

JULIAN JÄGER

Unbegrenzte allgemeine
Handlungsfreiheit
aus Art. 4 GG

*Untersuchungen
über Recht und Religion*

Mohr Siebeck

Untersuchungen über Recht und Religion

herausgegeben von

Bernhard Sven Anuth, Michael Droege, Stephan Dusil,
Jörg Eisele, Jürgen Kampmann, Hermann Reichold
und Hildegard Warnink

8



Julian Jäger

Unbegrenzte allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 4 GG

Ursachen, Auswirkungen und Restriktionsmöglichkeiten,
insbesondere durch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und
das Erfordernis einer religionsregelnden Tendenz
der staatlichen Maßnahme im Rahmen
der Eingriffsprüfung

Mohr Siebeck

Julian Jäger, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Mannheim; 2016 Erstes juristisches Staatsexamen, 2018 Zweites juristisches Staatsexamen; 2023 Promotion; Rechtsanwalt im Bereich Arbeitsrecht.
orcid.org/0009-0002-9664-0485

ISBN 978-3-16-164072-8 / eISBN 978-3-16-164073-5
DOI 10.1628/978-3-16-164073-5

ISSN 2748-6737 / eISSN 2748-6745 (Untersuchungen über Recht und Religion)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <https://dnb.dnb.de> abrufbar. Die Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre der Universität Mannheim hat diese Arbeit im Jahr 2023 als Dissertation angenommen.

2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Bodelshausen gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre der Universität Mannheim im November 2023 als Dissertation angenommen. Das Thema dieser Dissertation beruht auf Ideen, die ich bereits während meines Studiums an der Universität Mannheim entwickelt hatte.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Müller-Terpitz, der mir die Möglichkeit gegeben hat, diese Arbeit zu erstellen. Dabei zeigte er sich von Anfang an offen für das von mir gewählte Thema, stand jederzeit für einen konstruktiven Austausch zur Verfügung und trug auch durch kritische Anmerkungen zum Gelingen der Arbeit bei.

Ich danke selbstverständlich auch Herrn Professor Dr. Benjamin Straßburger für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die weiteren Anmerkungen zu meiner Arbeit.

Den Herausgebern sowie dem Verlag Mohr Siebeck danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe.

Mein Dank gebührt daneben alldenjenigen, die mich während meines Studiums und/oder der Promotion begleitet haben. Dies gilt insbesondere für meine Eltern, die mir das Jurastudium maßgeblich ermöglicht haben, meine Partnerin, die mich jederzeit tatkräftig unterstützt und stets bei guter Laune gehalten hat sowie Sebastian Maurer, der nicht nur aufmerksamer Korrekturleser und kritischer Gesprächspartner war. Vielmehr hatte ich daneben das Glück, zusammen mit ihm das Studium und die beiden Staatsexamen erfolgreich meistern zu dürfen.

Düsseldorf, im Oktober 2024

Julian Jäger

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
A. Einleitung	1
<i>I. Hypertrophie des Grundrechts der Religionsfreiheit</i>	<i>1</i>
<i>II. Aktueller Diskussionsstand zur Religionsfreiheit</i>	<i>6</i>
<i>III. Eigener Ansatz der religionsregelnden Tendenz</i>	<i>9</i>
<i>IV. Gang der Untersuchung</i>	<i>12</i>
B. Ursachen – Weg zur unbegrenzten allgemeinen Handlungsfreiheit	15
<i>I. Individuelle Religionsfreiheit in der Weimarer Reichsverfassung ..</i>	<i>15</i>
<i>II. Weichenstellung durch frühe Leitentscheidungen</i>	<i>18</i>
1. Glaubensabwerbung (BVerfGE 12, 1)	18
2. Aktion Rumpelkammer (BVerfGE 24, 236)	19
3. Gesundheitsbeter (BVerfGE 32, 98)	21
4. Eidesverweigerung aus Glaubensgründen (BVerfGE 33, 23)	22
<i>III. Hintergrund und mögliche Motive des weiten Verständnisses</i>	<i>23</i>
1. Reaktion auf Nationalsozialismus	23
2. Religiöse Homogenität	25
3. Bezug zur Menschenwürde	27
4. Folgerungen aus Vorbehaltlosigkeit/Entstehungsgeschichte	28
<i>IV. Beibehaltung des weiten Verständnisses in der Rechtsprechung ...</i>	<i>29</i>
<i>V. Vergleich: Religionsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH und EGMR</i>	<i>31</i>
1. Europäischer Gerichtshof	31
2. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	33
<i>VI. Erste zusammenfassende kritische Würdigung</i>	<i>36</i>

C. Befund: Unbegrenzte Allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 4 GG	43
D. Auswirkungen der „unbegrenzten allgemeine Handlungsfreiheit“	47
<i>I. Erhebliche Anzahl an Konfliktfeldern</i>	47
1. (Hoch-)Schulrecht	47
a) Religiöse Symbole/Bekleidung bei Lehrern	47
b) Religiöse Bekleidung bei Schülern/Studenten	50
c) Homeschooling	51
d) Schwimm-/Sportunterricht	52
e) Klassenfahrten	53
f) Befreiung von einzelnen Unterrichtsinhalten	54
g) Schulgebet.	55
h) Befreiung von universitären Prüfungen an Feiertagen	56
2. Gerichtsverfahrensrecht im weiteren Sinne	57
3. Sonstiges Beamtenrecht/Anstellungsverhältnisse im öffentlichen Dienst ..	59
a) Dienstbefreiung an Feiertagen	59
b) Dienstpflichtverletzungen	59
c) Versetzungen	60
4. Straf(prozess)recht und Strafvollzugsrecht	60
a) Strafbarkeit nach Strafgesetzbuch	61
b) Insbesondere Beschneidung	63
c) Strafprozessordnung	64
d) Strafvollzug	65
5. Tierschutzrecht	66
6. Passrecht	68
7. Straßenverkehrsrecht	69
a) Vollverschleierungsverbot gemäß § 23 Abs. 4 S. 1 StVO	69
b) Motorradhelmpflicht gemäß § 21a Abs. 2 S. 1 StVO	70
8. Infektionsschutzrecht (Corona)	71
9. Sonstiges Verwaltungsrecht	73
a) Baurecht	73
b) Straßenrecht	74
c) Gewerberecht	75
d) Bestattungsrecht	75
e) Betäubungsmittelrecht	76
f) Rundfunkbeitragsrecht	76
g) Sozialrecht	77
10. Privatrecht	78
a) Arbeitsverhältnisse	78
aa) Bekleidung	78

bb) Arbeitsanweisungen	79
b) Vereinsrecht	80
c) Sonstige Privatrechtsverhältnisse	80
11. Zusammenfassende Bewertung	81
<i>II. Überlagerung spezifischer Schutzbereiche</i>	84
1. Allgemeine Handlungsfreiheit	86
2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht	89
3. Meinungsfreiheit	93
4. Presse-, Rundfunk- und Informationsfreiheit	97
5. Eltern- und Erziehungsrecht	97
6. Versammlungsfreiheit	100
7. Berufsfreiheit	102
8. Eigentumsfreiheit	104
9. Zusammenfassung	104
<i>III. Exemption von allgemeinen Gesetzen</i>	107
1. Beispiele für Exemtionen	107
2. Missachtung der staatlichen Rechtsgemeinschaft	109
<i>IV. Entmachtung des Gesetzgebers/Richterlicher Dezisionismus</i>	113
1. Entmachtung des Gesetzgebers	114
2. Richterlicher Dezisionismus	117
<i>V. Unzulässige Bevorzugung (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG)</i>	120
1. Befund und mögliche Ursachen des Schattendaseins	123
2. Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 3 GG	129
a) Frühe Rechtsprechung zum Gewährleistungsgehalt	130
aa) Begründungsverbot	130
bb) Uneindeutige Entscheidungen	131
b) Vom Begründungsverbot zum Anknüpfungsverbot	132
c) Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung gemäß Art. 3 Abs. 3 GG	133
3. Wesentliche Literaturauffassungen	135
a) Anknüpfungsverbot	135
aa) Relatives Anknüpfungsverbot	136
bb) Absolutes Anknüpfungsverbot, insbesondere <i>Michael Sachs</i>	137
b) Begründungsverbot	138
c) Merkmal des Glaubens/religiöse Anschauungen	141
aa) Umgang mit Anknüpfungsverbot	141
bb) Insbesondere Position von <i>Martin Heckel</i>	143
4. Eigene Auslegung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG	146
a) Wortlaut	146
b) Systematik	150
c) Historie	152

d) Telos	154
e) Zusammenfassung – Rechtfertigungsproblematik	155
5. Bedeutung für ausgewählte religionsbezogene Sachverhalte	161
a) Schächten	161
b) Beschneidung	162
c) Passbilder	162
d) Gesichtsverhüllung im Gerichtssaal	163
e) Schulbefreiung	164
f) Referendarin mit Kopftuch	164
6. Abschließende Thesen zur Restriktionsmöglichkeit aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG	165
<i>VI. Vom Abwehrrecht zum Leistungsrecht</i>	166
1. Religionsfreiheit als Leistungsrecht	166
2. Beispiele für Leistungsrechte in der Rechtsprechung	167
<i>VII. Zusammenfassende Bewertung/Notwendigkeit der Begrenzung</i>	172
E. Bisher vertretene Restriktionsmöglichkeiten	175
<i>I. Schutzbereich</i>	175
1. Trennung nach Lebens- und Gewährleistungsbereich/-gehalt	175
2. Insbesondere Vorbehalt allgemeiner Gesetze	178
3. Aufspaltung des einheitlichen Grundrechts	183
a) Auslegung	184
aa) Wortlaut	184
bb) Systematik	187
cc) Historie	191
dd) Telos	195
b) Ergebnis	198
4. Beschränkung auf kultus-/religionsspezifische Handlungen	200
5. Kulturvölkerformel	202
6. Ordre-public-Vorbehalt	205
7. Kollektiver Ansatz	206
8. Beschränkung auf bekannte (christliche) Formen der Religionsausübung ..	207
9. Zusammenfassende Bewertung	209
<i>II. Schranken</i>	211
1. Art. 136 Abs. 1 WRV i. V. m. Art. 140 GG	211
a) Bedeutung in Weimarer Reichsverfassung	212
b) BVerfGE 33, 23 – Überlagerung durch Art. 4 Abs. 1, 2 GG	215
c) Entstehungsgeschichte	218
aa) Streichung Gesetzesvorbehalt für Religionsfreiheit	218

bb) Redaktionsversehen	222
cc) Abschlussbericht von <i>von Brentano</i>	223
d) Systematik	225
e) Zwischenergebnis	227
2. Schrankenleihe	229
3. Ungeschriebener Schrankenvorbehalt	230
4. Zusammenfassung	231

F. Modifizierung des Eingriffsbegriffs – religionsregelnde Tendenz

233

I. (Nachträgliche) Veränderung des Eingriffsbegriffs – „Verfassungswandel“

233

II. Berufsregelnde Tendenz nach Bundesverfassungsgericht

235

1. Leitentscheidungen	236
2. Fallgruppen	238
a) Steuer-/Abgabenrecht	238
b) Zivil-/Arbeitsrecht	239
c) Strafrecht	240
d) Kommunalvertretungsverbot	241
3. Zusammenfassung der maßgeblichen Kriterien	242
a) Subjektiv berufsregelnde Tendenz	243
b) Objektiv berufsregelnde Tendenz	244

III. Übertragung des Eingriffsbegriffs der berufsregelnden Tendenz ...

244

1. Vergleichbare Grundrechtsgewährleistungslage	246
a) Vergleichbares Gewicht der Grundrechte	246
b) Allgemeine Regelungssystematik	248
c) Subjektiv geprägter Schutzbereich	250
d) (Unvollständiger) Gesetzesvorbehalt	251
e) Allgemeine Handlungsfreiheit/drohende Konturlosigkeit	253
f) Zusammenfassung	257
2. „Planwidrige“ Rechtsprechungslücke	258
a) Meidung der Begrenzungsauseinandersetzung	258
b) Missachtete Entstehungsgeschichte	261
c) Vorbehalt der allgemeinen Gesetze – Art. 136 Abs. 1 WRV	264
d) Erforderliches Korrektiv durch Gleichbehandlungsgebot und Privilegierungsverbot	266
e) Auswirkungen auf allgemeine Rechtsordnung	267
f) Konkurrenzverhältnis und spezifischer Anwendungsbereich	268
3. Definition der objektiven und subjektiven religionsregelnden Tendenz	270
4. Zusammenfassende Bewertung zur Übertragung des Eingriffsbegriffs	270
5. Vergleichbare Erwägungen	274

6. Modifizierter Eingriffsbegriff	276
7. Bisherige Erwähnung des Eingriffsbegriffs der religionsregelnden Tendenz	278
G. Anwendung des modifizierten Eingriffsbegriffs	281
I. <i>Folgen für Konfliktfelder</i>	281
1. (Hoch-)Schulrecht	281
a) Religiöse Symbole/Bekleidung bei Lehrern	281
b) Religiöse Bekleidung bei Schülern/Studenten	286
c) Homeschooling	286
d) Unterrichtsinhalte/Aktivitäten	287
e) Schulgebet	288
f) Befreiung von universitären Prüfungen an Feiertagen	289
2. Gerichtsverfahrensrecht im weiteren Sinne	289
3. Sonstiges Beamtenrecht/Anstellungsverhältnisse im öffentlichen Dienst ..	291
4. Straf(prozess-)recht und Strafvollzugsrecht	292
a) Strafbarkeit nach Strafgesetzbuch	292
b) Insbesondere Beschneidung	293
c) Strafprozessordnung	293
d) Strafvollzug	294
5. Tierschutzrecht	295
6. Passrecht	296
7. Straßenverkehrsrecht	297
a) Vollverschleierungsverbot gemäß § 23 Abs. 4 S. 1 StVO	297
b) Motorradhelmpflicht gemäß § 21a Abs. 2 S. 1 StVO	298
8. Infektionsschutzrecht (Corona)	298
9. Sonstiges Verwaltungsrecht	300
a) Baurecht	300
b) Straßenrecht	301
c) Gewerberecht	302
d) Bestattungsrecht	302
e) Betäubungsmittelrecht	303
f) Rundfunkbeitragsrecht	304
g) Sozialrecht	304
10. Privatrecht	305
a) Arbeitsverhältnis	305
aa) Bekleidung	305
bb) Arbeitsanweisungen	306
cc) Vereinsrecht	307
dd) Sonstige Privatrechtsverhältnisse	308

<i>II. Unterschiede und Vorteile zu bisher vertretenen Restriktionsmöglichkeiten</i>	308
1. Schutzbereichsbeschränkung	308
2. Gesetzesvorbehalt	311
<i>III. Vereinbarkeit mit Europäischer Menschenrechtskonvention und Grundrechtecharta</i>	312
1. Europäische Menschenrechtskonvention	312
2. Grundrechtecharta	316
<i>IV. Auswirkungen auf Gewissensfreiheit</i>	318
<i>V. Religionsregelnde Tendenz als Antwort auf unbegrenzte allgemeine Handlungsfreiheit</i>	322
H. Abschließende Thesen	329
<i>I. „Unbegrenzte allgemeine Handlungsfreiheit“ aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG</i>	329
<i>II. Nicht nachvollziehbare „Versteinering“ durch frühe Leitentscheidungen</i>	330
<i>III. Erhebliche Auswirkungen der unbegrenzten allgemeinen Handlungsfreiheit</i>	331
<i>IV. Privilegierungen und Exemtionen verletzen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG</i> ..	332
<i>V. Bisher vertretene Restriktionsmöglichkeiten nicht ausreichend</i>	333
<i>VI. Übertragbarkeit des Eingriffsbegriffs aus Art. 12 Abs. 1 GG</i>	335
1. Analogiebildung	335
2. Begriffe der objektiv und subjektiv religionsregelnden Tendenz	336
3. Folgen der Anwendung des Eingriffsbegriffs der religionsregelnden Tendenz	337
Literaturverzeichnis	339
Sachregister	355

A. Einleitung

I. Hypertrophie¹ des Grundrechts der Religionsfreiheit

„Sie [= die Religionsfreiheit] umfaßt daher nicht nur die (innere) Freiheit zu glauben oder nicht zu glauben, sondern auch die äußere Freiheit, den Glauben zu manifestieren, zu bekennen und zu verbreiten (vgl. BVerfGE 24, 236 [245]). Dazu gehört auch das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln.“²

Das Bundesverfassungsgericht legte sich in seinen Entscheidungen zur Aktion Rumpelkammer³ und Gesundheitsbeter⁴ früh auf ein weites Verständnis des Schutzbereichs der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG fest.⁵ Nach diesen beiden Entscheidungen sind religiöse Handlungsmotive dazu geeignet, eine „Exemption“⁶ von dem für alle geltenden Wettbewerbsrecht⁷ und Strafrecht⁸ zu erreichen. Die in Art. 4 Abs. 1, 2 GG einzeln aufgezählten Rechte, die Freiheit des Glaubens, des religiösen Bekenntnisses und der ungestörten Religionsausübung sollen zudem ein einheitliches Grundrecht der Religionsfreiheit bilden,⁹ bei dem bei der Bestimmung des Religionsbegriffs auf das Selbstverständnis des Gläubigen abzustellen ist.¹⁰ Daran hält das Bundesverfassungsgericht in seiner ständigen Rechtsprechung bis heute fest, ohne die Reichweite des Schutzbereichs und die damit verbundenen Auswirkungen noch zu hinterfragen.¹¹

Da nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Religionsfreiheit zudem vorbehaltlos gewährt und nur durch verfassungsimma-

¹ Kästner, JZ 1998, 974.

² BVerfGE 32, 98 (106).

³ BVerfGE 24, 236.

⁴ BVerfGE 32, 98.

⁵ Insoweit konstatiert Steiner, in: Häberle, Islam – Meinungsfreiheit – Internet, S. 37 (40) folgendes: „In seiner Religionsfreundlichkeit läßt sich das deutsche BVerfG kaum übertreffen.“

⁶ Kästner/Droege, in: Stern/Becker, Art. 4 Rn. 50; Link, in: FS Thieme, S. 95 (118); Muckel, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, S. 36.

⁷ BVerfGE 24, 236 (251 f.).

⁸ BVerfGE 32, 98 (108 f.).

⁹ BVerfGE 24, 236 (245).

¹⁰ BVerfGE 24, 236 (247).

¹¹ BVerfGE 32, 98 (106); 44, 37 (49); 83, 341 (354); 108, 282 (297); 125, 39 (79); 153, 1 (33); zum Selbstverständnis: BVerfGE 108, 282 (298); 153, 1 (34).

nente Schranken begrenzt ist,¹² ergibt sich aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG somit ein Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit,¹³ das sich von Art. 2 Abs. 1 GG insbesondere durch die erschwerte Einschränkungbarkeit aufgrund der nicht anzuwendenden Schrankentrias unterscheidet.¹⁴ Sobald eine Handlung einen religiösen Hintergrund hat, kann sich der Gläubige somit auf die Religionsfreiheit berufen. Hinzukommt, dass die Religionsfreiheit durch das Bundesverfassungsgericht¹⁵ und Teile der Literatur¹⁶ als direkter Ausfluss der Menschenwürde angesehen wird und ihr im Rahmen der Abwägungsentscheidung damit ein noch stärkeres Gewicht als ohnehin schon zugemessen wird. *Pagenkopf* hat deshalb die Frage gestellt: „Unbegrenzte allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 4 GG?“¹⁷ Warum es sich nach dem bisher herrschenden Verständnis der Religionsfreiheit tatsächlich um eine unbegrenzte allgemeine Handlungsfreiheit handelt, welche Auswirkungen dies hat und ob Restriktionsmöglichkeiten bestehen, soll Gegenstand der folgenden Untersuchungen werden.

Die Gerichte haben in ihrer ständigen Rechtsprechung mit dem weiten Verständnis einerseits die religiöse Homogenität in den Zeiten der frühen Bundesrepublik, die den Hintergrund der frühen Entscheidungen bildete,¹⁸ und ande-

¹² BVerfGE 32, 98 (107).

¹³ *Abel*, Inhalt und Grenzen der Religionsfreiheit, S. 91; *Haupt*, Verfassungsfragen zum muslimischen Kopftuch, S. 67; *Böckenförde*, in: *Der Staat* 42 (2003), 165 (183); *Borowski*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, S. 380; *Epping*, Grundrechte, Rn. 308a; *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, 91. EL April 2020, GG, Art. 4 Rn. 15; *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, S. 376; *Kreissl*, Die Religionsfreiheit juristischer Personen im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG, S. 93; *Misera-Lang*, Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte, S. 267; *Möllers*, VVDStRL 68 (2009), S. 47 (72); *Muckel*, in: *Der Islam im öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaates*, S. 243; *Papier*, in: *Merten/Papier*, Grundsatzfragen der Grundrechtsdogmatik, S. 81 (91); *Mückl*, in: *BK, GG*, Art. 4, Rn. 101; *ders.*, in: *Der Staat* 40 (2001), 96 (103); *Pagenkopf*, in: *FS Hecker*, S. 221 (225); *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 195; *Schachtschneider*, Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Islam, S. 20; *Schoch*, in: *FS Hollerbach*, S. 149 (155); *von Lucius*, Homeschooling, S. 167; *Wagner*, Kulturelle Integration und Grundgesetz, S. 132; *Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, D 68; *Walter*, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive, S. 495.

¹⁴ *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, 91. EL April 2020, GG, Art. 4 Rn. 16; *Pagenkopf*, in: *FS Hecker*, S. 221 (225).

¹⁵ BVerfGE 24, 236 (246); 35, 366 (375 f.); 153, 1 (46).

¹⁶ *Abel*, Inhalt und Grenzen der Religionsfreiheit, S. 90; *Badura*, in: *Der Schutz von Religion und Weltanschauung durch das Grundgesetz*, S. 33 f.; *El Idrissi*, Umgang mit religiöser Fremdheit, S. 80; *Fischer*, Trennung von Staat und Kirche, S. 69; *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 1 Rn. 26; *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, 91. EL April 2020, GG, Art. 4 Rn. 11; *Heckel*, in: *FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, S. 379 (394); *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG, Art. 4 Rn. 3; *Kokott*, in: *Sachs*, GG, Art. 4 Rn. 3; *Maurer*, in: *ZevKR* 49 (2004), 311 (331); *Schulze-Fielitz*, in: *JöR* 59 (2011), 259 (260); *Wagner*, Kulturelle Integration und Grundgesetz, S. 72.

¹⁷ *Pagenkopf*, in: *FS Hecker*, S. 221.

¹⁸ *Kästner/Droege*, in: *Stern/Becker*, Art. 4 Rn. 218; *Mick-Schwerdtfeger*, Kollisionen im Rahmen der Religionsausübung, S. 26; *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, S. 36; *Mückl*, in: *Der Staat* 40 (2001), 96; *Papier*, in: *Merten/Papier*, Grundsatzfra-

rerseits den stetig wachsenden religiösen Pluralismus in Deutschland¹⁹ nicht ausreichend berücksichtigt. Noch im Jahr 1979 hielt das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Schulgebet die Einführung christlicher Bezüge in einer öffentlichen Schule nicht für verboten, auch wenn eine Minderheit der Erziehungsberechtigten keine religiöse Erziehung wünsche.²⁰ Zum 31. Dezember 2021 waren jedoch nur noch circa 50 Prozent der Bundesbürger Mitglied der evangelischen und römisch-katholischen Kirche. Daneben haben sich andere religiöse Gruppen etabliert, bei denen die Muslime mit circa vier Prozent der Bevölkerung die wahrnehmbarste kleinere Religionsgemeinschaft bilden. Die größte Gruppe stellen jedoch mittlerweile die Konfessionsfreien mit 42 Prozent der Bundesbürger dar.²¹

Diese religiöse Pluralisierung und das momentan weite Verständnis der Religionsfreiheit führen zu bisher nicht konsistent gelösten religiösen Konflikten²² im Spannungsverhältnis zwischen der Ausübung der individuellen Religionsfreiheit, den allgemeinen Gesetzen sowie Rechten Dritter, indem jegliches einfache materielle und formelle Gesetz potenziell in den Schutzbereich der Religionsfreiheit eingreifen kann und dadurch „jede im einfachen Gesetzesrecht enthaltene Eingrenzung der religiösen Sphären [...] zu einer Verfassungsfrage hochgezoomt wird [...]“²³. Es besteht damit die ernsthafte Gefahr, die Entscheidung über die Anwendung der allgemeinen Gesetze zunächst den Gläubigen selbst²⁴ und dann den Richtern und somit einer Einzelfallentscheidung zu un-

gen der Grundrechtsdogmatik, S. 81 (91); *Schoch*, in: FS Hollerbach, S. 149 (155); *Tomuschat*, EuGRZ 2016, 6 (9); *Wiese*, Lehrerinnen mit Kopftuch, S. 62.

¹⁹ *Augsberg*, in: Der Staat 48 (2009), 239; *Fischer/Groß*, DÖV 2003, 932; *Kästner/Droege*, in: Stern/Becker, Art. 4 Rn. 30; *Kloepfer*, DÖV 2003, 45 (48); *Korioth/Augsberg*, JZ 2010, 828 (829); *Langenfeld*, in: ZevKR 60 (2015), 420 (433); *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, S. 250; *Papier*, in: Merten/Papier, Grundsatzfragen der Grundrechtsdogmatik, S. 81 (91); Wachsenden Pluralismus als mögliches Argument für Rechtsprechungsänderung anführend: BVerwG, Urt. v. 30.11.2011 – 6 C 20/10, NVwZ 2012, 162 (165); Übersicht zur Säkularisierung und Pluralisierung: *Ungern-Sternberg*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, HdBVerfR, § 21 Rn. 28 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: JöR 59 (2011), 259 (274 f.); *Unruh*, Reformation – Staat – Religion, S. 211 ff.

²⁰ BVerfGE 52, 223 (237).

²¹ Bericht und Statistik der Forschungsgruppe Weltanschauungen in Deutschland vom 24.08.2022 <https://fowid.de/meldung/religionszugehoerigkeiten-2021> (zuletzt abgerufen am 04.08.2024).

²² Vgl. nur die divergierenden Entscheidungen des BVerfG zum Kopftuch der Lehrerin: BVerfGE 108, 282 und BVerfGE 138, 296; dazu *Langenfeld*, in: ZevKR 60 (2015), 420 (421); Siehe zudem bereits Zusammenfassung von *Grimm*, in: Wahl/Wieland, Das Recht des Menschen in der Welt, S. 135 ff.

²³ *Brenner*, VVDStRL 59 (2000), S. 264 (291); so auch: *Classen*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht, S. 42; *Kästner/Droege*, in: Stern/Becker, Art. 4 Rn. 32; *Köhler*, Religionsfreiheit und Strafrecht, S. 36.

²⁴ Zur Übertragung der Kompetenz-Kompetenz vom Staat auf den Einzelnen: *Böckenförde*, in: Der Staat 42 (2003), 165 (181); *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, S. 413; *Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, D 69.

terwerfen²⁵, damit die Gesetzgebungs- und Gestaltungskompetenz des Gesetzgebers zu untergraben²⁶ und die Rechtsanwendungsungleichheit zu gefährden²⁷. Letztere wird bedroht, indem jener Grundrechtsträger gegenüber seinen Mitbürgern privilegiert wird, der sich bei einer ansonsten identischen Handlung auf eine religiöse Motivation berufen und damit den allgemeinen Gesetzen entziehen kann.²⁸

Mit dem vielleicht meistdiskutierten Spannungsfeld, dem Tragen des Kopftuchs,²⁹ befasste sich das Bundesverfassungsgericht zuletzt eingehend aufgrund einer Rechtsreferendarin, der untersagt wurde, bei der staatsanwaltlichen Sitzungsververtretung und Leitung einer zivilgerichtlichen Verhandlung ein Kopftuch zu tragen.³⁰ Ein weiterer klassischer Konfliktbereich betrifft die Frage, ob und wann aus religiösen Gründen ein Anspruch auf Befreiung vom Schulunterricht³¹ oder Schächtverbot³² besteht. Daneben sind Lebensbereiche betroffen, in denen auf den ersten Blick, und wohl auch aus der Sicht der Grundgesetzmütter und -väter, keine Beeinträchtigungen der Religionsausübung zu erwarten waren.³³ Aus religiösen Gründen wurde zuletzt zum Beispiel die Befreiung von allgemeinen Gesetzen bezüglich der Pflicht zum Tragen eines Motorradhelms³⁴

²⁵ *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, S. 290; *Hellermann*, in: Grabenwarter C, ed. Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, S. 129 (137); *Kästner*, in: *ZevKR* 60 (2015), 1 (24); *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, S. 199; *Pagenkopf*, in: FS Hecker, S. 221 (231).

²⁶ *Grimm*, in: Wahl/Wieland, Das Recht des Menschen in der Welt, S. 139; *Heckel*, in: *ZevKR* 44 (1999), 340 (353); *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, S. 413; *Pagenkopf*, in: FS Hecker, S. 221 (231); *Ungern-Sternberg*, in: Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, S. 247 (249); *Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, D 69.

²⁷ *Classen*, Religionsrecht, Rn. 153; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR IX, § 191 Rn. 90; *Mager*, in: Mahlmann/Rottleuthner, Ein neuer Kampf der Religionen, S. 185 (204 f.); *Vosgerau*, Freiheit des Glaubens und Systematik des Grundgesetzes, S. 166.

²⁸ *Czermak*, Siebzig Jahre Bundesverfassungsgericht in weltanschaulicher Schiefelage, S. 124; *Muckel*, in: Friauf/Höfling, GG, Art. 4 Rn. 6; *ders.*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, S. 86; *Müickl*, in: BK, GG, Art. 4, Rn. 135; *Papier*, in: Merten/Papier, Grundsatzfragen der Grundrechtsdogmatik, S. 81 (91); *Pagenkopf*, in: FS Hecker, S. 221 (229); *Vosgerau*, Freiheit des Glaubens und Systematik des Grundgesetzes, S. 166.

²⁹ Zuletzt EuGH, Urt. v. 15.07.2021 – C-804/18, C-341/19, NJW 2021, 2715 – *IX/WABE eV und MH Müller Handels GmbH/MJ*.

³⁰ BVerfG, Beschl. 27.06.2017 – 2 BvR 1333/17, NJW 2017, 2333; dazu: *Sinder*, in: Der Staat 57 (2018), 459; BVerfGE 153, 1.

³¹ BVerfG, Beschl. v. 08.11.2016 – 1 BvR 3237/13, NVwZ 2017, 227; BVerwG, Urt. v. 11.09.2013 – 6 C 12/12, NVwZ 2014, 237.

³² BVerfGE 104, 337; BVerwG, Urt. v. 23.11.2006 – 3 C 30/05, NVwZ 2007, 461.

³³ Bsp.: Straßenrecht: BVerwG, Beschl. v. 04.07.1996 – 11 B 23.96, NJW 1997, 406; VGH Mannheim, Beschl. v. 12.07.1996 – 5 S 472/96; Gewerberecht: BVerwG, 16.02.1995 – 1 B 205.93; Baurecht: BVerfG, Beschl. v. 09.05.2016 – 1 BvR 2202/13, NVwZ 1998, 91; Bestattungsrecht: BVerwG, Urt. v. 26.06.1974 – 7 C 36.72, NJW 1974, 2018; Betäubungsmittelrecht: BVerwG, Urt. v. 21.12.2000 – 3 C 20.00, NJW 2001, 1365.

³⁴ BVerwG, Urt. v. 04.07.2019 – 3 C 24/17, NJW 2019, 3466.

und der Zahlung des Rundfunkbeitrags³⁵ verlangt und im Bereich der Beschneidung von Jungen sogar in Gesetzesform (§ 163 I d Abs. 2 BGB) gegossen.

Die Rechtsprechung hat die angesprochenen Auswirkungen des weiten Verständnisses der Religionsfreiheit bisher weitestgehend ignoriert und die Lösungsvorschläge der Literatur, insbesondere den Schutzbereich der Religionsfreiheit zu modifizieren und/oder zumindest die Religionsausübung unter einen Gesetzesvorbehalt zu stellen, nicht aufgegriffen.³⁶ Im Gegenteil: In der Rechtsprechung ist eine „Prävalenz der Religionsfreiheit“³⁷ deutlich erkennbar. Während sich ein Lehrer³⁸ oder sonstiger Beamter politischer Betätigung im Dienst regelmäßig zu enthalten hat,³⁹ soll das fortdauernde positive Bekenntnis einer Lehrerin zum Islam mittels Kopftuches nur bei einer konkreten Gefährdung des Schulfriedens untersagt werden können⁴⁰. Gleiches gilt im Verhältnis zu den bisher grundsätzlich gebilligten Vorschriften zum Verbot von Tattoos bei Polizisten,⁴¹ bei denen Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ohne Weiteres selbst auf der Grundlage von Verwaltungsvorschriften oder Weisungen gebilligt wurden⁴² und dem Dienstherrn sogar eine weite Einschätzungsprärogative zukommt⁴³. Erst nach der neueren Rechtsprechung soll zumindest eine hinreichend bestimmte Gesetzesgrundlage notwendig sein.⁴⁴ Während die Befreiung von der Gurtpflicht aus gesundheitlichen Gründen nach § 46 Abs. 1 S. 1 Nr. 5b StVO nur unter sehr engen Voraussetzungen⁴⁵ und regelmäßig nicht einmal bei psychischen und physischen Beeinträchtigungen, die ein Entkommen aus dem Fahrzeug im Falle eines Unfalls bei Feuer oder einem Sturz ins Wasser verhindern könnten,⁴⁶ möglich sein soll, wird bei einem religiös begründeten Befreiungsanspruch von der Helmpflicht gar über eine Ermessensreduktion auf Null nachgedacht. Diese wurde zwar unter erhöhtem Begründungsaufwand abgelehnt, aber die grundsätzlich religiös motivierte Befreiungsmöglichkeit anerkannt.⁴⁷ Solche starken Gewichtung der Religionsfreiheit finden sich auch in der Literatur, wenn das Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 1, 2 GG allein nicht aus-

³⁵ BVerfG, BEschl. v. 12.12.2012 – 1 BvR 2550/12, NVwZ 2013, 423; OVG Bautzen, Beschl. v. 30.06.2017 – 5 A 133/16.

³⁶ Siehe Abschnitt A. II.

³⁷ Kästner/Droege, in: Stern/Becker, Art. 4 Rn. 62.

³⁸ BVerwG, Urt. v. 25.01.1990 – 2 C 50.88, NJW 1990, 2265.

³⁹ BVerwG, Beschl. v. 16.07.2012 – 2 B 16.12, BeckRS 2012, 55091 Rn. 11.

⁴⁰ BVerfGE 138, 296 (335).

⁴¹ VGH München, Urt. v. 14.11.2018 – 3 BV 16.2072, NZA-RR 2019, 223; VGH Mannheim, Beschl. v. 27.10.2015 – 4 S 1914/15, NVwZ-RR 2016, 236.

⁴² VGH München, Urt. v. 14.11.2018 – 3 BV 16.2072, NZA-RR 2019, 223 (225).

⁴³ BVerfG, Beschl. v. 10.01.1991 – 2 BvR 550/90, NJW 1991, 1477; VGH München, Urt. v. 14.11.2018 – 3 BV 16.2072, NZA-RR 2019, 223 (225).

⁴⁴ BVerwG, Urt. v. 17.11.2017 – 2 C 25.17, NJW 2018, 1185 (1188).

⁴⁵ VGH München, Beschl. v. 28.08.2018 – 11 ZB 18.1095, BeckRS 2018, 19984 Rn. 8; OVG Lüneburg, Beschl. v. 26.02.2015 – 12 LA 137/14, NJW 2015, 1467.

⁴⁶ OVG Lüneburg, Beschl. v. 26.02.2015 – 12 LA 137/14, NJW 2015, 1467.

⁴⁷ VGH Mannheim, Urt. v. 29.08.2017 – 10 S 30/16, BeckRS 2017, 124386.

reiche, um die Beschneidung eines Jungen zu rechtfertigen und es erst bei hinzutretenden religiösen Motiven verfassungsrechtlich geboten sei, die Beschneidung zu erlauben.⁴⁸ Religiös motivierte Erziehung soll danach gewichtiger und schützenswerter als die „einfache Erziehung“ sein.⁴⁹ Es bestehen erhebliche Zweifel, ob das bisher vom Bundesverfassungsgericht und der herrschenden Meinung zugrunde gelegte Verständnis der Religionsfreiheit, insbesondere der weiten Auslegung des Schutzbereichs, überhaupt dem normativen Inhalt des Grundgesetzes beziehungsweise Art. 4 Abs. 1, 2 GG entspricht.⁵⁰

Um die vorgenannten Probleme, unter anderem die starke Gewichtung der Religionsfreiheit beziehungsweise die Auflösung spezifischer Anwendungsbereiche zwischen den Grundrechten⁵¹ sowie Denaturierung der allgemeinen Gesetze, zu lösen, verbleibt somit die Frage, ob und wie das momentane weite Verständnis der Religionsfreiheit beschränkt werden könnte, ohne sich von einem liberalen Verständnis der Freiheitsgrundrechte zu verabschieden. Als bisher noch nicht breit diskutierten Lösungsansatz wird in dieser Arbeit insbesondere ein engerer Eingriffsbegriff in Bezug auf die Religionsfreiheit vorgeschlagen. Orientiert am Eingriffsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG soll eine staatliche Handlung nur dann einen Eingriff in die Religionsfreiheit darstellen, wenn diese eine subjektiv oder objektiv religionsregelnde Tendenz⁵² hat.

II. Aktueller Diskussionsstand zur Religionsfreiheit

Teile der Literatur sehen keinen Bedarf, an dem bisherigen weiten Verständnis der Religionsfreiheit und den beschränkten Eingriffsmöglichkeiten etwas zu ändern. Über die Abwägung im Rahmen der Rechtfertigung sei nach den Grundsätzen zur praktischen Konkordanz jede Konfliktlage zwischen der Religionsfreiheit und den allgemeinen Gesetzen und Rechten Dritter lösbar.⁵³ Die

⁴⁸ Köhler, Religionsfreiheit und Strafrecht, S. 203; Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 178; Schmid, Elterliche Einwilligung in eine Zirkumzision, S. 291; In diese Richtung auch: Rox, JZ 2012, 1061 f.

⁴⁹ Krit. dazu: von Lucius, Homeschooling, S. 169 ff.

⁵⁰ So hinsichtlich des Schutzbereichs auch: Mückl, in: Der Staat 40 (2001), 96 (103).

⁵¹ Haupt, Verfassungsfragen zum muslimischen Kopftuch, S. 67 f.; Kästner, JZ 1998, 974 (980); Kästner/Droege, in: Stern/Becker, Art. 4 Rn. 61; Mick-Schwerdtfeger, Kollisionen im Rahmen der Religionsausübung, S. 29; Vosgerau, Freiheit des Glaubens und Systematik des Grundgesetzes, S. 166.

⁵² Diese Begrifflichkeit bisher ohne nähere Begründung nur aufgreifend: Kreissl, Die Religionsfreiheit juristischer Personen im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG, S. 207 f.; BayObLG, Beschl. v. 27.04.2020 – 202 ObOWi 492/20, NJW 2020, 3539 (3540).

⁵³ Bock, AöR 123 (1997), 444 (449); Grimm, in: Wahl/Wieland, Das Recht des Menschen in der Welt, S. 144 ff.; Heinig, in: Verfassung der Religionen, S. 35; ders., öffentlich rechtliche Religionsgesellschaften, S. 137; Ungern-Sternberg, in: Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, S. 247 (261);

Privilegierung religiöser Handlungen sei verfassungsrechtlich geboten und verstoße insbesondere nicht gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.⁵⁴ Ließe man keine Befreiung von einzelnen allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu, handele es sich dagegen um eine Diskriminierung aufgrund des Glaubens und der religiösen Anschauung.⁵⁵ Dagegen gibt es Stimmen, die teils mit dramatischen Wörtern eine Änderung der Rechtsprechung fordern, indem die Religionsfreiheit nach bisherigem Verständnis als „Spaltpilz hoher Virulenz“⁵⁶ sowie Grundrechtssubjektivismus als vollkommen unvereinbar mit der Gleichheit vor dem Gesetz⁵⁷ angesehen wird und die bisherige Auslegung zu einer „theokratisch inspirierten Anarchie“ führe⁵⁸.

Die Diskussion zu möglichen Restriktionen der Religionsfreiheit und dem Umgang mit den beschriebenen Konfliktfeldern konzentriert sich bisher im Hinblick auf den klassischen Dreiklang Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung auf die erste und letzte Stufe der Grundrechtsprüfung. Am weitreichendsten ist die Ansicht, wonach vorbehaltlose Grundrechte, und damit auch die Religionsfreiheit, von vornherein im Schutzbereich durch allgemeine Gesetze beschränkt seien und deshalb solche Gesetze auch keinen Eingriff mehr darstellen könnten.⁵⁹ Es gibt zudem den Ansatz, den Schutzbereich lediglich auf religionspezifische Handlungen zu erstrecken, womit nicht mehr die Freiheit zu einem beliebigen äußerlich neutralen, aber religiös motivierten Handeln geschützt wäre.⁶⁰ Weiterhin wird unter anderem vorgeschlagen, objektive Kriterien zur Schutzbereichsbestimmung heranzuziehen und nicht mehr allein auf das Selbstverständnis des Gläubigen abzustellen, sondern auch auf die Auffassungen der jeweiligen Glaubensgemeinschaft.⁶¹

Wagner, Kulturelle Integration und Grundgesetz, S. 130; *Walter*, DVBL 2008, 1073 (1074); *Wittreck*, in: Rees/Roca/Schanda, Neuere Entwicklungen im Religionsrecht, S. 825 (856 f.).

⁵⁴ *Heckel*, Gleichheit oder Privilegien, S. 91; *Nußberger*, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, GG, Art. 3 Rn. 246; In die gleiche Richtung: *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, S. 191 f.; *Hennig*, Muslimische Gemeinschaften im Religionsverfassungsrecht, S. 65 f.; *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 215.

⁵⁵ *Heckel*, Gleichheit oder Privilegien, S. 91.

⁵⁶ *Kästner*, JZ 1998, 974 (977).

⁵⁷ *Isensee*, Wer definiert die Freiheitsrechte, S. 36.

⁵⁸ *Schoch*, in: FS Hollerbach S. 149 (156); sich anschließend: *Schachtschneider*, Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Islam, S. 20; „Prädikat anarchistisch“: *Hellermann*, in: Grabenwarter C, ed. Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, S. 129 (135); ebenfalls gegen Verständnis als „religiöser Anarchismus“ *Heckel*, in: FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 379 (393).

⁵⁹ *Bettermann*, JZ 1964, 601 (603 ff.); *Kriele*, JA 1984, 629 (636).

⁶⁰ In diese Richtung auch BVerfGE 19, 129 (133); *Schoch*, in: FS Hollerbach, S. 149 (159); *Kästner*, JZ 1998, 974 (980); *Hillgruber*, JZ 1999, 538 (541); *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 245; mit Verweis auf Unterscheidung des Schutzbereichs in Lebensbereich und Gewährleistungsgehalt: *Böckenförde*, in: Der Staat 42 (2003), 165 (182); *Herzog*, DVBL 1969, 718 (719); *Hoffmann-Riem*, in: Der Staat 43 (2004), 203 (226).

⁶¹ *Classen*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht, S. 46; *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, S. 153.

Auf Schrankenebene wird vertreten, dass Art. 4 Abs. 1, 2 GG unter einem ungeschriebenen einfachen Gesetzesvorbehalt stehe⁶², eine Schrankenleihe von Art. 2 Abs. 1 GG möglich sei⁶³ und Art. 136 Abs. 1 WRV i. V. m. Art. 140 GG den Gesetzesvorbehalt für Art. 4 Abs. 1, 2 GG darstelle.⁶⁴ Ein Gesetzesvorbehalt wird insbesondere für die Religionsausübungsfreiheit⁶⁵ diskutiert, sofern man in Art. 4 Abs. 1, 2 GG schon kein einheitliches Grundrecht der Religionsfreiheit, sondern die Glaubens-, religiöse Bekenntnis- und Religionsausübungsfreiheit als gesondert gewährte und zu bewertende Gewährleistungen, anerkennt⁶⁶. Der Gesetzesvorbehalt solle aber nach teilweise vertretener Auffassung dann nur für allgemeine Gesetze, angelehnt an die Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 2 GG, gelten.⁶⁷

Der Eingriffsbegriff im Rahmen der Religionsfreiheit wurde dahingegen, mit Ausnahme von zuletzt *Maria Marquard*⁶⁸, noch nicht breit diskutiert.⁶⁹ Die Erörterungen beschränken sich größtenteils darauf, festzustellen, dass verfassungsrechtlich der Eingriffsbegriff nicht modifiziert werden könne⁷⁰ und ein Eingriff auch nicht deshalb ausscheiden könne, weil es sich um eine neutrale und

⁶² *Borowski*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, S. 541.

⁶³ *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, S. 290; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, 91. EL April 2020, GG, Art. 4 Rn. 114.

⁶⁴ *Anger*, Islam in der Schule, S. 149; *Bock*, AöR 123 (1997), 444 (471); *Czermak/Hillgendorf*, Religions- und Weltanschauungsrecht, Rn. 136; *Ehlers*, in: ZEVKR 44 (1999), 533 (537); *ders.*, in: Sachs, GG, Art. 136 WRV Rn. 4; *Fischer/Groß*, DÖV 2003, 932 (933); *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, S. 288; *Hillgruber*, JZ 1999, 538 (543); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 4 Rn. 32; *Kästner*, in: ZEVKR 60 (2015), 1 (18); *ders.*, JZ 1998, 974 (982); *Kokott*, in: Sachs, GG, Art. 4 Rn. 133 ff.; *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 32; *Magen*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 140 Rn. 44; *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, S. 230; *ders.*, Der Islam im öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaates, S. 248; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 4 Rn. 92; *Kästner/Droege*, in: Stern/Becker, Art. 4 Rn. 213 ff.; *Sacksofsky*, VVDStRL 68 (2009), S. 7 (19); *Schachtschneider*, Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Islam, S. 53; *Schmid*, Elterliche Einwilligung in eine Zirkumzision, S. 112; *Schmidt-Jorzig*, in: GS Eckert, S. 823 (828 ff.); *Schoch*, in: FS Hollerbach, S. 149 (165); *Starck*, JZ 2000, 1 (7); *Volkmann*, in: Der Staat 39 (2000), 325 (352); *Weber*, in: ZEVKR 45 (2000), 109 (120).

⁶⁵ *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 32; für Anwendung nur auf Religionsausübung, die über klassische Kultushandlungen hinausgeht: *Magen*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 140 Rn. 44.

⁶⁶ *Kästner/Droege*, in: Stern/Becker, Art. 4 Rn. 49; *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, S. 126–130.

⁶⁷ *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts S. 288; *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 32; *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, S. 234.

⁶⁸ *Marquard*, Staatliche Eingriffe.

⁶⁹ Bsp. für Ausnahmen: Für Schulunterrichtsinhalte *Anger*, Islam in der Schule, S. 232; Zum Bereich des Straßenverkehrs: von *Campanhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht, S. 80.

⁷⁰ *Classen*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht, S. 51; *Misera-Lang*, Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte, S. 285; *Schoch*, in: FS Hollerbach, S. 149 (156); *Ungern-Sternberg*, in: Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, S. 247 (271).

damit allgemeine staatliche Maßnahme ohne Religionsbezug handle.⁷¹ In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wurde ein Eingriff regelmäßig ohne weitere Diskussion bejaht.⁷² Lediglich die Richter *Jentsch*, *Di Fabio* und *Mellinghoff* lehnten in ihrem Sondervotum zum ersten Kopftuchurteil des Bundesverfassungsgerichts einen schwerwiegenden Eingriff ab, wobei sie dies mit den Besonderheiten des Grundrechtsschutzes für Beamte begründeten.⁷³

Dem hier verfolgten Ansatz kommen unter anderem Ausführungen von *Sebastian Lenz* im Ergebnis nahe. Dieser argumentiert vom Schutzbereich her und vertritt eine „Inhaltsfreiheit“⁷⁴, wonach nur diejenigen Handlungen geschützt wären, die einen notwendigen Bezug zum Inhalt des Glaubens haben. Er begründet den Schutz nicht über die geschützte Verhaltensweise selbst, sondern über den Schutz vor nur bestimmten staatlichen Handlungen, die gegenüber dem jeweiligen Freiheitsrecht nicht neutral sind. Darin läge keine Rückkehr zum finalen Eingriffsbegriff, da es ausreiche, wenn die staatliche Maßnahme „von ihrer Stoßrichtung oder Wirkung her einen besonderen Bezug zum Inhalt aufweist“. Dadurch solle eine besondere allgemeine Handlungsfreiheit aus den einzelnen Freiheitsrechten vermieden werden.⁷⁵ Staatliche Anordnungen im Verkehrsbereich beträfen die Religionsfreiheit dann grundsätzlich nicht.⁷⁶ Ohne es zumindest ausdrücklich zu erwähnen, entspricht dies grundsätzlich den Wertungen, die im Rahmen der Prüfung der objektiv berufsregelnden Tendenz bei Art. 12 Abs. 1 GG maßgeblich sind. Eine direkte Übertragung der Eingriffsdogmatik erfolgt jedoch nicht, auch wenn er auf die Vergleichbarkeit der beiden Grundrechte hinweist.⁷⁷

III. Eigener Ansatz der religionsregelnden Tendenz

Die bisher breit diskutierten Restriktionsmöglichkeiten sind nach vorläufiger Einschätzung nicht dazu geeignet, die meisten der oben beschriebenen Konfliktfelder konsistent zu lösen und objektiv nachvollziehbare Lösungswege zu finden. Die Beschränkung des Schutzbereichs und die Abkehr von der Subjektivierung würden das Wesen der Religionsfreiheit als Freiheitsrecht erheblich verändern, da sich die Religiosität gerade durch ihren Subjektivismus auszeichnet. Selbst bei einer Beschränkung auf kultusspezifische Handlungen wäre das Tragen religiöser Symbole und Bekleidung uneingeschränkt in jedem Le-

⁷¹ *Heinig*, in: *Pirson/Rüfner/Germann/Muckel: HdBStKirchR Bd. 1*, § 14 Rn. 58.

⁷² Vgl. nur: BVerfGE 33, 23 (31 ff.); 32, 98 (110); 108, 282 (297); 138, 296 (328).

⁷³ BVerfGE 108, 282, (314 ff.).

⁷⁴ *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 242.

⁷⁵ Zum Ganzen: *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 245.

⁷⁶ *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 244; so auch Bsp. der Geschwindigkeitsbegrenzung bei Fahrt zum Gottesdienst: von Campenhausen/de Wall, Staatskirchenrecht, S. 80.

⁷⁷ *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 247.

bensbereich noch von der Religionsfreiheit geschützt und es käme weiterhin zu den bisherigen Abwägungsproblemen. Auch die Einführung eines Gesetzesvorbehalts veränderte nichts an der potenziell unbegrenzten Beeinträchtigungs- und Abwägungsproblematik.

Da sich die Rechtsprechung bezüglich des Schutzbereichs und der vorbehaltlosen Gewährung der Religionsfreiheit zudem nicht zu bewegen scheint, wird eine Modifizierung des Eingriffsbegriffs vorgeschlagen. Es wird darum gehen, den vom Bundesverfassungsgericht vertretenen Eingriffsbegriff für die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, bei dem eine objektiv oder subjektiv berufsregelnde Tendenz der staatlichen Handlung gefordert wird, auf die Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG zu übertragen. Parallelen, insbesondere bezüglich des subjektiven Elements, wurden zwischen Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 4 Abs. 1, 2 GG bereits diskutiert.⁷⁸

Die vorgeschlagene Lösung hätte den Vorteil, dass diese auf einer vom Bundesverfassungsgericht selbst konstruierten und angewandten Eingriffsdogmatik beruht und sich insoweit an der bisherigen Rechtsprechung – wenn auch zu einem anderen Grundrecht – orientieren würde. Das Bundesverfassungsgericht begründet das Erfordernis der berufsregelnden Tendenz damit, dass „sich der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG nicht gegen jedwede auch nur mittelbar wirkende Beeinträchtigung des Berufs [richtet]. Das Grundrecht würde sonst angesichts des Umstandes, daß nahezu jede Norm oder deren Anwendung unter bestimmten Voraussetzungen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit haben kann, konturlos werden.“⁷⁹ Um die Vermeidung der Konturlosigkeit geht es auch im Bereich der Religionsfreiheit.⁸⁰ Nach dem momentan herrschenden Verständnis der Religionsfreiheit verdrängt diese alle anderen Grundrechte in ihren speziellen Schutzbereichen und privilegiert damit die religiös gegenüber der nichtreligiös motivierten Meinung⁸¹, Versammlung⁸², Erziehung⁸³, Berufsausübung⁸⁴, Bekleidung⁸⁵ oder sonstigen allgemeinen Handlung⁸⁶.

⁷⁸ Herzog, DVBL 1969, 718 (721).

⁷⁹ BVVerfGE 97, 228 (254 f.); so auch zuletzt: BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1679/17, 1 BvR 2190/17, NVwZ-RR 2021, 177 (182).

⁸⁰ Haupt, Verfassungsfragen zum muslimischen Kopftuch, S. 67; Borowski, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, S. 378; Brohm, NJW 2001, 1 (4); Janz/Rademacher, NVwZ 1999, 706 (710); Jeand'Heur/Korioth, Grundzüge Staatskirchenrecht, S. 76; Loschelder, in: Essener Gespräche 20 (1986), S. 149 (153); Muckel, Der Islam im öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaates, S. 243; ders., in: Friauf/Höfling, GG, Art. 4 Rn. 6; Waldhoff, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, D 70.

⁸¹ BVerfGE 32, 98 (107); Badura, in: Der Schutz von Religion und Weltanschauung durch das Grundgesetz, S. 33; Kästner, JZ 1998, 974 (980).

⁸² Kästner, JZ 1998, 974 (980).

⁸³ Schmid, Elterliche Einwilligung in eine Zirkumzision, S. 291; zur Schulpflicht Mückel, in: BK, GG, Art. 4, Rn. 135.

⁸⁴ BVerfGE 24, 236.

⁸⁵ OVG Münster, Beschl. v. 05.01.2018 – 19 E 58/17, BeckRS 2018, 159; siehe auch Ge-

Sachregister

- Abfanggrundrecht 85, 334
Auffanggrundrecht 85, 172, 177, 272, 321, 329
Aktion Rumpelkammer 1, 19–21, 23–30, 40, 43, 259, 261, 266 f.
Allgemeine Gesetze 7, 8, 11 f., 17, 109, 158, 178, 180, 182, 192, 231, 256, 263–266; 295, 307, 310, 337
Allgemeines Persönlichkeitsrecht 5, 12, 89–93, 163, 248, 257, 260, 273, 283–286, 290 f., 295 f., 298, 300, 306, 315, 323, 325–327
Anknüpfungsverbot 122 f., 131–144, 146–148, 156, 160 f., 165, 273, 333
– absolutes 137 f., 165, 266, 273
– relatives 136 f.
Arbeitsanweisung 79 f., 306 f.

Baurechtliche Vorschriften 73 f., 300 f.
Begründungsverbot 123, 130–133, 138–140, 143, 147, 152 f.
Berufsregelnde Tendenz 10–13, 234–245, 253–257, 265, 267, 269, 272, 284, 292 f., 297 f., 298, 300, 302, 304–307, 336
– objektiv 9, 236–238, 243 f., 265, 275, 278, 310
– subjektiv 243 f.
Beschneidung 5 f., 11, 63 f., 84, 99, 108, 119 f., 122, 156, 162, 171, 182, 201, 205, 256, 293.
Bestattungsrecht 75, 171, 194, 202, 302 f., 323
– Sargzwang 75, 302 f.

Cannabis 76, 108, 303, 310
Corona 70–73, 177, 286, 298–300

Diskriminierungsverbot 121, 123, 127, 142–145, 148 f., 155, 333
Drei-Stufen-Theorie 103, 190, 199, 335

Eidesverweigerung aus Glaubensgründen 22 f., 27 f., 43, 64

Einheitliches Grundrecht 1, 8, 37–39, 183–200, 249, 334
Eltern-und Erziehungsrecht 6, 10, 16, 36, 51–55, 97–100, 111 f., 164, 201, 255, 257, 287 f., 323, 329

Gesetzesvorbehalt 5, 8, 23, 28, 45, 83, 89, 97, 118, 151, 179, 181, 185, 190, 194, 199, 211–232, 248–252, 259, 261–265, 271, 311 f., 334–336
Gesundbeter 1, 21 f., 25, 27 f., 43, 61, 84, 86, 109, 114 f., 182, 224, 267, 292
Glaubensabwerbung 18 f., 24, 26

Homeschooling 36, 51 f., 98, 286 f.

Kommunalvertretungsverbot 11, 237, 241, 284 f. 290
Konturlosigkeit 10, 81, 234, 253 f., 256–258, 269, 313, 319, 322, 330, 336
Kulturvölkerformel 19, 26, 202–206, 209

Lehrer 5, 47–50, 94–96, 113, 116 f., 144, 172 f., 281–286, 283, 310, 315 f., 326, 330, 332

Maskenpflicht 70, 177
Meinungsfreiheit 93–96, 101 f., 227, 269, 285, 326
Menschenwürde 2, 22, 27 f., 39–41, 172, 205, 246–248, 261, 330 f., 335
Motorradhelmpflicht 4, 30, 35, 70 f., 84, 114, 119, 158, 176, 260, 277, 279, 291, 297 f., 325

Ordre-public-Vorbehalt 205 f., 209

Passfoto 68, 121, 162, 260, 273, 284
Privilegierung 18, 78, 109, 126–128, 145, 155–158, 258, 266–268, 293, 299, 306, 332 f., 336

Rechtsreferendar 4, 12, 57, 122, 164 f., 290

- Religionsregelnde Tendenz 6, 233–235, 270, 278–280, 286–308, 322–327, 335–338
- Religiöse Bekleidung 9 f., 47–50, 53, 57–59, 78, 158, 172, 276, 281–287, 289 f., 298 f., 305–307, 309, 316, 323–326, 330, 334, 337
- Kopftuch 4 f., 12, 47–50, 48, 52, 57–59, 64, 68, 70, 78, 83, 89, 92, 94–96, 122, 127, 163–165, 281–287, 290, 310, 323–326
- Burka 291
- Religiöse Homogenität 2, 25–27, 109, 259 f.
- Richterlicher Dezisionismus 9, 113, 117–120, 211, 271 119, 309, 321, 325, 332, 334
- Rundfunkbeitrag 5, 76 f., 304, 310, 319
- Schächten 30, 32, 66 f., 102–104, 107 f., 123, 126, 128 f., 138, 141 f., 152, 157 f., 160 f., 201, 317 f.
- Schöffen 58, 290, 319
- Schrankenleihe 8, 101, 105, 229 f., 245
- Schüler 50–59, 164, 168–170, 170, 177, 286–289, 316, 332
- Schulgebet 3, 55 f., 288 f.
- Schwimmunterricht 53, 170, 207, 287
- Selbstverständnis 1, 7, 20, 24 f., 31, 44, 86, 113–116, 159, 198, 210, 250 f., 259, 330
- Sondernutzungserlaubnis 74, 301
- Staatliche Rechtsgemeinschaft 9, 109, 112, 120, 173, 180, 267, 332
- Strafbarkeit 61, 62, 63, 114, 240, 241, 292, 293, 333, 337
- Strafprozessordnung 64, 171
- Strafvollzug 65, 294
- Verfassungswandel 233–235
- Versammlungsfreiheit 55, 100 f., 105 f. 172, 257, 268, 326