

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1495

**Der Grundrechtsschutz
von positiver und negativer
Freiheit**

Von

Claire Vander Stichelen



Duncker & Humblot · Berlin

CLAIRE VANDER STICHELEN

Der Grundrechtsschutz
von positiver und negativer Freiheit

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1495

Der Grundrechtsschutz von positiver und negativer Freiheit

Von

Claire Vander Stichelen



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Ruhr-Universität Bochum
hat diese Arbeit im Jahr 2022
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Textforma(r)t Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-18754-6 (Print)
ISBN 978-3-428-58754-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung haben bis Juni 2022 Berücksichtigung gefunden.

Mein zutiefst empfundener Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Julian Krüper für seine Betreuung dieser Arbeit. Er hat mein Interesse an grundrechtstheoretischen und grundrechtsdogmatischen Fragestellungen geweckt und gefördert. Ihm danke ich für zahlreiche wertvolle Anregungen. So geht diese Arbeit auf ein Gespräch mit ihm über die Frage, ob die Erstreckung der positiven und negativen Schutzbereiche der Grundrechte gleich sei, zurück. Danken möchte ich ihm auch für die lehrreichen Erfahrungen, die ich als studentische Hilfskraft und wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl sammeln durfte.

Großer Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Stefan Huster für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen (ehemaligen) Lehrstuhlkolleginnen und -kollegen möchte ich für die tatkräftige Unterstützung danken. Besonders möchte ich Dr. Andreas Starcke danken, ohne den ich den Entschluss, eine solche Arbeit anzufertigen, vermutlich nie getroffen hätte. Großer Dank gilt auch David Hug, der diese Arbeit durch seine kritischen Fragen und Anmerkungen und zahlreiche gewinnbringende Diskussionen vorangebracht hat. Anna Katharina Klus möchte ich dafür danken, dass Sie mir jederzeit vom Beginn der Erstellung bis zur Fertigstellung dieser Arbeit zur Seite stand.

Neben meiner Schwester Ann Sophie gebührt mein größter Dank meinen Eltern Sandra und Uwe Vander Stichelen. Ohne ihren Rückhalt und ihre Unterstützung wäre eine solche Arbeit nicht möglich gewesen. Ihnen ist diese Arbeit daher gewidmet.

Bochum, im August 2022

Claire Vander Stichelen

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
A. Gegenstand der Untersuchung	15
B. Gang der Untersuchung	18

Kapitel 1

Die Herleitung der Lehre des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit	21
A. Herleitung des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit aus dem Wortlaut der Grundrechte	22
I. Die Begrenzung des Wortlauts auf ein Tun	23
1. Die tätigkeitsbezogen formulierten Grundrechte	25
2. Die schutzgutbezogen formulierten Grundrechte	28
3. Zusammenfassung	30
II. ‚Recht‘ und ‚Freiheit‘	32
III. Zusammenfassung	33
B. Die speziellen Unterlassungsgrundrechte	35
I. Die exklusiven benannten Unterlassungsgrundrechte	35
II. Die benannten Komplementärgarantien	38
III. Zusammenfassung	41
C. Herleitung des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit aus der Ent- stehungsgeschichte der Grundrechte	42
I. Die historische Entwicklung des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit bis ins 19. Jahrhundert	43
1. Die Religionsfreiheit	43
2. Die Vereinigungsfreiheit	48
3. Die Koalitionsfreiheit	50
4. Die Berufsfreiheit	53
5. Zusammenfassung	54
II. Die Einflüsse der Paulskirchenverfassung auf den Grundrechtsschutz von positi- ver und negativer Freiheit	55

III. Die Einflüsse der Weimarer Reichsverfassung auf den Grundrechtsschutz von positiver und negativer Freiheit	59
IV. Die Einflüsse der Beratungen des Parlamentarischen Rates auf den Grundrechtsschutz von positiver und negativer Freiheit	62
V. Zusammenfassung	71
D. Der Widerspruch von grundrechtlicher Berechtigung und verfassungsrechtlicher Verpflichtung	73
I. Die speziellen verfassungsrechtlichen Pflichten des Grundrechtsträgers	74
II. Eine allgemeine Grundpflicht zum Grundrechtsgebrauch	80
III. Zusammenfassung	85
E. Der Grundrechtsschutz der negativen Freiheit als Korrelat des Grundrechtsschutzes der positiven Freiheit	86
I. Der Grundrechtsschutz eines Tuns als Ausgangspunkt des Grundrechtsschutzes der negativen Freiheit	87
II. Der grundrechtliche Schutz des Unterlassens als Reflexwirkung des grundrechtlichen Schutzes eines Tuns	89
III. Zusammenfassung	92
F. Die Herleitung von positiver und negativer Freiheit aus dem grundrechtlichen Schutz von Selbstbestimmung und -entfaltung	92
I. Die Herleitung von positiver und negativer Freiheit aus dem Freiheitsverständnis der Grundrechte	93
1. Eine Definition des Begriffs ‚Freiheit‘	95
2. Die Struktur von Freiheit	96
3. Das philosophische Verständnis von positiver und negativer Freiheit	99
a) Das positive Freiheitsverständnis	99
b) Das negative Freiheitsverständnis	100
4. Das grundrechtliche Freiheitsverständnis und der Grundrechtsschutz von positiver und negativer Freiheit	102
a) Das Freiheitssubjekt des grundrechtlichen Freiheitsverständnisses	102
b) Das Freiheitsobjekt des grundrechtlichen Freiheitsverständnisses	104
c) Das Freiheitshindernis	108
d) Zusammenfassung	113
II. Die Herleitung von positiver und negativer Freiheit aus dem Menschenwürdeprinzip	114
III. Der grundrechtliche Schutz von Selbstbestimmung und -entfaltung durch die Freiheitsrechte	118
1. Der Schutz der Selbstbestimmung und -entfaltung durch die Gewissensfreiheit	118

2. Der Schutz von Selbstbestimmung und -entfaltung durch die allgemeine Handlungsfreiheit	120
IV. Zusammenfassung	128
G. Die Begrenzung des Handlungsschutzes auf Handlungsrechte	129
I. Die statischen Schutzrechte	129
II. Die Handlungsgrundrechte	130
1. Der grundrechtliche Handlungsschutz	131
2. Die dynamischen Darfrechte	134
III. (K)eine kategoriale Unterscheidung	137
IV. Bedeutung der Unterscheidung für den Grundrechtsschutz von positiver und negativer Freiheit	138
V. Zusammenfassung	141
H. Die Anerkennung des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit	141

Kapitel 2

Die grundrechtstheoretischen und grundrechtsdogmatischen Einflüsse auf den Grundrechtsschutz von positiver und negativer Freiheit

143

A. Die grundrechtstheoretischen Grundlagen des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit	144
I. Das zugrundeliegende Verständnis der Grundrechtstheorie	145
II. Die grundrechtstheoretischen Einflüsse auf den Grundrechtsschutz von positiver und negativer Freiheit	148
B. Die grundrechtsdogmatische Ausformung des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit	156
I. Das zugrundeliegende Verständnis der Grundrechtsdogmatik	156
II. Die grundrechtsdogmatische Einordnung des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit	161
1. Die Ordnungs- und Strukturierungsfunktion	167
2. Die Speicher- und Stabilisierungsfunktion	171
3. Die Rationalisierungsfunktion	175
4. Die Entlastungsfunktion	177
5. Das Negationsverbot	181
6. Zusammenfassung	184

*Kapitel 3***Der grundrechtliche Schutz
von positiver und negativer Freiheit**

	190
A. Die Schutzbereichsdimensionen von positiver und negativer Freiheit	190
I. Die Spiegelbildlichkeit von positiver und negativer Freiheit der Grundrechte	191
II. Die Schutzgehalte der positiven Freiheit	194
1. Die positive Betätigungsfreiheit	195
2. Die positive Auswahlfreiheit	196
3. Die positive Änderungsfreiheit	198
4. Die positive Beibehaltungsfreiheit	202
5. Die (positive) Aufgabe- und Beendigungsfreiheit	205
6. Zusammenfassung	207
III. Die Schutzgehalte der negativen Freiheit	208
1. Die Unterlassungsfreiheit	209
a) Der Schutz des Unterlassens	209
b) Das Unterlassen als symmetrische Entsprechung eines Tuns	216
c) Der umfassende Schutz der völligen Untätigkeit	219
(1) Die Unterlassungsfreiheit im Kontext der Gewissensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG	219
(2) Die Unterlassungsfreiheit im Kontext des Freizügigkeitsrechts des Art. 11 Abs. 1 GG	221
(3) Die Unterlassungsfreiheit im Kontext der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG	222
(4) Die Unterlassungsfreiheit im Kontext der Eigentumsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG	224
(5) Zusammenfassung	226
d) Die Abgrenzung der Unterlassungsfreiheit vom Grundrechtsverzicht	226
2. Die negative Auswahlfreiheit	229
3. Die negative Beibehaltungsfreiheit	234
4. Der Schutz vor Konfrontationen	234
a) Der Schutz vor Konfrontationen mit dem Staat	235
b) Der Schutz vor Konfrontation in Dreieckskonstellationen	240
(1) Der Schutz vor Konfrontation in Sonderstatusverhältnissen	240
(2) Der Schutz vor Konfrontationen in Drittwirkungskonstellationen	242
c) Zusammenfassung	248
5. Zusammenfassung	248
IV. Die ‚Feuerprobe‘ für die ‚Symmetriethese‘	249

1. Die Anwendung der allgemeinen Handlungsfreiheit auf die Mitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Zwangsvereinigungen	250
2. Eine Modifikation der allgemeinen Handlungsfreiheit	252
3. Die negative Vereinigungsfreiheit	253
4. Stellungnahme	255
a) Die Entstehungsgeschichte der negativen Vereinigungsfreiheit	255
b) Die Beschränkung des Schutzbereichs der positiven Vereinigungsfreiheit	257
c) Der Widerspruch zu den benannten Unterlassungsgrundrechten	260
d) Erzeugung von Schutzlücken	261
e) Liberale Bedenken	265
f) Zusammenfassung	268
V. Kritische Reflexion der ‚Symmetriethese‘ als Grundlage zur Bestimmung der Schutzgehalte von positiver und negativer Freiheit	269
1. Antithese vs. Synthese	269
2. Die ‚Symmetriethese‘ als ‚Überbleibsel‘	270
3. Zusammenfassung	274
VI. Fazit: Der grundrechtliche Schutz von Handlungen	275
B. Der Eingriff in die positive und die negative Freiheit der Grundrechte	276

Kapitel 4

**Die Rechtfertigung von Eingriffen
in die positive und die negative Freiheit**

279

A. Die Schranken von positiver und negativer Freiheit	280
I. Das Vereinigungsverbot des Art. 9 Abs. 2 GG	283
II. Versammlungen unter freiem Himmel, Art. 8 Abs. 2 GG	285
III. Der qualifizierte Gesetzesvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG	286
IV. Die Frage nach der Zugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft, Art. 136 Abs. 3 S. 2 WRV	287
V. Die Beschränkung der Grundrechte durch verfassungsrechtliche Pflichten	289
VI. Zusammenfassung	292
B. Die Verhältnismäßigkeit	292
I. Der grundsätzliche Vorrang der positiven Freiheit	293
II. Die Anwendung des Grundsatzes der praktischen Konkordanz	296
III. Die Abwägung bei Kollisionen von positiver und negativer Freiheit	297
1. Toleranzgebot	297

2. Sozialadäquanz	299
3. Zusammenfassung	299
IV. Zusammenfassung	301
C. Zusammenfassung	301
Schluss	303
Zusammenfassung in Thesen	307
Literaturverzeichnis	309
Sachwortverzeichnis	350

Einleitung

Diese Arbeit beschäftigt sich mit der Lehre des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit. Im Fokus dieser Lehre steht der grundrechtliche Schutz von Tun und Unterlassen: Die positive Freiheit beschreibt die Freiheit des Grundrechtsträgers, etwas zu tun, beispielsweise die eigene Meinung zu äußern, zu forschen, sich zu versammeln oder einen Beruf zu ergreifen. Als negative Freiheit wird die Freiheit des Grundrechtsträgers bezeichnet, etwas zu unterlassen, beispielsweise die Teilnahme an den eigenen Glaubensüberzeugungen widersprechenden kultischen Handlungen, das Anfertigen eines Kunstwerkes oder den Beitritt zu einer Vereinigung. Geschützt wird jedoch nicht nur ein Tun oder ein Unterlassen als solches, sondern auch die Wahlmöglichkeit zwischen diesen verschiedenen Verhaltensmöglichkeiten, also die Entscheidung über ‚Ob‘ und ‚Wie‘ der Betätigung. Während die Entscheidung über das ‚Ob‘ dem Bürger die Entscheidung über die unter den Begriffen von positiver und negativer Freiheit verstandenen Verhaltensweisen, also einem Tun oder einem Unterlassen, einräumt, betrifft die zweite Stufe die Entscheidung über das ‚Wie‘, also die konkrete Form des Verhaltens.

Die Lehre des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit ist demnach Ausdruck von Eigenverantwortlichkeit und Selbstbestimmtheit des Grundrechtsträgers. Da die Lehre von positiver und negativer Freiheit freiheitsrechtsübergreifend angewendet wird und über den grundrechtlichen Schutz eines Verhaltens entscheidet, stellt sich bei der Untersuchung dieser Lehre eine Vielzahl allgemeiner Fragen, die von den Bereichsdogmatiken der speziellen Freiheitsrechte losgelöst sind. Angesichts der Bedeutung der Lehre des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit für sämtliche Freiheitsrechte, muss diesen Fragestellungen in einer eigenen Untersuchung abstrakt nachgegangen werden, insbesondere da die Lehre des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit vielfach bei der Rechtsarbeit¹ berücksichtigt wird, ohne die von ihr aufgestellten Regeln zu reflektieren.

A. Gegenstand der Untersuchung

Gerade in den 1990er Jahren war der Grundrechtsschutz von positiver und negativer Freiheit in Bezug auf einige spezielle Freiheitsrechte Gegenstand kontroverser Diskussionen. So wurde etwa nach dem Kreuzifix-Beschluss des Bun-

¹ Zum Begriff der Rechtsarbeit siehe *Müller, Recht – Sprache – Gewalt*, 2. Aufl. 2008, S. 18f. und öfter.

desverfassungsgerichts diskutiert, ob die negative Religionsfreiheit Schüler vor der „Konfrontation mit dem Kreuz“² im Klassenraum schützt,³ ob die negative Koalitionsfreiheit den Außenseiter vor der Ausdehnung eines Tarifvertrages auf ihn schützt⁴ oder ob die negative Informationsfreiheit dem Grundrechtsträger das Recht gewährt, sich nicht informieren zu müssen⁵.

Obwohl Johannes Hellermann mit seiner Arbeit „Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte“ den Grundstein für eine allgemeine, von den Bereichsdogmatiken der speziellen Freiheitsrechte losgelöste Untersuchung des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit legte, betrachten viele Untersuchungen in der Literatur diese Konstruktion nach wie vor isoliert in Bezug auf ein spezielles Freiheitsrecht. Allgemeine Ausführungen zur Lehre des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit erfolgen, obwohl diese Lehre allgemein anerkannt ist, zumeist nur ‚bei Gelegenheit‘ im Rahmen der Herleitung und Anerkennung des Grundrechtsschutzes der negativen Freiheit eines speziellen Freiheitsrechts und werden noch seltener kritisch reflektiert.⁶

Nicht nur im Kontext der Herleitung von positiver und negativer Freiheit treten im Hinblick auf die speziellen Freiheitsrechte immer wieder ähnliche Probleme bei der Untersuchung des unter diesen Begriffen verstandenen Grundrechtsschutzes auf. Bei der Bestimmung der inhaltlichen Reichweite des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit speziellen Freiheitsrechte wird regelmäßig auf identische Regeln abgestellt, etwa auf die ‚Symmetriethese‘⁷, ohne die Besonderheiten der speziellen Freiheitsrechte, insbesondere die zu ihnen entwickelten Bereichsdogmatiken, zu berücksichtigen, mit der Folge, dass auch auf dieser Ebene allgemeine Probleme und Fragestellungen auftreten. So müssen bei einer streng symmetrischen Betrachtung des Schutzbereichs schließlich dieselben Schutzbereichsbegrenzungen sowohl für die positive als auch für die negative Freiheit eines Freiheitsrechts gelten, ohne dass die hinter diesen Schutzbereichsbegrenzungen stehende Interessenlage reflektiert wird.

In verschiedenen Kontexten wird also auf die gleichen Regeln zurückgegriffen, ohne dass die Grundlagen dieser Regeln reflektiert, ihre Anwendbarkeit auf das konkrete Freiheitsrecht und die Wirkungen des speziellen Freiheitsrechts untersucht werden. Diese Vorgehensweise ist im Wesentlichen Ausdruck des Selbststands der Lehre des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit: Die

² Merten, Negative Grundrechte, in: ders./Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, 1. Aufl. 2006, § 42 Rn. 30.

³ BVerfGE 93, 1.

⁴ Schmidt-Eriksen, Tarifvertragliche Betriebsnormen, 1992; Leydecker, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 2005, S. 58.

⁵ Fenchel, Negative Informationsfreiheit, 1997; Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337.

⁶ Hellermann, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, S. 15: „Als ein verfassungsrechtliches Problem der Freiheitsrechte allgemein ist die Ableitung solcher negativer Freiheitsrechte schließlich nur selten und eher beiläufig reflektiert worden.“

⁷ Häufig findet sich auch der Begriff ‚Spiegelbildlichkeitstheorie‘.

einmal entwickelten Regeln zur Anwendung von positiver und negativer Freiheit werden fortwährend rezipiert und präzisiert, mit der Folge, dass sie auf diese Weise einen Anschein von Verbindlichkeit erlangen und noch seltener kritisch hinterfragt und reflektiert werden. So wird etwa die ‚Symmetriethese‘ zum Ausgangspunkt der Bestimmung der inhaltlichen Reichweite des unter diesen Begriffen verstandenen Grundrechtsschutzes. Der Inhalt der negativen Freiheit eines Grundrechts wird demnach als spiegelbildlichen Umkehrung des Inhalts der positiven Freiheit verstanden, ohne zu reflektieren, aus welchem Grund die positive Freiheit für die inhaltliche Bestimmung der negativen Freiheit maßgeblich sein soll und die Gründe für die Bestimmung des Inhalts der positiven Freiheit eines Grundrechts in einer bestimmten Weise offenzulegen. So wird exemplarisch die Beschränkung der negativen Vereinigungsfreiheit auf ein Fernbleiben von privatrechtlichen Vereinigungen aus der Beschränkung der positiven Vereinigungsfreiheit auf die Gründung von und den Beitritt sowie die Betätigung in privatrechtlichen Vereinigungen hergeleitet, ohne zu berücksichtigen, dass der Grundrechtsträger als Privater nicht ohne weiteres öffentlich rechtlich handeln kann und zu reflektieren, weshalb die negative Vereinigungsfreiheit als spiegelbildliche Umkehrung der positiven Vereinigungsfreiheit verstanden werden muss. Die symmetrische Bestimmung von positiver und negativer Freiheit wird also im Kontext der Vereinigungsfreiheit zum Ausgangspunkt der Beschränkung der negativen Freiheit. Diese Reflexionschwächen der Lehre des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit und ihre Bedeutung für die Rechtsarbeit soll die vorliegende Arbeit untersuchen.

Dem Beispiel Hellermanns folgend soll in der vorliegenden Arbeit die Lehre des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit daher abstrakt in Bezug auf ihre Herleitung und Anerkennung, sowie in Bezug auf ihren Inhalt und ihre Reichweite, vor allem aber in Bezug auf ihre Funktionalität untersucht werden. Dabei soll nicht nur der unter dem Begriff der negativen Freiheit verstandene grundrechtliche Schutz eines Unterlassens des Grundrechtsträgers, sondern auch der unter dem Begriff der positiven Freiheit verstandene Grundrechtsschutz wie auch die Wechselwirkungen zwischen positiver und negativer Freiheit betrachtet werden. Diese Untersuchung soll ihren Blick nicht auf die Betrachtung von positiver und negativer Freiheit als grundrechtsdogmatischem Problem beschränken, sondern auch die rechtsphilosophischen und grundrechtstheoretischen Grundlagen des grundrechtlichen Schutzes von positiver und negativer Freiheit beleuchten. Dabei wird der Frage nachgegangen, ob es der Lehre des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit für die Herleitung und Anwendung des grundrechtlichen Schutzes eines Tuns und eines Unterlassens bedarf oder ob der grundrechtliche Schutz von Handlungen nicht bereits aus einer allgemeinen Auslegung der Grundrechte unter Berücksichtigung eines liberalen Vorverständnisses folgt und es damit der Kategorien von positiver und negativer Freiheit für den grundrechtlichen Schutz von Tun und Unterlassen nicht bedarf.

Das Augenmerk dieser Arbeit liegt folglich auf einer Untersuchung der Funktionalität der Lehre des Grundrechtsschutzes von positiver und negativer Freiheit.