

## Bio-Politik durch Rechtsprechung:

Zur Konstruktion der ›Normfamilie‹ in steuerrechtlichen Entscheidungen zur medizinisch assistierten Reproduktion<sup>1</sup>

*»Denn eine an Empfängnisunfähigkeit leidende verheiratete Frau ist normaler biologischer Funktionen beraubt und dadurch an der Entfaltung ihrer Persönlichkeit in der Ehe in einem Umfang gehindert, der nach den in der Rechtsgemeinschaft bestehenden, durch gesetzliche Wertentscheidungen geprägten Überzeugungen in der eben schon gekennzeichneten Weise nicht als bloße, wenn auch negative, Normabweichung anzusehen ist, sondern für die Betroffene einen krankhaften Zustand darstellt. Sie befindet sich in einer tatsächlichen Zwangslage ....«<sup>2</sup>*

*»Daher das medizinische, aber auch politische Projekt einer staatlichen Verwaltung der Heiraten, der Geburten und der Lebensverlängerungen: der Sex und seine Fruchtbarkeit müssen administriert werden.«<sup>3</sup>*

*»Die Konstitution des vergeschlechtlichten Menschen erscheint dabei als zentrales Element einer gesellschaftlichen Bevölkerungs- und Geschlechterpolitik, die an der Schnittstelle von Sexualität und Fortpflanzung das Geschlecht als soziale und biologische Kategorie hervorbringt. Auf diese Weise entsteht die ‚Wahrheit‘ des Geschlechts. Sie erscheint als Machteffekt einer Bevölkerungs- und Geschlechterpolitik der Humanwissenschaften und der Gesellschaft; an ihr lässt sich die Polarisierung der Geschlechtersemantik ablesen.«<sup>4</sup>*

Die vielfältigen Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin tragen dazu bei, dass sich tradierte Vorstellungen und Wahrnehmungen von Fortpflanzung verändern. Sie eröffnen neuartige Möglichkeiten, die Männer und Frauen vor Entscheidungen über das Ob und Wie des Kinderbekommens stellen, derer sie sich nicht entziehen können. Das Recht zur Reproduktionsmedizin rekonstruiert häufig, z. B. in § 27a SGB V,<sup>5</sup> wengleich nicht immer, tradierte Vorstellungen von Elternschaft und trägt zu bestimmten Normalitätsvorstellungen von Familie bei. Während plurale Lebensentwürfe zunehmend Anerkennung in der familienrechtlichen Rechtsprechung und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts finden, Geschlechterzuschreibungen im Recht – wohl auch durch die fortschreitende Etablierung der Geschlechterforschung – im Wandel begriffen sind, scheint der Bundesfinanzhof eine beachtenswerte Widerstandsfähigkeit (Unbefangenheit oder womöglich Resistenz?) zu zeigen, die es spannend macht, dessen Rechtsprechung im Folgenden genauer zu untersuchen.

1 Der Beitrag lehnt sich weitgehend an den von mir im November 2005 gehaltenen Vortrag auf der Tagung »Rechtsforschung als disziplinenübergreifende Herausforderung« in Halle/Saale, veranstaltet vom Berliner Arbeitskreis Rechtswirklichkeit, an; für kritische Anmerkungen und Anregungen danke ich insbesondere Frau PD Dr. Eva Kocher und Frau Nikoline Kullmann sowie den ZuhörerInnen in Halle.

2 BFH, Urteil vom 16.6.1997, Az: III R 84/96.

3 Michel Foucault, Der Wille zum Wissen: Sexualität und Wahrheit 1, Frankfurt am Main 1983, S. 142.

4 Hannelore Bublitz, Zur Konstitution von 'Kultur' und Geschlecht um 1900, in: Dies./Christine Hanke/ Andrea Seier (Hrsg.), Der Gesellschaftskörper: Zur Neuordnung von Kultur und Geschlecht um 1900, Frankfurt am Main 2000, S. 19, 25.

5 § 27a SGB V, zuletzt 2004 geändert, bestimmt, dass die Krankenkasse ausschließlich bei verheirateten Paaren die hälftigen Kosten einer In-Vitro-Fertilisation unter bestimmten Voraussetzungen übernimmt.

Der Beitrag geht der Frage nach, wie ein allgemein als höchst privat verstandener Bereich – Schwangerschaft, Reproduktion – bis in die »verwinkelten« Ecken durch ein Set von staatlichen Maßnahmen, hier anhand eines Teilgebietes des Rechts, reguliert, Lebensstilentscheidungen möglicherweise beeinflusst und letztlich Rechtsprechung Teil der Foucault'schen Bio-Politik sein kann. Der Analyse der steuerrechtlichen Rechtsprechung und ihrer Konstruktion der ›Normfamilie‹ gehen einige begriffliche Erläuterungen voraus. Ein kurzer Ausblick wirft die Frage nach einer Gegenstrategie auf: der Etablierung einer grundrechtlich geschützten reproduktiven Freiheit.

### *IVF, Bio-Politik und Heteronormativität*

In dem ausgewählten Fall, der im Juli 2005 von dem Bundesfinanzhof entschieden wurde, geht es um die steuerliche Absetzbarkeit gem. § 33 Einkommenssteuergesetz von Kosten, die durch eine In-Vitro-Fertilisation (im Folgenden IVF) entstanden sind.<sup>6</sup> Die IVF ist ein Verfahren, dessen sich Frauen und Männer unterziehen, die einen Wunsch nach einem (genetisch) eigenen Kind hegen und – teils auch unspezifische – Schwierigkeiten (physischer und psychischer Art) haben, ein Kind zu bekommen.<sup>7</sup> Dabei lässt sich die Frau, nach hormoneller Stimulation, mehrere Eizellen entnehmen, die außerhalb ihres Körpers mit Spermien befruchtet und hiernach wieder in ihren Körper eingesetzt werden. Insbesondere die hormonelle Stimulation kann zahlreiche Nebenwirkungen hervorrufen; zudem ist die Erfolgsquote recht gering, nur 15 von 100 Frauen bekommen im ersten Zyklus ein Kind, Schwangerschaftskomplikationen inklusive; bei ca. 30 % führt die IVF – auch nach mehrmaligen Versuchen – nicht zur gewünschten Elternschaft.<sup>8</sup> Verkürzt gesagt, handelt es sich bei der IVF um ein ambivalentes medizinisches Verfahren: Es eröffnet zum einen Paaren mit Fertilitätsproblemen weitere Möglichkeiten, diesen zu begegnen, und stellt sie gleichzeitig vor die Entscheidung, diese durchzuführen und sich nicht ins Unvermeidliche zu fügen, zum anderen birgt es gesundheitliche Risiken und Enttäuschungen.<sup>9</sup>

Diese Disziplinierung der Körper, um an einer gesellschaftlichen Normalität, der (gegengeschlechtlichen) Kleinfamilie inkl. genetisch eigener Kindern, teilzuhaben, kann als Bestandteil einer spezifischen Form von Macht gefasst werden,

6 BFH, Urteil vom 28. Juli 2005, Az.: III R 30/03, zuletzt abgerufen unter <http://www.bundesfinanzhof.de> am 4.3.2006.

7 Allgemein zur IVF siehe *Giselind Berg*, Die Entwicklung der In-vitro-Fertilisation und ihrer Modifikationen, in: Gabriele Pichlhofer (Hrsg.), *Grenzverschiebungen: Politische und ethische Aspekte der Fortpflanzungstechnologien*, Frankfurt am Main 1999, 27–47.

8 Zu den aktuellen Zahlen siehe Deutsches IVF Register, *Deutsches IVF Jahrbuch 2004, 2005*, zuletzt abgerufen unter [http://www.meb.uni-bonn.de/frauen/DIR\\_downloads/dirjahrbuch2004.pdf](http://www.meb.uni-bonn.de/frauen/DIR_downloads/dirjahrbuch2004.pdf) am 4.3.2006; für eine Auswertung im Europäischen Vergleich siehe *K. G. Nygren/A. N. Andersen*, Assisted reproductive technology in Europe, 1999: Results generated from European registers by ESHRE, in: *Human Reproduction* vol.17 2002, Nr. 12, 3260–3274.

9 *Sarah Franklin*, ›Du musst es versuchen‹ und ›Du musst Dich entscheiden‹: Was IVF den Frauen sagt, in: *Barbara Duden/Dorothee Noeres* (Hrsg.), *Auf den Spuren des Körpers in einer technologischen Welt*, Opladen 2002, 363–392; allgemein: *Barbara Duden*, *Frauen-›Körper‹: Erfahrung und Diskurs (1970–2004)*, in: *Ruth Becker/Beate Kortendieck* (Hrsg.), *Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung: Theorie, Methoden, Empirie*, Wiesbaden 2004, 504–518.

der *Foucault'schen* Bio-Politik.<sup>10</sup> Mit diesem Terminus beschreibt *Foucault* Machttechniken, die die Disziplinierung des Individualkörpers mit denjenigen der Regulierung des Bevölkerungskörpers verbindet. Dadurch wird die Bevölkerung in einer spezifischen Weise geformt, u. a. die Generativität des Bevölkerungskörpers gewährleistet.<sup>11</sup> Dieser weist eine heteronorme Struktur auf: eine aufeinander bezogene, sozio-kulturelle Konstruktion der Zweigeschlechtlichkeit, die im wechselseitigen Begehren, der Heterosexualität, einen Ausdruck findet, bzw. deren soziale Textur die Heterosexualität ist.<sup>12</sup> Diese Heteronormativität strukturiert Recht, Vorstellungen von Nation, Familie und Körper.<sup>13</sup> Sie ist eingeschrieben in unser alltägliches Leben, z. B. bei Einladungen zu Festen, und beschreibt einen, wenngleich möglicherweise brüchiger werdenden, Normalitätsstandard, der Ein- und Ausschlüsse zur Folge hat. Die aufeinander bezogene Zweigeschlechtlichkeit benötigt dabei eine immer währende diskursive Neuerschaffung oder Herstellung zur ihrem Erhalt.<sup>14</sup>

### *Steuerrechtliche Rechtsprechung: die Konstruktion der ›Normfamilie‹*

Der Bundesfinanzhof bedient sich in seiner Rechtsprechung zur medizinisch assistierten Reproduktion der Konstruktion einer ›Normfamilie‹, was zu einer Privilegierung bestimmter Reproduktionsweisen, zum Ausschluss anderer und zugleich dazu führt, die beschriebene (Hetero-)Normativität weiter fortzuschreiben. Diese ›Normfamilie‹ des Gerichts besteht aus zwei gegengeschlechtlich konstruierten und ehelich verbundenen Subjekten, mit zumindest einem genetisch eigenen Kind. Das Gericht benutzt also die Heteronormativität als Argument, indem es sie als naturgegeben voraussetzt, und setzt sie gleichsam; ergo: stabilisiert die eigene Position.

Der Bundesfinanzhof hatte 1997,<sup>15</sup> 1999<sup>16</sup> und 2005<sup>17</sup> darüber zu entscheiden, ob eine IVF bzw. in einem Fall eine (intra-korporale) Befruchtung mit Spender-samen steuerlich begünstigt wird, indem die Kosten für diese Maßnahmen bei der Entrichtung der Einkommenssteuer im Rahmen des § 33 Einkommenssteu-

<sup>10</sup> Zur Bio-Politik: *Foucault* (Fn. 3), 166: »Die Fortpflanzung, die Geburten- und die Sterblichkeitsrate, das Gesundheitsniveau, die Lebensdauer, die Langlebigkeit mit all ihren Variationsbedingungen wurden zum Gegenstand eingreifender Maßnahmen und *regulierender Kontrollen: Bio-Politik der Bevölkerung*. Die Disziplinen des Körpers und die Regulierungen der Bevölkerung bilden die beiden Pole, um die herum sich die Macht zum Leben organisiert hat.«; *ders.*, Zusammenfassung der Vorlesungen: ›Die Geburt der Biopolitik‹ in: Michel Sennelart, Michel Foucault, *Geschichte der Gouvernementalität II: Die Geburt der Biopolitik*, Vorlesung am Collège de France 1978-1979, Frankfurt am Main 2004, 435 ff; *Thomas Lemke*, Eine Kritik der politischen Vernunft: Foucaults Analyse der modernen Gouvernementalität, Berlin/Hamburg 1997; *Ute Planert*, Der dreifache Körper des Volkes: Sexualität, Biopolitik und die Wissenschaften vom Leben, Geschichte und Gesellschaft 2000, 539-576; *Diana Hummel*, Der Bevölkerungsdiskurs: Demographisches Wissen und politische Macht, Opladen 2000; *Martin Stingelin* (Hrsg.), Bio-Politik und Rassismus, Frankfurt am Main 2003; *Philipp Sarasin*, Reizbare Maschinen: Eine Geschichte des Körpers 1765-1914, Frankfurt am Main 2001.

<sup>11</sup> *Bublitz* (Fn. 4), 19-96, insbes. S. 25.

<sup>12</sup> Siehe *Judith Butler*, Das Unbehagen der Geschlechter, Frankfurt am Main 1991; *Sabine Hark*, Deviante Subjekte: Die paradoxe Politik der Identität, 2. Auflage, Opladen 1999; *Peter Wagenknecht*, »(Hetero-)Sexualität« in einer Theorie der Geschlechterverhältnisse, in: *Das Argument*, Nr. 243, Heft 6/Jg. 43, 2001, 811-820.

<sup>13</sup> *Sabine Hark*, *Lesbenforschung und Queer Theory: Theoretische Konzepte, Entwicklungen und Korrespondenzen*, in: *Becker/Kortendieck* (Fn. 9), 104-111.

<sup>14</sup> *Paula-Irene Villa*, (De)Konstruktion und Diskurs-Genecologie: Zur Position und Rezeption von Judith Butler, in: *Becker/Kortendieck* (Fn. 9), 141-152; *Birgit Wartenpfuhl*, Dekonstruktion von Geschlechtsidentität – Transversale Differenzen: Eine theoretisch-systematische Grundlegung, Opladen 2000.

<sup>15</sup> BFH, Urteil vom 18.6.1997 (Az: III R 84/96), BStBl. II 1997, 805-808.

<sup>16</sup> BFH, Urteil vom 18.5.1999 (Az: III R 46/97), BStBl. II 1999, 761 f.

<sup>17</sup> BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03).

ergesetzt (EStG) abgesetzt werden können. § 33 EStG beinhaltet eine Möglichkeit der Steuerermäßigung für den Fall, dass der oder die Steuerpflichtige mit außergewöhnlichen Aufwendungen zwangsläufig belastet wird.<sup>18</sup> Damit soll die Vorschrift den Grundsatz widerspiegeln, dass nur das disponible (d.h. das nicht zur Existenzsicherung verwandte) Einkommen der Einkommenssteuer unterworfen werden darf; zusätzliche Sonderleistungen sind, um Ungleichheiten zu vermeiden, auszugleichen, werden also von der Allgemeinheit getragen.<sup>19</sup>

Voraussetzung für eine steuerliche Absetzbarkeit nach § 33 EStG sind also außergewöhnliche Belastungen, die einem oder einer Steuerpflichtigen erwachsen und zwangsläufig sind. Eine außergewöhnliche Belastung liegt nach der Legaldefinition des § 33 Abs. 1 EStG vor, wenn Steuerpflichtigen größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstandes erwachsen. Zwangsläufig sind Aufwendungen gem. § 33 Abs. 2 EStG, wenn Steuerpflichtige sich ihnen nicht aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen entziehen können und soweit die Aufwendungen notwendig und angemessen sind.

Entscheidendes Kriterium in den ausgewählten steuerrechtlichen Entscheidungen ist das der Zwangsläufigkeit. Eine Zwangsläufigkeit bejaht das Gericht immer dann, wenn die außergewöhnlichen Belastungen »einen Bereich der Lebensführung betreffen, welcher der individuellen Gestaltung des Steuerpflichtigen entzogen ist.«<sup>20</sup> Sobald die Ursache, »die zu den Aufwendungen geführt hat [...] in der vom Einzelnen gestaltbaren Lebensführung« liegt, komme – so der BFH – ein Abzug nicht in Betracht.<sup>21</sup>

Grundsätzlich bejaht das Gericht eine außergewöhnliche Belastung, wenn eine Krankheit Heilbehandlungskosten hervorgerufen hat.<sup>22</sup> Typische und unmittelbare Krankheitskosten werden »typisierend als außergewöhnliche Belastung anerkannt.«<sup>23</sup> Auf diese Rechtsprechung zu Krankheitskosten bezieht sich der BFH auch in seinen Urteilen zur IVF und zur Befruchtung mit Spendersamen. Im Fall einer verheirateten Frau entschied das Gericht 1997, dass eine IVF eine Heilbehandlung sei und die Kosten deshalb steuerlich abgesetzt werden können.<sup>24</sup> Dagegen entschied das Gericht 1999, dass die Kosten einer Befruchtung mit Spendersamen bei Sterilität des Ehemannes nicht steuerlich begünstigt werden können.<sup>25</sup> Während das Gericht im ersten Fall eine tatsächliche Zwangslage

<sup>18</sup> § 33 EStG lautet:

»(1) Erwachsen einem Steuerpflichtigen zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstands (außergewöhnliche Belastung), so wird auf Antrag die Einkommensteuer dadurch ermäßigt, dass der Teil der Aufwendungen, der die dem Steuerpflichtigen zumutbare Belastung (Absatz 3) übersteigt, vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen wird.

(2) Aufwendungen erwachsen dem Steuerpflichtigen zwangsläufig, wenn er sich ihnen aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann und soweit die Aufwendungen den Umständen nach notwendig sind und einen angemessenen Betrag nicht übersteigen. [...].

(3) Die zumutbare Belastung beträgt [...].«

<sup>19</sup> Rudolf Mellinghoff in: Paul Kirchhof (Hrsg.), EStG KompaktKommentar: Einkommenssteuergesetz, 5. Auflage 2005, § 33, Rn. 1.

<sup>20</sup> BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03) unter Verweis auf seine Rechtsprechung in BFH, Urteil vom 18.3.2004 (Az: III R 24/03), BStBl. II 2004, 726; Urteil vom 3.3.2005 (Az: III R 68/03), BStBl. II 2005, 566; siehe dazu auch Mellinghoff in: Kirchhof (Fn. 19), § 33, Rn. 40 ff.

<sup>21</sup> BFH (Fn. 20).

<sup>22</sup> BFH BStBl II 2001, 543; siehe Mellinghoff in: Kirchhof (Fn. 19), § 33, Rn. 52, 100 (Stichwort: Krankheitskosten).

<sup>23</sup> BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03) unter Verweis auf BFH, Urteil vom 26.6.2003 (Az: III R 36/01), BStBl II 2004, 47.

<sup>24</sup> BFH, Urteil vom 18.6.1997 (Az: III R 84/96), BStBl. II 1997, 805-808.

der Frau bejahte, verneinte sie dies bezüglich des Ehepaares im zweiten Fall. Das Gericht hatte nun 2005 darüber zu entscheiden, ob eine nicht-verheiratete Klägerin die Kosten einer IVF, die mit den Gameten<sup>26</sup> ihres Lebenspartners durchgeführt wurde, steuermindernd geltend machen könne.<sup>27</sup> Das Gericht bezieht sich auf seine vorhergehenden Entscheidungen, bestätigt diese und verneint eine steuerliche Absetzbarkeit.

Auf den ersten Blick bildet sich die Schablone der Normfamilie in den Ergebnissen der Urteile ab: Während ausschließlich Eheleute, die genetisch eigene Kinder durch eine IVF bekommen möchten, steuerrechtlich begünstigt werden, wird nicht-verheirateten Menschen und dem Schwangerwerden mit Spendersamen die finanzielle Zuwendung und damit auch die symbolische gesellschaftliche Anerkennung versagt. Um diese Ungleichbehandlungen argumentativ zu rechtfertigen, separiert das Gericht zum einen die Behandlung der körperlichen Fertilitätsprobleme von der medizinischen Behandlung des Kinderwunsches, zum anderen die Befruchtung der Eizelle von Schwangerschaft und Geburt und zuletzt die Behandlung der physischen von den psychischen Beschwerden der Klägerin.

So erkennt der BFH an, dass ein Eileiterverschluss eine Krankheit sei, deren Behandlung, unabhängig vom Familienstand, steuerlich absetzbar ist, da damit »der »normale« körperliche Zustand (wieder)hergestellt wird.«<sup>28</sup> Die IVF sei dagegen eine Heilbehandlung, die in Folge und nicht unmittelbar aufgrund einer Krankheit und nicht zu deren Behebung durchgeführt werde. Eine typisierende Behandlung wie bei anderen Krankheitskosten könne das Gericht daher nicht vornehmen. Um nun zu begründen, dass ausnahmsweise eine IVF bei verheirateten Frauen, jedoch nicht bei nicht-verheirateten steuerlich absetzbar sei, muss das Gericht entsprechend seiner Rechtsprechung darlegen, dass die Kosten für die IVF einen Bereich betreffen, der nicht auf der »freien Entschließung«<sup>29</sup> der Ehefrau, jedoch der nicht-verheirateten Frau beruhe und damit im ersten Fall zwangsläufig sei. Das Gericht führt dazu in der Entscheidung vom 28. Juli 2005 aus: »Nach den in der Rechtsgemeinschaft bestehenden, durch gesetzliche Wertentscheidungen geprägten Überzeugungen« befindet sich eine verheiratete, empfängnisunfähige Frau, die zusammen mit ihrem Ehepartner Kinder haben möchte, in einer tatsächlichen Zwangslage, die es rechtfertigt, nicht nur die Kosten für ärztliche Maßnahmen zur (Wieder-)Herstellung der Empfängnisfähigkeit, sondern auch die Aufwendungen für künstliche Befruchtungen als außergewöhnliche Belastung steuermindernd zu berücksichtigen.«<sup>30</sup>

Begründet hat das Gericht diese Zwangslage in der Entscheidung vom 18. Juni 1997 damit, dass – wie eingangs zitiert – »eine an Empfängnisunfähigkeit leidende verheiratete Frau [...] normaler biologischer Funktionen beraubt und dadurch an der Entfaltung ihrer Persönlichkeit in der Ehe in einem Umfang gehindert [ist], der nach den in der Rechtsgemeinschaft bestehenden, durch gesetzliche Wertentscheidungen geprägten Überzeugungen in der eben schon gekennzeichneten Weise nicht als bloße, wenn auch negative, Normabweichung anzusehen ist, sondern für die Betroffene einen krankhaften Zustand darstellt.«<sup>31</sup>

25 BFH, Urteil vom 18.5.1999 (Az: III R 46/97), BStBl. II 1999, 761 f.

26 Gameten sind Geschlechtszellen, also Spermien und Eizellen.

27 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03).

28 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03).

29 BFH, Urteil vom 18.5.1999 (Az: III R 46/97), BStBl. II 1999, 761, 762 mit Verweis auf BFH, Urteil vom 10.10.1996 (Az: III R 209/94), BStBl. II 1997, 491.

30 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03).

31 BFH, Urteil vom 18.6.1997 (Az: III R 84/96), BStBl. II 1997, 805, 806.

Die Ehefrau wird damit – überspitzt formuliert – ihrem Zweck zugeführt, der Produktion von Kindern des Ehemannes. An dem Ehemann wird die Absetzbarkeit indirekt festgemacht: Ist die Frau standesrechtlich nicht über eine Ehe mit ihm verbunden, entfällt die Absetzbarkeit. Ist er unfruchtbar, entfällt diese auch, da in letzterem Fall nach der Entscheidung vom 18. Mai 1999 für den Ehemann die »Kinderlosigkeit als solche die persönliche und soziale Folge der Sterilität« ist und eine Befruchtung seiner Ehefrau mit »fremdem« Sperma somit keine Auswirkungen auf seine »Krankheit« habe.<sup>32</sup>

Der sterile Ehemann und die nicht-verheiratete Frau gleichen sich in diesem Aspekt. Auch die nicht-verheiratete Frau befindet sich nach Ansicht des Gerichts – »aufgrund verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen und der in der Gesellschaft vorherrschenden Auffassung«<sup>33</sup> – nicht in einer Zwangslage, da die Ehe mit einem Kinderwunsch verbunden sei. Untermuert wird diese Argumentation damit, dass eine »Empfängnisunfähigkeit der Ehefrau« oftmals bei Paaren zu einer »erheblichen Einschränkung ihres Selbstwertgefühls und zu schwerwiegenden Konflikten zwischen den Ehepartnern« führe.<sup>34</sup> Mit Eheschließung scheinen sich Paare ihrer Möglichkeit »der vom Einzelnen gestaltbaren Lebensführung« beraubt und in das Bekommen genetisch eigener Kinder eingewilligt zu haben.

Die in der Argumentation anklingende Funktion der Ehefrau als Medium der Kindererzeugung zeigt sich auch in der Wortwahl. So spricht das Gericht vom »körperliche[n] Defekt«,<sup>35</sup> was auf eine »mangelhafte« Funktion, also ein technisches Körperverständnis hindeutet. Begrifflichkeiten wie »anormale[r] körperliche[r], geistige[r] oder auch seelische[r] Zustand«<sup>36</sup> und die Wiederherstellung des »normale[n] körperliche[n] Zustand[es]«<sup>37</sup> verweisen auf Normalitätsvorstellungen von Gesundheit. Der gesunde, da »zeugungs-« bzw. »empfangnisfähige« Körper erscheint als Normalität, »Nicht-schwanger-werden-können« und »Keine-eigenen-Kinder-zeugen-können« stellen als konzeptualisierte Krankheiten die Ausnahmen dar.

Die anfangs angesprochene Aufeinander-Bezogenheit der Zweigeschlechtlichkeit wird auch in der allgemein dichotom gehaltenen und teils christlich konnotierten Wortwahl (z. B. natürlich/künstlich, körperlich/seelisch) deutlich.<sup>38</sup> So wird die Klägerin zumeist über den Mann (auf den individuell nicht eingegangen wird) bzw. seine Zeugungsaktivität definiert, der dadurch die heimliche Hauptrolle spielt. Zum einen ist die Ehefrau »empfangnis(-)un(-)fähig«, sie »empfängt« den »Samen« des Mannes.<sup>39</sup> Auch den Entgegensetzungen vom »natürlichen Zeugungsvorgang« und »künstlicher Befruchtung« ist eine Passivität der Klägerin, die weder zeugt noch befruchtet, inhärent.<sup>40</sup> Das Austragen des Kindes kommt nur in der Zusammenfassung der Argumentation der Klägerin und in

32 BFH, Urteil vom 18.5.1999 (Az: III R 46/97), BStBl. II 1999, 761, 762.

33 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03).

34 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03).

35 BFH, Urteil vom 18.6.1997 (Az: III R 84/96), BStBl. II 1997, 805, 806: »Defekt«; BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03), einmal »Defekt«, zweimal »körperliche(r) Defekt«; interessant ist, dass sich diese Wortwahl nicht bei der männlichen Sterilität findet, dort formuliert das Gericht: »Unfähigkeit, genetische Nachkommen zu haben«, BFH, Urteil vom 18.5.1999 (Az: III R 46/97), BStBl. II 1999, 761, 762.

36 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03), ähnlich BFH, Urteil vom 18.6.1997 (Az: III R 84/96), BStBl. II 1997, 805, 806.

37 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03); ähnlich BFH, Urteil vom 18.6.1997 (Az: III R 84/96), BStBl. II 1997, 805, 806.

38 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03).

39 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03).

40 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03).

dem »Recht [der Frau], Kinder zu gebären« vor, welches das Gericht zwar anerkennt, aber nur den Zugang zu ärztlichen Maßnahmen, soweit sie rechtlich erlaubt seien und nicht die Kostenübernahme berühre, betreffe.<sup>41</sup> Deutlich wird die Konstruktion der Passivität der Frau vor allem in dem Satzteil, in welchem die Kosten für die »Zeugung eines Kindes als Medikamenten- oder Therapieersatz einer seelischen Erkrankung« für die Klägerin nicht absetzbar seien, da dies gegen die Menschenwürde des Embryos verstoße.<sup>42</sup> Hier wird die Klägerin zum handlungsunfähigen Subjekt, da sie sowohl an der Zeugung als auch dann an der Menschwerdung des Fötus keinen Anteil zu haben scheint. Die Frau als handlungsunfähiges, passives Subjekt wird gleichsam einem Blumentopf einmal natürlich, einmal künstlich befruchtet.

Warum eine IVF, die u. U. zu nicht-ehelichen Kindern führt, steuerlich nicht zu begünstigen sei, erklärt das Gericht damit, dass »nach vorherrschender Auffassung in der Gesellschaft das Wohl des Kindes typischerweise in einer Ehe eher gewährleistet« sei »als in einer festen Partnerschaft, obgleich eine Ehe keine Garantie für ein intaktes Elternhaus darstellt und umgekehrt eine nichteheliche Lebensgemeinschaft einer Ehe gleichwertige Bedingungen bieten kann«.<sup>43</sup> Zudem führt das Gericht die Gleichstellung ehelicher und nicht-ehelicher Kinder in Art. 6 Abs. 5 GG darauf zurück, dass diesem »die Erkenntnis zugrunde [liege], dass nichteheliche Kinder insgesamt ungünstigere Lebensbedingungen vorfinden als eheliche«.<sup>44</sup> Auf der semantischen Ebene ist von Bedeutung, dass das Gericht eine homologe Befruchtung dahingehend eng auslegt, dass darunter nur die Verwendung von Gameten, die von miteinander verheirateten Partnern stammen, zu verstehen sei.<sup>45</sup> Dass eheliche Kinder als Normalfall, nicht-eheliche Kinder als Ausnahme konzipiert werden, zeigt sich darin, dass auf den nicht-ehelichen Status extra verwiesen wird, während in der Ehe gezeugte Kinder schlicht als Kinder bezeichnet werden.<sup>46</sup>

Die ‚Normfamilie‘ des Gerichts besteht somit aus zwei miteinander verheirateten, dichotom angelegten Subjekten, die (zumindest) ein genetisch eigenes Kind haben.

### *Zusammenfassung und Ausblick: Reproduktive Freiheit als Gegenstrategie?*

Die Analyse hat gezeigt, welches ›Konstrukt‹ oder Bild einer Normfamilie der Bundesfinanzhof vor Augen hatte und welches er zugleich weiter fortschreibt. Durch die Ein- und Ausschlüsse (nur die Eheleute, die genetisch eigene Kinder haben möchten und Steuern zahlen, werden eingeschlossen), die das höchste Gericht in Steuersachen produziert, nimmt es nicht nur eine Verteilung von Geldern vor, es belegt auch – um in der Metaphorik des Gerichts zu bleiben – die eine Sozialbindung durch Fortpflanzung mit »höheren Weihen« als die andere und verwehrt damit von der Idealnorm des Gerichts abweichenden Lebensstilentscheidungen die symbolische Anerkennung. Das Gericht kann mit seiner Rechtsprechung – wie auch die entsprechenden Regelungen im Sozialgesetzbuch zur Kostenerstattung der gesetzlichen Krankenversicherung – letztlich dazu

41 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03).

42 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03).

43 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03).

44 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03).

45 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03).

46 BFH, Urteil vom 28.7.2005 (Az: III R 30/03).

beitragen, die »Formung einer Bevölkerung« und deren Generativität zu beeinflussen. Die Auseinandersetzung mit einer grundrechtlich geschützten reproduktiven Freiheit, die sich an der Lebenswirklichkeit der Menschen orientiert, Vielfältigkeit unterstützt und die gleiche reproduktive Freiheit aller anstrebt, könnte möglicherweise die »Unbefangenheit« (oder doch Resistenz?) des Bundesfinanzhofes (bzw. des Gesetzgebers im Rahmen der Krankenversicherung) konterkarieren. Ob damit allerdings Bio-Politik ein Stück weit entgegengewirkt werden kann, muss – an dieser Stelle – offen bleiben.

## Ssoufian Bouchouaf Statistische Altersdiskriminierung –

ein Problemaufriss anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

### *I. Problematik*

Das Thema Altersdiskriminierung<sup>1</sup> ist im Vergleich zur Geschlechterdiskriminierung oder Rassendiskriminierung in der Bundesrepublik verhältnismäßig lange unbeachtet geblieben.<sup>2</sup> Dies gilt zumindest für Umfang und Tragweite der Problematik. Auch heute noch ist das Problembewusstsein noch nicht sehr verbreitet:<sup>3</sup> älteren Menschen werden unreflektiert häufig negative Eigenschaften wie geringere Leistungsfähigkeit, schwindende Belastbarkeit, mangelnde Flexi-

<sup>1</sup> Der folgende Beitrag ist im Rahmen des von der DFG geförderten Projekts »Statistische Diskriminierung als Rechtsproblem« (Prof. Britz) entstanden.

Das Thema Alter wurde bisher überwiegend im Zusammenhang der demographischen Entwicklung und damit verbundener Folgeprobleme, vor allem ökonomischer Art, diskutiert. Vgl. dazu nur C. Leipert (Hrsg.), *Demographie und Wohlstand – Neuer Stellenwert für Familie in Wirtschaft und Gesellschaft*, 2003. Vgl. aber auch A. Walker, *Ageing in Europe – challenges and consequences*, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1999, 390 ff., wonach durch die alternde Bevölkerung in der EU fünf Herausforderungen an Sozial- und Wirtschaftspolitik herangetragen werden: 1. Erhalt der wirtschaftlichen Sicherheit im Alter; 2. Bewahrung der Solidarität zwischen den Generationen; 3. Bekämpfung und Verhinderung einer sozialen Ausgliederung, die durch Altersdiskriminierung bedingt sein kann; 4. Sicherstellung der Langzeitpflege unter Berücksichtigung der Veränderungen im Bereich der Familie und der Wohnsituation und 5. Ziel der Partizipation von älteren Menschen als gleichberechtigte Bürger an dem Leben der Gesellschaft.

<sup>2</sup> S. Simitis, NJW 1994, 1453 f. hat bereits vor zehn Jahren von der Altersdiskriminierung in Deutschland als einer »verdrängte[n] Benachteiligung« gesprochen. Demgegenüber hat beispielsweise in den USA die Diskussion schon in den 60er-Jahren des letzten Jahrhunderts begonnen und dort ihren gesetzlichen Niederschlag 1967 für den Bereich des Arbeitslebens im »Age Discrimination in Employment Act«, 29 U.S.C. 621 - 634 gefunden, vgl. A. Fenske, *Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht*, 1998. Grundlegend für den Diskriminierungsschutz im Allgemeinen Präsident Kennedys Executive Order 10925 vom 6.03.1961 <http://www.eeoc.gov/abouteeoc/35th/thelaw/eo-10925.html>, besucht am 23.11.2005.

<sup>3</sup> So zutreffend die Einschätzung von D. König, *Das Verbot der Altersdiskriminierung – ein Diskriminierungsverbot zweiter Klasse?*, in: C. Gaitanides/S. Kadelbach/G. C. R. Iglesias (Hrsg.), *Europa und seine Verfassung – FS für Manfred Zuleeg*, 2005, S. 341 f. Eine »Trendwende« scheint sich aber dank europarechtlicher Impulse auch in Deutschland anzubahnen, dazu unten unter IV.