

Augsburger Rechtsstudien

85



Rauni Ahammer

Der Grundrechtsverzicht als dogmatische Kategorie



Nomos

Augsburger Rechtsstudien

Herausgegeben im Auftrag der
Juristischen Fakultät der Universität Augsburg von

Professor Dr. Arnd Koch
Professor Dr. Thomas M. J. Möllers
Professor Dr. Matthias Rossi

Band 85

Rauni Ahammer

Der Grundrechtsverzicht als dogmatische Kategorie



Nomos

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

Zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-3609-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-7913-8 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meiner Familie

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Universität Augsburg als Dissertation angenommen und berücksichtigt Literatur bis zum Dezember 2015. Sie beschäftigt sich mit dem Grundrechtsverzicht. Trotz dessen Bedeutung in zahlreichen praktischen Fallgestaltungen wurde dem Grundrechtsverzicht in der Literatur bislang nur wenig Bedeutung geschenkt. So besteht bisher weder ein Konsens über die Merkmale des Grundrechtsverzichts noch über dessen dogmatische Einordnung oder seine Zulässigkeit. Die Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, inwiefern der Bürger Rechte gegenüber dem Staat aufgeben kann und welche Konsequenzen sich hieraus für die staatlichen Handlungsmöglichkeiten ergeben. Dabei wird anhand von praktischen Beispielen wie unter anderem der „Landarztquote“, der Organspende oder auch der Wohnungsdurchsuchung mit Einwilligung des Betroffenen das Verzichtsinteresse des Einzelnen herausgearbeitet und den gegenläufigen Interessen der Allgemeinheit gegenübergestellt. Unter Auflösung dieses Spannungsfeldes wird ein dogmatisches System zur Bestimmung von Zulässigkeit und Notwendigkeit des Grundrechtsverzichts ermittelt und mit den Pflichten der Legislative ins Verhältnis gesetzt. Das System berücksichtigt dabei sowohl die Bedeutung der Grundrechte als auch deren verschiedene Funktionen als Abwehrrechte, Schutzpflichten, Gleichheitsrechte, originäre Leistungsrechte, Verfahrensrechte und Organisationsrechte.

Projekte wie dieses finden ihren Abschluss im Schreiben des Vorworts. Hinter dem Verfasser liegt dann ein langer, teils steiniger, aber vor allem auch sehr erkenntnisreicher Weg. Eine Dissertation ist ein Großprojekt, dessen Höhen und Tiefen man im Voraus nur erahnen kann.

Ich möchte daher allen danken, die mich auf diesem Weg unterstützt haben: allen voran meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Josef Franz Lindner, der mir von der ersten Idee bis zur Abgabe der fertigen Arbeit stets für Diskussion und Beratung zur Seite stand – eine bessere Betreuung hätte man sich nicht wünschen können! Daneben gilt mein Dank Herrn Professor Dr. Ulrich M. Gassner für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Ganz herzlich danken möchte ich auch der Alumni-Vereinigung der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg e.V., die mir im Juli 2017 den Dissertationspreis verliehen hat.

Mein Dank gilt darüber hinaus allen, die mir während der Promotionszeit in vielfältiger Art und Weise zur Seite standen und mich unterstützt haben. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit möchte ich einigen Personen besonders danken: Matthias Adams für unzählige gemeinsame produktive Stunden in der Bibliothek, Jens Gerlach für die kritische Durchsicht des Manuskripts und anregende fachliche Diskussionen, Dr. Walther Michl für die Beantwortung zahlreicher Fragen. Darüber hinaus möchte ich meinem Vater, Rolf-Dieter Ahammer, für die Mühe des sorgfältigen Korrekturlesens danken, Ulrich Ahammer, der mir als Ansprechpartner zur Organspende zur Verfügung stand, meiner Mutter, Moni Ahammer, für ihre Motivation und ihr Verständnis sowie meinem Freund, Philipp Messer, für seine stetige Unterstützung in persönlicher und technischer Hinsicht. Abschließend danke ich meinen Arbeitskollegen während meiner Dissertation für ihr Entgegenkommen und ihr stets offenes Ohr.

München, im Juli 2017

Rauni Ahammer

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einleitung	19
Kapitel 1 Rechtspraktische Bedeutung	23
A. Klassische Fallgestaltungen	23
I. „Verzicht“ auf die Religionsfreiheit	23
II. Verzicht auf Wahlrecht und Wahlgrundsätze	24
III. Verzicht auf das Benachrichtigungsrecht Angehöriger (Art. 104 Abs. 4 GG)	26
IV. Wohnungsdurchsuchung mit Einwilligung	27
V. Freiwillige Haft als Verzicht auf die Fortbewegungsfreiheit	28
VI. Verzichtsfälle mit Menschenwürdebezug	28
VII. Verzicht bei der Teilnahme an Medikamentenversuchen	30
B. Aktuelle Fallgestaltungen	32
I. Die „Landarzquote“: Verzicht auf Art. 12 GG im Austausch gegen die Gewähr von Studienplätzen?	32
II. Verzicht auf das Leben	34
III. Hirntodkonzeption und Transplantationsrecht	35
IV. Streikrecht im öffentlichen Bereich	37
C. Problemschwerpunkte	38
Kapitel 2 Begriff und Rechtsfolgen des Grundrechtsverzichts	41
A. Überblick	41
B. Entwicklung des Phänomens „Grundrechtsverzicht“	43
I. Etymologischer Ursprung des Begriffs „Verzicht“	43
II. Der Verzicht auf Rechte	44
1. Thronverzicht	44
2. Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte	44
III. Der Verzicht auf Grundrechte	47
1. Entwicklung von subjektiven Rechten zu Grundrechten	47
2. Synonyme zum Begriff des Grundrechtsverzichts	48
IV. Der Verzicht im besonderen Gewaltverhältnis	50
C. Merkmale des Grundrechtsverzichts	52
I. Willenserklärung	53

1. Empfangsbedürftigkeit	55
2. Form	56
3. Ein-/ Zweiseitigkeit	57
II. Dispositionsbefugnis	58
III. Willenserklärung als „causa efficiens“	59
IV. Freiwilligkeit	60
V. Zwischenergebnis	61
D. Rechtsfolgen des Grundrechtsverzichts	61
I. Mögliche Rechtsfolgen	62
II. Parallelen zum Zivilrecht	65
III. Unzulässigkeit des Totalverzichts	66
1. Erkenn- und Beschränkbarkeit der Reichweite	67
2. Bedeutung der Grundrechte für die Demokratie	69
3. Parallelwertung zur Verwirkung	71
4. Zwischenergebnis	74
IV. Widerruf/Anfechtbarkeit/Bedingung/Befristung	74
1. Widerruf	74
2. Anfechtbarkeit	76
3. Bedingung und Befristung	78
E. Abgrenzung zu anderen Begrifflichkeiten	78
I. Abgrenzung zur Nichtausübung und negativen Freiheit	79
1. Begriff der „Nichtausübung“ und der „negativen Freiheit“	80
2. Abgrenzung der Nichtausübung zum Grundrechtsverzicht	83
II. Abgrenzung zur Verwirkung	84
III. Abgrenzung zur Disqualifikation	84
IV. Abgrenzung zur eingriffsmildernden Einwilligung	85
F. Ergebnis: Definition des Grundrechtsverzichts	87
 Kapitel 3 Grundrechtsverzicht im Spannungsfeld	 89
A. Verzichtsinteresse des Einzelnen (Rechtsgrundlage)	92
I. Grundrechtstheoretisch verankerter Schutz	93
II. Schutz durch die vom Verzicht betroffenen Grundrechte	94
III. Schutz durch Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)	97
IV. Konsequenzen für die Zulässigkeit des Verzichts	100
1. Dispositionsbefugnis	100
2. Freiwilligkeit und Missbrauchsgefahr	104
a) Notwendigkeit der Freiwilligkeit	104
b) Bestimmung der Freiwilligkeit (Missbrauchsgefahr)	105
c) Freiwilligkeit im besonderen Gewaltverhältnis	110

V. Zwischenergebnis	112
B. Gegenläufige Interessen	112
I. Gesetzmäßigkeit hoheitlichen Handelns	113
1. Vorrang des Gesetzes	113
2. Vorbehalt des Gesetzes	115
a) Grundrechtsdogmatische Einordnung des Grundrechtsverzichts	117
b) Der Grundrechtsverzicht als „Gesetzesersatz“	120
aa) Fehlende Verhältnismäßigkeitsprüfung	121
bb) Rechtfertigungspflicht des Staates	126
cc) Nicht typisierte Fälle	129
3. Zwischenergebnis	131
4. Gesetzmäßigkeit hoheitlichen Handelns im besonderen Gewaltverhältnis	132
II. Koppelungsverbot	138
III. Verletzung der Rechte Dritter	142
1. Mittelbare Beeinträchtigung Dritter	142
2. Unmittelbare Beeinträchtigung Dritter	145
3. Zwischenergebnis	147
IV. Wesensgehaltstheorie, Art. 19 Abs. 2 GG	147
V. Menschenwürde und Menschenwürdekern, Art. 1 Abs. 1 und 2 GG	150
C. Ergebnis: Absolute und relative Verzichtsgrenzen	154
Kapitel 4 Systematik des Grundrechtsverzichts	157
A. Grundrechte als Abwehrrechte	158
I. Besonderheiten der abwehrrechtlichen Dimension	158
II. Fallgruppen des abwehrrechtlichen Grundrechtsverzichts	159
1. Gegenwärtige Verzichtserklärung	160
2. Zukunftsgerichteter Grundrechtsverzicht	162
a) Begriff des zukunftsgerichteten Verzichts	162
b) Berechtigtes Verzichtsinteresse	163
c) Entgegenstehende Interessen	165
d) Anforderungen an eine zulässige Regelung am Beispiel der „Landarztquote“	166
e) Zwischenergebnis	170
3. Gegenwärtiger Grundrechtsverzicht mit Zukunftsbezug	171
a) Abgrenzung zu bisherigen Verzichtsformen	171

b) Zulässigkeit des gegenwärtigen Grundrechtsverzichts mit Zukunftsbezug	174
aa) Verzicht erweitert staatliche Handlungsmöglichkeiten	174
bb) Verzicht geht mit Inanspruchnahme staatlicher Leistung einher	176
c) Zwischenergebnis	180
4. Verzicht auf Rechtsschutz (Vergangenheitsbezogener Verzicht)	180
III. Ergebnis	182
B. Grundrechte als Schutzpflichten	183
I. Überblick zur Schutzpflichtendogmatik	185
1. Besonderheiten der Schutzpflichten	185
2. Voraussetzungen der Schutzpflichten	186
II. Fallgruppen des Grundrechtsverzichts bei Schutzpflichten	189
1. Schutz des Menschen vor sich selbst	190
2. Fälle im Schutzpflichtendreieck	194
a) Eingriffspflicht der Legislative	198
b) Möglichkeiten der Exekutive	204
c) Zwischenergebnis zum Schutzpflichtendreieck	206
III. Ergebnis	207
C. Grundrechte als Gleichheitsrechte	208
I. Besonderheiten der Gleichheitsrechte	208
1. Formen von Gleichheitsrechten	208
2. Die Prüfung von Gleichheitsrechten	209
3. Mögliche Ansprüche der Gleichheitsrechte	210
II. Fallgruppen des gleichheitsrechtlichen Grundrechtsverzichts	211
1. Grundrechtsverzicht auf das modale Abwehrrecht	211
2. Grundrechtsverzicht auf derivative Leistungs- und Teilhaberechte	213
a) Grundrechtsverzicht des Benachteiligten	214
b) Grundrechtsverzicht des Bevorzugten	215
III. Ergebnis	215
D. Grundrechte als originäre Leistungsrechte	215
I. Besonderheiten der originären Leistungsrechte	216
II. Verzichtbarkeit originärer Leistungsrechte	217
E. Grundrechte als Verfahrens- und Organisationsrechte	219
I. Begriff der Verfahrensrechte	220
II. Fallgruppen des Grundrechtsverzichts auf Verfahrensgarantien	221

III. Begriff der Organisationsrechte	223
IV. Fallgruppen des Grundrechtsverzichts auf Organisationsrechte	224
F. Ergebnis	225
Kapitel 5 Grundrechtsverzicht auf europäische Grundrechte	227
Kapitel 6 Zusammenfassung der wesentlichen Thesen	233
Literaturverzeichnis	237
Stichwortverzeichnis	249

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AMG	Arzneimittelgesetz
ArbRB	Arbeits-Rechtsberater (Zeitschrift)
Archiv Bürgerl. Recht	Archiv für Bürgerliches Recht (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
Az.	Aktenzeichen
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungssammlung des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BayVGh	Bayerischer Verwaltungsgeschichtshof
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BV	Bayerische Verfassung
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
BWahlG	Bundewahlgesetz
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs

Abkürzungsverzeichnis

EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GrCh	Grundrechtecharta
GrünhZ	Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (Zeitschrift)
HGR	Handbuch der Grundrechte, herausgegeben von Merten/Papier
HStR	Handbuch des Staatsrechts, herausgegeben von Isensee/Kirchhof
i. V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
KJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung (Zeitschrift)
Lfg.	Lieferung (bei Loseblatt-Kommentierungen)
lit.	littera
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
Parl. Rat	Der Parlamentarische Rat, Akten und Protokolle, herausgegeben vom Deutschen Bundestag/Bundesarchiv
PersV	Die Personalvertretung (Zeitschrift)
POG	Bayerisches Polizeiorganisationsgesetz
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)

SK-StPO	Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
st. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StVO	Straßenverkehrsordnung
TPG	Transplantationsgesetz
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z.B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht (Zeitschrift)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)

Einleitung

Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich mit Problemen des Grundrechtsverzichts. Da dieser verfassungsrechtlich nicht geregelt ist, ergeben sich zahlreiche Fragestellungen, die sowohl akademische als auch praktische Bedeutung haben. So wurde ein Verzicht auf die Menschenwürde unlängst im Zusammenhang mit Paintballspielen oder bei Fernsehserien wie *Big Brother* und der Ausstellung *Körperwelten* diskutiert. Ebenso stellen sich Verzichtsfragen bei der Organspende sowie dem Streikrecht von Beamten und Beliehenen.¹

Während sich für viele Rechtsinstitute im Bereich der Grundrechte seit Inkrafttreten des Grundgesetzes – oder bereits davor – eine detaillierte Dogmatik entwickelt hat, herrscht bezüglich des Grundrechtsverzichts nach wie vor Unklarheit. Er wird häufig mit anderen Rechtsinstituten vermischt, beispielsweise mit der Nichtausübung im Rahmen der so genannten negativen Dimension von Grundrechten. Weder die Begrifflichkeit, noch die Rechtsfolgen des Grundrechtsverzichts sind in Literatur und Rechtsprechung geklärt. Stattdessen stellt sich immer wieder heraus, dass sich Konstellationen, für die das Rechtsinstitut des Grundrechtsverzichts vermeintlich notwendig ist, auch mit anderen dogmatischen Mitteln bewältigen lassen.²

Die Formulierung der Unantastbarkeit der Menschenwürde und Unveräußerlichkeit der Menschenrechte (Art. 1 Abs. 1 und 2 GG) könnte zwar auf eine Unverzichtbarkeit der Grundrechte hindeuten.³ Die Fülle an Literatur zum Grundrechtsverzicht legt jedoch nahe, dass die Lösung des Problems komplexer ist. Es wurde immer wieder versucht, den Begriff des Grundrechtsverzichts trennscharf von anderen Rechtsinstituten abzugrenzen und sodann ein System zur Ermittlung von dessen Zulässigkeit zu entwickeln. Das Er-

1 Siehe zu diesen Beispielen ausführlich, S. 23 ff.

2 Vgl. dazu insbesondere S. 78 ff.

3 Zu dieser Problematik: *Wilde*, Der Verzicht Privater auf subjektive öffentliche Rechte (1966), S. 80; *Malorny*, Der Grundrechtsverzicht, JA 1974, S. 475 (478); *Pietzcker*, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat 17 (1978), S. 527 (538); *Koch*, Ein Beitrag zur Lehre vom Verzicht auf Grundrechte (1983), S. 57; *Bleckmann*, Probleme des Grundrechtsverzichts, JZ 1988, S. 57 (58); *Spieß*, Der Grundrechtsverzicht (1997), S. 116, 225; *H. Bethge* in: Isensee/Kirchhof, HStR IX, § 203 Rn. 113; *N. Bethge*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts (2014), S. 55 m.w.N. Vgl. dazu auch S. 150 ff.

gebnis dieser Untersuchungen war zumeist, dass der Grundrechtsverzicht allgemein unzulässig⁴ sei oder eine abgestufte Zulässigkeit bestehe. Bei Annahme einer abgestuften Zulässigkeit wurde eine vorherige Kategorisierung der Grundrechte notwendig, also eine abstrakte Einteilung der Grundrechte in verzichtbare und unverzichtbare.⁵ Alternativ wurde eine Lösung im Einzelfall vorgeschlagen.⁶ Allgemeingültige Grundsätze für verschiedene Situationen ließen sich daraus nicht ableiten.

Ziel dieser Untersuchung ist es, zu ermitteln, ob der Grundrechtsverzicht nur Sachverhalte beschreibt, deren verfassungsrechtliche Lösung sich bereits aus anderen Rechtsinstituten ergibt, oder ob er ein eigenständiges Rechtsinstitut darstellt und als solches auch einer eigenen Dogmatik bedarf. Die Untersuchung wird sich zunächst der Fragen der Begrifflichkeit annehmen. Darüber hinausgehend widmet sie sich jedoch vor allem einer Frage, die in der Literatur bislang weniger im Fokus stand:

Bedarf es des Grundrechtsverzichts als eigenständiges Rechtsinstitut?

Käme man zu dem Ergebnis, dass der Grundrechtsverzicht kein eigenständiges Rechtsinstitut darstellt, erledigten sich dadurch auch zahlreiche praktische Probleme: Die unter dem Oberbegriff Grundrechtsverzicht dis-

4 Vgl. *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts (1928), § 12 II 2, S. 179; *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1905), S. 340; *Schoenborn*, Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht (1908), S. 71 f.; *Wassermann*, Der Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte, AöR (1912), S. 261 (265 ff.); *Ernst*, Der Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte (1933), S. 52 ff.; ebenso *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 1 (1911), S. 355 über die subjektiven Rechte der Reichstagsmitglieder.

5 *Ernst*, Der Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte (1933), S. 52 ff.; *Wilde*, Der Verzicht Privater auf subjektive öffentliche Rechte (1966), S. 42, 82; *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes (1981), S. 33 ff.; *Quaritsch*, FS Martens (1987), S. 410 ff.; *Dreier* in: *Dreier*, GG, Vorb. zu Art. 1 Rn. 133; *N. Bethge*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts (2014), S. 244-293; *Stern*, Staatsrecht III/2, § 86 II, S. 911 f., 924 f., der eine absolute Unzulässigkeit bei Beeinträchtigung von Allgemeininteressen sieht.

6 So *Pietzcker*, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat 17 (1978), S. 527 (551); *Robbers*, Der Grundrechtsverzicht, JuS 1985, S. 925 (926 ff.); *Sachs*, „Volenti non fit iniuria“, VerwArch 76 (1985), S. 398 (419 ff.); *Stern*, Staatsrecht III/2, § 86 III, S. 923; *Spieß*, Der Grundrechtsverzicht (1997), S. 55, 158 ff., 162 trotz vorheriger Kategorisierung der Grundrechte *Spieß*, S. 188 ff.; *Fischinger*, Der Grundrechtsverzicht, JuS 2007, S. 808 (809 f.); *Eppelt*, Grundrechtsverzicht und Humangenetik (1999), S. 114 ff.; *N. Bethge*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts (2014), S. 406. Ebenso *Malacrida*, Der Grundrechtsverzicht (1992), S. 127 ff. im konkreten Bezug zum Schweizer Recht.

kutierten Sachverhalte ließen sich dann anderen Rechtsinstituten und deren Dogmatik zuordnen und würden so eine konsistente Lösung vieler Fragen, gerade auch der heutigen Zeit, ermöglichen.

Neben der Lösung aktueller Problemkonstellationen sind außerdem Rückschlüsse auf die europäischen Grundrechte möglich. Denkbar ist ein Grundrechtsverzicht sowohl hinsichtlich der Grundrechte der Europäischen Grundrechtscharta (GrCh) als auch hinsichtlich der in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verankerten Grundrechte. Eine ebenso ausführliche Diskussion wie im deutschen Recht gibt es auf Ebene der europäischen Grundrechte nicht.⁷ Es stellt sich jedoch die Frage, ob sich die deutsche Dogmatik auch auf die Verzichtsfälle des Europarechts übertragen ließe. Eine einheitliche Dogmatik könnte die ohnehin weiter fortschreitenden Harmonisierung vereinfachen. Im Rahmen dieser sind die Rechtssysteme verschiedener Staaten miteinander in Einklang zu bringen.⁸ Dies erfolgt umso besser und mit weniger Umsetzungsproblemen, je ähnlicher die Systeme funktionieren.

Zur Darstellung der praktischen Bedeutung des Grundrechtsverzichts werden zu Beginn der Untersuchung einige klassische sowie aktuelle Fallbeispiele dargestellt (Kapitel 1). Im Rahmen dessen wird gezeigt, dass es sich beim Grundrechtsverzicht nicht um ein rein dogmatisches Problem handelt, sondern um eine Rechtsfrage, deren konsequente Lösung sich durch eine erhöhte Rechtssicherheit positiv auf die Rechtspraxis der Grundrechte auswirkt.

Im nächsten Schritt ist der Begriff des Grundrechtsverzichts näher zu definieren, um so den Gegenstand der Untersuchung zu konkretisieren (Kapitel 2). Hierbei wird zunächst die historische Entwicklung des Grundrechtsverzichts umrissen, um anhand dieser die wesentlichen Merkmale herauszuarbeiten, die einen Grundrechtsverzicht nach dem Verständnis dieser Untersuchung

7 Dazu S. 227 ff.

8 Vergleiche dazu die Problematik, die für das Staatshaftungsrecht entstanden ist. Hier gibt es einerseits den europarechtlichen Staatshaftungsanspruch gegen den Mitgliedsstaat und andererseits die nationale Regelung des § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Übernimmt man die Vorgaben des europarechtlichen Anspruchs, ergibt sich daraus eine erhebliche Abweichung von den deutschen Grundsätzen. So muss legislatives Unrecht berücksichtigt werden und aus einer verschuldensabhängigen Haftung wird eine verschuldensunabhängige. Zu dieser Problematik ausführlich: *Lindner*, Öffentliches Recht: Systematisches Lehrbuch zur Examensvorbereitung im Freistaat Bayern, Rn. 1315 ff.

charakterisieren. Die so erarbeitete Definition bildet die Grundlage für den weiteren Verlauf der Untersuchung.

Ausgehend von der Begriffsdefinition wird ermittelt, welches Interesse der Einzelne an einem Grundrechtsverzicht haben könnte und welche Interessen, zum Beispiel des Gemeinwohls, dem gegenüberstehen. Daraus ergibt sich ein Spannungsfeld, das sodann abstrakt aufgelöst wird, indem allgemeine Grundsätze für die Begrenzung der Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts aufgestellt werden (Kapitel 3).

Im Anschluss daran wird aus den bis dahin gewonnen Erkenntnissen ein dogmatisches System zur Behandlung des Grundrechtsverzichts entworfen (Kapitel 4). Anders als in den meisten bisherigen Abhandlungen wird der Grundrechtsverzicht für dieses Lösungssystem in den verschiedenen Grundrechtsdimensionen getrennt betrachtet.⁹ Denn je nachdem, ob die Grundrechte als Abwehrrechte, Schutzpflichten, Gleichheits-, Leistungs-, Verfahrens- oder Organisationsrechte in Erscheinung treten, entfalten sie unterschiedliche Wirkungen. Diese Wirkungen müssen auch im Hinblick auf den Grundrechtsverzicht berücksichtigt werden. Innerhalb der einzelnen Grundrechtsdimensionen werden daher jeweils verschiedene Fallgruppen gebildet. Für jede dieser Fallgruppen werden sodann Grundsätze zur Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts aufgestellt und die Frage beantwortet, ob für die konkrete Konstellation ein Bedürfnis nach dem Grundrechtsverzicht als eigenes Rechtsinstitut besteht. Am Bedürfnis eines Grundrechtsverzichts fehlt es dann, wenn die unter dem Grundrechtsverzicht zusammengefassten Sachverhalte sich mittels anderer Rechtsinstitute beurteilen lassen. Ließen sich alle Sachverhaltsgestaltungen auch ohne Rückgriff auf den Grundrechtsverzicht begründen, wäre dieser nur ein Sammelbegriff für eine Vielzahl von Sachverhalten und Rechtsinstituten, der keiner eigenen Dogmatik bedarf.

Die gefundenen Thesen sollen abschließend im Hinblick auf die europäischen Grundrechte, ausgeformt in der Grundrechtscharta und der Europäischen Menschenrechtskonvention, beleuchtet werden (Kapitel 5).

9 Eine Unterscheidung nach Dimensionen findet in Teilen bei *N. Bethge*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts (2014) statt. *Suchomel*, Partielle Disponibilität der Würde des Menschen (2010) nimmt eine Unterscheidung zwischen Abwehr- und Schutzdimension der Menschenwürde vor. Zu einzelnen Besonderheiten verschiedener Dimensionen ebenso *Fischinger*, Der Grundrechtsverzicht, JuS 2007, S. 808 und *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes (1981).

Kapitel 1 Rechtspraktische Bedeutung

Dieses Kapitel widmet sich der rechtspraktischen Bedeutung des Grundrechtsverzichts und zeigt anhand einer Auswahl von Beispielen, inwiefern sich Fragen des Grundrechtsverzichts in der Praxis stellen. Das Spektrum der gewählten Beispiele reicht von klassischen, in der Literatur immer wieder diskutierten, bis hin zu aktuellen Fallkonstellationen, die zeigen, dass der Grundrechtsverzicht nach wie vor in der Diskussion steht und von aktueller Relevanz ist.

A. *Klassische Fallgestaltungen*

Bei den dargestellten klassischen Fallgestaltungen handelt es sich um solche, die häufig als Paradebeispiele für einen Grundrechtsverzicht angeführt werden.

I. „Verzicht“ auf die Religionsfreiheit

Art. 4 GG schützt die Religionsfreiheit in Deutschland. Sie umfasst das Recht, jede beliebige Religion oder Weltanschauung zu haben. Zugleich verpflichtet sie den Staat zur Neutralität, so dass niemand gezwungen werden kann, einer *bestimmten* Religion anzugehören.¹⁰

Ob auch die Freiheit besteht, gar keiner Religion anzugehören, ist dem Wortlaut des Art. 4 GG selbst nicht zu entnehmen. Es ist daher fraglich, inwiefern der Atheist, der definitionsgemäß¹¹ Gottes Existenz leugnet und keiner Religion angehören will, geschützt ist. Sein Verhalten könnte entweder unmittelbar vom Schutzgehalt des Art. 4 GG umfasst sein oder es besteht nur dann Schutz, wenn der Atheist zuvor auf sein Grundrecht aus Art. 4 GG verzichtet hat.

Geht man von einem notwendigen Verzicht aus, wirft dies weitere Fragen auf: Hätte diese Verzichtentscheidung Bindungswirkung? Kann der Atheist

10 Statt aller *Morlok* in: Dreier, GG, Art. 4 Rn. 48 m.w.N.

11 *Brockhaus Enzyklopädie*, Stichwort: Atheist, S. 597 f.

seine Meinung jederzeit ändern und die Verzichtserklärung widerrufen und welcher Handlungen bedarf es hierzu? Wer ist Erklärungsempfänger für einen solchen Verzicht und dessen Widerruf?

II. Verzicht auf Wahlrecht und Wahlgrundsätze

Sowohl die Wahlgrundsätze als auch das Wahlrecht selbst sind in Art. 38 GG geregelt. In Verbindung mit dem Bundeswahlgesetz (BWahlG)¹² ergibt sich für jeden Deutschen im Sinne von Art. 116 GG, der das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, das Recht, wählen zu dürfen (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 BWahlG).¹³ Eine *Wahlpflicht* kennt das deutsche Recht im Gegensatz zu anderen Ländern¹⁴ nicht, so dass man in Deutschland von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch machen *muss*.¹⁵

Wie ist diese Möglichkeit rechtlich einzuordnen? Handelt es sich um einen Grundrechtsverzicht auf das Wahlrecht und welche Auswirkungen hätte dieser? Gilt der Verzicht nur für die bevorstehende Wahl oder ist auch ein Verzicht für die nächsten zwei, drei oder alle künftigen Wahlen möglich?

12 Art. 38 Abs. 3 GG enthält die Ermächtigungsgrundlage für eine einfachgesetzliche Ausgestaltung des Wahlrechts. Der Gesetzgeber hat hiervon in Form des Bundeswahlgesetzes (BWahlG) Gebrauch gemacht.

13 Die folgenden Ausführungen beziehen sich vorrangig auf die Bundestagswahlen.

14 Eine Wahlpflicht besteht beispielsweise in Belgien (Art. 62 Abs. 2 Belgische Verfassung), Vgl. *Klein* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 26 (Lfg. 60, 2010).

15 Auch wenn die Wahlpflicht vor dem Hintergrund sinkender Wahlbeteiligungen in den letzten Jahren immer wieder Gegenstand von Diskussionen war, herrscht Einigkeit darüber, dass nach derzeit geltendem Recht keine Wahlpflicht besteht, vgl. *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 38 Rn. 16; *Trute* in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 38 Rn. 39. Vielmehr umfasst das derzeitige Recht auch die Freiheit von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch zu machen (dazu explizit *Morlok* in: Dreier, GG, Art. 38 Rn. 88). Umstritten ist, ob die Wahlpflicht von Verfassungen wegen ausgeschlossen ist, man eine Wahlpflicht also nur durch eine Verfassungsänderung einführen könnte (so *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 38 Rn. 16; *Trute* in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 38 Rn. 39; *Morlok* in: Dreier, GG, Art. 38 Rn. 88; im Ergebnis auch *Stern*, Stern I, § 10 II, S. 322 f.) oder ob auch eine einfachgesetzliche Ausgestaltung denkbar wäre (so *Labrenz*, Die Wahlpflicht – unbeliebt, aber nicht unzulässig, ZRP 2007, S. 214 (215)). *Merten* geht von einer Wahlentscheidungsfreiheit, nicht jedoch von einer Wahlbeteiligungsfreiheit aus und hält daher die einfachgesetzliche Einführung einer Wahlpflicht für zulässig, *Merten*, FS Broermann (1982), S. 314 f.

Wie und wemgegenüber wäre ein solcher Verzicht zu erklären und wer wacht über diese Selbstverpflichtung?¹⁶

Neben dem Wahlrecht selbst enthält Art. 38 Abs. 1 GG die Wahlgrundsätze Allgemeinheit, Unmittelbarkeit, Freiheit, Gleichheit, Geheimheit und Öffentlichkeit der Wahl.¹⁷ Diese Grundsätze sind zugleich objektives Recht und grundrechtsgleiche Rechte.¹⁸ Sie sichern die Möglichkeit einer freien Wahl.¹⁹

Ist auch ein Verzicht²⁰ auf diese Grundsätze denkbar? Der Geheimhaltungsgrundsatz beispielsweise wird in der Praxis dadurch umgesetzt, dass jedem Bürger bei der Wahl eine Kabine zur Verfügung gestellt wird, in welcher er – ohne Zeugen – seine Wahlentscheidung treffen kann. Kann der Bürger darauf verzichten und den Wahlzettel direkt in der Warteschlange ausfüllen, um dadurch Wartezeiten zu sparen? Welche Konsequenzen hätte dieses Verhalten für die Freiheit der Wahl und rechtfertigen diese Konsequenzen das Verbot eines solchen Verzichts?

16 Siehe zur Frage der Verzichtbarkeit des Wahlrechts auch *Pietzcker*, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, *Der Staat* 17 (1978), S. 527 (545); *Merten*, FS Broermann (1982), S. 304, 307; *Quaritsch*, FS Martens (1987), S. 408. Zur Geheimheit der Wahl: *Spieß*, Der Grundrechtsverzicht (1997), S. 35; *Pietzcker*, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, *Der Staat* 17 (1978), S. 527 (528 f.); *Quaritsch*, FS Martens (1987), S. 411; *Stern*, Staatsrecht III/2, § 86 I, S. 901; *Koch*, Ein Beitrag zur Lehre vom Verzicht auf Grundrechte (1983), S. 40; *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes (1981), S. 12; *Sachs* in: *Sachs*, GG, Vorb. Art. 1 Rn. 57.

17 Die ersten fünf Grundsätze ergeben sich unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 38 Abs. 1 GG. Die Öffentlichkeit der Wahl ergibt sich aus der Funktion des Wahlverfahrens als Legitimationsgrundlage für staatliche Gewalt. Demnach muss das gesamte Wahlverfahren (mit Ausnahme des Ausfüllens der Stimmzettel) öffentlich erfolgen, *Magiera* in: *Sachs*, GG, Art. 38 Rn. 99.

18 *Trute* in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 38 Rn. 2; *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 38 Rn. 1.

19 *Merten*, FS Broermann (1982), S. 307.

20 Bei den Wahlgrundsätzen handelt es sich nur um grundrechtsgleiche Rechte, so dass ein „Grundrechtsverzicht“ im eigentlichen Sinne ausscheidet. Dennoch eignet sich das Beispiel um – gerade anhand dieses Unterschieds – Kriterien für die Beurteilung eines Grundrechtsverzichts aufzuzeigen.

III. Verzicht auf das Benachrichtigungsrecht Angehöriger (Art. 104 Abs. 4 GG)

Das Benachrichtigungsrecht des Art. 104 Abs. 4 GG ist ein grundrechtsgleiches Recht.²¹ Das Recht wurde aufgrund der Erfahrungen zur Zeit des Nationalsozialismus ins Grundgesetz aufgenommen und soll verhindern, dass der Staat Menschen „verschwinden“ lassen kann.²² Hierfür verpflichtet Art. 104 Abs. 4 GG den Staat dazu, bei jedem Freiheitsentzug „unverzüglich [einen] Angehörige[n] des Festgehaltenen oder eine Person seines Vertrauens zu benachrichtigen.“

In der Praxis kollidiert dieses Recht häufig mit dem Wunsch des Festgehaltenen, seine Verhaftung geheim zu halten. Ein Recht, das von *Gusy* treffend als „Diskretionsinteresse“ des Verhafteten bezeichnet wird.²³ Dieses besteht beispielsweise bei der Verhaftung eines (volljährigen) Jugendlichen, der im Besitz von Drogen verhaftet wird und nicht möchte, dass seine Eltern davon erfahren oder bei Fällen drohender Kreditunwürdigkeit aufgrund der Verhaftung.²⁴

Besteht für den Betroffenen die Möglichkeit, sein Diskretionsinteresse durch Verzicht auf Art. 104 Abs. 4 GG zu verwirklichen?²⁵ Oder überwiegt hier der Schutzzweck des Art. 104 Abs. 4 GG, der die Möglichkeit staatlichen Missbrauchs der Freiheitsentziehung absolut ausschließen soll?²⁶ Wenn ja, wie ist dies mit dem Interesse des Festgehaltenen zu vereinbaren, wenn das Recht sich für ihn als Last darstellt, und wie können diese Interessen miteinander in Einklang gebracht werden?

21 *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 104 Rn. 1. Auch dieses grundrechtsgleiche Recht wird in die Darstellung aufgenommen, um daran typische Probleme des Grundrechtsverzichts zu verdeutlichen.

22 *Schmahl* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 104 Rn. 37 ff.; *Wilde*, Der Verzicht Privater auf subjektive öffentliche Rechte (1966), S. 168 f.; *Koch*, Ein Beitrag zur Lehre vom Verzicht auf Grundrechte (1983), S. 189.

23 *Gusy* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 104 Abs. 4 Rn. 74.

24 Zu dieser Fallkonstellation auch *N. Bethge*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts (2014), S. 17, 310 f.

25 Zu dieser Frage bereits: *Pietzcker*, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat 17 (1978), S. 527 (529); *Koch*, Ein Beitrag zur Lehre vom Verzicht auf Grundrechte (1983), S. 41; *Spieß*, Der Grundrechtsverzicht (1997), S. 35; *H. Bethge* in: Isensee/Kirchhof, HStR IX, § 203 Rn. 115.

26 So *Pietzcker*, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat 17 (1978), S. 527 (549); siehe dazu auch unten, S. 89 ff.