzelfall, wie § 8 LGG es vorsieht: Zwar enthält Tz. 3.4.4 keine Öffnungsklausel; allerdings ist eine entsprechende Auslegung zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geboten und auch vom Wortlaut der Vorschrift – bevorzugte *Berücksichtigung* – gedeckt. Eine Schwerbehinderung ist ein sozialer Härtefall, der das Anliegen der Frauenförderung in einer Abwägung in der Regel überwiegt: Zwar setzen die Vorrangregelungen für beide Personengruppen verfassungsrechtliche Förderaufträge um. Die Bevorzugung von Frauen gegenüber Männern ist jedoch unter höheren Anforderungen zulässig als die Bevorzugung von schwerbehinderten Menschen und setzt z.B. eine Unterrepräsentanz von Frauen in der betreffenden Laufbahn voraus.[503] Außerdem birgt die Eigenschaft als „Frau“ kein so starkes Ausgrenzungspotenzial wie das Vorliegen einer Schwerbehinderung, das schon definitorisch ein gesellschaftliches Teilhabehindernis voraussetzt. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der Förderauftrag zugunsten von Frauen durch die bevorzugte Einstellung eines schwer behinderten Mannes nicht gravierend beeinträchtigt wird, da es statistisch weitaus weniger schwerbehinderte Menschen als Frauen im erwerbsfähigen Alter gibt. Aus demselben Grund würde umgekehrt die Förderung schwerbehinderter Menschen an Effektivität einbüßen, wenn sich gleich geeignete weibliche Mitbewerberinnen durchsetzen würden. Ausnahmsweise können weibliche Bewerberinnen jedoch bevorzugt werden, wenn aus anderen Gründen ein Härtefall vorliegt – z.B. die alleinerziehende Verantwortung, lange Arbeitslosigkeit, die Überschreitung einer Altersgrenze im Fall der Nicht-Einstellung oder Beförderung oder die deutliche Verbesserung gegenüber den bisherigen Arbeitsbedingungen[504] – während der schwerbehinderte Mitbewerber sozial und beruflich vergleichsweise gut situiert ist, z.B. da er bereits auf einem angemessenen Arbeitsplatz beschäftigt ist.

b) Verhältnis von LGG und VV Inklusion zu potenziellen anderen Förderungsvorgaben

Vorrangregelungen, die an andere Merkmale i.S.d. § 1 AGG anknüpfen, müssen nach der Rspr. des EuGH eine Härtefallklausel vorsehen. Konkurrieren danach z.B. eine Person mit dem Geschlechtseintrag „divers“, eine Frau und ein Mann mit Behinderung um einen Arbeitsplatz, gilt folgendes: Die rechtlich schützenswerten Belange der Bewerber:innen müssen in einer Gesamtschau abgewogen werden. Dabei fallen sowohl der Frauenförderauftrag gem. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG als auch der Inklusionsauftrag gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG besonders ins Gewicht. Die Belange der Person mit dem Geschlechtseintrag „divers“ sind abstrakt weniger gewichtig, da Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG keinen expliziten Förderauftrag enthält. Es müssen daher besondere Einzelfallumstände hinzutreten, die einen besonderen Härtefall für die Person mit dem Geschlechtseintrag „divers“ belegen. Die soziale Härte einer Schwerbehinderung tritt dahinter gleichwohl nur im Ausnahmefall zurück, z.B. wenn die schwerbehinderte Person sozial und beruflich gut situiert ist.

c) Besonderheiten bei intersektionalen Diskriminierungen

Der Begriff der „intersektionalen Diskriminierung“ beschreibt, dass Personen aufgrund mehrerer in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG oder § 1 AGG genannter Merkmale, die spezifisch im Sinne einer Überschneidung zusammenwirken, diskriminiert werden.[505] Schwarze Frauen, Muslima und Frauen mit Behinderung sind Diskriminierungen strukturell stärker ausgesetzt als schwarze Männer, Muslime und Männer mit Behinderung sowie weiße Frauen und Frauen ohne

[501] Siehe unter III. 1. b) bb) (2).
[502] Vgl. auch BeckOK Sozialrecht-*Brose*, SGB IX, § 205 Rn. 5 mit weiteren Nachw.
[503] Siehe oben III. 1. b) aa) (3) (a) sowie § 8 LGG.
[504] *V. Tiling,* öAT 2015, 177, 180.
[505] V. Mangoldt/Klein/Starck-*Baer/Markard*, GG, Bd. 1, Art. 3 Rn. 443.

Behinderung. Eine solche Intersektionalität kann im Kollisionsfall im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung schutzwürdiger Belange berücksichtigt werden: Ist eine Auswahl zwischen einer schwerbehinderten Frau und einer gleich geeigneten Frau ohne Behinderung zu treffen, wird die schwerbehinderte Frau wegen Tz. 3.4.4 der VV Inklusion bevorzugt einzustellen sein, soweit nicht andere schutzwürdige Belange der Frau ohne Behinderung überwiegen. Ist eine Auswahl zwischen einer schwerbehinderten Frau und einem gleich geeigneten Mann ohne Behinderung zu treffen, wird die schwerbehinderte Frau wegen Tz. 3.4.4 der VV Inklusion *und* § 8 LGG bevorzugt einzustellen sein, soweit nicht andere schutzwürdige Belange des Mannes überwiegen, was in einer solchen Situation praktisch nicht vorstellbar ist. Vergleichbare Erwägungen gelten für schwarze und muslimische Frauen, die wegen § 12 PartMigGG gegenüber anderen Frauen bevorzugt berücksichtigt und wegen § 12 PartMigGG *und* § 8 LGG gegenüber weißen und nicht-muslimischen Männern bevorzugt zu berücksichtigen sind. Ist eine Auswahl zwischen einer älteren Frau und einem jungen schwerbehinderten Mann zu treffen, kann u.U. das höhere Alter der Frau als soziale Härte in die Abwägung i.R.d. § 8 LGG einfließen.

4. Sonderfall: „Subjektive Definition“ von Diversity Dimensionen

Frage: Inwieweit sind positive Maßnahmen auch zulässig für

- Menschen mit Behinderung, die keinen objektiven Nachweis über die Schwerbehinderteneigenschaft/Gleichstellung erbracht haben, eine Behinderung jedoch vortragen?
- trans- und intergeschlechtliche sowie nichtbinäre Menschen unabhängig vom Geschlechtseintrag?
- Menschen mit Migrationsgeschichte i.S.d. § 3 Abs. 1 PartMigGG, insbes. Menschen, die nach eigenen Angaben von Rassismus betroffen sind?
- Wie können die Behinderung, das selbsterklärte Geschlecht oder die Migrationsgeschichte bzw. Rassismuserfahrung bewiesen werden?

a) „Subjektive Definition“ einer Behinderung

Positive Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Behinderung sind an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen.[506] Ihre Bevorzugung gegenüber Menschen ohne Behinderung ist in der Regel gerechtfertigt; der staatliche Förderauftrag in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist ein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung.[507] Eine Behinderung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG liegt vor, „wenn eine Person in der Fähigkeit zur individuellen und selbstständigen Lebensführung längerfristig beeinträchtigt ist. Gemeint sind nicht geringfügige Beeinträchtigungen, sondern längerfristige Einschränkungen von Gewicht. Auf den Grund der Behinderung kommt es nicht an.“[508] Dieser Begriff der Behinderung knüpft nicht einen anerkannten Status einer Schwerbehinderung an, sondern an die Behinderung an sich. Daher ist verfassungsrechtlich nicht geboten, dass ausschließlich Personen mit einem objektiven Nachweis über die Schwerbehinderteneigenschaft oder Gleichstellung gefördert werden, z.B. Inhaber:innen eines Ausweises gem. § 152 Abs. 5 SGB IX. Damit positive Maßnahmen aber sachlich gerechtfertigt sind, muss sichergestellt sein, dass sie tatsächlich nur oder überwiegend Menschen mit Behinderung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG privilegieren. Eine Maßnahme, die potenziell auch durch Menschen ohne Behinderung in Anspruch genommen werden kann, ist nicht geeignet, den Förderauftrag des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG umzusetzen. Daher ist es ebenso

[506] Das AGG und die Antidiskriminierungs-RL sowie Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verbieten nur die Benachteiligung von Menschen mit Behinderung, aber nicht ihre Bevorzugung, siehe oben III. 1. b) aa) (2), bb) (1) (a).
[507] Siehe oben III. 1. b) bb) (2).
[508] BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 - 1 BvR 1541/20, NJW 2022, 380, 383 (Rn. 90).

verfassungsrechtlich zulässig und erforderlich, bestimmte Anforderungen an den Nachweis einer Behinderung aufzustellen. Die Anforderungen an den Nachweis müssen – wie die positive Maßnahme selbst – verhältnismäßig sein. Dabei gilt: Je stärker die Maßnahme in die Rechte Dritter eingreift, desto stärker muss eine missbräuchliche Inanspruchnahme durch Menschen ohne Behinderung verhindert und desto höhere Anforderungen müssen an den Nachweis gestellt werden. Dabei muss die Erbringung des Nachweises für den Menschen mit Behinderung zumutbar bleiben. Nach diesen Maßstäben sind öffentliche Arbeitgeber:innen schon dann gem. § 165 S. 3 SGB IX verpflichtet, schwerbehinderte Bewerber:innen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, wenn die Bewerbungsunterlagen eine entsprechende Selbstauskunft enthalten; auf einen Nachweis kommt es hier nicht an.[509] Durch die Einladung werden Mitbewerber:innen nämlich noch nicht benachteiligt. Sobald eine positive Maßnahme aber die Chancen von Mitbewerber:innen schmälert, wie z.B. im Falle von Quoten, ist ein objektiv überprüfbarer Nachweis zu verlangen: Ein solcher Nachweis kann – wie auch in Tz. 1.5.1 der VV Inklusion – durch einen Bescheid des Versorgungsamts gem. § 152 Abs. 1 SGB, einen Ausweis gem. § 152 Abs. 5 SGB IX oder einen Nachweis der Gleichstellung i.S.d. § 151 Abs. 4 SGB IX erbracht werden.[510] Die Pflicht, einen solchen Nachweis zu erbringen, ist für die Betroffenen auch in der Regel zumutbar, da dafür keine Gebühren anfallen und sich die Mitwirkungspflichten normalterweise auf schriftliche Angaben zur Gesundheitsstörung, behandelnde Ärzt:innen und Behandlungszeiträume beschränken.[511]

b) „Subjektive Definition“ des Geschlechts

Positive Maßnahmen zugunsten von trans-, intergeschlechtlichen und nichtbinären Personen sind an Art. 3 Abs. 3 GG und dem AGG zu messen. Der dort normierte Schutz vor geschlechtsbezogenen Diskriminierungen knüpft weder an die personenstandsrechtliche Zuordnung einer Person, noch ihre körperliche Konstitution an: Dass es nicht auf die personenstandsrechtliche Zuordnung ankommen kann, zeigt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur „Dritten Option“: Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG schützt auch Menschen, „die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen, vor Diskriminierungen wegen ihres Geschlechts“. Dieses Grundrecht werde verletzt, „wenn das Personenstandsrecht dazu zwingt, das Geschlecht zu registrieren, aber keinen anderen positiven Geschlechtseintrag als weiblich oder männlich zulässt.“[512] Also: Personenstandsrechtliche Pflichten sind an dem verfassungsrechtlich geschützten Geschlecht zu messen und nicht anders herum. Dass Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG die Geschlechtszugehörigkeit nicht ausschließlich von der körperlichen Konstitution abhängig macht, zeigt schließlich die Anerkennung des Geschlechts von transgeschlechtlichen Personen *unabhängig* von einer operativen Angleichung.[513] Dafür, dass der Schutz vor geschlechtsbezogenen Diskriminierungen allein an das geschlechtliche Selbstverständnis einer Person anknüpft, spricht auch der Zweck der Diskriminierungsverbote, „Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen“.[514] Die „Vulnerabilität von Menschen, deren geschlechtliche Identität weder Frau noch Mann ist, ist in einer überwiegend nach binärem Geschlechtsmuster agierenden Gesellschaft besonders hoch“[515] – und zwar bei jeder Abweichung des gelebten geschlechtlichen Selbstverständnisses von dem Geschlecht, das bei Geburt aufgrund körperlicher Merkmale im Personenstandsregister eingetragen wurde.

Aus diesem Grund erfordern auch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und § 5 AGG nicht, dass positive Maßnahmen an den Geschlechtseintrag im Personenstand anknüpfen. Es ist zulässig, an das geschlechtliche Selbstverständnis einer Person, das von der cis Norm abweicht und daher zu strukturellen Nachteilen führt, anzuknüpfen. Damit positive Maßnahmen aber zur

[509] BAG, Urt. v. 22.10.2015 – 8 AZR 384/14, NZA 2016, 625, 628 (Rn. 31); Neumann/Pahlen/Winkler/Jabben-*Greiner*, SGB IX, § 165 Rn. 10.
[510] Ähnlich Neumann/Pahlen/Winkler/Jabben-*Greiner*, SGB IX, § 152 Rn. 50; zur Beweisfunktion des Schwerbehindertenausweises auch BSG, Urt. v. 11.05.2011 – B 5 R 56/10 R, BeckRS 2011, 76896 (Rn. 25).
[511] Siehe zu Einzelheiten die Informationen und das Formular auf https://www.berlin.de/lageso/behinderung/schwerbehinderung-versorgungsamt/antragstellung (Stand: 2.2.2024).
[512] BVerfG, Beschl. vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, NJW 2017, 3643 (LS. 2 und 3).
[513] BVerfG, Beschl. v. 11.01. 2011 – 1 BvR 3295/07, NJW 2011, 909.
[514] BVerfG, Beschl. vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, NJW 2017, 3643, 3647 (Rn. 59).
[515] BVerfG, Beschl. vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, NJW 2017, 3643, 3647 (Rn. 59).

Verwirklichung des Förderzwecks geeignet sind, muss sichergestellt sein, dass davon tatsächlich nur oder überwiegend nichtbinäre, inter- und transgeschlechtliche Menschen profitieren. Daher ist es zulässig und auch erforderlich, bestimmte Anforderungen an den Nachweis des Geschlechts aufzustellen, um eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Förderung zu verhindern. Die Anforderungen an den Nachweis müssen - wie die positive Maßnahme selbst - verhältnismäßig sein. Dabei gilt: Je stärker die Maßnahme in die Rechte Dritter eingreift, desto stärker muss eine missbräuchliche Inanspruchnahme durch cis Personen verhindert und desto höhere Anforderungen müssen an den Nachweis gestellt werden. Dabei muss die Erbringung des Nachweises für nichtbinäre, inter- und transgeschlechtliche Menschen zumutbar bleiben. Nach diesen Maßstäben dürfte es unbedenklich sein, wenn Förderprogramme zur Vorbereitung auf den Arbeitsmarkt an die Selbstauskunft der Betroffenen anknüpfen. Sobald eine positive Maßnahme aber die Chancen von Mitbewerber:innen schmälert, wie z.B. im Falle von Quoten, sind die Anforderungen unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit zu erhöhen.

Es ist für transgeschlechtliche und nichtbinäre Personen in der Regel unverhältnismäßig, von ihnen einen personenstandsrechtlichen Nachweis des Geschlechts zu verlangen. Zwar können sie ihren Personenstandseintrag nach derzeitiger Rechtslage nach Maßgabe des TSG ändern.[516] Das Verfahren nach dem TSG dauert aber oft mehrere Jahre, ist teuer und wird von den Betroffenen als entwürdigend und übergriffig empfunden.[517] Fördermaßnahmen für nichtbinäre und transgeschlechtliche Personen würden erheblich hinter ihrem Ziel zurückbleiben, wenn nur solche Personen gefördert würden, die die psychischen, sozialen und finanziellen Ressourcen haben, ein solches Verfahren zu durchlaufen. Anstelle eines personenstandsrechtlichen Nachweises muss den transgeschlechtlichen und nichtbinären Personen daher möglich sein, ihr Geschlecht auf andere Weise zu substantiieren. In Betracht kommt etwa die Vorlage eines Ergänzungsausweises des dgti e.V.: Der dgti-Ergänzungsausweis ist ein standardisiertes Ausweispapier, das alle selbstgewählten personenbezogenen Daten (Vorname, Pronomen und Geschlecht) dokumentiert und ein aktuelles Passfoto zeigt. Dieser Ausweis kann in Kombination mit dem amtlichen Personaldokument vorgelegt werden, um Diskrepanzen zwischen dem (geschlechtlichen) Auftreten und den amtlichen Personalien zu erklären. Die Vorlage eines solchen Ergänzungsausweises deutet also darauf hin, dass die betreffende Person im Alltag ein Bedürfnis hat, sich von dem personenstandsrechtlichen Geschlecht zu distanzieren. Es bestehen gleichwohl Bedenken dagegen, pauschal die Vorlage eines Ergänzungsausweises zu verlangen: Der dgti e.V. ist ein privatrechtlicher Verein, der sich das Recht vorbehält, die Ausfertigung eines Ausweises zu verweigern, wenn er Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Verwendung des Ausweises erkennt. Die Berliner Verwaltung darf die Entscheidung, wann sie das Geschlecht einer Person anerkennt, aber nicht auf einen privaten Akteur delegieren. Neben der Vorlage eines Ergänzungsausweises muss daher immer auch eine qualifizierte Selbstauskunft über das eigene Geschlecht zulässig sein. Die Anforderungen an eine solche Selbstauskunft bewegen sich auf einem schmalen Grat: Einerseits darf von den Betroffenen nicht verlangt werden, bestimmte Erwartungen an Transgeschlechtlichkeit oder Nichtbinarität zu erfüllen. Transgeschlechtlichkeit und Nichtbinarität sind weite Spektren und können sich auf unterschiedliche Weise äußern. Es darf nicht bewertet werden, *wie* trans oder nichtbinär eine Person ist, wie *erkennbar* trans oder nichtbinär sie auftritt, sondern nur, *dass* sie sich als einem anderem als dem körperlichen Geschlecht oder keinem Geschlecht zugehörig fühlt. Andererseits muss die Selbstauskunft ermöglichen, einen Missbrauch auszuschließen; es muss daher die *Ernsthaftigkeit* der Geschlechtsidentität festgestellt werden können. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Berliner Verwaltung zur Förderung von transgeschlechtlichen und nichtbinären Personen rechtlich nicht verpflichtet ist und die Inanspruchnahme von positiven Maßnahmen freiwillig ist. Vor diesem Hintergrund ist transgeschlechtlichen und nichtbinären Personen zumutbar, ihre Geschlechtsidentität gegenüber der Behörde „hinreichend plausibel“ darzulegen, wenn schon kein personenstandsrechtlicher Nachweis oder ein dgti-Ergänzungsausweises vorgelegt wird. Eine „hinreichende Plausibilität“ verlangen z.B. auch das Bundesverfassungsgericht und das Bundesarbeitsgericht für den Nachweis, dass ein

[516] Zur Geltung des TSG für nichtbinäre Personen BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 10.06.2020 - XII ZB 451/19.
[517] Vgl. Regierungsentwurf zum SBGG, S. 19.

Kopftuch aus religiösen Gründen getragen wird.[518] Bei der Religion handelt es sich – wie bei der geschlechtlichen Selbstbestimmung – um ein Internum, das grundrechtlich geschützt, aber nicht objektiv beweisbar ist; die Maßstäbe sind daher übertragbar. Die Geschlechtsidentität kann z.B. dadurch hinreichend plausibel dargelegt werden, dass Bewerber:innen schriftlich oder mündlich erläutern, wieso sie keine Änderung des Personenstands beantragt haben, was es für sie bedeutet, nichtbinär oder trans zu sein oder welchen Problemen sie im Alltag begegnen.

Für intergeschlechtliche Personen sieht § 45b Abs. 1 PStG ein einfacheres Verfahren zur Personenstandsänderung vor: Sie können gegenüber dem Standesamt erklären, dass die Angabe zu ihrem Geschlecht in einem deutschen Personenstandseintrag geändert oder gestrichen werden soll sowie neue Vornamen bestimmen. Dafür müssen sie gem. § 45 Abs. 3 PStG eine Variante der Geschlechtsentwicklung durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung nachweisen oder ihr Vorliegen an Eides statt versichern. Eine vergleichbare Regelung soll ab 1. November 2024 für nichtbinäre und transgeschlechtliche Personen gelten: Das TSG und § 45b Abs. 1 PStG werden voraussichtlich vom Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG) abgelöst. Der Regierungsentwurf (SBGG-E) sieht ein deutlich vereinfachtes Verfahren zur Angleichung von Vornamen und/oder Personenstandseintrag für nichtbinäre, trans- und intergeschlechtliche Personen vor. Ausreichend sind jeweils gem. § 3 SBGG-E eine Erklärung und Eigenversicherung vor dem Standesamt. Für die meisten intergeschlechtlichen Personen ist es nach derzeitiger Rechtslage zumutbar, eine Änderung des Personenstandsregisters gem. § 45b PStG herbeizuführen, da das Verfahren günstiger und schneller ist und keine intensive psychiatrische Begutachtung, sondern „nur“ eine körperliche Anamnese oder eidesstattliche Erklärung voraussetzt. Ähnliches gilt ab dem 1. November 2024 für transgeschlechtliche und nichtbinäre Menschen: Im Ausgangspunkt wird der ernsthafte Wunsch, im selbst bestimmten Geschlecht zu leben, mit einer Personenstandsänderung gem. dem SBGG-E korrelieren.

Nach derzeitiger Rechtslage ist es für intergeschlechtliche Personen grundsätzlich zumutbar, ihr Geschlecht durch einen übereinstimmenden Personenstandseintrag nachzuweisen. Dasselbe gilt für transgeschlechtliche und nichtbinäre Personen unter Geltung des SBGG. Gleichwohl können Personen auch bei Anwendung des § 45b PStG oder SBGG berechtigte Gründe haben, keine amtlichen Änderungen durchzuführen: Manche Menschen möchten ihr Geschlecht aus Angst vor Diskriminierungen in bestimmten Lebensbereichen (z.B. in der Familie) nicht offiziell machen. Für andere Menschen – insbes. Menschen mit Migrationshintergrund – kann die Änderung von Geschlechtsangabe und Vorname in Reisepass und Personalausweis die Gefahr von Stigmatisierung bis hin zu Kriminalisierung im Ausland bergen. Daher muss auch für diese Fälle der Nachweis des Geschlechts durch einen dgti Ergänzungsausweis oder qualifizierte Selbstauskunft möglich sein. Es sind hier allerdings höhere Anforderungen zu stellen: Da das Verfahren nach § 45b PStG und dem SBGG so niedrigschwellig ist, sollte ergänzend zum dgti-Ergänzungsausweis sowie in der qualifizierten Selbstauskunft hinreichend plausibel geschildert werden, wieso keine personenstandsrechtliche Anpassung beantragt worden ist.

c) Begriff der „Migrationsgeschichte“

Personen mit Migrationsgeschichte sind gem. § 3 Abs. 1 PartMigGG sowohl Personen, die selbst oder deren Elternteil die deutsche Staatsangehörigkeit nicht durch Geburt besitzen („Personen mit Migrationshintergrund“) als auch Personen, die rassistisch diskriminiert werden und Personen, denen ein Migrationshintergrund allgemein zugeschrieben wird, z.B. aufgrund phänotypischer Merkmale, Sprache, Name, Herkunft, Nationalität und Religion (hier bezeichnet als „Personen mit Migrationsgeschichte i.w.S.“).
Der Migrationshintergrund einer Person ist objektiv feststellbar anhand der Staatsangehörigkeit der Bewerber:innen oder ihrer Eltern bei Geburt. Die Migrationsgeschichte i.w.S. knüpft hingegen nicht an objektiv feststellbare Tatsachen, sondern

[518] St. Rspr. z.B. BVerfG, Beschl. v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, E 153, 1, 34 f. (Rn. 80); BAG, Urt. v. 27.08.2020 – 8 AZR 62/19, NZA 2021, 189, 193 (Rn. 43).

an Zuschreibungen an. Dies ist vor Art. 3 Abs. 3 GG und § 5 AGG grds. zulässig: Danach sind positive Maßnahmen zulässig, um bestehende Nachteile aus den in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG bzw. § 1 AGG genannten Gründen zu kompensieren. Beide Vorschriften verbieten wiederum nicht (nur) die Anknüpfung an tatsächliche Eigenschaften – wie die Abstammung, Sprache, Religion, Heimat, (ethnische) Herkunft oder Hautfarbe – sondern die Zuschreibung einer „Fremdheit" aufgrund von antisemitischen, rassialisierten und ethnisierten Vorstellungen (vgl. § 7 Abs. 1 Hs. 2 AGG).[519] Es geht nicht um tatsächliche Zugehörigkeiten, „sondern um soziale Zuschreibungen im Kontext von Machtverhältnissen, wie kolonialer Rassismus, Antisemitismus, Antiziganismus, Antislawismus und antimuslimischer Rassismus."[520] Diese Zuschreibungen betreffen auch Personen ohne Migrations*hintergrund*: Auch Nachkommen ehemaliger Einwander:innen jenseits der zweiten Generation sowie Juden und Jüdinnen, schwarze Menschen, Sinti:zze und Rom:nja, die seit vielen Jahrhunderten in Deutschland leben, erfahren rassistische oder ethnische Diskriminierungen. Indem der Begriff der Migrationsgeschichte i.w.S. an solche Zuschreibungen anknüpft, adressiert er diejenigen Personen, deren Förderung gem. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und § 5 AGG grundsätzlich zulässig ist.

Damit positive Maßnahmen aber zur Verwirklichung des Förderzwecks geeignet sind, muss sichergestellt sein, dass davon tatsächlich nur oder überwiegend Menschen mit Migrationsgeschichte profitieren. Daher ist es zulässig und erforderlich, bestimmte Anforderungen an den Nachweis der Migrationsgeschichte aufzustellen, um eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Förderung zu verhindern. Die Anforderungen an den Nachweis müssen – wie die positive Maßnahme selbst – verhältnismäßig sein. Dabei gilt: Je stärker die Maßnahme in die Rechte Dritter eingreift, desto stärker muss eine missbräuchliche Inanspruchnahme durch Menschen ohne Migrationshintergrund verhindert und desto höhere Anforderungen müssen an den Nachweis gestellt werden. Dabei muss die Erbringung des Nachweises für Menschen mit Migrationsgeschichte zumutbar bleiben. Nach diesen Maßstäben ist es unbedenklich, wenn Förderprogramme zur Vorbereitung auf den Arbeitsmarkt an die einfache Selbstauskunft der Betroffenen anknüpfen, z.B. durch das Setzen eines Häkchens in einem Online-Formular. Dasselbe gilt für die Einreichung einer Bewerbung um eine Stelle: Auch hier genügt zunächst eine (freiwillige) Selbstauskunft in der Online-Bewerbungsmaske. Sobald eine positive Maßnahme aber die Chancen von Mitbewerber:innen schmälert, sind die Anforderungen unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit zu erhöhen.
Dies ist dann der Fall, wenn Bewerber:innen aufgrund ihrer Migrationsgeschichte bevorzugt eingestellt werden sollen, wie es § 12 Abs. 1 PartMigGG gegenwärtig für Menschen mit Migrationshintergrund vorsieht.[521] Die Migrationsgeschichte muss zu diesem Zeitpunkt nachgewiesen werden. Der Migrationshintergrund ist z.B. durch die Vorlage von Geburtsurkunden der zu fördernden Person oder ihrer Elternteile zu belegen. Fraglich ist, wie die Migrationsgeschichte i.w.S. nachgewiesen werden kann. Jedenfalls nicht tragfähig ist es, die Beurteilung einer Migrationsgeschichte i.w.S. ausschließlich einzelnen Personen in der Berliner Verwaltung zu überantworten. Müsste die Verwaltung die Migrationsgeschichte i.w.S. von Bewerber:innen von sich aus feststellen – also z.B. die Hautfarbe, Herkunft oder Religion einer Person beurteilen – müsste sie selbst Stereotype affirmieren und die „Fremdheit" einer Person ggf. gegen oder ohne den Willen der Betroffenen bestätigen. Hinzu kommt, dass die phänotypischen Merkmale, Sprache, Herkunft, Nationalität und Religion einer Person nicht zwingend (insbes. nicht aus Bewerbungsunterlagen) ersichtlich sind. Vorzugswürdig ist es daher, an eine qualifizierte Selbstauskunft der zu fördernden Personen anzuknüpfen. Wer (freiwillig) eine Fördermaßnahme für Menschen mit Migrationsgeschichte i.w.S. in Anspruch nimmt, muss darlegen, wieso er oder sie sich zu dem geförderten Personenkreis zählt, dass ihm oder ihr also ein Migrationshintergrund zugeschrieben wird oder er oder sie rassistische Diskriminierungen erfährt. Dafür kann es erforderlich sein, dass die Person z.B. auf ihre Hautfarbe, ihre Religion, ihren Namen oder ihre Zugehörigkeit zu den Sinti oder Roma verweist. Gegen eine solche Auskunftspflicht spricht zwar, dass die betroffenen Personen

[519] *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 48.
[520] *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S. 48.
[521] Dazu unter B. III. 5. c)

dadurch einen „diskriminierenden Blick“ auf sich selbst richten und diskriminierende Vorurteile und Stereotype explizieren müssen. Diese Belastungen sind jedoch hinnehmbar: Die qualifizierte Selbstauskunft ist freiwillig. Außerdem ist keine weniger belastende Alternative ersichtlich, die zugleich einen Rechtsmissbrauch durch Menschen ohne Migrationsgeschichte erschwert. Schließlich ist eine Pflicht zur Selbstauskunft im Antidiskriminierungsrecht auch andernorts anerkannt: Wer vor Gericht eine rassistische Diskriminierung geltend macht, muss beweisen oder glaubhaft machen, dass jemand ihn oder sie anhand äußerer und/oder vermeintlich vererblicher Merkmale in Gruppen klassifiziert und ihm oder ihr bestimmte kollektive Eigenschaften zugesprochen hat.[522] Im Rahmen der Glaubhaftmachung ist die Benennung der eigenen Merkmale (z.B. der Hautfarbe) ein gewichtiges Indiz.[523] Bevor ein Bewerber oder eine Bewerberin aufgrund ihrer Migrationsgeschichte i.w.S. tatsächlich bevorzugt eingestellt wird,[524] muss die Berliner Verwaltung auf Grundlage der Selbstauskunft prüfen, ob die vorgetragenen Gründe hinreichend plausibel sind. Dabei geht es in erster Linie darum, Rechtsmissbrauch auszuschließen. Eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Fördermaßnahme ist anzunehmen, wenn ethnisierte oder rassistische Diskriminierungen auf Grundlage der Selbstauskunft nicht in Betracht kommen. Das ist z.B. der Fall, wenn Bewerber:innen auf ihre ostdeutsche „Herkunft“, ihre evangelische Religion oder einen bayerischen Dialekt verweisen würden. Schließlich können Diskrepanzen zu den eingereichten Bewerbungsunterlagen oder erhobenen Personaldaten auf einen Rechtsmissbrauch deuten.

5. Rechtsfragen im Rahmen des PartMigGG

a) Verfassungsmäßigkeit und Anwendbarkeit des PartMigG

aa) Verfassungsmäßigkeit des PartMigG

Das Gesetz zur Förderung der Partizipation in der Migrationsgesellschaft des Landes Berliner (Partizipationsgesetz - PartMigG) vom Juli 2021[525] stellt eine Weiterentwicklung des Gesetzes zur Regelung von Partizipation und Integration in Berlin (PatIntG) aus dem Jahr 2010 dar.[526] Es zielt auf die Förderung der chancengleiche Teilhabe und Partizipation von Menschen mit Migrationsgeschichte in Berlin und speziell in der Berliner Verwaltung. Auch andere Bundesländer wie Baden-Württemberg[527] und Nordrhein-Westfalen[528] haben mittlerweile Gesetze erlassen mit dem Ziel, die Vertretung von Menschen mit Migrationshintergrund zu verbessern und ihren Anteil in der Verwaltung zu erhöhen.[529] Im Folgenden wird die Verfassungsmäßigkeit der Änderungen des PartMigG sowohl in formeller als auch materieller Hinsicht geprüft.

(1) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Die Gesetzgebungszuständigkeit des Landes für Regelungen zur verstärkten Partizipation von Menschen mit Migrationshintergrund in der Berliner Verwaltung ergibt sich aus Art. 70 Abs. 1 GG und, soweit Materien der konkurrierenden Gesetzgebung betroffen sind, aus Art. 72 Abs. 1 GG.[530] Wie ausgeführt, ist eine Sperrwirkung durch bundesgesetzliche Regelungen nach Art. 72 Abs. 1 GG, insbesondere das AGG oder das BeamtStG, nicht eingetreten.[531] Das Gesetzgebungsverfahren nach Artt. 59, 60 VvB wurde ordnungsgemäß durchgeführt. Das PartMigG ist demnach formell verfassungsmäßig.

---

[522] *Lasserre,* NZA 2022, 302, 304; BeckOK BGB-*Horcher*, AGG, § 1 Rn. 13.
[523] Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 12.12.2011 - 10 U 106/11, NJW 2012, 1085, 1086; OVG Koblenz, Urt. v. 21.04.2016, NJW 2016, 2820, 2827 (Rn. 108 ff.).
[524] Dies sieht das PartMigG bislang nicht vor. § 12 Abs. 1 PartMigG sieht nur vor, dass Menschen mit Migrationshintergrund in besonderem Maße berücksichtigt werden.
[525] Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung der Partizipation im Land Berlin vom 5. Juli 2021, GVBl. Bln. 2021, S. 842.
[526] Vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 26.
[527] Partizipations- und Integrationsgesetz für Baden-Württemberg (PartIng BW) vom 1.12.2015, GBl. BW 2015, S. 1048.
[528] Gesetz zur Förderung der gesellschaftlichen Teilhabe und Integration in Nordrhein-Westfalen (TIntG) vom 14.2.2012, GV. NRW 2012, S. 95.
[529] Eine vergleichende Darstellung aller Integrationsgesetze der Bundesländer findet sich bei *Schupp/Wohlfahrt*, Integrationsgesetze auf Länderebene, S. 11 ff. und *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 24 f.
[530] Vgl. *Schupp/Wohlfahrt*, Integrationsgesetze auf Länderebene, S. 8 f.
[531] Siehe oben B. III. a)

(2) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Die Verpflichtung der öffentlichen Verwaltung des Landes, die Partizipation und Integration von Menschen mit Migrationsgeschichte zu fördern, nach § 1 S. 2 PartMigG insbesondere

1. die Belange von Personen mit Migrationsgeschichte im Rahmen der Aufgabenwahrnehmung zu berücksichtigen, die migrationsgesellschaftliche Ausrichtung zu fördern und die migrationsgesellschaftliche Kompetenz der Verwaltung zu verbessern,

2. die Beschäftigung von Personen mit Migrationshintergrund gemäß ihrem Anteil an der Berliner Bevölkerung im öffentlichen Dienst des Landes gezielt zu fördern und

3. die Partizipation fördernde Strukturen auf Landes- und Bezirksebene zu sichern und weiterzuentwickeln sowie Personen mit Migrationsgeschichte und ihre zivilgesellschaftlichen Organisationen zu fördern, einzubinden und zu unterstützen,

bewegen sich mit Blick auf das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG vollständig im Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers.[532] Zentrale Regelungsinstrumente zur Erreichung der genannten Ziele sind die Durchführung einer Bestandsaufnahme und Analyse der Beschäftigtenstruktur und, darauf fußend, die Entwicklung von Förderplänen zur Steigerung des Anteils von Beschäftigten mit Migrationshintergrund in der Verwaltung (§§ 8-9 PartMigG), Regelungen zu Stellenausschreibungen (§ 9 PartMigG) sowie Quotenregelungen für Auswahlverfahren, Einstellungen sowie die Vergabe von Ausbildungsplätzen (§§ 11-13 PartMigG).[533] Darüber hinaus sieht das Gesetz – in Weiterentwicklung des PartInG – die Einrichtung von Beauftragten und Beiräten für Partizipation, Integration und Migration auf Senats- und Bezirksebene vor (§§ 15-19 PartMigG).
Da es sich bei den Regelungen zur Personalentwicklung und der Aufstellung von Förderplänen sowie die Einreichung von Beauftragten und Beiräten nach §§ 15 ff. PartMigG um objektiv-rechtliche Verpflichtungen handelt, die erkennbar nicht subjektive Rechtspositionen Dritter berühren, sind Regelungspunkte, die verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen könnten, nicht erkennbar.[534] Insbesondere wird den Beauftragten oder Beiräten für Partizipation kein Mitentscheidungsrecht bei Verwaltungsmaßnahmen eingeräumt, sodass die Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 2 GG nicht näher geprüft werden muss.[535]
Verfassungsrechtliche Einwände wurden, soweit ersichtlich, in öffentlichen Stellungnahmen nur in Bezug auf die „Quoten"-Regelungen der §§ 11 bis 13 PartMigG vorgebracht.[536] Im juristischen Schrifttum gibt es (bislang) keine Beiträge, welche verfassungsrechtliche Einwände gegen einzelne Regelungen des PartMigG genauer darlegen.[537]

---

[532] Das Sozialstaatsprinzip umfasst den Auftrag zum Ausgleich sozialer Ungleichheiten, BVerfG, Beschl. v. 27.4.1999 - 1 BvR 2203/93, 897/95, E 100, 271, 284 (Rn. 257); BVerfG, Beschl. v. 8.5.2013 - 1 BvL 1/08, E 134, 1 (Rn. 42); dabei steht dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu, BVerfG, Urteil vom 3. 4. 2001 - 1 BvR 1681/94 u.a., E 103, 271, 288; st. Rspr.

[533] Die Regelungen sind strukturell an den Gleichstellungsgesetzen orientiert, vgl. *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 24 f.

[534] Datenschutzrechtliche Fragen, die § 8 PartMiG aufwerfen könnte, sind nicht Gegenstand des Gutachtens. Da die Angabe des Migrationshintergrunds durch die Bewerber:innen und Beschäftigte freiwillig erfolgt, sind auch hier keine durchgreifenden rechtlichen Probleme zu erkennen; zur Vereinbarkeit mit der DSGVO, dem BeamtStG und dem BDSG ausf. Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 40 ff.

[535] Vgl. parallel zur Gleichstellungsbeauftragten BVerfG, Beschl. v. 26.10.1994 - 2 BvR 445/91 - E 91, 228, 244 (Rn. 44); zu den Anforderungen demokratischer Legitimation grdl. BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 - 2 BvF 3/89, E 83, 60 (71 ff.) – Ausländerwahlrecht II; BVerfG, Besch. V. 24.05.1995 - 2 BvF 1/92, E 93, 37 (66 ff.) - Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein; BVerfG, Beschl. v. 5.12.2002 - 2 BvL 5/98 u.a., E 107, 59 (87 ff.) – Wasserverbandsbeschluss; BVerfG, Beschl. v. 13.7.2004 - 1 BvR 1298/94 u.a., E 111, 191 (215 ff.) – Notarkassen.

[536] Siehe „Berliner Verwaltung plant Migrantenquote", JURAONLINE Blog, 21.1.2021, abrufbar https://jura-online.de/blog/2021/01/21/berliner-verwaltung-plant-migrantenquote/ (31.1.2023).

[537] Dezidiert gegen jede Form der „Migrantenquote" und Bevorzugungsregelung aufgrund des Migrationshintergrunds, jedoch ohne Bezugnahme auf die (damals noch nicht existierenden) Regelungen des PartMiG, wenden sich *Majer/Pautsch*, ZAR 2020, 414 ff.

(a)Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Die für die verfassungsrechtliche Würdigung der §§ 11 bis 13 PartMigG relevanten Fragen und Maßstäbe wurden im Gutachten bereits ausführlich behandelt. Danach sind Bevorzugungsregelungen nur für den Fall einer im Wesentlichen gleichen Qualifikation und Eignung von Bewerber:innen zulässig (qualifikationsabhängige Entscheidungsquote); der Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG ist insoweit nicht berührt.[538] Entsprechende Regelungen können über die Förderaufträge nach Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG hinaus auch für andere strukturell benachteiligte und unterrepräsentierte Gruppen i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG getroffen werden.[539] Der Migrationshintergrund ist dabei trotz gewisser Unschärfen eine geeignete statistische Referenzgröße zur Feststellung der Unterrepräsentanz einer aufgrund der Herkunft und rassistischer Zuschreibungen strukturell benachteiligten Gruppe.[540] Jedoch muss die Einzelfallgerechtigkeit gewahrt bleiben.[541] Bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen ist - außerhalb von Ausbildungsmonopolen -[542] der Spielraum für echte Quotenregelungen deutlich größer: Es sind auch feste Reservierungsquoten zulässig, soweit eine angemessene Quotenbildung erfolgt.[543]

(b) Einladung zum Auswahlgespräch, § 11 PartMigG

Nach § 11 Abs. 1 S. 1 PartMigG sind bei Auswahlverfahren bei Stellenbesetzungen mindestens so viele Personen mit Migrationshintergrund zu Auswahlgesprächen einzuladen wie es ihrem Anteil an der Berliner Bevölkerung entspricht, sofern sie die geforderte Qualifikation besitzen und ausreichend Bewerbungen von Personen mit Migrationshintergrund in ausreichender Zahl vorliegen. Da nach dieser Vorschrift ausschließlich Personen zum Auswahlgespräch einzuladen sind, welche die nach dem Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stelle erforderliche Qualifikation besitzen,[544] und die Einladungsquote zudem unter den Vorbehalt gestellt wird, dass ausreichend Bewerber:innen mit Migrationshintergrund diese Bedingung erfüllen, ist der Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG gewahrt. Es wird durch die Vorschrift keine Verpflichtung begründet, ungeeignete Bewerber:innen zum Vorstellungsgespräch einzuladen und es werden auch keine Bewerber aufgrund eines nicht vorhandenen Migrationshintergrunds vom Auswahlgespräch ausgeschlossen.[545] Zwar könnte eine mittelbare Benachteiligung aufgrund der (ethnischen) Herkunft nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG darin gesehen werden, dass sich gegebenenfalls die Chancen auf eine Einladung zum Vorstellungsgespräch von Menschen ohne Migrationshintergrund etwas verschlechtern, falls nur eine von vornherein begrenzte Anzahl von Vorstellungsgesprächen geführt werden soll. Jedoch ist dieser Nachteil als gering einzustufen, zumal eine solche Vorauswahl vor allem Bewerber:innen trifft, die nach der Bewertung ihren Bewerbungsunterlagen ohnehin schlechtere Aussichten auf die Stelle haben. Falls man also von einer mittelbaren Benachteiligung ausgeht, ist diese nach § 5 AGG, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sachlich gerechtfertigt und angemessen.[546]

(c) Qualifikationsabhängige Bevorzugungsregel bei Einstellungen nach § 12 PartMigG

§ 12 Abs. 1 PartMigG schreibt vor, dass Personen mit Migrationshintergrund, die eine zur Besetzung der Stelle oder Funktion „gleichwertige Qualifikation (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung)“ haben, gezielt geworben und „unter Beachtung des Vorrangs der in Artikel 33 Absatz 2 des Grundgesetzes festgelegten Grundsätze sowie den hierzu bestehenden einfachgesetzlichen Vorschriften und unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit“ bei Einstellungen „in besonderem Maße berücksichtig werden [sollen], um den Anteil der Personen mit Migrationshintergrund in jeder Laufbahn, Berufsfachrichtung, Vorgesetzten- oder

[538] Siehe oben B. III. c) und B. III. 2. a) bb) (2)
[539] Siehe oben B. III. b) bb) (1) (b)(bb).
[540] Siehe oben 0und B. III. 2. a) bb) (2) (a).
[541] Siehe oben B. III. 2. a) bb) (2) (a) und B. III. 2. a) bb) (2) (b)(aa).
[542] Siehe oben B. III. d)
[543] Siehe oben B. III. 2. b) bb)
[544] Dies wird durch die Bezugnahme auf die Ausschreibung nochmal klargestellt, Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 45.
[545] Vgl. *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 29.
[546] Vgl. *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S. 29.

Leitungsebene und Funktionsstelle der jeweiligen Stelle [...] mindestens entsprechend ihrem Anteil an der Bevölkerung Berlins abzubilden." Die Regelung bezieht sich ausdrücklich nur auf (Neu-)Einstellungen und nicht (auch) auf Beförderungen. Auch wenn die Regelung im Vergleich zu § 8 Abs. 1 LGG etwas weicher formuliert ist und keine generelle Bevorzugung, sondern eine Berücksichtigung „in besonderem Maße" fordert, handelt es sich um eine qualifikationsabhängige Entscheidungsregel.[547] Diese ist, wie dargelegt, bei im Wesentlichen gleicher Eignung von Bewerbern sowohl mit Art. 33 Abs. 2 GG als auch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vereinbar, soweit eine Öffnungsklausel die Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit sicherstellt.[548] Dies ist vorliegend der Fall.[549] Darüber hinaus stellt § 12 Abs. 1 PartMigG nochmals ausdrücklich klar, dass die in Art. 33 Abs. 2 GG festgelegten Grundsätze Vorrang haben und zu beachten seien. Es ist damit denklogisch auszuschließen, dass § 12 Abs. 1 PartMigG gegen den Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen könnte.[550]

(d) Vergabe von Ausbildungsplätzen, § 13 PartMigG

Nach § 13 Abs. 1 S. 1 PartMigG „sollen" Ausbildungsplätze „verstärkt von Personen mit Migrationshintergrund unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit und mindestens ihrem Anteil an der Bevölkerung Berlins entsprechend besetzt werden, sofern sie die gleiche Qualifikation (Eignung, Befähigung, fachliche Leistung) wie Mitbewerbende ohne Migrationshintergrund haben und Bewerbungen von Personen mit Migrationshintergrund in ausreichender Zahl vorliegen." In Anbetracht des deutlich größeren Spielraums des Gesetzgebers für Quoten im Ausbildungsbereich bis hin zu festen Reservierungsquoten wie § 7 Abs. 2 LGG,[551] erscheint die vorliegende Regelung des § 13 Abs. 1 PartMigG überaus zurückhaltend. Nach der Gesetzesbegründung soll es sich um „keine Quotenregelung" handeln.[552] Zum einen werde kein absoluter Höchstsatz vorgeschrieben, sondern auf den Anteil an der Berliner Bevölkerung abgestellt. Zum anderen werde auch kein unbedingter und absoluter Vorrang für Personen mit Migrationshintergrund festgelegt; dies werde durch die Soll-Bestimmung nochmal verdeutlicht.[553]
Gerade bei der Besetzung von Ausbildungsplätzen besteht das größte Potenzial zu einer diversitätsorientierten Öffnung des öffentlichen Dienstes.[554] Im Rahmen der Ausbildung wird die spezielle Qualifikation für die Ausübung von Stellen im öffentlichen Dienst erst hergestellt.[555] Daher darf bei der Vergabe der Ausbildungsstellen auch an die formale Grundqualifikation und -eignung der Bewerber:innen angeknüpft werden; die AVLGG zu § 7 Abs. 2 schreiben dies ausdrücklich vor.[556] Art. 33 Abs. 2 GG, auf dessen Wortlaut der § 13 Abs. 1 PartMigG unmittelbar Bezug („Eignung, Befähigung und fachliche Leistung) nimmt, kommt überdies nur bei einem Teil der Ausbildungsstellen, und zwar denjenigen, die ausschließlich für eine Laufbahn im öffentlichen Dienst qualifizieren, zur Anwendung.[557] Dennoch stellt § 13 Abs. 1 PartMigG die Vergabe von Ausbildungsplätzen unter den Vorbehalt der gleichen Qualifikation und sieht zudem eine Öffnungsklausel zur Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit vor.[558]
Zweifel könnten hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit allerhöchstens mit Blick auf staatliche Monopolausbildungen (insb. Referendardienst) auftreten.[559] Analog der AVLGG zu § 7 Abs. 3, ist § 13 Abs. 1 PartMigG bei verfassungskonformer Auslegung daher auf solche Ausbildungsverhältnisse nicht anzuwenden.[560]

---

[547] Siehe oben B. III. 2. a) bb) (2) (b)(aa); ausf. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 239.
[548] Siehe oben B. III. 2. a) bb) (2) (b)(aa).
[549] Zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 12 Abs. 1 PartMiG siehe im Folgenden B. III. 5. c) .
[550] Zur Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 GG ausf. oben B. III. c) dd) (1) B. III. 2. a) bb) (2) (b)(aa).
[551] Siehe oben B. III. 2. b) bb)
[552] Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 48.
[553] Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 48.
[554] Ziekow, DÖV 2014, 765, 774 f.
[555] EuGH, Urt. v. 28.03.2000 - C-158/97 (Badeck) - NJW 2000, 1549, 1553 (Rn. 53).
[556] Siehe oben B. III. 2. b) bb) (2)
[557] Vgl. Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Bd. 2, Art. 33 Rn. 85; Sachs-*Battis*, GG, Art. 33 Rn. 25; siehe auch oben B. III. e)
[558] Vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 48.
[559] Dazu oben B. III. d)
[560] Vgl. oben B. III. 2. b) bb) (3)

(3) Ergebnis verfassungsrechtliche Prüfung

Es ist damit festzuhalten, dass die einzelnen Vorschriften des ParMiG, insbesondere §§ 11 bis 13 PartMigG, materiell mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Es ist nicht ersichtlich, dass eine Prüfung nach der Verfassung von Berlin zu einem anderen Ergebnis führen könnte.[561] Das PartMigG ist daher in seinen zentralen Vorschriften verfassungsgemäß.

bb) Anwendbarkeit des PartMigG und Anwendungspflicht der Verwaltung

Das PartMigG ist am 6. Juli 2021 in Kraft getreten und ist seither verbindliches Recht.[562] Die Berliner Verwaltung ist nach dem Grundsatz der Gesetzesbindung der Exekutive (Art. 20 Abs. 3 GG) verpflichtet, die Normen des PartMigG umsetzen.[563] Daran würde sich nichts ändern, wenn einzelne Bedienstete die Vorschriften des PartMigG für verfassungswidrig hielten. Die Entscheidung über die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Parlamentsgesetzes ist nach Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht bzw. den Verfassungsgerichten der Länder vorbehalten (sog. Verwerfungsmonopol).[564] Bis zur Erklärung ihrer Nichtigkeit bzw. Unvereinbarkeit mit der Verfassung sind sie – abgesehen vom Fall einer evidenten Verfassungswidrigkeit – zu vollziehen.[565]

Frage: Bedarf es des Erlasses einer Veraltungsvorschrift durch die für Integration zuständige Senatsverwaltung nach § 22 PartMigG, damit das PartMigG, insbesondere §§ 8 und 9 PartMigG, ausgeführt werden kann?

Nach § 22 PartMigG erlässt die für Integration zuständige Senatsverwaltung „zur Ausführung dieses Gesetzes erforderliche Verwaltungsvorschriften“. Diese Norm enthält keinen Vorbehalt der Anwendbarkeit oder Vollzugsfähigkeit des PartMigG. Es handelt sich vielmehr um eine typische „Ermächtigungsvorschrift zum Erlass erforderlicher Verwaltungsvorschriften, wie beispielsweise Ausführungsvorschriften zur Gewährleistung einer einheitlichen Umsetzung“.[566] Hätte der Gesetzgeber die Anwendung einzelner Vorschriften unter den Vorbehalt des Erlasses konkretisierender Verwaltungsvorschriften stellen wollen, hätte er dies ausdrücklich so regeln können und müssen.
§ 8 Abs. 1 S. 1 PartMigG begründet eine unmittelbare und unbedingte Verpflichtung der öffentlichen Stellen gem. § 4 Abs. 1 PartMigG, bei sich bewerbenden Personen und Beschäftigten den Migrationshintergrund i.S.d. § 3 Abs. 2 PartMigG zu erheben. Hierzu ist jeweils eine schriftliche Einwilligung der betreffenden Personen einzuholen. Diese sind zuvor nach § 8 Abs. 2 PartMigG auf die Freiwilligkeit der Angabe sowie weitere Punkte (u.a. die jederzeitige Widerrufbarkeit der Einwilligung) hinzuweisen. Die Vorschrift ist hinreichend konkret und bestimmt, sodass sie problemlos ohne weitere Umsetzungsvorgaben ausgeführt werden kann – und muss.
Für eine einheitliche Anwendung des § 9 PartMigG in der Berliner Verwaltung könnten konkretisierende Verwaltungsvorschriften zwar zweckdienlich sein. Diese hätten – vergleichbar den AVLGG zu § 3 Abs. 2 – voraussichtlich jedoch eher ergänzende Funktion. Auch mit Blick auf Frauenförderpläne enthalten die Verwaltungsvorschriften nur einzelne Konkretisierungen,[567] während sich die wesentliche Verwaltungspraxis in unmittelbarer Auslegung und Anwendung der Landesgleichstellungsgesetze entwickelt hat.[568]

---

[561] Zum Gleichlaufen des Grundrechtsschutzes auf Bundes- und Landeseben grdl. BVerfG, Beschl v. 15.10.1997 - 2 BvN 1-95, E 96, 345, 364 ff.; vgl. Jarass/Pieroth-*Jarass*, GG Art. 142 Rn. 4.
[562] Art. 13 Abs. 1 des Gesetzes zur Neuregelung der Partizipation im Land Berlin vom 5. Juli 2021, GVBl. Bln. 2021, S. 842.
[563] Vgl. Jarass/Pieroth-*Jarass*, GG Art. 20 Rn. 52 ff.; Dreier-*Schulze-Fielitz*, GG, Bd. 2, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 96, *Grill* JuS 2000, 1080, 1081.
[564] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.12.2018 - 2 BvL 4/11 - E 150, 204 (Rn. 70); Jarass/Pieroth-*Jarass*, GG Art. 101 Rn. 2.
[565] Vgl. Dreier-*Schulze-Fielitz*, GG, Bd. 2, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 98; ausf. *Grill* JuS 2000, 1080 ff. mit etlichen Nachweisen.
[566] Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 62.
[567] AVLGG zu § 3 Abs. 2 weist darauf hin, dass es in manchen Bereichen geboten sei, in den verschiedenen Besoldungs- und Entgeltgruppen zusätzlich nach Berufsfachrichtungen zu unterscheiden, wenn die Frauen- bzw. Männeranteile dort typischerweise stark auseinandergehen. Weiter enthält die Verwaltungsvorschrift die Vorgabe, dass die Prüfung der Unterrepräsentanz mindestens alle drei Monate stattfinden soll.
[568] Ausf. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 152 ff.

Die §§ 8 und 9 PartMigG sind demnach von der Berliner Verwaltung unmittelbar zu vollziehen und stehen nicht unter einem Vorbehalt des Erlasses von Verwaltungsvorschriften nach § 22 PartMigG.

b) Feststellung von Unterrepräsentanz

Für die qualifikationsabhängige Entscheidungsquote bei Einstellungen nach § 12 Abs. 1 PartMigG ist die Annahme einer Unterrepräsentanz im öffentlichen Dienst des Landes notwendig, da die Bevorzugung bei im Wesentlichen gleicher Eignung darauf ausgerichtet ist, „dem Anteil der Personen mit Migrationshintergrund in jeder Laufbahn, Berufsfachrichtung, Vorgesetzten- oder Leitungsebene und Funktionsstelle der jeweiligen öffentlichen Stelle nach § 4 Absatz 1 mindestens entsprechend ihrem Anteil an der Bevölkerung Berlins abzubilden". Dies setzt voraus, dass dieser Zustand noch nicht erreicht ist. Hingegen ist für die Anwendung des § 13 PartMigG die Feststellung von Unterrepräsentanz von Menschen mit Migrationshintergrund unter den Beschäftigten in der Laufbahn oder Berufsrichtung, für die ausgebildet wird, – anders als nach § 7 Abs. 2 LGG –[569] nicht erforderlich. Selbst wenn keine Unterrepräsentation in einem bestimmten Bereich der Berliner Verwaltung (mehr) bestehen sollte, bleibt das öffentliche Interesse an einer chancengleichen Ausbildung von Personen mit Migrationshintergrund bestehen, jedenfalls solange weiter von einer Benachteiligung auf dem (Gesamt-)Ausbildungsmarkt ausgegangen werden kann.[570]
Nach dem Regelungskonzept des PartMigG kann sich die Feststellung von Unterrepräsentanz von Personen mit Migrationshintergrund – entsprechend dem LGG – auf die nach § 9 Abs. 1 PartMigG durchzuführende Bestandsaufnahme und Analyse der Beschäftigtenstruktur unter Berücksichtigung der zu erwartenden Fluktuation stützen. Nach § 8 Abs. 1 PartMigG haben alle öffentlichen Stellen i.S.d. § 4 Abs. 1 PartMigG bei ihren Beschäftigten zu erheben, ob es sich um Personen mit Migrationshintergrund gem. § 3 Abs. 2 PartMigG handelt. Auf der Grundlage der Auswertungen hat die öffentliche Stelle nach § 9 Abs. 2, 3 PartMigG Förderpläne für einen Zeitraum von fünf Jahren (mit einer Anpassungspflicht spätestens nach drei Jahren) zu erstellen. In diesen Plänen ist die Anzahl der Personen mit Migrationshintergrund, also der Beschäftigten, die eine ausländische Staatsangehörigkeit haben oder bei Geburt hatten bzw. deren Eltern bei ihrer Geburt nicht deutsche Staatsangehörige waren, und den Personen ohne Migrationshintergrund festzuhalten. Dies hat aufgeschlüsselt nach Besoldungs- und Entgeltgruppen sowie Vorgesetzten- und Leitungsebenen für die einzelnen Laufbahnen oder Berufsfachrichtungen (vgl. § 9 Abs. 1 S, 2, Abs. 3 PartMigG) zu erfolgen. Damit gestaltet das PartMigG die Erstellung der Beschäftigtenanalyse und Förderpläne weitestgehend analog zu den Frauenförderplänen nach § 4 LGG aus. Entsprechend kann bei der Erstellung der Analysen nach § 9 Abs. 1 PartMigG auf die hierzu entwickelte Verwaltungspraxis und Standards zurückgegriffen werden.[571]

Es ergibt sich gegenüber der Bestandsaufnahme und Analyse der Beschäftigtenstruktur nach § 4 Abs. 1 LGG eine Schwierigkeit. Anders als das personenstandsrechtlich erfasste Geschlecht der Beschäftigten, sind die Angaben über den Migrationshintergrund durch die Beschäftigten nach § 8 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 4 PartMigG freiwillig und können jederzeit widerrufen werden. Auch wenn vermutet werden kann, dass ein Widerruf der Einwilligung nur in Einzelfällen vorkommen wird, ist nicht auszuschließen, dass ein Teil der Beschäftigten keine Auskunft über den Migrationshintergrund geben möchte. Insofern kann und wird es im Vergleich zu den Frauenförderplänen zu statistischen Lücken kommen. Diese wurden aber durch das PartMigG bewusst in Kauf genommen, um den berechtigten Interessen der Beschäftigten auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten Rechnung zu tragen.[572]
Dementsprechend muss die Bestandsaufnahme für die jeweiligen Laufbahnen, Berufsfachrichtungen, Besoldungs- und Entgeltgruppen sowie Vorgesetzten- und

[569] Dazu Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, § 7 BerlLGG Rn.1375.
[570] Vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 47 unter Bezugnahme auf *Schneider/Yemane/Weinmann*, Diskriminierung am Ausbildungsmarkt, 2014; das gilt so lange, wie auf der Grundlage belastbarer Daten oder Studien von strukturellen Nachteilen von Auszubildenden mit Migrationshintergrund ausgegangen werden kann; siehe oben B. III. b) aa) (3) (a).
[571] Ausf. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 106 ff.
[572] Siehe Art. 4 Nr. 11 DSGVO; Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 41.

Leitungspositionen neben den Kategorien „Migrationshintergrund“ und „kein Migrationshintergrund“ auch eine Spalte „keine Angaben“ oder „nicht bekannt“ enthalten. Nur dann lässt sich erkennen, wie verlässlich die Datenbasis ist, die der Feststellung von Unterrepräsentanz in den einzelnen Bereichen und damit auch der Zielentwicklung der Förderpläne zugrunde gelegt werden kann.
Da das PartMigG die genannte statistische Lücke bewusst in Kauf genommen hat, ist erkennbar, dass die Analyse der Beschäftigtenstruktur, die Feststellung von Unterrepräsentanz und die Aufstellung der Förderpläne dennoch für möglich und sinnvoll gehalten wird. Soweit zumindest ein weit überwiegender Anteil der Beschäftigten Auskunft über das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Migrationshintergrunds gegeben hat, ist es, soweit keine Anhaltspunkte für eine Verzerrung im Antwortverhalten der Gruppen vorliegen, zulässig, die ermittelten Prozentzahlen auf die Gesamtheit hochzurechnen.[573] Dabei kann als statistische Kontrollgröße auch die Staatsangehörigkeit der Beschäftigten, die der Personalabteilung (analog dem personenstandsrechtlichen Geschlecht) in der Regel bekannt ist, herangezogen werden. So lässt sich der Anteil von Personen mit Migrationshintergrund an der Berliner Bevölkerung von 40 Prozent Mitte des Jahres 2023 in gerundet 25 Prozent (5/8) Menschen mit ausländischer Staatsangehörigkeit und 15 Prozent (3/8) deutsche Staatsangehörige aufteilen.[574] Die Gruppe der Personen mit Migrationshintergrund setzt sich somit zu über 60 Prozent aus Personen nicht-deutscher Staatsangehörigkeit zusammen. Mit den Zahlen der Beschäftigten nicht-deutscher Staatsangehörigkeit lassen sich die Zahlen aus den Eigenangaben nach § 8 PartMigG somit abgleichen, um die Validität der sich ergebenden prozentualen Anteile mit Blick auf die Gesamtzahl der Beschäftigten im jeweiligen Bereich zu stützen.

Frage: Muss zur Anwendung der Regelung nach § 12 PartMigG bekannt sein, wie hoch der Anteil von Personen mit Migrationshintergrund in dem jeweils maßgeblichen Referenzbereich der öffentlichen Stelle ist oder kann auch auf andere Quellen zurückgegriffen werden?

Erkennbar baut die qualifikationsabhängige Entscheidungsregel des § 12 Abs. 1 PartMigG auf die Bestandsaufnahme und Analyse der Beschäftigtenstruktur innerhalb einer öffentlichen Stelle nach § 9 Abs. 1 PartMigG auf. Anders als § 8 Abs. 1 LGG[575] setzt § 12 Abs. 1 PartMigG diese aber nicht zwingend voraus. Während § 8 Abs. 1 LGG eine bevorzugte Einstellung von Frauen bei gleichwertiger Eignung so lange fordert, bis Parität in dem jeweiligen Bezugsbereich (Laufbahn, Berufsfachrichtung, Vorgesetzten- oder Leitungseben und Funktionsstelle) hergestellt ist, benennt § 12 Abs. 1 PartMigG die Repräsentanz lediglich als „Ziel“ [576] der Regelung („um … abzubilden“). Der Gesetzgeber ist dabei von einem im Verhältnis zum Anteil an der Gesamtbevölkerung Berlins derzeit geringen Anteil von Beschäftigten mit Migrationshintergrund von 12 Prozent ausgegangen.[577] Entsprechend ist die Regelung auch dann anwendbar, wenn eine genaue Bestandsaufnahme nach § 9 Abs. 1 PartMigG noch nicht stattgefunden hat und es keine Hinweise darauf gibt, dass in dem jeweiligen Bezugsbereich – anders als in den anderen Teilen der Berliner Verwaltung – eine Repräsentanz von Personen mit Migrationshintergrund entsprechend dem Anteil an der Bevölkerung Berlins bereits erreicht sein könnte. Selbst in Behörden, die bereits heute einen erheblichen Anteil von Personen mit Migrationshintergrund bei Neueinstellungen aufweisen,[578] wird es noch einige Zeit dauern, bis in den jeweiligen Bezugsbereichen keine Unterrepräsentanz mehr besteht. Als Kontrollgröße kann sich die Verwaltung dabei auch an vorliegenden Daten über Beschäftigte mit ausländischer Staatsangehörigkeit orientieren.[579] Steigt der Anteil der Beschäftigten mit Migrationshintergrund in den kommenden Jahren

[573] Zum Problem der Ausfallquoten (Non-Response) bei Stichprobenerhebungen siehe *Diekmann*, Empirische Sozialforschung, S. 359 ff.
[574] Statistisches Landesamt Berlin Brandenburg, Statistischer Bericht A I 5 – hj 1 / 23, Einwohnerregisterstatistik Berlin 30. Juni 2023, Bestand -Grunddaten, Ziff. 7, S. 10.
[575] Vgl. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 118.
[576] Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 46.
[577] Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 46 unter Bezugnahme auf Daten aus dem Integrationsmonitoring der Länder; zur Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers bei Feststellung von Unterrepräsentanz vgl. LVerfG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 10.10.2017 - 7/16, Rn. 84 ff.
[578] So hatten bei der Berliner Polizei im Jahr 2022 37 Prozent der neu eingestellten Polizist:innen einen Migrationshintergrund; vgl. Mediendienst Integration, Recherche Polizist*innen mit Migrationshintergrund, S. 5.
[579] Siehe oben B. III. 5. b)

jedoch wie beabsichtigt an, sodass nicht von vornherein von einer Unterrepräsentanz in den einzelnen Bezugsbereichen ausgegangen werden kann, wird eine genaue Abbildung der Beschäftigtenstruktur zum Nachweis der Unterrepräsentanz bereits aus Gründen der Verhältnismäßigkeit notwendig.[580]

c) Entscheidungsregel nach § 12 Abs. 1 PartMigG und Verhältnis zu LGG und der VV Inklusion

Frage: Wie ist das Merkmal „gleichwertige" Qualifikation i.S.d. § 12 Abs. 1 PartMigG auszulegen und ab wann greift das Hilfskriterium?

§ 12 Abs. 1 PartMigG übernimmt verschiedene Begrifflichkeiten des § 8 Abs. 1 LGG. Das gilt auch für das Tatbestandsmerkmal der „gleichwertigen Qualifikation (Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung)", das - ebenso wie im LGG - im Sinne der Rechtsprechung auszulegen ist. [581] Eine „gleichwertige" bzw. „im Wesentlichen gleiche" Eignung liegt danach vor, wenn eine Bewertung der Eignung der Bewerber:innen nach Art. 33 Abs. 2 mit Blick auf das Anforderungsprofil der Stelle zu einem Gleichstand führt. Der Einstellungsbehörde steht dabei ein gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum, insbesondere auch mit Blick auf die Gewichtung der verschiedenen Eignungskriterien, zu. [582] Erst bei einer solchen „Eignungspatt", d.h. nach Vornahme der Gesamtbewertung mit Gewichtung der verschiedenen Eignungskriterien durch die Einstellungsbehörde, kommt die Bevorzugungsregel zum Tragen.[583]

Fragen: Was bedeutet, dass Personen mit Migrationshintergrund „in besonderem Maße zu berücksichtigen" sind? Wie verhält sich die Regelung zu anderen Bevorzugungsregelungen nach dem LGG und der VV Inklusion?

Das Hilfskriterium „Migrationshintergrund" kommt, wie gezeigt, nach § 12 Abs. 1 PartMigG nur bei einer im Wesentlichen gleichen Eignung der Bewerber:innen zur Anwendung. Dass der Migrationshintergrund dann „in besonderem Maße" zu „berücksichtigen" ist, bedeutet, dass er in diesem Fall des Eignungspatts als Hilfskriterium zur Anwendung kommen soll.[584] Es muss allerdings dann von vornherein zurücktreten, wenn der Migrationshintergrund im Einzelfall offensichtlich keine Person betrifft, die einer strukturell benachteiligten Gruppe angehört (beispielsweise ein *weißer* Bewerber mit einem britischen Vater).[585] Ist eine strukturelle Benachteiligung in diesem Sinn nicht von vornherein auszuschließen, muss auf die sich im Gleichstand befindende Waage der Entscheidungsfindung ein Gewicht (Maß) zugunsten des bzw. der Bewerberin mit Migrationshintergrund gelegt werden. Anders als nach § 8 Abs. 1 LGG kommt es jedoch nicht zu einer Bevorzugungspflicht, die nur durch das Korrektiv der Öffnungsklausel in Härtefällen beschränkt wäre.[586] Insoweit ergibt sich aus der weicheren Formulierung „in besonderem Maße" in Verbindung mit § 12 Abs. 1 S. 2 PartMigG, wonach die Vorgaben des § 8 LGG „unberührt" bleiben, dass bei einem Entscheidungspatt zwischen einer Frau ohne Migrationshintergrund und einem Bewerber mit Migrationshintergrund die Bevorzugungsregel nach § 8 Abs. 1 LGG vorrangig ist, d.h. die Bewerberin den Vorzug erhalten muss, soweit nicht weitere Härtekriterien eine andere Entscheidung zur „Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit" erfordern. [587] Ebenso tritt der Migrationshintergrund in der Regel hinter die Entscheidungsregel zugunsten von Personen mit Schwerbehinderung nach Ziff. 3.4.4. VV Inklusion i.V.m. der Beschäftigungspflicht aus § 154 SGB IX zurück. Insgesamt erweist sich damit der Migrationshintergrund als das ‚schwächste' der drei Hilfskriterien weibliches

[580] Vgl. *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S.47; zur Verhältnismäßigkeit siehe oben B. III. b) aa) (3) (b).
[581] Vgl. Schiek et al.- *Schiek*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn. 243.
[582] Vgl. BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 - 2 C 19/10, NVwZ 2011, 1270 f. (Rn. 16); BVerwG, BVerwG, Urt. v. 25. 7. 2013 - 2 C 12/11, E 147, 244, 251 f.; BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02, E 108, 282, 296; ausf. oben B. III. 2. a) bb) (2) (b)(aa) und B. III. 2. a) cc) (1) .
[583] Vgl. oben B. III. 2. a) bb) (2) (b)(aa).
[584] Vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Drs.18/3631, S. 46.
[585] Vgl. oben B. III. 2. a) bb) (2) (a).
[586] Zur Öffnungsklausel siehe oben B. III. b) aa) (3) (b) sowie B. III. 2. a) bb) (2) (b)(aa).
[587] Die Öffnungsklausel kann neben den „Kollisionsfällen" mit den Hilfskriterien Geschlecht und Schwerbehinderung nur noch in besonderen sozialen Härtefällen zur Anwendung kommen, etwa bei einer besonderen Belastung mit Fürsorge- oder Familienaufgaben, siehe oben B. III. 2. a) bb) (2) (b)(aa).

Geschlecht, Schwerbehinderung und Migrationshintergrund, was auch dem Verfassungsrang der Förderpflichten zugunsten der Gleichstellung von Frauen und der Teilhabe von Menschen mit Behinderungen nach Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG Rechnung trägt.[588]

IV. Maßnahmen im Beschäftigungsverhältnis

1. Anerkennung der personenbezogenen Daten im Arbeitsleben

Frage: Unter welchen Voraussetzungen ist die Berliner Verwaltung dazu verpflichtet, den gewählten Vornamen und das selbst bestimmte Geschlecht von Beschäftigten im Prozess und nach Abschluss einer Transition anzuerkennen? Transition wird hier verstanden als Prozess, mit dem Menschen eine Angleichung äußerlich wahrnehmbarer Merkmale an ihre geschlechtliche Identität und eine Anerkennung ihrer geschlechtlichen Identität bzw. ihres Geschlechts durch andere anstreben. Diese Angleichung kann den Vornamen und das Pronomen betreffen, das personenstandsrechtliche Geschlecht, das äußere Erscheinungsbild, die körperlichen Geschlechtsmerkmale oder eine Kombination davon.

Die Berliner Verwaltung ist dazu verpflichtet, den gewählten Vornamen und das selbst bestimmte Geschlecht von Beschäftigten im Prozess und nach Abschluss einer Transition anzuerkennen. Die Pflicht zur Anerkennung des Vornamens und des Geschlechts betrifft sowohl das Beschäftigungsverhältnis selbst (a), als auch die Ausstellung von Zeugnissen nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses (b).

a) Anerkennung von Vornamen und Geschlecht im Beschäftigungsverhältnis

Es ist zwischen der Rechtslage nach und vor bzw. unabhängig von einer personenstandsrechtlichen Änderung von Vornamen und/oder Geschlecht zu unterscheiden:

aa) Rechtslage nach personenstandsrechtlicher Anpassung

Eine Änderung der personenstandsrechtlichen Geschlechtszuordnung und des Vornamens erfolgt nach derzeitiger Rechtslage[589] nach Maßgabe des TSG durch gerichtliche Entscheidung. Nach Rechtskraft der Entscheidungen über die Änderung des Vornamens und/oder Geschlechts dürfen die früheren Vornamen und das frühere Geschlecht gem. § 5 TSG (i.V.m. § 10 Abs. 2 TSG) „ohne Zustimmung des Antragstellers nicht offenbart oder ausgeforscht werden, es sei denn, dass besondere Gründe des öffentlichen Interesses dies erfordern oder ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird.“ (Öffentliche) Arbeitgeber:innen dürfen daher jedenfalls ab Rechtskraft der Entscheidung nur noch den gewählten Vornamen des Beschäftigten benutzen.[590] An einer Offenbarung des früheren Vornamens und des früheren Geschlechts in der täglichen Kommunikation besteht in einem Arbeits- oder Dienstverhältnis kein schützenswertes Interesse. Daher müssen die Vornamen und geschlechtsspezifischen Anreden oder Positionsbezeichnungen angepasst werden, z.B. in schriftlicher und mündlicher Kommunikation, E-Mail-Adressen, IT-Log-In-Daten, Telefonverzeichnissen und Organigrammen sowie auf Visitenkarten und Türschildern.[591]
Am 1. November 2024 soll das TSG vom Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG) abgelöst werden.[592] Der Regierungsentwurf (SBGG-E) sieht ein

[588] Vgl. oben B. III. 3.
[589] Stand des Gutachtens: 2.2.2024.
[590] Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 15.08.1996 - 2 BvR 1833/95, NJW 1997, 1632 f.
[591] Vorschriften, die bestimmen, dass Beschäftigte in männlicher oder weiblicher Sprachform adressiert werden (z.B. §§ 2 Abs. 2, 43 Abs. 4 GGO I), verstoßen zwar nicht gegen das Offenbarungsverbot, da damit nicht die Verwendung eines „abgelegten“ Geschlechts vorgeschrieben wird, aber gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht i.V.m. Art. 3 Abs. 3 GG. Danach haben auch nichtbinäre Personen und Personen ohne Geschlecht ein Recht darauf, im Rechtsverkehr gemäß ihres geschlechtlichen Selbstverständnisses adressiert zu werden (s. sogleich unter bb)), dem eine Anrede als „Frau“ oder „Herr“ meist nicht entspricht. Aus demselben Grund ist es problematisch, dass Beschäftigte derzeit nur die Wahl zwischen männlichen und weiblichen Amtsbezeichnungen haben. Es ist kein Grund ersichtlich, der diesen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten rechtfertigen könnte.
[592] Das Bundeskabinett hat im August 2023 einen Regierungsentwurf für das SBGG beschlossen (SBGG-E), der sich derzeit in der parlamentarischen Beratung befindet. Der aktuelle Stand der Gesetzgebung ist abrufbar unter

deutlich vereinfachtes Verfahren zur Angleichung von Vornamen und/oder Personenstandseintrag vor. Ausreichend sind gem. § 3 SBGG-E eine Erklärung und Eigenversicherung vor dem Standesamt. Ab Abgabe dieser Erklärung sind gem. § 6 Abs. 1 SBGG-E der jeweils aktuelle Geschlechtseintrag und die jeweils aktuellen Vornamen im Rechtsverkehr maßgeblich. Außerdem normiert auch der SBGG-E in § 13 ein Offenbarungsverbot. Der SBGG-E verpflichtet (öffentliche) Arbeitgeber:innen also, die oben beschrieben Änderungen ab Abgabe der Erklärung beim Standesamt vorzunehmen.

bb) Rechtslage vor bzw. ohne personenstandsrechtliche Anpassung

Weder das TSG noch der SBGG-E schreiben vor, wie Personen in Transition zu adressieren sind, bevor oder ohne, dass sie Geschlecht und/oder Vorname amtlich angepasst haben. Das betrifft Personen, die den amtlichen Transitionsprozess bereits initiiert haben und auf das Urteil (TSG) bzw. die Änderung durch das Standesamt (SBGG-E) warten sowie Personen, die den amtlichen Transitionsprozess überhaupt nicht durchführen möchten. Im Arbeitsverhältnis kann eine Pflicht zur Anerkennung des gewählten Vornamens und des selbstbestimmten Geschlechts in diesen Fällen aus der arbeitsvertraglichen Schutzpflicht folgen.[593] Arbeitgeber:innen sind gem. § 241 Abs. 2 BGB dazu verpflichtet, bei der Ausgestaltung des Arbeitsplatzes und der betrieblichen Zusammenarbeit die Rechtsgüter ihrer Arbeitnehmer:innen, unter anderem ihr Persönlichkeitsrecht, zu schützen.[594] Diese Rücksichtnahmepflicht gilt auch für öffentliche Arbeitgeber:innen[595] und ist im Beamtenverhältnis in der Fürsorgepflicht gem. § 45 BeamtStG aufgehoben. Inwieweit die Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit die Anerkennung der personenbezogenen Daten im Arbeitsleben gebietet, hängt erstens vom Gewährleistungsgehalt des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ab und zweitens davon, ob „gleichwertige und schutzwürdige Interessen“ der Arbeitgeber:innen entgegenstehen.[596]

Erstens: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG schützt „auch die geschlechtliche Identität, die regelmäßig ein konstituierender Aspekt der eigenen Persönlichkeit ist. Der Zuordnung zu einem Geschlecht kommt für die individuelle Identität unter den gegebenen Bedingungen herausragende Bedeutung zu; sie nimmt typischerweise eine Schlüsselposition sowohl im Selbstverständnis einer Person als auch dabei ein, wie die betroffene Person von anderen wahrgenommen wird. Die Geschlechtszugehörigkeit […] bestimmt etwa weithin, wie Menschen angesprochen werden oder welche Erwartungen an das äußere Erscheinungsbild einer Person, an deren Erziehung oder an deren Verhalten gerichtet werden.“[597] Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt in diesem Zusammenhang auch „den Vornamen eines Menschen zum einen als Mittel zu seiner Identitätsfindung und Entwicklung der eigenen Individualität und zum anderen als Ausdruck seiner erfahrenen oder gewonnenen geschlechtlichen Identität. Der Einzelne kann verlangen, dass die Rechtsordnung seinen Vornamen respektiert, damit dieser seine die Identität stiftende wie ausdrückende Funktion entfalten kann.“[598] Der Schutz durch das Allgemeine Persönlichkeit ist nicht davon abhängig, dass das selbstbestimmte Geschlecht oder der Vorname durch einen staatlichen Akt – die Gerichtsentscheidung gem. dem TSG oder die Eintragung durch Standesbeamte gem. dem SBGG-E – validiert worden ist. Daher ist auch das Interesse an einer Anerkennung der „richtigen“ personenbezogenen Daten vor oder unabhängig von einer amtlichen Transition grundrechtlich geschützt. Dagegen spricht auch nicht, dass das TSG und der SBGG-E die Voraussetzungen für eine Änderung von Geschlecht und Vornamen abschließend festlegen.[599] Mit welchem Namen und Geschlecht Menschen in Transition im Privatrechtsverkehr auftreten, hängt nämlich nicht von der personenstandsrechtlichen Anerkennung ihres Namens und

https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/gesetze/gesetz-ueber-die-selbstbestimmung-in-bezug-auf-den-geschlechtseintrag-sbgg--224546 (Stand: 2.2.2024).

[593] So auch *Fuchs/Zöllner*, NZA 2022, 315, 316 f.

[594] ErfK-*Preis*, BGB, § 611a Rn. 713; MüKo BGB-*Spinner*, BGB, § 611a Rn. 918.

[595] MHdB ArbR-*Germelmann*, § 155 Rn. 59.

[596] Vgl. BAG, Urt. v. 15.07.1987 – 5 AZR 215/86, NJW 1988, 791.

[597] BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, E 147, 1, 19 f. (Rn. 39).

[598] BVerfG, Beschl. V. 06.12.2005 – 1 BvL 3/03, E 115, 1, 14.

[599] Vgl. auch SBGG-E, S. 45: „Bereits vor der Änderung des Geschlechtseintrages und der Vornamen kann zum Beispiel im privaten Bereich eine Verwendung des gewählten Geschlechtseintrags und der Vornamen erfolgen, wenn dem keine gesetzlichen Vorschriften entgegenstehen.“

Geschlechts ab. Es ist in ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass keine starre Namensführungspflicht im Rechtsverkehr gilt.[600] Das Namensrecht „lässt individuellen Gestaltungen Raum", solange „die Identität des Namensträgers feststeht."[601] Zwar enthält die Rechtsordnung vereinzelt Verpflichtungen zum Führen des vollständigen Namens, „diese Regelungen betreffen jedoch nur eng umgrenzte Bereiche, in denen die vollständige Namensangabe im öffentlichen Interesse zur Sicherung eines geordneten Zusammenlebens ausdrücklich vorgesehen ist."[602] Nach diesen Maßstäben müssen Arbeitnehmer:innen ihre amtlichen Namen zwar ggf. mitteilen, damit ihre Arbeitgeber:innen die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Pflichten erfüllen und die Personalien ggf. mit Führungszeugnissen und aufenthaltsrechtlichen Arbeitserlaubnissen abgleichen können. Ein öffentliches Interesse daran, dass Arbeitnehmer:innen auch im Arbeitsverhältnis mit ihren amtlichen Personalien adressiert werden, besteht aber nicht.

Zweitens: Der Anerkennung der personenbezogenen Daten im Arbeitsleben stehen in der Regel keine gleichwertigen und schutzwürdigen Interessen der Arbeitgeber:innen entgegenstehen. In der vorzunehmenden Güter- und Interessenabwägung überwiegt in aller Regel das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten.[603] Dafür spricht das hohe Gewicht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das einen Bezug zur Menschenwürdegarantie hat. Arbeitnehmer:innen ist es in der Regel auch nicht zumutbar, mit der Anerkennung ihrer personenbezogenen Daten bis zur amtlichen Transition zu warten: Das Verfahren nach dem TSG dauert oft mehrere Jahre,[604] das Verfahren nach dem SBGG-E mindestens drei Monate.[605] Außerdem gibt es gibt viele nachvollziehbare Gründe, aus denen transgeschlechtliche und nichtbinäre Personen Verfahren nach dem TSG gar nicht erst durchführen: Das Verfahren ist teuer, langwierig und wird von den Betroffenen oft als entwürdigend und übergriffig empfunden.[606] Obwohl das vereinfachte Transitionsverfahren im SBGG-E diese Hürden abbauen soll, werden weiterhin Gründe dafür bestehen, keine amtlichen Änderungen durchzuführen. Manche Menschen möchten ihre Transition aus Angst vor Diskriminierungen in bestimmten Lebensbereichen (z.B. in der Familie) nicht offiziell machen. Für andere Menschen – insbes. Menschen mit Migrationshintergrund – kann die Änderung von Geschlechtsangabe und Vorname in Reisepass und Personalausweis[607] die Gefahr von Stigmatisierung bis hin zu Kriminalisierung im Ausland bergen.
Auf der anderen Seite ist der finanzielle und administrative Aufwand der Arbeitgeber:innen zu berücksichtigen, der bei Änderung der Personaldaten anfällt. Gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht fallen rein wirtschaftliche Belange grds. nicht ins Gewicht. Allerdings können Änderungswünsche unzumutbar werden, wenn sie oft und in kurzer Zeit erfolgen. Wann die Schwelle zur Unzumutbarkeit erreicht ist, ist eine Frage des Einzelfalls.[608] Jedenfalls eine zweite Änderung – wozu sowohl eine Transition zu einem dritten Geschlecht[609] als auch eine Detransition zählen kann – ist danach regelmäßig zumutbar. Jedenfalls unzumutbar sind andererseits Änderungswünsche, die Ausdruck eines schikanösen Verhaltens der Arbeitnehmer:innen und nicht ihrer geschlechtlichen Selbstbestimmung sind. In diesen Fällen ist schon nicht das allgemeine Persönlichkeitsrecht betroffen. Für die Annahme schikanösen Verhaltens bedarf es allerdings konkreter Anhaltspunkte, insbes. Äußerungen der Arbeitnehmer:innen selbst; davon abgesehen dürfen sich Arbeitgeber:innen nicht anmaßen, die geschlechtliche Identität der Arbeitnehmer:innen zu beurteilen. Für alle Fälle jenseits dieser Gegenpole ist die Zumutbarkeit im Einzelfall zu bestimmen, wobei der Abstand zwischen den Änderungen und der konkrete finanzielle und administrative Aufwand eine Rolle spielen.

---

[600] BVerfG, Urt. v. 05.05.2009 – 1 BvR 1155/03, E 123, 90, 109.
[601] BVerfG, Beschl. v. 08.03.1988 - 1 BvL 9/85 u.a., BVerfGE 78, 38, 51 f.
[602] BVerfG, Beschl. v. 08.03.1988 - 1 BvL 9/85 u.a., BVerfGE 78, 38, 51 f.
[603] BAG, Urt. v. 15.07.1987 – 5 AZR 215/86, NJW 1988, 791.
[604] SBGG-E, S. 19.
[605] Zur Anmeldungsfrist gem. § 4 SBGG-E tritt ggf. noch die Wartezeit auf einen freien Termin beim Standesamt hinzu. Für eine erneute Änderung des Vornamens oder Geschlechts gilt gem. § 5 Abs. 1 SBGG-E eine einjährige Sperrfrist.
[606] Vgl. SBGG-E, S. 19.
[607] Diese Änderungen sind obligatorisch, SBGG-E, S. 55 f.
[608] Diese Fälle sind Ausnahmen.
[609] Das Personenstandsrecht sieht die Geschlechtsangaben männlich, weiblich, divers und keine Angabe vor, vgl. § 22 Abs. 3 PStG; der § 2 Abs. 1 SBGG-E ermöglicht den Wechsel in alle dort genannten Bezeichnungen und das Streichen der Angabe, SBGG-E, S. 37.

cc) Sonderfall: Anpassung der Personalakte

Für den Anspruch auf Anerkennung von Vornamen und Geschlecht im Beschäftigungsverhältnis stellt die Personalakte einen Sonderfall dar: Nach Ansicht der Rechtsprechung besteht selbst nach der personenstandsrechtlichen Anpassung von Vorname und/oder Geschlecht kein Anspruch auf Angleichung der Personalakten, und zwar weder auf Grundlage des Offenbarungsverbots noch der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht.[610]
Ein Anspruch auf Änderung von Vornamen und/oder geschlechtsbezogenen Inhalten in der gesamten Personalakte scheidet schon aus, weil die Personalakten auch Dokumente enthalten, die von Dritten ausgestellt worden sind (z.B. Schulzeugnisse, ärztliche Befunde, Führungszeugnisse, Kopien des Führerscheins), und zu deren Änderung der Dienstherr nicht berechtigt ist.[611] Auch eine Entfernung dieser Bestandteile aus der Personalakte kommt nicht in Betracht: Sowohl § 5 Abs. 1 TSG als auch die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht gewähren Beschäftigten im Prozess und nach Abschluss einer Transition Ansprüche unter dem Vorbehalt, dass keine berechtigten öffentlichen Interessen entgegenstehen. Um ein solches Interesse handelt es sich bei dem Grundsatz der Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit der Personalakte (für Landesbeamte normativ verankert in § 50 S. 2 BeamtStG und nur von § 89 LBG durchbrochen).[612] Die Personalakte soll unter anderem die Funktionsfähigkeit einer effizienten Personalverwaltung und -wirtschaft ermöglichen und zu diesem Zweck ein möglichst vollständiges Bild von der Entstehung und Entwicklung des Dienstverhältnisses und der Person des Beamten vermitteln.[613] Eine Entfernung von sämtlichen Bestandteilen der Akte, die Hinweise auf den ehemals geführten Vornamen und/oder das Geschlecht enthalten, ist damit nicht vereinbar.[614]
Sowohl das Offenbarungsverbot[615] als auch die Fürsorgepflicht[616] können jedoch die Übermittlung der Personalakte an Dritte begrenzen: Solche Übermittlungen finden beispielsweise auf Grundlage des § 88 LBG statt, wonach die Personalakte auch ohne Einwilligung der Beamtin oder des Beamten für die Zwecke der Personalverwaltung oder Personalwirtschaft oder zur Vorbereitung oder Durchführung einer Personalentscheidung an andere Behörden weitergeleitet werden darf. Bei der Übermittlung der Akten an Dritte handelt es sich zweifelsfrei um eine Offenbarung i.S.d. § 5 Abs. 1 TSG sowie einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten.[617] Fraglich ist, ob auch dieser Eingriff durch öffentliche Interessen gerechtfertigt ist:
Ein Interesse an der Übermittlung der Akten besteht jedenfalls nur, soweit sie zur Wahrnehmung der jeweiligen Personalaufgabe erforderlich ist. Die Übermittlung der Akten ist gem. § 88 Abs. 3 LBG „auf den jeweils erforderlichen Umfang zu beschränken."[618] Der dahinter stehende Grundsatz der Vertraulichkeit ist auch in § 50 S. 3 BeamtStG und § 84 Abs. 4 LBG geregelt und Ausdruck der Fürsorgepflicht des Dienstherrn.[619] Es ist daher stets im Einzelfall zu prüfen, welche Dokumente der Empfänger der Personalakte zur Wahrnehmung seiner Personalaufgaben zwingend benötigt. Ebenso ist zu verfahren, wenn die Aktenübermittlung nicht auf Grundlage des § 88 LBG stattfindet, sondern mit Einverständnis der Beschäftigten: Bewerben sich Beschäftigte innerhalb der Berliner Verwaltung auf eine andere Stelle, werden sie stets dazu aufgefordert, ein Einverständnis zur Übermittlung der

---

[610] OVG Münster, Beschl. v. 05.02.2010 – 1 A 655/08, BeckRS 2010, 46601; VG Hannover, Urt. vom 12.02.2010 - 2 A 5587/08, BeckRS 2010, 47442; VG Hamburg, Urt. v. 26.04.2018 - 21 K 6338/15, BeckRS 2018, 46086, bestätigt von OVG Hamburg, Beschl. v. 27.05.2019 – 5 Bf 225/18.Z, NVwZ 2019, 1532.
[611] OVG Münster, Beschl. v. 05.02.2010 – 1 A 655/08, BeckRS 2010, 46601; VG Hannover, Urt. vom 12.02.2010 - 2 A 5587/08, BeckRS 2010, 47442. Gegen die Annahme eines entsprechenden Anspruchs aus § 5 Abs. 1 TSG i.V.m. § 10 TSG spricht außerdem, dass die Transition durch die bloße Existenz der unveränderten Personalakte nicht „offenbart" oder „ausgeforscht" wird i.S.d. § 5 Abs. 1 TSG. Verboten ist danach nicht, bereits angefertigte Dokumente bestehen zu lassen, sondern nur, die darin enthaltenen Informationen Dritten zur Verfügung zu stellen (OVG Münster, Beschl. v. 05.02.2010 – 1 A 655/08, BeckRS 2010, 46601; VG Hamburg, Urt. v. 26.04.2018 - 21 K 6338/15, BeckRS 2018, 46086 (Rn. 15 f.); OVG Hamburg, Beschl. v. 27.05.2019 – 5 Bf 225/18.Z, NVwZ 2019, 1532, 1533 (Rn. 13 ff)).
[612] OVG Münster, Beschl. v. 05.02.2010 – 1 A 655/08, BeckRS 2010, 46601; VG Hannover, Urt. vom 12.02.2010 - 2 A 5587/08, BeckRS 2010, 47442; VG Hamburg, Urt. v. 26.04.2018 - 21 K 6338/15, BeckRS 2018, 46086 (Rn. 18).
[613] VG Hannover, Urt. vom 12.02.2010 - 2 A 5587/08, BeckRS 2010, 47442.
[614] OVG Münster, Beschl. v. 05.02.2010 – 1 A 655/08, BeckRS 2010, 46601; VG Hannover, Urt. vom 12.02.2010 - 2 A 5587/08, BeckRS 2010, 47442; VG Hamburg, Urt. v. 26.04.2018 - 21 K 6338/15, BeckRS 2018, 46086 (Rn. 19).
[615] Relevant nach der personenstandsrechtlichen Anpassung von Vornamen und/oder Geschlechtseintrag, siehe oben A. IV. 1. a) aa).
[616] Relevant vor der personenstandsrechtlichen Anpassung von Vornamen und/oder Geschlechtseintrag, siehe oben A. IV. 1. a) bb).
[617] Vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 27.05.2019 – 5 Bf 225/18.Z, NVwZ 2019, 1532, 1535 (Rn. 29 ff.)).
[618] Vgl. § 88 Abs. 3 LBG.
[619] BVerwG, Urt. v. 28.08.1986 – 2 C 51/84, NJW 1987, 1214.

gesamten Personalakte an die auswählende Stelle abzugeben. Da eine (teilweise) Verweigerung dieses Einverständnisses nicht in Betracht kommt, ohne die Bewerbungschancen zu verringern, gebietet der Grundsatz der Vertraulichkeit, von Vornherein nur das Einverständnis zur Übermittlung der für das Bewerbungsverfahren notwendigen Unterlagen einzuholen. Dazu gehören insbes. dienstliche Beurteilungen, Abmahnungen und andere vom Dienstherrn ausgestellte Dokumente. Nicht zwingend erforderlich ist indes die Übermittlung von (qualifikationsrelevanten) Zeugnissen, die von Dritten ausgestellt worden sind: Es muss den Beschäftigten ermöglicht werden, sich bei ehemaligen Arbeitgeber:innen oder Ausbildungsstätten um die Neuausstellung von Zeugnissen zu bemühen[620] und diese angeglichenen Zeugnisse im Bewerbungsverfahren vorzulegen.

Sind Beurteilungen und andere vom Dienstherr ausgestellten Dokumente die einzigen zu übermittelnden Aktenbestandteile, die auf den ehemaligen Vornamen und/oder das ehemalige Geschlecht des oder der Beschäftigten hinweisen, können § 5 TSG und die Fürsorgepflicht eine Anpassung jedenfalls dieser Aktenbestandteile gebieten.[621] Nach Ansicht des VG und des OVG Hamburg steht auch diesem begrenzten Anspruch der Grundsatz der Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit der Personalakte entgegen: Es bestehe ein Interesse daran, dass die alten Vornamen weiterhin aktenkundig bleiben, da „Vorgänge aus der Vergangenheit noch einmal relevant werden können und dann eine Möglichkeit bestehen muss, diese aufzuklären.“[622] Auch ein Austausch nur von einzelnen Dokumenten führe „insgesamt dazu, dass die Personalakte ein zutreffendes und objektives Bild über die Persönlichkeit des Beamten und seine dienstliche Laufbahn nicht mehr zu vermitteln vermag, so dass der Grundsatz der Richtigkeit der Personalakten nicht mehr gewahrt wäre.“[623] Diese Argumentation überzeugt nicht: Durch die Neuausstellung der zu übermittelnden Aktenbestandteile werden nicht zwingend sämtliche Bezüge zu dem ehemaligen Vornamen und dem ehemaligen Geschlecht des oder der Beschäftigten aus der Personalakte getilgt. Im Gegenteil: Oft enthalten Personalakten noch alte Dokumente, die von Dritten ausgestellt worden sind und die Hinweise auf den ehemaligen Namen und das ehemalige Geschlecht enthalten. Außerdem kommt die Anfertigung eines Aktenvermerks in Betracht, der die Änderung von Vornamen und/oder Geschlecht dokumentiert und so einen Bezug zwischen den geführten Vornamen herstellt. Schließlich werden die Persönlichkeit der Beschäftigten und ihre dienstliche Laufbahn auch dann noch zutreffend und objektiv wiedergegeben, wenn geschlechtsbezogene Angaben in einigen Aktenbestandteilen, z.B. dienstlichen Beurteilungen, geändert werden: Der oder die Beamte war kein anderer Mensch, als er oder sie noch in dem ehemaligen Geschlecht und mit dem ehemaligen Vornamen aufgetreten ist.
Geschlechtseintrag und Vorname definieren nicht die Persönlichkeit der Beschäftigten, sondern andersherum. Geschlechtsbezogene Besonderheiten der dienstlichen Laufbahn, z.B. Beurlaubungen auf Grund des Mutterschutzes, bleiben schließlich in bestimmten Aktenteilen dokumentiert (z.B. ärztlichen Attesten), an deren Übermittlung im Einzelfall – aber nicht bei jeder Bewerbung – ein berechtigtes Interesse bestehen kann.
Der Anspruch auf Übermittlung der angepassten Personalakten steht schließlich unter dem Vorbehalt, dass der finanzielle und administrative Aufwand des Dienstherrn nicht überwiegt. Es gelten hier die oben aufgestellten Grundsätze, wonach Änderungswünsche unzumutbar sein können, wenn sie oft und in kurzer Zeit erfolgen.[624]

dd) Zusammenfassung

Die Berliner Verwaltung ist dazu verpflichtet, den gewählten Vornamen und das selbst bestimmte Geschlecht ihrer Beschäftigten in der täglichen Kommunikation anzuerkennen, sobald das Urteil nach dem TSG rechtskräftig ist. Ab voraussichtlich November 2024 tritt an

[620] Siehe dazu unten A. IV. 1. b).
[621] Wenn allerdings ohnehin die Übermittlung auch solcher Unterlagen notwendig ist, zu deren Neuausstellung der Dienstherr nicht befugt ist und deren Neuausstellung durch den Befugten nicht rechtzeitig in Betracht kommt, werden der ehemalige Name und/oder Geschlecht ohnehin offenbart, sodass es auf die Neuausstellung der dienstlichen Dokumente nicht mehr ankommt.
[622] OVG Hamburg, Beschl. v. 27.05.2019 – 5 Bf 225/18.Z, NVwZ 2019, 1532, 1533 (Rn. 26).
[623] VG Hamburg, Urt. v. 26.04.2018 - 21 K 6338/15, BeckRS 2018, 46086 (Rn. 19 ff.).
[624] Siehe ausführlich oben A. IV. 1. a) aa) und bb).

die Stelle des Urteils die Änderung von Geschlechtseintrag und Vornamen durch das Standesamt nach dem SBGG. Die Verpflichtung zur Anpassung der personenbezogenen Daten gilt ab diesem Zeitpunkt unbedingt und auch bei einem mehrfachen Wechsel des amtlichen Geschlechts und Vornamens, u.a. auch bei einer Detransition.
Vor Rechtskraft des Urteils bzw. Änderung durch das Standesamt ist die Berliner Verwaltung zur Anpassung der personenbezogenen Daten in der täglichen Kommunikation unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit verpflichtet. Das betrifft Beschäftigte, die den amtlichen Transitionsprozess bereits begonnen haben, Beschäftigte, die den Prozess nicht durchführen möchten und Beschäftigte, die ihren Vornamen und/oder Geschlecht nach einer amtlichen Transition erneut ändern möchten. Der Berliner Verwaltung als Arbeitgeberin ist jedenfalls die ein- oder zweimalige Änderung der personenbezogenen Daten zumutbar, wenn keine objektiven Anhaltspunkte für eine schikanöse Motivation des Beschäftigten bestehen.
Beschäftigte haben einen Anspruch darauf, dass nur solche Bestandteile ihrer Personalakten an Dritte übermittelt werden, die zur Aufgabenwahrnehmung des Empfängers erforderlich sind. Der Dienstherr ist zur Änderung dienstlicher Beurteilungen und anderer von ihm ausgestellter Unterlagen anlassbezogen verpflichtet, wenn dadurch eine Offenbarung des alten Geschlechts und/oder Vornamens an Dritte verhindert wird.

b) (Neu-)Ausstellung von Zeugnissen nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses

Die Berliner Verwaltung muss ihren Beschäftigten nach Ende des Beschäftigungsverhältnisses ein Zeugnis ausstellen gem. § 35 TV-L oder § 81 LBG Berlin. Zu prüfen ist, ob ehemalige Beschäftigte im Prozess und nach Abschluss einer Transition auch die *Neu*ausstellung ihres Zeugnisses mit angepassten Vornamen und/oder Geschlechtsangaben verlangen dürfen. Es ist zwischen der Rechtslage nach und vor bzw. unabhängig von einer personenstandsrechtlichen Änderung von Vornamen und/oder Geschlecht zu unterscheiden:

aa) Rechtslage nach personenstandsrechtlicher Anpassung

Nach der amtlichen Änderung von Geschlecht und/oder Vornamen haben die Beschäftigten einen Anspruch gegen ihre Arbeitgeber:innen, die personenbezogenen Daten in Arbeitszeugnissen anzupassen. Dieser Anspruch wird nach geltendem Recht aus dem Offenbarungsverbot in § 5 TSG abgeleitet: Die nachvertragliche Rücksichtnahmepflicht von Arbeitgeber:innen gem. § 241 Abs. 2 BGB i.V.m. § 5 TSG gebietet die Neuausstellung eines Zeugnisses unter dem ursprünglichen Datum und mit geänderten Vornamen bzw. Geschlecht. Die ehemaligen Beschäftigten müssen im Gegenzug das ursprüngliche Zeugnis aushändigen.[625] Diese Grundsätze gelten auch im öffentlichen Dienst: Die Rechtsprechung, nach der die Grundsätze der Vollständigkeit und Richtigkeit der Personalakten eine nachträgliche Änderung der Personalakten ausschließen,[626] betrifft ausdrücklich nicht den Anspruch, „eine benötigte Einzelurkunde nicht als Kopie der Ursprungsurkunde aus der Personalakte, sondern als neu ausgestelltes, die geänderten Vornamen auszuweisendes Exemplar zur Verfügung gestellt zu erhalten.“[627] Die Neuausstellung einzelner Urkunden verstößt nicht gegen die Grundsätze der Vollständigkeit und Richtigkeit der Personalakte, da die Akte ggf. beide Urkunden zzgl. erläuterndem Vermerk enthalten kann.
Der SBGG-E kodifiziert diese Rechtslage: Gem. § 10 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 SBGG-E können Personen, deren Geschlechtseintrag oder Vornamen im Personenstandsregister geändert worden sind, von ihren Arbeitgeber:innen verlangen, dass Zeugnisse mit dem geänderten Geschlecht und/oder Vornamen neu ausgestellt werden. Die Beschäftigten müssen dafür das Original zurückgeben und die angemessenen Kosten der Neuausstellung tragen. Das Land Berlin ist daher dazu verpflichtet, Tarifbeschäftigten wie Beamten nach der amtlichen Änderung ihres Vornamens und/oder Geschlechts ein angepasstes Zeugnis auszustellen. Dieses Zeugnis darf keine Hinweise auf den bisher geführten Vornamen, den vorigen Geschlechtseintrag oder die Transition an sich enthalten. Es muss daher insbes. auf das

[625] LAG Hamm, Urt. v. 17.12.1998 - 4 Sa 1337/98, NZA-RR 199, 455, 458.
[626] Siehe oben A. IV. 1. a) cc).
[627] OVG Münster, Beschl. v. 05.02.2010 - 1 A 655/08, BeckRS 2010, 46601.

Datum des ursprünglichen Zeugnisses zurückdatiert sein und darf z.B. keinen Vermerk, dass es sich um eine Zweitschrift handele, enthalten.[628]

bb) Rechtslage vor bzw. ohne personenstandsrechtliche Anpassung

Weder das TSG noch der SBGG-E normieren, ob Personen in Transition einen Anspruch auf Neuausstellung von Zeugnissen haben, bevor oder ohne, dass sie Geschlecht und/oder Vorname amtlich angepasst haben. Das betrifft Personen, die den amtlichen Transitionsprozess bereits initiiert haben und auf das Urteil (TSG) bzw. die Änderung durch das Standesamt (SBGG-E) warten sowie Personen, die den amtlichen Transitionsprozess überhaupt nicht durchführen möchten. In diesen Fällen folgt ein Anspruch auf Neuausstellung des Zeugnisses nicht bereits aus dem gesetzlich festgeschriebenen Offenbarungsverbot, das jeweils nur ab der amtlichen Änderung eingreift.
Fraglich ist, ob die nachvertragliche Rücksichtnahmepflicht der Arbeitgeber:innen gem. § 241 Abs. 2 BGB bzw. die nachvertragliche Fürsorgepflicht gem. § 45 BeamtStG auch gebieten, Persönlichkeitsrechtsverletzungen nach Ende des Arbeitsverhältnisses zu verhindern, die durch den Gebrauch des rechtmäßig ausgestellten Zeugnisses entstehen.
Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet unabhängig von einer amtlichen Transition, im Privatrechtsverkehr mit den gewählten Vornamen und im selbstbestimmten Geschlecht aufzutreten.[629] Dieses Recht wird beeinträchtigt, wenn sich Personen auf dem Arbeitsmarkt mit Zeugnissen bewerben müssen, die mit den gewählten Vornamen und dem selbstbestimmten Geschlecht nicht übereinstimmen. Unklar ist jedoch, ob die nebenvertragliche Pflicht, das Persönlichkeitsrecht eines Beschäftigten zu schützen, auch den Ablauf des Arbeitsverhältnisses überdauert, also nachvertraglich wirkt.

Ausgangspunkt für die hier erforderliche Interessenabwägung ist, dass nachvertragliche Pflichten aus privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen „generell endbezogen auf die vollständige Abwicklung des Schuldverhältnisses ausgerichtet“ sind und „der Sicherung und dem Erhalt der durch den Vertrag gewährten Vorteile“ dienen.[630] Im Beamtenrecht gelten ähnliche Maßstäbe, indem ein Bezug der Sorgepflicht zu der früheren Beamtenstellung gefordert wird.[631] Um nachvertragliche Pflichten von der bloß deliktischen Haftung unter Fremden abzugrenzen, ist jeweils die „[m]aßgebende Wertungsfrage […], ob noch ein besonderes Vertrauen auf eine gesteigerte Achtung der Schutzpositionen durch die Gegenseite aufgrund der früheren besonderen Einwirkungsmöglichkeit im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Sonderverbindung gerechtfertigt ist“.[632]
Eine besondere Einwirkungsmöglichkeit der Arbeitgeber:innen auf die Rechtsgüter ehemaliger Arbeitnehmer:innen folgt im Rahmen des Zeugnisanspruches daraus, dass nur Arbeitgeber:innen Zeugnis über die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer:innen erteilen können. In vielen Branchen ist es üblich, dass Bewerber:innen ihren bisherigen beruflichen Werdegang durch Zeugnisse der ehemaligen Arbeitgeber:innen dokumentieren und belegen. Wird ein Zeugnis nicht vorgelegt, kann dies – insbes. wenn es eine mehrjährige Tätigkeit betrifft – die Einstellungschancen beeinträchtigen. Wenn aber Arbeitnehmer:innen auf die Zeugniserteilung durch ihre Arbeitgeber:innen angewiesen sind, stehen sich die Parteien diesbezüglich auch nach Abschluss des Arbeitsverhältnisses nicht wie Fremde gegenüber. Aus diesem Grund ist der Zeugnisanspruch auch eine anerkannte nachvertragliche Nebenpflicht.[633] Mit der Machtstellung der Arbeitgeber:innen korreliert ein schutzwürdiges Vertrauen der Arbeitnehmer:innen, dass Arbeitgeber:innen ihnen die Nutzung des Arbeitszeugnisses auch nach einer Transition ermöglichen. Nur so können den Arbeitnehmer:innen die aus dem Arbeitsvertrag folgenden Rechte und Vorteile erhalten und zugleich ihr Persönlichkeitsrecht geschützt werden.

---

[628] Unzulässig wäre daher beispielsweise eine Regelung, wie sie Nr. 8 Abs. 1 S. 3 der Ausführungsvorschriften über Zeugnisse des Landes Berlin vom 31.7.2015 für Schulzeugnisse bei Namensänderungen auf Grund des TSG vorsieht. Ähnlich *Fuchs* et al, Geschlechtliche Vielfalt im öffentlichen Dienst, S. 21.
[629] Siehe oben IV. 1. a) bb).
[630] BAG, Urt. v. 20.10. 2015 – 9 AZR 743/14, NZA 2016, 299, 304 (Rn. 34).
[631] BeckOK Beamtenrecht-*Badenhausen-Fähnle*, BBG, § 78 Rn. 8.
[632] *Herresthal*, Nachwirkende Leistungstreue- und Rücksichtnahmepflichten, S. 179, 198.
[633] St. Rspr. z.B. BAG, Urt. v. 25.01.2022 – 9 AZR 146/21, NZA 2022, 783, 786 (Rn. 23).

Auf der anderen Seite ist der finanzielle und administrative Aufwand für Arbeitgeber:innen zu berücksichtigen, der bei einer Neuausstellung der Zeugnisse anfällt. Gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht fallen rein wirtschaftliche Belange grds. nicht ins Gewicht. Allerdings können Neuausstellungswünsche unzumutbar werden, wenn sie oft und in kurzer Zeit erfolgen. Wann die Schwelle zur Unzumutbarkeit erreicht ist, ist eine Frage des Einzelfalls. Es gelten hier die oben aufgestellten Erwägungen zur Anerkennung von Vornamen und Geschlecht im Arbeitsverhältnis[634] entsprechend: Jedenfalls eine zweite Änderung ist danach regelmäßig zumutbar. Um Missbrauchsmöglichkeiten vorzubeugen, besteht der Anspruch auf Neuausstellung des Zeugnisses – gleichlaufend mit der Rechtslage nach der amtlichen Transition – nur Zug-um-Zug gegen die Herausgabe des Originals.

cc) Zusammenfassung

Die Berliner Verwaltung ist dazu verpflichtet, Arbeits- und Dienstzeugnisse ihrer ehemaligen Beschäftigten auf Aufforderung an den gewählten Vornamen und das selbst bestimmte Geschlecht anzugleichen, sobald das Urteil nach dem TSG rechtskräftig ist. Das gilt für Beamte und privatrechtlich Beschäftigte gleichermaßen. Ab voraussichtlich November 2024 tritt an die Stelle des Urteils die Änderung von Geschlechtseintrag und Vornamen durch das Standesamt nach dem SBGG. Die Verpflichtung zur Neuausstellung des Zeugnisses gilt ab diesem Zeitpunkt unbedingt und auch bei einem mehrfachen Wechsel des amtlichen Geschlechts und Vornamens, u.a. auch bei einer Detransition.
Vor Rechtskraft des Urteils bzw. Änderung durch das Standesamt ist die Berliner Verwaltung zur Neuausstellung von Zeugnissen unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit verpflichtet. Das betrifft ehemalige Beschäftigte, die den amtlichen Transitionsprozess bereits begonnen haben, den Prozess nicht durchführen möchten oder ihren Vornamen und/oder Geschlecht nach einer amtlichen Transition erneut ändern möchten. Der Berliner Verwaltung als Arbeitgeberin ist jedenfalls die ein- oder zweimalige Neuausstellung der Zeugnisse zumutbar, wenn keine objektiven Anhaltspunkte für eine schikanöse Motivation der ehemaligen Beschäftigten bestehen.

2. Wahrnehmung der Interessen unterrepräsentierter bzw. benachteiligter Gruppen durch Personalvertretungen

a) Befugnisse des Personalrats

Frage: Ist es zulässig, dass sich der Personalrat für die Belange unterrepräsentierter Beschäftigter einsetzt?

Der Personalrat ist grds. dazu berechtigt und teilweise sogar dazu verpflichtet, sich für die Belange unterrepräsentierter Beschäftigter einzusetzen. Der Personalrat ist zwar gem. § 71 PersVG Bln (im Folgenden: „PersVG“) zur Neutralität verpflichtet: Er hat „darüber zu wachen, dass alle Dienstkräfte nach Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, dass jede unterschiedliche Behandlung wegen Geschlecht, sexueller Identität, Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft, die freiheitliche demokratische Grundordnung bejahender politischer oder gewerkschaftlicher Betätigung oder Einstellung unterbleibt.“ Die Verpflichtung zur Gleichbehandlung dient – wie die Verhaltenspflichten in den Absätzen 2 und 3 – dazu, „dass das Vertrauen der Dienstkräfte in die Objektivität und Neutralität ihrer Amtsführung nicht beeinträchtigt wird.“ Die Personalvertretung soll als „Repräsentantin der Gesamtheit der Beschäftigten“ auftreten und wahrgenommen werden.[635] Diese Neutralitätspflicht steht auf den ersten Blick einer gezielten Förderung bestimmter Beschäftigtengruppen entgegen, auch wenn andere Beschäftigte dadurch keine unmittelbare Benachteiligungen erleiden. Andererseits wiederholt § 71 PersVG die bereits aus dem AGG folgende Pflicht des Personalrats, nicht aus den in § 1 AGG genannten Gründen zu diskriminieren: Das ergibt sich erstens aus § 7 Abs. 1 AGG, der alle an der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses beteiligten

[634] Siehe oben IV. 1. a) bb).
[635] Vgl. *Ilbertz/Widmaier*, BPersVG, § 2 Rn. 47 zu der ähnlichen Regelung auf Bundesebene.

Akteur:innen adressiert, und zweitens aus 17 AGG, der die Beschäftigtenvertretungen dazu auffordert, „im Rahmen ihrer Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten an der Verwirklichung des in § 1 genannten Ziels mitzuwirken."
AGG-rechtlich sind Fördermaßnahmen für bestimmte Beschäftigungsgruppen unter den in § 5 AGG genannten Voraussetzungen zulässig.[636] Diese Wertung ist auf § 71 PersVG zu übertragen: Fördermaßnahmen, die bestehende strukturelle Nachteile ausgleichen und die Rechte der nicht geförderten Beschäftigten nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen, sind keine verbotenen unterschiedlichen Behandlungen.[637] Nur durch einen Gleichlauf von AGG und PersVG sind Widersprüche zum Bundesrecht (vgl. Art. 31 GG) zu vermeiden und nur so wird der Anwendungsvorrang des Unionsrechts berücksichtigt. Andernfalls entstünde außerdem ein systematischer Bruch mit § 72 PersVG, der dem Personalrat u.a. die Aufgaben zuweist, „die Eingliederung und berufliche Entwicklung Schwerbehinderter und sonstiger schutzbedürftiger, insbesondere älterer Personen zu fördern", „die Eingliederung von Beschäftigten mit Migrationsgeschichte in die Dienststelle sowie das Verständnis zwischen Beschäftigten unterschiedlicher Herkunft zu fördern", „darüber zu wachen, dass die Chancengleichheit von Frauen und Männern herbeigeführt wird" sowie „die Akzeptanz gegenüber Menschen unterschiedlicher sexueller Identität zu fördern und darauf hinzuwirken, dass Benachteiligungen von weiblichen und männlichen Homosexuellen, Bisexuellen und Transsexuellen abgebaut werden." Diese Aufgabenzuweisung verdrängt als lex specialis das Neutralitätsgebot aus § 71 Abs 1 PersVG.

Die Funktion des Personalrats als Interessenvertretung der gesamten Belegschaft wird nach der gesetzgeberischen Konzeption folglich nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Personalrat strukturell benachteiligte Gruppen – Menschen mit Behinderung, alte Menschen, Menschen mit Migrationsgeschichte, Frauen, Homo-, Bi und Transsexuelle – fördert. Vielmehr ist der Personalrat nach Maßgabe des § 72 PersVG ausdrücklich dazu verpflichtet, sich für die Belange unterrepräsentierter Gruppen einzusetzen; im Übrigen ist er unter den Voraussetzungen des § 5 AGG dazu berechtigt.

b) Befugnisse der Frauenvertreterin nach dem LGG

aa) Befugnisse der Frauenvertreterin de lege lata

Frage: Lässt das LGG es zu, dass die Frauenvertreterin auch für weitere Geschlechter zuständig ist wie intergeschlechtliche, transgeschlechtliche und nicht-binäre Personen?

Ob die Frauenvertreterin auch für weitere Geschlechter zuständig ist, richtet sich nach ihrer jeweiligen Aufgabe. Die Aufgaben und Rechte der Frauenvertreterin sind in § 17 LGG festgeschrieben. Dieser Katalog ist abschließend, da mit den Rechten der Frauenvertreterin zugleich Belastungen für die in § 1 LGG genannten Dienstherren einhergehen (insbes. Beteiligungs- und Auskunftspflichten) und Bewerber:innen- und Beschäftigtendaten ausgetauscht werden (insbes. durch die weitgehenden Akteneinsichtsrechte). Der LGG-Gesetzgeber hat mit § 17 LGG einen Ausgleich zwischen diesen divergierenden Belangen geschaffen; diese gesetzgeberische Entscheidung ist zu beachten.
Sofern § 17 LGG der Frauenvertreterin daher Aufgaben zuweist, die ausschließlich der Frauenförderung dienen, darf die Frauenvertreterin diese Aufgaben auch nur zu diesem Zwecke wahrnehmen. Das betrifft insbes. die in Abs. 1 und Abs. 2 genannten Rechte: Dass sich diese Beteiligungsrechte ausschließlich auf die Frauenförderung beziehen, ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des Abs. 1 als auch ihrem Zweck: Die Beteiligungsrechte sollen der Frauenvertreterin ermöglichen, die Einhaltung des LGG zu überwachen.[638] Da das LGG wiederum der Gleichstellung von Männern und Frauen dient (vgl. § 2 Abs. 1), sind § 17 Abs. 1 und Abs. 2 akzessorisch auszulegen. Frauen i.S.d. LGG sind dabei auch Transfrauen

[636] Siehe dazu ausführlich oben III. 1. b) aa) (3).
[637] So auch *Daniels*/Kunze/Pätzel/Witt, PersVG Berlin, § 71 Rn. 5, 12; vgl. auch zum BPersVG a.F. Richardi/Dörner/Weber-*Gräfl*, BPersVG, § 67 Rn. 14.
[638] AVLGG zu § 17 Abs. 1 LGG.

unabhängig von einer amtlichen Änderung des Registereintrags.[639] Auch die Prüfungsrechte in Abs. 4 dienen der Frauenförderung, da die in Bezug genommenen Verfahrensvorschriften (§ 5 und 6 LGG) jedenfalls ausdrücklich nur Frauen betreffen.
Etwas anderes gilt für die in § 17 Abs. 7 LGG normierte Aufgabe der Frauenvertreterin, Beschwerden über sexuelle Belästigungen entgegenzunehmen, die Betroffenen zu beraten und Mitteilungen über sexuelle Belästigungen der Dienststellenleitung zuzuleiten. Weder Abs. 7 noch § 12 LGG definieren sexuelle Belästigung als Belästigung von ausschließlich Frauen. Eine solche Einschränkung wird auch dem Zweck von § 12 LGG und § 17 Abs. 7 LGG nicht gerecht: Der Schutz vor sexuellen Belästigungen ist Diskriminierungsschutz (vgl. § 12 Abs. 1 LGG) und nicht Gleichstellungspolitik i.S.d. Art. 3 Abs. 2 GG. Diskriminierungsschutz ist jedoch nicht bloß Schutz des weiblichen Geschlechts, sondern vor jeder geschlechtsbezogenen Diskriminierung. Daher ist die Frauenvertreterin die zuständige Ansprechpartnerin bei sexuellen Belästigungen aller Beschäftigter, nicht nur Frauen.

bb) Befugnisse der Frauenvertreterin de lege ferenda

Frage: Ist es mit höherrangigem Recht vereinbar, eine LGG-Änderung herbeizuführen, durch welche die Frauenvertreterin auch für weitere Geschlechter zuständig ist wie intergeschlechtliche, transgeschlechtliche und nicht-binäre Personen?

Es ist unter bestimmten Voraussetzungen mit höherrangigem Recht vereinbar, eine LGG-Änderung herbeizuführen, durch welche die Frauenvertreterin auch hinsichtlich ihrer Beteiligungsrechte gem. § 17 Abs. 1 und 2 LGG für weitere Geschlechter zuständig ist mit Ausnahme cis männlich. Einer solchen Auslegung steht bislang die eindeutig vom Gesetzgeber bezweckte Schutzrichtung des LGG als Gleichstellungsgesetz i.S.d. Art. 3 Abs. 2 GG entgegen, an der sich die Aufgaben und Befugnisse der Frauenvertreterin orientieren (s. oben). Art. 3 Abs. 2 GG enthält auch keinen Verfassungsauftrag, Regelungen zur Gleichstellung von Frauen auf intergeschlechtliche und nichtbinäre Personen zu erstrecken.[640] Dem Landesgesetzgeber steht es aber frei, die Befugnisse der Frauenvertreterin über die gleichstellungsrechtliche Dimension hinaus zu erweitern und das geschlechtsbezogene Diskriminierungsverbot gem. § 1 AGG – das auch nichtbinäre, trans- und intergeschlechtliche Personen schützt – verfahrensrechtlich abzusichern. Konkret hieße das, dass die Frauenvertreterin an Auswahlverfahren (inkl. Stellenausschreibungen und Bewerbungsgesprächen) sowie Beurteilungen auch beteiligt wird, um nichtbinäre sowie trans- und intergeschlechtliche Personen vor Diskriminierungen zu schützen. Eingetretene Diskriminierungen könnte die Frauenvertreterin dann nach Maßgabe des § 18 Abs. 1 LGG beanstanden. Gegen eine solche Erweiterung sprechen weder Art. 3 Abs. 2 GG (1) oder Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG (2) noch das AGG und die zugrundeliegenden Richtlinien (3).

(1) Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 2 GG

Die Zuständigkeitserweiterung der Frauenvertreterin ist mit Art. 3 Abs. 2 GG vereinbar, der zwar die Gleichstellung von Frauen und Männern gebietet, aber sich nicht zur Förderung anderer Geschlechter verhält. Außerdem wird der Gleichstellungszweck des LGG dadurch nicht gefährdet, dass sich die Frauenvertreterin zusätzlich für nichtbinäre, trans- und intergeschlechtliche Personen einsetzt: Denn erstens wird die Frauenvertreterin ohnehin an allen Auswahlverfahren beteiligt, sodass für die Berücksichtigung der Belange von nichtbinären, trans- und intergeschlechtlichen Personen kein großer Mehraufwand anfällt. Zweitens fallen nichtbinäre, trans- und intergeschlechtliche Personen neben Frauen auch zahlenmäßig nicht stark ins Gewicht, sodass die Beteiligung an ihren dienstlichen Beurteilungen nicht erheblich viel Zeit kosten wird.

[639] Gem. den Ausführungsvorschriften zum LGG sind Frauen i.S.d. Gesetzes „alle Personen mit dem Geschlechtseintrag ‚weiblich' im Personenstandsregister" sowie Personen, die „ein rechtliches Verfahren zur Änderung des Geschlechtseintrags hin zu einem Eintrag als Frau begonnen haben oder einen Ergänzungsausweis der Deutschen Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität e.V. (dgti-Ausweis) mit dem Geschlechtseintrag ‚weiblich' vorlegen können."
[640] Siehe oben A. III. 1. B) bb) (1) (b) (aa).

(2) Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 GG

Gegen eine Erweiterung der Zuständigkeit spricht auch nicht Art. 3 Abs. 3 GG: Es ist schon fraglich, ob cis Männer dadurch überhaupt *benachteiligt* werden. Ein erweitertes Beteiligungs- und Beanstandungsrecht der Frauenvertreterin führt in erster Linie dazu, dass geschlechtsbezogene Diskriminierungen von Frauen, trans, inter und nichtbinären Menschen verhindert und ggf. beseitigt werden können. Dass dadurch die Bevorzugung von cis Männern aufgrund ihres Geschlechts eingedämmt werden soll, stellt keinen rechtlich relevanten Nachteil für diese Personengruppe dar. Allerdings werden cis Männer insofern durch eine Erweiterung der Befugnisse der Frauenvertreterin benachteiligt, als ihnen Vorteile einer gesonderten Vertretung vorenthalten werden. Art. 3 Abs. 3 GG schützt („symmetrisch") auch cis Männer vor nicht gerechtfertigten Benachteiligungen aufgrund ihres Geschlechts. Eine rechtfertigungsbedürftige Benachteiligung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG liegt auch vor, wenn Männer von einer Begünstigung ausgeschlossen werden, die Frauen gewährt wird;[641] Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbietet explizit auch geschlechtsbezogene Bevorzugungen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch männliche Beschäftigte bei personellen Maßnahmen in der Berliner Verwaltung geschlechtsbezogen diskriminiert werden. Daher ist es für cis Männer rechtlich vorteilhaft, wenn Diskriminierungsverbote auch zu ihrem Schutz durch Mitwirkungsrechte einer gesonderten Vertretung verfahrensrechtlich abgesichert werden. Dieser Vorteil wird ihnen vorenthalten.
Die darin liegende Benachteiligung ist jedoch gem. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gerechtfertigt, wenn sie zum Ausgleich tatsächlich bestehender Nachteile geeignet und erforderlich und unter Berücksichtigung der rechtlichen oder faktischen Nachteile der nicht geförderten Gruppe angemessen ist. Der Landesgesetzgeber hat dementsprechend darzulegen, dass nichtbinäre, inter- und transgeschlechtliche Personen in der Berliner Verwaltung unterrepräsentiert sind[642] und eine Mitwirkung der Frauenvertreterin bei Einstellungsverfahren bzw. dienstlichen Beurteilungen gem. §§ 17 ff. LGG dazu geeignet ist, ihre Repräsentanz zu erhöhen. Die Zuständigkeitserweiterung muss außerdem erforderlich sein, d.h. es darf keine gleich geeignete Alternative in Betracht kommen, die cis Männer weniger benachteiligt.

Dafür ist erstens darzulegen, weshalb nicht der Personalrat gleich wirksam vor *sämtlichen* geschlechtsbezogenen Diskriminierungen schützen kann. Der Personalrat hat gem. § 71 PersVG und § 17 Abs. 1 AGG darüber zu wachen, dass jede unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts unterbleibt. Diese Überwachungspflicht hat der Personalrat bei der Ausübung aller ihm obliegender Aufgaben zu beachten.[643] Bevor er die Zustimmung zu einer Einstellung gem. § 87 Nr. 1 und § 88 Nr. 1 PersVG erteilt, muss er prüfen, ob das Bewerbungsverfahren diskriminierungsfrei durchgeführt worden ist.[644] Bei der Mitwirkung an Ausschreibungen (§ 90 Nr. 6 PersVG) und der Abgabe von dienstlichen Beurteilungen (§ 90 Nr. 7 PersVG) hat der Personalrat geschlechtsbezogenen Diskriminierungen entgegenzuwirken. Gegen die gleiche Eignung dieser Beteiligungsrechte spricht indes, dass der Personalrat nicht gesetzlich dazu berechtigt ist, auch an Bewerbungsgesprächen teilzunehmen. Gerade Bewerbungsgespräche, die zumeist nicht wortgetreu protokolliert werden, bergen jedoch das Risiko diskriminierender Fragen und Kommentare, vor allem wenn eine Trans- oder Intergeschlechtlichkeit nicht aus den Bewerbungsunterlagen hervorgeht, aber im persönlichen Gespräch erkennbar ist. Außerdem ist das Mitwirkungsrecht gem. § 90 PersVG kein so scharfes Schwert wie das Beanstandungsrecht gem. § 18 LGG: Einwände des Personalrats gegen (diskriminierende) Ausschreibungen und Beurteilungen führen gem. § 84 Abs. 3 PersVG nur zu erweiterten Begründungspflichten der Dienststelle.[645] Die Frauenvertreterin kann hingegen gem. § 18 Abs. 2 - 4 LGG erreichen, dass die Maßnahme suspendiert wird, bis der Senat darüber entschieden hat.

---

[641] Vgl. zum Nachteil durch Vorenthaltung einer Begünstigung allgemein BVerfG, Urt v. 17.12.2014 - 1 BvL 21/12, E 138, 136, 180 (Rn. 121).
[642] Dafür kommen Statistiken oder qualitative Studien, auch über die strukturelle Benachteiligung dieser Personengruppen auf dem Arbeitsmarkt insgesamt, in Betracht, vgl. oben III. 1. b) aa) (3) (a).
[643] *Daniels*/Kunze/Pätzel/Witt, PersVG Berlin, § 71 Rn. 2.
[644] Daniels/Kunze/*Pätzel/Witt*, PersVG Berlin, § 87 Rn. 6.
[645] Anders als bei Mit*bestimmungsrechten* gem. § 79 PersVG ist bei Mit*wirkungsrechten* keine Entscheidung durch die Einigungsstelle vorgesehen.

Als weniger benachteiligende Alternative kommt zweitens in Betracht, dass die Frauenvertreterin hinsichtlich ihrer Beteiligungsrechte gem. § 17 Abs. 1 und 2 LGG für *alle* Geschlechter inklusive cis männlich zuständig ist. Dadurch wird allerdings das Ziel, strukturelle Nachteile von Frauen, inter- und transgeschlechtlichen sowie nichtbinären Personen auszugleichen, nicht gleich wirksam verfolgt: Wenn die Frauenvertreterin auch für cis Männer zuständig wäre, würde ihr Zuständigkeitskreis ungefähr verdoppelt – nämlich auf die gesamte Belegschaft der jeweiligen Dienststelle. Es ist davon auszugehen, dass eine solche Erweiterung dazu führen würde, dass die Frauenvertreterin schon ihren originären Gleichstellungsauftrag gem. Art. 3 Abs. 2 GG nicht mehr gleich effektiv ausüben könnte wie bisher, geschweige denn zusätzlich wirksam inter- und transgeschlechtliche sowie nichtbinäre Personen vertreten kann.
Die Benachteiligung von cis Männern muss schließlich angemessen sein. Für die Angemessenheit dürfte sprechen, dass cis Männer durch die erweiterte Zuständigkeit der Frauenvertreterin nicht direkt benachteiligt werden. Die geschlechtsbezogene Diskriminierung von cis Männern bleibt gem. § 1 AGG verboten und der Personalrat hat dies zu überwachen. Der einzige Nachteil besteht in dem gegenüber dem LGG niedrigeren Schutzniveau des PersVG, insbes. betreffend Ausschreibungen, Bewerbungsgesprächen und Beurteilungen. Dieses unterschiedliche Schutzniveau dürfte hinzunehmen sein, solange kein Verdacht auf geschlechtsbezogene Diskriminierungen von cis Männern in Ausschreibungen, Bewerbungsgesprächen oder Beurteilungen der Berliner Verwaltung besteht.

(3) Vereinbarkeit mit dem AGG und den zugrundeliegenden Richtlinien

Es kann dahinstehen, ob das AGG und die zugrundeliegenden Richtlinien auf die Zuständigkeit der Frauenvertreterin überhaupt sachlich anwendbar sind.[646] Eine Benachteiligung von cis Männern wäre jedenfalls aus den zu Art. 3 Abs. 3 GG angestellten Erwägungen gerechtfertigt gem. § 5 AGG bzw. Art. 3 RL 2006/54/EG.

c) Einrichtung gesonderter Personalvertretungen

Frage: Ist die Errichtung gesonderter Personalvertretungen möglich, z.B. für Menschen mit Migrationsgeschichte?

Die Errichtung gesonderter Personalvertretungen ist unter denselben Voraussetzungen rechtlich zulässig wie die Zuständigkeitserweiterung der Frauenvertreterin. Die Errichtung der gesonderten Personalvertretung muss zum Ausgleich bestehender Nachteile geeignet und erforderlich und unter Berücksichtigung der rechtlichen oder faktischen Nachteile der nicht geförderten Gruppe angemessen sein. Der Landesgesetzgeber hat dementsprechend darzulegen, dass die betreffende Beschäftigtengruppe in der Berliner Verwaltung insgesamt oder auf bestimmten Hierarchieebenen unterrepräsentiert ist und die Mitwirkungsrechte einer gesonderten Vertretung dazu geeignet sind, die Repräsentanz zu erhöhen. Außerdem muss die Berliner Verwaltung innerhalb ihrer Einschätzungsprärogative darlegen, dass der Personalrat diese Ziele nicht gleich wirksam erreichen kann, indem er seine Mitbestimmungs- und Mitwirkungsbefugnisse nach Maßgabe des § 71 PersVG ausübt. Dies kann mit intensiveren Beteiligungsrechten der gesonderten Personalvertretung begründet werden (z.B. bei einer Ausgestaltung analog zu § 17 Abs. 1, 2 LGG) oder damit, dass die Bedürfnisse der jeweiligen Beschäftigtengruppe durch eine spezialisierte Personalvertretung besser wahrgenommen werden können. Unter diesen Voraussetzungen ist die Errichtung einer gesonderten Personalvertretung in der Regel auch eine angemessene Benachteiligung der nicht geförderten Gruppen, da diese (z.B. Menschen ohne Migrationshintergrund) in der Regel ausreichend durch das AGG und den Personalrat geschützt werden.

[646] Offen gelassen für das *Amt* der Frauenvertreterin auch von VG Berlin, Urt. v. 20.05.2014 – 5 K 420.12 Rn. 27.

C. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Grundlagen positiver Maßnahmen im öffentlichen Dienst des Landes Berlin

- Bei positiven Maßnahmen im Rechtssinn handelt es sich um Maßnahmen, die bestehende Nachteile aus wegen rassistischer Zuschreibungen, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder anderer, insbesondere nach § 1 LADG geschützter Merkmale verhindern oder ausgleichen sollen. Nachteile bezeichnet in diesem Sinne alle Umstände, die dazu führen können, dass Personen einer bestimmten Gruppe schlechtere Chancen als andere haben, bestimmte Positionen oder Leistungen zu erlangen.
- Der Erlass positiver Maßnahmen durch das Land Berlin für strukturell benachteiligte Personengruppen i.S.d. § 2 LADG ist verfassungsrechtlich zulässig. Die Gesetzgebungskompetenz des Landes folgt aus Artt. 70 Abs. 1, 72 Abs. 1 GG. Eine Sperrwirkung aufgrund konkurrierender Bundesgesetzgebung nach Artt. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12, 27 GG durch Erlass des AGG oder Vorschriften des BeamtStG ist nicht eingetreten. Materiell sind die Anforderungen des Unions- und Verfassungsrechts zu beachten.
- § 11 Abs. 1, 2 LADG bildet neben verbindlichen Vorgaben des Verfassungs-, Völker- und Europarechts einen zentralen Ausgangspunkt für die Berliner Verwaltung zur Implementation von positiven Maßnahmen. Diese Norm gilt auch für Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst des Landes.
- Von positiven Maßnahmen zu unterscheiden sind sogenannte „angemessene Vorkehrungen“ für Menschen mit Behinderungen nach Art. 5 RL 2000/78/EG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 S. 2 lit. i, Art. 2 Untrerabs. 4 UN-BRK. Während positive Maßnahmen Ausnahmen von der formalen Gleichbehandlung zulassen, sind angemessene Vorkehrungen als im Einzelfall passende Modifikationen zur Sicherung der Gleichbehandlung zu verstehen. Es müssen dabei für Beschäftigte oder Bewerber:innen mit Behinderungen nicht nur z.B. technische Hilfsmittel bereitgestellt oder arbeitsorganisatorische Anpassungen vorgenommen werden. Vielmehr können und müssen auch Abweichungen von den allgemein vorausgesetzten gesundheitlichen und sonstigen Eignungskriterien gemacht werden. Angemessene Vorkehrungen dienen der Umsetzung einer Rechtspflicht, deren Nichterfüllung selbst eine Diskriminierung darstellt.

Verfassungs-, europa- und bundesrechtliche Anforderungen

- Positive Maßnahmen zugunsten von Frauen sowie Menschen mit Behinderungen lassen sich grundsätzlich auf die verfassungsrechtlichen Förderaufträge aus Art. 3 Abs. 2 GG sowie Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG stützen. Positive Maßnahmen, die differenzierende Regelungen zugunsten von Menschen mit Migrationsgeschichte/-hintergrund oder Geschlechtseintrag „divers“ treffen, stellen eine (mittelbare) Bevorzugung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG dar. Diese Bestimmung bildet aber selbst in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG eine verfassungsrechtliche Grundlage, um positive Maßnahmen zu rechtfertigen. Differenzierende Regelungen entlang von Staatsangehörigkeit, sexueller Orientierung oder Alter sind wiederum an Art. 3 Abs. 1

GG zu messen, wobei auch hier eine strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen ist.

- Positive Maßnahmen bei Einstellungen und Beförderungsentscheidungen sind nur nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG zulässig. Leistungsfremde Kriterien dürfen in die Bewerberauswahl nur einfließen, wenn die Bewerber:innen im Wesentlichen gleich geeignet sind.
- Knüpft das Hilfskriterium an ein Merkmal i.S.d. § 1 AGG an, müssen die Anforderungen des § 5 AGG berücksichtigt werden: Es muss die Wahrscheinlichkeit bestehen, dass durch die Maßnahmen tatsächlich oder strukturell bestehende Nachteile für die betroffene Gruppe ausgeglichen werden. Außerdem darf die Bevorzugung die jeweils andere Gruppe nicht unverhältnismäßig belasten. Je weniger eine Maßnahme den Rechtskreis der nicht begünstigten Gruppe berührt, desto eher ist sie angemessen. Außerdem darf der begünstigten Gruppe kein automatischer, unbedingter Vorrang eingeräumt werden. Es muss stets eine Würdigung des Einzelfalls möglich bleiben. Darüber hinaus muss die Heranziehung des Hilfskriteriums unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG sachgerecht und angemessen sein. Die Maßstäbe entsprechen im Wesentlichen denen des § 5 AGG. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass positive Maßnahmen zugunsten von Frauen und Menschen mit Behinderung wegen Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 GG verfassungsrechtlich eher zulässig sind als andere Maßnahmen.
- Die Besetzung von Ausbildungsplätzen richtet sich nur nach Art. 33 Abs. 2 GG, wenn ausschließlich für Tätigkeiten im öffentlichen Dienst ausgebildet wird. Bildet die öffentliche Hand im Rahmen von staatlichen Ausbildungsmonopolen auch für eine Tätigkeit im privaten Sektor aus, sind die Einstellungsmodalitäten anhand von Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG zu überprüfen. Zwar muss auch hier die Eignung das vorherrschende Auswahlkriterium sein; verfassungsrechtlich sind jedoch Quoten für benachteiligte Gruppen i.H.v. 20 Prozent unbedenklich.
- Für die Besetzung von Ausbildungsplätzen ohne staatliches Ausbildungsmonopol gilt, dass eine Würdigung jeder einzelnen Bewerbung und der Einzelfallumstände AGG-rechtlich nicht notwendig ist. Bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen können auch feste Reservierungsquoten für benachteiligte und unterrepräsentierte Personengruppen zulässig sein.
- Maßnahmen im Beschäftigungsverhältnis sind nicht anhand von Art. 33 Abs. 2 GG zu messen, aber anhand vom AGG und von Art. 3 GG. Es ist daher stets ein sachlicher Grund für die positive Maßnahme erforderlich und die Maßnahme muss verhältnismäßig sein.
- Die Förderaufträge aus Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG sowie der Handlungsauftrag nach § 11 Abs. 1, 2 LADG sind nach der Wesentlichkeitsjudikatur als ausreichende gesetzliche Grundlagen jedenfalls für solche Fördermaßnahmen anzusehen, die keine wesentlichen Nachteile für die ausgeschlossene Gruppe mit sich bringen. Demgegenüber sind verbindliche Differenzierungs- und Bevorzugungsregelungen, insbesondere bei Ausbildungsplatzvergabe, Einstellungen und Beförderungen, als grundrechtswesentlich anzusehen, sodass es einer spezialgesetzlichen Grundlage bedarf.

2. Zulässigkeit von Fördermaßnahmen

- Förderprogramme zur Vorbereitung auf den Arbeitsmarkt sind stets zulässig, wenn sie für bestimmte Personengruppen konzipiert sind und diese speziell adressieren, die

aber auch für andere Personen offen sind. Exklusive Förderprogramme sind zulässig, wenn die berechtigten Personengruppen tatsächlich und strukturell beim Zugang zum Arbeitsmarkt benachteiligt sind, was durch eine Unterrepräsentanz der Gruppen in der Berliner Verwaltung oder Studien nachzuweisen ist. Exklusive Förderprogramme müssen dazu geeignet sein, die strukturellen Nachteile beim Zugang zu Arbeitsplätzen in der Berliner Verwaltung zu erhöhen, was bei Mentoring- und Hospitationsprogrammen, Bewerbungstrainings und Sprachkursen in aller Regel anzunehmen ist. Der Teilnehmerkreis von Förderprogrammen darf auf Personen mit einer bestimmten Merkmalsausprägung oder -zuschreibung begrenzt sein, wenn nur begrenzte (finanzielle oder administrative) Kapazitäten zur Verfügung stehen oder so eine für das Programm notwendige schützende Gesprächsatmosphäre gewährleistet ist. Unter diesen Voraussetzungen sind exklusive Förderprogramme auch angemessen.

3. Anforderungen an Auswahlverfahren bei Stellenbesetzungen und Beförderungen

- Die Personalauswahl bei Einstellungen bzw. Ernennungen und Beförderung hat gem. Art. 33 Abs. 2 GG nach dem Leistungsgrundsatz zu erfolgen. Die Beurteilung muss sich dabei nach dem jeweiligen Anforderungsprofil der Stelle richten, das vor dem Auswahlverfahren (in der Regel in der Stellenausschreibung) festzulegen ist. Sowohl mit Blick auf die im Anforderungsprofil festgelegten als auch die allgemeinen Eignungskriterien, die im Auswahlverfahren zur Anwendung kommen, dürfen grundsätzlich weder unmittelbar noch mittelbar benachteiligend i.S.d. Art. 3 Abs. 2, 3 GG und § 7 Abs. 1, § 3 Abs. 1, 2 GG sein.
- In Anbetracht der zunehmend individualisierten Leistungsbewertung ist es zentral, die Erstellung eines diskriminierungsfreien Anforderungsprofils und die Anwendung von nicht-diskriminierenden Bewertungskriterien sicherzustellen. Hierfür können durch die Verwaltung allgemein auszuschließende sowie positiv, im Sinne der benachteiligten Gruppe zu berücksichtigende Eignungskriterien vorgegeben werden. So könnten beispielsweise zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst z.B. Mehrsprachigkeit, interkulturelle Kompetenzen oder soziales Engagement in migrantischen Selbstvertretungsorganisationen als allgemein positive Eignungskriterien festgelegt werden, die gerade im Kontakt mit einer vielfältigen Bevölkerung von Vorteil und damit in der Regel eignungsrelevant sind.
- Nach § 11 Abs. 2 LADG sind öffentliche Stellen im Land Berlin dazu gehalten, strukturelle Diskriminierungsgefährdungen auch in ihren Personalbereichen zu untersuchen und geeignete Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Ergeben sich Hinweise auf mittelbar diskriminierende Auswahlverfahren kann z.B. die Vorlage geschlechtsspezifischer Beurteilungsstatistiken verlang werden. Gleiches ist nunmehr möglich, wenn entsprechende Daten nach § 8 Abs. 1 PartMigG vorliegen. Zeigt die Analyse, dass Kriterien oder Verfahren tatsächlich mittelbar eine Personengruppe i.S.d. § 1 AGG in besonderer Weise benachteiligen kann, so können die jeweiligen Kriterien oder Verfahren nur Bestand haben, wenn sie für die konkret zu besetzende Stelle erforderlich und angemessen sind.
- Grundsätzlich verlangt ein nicht-diskriminierendes und chancengleiches Auswahlverfahren nach Art. 33 Abs. 2, Art. 3 GG, dass für alle Bewerber:innen möglichst gleiche Anforderungen an den Leistungsnachweis und das Verfahren gelten. Etwas anderes gilt nur für Menschen mit Behinderungen.
- Mit Blick auf die Eignungsbeurteilung von Personen mit Behinderungen müssen in Auswahlverfahren stets angemessene Vorkehrungen geprüft werden. Demgemäß sind Anpassungen mit Blick etwa auf körperliche Eignungsvoraussetzungen, die

Arbeitsorganisation einschl. Arbeitszeiten sowie die Ausgestaltung von Arbeitsplätzen und die Bereitstellung von Hilfsmitteln im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zwingend vorzunehmen. Ein Verstoß gegen die Pflicht aus Art. 5 RL 2000/78/EG und Art. 27 Abs. 1 S. 2 lit. i, Art. 2 Unterabs. 4 UN-BRK stellt selbst eine Diskriminierung dar und kann von abgelehnten Bewerber:innen gerichtlich geltend gemacht werden.

- Bei der Ausschreibung und Besetzung von Stellen im öffentlichen Dienst kommt der einstellenden Behörde aufgrund ihrer dem Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagerten Organisationsgewalt bezüglich der Einrichtung und Ausschreibung von Ämtern und auch der konkreten Durchführung des Auswahlverfahrens ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu. Entsprechend ist es auch zulässig, ein Bewerbungsverfahren länger offenzuhalten, um weitere Bewerbungen aus bislang unterrepräsentierten Gruppen einzuholen. Allerdings muss zumindest die begründete Aussicht bestehen, dass noch qualifizierte Bewerbungen aus dem relevanten Personenkreis eingehen. Zudem dürfen Verfahren nicht unangemessen in die Länge gezogen werden.
- Die Frage, inwieweit die gesundheitliche Eignung bei Verbeamtungen in Fällen von Adipositas verneint werden kann, ist nicht einfach zu beantworten. Nach der Rechtsprechung sind hohe Anforderungen an eine negative Prognose zu stellen. Auch in Fällen einer schweren Adipositas unterhalb einer Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung nach § 2 Abs. 2,3 SGB IX besteht ein Anspruch auf angemessene Vorkehrungen i.S.d. Art. 1 RL 2000/78/EG. Dieser greift nach der Rechtsprechung schon ab einem GdB von 10.

4. Zulässigkeit von Quotenregelungen

- Bei den bestehenden Quotenregelung im deutschen Recht lässt sich zwischen Entscheidungsquoten, Reservierungsquoten, (Mindest-)Beschäftigungsquoten und Zielquoten (bzw. flexible Ergebnisquoten) differenzieren.
- Bei Entscheidungsquoten wie § 8 Abs. 1, 2 LGG ist die Bevorzugung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer strukturell benachteiligten Personengruppe nur als Hilfskriterium bei gleicher Eignung der Bewerber:innen zulässig. Dabei billigt die Rechtsprechung der einstellenden (bzw. befördernden) Behörde einen weiten Beurteilungsspielraum zu. Sie kommt in der Praxis vor allem in den Fällen zur Anwendung, dass entweder
    - die Auswahl noch primär anhand von formalen Kriterien wie Notenwerten erfolgt oder
    - eine Auswahlkommission zwei Personen auf denselben Platz setzt.
- Darüber hinaus dürfte ihre tatsächliche Bedeutung heute vor allem (nur noch) darin liegen, Bewusstsein für die Gleichstellung in Bewerbungsverfahren zu schaffen und Strukturveränderungen im Personalbereich zu unterstützen.
- Selbst bei im Wesentlichen gleicher Eignung darf keine *automatische* Bevorzugung der Bewerberin erfolgen. Sowohl § 8 Abs. 1, 2 LGG als auch § 12 Abs. 1 PartMigG enthalten daher Öffnungsklauseln, welche die Bevorzugungsregelungen unter den Vorbehalt der „Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit“ stellen. Allerdings dürfen die gegebenenfalls im Einzelfall zugunsten der gleich geeigneten Mitbewerber zu berücksichtigen Gründe ihrerseits nicht diskriminierend sein.
- Damit kann die Öffnungsklausel heute vor allem noch in Fällen zur Anwendung kommen, in denen andere Benachteiligungsgründe i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG, § 1 AGG, § 2 LADG (Behinderung, Migrationsgeschichte, sozialer Status) auf der Seite der im

Wesentlichen gleich geeigneten Mitbewerber ins Gewicht fallen. Über die Öffnungsklauseln lassen sich folglich vor allem Kollisionen zwischen den Quotenregelungen der § 8 Abs. 1, 2 LGG, § 12 Abs. 1 PartMigG und 3.4.4. VV-Inklusion lösen.

- Qualifikationsunabhängige Reservierungsquoten (oder starre Ergebnisquoten), die einen bestimmten Anteil von Stellen für Personen aus einer benachteiligten Gruppe reserviert und eine Leistungsauswahl jeweils nur innerhalb der Gruppen(-anteile) vorsehen, sind nach dem EU-Recht sowie Art. 33 Abs. 2 GG bei Einstellungen, Ernennungen und Beförderung unzulässig. Anderes gilt jedoch für Ausbildungsplätze.
- Bei (Mindest-)Beschäftigungsquoten werden keine für das Auswahl- und Einstellungsverfahren unmittelbar bindenden Regelungen getroffen. Es wird vielmehr allgemein eine Verpflichtung des öffentlichen Arbeitgebers begründet, über alle Einstellungen (oder auch Beförderungen) hinweg eine bestimmte Quote von Beschäftigten einer (strukturell) benachteiligten Gruppe zu erfüllen (vgl. § 154 SGB IX für schwerbehinderte Beschäftigte).
- Durch die (Beschäftigungs-)Quote wird der Grundsatz der Leistungsauswahl nach Art. 33 Abs. 2 GG nicht berührt, jedenfalls soweit sichergestellt ist, dass eine Vorzugsregelung in konkreten Auswahlverfahren weiterhin nur bei im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung greift. Entsprechende Mindestbeschäftigungsquoten für den öffentlichen Dienst wären dementsprechend auch für Menschen mit Migrationshintergrund/-geschichte denkbar und zulässig, wenn die zu erreichende Quote angemessen ist, d.h. den Anteil potentiell zu erreichender qualifizierter Bewerber:innen mit Migrationshintergrund nicht überschreitet.
- Zielquoten (oder flexible Ergebnisquoten) beruhen auf der Festsetzung von nummerischen Zielvorgaben in Förderplänen. Die Erreichung der entsprechenden Zielvorgaben ist nur eine objektiv-rechtliche Verpflichtung. Die Regelung begründet, anders als die Entscheidungsquote, keine Ansprüche der unterrepräsentierten Personen bei einzelnen Auswahlentscheidungen.

5. (Reservierungs-)Quoten für Ausbildungsplätze

- Nach der Rechtsprechung sind Quotenregelungen bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen in deutlich stärkerem Umfang möglich als bei Stellenbesetzungen bzw. Beförderungen. So wurden Reservierungsquoten wie § 7 Abs. 2 LGG für rechtmäßig erachtet. Diese Maßstäbe lassen sich grundsätzlich auf andere strukturell benachteiligte und unterrepräsentierte Gruppen i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG, § 1 AGG übertragen. Allerdings muss auch hier die Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. So darf eine entsprechende Reservierungsquote nur dann zur Anwendung kommen, wenn, ggf. nach nochmaliger Ausschreibung, genügend qualifizierte Bewerbungen aus der unterrepräsentierten Gruppe vorliegen.
- Zudem ist bei der Quotenbildung auf eine angemessene statistische Referenzgröße zu achten. Dabei ist zu beachten, dass nach § 7 Abs. 1 BeamtStG grundsätzlich nur deutsche und EU-Staatsbürger:innen in ein Beamtenverhältnis berufen werden dürfen. Entsprechend dürfte eine Reservierungsquote für Ausbildungen, die ausschließlich für eine Beamtenlaufbahn qualifizieren, die nicht nach § 7 Abs. 3 BeamtStG regelmäßig für weitere Staatsangehörigkeiten geöffnet ist, sich nicht am Anteil der Personen mit Migrationshintergrund an der Berliner Bevölkerung insgesamt ausrichten, sondern nur an dem Teil der Personengruppe, der die Voraussetzungen des § 7 BeamtStG erfüllt.

- Bei Ausbildungsmonopolen wie vor allem den Referendardienst sind Reservierungsquoten nur in eingeschränktem Umfang zulässig. Vorabquoten von 20 Prozent an der zu vergebenden Platzzahl dürften unproblematisch sein.

6. Kollision von Bevorzugungsregeln

- Zu einem „Kollisionsfall“ kommt es, wenn mehrere Personen um einen Vorteil konkurrieren und sich dabei auf unterschiedliche Förderaufträge berufen können. Das betrifft vor allem Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen: Derzeit sehen § 8 LGG und Tz. 3.4.4. der VV Inklusion vor, dass Frauen bzw. Menschen mit Behinderung bei gleicher Eignung bevorzugt einzustellen bzw. zu berücksichtigen sind.
- Dabei wird ein schwerbehinderter Bewerber *in der Regel*, aber nicht automatisch gegenüber einer nicht schwerbehinderten weiblichen Arbeitnehmerin zu bevorzugen sein. Vorzunehmen ist jeweils eine Abwägung im Einzelfall, wie § 8 LGG es vorsieht.
- Der Begriff der „intersektionalen Diskriminierung“ beschreibt, dass Personen aufgrund mehrerer in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG oder § 1 AGG genannter Merkmale, die spezifisch im Sinne einer Überschneidung zusammenwirken, diskriminiert werden. Eine solche Intersektionalität kann im Kollisionsfall im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung schutzwürdiger Belange berücksichtigt werden.

7. Nachweis von subjektiven Diskriminierungsmerkmalen

- Damit positive Maßnahmen sachlich gerechtfertigt sind, muss sichergestellt sein, dass sie tatsächlich nur oder überwiegend von Personen in Anspruch genommen werden, welche die Merkmale einer strukturell benachteiligten Gruppe i.S.d. Art. 3 Abs. 2, 3 GG, § 1 AGG bzw. § 2 LADG erfüllen. Daher ist es ebenso rechtlich zulässig und erforderlich, bestimmte Anforderungen an den Nachweis der Zugehörigkeit zur strukturell benachteiligten Gruppe aufzustellen.
- Die Anforderungen an den Nachweis müssen - wie die positive Maßnahme selbst - verhältnismäßig sein. Dabei gilt: Je stärker die Maßnahme in die Rechte Dritter eingreift, desto stärker muss eine missbräuchliche Inanspruchnahme verhindert und desto höhere Anforderungen müssen an den Nachweis gestellt werden. Dabei muss die Erbringung des Nachweises zumutbar bleiben.
- Es ist für transgeschlechtliche und nichtbinäre Personen in der Regel unverhältnismäßig, von ihnen einen personenstandsrechtlichen Nachweis des Geschlechts zu verlangen. Neben der Vorlage eines dgti-Ergänzungsausweises muss immer auch eine qualifizierte Selbstauskunft über das eigene Geschlecht zulässig sein. Es ist transgeschlechtlichen und nichtbinären Personen dabei zumutbar, ihre Geschlechtsidentität gegenüber der Behörde hinreichend plausibel darzulegen.
- Nach derzeitiger Rechtslage ist es für intergeschlechtliche Personen grundsätzlich zumutbar, ihr Geschlecht durch einen übereinstimmenden Personenstandseintrag nachzuweisen. Dasselbe gilt für transgeschlechtliche und nichtbinäre Personen unter Geltung des SBGG.

8. Verfassungsmäßigkeit des PartMigG

- Das Gesetz zur Förderung der Partizipation in der Migrationsgesellschaft des Landes Berliner (Partizipationsgesetz - PartMigG) vom Juli 2021 stellt eine Weiterentwicklung des Gesetzes zur Regelung von Partizipation und Integration in Berlin (PatIntG) aus dem Jahr 2010 dar. Es zielt auf die Förderung der chancengleichen Teilhabe und

Partizipation von Menschen mit Migrationsgeschichte in Berlin und speziell in der Berliner Verwaltung. Auch andere Bundesländer wie Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen haben mittlerweile Gesetze erlassen mit dem Ziel, die Vertretung von Menschen mit Migrationshintergrund zu verbessern und ihren Anteil in der Verwaltung zu erhöhen.

- Das PartMigG ist am 6. Juli 2021 in Kraft getreten und ist seither verbindliches Recht. Die Berliner Verwaltung ist nach dem Grundsatz der Gesetzesbindung der Exekutive (Art. 20 Abs. 3 GG) verpflichtet, die Normen des PartMigG umsetzen.
- Die Gesetzgebungszuständigkeit des Landes ergibt sich aus Art. 70 Abs. 1 GG und, soweit Materien der konkurrierenden Gesetzgebung betroffen sind, aus Art. 72 Abs. 1 GG. Eine Sperrwirkung durch bundesgesetzliche Regelungen nach Art. 72 Abs. 1 GG ist nicht eingetreten.
- Im juristischen Schrifttum gibt es (bislang) keine Beiträge, welche verfassungsrechtliche Einwände gegen einzelne Regelungen des PartMigG genauer darlegen. Die einzelnen Regelungen des PartMigG erweisen sich auch bei genauer Prüfung als verfassungsgemäß.
- Da nach § 11 Abs. 1 S. 1 PartMigG ausschließlich Personen zum Auswahlgespräch einzuladen sind, welche die nach dem Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stelle erforderliche Qualifikation besitzen, und die Einladungsquote zudem unter den Vorbehalt gestellt wird, dass ausreichend Bewerber:innen mit Migrationshintergrund diese Bedingung erfüllen, ist der Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG gewahrt. Es wird durch die Vorschrift keine Verpflichtung begründet, ungeeignete Bewerber:innen zum Vorstellungsgespräch einzuladen und es werden auch keine Bewerber aufgrund eines nicht vorhandenen Migrationshintergrunds vom Auswahlgespräch ausgeschlossen.
- Die Regelung des § 12 PartMigG bezieht sich ausdrücklich nur auf (Neu-)Einstellungen und nicht (auch) auf Beförderungen. Auch wenn die Regelung im Vergleich zu § 8 Abs. 1 LGG etwas weicher formuliert ist und keine generelle Bevorzugung, sondern eine Berücksichtigung „in besonderem Maße“ fordert, handelt es sich um eine qualifikationsabhängige Entscheidungsregel. Diese ist bei im Wesentlichen gleicher Eignung von Bewerber:innen sowohl mit Art. 33 Abs. 2 GG als auch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vereinbar, soweit eine Öffnungsklausel die Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit sicherstellt. Dies ist vorliegend der Fall. Darüber hinaus stellt § 12 Abs. 1 PartMigG ausdrücklich klar, dass die in Art. 33 Abs. 2 GG festgelegten Grundsätze Vorrang haben und zu beachten seien. Es ist damit denklogisch auszuschließen, dass § 12 Abs. 1 PartMigG gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen könnte.
- Gerade bei der Besetzung von Ausbildungsplätzen besteht das größte Potenzial zu einer diversitätsorientierten Öffnung des öffentlichen Dienstes. Im Rahmen der Ausbildung wird die spezielle Qualifikation für die Ausübung von Stellen im öffentlichen Dienst erst hergestellt. Daher darf bei der Vergabe der Ausbildungsstellen auch an die formale Grundqualifikation und -eignung der Bewerber:innen angeknüpft werden; die AVLGG zu § 7 Abs. 2 schreiben dies ausdrücklich vor. Dennoch stellt § 13 Abs. 1 PartMigG die Vergabe von Ausbildungsplätzen unter den Vorbehalt der gleichen Qualifikation und sieht zudem eine Öffnungsklausel zur Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit vor.
- Zweifel könnten hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit allerhöchstens mit Blick auf staatliche Monopolausbildungen (insb. Referendardienst) auftreten. Analog der AVLGG zu § 7 Abs. 3, ist § 13 Abs. 1 PartMigG bei verfassungskonformer Auslegung daher auf solche Ausbildungsverhältnisse nicht anzuwenden.

- Nach § 22 PartMigG erlässt die für Integration zuständige Senatsverwaltung „zur Ausführung dieses Gesetzes erforderliche Verwaltungsvorschriften“. Diese Norm enthält keinen Vorbehalt der Anwendbarkeit oder Vollzugsfähigkeit des PartMigG. Es handelt sich vielmehr um eine typische Ermächtigungsvorschrift zum Erlass erforderlicher Verwaltungsvorschriften, wie beispielsweise Ausführungsvorschriften zur Gewährleistung einer einheitlichen Umsetzung. Die §§ 8 und 9 PartMigG sind demnach von der Berliner Verwaltung unmittelbar zu vollziehen.

9. Einzelne Rechtsfragen des PartMigG

- Nach dem Regelungskonzept des PartMigG kann sich die Feststellung von Unterrepräsentanz von Personen mit Migrationshintergrund – entsprechend dem LGG – auf die nach § 9 Abs. 1 PartMigG durchzuführende Bestandsaufnahme und Analyse der Beschäftigtenstruktur unter Berücksichtigung der zu erwartenden Fluktuation stützen. Das PartMigG gestaltet die Erstellung der Beschäftigtenanalyse und Förderpläne weitestgehend analog zu den Frauenförderplänen nach § 4 LGG aus. Entsprechend kann bei der Erstellung der Analysen nach § 9 Abs. 1 PartMigG auf die hierzu entwickelte Verwaltungspraxis und Standards zurückgegriffen werden.
- Anders als das personenstandsrechtlich erfasste Geschlecht der Beschäftigten, sind die Angaben über den Migrationshintergrund durch die Beschäftigten nach § 8 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 4 PartMigG jedoch freiwillig und können jederzeit widerrufen werden. Es ist nicht auszuschließen, dass ein Teil der Beschäftigten keine Auskunft über den Migrationshintergrund geben möchte. Insofern kann und wird es im Vergleich zu den Frauenförderplänen zu statistischen Lücken kommen. Soweit zumindest ein weit überwiegender Anteil der Beschäftigten Auskunft über das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Migrationshintergrunds gegeben hat, ist es, soweit keine Anhaltspunkte für eine Verzerrung im Antwortverhalten der Gruppen vorliegen, zulässig, die ermittelten Prozentzahlen auf die Gesamtheit hochzurechnen. Dabei kann als statistische Kontrollgröße auch die Staatsangehörigkeit der Beschäftigten, die der Personalabteilung (analog dem personenstandsrechtlichen Geschlecht) in der Regel bekannt ist, herangezogen werden.
- Anders als § 8 Abs. 1 LGG setzt § 12 Abs. 1 PartMigG eine Erhebung und Analyse der Beschäftigtenstruktur nicht zwingend voraus. Während § 8 Abs. 1 LGG eine bevorzugte Einstellung von Frauen bei gleichwertiger Eignung so lange fordert, bis Parität in dem jeweiligen Bezugsbereich (Laufbahn, Berufsfachrichtung, Vorgesetzten- oder Leitungseben und Funktionsstelle) hergestellt ist, benennt § 12 Abs. 1 PartMigG die Repräsentanz lediglich als „Ziel“ der Regelung („um … abzubilden“). Entsprechend ist die Regelung auch dann anwendbar, wenn eine genaue Bestandsaufnahme nach § 9 Abs. 1 PartMigG noch nicht stattgefunden hat und es keine Hinweise darauf gibt, dass in dem jeweiligen Bezugsbereich – anders als in den anderen Teilen der Berliner Verwaltung – eine Repräsentanz von Personen mit Migrationshintergrund entsprechend dem Anteil an der Bevölkerung Berlins bereits erreicht sein könnte.
- Das Hilfskriterium „Migrationshintergrund“ kommt nach § 12 Abs. 1 PartMigG nur bei einer im Wesentlichen gleichen Eignung der Bewerber:innen zur Anwendung. Dass der Migrationshintergrund dann „in besonderem Maße“ zu „berücksichtigen“ ist, bedeutet, dass er in diesem Fall des Eignungspatts als Hilfskriterium zur Anwendung kommen soll.
- Aus der Formulierung „in besonderem Maße“ in Verbindung mit § 12 Abs. 1 S. 2 PartMigG, wonach die Vorgaben des § 8 LGG „unberührt“ bleiben, ergibt sich, dass bei einem Entscheidungspatt zwischen einer Frau ohne Migrationshintergrund und

einem Bewerber mit Migrationshintergrund die Bevorzugungsregel nach § 8 Abs. 1 LGG vorrangig ist, d.h. die Bewerberin den Vorzug erhalten muss, soweit nicht weitere Härtekriterien eine andere Entscheidung zur „Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit“ erfordern. Ebenso tritt der Migrationshintergrund in der Regel hinter die Entscheidungsregel zugunsten von Personen mit Schwerbehinderung nach Ziff. 3.4.4. VV Inklusion i.V.m. der Beschäftigungspflicht aus § 154 SGB IX zurück.

10. Anerkennung von personenbezogenen Daten im Arbeitsleben

- Die Berliner Verwaltung ist dazu verpflichtet, den gewählten Vornamen und das selbst bestimmte Geschlecht ihrer Beschäftigten in der täglichen Kommunikation anzuerkennen, sobald das Urteil nach dem TSG rechtskräftig ist. Ab voraussichtlich November 2024 tritt an die Stelle des Urteils die Änderung von Geschlechtseintrag und Vornamen durch das Standesamt nach dem SBGG. Die Verpflichtung zur Anpassung der personenbezogenen Daten gilt ab diesem Zeitpunkt unbedingt und auch bei einem mehrfachen Wechsel des amtlichen Geschlechts und Vornamens, u.a. auch bei einer Detransition.
- Vor Rechtskraft des Urteils bzw. Änderung durch das Standesamt ist die Berliner Verwaltung zur Anpassung der personenbezogenen Daten in der täglichen Kommunikation unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit verpflichtet. Das betrifft Beschäftigte, die den amtlichen Transitionsprozess bereits begonnen haben, Beschäftigte, die den Prozess nicht durchführen möchten und Beschäftigte, die ihren Vornamen und/oder Geschlecht nach einer amtlichen Transition erneut ändern möchten. Der Berliner Verwaltung als Arbeitgeberin ist jedenfalls die ein- oder zweimalige Änderung der personenbezogenen Daten zumutbar, wenn keine objektiven Anhaltspunkte für eine schikanöse Motivation des Beschäftigten bestehen.
- Beschäftigte haben einen Anspruch darauf, dass nur solche Bestandteile ihrer Personalakten an Dritte übermittelt werden, die zur Aufgabenwahrnehmung des Empfängers erforderlich sind. Der Dienstherr ist zur Änderung dienstlicher Beurteilungen und anderer von ihm ausgestellter Unterlagen anlassbezogen verpflichtet, wenn dadurch eine Offenbarung des alten Geschlechts und/oder Vornamens an Dritte verhindert wird.
- Die Berliner Verwaltung ist dazu verpflichtet, Arbeits- und Dienstzeugnisse ihrer ehemaligen Beschäftigten auf Aufforderung an den gewählten Vornamen und das selbst bestimmte Geschlecht anzugleichen, sobald das Urteil nach dem TSG rechtskräftig ist. Das gilt für Beamte und privatrechtlich Beschäftigte gleichermaßen. Ab voraussichtlich November 2024 tritt an die Stelle des Urteils die Änderung von Geschlechtseintrag und Vornamen durch das Standesamt nach dem SBGG. Die Verpflichtung zur Neuausstellung des Zeugnisses gilt ab diesem Zeitpunkt unbedingt und auch bei einem mehrfachen Wechsel des amtlichen Geschlechts und Vornamens, u.a. auch bei einer Detransition.
- Vor Rechtskraft des Urteils bzw. Änderung durch das Standesamt ist die Berliner Verwaltung zur Neuausstellung von Zeugnissen unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit verpflichtet. Das betrifft ehemalige Beschäftigte, die den amtlichen Transitionsprozess bereits begonnen haben, den Prozess nicht durchführen möchten oder ihren Vornamen und/oder Geschlecht nach einer amtlichen Transition erneut ändern möchten. Der Berliner Verwaltung als Arbeitgeberin ist jedenfalls die ein- oder zweimalige Neuausstellung der Zeugnisse zumutbar, wenn keine objektiven Anhaltspunkte für eine schikanöse Motivation der ehemaligen Beschäftigten bestehen.

11. Befugnisse der Frauenvertreterin für intergeschlechtliche, transgeschlechtliche und nicht-binäre Personen

- Ob die Frauenvertreterin auch für weitere Geschlechter zuständig ist, richtet sich nach ihrer jeweiligen Aufgabe. Die Aufgaben und Rechte der Frauenvertreterin sind in § 17 LGG festgeschrieben. Dieser Katalog ist abschließend. Sofern § 17 LGG der Frauenvertreterin daher Aufgaben zuweist, die ausschließlich der Frauenförderung dienen, darf die Frauenvertreterin diese Aufgaben auch nur zu diesem Zwecke wahrnehmen. Somit ist sie nur für Trans Frauen, aber nicht für intergeschlechtliche, Trans Männer oder nicht-binäre Personen zuständig.
- Etwas Anderes gilt für die in § 17 Abs. 7 LGG normierte Aufgabe der Frauenvertreterin, Beschwerden über sexuelle Belästigungen entgegenzunehmen, die Betroffenen zu beraten und Mitteilungen über sexuelle Belästigungen der Dienststellenleitung zuzuleiten. Sie ist die zuständige Ansprechpartnerin bei sexuellen Belästigungen aller Beschäftigter, nicht nur Frauen.
- Es ist unter bestimmten Voraussetzungen mit höherrangigem Recht vereinbar, eine LGG-Änderung herbeizuführen, durch welche die Frauenvertreterin auch hinsichtlich ihrer Beteiligungsrechte gem. § 17 Abs. 1 und 2 LGG für weitere Geschlechter zuständig ist mit Ausnahme cis männlich.
- Die Errichtung gesonderter Personalvertretungen ist unter denselben Voraussetzungen rechtlich zulässig wie die Zuständigkeitserweiterung der Frauenvertreterin. Die Errichtung der gesonderten Personalvertretung muss zum Ausgleich bestehender Nachteile geeignet und erforderlich und unter Berücksichtigung der rechtlichen oder faktischen Nachteile der nicht geförderten Gruppe angemessen sein.

D. Literaturverzeichnis

Aikins, Muna AnNisa/Bremberger, Teresa/Aikins, Joshua Kwesi/Gyamerah, Daniel/Yıldırım-Caliman, Deniz: Afrozensus 2020 – Perspektiven, Anti-Schwarze Rassismuserfahrungen und Engagement Schwarzer afrikanischer und afrodiasporischer Menschen in Deutschland, Berlin 2021 (zitiert: *Aikins* et al., Afrozensus 2020, S.).

Aligbe, Patrick: Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen, München 2. Aufl. 2021.

Angst, Doris/Lantschner, Emma (Hrsg.): NomosKommentar ICERD, Baden-Baden, 1. Aufl 2020 (zitiert: Angst/Lantschner-*Bearbeiter*, ICERD, Teil Rn.).

Archibong, Uduak/Ashraf, Fahmida: Positive Action in the UK, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.): Positive Maßnahmen: Von Antidiskriminierung zu Diversity, Berlin, August 2010, S. 76-102 (zitiert: *Archibong/Ashraf*, Positive Action in the UK, S.).

Baer, Susanne: Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen: Grundprobleme des Antidiskriminierungsrechts, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.): Positive Maßnahmen: Von Antidiskriminierung zu Diversity, Berlin, August 2010, S. 11-20 (zitiert: *Baer*, Chancen und Risiken, S.).

Banafsche, Minou: Die Beschäftigungspflicht der Arbeitgeber nach §§ 71 ff. SGB IX zwischen Anspruch und Wirklichkeit, NZS 2012, 205-210.

Bantekas, Ilias/Ashley Stein, Michael/Anastasiou, Dimitris (Eds.): The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary, Oxford, 2018 (zitiert: CRPD-Oxford Commentary-*Bearbeiter*, Article para.).

Battis, Ulrich (Hrsg.): Bundesbeamtengesetz Kommentar, München, 6. Aufl. 2022 (zitiert: Battis-*Bearbeiter*, BBG, § Rn.).

Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen/Günther, Jens (Hrsg.): AGG und EntgTranspG, München, 5. Aufl. 2018 (zitiert: *Bauer/Krieger/Günther*, AGG, § Rn.).

Bechtolf, Hans: Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen und seine (Nicht-)Umsetzung im nationalen Recht, ZESAR 2020, 161-164.

Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef u.a. (Hrsg.): NomosKommentar Gesamtes Arbeitsrecht, Baden-Baden, 2. Aufl. 2023 (zitiert: NK GA-*Bearbeiter*, AGG, § Rn.).

Brinktrine, Ralf/Schollendorf, Kai (Hrsg.): BeckOK Beamtenrecht Bund, München, 31. Ed. 2023 (zitiert: BeckOK Beamtenrecht-*Bearbeiter*, BBG, § Rn.).

Britz, Gabriele, Freie Selbstentfaltung durch Selbstdarstellung, Tübingen, 2007 (zitiert: *Britz*, Freie Selbstentfaltung durch Selbstdarstellung, S.).

Cremer, Henrik: „... und welcher Rasse gehören Sie an?“ Zur Problematik des Begriffs „Rasse“ in der Gesetzgebung, Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper No. 10, Berlin, 2. Aufl. 2009 (zitiert: *Cremer*, „... und welcher Rasse gehören Sie an?“, 2009).

Daniels, Wolfgang/Kunze, Sandra u.a.: Personalvertretungsgesetz Berlin, Frankfurt a.M., 4. Aufl. 2019 (zitiert: Daniels/Kunze/Pätzel/Witt, PersVG Berlin, § Rn.).

Dau, Dirk/Düwell, Franz Josef/Joussen, Jacob/Luik, Steffen: Sozialgesetzbuch IX. Rehabiliation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen. Lehr- und Praxiskommentar, Baden-Baden, 6. Aufl. 2022 (zitiert: LPK-SGB IX-*Bearbeiter* , § Rn).

Däubler, Wolfgang/Beck, Thorsten (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Baden-Baden, 5. Aufl. 2022 (zitiert: Däubler/Beck-*Bearbeiter*, AGG, § Rn.).

Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter u.a. (Hrsg.): NomosKommentar Arbeitsrecht, Baden-Baden, 5. Aufl. 2022 (zitiert: HK ArbR-*Bearbeiter*, AGG, § Rn.).

Degener, Theresia: § 15 Angemessene Vorkehrungen, in: Mangold, Katharina/Payandeh, Mehrdad, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Tübingen 2022, S. 645-575 (zitiert: *Degener*, Angemessene Vorkehrungen, HdBADR, § 15 Rn.).

Della Fina, Valentina/Cera, Rachele/Palmisano, Guiseppe (Eds.): The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary, Cham, 2017 (zitiert: Della Fina/Cera/Palmisano-*Bearbeiter*, CRPD, Article para.).

Diekmann, Andreas: Empirische Sozialforschung. Grundlagen, Methoden, Anwendung, Berlin 12. Aufl. 2004 (zitiert: *Diekmann*, Empirische Sozialforschung, S.).

Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hrsg.): EMRK/GG Konkordanzkommentar, Tübingen, 3. Aufl. 2022 (zitiert: Dörr/Grote/Marauhn-*Bearbeiter*, EMRK/GG, Kap. Rn.).

Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Band 2, Tübingen, 3. Aufl. 2015 (zitiert: Dreier-*Bearbeiter*, GG, Bd. 2, Art. Rn.).

Dreier, Horst/Brosius-Gersdorf, Heike (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Tübingen, 4. Aufl. 2023 (zitiert: Dreier-*Bearbeiter*, GG, Bd. 1, Art. Rn.).

Dutter, Anatol/Fornasier, Matteo, Jenseits von männlich und weiblich – Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht des Bundes, S. 80 f. (zitiert: *Dutter/Fornasier*, Jenseits von männlich und weiblich).

Eichenhofer, Eberhard: Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, Antidiskriminierungsstelle des Bundes Berlin, 2018 (zit.: *Eichenhofer*, Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, 2018, S.).

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.): BeckOK Grundgesetz, München, 56. Ed. 2023 (zitiert: BeckOK GG-*Bearbeiter*, GG, Art. Rn.).

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

Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.): Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, München, 5. Aufl. 2014 (zitiert: Franzen/Gallner/Oetker-*Bearbeiter*, RL 2000/43/EG Art. Rn.).

Frowein, Jochen Abr.: Die Überwindung von Diskriminierung als Staatsauftrag in Art. 3 Abs. 3 GG, in: Ruland, Franz/Baron von Maydell, Bernd/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.): Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats – Festschrift für Hans Zacher zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 1998, S. 157-168 (zitiert: *Frowein*, Überwindung von Diskriminierung, S.).

Fuchs, Leona/Zöllner, Andreas: Trans* Personen am Arbeitsplatz, NZA 2022, 315-320.

Fuchs, Wiebke/Kempe-Schälicke, Conny-Hendrik u.a.: Gutachten: Geschlechtliche Vielfalt im öffentlichen Dienst. Empfehlungen zum Umgang mit Angleichung und Anerkennung des Geschlechts im öffentlichen Dienst, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Berlin, Mai 2017 (zitiert: *Fuchs* et al., Geschlechtliche Vielfalt im öffentlichen Dienst, S.).

Grill, Peter: Normprüfungs- und Normverwerfungskompetenz der Verwaltung, JuS 2000, 1080-1085.

Groß, Thomas: Die Verfassungskonformität einer Quote für Eingewanderte, JZ 2021, 880-886.

Grünberger, Michael/Mangold, Anna Katharina u.a. (Hrsg.): Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Baden-Baden, 1. Aufl. 2021 (zitiert: *Grünberger* et al., Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, S.).

Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang u.a. (Hrsg.): beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, München, Stand 1.9.2023 (zitiert: BeckOGK-*Bearbeiter*, AGG, § Rn.).

Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.): BeckOK BGB, München, 67. Ed. 2023 (zitiert: BeckOK BGB-*Bearbeiter*, AGG, § Rn.).

Herresthal, Carsten: Nachwirkende Leistungstreue- und Rücksichtnahmepflichten, in: Arnold, Stefan/Lorenz, Stephan (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, München, 2015, S. 179-210 (zitiert: *Herresthal*, Nachwirkende Leistungstreue- und Rücksichtnahmepflichten, S.).

Hey, Thomas/Forst, Gerrit (Hrsg.): AGG, Frankfurt a.M., 2. Aufl. 2015 (zitiert: Hey/Forst-*Bearbeiter*, AGG, § Rn.).

Hochgürtel, Tim/Sommer, Bettina: 2.1 Lebensformen in der Bevölkerung und Kinder, in: Statistisches Bundesamt et al. (Hrsg.), Datenreport 2021, Bonn 2021, S. 61 - 64 (zitiert: *Hochgürtel/Sommer,* 2.1 Lebensformen in der Bevölkerung und Kinder, Datenreport 2021, S.).

Ilbertz, Wilhelm/Widmaier, Ulrich: Bundespersonalvertretungsgesetz, Stuttgart, 15. Aufl. 2023 (zitiert: *Ilbertz/Widmaier*, BPersVG, § Rn.).

Jacobs, Matthias: Aktuelle Entwicklungen im deutschen und europäischen Antidiskriminierungsrecht, RdA 2018, 263-270.

Janda, Constanze/Herbig, Milena: Positive Maßnahmen für mehr Vielfalt in der öffentlichen Verwaltung, Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn, Mai 2022 (zitiert: *Janda/Herbig*, Positive Maßnahmen, S.).

Janda, Constanze: § 24 Diskriminierungsschutz und Migration, in: Mangold, Katharina/Payandeh, Mehrdad, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Tübingen 2022, S. 1003-1042 (zitiert: *Janda*, Diskriminierungsschutz und Migration, HdBADR, § 24 Rn.).

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo: Grundgesetz Kommentar, München, 17. Aufl. 2022 (zitiert: Jarass/Pieroth-*Bearbeiter*, GG, Art. Rn.).

Joussen, Jacob/Husemann, Tim/Mätzig, Sarah: Fortbildungsveranstaltungen und das AGG, RdA 2014, 279-285.

Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg, 221. Akt. 2023 (zitiert: BK-*Bearbeiter*, GG, Art. Rn.).

Kämmerer, Jörn Axel/Kotzur, Markus (Hrsg.): Grundgesetz, Band 1, München, 7. Aufl. 2021 (zitiert: v. Münch/Kunig-*Bearbeiter*, GG, Art. Rn.).

Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz C. (Hrsg.): Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, München, 3. Aufl. 2022 (zitiert: Karpenstein/Mayer-*Bearbeiter*, EMRK, Art. Rn.).

Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, München, 5. Aufl. 2021 (zitiert: MHdB ArbR-*Bearbeiter*, § Rn.).

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

Knickrehm, Sabine/Roßbach, Gundula/Waltermann, Raimund (Hrsg.): Kommentar zum Sozialrecht, München, 8. Aufl. 2023 (zitiert: Knickrehm/Roßbach/Waltermann-*Bearbeiter*, § Rn.).

Körlings, Peter: Das dritte Geschlecht und die diskriminierungsfreie Einstellung, NZA 2018, 282-285.

Kourabas, Veronika: Grundlegende Darstellung zu Rassismuskritik, Bielefeld 2019.

Kümper, Boas: Bestenauslese als Organisationsprinzip, DÖV 2017, 414-420.

Lasserre, Caroline: „Rasse"-Begriff der Grundrechtecharta, NZA 2022, 302-307.

Liebscher, Doris: Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund/Migrationsgeschichte durch eine Novellierung des PartIntG,

Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales, Berlin, Dezember 2019 (zitiert als: *Liebscher*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund, S.).

Liebscher, Doris: Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus. Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie, Berlin 2021 (zitiert: *Liebscher*, Rasse im Recht, 2021).

Majer, Christian F./Pautsch, Arne: „Positive Diskriminierung" – Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von „Migrantenquoten" und Bevorzugung wegen Migrationshintergrundes beim Zugang zum öffentlichen Dienst, ZAR 2020, 414-419.

Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad: § 1 Antidiskriminierungsrecht – Konturen eines Rechtsgebiets, in: Mangold, Katharina/Payandeh, Mehrdad, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Tübingen 2022, S. 3-66 (zitiert: *Mangold/Payandeh*, Antidiskriminierungsrecht – Konturen eines Rechtsgebiets, HdBADR, § 1 Rn.).

Mediendienst Integration (Hrsg.), Recherche Polizist*innen mit Migrationshintergrund, Berlin Juni 2022, abrufbar unter https://mediendienst-integration.de/fileadmin/Vielfalt_bei_der_Polizei_2022.pdf (Stand: 2.2.2024).

Merx, Andreas: Positive Maßnahmen in der Praxis. 10 Fragen und Antworten zur Umsetzung Positiver Maßnahmen, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.): Positive Maßnahmen: Von Antidiskriminierung zu Diversity, Berlin, August 2010, S. 52-67 (zitiert: *Merx*, Positive Maßnahmen in der Praxis, S.).

Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/v. Raumer, Stefan (Hrsg.): EMRK, Baden-Baden, 5. Aufl. 2023 (zitiert: HK EMRK-*Bearbeiter*, EMRK, Art. Rn.).

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.).: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, München, 23. Aufl. 2023 (zitiert: ErfK-*Bearbeiter*, BGB, § Rn. oder ErfK-*Bearbeiter*, AGG, § Rn.).

Neumann, Dirk/Pahlen, Ronald/Winkler, Jürgen/Jabben, Jürgen (Hrsg.): Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Kommentar, München 13. Aufl. 2018 (zitiert: Neumann/Pahlen/Winkler/Jabben-*Bearbeiter*, SGB IX § Rn.).

Papier, Hans-Jürgen/Heidebach, Martin: Mehr Frauen in Führungspositionen des öffentlichen Dienstes durch Fördermaßnahmen – verfassungs- und europarechtliche Bewertung, DVBl. 2015, 125-137.

Pärli, Kurt/Naguib, Tarek: Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, juristische Expertise erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2013 (zitiert: *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligungen aufgrund chronischer Krankheit, S.).

Payandeh, Mehrdas: Stellungnahme Öffentliche Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 21. Juni 2021 zu zwei Gesetzentwürfen zur Änderung des Grundgesetzes BT-Drs. 19/24434 vom 18.11.2020, abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/848100/cb73a277ffc094ba9a154a0b8639e438/stellungnahme-payandeh-data.pdf (Stand: 2.2.2024).

Petschel, Anja: 1.2 Bevölkerung mit Migrationshintergrund, in: Statistisches Bundesamt Destatis et al. (Hrsg.), Datenreport 2021, Bonn 2021, S. 30-44 (zitiert: *Petschel,* 1.2. Bevölkerung mit Migrationshintergrund, Datenreport 2021, S.).

Raasch, Sibylle: Positive Maßnahmen. Eine Einführung, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.): Positive Maßnahmen: Von Antidiskriminierung zu Diversity, Berlin, August 2010, S. 12-22 (zitiert: *Raasch*, Positive Maßnahmen, S.).

Reich, Andreas: Beamtenstatusgesetz. Kommentar, München, 3. Aufl. 2018 (zitiert: *Reich*, BeamtStG, § Rn.).

Richardi, Reinhard/Dörner, Hans-Jürgen/Weber, Christoph (Hrsg.): Personalvertretungsrecht, München, 5. Aufl. 2020 (zitiert: Richardi/Dörner/Weber-*Bearbeiter*, BPersVG, § Rn.).

Röhner, Cara: § 11 Sozioökonomische Diskriminierung, in: Mangold, Katharina/Payandeh, Mehrdad, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Tübingen 2022, S. 475-501 (zitiert: *Röhner*, Sozioökonomische Diskriminierung, HdBADR, § 11 Rn.).

Rolfs, Christian/Giesen, Richard u.a. (Hrsg.): BeckOK Arbeitsrecht, München, 69. Ed. 2023 (zitiert: BeckOK ArbR-*Bearbeiter*, AGG, § Rn.).

Rolfs, Christian/Giesen, Richard u.a. (Hrsg.): BeckOK Sozialrecht, München, 70. Ed. 2023 (zitiert: BeckOK Sozialrecht-*Bearbeiter*, SGB IX, § Rn.).

Rottleuthner, Hubert/Mahlmann, Mattthias: Diskriminierung in Deutschland, Baden-Baden, 2011 (zitiert: *Rottleuthner/Mahlmann*, Diskriminierung in Deutschland, S.).

Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, München, 9. Aufl. 2021 (zitiert: Sachs-*Bearbeiter*, GG, Art. Rn.).

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland u.a. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, München, 9. Aufl. 2021 (zitiert: MüKo BGB-*Bearbeiter*, AGG, § Rn.).

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland u.a. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, München, 9. Aufl. 2023 (zitiert: MüKo BGB-*Bearbeiter*, BGB, § Rn.).

Sacksofsky, Ute: Geschlechterforschung im Öffentlichen Recht, JöR 2019, 377-402.

Sacksofsky, Ute: Positive Maßnahmen und Verfassungsrecht, ZESAR 5-6/2004, 208-213.

Schiek, Dagmar (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive (zitiert: Schiek-*Bearbeite*r, AGG, § Rn.).

Schiek, Dagmar, Differenzierte Gerechtigkeit, Baden-Baden, 1. Aufl. 2000 (zitiert: *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S.).

Schiek, Dagmar/Buhr, Kornelia/Dieball, Heike/Fritsche, Ulrike/Klein-Schonnefeld, Sabine/Malzahn, Marion/Wankel, Sybille (Hrsg.): Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder. Kommentar für die Praxis, Köln 1. Aufl. 1996 (zitiert: Schiek et al.-*Bearbeiter*, Frauengleichstellungsgesetze 1996, Rn.).

Schiek, Dagmar/Dieball, Heike/Horstkötter, Inge/Seidel, Lore/Vieten, Ulrike M./Wankel, Sybille (Hrsg.): Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder. Kommentar für die Praxis, Köln 2. Aufl. 2002 (zitiert: Schiek et al.-*Bearbeiter*, Frauengleichstellungsgesetze 2002, Rn.).

Schneider, Jan/Yemane, Ruta/Weinmann, Martin: Diskriminierung am Ausbildungsmarkt. Ausmaß, Ursachen und Handlungsperspektiven, Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration, Berlin 2014 (zitiert: *Schneider/Yemane/Weinmann*, Diskriminierung am Ausbildungsmarkt, 2014).

Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, München, 101. Lf. 2023 (zitiert: Dürig/Herzog/Scholz-*Bearbeiter*, GG, Art. Rn.).

Schuler-Harms, Margarete: § 16 Positive Maßnahmen, in: Mangold, Katharina/Payandeh, Mehrdad, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Tübingen 2022, S. 677-712 (zitiert: *Schuler-Harms*, Positive Maßnahmen, HdBADR, § 16 Rn.).

Schultz, Ulrike/Böning, Anja/Peppmeier, Ilka/Schröder, Silke: De jure und de facto: Professorinnen in der Rechtswissenschaft. Geschlecht und Wissenschaftskarriere im Recht, Baden-Baden 2018 (zitiert *Schultz* et al., De jure und de facto: Professorinnen in der Rechtswissenschaft, S.).

Schupp, Pia/Wohlfahrt, Charlotte: Integrationsgesetze auf Länderebene. Eine aktualisierte Bestandsaufnahme – und was der Bund daraus lernen kann. SVR-Studie 2022-3, Berlin (zitiert: *Schupp/Wohlfahrt*, Integrationsgesetze auf Länderebene, S.).

Von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian/Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundgesetz, Band 1 und 2, München, 7. Aufl. 2018 (zitiert: v. Mangoldt/Klein/Starck-*Bearbeiter*, GG, Bd., Art. Rn.).

Von Roetteken, Torsten: AGG, Heidelberg, 90. Akt. 2023 (zitiert: *v. Roetteken*, AGG, § Rn.).

Von Roetteken, Torsten: Quoten und Bestenauslese, ZESAR 10/2021, 421-429.

Von Tiling, Christian: Stellenausschreibung und Bewerberauswahl nach dem neuen Bundesgleichstellungsgesetz, öAT 2015, 177-181.

Waddington, Lisa: The Relationship between Disability Non-Discrimination Law and Quota Schemes, in: Havelková, Barbara/Möschel, Mathias (Eds.), Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions, Oxford 2019, pp. 94-117 (zitiert: W*addington*, The Relationship between Disability Non-Discrimination Law and Quota Schemes, p.).

Wendeling-Schröder, Ulrike/Stein, Axel: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, München, 1. Aufl. 2008 (zitiert: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § Rn.).

Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.): NomosKommentar Grundgesetz, Baden-Baden, 13. Aufl. 2022 (zitiert: Hömig/Wolff-*Bearbeiter*, GG, Art. Rn.).

Wrase, Michael/Behr, Johanna/Günther, Philipp/Mobers, Lena/Thies, Leonie/ Stegemann, Tim: Zugang zum Recht in Berlin – Zwischenbericht explorative Phase, WZB Discussion Paper P 2022-004, Berlin 2022 (zitiert: *Wrase* et al., Zugang zum Recht in Berlin, S.).

Wrase, Michael/Klose, Alexander: § 4 Gleichheit unter dem Grundgesetz, in: Foljanty, Lena/Lembke, Ulrike, Feministische Rechtswissenschaft, Baden-Baden, 2. Aufl. 2012, S.89-108 (zitiert *Wrase/Klose*, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, § Rn.).

Wrase, Michael: Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit. Zur Methode und Dogmatik der Konkretisierung materialer Grundrechtsgehalte, Baden-Baden 2016 (zitiert: *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, S.).

Ziekow, Jan: Möglichkeiten und Grenzen der Verbesserung der Chancen von Personen mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst, DöV 2014, 765-808.

Senatsverwaltung für Finanzen | BERLIN

Senatsverwaltung für Finanzen
IV LSt Diversity
Abteilung Landespersonal

Tel. (030) 90 20- 4600
Leitstelle.Diversity@senfin.berlin.de

Leitstelle Diversity

©Senatsverwaltung für Finanzen
Stand 02/2024