

# Fortgeschrittenenklausur: „Boarder Control“ – Helmpflicht für Wintersportler an der Grenze der Verfassungsmäßigkeit?

Von Diplom-Wirtschaftsjurist (Univ.) **Matthias Motzkus**, LL.M., Frankfurt (Oder)\*

*Der vorliegende Fall thematisiert aus unterschiedlichen Blickwinkeln verfassungsrechtliche Probleme einer durch ein (fiktives) „Wintersportsicherheitsgesetz“ eingeführten Skihelmpflicht und korrespondierender, für Skipistenbetreiber geltender Betreiberpflichten. Der Fall wurde im WS 2016/2017 an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) in abgewandelter Form als anspruchsvolle Hausarbeit für Anfänger im Öffentlichen Recht gestellt, eignet sich aber ebenso als Klausur für Fortgeschrittene. Von Bearbeitern werden solide verfassungsrechtliche Grundkenntnisse, insbesondere im Bereich der materiellen Grundrechtsprüfung, und die gutachterliche Befassung mit teils weniger bekannten prozessualen Problemen verlangt. Die zahlreichen Hinweise in der Lösung gehen auf häufige Fehler ein und zeigen auch alternative Lösungs- und Aufbauansätze auf.*

## Sachverhalt

Der Wintersport hat sich innerhalb der letzten Jahre rasant fortentwickelt: Nicht nur im Hoch-, sondern zunehmend auch in den Mittelgebirgen Deutschlands findet sich eine Vielzahl von gut präparierten, teils künstlich beschneiten Pisten. Der kompakte Kunstschnee sowie moderne Materialien und Technologien haben dazu geführt, dass sich die Abfahrtschwindigkeiten von Skiern und Snowboards immens erhöht haben. Nachdem es vermehrt zu öffentlichkeitswirksamen Skiunfällen mit prominenter Beteiligung gekommen war – etwa eines Politikers, der mit einem anderen Skifahrer so heftig zusammengestoßen war, dass dieser seinen schweren Verletzungen infolge des Aufpralls erlag –, fordern Ärzteverbände und Versicherungen die Einführung einer gesetzlichen Helmpflicht. So wird unter anderem angeführt, dass mehr als die Hälfte der jugendlichen Ski- und Snowboardfahrer keinen Helm trage (was zutrifft). Das sei bei erreichbaren Geschwindigkeiten von mehr als 100 km/h völlig unverantwortlich. Wissenschaftlich gesicherten Erkenntnissen zufolge hätten etwa 45 % der schweren und tödlichen Skiunfälle bei Erwachsenen (fast 60 % bei Kindern unter 14 Jahren) vermieden oder zumindest entscheidend abgemildert werden können, wenn die Beteiligten einen Helm getragen hätten. Der Bundestagsabgeordnete B arbeitet in der Folge einen Gesetzesvorschlag über ein zu erlassendes „Wintersportsicherheitsgesetz“ (WSSG) aus und bringt diesen im Alleingang als Gesetzesvorlage beim Bundestag ein. Das WSSG durchläuft das Gesetzgebungsverfahren im Übrigen ordnungsgemäß, insbesondere beschließt der Bundestag das Gesetz. Nach Gegenzeichnung, Ausfertigung und Ver-

\* Der Autor war Akad. Mitarbeiter und ist derzeit Wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Europarecht (Prof. Dr. Carsten Nowak), Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder). Für wertvolle Hinweise zum Manuskript dankt er seinem früheren Kollegen Dr. Patrick Stockebrandt (Universität Siegen) und seiner Schwester Diplom-Juristin Sarah Motzkus.

kündigung im Bundesgesetzblatt tritt es am Donnerstag, den 7.12.2017, in Kraft.

## Aufgabe 1

Der 16-jährige Schüler J ist begeisterter Snowboarder. Von der im WSSG niedergelegten Helmpflicht hält er gar nichts. Die Bevormundung durch das Gesetz sei „absolut uncool“, denn das Gefühl von Freiheit und Selbstbestimmtheit beim Boarden werde durch einen hässlichen und unbequem zu tragenden Helm völlig zerstört. Unter Verweis auf einen Fall, bei dem ein bekannter Rennfahrer beim Skifahren schwer verunglückt war, obgleich dieser einen Helm getragen hatte, meint J zudem, dass es in erster Linie darauf ankomme, ob ein Fahrer „es technisch draufhat oder nicht“; daran ändere auch ein Helm nichts. Und überhaupt könne er in einem Rechtsstaat ja wohl immer noch selbst entscheiden, ob und wie er seine eigene Gesundheit schützt. Die bußgeldbewehrte Helmpflicht sei „eine völlig schwachsinnige obrigkeitstaatliche Aktion“, die ihn unnötig in seinem Persönlichkeitsrecht und in seiner Handlungsfreiheit beeinträchtige. Außerdem sei die Skihelmpflicht „total die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung“, da weder andere Wintersportarten wie das Eislaufen noch alltägliches Fahrradfahren im Straßenverkehr zu Fortbewegungszwecken einer Helmpflicht unterliegen – beides sei aber genauso gefährlich. Nachdem J einige Wochen lang in Bibliotheken und im Internet recherchiert hat, legt er Verfassungsbeschwerde ein. Seinen inklusive Fußnoten und Literaturnachweisen 17 Seiten umfassenden Beschwerdeschriftsatz druckt er aus Angst vor Verfristung am Dienstag, den 9.1.2018, aus, unterschreibt ihn, scannt ihn wieder ein und versendet ihn von seiner E-Mail-Adresse „freeride-spirit@mail.com“ als PDF-Anhang an eine (einfache) E-Mail an die E-Mail-Adresse der Poststelle des BVerfG, die er dem Impressum der Homepage des BVerfG entnommen hat. In der Fußzeile des Anschreibentextes der E-Mail ist sein vollständiger Name samt Anschrift angegeben. Der Mailserver des BVerfG bestätigt ihm den Eingang seiner E-Mail am selben Tag.

Wird die Verfassungsbeschwerde des J Erfolg haben?

## Aufgabe 2

Das Unternehmen U-GmbH (U) betreibt ein weitläufiges Areal mit mehreren Skipisten und zugehörigen Skiliftanlagen. An jedem Pisteneinstieg und an den meisten Lifts stehen auch kleine Kassenhäuschen, an denen Tickets und Pässe für Liftfahrten erworben werden können bzw. diese kontrolliert werden. Für Geschäftsführer G der U stellen die Regelungen des WSSG eine Beeinträchtigung dar, die er keinesfalls hinnehmen möchte. Insbesondere sei es unzumutbar, die bußgeldbewehrten „Betreiberpflichten“ nach § 3 WSSG einhalten zu müssen. Dazu müsse man gesonderte Kontrollen errichten, das gesamte Areal umzäunen und zusätzliches Personal einstellen, was eine völlig unangemessene wirtschaftliche Belastung darstelle. Er hege ernsthafte Zweifel, ob dies mit

der Berufsfreiheit vereinbar sei – schließlich sei das Geschäft aufgrund saisonaler und klimabedingter Unwägbarkeiten ohnehin schon schwer genug. Als Betreiber habe U außerdem in der Vergangenheit genügend freiwillige Investitionen getätigt, um alle Liftmasten und sonstigen Hindernisse auf den Pisten mit modernsten Materialien zu polstern (was zutrifft). Man habe damit bereits alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen, um für die Gesundheit und den Schutz der Skifahrer zu sorgen. Auch sei völlig unverständlich, warum U gegenüber Betreibern von „Flachhängen“ und Langlaufloipen ungleich behandelt werde – dort könne man sich ebenso gut „die Knochen brechen“.

Verletzen die Betreiberpflichten nach § 3 WSSG die U in ihren Grundrechten?

### Bearbeitervermerk

Es ist gutachterlich – nötigenfalls hilfsgutachtlich – auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Problemstellungen einzugehen. Unterstellen Sie, das WSSG sei Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung und die „Erforderlichkeitsklausel“ aus Art. 72 Abs. 2 GG sei gewahrt. Auf die Eigentumsfreiheit ist nicht einzugehen. Bitte beachten Sie auch den nachfolgend abgedruckten Normtext des WSSG:

### Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit im Wintersport (Wintersportsicherheitsgesetz – WSSG)

#### § 1 Zweck des Gesetzes

Zweck des Gesetzes ist die Senkung der Auswirkungen und der Zahl schwerer und tödlicher Unfälle auf Skipisten.

#### § 2 Skihelmpflicht

(1) Fahrer von Skiern, Snowboards und vergleichbaren Wintersportgeräten haben auf Skipisten einen geeigneten Helm zu tragen.

(2) <sup>1</sup>Skipisten im Sinne dieses Gesetzes sind öffentlich zugängliche sowie private, gewerblich für den Wintersport genutzte Flächen, deren Oberfläche natürlich und/oder künstlich beschneit ist, auf denen der aufliegende Schnee manuell oder maschinell verhärtet wurde und deren durchschnittliche Hangneigung mehr als 5 % beträgt. <sup>2</sup>Langlaufloipen sind nicht Skipisten im Sinne dieses Gesetzes.

(3) Geeignete Helme im Sinne dieses Gesetzes müssen Anforderungen nach [...] erfüllen.

#### § 3 Betreiberpflichten

Betreiber von Skipisten sind verpflichtet,

1. die Einhaltung der Skihelmpflicht an geeigneter Stelle zu kontrollieren,
2. Fahrern, die die Skihelmpflicht missachten, den Zutritt zu Skipisten zu verweigern,
3. Fahrern, die sich auf der Skipiste befinden und die Skihelmpflicht missachten, unverzüglich von der Skipiste zu verweisen.

#### § 4 Bußgeldvorschriften

- (1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig
  1. gegen die Pflicht aus § 2 Absatz 1 verstößt

2. gegen eine Pflicht aus § 3 verstößt.

(2) Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 können mit einer Geldbuße [...] geahndet werden. [...]

### Lösungsvorschlag

#### Lösung zu Aufgabe 1<sup>1</sup>

Die Verfassungsbeschwerde des J wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, wenn sie die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 23, 90 ff. BVerfGG normierten Sachentscheidungs Voraussetzungen erfüllt.

#### I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist für Verfassungsbeschwerden nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG zuständig.

#### II. Beteiligtenfähigkeit

Zunächst müsste der Beschwerdeführer beteiligtenfähig sein. Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG kann grundsätzlich „Jedermann“ Verfassungsbeschwerde erheben. Der Begriff umfasst alle Grundrechtsberechtigten, mithin jedenfalls alle natürlichen Personen, unabhängig von ihrem Lebensalter.<sup>2</sup> Der Beschwerdeführer ist als natürliche Person und mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt unter „Jedermann“ zu fassen und damit beteiligtenfähig.

*Hinweis:* Es bleibt den Bearbeitern überlassen, ob hier oder im Rahmen der Beschwerdebefugnis darauf eingegangen wird, ob die Grundrechtsfähigkeit auch bzgl. der konkret geltend gemachten bzw. potenziell verletzten Grundrechte vorliegt. Jedenfalls aber ist hier die „abstrakte“ Fähigkeit anzusprechen, überhaupt Träger von Grundrechten zu sein.<sup>3</sup>

#### III. Prozessfähigkeit

Weiterhin müsste der Beschwerdeführer prozessfähig sein. Prozessfähig ist, wer in der Lage ist, Prozess- und Verfahrenshandlungen selbst vorzunehmen oder durch einen selbst gewählten Bevollmächtigten vornehmen zu lassen.<sup>4</sup> Das BVerfGG trifft indes keine Aussage zur Prozessfähigkeit; sie orientiert sich bei Verfassungsbeschwerden Minderjähriger nach wohl vorherrschender Auffassung regelmäßig an der Grund-

<sup>1</sup> Die Idee zum Fall geht zurück auf *Görisch*, Ad Legendum 2009, 264. Sachverhalt und Lösung wurden teils stark abgeändert und erheblich ausgebaut.

<sup>2</sup> *Detterbeck*, Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2015, Rn. 589; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 206; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 52. EL, Stand: September 2017, § 90 Rn. 129.

<sup>3</sup> Vgl. dazu *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 7. Aufl. 2016, § 51 Rn. 8.

<sup>4</sup> *Bethge* (Fn. 2), § 90 Rn. 169.

rechtsmündigkeit.<sup>5</sup> Letztere ist gegeben, wenn der Beschwerdeführer die nötige Reife und Einsichtsfähigkeit aufweist, um im durch das betreffende Grundrecht geschützten Lebensbereich eigenverantwortlich zu agieren; dies ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen.<sup>6</sup> Vorliegend hat der 16-jährige Beschwerdeführer, der in diesem Alter vermutlich die zehnte Schulklasse besucht, konkrete Vorstellungen darüber zum Ausdruck gebracht, welche der ihm zustehenden Grundrechte (allgemeines Persönlichkeitsrecht, allgemeine Handlungsfreiheit, allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz) wodurch (mit dem WSSG eingeführte Skihelmpflicht) eventuell verletzt sind. Er hat zudem eigenständig recherchiert, selbst einen mit 17 Seiten vergleichsweise umfangreichen Schriftsatz mit bibliografischem Apparat angefertigt sowie selbstständig sonstige Voraussetzungen der Verfassungsbeschwerde geprüft. Er ist damit im Regelungsbereich der geltend gemachten Grundrechte als hinreichend einsichtsfähig und selbstständig, mithin als grundrechtsmündig anzusehen. Er ist prozessfähig und zur Einlegung der Verfassungsbeschwerde nicht auf gesetzliche Vertreter (Eltern, § 1629 BGB, bzw. Betreuer, § 1902 BGB) angewiesen.

*Hinweis:* A.A. wohl nur bei sehr guter Begründung vertretbar. Die Grundrechtsmündigkeit sollte angesprochen werden. Auf die von der Prozessfähigkeit zu unterscheidende Postulationsfähigkeit, das heißt die Fähigkeit, Verfahrenshandlungen die rechtserhebliche Form zu geben (etwa Pflicht nach § 22 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BVerfGG, sich in der mündlichen Verhandlung vertreten zu lassen)<sup>7</sup> ist mangels entsprechender Probleme im Sachverhalt nicht einzugehen. Selbiges gilt für die in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG garantierte Befugnis der Eltern zur „treuhänderischen“ Wahrnehmung von Rechten des Kindes gegenüber dem Staat, die ein Grundrecht der Eltern darstellt.<sup>8</sup>

#### IV. Beschwerdegegenstand

Die Verfassungsbeschwerde müsste sich gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG gegen einen Akt der öffentlichen Gewalt richten. Darunter fallen Maßnahmen bzw. Unterlassungen der gesetzgebenden, der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt des Bundes und der Länder.<sup>9</sup> Die Beschwerde ist gegen das WSSG gerichtet, das als formelles Bundesgesetz einen Akt der Legislative und damit einen tauglichen Beschwerdegegenstand darstellt.

#### V. Beschwerdebefugnis

§ 90 Abs. 1 BVerfGG zufolge müsste der Beschwerdeführer überdies eine Verletzung in seinen Grundrechten „behaupten“, mithin beschwerdebefugt sein. Die „Behauptung“ der Verletzung eines Grundrechts bedingt einerseits, dass im Sinne der sogenannten „Möglichkeitstheorie“ des BVerfG eine Verletzung in mindestens einem der gerügten Grundrechte nicht völlig und von vornherein ausgeschlossen erscheint.<sup>10</sup> Wie ausgeführt (oben III.), ist der Beschwerdeführer als grundrechtsmündig anzusehen, so dass er die genannten Grundrechte auch selbst und im eigenen Namen wahrnehmen kann. Der Beschwerdeführer hat die „Behauptung“ einer Grundrechtsverletzung auch, wie gezeigt, im Sinne von § 90 Abs. 1 i.V.m. §§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG<sup>11</sup> „[...] durch Bezeichnung des angeblich verletzten Rechts und des die Verletzung enthaltenden Vorgangs substantiiert und schlüssig vor[ge]tragen [...]“.<sup>12</sup>

Weiterhin ist erforderlich, dass der Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar vom Beschwerdegegenstand betroffen ist.<sup>13</sup> Die *eigene Betroffenheit* liegt jedenfalls dann vor, wenn der Beschwerdeführer direkter Adressat des Beschwerdegegenstands ist.<sup>14</sup> Die in § 2 Abs. 1 WSSG verankerte Skihelmpflicht betrifft (auch) Snowboardfahrer, die Skipisten benutzen, und damit zumindest teilweise den Beschwerdeführer; er ist insoweit selbst betroffen. *Gegenwärtige Betroffenheit* ist gegeben, wenn die Beschwer „schon und noch“ besteht, also aktuell auf die Rechtsstellung des Beschwerdeführers einwirkt; sie ist hingegen nicht gegeben, wenn seine Rechtsstellung nur potenziell, virtuell oder nicht mehr betroffen ist.<sup>15</sup> Nach dem Sachverhalt ist das WSSG zum Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung bereits verkündet und in Kraft und noch nicht wieder außer Kraft gesetzt worden, wirkt sich also aktuell und real auf die Rechtsstellung des Beschwerdeführers aus, der damit gegenwärtig betroffen ist. *Unmittelbare Betroffenheit* ist gegeben, wenn der Beschwerdeführer ohne weitere Ausführungs- oder Umsetzungsakte von im Beschwerdegegenstand getroffenen Regelungen berührt ist.<sup>16</sup> Die den Beschwerdeführer betreffenden Regelungen des WSSG sind unbedingd und sowohl hinsichtlich des Tatbestands als auch der Rechtsfolgen klar formuliert und insofern „selbstaussührend“, als sie eine grundsätzliche Helmpflicht beinhalten, für deren Nichteinhaltung Bußgelder angedroht sind. Das führt zu einem faktischen Verbot, ohne

<sup>5</sup> Detterbeck (Fn. 2), Rn. 596; Schlaich/Korioth (Fn. 2), Rn. 212; Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 3, 6. Aufl. 2016, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a Rn. 174.

<sup>6</sup> BVerfGE 28, 243 (255); Bethge (Fn. 2), § 90 Rn. 171; Brenner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2016, Art. 17 Rn. 33.

<sup>7</sup> Dazu Sodan/Ziekow (Fn. 3), § 51 Rn. 11.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu Bethge (Fn. 2), § 90 Rn. 172.

<sup>9</sup> Lenz/Hansel, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 90 Rn. 155; Sodan/Ziekow (Fn. 3), § 51 Rn. 16.

<sup>10</sup> Vgl. etwa BVerfGE 83, 216 (226); 129, 78 (91); Sodan/Ziekow (Fn. 3), § 51 Rn. 23; Lenz/Hansel (Fn. 9), § 90 Rn. 313.

<sup>11</sup> Dazu Schlaich/Korioth (Fn. 2), Rn. 216.

<sup>12</sup> BVerfGE 113, 29 (44).

<sup>13</sup> Ständige Rspr., grundl. BVerfGE 1, 97 (101 f.); zuletzt etwa BVerfGE 131, 47 (56); Lenz/Hansel (Fn. 9), § 90 Rn. 291.

<sup>14</sup> Etwa BVerfGE 108, 370 (384); 110, 141 (151); Lenz/Hansel (Fn. 9), § 90 Rn. 295.

<sup>15</sup> Lenz/Hansel (Fn. 9), § 90 Rn. 298 ff.; Sodan/Ziekow (Fn. 3), § 51 Rn. 31 ff.; Bethge (Fn. 2), § 90 Rn. 357.

<sup>16</sup> Vgl. u.a. BVerfGE 1, 97 (102); 110, 141 (152); Schlaich/Korioth (Fn. 2), Rn. 238.

Helm zu fahren. Verwaltungs- oder Satzungsermächtigungen sowie Ermächtigungsgrundlagen an die Administrative enthält das WSSG mit Ausnahme der Bußgeldvorschriften in § 4 nicht. Auch eine auf letztere Vorschrift gestützte mögliche Bußgeldverhängung ist nicht als Ausführungsakt zu sehen, zumal sie nicht die Regelungen des WSSG im Einzelfall umsetzt, sondern lediglich der Sanktionierung von Verstößen dient.<sup>17</sup> Das WSSG bedarf damit zur Wirksamkeit keiner Umsetzungsakte. Der Beschwerdeführer ist unmittelbar betroffen und damit auch beschwerdebefugt.

### VI. Rechtswegerschöpfung

Nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG muss vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde der Rechtsweg vollständig erschöpft worden sein, was alle gesetzlich normierten Möglichkeiten der Anrufung eines Gerichts umfasst.<sup>18</sup> Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen das WSSG als formelles Bundesgesetz. Aufgrund des sogenannten „Verwerfungsmonopols“ des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG, wonach nur dieses über die Vereinbarkeit formeller Gesetze mit dem GG befinden kann, existiert kein Rechtsweg, der vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde vom Beschwerdeführer hätte erschöpft werden können.<sup>19</sup> Damit sind die Anforderungen aus § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG gewahrt.

### VII. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Nach einem weiteren, vom BVerfG entwickelten Zugangserfordernis ist über die Rechtswegerschöpfung hinaus erforderlich, dass der Beschwerdeführer vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde sämtliche Rechtsschutzmöglichkeiten wahrgenommen haben muss, die ihm *zur Verfügung stehen* und *zumutbar* sind. Ist dies nicht der Fall, tritt die Verfassungsbeschwerde hinter diese Rechtsschutzmöglichkeiten zurück.<sup>20</sup>

Der Beschwerdeführer könnte zunächst einen Verstoß gegen die Skihelmpflicht begehen, um einen Bußgeldbescheid nach § 4 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 WSSG zu provozieren. Gegen diesen könnte er sodann gerichtlich vorgehen, um im Rahmen dieses Verfahrens eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG anzuregen, bei der die Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Norm durch das BVerfG geprüft würde.<sup>21</sup> Vor dem Hintergrund rechtsstaatlicher Grundprinzipien kann allerdings nicht verlangt werden, zuerst gegen eine geltende Rechtsnorm verstoßen zu müssen, um sodann deren Verfassungsmäßigkeit überprüfen lassen zu können.<sup>22</sup> Diese Rechtsschutzmög-

lichkeit scheidet als unzumutbar aus und führt nicht zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde.

Möglich ist des Weiteren die Erhebung einer (negativen) Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 Var. 2 VwGO mit dem Antrag der Feststellung, die Norm aus § 2 Abs. 1 WSSG entfalte für den Kläger keine Wirkung und es ergebe sich damit keine Helmpflicht bzw. kein Verbot des Fahrens ohne Helm, da die Norm verfassungswidrig und nichtig sei.<sup>23</sup> Das mit dem Antrag befasste Verwaltungsgericht wäre aufgrund des „Verwerfungsmonopols“ gezwungen, die Frage der Vereinbarkeit des WSSG mit dem GG gem. Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG dem BVerfG vorzulegen. Die Feststellungsklage wäre allerdings insbesondere nur zulässig, wenn neben der möglichen Verfassungswidrigkeit auch ein konkretes Rechtsverhältnis streitgegenständlich ist. Der eigentlichen Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des WSSG, deren Beantwortung dem BVerfG vorbehalten bleibt, ist die konkrete Sachfrage vorgeschaltet, ob den Beschwerdeführer bzw. Kläger eine Helmpflicht bzw. ein Verbot des Fahrens ohne Helm trifft. Mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt kann davon ausgegangen werden, dass die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO erfüllt wären. Anzeichen dafür, dass diese Rechtsschutzmöglichkeit aufgrund von § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG (analog bzw. „entsprechend“<sup>24</sup>) ausscheidet,<sup>25</sup> weil die Frage von allgemeiner Bedeutung ist oder es sonst zu schweren und unabwendbaren Nachteilen beim Beschwerdeführer führt, sind nicht ersichtlich. Im Ergebnis steht dem Beschwerdeführer somit eine andere, zumutbare Rechtsschutzmöglichkeit zur Verfügung, die noch nicht beschränkt wurde. Die Verfassungsbeschwerde tritt als subsidiär hinter diese zurück.

*Hinweis:* A.A. vertretbar.<sup>26</sup> Diese kann sich zum Beispiel darauf stützen, dass auch bei einer Feststellungsklage die Sache aufgrund des „Verwerfungsmonopols“ letztlich beim BVerfG „landet“. Auch kann vertreten werden, dass in analoger Anwendung von § 90 Abs. 2 BVerfGG die zu klärende Rechtsfrage von allgemeiner Bedeutung sei; dann wäre aber darzulegen, worin sich diese – über den abstrakt-generellen Regelungscharakter der Norm hinaus – begründet. Wichtig ist, dass die Möglichkeit der Subsidiarität von Bearbeitern, unabhängig vom jeweiligen Ergebnis, gesehen und diskutiert wird. Wird Subsidiarität bejaht, ist (spätestens, siehe auch den Hinweis in Fn. 37) ab der Begründetheit im Hilfsgutachten zu prüfen.

### VIII. Form, ordnungsgemäßer Antrag

Gem. §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG sind verfahrenseinleitende Anträge, wozu auch Beschwerdeschriftsätze im Rahmen

<sup>17</sup> Ähnlich *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 613.

<sup>18</sup> BVerfGE 67, 157 (170); *Sodan/Ziekow* (Fn. 3), § 51 Rn. 43.

<sup>19</sup> *Bethge* (Fn. 2), § 90 Rn. 402, 404 m.w.N.

<sup>20</sup> Vgl. etwa BVerfGE 78, 58 (68); 104, 65 (70); *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 247.

<sup>21</sup> Grds. zu dieser Vorgehensweise u.a. BVerfGE 69, 122 (125 f.); 97, 157 (166); 123, 148 (172 f.); *Sodan/Ziekow* (Fn. 3), § 51 Rn. 47; krit. *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 255.

<sup>22</sup> U.a. BVerfGE 81, 70 (82 f.); 97, 157 (165); *Bethge* (Fn. 2), § 90 Rn. 408.

<sup>23</sup> Dazu und dafür grds. *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 624 ff.; eher dagegen *Bethge* (Fn. 2), § 90 Rn. 402, 404.

<sup>24</sup> Etwa BVerfGE 90, 128 (137); 97, 298 (309); *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 627.

<sup>25</sup> So etwa in BVerfGE 91, 294 (306); 101, 54 (74); *Sodan/Ziekow* (Fn. 3), § 51 Rn. 50 f.; *Bethge* (Fn. 2), § 90 Rn. 402.

<sup>26</sup> Dazu *Bethge* (Fn. 2), § 90 Rn. 407.

einer Verfassungsbeschwerde zählen, schriftlich und unter Angabe von Gründen und Beweismitteln einzureichen. Von der Angabe von Gründen und Beweismitteln kann nach dem Sachverhalt ausgegangen werden. Fraglich ist aber, ob der Beschwerdeführer die Verfassungsbeschwerde mit seiner E-Mail „schriftlich“ im Sinne von § 23 Abs. 1 BVerfGG eingereicht hat. Das BVerfGG definiert nicht, was genau unter der Schriftform zu verstehen ist.

*Hinweis:* Nach dem BVerfGG ist das BVerfGG insoweit bewusst lückenhaft gestaltet und belässt es diesem, die Rechtsgrundlagen für eine Ausgestaltung der Verfahren bei Regelungslücken im Wege der Analogie zum sonstigen deutschen Verfahrensrecht zu finden.<sup>27</sup> Es soll also trotz fehlender Planwidrigkeit der Regelungslücke eine Analogiebildung möglich sein.<sup>28</sup> Dabei müssen die Besonderheiten des verfassungsgerichtlichen Verfahrens berücksichtigt werden.<sup>29</sup> Die Lösung verzichtet hier aus Platzgründen auf die Prüfung möglicher Analogien. Angesprochen werden könnten in Bezug auf die Zulässigkeit der elektronischen Übermittlung zum Beispiel § 130a ZPO, § 55a VwGO oder auch, wenngleich fernliegender, §§ 126 Abs. 1, Abs. 3, 126a Abs. 1 BGB. Insbesondere bei letzterer Erwägung dürfte die Interessenlage kaum vergleichbar sein, weil dort die Warn- und Übereilungsschutzfunktion bei der Abgabe von Willenserklärungen und der Schutz des Rechtsverkehrs im Vordergrund stehen.<sup>30</sup> Letztlich dürften derlei Analogieschlüsse daran scheitern, dass der Beschwerdeführer keine elektronische Signatur verwendet hat. Eingehende Analogieprüfungen werden hier aber nicht verlangt. Bearbeiter müssen sich dann aber die Kriterien aus § 23 Abs. 1 BVerfGG, unter die sie subsumieren, zunächst selbst mittels Auslegung „zurechtlegen“.

Der Sinn und Zweck der Schriftlichkeit von verfahrenseinleitenden Anträgen im verfassungsprozessualen Kontext ist vorrangig darin zu sehen, dass der jeweilige Inhalt klar erkennlich wird und dieser in rechtssicherer, klar reproduzierbarer Weise festgehalten und übermittelt wird. Darüber hinaus muss die Identität des Beschwerdeführers und dessen Wille zum Einlegen des jeweiligen Rechtsbehelfs eindeutig feststellbar sein. Fraglich ist, ob die vom Beschwerdeführer gewählte Übermittlungsart diesen Anforderungen an die „Schriftlichkeit“ gerecht wird.

Eine einfache Text-E-Mail wird diesen Anforderungen wohl nicht gerecht, zumal zwar der Inhalt der Erklärung deutlich wird, jedoch – jedenfalls mangels einer Unterschrift – zumindest nicht eindeutig feststellbar ist, ob die Beschwer-

de mit Wissen und Wollen des Beschwerdeführers eingereicht wurde.<sup>31</sup> Auch ist die Identität des Absenders oftmals nicht eindeutig feststellbar, wenn – wie vorliegend – die E-Mail von einer keinem bestimmten Absender zuzuordnenden Adresse („freeridespirit@mail.com“) versendet wird. Problematisch an der Übermittlung per Text-E-Mail ist auch, dass der Text theoretisch durch den bzw. beim Empfänger manipulierbar ist und daher nicht der Anforderung an eine rechtssichere Übertragung gerecht wird.

Zu beachten ist hier jedoch zum einen, dass der Beschwerdeführer nach dem Sachverhalt Name und Kontaktadresse im Anschreibentext hinterlegt hat; eine eindeutige Zuordnung zu einem Absender ist somit möglich. Zu beachten ist weiter, dass die Verfassungsbeschwerde hier nicht als einfache Text-E-Mail übermittelt, sondern als PDF-Anhang an eine E-Mail angehängt wurde, welcher wiederum lediglich eine Ablichtung (Scan) eines seinerseits eigenhändig unterschriebenen, in physischer Form existenten Schriftsatzes darstellt. Dieser PDF-Anhang dürfte ähnlich manipulationsicher sein wie ein postalisch oder per Fax übermittelter Schriftsatz und erfüllt damit die Voraussetzung einer rechtssicheren Übertragung. Auch ist die eigenhändige Unterschrift zu erkennen, anhand derer außer der Identität des Beschwerdeführers auch dessen Wissen und Wollen zum Einlegen des Rechtsbehelfs nicht weniger rechtssicher festgestellt werden kann, als es bei einer Übermittlung in Papierform möglich ist. Letztlich unterscheidet sich die vom Beschwerdeführer gewählte Übertragungsform kaum von der in der Rspr. und Literatur anerkannten Übertragungsmethode des Fax<sup>32</sup> und des Computerfax mit eingescannter Unterschrift.<sup>33</sup>

Demnach erfüllt der vom Beschwerdeführer gewählte Übermittlungsweg sämtliche Anforderungen der Schriftlichkeit im Sinne von § 23 Abs. 1 BVerfGG. Es liegt ein ordnungsgemäßer Antrag vor.

*Hinweis:* A.A. vertretbar. Es muss allerdings beachtet werden, dass es sich hier nicht um eine „normale“ E-Mail handelt. Der schlichte Hinweis, dass das BVerfGG auf seiner Internetseite angibt, verfahrenseinleitende Anträge könnten „per E-Mail“ nicht übermittelt werden, ist daher für sich genommen nicht tragfähig.<sup>34</sup> Das gilt auch für den simplen Verweis darauf, dass E-Mails nach der wohl h.M. nicht zulässig sind. Hier muss die große Nähe zur zulässigen Übertragungsmethode des (Computer)Fax diskutiert werden. Zu welchem Ergebnis Bearbeiter *dann* gelangen, ist nebensächlich. Zur Unzulässigkeit kann etwa gelangen, wer betont, dass ein Fax immer körperlich beim Empfänger auf Veranlassung des Absenders vorliegt, wohingegen das Entstehen der körperlichen Urkunde im Fal-

<sup>27</sup> BVerfGE 1, 108 (110 f.); 2, 79 (84); 50, 381 (384); *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 54.

<sup>28</sup> BVerfGE 1, 108 (110 f.); 2, 79 (84); 50, 381 (384); *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 54.

<sup>29</sup> BVerfGE 33, 247 (261); 88, 382 (383); *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 54.

<sup>30</sup> Statt vieler *Einsele*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 126 Rn. 1.

<sup>31</sup> So auch die wohl h.M., vgl. etwa *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 58 m.w.N.; *Klein/Sennekamp*, NJW 2007, 945 (954) m.w.N.; dafür jedoch etwa *Hartmann*, NJW 2006, 1390; v. *Coelln*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 2), § 23 Rn. 47.

<sup>32</sup> BVerfG NJW 2000, 574.

<sup>33</sup> BVerfG NJW 2002, 3534 (3534 f.).

<sup>34</sup> Ähnlich auch v. *Coelln* (Fn. 31), § 23 Rn. 46.

le eines E-Mail-Anhangs strenggenommen erst auf Veranlassung des Empfängers erfolgt (durch Ausdrucken).<sup>35</sup> Dies ist allerdings auch beim vom BVerfG als zulässig erachteten Computerfax so.<sup>36</sup>

**IX. Frist**

Die Frist zur Einlegung einer Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde von einem Jahr seit Inkrafttreten des jeweiligen Gesetzes gem. § 93 Abs. 3 BVerfGG ist durch Erhebung der Verfassungsbeschwerde gegen das am 7.12.2017 in Kraft getretene WSSG am 9.1.2018 gewahrt.

**X. Ergebnis zu A.**

Die vom Beschwerdeführer eingelegte Verfassungsbeschwerde erfüllt die Voraussetzungen aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 23, 90 ff. BVerfGG nicht vollständig. Sie ist unzulässig.

**B. Hilfgutachtlich: Begründetheit<sup>37</sup>**

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn durch die angegriffene Norm ein Eingriff in den Schutzbereich mindestens eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts vorliegt, der nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

**I. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht)**

In Frage kommt zunächst eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dieses vom BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Grundrecht umfasst in persönlicher Hinsicht alle natürlichen Personen und damit auch den Beschwerdeführer. In sachlicher Hinsicht erfasst es den autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem der Einzelne seine Individualität entwickeln und wahren kann.<sup>38</sup> Abgedeckt wird davon unter anderem auch das Recht auf Gestaltung des eigenen äußeren Erscheinungsbildes.<sup>39</sup> Das rein ästhetische Empfinden wird vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht jedoch nicht erfasst, solange keine entstellende, herabsetzende oder tendenziöse Wirkung damit verbunden ist.<sup>40</sup> Der Schutz ist umso intensiver, je näher die gefährdeten Rechtsgüter der Intimsphäre des Betroffenen

stehen, die als unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung gegenüber aller staatlichen Gewalt Achtung und Schutz beansprucht.<sup>41</sup> Eine gesetzliche Skihelmpflicht beeinträchtigt notwendigerweise zwar auch die freie Entscheidung über das äußere Entscheidungsbild. Von einer entstellenden oder ähnlich intensiven Einwirkung kann bei einem Skihelm aber kaum ausgegangen werden; die Auswirkung auf das äußere Erscheinungsbild ist lediglich temporär und rudimentär, überdies nur entfernte Nebenfolge der Schutzwirkung. Auswirkungen auf die Intimsphäre sind wohl ebenso auszuschließen. Der sachliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist damit nicht eröffnet.

*Hinweis:* A.A. mit guter Begründung vertretbar. Sofern hier der Schutzbereich als eröffnet gesehen wird, darf aufgrund der Subsidiarität der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG auch zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht Erstere nicht mehr geprüft werden.<sup>42</sup> Sofern dann ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht abgelehnt wird, müsste entweder die Rechtfertigung des Eingriffs oder die allgemeine Handlungsfreiheit in Gänze hilfgutachtlich geprüft werden. Das gilt in ähnlicher Weise auch für die nachfolgend geprüften speziellen Grundrechte.

**II. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Recht auf körperliche Unversehrtheit)**

Denkbar ist auch eine Verletzung des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit. Dieses steht in personeller Hinsicht „Jedem“ und damit auch dem Beschwerdeführer offen. Es umfasst in sachlicher Hinsicht die körperliche Unversehrtheit im Sinne eines Schutzes vor gezielten Eingriffen in die biologisch-physiologische Gesundheit.<sup>43</sup> Geschützt ist auch noch das psychische Wohlbefinden, soweit es etwa um tiefgreifende Angstzustände und hochgradige Nervosität geht, die körperlichen Schmerzen in ihrer Intensität nahe kommen.<sup>44</sup> Nicht mehr vom Schutzbereich erfasst sind dagegen bloße Belästigungen, geringfügige sozialadäquate Belastungen oder hervorgerufene „Unlustgefühle“.<sup>45</sup> Hier dürfte die Intensität der Lästigkeit eines zu tragenden Helms so gering sein, dass schon der sachliche Schutzbereich nicht eröffnet ist.<sup>46</sup> Eine

<sup>35</sup> So wohl BVerwGE 111, 377 (379 ff.); vgl. dazu v. Coelln (Fn. 31), § 23 Rn. 35.

<sup>36</sup> BVerfG NJW 2002, 3534 (3534 f.).

<sup>37</sup> Zur Frage, wann und wo weshalb hilfgutachtlich geprüft werden sollte (und wo nicht) Beyerbach, JA 2014, 813.

<sup>38</sup> BVerfGE 79, 256 (268).

<sup>39</sup> Detterbeck (Fn. 2), Rn. 332; Lang, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 36. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 42.

<sup>40</sup> Vgl. z.B. zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit von § 81a StPO im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht, wonach zum Zwecke der Gegenüberstellung und Identifizierung eines Beschuldigten auch dessen Haar- und Barttracht gegen seinen Willen verändert werden darf, BVerfG NJW 1978, 1149 (1149 f.).

<sup>41</sup> BVerfGE 120, 224 (239 f.); Antoni, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), GG, 11. Aufl. 2016, Art. 1 Rn. 10 m.w.N.

<sup>42</sup> Detterbeck (Fn. 2), Rn. 331; Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 99.

<sup>43</sup> Antoni (Fn. 41), Art. 2 Rn. 12; Detterbeck (Fn. 2), Rn. 337.

<sup>44</sup> Antoni (Fn. 41), Art. 2 Rn. 12.

<sup>45</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht, Bd. 2, 33. Aufl. 2017, Rn. 472; Detterbeck (Fn. 2), Rn. 337; a.A. Schulze-Fielitz, in: Dreier (Fn. 42), Art. 2 Abs. 2 Rn. 49 f., der ein weites Tatbestandsverständnis bevorzugt, weil damit nötige Rechtfertigungslasten die Rationalisierung und Transparenz staatlichen Handelns erhöhten.

<sup>46</sup> Jedenfalls aber liegt kein Eingriff vor. Verneint wurde ein Eingriff etwa auch bei Anordnungen über Länge und Trageweise des Haupthaars von Soldaten (BVerfGE 46, 7); Antoni (Fn. 41), Art. 2 Rn. 12.

Verletzung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit scheidet damit aus.

### III. Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 104 GG (Freiheit der Person)

Weiter könnte das Grundrecht auf Freiheit der Person tangiert sein. Es erfasst in personeller Hinsicht „Jeden“ und damit auch den Beschwerdeführer. Der sachliche Schutzbereich dieses Grundrechts umfasst die körperliche Bewegungsfreiheit insoweit, als es um Beschränkungen der Bewegungsfreiheit auf einen begrenzten Raum (im Sinne von Inhaftierung oder Festnahme) geht.<sup>47</sup> Der Schutzbereich ist nur dann berührt, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen (oder sich dort aufzuhalten), der ihm an sich rechtlich und tatsächlich zugänglich ist.<sup>48</sup> Nicht mehr abgedeckt, da im Grundgesetz anderweitig erfasst, sind das Recht, sich frei von einem zum anderen Ort im Bundesgebiet zu bewegen und sich dort länger aufzuhalten (Art. 11 Abs. 1 GG) sowie die allgemeine Fortbewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).<sup>49</sup> Nachdem es vorliegend nur um die Art und Weise sowie die Umstände der Fortbewegung (mit beziehungsweise ohne Helm) geht, ist der sachliche Schutzbereich des Grundrechts auf Freiheit der Person nicht eröffnet.

### IV. Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit)

Mangels einschlägiger speziellerer Freiheitsgrundrechte kommt nur noch eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht.

*Hinweis:* Die (An)Prüfung der Grundrechte aus Art. 2 GG außerhalb der allgemeinen Handlungsfreiheit (wie soeben unter I.–III.) wird nur von sehr guten Bearbeitern erwartet. Gute Bearbeiter müssen (kurz) das allgemeine Persönlichkeitsrecht thematisieren, da es im Sachverhalt explizit genannt wird. Sonstige spezielle Freiheitsgrundrechte kommen kaum in Frage (ansatzweise noch Art. 14 Abs. 1 GG bezüglich Skiern oder Accessoires wie einer Skimütze; hierauf ist nach dem Bearbeitervermerk aber nicht einzugehen). Es bleibt dann nur Art. 2 Abs. 1 GG zu prüfen. Sollte jedoch ein spezielles Freiheitsgrundrecht als im Schutzbereich eröffnet gesehen werden, wäre entsprechend dort das Prüfungsprogramm (nötigenfalls hilfs-gutachtlich) abzuarbeiten oder alternativ die allgemeine Handlungsfreiheit insgesamt hilfs-gutachtlich zu prüfen.

#### 1. Schutzbereich

Der Schutzbereich ist in persönlicher Hinsicht eröffnet, zumal der Beschwerdeführer unter „Jeder“ im Sinne des Art. 2

Abs. 1 GG zu fassen ist. In sachlicher Hinsicht gewährt die allgemeine Handlungsfreiheit in Summe ihrer positiven und negativen Ausprägungen die Freiheit, im verfassungsrechtlichen Rahmen „zu tun und zu lassen, was man möchte“ und damit grundsätzlich jedwedes menschliche Verhalten.<sup>50</sup> Umfasst sind damit auch Verhaltensweisen, die den vorangehend geprüften Grundrechten nicht (mehr) unterfallen, mithin auch die Wahl, einen Skihelm zu tragen bzw. dies nicht tun zu wollen. Der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit ist eröffnet.

#### 2. Eingriff

Es müsste weiterhin ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen. Im Sinne des „modernen Eingriffsbegriffs“ zählt hierzu jedes staatliche Verhalten, das ein in den SB fallendes Verhalten erschwert oder unmöglich macht.<sup>51</sup> Die Skihelmpflicht nach § 2 Abs. 1 WSSG schreibt das Tragen eines Helms bei Benutzung von Skipisten im Sinne von § 2 Abs. 2 WSSG vor. Verstöße werden nach § 4 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 WSSG mit Geldbußen geahndet, was in einem faktischen Verbot des Fahrens ohne Skihelm resultiert. Dies beeinträchtigt insoweit die (negative) allgemeine Handlungsfreiheit des Beschwerdeführers, als dieser nicht mehr tun (bzw. lassen) kann, was er möchte. Die Streitfrage, ob bei der allgemeinen Handlungsfreiheit zur Begrenzung des weiten Schutzbereichs der „klassische Eingriffsbegriff“ vorzugswürdig ist, kann offenbleiben, zumal mit den Regelungen des WSSG jedenfalls ein rechtsförmiger Vorgang vorliegt, der unmittelbar und gezielt (final) durch ein vom Staat verfügbares, zwangsweise durchzusetzendes Ge- bzw. Verbot zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt.<sup>52</sup> Es liegt in jedem Fall ein Eingriff vor.

#### 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Gem. Art. 2 Abs. 1 GG ist die allgemeine Handlungsfreiheit insbesondere durch die „verfassungsmäßige Ordnung“ einschränkbar, welche die gesamte Rechtsordnung umfasst, soweit sie mit dem Grundgesetz in Einklang steht.<sup>53</sup> Eine verfassungskonforme Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch die genannten Regelungen im WSSG kommt damit nur in Betracht, wenn diese sich als formell (a) und materiell (b) verfassungsgemäß erweisen.

##### a) Formelle Verfassungsmäßigkeit des WSSG

Formell ist das WSSG nur dann verfassungsgemäß, wenn der Bund die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass innehatte (aa), die Vorschriften über das Gesetzgebungsverfahren ein-

<sup>47</sup> Lang (Fn. 39), Art. 2 Rn. 86 f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2016, Art. 2 Rn. 112; Schulze-Fielitz (Fn. 45), Art. 2 Abs. 2 Rn. 98; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 6), Art. 2 Rn. 59, 240 ff.; Detterbeck (Fn. 2), Rn. 339.

<sup>48</sup> BVerfGE 94, 166 (195 f.); 96, 10 (21); Antoni (Fn. 41), Art. 2 Rn. 13.

<sup>49</sup> Detterbeck (Fn. 2), Rn. 339.

<sup>50</sup> Vgl. etwa BVerfGE 6, 32 (36); 91, 335 (338); Detterbeck (Fn. 2), Rn. 325.

<sup>51</sup> BVerfGE 105, 279 (299 ff.); Detterbeck (Fn. 2), Rn. 282.

<sup>52</sup> Zur Streitfrage Kingreen/Poscher (Fn. 45), Rn. 454 ff.; zum klassischen Eingriffsbegriff BVerfGE 105, 279 (300); zur Eingriffsqualität der Helmpflicht für Motorradfahrer BVerfGE 59, 275 (278).

<sup>53</sup> Grundlegend BVerfGE 6, 32 (38).

gehalten worden (bb) und sämtliche Formanforderungen gewahrt sind (cc).

aa) Gesetzgebungskompetenz

Dem Bearbeitervermerk nach ist zu unterstellen, dass das WSSG dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 72, 74 GG unterfällt. Die Länderkompetenz zur Gesetzgebung wurde durch Wahrnehmung seitens des Bundes verdrängt, Art. 72 Abs. 1 GG. Die „Erforderlichkeitsklausel“ aus Art. 72 Abs. 2 GG ist nach dem Bearbeitervermerk als gewahrt zu betrachten. Danach ist das WSSG hinsichtlich der Wahrung der Gesetzeskompetenzen nicht zu beanstanden.

bb) Gesetzgebungsverfahren

In Bezug auf das Gesetzgebungsverfahren ist einzig fraglich, ob die Initiative von einem einzelnen Bundestagsabgeordneten (B) ausgehen durfte; das Gesetzgebungsverfahren wurde gemäß den Angaben im Sachverhalt im Übrigen ordnungsgemäß durchlaufen. Art. 76 Abs. 1 GG erlaubt Initiativen aus der „Mitte des Bundestages“. Dieser Wortlaut verlangt jedenfalls keine Mindestzahl Abgeordneter und umfasst für sich genommen auch Eingaben Einzelner. § 76 Abs. 1 GOBT hingegen verlangt, dass Gesetzesvorlagen von einer Fraktion oder von 5 % der Mitglieder des Bundestages (nach § 1 Abs. 1 S. 1 BWahlG mindestens 598) unterzeichnet werden. Letztere Anforderung ist hier durch Einreichen einer Gesetzesvorlage durch einen einzelnen Abgeordneten ersichtlich nicht erfüllt. Da beide angeführten Normen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ist zu entscheiden, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen bzw., ob ein Verstoß gegen § 76 Abs. 1 GOBT in verfassungsrechtlicher Hinsicht beachtlich ist.

Für eine verfassungsrechtliche Beachtlichkeit eines Verstoßes gegen § 76 Abs. 1 GOBT spricht, dass der Bundestag hiermit im Rahmen seiner Geschäftsordnungsautonomie nach Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG eine nähere Ausgestaltung des unbestimmten Begriffs „Mitte des Bundestages“ vorgenommen hat. § 76 Abs. 1 GOBT wird danach vielfach als „verfassungskonkretisierende“ Vorschrift gesehen, die insofern verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei.<sup>54</sup> Das Quotenerfordernis wird vor allem damit begründet, dass es vor querulatorischen und missbräuchlichen Eingaben Einzelner schützen soll, die den Parlamentsbetrieb mit sinnlosen Eingaben aufhalten und blockieren könnten.

Dagegen spricht jedoch, dass Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG zufolge (nur) nach den Vorschriften „dieses Grundgesetzes“ zustande gekommenen Gesetze vom Bundespräsidenten ausgefertigt werden. Die GOBT gehört nicht zu den Vorschriften des Grundgesetzes. Danach wäre ein Verstoß gegen Anforderungen aus der GOBT für die formelle Verfassungsmäßigkeit irrelevant, weil die ranghöhere Vorschrift des Grundgesetzes

die Regelung aus der GOBT insoweit verdrängt. Gegen die erste und für diese Ansicht spricht auch, dass durch eine starre Quote kreative Ideen und ungewöhnliche, innovative Vorschläge Einzelner oder sehr kleiner Gruppen keinen Eingang in weitere parlamentarische Diskussionen finden können. Außer dem möglichen Verlust kreativer Lösungsansätze hätte dies auch eine Beeinträchtigung des freien Mandats der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG zur Folge.<sup>55</sup> In empirischer Hinsicht kann zudem ergänzt werden, dass es in den Bundesländern, die das Initiativrecht einzelner Landtagsabgeordneter ausdrücklich verbrieft haben, zu keiner Parlamentsüberlastung durch Eingaben Einzelner gekommen ist und Selbiges für den Bundestag wohl auch kaum zu erwarten wäre.<sup>56</sup>

Vorliegend überwiegen die Argumente für die zweite Ansicht, nach der ein Verstoß gegen die Quotenregelung aus § 76 Abs. 1 GOBT für das Gesetzgebungsverfahren verfassungsrechtlich unbeachtlich ist.<sup>57</sup> Dass nur ein einzelner Abgeordneter die Gesetzesvorlage beim Bundestag eingebracht hat, ist folglich unschädlich. Jedenfalls – insbesondere bei gegenteiliger Auffassung – ist zu beachten, dass der Bundestag sich mittels Beschlussfassung die Vorlage des B mehrheitlich zu Eigen gemacht und das Gesetz beschlossen hat; insofern ist dieser (vermeintliche) Fehler im Gesetzgebungsverfahren „geheilt“ worden.<sup>58</sup> Das Gesetzgebungsverfahren wurde damit ordnungsgemäß durchlaufen.

*Hinweis:* A.A. ebenso vertretbar. Die Lösung vertritt hier aus didaktischen Erwägungen absichtlich die (wohl) Mindermeinung. Wichtiger als das jeweilige Ergebnis ist, dass das im Sachverhalt aufgeworfene Problem ausführlich mit Für und Wider diskutiert und dass vom Bearbeiter in jedem Fall die „Heilung“ des (möglichen) Verfahrensfehlers erkannt wird.

cc) Formanforderungen

Nach dem Sachverhalt haben Gegenzeichnung, Ausfertigung und Verkündung stattgefunden; Formfehler sind nicht ersichtlich.

dd) Ergebnis zu a)

Das WSSG ist formell verfassungsgemäß.

b) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Fraglich bleibt, ob das WSSG materiell verfassungsgemäß ist, mithin ob alle grundgesetzlichen Schranken-Schranken gewahrt sind. Verstöße gegen den aus dem Rechtsstaats-

<sup>54</sup> So die wohl h.M., vgl. u.a. *Nolte/Tams*, Jura 2003, 158 (159); *Dietlein*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 39), Art. 76 Rn. 7; *Hömig*, in: Hömig/Wolff (Fn. 41), Art. 76 Rn. 2; *Masing*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 76 Rn. 34; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 47), Art. 76 Rn. 2.

<sup>55</sup> *Kersten*, in: Maunz/Dürig, GG, 81. EL, Stand: September 2017, Art. 76 Rn. 48 m.w.N.

<sup>56</sup> *Kersten* (Fn. 55), Art. 76 Rn. 48.

<sup>57</sup> So auch *Kersten* (Fn. 55), Art. 76 Rn. 48, 118 m.w.N.

<sup>58</sup> Hierzu auch *Kersten* (Fn. 55), Art. 76 Rn. 47; *Elicker*, JA 2005, 513 (514); *Frenzel*, JuS 2010, 119 (120); *Degenhart*, Staatsrecht I, 33. Aufl. 2017, Rn. 213.

prinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet<sup>59</sup> *Bestimmtheitsgrundsatz*, die *Wesensgehaltsgarantie* (Art. 19 Abs. 2 GG), das *Einzelfallgesetzverbot* (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG) und das *Rückwirkungsverbot* (abgeleitet aus Art. 20 Abs. 3 GG) sind nicht ersichtlich. Insbesondere sind hinsichtlich Ersterem die Normadressaten und deren Pflichten klar erkennbar, auch werden wesentliche Begrifflichkeiten hinreichend definiert, etwa wann eine „Skipiste“ vorliegt und wann ein Helm „geeignet“ ist (§ 2 Abs. 2, 3 WSSG). Das *Zitiergebot* aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG nur für Grundrechte mit ausdrücklichem Schrankenvorbehalt im Sinne von Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG.<sup>60</sup> Für Art. 2 Abs. 1 GG gilt dieses folglich nicht; dass das WSSG nicht explizit darauf hinweist, dass es Art. 2 Abs. 1 GG einschränkt, ist damit unschädlich.

*Hinweis:* Sofern Bearbeiter eines der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 GG als eröffnet ansehen und dort alle Prüfungsschritte abarbeiten, wäre aufgrund des ausdrücklichen Schrankenvorbehalts in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG hier wohl ein Verstoß gegen das Zitiergebot zu sehen.

Fraglich bleibt damit nur noch die Wahrung des *Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*. Die Regelungen des WSSG müssten geeignet und erforderlich sein, einem legitimen Zweck zu dienen, und dies in angemessener Weise tun.

*Zweck* des WSSG ist nach dessen § 1 die Senkung der Zahl und der Auswirkungen schwerer und tödlicher Unfälle auf Skipisten, das heißt vor allem auch eine Risikominimierung. Dieser Zweck ist verfassungslegitim. *Mittel* zur Zweckdurchsetzung ist insbesondere die beschwerdegegenständliche Skihelmpflicht in § 2 Abs. 1 WSSG i.V.m. der Bußgeldandrohung in § 4 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 WSSG, mithin ein faktisches Verbot des Fahrens ohne Helm.

Dieses Mittel ist zur Zweckerreichung *geeignet*, wenn es den Zweck auf irgendeine Weise fördert. Nach dem Sachverhalt könnten gemäß gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse 45 % (ca. 60 % bei Kindern unter 14 Jahren) der schweren und tödlichen Skiunfälle entscheidend abgemildert oder verhindert werden, wenn die Beteiligten einen Skihelm tragen.<sup>61</sup> Die Skihelmpflicht dient dem Gesetzeszweck und ist in abstrakt-genereller Weise geeignet zur Zweckerreichung,

auch wenn im Einzelfall schwere oder tödliche Verletzungen trotz Tragens eines Helmes nicht ausgeschlossen sind.

Die Helmpflicht müsste auch *erforderlich* sein. Das ist der Fall, wenn kein gleichermaßen zur Zweckerreichung geeignetes Mittel zur Verfügung steht, das mit geringeren Beeinträchtigungen gegenüber dem Bürger auskommt. Hier sind mehrere mildere Mittel denkbar:

Die Nichteinführung der Helmpflicht und damit freie Disposition über das Skihelmtragen wäre zweifelsohne milder, aber im Hinblick auf den Gesetzeszweck nicht gleich effizient – die freiwillige Helmtragequote bei Jugendlichen liegt nach dem Sachverhalt bei unter 50 % und dürfte auch bei Erwachsenen nicht höher sein.

Vor diesem Hintergrund wäre an eine Helmpflicht nur für Jugendliche zu denken, die nach den Angaben des Sachverhalts besonders gefährdet sind.<sup>62</sup> In der Regel ist die körperliche Koordinations- und Reaktionsfähigkeit sowie das technische Vermögen Erwachsener besser ausgeprägt, so dass Gefahren möglicherweise nicht so hoch sind wie bei Jugendlichen; andererseits haben Erwachsene zumeist ein höheres Körpergewicht und auch unter Erwachsenen gibt es Skifahreranfänger, deren technisches Vermögen gering ist. Zudem besteht eine Gefährdung nicht nur beim aktiven Fahren, sondern gerade auch passiv durch Aufprall auf Unbeteiligte. Letztlich ist auch zu beachten, dass der zu erreichende Zweck eine allgemeine, nicht aber eine lediglich auf bestimmte Personengruppen zugeschnittene Unfall- und Risikominimierung vorsieht. Eine Skihelmpflicht nur für Jugendliche ist somit nicht gleichermaßen zur Zweckerreichung geeignet.

Auch eine Helmpflicht ohne Bußgeldbewehrung wäre zwar milder, jedoch angesichts der geringen Quote freiwilligen Tragens eines Helms und der Folgenlosigkeit von Verstößen nicht gleichermaßen effizient zur Zweckerreichung. Gesetzliche Pflichten, die nicht durchgesetzt werden (können), sind regelmäßig kaum geeignet, um bestimmte Schutzzwecke zu erreichen.

Auch die bloße Information und Aufklärung über Gefährlichkeit des Skifahrens ohne Helm wäre unstrittig milder, ist aber nicht gleichermaßen geeignet zur Risikovermeidung und Unfallverhütung.

Zu denken ist noch an Geschwindigkeitsbegrenzungen auf Pisten. Diese wirken zwar ggf. milder als eine Skihelmpflicht, beschränken allerdings zugleich die allgemeine Handlungsfreiheit auf andere Weise. Darüber hinaus bedürften Geschwindigkeitsbegrenzungen entsprechender Kontrollen, welche praktisch kaum durchführbar sein dürften, womit auch dieses Mittel ausscheidet.

Die Skihelmpflicht ist damit erforderlich.

*Hinweis:* A.A. vertretbar. Bearbeiter dürfen hinsichtlich milderer Mittel durchaus auch „kreativ“ sein und werden dafür mit Bonuspunkten belohnt, sofern jeweils sauber

<sup>59</sup> Etwa BVerwG NVwZ 2014, 527 (528); *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 37.

<sup>60</sup> BVerfGE 24, 367 (396 f.); 25, 371 (399); *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 311. Es gilt nach der Rspr. des BVerfG somit nicht für vorbehaltlos gewährleistete sowie auch nicht für Grundrechte mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt, da es sich sonst um „überzogene Formanforderungen“ an den Gesetzgeber handeln würde; BVerfGE 28, 36 (46); 64, 72 (80); *Jarass* (Fn. 47), Art. 19 Rn. 5 ff.; *Werkmeister*, BRJ 2012, 41 (42).

<sup>61</sup> *Jahnke*, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 25. Aufl. 2018, § 254 BGB Rn. 244; detaillierte, etwas abweichende Zahlen bei *Ruedl/Pocecco/Ledochowski/Hotter/Kopp/Burtscher*, Deutsche Zeitschrift für Sportmedizin 2012, 106 (107 f.).

<sup>62</sup> Eine solche Helmpflicht nur für Jugendliche besteht etwa in Italien, Kroatien, Slowenien, Polen und in Teilen Österreichs, vgl.

<https://www.skiinfo.de/news/a/572341/wo-besteht-helmpflicht> (20.5.2018).

zwischen milderem Mittel und dessen Geeignetheit zur Zweckerreichung differenziert wird. Die Angemessenheit sollte dann ggf. hilfsgutachterlich angesprochen werden.

Fraglich bleibt damit noch die *Angemessenheit* der Skihelmpflicht des WSSG. Angemessen bzw. verhältnismäßig im engeren Sinne ist diese, wenn die beim Grundrechtsträger eintretenden Nachteile nach umfassender Abwägung mit den zu erreichenden Zielen hinter Letzteren zurückstehen müssen, das heißt der mit dem WSSG verfolgte Zweck als so hochrangig einzustufen ist, dass er Grundrechtsbeschränkungen beim Einzelnen überwiegt; dabei muss die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleiben.<sup>63</sup> Die beim Bürger eintretenden Nachteile bestehen – ausschließlich – für Ski- und Snowboardfahrer und darin, dass diese durch einen Helm tatsächlich auch minimal in der Bewegungsfreiheit des Kopfes eingeschränkt werden, ebenso wird das periphere Sichtfeld geringfügig eingeschränkt. Hinzu kommen Beeinträchtigungen des Fahrgefühls („Wind in den Haaren“) und unter Umständen des ästhetischen Empfindens sowie die monetären Aufwendungen für die Anschaffung eines Helms. Zu entgegnen ist jedoch, dass beim Wintersport aufgrund der Kälte ohnehin zumeist Mützen oder ähnliche Kopfbedeckungen getragen werden, die ein Helm lediglich ersetzt. Helme sind in jeder denkbaren Farbe und mit Mustern etc. erhältlich, ähnlich wie Mützen auch, so dass das ästhetische Empfinden wohl jedenfalls nicht erheblich beeinflusst ist. Die Beeinträchtigung der Sicht durch einen Helm ist in aller Regel nicht stärker als bei üblichen Skibrillen auch, welche aufgrund der Geschwindigkeiten in aller Regel getragen werden. Auch fallen die Anschaffungskosten für einen Helm im Vergleich zur übrigen Ski- bzw. Snowboard-Ausrüstung kaum ins Gewicht. Alle aufgeführten Nachteile sind demnach auch in Summe von eher geringfügiger Natur.

Diesen steht die Schutz- und Risikominimierungsfunktion der Helmpflicht gegenüber. Charakteristisch für den Ski- und Snowboardsport sind hohe Geschwindigkeiten, die infolge des Gefälles und der Pistenpräparierung sowie des immer besseren Materials problemlos auch von Anfängern erreichbar sind. Hinzu kommt, dass aktiv gebremst werden muss, was Kraft und Technik erfordert. Mit Skiunfällen ist vor diesem Hintergrund ein vergleichsweise hohes Risiko verbunden.<sup>64</sup> Der empfindlichste Teil des menschlichen Körpers ist der Kopf, so dass selbst geringere Krafteinwirkung hier schon zu sehr schweren oder tödlichen Verletzungen führen kann. Fahrer gefährden zudem nicht nur sich selbst, sondern auch andere, auf die sie eventuell auffahren. Selbst wenn das Tragen eines Helms dazu führen kann, dass sich Fahrer „zu sicher“ fühlen und sich dadurch zu waghalsigen Manövern verleiten lassen, bleiben diese im Falle einer Kollision deutlich besser geschützt als ohne Helm. Zu berücksichtigen ist auch, dass nach obergerichtlicher Rechtsprechung nicht nur Unfallverursacher, sondern auch Geschädigte eine zivilrechtliche Haftung im Sinne einer Teilschuld nach § 254 BGB

treffen kann, wenn diese keinen Skihelm getragen haben.<sup>65</sup> Die Gesundheit stellt nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schließlich ein objektiv-rechtliches Schutzgut dar, das mit einem Schutzauftrag an den Gesetzgeber verbunden ist, welchem dieser mit dem WSSG nachkommt; hierdurch werden nicht nur Einzelne, sondern durch sinkende Behandlungs- und Folgekosten auch Krankenkassen und Versicherer entlastet.<sup>66</sup>

Nach alledem ist hier ein Übergewicht der für die Skihelmpflicht sprechenden Argumente zu verzeichnen; die eher geringen Nachteile beim Einzelnen müssen demgegenüber zurückstehen. Die beschwerdegegenständliche Helmpflicht aus § 2 Abs. 1 i.V.m. der Bußgeldandrohung in § 4 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 WSSG ist angemessen und verhältnismäßig; sie ist damit insgesamt materiell verfassungsgemäß.

*Hinweis:* A.A. ebenso gut vertretbar; es kommt hier vor allem auf eine ausführliche Argumentation und Abwägung an.

#### 4. Ergebnis zu IV.

Die Skihelmpflicht aus § 2 Abs. 1 i.V.m. der Bußgeldandrohung in § 4 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 WSSG verletzt den Beschwerdeführer nicht in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG.

#### V. Art. 3 Abs. 1 GG (allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz)

In Frage kommt – mangels Einschlägigkeit eines spezielleren – nur noch eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitsgrundrechts aus Art. 3 Abs. 1 GG. Eine solche ist gegeben, wenn ohne verfassungsrechtliche Rechtfertigung wesentlich Gleiches ungleich bzw. wesentlich Ungleiches gleich behandelt wird. Der Beschwerdeführer rügt eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung sowohl gegenüber dem Eislaufen (1.) als auch gegenüber alltäglichem Fahrradfahren im Straßenverkehr (2.).

##### 1. Ungleichbehandlung gegenüber Eislaufen

###### a) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem bedingt zunächst, dass die zu vergleichenden Sachverhalte derselben Vergleichsgruppe bzw. einem gemeinsamen Oberbegriff unterfallen. Der gemeinsame Oberbegriff von Ski- und Snowboardfahren einerseits und Eis(kunst- sowie -schnell)laufen andererseits kann hier in „Wintersport mit hohen erreichbaren Geschwindigkeiten“ zu sehen sein. Damit liegt „wesentlich Gleiches“ vor.

*Hinweis:* A.A. vertretbar, zum Beispiel mit der Begründung, das Skifahren unterscheidet sich vor allem dadurch vom Eislaufen, dass bei Ersterem durch die Neigung der Hänge eine Beschleunigung gleichsam ohne Kraft-

<sup>63</sup> BVerfGE 83, 1 (19); 102, 1 (19 ff.); *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 307 ff.

<sup>64</sup> *Scholten*, DAR 2012, 335 (337).

<sup>65</sup> OLG München DAR 2012, 335; dazu auch *Heinemeyer*, DAR 2013, 685 (689 ff.); *Döll*, DAR 2014, 234 (234 f.).

<sup>66</sup> Ganz ähnlich auch bei *Görisch*, Ad Legendum 2009, 264 (268).

anstrengung möglich ist. Auch kann durchaus ein anderslautender gemeinsamer Oberbegriff gefunden werden.

Eine Ungleichbehandlung ist insofern gegeben, als für Ski- und Snowboardfahrer eine Helmpflicht nach dem WSSG, für das Eislaufen hingegen keine entsprechende Regelung besteht. Damit liegt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vor.

#### b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Die Ungleichbehandlung könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Nach der (früheren) sogenannten „Willkürformel“ wird dazu lediglich verlangt, dass der Gesetzgeber die Ungleichbehandlung nicht willkürlich vornimmt, sondern wenigstens vernünftige, sachgerechte Gründe dafür anführt.<sup>67</sup> Nach der in der späteren Rechtsprechung des BVerfG entwickelten „neuen Formel“<sup>68</sup> ist darüber hinaus unter anderem dann eine (modifizierte) Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, wenn eine Ungleichbehandlung an Kriterien wie diejenigen aus Art. 3 Abs. 3 GG knüpft oder wenn sich die Ungleichbehandlung auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirkt.<sup>69</sup> In seiner jüngeren Rechtsprechung hat das BVerfG mit der sogenannten „Stufenlos-Formel“ klargestellt, dass sich „je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber [ergeben], die stufenlos von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen können.“<sup>70</sup> Im Sinne dieses „gleitenden Ansatzes“ ist zu prüfen, ob die Ungleichbehandlung an Merkmale geknüpft wird, die die Prüfung von einer einfachen Willkürprüfung auf die „Stufe“ einer (modifizierten) Verhältnismäßigkeitsprüfung anhebt.

Die für Skifahrer, nicht aber für Eisläufer geltende Helmpflicht bewirkt zumindest einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG (siehe oben B. IV. 2.). Obgleich der Eingriff aufgrund geringer Auswirkungen und überwiegender Schutzzwecke verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist (B. IV. 3.), wirkt sich diese Ungleichbehandlung insoweit nachteilig auf die Wahrnehmung von Freiheitsrechten aus, als die Freiheitsbeeinträchtigung nur bestimmte Menschen trifft.<sup>71</sup> Es bleibt demnach über eine schlichte Willkürprüfung hinaus zu prüfen, „ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können“<sup>72</sup> – mit anderen Worten, ob die Auswirkungen der Ungleichbehandlung für den Bürger einerseits und die die Ungleichbehandlung rechtfertigenden Grün-

de andererseits in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.<sup>73</sup>

*Hinweis:* Das Prüfungsschema „geeignet, erforderlich, angemessen“ lässt sich von Freiheits- auf Gleichheitsgrundrechte nur schwer übertragen. Sinnvoller ist hier eine „modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ – im Endeffekt eine Angemessenheitsprüfung –, wie sie das BVerfG im Rahmen der „neuen Formel“ anwendet.<sup>74</sup> Diese entspricht im Ergebnis einem restriktiven Verständnis der Willkürformel, so dass sich beide Formeln letztlich recht ähnlich sind.<sup>75</sup> Wichtig ist hier vor allem, dass Bearbeiter sich mit den „Formeln“ auseinandersetzen und begründet zu einem vertretbaren Ergebnis gelangen.

Die Auswirkungen der Ungleichbehandlung für den Bürger bestehen in den bereits geschilderten freiheitsrechtlichen Einbußen und Unannehmlichkeiten. Als hinreichend gewichtiger Grund für eine Ungleichbehandlung lässt sich etwa anführen, dass Ski- und Snowboardfahren wesentlich schnellere Geschwindigkeiten ermöglicht als das Eislaufen, da bei Ersterem auch für ungeübte Fahrer das Beschleunigen allein durch das Gefälle gleichsam passiv möglich ist, wohingegen zum Bremsen Techniken („Schneepflug“) und eigene Körperkraft erforderlich sind. Im Gegensatz dazu bedarf es beim Eislaufen sowohl körperlicher Kraft als auch technischer Fertigkeit, um überhaupt höhere Geschwindigkeiten zu erreichen. Sowohl die Eigen- als auch die Fremdgefährdung sind dort als wesentlich geringer anzusehen. In Summe besteht beim Ski- und Snowboardfahren wohl eine wesentlich höhere Gefahr als beim Eislaufen. Es bestehen gewichtige Gründe für eine Ungleichbehandlung, die damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

*Hinweis:* A.A. gut vertretbar, etwa mit der Argumentation, dass beim Eislaufen ebenfalls „aktiv“ gebremst werden muss und durch den sehr harten Eisboden ein vergleichbar hohes Kopfverletzungsrisiko besteht.

## 2. Ungleichbehandlung gegenüber alltäglichem Radfahren

### a) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Fraglich ist hier schon, ob wesentlich Gleiches ungleich behandelt wird. Ein gemeinsamer Oberbegriff „(Freizeit)Sport“ kann nicht gebildet werden, zumal im Sachverhalt ausdrücklich das alltägliche Fahrradfahren im Straßenverkehr als Fortbewegungsmöglichkeit, nicht aber der Radsport als solcher benannt wird. Zwar besteht auch beim Radfahren im Straßenverkehr ein nicht unbedeutendes Kopfverletzungsrisiko, wenn kein Helm getragen wird; aufgrund völlig anderer Umgebungen und zu differenzierender Gefahrenlagen lassen sich beide Gruppen aber nicht unter einen sinnvollen gemeinsa-

<sup>67</sup> BVerfGE 1, 14 (52); in der Folge u.a. BVerfGE 55, 72 (90).

<sup>68</sup> BVerfGE 88, 87 (96 f.); dazu näher *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 39), Art. 3 Rn. 28.

<sup>69</sup> *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 347 f. m.w.N.; *Kischel* (Fn. 68), Art. 3 Rn. 30 ff.; *Kingreen/Poscher* (Fn. 45), Rn. 530 f.

<sup>70</sup> BVerfGE 129, 49 (Leitsatz 1); *Kischel* (Fn. 68), Art. 3 Rn. 28; zur Thematik eingehend *Britz*, NJW 2014, 346.

<sup>71</sup> Hierzu näher *Britz*, NJW 2014, 346 (349 f.).

<sup>72</sup> BVerfGE 88, 87 (97).

<sup>73</sup> *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 346.

<sup>74</sup> Vgl. etwa BVerfGE 130, 131 (143); *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 351 m.w.N.

<sup>75</sup> *Heun*, in: Dreier (Fn. 42), Art. 3 Rn. 22; keinen wesentlichen Unterschied sieht offenbar *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 352.

men Oberbegriff verorten.<sup>76</sup> Es handelt sich damit nicht um wesentlich Gleiches.

*Hinweis:* A.A. vertretbar; der gemeinsame Oberbegriff „(Freizeit)Sport“ oder „Risikosport“ dürfte aufgrund der ausdrücklichen Beschränkung des Sachverhalts auf Radfahren als alltägliches Fortbewegungsmittel allerdings kaum zu vertreten sein.

*b) Ergebnis zu 2.*

Eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung gegenüber Radfahrern im Straßenverkehr außerhalb des Radsports ist nicht ersichtlich.

*3. Ergebnis zu V.*

Soweit Ungleichbehandlungen vorliegen, sind diese verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG liegt damit nicht vor.

**VI. Ergebnis zu B.**

Es sind keine Grundrechtsverletzungen ersichtlich. Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet.

**C. Ergebnis zu Aufgabe 1**

Die Verfassungsbeschwerde des J ist unzulässig, im Hilfsgutachten zudem unbegründet. Sie wird keinen Erfolg haben.

**Lösung zu Aufgabe 2**

Die Regelungen des WSSG verletzen das Unternehmen U in seinen Grundrechten, wenn und soweit ein verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts vorliegt.

*Hinweis:* Die Fallfrage zu Aufgabe 2 verlangt nur die Prüfung auf Grundrechtsverletzungen. Ausführungen zur Zulässigkeit etwaiger Rechtsbehelfe sind somit nicht nur überflüssig, sondern schlicht falsch.

**A. Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit)**

**I. Schutzbereich**

Der Schutzbereich der Berufsfreiheit erfasst in persönlicher Hinsicht alle Deutschen. Für juristische Personen wie U gilt zudem Art. 19 Abs. 3 GG, wonach die juristische Person „inländisch“ sein muss; mangels entgegenstehender Hinweise im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass dies der Fall ist. Die Berufsfreiheit ist gem. Art. 19 Abs. 3 GG ihrem Wesen nach auch geeignet, auf juristische Personen angewendet zu werden. Der persönliche Schutzbereich ist eröffnet. In sachlicher Hinsicht beinhaltet der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG das einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit, das die

Ausprägungen der freien Berufswahl und des Schutzes der Berufsausübung kennt.<sup>77</sup> Beruf ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung bzw. Erhaltung einer Lebensgrundlage dient und nicht verboten bzw. schlechthin gemeinschädlich ist; der Begriff ist weit auszulegen und umfasst auch neuartige Tätigkeiten, die keinem tradierten Berufsbild angehören.<sup>78</sup> Die Tätigkeit von U, Skipisten und -lifte zu betreiben, unterfällt dem Begriff des Berufs. Der Schutzbereich ist insgesamt eröffnet.

**II. Eingriff**

Ein Grundrechtseingriff liegt grundsätzlich vor, wenn ein in den Schutzbereich fallendes Verhalten erschwert oder unmöglich gemacht wird. Im Rahmen der Berufsfreiheit ist nach der Rechtsprechung des BVerfG außerdem erforderlich, dass die eingreifende Norm zumindest objektiv *berufsregelnde Tendenz* aufweist. Diese ist gegeben, wenn die Norm ausschließlich oder im Wesentlichen auf berufliche Tätigkeiten anwendbar ist und diese zielgerichtet reglementieren will.<sup>79</sup> Das WSSG erlegt in dessen § 3 i.V.m. der Bußgeldbewehrung in § 4 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 WSSG insbesondere den Betreibern von Skipisten als Normadressaten konkrete Pflichten auf, die ganz bewusst und zielgerichtet deren berufliche Tätigkeit reglementieren und einschränken. Damit ist (jedenfalls objektiv) berufsregelnde Tendenz gegeben und ein Eingriff zu bejahen.

*Hinweis:* Die „Drei-Stufen-Theorie“ kann bereits hier<sup>80</sup>, ebenso aber auch erst bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung angesprochen werden. Zwingend einzugehen ist hier aber auf die berufsregelnde Tendenz.

**III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

*1. Gesetzesvorbehalt*

Die Berufsfreiheit ist ausweislich des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG durch Gesetz einschränkbar. Dieses müsste jedoch formell wie materiell verfassungsgemäß sein.

*2. Formelle Verfassungsmäßigkeit*

Wie bereits dargelegt, ist die formelle Verfassungsmäßigkeit des beschwerdegegenständlichen WSSG gegeben (vgl. oben Aufgabe 1, Abschnitt B. IV. 3. a).

*3. Materielle Verfassungsmäßigkeit*

Hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit ist im Rahmen der Berufsfreiheit die sogenannte „Drei-Stufen-Theorie“ nach der Rechtsprechung des BVerfG zu beachten. Diese differenziert zwischen Berufsausübungsregelungen (auf erster, geringster Stufe), die lediglich die Art und Weise der Ausübung des Berufs betreffen, und Berufswahlregelun-

<sup>76</sup> Im zivilrechtlichen Kontext hat bspw. das OLG München BeckRS 2012, 12391 festgehalten: „Anders als Fahrradfahren (das eine Person z.B. auch zur Arbeit, zum Einkaufen o.ä. bringen kann) handelt es sich beim Skifahren stets um sportliche Betätigung.“

<sup>77</sup> Sodan/Ziekow (Fn. 3), § 40 Rn. 1; Detterbeck (Fn. 2), Rn. 462.

<sup>78</sup> BVerfGE 119, 59 (78); zum Erfordernis „schlechthin gemeinschädlich“ Kingreen/Poscher (Fn. 45), Rn. 937 f.

<sup>79</sup> BVerfGE 70, 191 (214).

<sup>80</sup> So bei Detterbeck (Fn. 2), Rn. 469.

gen subjektiver (zweite Stufe) und objektiver (dritte Stufe) Natur, die den Zugang, die Fortführung oder die Beendigung der beruflichen Tätigkeit betreffen.<sup>81</sup> Die Stufenzuordnung hängt maßgeblich davon ab, wie das vorliegende Berufsfeld zu definieren ist.<sup>82</sup> Dieses kann hier als „Skipistenbetreiber“ bezeichnet werden. Dieser insoweit eigenständige Beruf wird nicht von subjektiven oder objektiven Zulassungsvoraussetzungen abhängig gemacht (das „ob“ betreffend); es wird insbesondere kein Zulassungserfordernis oder Ähnliches für Skipistenbetreiber aufgestellt, ohne dessen Erfüllung der Beruf nicht aufgenommen werden kann. Es werden lediglich Ausübungsregelungen (das „wie“ betreffend) aufgestellt. Dieser Eingriff auf der „ersten Stufe“ kann durch Erwägungen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden, solange alle verfassungsrechtlichen Schranken-Schranken gewahrt sind. An der Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes, der Wesensgehaltsgarantie, des Rückwirkungsverbots, des Einzelfallgesetzesverbots und des Zitiergebots bestehen keine Zweifel; Letzteres gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht für Grundrechte mit Regelungsvorbehalt wie Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>83</sup>

Zu prüfen bleibt, ob die bußgeldbewehrten Betreiberpflichten dem *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* entsprechen. Die bereits dargestellten Zwecke des WSSG sind als vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls im Sinne der Drei-Stufen-Theorie und als verfassungslegitim anzusehen. Das vom Gesetzgeber gewählte Mittel der Betreiberpflichten (Kontrolle der Einhaltung der Skihelmpflicht, Zutrittsverweigerung und Verweisungspflicht für Verstößende) ist zur Erreichung dieser Zwecke auch *geeignet*, zumal damit die für Ski- und Snowboardfahrer geltende Helmpflicht, die ihrerseits verfassungsgemäß ist (siehe oben Aufgabe 1), effektiv durchgesetzt wird.

Fraglich ist, ob *mildere Mittel* als die Betreiberpflichten existieren, die gleichermaßen zur Erreichung der Zwecke geeignet sind. Milder für die Betreiber wäre es jedenfalls, wenn alle oder einzelne der Betreiberpflichten nicht bestehen würden und die Gesetzeszwecke nur über die die Ski- und Snowboardfahrer betreffende Helmpflicht gesichert würden. Zur Zweckerreichung ist dies aber nicht gleichermaßen geeignet, zumal dieser nur oder jedenfalls besser über eine strikte und möglichst flächendeckende Einhaltung der Helmpflicht zu erreichen ist, was Kontrollen bedingt. Auch ein Verzicht auf die Bußgeldbewehrung nach § 4 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 WSSG wäre milder, würde aber nicht gleichermaßen zur Zweckerreichung beitragen, da eine nicht an Sanktionen geknüpfte Vorschrift auf freiwillige – nach dem Sachverhalt defizitäre – Umsetzung durch die Adressaten angewiesen wäre. Denkbar ist auch anstelle von Betreiberpflichten eine Verpflichtung, Hindernisse auf Strecken zu polstern, wie von U bereits freiwillig vorgenommen. Allerdings wäre ein solches Mittel zum einen nicht gleichermaßen geeignet, da so zwar Unfälle mit Liftmasten etc., nicht aber Zusammenstöße

von Skifahrern untereinander abgemildert werden können. Zum anderen wäre es auch nicht milder, weil damit zugleich ein möglicher Eingriff insbesondere in das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG besteht. Mildere Mittel, die gleichermaßen zur Zweckerreichung dienlich sind, sind nicht ersichtlich.

*Hinweis:* A.A. durchaus vertretbar; dann sollte die Angemessenheitsprüfung hilfsgutachtlich vorgenommen werden.

Fraglich ist noch die *Angemessenheit* der Betreiberpflichten, das heißt ob die mit dem WSSG verfolgten Schutzzwecke höher zu gewichten sind als die Nachteile bei den Betreibern. Zum einen sind die Einbußen der Betreiber nicht als hoch zu werten, weil dem Sachverhalt zufolge U – wie es auch bei anderen Betreibern der Fall sein dürfte – auf dem gesamten Areal kleine Kassenhäuschen aufgestellt hat, an denen Tickets bzw. Skipässe verkauft und kontrolliert werden. Eine Kontrolle der Einhaltung der Skihelmpflicht nach § 3 Nr. 1 WSSG und ggf. auch Zutrittsverweigerung nach § 3 Nr. 2 WSSG dürfte dort möglich sein und eher keinen erheblichen administrativen und/oder personellen Mehraufwand darstellen; gesonderte Kontrollstellen sind damit nicht nötig. Ob, wie von G dargestellt, nur aufgrund der Betreiberpflichten eine Umzäunung des gesamten Areals nötig ist, mag ebenso bezweifelt werden: Ohne Liftpass sind Skiabfahrten in der Regel kaum sinnvoll möglich – steile Abfahrten auf Abfahrtskiern oder zu Fuß zu erklimmen, ist äußerst anstrengend –, so dass ein Ticket für den Lift benötigt wird, bei dessen Kauf bzw. Kontrolle zugleich die Helmpflicht kontrolliert werden kann. Auch die Pflicht nach § 3 Nr. 3 WSSG, Ski- und Snowboardfahrer bei Verstoß gegen die Helmpflicht von der Skipiste zu verweisen, dürfte ohne großen Mehraufwand zu bewerkstelligen sein, da es meist ohnehin eine Pistenaufsicht gibt. Die (wirtschaftlichen) Einbußen bei U erweisen sich damit auch in Summe als so gering, dass die Schutzzwecke des WSSG diese weit überwiegen. Über den Einzelfall hinaus dürfte dies auch für die Mehrzahl der Skipistenbetreiber gelten. Damit steht die Verhältnismäßigkeit und somit auch die materielle Verfassungsmäßigkeit der Betreiberpflichten nach § 3 WSSG fest.

*Hinweis:* A.A. mit Begründung gut vertretbar.

#### 4. Ergebnis zu III.

Der Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

#### IV. Ergebnis zu A.

Eine Verletzung von U im Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG ist nicht gegeben.

#### B. Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit)

Der Schutzbereich des spezielleren Freiheitsgrundrechtes aus Art. 12 Abs. 1 GG ist eröffnet; die allgemeine Handlungsfreiheit tritt subsidiär hinter diese zurück.

<sup>81</sup> Ständige Rspr., grundlegend BVerfGE 7, 377 (404 ff.).

<sup>82</sup> Deterbeck (Fn. 2), Rn. 474.

<sup>83</sup> Vgl. etwa BVerfGE 28, 36 (46); 64, 72 (80); Jarass (Fn. 47), Art. 19 Rn. 5 ff; *Werkmeister*, BRJ 2012, 41 (42).

**C. Art. 3 Abs. 1 GG (allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz)**

Eine Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG liegt vor, wenn wesentlich Gleiches ungleich bzw. wesentlich Ungleiches gleich behandelt wird, ohne dass dies verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. U rügt eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber Betreibern von Langlaufloipen und „Flachhängen“.

**I. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem**

Die zu vergleichenden Sachverhalte müssten einem gemeinsamen Oberbegriff unterfallen. Als gemeinsamer Oberbegriff ist hier der Skisport zu sehen. Es liegt wesentlich Gleiches vor.

*Hinweis:* A.A. vertretbar, etwa mit Hinweis auf unterschiedliches Risiko, dann sollte weiter im Hilfsgutachten geprüft werden.

Eine Ungleichbehandlung ist insofern gegeben, als die Betreiberpflichten nach § 3 WSSG nur für Betreiber von Skipisten gelten, für die Betreiber von Langlaufstrecken (§ 2 Abs. 2 S. 2 WSSG) und „flachen Hängen“ mit einer durchschnittlichen Hangneigung von weniger als 5 % (vgl. § 2 Abs. 2 S. 1 WSSG) aber nicht. Eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem ist gegeben.

**II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung**

Unter Verweis auf die obige Argumentation (Aufgabe 1, B. V. 1. b) ist auch hier der Maßstab der „neuen Formel“ an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung anzulegen, zumal hier ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG vorliegt und nachteilige Auswirkungen auf dessen Ausübung gerade in der Ungleichbehandlung angelegt sein könnten. Es müssten für die vorgenommene Differenzierung also „Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können.“<sup>84</sup> Ein erheblicher Unterschied besteht darin, dass bei steilen Abfahrten ohne körperliches Zutun hohe Geschwindigkeiten (mehr als 100 km/h), bei flachen Abhängen hingegen kaum nennenswerte Geschwindigkeiten erreicht werden können. Letzteres gilt auch für Langlaufloipen, bei denen ein wesentlicher Teil der Strecke aus flachen und Anstiegspassagen besteht. Insgesamt ist das Verletzungsrisiko bei einem Aufprall hier deutlich geringer, so dass weder eine Helmpflicht noch die Kontrolle selbiger durch entsprechende Betreiberpflichten wesentlich zu einer Verringerung des allgemeinen Verletzungsrisikos beitragen kann. Die festgestellte Ungleichbehandlung ist demnach verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

*Hinweis:* A.A. vertretbar, etwa unter Verweis darauf, dass Langlaufski wesentlich schmaler und bei Abfahrten, die

auf Anstiege unweigerlich folgen, schwieriger zu kontrollieren sind als Alpin-Ski etc.

**III. Ergebnis zu C.**

Art. 3 Abs. 1 GG ist nicht verletzt.

**D. Ergebnis zu Aufgabe 2**

U ist nicht in Grundrechten verletzt.

<sup>84</sup> BVerfGE 88, 87 (97).