§ 21 Allgemeine Handlungsfreiheit

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG 2
a) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG? 2
b) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG? 9
c) Was sind Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG? 11
d) Wie kann ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG gerechtfertigt werden? 12
e) Wie verhält sich Art. 2 Abs. 1 GG zu anderen Grundrechten? 18
f) Wrap-Up: Prüfungsschema 21
2. Die Elfes-Entscheidung 22
a) Sachverhalt 22
b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG 23
c) Relevanz der Elfes-Entscheidung 25
II. Vertiefung und Kontextualisierung 27
1. Was schützt die Vertragsfreiheit? .. 27
2. Was umfasst das Grundrecht auf schulische Bildung? 30
III. Europarechtliche Dogmatik 31
Wie wird die allgemeine Handlungsfreiheit auf europarechtlicher Ebene geschützt? 31

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

1 Das können Sie referieren:

- die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG (§ 21 Rn. 12 ff.)
- die Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit auf europarechtlicher Ebene (§ 21 Rn. 31 f.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die Reichweite der allgemeinen Handlungsfreiheit (§ 21 Rn. 2 ff.)
- das Verhältnis des Art. 2 Abs. 1 GG zu anderen Grundrechten (§ 21 Rn. 18 ff.)

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau der Prüfung der allgemeinen Handlungsfreiheit (§ 21 Rn. 21)
- ◆ die Darstellung des Grundrechts auf schulische Bildung (§ 21 Rn. 30)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- ◆ inwieweit die Vertragsfreiheit Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit ist (§ 21 Rn. 27 ff.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197-352, am 12.10.2024, 10:21:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- das überkommene Verständnis der „verfassungsmäßigen Ordnung“ i.S.v. Art. 2 Abs. 1 GG und die Implikationen für den Prüfungsumfang des BVerfG (§ 21 Rn. 13)
- die wesentlichen Aussagen der Elfes-Entscheidung (§ 21 Rn. 23 f.)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- die Bedeutung des weiten Schutzbereichsverständnisses des Art. 2 Abs. 1 GG für das Dogma der Beziehung zwischen Staat und Mensch (§ 21 Rn. 6)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

a) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG?

2 Die Besonderheit des von Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Grundrechts ist, dass ihm nach heute einhelliger Auffassung eine Auffangfunktion (§ 21 Rn. 20) für alle Verhaltensweisen, die nicht bereits durch ein spezielleres Freiheitsrecht umfasst sind, zukommt. Das ist der Grund dafür, dass es hier am Ende der Freiheitsrechte und dass ausnahmsweise der sachliche Schutzbereich vor dem persönlichen behandelt wird.

Die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

3 Zwar schützt Art. 2 Abs. 1 GG seinem Wortlaut nach die freie Entfaltung der Persönlichkeit, weswegen vereinzelt gefordert wurde, dass nur solches Verhalten von Art. 2 Abs. 1 GG umfasst sein soll, das für die Persönlichkeitsentfaltung bedeutsam ist (Persönlichkeits*kern*), da andernfalls eine „Banalisierung der Grundrechte“ drohe.[1] Das BVerfG hat jedoch bereits in seiner frühen Elfes-Entscheidung (§ 21 Rn. 23) die Weichen für ein weites Verständnis des Art. 2 Abs. 1 GG im Sinne einer **umfassenden allgemeinen Handlungsfreiheit** gestellt.[2] Zur Begründung greift es u.a. auf den (nur aus sprachlichen, nicht aus rechtlichen Gründen veränderten) ersten Formulierungsvorschlag im Parlamentarischen Rat zurück, der das geschützte Verhalten mit der simplen Formel umschrieb: „Jeder kann tun und lassen was er will.“[3]

4 Dieser Gedanke findet seinen Ursprung bereits in der französischen Verfassung, wonach jedes Verhalten zu schützen ist, das andere nicht beeinträchtigt:

1 So *Grimm* in seinem Sondervotum zu BVerfGE 80, 137, 168 (Reiten im Walde [1989]).
2 Siehe BVerfGE 6, 32, 36 (Elfes [1957]); ferner *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 18 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 8 ff.
3 BVerfGE 6, 32, 36 (Elfes [1957]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197-352, am 12.10.2024, 10:21:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

▶ La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui.

Art. 4 der Menschen- und Bürgerrechtserklärung 1798 ◀

5 Das BVerfG beschreibt das von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Verhalten zusammenfassend wie folgt:

▶ Geschützt ist damit nicht nur ein begrenzter Bereich der Persönlichkeitsentfaltung, sondern jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt.

BVerfGE 80, 137, 152 (Reiten im Walde [1989]) ◀

6 So sind nach der Judikatur des BVerfG im Ergebnis auch das Reiten im Walde[4] oder das Füttern von Tauben[5] grundrechtlich geschützt. Die allgemeine Handlungsfreiheit bietet damit einen umfassenden Freiheitsschutz, mit dessen Hilfe auch auftretende Schutzlücken effektiv geschlossen werden können. Hinter diesem Verständnis steht die Überzeugung, dass jede (menschliche) Wahrnehmung von Freiheit grundsätzlich erlaubt ist, während jede (staatliche) Einschränkung grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig ist: Die Grundrechtsträger:innen handeln aus ihrer Freiheit heraus, ihr Verhalten bedarf rechtlich keiner Begründung; der Staat darf hingegen nur in Wahrnehmung von Aufgaben und in Ausübung von Kompetenzen agieren, jede seiner Maßnahmen ist zu rechtfertigen. Der Staat muss unter Rückgriff auf das Gemeinwohl[6] begründen, wieso man Steuern zahlen muss[7], wieso man nicht ohne Helm Motorrad fahren[8], wieso man keine Tauben füttern[9] und wieso man kein Cannabis konsumieren darf[10]. Die Bürger:innen können mit der substantiierten Behauptung, in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG verletzt zu sein, *jeden* (belastenden) Hoheitsakt verfassungsrechtlich kontrollieren lassen. Damit ist der Grundrechtsschutz durch die allgemeine Handlungsfreiheit auch ein wichtiges Element der grundgesetzlichen Rechtsstaatlichkeit: Es gibt keine rechtsfreien Räume.

7 Diese Rechtfertigungspflicht gilt im Übrigen auch in (dynamischen) Notlagen, wie der Corona-Pandemie: Der Staat muss Freiheitsbeschränkungen stetig überprüfen, anpassen und ihre Verhältnismäßigkeit begründen.[11]

---

4 BVerfGE 80, 137 (Reiten im Walde [1989]).
5 BVerfGE 54, 143 (Taubenfütterungsverbot [1980]).
6 Rein paternalistische Rechtfertigungsansätze, die nur auf das Wohl der jeweiligen Grundrechtsberechtigten selbst abstellen, ohne einen Gemeinwohlbezug aufzuweisen, vermögen einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nicht zu legitimieren. Sie sind allerdings selten: So geht es etwa bei der Helmpflicht nur auf den ersten Blick allein um Gesundheitsschutz (paternalistisches Motiv); daneben geht es etwa auch um den Einsatz der Rettungsdienste, um Behandlungskosten, die der Solidargemeinschaft aufgebürdet werden, oder um die Versorgung von Invaliden (Gemeinwohlerwägungen). Vgl. dazu die Debatte um den staatlichen Einsatz von *Nudges* bei *Englerth/Towfigh*, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl., Rn. 545 ff.; *Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging, 2016.
7 BVerfGE 87, 153 (Grundfreibetrag [1992]).
8 BVerfGE 59, 275 (Schutzhelmpflicht [1982]).
9 BVerfGE 54, 143 (Taubenfütterungsverbot [1980]).
10 BVerfGE 90, 145 (Cannabis [1994]).
11 Einen Überblick bieten *Gärditz*, NJW 2021, 2761; *Goldhammer/Neuhöfer*, JuS 2021, 212; *Greve/Lassahn*, NVwZ 2022, 197; *Plebuch*, JuS 2021, 316.

https://doi.org/10.5771/9783748911197-352, am 12.10.2024, 10:21:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wegen des ausgreifenden Schutzbereichs verbürgt Art. 2 Abs. 1 GG nur ein Abwehrrecht (§ 1 Rn. 28); andere Grundrechtsfunktionen kommen ihm grds. nicht zu, insbesondere keine Leistungs- oder Schutzdimension.[12] 8

b) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG?

Art. 2 Abs. 1 GG ist ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11). Besondere Bedeutung kommt der allgemeinen Handlungsfreiheit für den Schutz von Ausländer:innen im Bereich der Deutschengrundrechte (§ 3 Rn. 12) zu.[13] So können sich **Nicht-EU-Ausländer:innen** zwar nicht auf das spezielle Deutschengrundrecht berufen, aber zumindest auf Art. 2 Abs. 1 GG. Damit verhindert das Grundgesetz, dass bestimmte Personengruppen im Bereich der Deutschengrundrechte gänzlich ohne Grundrechtsschutz bleiben. 9

> Beispiele: Ein britischer Student, der sich in Deutschland auf einen Studienplatz bewirbt, kann sich nicht auf die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) berufen, ihm verbleibt aber der Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG. Gleiches gilt für einen türkischen, muslimischen Metzger, der Tiere ohne Betäubung schlachten (schächten) will, um seinen Kund:innen in Übereinstimmung mit ihrer Glaubensüberzeugung Fleisch anbieten zu können.[14]

Auch der persönliche Schutzbereich ist also – wie zuvor schon der sachliche – so auszulegen, dass keine rechtsfreien Räume entstehen können. Jegliches menschliche Verhalten ist damit grundrechtlich geschützt; wenn nicht durch spezielle Grundrechte mit besonderen Rechtfertigungserfordernissen, so zumindest nach Art. 2 Abs. 1 GG, einem Grundrecht mit einfachem Gesetzesvorbehalt (§ 21 Rn. 12 ff.).[15] 10

Unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.) können sich ferner auch inländische juristische Personen auf die allgemeine Handlungsfreiheit berufen.

c) Was sind Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG?

Wann einer staatlichen Maßnahme Eingriffsqualität zukommt, wird unterschiedlich ausgelegt. Unterschieden wird zwischen dem klassischen (§ 8 Rn. 9) und dem modernen (§ 8 Rn. 10) Eingriffsbegriff. Üblicherweise stehen beide gleichrangig nebeneinander. Aufgrund des weiten Schutzbereichsverständnisses des Art. 2 Abs. 1 GG wird allerdings die Frage aufgeworfen, ob der moderne Eingriffsbegriff, wonach jede Verkürzung des Schutzbereichs einen Eingriff darstellt, im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit Anwendung finden kann – oder ob bei der Eingriffsbestimmung ein restriktiverer Ansatz verfolgt werden muss, um zu vermeiden, dass die Möglichkeiten Verfassungsbeschwerde zu 11

12 Siehe *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 2, Rn. 32 ff.
13 Siehe *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 44 ff.
14 BVerfGE 104, 337, 346 (Schächten [2002]).
15 BVerfGE 78, 179, 196 f. (Heilpraktikergesetz [1988]); 104, 337, 346 (Schächten [2002]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197-352, am 12.10.2024, 10:21:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

erheben, ausufern.[16] Der moderne Eingriffsbegriff ist vor diesem Hintergrund durch sachgerechte Kriterien zu begrenzen. Dabei wird auf zwei Kriterien des klassischen Eingriffsbegriffs zurückgegriffen: **Finalität** und **Intensität**. Ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG liegt nur dann vor, wenn die Beeinträchtigung staatlich beabsichtigt ist und eine gewisse Intensität für die Betroffenen aufweist.[17] Bloß geringfügige Belästigungen (Bagatellen) stellen dagegen keinen Eingriff dar. Ein substanzieller Unterschied zu den anderen Freiheitsrechten entsteht dadurch nicht; bei Art. 2 Abs. 1 GG dürfte die Abgrenzung mit Blick auf den weiten Schutzbereich lediglich von größerer Bedeutung sein.

d) Wie kann ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG gerechtfertigt werden?

12 Ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG kann gem. Abs. 1 Hs. 2 durch eine der drei unterschiedlichen Schranken (sog. **Schrankentrias**) gerechtfertigt sein: Die verfassungsmäßige Ordnung, die Rechte anderer und das Sittengesetz. In der Prüfung ist allein die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung heranzuziehen.[18]

ZJS 2015, 409
Jura 2017, 715
ZJS 2018, 255
JuS 2019, 549

13 Der Begriff der „**verfassungsmäßigen Ordnung**" taucht im GG an mehreren Stellen auf (vgl. Art. 9 Abs. 2 GG, § 16 Rn. 12, Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 28 Abs. 1 GG und Art. 98 Abs. 2 GG). Im Rahmen der Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit kommt dem Begriff allerdings mit Blick auf seine Funktion eine unabhängig von den anderen Verfassungsnormen ermittelte Bedeutung zu (funktionsdifferente Auslegung). Aufgrund des ausgreifenden Schutzbereichs des Art. 2 Abs. 1 GG ist ein weites Verständnis des Schrankenvorbehalts angezeigt:[19] So umfasst die verfassungsmäßige Ordnung i.S.d. Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG alle formell und materiell verfassungsmäßigen Rechtsnormen – das heißt die gesamte Rechtsordnung (vgl. Elfes-Entscheidung, § 21 Rn. 24).[20] Dazu gehören einfache Gesetze ebenso wie untergesetzliche Normen (Rechtsverordnungen und Satzungen). Freilich müssen sich diese Normen, um Art. 2 Abs. 1 GG wirksam einschränken zu können, auf eine formell-gesetzliche Rechtsgrundlage zurückführen lassen (Vorbehalt des Gesetzes). Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG stellt damit einen einfachen Gesetzesvorbehalt (§ 4 Rn. 6) dar.

14 **Rechte anderer** sind alle subjektiven Rechte des öffentlichen und privaten Rechts, insbesondere die Grundrechte Dritter.[21] Da auch für Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, hat diese Schranke neben der verfassungsmäßigen Ordnung keine eigenständige Bedeutung.[22] Besteht indes (noch) keine gesetzliche Grundlage – etwa aufgrund einer für den Gesetzgeber nicht vorhersehbaren Situation –, so hängt die Rechtfertigung des Eingriffs

16 Siehe *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 34; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 20.
17 Siehe *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 2, Rn. 53 ff.
18 *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 38 sprechen daher von einer „(unechten) Schrankentrias" bzw. einer „Monoschranke".
19 So BVerfGE 6, 32, 36 ff. (Elfes [1957]); *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 43 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 25 ff.
20 Vgl. BVerfGE 6, 32, 38 (Elfes [1957]); 103, 197, 215 (Pflegeversicherung I [2001]).
21 *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 41.
22 *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 33 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197-352, am 12.10.2024, 10:21:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vom Ergebnis der Abwägung zwischen allgemeiner Handlungsfreiheit und kollidierenden Rechten anderer ab.

Mit „**Sittengesetz**" sind ungeschriebene Anschauungen von Moral und Sitte gemeint. Aber wer entscheidet, welchen Inhalt das Sittengesetz hat? Und wie wird gesellschaftlichem Wandel und der Dynamik sittlicher Anschauungen Rechnung getragen?[23] In letzter Konsequenz wären Gerichte, insbesondere das Verfassungsgericht – ohne jegliche materiellrechtliche Bindung und direkte demokratische Legitimation – berufen und befugt, den Inhalt des Sittengesetzes festzulegen. 15

Ein anschauliches Beispiel zu diesem Problem bildet der rechtliche Umgang mit Homosexualität: In einer unsäglichen (dem damaligen Zeitgeist folgenden) Entscheidung urteilte das BVerfG 1957, dass „homosexuelle Betätigung gegen das Sittengesetz verstößt";[24] heute sind gleichgeschlechtliche Lebensformen heterosexuellen Lebensformen gleichgestellt („Ehe für alle", § 17 Rn. 7 ff.).

Vor diesem Hintergrund ist anerkannt, dass ungeschriebene moralische und sittliche Regeln nicht zur Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten (auch nicht der allgemeinen Handlungsfreiheit) herangezogen werden können: Zum einen, weil sie – wie andere ungeschriebene Regeln – dem Vorbehalt des Gesetzes nicht genügen; zum anderen, weil „Sittlichkeit" als *moralische* Kategorie gerade keinen Maßstab *des Rechts* darstellen kann. Der Konzeption des Grundgesetzes zufolge darf es weder rechtsfreie Räume noch „**Gesinnungsrecht**" geben. Sofern aus moralischen oder sittlichen Wertvorstellungen Verhaltenspflichten folgen sollen, bedarf es eines Gemeinwohlbelangs und einer Überführung ins Recht durch ein von der unmittelbar demokratisch legitimierten Legislative verabschiedetes Parlamentsgesetz – das dann Teil der „verfassungsmäßigen Ordnung" im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG wird. Daher bildet das Sittengesetz nach zutreffender Auffassung keine eigene Schranke der allgemeinen Handlungsfreiheit. 16

Auf Ebene der Schranken-Schranke muss jeder Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit darüber hinaus allen verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 4 Rn. 30 ff.), genügen. Das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG (§ 4 Rn. 23 f.) findet keine Anwendung.[25] 17

e) Wie verhält sich Art. 2 Abs. 1 GG zu anderen Grundrechten?

Jedes menschliche Verhalten, sachlich (jenseits von Bagatellen) wie personell, wird vom Schutzbereichs des Art. 2 Abs. 1 GG erfasst und einem einfachgesetzlichen Rechtfertigungsvorbehalt unterstellt. Das bedeutet zugleich, dass jeder Eingriff in ein spezielles Freiheitsgrundrecht zugleich zwingend einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG darstellt; das spezielle Freiheitsgrundrecht sieht aber regelmäßig Modifikationen in den Rechtfertigungserfordernissen vor. Die Freiheitsgrundrechte gehen der allgemeinen Handlungsfreiheit da- 18

23 *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 46 ff.
24 Vgl. BVerfGE 6, 389, 434 (Homosexuelle [1957]), siehe schon zweiter Leitsatz.
25 Vgl. BVerfGE 10, 89, 99 ((Großer) Erftverband [1959]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197-352, am 12.10.2024, 10:21:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

her im Wege der Spezialität (§ 5 Rn. 3) vor; die allgemeine Handlungsfreiheit ist damit **subsidiär:**[26] Ist also der Schutzbereich eines anderen Freiheitsgrundrechts eröffnet, bleibt für die Anwendung der allgemeinen Handlungsfreiheit grundsätzlich kein Raum. Dadurch wird insbesondere verhindert, dass strengere Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen in den speziellen Normierungen unterlaufen werden. Nur wenn kein anderes grundgesetzliches Freiheitsgrundrecht „betroffen" ist – also wenn es keinen anderen Schutzbereich gibt, der in sachlicher *und* persönlicher Hinsicht eröffnet ist – darf eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit geprüft werden.[27]

19 Schwierigkeiten bereiten die Fälle, in denen trotz Schutzbereichseröffnung ein qualifizierter Eingriff in das spezielle Freiheitsgrundrecht abgelehnt wird – etwa im Rahmen der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG, § 14 Rn. 13 f.), wenn der angegriffenen staatlichen Maßnahme eine „berufsregelnde Tendenz" fehlt (was sich mit etwas sprachlichem Aufwand auch als Schutzbereichsbegrenzung umformulieren ließe). Um einen lückenlosen Grundrechtsschutz zu gewährleisten, ist in diesen Fällen ein Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG zulässig.[28]

20 Der allgemeinen Handlungsfreiheit kommt also die Funktion eines **Auffanggrundrechts** zu, das das rechtsstaatliche Freiheitsversprechen auch dort einlöst, wo andere grundrechtliche Gewährleistungen nicht hinreichen. Wegen dieser wichtigen Funktion ist Art. 2 Abs. 1 GG auch nicht „weniger wert" als andere Grundrechte.

Beispiele: Das Recht auf freie Ausreise (§ 21 Rn. 23) unterfällt der allgemeinen Handlungsfreiheit, weil diesbezüglich Art. 11 GG nicht in sachlicher Hinsicht eröffnet ist; ebenso die Pflichtmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Verbänden (§ 16 Rn. 32 ff.), weil Art. 9 GG auf eine solche keine Anwendung findet.

Die „Betroffenheit" in persönlicher Hinsicht (§ 21 Rn. 9) fehlt insbesondere bei Nicht-EU-Ausländer:innen im Bereich der Deutschengrundrechte.

f) Wrap-Up: Prüfungsschema

21

Jurafuchs

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

Sachlich: allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. Verbot des Waffenbesitzes

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. staatliche Produktwarnungen

26 Vgl. BVerfGE 89, 1, 13 (Besitzrecht des Mieters [1993]); *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 21 f.; *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 2, Rn. 44 ff.

27 Vgl. BVerfGE 116, 202, 221 (Tariftreueerklärung [2006]).

28 Vgl. BVerfGE 37, 1, 17 (Weinwirtschaftsabgabe [1974]); 95, 267, 302 f. (Altschulden [1997]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197-352, am 12.10.2024, 10:21:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG bedeutet letztlich verfassungsmäßige Ordnung = alle formell und materiell verfassungsmäßigen Rechtsnormen

Schranken-Schranken:

Verhältnismäßigkeit

Weiterführende Hinweise

Lege, Die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG, Jura 2002, 753
Kahl, Grundfälle zu Art. 2 I GG, JuS 2008, 499; 595

2. Die Elfes-Entscheidung

a) Sachverhalt

Wilhelm Elfes, ehemaliger Stadtdirektor von Mönchengladbach und Mitglied des nordrhein-westfälischen Landtags, opponierte unter anderem bei öffentlichen Auftritten in Ost-Berlin, Budapest und Wien gegen die Politik *Adenauers*, insbesondere gegen die Westintegration und die sich abzeichnende Wiederbewaffnung, weil er darin eine Gefahr für die deutsche Wiedervereinigung sah. Im Jahr 1953 beantragte er bei der Passbehörde die Verlängerung seines Reisepasses. Diese sah äußere Belange der Bundesrepublik gefährdet und verweigerte die Verlängerung des Reisepasses unter Hinweis auf § 7 Abs. 1a PassG a.F. (heute § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG). Sein Widerspruch und seine Klagen vor den Verwaltungsgerichten blieben erfolglos. Dagegen erhob *Elfes* erfolglos Verfassungsbeschwerde. **22**

Die Elfes-Entscheidung

Jurafuchs

b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG

Das BVerfG äußert sich zunächst zum **Recht auf freie Ausreise**. Dieses Recht ergebe sich nicht aus Art. 11 GG, welcher nur die Freizügigkeit *innerhalb* des Bundesgebietes (§ 18 Rn. 18) gewährleiste.[29] Die Ausreisefreiheit sei dagegen als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.[30] Das BVerfG begründet dies mit Hinweis auf das weite Schutzbereichsverständnis: **23**

> ▶ Das Grundgesetz kann mit der „freien Entfaltung der Persönlichkeit“ **nicht nur die Entfaltung innerhalb jenes Kernbereichs der Persönlichkeit** gemeint haben, der das Wesen des Menschen als geistig-sittliche Person ausmacht, denn es wäre nicht verständlich, wie die Entfaltung innerhalb dieses Kernbereichs gegen das Sittengesetz, die Rechte anderer oder sogar gegen die verfassungsmäßige Ordnung einer freiheitlichen Demokratie sollte verstoßen können. Gerade diese, dem Individuum

29 Vgl. BVerfGE 6, 32, 34 f. (Elfes [1957]).
30 BVerfGE 6, 32, 41 f. (Elfes [1957]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197-352, am 12.10.2024, 10:21:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

als Mitglied der Gemeinschaft auferlegten Beschränkungen zeigen vielmehr, daß das Grundgesetz in Art. 2 Abs. 1 GG die **Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne** meint.

BVerfGE 6, 32, 36 (Elfes [1957]) ◀

24 Darüber hinaus legt das BVerfG auch die sog. Schrankentrias (§ 21 Rn. 12) weit aus:

▶ Wird [...] in Art. 2 Abs. 1 GG mit der freien Entfaltung der Persönlichkeit die allgemeine Handlungsfreiheit gewährleistet, die – soweit sie nicht Rechte anderer verletzt oder gegen das Sittengesetz verstößt – nur an die **verfassungsmäßige Ordnung** gebunden ist, so kann unter diesem Begriff nur **die allgemeine Rechtsordnung verstanden werden, die die materiellen und formellen Normen der Verfassung zu beachten hat, also eine verfassungsmäßige Rechtsordnung** sein muß. [...] [D]er Bürger aber wird in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit legitim eingeschränkt nicht nur durch die Verfassung oder gar nur durch „elementare Verfassungsgrundsätze", sondern durch jede formell und materiell verfassungsmäßige Rechtsnorm.

BVerfGE 6, 32, 37 f. (Elfes [1957]) ◀

c) Relevanz der Elfes-Entscheidung

25 Das BVerfG legt sich in der Elfes-Entscheidung auf die weitestmögliche Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG als umfassende „allgemeine Handlungsfreiheit" fest. Dies hat bedeutende Konsequenzen: In *materieller* Hinsicht kommt es nachgerade zwingend zu Schutzbereichsüberschneidungen mit anderen Freiheitsgrundrechten. Die auftretenden Anwendungskonflikte sind im Rahmen der Konkurrenzen (§ 21 Rn. 18 ff.) zu lösen. In *prozessualer* Hinsicht folgt eine Ausdehnung des Prüfungsumfangs der Verfassungsbeschwerde (§ 27 Rn. 8):[31]

▶ Jedermann kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Gesetz gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung, weil es (formell oder inhaltlich) gegen einzelne Verfassungsbestimmungen oder allgemeine Verfassungsgrundsätze verstoße; deshalb werde sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

BVerfGE 6, 32, 41 (Elfes [1957]) ◀

26 Das bedeutet, dass auch die Verletzung **objektiven Verfassungsrechts** – etwa die formelle Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, Verstöße gegen das Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzip – zu einer Grundrechtsverletzung von Art. 2 Abs. 1 GG führen können. Der Verstoß gegen objektives Verfassungsrecht führt also zu einer Verletzung des subjektiven Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG (sog. **Elfes-Konstruktion**). Da im Rahmen der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung auch die formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes (also Gesetzgebungskompetenz und -verfahren) geprüft wird, können diese Fragen *objektiven*

31 Siehe *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 26 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197-352, am 12.10.2024, 10:21:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verfassungsrechts zu einer Verletzung des *subjektiven* Rechts aus Art. 2 Abs. 1 GG führen. Das bedeutet eine erhebliche Ausdehnung des Prüfungsumfangs auf nicht individualschützende Normen.[32] Darüber hinaus beeinflusst das weite Verständnis des Art. 2 Abs. 1 GG auch das Verwaltungsprozessrecht. So besteht bei hoheitlichen Maßnahmen stets zumindest die Möglichkeit der Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit der Adressatin oder des Adressaten der Maßnahme (sog. **Adressatentheorie**).[33]

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Was schützt die Vertragsfreiheit?

Art. 2 Abs. 1 GG schützt nicht nur die *natürliche* Handlungsfreiheit, also jedes menschliche Verhalten, sondern auch die freie Gestaltung von Rechtsgeschäften (**Vertragsfreiheit**) und damit das Recht, Verträge grundsätzlich so abzuschließen, wie es der/die Einzelne möchte:[34] 27

▶ Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen ein Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit. **Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet die Privatautonomie** als „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben".

Die Privatautonomie ist notwendigerweise begrenzt und bedarf der rechtlichen Ausgestaltung. Privatrechtsordnungen bestehen deshalb aus einem differenzierten System aufeinander abgestimmter Regelungen und Gestaltungsmittel, die sich in die verfassungsmäßige Ordnung einfügen müssen. Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Privatautonomie zur beliebigen Disposition des Gesetzgebers stünde und ihre grundrechtliche Gewährleistung infolgedessen leerliefe. Vielmehr ist der Gesetzgeber bei der gebotenen Ausgestaltung an die objektiv-rechtlichen Vorgaben der Grundrechte gebunden. Er muß der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben einen angemessenen Betätigungsraum eröffnen. Nach ihrem Regelungsgegenstand ist die Privatautonomie notwendigerweise auf staatliche Durchsetzung angewiesen. Ihre Gewährleistung denkt die justizielle Realisierung gleichsam mit und begründet daher die Pflicht des Gesetzgebers, rechtsgeschäftliche Gestaltungsmittel zur Verfügung zu stellen, die als rechtsverbindlich zu behandeln sind und auch im Streitfall durchsetzbare Rechtspositionen begründen.

BVerfGE 89, 214, 231 f. (Bürgschaftsverträge [1993]) ◀

Der Staat ist damit verpflichtet, durch entsprechende gesetzliche Ausgestaltungen die Vertragsfreiheit zu gewährleisten. Insofern handelt es sich bei Art. 2 Abs. 1 GG um ein normgeprägtes Grundrecht (§ 4 Rn. 44 ff.) und zudem um 28

32 Kritisch BVerfG-Richter *Grimm* in seinem Sondervotum zu BVerfGE 80, 137, 168 (Reiten im Walde [1989]), wonach das weite Verständnis des Art. 2 Abs. 1 GG die auf dieses Grundrecht gestützte Verfassungsbeschwerde tendenziell zur allgemeinen Normenkontrolle ausweite; ferner *Kube*, JuS 2003, 111.

33 Siehe *Kempny/Krüger*, JA 2022, 10.

34 Siehe *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748911197-352, am 12.10.2024, 10:21:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine Institutsgarantie (§ 4 Rn. 42). Das Vertragsrecht wird dabei maßgeblich im Bürgerlichen Gesetzbuch festgelegt. Wie bei allen normgeprägten Grundrechten ist an dieser Stelle eine Abgrenzung zwischen notwendiger Ausgestaltung und rechtfertigungsbedürftigen Eingriffen vorzunehmen.[35]

◆ 29 Da alle Beteiligten des Zivilrechtsverkehrs den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG genießen und sich gleichermaßen auf die grundrechtliche Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen können, darf nicht nur das Recht des Stärkeren gelten: Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung wahrzunehmen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.[36] Auf Störungen der Vertragsparität kann durch die Anwendung von Generalklauseln (bspw. §§ 138, 242 BGB) angemessen reagiert werden.

2. Was umfasst das Grundrecht auf schulische Bildung?

◆ 30 Schulische Bildung ist für die Persönlichkeitsentwicklung von Kindern und Jugendlichen unverzichtbar. Einige Bundesländer verbürgen deshalb ausdrücklich ein **Recht auf schulische Bildung** in ihren Landesverfassungen (bspw. Art. 8 LV NRW, Art. 11 LV BW oder Art. 128 BayV). Auch auf europäischer Ebene findet sich ein solches Recht in Art. 14 EU-GRCh (§ 14 Rn. 54). In seinem zweiten Beschluss zur sog. Bundesnotbremse hat auch das BVerfG ein Grundrecht auf schulische Bildung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG hergeleitet.[37] Daraus folgt das Recht aller Kinder und Jugendlichen gegenüber dem Staat, ihre Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit auch in der Gemeinschaft durch schulische Bildung zu unterstützen und zu fördern. Das Recht auf schulische Bildung umfasst dabei verschiedene Grundrechtsfunktionen: Es enthält ein Abwehrrecht (§ 1 Rn. 28) gegen Maßnahmen, welche das eröffnete und wahrgenommene Bildungsangebot einer Schule einschränken; ein Teilhaberecht (§ 1 Rn. 29) auf diskriminierungsfreien Zugang zum Schulunterricht; sowie eine Schutzpflicht (§ 1 Rn. 35 ff.) des Staates. In Situationen wie der Corona-Pandemie mit einem Verbot von Präsenzunterricht sind die Länder daher verpflichtet, nach Möglichkeit Distanzunterricht zu gewährleisten.

III. Europarechtliche Dogmatik

Wie wird die allgemeine Handlungsfreiheit auf europarechtlicher Ebene geschützt?

◆ 31 Ein Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, das so weit reicht wie Art. 2 Abs. 1 GG, findet sich weder in der EMRK noch in der EU-GRCh. Der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne ist eine deutsche Besonderheit. Auf europarechtlicher Ebene wird ein inhaltlich vergleichba-

35 Vgl. BVerfGE 97, 169, 175 f. (Kleinbetriebsklausel I [1998]).
36 Vgl. BVerfGE 89, 214, 232 (Bürgschaftsverträge [1993]).
37 BVerfG NJW 2022, 167; eingehend *Nettesheim*, JZ 2022, 525.

https://doi.org/10.5771/9783748911197-352, am 12.10.2024, 10:21:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rer Schutz aus der Zusammenschau anderer Gewährleistungen konstruiert. Zentrale Normen sind hierbei Art. 8 EMRK und Art. 7 EU-GRCh. Beide Normen fassen den Schutz von vier Rechten zusammen:

- Privatleben (§ 19 Rn. 34 ff.),
- Familienleben (§ 17 Rn. 38 ff.),
- Wohnung (§ 20 Rn. 57 ff.) und
- Korrespondenz bzw. Kommunikation (§ 20 Rn. 57 ff.).

32 ◆ Der Begriff des Privatlebens wird vom EGMR umfassend verstanden, reicht allerdings dennoch nicht so weit wie der Schutz aus Art. 2 Abs. 1 GG.[38] So sind nach Auffassung des EGMR reine Freizeitgestaltungen (etwa die Jagd) mangels gewichtiger Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung nicht von Art. 8 EMRK erfasst.[39]

38 Vgl. EGMR v. 29.4.2002, 2346/02, Rn. 61, 76 – Pretty/Vereinigtes Königreich.
39 EGMR v. 24.11.2009, 16072/06 – Friend/Vereinigtes Königreich.

https://doi.org/10.5771/9783748911197-352, am 12.10.2024, 10:21:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748911197-352, am 12.10.2024, 10:21:49
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb