

Übungsklausur: Der ehrenwerte Sonnenbankier

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Eike Michael Frenzel, Wiss. Ang. Julius Städele, Freiburg i.Br.*

Die Examensübungsklausur¹ thematisiert aktuelle Fragen, die entweder einen Bezug zu verfassungsgerichtlichen Entscheidungen haben (insb. Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10 = NJW 2012, 1062 – Sonnenstudio; Anm. Jablonski, ZJS 2012, 273²) oder die sich in der Staatspraxis der Bundesrepublik als solche stellen und gerichtlich durchaus aufgegriffen werden könnten (Besetzung des Plenums; Abstimmung im Bundesrat). Die Aufgabe verschleift das Staatsorganisationsrecht mit den Grundrechten, so dass es sich um eine verfassungsrechtliche Aufgabe im umfassenden Sinne handelt.

Sachverhalt

Simon Sommer (S) wohnt in der niedersächsischen Landeshauptstadt Hannover und betreibt dort als Inhaber das Fitness- und Sonnenstudio „Fitness Forever“. Das Geschäft stagniert, bis S im November 2008 die Idee hat, durch Werbung verstärkt Jugendliche ab 16 Jahren anzusprechen, die etwas für ihre Form und ihren Teint tun möchten. In Anzeigen weist S darauf hin, dass regelmäßige Studiobesuche einen angemessenen Ausgleich zum stressigen Schulleben schaffen könnten. Tatsächlich kann S in der Folgezeit junge Neukunden begrüßen, die mit schriftlich erklärtem Einverständnis ihrer Erziehungsberechtigten bei S trainieren und das Solarium nutzen. S erwirtschaftet so ein Umsatzplus von zehn Prozent.

Allerdings beschließt der Deutsche Bundestag im Frühjahr 2009 das Gesetz zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen (NiSG) als Art. 2 eines Artikelgesetzes, das zahlreiche jugendschutzrechtliche Vorschriften ändert. In der Begründung zu dem zugrunde liegenden Gesetzentwurf der Bundesregierung wird unter Berufung auf mehrere wissenschaftliche, international anerkannte Studien angegeben, dass das Risiko, im Erwachsenenalter an Hautkrebs zu erkranken, steige, wenn Menschen bereits in Kindheit und Jugend verstärkt der ultravioletten Strahlung (UV-Strahlung) ausgesetzt gewesen seien. Bei Kindern und Jugendlichen, die schon früh eine erhöhte Anzahl an UV-bedingten Pigmentmalen erworben hätten, steige das Risiko einer Melanomentstehung, wenn sie sich neben natürlicher UV-Strahlung (Sonne) zusätzlich künstlicher UV-Strahlung aussetzten. Schäden an Hautzellen, die zu Hautkrebs führen könnten, würden vor allem im Jugendalter angelegt, wenn sich die Haut noch entwickle. Ausführungen dazu, inwieweit die Regelung grundrechtsrelevant ist, enthält die Begründung des Gesetzentwurfs nicht. Bei der Abstimmung im Bundestag sind lediglich 50 Abgeordnete (von insgesamt 616) anwesend. Die Abgeordneten der Koalitionsfraktionen (zusammen 28) stimmen für den Gesetzentwurf. Weil das Artikelgesetz ins-

gesamt als zustimmungspflichtig angesehen wird, stimmt auch der Bundesrat über das Gesetz ab. Bundesländer mit insgesamt 35 Stimmen (von 69 Stimmen) votieren für das Gesetz, 34 dagegen. Die Landesregierung des Bundeslandes X, die im Bundesrat für das Gesetz stimmt, ist aber nur geschäftsführend im Amt, weil sie mit der Landtagswahl ihre Mehrheit verloren hat und noch keine neue Koalition gebildet wurde. Der Landtag hatte die Landesregierung mehrheitlich aufgefordert, gegen das Gesetz zu stimmen. Das NiSG tritt am 4. Juni 2009 in Kraft. § 4 NiSG bestimmt, dass Minderjährigen die Nutzung von Sonnenbänken in Sonnenstudios, ähnlichen Einrichtungen oder sonst öffentlich zugänglichen Einrichtungen nicht gestattet werden darf. Zuwiderhandlungen gegen die Vorschrift sind mit einem Bußgeld bis 50.000 Euro bedroht.

S, der österreichischer Staatsangehöriger ist, hält den dem Gesetz zugrunde liegenden staatlichen Paternalismus und „Alarmismus“ für abwegig: Die Grenzwerte hinsichtlich Intensität und Dauer der Bestrahlung beachte er selbstverständlich, „denn nur die Dosis macht kein Gift“ – dies gelte auch für das Sonnenbaden im Freien, noch dazu angesichts der Schäden der Ozonschicht, und für unzählige weitere je nach Zeitgeist als gefährlich oder schädlich bezeichnete Betätigungen. Zudem sei die körperliche Entwicklung von Jugendlichen ab 16 Jahren weitgehend abgeschlossen. Der Gesetzgeber habe dadurch, dass er die Minderjährigkeit unterschiedslos zum Kriterium gemacht habe, beliebig, wenn nicht sogar willkürlich und nicht folgerichtig gehandelt; das Geschäftsmodell werde dadurch nachhaltig geschädigt, gerade auch für den Fall, dass man sich als Unternehmer auf die jugendlichen Kunden spezialisiere. Im Ergebnis komme dies einem Berufsverbot gleich. Auch sei es widersprüchlich, dass Jugendliche im privaten Bereich und damit im Ergebnis nahezu unkontrolliert weiterhin Solarien nutzen könnten. Fabrikneue Ganzkörperbräuner sind ab 750 Euro erhältlich. Der private Verkauf gebrauchter Geräte ist nicht reglementiert. Öffentliche Sonnenstudios seien als Institution „unter dem Auge des Gesetzes“ viel leichter zu kontrollieren als die private Sonnenbank im Hobbykeller und ermöglichten einen verantwortungsvollen Umgang mit den Geräten. Der Gesetzgeber habe bei der Formulierung der Regelung die Grundrechte erkennbar nicht berücksichtigt; das Gesetz sei insoweit fehlerhaft und verfassungswidrig. Nicht zuletzt sei auf das grundrechtlich geschützte Interesse der Jugendlichen (und ihrer Eltern), öffentliche Sonnenstudios aufsuchen zu dürfen, nicht eingegangen worden; dies müsse bei der Überprüfung eine Rolle spielen. Außerdem sei das Gesetz auch in formeller Hinsicht verfassungswidrig.

Mit einer ausführlichen Begründung und unter Beifügung aller erforderlichen Unterlagen erhebt S Verfassungsbeschwerde gegen § 4 NiSG und rügt die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG. Die Verfassungsbeschwerde geht am Tag nach Fronleichnam (einem in Baden-Württemberg, nicht jedoch in Niedersachsen gesetzlich geschützten Feiertag), also am Freitag, den 4. Juni 2010, beim Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe ein.

* Die Autoren sind Mitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.

¹ Es handelt sich um eine Klausur aus dem Examensklausurenkurs der Fakultät.

² Abrufbar unter:

http://zjs-online.com/dat/artikel/2012_2_553.pdf (20.9.2012).

Die Bundesregierung nimmt nach Aufforderung inhaltlich Stellung und führt aus, dass die Verfassungsbeschwerde bereits unzulässig sei. Jedenfalls könne S diese nicht auf die Berufsfreiheit stützen, auch weil es nunmehr schlicht verboten sei, Jugendlichen einen Zugang zu einem Solarium zu eröffnen. Bundestag und Bundesrat hätten mit dem Gesetz eine Regelung getroffen, die demokratisch legitimiert und daher anzuerkennen sei.

Prüfen Sie gutachtlich die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde des S. Auf die im Anhang abgedruckten Normen wird hingewiesen; weitere Regelungen des NiSG bleiben außer Betracht.

Anhang

Gesetz zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen (Auszug)

§ 1 NiSG – Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz regelt den Schutz und die Vorsorge im Hinblick auf schädliche Wirkungen nichtionisierender Strahlung, die durch die Anwendung nichtionisierender Strahlung am Menschen verursacht werden können. Es gilt für

1. den Betrieb von Anlagen zur medizinischen Anwendung nichtionisierender Strahlung in der Heil- und Zahnheilkunde und

2. für den Betrieb von Anlagen zur Anwendung nichtionisierender Strahlung außerhalb der Medizin, soweit die Anlagen gewerblichen Zwecken dienen oder im Rahmen wirtschaftlicher Unternehmungen Anwendung finden.

§ 4 NiSG – Nutzungsverbot für Minderjährige

Die Benutzung von Anlagen zur Bestrahlung der Haut mit künstlicher ultravioletter Strahlung in Sonnenstudios, ähnlichen Einrichtungen oder sonst öffentlich zugänglichen Räumen darf Minderjährigen nicht gestattet werden.

§ 8 NiSG – Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

[...]

4. entgegen § 4 einer Minderjährigen oder einem Minderjährigen die Benutzung einer Anlage gestattet.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet werden.

Lösung – Gutachten

Die Verfassungsbeschwerde des S hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.³

I. Zulässigkeit

1. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts

Zunächst müsste das BVerfG für die Verfassungsbeschwerde zuständig sein. Dies ist ausweislich der Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG der Fall.

2. Beschwerdefähigkeit

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 Abs. 1 BVerfGG steht das Recht, Verfassungsbeschwerde zu erheben, „jedermann“ zu. Gemeint ist damit jeder, der Träger des geltend gemachten Grundrechts sein kann. Dies setzt die Klärung der materiellrechtlichen Frage voraus, ob dem Beschwerdeführer das Grundrecht zusteht, dessen Verletzung er behauptet.⁴

S rügt vorliegend die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG.

Für die Beschwerdefähigkeit zu unterscheiden⁵ ist zwischen Grundrechten, die jedermann, und solchen, die nur Deutschen i.S.d. Art. 116 GG zustehen, den sog. Deutschen-Grundrechten. Art. 2 Abs. 1 GG spricht von „jeder“, sodass auch S als österreichischer Staatsbürger sich darauf berufen kann; ebenso kann sich S auf Art. 3 Abs. 1 GG berufen. Art. 12 Abs. 1 GG dagegen gesteht seinen Schutz lediglich „allen Deutschen“ zu, sodass S kein Grundrechtsträger in diesem Sinne zu sein scheint. Allerdings bestimmt der (unmittelbar anwendbare) Art. 18 AEUV, dass jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist. EU-Bürger müssen hinsichtlich ihrer Grundrechtsfähigkeit also insoweit wie Deutsche behandelt werden, als damit ihre Diskriminierung vermieden wird.⁶ Dies ist methodisch auf verschiedenen Wegen zu erreichen: So könnte man es bei der Nichtanwendung der Deutschen-Grundrechte belassen und dem EU-Bürger lediglich eine Berufung auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) zugestehen, die hinsichtlich ihres Schutzniveaus allerdings „hochgezont“ wird und damit einen dem Art. 12 GG äquivalenten Grundrechtsschutz gewährleisten soll. Auch möglich und wohl vorzugswürdig ist es jedoch, über den Anwendungsvorrang des EU-

³ Vgl. BVerfG (K), Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10 = NJW 2012, 1062 – Sonnenstudio, in dem Art. 12 Abs. 1 GG allerdings nicht zentral war.

⁴ Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 507.

⁵ Diese Unterscheidung ist nicht zwingend; die Frage kann auch erst im Rahmen der Beschwerdebefugnis erörtert werden; vgl. (für die Behandlung an dieser Stelle) Benda/Klein (Fn. 4), Rn. 507; ähnlich Scherzberg, in: Ehlers/Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 13 Rn. 22; anders Pieroth/Schlink, Grundrechte, 25. Aufl. 2009, Rn. 1228; Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 12 Rn. 18 (S. 171); für beide Wege aufgeschlossen Epping, Grundrechte, 5. Aufl. 2012, Rn. 153 f.

⁶ Lechner/Zuck, BVerfGG, 6. Aufl. 2010, § 90 Rn. 35.

Rechts die in einzelnen Grundrechtsbestimmungen enthaltene Beschränkung auf „Deutsche“ dann aufzuheben, wenn andernfalls eine Diskriminierung des EU-Bürgers entstände.⁷ Vorliegend könnte sich S nicht auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen, was eine Diskriminierung darstellen würde. Damit ist S auch Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG, mithin hinsichtlich aller gerügter Grundrechte beschwerdebefugt.

3. Beschwerdegegenstand

Sodann müsste mit § 4 NiSG (i.V.m. § 8) ein tauglicher Beschwerdegegenstand vorliegen. Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG sind Akte der öffentlichen Gewalt Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde. Dies ist – anders als bei Art. 19 Abs. 4 GG, der sich lediglich auf die Exekutive erstreckt – umfassend zu verstehen. Intendiert war nämlich, die Anordnung des Art. 1 Abs. 3 GG, wonach Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte gebunden sind, prozessual zu flankieren. Die öffentliche Gewalt umfasst damit alle drei grundrechtsverpflichteten Staatsgewalten,⁸ also auch die Legislative, was § 4 NiSG als einen Akt der Legislative zum tauglichen Beschwerdegegenstand macht.

4. Beschwerdebefugnis

Zudem müsste S beschwerdebefugt sein. Dieses Erfordernis ist Ausdruck der subjektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde als Instrument des Individualrechtsschutzes⁹ und liegt dann vor, wenn der Beschwerdeführer durch den Beschwerdegegenstand selbst, gegenwärtig und unmittelbar in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht betroffen ist. Dies muss nach dem Vortrag des Beschwerdeführers zudem als möglich erscheinen;¹⁰ ob eine tatsächliche Verletzung vorliegt, ist erst im Rahmen der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde zu klären. Vorliegend ist zu beachten, dass es sich um eine Rechtssatzverfassungsbeschwerde handelt.

Da es durchaus als möglich erscheint, dass § 4 NiSG den S in seinen eigenen Grundrechten beeinträchtigt, ist er selbst betroffen.¹¹ Die – durch § 8 NiSG sanktionierte – Norm verbietet es hier, Minderjährigen die Benutzung von Sonnenstudios u.ä. zu gestatten, und richtet sich damit u.a. direkt an S als Sonnenstudiobetreiber. Zudem ist § 4 NiSG am 4. Juni 2009 in Kraft getreten, zeitigt also bereits Rechtswirkungen und betrifft S damit gegenwärtig. Er müsste aber auch unmittelbar betroffen sein. Dies wäre der Fall, wenn die angegriffene Bestimmung, ohne eines weiteren Vollzugsaktes zu bedürfen, die Rechtsstellung des Beschwerdeführers verändert.¹² Es dürfte also keine Aktualisierung etwa durch Verwaltungsakt erforderlich sein. § 4 NiSG untersagt ipso iure die Gestattung der Nutzung von Sonnenbänken in Sonnenstudios durch

Minderjährige, sodass es keines weiteren Umsetzungsaktes mehr bedarf, gegen den S ggf. einen Rechtsweg beschreiten könnte. Damit ist er auch unmittelbar betroffen und somit beschwerdebefugt.

5. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Nach § 90 Abs. 2 BVerfGG ist die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs zulässig. Diese Regelung dient der Sicherung der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde bzw. des Vorrangs der sachnäheren Fachgerichtsbarkeiten und dazu, dem BVerfG die Rechts- und Fallanschauung der Fachgerichte zu vermitteln. Wenn jedoch kein Rechtsweg vorgesehen ist, so entfällt der Zweck des § 90 Abs. 2 BVerfGG. Gegen formelle Parlamentsgesetze wie vorliegend steht kein Rechtsweg offen, sodass er auch nicht erschöpft werden kann. Der Grundsatz der Subsidiarität verlangt – darüber hinausgehend –, dass der Beschwerdeführer vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde alles Zumutbare getan haben muss, um die Grundrechtsverletzung auf andere Weise zu beseitigen. Dass S derartige Möglichkeiten offenstanden, ist nicht ersichtlich, sodass der Grundsatz der Subsidiarität seiner Verfassungsbeschwerde vorliegend nicht entgegensteht.

6. Frist

Die Frist beträgt nach § 93 Abs. 3 BVerfGG ein Jahr seit Inkrafttreten des Gesetzes. § 4 NiSG trat am 4. Juni 2009 in Kraft. Für die Fristberechnung gilt in Ermangelung einer spezialgesetzlichen Regelung – der ggf. über § 57 Abs. 2 VwGO zu erreichende – § 222 ZPO, dessen Abs. 1 auf die §§ 187 ff. BGB verweist.¹³ Nachdem das Gesetz mit Beginn des 4. Juni 2009 in Kraft tritt, wird dieser Tag bei der Berechnung der Frist gemäß § 187 Abs. 2 S. 1 BGB mitgerechnet. Die Jahresfrist endete demnach gemäß § 188 Abs. 2 Hs. 2 BGB am 3. Juni 2010, 24 Uhr. Damit hätte S bis zum 3. Juni 2010 Verfassungsbeschwerde erheben müssen. Dieser Tag war in Baden-Württemberg allerdings ein gesetzlich geschützter Feiertag, namentlich Fronleichnam (vgl. § 1 FTG Baden-Württemberg). Bei einem Feiertag ist maßgeblich, ob der betreffende Tag an dem Ort, an dem das Rechtsmittel einzulegen ist, gesetzlicher Feiertag ist.¹⁴ Dieser Ort ist vorliegend Karlsruhe, das in Baden-Württemberg liegt. Nach § 222 Abs. 2 ZPO endet die Frist in diesem Fall mit Ablauf des nächsten Werktages, also des 4.6.2010. Da die Verfassungsbeschwerde an diesem Tag beim Bundesverfassungsgericht einging, ist die Frist gewahrt.

7. Form

Formerfordernisse ergeben sich aus §§ 92, 23 Abs. 1 BVerfGG. Hier hat S seine Verfassungsbeschwerde begründet und ihr alle erforderlichen Unterlagen beigelegt.

⁷ Vgl. *Lechner/Zuck* (Fn. 6), § 90 Rn. 35.

⁸ Vgl. *Benda/Klein* (Fn. 4), Rn. 536.

⁹ Vgl. *Benda/Klein* (Fn. 4), Rn. 556.

¹⁰ BVerfGE 89, 155 (171).

¹¹ S. *Fleury*, *Verfassungsprozessrecht*, 8. Aufl. 2009, Rn. 300 ff.

¹² BVerfGE 102, 197 (206 f.).

¹³ *Lechner/Zuck* (Fn. 6), § 93 Rn. 58; § 17 BVerfGG verweist nur auf nicht einschlägige Regelungen des GVG.

¹⁴ *Lechner/Zuck* (Fn. 6), § 93 Rn. 4.

8. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist damit zulässig.

II. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die angegriffene Norm – § 4 NiSG – den S in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt. Dabei ist zu beachten, dass ein Verstoß gegen objektives Verfassungsrecht allein nicht zur Begründetheit führt, sondern nur der (ggf. darin liegende) Verstoß gegen Grundrechte des Beschwerdeführers.¹⁵

1. Art. 12 GG (Berufsfreiheit)

a) Schutzbereich

Es müsste zunächst der Schutzbereich des einheitlichen¹⁶ Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet sein; Art. 12 Abs. 1 S. 1 und 2 GG werden dabei als Einheit begriffen.¹⁷

aa) Unter Beruf versteht man jede auf Dauer angelegte, der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit.¹⁸ Es werden nicht nur gesellschaftlich oder rechtlich vorgeprägte Berufsbilder geschützt, vielmehr ist „Beruf“ als ein weit auszulegender, aufgrund der fortschreitenden technischen, sozialen oder wirtschaftlichen Entwicklung prinzipiell offener Begriff zu verstehen.¹⁹ Hier ist S Betreiber eines Sonnen- und Fitnessstudios. Diese Tätigkeit ist auf Dauer angelegt und dient der Schaffung bzw. Erhaltung der Existenzgrundlage des S. Zudem ist eine derartige Tätigkeit heutzutage wohl auch gesellschaftlich als Beruf akzeptiert. Geschützt ist die gesamte Entfaltung im Rahmen des Berufs, also auch die Strategie bzw. das Geschäftsmodell des S, verstärkt Minderjährige ab 16 Jahren anzusprechen.

bb) Fraglich ist aber, ob Art. 12 GG auch verbotene Tätigkeiten schützt. Nach § 4 NiSG darf Minderjährigen die Nutzung von Sonnenbänken in Sonnenstudios u.ä. nicht gestattet werden. Dies lässt sich als Verbot auslegen, Minderjährigen den Zugang in das Studio des S zu gestatten, wodurch sich die Tätigkeit des S, verstärkt Jugendliche ab 16 Jahren anzusprechen, als verboten ausnimmt. Allerdings darf die Annahme, Art. 12 GG gestatte nur „erlaubte“ Tätigkeiten, nicht dazu führen, dass der einfache Gesetzgeber die Weite des Schutzbereichs bestimmen kann. Denn so könnte er jede ihm nicht genehme Tätigkeit als „verboten“ deklarieren und so dieses Verbot einer Prüfung am Maßstab des Art. 12 GG

entziehen, da schon der Schutzbereich nicht eröffnet wäre. Auch im Wortlaut findet sich keine derartige Beschränkung des Schutzbereichs – wie auch ein Vergleich mit Art. 8 Abs. 1 GG zeigt, der nur friedliche Versammlungen ohne Waffen schützen will. Erwägenswert kann daher allein sein, schlechthin sozial- und gemeinschaftsschädliche Tätigkeiten vom Schutzbereich auszunehmen; die Frage der Erlaubtheit dagegen ist eine Frage der Schranken und nicht des Schutzbereichs.²⁰ Da das Betreiben eines Sonnenstudios zwar möglicherweise negative Auswirkungen auf die Gesundheit der Kunden hat (und daher nach einer Ansicht insgesamt nicht förderlich für die „Volks Gesundheit“²¹), aber wohl kaum „schlechthin gemeinschaftsschädlich“ ist, fällt der Beruf des S nicht aus dem Schutzbereich. Auch speziell das Geschäftsmodell des S, verstärkt Jugendliche zu gewinnen, lässt sich zwar als moralisch zweifelhaft oder gar verwerflich bezeichnen; für das harsche Verdikt der Gemeinschaftsschädlichkeit ist aber deutlich mehr erforderlich, was auch ein wertender Vergleich mit dem hier üblicherweise zu nennenden Beispiel des Auftragsmörders zeigt.

cc) S müsste als österreichischer Staatsbürger zudem überhaupt Grundrechtsträger sein, gesteht der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG den Schutz doch nur „Deutschen“ zu. Wie gesehen ist dies jedoch aufgrund europarechtlicher Vorgaben der Fall.

b) Eingriff

In den Schutzbereich müsste eingegriffen worden sein. Nach dem sog. modernen Eingriffsbegriff versteht man hierunter jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht, gleichgültig, ob diese Wirkung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich (faktisch, informal), mit oder ohne Befehl und Zwang eintritt.²² Vorliegend darf nach § 4 NiSG Minderjährigen die Benutzung von Sonnenstudios u.ä. nicht gestattet werden. Da sich S verstärkt um Minderjährige als Kundschaft bemüht und mit dieser Strategie sogar ein Umsatzplus von zehn Prozent erwirtschaftet hat, wird ihm die Fortführung dieser Strategie bzw. dieses Geschäftsmodells jedenfalls faktisch unmöglich gemacht. § 4 NiSG erfordert auch keine Aktualisierung durch einen Verwaltungsakt oder sonstige Umsetzungsmaßnahmen, vielmehr wirkt das Verbot ipso iure. Damit liegt ein Eingriff vor.²³

c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff in den Schutzbereich könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dies wäre dann der Fall, wenn Art. 12 Abs. 1 GG eingeschränkt werden kann und die ver-

¹⁵ Vgl. *Fleury* (Fn. 11), Rn. 369; falsch wäre es, im Folgenden wie bei einer abstrakten Normenkontrolle zu verfahren – zentral ist die Verletzung eines Grundrechts durch die Rechtsnorm.

¹⁶ Vgl. *Hufen*, Grundrechte, 3. Aufl. 2011, § 35 Rn. 5.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 7, 377 (400 ff.) – Apotheken (1958); dies geht aber z.T. auch darauf zurück, dass der Regelungsvorbehalt des S. 2 für den S. 1 fruchtbar gemacht werden sollte. Hier bietet es sich nicht an, die Unterscheidung weiter zu thematisieren, anders in Sachverhalten, in denen zwischen S. 1 und S. 2 differenziert wird.

¹⁸ *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 12 Rn. 45.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 7, 377 (397).

²⁰ Vgl. *Hufen* (Fn. 16), § 35 Rn. 7 f.

²¹ Zur zweifelhaften Tragfähigkeit *Frenzel*, DÖV 2007, 243.

²² *Pieroth/Schlink* (Fn. 5), Rn. 253.

²³ Die Qualität des Eingriffs – Berufsausübungsregelung oder subjektive oder objektive Berufswahlschranke – könnte bereits an dieser Stelle bestimmt werden.

fassungsrechtlichen Vorgaben dieser Einschränkungsmöglichkeit beachtet wurden.

aa) Einschränkungbarkeit

Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG enthält einen Regelungsvorbehalt, der in der Sache als einfacher Gesetzesvorbehalt aufzufassen ist²⁴ und sich nicht lediglich auf die Berufsausübung bezieht, sondern – als Konsequenz der Deutung von Art. 12 GG als einheitliches Grundrecht – auf den gesamten einheitlichen Schutzbereich. Erforderlich ist also ein Gesetz, womit ein formelles Gesetz gemeint ist, zu dessen Erlass der nach der bundesstaatlichen Kompetenzordnung jeweils zuständige Bundes- oder Landesgesetzgeber befugt ist.²⁵ Ein solches Gesetz liegt hier mit dem vom Bundesgesetzgeber erlassenen § 4 NiSG vor.

bb) Verfassungsmäßigkeit des § 4 NiSG

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Einschränkung („Schranken-Schranken“) müssten beachtet worden sein. Dies verlangt insbesondere die formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes.

(1) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Der Bundesgesetzgeber müsste für den Erlass des Gesetzes zuständig gewesen sein und die Vorschriften über das Gesetzgebungsverfahren gewahrt haben. Zudem dürfte kein Formverstoß vorliegen.

(a) Zuständigkeit

So müsste zunächst eine Gesetzgebungskompetenz bestanden haben. Nach dem Grundsatz des Art. 70 Abs. 1 GG sind für die Gesetzgebung die Länder zuständig, es sei denn, es liegt eine Zuständigkeit des Bundes vor. Unterschieden wird hier zwischen ausschließlichen Kompetenzen (Art. 71, 73 GG) und konkurrierenden (Art. 72, 74 GG). Bei letzteren haben nach Art. 72 Abs. 1 GG die Länder die Kompetenz nur, solange und soweit der Bund von seiner Kompetenz nicht Gebrauch gemacht hat. Es müsste ein Titel des Art. 74 Abs. 1 GG einschlägig sein. In Betracht kommen hier Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG – öffentliche Fürsorge – sowie Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG – Recht der Wirtschaft. Unter den nicht eng auszulegenden Begriff der öffentliche Fürsorge fällt auch die Jugendpflege, also die Förderung des geistigen, körperlichen, sittlichen Wohls der Jugend, ohne dass notwendig eine Gefährdung vorliegen muss,²⁶ womit auch und insbesondere der Jugendschutz gemeint ist.²⁷ Unter das „Recht der Wirtschaft“ fallen nicht nur die Vorschriften, die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verteilung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen, sondern auch alle

anderen Normen und Gesetze mit wirtschaftslenkendem oder -regulierendem Inhalt.²⁸ Doch selbst wenn man durch § 4 NiSG die wirtschaftliche Betätigung einer bestimmten Branche geregelt sehen will, so ist Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG als *lex specialis* vorzuziehen. Für § 8 NiSG (Bußgeld) ist die Gesetzgebungskompetenz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (Strafrecht) begründet.²⁹

Auch das Erfordernis des Art. 72 Abs. 2 GG ist erfüllt, da aufgrund der Bedeutung des Jugendschutzes zur Wahrung der Rechtseinheit eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich ist.³⁰ Der Bundesgesetzgeber war nach alledem für den Erlass des § 4 NiSG zuständig.

(b) Verfahren

Sodann müsste das Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden sein.³¹ Dies richtet sich nach den Art. 76 ff. GG. Ein Verfahrensfehler könnte hier in zwei Umständen begründet sein: Zum einen könnte der Bundestag aufgrund der geringen Anzahl von anwesenden Abgeordneten nicht beschlussfähig gewesen sein, zum anderen könnte eine fehlerhafte Abstimmung im Bundesrat vorliegen.

(aa) Der Bundestag müsste bei seinem Beschluss nach Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG beschlussfähig gewesen sein. Dies könnte deshalb zu verneinen sein, weil nur eine geringe Anzahl von Abgeordneten anwesend war und über das Gesetz abgestimmt hat. Grundsätzlich ist gem. Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG zu einem Beschluss des Bundestags die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich, wenn nicht eine qualifizierte Mehrheit vorgeschrieben ist.³² Nach Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG genießt der Bundestag Geschäftsordnungsautonomie, er kann also seine inneren Angelegenheiten in einer Geschäftsordnung regeln und hat dies getan. § 45 Abs. 1 GOBT bestimmt, dass der Bundestag beschlussfähig ist, wenn mehr als die Hälfte seiner Mitglieder im Sitzungssaal anwesend ist. Damit wird auf die gesetzliche Mitgliederanzahl Bezug genommen, die durch die §§ 1 Abs. 1 S. 1, 6 Abs. 5 BWahlG bestimmt ist³³ und im vorliegenden Fall 616 beträgt. Es müssten also 309 Abgeordnete im Sitzungssaal anwesend gewesen sein, tatsächlich waren dies jedoch lediglich 50. Allerdings muss nach § 45 Abs. 2 GOBT die Beschlussfähigkeit vor Beginn einer Abstimmung bezweifelt und die Beschlussunfähigkeit anschließend festgestellt werden. Geschieht dies nicht, so gilt der Bundestag weiterhin als beschlussfähig.

²⁸ Vgl. *Degenhart* (Fn. 27), Art. 74 Rn. 44.

²⁹ Eines Hinweises auf das Recht der Medizinprodukte (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG, vgl. Wortlaut des § 1 Abs. 1 Nr. 1 NiSG) bedarf es nicht; es ist aber möglich, für § 4 NiSG darauf abzustellen, soweit es sich – vertretbar – bei Krebs um eine gemeingefährliche Krankheit handelt (bis 2006 musste eine solche dem Wortlaut des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG nach zugleich auch übertragbar sein).

³⁰ Näher hierzu *Degenhart* (Fn. 27), Art. 72 Rn. 10 ff.

³¹ S. hierzu *Frenzel*, JuS 2010, 27, 119.

³² Wann dies der Fall ist, s. überblickartig *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, 27. Aufl. 2011, Rn. 600.

³³ Vgl. Wortlaut des § 1 Abs. 1 S. 1 BWahlG: „[...] vorbehaltlich der sich aus diesem Gesetz ergebenden Abweichungen“.

²⁴ Vgl. *Pieroth/Schlink* (Fn. 5), Rn. 914.

²⁵ *Mann* (Fn. 18), Art. 12 Rn. 108.

²⁶ BVerfGE 97, 332 (341 f.).

²⁷ Vgl. *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 74 Rn. 38; §§ 1 ff. JuSchG sind ebenfalls auf diesen Kompetenztitel gestützt und könnten, soweit dies zulässig ist, als Kommentierung angebracht werden.

Vorliegend wurde die Beschlussfähigkeit jedoch weder angezweifelt noch wurde deren Gegenteil festgestellt. Zwar steht die Geschäftsordnung im Rang unterhalb der Verfassung und unterhalb des formellen Bundesrechts und kann daher verfassungsrechtliche Vorgaben keinesfalls modifizieren, doch verlangt auch Art. 42 Abs. 1 S. 2 GG lediglich, dass die Ja-Stimmen die Nein-Stimmen überwiegen,³⁴ ohne dass eine Mindestanzahl von Abgeordneten zugegen ist oder eine Mindestanzahl von Stimmen abgegeben wird.³⁵ Hier wurde dem Gesetz mit 28 von 50 Stimmen zugestimmt. Dies ist ausreichend, sodass kein formeller Fehler festgestellt werden kann.³⁶

(bb) Dem als zustimmungspflichtig qualifizierten Artikelgesetz³⁷ müsste auch im Bundesrat wirksam zugestimmt worden sein, Art. 77 Abs. 2a, 78 Var. 1 GG. Dafür ist die Mehrheit der gesetzlichen Stimmen des Bundesrats erforderlich, Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG, bei derzeit (nach Maßgabe des Art. 51 Abs. 2 GG) 69 Stimmen insgesamt also 35, die hier erreicht wurden. Allerdings stimmte die Regierung des Bundeslandes X mit, die lediglich geschäftsführend im Amt und vom Landtag aufgefordert worden war, gegen das Gesetz zu stimmen. Unter der Voraussetzung, dass eine geschäftsführende Landesregierung die Stimmen eines Landes im Bundesrat nicht abgeben kann, wäre die erforderliche Mehrheit für die Zustimmung zu dem Gesetz nicht erreicht worden. Daher ist beachtlich, ob die Stimmen wirksam abgegeben werden konnten. Die landesverfassungsrechtlichen Regelungen sind für das BVerfG als Prüfungsmaßstab nicht heranzuziehen. Für das Verhältnis von Landesregierung und Landesparlament trifft das Grundgesetz – außerhalb des Art. 28 Abs. 1 GG – keine Regelung. In Art. 51 Abs. 1 GG kommt zum Ausdruck, dass die Mitglieder des Bundesrats Mitglieder einer Landesregierung sein müssen und ihre Legitimation von der jeweiligen Landesregierung abgeleitet werden muss, nicht unmittelbar vom Landesparlament; daraus wird ein Weisungsverhältnis zwischen Landesregierung und Mitglied abgeleitet, welches für den Fall der Mitgliedschaft im Vermittlungsausschuss nach Art. 77 Abs. 2 S. 3 GG suspendiert wird.

Ungeachtet der landesverfassungsrechtlichen Regelung kann auch aus Art. 69 Abs. 3 GG abgeleitet werden, dass die Legitimation einer (abgewählten) Regierung mit dem Zusammentritt des Parlaments noch nicht abbricht, und zwar auch um die Handlungsfähigkeit des Landes zu sichern. Hier war allerdings nicht nur der Landtag zusammengetreten,

sondern er hatte auch eine Weisung erteilt. Bei der Würdigung des Arguments, dass eine geschäftsführende Regierung wegen der defizitären Legitimationsgrundlage nur für die laufenden Geschäfte zuständig sein soll,³⁸ und der etwaigen Weisungswidrigkeit ist allerdings zu berücksichtigen, dass es sich bei Bund und Ländern um zwei getrennte Verfassungsräume handelt; die Verhältnisse innerhalb eines Landes sind daher von dem Handeln des Landes im Außenverhältnis zu trennen. Dies dient auch der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Verfassungsorgans Bundesrat und der Sicherung der Funktion der Gesetzgebung, die wegen der Schlüsselstellung des Bundesrats nach Art. 77, 78 GG betroffen ist. Aus der Sicht des Bundesstaates und insbesondere des Bundesrats ist es daher grundsätzlich unerheblich, ob die demokratische Legitimation innerhalb eines Bundeslandes defizitär ist oder nicht. Entsprechend kommen dem Präsidenten des Bundesrats keine Kompetenzen zu, das Innenverhältnis auszuforschen.³⁹ Damit wurde dem Gesetz auch im Bundesrat wirksam zugestimmt.⁴⁰

(cc) Auch sonst ist kein Verstoß gegen die Art. 76 ff. GG erkennbar. Damit kam das Gesetz in einem ordnungsgemäßen Gesetzgebungsverfahren zustande.

(c) Form

Es könnte jedoch ein Formverstoß vorliegen.⁴¹ So könnte das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 GG nicht beachtet worden sein, wonach ein Gesetz das Grundrecht, in das eingegriffen wird, unter Angabe des Artikels nennen muss. Wenn der Gesetzgeber ein Grundrecht einschränkt, so soll er darüber explizit Rechenschaft ablegen.⁴² Allerdings hält das BVerfG Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG für eine Formvorschrift, die enger Auslegung bedarf, damit sie nicht zu einer leeren Förmlichkeit erstarrt und den die verfassungsmäßige Ordnung konkretisierenden Gesetzgeber in seiner Arbeit unnötig behindert.⁴³ Daher wird es nur bei Grundrechten angewendet, die aufgrund ausdrücklicher Ermächtigung durch den Gesetzgeber eingeschränkt werden dürfen,⁴⁴ also nicht bei solchen, die lediglich einem Regelungsvorbehalt unterstehen, mag dieser in der Sache auch einen Gesetzesvorbehalt darstellen. Damit findet es bei Art. 12 GG keine Anwendung.⁴⁵ Insoweit liegt kein Verstoß gegen das Zitiergebot vor.

³⁴ Magiera, in: Sachs, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 42 Rn. 10.

³⁵ Zur Verfassungsmäßigkeit dieser Ausgestaltung – auch im Falle signifikanter Unterbesetzung – BVerfGE 44, 308; vgl. aus der Praxis zuletzt Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/185 v. 15.6.2012, S. 22195 (22216 f.), für die Lage der (seltenen) Aufhebung einer Sitzung.

³⁶ Zur Problematik der Rede zu Protokoll (vgl. § 78 Abs. 6 GOBT) vgl. Sauer/Ketterer, JuS 2012, 524.

³⁷ Dass es sich um ein solches handelt und dieses potentiell (und damit nicht durchschlagend) in einen zustimmungspflichtigen Teil und in einen lediglich einspruchsfähigen Teil hätte aufgespalten werden können, war im Sachverhalt nicht thematisiert und daher für die Lösung irrelevant.

³⁸ Vgl. etwa Dreher, NJW 1982, 2807.

³⁹ Vgl. hierzu ausführlich BVerfGE 106, 310 (330 ff.).

⁴⁰ In BVerfG (K), Beschl. v. 30.10.2010 – 1 BvR 3196/09 u.a. = NJW 2011, 366 – Erbschaftsteuerreformgesetz, wurde ein entsprechender Vorgang thematisiert, jedoch nicht entschieden.

⁴¹ Vgl. zum tatsächlichen Gesetzentwurf, in dem insoweit ebenfalls nicht Stellung genommen wird, BT-Drs. 16/12276 v. 17.3.2009.

⁴² Vgl. zum historischen Hintergrund Hufen (Fn. 16), § 9 Rn. 28; weiterführend Singer, DÖV 2007, 496.

⁴³ BVerfGE 28, 36 (46).

⁴⁴ BVerfGE 83, 130 (154).

⁴⁵ Vgl. etwa Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 19 Rn. 5.

Hier wird jedoch auch moniert, dass der *Gesetzentwurf* keine Ausführungen zur Grundrechtsrelevanz enthielt. Dazu trifft das Grundgesetz keine Anordnung, vgl. Art. 76 Abs. 1 GG zur Initiative. § 76 Abs. 2 GOBT fordert zwar eine (kurze) Begründung für Entwürfe von Mitgliedern des Bundestages (§§ 76 Abs. 1, 75 Abs. 1 lit. a GOBT; weitergehend § 43 der GGO der Bundesministerien), enthält aber keine inhaltlichen Anforderungen. Die Begründung ist im Übrigen nicht als Selbstzweck, sondern u.a. als Instrument anzusehen, mit der die Überlegungen der an der Gesetzgebung beteiligten Organe offengelegt werden, etwa mit Bezug zur Betätigung der Einschätzungsprärogative.⁴⁶

(d) *Zwischenergebnis*

Damit ist § 4 NiSG in formeller Hinsicht verfassungsgemäß.

(2) *Materielle Verfassungsmäßigkeit*

Die Norm müsste jedoch auch materiell verfassungsgemäß, insbesondere verhältnismäßig sein. Dies wäre dann der Fall, wenn sie einen legitimen Zweck verfolgt sowie zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist. Bei Art. 12 GG ist zudem die vom BVerfG im sog. Apothekenurteil⁴⁷ entwickelte Dreistufentheorie zu beachten. Diese gibt den Maßstab der Verhältnismäßigkeitsprüfung vor, indem sie an einen tieferen Eingriff höhere Rechtfertigungsanforderungen knüpft. Vorteilhaft erscheint somit eine von der Dreistufentheorie modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung.

(a) *Maßstabsbildung*

So ist zunächst fraglich, ob es sich vorliegend um eine Berufsausübungsregelung oder um eine Berufswahlbeschränkung handelt, wobei letztere an subjektive oder an objektive Kriterien anknüpfen kann. Die Berufsausübung betrifft die Art und Weise der Berufstätigkeit, also das „Wie“ des Berufs. Wird diese geregelt, so genügen bereits vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls als ausreichende Grundlage einer Grundrechtsbeschränkung.⁴⁸ Subjektive Berufswahlregelungen betreffen nicht nur das „Wie“, sondern das „Ob“ des Berufs. Gemeint ist also eine Regelung, mit der der Zugang zum Beruf von bestimmten, in der Person selbst liegenden und von dieser selbst beeinflussbaren Voraussetzungen abhängig gemacht wird. Zulässig ist dies nur bei wichtigen bzw. besonders wichtigen Gemeinwohlzielen.⁴⁹ Objektive Berufswahlregeln liegen dann vor, wenn der Zugang zu einem Beruf von Voraussetzungen abhängig gemacht wird, die objektiv sind, auf die der Betroffene also keinen Einfluss hat. Hierfür sind für eine Rechtfertigung überragend wichtige Gemeinschaftsgüter erforderlich.⁵⁰ Zu entscheiden ist daher, ob § 4 NiSG lediglich die Berufsausübung regelt oder eine Berufswahlregelung darstellt. Dies bemisst sich danach, ob der Be-

ruf des Betreibers eines Sonnenstudios und der Beruf des Betreibers eines Sonnenstudios (speziell) für Minderjährige unterschieden werden können. Hierbei erscheint eine Orientierung an gesetzlichen und gesellschaftlichen Vorstellungen unentbehrlich.⁵¹ Dass es einen überkommenen und anerkannten Beruf darstellt, speziell für Minderjährige ein Sonnenstudio zu betreiben, lässt sich wohl kaum feststellen. Vielmehr ist regelmäßig jedermann dort willkommen, zumal S auch ein Fitnessstudio betreibt, das ebenfalls nicht nur Minderjährigen offensteht. Damit ist davon auszugehen, dass der Beruf des S „Fitness- und Sonnenstudiobetreiber“ ist, sodass hier lediglich die Ausübung dieses Berufs geregelt wird. Allerdings ist anerkannt, dass Berufsausübungsregelungen in ihrer Intensität Berufswahlregelungen nahekommen können,⁵² was ebenfalls in höheren Rechtfertigungsanforderungen resultiert. Hier hat S in Anzeigen versucht, Jugendliche anzulocken, indem er den regelmäßigen Studiobesuch als angemessenen Ausgleich zum stressigen Schulalltag anpreist. Dies führe auch zu einer Umsatzsteigerung von zehn Prozent. Eine Umstellung seines Geschäftsbetriebs – etwa Anschaffung neuer Geräte, Renovierung etc. – fand allerdings nicht statt. Daher wird man die Intensität der Regelung als eher gering anzusetzen haben, zumal lediglich Kunden in der Altersgruppe von 16 und 17 Jahren ausgeschlossen werden. Nach alledem handelt es sich vorliegend um eine bloße Berufsausübungsregelung.⁵³

(b) *Legitimer Zweck*

Als legitimer Zweck genügt somit jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls. § 4 NiSG dient dem Schutz von Kindern und Jugendlichen vor Hautkrebs. Nach diversen wissenschaftlich anerkannten Studien steigt das Risiko, im Erwachsenenalter an Hautkrebs zu erkranken, wenn Menschen bereits in Kindheit und Jugend verstärkt der ultravioletten Strahlung (UV-Strahlung) ausgesetzt waren. Schäden an Hautzellen, die zu Hautkrebs führen können, werden vor allem im Jugendalter angelegt. Dies stellt eine vernünftige Erwägung des Gemeinwohls dar, zumal die Anforderungen hieran nicht sonderlich streng sind.

(c) *Geeignetheit*

Die gesetzliche Regelung müsste zur Erreichung des Zwecks geeignet sein. Dem Gesetzgeber ist hierbei eine weite Einschätzungsprärogative (auch: Prognosespielraum) zuzugestehen.⁵⁴ Dabei genügt es, wenn die Regelung den Zweck nicht ganz erreicht, ihn aber zumindest fördert. Dürfen Jugendliche keine Sonnenstudios mehr benutzen, so sind sie weniger UV-Strahlung ausgesetzt. Die Einwendungen des S überzeugen hierbei nicht: Dass die körperliche Entwicklung Jugendlicher ab 16 Jahren weitgehend abgeschlossen und das Gesetz damit ungeeignet sei, hat S nicht glaubhaft darlegen können. Zudem muss beachtet werden, dass der Gesetzgeber angesichts sei-

⁴⁶ Zur Anforderung der Begründbarkeit *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1058).

⁴⁷ BVerfGE 7, 377.

⁴⁸ *Hufen* (Fn. 16), § 35 Rn. 30.

⁴⁹ *Hufen* (Fn. 16), § 35 Rn. 31.

⁵⁰ *Hufen* (Fn. 16), § 35 Rn. 32.

⁵¹ Zu weiteren Kriterien *Mann* (Fn. 18), Art. 12 Rn. 68 ff.

⁵² So etwa für Kassenärzte BVerfGE 11, 30.

⁵³ Zur Möglichkeit, den Charakter der Regelung bereits i.R.d. Eingriffs zu bestimmen, s.o. (Fn. 23).

⁵⁴ Vgl. *Hufen* (Fn. 16), § 35 Rn. 36.

nes Entscheidungsspielraums nicht jeden möglicherweise gegen eine Regelung sprechenden Aspekt dergestalt würdigen muss, dass er Niederschlag in der beabsichtigten Regelung findet. Auch dass S das Gesetz für „alarmistisch“ hält und das Schutzziel für einzig dem Zeitgeist geschuldet ansieht, ist angesichts der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers unbeachtlich. Schließlich spricht nicht gegen die Geeignetheit, dass sich die Jugendlichen in die Sonne begeben können, was ebenfalls Gesundheitsgefahren birgt, denn § 4 NiSG trägt zumindest dazu bei, das Hautkrebsrisiko zu mindern, zumal Sonnenstudios bei jeder Witterung benutzbar sind, während ein Sonnenbad nicht stets genommen werden kann. Wegen der hohen Anschaffungskosten für Solarien ist zugleich eine „Flucht ins Private“ nicht in einem Umfang zu besorgen, der die Eignung des Verbots in Frage stellte. Darüber hinausgehende Anforderungen verlangt das Kriterium der Geeignetheit nicht.

(d) Erforderlichkeit

Sodann müsste die Regelung erforderlich sein. Erforderlichkeit bedeutet, dass es keinen Zustand gibt, den der Staat ohne großen Aufwand ebenfalls schaffen kann, der für den Bürger weniger belastend ist und der mit dem Zustand, in dem der verfolgte Zweck als verwirklicht zu betrachten ist, ebenfalls in einem durch bewährte Hypothesen über die Wirklichkeit vermittelten Zusammenhang steht, mit anderen Worten: Der Zweck darf nicht durch ein gleich wirksames, aber weniger belastendes Mittel zu erreichen sein.⁵⁵ Auch hier ist die weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zu beachten. Als Alternative käme hier in Betracht, die Grenzwerte hinsichtlich Intensität und Dauer der Bestrahlung zu verschärfen und nicht gleich die Benutzung von Sonnenstudios insgesamt zu untersagen. Auch wenn dies wohl milder wäre, ist die gleiche Effektivität angesichts der wissenschaftlichen Erkenntnisse bzgl. der Wirkungen erhöhter UV-Strahlung im Jugendalter sehr fraglich. Die einschlägigen Studien besagen, dass jede zusätzliche künstliche Strahlenbelastung das Risiko der Melanomentstehung erhöht. Somit wäre lediglich eine Verschärfung der Grenzwerte nicht gleich effektiv, denn das Risiko würde nicht im gleichen Maße vermindert werden. Als weitere Alternative bestünde die Möglichkeit, den privaten Handel mit neuen und gebrauchten Sonnenbänken und sonstigen Bräunungsgeräten zu unterbinden. Es müsste sich aber auch um eine mildere Maßnahme handeln, zumal eine Beschränkung auf Minderjährige kaum möglich erscheint; zudem ist die gleiche Effektivität der Maßnahme zu verneinen: Nicht jeder, der ein Sonnenstudio besucht, würde sich auch eine Sonnenbank kaufen. Die typischen Sonnenstudiogänger würden also von der Maßnahme nicht betroffen werden, sie können sich vielmehr weiterhin ungehindert den Strahlen aussetzen. Das Risiko für sie würde sich also überhaupt nicht vermindern. Damit erscheint auch diese Alternative als nicht gleich effektiv. Somit ist § 4 NiSG auch erforderlich.

(e) Angemessenheit

Schließlich müsste § 4 NiSG auch verhältnismäßig i.e.S., also angemessen sein. Dies wäre dann der Fall, wenn der Eingriff bzw. die Beeinträchtigung, die der Eingriff für den S bedeutet, und der mit dem Eingriff verfolgte Zweck in recht gewichtetem und wohl abgewogenen Verhältnis zueinander stehen.⁵⁶ Dies erfordert eine umfassende Abwägung aller konfligierender Güter, wobei auch Grundrechte Dritter heranzuziehen sind. Als solche sind die Grundrechte der Jugendlichen – hier die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG – und die der Eltern – vorwiegend aus Art. 6 GG – zu nennen. Den Jugendlichen wird es untersagt, sich in Sonnenstudios zu bräunen, was einen nicht besonders schweren, aber keineswegs belanglosen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit darstellt.⁵⁷ Denn dadurch wird Einfluss genommen auf ihre Freizeitgestaltung und auf ihre Dispositionsbefugnis über die Gestaltung ihres Aussehens. Andererseits verbleibt den Jugendlichen die Möglichkeit des Sonnenbadens im Freien und der Nutzung von UV-Licht im privaten Bereich. Art. 6 Abs. 2 GG erklärt die Erziehung der Kinder zum natürlichen Recht der Eltern. Untersagt ein Gesetz ein bestimmtes Verhalten eines Minderjährigen, wozu die elterliche Erlaubnis erforderlich ist, so bedeutet dies eine Beschneidung des elterlichen Erziehungsrechts, denn möglicherweise halten Eltern es für richtig und begrüßenswert, wenn sich ihre Kinder künstlicher UV-Strahlung aussetzen. Auch in Bezug auf S selbst gilt zu beachten, dass er die Anzeigen für Jugendliche nun umsonst geschaltet hat und dass ihm eine Kundengruppe verwehrt wird, was sich in Umsatzeinbußen niederschlagen könnte. Allerdings halten sich diese Einbußen in Grenzen, da das Umsatzplus lediglich zehn Prozent betrug, zudem hat S keinerlei Maßnahmen zur Umrüstung, Umgestaltung oder Renovierung seines Betriebs ergriffen. Es steht ihm vielmehr frei, sein Studio genau so zu betreiben wie zuvor – nur hinsichtlich der Sonnenbänke eben nicht mit spezifischem Bezug auf Minderjährige. Mit Rücksicht auf den gebotenen Schutz der Minderjährigen, der als Rechtfertigungsgrund für Grundrechtseingriffe im GG ausdrücklich anerkannt ist (Art. 5 Abs. 2 GG) sowie ihre mangelnde Einsichtsfähigkeit und Reife sind seit langem verschiedene Regelungen auch zum Schutz der Minderjährigen vor Selbstgefährdung und ungestörter Entwicklung in der Rechtsordnung etabliert.⁵⁸ Das verfassungsrechtlich bedeutsame Interesse an einer ungestörten Entwicklung der Jugend berechtigt den Gesetzgeber zu Regelungen, durch die der Jugend drohende Gefahren abgewehrt werden (vgl. allgemein § 2 BGB; § 10 JuSchG). Es ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, in welchem Zusammenhang, in welcher altersmäßigen Abstufung und auf welche Weise Situationen entgegengewirkt werden soll, die nach seiner Einschätzung zu Schäden führen können, wobei ihm ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zusteht. Dass er diesen hier überschritten hat, ist nicht ersichtlich. Die Einbußen seitens des

⁵⁵ *Pieroth/Schlink* (Fn. 5), Rn. 295.

⁵⁶ *Pieroth/Schlink* (Fn. 5), Rn. 299.

⁵⁷ BVerfG NJW 2012, 1062 (1064).

⁵⁸ Vgl. hierzu und auch zum Folgenden BVerfG NJW 2012, 1062 (1064).

Beschwerdeführers wie auch im Falle von Grundrechten Dritter halten sich in eng bemessenen Grenzen; dem gegenüber steht der Jugendschutz, dem ein hohes Gewicht zukommt. Dass in anderen Bereichen niedrigere Altersgrenzen gelten als hier, ist unbeachtlich, denn es kommt auf eine konkrete Risikobewertung an, die hier nicht beanstandet werden kann: An die Stelle der wissenschaftlichen Rationalität, für die durchaus fraglich ist, ob es eine einzige Antwort auf die Gefährlichkeit der Nutzung von Sonnenstudios, tritt durch die Mehrheitsentscheidung eine parlamentarisch begründete demokratische Rationalität.⁵⁹ Nach alledem erweist sich der Eingriff unter Berücksichtigung und Abwägung aller betroffenen Güter als angemessen.⁶⁰

(f) Zwischenergebnis

Damit ist § 4 NiSG auch verhältnismäßig und materiell verfassungsgemäß. (A.A. vertretbar.)

cc) Zwischenergebnis

Der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

d) Zwischenergebnis

S wird durch § 4 NiSG nicht in seiner Berufsfreiheit verletzt.

2. Art. 2 Abs. 1 GG (Allgemeine Handlungsfreiheit)

Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG tritt zurück, da Art. 12 Abs. 1 GG spezieller ist. Ein Eingriff wäre jedoch gerechtfertigt.⁶¹

3. Art. 3 Abs. 1 GG (Allgemeiner Gleichheitssatz)

a) Bindung des Gesetzgebers

Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 GG spricht davon, dass alle Menschen *vor* dem Gesetz gleich sind. Dies meint also die Rechtsanwendungsgleichheit. Eine Aussage darüber, ob auch der Gesetzgeber gebunden ist, scheint nicht getroffen. Allerdings ist nach Art. 1 Abs. 3 GG auch die Gesetzgebung an die „nachfolgenden Grundrechte“, also auch an Art. 3 Abs. 1 GG, gebunden. Zudem lässt sich dieses Ergebnis im Wege eines Erst-recht-Schlusses herleiten: Wenn schon Gesetze gleich angewendet werden müssen, so müssen sie auch selbst auf der Grundlage der Gleichheit entstanden sein.

b) Ungleichbehandlung

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es, Gleiches gleich und Ungleiches entsprechend seiner Eigenart ungleich zu behandeln.⁶² Dafür ist erforderlich, Vergleichsgruppen zu bilden. Die Vergleich-

barkeit wird aufgrund einer wertenden Betrachtung ermittelt und nur verneint, wenn die Sachverhalte unterschiedlichen rechtlichen Ordnungsbereichen angehören und in anderen systematischen und sozialgeschichtlichen Zusammenhängen stehen.⁶³ Hier könnte man die Vergleichsgruppen „Sonnenbänke in Sonnenstudios“ und „Sonnenbänke in Privatgebrauch“ bilden. Während die Benutzung der erstgenannten durch § 4 NiSG reguliert wird, ist dies bei den letztgenannten nicht der Fall. Lässt man dies genügen, so liegt eine Ungleichbehandlung vor. Diese ist auch demselben Hoheitsträger zuzurechnen.⁶⁴

c) Rechtfertigung

Fraglich ist, welcher Rechtfertigungsmaßstab hier anzulegen ist. So könnte man eine Rechtfertigung schon dann annehmen, wenn ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung besteht, sie also nicht willkürlich erfolgte (Willkürformel), oder aber eine strenge Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verlangen (Neue Formel).⁶⁵ Eine strenge Prüfung ist vorzunehmen, wenn verschiedene Personengruppen und nicht nur verschiedene Sachverhalte ungleich behandelt werden⁶⁶, wenn personengebundene Merkmale zur Differenzierung verwendet werden – was insb. dann gilt, wenn sich die Differenzierungsmerkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen annähern⁶⁷ – oder wenn die Ungleichbehandlung Freiheitsgrundrechte beeinträchtigt. All dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall: Es geht um die Benutzung von Sonnenbänken in Sonnenstudios oder in Privaträumen. Dies stellt eine sachverhaltsbezogene Ungleichbehandlung dar. Damit ist entscheidend, ob ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung bestand. Dieser kann darin gesehen werden, Jugendliche vor künstlicher UV-Strahlung und damit vor Hautkrebs zu schützen. Damit ist die Ungleichbehandlung gerechtfertigt.

d) Zwischenergebnis

Es liegt auch keine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes vor.

4. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des S ist mangels Verletzung in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht unbegründet.

III. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des S hat keine Aussicht auf Erfolg. (A.A. vertretbar.)

⁵⁹ Differenziert *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1054, 1059).

⁶⁰ A.A. bei entsprechender Argumentation ebenso gut vertretbar.

⁶¹ Art. 2 Abs. 1 GG ist nur dann ausführlich und unter Berücksichtigung der Schranken des Art. 12 Abs. 1 GG zu prüfen, wenn der persönliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG für einen EU-Ausländer nicht als eröffnet angesehen wird.

⁶² BVerfGE 42, 64 (72).

⁶³ Vgl. *Jarass/Pieroth* (Fn. 45), Art. 3 Rn. 7.

⁶⁴ Dazu *Hufen* (Fn. 6), § 39 Rn. 6.

⁶⁵ Vgl. *Jarass/Pieroth* (Fn. 45), Art. 3 Rn. 17.

⁶⁶ BVerfGE 91, 346 (362 f.).

⁶⁷ *Jarass/Pieroth* (Fn. 45), Art. 3 Rn. 19a.