

Prof. Dr. Tarik Tabbara, LL.M. (McGill)
Professur für Öffentliches Recht,
insbesondere deutsches und europäisches Sicherheitsrecht



Hochschule für
Wirtschaft und Recht Berlin
Berlin School of Economics and Law

**Fachbereich Polizei und
Sicherheitsmanagement**

T +49 (0)30 30877-2894
F +49 (0)30 30877-2769
E Tarik.Tabbara@hwr-berlin.de

Haus 1 1.1004
Alt-Friedrichsfelde 60
10315 Berlin
www.hwr-berlin.de

Berlin, den 18. Juni 2021

**Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung am 21. Juni 2021 im
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
zum**

- a) Antrag 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- Drucksache 19/20628

- b) Antrag der Abgeordneten Canan Bayram, Filiz Polat, Luise Amtsberg und
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-Drucksache 19/24434

Ich bedanke mich für die Einladung und äußere mich zu dem Gesetzentwurf
und den Anträgen wie folgt:



A. Zum Gegenstand der Stellungnahme	3
B. Zum Kontext der Gesetzesentwürfe	3
1. Zur paradoxen Formulierung des Diskriminierungsverbotes „wegen seiner Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG	3
2. Weitgehende Nicht-Anwendung des Diskriminierungsverbotes „wegen seiner Rasse“	5
<i>a. Unzulässiger Kurzschluss: „Rasse“ als „tatsächliche oder vermeintlich vererbare Merkmale“</i>	7
<i>b. Eingeschränkte Anwendung des Diskriminierungsverbots „wegen seiner Rasse“ in der Rechtsprechung</i>	10
aa. Das Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“ in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte.....	10
bb. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“.....	13
<i>aaa. NPD II-Entscheidung</i>	13
<i>bbb. Kammerbeschluss vom 2. November 2020</i>	14
c. Zwischenfazit.....	15
C. Zur Ersetzung der Formulierung „wegen seiner Rasse“ in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GG durch „rassistisch“	15
1. Sprachliche Einpassung der vorgesehenen Änderungen	16
2. Zur Beibehaltung der historischen Verbindung bei Änderung des Textes	16
3. Auflösung der Paradoxie des Diskriminierungsverbotes „wegen seiner Rasse“	17
4. Interdisziplinäre Öffnung – Autonomer Verfassungsrechtsbegriff	19
5. Fortbestehende Möglichkeit der emanzipativen Aneignung rassistischer Markierungen	20
6. Formulierung „aus rassistischen Gründen“ keine vorzugswürdige Alternative	21
7. Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen	23
D. Zu Einführung eines Gewährleistungsauftrages und Fördergebotes zum Schutz vor Diskriminierung	24
1. Allgemeines zu den Gewährleistungsaufträgen und Fördergebotes	24
2. Zum Entwurf der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen	26
3. Zum Entwurf der Bundestagsfraktion Die Linke	26

4. Bewertung der Entwürfe und eigener Vorschlag zu einem Fördergebot gleichberechtigter Teilhabe 27

A. Zum Gegenstand der Stellungnahme

Gegenstand der Stellungnahme sind zwei Gesetzesentwürfe, die Änderungen in dem speziellen Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG vorsehen. Beide Gesetzesentwürfe sehen eine Ersetzung des Diskriminierungsverbotes „wegen seiner Rasse“ durch ein Verbot „rassistischer“ Diskriminierung vor, wobei sich die Entwürfe hinsichtlich der neu vorgeschlagenen Satzstellung geringfügig unterscheiden. Beide Entwürfe sehen zudem, in Anlehnung an Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, die Aufnahme eines Gewährleistungsauftrags und eines Fördergebotes in Bezug auf von Diskriminierungen besonders Betroffene vor. Beide Vorschläge beschränken sich insoweit nicht auf einen speziellen Diskriminierungsgrund. Sie schlagen hierzu allerdings unterschiedliche Formulierungen vor.

B. Zum Kontext der Gesetzesentwürfe

Bevor auf die Gesetzesentwürfe im Einzelnen eingegangen wird, soll hier zunächst die Problematik, auf die die Entwürfe reagieren, in Grundzügen skizziert werden. Im Kern geht es dabei um die paradoxe Formulierung des Diskriminierungsverbotes „wegen seiner Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und damit zusammenhängend dessen weitgehende Nicht-Anwendung in der Rechtspraxis.

1. Zur paradoxen Formulierung des Diskriminierungsverbotes „wegen seiner Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG

Die Formulierung des Diskriminierungsverbotes in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, „[n]iemand darf wegen [...] seiner Rasse benachteiligt oder bevorzugt werden“, legt es nahe, dass die Verfassung von der Existenz von „Rassen“ genauso ausgeht wie von den anderen in Art. 3 Abs. 3 genannten Diskriminierungsgründen wie u.a. Abstammung, Sprache oder Glaube. Genau dies widerspricht aber dem, was als Lehre hinter der Aufnahme dieses Diskriminierungsverbotes in die Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 (Art. 2) und schließlich in



das Grundgesetz steht: Die Ablehnung jeglicher Rasselehren als Konzepte, die die Menschheit in unterschiedliche Kategorien mit unterschiedlicher Wertigkeit unterteilen.

Die Verwendung des Begriffs „Rasse“ in dem Diskriminierungsverbot führt zu der Paradoxie, dass das Diskriminierungsverbot die verfehlte Vorstellung menschlicher „Rassen“¹ perpetuiert, obwohl es genau dieses Gedankengut und die darauf basierende menschverachtende Praxis bekämpfen will.² Hierbei ist zu beachten, dass „Rasse“ im Kontext des grund- und menschenrechtlichen Diskriminierungsverbotes kein wertneutraler, beschreibender, – kein unschuldiger – Begriff ist, sondern zentraler Begriff rassistischer Rasselehren.³ Diese stehen, – blickt man auf die großen Linien und sieht von den notorisch wirren und widersprüchlichen Details der rassistischen Rasselehren ab –, historisch in der Tradition von Ansätzen, die Menschen außerhalb Europas die Zugehörigkeit zur Menschheit abgesprochen haben.⁴ Hieraus haben sich, im Einzelnen vielgestaltig, im Kern aber übereinstimmend im Zusammenhang mit der Sklaverei, dem Kolonialismus und schließlich dem Nazi-Regime das Konzept der Aufteilung der Menschheit in „Rassen“ und eine damit verbundene Hierarchisierung der „Rassen“ entwickelt, wobei, bei allen Abweichungen im Einzelnen, (Mittel-)Europäer/Weiße für

¹ Vgl. die Jenaer Erklärung: Das Konzept Rasse ist das Ergebnis von Rassismus und nicht dessen Voraussetzung von Wissenschaftlern der Universität Jena anlässlich der 112. Jahrestagung der Deutschen Zoologischen Gesellschaft im Jahr 2019, abrufbar unter: https://www.uni-jena.de/190910_JenaerErklaerung Im Zusammenhang mit dem menschen- und grundrechtlichen Diskriminierungsverbot kommt es allerdings ohnehin nicht ausschlaggebend auf die fachwissenschaftlich-biologische Begründung an, entscheidend ist vielmehr die gesellschaftlich-politische und rechtliche Ablehnung jeglicher Rassetheorien. Von einer Frage der Moral spricht hier *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 227, 243, der auf die „moralische“ Grundlage der Ablehnung abstellt.

² *Robert Uerpmann-Witzack*, Strikte Privilegien und Diskriminierungsverbote, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 2013, § 128 Rn. 54; *Doris Liebscher*, Rasse im Recht – Recht und Rassismus, 2021, S. 481.

³ Das wird ausgeblendet, wenn „Rasse“ als bloße Beschreibung gewisser Äußerlichkeiten“ angesehen wird, so aber *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 227, 251. Das übersieht zudem schon Konstellationen wie die berühmte Entscheidung *Plessy v. Ferguson* des US Supreme aus dem Jahr 1896 (163 U.S. 537). Dort hatte ein Mann dagegen geklagt, dass er verurteilt worden war, weil er im für Weiße reservierten Zugabteil gefahren war. Homer Plessy hatte zwar eine Schwarze Urgroßmutter, war aber nicht als Schwarzer zu erkennen. Nach der damals herrschenden sog. *One-Drop-Rule* – ein „schwarzer Blutstropfen“ in der Ahnenreihe machte jemanden zum Schwarzen – galt er dennoch als Schwarzer. Der Supreme Court hielt die Verurteilung mit der rassistischen *separate-but-equal*-Doktrin aufrecht.

⁴ Siehe z.B. die Darstellung von *Immanuel Geis*, Geschichte des Rassismus, 1988. Zur Geschichte von „Rasse“ und Rassismus mit rechtswissenschaftlicher Perspektive: *Cengiz Barskanmaz*, Recht und Rassismus, 2019, S. 27-50; *Doris Liebscher*, Rasse im Recht – Recht und Rassismus, 2021, S. 52-95.

„Zivilisation“ standen und die Anderen in unterschiedlichen Abstufungen für „Barbarei“.⁵ Diese menschenverachtende Hierarchisierung bleibt historisch untrennbar mit der Anwendung des Begriffs „Rasse“ auf Menschen verbunden.

Die Widersprüchlichkeit des Diskriminierungsverbotes „wegen seiner Rasse“ wird noch dadurch verstärkt, dass die Formulierung einen falschen Zusammenhang herstellt. Die Formulierung legt zumindest nahe, dass es eine *tatsächliche Zugehörigkeit* zu einer „Rasse“ gibt, die gerichtlich überprüft und festgestellt werden kann und muss („*seiner Rasse*“)⁶ und dass die Benachteiligung oder Bevorzugung ihren Grund in dieser Zugehörigkeit hat („*wegen seiner Rasse*“). Das ist im Falle rassistischer Diskriminierung aber die falsche Perspektive. Denn für diese kommt es entscheidend auf die rassistische *Zuschreibung* an und nicht wie jemand „*ist*“.⁷ Dies betont auch der Bericht der Fachkommission der Bundesregierung zu den Rahmenbedingungen der Integrationsfähigkeit:

„Der Rassismus in all seinen Facetten bezeichnet dabei Überzeugungen und Praktiken, die auf der systematischen Abwertung und Ausgrenzung sowie Benachteiligung bestimmter Gruppen der Bevölkerung beruhen, denen biologisch oder kulturell konstruierte nicht veränderbare und angeblich minderwertige Eigenschaften und Verhaltensweisen zugeschrieben werden.“⁸

2. Weitgehende Nicht-Anwendung des Diskriminierungsverbotes „wegen seiner Rasse“

Mitunter wird davon ausgegangen, dass die eben skizzierte Paradoxie des Diskriminierungsverbotes „wegen seiner Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG in der Anwendung keine Probleme bereite, da trotz der widersprüchlichen Formulierung zumindest alle Rechtsanwender:innen wüssten, was eigentlich gemeint sei.⁹ Dabei ist zunächst zu

⁵ Vgl. hierzu auch aus theoretischer Perspektive *Stuart Hall*, *The Fateful Triangle: Race, Ethnicity, Nation*, 2017, S. 54 f.

⁶ Vgl. *Isabelle M. Kutting/Nazia Amin*, *Mit „Rasse“ gegen Rassismus?*, DÖV 2020, S. 612, 615.

⁷ *Susanne Baer/Nora Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz*, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 441.

⁸ Fachkommission der Bundesregierung zu den Rahmenbedingungen der Integrationsfähigkeit, *Gemeinsam die Einwanderungsgesellschaft gestalten*, 2020, S. 61.

⁹ Siehe z.B. *Mathias Hong*, „Rasse“ im Parlamentarischen Rat und die Dynamik der Gleichheitsidee seit 1976 (Teil I), *VerfBlog*, 20.07.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/rasse-im-parlamentarischen-rat-i/>.



berücksichtigen, dass der Wortlaut eines Grundrechtsartikels, noch dazu mit einem so grundlegenden und dabei so sensiblen Inhalt, für die Allgemeinheit eine wesentlich unmittelbarere Bedeutung hat, als die Formulierung irgendeiner technischen Regelung in einem Fachrechtsgebiet, wo es immer wieder vorkommt, dass juristische Fach- und Alltagssprache im Einzelfall irritierend auseinanderfallen können. Zudem ist die Annahme, dass die Paradoxie des Diskriminierungsverbotes „wegen seiner Rasse“ in der Rechtsanwendung keine Probleme bereitet, nicht zutreffend.¹⁰

Bereits 1983 bemerkte der damalige Bundesverfassungsrichter Dieter Simon mit offensichtlicher Verwunderung, dass das in Art. 3 Abs. 3 GG enthaltene „Diskriminierungsverbot ein merkwürdiges Schattendasein“ führe.¹¹ Hieran hat sich gerade auch im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“ kaum etwas geändert.¹² Die gängigen Ausführungen in der Kommentar- und Lehrbuchliteratur lassen durchaus Zweifel daran aufkommen, ob die Paradoxie des Diskriminierungsverbotes immer sinnvoll aufgelöst wird (hierzu unten a.). In der Verwaltungsgerichtsrechtsprechung spielt das Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“ in den letzten Jahren im Zusammenhang mit dem polizeilichen *Racial Profiling* zwar eine gewisse, wenn auch zahlenmäßig nicht allzu bedeutende Rolle (dazu unten b.). Und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind bislang, soweit ersichtlich, überhaupt erst zwei Entscheidungen zu verzeichnen, die sich konkret auf dieses Diskriminierungsverbot beziehen (hierzu unten c).¹³

¹⁰ Vgl. zur Parallelproblematik beim Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz: *Sebastian Roloff*, in: Rofls u.a. (Hg.), BeckOK Arbeitsrecht, 59. Edition Stand 01.03.2021, § 1 AGG Rn. 1: Für aufgeklärte Menschen würden sich bei der Bestimmung des Begriffs „Rasse“ „Abgründe auftun“: „Wie soll ein Merkmal, das der Gesetzgeber ausdrücklich als solches nicht anerkennt, *definiert* werden?“ Stand: 01.03.2021 § 1 AGG Rn. 1; ähnlich *Hannes Ludyga*, Rasse als Rechtsbegriff?, NJW 2021, 911 f. Rn. 2-4.

¹¹ BVerfGE 63, 266, 303, - juris Rn. 81.

¹² *Cengiz Barskanmaz*, Recht und Rassismus, 2019, S. 2 f.; *Isabelle M. Kutting/Nazia Amin*, Mit „Rasse“ gegen Rassismus?, DÖV 2020, S. 612, 613; *Doris Liebscher*, Das Problem heißt Rassismus, VerBlog, 11.06.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/das-problem-heisst-rassismus/>

¹³ Andere z.T. genannte Entscheidungen befassen sich bei näherem Hinsehen nicht mit dem Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. BVerfGE 23, 98 (Ausbürgerung I) betrifft zwar die Ausbürgerung eines Juden durch die Nazis und der Ausschluss von der deutschen Staatsangehörigkeit von Juden wurde nach Auffassung des Gerichts als „rassisches“ Merkmal eingestuft. Verfassungsrechtlich wertete das Gericht (noch nach alter Dogmatik) allerdings die Ausbürgerung nur als Verstoß gegen das Willkürverbot aus „Art. 3 Abs. 1 und 3 GG“, wobei das Gericht nicht bestimmte, welches der Diskriminierungsgründe aus Art. 3 Abs. 3 einschlägig war,

a. Unzulässiger Kurzschluss: „Rasse“ als „tatsächliche oder vermeintlich vererbbare Merkmale“

Die rechtswissenschaftliche Befassung mit dem Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist bislang insgesamt nicht besonders eingehend. Jüngst wurde sogar, – nicht als Kritik gemeint –, eine verbreitete „Unlust am Thema“ konstatiert.¹⁴ Zwar gibt es gerade in jüngerer Zeit auch intensivere Auseinandersetzungen mit der Widersprüchlichkeit des Diskriminierungsverbotes „wegen seiner Rasse“, diese Stimmen sind aber in der Tat insgesamt klar in der Minderheit.¹⁵

Die gängige Definition zu dem Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“ lautet – mit kleineren Abweichungen im Detail: „Rasse bezeichnet [...] Menschengruppen mit bestimmten wirklich oder vermeintlich vererbaren Eigenschaften.“¹⁶ Diese Definition zieht sich, wie *Doris Liebscher* jüngst konstatiert hat, seit Jahrzehnten wie ein roter Faden durch die Grundgesetz-Kommentierungen: „Eine außerrechtliche Quelle für diese Definition wird an keiner Stelle ausgewiesen. Die Bearbeiter verweisen vielmehr immer wieder aufeinander.“¹⁷ Diese durchaus problematische Definition ist auch von der Begründung des am 2. Februar 2021 veröffentlichten Diskussionsentwurfs des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz „zur

sondern alle schlicht aufzählte. In einer Kammerentscheidung (BVerfG, Beschl. v. 02.04.2003 – 2 BvR 424/03), die eine Strafvollstreckung gegen einen Russlanddeutschen betraf, wird ebenfalls nur Art. 3 Abs. 3 GG insgesamt (ablehnend) genannt, ohne darauf einzugehen, welcher Diskriminierungsgrund einschlägig hätte sein können.

¹⁴ *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 227, 242.

¹⁵ Siehe die Dissertationen von *Cengiz Barskanmaz*, Recht und Rassismus, 2019; *Doris Liebscher*, Rasse im Recht – Recht und Rassismus, 2021; sowie die Kommentierungen von *Susanne Baer/Nora Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 469-483; *Thorsten Kingreen*, in: Bonner Kommentar, 202. Aktualisierung Februar 2020, Art. 3 Rn. 517-533.

¹⁶ *Werner Heun*, in: Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. Art. 3 Rn. 129; weitestgehend übereinstimmend: *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 227, 230; *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Auflage 2020.

¹⁷ *Doris Liebscher*, Rasse im Recht – Recht und Rassismus, 2021, S. 393.



Ersetzung des Begriffs „Rasse“ in Artikel 3 Abs. 3 Satz 1 des Grundgesetzes“¹⁸ aufgegriffen worden.¹⁹

Problematisch ist diese Definition, weil sie vererbare Eigenschaften bzw. Merkmale mit „Rasse“ *gleichsetzt*. Zwar knüpfen rassistische Zuschreibungen nach wie vor häufig an phänotypische Merkmale an, aber moderne Erscheinungsformen von Rassismus knüpfen – zumindest vordergründig – an (codierte Begriffe von) „Kultur“, „Ethnie“ oder „Nationalität“ an.²⁰ Aber es besteht ein ganz erheblicher Unterschied darin, ein äußerliches Merkmal als *Anknüpfungspunkt* für die rassistische Zuschreibung zu einer insoweit rassistisch imaginierten „Rasse“ zu verstehen oder, wie es durch die gängige rechtswissenschaftliche Definition erfolgt, die Merkmale oder Eigenschaften *zur „Rasse“ selbst zu erklären* und damit letztlich eine über die rassistische Zuschreibung hinausgehende Zugehörigkeit rechtlich festzuschreiben. Beispielhaft formuliert: Die dunkle Hautfarbe von Personen mag der Anknüpfungspunkt für eine rassistische Diskriminierung sein, sie macht die Personen aber damit nicht zu Angehörigen einer „Rasse“. Die Problematik der gängigen Lesart zeigt sich auch darin, dass zur Illustration dieses verfassungsrechtlichen Rasseverständnisses häufig beispielhaft eine Reihe von „Gruppen“ (meist ohne Anführungszeichen) mit z.T. erheblicher rassistischer Vorbelastung aufgezählt werden: „Zigeuner“, „Farbige“, „Mischlinge“. Eine nähere Erläuterung dieser Begriffe in dem Sinne, dass es sich hier um Produkte von Zuschreibungen handelt, findet sich meist nicht.²¹

¹⁸ Abrufbar unter:

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Ersetzung_Begriff_Rasse.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

¹⁹ Kritisch hierzu *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, S. 3-5.

²⁰ Auf die Persistenz phänotypischer Merkmale, trotz der Charakterisierung von „Rasse“ als sozialer/rassistischer Konstruktion, weist *Stuart Hall*, *The Fateful Triangle: Race, Ethnicity, Nation*, 2017, S. 43 et passim, mit dem Begriff der „biological“ trace“ („biologische“ Spur) hin; zur Fortsetzung des ideologischen Gehalts von Rassismus durch kulturelle „Codierungen“: Fachkommission der Bundesregierung zu den Rahmenbedingungen der Integrationsfähigkeit, *Gemeinsam die Einwanderungsgesellschaft gestalten*, 2020, S. 61.

²¹ Darstellung und Nachw. bei *Isabelle M. Kutting/Nazia Amin*, Mit „Rasse“ gegen Rassismus?, *DÖV* 2020, S. 612,614; *Hendrik Cremer*, Das Verbot rassistischer Diskriminierung, *Deutsches Institut für Menschenrechte* 2020, S. 17 f. Ein – seltenes – Beispiel für einen anderen Umgang mit dem Parallelproblem beim AGG: *Sebastian Roloff*, in: Rolfs u.a. (Hg.), *BeckOK Arbeitsrecht*, 59. Edition Stand 01.03.2021, § 1 AGG Rn. 1: „Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse liegt daher vor, wenn der Arbeitgeber Menschen zu einer bestimmten – von ihm definierten – Gruppe aufgrund bestimmter



Die Problematik der gängigen Definition wird auch nicht dadurch aufgefangen, dass auch auf „*vermeintlich*“ vererbare Eigenschaften abgestellt wird. Denn die Definition weist schon dadurch, dass sie die Vererbbarkeit ins Zentrum rückt, insgesamt eine biologische „Schlagseite“ auf.²² So betont *Uwe Kischel*, ein Vertreter der gängigen Definition, es dürfe die „(zumindest vermeintliche) Vererbbarkeit [...] nicht als eigenständiges, erweiterndes Merkmal verstanden werden, sondern als beschreibender Unteraspect, der allen erfassten Rassebegriffen, gerade auch den unhaltbaren und abzulehnenden, gemein ist.“ Denn so Kischel weiter: „Nur die Vererbbarkeit ist [...] das Spezifische der Rasse [...]“.²³ Diese biologische Engführung des Diskriminierungsverbots blendet moderne Variationen des menschenverachtenden Rassismus aus,²⁴ die heute durch Codierungen wie unveränderliche Unterschiede zwischen „Kulturkreisen“ in Erscheinung treten wie z.B. im sog. differentialistischen Antirassismus/Ethnopluralismus, entwickelt u.a. vom Vordenker der französischen Neuen Rechten und der Identitären Bewegung, *Alain de Benoist*, der zwar betont, dass alle Kulturen gleichwertig seien, allerdings sollten sie sich in ihrem angestammten Gebiet entwickeln und eine „Vermischung“ wird abgelehnt.²⁵

Zusammenfassend: Die in der Rechtswissenschaft gängige Lesart des Diskriminierungsverbotes „wegen seiner Rasse“ löst dessen Widersprüchlichkeit nicht sinnvoll auf, sondern verstärkt dessen Widersprüchlichkeit eher noch durch eine problematische Definitions konstruktion von „Rassen“. Zudem neigt diese Definition dazu, das Diskriminierungsverbot biologisch zu verkürzen.

äußerer oder innerer Erscheinungsmerkmale, wie Hautfarbe, Physiognomie oder Körperbau rechnet und ungünstiger behandelt“.

²² Vgl. auch die kritisch-historische Rekonstruktion der Definition bei *Doris Liebscher*, Rasse im Recht – Recht und Rassismus, 2021, S. 393-411.

²³ *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 247.

²⁴ *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 247-253.

²⁵ Fachkommission der Bundesregierung zu den Rahmenbedingungen der Integrationsfähigkeit, Gemeinsam die Einwanderungsgesellschaft gestalten, 2020, S. 62. Vgl. z.B. den typisch schillernden Text veröffentlicht in einer linken Theoriezeitschrift *Alain de Benoist*, What is Racism?, Telos 114 (1999), 11-48. Positive Bezugnahmen auf diesen Text bei *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 247, Rn. 32, 73, 75, 94, 122, 152.



b. Eingeschränkte Anwendung des Diskriminierungsverbots „wegen seiner Rasse“ in der Rechtsprechung

Wie bereits erwähnt, spielt das Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG in der Praxis der Verwaltungsgerichte und des Bundesverfassungsgerichts nur eine sehr untergeordnete Rolle. Diese fehlende Rechtspraxis wird zwar z.T. als „erfreuliche[s] Schattendasein“ begrüßt.²⁶ Der Schluss von der fehlenden Rechtsprechungspraxis auf fehlende Probleme mit Rassismus, ist aber wenig überzeugend.²⁷ Insoweit dürfte wesentlich näher liegen, dass die Gerichte in Deutschland den Begriff der „Rasse“ bzw. das entsprechende Diskriminierungsverbot offenbar geradezu zu meiden scheinen.²⁸ Und auch an den wenigen vorliegenden Entscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit und des Bundesverfassungsgerichts lässt sich ablesen, dass diese sich – wie auch die Rechtswissenschaft (s. oben a.) – mit der Anwendung dieses Diskriminierungsverbotes schwertun.

aa. Das Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“ in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

In den letzten fünf Jahren sind von Oberverwaltungsgerichten drei Entscheidungen getroffen worden, die sich im Ergebnis kritisch mit der polizeilichen Praxis des *Racial Profiling* befassen haben.²⁹ Unter *Racial Profiling* werden polizeiliche Maßnahmen verstanden, bei der Personen anhand von phänotypischen Merkmalen wie „Hautfarbe“, „nordafrikanischem Aussehen“ oder

²⁶ Uwe Kischel, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 227, 228.

²⁷ So berichten z.B. von häufigen Beratungsanfragen zu rassistischer Diskriminierung durch Ämter und Behörden (89 Anfragen) sowie im Bildungsbereich (77 Anfragen) im Jahr 2018 bei der – hierfür allerdings nicht zuständigen – Antidiskriminierungsstelle des Bundes Bernhard Franke/Nathalie Schlenzka, Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft und rassistische Diskriminierung im Spiegel von Daten und Rechtsprechung, ZAR 2019, 179, 182. Zu weiteren Indizien zur Verbreitung von Rassismus in Deutschland trotz schlechter Datenlage: Fachkommission der Bundesregierung zu den Rahmenbedingungen der Integrationsfähigkeit, Gemeinsam die Einwanderungsgesellschaft gestalten, 2020, S. 160; 12. Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration, 2019, S. 67-74.

²⁸ Vgl. Felix Hartmann, Diskriminierung durch Antidiskriminierungsrecht? Möglichkeiten und Grenzen eines postkategorialen Diskriminierungsschutzes in der Europäischen Union, EuZA 2019, 24, 28; Bernhard Franke/Nathalie Schlenzka, Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft und rassistische Diskriminierung im Spiegel von Daten und Rechtsprechung, ZAR 2019, 179, 182.

²⁹ Aus tatsächlichen kein Racial Profiling erkannte dagegen OVG Saarland, Urt. v. 21.02.2019 – 2 A 806/17, - juris; da insoweit nicht revisibel ohne inhaltliche Stellungnahme zu Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG bestätigt durch BVerwG, Beschl. v. 13.12.2019 – 6 B 30/19.



anderer Äußerlichkeiten (Kleidung o.ä.) etc. für die Durchführung polizeilicher Maßnahmen ausgewählt werden, ohne dass es für diese Art selektiver Kontrollen in den jeweiligen Situationen hinreichende polizeiliche Erkenntnisse gibt.³⁰ Allerdings weisen die drei Entscheidungen Begründungen auf, die durchaus nicht unproblematisch sind und für die Betroffenen unbefriedigend bleiben.

So hat der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg die Identitätsfeststellung der einzigen nicht mitteleuropäisch aussehenden Person³¹ in einem Zugwaggon durch die Bundespolizei zwar aus formalen Gründen beanstandet (Fehlen einer unionsrechtskonformen Regelung für Grenzgebietskontrollen).³² Das Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“ wurde vom Gericht aber – was an sich nach der Fallgestaltung durchaus nahe gelegen hätte – nicht einmal hilfsweise angesprochen.

Ebenfalls um eine Kontrolle Zugreisender durch die Bundespolizei ging es in einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz. Kontrolliert wurde hier eine Schwarze³³ Familie mit zwei Kindern zur Verhinderung bzw. Unterbindung unerlaubter Einreise (§ 22 Abs. 1a Bundespolizeigesetz - BPolG). Das Gericht kam zu dem Schluss, dass die Kontrolle unzulässig war, da in dem Verfahren nicht ausgeräumt werden konnte, dass die Hautfarbe der Familie für die Kontrolle zumindest mitentscheidend war. Dass die Hautfarbe vom „Merkmal der Rasse in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG erfasst wird“,³⁴ wird von dem Gericht nicht näher begründet, sondern es zitiert hierzu lediglich einen Grundgesetzkommentar. Dass das Gericht hier in problematischer Weise, wie die herrschen Lehre, „Rasse“ und Hautfarbe gleichsetzt, zeigt sich auch in einer späteren Formulierung: „Eine an die Rasse anknüpfende Auswahlentscheidung bei einer Kontrolle nach § 22 Abs. 1a BPolG ist allerdings unverhältnismäßig.“³⁵ Hautfarbe wird vom Gericht also nicht nur als vom Schutzzweck des Diskriminierungsverbots „wegen seiner Rasse“ erfasst angesehen, sondern Hautfarbe wird offensichtlich als Synonym für „Rasse“ verwendet. Hiermit wird aber den Kläger.innen, die sich gegen ihre rassistische Kontrolle zur

³⁰ Alexander Tischbirek/Tim Wohl, Verfassungswidrigkeit des „Racial Profiling“, JZ 2013, 219-224; Doris Liebscher, Rasse im Recht – Recht und Rassismus, 2021, S. 429-449.

³¹ Es handelte sich um einen deutschen Staatsangehörigen, der in Afghanistan geboren war.

³² VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17 –, juris.

³³ Die Großschreibung wird hier gewählt, um zu signalisieren, dass es um die Selbstbeschreibung geht.

³⁴ OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.04.2016 – 7 A 111108/14 –, juris Rn. 108.

³⁵ OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.04.2016 – 7 A 111108/14 –, juris Rn. 108.



Wehr gesetzt haben, vom Gericht eine „Rasse“ zugeschrieben, anstatt die rassistische Zuschreibung durch die Kontrolle zu problematisieren oder auch nur zu reflektieren. Das kann auf Betroffene eine geradezu verstörende Wirkung haben.³⁶

Auch die dritte Entscheidung betraf eine Kontrolle durch die Bundespolizei. Hier ging es um die Kontrolle eines Mannes, der nach den Feststellungen des Gerichts „deutscher Staatsangehöriger und dunkler Hautfarbe“ war, der seine Lebensgefährtin vom Bahnhof abholen wollte. Das Gericht war zu der Überzeugung gelangt, dass die Polizei keine hinreichenden Anhaltspunkte vorlegen konnte, die eine Kontrolle von Personen mit bestimmter Phänotypik auf dem Bahnhof gerechtfertigt hätte.³⁷ Das Gericht stützte sich dabei normativ insgesamt auf Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und listet dabei alle neun dort genannten Diskriminierungsgründe auf. Es stellte im Folgenden dann aber nur noch auf die Hautfarbe ab, ohne diese einem der Diskriminierungsverbote zuzuordnen oder sein Vorgehen sonst irgendwie zu erläutern. Damit vermied das Gericht zwar einen (sprachlichen) Kurzschluss von Hautfarbe und „Rasse“. Die Entscheidung bleibt damit aber rechtsdogmatisch letztlich in der Luft hängen.

Zusammenfassend: Auch diese „Problembewältigungsstrategie“ durch Vermeidung des paradoxen Diskriminierungsverbotes „wegen seiner Rasse“ zeigt, wie auch schon die beiden anderen Entscheidungen, dass sich in der Handhabung dieses Diskriminierungsverbots durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit erhebliche Schwierigkeiten auftun. Für die Betroffenen ist es zudem sehr unbefriedigend, wenn der Rassismus, der diese Art von Kontrollen für die Betroffenen so verletzend macht, gar nicht oder jedenfalls nicht richtig beim Namen genannt wird und ihnen stattdessen sogar noch mehr oder weniger ausdrücklich gerichtlich attestiert wird Angehörige einer „Rasse“ zu sein.³⁸ Damit wiederholt sich, wenn auch ungewollt, in gewisser Weise sogar die rassistische Stigmatisierung der Kontrollen auf gerichtlicher Ebene.³⁹

³⁶ Mehrdad Payandeh, Grundgesetz ohne Rasse, NJW-aktuell 31/2020, S. 15.

³⁷ OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 07.08.2018 – 5 A 294/16 –, juris Rn. 48-58.

³⁸ Vgl. Hannes Ludyga, Rasse als Rechtsbegriff?, NJW 2021, 911, 912 Rn. 5.

³⁹ Die stigmatisierende Wirkung ausdrücklich anerkennend OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 07.08.2018 – 5 A 294/16 –, juris Rn. 64.

bb. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“

aaa. NPD II-Entscheidung

Der Umgang des 2. Senates des Bundesverfassungsgerichts in der NPD II-Entscheidung mit dem Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“ ist ambivalent, liegt aber durchaus auf der Linie der herrschenden Lehre. In dem Parteiverbotsverfahren (Art. 21 Abs. 2 GG) wurde das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG „wegen seiner Rasse“ nicht direkt angewandt, aber herangezogen zur Prüfung, ob die NPD u.a. nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger.innen darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen.

Das Gericht erklärte in der Entscheidung, dass „[a]ntisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte“ unvereinbar mit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) sind.⁴⁰ Das Diskriminierungsverbot des „Art. 3 Abs. 3 GG“ wird in der Entscheidung zweimal in Zusammenhang gebracht mit dem Begriff „Rasse“. Einmal um zu erläutern, dass die Menschenwürde egalitär ist und „ausschließlich in der Zugehörigkeit zur menschlichen Gattung“ begründet sei, unabhängig von „Merkmale wie Herkunft, Rasse Lebensalter oder Geschlecht“.⁴¹ Der Begriff der menschlichen Gattung steht hier aber in einem Spannungsverhältnis zum Begriff „Rasse“. Steht doch gerade die Ablehnung jeglicher Rasetheorien dafür, dass die Menschheit eine Gattung bildet, die nicht in verschiedene „Rassen“ untergliedert ist. Hier wäre eine klärende Erläuterung des Gerichts zu erwarten gewesen.

An der anderen Stelle in der Entscheidung wird das Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“ im Kontext der Auseinandersetzung mit der „ethnisch definierten „Volksgemeinschaft““ der NPD angeführt. Die von der NPD geforderte Versagung jeglichen dauerhaften Aufenthaltsrechts für alle, die nicht zur „deutschen Volksgemeinschaft“ gehörten, berührt nach Einschätzung des Gerichts „das Verbot der Ungleichbehandlung wegen der Abstammung oder der Rasse im Sinnen von Art. 3 Abs. 3 GG“.⁴² Die in einem Atemzug erfolgte Nennung von

⁴⁰ BVerfGE 144, 20 Rn. 598 (NPD II).

⁴¹ BVerfGE 144, 20 Rn. 541 (NPD II).

⁴² Ebd. Rn. 646.

„Rasse“ und Abstammung, die vornehmlich als biologische Abstammung von den Eltern verstanden wird,⁴³ wirft ebenfalls Fragen auf, zumal das Gericht seine Verwendung des Begriffs „Rasse“ nicht erläutert und diese eben auch nicht auf bereits etablierter Rechtsprechung fußt, sodass sich schon daraus das entsprechende Begriffsverständnis ergeben würde. Eine ausdrückliche Distanzierung von jeglichem biologistischen „Rasse“-Begriff hätte zudem angesichts der ausführlichen Wiedergabe der menschenverachtenden Rasseideologie der NPD in dem Urteil besonders nahegelegen.

Insgesamt bleibt die Entscheidung ambivalent: Sie verbindet zwar einerseits Art. 3 Abs. 3 GG mit einer klaren Absage an Antisemitismus und Rassismus, die Verwendung des Begriffs „Rasse“ als Rechtsbegriff schillert dagegen und die paradoxe Struktur des Diskriminierungsverbots „wegen seiner Rasse“ erfährt keine dogmatische Aufklärung, die für die Rechtspraxis der Instanzgerichte anschlussfähig wäre.

bbb. Kammerbeschluss vom 2. November 2020

Einen etwas anderen Akzent hat die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts in einem Beschluss vom 2. November 2020 gesetzt. In diesem arbeitsrechtlichen Fall ging es um eine Kündigung eines Betriebsrates, der einem anderen Betriebsrat mit dunkler Hautfarbe gegenüber Affenlaute geäußert hatte. Den Zweck des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots „wegen seiner Rasse“ beschreibt die Kammer eingangs der materiellen Prüfung damit, dass sich dieses „gegen *rassistische* Diskriminierung wendet“.⁴⁴

Die Kammer sieht auch im Folgenden bemerkenswerter Weise im Grunde von jeder Subsumtion unter den Begriff der „Rasse“ ab. Stattdessen konzentriert sie sich auf die Würdeverletzung (Art. 1 Abs. 1 GG), die in der Adressierung eines Menschen als Affen liege und der dadurch in seiner Anerkennung als Gleicher „unabhängig von der „Rasse“ verletzt wird.“⁴⁵ Die Kammer setzt die „Rasse“, anders als zuvor die NPD II-Entscheidung, in Anführungszeichen und bringt damit eine

⁴³ BVerfGE 9, 124 (128) (Armenrecht).

⁴⁴ BVerfG-K, Beschl. v. 02.11.2020 – 1 BvR 2727/19, Rn. 11. Hervorhebung nicht im Original.

⁴⁵ BVerfG-K, Beschl. v. 02.11.2020 – 1 BvR 2727/19, Rn. 18.

gewisse Distanzierung zum Ausdruck. Eine weitere ausdrückliche dogmatische Einordnung des Begriffs erfolgt aber auch hier nicht.

c. Zwischenfazit

Der Umgang mit dem Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG durch Gerichte und Rechtswissenschaft erweist sich insgesamt als nicht besonders entwickelt und weist einige Probleme auf. Der Versuch der überwiegenden Auffassung in der Literatur und der ihr folgenden Verwaltungsrechtsprechung „Rasse“ als schlicht zu subsumierendes Tatbestandsmerkmal zu handhaben, geht in der Praxis nicht richtig auf.⁴⁶ Offenbar führt die Paradoxie des Diskriminierungsverbots „wegen seiner Rasse“ zu Irritationen bei den Rechtsanwender:innen, die in der Rechtsprechung zu einer bemerkenswerten Sprachlosigkeit führen. „Rasse“, wo sie nicht einfach kurzgeschlossen wird mit Hautfarbe, wird auffällig vermieden oder die kritische Reflektion auf das Setzen von Anführungszeichen begrenzt.

Die unzureichende Etablierung eines kritisch-reflektierten Umgangs mit dem Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“ soll ihr abschließend am Beispiel eines aktuellen Standardlehrbuchs zum Polizeirecht verdeutlicht werden: Im Hinblick auf die Rechtsprechung zum *Racial Profiling* und dem Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 GG wird dort ausgeführt: „Letzteres verbietet es der Polizei grundsätzlich, einem der in Art. 3 III GG genannten Kriterien (zB *Rassezugehörigkeit*) maßgebliche Bedeutung [...] beizumessen.“⁴⁷ Mit dem Begriff „*Rassezugehörigkeit*“ wird aber sprachlich – ein objektives Zuordnungsverhältnis zu einer „Rasse“ ausgedrückt. Das ist ohne weitere Erläuterung und Einordnung – bei allem Verständnis für die Notwendigkeit zur Kürze in einem Lehrbuch – gerade für die Ausbildung von Jurist:innen und Polizist:innen höchst bedenklich.

C. Zur Ersetzung der Formulierung „wegen seiner Rasse“ in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GG durch „rassistisch“

Beide Gesetzesentwürfe sehen übereinstimmend vor, in dem besonderen Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG das Verbot der Benachteiligung oder

⁴⁶ Hannes Ludyga, Rasse als Rechtsbegriff?, NJW 2021, 911, 914 Rn. 18.

⁴⁷ Wolf-Rüdiger Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2021, Rn. 111. Hervorhebung nicht im Original.



Bevorzugung „wegen seiner Rasse“ durch die Formulierung, dass niemand „rassistisch benachteiligt oder bevorzugt werden“ darf, zu ersetzen. Diese Umstellung ist nachdrücklich zu begrüßen, da mit ihr die begründete Erwartung besteht, dass hiermit – im Vergleich mit der bislang problematischen Situation des Diskriminierungsverbots „wegen seiner Rasse“⁴⁸ – die Voraussetzungen für einen effektiveren Schutz vor rassistischer Diskriminierung in der Rechtspraxis geschaffen würden.⁴⁹

1. Sprachliche Einpassung der vorgesehenen Änderungen

Obwohl beide Formulierungsvorschläge einen Wechsel von einer Merkmalskategorie („Rasse“) auf ein Adjektiv (rassistisch) vorsehen und die Vorschrift auch ansonsten nur aus Merkmalskategorien besteht, passen sie sich sprachlich gut in die bestehende Struktur von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ein. Dabei macht es keinen wesentlichen Unterschied, ob „rassistisch“, wie im Vorschlag der Fraktion Die Linke,⁵⁰ den Diskriminierungsgründen in Satz 1 vorangestellt wird oder, wie im Vorschlag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, nach den Diskriminierungsgründen eingefügt wird⁵¹. Systematisch bleiben so die besonderen benannten Diskriminierungsverbote unangetastet und auch das neue Diskriminierungsverbot könnte ohne weiteres an allgemeinen Entwicklungen in der Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG teilhaben.

2. Zur Beibehaltung der historischen Verbindung bei Änderung des Textes

Auch die historische Verbindung zu dem ursprünglichen Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“ würde auf diese Weise nicht ganz unterbrochen. Auch wenn dieses Diskriminierungsverbot heute rückblickend als Signal der Abkehr von der Nazi-Ära zu lesen ist,

⁴⁸ Siehe hierzu oben B.

⁴⁹ *Tarik Tabbara*, Der Begriff „Rasse“ muss aus dem Grundgesetz, Die Welt-online, 26.06.2020, abrufbar unter: <https://www.welt.de/debatte/kommentare/article210442205/Verfassungsdiskussion-Der-Begriff-Rasse-muss-aus-dem-Grundgesetz-gestrichen-werden.html>; *Hannes Ludyga*, Rasse als Rechtsbegriff?, NJW 2021, 911, 914 Rn. 18.

⁵⁰ Dies entspricht dem Vorschlag des Deutschen Instituts für Menschenrechte: *Hendrik Cremer*, Ein Grundgesetz ohne „Rasse“. Vorschlag für eine Änderung von Artikel 3 Grundgesetz, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2010.

⁵¹ So auch der Gesetzesantrag der Länder Hamburg und Thüringen vom 28.10.2020, Bundesrats-Drs. 641/20.



waren die Beratungen im Parlamentarischen Rat allerdings kein Ausdruck einer umfassenden und reflektierten Aufarbeitung sowie fundierten Zurückweisung der Rassenideologie.⁵² Vielmehr schweigen die Materialien hierzu weitgehend. Es finden sich, im Gegenteil, einige Aussagen, die zumindest aus heutiger Sicht ein problematisches Verständnis der Kategorie „Rasse“ offenbaren, insbesondere zu Sinti und Roma und zu Schwarzen.⁵³ Insoweit besteht unter der Perspektive des Schutzes vor rassistischen Diskriminierungen keine ganz ungebrochene historische Verbindung zu der ursprünglichen Formulierung des Diskriminierungsverbotes „wegen seiner Rasse“ im Grundgesetz. Auch soweit das Bundesverfassungsgericht betont, dass das Grundgesetz als Gegenentwurf zum Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes zu verstehen ist, greift es nicht auf dieses Diskriminierungsverbot zurück.⁵⁴ Die Umstellung von „Rasse“ auf rassistisch in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG wäre aber ohnedies kein Bruch mit der Geschichte des Grundgesetzes, sondern Ausdruck eines historischen Lernschrittes.⁵⁵

3. Auflösung der Paradoxie des Diskriminierungsverbotes „wegen seiner Rasse“

Substanziell würde mit der Umstellung die Widersprüchlichkeit des bisherigen Diskriminierungsverbotes aufgelöst.⁵⁶ Ganz im Gegensatz zu einer völlig kontraproduktiven ersatzlosen Streichung der „Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, durch die ein spezieller

⁵² Sehr kritische Zusammenfassung bei *Thorsten Kingreen*, in: Bonner Kommentar, 202. Aktualisierung Februar 2020, Art. 3 Rn. 517: „Das Verbot der Diskriminierung wegen des Begriffes „Rasse“ geht auf die Erfahrungen mit der absurden Rassenideologie des Nationalsozialismus zurück, die u.a. in den Nürnberger Rassengesetzen Menschen aufgrund bestimmter Merkmale (insbesondere ihrer Religion oder Hautfarbe) als Nichtzugehörige aus ihrer Volksgemeinschaft ausgeschlossen und Millionen von ihnen terrorisiert und ermordet haben [...]. Letztlich sind die Mütter und Väter des Grundgesetzes damit aber den heute als überholt geltenden Rassentheorien aufgesessen, die davon ausgegangen waren, man könne Menschen aufgrund ihrer Rasse einteilen.“

⁵³ Vgl. die ausführliche Darstellung der Beratungen im Parlamentarischen Rat bei *Doris Liebscher*, *Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus*, 2021, S. 338-362.

⁵⁴ BVerfGE 124, 300, 327 f. (Wunsiedel); siehe auch schon BVerfGE 111, 147, 158 (inhaltsbezogenes Versammlungsverbot).

⁵⁵ Für eine Beibehaltung des Begriffes „Rasse“ trotz seiner historischen Probleme: *Mathias Hong*, „Rasse“ im Parlamentarischen Rat und die Dynamik der Gleichheitsidee seit 1976 (Teil V), *VerfBlog*, 24.07.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/rasse-im-parlamentarischen-rat-v/>. Angesichts des Schattendaseins, dass das Diskriminierungsverbot fristet, scheint die theoretisch sympathische Erwartung von *Hong*, dass sich ohne Änderung eine bessere Praxis mit einer „größeren historischen Tiefenschärfe“ entwickeln würde, dann doch viel zu optimistisch.

⁵⁶ Hierauf weist bereits die Begründung des Gesetzesentwurfs hin: BT-Drs. 19/20628, S. 6.



Anknüpfungspunkt für rassistische Diskriminierung in Art. 3 GG verlorenginge,⁵⁷ wäre mit der Umstellung auf das ausdrückliche Verbot rassistischer Diskriminierung die begründete Erwartung verbunden, dass das bisher vom Verbot der Diskriminierung „wegen seiner Rasse“ *Gewollte*, aber zumindest *missverständlich Formulierte*, so auf seinen Begriff gebracht würde, dass sich dieses Diskriminierungsverbot im Gegensatz zu seinem bisherigen traurigen Schattendasein sinnvoll entfalten und so tatsächlich zu einem effektiveren Schutz vor rassistischer Diskriminierung beitragen könnte.⁵⁸ Umgekehrt geht angesichts dessen, dass das bisherige Diskriminierungsverbot kaum von der Rechtsprechung angewandt wird, der Einwand, dass die Rechtsprechung davor zurückschrecken könnte, eine rassistische Diskriminierung ausdrücklich festzustellen, weil damit ein geradezu tabuisiertes Unwerturteil verbunden wäre,⁵⁹ ins Leere. Das Gleiche gilt für den Einwand,⁶⁰ dass durch die Umstellung auf rassistische Diskriminierung eine etablierte Dogmatik gefährdet würde.⁶¹

Statt „Rasse“ als vermeintlich objektiven Kategorienbegriff zu führen und in der Formulierung des Diskriminierungsverbots nahezulegen, dass jemand „wegen seiner Rasse“ diskriminiert wird, richtet das Verbot rassistischer Diskriminierung das Augenmerk unmissverständlich auf die rassistische Zuschreibung. Damit müssen die Rechtsanwender.innen nicht nur nicht mehr mit der, wie Rechtsprechung und Literatur zeigen, schwer als Rechtsbegriff zu handhabenden „Rasse“ umgehen. Klar würde durch die neue Struktur des Diskriminierungsverbotes auch, dass die Diskriminierung die Folge rassistischer Zuschreibungen ist und der Grund der Diskriminierung nicht in der „Rasse“ der Betroffenen zu suchen ist. Es sind die abwertenden

⁵⁷ Hierzu zutreffend kritisch: *Nahed Samour/Cengiz Barskanmaz*, Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse, 16.06.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/das-diskriminierungsverbot-aufgrund-der-rasse/>; *Mathias Hong*, „Rasse“ im Parlamentarischen Rat und die Dynamik der Gleichheitsidee seit 1776 (Teil I-V), 20-24.7.2020, abrufbar unter: [Verfassungsblog.de](https://verfassungsblog.de); *Isabelle M. Kutting/Nazia Amin*, Mit „Rasse“ gegen Rassismus?, DÖV 2020, S. 612, 615.

⁵⁸ Davon dass das schlummernde Potenzial des grundgesetzlichen Verbots rassistischer Diskriminierung ans Tageslicht gefördert würde, spricht in diesem Zusammenhang *Mehrdad Payandeh*, Grundgesetz ohne Rasse, NJW-aktuell 31/2020, S. 15.

⁵⁹ *Elisabeth Kaneza*, Black Lives Matter: Warum „Rasse“ nicht aus dem Grundgesetz gestrichen werden darf, JuWiss, 14.07.2020, abrufbar unter: <https://www.juwiss.de/102-2020/>.

⁶⁰ *Cengiz Barskanmaz*, Verfassungsdogmatik und Interdisziplinarität ernstnehmen, ApuZ 42-44, 2020, 19, 20; in die gleiche Richtung *Mathias Hong*, „Rasse“ im Parlamentarischen Rat und die Dynamik der Gleichheitsidee seit 1976 (Teil V), VerBlog, 24.07.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/rasse-im-parlamentarischen-rat-v/>.

⁶¹ So auch *Mehrdad Payandeh*, Grundgesetz ohne Rasse, NJW-aktuell 31/2020, S. 15.

Zuschreibungen, die aufgrund einer gruppenbezogenen Kategorisierung erfolgen, die in den Blick zu nehmen sind und keine davon losgelöste Subsumtion der „Rasse“ der von Diskriminierung Betroffenen.

Mit der Umstellung auf rassistisch bestünde für die Gerichte nach dem Wortlaut des Diskriminierungsverbots kein Anlass mehr, den von Diskriminierung Betroffenen zu attestieren, Angehörige einer „Rasse“ zu sein, sondern der Rassismus würde als das eigentliche Problem als Ergebnis der rechtlichen Subsumtion ausdrücklich benannt.⁶² Dem käme darüber hinaus auch eine hohe verfassungspolitische Symbolkraft zu. Denn gerade dem Grundrechtsteil des Grundgesetzes kommt über seinen juristischen Anwendungsbereich im engeren Sinne eine wichtige Bedeutung für die politische und gesellschaftliche Selbstverständigung zu.⁶³

4. Interdisziplinäre Öffnung – Autonomer Verfassungsrechtsbegriff

Die ausdrückliche Aufnahme eines Verbotes rassistischer Diskriminierung im Grundgesetz bietet die Chance einer Öffnung der Rechtswissenschaften gegenüber den sozialwissenschaftlichen Diskussionen zu Rassismus. Angesichts der Defizite und Unsicherheiten im Umgang mit dem bisherigen Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“ wäre ein intensiverer interdisziplinärer Austausch hier grundsätzlich in der Tat auch sehr begrüßenswert.⁶⁴ Soweit Befürchtungen geäußert werden, dass eine Umstellung von „Rasse“ auf „rassistisch“ wegen des dann möglichen Einflusses der sozialwissenschaftlichen Rassismusforschung zu einer uferlosen Ausdehnung des Diskriminierungsverbots führen würde,⁶⁵ erinnert dies an Diskussionen rund um die Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Damals wurde vor einer wahren Klageflut gewarnt, obwohl aufgrund der allgemeinen Pfadabhängigkeiten der Rechtsprechung absehbar war, dass das AGG allenfalls zu einer recht beschränkten Zunahme von Klagen führen würde, wie es dann auch

⁶² Hannes Ludyga, Rasse als Rechtsbegriff?, NJW 2021, 911, 914 Rn. 17.

⁶³ Tarik Tabbara, Der Begriff „Rasse“ muss aus dem Grundgesetz, Die Welt-online, 26.06.2020, abrufbar unter: <https://www.welt.de/debatte/kommentare/article210442205/Verfassungsdiskussion-Der-Begriff-Rasse-muss-aus-dem-Grundgesetz-gestrichen-werden.html>.

⁶⁴ Eindringliches Plädoyer dafür die Rechtswissenschaften weiter interdisziplinär zu öffnen bei Oliver Lepsius, Dogmatiker als Experten, VerfBlog, 30.03.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/dogmatiker-als-experten/>.

⁶⁵ Uwe Kischel, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 227, S. 260 f.

eingetreten ist.⁶⁶ Auch angesichts der bisherigen, sehr überschaubaren Praxis zu dem Diskriminierungsverbot „wegen seiner Rasse“⁶⁷ ist nicht damit zu rechnen, dass es zu einer ausufernden Rechtsprechung bei einer Umstellung auf ein Verbot rassistischer Diskriminierung kommen würde.

Mit der Aufnahme des Begriffs „rassistisch“ ins Grundgesetz würde dieser Begriff ohnedies ein eigenständiger Verfassungsrechtsbegriff, der zwar sozialwissenschaftlich aufgeklärt Anwendung finden sollte, der aber dennoch ein autonom auszulegender Verfassungsrechtsbegriff wäre. Von einer unreflektierten Übernahme der in der Tat sehr diversen Ansätze in der sozialwissenschaftlichen Rassismusforschung ist zudem schon allein deshalb nicht auszugehen, weil das verfassungsrechtliche Verbot rassistischer Diskriminierung in Art. 3 Abs. 3 GG eingebettet bliebe. So können z.B. Phänomene, die in der Rassismusforschung z.T. als antimuslimischer Rassismus bzw. Muslimfeindlichkeit diskutiert werden,⁶⁸ in verfassungsrechtlicher Perspektive schon unter andere Diskriminierungsgründe von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG (Geschlecht, Sprache Glaube, religiöse oder politische Anschauungen) fallen und könnten daher schon aus Gründen der Spezialität (Grundrechtskonkurrenz) nicht unter das verfassungsrechtliche Verbot rassistischer Diskriminierung fallen.

5. Fortbestehende Möglichkeit der emanzipativen Aneignung rassistischer Markierungen

In Anlehnung an die in den USA entwickelte *Critical Race Theory*⁶⁹ wurde z.T. dafür plädiert, den Begriff „Rasse“ im Grundgesetz beizubehalten, da „Rasse“ auch eine Kategorie der emanzipativen Identitätsbildung sein könne.⁷⁰ Es ist zwar unbestreitbar, dass sich Betroffene

⁶⁶ Vgl. *Doris Liebscher*, Recht als Türöffner für gleiche Freiheit? Eine Zwischenbilanz nach zehn Jahren AGG, APuZ 9/2016, S. 17, 18.

⁶⁷ Siehe oben B.2.

⁶⁸ *Fachkommission der Bundesregierung zu den Rahmenbedingungen der Integrationsfähigkeit, Gemeinsam die Einwanderungsgesellschaft gestalten*, 2020, S. 61 f.; *12. Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration*, 2019, S. 69-71; *Yasemin Shooman*, „... weil ihre Kultur so ist“. Narrative des antimuslimischen Rassismus, 2014; aus rechtswissenschaftlicher Perspektive *Cengiz Barskanmaz*, Recht und Rassismus, 2019, S. 88-98.

⁶⁹ *Richard Delgado/Jean Stefania*, *Critical Race Theory*, 3rd ed. 2017; *Kimberlé Crenshaw* u.a. (Hg.), *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, 1995.

⁷⁰ *Cengiz Barskanmaz*, Recht und Rassismus, 2019, S. 378; *Nahed Samour/Cengiz Barskanmaz*, Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse, 16.06.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/das-diskriminierungsverbot-aufgrund-der-rasse/>; *Elisabeth Kaneza*, Black Lives Matter: Warum „Rasse“



rassistische Markierungen aneignen und diese emanzipativ wenden können (z.B. Schwarze als Eigenbezeichnung oder PoC).⁷¹ Auch wenn die Auseinandersetzung mit der *Critical Race Theory* für das Antidiskriminierungsrecht grundsätzlich lohnend ist,⁷² ist eine unmittelbare Übertragung der Ansätze auf andere Kontexte nicht unbedingt ratsam.⁷³ Jedenfalls ist nicht nachvollziehbar, warum für eine emanzipative Aneignung rassistischer Markierungen der Begriff „Rasse“ als Verfassungsbegriff erforderlich sein soll, zumal wenn er offenbar in Deutschland einer wirkungsvollen Entfaltung des Diskriminierungsverbots im Wege steht. Verbände wie die Initiative Schwarze Menschen in Deutschland (ISD) und der Zentralrat Deutscher Sinti und Roma haben sich für eine Ersetzung des Begriffs „Rasse“ im Grundgesetz ausgesprochen.⁷⁴

6. Formulierung „aus rassistischen Gründen“ keine vorzugswürdige Alternative

Die in den vorliegenden Gesetzesentwürfen vorgeschlagenen Formulierungen sind auch gegenüber dem Vorschlag, auf den sich die Bundesregierung geeinigt hatte,⁷⁵ und die auch der Diskussionsentwurf des BMJV vorsah,⁷⁶ vorzuziehen. Danach war vorgesehen, in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG die Formulierung „wegen seiner Rasse“ zu streichen und durch die Formulierung „aus rassistischen Gründen“ zu ersetzen. Bei dieser Formulierung bestehen aber jedenfalls Bedenken,

nicht aus dem Grundgesetz gestrichen werden darf, JuWiss, 14.07.2020, abrufbar unter:

<https://www.juwiss.de/102-2020/>.

⁷¹ Vgl. allgemein zu dieser Praktik emanzipativer Antidiskriminierung, die nicht auf von Rassismus Betroffene beschränkt ist, sondern allgemeiner Bestandteil von Politik in liberalen Gesellschaften ist: *Christoph Möllers*, *Freiheitsgrade*, 2020, Ziff. 86.

⁷² *Cengiz Barskanmaz*, *Rassismus, Postkolonialismus und Recht – Zu einer deutschen Critical Race Theory?*, *Kritische Justiz* 2008, 296-302; *Doris Liebscher*, *Rasse im Recht – Recht und Rassismus*, 2021, S. 31-36, 126-129; *Tarik Tabbara*, *Kommunikations- und Medienfreiheit in den USA*, 2003, S. 305-309.

⁷³ *Doris Liebscher*, *Rasse im Recht – Recht und Rassismus*, 2021, S. 36; *Hito Steyerl/Mark Terkessidis*, *Die Wahrnehmungsschwelle: In Deutschland empört man sich über Rassismus im Ausland. Und blendet aus, was das eigene Land zu verantworten hat*, in: *Die Zeit*, No. 2 vom 07.01.2021, S. 42.

⁷⁴ *Positionspapier der ISD zum Begriff „Rasse“* vom 02.03.2015; *Zentralrat Deutscher Sinti & Roma*, *Vorläufige Stellungnahme zum Diskussionsentwurf zur Änderung des Grundgesetzes zur Ersetzung der Wörter „seiner Rasse“ in Art. 3 Abs. 1 3 S. 1 G*, 05.02.2021.

⁷⁵ *Abschlussbericht des Kabinettsausschusses zur Bekämpfung von Rechtsextremismus und Rassismus*, 05.05.2021, S. 10, abrufbar unter:

https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/sicherheit/abschlussbericht-kabinettsausschuss-rechtsextremismus.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁷⁶ Abrufbar unter:

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Ersetzung_Begriff_Rasse.pdf?__blob=publicationFile&v=3.



dass es tatsächlich zu einer Verkürzung des bisher gewährleisteten Schutzes kommen könnte. So wurde vielfach darauf hingewiesen, dass der Begriff „Gründe“ als Einschränkung verstanden werden könnte und zwar in dem Sinne, dass damit ein subjektives Element (insbes. Vorsatz) in das Diskriminierungsverbot aufgenommen würde, das so bislang bei Diskriminierungen nach Art. 3 Abs. 3 GG nicht besteht.⁷⁷

Das wäre in der Tat eine höchst problematische Verengung, da strukturelle Diskriminierungen, die regelmäßig nicht mit einem rassistischen Vorsatz erfolgen,⁷⁸ wie z.B. das polizeiliche *Racial Profiling*, dann nicht mehr erfasst würden. Auch generell würde der Nachweis der Diskriminierung erschwert, da innere Vorgänge nachgewiesen werden müssten. Auch wenn eine solche Interpretation nicht zwingend ist, – nach der Begründung des Diskussionsentwurfs des BMJV war eine Schutzbereichsverkürzung ausdrücklich nicht beabsichtigt –,⁷⁹ bietet diese Formulierung doch unnötigen Anlass für Interpretationsschwierigkeiten. Der Begriff der rassistischen Diskriminierung enthält bereits begriffsnotwendig den Grund für die Diskriminierung: die rassistische Zuschreibung zu einer abgewerteten Gruppe.⁸⁰ Insoweit könnte sich die Frage in der Rechtsanwendung stellen, was mit dieser Verdoppelung von „Gründen“ gemeint sein könnte, was wiederum zu einer einschränkenden Interpretation führen könnte.

⁷⁷ *Zentralrat Deutscher Sinti & Roma*, Vorläufige Stellungnahme zum Diskussionsentwurf zur Änderung des Grundgesetzes zur Ersetzung der Wörter „seiner Rasse“ in Art. 3 Abs. 1 3 S. 1 G, 05.02.2021; *Deutscher Gewerkschaftsbund*, 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, 24.02.2021, S. 2; *Hendrik Cremer*, Das Verbot rassistischer Diskriminierung, Deutsches Institut für Menschenrechte 2020, S. 24; *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, S. 3.

⁷⁸ *Susanne Baer/Nora Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 428.

⁷⁹ Begründung, S. 4. Die Formulierung „aus Gründen“ findet sich zwar auch in einer Antidiskriminierungsvorschrift der Europäischen Verträge (Art. 19 Abs. 1 AEUV), ohne dass sie dort im Sinne einer subjektiven Einschränkung verstanden wird. Allerdings ist Art 19 Abs. 1 AEUV als im Wesentlichen an den Europäischen Gesetzgeber gerichtete Norm keine Vorschrift, die durch Gerichte in Diskriminierungsfällen unmittelbar angewandt wird. Vgl. *Astrid Epiney* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 19 AEUV Rn. 1 ff.

⁸⁰ Ähnlich *Hendrik Cremer*, Das Verbot rassistischer Diskriminierung, Deutsches Institut für Menschenrechte 2020, S. 23 f.



7. Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen

Durch die Ersetzung des Rassebegriffs in Art. 3 Abs. 3 GG würde Deutschland auch nicht in Konflikt geraten mit seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen.⁸¹ Im Zuge der Umsetzung der sog. EU-Antirassismusrichtlinie (2000/43/EG), die den dort bei den Beratungen ebenfalls umstrittenen Begriff der „Rasse“ enthält, haben Österreich, Schweden und Finnland den Begriff „Rasse“ in ihren nationalen Umsetzungsgesetzen nicht aufgenommen und stellen stattdessen auf ethnische/nationale Zugehörigkeit bzw. Herkunft ab. Auch Norwegen nahm eine entsprechende Änderung in seiner Antidiskriminierungsgesetzgebung vor. Schweden änderte zudem seine Verfassung.⁸²

Der UN-Antirassismusausschuss CERD⁸³ hat nach anfänglichem Diskussionsbedarf schließlich nicht gefordert, den Begriff „Rasse“ in die nationalen Gesetze aufzunehmen. Entscheidend war für den Ausschuss vielmehr, dass alle Konstellationen weiterhin erfasst würden, die nach der UN-Antirassismuskonvention⁸⁴ unter den Begriff „Rasse“ fielen.⁸⁵ Insoweit kommt es international nicht auf die Begrifflichkeit an, die je nach nationalem Kontext unterschiedlichen Traditionen folgen kann, sondern auf den konkreten Schutzzumfang. Da aber mit der Umstellung auf rassistisch in Art. 3 Abs. 3 GG keine Schutzbereichsverkürzung beabsichtigt und auch nicht zu erwarten wäre, sondern im Gegenteil die begründete Erwartung bestünde, dass sich das Diskriminierungsverbot in der Praxis effektiver entfalten würde und im Gegensatz zu den anderen Staaten mit der Umstellung auf rassistisch ohnehin eine sprachliche Bezugnahme zur „Rasse“ in den europa- und völkerrechtlichen Rechtstexten erhalten bliebe, würde die in den Gesetzesentwürfen vorgesehene Grundgesetzänderung auch keinen völkerrechtlichen Bedenken begegnen.

⁸¹ So auch *Mehrdad Payandeh*, Grundgesetz ohne Rasse, NJW-aktuell 31/2020, S. 15.

⁸² Siehe Darstellung bei *Doris Liebscher*, Gutachten zu den Begriffen „Rasse“ und „rassistische Zuschreibung“ als Diskriminierungskategorien im Entwurf eines Berliner Landesantidiskriminierungsgesetzes“, 2019, S. 14 f.

⁸³ Committee on the Elimination of Racial Discrimination.

⁸⁴ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, ICERD, vom 07.03 1966.

⁸⁵ Siehe z.B. für Schweden CERD/C/SWE/19-21, para. 6; vgl. zum Ganzen *Doris Liebscher*, Gutachten zu den Begriffen „Rasse“ und „rassistische Zuschreibung“ als Diskriminierungskategorien im Entwurf eines Berliner Landesantidiskriminierungsgesetzes“, 2019, S. 15.

D. Zur Einführung eines Gewährleistungsauftrages und Fördergebotes zum Schutz vor Diskriminierung

1. Allgemeines zu den Entwürfen

Beide Gesetzesentwürfe sehen die Aufnahme eines Gewährleistungsauftrags und Fördergebotes für besonders von Diskriminierung Betroffene vor, das sich nicht auf rassistische Diskriminierungen beschränkt.⁸⁶ Diese sollen als neuer Satz 3 dem Art. 3 Abs. 3 GG angefügt werden. Im Detail und in der Formulierung unterscheiden sich beide Entwürfe, gemeinsam ist ihnen allerdings, dass sie sich an Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, der 1994 ins Grundgesetz aufgenommen wurde, orientieren. Zu diesem hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt:

„Art. 3 Abs. 2 GG stellt ein Gleichberechtigungsgebot auf und erstreckt dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit (vgl. BVerfGE 85, 191 [207]; 92, 91 [109]). Das ist durch die Anfügung von Satz 2 in Art. 3 Abs. 2 GG ausdrücklich klargestellt worden (vgl. BVerfGE 92, 91 [109]). Es geht um die Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter für die Zukunft. Art. 3 Abs. 2 GG zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse (vgl. BVerfGE 85, 191 [207]; 89, 276 [285]).“⁸⁷

Dieser Förderauftrag umfasst nach der Rechtsprechung die Legitimation für den Gesetzgeber „[f]aktische Nachteile, die *typischerweise* Frauen treffen [...] durch begünstigende Regelungen“ auszugleichen.⁸⁸ Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG legitimiert damit ausdrücklich positive Maßnahmen durch den Gesetzgeber zur Förderung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Männern und Frauen. Auch für die Diskriminierungsgründe in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG werden zwar mit guten Gründen entsprechende Gewährleistungsaufträge und Fördergebote, die positive Maßnahmen legitimieren können, die ansonsten u.U. als Ungleichbehandlung unzulässig wären, aus den Diskriminierungsverboten selbst abgeleitet.⁸⁹ Die ausdrückliche Aufnahme eines solchen neuen

⁸⁶ Einen Förderauftrag „zur tatsächlichen Durchsetzung der rassistischen Gleichberechtigung“ fordert dagegen *Cengiz Barskanmaz*, *Critical Race Theory in Deutschland*, VerfBlog, 24.07.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/critical-race-theory-in-deutschland/>. Abgesehen von der Begriffswahl ist diese Beschränkung auf „rassistisch“ vor dem Hintergrund der zugleich erhobenen Forderung nach Berücksichtigung der Intersektionalität von Diskriminierungen nicht überzeugend.

⁸⁷ BVerfGE 109, 64, 89 (Mutterschaftsgeld II).

⁸⁸ BVerfGE 85, 191, 207 (Nachtarbeitsverbot). Hervorhebung nicht im Original.

⁸⁹ Eingehend: *Mehrdad Payandeh*, *Positive Verpflichtungen im Zusammenhang mit verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten*, Gutachten erstellt im Auftrag der Fraktion Bündnis



Gewährleistungsauftrags und Fördergebots in Art. 3 Abs. 3 GG hätte aber demgegenüber den Vorteil einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Klarstellung im Text des Grundgesetzes, was für die Praxis deutlich mehr Rechtssicherheit bedeuten würde.⁹⁰

Ein solcher ausdrücklicher Gewährleistungsauftrag und ein Fördergebot wären für einen umfassenden und effektiven Schutz vor Diskriminierungen ein zentraler Schritt. Denn nicht nur beim Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG bestehen strukturelle Benachteiligungen („typischerweise“), sondern jedenfalls auch bei den Diskriminierungsgründen des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG geht die Verfassung von strukturellen Benachteiligungen aus. So hat das Bundesverfassungsgericht jüngst den gemeinsamen Zweck der in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG enthaltenen Diskriminierungsverbote wie folgt gefasst: „Zweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist es, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen.“⁹¹ Strukturellen Diskriminierungen kann jedoch allein mit den individualrechtlichen Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nicht hinreichend effektiv begegnet werden.⁹² Gleichwohl bliebe durch Verankerung eines Gewährleistungsauftrages und eines Fördergebotes in Art. 3 Abs. 3 GG wie schon bei Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG der grundrechtliche Schutz gleicher Freiheit Grund und Grenze der positiven Verpflichtungen.⁹³ Insoweit bietet sich

90/Die Grünen im Deutschen Bundestag, 18.04.2021, S. 11-24, abrufbar unter: https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/Veranstaltungen/pdf/Payandeh_-_Analyse.pdf. Vgl. zum Meinungsstand auch: *Robert Uerpmann-Witzack* Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2013, Bd. 5, § 128, Rn. 29 ff.

⁹⁰ Mit Hinweis darauf, dass auch damit nicht alle diesbezüglichen Fragen geklärt werden (müssen), sondern der sinnvoller Weise der verfassungsrechtlichen Entwicklung überlassen bleiben: *Mehrdad Payandeh*, Positive Verpflichtungen im Zusammenhang mit verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten, Gutachten erstellt im Auftrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag, 18.04.2021, S. 42-46, abrufbar unter: https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/Veranstaltungen/pdf/Payandeh_-_Analyse.pdf

⁹¹ BVerfGE 147, 1, 28 Rn. 59 (3. Option).

⁹² *Thorsten Kingreen*, in: Bonner Kommentar, 202. Aktualisierung Februar 2020, Art. 3 Rn. 451-453; *Mehrdad Payandeh*, Positive Verpflichtungen im Zusammenhang mit verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten, Gutachten erstellt im Auftrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag, 18.04.2021, S. 5-9, abrufbar unter: https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/Veranstaltungen/pdf/Payandeh_-_Analyse.pdf. Europa- und völkerrechtliche Perspektive *Paul Gragl*, in: Angst/Langtscher, ICERD, 2020, Art. 1 Rn. 33 f.; *Ibrahim Kanalan*, Weder revolutionär noch eine Besonderheit, VerfBlog, 24.02.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/weder-revolutionar-noch-eine-besonderheit/>.

⁹³ *Susanne Baer/Nora Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Rn. 355.



eine Angleichung an, schon um eine Hierarchisierung von Diskriminierungsgründen zu vermeiden.

2. Zum Entwurf der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen

Der Entwurf der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen greift die soziologische Begrifflichkeit der gruppenbezogenen Menschenfeindlichkeit auf, die für einen umfassenden Antidiskriminierungsansatz steht.⁹⁴ Damit ist er nicht auf Diskriminierungen i.S.v. Art. 3 Abs. 3 GG beschränkt, sondern kann auch die von der Rechtsprechung anerkannten sog. Quasi-Diskriminierungsverbote erfassen.⁹⁵ Mit der Formulierung „Würde aller Menschen“ wird der anerkannte besondere Bezug von Diskriminierungsverboten und dem Schutz der unantastbaren Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)⁹⁶ akzentuiert. Auch wenn damit keine Einschränkung auf besonders schwerwiegende Fälle der Diskriminierung o.ä. beabsichtigt ist, mag die Bezugnahme auf die Menschenwürde gleichwohl, gerade im Vergleich zur Formulierung in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, als Einschränkung missverstanden werden.⁹⁷

3. Zum Entwurf der Bundestagsfraktion Die Linke

Der Entwurf der Fraktion Die Linke stimmt im ersten Teilsatz, der Schutzklausel bzw. dem Gewährleistungsgebot („Der Staat gewährleistet den tatsächlichen Schutz vor Diskriminierung“), mit dem Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen überein. Im Übrigen ist die Formulierung insgesamt noch stärker an Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG angelehnt.

In ihrem Mittelteil wird das Fördergebot aus dem ersten Halbsatz des Gleichberechtigungsgebotes (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG) aufgenommen. Dieses wird aber im

⁹⁴ *Andreas Zick/Beate Küpper/Wilhelm Heitmeyer*, Vorurteile als Elemente Gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit – eine Sichtung der Vorurteilsforschung und ein theoretischer Entwurf, in: Anton Pelinka (Hrsg.), *Vorurteile: Ursprünge, Formen, Bedeutung*, 2011, S. 287-314.

⁹⁵ Überblick über die Quasi-Diskriminierungsverbote, die das Bundesverfassungsgericht insbes. zur sexuellen Orientierung und zur Staatsangehörigkeit aus Art. 3 Abs. 1 GG entwickelt hat: Ferdinand Wollenschläger, in: Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018 Rn. 145, GG Art. 3 Rn. 145.

⁹⁶ BVerfGE 144, 20 Rn. 541 (NPD II); BVerfG-K, Beschl. v. 02.11.2020 – 1 BvR 2727/19, Rn. 18; *Susanne Baer/Nora Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz*, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 407, 475. *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz*, 16. Aufl. 2020, Art. 1 Rn. 12.

⁹⁷ Vorbehalte daher bei *Mehrdad Payandeh*, Positive Verpflichtungen im Zusammenhang mit verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten, Gutachten erstellt im Auftrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag, 18.04.2021, S. 55-57, abrufbar unter: https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/Veranstaltungen/pdf/Payandeh_-_Analyse.pdf.



Gegensatz zu Letzterem nicht positiv („fördert die tatsächliche Durchsetzung *der Gleichberechtigung*“), sondern negativ formuliert („fördert die Durchsetzung des Diskriminierungsverbots“). Hieraus erklärt sich auch, dass der Entwurf im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG nicht auf die *tatsächliche* Durchsetzung abstellt. Denn mit dem *Verbot* der Diskriminierung wird vornehmlich die abwehrrechtliche Seite des Gleichheitsrechts angesprochen, wohingegen die „tatsächliche Durchsetzung“ für die positive Verpflichtung zur faktischen Angleichung von Lebensverhältnissen steht.⁹⁸ In dem letzten Teilsatz („wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin“), der auch als Beseitigungsgebot bezeichnet wird,⁹⁹ stimmt der Entwurf sowohl mit Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG als auch mit dem Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen überein.

4. Bewertung der Entwürfe und eigener Vorschlag zu einem Fördergebot gleichberechtigter Teilhabe

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG (bisher) nicht zwischen den beiden Teilsätzen differenziert, stellt sich aus Gründen der Verfassungssystematik die Frage, welche Bedeutung den strukturellen Unterschieden zukommt, insbesondere dem Umstand, dass der Entwurf der Fraktion Die Linke drei im Gegensatz zu nur zwei Teilsätzen in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG enthält.

Gerade auch im Hinblick darauf, dass es keine Hierarchie der Diskriminierungsgründe gibt,¹⁰⁰ spricht viel für eine Formulierung mit einer möglichst hohen Übereinstimmung zu dem bestehenden Gleichberechtigungsgebot. Eine Angleichung empfiehlt sich auch hinsichtlich der Ausrichtung des Gewährleistungsgebotes. Statt hier auf die Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes abzustellen („negatives“ Ziel), bietet es sich an, wie in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG auf das positive Ziel, das hinter dem Diskriminierungsverbot steht, abzustellen. Der gemeinsame Schutzzweck der Diskriminierungsverbote lässt sich in dem Ziel der gleichberechtigten Teilhabe ausmachen. Um den besonderen Zweck der speziellen

⁹⁸ Vgl. zu Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG *Thorsten Kingreen*, in: Bonner Kommentar, 202. Aktualisierung Februar 2020, Art. 3 Rn. 452.

⁹⁹ *Thorsten Kingreen*, in: Bonner Kommentar, 202. Aktualisierung Februar 2020, Art. 3 Rn. 452.

¹⁰⁰ *Susanne Baer*, Ungleichheit der Gleichheiten? Zur Hierarchisierung von Diskriminierungsverboten, in: Eckart Klein/Christoph Menke, Christoph (Hg.), Universalität - Schutzmechanismen - Diskriminierungsverbote, Berlin 2008, S. 421-450.



Diskriminierungsverbote möglichst ausdrücklich und klar zu erfassen, empfiehlt es sich, an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anzuknüpfen, die, wie ausgeführt,¹⁰¹ in der *strukturellen* Diskriminierungsgefährdung den gemeinsamen Zweck von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ausgemacht hat.¹⁰² Hierin kommt zum Ausdruck, dass nicht alle gleichermaßen gefährdet sind, von ungerechtfertigter Ungleichbehandlung betroffen zu werden, sondern dass insofern in der gesellschaftlichen Realität Asymmetrien bestehen, auf die die Verfassung mit den besonderen Diskriminierungsverboten reagiert.¹⁰³ Hiermit wird auch ein besonderer staatlicher Schutzbedarf markiert.

Es lassen sich zwar gute Gründe dafür anführen, dass diese Einsicht bereits im Begriff der Diskriminierung selbst enthalten ist,¹⁰⁴ dennoch empfiehlt es sich aus Gründen der Klarstellung den Anwendungsbereich des Fördergebots im Grundgesetz deutlicher zu formulieren und nicht allein auf den Begriff der Diskriminierung abzustellen. Der Formulierungsvorschlag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, der auf die gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit abstellt, erfasst diese Problematik in einer an sich ausdrucksstarken Formulierung, die sich aber deutlich von der Formulierung in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG abhebt und daher in der Verfassungspraxis neue Fragen aufwerfen könnte.¹⁰⁵

Vorgeschlagen wird daher eine Formulierung, die sich so weit wie möglich an Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG orientiert und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum gemeinsamen Zweck der besonderen Diskriminierungsverbote aufnimmt, wobei hiervon auch eine ggf.

¹⁰¹ Siehe oben D.1.

¹⁰² BVerfGE 147, 1, 28 Rn. 59 (3. Option). Das trifft aber auch auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG zu, nur war der nicht Gegenstand des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht und wird daher dort nicht miterwähnt.

¹⁰³ *Susanne Baer/Nora Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 372.

¹⁰⁴ *Mehrdad Payandeh*, Positive Verpflichtungen im Zusammenhang mit verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten, Gutachten erstellt im Auftrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag, 18.04.2021, S. 57 f., abrufbar unter: https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/Veranstaltungen/pdf/Payandeh_-_Analyse.pdf.

¹⁰⁵ *Mehrdad Payandeh*, Positive Verpflichtungen im Zusammenhang mit verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten, Gutachten erstellt im Auftrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag, 18.04.2021, S. 57 f., abrufbar unter: https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/Veranstaltungen/pdf/Payandeh_-_Analyse.pdf.

erforderliche Effektivierung des Diskriminierungsverbotes im Sinne einer Schutzpflicht mitumfasst wäre¹⁰⁶:

„Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der gleichberechtigten Teilhabe aller, die strukturell gefährdet sind, diskriminiert zu werden und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“

Berlin, den 18. Juni 2021

Prof. Dr. *Tarik Tabbara*

¹⁰⁶ Zu den Schutzdimensionen von Art. 3 GG: *Robert Uerpmann-Witzack*, Strikte Privilegien und Diskriminierungsverbote, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 2013, § 128 Rn. 29-31.