



Prof. Dr. Mehrdad Payandeh · Bucerius Law School · Jungiusstr. 6 · 20355 Hamburg

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Professor Dr. Mehrdad Payandeh  
Lehrstuhl für Internationales Recht,  
Europarecht und Öffentliches Recht  
Tel.: +49(0)40 3 07 06 – 201  
mehrdad.payandeh@law-school.de

Sekr.: +49(0)40 3 07 06 – 194  
Fax: +49(0)40 3 07 06 – 235  
claudia.adelmann@law-school.de

Hamburg, den 16. Juni 2021

## **Stellungnahme**

Öffentliche Anhörung

im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages

am 21. Juni 2021

zu zwei Gesetzentwürfen zur Änderung des Grundgesetzes

a) Gesetzentwurf der Abgeordneten Gökay Akbulut, Dr. André Hahn, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Änderung des Artikels 3 Absatz 3 – Streichung des Begriffs Rasse), BT-Drs. 19/20628.

b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Canan Bayram, Filiz Polat, Luise Amtsberg, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 – Ersetzung des Wortes Rasse und Ergänzung zum Schutz gegen gruppenbezogene Menschenwürdeverletzungen), BT-Drs. 19/24434.

## I. Einführung

Die beiden vorliegenden Gesetzentwürfe unterscheiden sich in Nuancen, zielen aber in der Sache im Wesentlichen auf dasselbe ab: die Streichung des Begriffs „Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG (II.) und die Ersetzung durch den Begriff „rassistisch“ (III.) sowie die Verankerung einer staatlichen Verpflichtung zum Schutz vor Diskriminierung sowie eines staatlichen Auftrags, auf die Beseitigung bestehender Benachteiligungen im Zusammenhang mit Diskriminierung hinzuwirken (IV.). Ich halte die Vorschläge für verfassungspolitisch überzeugend: Sie adressieren ein gesellschaftlich wichtiges Problem und setzen ein wichtiges Signal im Umgang mit rassistischer Diskriminierung sowie mit den Folgen derartiger Diskriminierung. Sie stärken den verfassungsrechtlichen Rahmen zum Umgang mit Diskriminierung und fügen sich in das bestehende verfassungsrechtliche, völkerrechtliche und unionsrechtliche Gefüge ein. Sie führen dabei weder zu einer unsachgemäßen Verengung demokratischer Handlungsspielräume des Gesetzgebers noch zu einer Verschiebung verfassungsrechtlicher Gewichte zulasten Dritter.

## II. Streichung des Begriffs „Rasse“

Die Frage, ob der Begriff der „Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG durch einen anderen Begriff ersetzt werden soll, wird bereits seit längerer Zeit sowohl in der Rechtswissenschaft als auch darüber hinaus diskutiert. Das Deutsche Institut für Menschenrechte spricht sich für eine Ersetzung aus,<sup>1</sup> in der rechtswissenschaftlichen Diskussion finden sich Stimmen für<sup>2</sup> und gegen<sup>3</sup> eine Verfassungsänderung, und auch zivilgesellschaftliche Akteure sprechen

---

<sup>1</sup> Deutsches Institut für Menschenrechte, Zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Ersetzung des Begriffs „Rasse“ in Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes, Stellungnahme, Februar 2021; zuvor bereits *Cremer*, „...und welcher Rasse gehören Sie an?“, Zur Problematik des Begriffs „Rasse“ in der Gesetzgebung, Policy Paper No. 10, 2. Aufl. November 2009; *Cremer*, Ein Grundgesetz ohne „Rasse“, Vorschlag für eine Änderung von Artikel 3 Grundgesetz, Policy Paper No. 16, April 2010; *Cremer*, Das Verbot rassistischer Diskriminierung, Vorschlag für eine Änderung von Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz, Analyse, September 2020.

<sup>2</sup> *Liebscher*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, 2021, S. 449 ff.; *Kutting/Amin*, DÖV 2020, S. 612 ff.; *Tabbara*, Welt-Online vom 26.6.2020; *Payandeh*, NJW-aktuell 31/2020, S. 15.

<sup>3</sup> *Barskanmaz*, KJ 44 (2011), S. 382; *Barskanmaz*, Recht und Rassismus, 2019, S. 21 ff.; *Barskanmaz/Samour*, Verfassungsblog vom 16.6.2020; *Mangold*, Inklusion durch Recht, 2021, S. 321; *Kaneza*, RuP 56 (2020), S. 536; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 179; *Kischel*, AöR 145 (2020), S. 227 (248 ff., 260).

sich zum Teil für,<sup>4</sup> zum Teil gegen<sup>5</sup> eine Ersetzung aus. Ungeachtet aller Meinungsverschiedenheiten besteht dabei weitgehende Einigkeit dahingehend, dass der Begriff nicht ersatzlos gestrichen werden kann, sondern allenfalls ersetzt werden darf, und dass durch eine Verfassungsänderung weder das Schutzniveau der Regelung herabgesenkt noch ihr Anwendungsbereich verringert werden soll.

### 1. Argumente für die Streichung des Begriffs „Rasse“

Für die Beibehaltung des Begriffs der „Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG werden gute und bedenkenswerte Gründe angeführt. Meines Erachtens überwiegen gleichwohl die Argumente für die Ersetzung des Begriffs durch den Begriff „rassistisch“:

*Erstens* ist es zwar richtig, dass der Begriff nicht als Bekräftigung und verfassungsrechtliche Legitimierung biologistischer Vorstellungen unterschiedlicher menschlicher „Rassen“ verstanden werden muss.<sup>6</sup> Aber ihm wohnt zumindest das Potential inne, so verstanden zu werden. So findet sich sowohl im verfassungsrechtlichen als auch im zivilrechtlichen Schrifttum vielfach ein Verständnis von „Rassen“ als Menschengruppen mit bestimmten wirklich oder vermeintlich vererbbaaren Eigenschaften.<sup>7</sup> Trotz zum Teil expliziter Distanzierung von biologistischen Vorstellungen greift diese Definition in der Sache solche Vorstellungen auf und perpetuiert diese.<sup>8</sup> Dadurch besteht das Risiko, dass die Vorschrift in einem affirmativen Sinne, als Anerkennung „natürlicher“, also biologischer Unterschiede zwischen verschiedenen Gruppen von Menschen entlang „rassistischer“ Grenzbeziehungen verstanden wird.<sup>9</sup>

*Zweitens*, und damit zusammenhängend, erweist sich der Begriff der „Rasse“ in der juristischen Alltagsarbeit als problematisch. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der „Rasse“ spielt generell keine große Rolle in der Rechtspraxis und in der Rechtsprechung.

---

<sup>4</sup> Siehe z.B. Initiative Schwarze Menschen in Deutschland e.V., Positionspapier der „ISD“ zum Begriff „Rasse“ vom 2.3.2015; Initiative Schwarze Menschen in Deutschland e.V., Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des BMJV zur Ersetzung des Begriffs „Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vom 11.2.2021; Bundeskonferenz der Migrantenorganisationen, Offener Brief an die Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel vom 27.2.2020; weitere Nachweise bei *Liebscher*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, 2021, S. 454 f.

<sup>5</sup> Siehe z.B. Kaneza Foundation for Dialogue and Empowerment e.V., Stellungnahme des Vorstands zur Entscheidung der Bundesregierung über die Streichung des Begriffs Rasse aus dem Grundgesetz vom 2.11.2020.

<sup>6</sup> Siehe *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 179; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 471.

<sup>7</sup> So *Heun*, in: *Dreier*, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 129; *Langenfeld*, in: *Maunz/Dürig*, GG (2015), Art. 3 III Rn. 45; *Jarass/Piero*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 140; *Nußberger*, in: *Sachs*, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 295; *Kischel*, AöR 145 (2020), 227 (246 ff.); zum AGG *Thüsing*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. 2018, § 1 AGG Rn. 16.

<sup>8</sup> Sehr deutlich hierzu *Baumgärtner*, in: BeckOGK AGG (2021), § 1 AGG Rn. 68.

<sup>9</sup> Zu dieser Gefahr auch *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 471; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 179.

Das Verbot wird nur in wenigen Gerichtsentscheidungen überhaupt thematisiert und selbst dann findet regelmäßig keine Entfaltung des Begriffs der „Rasse“ statt, obwohl es sich um ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal handelt. Bemerkenswerterweise vermeidet sogar das Bundesverfassungsgericht eine entsprechende Auseinandersetzung und spricht im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG schon jetzt davon, dass sich das Verbot gegen „rassistische Diskriminierung“ wende.<sup>10</sup> Eine Änderung des Wortlautes von „Rasse“ in „rassistisch“ würde verdeutlichen, dass es sich bei „Rasse“ nicht um ein gewöhnliches Tatbestandsmerkmal handelt, das definiert und unter das einfach subsumiert werden kann. Auch jetzt schon zwingt das Verbot der Diskriminierung wegen der „Rasse“ zu einer Auseinandersetzung mit dem Bedeutungsgehalt von Rassismus. Die vorgeschlagene Grundgesetzänderung würde das verdeutlichen.

*Drittens*, und das ist meines Erachtens der entscheidende Punkt, besteht die Gefahr, dass die zentrale Stellung des Begriffs „Rasse“ im Diskriminierungsverbot zu negativen Konsequenzen für von rassistischer Diskriminierung Betroffene führt. Im Lichte der soeben beschriebenen Probleme im Umgang mit dem Verbot der Diskriminierung aufgrund der „Rasse“ verleitet die derzeitige Formulierung zu der Feststellung, dass in einem konkreten Fall, in dem eine rassistische Diskriminierung in Frage steht, eine Person aufgrund ihrer „Rasse“ anders behandelt wurde. Der Fokus liegt damit weniger auf der diskriminierenden Handlung als vielmehr auf tatsächlichen oder vermeintlichen Eigenschaften der Person, die diskriminiert wurde. An einem Beispiel verdeutlicht: Die gerichtliche Anerkennung, dass eine schwarze Person im Rahmen einer Polizeikontrolle „aufgrund ihrer Rasse“ diskriminiert worden ist, kann insofern weniger als Genugtuung empfunden werden denn vielmehr als staatlich sanktionierte Anerkennung von Differenz. Es war ja schließlich die – vermeintliche oder tatsächliche – „Rasse“ der Person, an die angeknüpft wurde.

*Viertens* kann der vorgeschlagenen Verfassungsänderung eine wichtige Signalwirkung für die Rechtsanwendung zukommen. Zwischen der im juristischen Schrifttum regelmäßig getroffenen Feststellung, dass das Verbot rassistischer Diskriminierung in der Praxis kaum eine Rolle spielt,<sup>11</sup> und der gesellschaftlichen Realität besteht ein offensichtliches Spannungsverhältnis. Die Verfassungsänderung könnte insofern dazu beitragen, das Bewusstsein aller Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwender dafür zu schärfen, dass ras-

---

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020 – 1 BvR 2727/19, Abs.-Nr. 11; siehe zuvor bereits BVerfGE 144, 20 (207 f.); aus dem Schrifttum in dieselbe Richtung etwa *Kingreen*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (2020), Art. 3 Rn. 517.

<sup>11</sup> Kritisch hervorgehoben etwa von *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 410; *Stix*, in: Festschrift zu 60 Jahren Assistententagung – Junge Tagung Öffentliches Recht, 2020, S. 217 (225 f.) mit weiteren Nachweisen; positive Lesart hingegen bei *Kischel*, AöR 145 (2020), S. 227 (228 f.).

sistische Diskriminierung ein Thema des Rechts darstellt. Insbesondere im Zusammenspiel mit dem Vorschlag einer Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG um einen weiteren Satz, der die positiven Verpflichtungen, die aus dem Diskriminierungsverbot folgen, hervorhebt (dazu unten IV.).

## *2. Auseinandersetzung mit den Einwänden gegen eine Streichung von „Rasse“*

Demgegenüber greifen die kritischen Einwände, die gegen das Vorhaben, den Begriff der „Rasse“ zu ersetzen, angeführt werden – auch wenn sie wichtige Punkte hervorheben und auf relevante Gefahren hinweisen –, im Ergebnis nicht durch:

Soweit *erstens* die Befürchtung geäußert wird, dass durch die Ersetzung des Begriffs der „Rasse“ durch den Begriff „rassistisch“ das Schutzniveau des Diskriminierungsverbots herabgesenkt wird, sind die Bedenken unbegründet. Sie vernachlässigen zum Teil, dass der Begriff nicht gestrichen, sondern ersetzt wird. Sie wären allenfalls dann begründet, wenn der Begriff der „Rasse“ durch einen engeren Begriff wie den der „ethnischen Herkunft“ ersetzt würde. Und auch die Gefahr, dass mit dem Begriff „rassistisch“ das Diskriminierungsverbot auf intentionale Diskriminierungshandlungen beschränkt werden würde, besteht jedenfalls dann nicht, wenn man nur das Wort „rassistisch“ einfügt und nicht die in der Tat für Missverständnisse anfällige Formulierung „aus rassistischen Gründen“ (dazu unter III.). Vor dem Hintergrund, dass das Bundesverfassungsgericht bereits jetzt von einem Gleichklang zwischen der Ungleichbehandlung „wegen der Rasse“ und „rassistischer Diskriminierung“ ausgeht, erscheinen die Befürchtungen unbegründet. Ganz abgesehen davon, dass das derzeitige Verbot der Benachteiligung aufgrund der „Rasse“ bislang weder in der Rechtswissenschaft noch in der Rechtspraxis eine große Bedeutung gespielt hat, sodass die Gefahr des Verlusts gesicherter rechtsdogmatischer Bestände ohnehin nicht besteht.

*Zweitens* wird befürchtet, dass mit der Ersetzung des Begriffs der „Rasse“ der rechtliche Umgang mit Rassismus und rassistischer Diskriminierung erschwert wird.<sup>12</sup> Durch den Wegfall des Begriffs werde insbesondere die Benennung derjenigen, die vor Diskriminierung geschützt werden sollen, erschwert. Wie bereits dargelegt ist der Begriff der „Rasse“ allerdings ohnehin keiner unmittelbaren Subsumtion zugänglich. Er muss vielmehr mit Hilfe von Stellvertretermerkmalen wie der Hautfarbe oder der nationalen Herkunft oder unter Rückgriff auf historische Diskriminierungserfahrungen konkretisiert werden. Nichts anderes erfordert der Begriff der rassistischen Diskriminierung. Der Verzicht auf

---

<sup>12</sup> So insbesondere Barskanmaz, *Recht und Rassismus*, 2019, S. 21 ff.

den Begriff der „Rasse“ als Tatbestandsmerkmal bedeutet keinen Verlust der mit diesem Begriff verbundenen Erwägungen und Diskussionen.

*Drittens* wird die Verankerung des Begriffs der „Rasse“ in verbindlichen völkerrechtlichen wie auch unionsrechtlichen Regelungen gegen Überlegungen zur Ersetzung des Begriffs im Grundgesetz angeführt.<sup>13</sup> Hiergegen ist einerseits einzuwenden, dass weder völker- noch unionsrechtliche Vorgaben zwingend die Verwendung des Begriffs „Rasse“ vorschreiben. Sie verhalten sich insbesondere nicht zu der Frage, ob dieser Begriff auf der verfassungsrechtlichen Ebene zu verankern ist. Der UN-Ausschuss zur Beseitigung rassistischer Diskriminierung fordert von den Vertragsparteien zwar, dass diese im nationalen Recht Diskriminierungsverbote vorsehen, die den vollen vom Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form rassistischer Diskriminierung geforderten Schutzgehalt gewährleisten.<sup>14</sup> Vorgaben zu bestimmten Formulierungen dieser Diskriminierungsverbote stellt das Übereinkommen allerdings nicht auf, und der Ausschuss überlässt den Vertragsparteien insofern einen weiten Gestaltungsspielraum. Das Unionsrecht, und insbesondere die Antirassismus-Richtlinie, enthält ebenfalls keine Anforderungen an die Verwendung des Begriffs „Rasse“ im innerstaatlichen Recht und macht insbesondere keine Vorgaben für die Ausgestaltung eines verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots. Aus völker- und unionsrechtlicher Sicht ist allein entscheidend, dass die entsprechenden Vorgaben zum Verbot von und zum Schutz vor rassistischer Diskriminierung einen umfassenden Schutzgehalt aufweisen und effektiv durchgesetzt werden. Ohnehin sind ungeachtet der Frage der Verwendung des Begriffs der „Rasse“ die völkerrechtlichen Vorgaben des Internationalen Übereinkommens und der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie des Unionsrechts aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit sowie der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes unmittelbar im Rahmen der Auslegung des verfassungsrechtlichen Verbots rassistischer Diskriminierung zu berücksichtigen. Auch insofern ist mit der Umformulierung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG kein Verlust an Bedeutungsgehalten verbunden.

Soweit *viertens* darauf hingewiesen wird, dass das Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund der „Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG in seinem historischen Kontext gesehen werden muss und als explizite Absage an den Rassismus des Nationalsozialismus zu verstehen ist, ist dies zweifelsohne richtig. Nicht ersichtlich ist allerdings, inwiefern eine Erset-

---

<sup>13</sup> *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 179 ff.

<sup>14</sup> Siehe, im Staatenberichtsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, CERD/C/DEU/CO/19-22, Rn. 7-8; siehe zudem CERD/C/PRY/CO/1-3, Rn. 9; CERD/C/RUS/CO/19, Rn. 9; CERD/C/FJI/CO/18-20, Rn. 9; CERD/C/JPN/CO/7-9, Rn. 7-8.

zung des Begriffs durch den Begriff „rassistisch“ dazu geeignet sein soll, diesen historischen Kontext zu verdecken.<sup>15</sup> Der Begriff „rassistisch“ scheint im Gegenteil viel deutlicher den negativen Bedeutungsgehalt einer entsprechenden Ungleichbehandlung zum Ausdruck zu bringen als die Benachteiligung „wegen der Rasse“.

### III. Einfügung des Begriffs „rassistisch“

In der Diskussion sind verschiedene Alternativen zum Begriff der „Rasse“ vorgebracht worden. Dabei vermag zunächst der zum Teil diskutierte Vorschlag, den Begriff der „Rasse“ im Text des Grundgesetzes in Anführungszeichen zu setzen oder von der „vermeintlichen Rasse“ zu sprechen, nicht zu überzeugen. Damit würde zwar zum Ausdruck gebracht, dass die Kategorie der „Rasse“ nicht an objektive Kriterien anknüpft, die aufgezeigten Probleme im Umgang mit dem Konzept als Rechtsbegriff würden aber nicht beheben. Auch die Ersetzung des Begriffs der „Rasse“ durch „ethnische Herkunft“ empfiehlt sich nicht, da der Begriff einerseits ebenfalls die Grundannahme nahelegt, Menschen ließen sich nach objektiven Kriterien bestimmten ethnischen Gruppen zuordnen.<sup>16</sup> Zudem lassen sich nicht alle Personen, die Gefahr laufen, Opfer rassistischer Diskriminierung zu werden, bestimmten „ethnischen“ Gruppen zuordnen, sodass dem Begriff die Gefahr einer Verkürzung des Schutzbereichs des Diskriminierungsverbots innewohnt.<sup>17</sup>

Als vorzugswürdig erweist sich demgegenüber die in beiden Gesetzentwürfen vorgeschlagene Einfügung des Begriffs „rassistisch“:

*Erstens* ist der Begriff „rassistisch“ in der Lage, sämtliche Fallkonstellationen, die bislang unter dem Begriff der Ungleichbehandlung „wegen der Rasse“ diskutiert wurden, zu erfassen. Er führt zu keinen Schutzlücken, erweitert den Schutzbereich aber auch nicht in inhaltlicher Hinsicht. Das wird bestätigt durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das schon die bestehende Fassung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG als Verbot rassistischer Diskriminierung versteht.

*Zweitens* wirkte die Fokussierung auf „rassistische Diskriminierung“ statt auf „Ungleichbehandlung wegen der Rasse“ den bereits beschriebenen Schwierigkeiten der Rechtsanwendung im Umgang mit dem Tatbestandsmerkmal der „Rasse“ entgegen. Die ausdrückliche Formulierung des Diskriminierungsverbots als Verbot rassistischer Benachteiligung oder Bevorzugung ermöglicht einen gegenüber der Realität des Rassismus und seinen

---

<sup>15</sup> So aber *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 80.

<sup>16</sup> Siehe *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 471 („essentialistisches Konzept“).

<sup>17</sup> Siehe *Angst*, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), ICERD, 2020, Kap. 1.1 Rn. 10.

vielfältigen Erscheinungsformen offenen Umgang mit der Verfassungsnorm.<sup>18</sup> Die vorgeschlagene Änderung erweist sich damit auch als anschlussfähig für völkerrechtliche Vorgaben, wie sie insbesondere aus dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form rassistischer Diskriminierung folgen, das nach Art. 1 „jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum“ beruhende Diskriminierung als „Rassendiskriminierung“ erfasst.<sup>19</sup> Für die Feststellung einer rassistischen Diskriminierung ist dabei eine Zuordnung der diskriminierten Personen zu bestimmten „Rassen“ nicht erforderlich.

Vor diesem Hintergrund erweisen sich auch Bedenken dahingehend als unbegründet, dass die Ersetzung des Begriffs „Rasse“ durch „rassistisch“ die verfassungsrechtlichen Konturen des Diskriminierungsverbotes verwischen könnte.<sup>20</sup> Dass der Begriff des Rassismus im gesellschaftlichen Diskurs und als soziologische Analysekategorie zum Teil eher unspezifisch gebraucht wird, steht seiner Verwendung als Rechtsbegriff nicht entgegen. Das gilt für andere Rechts- und vor allem Verfassungsrechtsbegriffe in nicht geringem Maße, man denke nur an Begriffe und Konzepte wie „Menschenwürde“, „Gleichheit“, „Demokratie“ oder „Sozialstaat“. Es ist grundsätzlich Aufgabe der Rechtswissenschaft sowie der Rechtspraxis, die spezifisch rechtliche Dimension eines Begriffs herauszuarbeiten. Vor allem aber ist der enge Bezug zwischen der Ungleichbehandlung aufgrund der „Rasse“ und dem Konzept des Rassismus bzw. der „rassistischen Diskriminierung“ im internationalen und europäischen Diskurs aber auch im verfassungsrechtlichen Kontext derart eindeutig, dass die Gefahr eines ausufernden Verständnisses von „rassistisch“ nicht besteht.

Als nicht empfehlenswert erweist sich demgegenüber der Vorschlag, den Begriff der „Rasse“ durch die Formulierung „aus rassistischen Gründen“ zu ersetzen, wie er etwa einem Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 3.2.2021 zugrunde liegt.<sup>21</sup> Für das Vorliegen einer rassistischen Diskriminierung kommt es nicht darauf an, ob die Diskriminierung beabsichtigt oder sogar von einer rassistischen Gesinnung getragen war.<sup>22</sup> Das sieht auch der Diskussionsentwurf des BMJV so und möchte die Formulierung nicht so verstanden wissen, als käme es auf einen „Diskriminierungsvorsatz“ an (S. 7). Gleichwohl legt die Formulierung „aus Gründen“ ein solches

---

<sup>18</sup> Siehe insofern auch *Kingreen*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (2020), Art. 3 Rn. 517.

<sup>19</sup> Ausführlich hierzu *Gragl*, in: *Angst/Lantschner*, ICERD, 2020, Art. 1 Rn. 21 f.; *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary, 2016, S. 117 ff.

<sup>20</sup> So insbesondere *Kischel*, AöR 145 (2020), S. 227 (260 f.).

<sup>21</sup> [https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Ersetzung\\_Begriff\\_Rasse.html](https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Ersetzung_Begriff_Rasse.html).

<sup>22</sup> Siehe *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 428; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 70.



Verständnis durchaus nahe, begründet jedenfalls die Gefahr, dass sie so verstanden werden könnte.<sup>23</sup>

#### **IV. Einfügung einer Schutzpflicht und eines Förderauftrags**

Beide Gesetzentwürfe sehen neben der Ersetzung des Begriffs der „Rasse“ die Einfügung eines neuen Satzes vor, der – mit Unterschieden im Detail – zum einen eine Pflicht zur Gewährleistung von Schutz vor Diskriminierung statuiert (Schutzpflicht) und zum anderen den staatlichen Auftrag begründet, auf die Beseitigung bestehender Benachteiligungen hinzuwirken (Fördergebot). Insofern verweise ich auf ein Gutachten, das ich im Auftrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Deutschen Bundestag zum im Gesetzentwurf BT-Drs. 19/24434 enthaltenen Vorschlag erstellt habe.<sup>24</sup> Im Ergebnis sprechen meines Erachtens überzeugende Gründe für die Einfügung einer entsprechenden Regelung:

##### *1. Regelungsanliegen und Regelungsbedarf*

Die vorgeschlagene Verfassungsänderung reagiert auf den Befund, dass rassistische Diskriminierung auch jenseits unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierungen von staatlicher Seite ein gesellschaftliches Problem darstellt, das es auch mit rechtlichen Mitteln zu adressieren gilt: Diskriminierende Handlungen gehen auch von Privaten aus, sei es in Form rassistischer Beleidigungen oder gewalttätiger Übergriffe, sei es durch diskriminierende Praktiken auf dem Arbeits- oder Wohnungsmarkt. Der rechtliche Umgang mit derartigen Diskriminierungen ist im Einzelnen einfachgesetzlichen Regelungen im Strafrecht<sup>25</sup> und im Zivilrecht<sup>26</sup> vorbehalten. Die Verankerung einer grundrechtlichen Schutzpflicht in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG würde diese Regelungen verfassungsrechtlich untermauern und ein wichtiges Signal sowohl an die Gesellschaft als auch die Rechtsanwendung darstellen. Das Fördergebot würde demgegenüber bestehende Benachteiligungen und Nachteile, die auf Diskriminierungen zurückzuführen sind, adressieren und einen staatli-

---

<sup>23</sup> Siehe insofern auch Deutsches Institut für Menschenrechte, Stellungnahme, Zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Ersetzung des Begriffs „Rasse“ in Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes, Februar 2021.

<sup>24</sup> [https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag\\_de/Veranstaltungen/pdf/Payandeh\\_-\\_Analyse.pdf](https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/Veranstaltungen/pdf/Payandeh_-_Analyse.pdf).

<sup>25</sup> Neben dem Schutz durch das allgemeine Strafrecht sind insbesondere spezielle Delikte wie die Volksverhetzung (§ 130 StGB) zu nennen sowie § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB, wonach rassistische, fremdenfeindliche, antisemitische oder sonstige menschenverachtende Ziele und Beweggründe des Täters bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind.

<sup>26</sup> Vor allem durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das in Umsetzung von Vorgaben europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien erlassen ist.

chen Auftrag dahingehend begründen, auf ihre Beseitigung hinzuwirken. Die vorgeschlagene Verfassungsänderung würde damit sowohl das rechtliche Instrumentarium zum Schutz vor Diskriminierungen ergänzen als auch einen Beitrag zur Steigerung von Chancengleichheit für Personen, die von Diskriminierung betroffen sind, darstellen.

## *2. Verhältnis zur bestehenden Verfassungsrechtslage*

Dabei ist hervorzuheben, dass die Einfügung einer expliziten Schutzpflicht sowie eines Fördergebots zu keinen fundamentalen Verschiebungen im verfassungsrechtlichen Gefüge führen würde: Bereits auf der Grundlage der derzeitigen Fassung von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG wird im verfassungsrechtlichen Schrifttum eine staatliche Pflicht zum Schutz vor Diskriminierungen diskutiert. Für die Ableitung einer Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 3 GG spricht dabei, dass (a) keine überzeugenden Gründe dafür ersichtlich sind, die für andere Grundrechte anerkannte Schutzpflicht nicht auf die Diskriminierungsverbote anzuwenden, (b) der allgemein anerkannte Zusammenhang zwischen rassistischer Diskriminierung und der Menschenwürde, für die das Grundgesetz in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG ausdrücklich eine Schutzpflicht statuiert und (c) die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die in den Entscheidungen zur Dritten Option und in einer Kammerentscheidung zur Kündigung wegen rassistischer Beleidigung deutliche Anhaltspunkte für die Akzeptanz einer Schutzpflicht erkennen lässt.<sup>27</sup>

Kontrovers diskutiert wird demgegenüber die Zulässigkeit positiver Maßnahmen, also von Fördermaßnahmen zugunsten von Personen, die sich tatsächlich oder potentiell rassistischer Diskriminierung und entsprechenden Benachteiligungen ausgesetzt sehen. Schon jetzt sprechen gute Gründe für die grundsätzliche Zulässigkeit derartiger positiver Maßnahmen auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 3 GG: So lässt sich einerseits argumentieren, dass Art. 3 Abs. 3 GG derartigen Maßnahmen schon dem Grunde nach nicht entgegensteht, weil in der Vorschrift ein materielles Gleichheitsverständnis zum Ausdruck kommt. Danach wären Maßnahmen, die auf die Beseitigung überkommener, bestehender Ungleichheiten abzielen, keine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung anderer. Und selbst dann, wenn man dieses Verständnis nicht teilt, lassen sich etwaige Einschränkungen verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter, die mit positiven Maßnahmen einhergehen können, durch anderweitige verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter rechtfertigen. Art. 3 Abs. 3 GG gehört zu diesen Rechtsgütern.

Unterstützt werden diese verfassungsrechtlichen Erwägungen durch die Vorgaben des Unionsrechts, vor allem aber des Völkerrechts und hier insbesondere des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form rassistischer Diskriminierung sowie der

---

<sup>27</sup> Siehe BVerfGE 147, 1 (28) sowie BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19, Rn. 19.

Europäischen Menschenrechtskonvention: Das Völkerrecht statuiert Schutzpflichten, die zwar nicht zwingend auf der Ebene der Verfassung abgebildet werden müssen, die aber eine entsprechende Auslegung des Grundgesetzes nahelegen. Und das Völkerrecht lässt positive Maßnahmen zu und verpflichtet den Staat punktuell sogar zu solchen Maßnahmen, sodass auch insofern eine entsprechende Auslegung des Grundgesetzes naheliegt. Aus Gründen der Völkerrechtsfreundlichkeit darf das Grundgesetz positiven Maßnahmen jedenfalls nicht kategorisch entgegenstehen. Als wirkliche Neuerung erweist sich damit nur der Vorschlag der Verankerung einer verfassungsrechtlichen *Pflicht* dahingehend, auf die Beseitigung bestehender Benachteiligungen hinzuwirken, die allerdings auch als offener Förderauftrag formuliert ist und dem Gesetzgeber sowie anderen staatlichen Stellen einen weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum belässt.

### *3. Wahrung gesetzgeberischer Spielräume und der Rechte Dritter*

Die Einfügung neuer materieller Regelungsgehalte in das Grundgesetz, insbesondere in den Grundrechtsteil, sieht sich regelmäßig dem Verdacht ausgesetzt, dass dadurch die Handlungsspielräume des Gesetzgebers in illegitimer Weise beschränkt werden. Mit Blick auf die vorgeschlagene Grundgesetzänderung erscheinen entsprechende Befürchtungen allerdings unbegründet, da diese dem Gesetzgeber weitgehende Gestaltungsspielräume belässt. Die vorgeschlagene Schutzpflicht, die sich bereits nach geltender Rechtslage aus Art. 3 Abs. 3 GG ableiten lässt und zudem völkerrechtlich verankert ist, verpflichtet den Gesetzgeber nicht zu bestimmten Maßnahmen, sondern belässt ihm die Entscheidungsfreiheit darüber, welche Regelungen er für angemessen erachtet. Nichts anderes gilt für das vorgeschlagene Fördergebot. Die Formulierung, dass der Staat auf die Beseitigung bestehender Benachteiligungen hinwirkt, bringt zum Ausdruck, dass dieses Gebot weder auf die Schaffung von Ergebnisgleichheit abzielt noch den Staat für jede Ungleichbehandlung und Ungleichheit in die Verantwortung nimmt. Die Neuregelung statuierte keine Ergebnispflicht, sondern verpflichtete den Staat dazu, Maßnahmen zum Abbau von Benachteiligungen zu ergreifen. Insbesondere im Hinblick auf die Einschätzung, welche Maßnahmen angemessen erscheinen, um auf bestehende Benachteiligungen zu reagieren, käme den staatlichen Stellen und insbesondere dem Gesetzgeber ein erheblicher Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu. Eine Pflicht zum Ergreifen bestimmter Maßnahmen ließe sich aus der vorgeschlagenen Verfassungsnorm nicht ableiten.

Die vorgeschlagene Verfassungsänderung führte zudem nicht zu Einschränkungen von Rechten Dritter. Soweit sie eine Schutzpflicht verankert oder als Grundlage für die Zulässigkeit positiver Maßnahmen dienen kann, geht sie ohnehin nicht über das geltende Verfassungsrecht hinaus. Soweit sie eine Pflicht zur Beseitigung von Benachteiligungen begründet, kann dies zwar mit Einschränkungen von Rechten Dritter verbunden sein; auch

insofern führte die Neuregelung allerdings nicht zu einer Verschiebung des verfassungsrechtlich vorgezeichneten Verhältnisses von Rechtspositionen. Schon nach bisheriger verfassungsrechtlicher Lage *können* Maßnahmen zum Schutz vor Diskriminierung sowie Maßnahmen, die auf die Beseitigung bestehender Benachteiligungen abzielen, in verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter und Rechtspositionen Dritter eingreifen. Sie sind dann rechtfertigungsbedürftig, vor dem Hintergrund der Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG sowie völker- und unionsrechtlicher Vorgaben aber grundsätzlich auch rechtfertigungsfähig. Grundrechtlich geschützte Rechtsgüter Dritter sind dabei allerdings zu berücksichtigen und mit dem Anliegen des Diskriminierungsschutzes in angemessenen Ausgleich zu bringen. Insofern gibt das Grundgesetz bereits jetzt einen Korridor für staatliches Handeln vor, innerhalb dessen die staatlichen Stellen, vor allem der Gesetzgeber, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Anliegen des Diskriminierungsschutzes und kollidierenden Rechtsgütern treffen müssen, wenn sie Schutz- oder Fördermaßnahmen zugunsten von Personen, die von Diskriminierung betroffen sind, ergreifen. Eine grundlegende Verschiebung innerhalb des verfassungsrechtlichen Gefüges zwischen dem Anliegen der Diskriminierungsbekämpfung und anderen legitimen Rechtsgütern, wie der Privatautonomie, dem Schutz der Privatheit oder wirtschaftlichen Freiheiten, ist mit der vorgeschlagenen Grundgesetzänderung insofern nicht verbunden.

#### *4. Zur vorgeschlagenen Formulierung im Einzelnen*

Die beiden zur Diskussion stehenden Entwürfe unterscheiden sich weniger im Regelungsanliegen als im konkreten Formulierungsvorschlag. Der von der Fraktion DIE LINKE eingebrachte Vorschlag lautet (BT-Drs. 19/20628):

„Der Staat gewährleistet den tatsächlichen Schutz vor Diskriminierung, fördert die Durchsetzung des Diskriminierungsverbots und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“

Der Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN lautet (BT-Drs. 19/24434):

„Der Staat gewährleistet Schutz gegen jedwede gruppenbezogene Verletzung der gleichen Würde aller Menschen und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“

Beide Vorschläge stellen auf Diskriminierung an sich ab, greifen damit alle nach Art. 3 Abs. 3 GG missbilligten Formen von Diskriminierung auf und beschränken sich nicht auf rassistische Diskriminierung. Das ist zu begrüßen, um Wertungswidersprüche zwischen den verschiedenen Formen von Diskriminierung zu vermeiden, Abgrenzungsschwierigkeiten vorzubeugen und vor allem das Phänomen der intersektionalen Diskriminierung, also der Diskriminierung, in der mehrere Diskriminierungskategorien gleichzeitig wirksam werden, zu erfassen.

Als ambivalent erweist sich allerdings der Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, soweit die vorgeschlagene Formulierung auf den „Schutz gegen jedwede gruppenbezogene Verletzung der gleichen Würde aller Menschen“ abstellt. Für diesen Vorschlag spricht, dass er mit der Verknüpfung von Schutzpflicht und Menschenwürdeverletzung an die bestehende Verfassungsrechtsordnung anschließen kann, da Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG für Menschenwürdeverletzungen ausdrücklich eine Schutzpflicht etabliert. Damit schlägt der Änderungsvorschlag zugleich den Bogen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das den Bezug zwischen Gleichheit und Würde und zwischen dem Schutz vor – insbesondere rassistischer – Diskriminierung und der Menschenwürde stark macht.<sup>28</sup> Die Aufnahme einer Formulierung ins Grundgesetz, die hervorhebt, dass Diskriminierungen (darunter auch rassistische Diskriminierungen) nicht nur einen Gegenstand der Diskriminierungsverbote als besondere Gleichheitsgarantien darstellen, sondern auch und gleichzeitig die Menschenwürde berühren, verstärkte zudem die Signalwirkung der Ersetzung des Begriffs der „Rasse“.

Vor dem Hintergrund, dass im verfassungsrechtlichen Diskurs regelmäßig Zurückhaltung im Umgang mit der Menschenwürde angemahnt wird, könnte die ausdrückliche Verknüpfung von Schutzpflicht und Menschenwürdeverletzung allerdings einem restriktiven Verständnis des Verpflichtungsgehalts der vorgeschlagenen Neuregelung Vorschub leisten. In diesem Sinne könnte sowohl die Schutzpflicht als auch das Fördergebot nicht auf Diskriminierungen und aus Diskriminierung folgenden Benachteiligungen generell bezogen werden, sondern nur auf schwerwiegende oder besonders verwerfliche Formen von Diskriminierung. Indem die gruppenbezogene Verletzung der Menschenwürde zum Tatbestandsmerkmal erhoben werden soll, stellt sich zudem generell die Frage, welche Bedeutung diese Formulierung für die Auslegung und das Verständnis der Vorschrift haben soll. Insgesamt erscheint die vorgeschlagene Formulierung damit als unnötig überfrachtet und könnte sich dadurch als problematisch für die weitere verfassungsrechtsdogmatische Entwicklung und die verfassungsrechtliche Praxis erweisen.

Obwohl gegen den Menschenwürdebezug in der Sache nichts einzuwenden ist, erscheint daher eine nüchternere Formulierung von Schutzpflicht und Fördergebot empfehlenswert. Insofern bietet sich entweder die von der Fraktion DIE LINKE vorgeschlagene Formulierung an (BT-Drs. 19/20628) oder eine noch knappere Variante, die etwa folgendermaßen lauten könnte:

*„Der Staat gewährleistet Schutz vor Diskriminierungen und wirkt auf die Beseitigung bestehender Benachteiligungen hin.“*

---

<sup>28</sup> BVerfGE 144, 20 (207 f.).

Weitere Konkretisierungen im Wortlaut erscheinen entbehrlich, weil es nicht Aufgabe einer Verfassungsnorm sein kann, alle Detailfragen im Einzelnen zu regeln. Der Vorschlag knüpft vielmehr an die bestehende verfassungsrechtliche Dogmatik (insbesondere im Hinblick auf die Schutzpflichten) an, ist im Lichte von Völker- und Unionsrecht zu verstehen und einer weiteren Konkretisierung durch Verfassungsrechtswissenschaft und Verfassungsrechtspraxis zugänglich.

## **V. Zusammenfassung**

Zusammenfassend lässt sich die Empfehlung aussprechen, dass der Begriff der „Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG durch „rassistisch“ ersetzt werden sollte. Diese Grundgesetzänderung führte weder zu einer Verringerung des Schutzgehalts des Diskriminierungsverbots noch zu einer Ausweitung. Sie kann an das bisherige Verständnis dieser Norm auch und gerade in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anknüpfen und erschwert auch die Berücksichtigung völker- und unionsrechtlicher Vorgaben nicht. Sie bringt vielmehr die konsequente Absage an Vorstellungen davon, dass Menschen sich in unterschiedliche „Rassen“ einteilen lassen, zum Ausdruck und entlastet dadurch auch die Rechtsanwendung. Sie richtet den Fokus auf diskriminierende Handlungen und Maßnahmen und nicht auf vermeintliche objektive Eigenschaften derjenigen Personen, die sich rassistischer Diskriminierung ausgesetzt sehen.

Auch die vorgeschlagene Ergänzung des Grundgesetztextes durch die ausdrückliche Verankerung einer Schutzpflicht sowie eines Fördergebots ist zu begrüßen: Sie stärkt den verfassungsrechtlichen Rahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung. Sie führt zu einer Klärung verfassungsrechtlicher Streitfragen im Zusammenhang mit positiven Verpflichtungen. Gleichzeitig erweist sich die vorgeschlagene Formulierung als hinreichend offen für die weitere Auslegung, Konkretisierung und Fortentwicklung durch Verfassungsrechtswissenschaft und Verfassungspraxis. Und die Verfassungsänderung bringt die deutsche Rechts- und Verfassungslage stärker in Einklang mit den rechtlichen Rahmenbedingungen des Völker- und Unionsrechts und erleichtert die Berücksichtigung völker- und unionsrechtlicher Vorgaben. Die vorgeschlagene Regelung führt auch nicht zu einer Überkonstitutionalisierung, sondern belässt dem Gesetzgeber und anderen staatlichen Stellen weitreichende Spielräume, auch zur Berücksichtigung der Rechte Dritter und anderer verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter.