



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

**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, 9.12.2020

**Schriftliche Stellungnahme zu der Anhörung am 10. Dezember 2020 im
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
zum**

**Gesetzentwurf der Abgeordneten Gökay Akbulut, Niema
Movassat, Dr. André Hahn, weiterer Abgeordneter und der
Fraktion DIE LINKE.**

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes –
Grundrechte für all**

BT-Drucksache 19/5860

**Thesen zu einer Ersetzung der Deutschengrundrechte im Grundgesetz
durch Menschenrechte**

**I. Die Unterscheidung von Deutschengrundrechten und Menschenrechten
schafft auf politisch-symbolischer Ebene eine problematische kategoriale
Hierarchisierung von Grundrechtsträger:innen**

**1. Die Einteilung der Grundrechte in sogenannte Deutschengrundrechte¹ und
Menschenrechte² schafft eine kategoriale Hierarchisierung auf der Ebene des**

¹ Zum Teil wird auch gleichbedeutend der Begriff Deutschenrechte verwendet.

² Wegen der Formulierung im Grundgesetz verbreitet auch als „Jedermannrechte“ bezeichnet.



Grundrechtsschutzes. Diese Hierarchisierung steht in einem problematischen Spannungsverhältnis zu dem Grundverständnis der Grundrechte, die ideengeschichtlich in den Menschenrechten ihr Fundament finden und heute weitgehend völkervertragsrechtlich durch internationale Menschenrechte überlagert werden.³

2. Die Einteilung der Grundrechte im Grundgesetz in Deutschengrundrechte und Menschenrechte folgt keiner nachvollziehbaren Logik oder gar einem systematischen Gesamtkonzept. Insbesondere taugt die bis heute immer wieder vertretene Auffassung, wonach die Deutschengrundrechte sich durch den besonderen Bezug zum politischen Meinungs- und Willensbildungsprozess im Sinne des *status activus* auszeichneten, also den politischen Teilhaberechten,⁴ nicht als tragfähige Begründung.⁵ Denn zum einen lässt sich von dieser Position nicht erklären, warum zwar die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 8 u. Art. 9 GG) Deutschenrechte sind, aber nicht die „für die Demokratie schlechthin konstituierende“ Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG). Ebenso wenig lässt sich mit diesem Ansatz erklären, warum die Freizügigkeit und die Berufsfreiheit als Deutschenrechte ausgestaltet sein sollen.

3. Die Deutschenrechte sind schon heute längst nicht mehr auf deutsche Staatsangehörige beschränkt. EU-Bürger:innen sowie die ihnen gleichgestellten Ausländer:innen (Schweiz, Norwegen, Liechtenstein) und deren jeweilige Familienangehörige auch aus Nicht-EU-Staaten (sogen. Drittstaatsangehörige) können sich im Ergebnis auf den Schutz der Deutschengrundrechte berufen (auch wenn die dogmatische Herleitung noch umstritten ist). Denn für sie greift das vorrangige Diskriminierungsverbot des Unionsrechts wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV).⁶

³ Martin Eifert, Persönliche Freiheit, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, Rn. 58 (im Erscheinen), hebt in historischer Perspektive den emanzipativen Charakter der speziellen Freiheitsrechte hervor und dass dann aber mit der Etablierung einer umfassenden allgemeinen Handlungsfreiheit, jede sachliche Begrenzung innerhalb dieses Schutzbereiches wie etwa ein abgeschwächter Schutz der Berufsfreiheit von Ausländern nach Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber dem Schutz von deutschen Staatsangehörigen nach Art. 12 GG zu Wertungswidersprüchen führe. Zur historischen Einheit von Menschen- und Bürgerrechten und ihrer Aufspaltung im GG Angelika Siehr, Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, 2001, S. 13 ff.

⁴ Z.B. Michael Sachs, Verfassungsrecht II, 3. Aufl. 2017, Kap. 6 Rn. 8.

⁵ Jörg Gundel, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: HdbStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, Rn. 96 „nicht konsequent“.

⁶ Vgl. BVerfGE 129, 78, 97 für juristische Person aus der EU; Jörg Gundel, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: HdbStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, Rn. 12 ff.



4. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt Ausländer:innen aus Drittstaaten, die nicht (generell) vom Diskriminierungsverbot des Unionsrechts wegen der Staatsangehörigkeit profitierten, grundrechtlich zwar nicht schutzlos, gewährt ihnen im Schutzbereich der Deutschengrundrechte aber nur den Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Das bedeutet grundsätzlich gegenüber den „Deutschenrechten“ einen abgeschwächten Schutz, da an die Stelle der speziellen Schrankenregelungen der Deutschengrundrechte (Art. 8 Abs. 2; Art. 9 Abs. 2 u. 3; Art. 11 Abs. 2 u. Art. 12 Abs. 2 GG) der allgemeine Gesetzesvorbehalt der „verfassungsgemäßen Ordnung“ (Art. 2 Abs. 1 GG) tritt.⁷

5. Allerdings besteht ein deutlicher Unterschied zwischen Deutschen und Ausländern primär bei abstrakter Betrachtung („nur abgeschwächter Schutz“). Praktisch wirkt sich die Unterscheidung im Einzelfall nicht notwendig im Sinne eines abweichenden grundrechtlichen Schutzniveaus aus. Dies liegt vor allem daran, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit immer mehr ins Zentrum des Grundrechtsschutzes gerückt hat und diesen auch bei der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG zur Anwendung bringt.⁸ Damit gleicht sich der materielle Maßstab der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen in der Tendenz grundrechtsübergreifend an.

6. Gleichwohl steht die Beibehaltung der Deutschenrechte weiter in einem grundlegenden, bedeutsamen Spannungsverhältnis zur menschenrechtlichen Idee der Grundrechte, und zwar auf politisch-symbolischer Ebene (s.u. aber Thesen 13 u. 14 zu praktischen Auswirkungen). Denn diese kategoriale Hierarchisierung von Grundrechtsträger:innen vermittelt eine Botschaft des Ausschlusses und der Zurückstufung, die der integrativen Idee des Grundgesetzes als Verfassung eines offenen Staates widerspricht.

7. Zudem wäre die durchgehende Formulierung der Grundrechte des Grundgesetzes als Menschenrechte für die ganze Bevölkerung in Deutschland, wie es der Gesetzentwurf „Grundrechte

⁷ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 35, 382 (399).

⁸ Zum Bedeutungsverlust der speziellen Grundrechtsschranken aufgrund der umfassenden Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Martin Eifert, Persönliche Freiheit, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, Rn. 27 ff. (im Erscheinen); vgl. auch schon Jürgen Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 356 ff.



für alle“ vorsieht, auch eine verfassungsrechtliche Einladung zur Identifikation mit dem Grundgesetz und mit Deutschland.

II. Verfassungsdogmatische Feinsteuerung statt kategorischer Unterscheidung in der Verfassungswirklichkeit

8. Die kategorische Unterscheidung zwischen Deutschen- und Menschenrechten ist durch die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik schon weitgehend überholt (s.o. These 5). Zwar ist die Staatsangehörigkeit nicht bei den Kriterien in Art. 3 Abs. 3 GG genannt, bei denen es dem Staat grundsätzlich verwehrt ist, eine unterschiedliche Regelung anzuknüpfen. Aber das Bundesverfassungsgericht betont nunmehr in ständiger Rechtsprechung, dass eine unterschiedliche Behandlung nach der Staatsangehörigkeit einer besonders strengen Überprüfung unterliegt, da die Staatsangehörigkeit den Kriterien des Art. 3 Abs. 3 GG angenähert ist.⁹ Eine unterschiedliche Behandlung von deutschen und ausländischen Staatsangehörigen bedarf daher nach dem heutigen Stand der Grundrechtsdogmatik stets hinreichend überzeugender Rechtfertigungsgründe, die sich nicht schon daraus ergeben, dass Betroffene nicht die deutsche Staatsangehörigkeit haben.¹⁰ Auch wenn diese Rechtsprechung die Unterscheidung von Deutschengrundrechten und Menschenrechten nicht aufhebt, so verlangt sie doch bereits heute einen wesentlich feiner gesteuerten Umgang mit der Unterscheidung von deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, als dies die kategoriale Gegenüberstellung von Deutschen- und Menschenrechten suggeriert.¹¹

9. Zu dieser Entwicklung trägt auch wesentlich bei, dass die Grundrechte des Grundgesetzes an der allgemeinen Entwicklung des Menschenrechtsschutzes partizipieren. Insbesondere die intensiverte Rezeption der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte trägt hierzu bei. Das Bundesverfassungsgericht billigt der EMRK, die durchgehend menschenrechtlich ausgestaltet ist, eine herausgehobene Stellung bei der Interpretation der Grundrechte des Grundgesetzes

⁹ BVerfGE 111. 160 (169 f.); 130, 240 (255).

¹⁰ Michael Sachs, Verfassungsrecht II, 3. Aufl. 2017, Kap. 6 Rn. 15.

¹¹ Ähnlich insoweit auch Jörg Gundel, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: HdbStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, Rn. 4: „Unterschiede im Umfang der Differenzen von Rechte- und Pflichtenstatus der In- und Ausländer sind danach *eher gradueller als grundsätzlicher Natur* ...“. (Hervorhebung nicht im Original)



zu.¹² Dies verringert konzeptionell den Spielraum für eine Differenzierung zwischen deutschen und ausländischen Grundrechtsträger:innen weiter.¹³

10. Dass die Einteilung in Deutschen- und Menschenrechte überholt ist, zeigt auch ein Blick auf die bestehende Gesetzgebungspraxis. Das Aufenthaltsgesetz (§ 47) sieht unter bestimmten Umständen die Möglichkeit eines Verbots bzw. einer Beschränkung der politischen Betätigung von Ausländer:innen vor. Die Vorschrift erfasst dabei generell die „politische Betätigung“, ohne zwischen Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit zu differenzieren. Auch wenn diese – demokratiethoretisch ohnehin fragwürdige – Regelung in der Praxis nur selten zur Anwendung kommt, ist sie im vorliegenden Kontext doch bemerkenswert: Denn der Gesetzgeber behandelt, im Ergebnis unwidersprochen von der Rechtsprechung, die Deutschen-grundrechte Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit genauso wie das Menschenrecht der Meinungsfreiheit.¹⁴ Auch der Gesetzgeber verfolgt hier also eine *einheitliche* (wenn auch in der Sache problematische) Logik sachlicher Gründe für eine Beschränkung der Grundrechte nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit statt einer kategorialen, sachlich nicht nachvollziehbaren Unterscheidung von Deutschen- und Menschenrechten.

11. Auch bei Ausgestaltung der Berufsfreiheit als Menschenrecht bleiben Differenzierungen möglich, soweit sie sachlich gerechtfertigt sind:

12. Unberührt bliebe die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers beim Zugang von ausländischen Staatsangehörigen zum deutschen Arbeitsmarkt. Denn der Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt ist bisher nicht vom Schutzbereich der Berufsfreiheit erfasst. Daran würde sich auch durch eine Fassung der Berufsfreiheit als Menschenrecht nichts ändern, da die ausländerrechtliche Zulassung zum Arbeitsmarkt keine berufsbezogene Regelung darstellt, was aber Voraussetzung für die Eröffnung des Schutzbereichs der Berufsfreiheit bildet.¹⁵

¹² BVerfGE 128, 326 (369; 148, 296 (352 f. Rn. 130).

¹³ Vgl. zuletzt zu einem Einbürgerungsfall mit Wiedergutmachungsgehalt: BVerfG, Beschl. v. 20.5.2020 - 2 BvR 2628/18 -, Rn. 26 ff.; vgl. hierzu Tarik Tabbara, [Eine Lehrstunde Verfassungsrecht für das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht, Verfassungsblog, 17.6.2020](#).

¹⁴ Kritisch zu der Vorschrift und mit verfassungsrechtlichen Bedenken: Winfried Möller, in: Rainer Hofmann (Hg.), *Ausländerrecht*, 2. Aufl. 2016, § 47 AufenthG Rn. 5 ff.

¹⁵ BVerfGE 105, 252 (265) zum Berufsbezug als wesentlichem Kriterium für den Schutz von Art. 12 Abs. 1 GG.



13. Eine Ausgestaltung der Berufsfreiheit als Menschenrecht hätte zugleich dem Vorteil der einheitlichen verfassungsrechtlichen Überprüfung: Treffen Berufsausübungsregelungen in gleicher Weise deutsche wie ausländische Staatsangehörige, würde es künftig – anders als bisher – nicht mehr vom Zufall abhängen, ob eine Regelung im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde an der Berufsfreiheit oder aber an der allgemeinen Handlungsfreiheit gemessen würde.¹⁶

14. Knüpfen Berufszugangsregelungen an die Staatsangehörigkeit an, wie es bis 2012 die Approbationsregelungen für Ärzte in Fortführung von Vorschriften aus der NS-Zeit taten,¹⁷ wäre in der Tat zu erwarten und zu begrüßen, dass solche Regelungen, die der sachlichen Rechtfertigung entbehren, schneller überwunden würden, wenn die Berufsfreiheit selbst nicht mehr nach der Staatsangehörigkeit differenzieren würde.

15. Erwogen werden sollte im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der Berufsfreiheit als Menschenrecht auch bei dem als grundrechtsgleichem Recht ausgestalteten gleichberechtigten Zugang zu öffentlichen Ämtern nach Art. 33 Abs. 2 GG, die Beschränkung auf deutsche Staatsangehörige zu streichen. Bereits heute sehen die beamtenrechtlichen Regelungen für Bund¹⁸ und Länder¹⁹ die Möglichkeit vor, auch Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit zu verbeamen. Aus dem Unionsrecht ergeben sich nicht nur für Unionsbürger:innen sondern auch für eine Reihe privilegierter Drittstaatsangehöriger Ansprüche auf einen gleichberechtigten Zugang zum öffentlichen Dienst. Allerdings spielt das in Praxis bisher kaum eine Rolle, auch weil Einschränkungen möglich sind, wenn Hoheitsgewalt ausgeübt wird.²⁰ Die vielfach angestrebte Öffnung des öffentlichen Dienstes könnte von einer

¹⁶ Vgl. BVerfGE 104, 337 (346), wo eine Regelung des Tierschutzgesetzes nur deshalb nicht an Art. 12 Abs. 1 GG geprüft wurde, weil der in Deutschland tätige Beschwerdeführer nicht die deutsche Staatsangehörigkeit hatte.

¹⁷ Erst durch Artikel 29 des Gesetzes zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen vom 06.12.2011 BGBl. I S. 2515 wurde die Bundesärzteordnung mit Wirkung zum 01.04.2012 hinsichtlich der Erteilung der Approbation dahingehend geändert, dass diese nun unabhängig von der Staatsangehörigkeit erteilt werden kann.

¹⁸ Für Unionsbürger:innen: § 7 Abs. 2 Bundesbeamtengesetz und für Drittstaatsangehörige: § 7 Abs. 3 Bundesbeamtengesetz mit dem Vorbehalt eines „dringenden dienstlichen Bedürfnis[ses]“.

¹⁹ Für Unionsbürger:innen: § 7 Abs. 2 Beamtenstatusgesetz und für Drittstaatsangehörige: § 7 Abs. 3 Beamtenstatusgesetz ebenfalls mit dem Vorbehalt eines „dringenden dienstlichen Bedürfnis[ses]“.

²⁰ Tarik Tabbara, Zugänge von Ausländern zur Verbeamtung unter besonderer Berücksichtigung der Rechte von Drittstaatsangehörigen, in: Zeitschrift für Beamtenrecht 2013, S. 109 ff., ausführlich zu den Möglichkeiten und Grenzen in der Praxis bei der Verbeamtung von Drittstaatsangehörigen nach geltendem Recht.



Erweiterung des Zugangsrecht in Art. 33 Abs. 2 GG erheblich profitieren. Das könnte dazu beitragen, einen unbefriedigenden Zustand zu überwinden, wie er z.B. in Berlin besteht, wo auch aufgrund von erfolgreichen Werbeaktionen verstärkt Personen mit Migrationshintergrund für den Polizeivollzugsdienst geworben werden, diese aber, obwohl sie den gleichen Dienst leisten wie ihre deutschen Kolleg:innen, nicht verbeamtet werden.

16. Freizügigkeit würde auch als Menschenrecht kein originäres Recht von Ausländer:innen auf Zugang zum deutschen Staatsgebiet eröffnen. Das Zugangsrecht für Deutsche ergibt sich nicht direkt aus dem Wortlaut des Art. 11 GG („Alle Deutschen genießen Freizügigkeit *im* ganzen Bundesgebiet.“), sondern wurde vom Bundesverfassungsgericht nur historisch mit Blick auf die Beratungen im Parlamentarischen Rat begründet.²¹ Dieser Begründungsstrang wäre heute auf Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit von vornherein nicht anwendbar. Aber auch soweit ein Recht auf Einreise im Sinne einer teleologischen Auslegung als Grundrechtsvoraussetzung konstruiert wird,²² würde dies für Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit zu keiner Änderung der bestehenden Praxis in Bezug auf den Zugang zum deutschen Staatsgebiet bedeuten.²³ Denn Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit hätten nach diesem Auslegungsansatz ein Zugangsrecht zum deutschen Staatsgebiet als Rechtsreflex nur dann, wenn sie ein Aufenthaltsrecht in Deutschland, insbesondere aufgrund eines entsprechenden Aufenthaltstitels, haben und daher grundsätzlich Anspruch auf Ausübung der Grundrechte *in* Deutschland.

III. Zu der vorgeschlagenen Umformulierung der Deutschengrundrechte

17. Die im Gesetzentwurf vorgeschlagene Ersetzung der Wendung „Alle Deutsche“ durch „Alle Menschen“ in den Deutschengrundrechten hat den großen Vorteil, dass sie den substanziellen Text der einzelnen Freiheitsgewährleistungen ansonsten unverändert bestehen lässt.

²¹ BVerfGE 2, 266 (273).

²² So Christoph Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 11 Rn. 38.

²³ Vgl. Markus Heintzen, Ausländer als Grundrechtsträger, Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 50 Rn. 53.



18. Der Grundrechtsteil des Grundgesetzes verwendet zwar für Menschenrechte häufig unpersönliche Formulierungen (z.B. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 GG; Art. 10 Abs. 1 GG). Die Deutschengrundrechte ließen sich zwar ebenso als unpersönliche Menschenrechtsgewährleistungen fassen, das würde aber weitere textliche Veränderungen erfordern. Das Grundgesetz kennt aber auch persönliche Fassungen von Menschenrechten wie z.B. in Art. 2 Abs. 1 und 2 sowie in Art. 5 Abs. 1 GG. Die dort verwendeten Formulierungen mit „jeder“ sind aber aus Gründen der Gleichstellung (Art. 3 Abs. 2 GG) heute nicht mehr zeitgemäß und würden sich daher für eine menschenrechtliche Aktualisierung des Grundgesetzes nicht eignen.

19. Die im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Änderungen der Deutschengrundrechte orientieren sich im Ergebnis an der Formulierung des allgemeinen Gleichheitssatzes in Art. 3 Abs. 1 GG („Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.“). Die Wendung „Alle Menschen...“ wird zwar bisher nur in Art. 3 Abs. 1 GG verwendet, ist damit aber natürlich gleichwohl fest etablierter Sprachgebrauch des Grundgesetzes. Diese Wendung findet sich zudem in den deutschen Textfassungen verschiedener menschenrechtlicher Instrumente wie in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte.