

(Referendar-)Examensklausur: Museumsschließungen durch verordnungsvertretendes Gesetz

Prof. Dr. Lothar Michael, Wiss. Mitarbeiterin Sarah Dersarkissian, Düsseldorf*

Die Examensklausur verknüpft Standardprobleme der Grundrechte mit einem speziellen Problem des Staatsorganisationsrechts: das verordnungsvertretende Gesetz i.S.v. Art. 80 Abs. 4 GG. Um Letzteres einer vertretbaren Lösung zuführen zu können, wird kein spezifisches Vorwissen erwartet, sondern das Verständnis von Grundbegriffen des Staatsorganisationsrechts und die Fähigkeit, dieses auf eine ungewöhnliche Konstellation anzuwenden. Es handelt sich um Probleme, die sich in der Corona-Pandemie gestellt haben oder hätten stellen können, die aber auch jenseits dieses Kontextes relevant bleiben und sich auch in Zukunft für Prüfungsaufgaben besonders gut eignen. Die Bearbeitungszeit beträgt fünf Stunden. Die Aufgabe eignet sich auch zur Übung für Anfänger – mit der Maßgabe, die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde wegzulassen, die Bearbeitungszeit auf zwei bis drei Stunden zu verkürzen und den Anspruch an Umfang und Tiefe der Begründungen zu senken.

Sachverhalt

M ist italienische Staatsbürgerin und seit mehreren Jahren Betreiberin eines privaten Museums in der kreisfreien Stadt Düsseldorf in Nordrhein-Westfalen (NRW). In dem Museum wird eine Privatsammlung der M ausgestellt, die sich aus Gemälden und Skulpturen eines von M bewunderten Künstlers aus der Region zusammensetzt. M erhebt einen Eintrittspreis von 10,00 € pro Person und bestreitet mit dem Betrieb des Museums ihren Lebensunterhalt.

Das Museum befindet sich in einer weitläufigen Ausstellungshalle mit hohen Wänden, die gut durchlüftet werden kann. Der Abstand zwischen den verschiedenen Ausstellungsstücken ist groß, weil M diese Abstände für die Wirkung der Kunstwerke für essentiell hält. Das Museum ist werktags zwischen 10.00 Uhr und 17.00 Uhr geöffnet und wird täglich von durchschnittlich 50 Personen besucht. Die Besucher verteilen sich meist über den gesamten Öffnungszeitraum, sodass sich selten mehr als zehn Personen gleichzeitig in der Ausstellungshalle aufhalten.

Im März 2020 wurde durch die Weltgesundheitsorganisation die Corona-Pandemie ausgerufen. Im September 2020 steigen die Infektionszahlen mit dem Corona-Virus in Deutschland zum zweiten Mal dramatisch an. Um das Leben und die Gesundheit aller zu schützen und um das Gesundheitssystem vor einem drohenden Kollaps zu bewahren, macht der Landtag NRW von seiner Befugnis aus Art. 80 Abs. 4 GG Gebrauch und erlässt auf Grundlage der Verordnungsermächtigung zugunsten der Landesregierungen aus § 32 S. 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG ein Coronaschutzgesetz (CoronaSchG). Ohne das Ergreifen von Maßnahmen zur Eindämmung des Infektionsgeschehens wäre es zu einer hohen Zahl an Erkrankungen gekommen, von denen eine Vielzahl schwer verlaufen wäre oder sogar zum Tod geführt hätte. Das Gesundheitssystem wäre in diesem Falle nicht mehr imstande gewesen, die Erkrankten adäquat zu behandeln. Das Gesetzgebungsverfahren wurde ordnungsgemäß nach den Vorschriften der Landesverfassung durchgeführt und das Gesetz ordnungsgemäß verkündet.

* Der Autor ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin ebendort.

Das CoronaSchG tritt am 30.9.2020 in Kraft.

Da zu diesem Zeitpunkt weder zugelassene Impfstoffe gegen das Coronavirus existieren noch flächendeckende Testmöglichkeiten für die Bürger zur Verfügung stehen, hält der Landtag eine möglichst umfassende Reduzierung menschlicher Kontakte für das gebotene Mittel zur Eindämmung des Infektionsgeschehens. In der Wissenschaft ist anerkannt, dass Kontaktreduzierungen geeignet sind, die Verbreitung des Coronavirus einzudämmen. Weiter ist anerkannt, dass es für das Infektionsrisiko in geschlossenen Räumen darauf ankommt, wie viele Personen sich auf wie engem Raum wie lange begegnen, und dass ein Luftaustausch dieses Risiko minimieren kann. Der Gesetzgeber zieht daraus aber bewusst nicht den Schluss, denkbare Ausnahmen, die nicht der Deckung des notwendigen Lebensbedarfs aller dienen, zu regeln. Der Gesetzgeber sieht sich nicht in der Lage, für das gesamte öffentliche Leben entsprechende Hygieneschutzkonzepte zu verwalten. Zugleich fürchtet er, dass die Akzeptanz von Lockdown-Maßnahmen abnehmen und eine gesellschaftliche Spaltung vorangetrieben würde, wenn Ausnahmen nicht allen, sondern nur wenigen zugutekommen. Darüber hinaus ist anerkannt, dass sich das Infektionsgeschehen exponentiell entwickelt. Daraus schließt der Gesetzgeber, dass nur möglichst schnell und umfassend ergriffene Maßnahmen vermeiden können, zu einem späteren Zeitpunkt umso drastischere Maßnahmen ergreifen zu müssen bzw. den Tod vieler Menschen dann nicht mehr vermeiden zu können.

Das Landesgesetz regelt einen „Lockdown“ des gesamten öffentlichen Lebens einschließlich nächtlicher Ausgangsbeschränkungen und enthält unter anderem folgende Regelung:

§ 8 CoronaSchG¹

Konzerte und Aufführungen in Theatern, Opern- und Konzerthäusern, Kinos und anderen öffentlichen oder privaten (Kultur-)Einrichtungen sowie der Betrieb von Museen, Kunstausstellungen, Galerien, Schlössern, Burgen, Gedenkstätten und ähnlichen Einrichtungen sind bis zum 31.10.2020 unzulässig.

Das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG wurde gewahrt.

M muss ihr Museum wegen der Vorgaben des § 8 CoronaSchG bis zum 31.10.2020 für den Besucherverkehr schließen. M ist darüber empört und erhebt am 5.10.2020 formgerecht Verfassungsbeschwerde gegen § 8 CoronaSchG zum BVerfG. Sie führt in der Begründung aus, dass sie sich in ihren Grundrechten auf Kunstfreiheit und Berufsfreiheit verletzt fühle. Indem § 8 CoronaSchG ihr den Betrieb ihres Museums verbiete, werde ihr nicht nur die Darbietung von Kunst unmöglich gemacht, sondern sie erleide auch erhebliche Umsatzeinbußen, die ihr das Bestreiten ihres Lebensunterhalts deutlich erschwerten. Durch finanzielle Ausgleichsmaßnahmen des Staates habe M – was zutrifft – lediglich 50 % ihrer Einbußen ersetzt bekommen. Der Betrieb des Museums sei aber nicht nur Beruf, sondern zugleich auch Berufung. M habe – was zutrifft – ein ausgefeiltes Hygienekonzept entwickelt, bei dessen Umsetzung das Infektionsrisiko minimal sei: Die Besucher würden durch Absperrungen und Beschilderungen auf einem festgelegten Rundweg geleitet, der nur in eine Richtung begehbar sei. Die Ausstellungshalle sei – was zutrifft – ohnehin so groß, dass selbst an Tagen mit vergleichsweise hohem Besucheraufkommen stets ein Abstand von mehreren Metern zwischen den Besuchern gewahrt werden könne. Auf das Einhalten eines Abstandes von mindestens 1,5 Metern könne durch Hinweisschilder hingewiesen werden. Das Museumspersonal könne auf die Einhaltung eines solchen

¹ Die nachfolgende Norm ist der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronaschutzverordnung – CoronaSchVO) des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes NRW v. 30.10.2020 (GV. S. 1044b) entlehnt (dort: § 8 Abs. 1 S. 1).

Abstandes achten und gegebenenfalls Einschreiten – so wie es dies auch beim Einhalten von Mindestabständen zu den Kunstwerken gewohnt sei. Durch gezieltes Lüften könne das Infektionsrisiko weiter verringert werden. Die Besucher ihres Museums benähmen sich unabhängig davon stets anständig. Unkontrollierte Menschenansammlungen seien nicht zu erwarten. Die Zahl der Besucher könne durch kontrollierten Eingang leicht begrenzt werden. M ist der Auffassung, dass der Betrieb des Museums nicht untersagt werden dürfe, wenn die Infektionsgefahr aufgrund ihres Hygienekonzepts „gegen null“ gehe. M ist außerdem der Auffassung, dass der Landesgesetzgeber keine Kompetenz zur Schaffung des § 8 CoronaSchG habe. Durch das Infektionsschutzgesetz habe der Bund – was zutrifft – von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 72 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG Gebrauch gemacht, wodurch – was ebenfalls zutrifft – insoweit eine Sperrwirkung eingetreten sei. Infolgedessen dürften die Länder keine formellen Landesgesetze mehr erlassen.

Der Landtag NRW hält § 8 CoronaSchG für notwendig. Grundrechte seien nicht verletzt. Hinsichtlich der Berufsfreiheit komme eine Grundrechtsverletzung schon nicht in Betracht, weil viele Museen – was zutrifft – ohne wirtschaftliche Ziele und überwiegend von der öffentlichen Hand betrieben würden, sodass ihr Betrieb nicht typischerweise dem Lebensunterhalt Privater zugutekomme. Der Landtag ist überdies der Auffassung, dass er wegen Art. 80 Abs. 4 GG dazu befugt sei, anstelle einer Verordnung ein förmliches Landesgesetz zu erlassen. Auch hinsichtlich der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde werden grundlegende Bedenken geäußert: M hätte – da es sich bei dem CoronaSchG um ein ordnungsvertretendes Gesetz i.S.v. Art. 80 Abs. 4 GG handle – vor der Verfassungsbeschwerde eine verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 VwGO anstrengen müssen. Außerdem müsse vorrangig eine Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof des Landes NRW erhoben werden, weil es sich bei § 8 CoronaSchG um einen Akt der öffentlichen Gewalt des Landes handle. Für deren Überprüfung sei das BVerfG allenfalls subsidiär zuständig.

M meint, dass § 8 CoronaSchG selbst dann verfassungswidrig sei, wenn der Landtag wegen Art. 80 Abs. 4 GG die Gesetzgebungszuständigkeit gehabt hätte. Wenn eine solche Zuständigkeit wirklich aus Art. 80 Abs. 4 GG folge, hätte der § 32 S. 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG wegen Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG als Rechtsgrundlage in dem Gesetz angegeben werden müssen. Dies ist – was zutrifft – unterblieben.

Fallfrage

Hat die Verfassungsbeschwerde der M gegen § 8 CoronaSchG Erfolg?

Bearbeitungsvermerk

Die formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit von § 32 S. 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG ist zu unterstellen. Es ist außerdem zu unterstellen, dass § 8 CoronaSchG mit § 32 S. 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG vereinbar ist. Gleichheitsrechte sind nicht zu prüfen. Auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ist ggf. hilfsgutachtlich einzugehen.

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit	792
I. Zuständigkeit des BVerfG	792
II. Beschwerde- und Prozessfähigkeit.....	792
III. Beschwerdegegenstand	793

IV. Beschwerdebefugnis	793
1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung.....	793
2. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit.....	793
3. Zwischenergebnis.....	793
V. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität	793
1. Erschöpfung des Rechtswegs.....	793
2. Grundsatz der Subsidiarität.....	795
VI. Form und Frist	795
VII. Ergebnis	796
B. Begründetheit	796
I. Verletzung der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG)	796
1. Schutzbereich.....	797
a) Sachlicher Schutzbereich.....	797
b) Persönlicher Schutzbereich.....	797
2. Eingriff.....	797
3. Rechtfertigung.....	798
a) Beschränkbarkeit des Grundrechts.....	798
b) Formelle Verfassungsmäßigkeit.....	798
aa) Kompetenz bzw. Zuständigkeit.....	798
bb) Verfahren.....	799
cc) Form.....	799
dd) Zwischenergebnis.....	800
c) Materielle Verfassungsmäßigkeit.....	800
aa) Legitimer Zweck.....	800
bb) Geeignetheit.....	801
cc) Erforderlichkeit.....	801
dd) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	801
ee) Zwischenergebnis.....	803
4. Zwischenergebnis.....	803
II. Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	804
1. Schutzbereich.....	804
a) Sachlicher Schutzbereich.....	804
b) Persönlicher Schutzbereich.....	804
2. Eingriff.....	805
3. Rechtfertigung.....	806

a) Beschränkbarkeit des Grundrechts	806
b) Formelle Verfassungsmäßigkeit	806
c) Materielle Verfassungsmäßigkeit.....	806
aa) Legitimer Zweck.....	806
bb) Geeignetheit.....	807
cc) Erforderlichkeit	807
dd) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	807
ee) Zwischenergebnis	807
4. Zwischenergebnis.....	807
III. Zwischenergebnis	807
C. Gesamtergebnis.....	808

Die Verfassungsbeschwerde der M hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

Hinweis: Für diesen Obersatz kommen mehrere Formulierungsvarianten in Betracht. Akzeptabel wäre auch die vereinfachende Formulierung „[...] hat Erfolg, *wenn* sie zulässig und begründet ist“. Demgegenüber zieht der hier verwendete Obersatz („[...] hat Erfolg, *soweit* sie zulässig und begründet ist“) die Möglichkeit in Betracht, dass eine Verfassungsbeschwerde auch *teilweise* Erfolg haben kann. Oft liest man auch eine dritte, differenzierende Variante: „[...] hat Erfolg, *wenn* sie zulässig und *soweit* sie begründet ist“. Damit soll ausgedrückt werden, dass der Umfang der Begründetheitsprüfung nicht weiter reichen darf als die Verfassungsbeschwerde zulässig ist. Wenn die Verfassungsbeschwerde nur teilweise zulässig ist, darf die Begründetheit also nicht (bzw. allenfalls hilfsgutachtlich) umfassend geprüft werden. Diese dritte Variante des Obersatzes hat allerdings den Nachteil, dass nicht deutlich erkennbar wird, dass eine Verfassungsbeschwerde auch teilweise erfolgreich sein kann, wenn sie nur teilweise zulässig ist. Beides käme zum Ausdruck in einer vierten Formulierungsvariante des Obersatzes: „[...] hat Erfolg, *soweit* sie zulässig und *im Rahmen dieser (gegebenenfalls teilweisen) Zulässigkeit* begründet ist“. Diese Variante hat allerdings den Nachteil, dass sie nicht üblich ist (und solche Ausdifferenzierung also nicht erwartet wird), und dass sie Erwartungen an die Präzision des folgenden Gutachtens weckt, die nur selten erfüllt werden.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. § 13 Nr. 8a BVerfGG für die Entscheidung über Verfassungsbeschwerden zuständig.

II. Beschwerde- und Prozessfähigkeit

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG ist jedermann, d.h. jeder, der Träger von Grundrechten oder sonstigen dort benannten verfassungsmäßigen Rechten des Grundgesetzes sein kann, beschwerdefähig. Die an die Grundrechtsfähigkeit anknüpfende Beschwerdefähigkeit ist bei natürli-

chen Personen grundsätzlich gegeben,² sodass M beschwerdefähig ist. An ihrer Prozessfähigkeit bestehen keine Zweifel.

III. Beschwerdegegenstand

Eine Verfassungsbeschwerde kann nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG gegen jeden Akt der öffentlichen Gewalt, d.h. der Exekutive, der Legislative und der Judikative (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG) gerichtet werden. § 8 CoronaSchG ist ein Parlamentsgesetz des Landes NRW und als Akt der Legislative tauglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde.

IV. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdebefugnis der M setzt nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG voraus, dass sie behauptet, durch den Beschwerdegegenstand in einem ihrer Grundrechte verletzt zu sein.

1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

Aus der Behauptung der M müsste die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung hervorgehen.³ M macht eine Verletzung ihrer Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG und ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG geltend. Eine Verletzung dieser beiden Grundrechte durch das Verbot des Museumsbetriebs erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen und somit möglich.

2. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit

Weiterhin müsste M durch den Beschwerdegegenstand selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen⁴ sein. Die Wirkungen des § 8 CoronaSchG betreffen M als Betreiberin eines Museums in ihrer eigenen Person, weshalb eine eigene Beschwer der M vorliegt. § 8 CoronaSchG ist schon und noch in Kraft und verbietet den Museumsbetrieb aktuell, sodass die Beschwer auch gegenwärtig ist. Schließlich untersagt das gesetzliche Verbot des § 8 CoronaSchG den Museumsbetrieb, ohne dass es eines vollziehenden Zwischenakts bedürfte (self-executing). Die Rechtsstellung der M wird also durch das Gesetz selbst direkt berührt, sodass sie auch unmittelbar betroffen ist.

3. Zwischenergebnis

M ist somit beschwerdebefugt.

V. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

1. Erschöpfung des Rechtswegs

Ist gegen eine behauptete Grundrechtsverletzung der Rechtsweg zulässig, so kann die Verfassungsbeschwerde gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden.

² Zu der Verknüpfung zwischen Beschwerde- und Grundrechtsfähigkeit siehe nur *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 915, 450.

³ *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 323 ff.; ausführlich *Hartmann*, JuS 2003, 897 ff.

⁴ St. Rspr., früh schon BVerfGE 1, 97 (101 ff.); 97, 157 (164); 143, 246 (321 Rn. 207); zu den Merkmalen im Einzelnen *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 268 ff.

Ob ein Rechtsweg offensteht, hängt von der Rechtsnatur des § 8 CoronaSchG ab. Dabei handelt es sich um ein sogenanntes verordnungsvertretendes Gesetz i.S.v. Art. 80 Abs. 4 GG, das Elemente sowohl der (parlamentarischen) Gesetzgebung als auch der (exekutiven) Verordnungsgebung aufweist.⁵ Art. 80 Abs. 4 GG betrifft den Fall, dass Landesregierungen entweder unmittelbar durch Bundesgesetz (Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG) oder mittelbar auf Grund von Bundesgesetzen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. In diesen Konstellationen sind die Länder anstelle einer Regelung durch Rechtsverordnung auch zu einer Regelung durch Gesetz befugt. Grundlage des § 8 CoronaSchG ist die Verordnungsermächtigung in § 32 S. 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG. Während ein fachgerichtlicher Rechtsweg gegen Parlamentsgesetze grundsätzlich nicht offensteht, entscheidet nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 109a JustG NRW das Oberverwaltungsgericht im Wege der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle über die Gültigkeit einer „im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschrift“ wie z. B. einer Rechtsverordnung.

Ein verordnungsvertretendes Gesetz ist bei *formeller* Betrachtung keine im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift. Der Umstand, dass das Landesgesetz anstelle einer Verordnung erlassen wurde, ändert nichts an seinem *formellen* Charakter als Landesgesetz.⁶ Allerdings führt der Landesgesetzgeber bei *funktionaler* Betrachtung lediglich die Vorgaben des Bundesgesetzgebers aus, wenn er ein verordnungsvertretendes Gesetz erlässt. Damit fehlt es an dem für die Gesetzgebung charakteristischen Moment der freien politischen Entscheidung. Verordnungsvertretende Gesetze werden im Anschluss an diese Überlegung teilweise als Gesetze *sui generis* qualifiziert, die eine Zwischenstellung zwischen dem förmlichen Gesetz einerseits und der Rechtsverordnung andererseits innehätten.⁷ Verordnungsvertretende Gesetze wären dann „im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsnormen“, die im Wege der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle überprüft werden könnten. Eine solche Aufweichung der formalen Betrachtungsweise zeichnet sich auch in der Rechtsprechung des BVerfG ab. Dieses erkennt die Möglichkeit an, dass der Bundesgesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren Normen im Verordnungsrang schafft.⁸ Damit verhält es sich aber nur in problemorientierter Herangehensweise zu der Sonderkonstellation der Ordnungsänderung durch den Gesetzgeber. Fernab dieser Sonderkonstellation entspricht eine formelle Betrachtungsweise weiterhin der anerkannten grundrechtlichen Dogmatik, die bislang zwar punktuell durchbrochen, aber nicht grundsätzlich in Frage gestellt wurde. Unter diesen Vorbedingungen ist § 8 CoronaSchG als Parlamentsgesetz einzuordnen, gegen das ein Rechtsweg grundsätzlich nicht offensteht. Die Rechtsvorschrift steht nicht im Rang unter dem Landesgesetz, sodass auch die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 109a JustG NRW nicht statthaft ist. Folglich steht das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen.

Hinweis: Eine a.A. ist mit entsprechender Begründung vertretbar. Falls die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle für statthaft gehalten wird, ist dem Erfordernis der Rechtswegerschöpfung nicht

⁵ Deutlich *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 117: „der Rechtsverordnung wird gewissermaßen das Gesetzesgewand übergeworfen“.

⁶ Zu dieser h.M. statt vieler *Bauer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 69 m.w.N.

⁷ *Nierhaus*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, 87. Lfg., Stand: Dezember 1998, Art. 80 Rn. 839 ff.

⁸ BVerfGE 114, 196 (238 ff.); anders die abweichende Meinung der BVRin *Osterloh* und des BVR *Gerhardt* BVerfGE 114, 250 (250 ff.); krit. in der Lit. etwa *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 70. Lfg., Stand: Dezember 2013, Art. 80 Rn. 96, 206.

Genüge getan. Im Folgenden wäre darum § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG zu erörtern (Ausnahmen vom Erfordernis der Rechtswegerschöpfung) bzw. hilfsgutachtlich weiter zu prüfen.

2. Grundsatz der Subsidiarität

Neben dem Erfordernis der Erschöpfung des Rechtswegs ist als eigenständige und ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde zu beachten.⁹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Verfassungsbeschwerde – über den Wortlaut des § 90 Abs. 1 S. 2 BVerfGG hinaus – subsidiär gegenüber anderen zumutbaren Möglichkeiten, den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen.¹⁰

Der (rechtsbrüchige) Verstoß gegen § 8 CoronaSchG in Erwartung eines sodann gerichtlich zu überprüfenden Einzelakts ist M nicht zuzumuten.

Möglicherweise kann M auf eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO verwiesen werden. Es stellen sich aber originär verfassungsrechtliche Fragen. Einer etwaigen Grundrechtsverletzung könnte zudem nur durch eine Verwerfung des § 8 CoronaSchG abgeholfen werden, zu der die Verwaltungsgerichte nicht befugt sind. Vielmehr besteht wegen Art. 100 Abs. 1 GG ein Verwerfungsmonopol des BVerfG.

Schließlich könnte M vorrangig auf die Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof NRW verwiesen sein. Nach § 90 Abs. 3 BVerfGG bleibt das Recht, eine Verfassungsbeschwerde bei dem Landesverfassungsgericht nach dem Recht der Landesverfassung zu erheben, durch die Bundesverfassung unberührt. Ein Vorrang der Bundesverfassungsbeschwerde ergibt sich daraus nicht. Vielmehr besteht grundsätzlich die Wahlfreiheit der Beschwerdeführenden.¹¹

Hinweis zum Landesrecht: In manchen Ländern ist ausdrücklich geregelt, dass – umgekehrt – die Landesverfassungsbeschwerde unzulässig wird, sobald eine parallele Verfassungsbeschwerde zum BVerfG erhoben worden ist (vgl. z.B. § 53 Abs. 1 Hs. 2 VerfGHG NRW, § 55 Abs. 1 VerfGHG Baden-Württemberg).

Auch Akte der öffentlichen Gewalt des Landes sind Akte der öffentlichen Gewalt i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG. Ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten *des Grundgesetzes* kann aber nur vor dem BVerfG und nicht vor Landesverfassungsgerichten, deren Prüfungsmaßstab auf Landesverfassungsrecht beschränkt ist, überprüft werden. Aufgrund dessen ist M nicht vorrangig auf eine Verfassungsbeschwerde bei dem Landesverfassungsgericht verwiesen.

Insgesamt steht der Grundsatz der Subsidiarität der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nach alledem nicht entgegen.

VI. Form und Frist

Die Verfassungsbeschwerde wurde formgerecht nach §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG erhoben und begründet. Sie richtet sich gegen ein Gesetz, gegen das ein Rechtsweg nicht offensteht, sodass die Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG anwendbar ist. Diese wurde durch die Erhebung der Verfassungsbeschwerde am 5.10.2020 gewahrt.

⁹ Ausführlich Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 299 ff.

¹⁰ St. Rspr., vgl. BVerfGE 74, 102 (113 ff.); 115, 81 (91 ff.); 145, 20 (54 Rn. 85).

¹¹ Dazu nur Lechner/Zuck, in: Lechner/Zuck, BVerfGG, Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 90 Rn. 189.

Hinweis: Falls die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 VwGO für statthaft gehalten wird, ist zu problematisieren, welche Beschwerdefrist zu wahren ist. Die Verfassungsbeschwerde ist gem. § 93 Abs. 3 BVerfGG binnen eines Jahres zu erheben, wenn sie sich „gegen ein Gesetz oder gegen einen sonstigen Hoheitsakt, gegen den ein Rechtsweg nicht offensteht“ richtet. Umstritten ist, ob die Jahresfrist für alle Gesetze¹² oder nur für Gesetze, gegen die ein Rechtsweg nicht offensteht,¹³ gilt.¹⁴ Das BVerfG hat in einer Entscheidung über eine Kommunalverfassungsbeschwerde in den achtziger Jahren¹⁵ die Jahresfrist des Art. 93 Abs. 3 GG für eine Verfassungsbeschwerde gegen eine untergesetzliche landesrechtliche Norm, gegen welche die Normenkontrolle nach § 47 VwGO statthaft war, in Ansatz gebracht. Die Jahresfrist sollte aber erst durch den Abschluss des Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO in Gang gesetzt werden.¹⁶ Hält man § 93 Abs. 3 BVerfGG demgegenüber nur für Gesetze, gegen die ein Rechtsweg nicht offensteht, für anwendbar, stellt sich für den Fall, dass ein Rechtsweg besteht, die Anschlussfrage nach den Konsequenzen für die zu wahrende Frist.¹⁷ In diesem Fall erscheint es vorzuzugswürdig, die Monatsfrist des § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG heranzuziehen.¹⁸

VII. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde der M ist begründet, soweit § 8 CoronaSchG sie in ihren in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechten verletzt.

Hinweis: In Betracht kommt die Verletzung zweier Grundrechte – der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG sowie der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG – durch ein und denselben Akt öffentlicher Gewalt. Hier kommt es der M sowohl auf die Möglichkeit an, Kunst auszustellen, als auch darauf, damit ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Also sind beide Grundrechte nebeneinander zu prüfen und keines der Grundrechte wird durch das andere verdrängt.

I. Verletzung der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG)

M könnte in ihrer Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG verletzt sein.

¹² Exemplarisch *Heusch/Sennekamp*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar, 2. Aufl. 2005, § 93 Rn. 80 f.; *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 43. Lfg., Stand: Februar 2014, § 93 Rn. 72 (Fn. 557); *Lenz/Hansel*, in: Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Handkommentar, 3. Aufl. 2020, § 93 Rn. 95.

¹³ Exemplarisch *Gröpl*, NVwZ 1999, 967 (968); *Grünwald*, BeckOK BVerfGG, Stand: 1.6.2023, § 93 Rn. 77; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 319; *Zuck/Eisele*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 6. Aufl. 2022, Rn. 697.

¹⁴ Ausführlich zu dieser Problematik m.w.N. *Dersarkissian*, NWVBl. 2021, 143 (146 f.).

¹⁵ BVerfGE 76, 107.

¹⁶ BVerfGE 76, 107 (116).

¹⁷ Dazu *Dersarkissian*, NWVBl. 2021, 143 (147 ff.).

¹⁸ *Dersarkissian*, NWVBl. 2021, 143 (148 f.).

1. Schutzbereich

a) Sachlicher Schutzbereich

Zunächst müsste der sachliche Schutzbereich eröffnet sein. Die Kunst ist nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG frei. Der sachliche Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG ist durch den Leitbegriff der Kunst definiert. Die Bestimmung des Kunstbegriffs ist jedoch mit Schwierigkeiten verbunden, die sich in einer Vielfalt konkurrierender Kunstbegriffe spiegeln.¹⁹ Diesen Schwierigkeiten begegnet ein offener Kunstbegriff, demzufolge sich Kunst gerade dadurch auszeichnet, dass sie sich nicht auf vorgegebene Ausdrucksformen reduzieren lässt, sondern in freier, schöpferischer Gestaltung auf Entgrenzung zielt. Kunst ist demnach dadurch charakterisiert, „daß es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so daß sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt“²⁰. Davon ist auch umfasst, was bei formaler Betrachtung den Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktypus, z.B. der Malerei, des Bildhauens, des Dichtens o.ä., entspricht (sog. formaler Kunstbegriff).²¹ Ebenso verhält es sich mit typischen Formen künstlerischer Tätigkeit, die durch „freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden“²² gekennzeichnet ist (sog. materieller Kunstbegriff). Die durch M ausgestellten Gemälde und Skulpturen sind anerkannten Kunstgattungen zuzuordnen und deshalb schon der Form nach Kunst i.S.v. Art. 5 Abs. 3 GG.

Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistet die Freiheit, sich künstlerisch zu betätigen (sog. Werkbereich) sowie die Freiheit, das künstlerische Werk darzubieten und öffentlich zu verbreiten (sog. Wirkbereich).²³ M, die als Museumsbetreiberin die Gemälde und Skulpturen der Öffentlichkeit zugänglich macht, ist dem Wirkbereich zuzuordnen.

Der sachliche Schutzbereich ist somit eröffnet.

b) Persönlicher Schutzbereich

M ist auch in persönlicher Hinsicht durch das „Jedermann“-Grundrecht der Kunstfreiheit geschützt.

2. Eingriff

In den Schutzbereich müsste eingegriffen worden sein. Nach dem sog. klassischen Eingriffsbegriff liegt ein Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts in jedem rechtsförmlichen und imperativen staatlichen Handeln, durch das unmittelbar und final eine Grundrechtsbeeinträchtigung bewirkt wird.²⁴ Durch § 8 CoronaSchG wird M der durch die Kunstfreiheit geschützte Betrieb ihres Museums sowohl rechtsförmlich als auch unmittelbar, final und imperativ untersagt. Damit liegt ein Eingriff im klassischen Sinne vor.

¹⁹ Im Überblick *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 234 ff.; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 423 ff.

²⁰ BVerfGE 67, 213 (227).

²¹ Deutlich BVerfGE 67, 213 (226 f.).

²² BVerfGE 30, 173 (189).

²³ Zentral BVerfGE 30, 173 (191); siehe auch *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 243.

²⁴ *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 492.

3. Rechtfertigung

Der Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit könnte aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

a) Beschränkbarkeit des Grundrechts

Die Kunstfreiheit ist vorbehaltlos gewährleistet. Aufgrund der Einheit der Verfassung unterliegt sie aber gleichwohl verfassungsimmanenten Schranken.²⁵ Eingriffe können durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden. Der aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Vorbehalt des Gesetzes gilt für die Einschränkung vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte erst recht.²⁶ Der Grundrechtseingriff erfolgt durch § 8 CoronaSchG, sodass dem Vorbehalt des Gesetzes Genüge getan ist.

b) Formelle Verfassungsmäßigkeit

§ 8 CoronaSchG müsste formell verfassungsmäßig sein.

aa) Kompetenz bzw. Zuständigkeit

Die Länder haben nach Art. 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz inne, soweit nicht das Grundgesetz dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.

Das Gesetz des Landes NRW betrifft Maßnahmen gegen eine übertragbare Krankheit bei Menschen, sodass es nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG der konkurrierenden Gesetzgebung unterliegt. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder gem. Art. 72 Abs. 1 GG die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Der Bund hat laut Sachverhalt durch das IfSG von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht, weshalb die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG einer *originären* Gesetzgebungskompetenz des Landes mit Blick auf § 8 CoronaSchG entgegensteht.

Hinweis: Ob und inwieweit bereits eine Verordnungsermächtigung Sperrwirkung entfaltet, ist umstritten und ließe sich vorliegend womöglich bezweifeln.²⁷ Eine Prüfung würde aber eine Analyse der Gesamtkonzeption des IfSG voraussetzen und den Rahmen einer Klausur sprengen. Deshalb gibt der Sachverhalt vor, die Sperrwirkung zu unterstellen.

Allerdings bestimmt Art. 80 Abs. 4 GG, dass die Länder zu einer Regelung auch durch Gesetz befugt sind, soweit durch Bundesgesetz oder auf Grund von Bundesgesetzen Landesregierungen zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt werden. Soweit den Landesgesetzgebern durch Art. 80 Abs. 4 GG die Kompetenz zukommt, auf Grundlage einer an die Landesregierung adressierten Verordnungsermächtigung und somit auf Grundlage *derivativer* Rechtsetzungsmacht in Gesetzesform zu handeln,²⁸ bedarf es keiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 30, 70 GG. Der formell und materiell verfassungsmäßige § 32 IfSG S. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG beinhaltet eine Verordnungsermächtigung

²⁵ Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 711.

²⁶ Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 560.

²⁷ Dazu im Überblick m.w.N. Dersarkissian, DVBl. 2022, 696 (696 ff., 699).

²⁸ Statt vieler Bauer, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 67 f.; Brenner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 117; Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 70. Lfg., Stand: Dezember 2013, Art. 80 Rn. 204.

zugunsten der Landesregierungen. § 8 CoronaSchG ist mit dieser Verordnungsermächtigung vereinbar. Aufgrund dessen hat der Landesgesetzgeber nach Art. 80 Abs. 4 GG eine derivative Gesetzgebungskompetenz inne.

bb) Verfahren

Das Gesetzgebungsverfahren wurde ordnungsgemäß nach den Vorgaben der Landesverfassung durchgeführt.

cc) Form

Fraglich ist, ob das ordnungsvertretende Landesgesetz wegen Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG den § 32 S. 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG als Rechtsgrundlage hätte zitieren müssen.

Dem Wortlaut nach bezieht sich die Vorgabe lediglich auf „Verordnungen“.²⁹ Auf Grundlage einer formellen Betrachtungsweise des Ordnungsbegriffs ist Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG jedenfalls nicht unmittelbar auf ordnungsvertretende Landesgesetze anwendbar. Dies gilt selbst dann, wenn man ordnungsvertretende Gesetze unter funktionalen Gesichtspunkten als Gesetze *sui generis* mit Zwischenstellung einordnet, denn auch derartige Normen sind dem Wortsinn nach keine „Verordnungen“. Andererseits spricht die systematische Betrachtung für eine Einbeziehung ordnungsvertretender Gesetze: Durch Art. 80 Abs. 4 GG wird die Möglichkeit geschaffen, Landesgesetze anstelle von Rechtsverordnungen zu erlassen. Dass diese Möglichkeit nur besteht, „soweit“ eine Rechtsverordnung erlassen werden könnte, verdeutlicht, dass die Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 GG auch für ordnungsvertretende Gesetze Geltung beanspruchen.³⁰

Hält man die Wortlautgrenze für überschritten, könnte das Zitiergebot jedenfalls in analoger Anwendung des Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG zu beachten sein.³¹ Voraussetzungen einer Analogie sind eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage.³² Eine planwidrige Lücke im Verfassungsrecht anzunehmen, ist allerdings aus grundsätzlichen Gründen nicht unproblematisch und jedenfalls besonders voraussetzungsvoll. Denn eine Verfassung regelt vieles gewollt fragmentarisch, um die Einzelheiten dem einfachen Recht bzw. dem freien Spiel der politischen Akteure zu überlassen. Gegen eine planwidrige Regelungslücke spricht, dass Art. 80 Abs. 4 GG eine Stärkung des Landesgesetzgebers bewirken soll(te) und diese zwar den materiellen, nicht aber den formellen Bindungen unterliegen sollten, die für den administrativen Ordnungsgeber gelten.³³ Solche formellen Bindungen des Landesgesetzgebers durch den Bundesgesetzgeber erschienen auch mit Blick auf das Bundesstaatsprinzip problematisch. Zweifelhaft ist zudem, ob von einer vergleichbaren Interessenlage auszugehen ist. Das Zitiergebot kann (und soll) zuvörderst normative Ableitungszusammenhänge sichtbar machen. In der hiesigen Konstellation einer *konkurrierenden* Gesetzgebungszuständigkeit läge die Gesetzgebungszuständigkeit aber ohnehin nach Art. 70, 30 GG bei den Ländern, wenn der Bundesgesetzgeber keine Verordnungsermächtigung geschaffen hätte. Durch die Verordnungs-

²⁹ Dies betont *Jutzi*, ZG 1999, 239 (244).

³⁰ Statt vieler *Bauer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 67 f.; *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 117; *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 80 Rn. 58 jeweils m.w.N.

³¹ Ausdrücklich für eine analoge Anwendung etwa *Bauer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 68; *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 123; *Rauber*, VerwArch 2021, 205 (211).

³² Klassisch und eingehend zu den Voraussetzungen einer Analogie *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 202 ff.; differenzierend und anschaulich *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 193 ff.

³³ *Jutzi*, ZG 1999, 239 (244).

ermächtigung werden die Länder zwar materiell-rechtlich vorgesteuert. Dies anzuzeigen ist aber keine spezifische Funktion des ordnungsrechtlichen Zitiergebots.³⁴ Eine Beachtung des Zitiergebotes kann hier nämlich auch nicht die Funktion erfüllen, den Bürgern verwaltungsgerichtliche Klagen bzw. Normenkontrollen nach § 47 VwGO zu erleichtern, weil solche gegen Landesgesetze ohnehin nicht zulässig sind. Auch eine Verfassungsbeschwerde kann nur auf die Verletzung der Grundrechte gestützt werden und ihr Maßstab ist nur spezifisches Verfassungsrecht und nicht einfaches Bundesrecht.

Vertiefungshinweis: Eine Verletzung einfachen Bundesrechts (hier gegebenenfalls der bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigung) durch ein Landesgesetz kann nach Art. 100 Abs. 1 S. 2 GG und nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG im Verfahren der konkreten bzw. der abstrakten Normenkontrolle geprüft werden.

Das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 3 S. 1 GG ist mithin nicht (analog) anwendbar, sodass das ordnungsvertretende Landesgesetz § 32 S. 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG nicht als Rechtsgrundlage zitieren musste.

Hinweis: Eine a.A. ist mit entsprechender Begründung vertretbar und entspricht der wohl h.M. in der Literatur. Dafür werden Gesichtspunkte der Rechtsklarheit und des Rechtsschutzes angeführt.³⁵ Die Erkennbarkeit kompetenzieller Ableitungszusammenhänge sei im Rechtsstaat von zentraler Bedeutung. Die Kompetenz des Landesgesetzgebers ergebe sich aber nicht ohne Weiteres aus dem Grundgesetz, sondern erst aus der Verordnungsermächtigung. Das Landesgesetz ist außerdem materiell am Maßstab der bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigung zu messen. Das Zitiergebot diene danach auch der Offenlegung dieses Maßstabes.

dd) Zwischenergebnis

§ 8 CoronaSchG ist formell verfassungsgemäß.

c) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Unter dem Gesichtspunkt der materiellen Verfassungsmäßigkeit müsste § 8 CoronaSchG den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Bei Eingriffen in vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte müssen die entgegenstehenden Rechtsgüter von Verfassungsrang einander so zugeordnet werden, dass beide möglichst zur optimalen Wirksamkeit gelangen (Herstellung praktischer Konkordanz³⁶).

aa) Legitimer Zweck

Eine Einschränkung des Art. 5 Abs. 3 GG darf nur zum Schutz kollidierender Verfassungsgüter erfolgen. Mit der Regelung des § 8 CoronaSchG müsste daher wenigstens ein Zweck von Verfassungsrang verfolgt werden. Zum einen sollen durch die Regelung das Leben und die Gesundheit aller geschützt werden. Die Schutzpflicht zugunsten des Lebens und der Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG hat

³⁴ Zum Vorstehenden *Dersarkissian*, DVBl. 2022, 696 (698).

³⁵ Dazu etwa *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 123; *Nierhaus*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, 87. Lfg., Stand: Dezember 1998, Art. 80 Rn. 414.

³⁶ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 317 ff.

Verfassungsrang. Zum anderen soll verhindert werden, dass das Gesundheitssystem aufgrund des gehäuften Auftretens teils schwerer Erkrankungen an seine Funktionsgrenzen stößt. Die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems hat nicht ausdrücklich Verfassungsrang. Mit dem Schutz des Gesundheitssystems wird aber mittelbar das Ziel verfolgt, Leben und Gesundheit zu schützen. Mit dem Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) liegt mithin ein auch zur Beschränkung eines vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts legitimer Zweck vor.

bb) Geeignetheit

Die Maßnahme müsste außerdem geeignet sein. Dies ist der Fall, wenn sie der Zweckerreichung förderlich ist, wobei die Teileignung genügt.³⁷ Indem durch § 8 CoronaSchG kulturelle Veranstaltungen untersagt werden, werden Begegnungen zwischen Menschen verringert. Je weniger Menschen aufeinandertreffen, umso geringer ist das Risiko einer Virusübertragung. Die Maßnahme ist folglich zum Schutz von Leben und Gesundheit auch in seiner mittelbaren Bedeutung für die Erhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems geeignet.

cc) Erforderlichkeit

Sie müsste überdies zur Zweckerreichung erforderlich, d.h. das relativ mildeste Mittel³⁸ sein. Dabei kommt dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu. Die Erforderlichkeit ist aufgrund dessen nur dann zweifelhaft, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers offensichtlich fehlsam sind.³⁹ Mangels Verfügbarkeit kamen weder Impfungen noch Testpflichten als alternative Mittel in Betracht. Der Landesgesetzgeber hätte aber anstelle des Verbots des Museumsbetriebs eine Beschränkung der Besucherzahlen regeln können. Allerdings wäre eine solche Regelung weniger effektiv – insbesondere, wenn sie nicht mit einem Hygienekonzept kombiniert wird. Die Öffnung von Museen von einem Gebot zur Umsetzung eines Hygienekonzepts abhängig zu machen, wäre ebenfalls ein milderer Mittel. Dadurch läge es in der Hand der Veranstalter, kulturelle Veranstaltungen unter deutlicher Verringerung des Infektionsrisikos zu ermöglichen. Das Infektionsrisiko kann allerdings nur auf null reduziert werden, indem das persönliche Aufeinandertreffen untersagt wird. Ein Gebot zur Umsetzung eines Hygienekonzepts wäre damit zwar ein milderer, aber kein völlig gleich geeignetes Mittel zur Erreichung der Ziele. Außerdem ist nicht unplausibel, dass die Verwaltung Hygienekonzepte und deren Einhaltung – zumal in einer Pandemie – nur beschränkt überprüfen könnte. Die Maßnahme ist mithin auch erforderlich.

Hinweis: Eine a.A. ist bei entsprechender Argumentation vertretbar.

dd) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Schließlich müsste die Regelung des § 8 CoronaSchG auch verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Der Einsatz des Mittels darf nicht außer Verhältnis zu den mit ihm verfolgten Zwecken stehen. In Sinne der Herstellung praktischer Konkordanz sind die entgegenstehenden Verfassungsgüter einander so zuzuordnen, dass beide möglichst zu optimaler Entfaltung gelangen.

³⁷ Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 619; siehe auch Michael, JuS 2001, 654 (656) mit Beispielen.

³⁸ Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 620; siehe auch Michael, JuS 2001, 654 (656 f.) mit Beispielen.

³⁹ Statt aller Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 153.

Die entgegenstehenden Verfassungsgüter können in einem ersten Schritt auf abstrakter Ebene gewichtet werden.⁴⁰ Der mit der Maßnahme verfolgte Schutz des Lebens und der Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) ist schon bei abstrakter Betrachtung von herausgehobener Bedeutung. Obwohl das Grundrecht einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt, sind Leben und Gesundheit als Grundvoraussetzungen jeglicher Freiheitsausübung besonders hochrangig. Das Leben stellt innerhalb der Verfassungsordnung – des einfachen Gesetzesvorbehalts zum Trotz – einen Höchstwert dar. Als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht ist auch die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) von herausragender Bedeutung.

Auf konkreter Ebene sind die Schwere des durch das Mittel bewirkten Eingriffs sowie der dadurch erreichte Grad der Zweckerreichung zueinander ins Verhältnis zu setzen.⁴¹

Die Schwere des Eingriffs hängt entscheidend davon ab, wie oft, wie lange und wie intensiv das grundrechtliche Schutzgut beeinträchtigt wird. M wird der Betrieb ihres Museums durch § 8 CoronaSchG vollständig untersagt. Das Gesetz ist zwar auf vier Wochen befristet, führt aber während dieser vier Wochen zu sehr schweren Beeinträchtigungen. Die Schwere des Eingriffs wird dadurch verstärkt, dass § 8 CoronaSchG keine Differenzierungen zulässt und auch keine Ausnahmen vorsieht. Die Ausstellungshalle ist sehr groß, hat hohe Wände und lässt sich gut durchlüften. Die Ausstellungsstücke stehen zudem in großer Entfernung voneinander und aufgrund der überschaubaren Besucherzahlen befinden sich selten mehr als zehn Personen gleichzeitig in dem Museum. Obwohl M ein ausgefeiltes Hygienekonzept entwickelt hat, das die Infektionsgefahr auf ein Minimum reduziert, bleibt der durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Betrieb ihres Museums verboten. Für M bestehen keinerlei Ausweichmöglichkeiten, um einen Präsenzbetrieb aufrechtzuerhalten. Man könnte allerdings erwägen, ob die Schwere des Eingriffs dadurch abgemildert wird, dass M digitale Alternativangebote schaffen könnte. Insoweit ist fraglich, ob solche den Präsenzbetrieb eines Museums überhaupt substituieren können, oder ob ein Museum in seiner Funktionsweise und Wirkung nicht vielmehr darauf angewiesen ist, dass Menschen sich in seine Räumlichkeiten begeben. Mit Blick auf die Zumutbarkeit der Schaffung digitaler Angebote ist zu berücksichtigen, dass M als Einzelperson ein in seiner Größe und seinem Besucheraufkommen überschaubares Museum betreibt und dementsprechend in ihren Ressourcen beschränkt sein dürfte.

Auf der anderen Seite ist der Grad der Zielerreichung zu bewerten. Bei einer isolierten Betrachtung der hier angegriffenen Museumsschließungen erschöpft sich der relative Grad der Zielerreichung darin, ein vergleichsweise geringes (Infektions-)Risiko auf null zu reduzieren. Denn (jedenfalls kleinere) Kunstmuseen sind typischerweise kein Raum, in dem große Menschenmengen eng beieinanderstehen oder in dem Regelverstöße zu erwarten sind. Die Beschwerdeführerin kann ein Hygienekonzept vorweisen und es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass sie dieses nicht einhalten und gegenüber den Besuchern durchsetzen würde. Das Restrisiko einer Infektion in einem Museum mit Hygienekonzept übersteigt womöglich nicht das allgemeine Lebensrisiko.

Allerdings handelt es sich bei den Regelungen – auch wenn diese als Verbote einzelner Arten von Veranstaltungen ausgestaltet sind – insgesamt um ein Maßnahmenpaket mit einem gewollt pauschalierenden Charakter. Ist eine Maßnahme Teil eines solchen Maßnahmenpakets, ist die Bedeutung jeder einzelnen Maßnahme für das Gemeinwohl auch in einer Zusammenschau mit den anderen Maßnahmen zu bewerten.⁴² Die Gründe dafür, dass der Gesetzgeber von Ausnahmen für einzelne Arten von Veranstaltungen absieht, sind nicht unplausibel. Die Befürchtung, dass die Akzeptanz von

⁴⁰ Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 624.

⁴¹ Hierzu und zu den nachfolgend herangezogenen Kriterien Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 625.

⁴² Deutlich etwa BVerfGE 159, 355 (421 f. Rn. 154) – Bundesnotbremse II.

Lockdown-Maßnahmen in der Gesellschaft bei all denjenigen abnehmen würde, die nicht selbst von entsprechenden Ausnahmeregelungen profitieren, liegt nicht fern. Das gilt umso mehr, weil Ausnahmen nur dann in Betracht kommen, wenn sie nur wenigen (hier: den an Kunst Interessierten) zugutekommen. Das könnte zu Neid gegenüber privilegierten Gruppen führen und gesellschaftliche Spaltungen fördern. Auch ist nicht unplausibel, dass sich der Gesetzgeber unter dem Zeitdruck nicht in der Lage sieht, für das gesamte öffentliche Leben entsprechende, dem Gleichheitssatz genügende Grenzen zu ziehen und in großem Umfang entsprechende Hygieneschutzkonzepte zu verwalten. Hygienekonzepte sind insbesondere in ihrer Umsetzung anfällig für Schutzlücken. Ein Versagen von Hygienekonzepten hätte in der aktuellen Phase potentiell weitreichende Auswirkungen auf das ohnehin dynamisch ansteigende Infektionsgeschehen. Bei einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz ist deshalb nicht ausschließlich der Grad der Zielerreichung im Einzelfall der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen. Es ist anerkannt, dass Pauschalierungen durch den Gesetzgeber zulässig sind, soweit Differenzierungen im Einzelfall nicht hinreichend durchführbar sind.

Laut Sachverhalt steigen die Infektionszahlen dramatisch an. Daraus folgt ein grundsätzlich hohes Risiko nicht nur für den Einzelnen, sondern auch für die Allgemeinheit und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems. Dieses Risiko kann nur dadurch erfolgsversprechend eingedämmt werden, dass persönliche Begegnungen erheblich vermindert werden. Die Einschränkungen gelten nur für einen vorübergehenden Zeitraum, um die akut erhöhte Gefahr für den Einzelnen und die Allgemeinheit einzudämmen. Für die Verhältnismäßigkeit könnte auch sprechen, vorliegend den Gedanken der intertemporalen Freiheitssicherung, den das BVerfG in seinem Klima-Beschluss⁴³ entwickelt hat, fruchtbar zu machen. Der Klima-Beschluss betraf die umgekehrte Konstellation, dass wenig schwerwiegende Grundrechtseingriffe in der Gegenwart die Wahrscheinlichkeit schwerwiegender Grundrechtseingriffe in der Zukunft erhöhen. Diesen Ansatz jenseits des verfassungs- und völkerrechtlich gebotenen Klimaschutzes zu verallgemeinern, wäre zwar problematisch. Im vorliegenden Fall stellt sich aber die Frage, ob die Einschätzung des Gesetzgebers anzuerkennen ist, dass schwerwiegende Grundrechtseingriffe gerade den Zweck haben, noch drastischere Eingriffe in der Zukunft zu verhindern. Tendenzen einer intertemporalen Betrachtung in dieser – wohl weniger problematischen – Konstellation deuten sich in der Entscheidung Bundesnotbremse II des BVerfG an. Im Kontext einer Pandemie könne demnach „die Zumutbarkeit der im weiteren Fortgang zu treffenden Gefahrenabwehrmaßnahmen auch davon abhängen, ob und inwieweit die damit verbundenen Belastungen bei zwischenzeitlichem staatlichem Handeln vermeidbar gewesen wären“⁴⁴.

Folglich ist die Maßnahme im Ergebnis verhältnismäßig im engeren Sinne.

Hinweis: Eine a. A. ist mit entsprechender Begründung gleichermaßen vertretbar.

ee) Zwischenergebnis

§ 8 CoronaSchG ist materiell verfassungsmäßig.

4. Zwischenergebnis

M ist nicht in ihrer Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG verletzt.

⁴³ BVerfGE 157, 30 (Klimaschutz).

⁴⁴ BVerfGE 156, 355 (431 Rn. 176) – Bundesnotbremse II.

II. Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

M könnte in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt sein.

1. Schutzbereich

a) Sachlicher Schutzbereich

Art. 12 Abs. 1 GG schützt als einheitliches Grundrecht die Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung.⁴⁵ Ein Beruf ist jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.⁴⁶ M betreibt seit mehreren Jahren ein privates Museum, um aus den Einnahmen ihren Lebensunterhalt zu bestreiten, sodass es sich um einen Beruf handelt.

b) Persönlicher Schutzbereich

Die Berufsfreiheit schützt „alle Deutschen“ i.S.v. Art. 116 Abs. 1 GG. M ist jedoch italienische Staatsbürgerin, sodass sie grundsätzlich nicht dem persönlichen Schutzbereich der Berufsfreiheit unterfällt. Dieses Ergebnis ist vor dem Hintergrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts, der grundsätzlich auch im Verhältnis zum Grundgesetz besteht,⁴⁷ problematisch. Im (hier eröffneten) Anwendungsbereich der Verträge verbietet Art. 18 AEUV jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Wenn M die Berufung auf Art. 12 Abs. 1 GG versagt wird, weil sie italienische und nicht deutsche Staatsangehörige ist, liegt darin eine solche Diskriminierung. Insoweit ist eine Erweiterung des Grundrechtsschutzes auf Unionsbürger geboten. Entscheidend ist nicht nur, dass überhaupt Grundrechtsschutz besteht, sondern auch, dass dieser im Ergebnis gleich ist.

Es ist fraglich, auf welchem Wege diese zwingend gebotene Erweiterung des Grundrechtsschutzes zu erreichen ist. Das BVerfG greift auf das Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG zurück und verstärkt den Grundrechtsschutz im Wege einer unionsrechtskonformen Rechtsfortbildung, indem die Besonderheiten des jeweils einschlägigen Deutschen-Grundrechts auf Art. 2 Abs. 1 GG übertragen werden.⁴⁸ Gegen diese Vorgehensweise spricht, dass sie allzu konstruiert erscheint: Dem jeweiligen Deutschen-Grundrecht wird lediglich das Gewand des allgemeinen Freiheitsrechts übergelegt. Darum ist es vorzugswürdig, das jeweilige Deutschen-Grundrecht selbst in unionsrechtskonformer Weise zur Anwendung zu bringen. Methodisch kommt dafür eine analoge Anwendung⁴⁹ in Betracht. Eine normative Lücke lässt sich damit begründen, dass die unionsrechtlich gebotene Gleichbehandlung nicht durch eine Lösung gelingt, die dogmatisch kompliziert ist und den Anschein erweckt, dass das Schutzniveau unterschiedlich sein könnte. Folglich ist der persönliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG für M eröffnet.

⁴⁵ Grundlegend BVerfGE 7, 377 (400 ff.); ausführlich Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 47. Lfg., Stand: Juni 2006, Art. 12 Rn. 22 ff.

⁴⁶ St. Rspr., vgl. in der Sache schon BVerfGE 7, 377 (397); 102, 197 (212); 141, 121 (130 Rn. 34).

⁴⁷ Zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts und seinen Grenzen Sauer, Staatsrecht III, 7. Aufl. 2022, § 8 Rn. 25 ff. und § 9.

⁴⁸ Dazu BVerfG, Beschl. v. 4.11.2015 – 2 BvR 282/13, Rn. 10 f. mit umfangreichen Nachweisen auf die Literatur; statt vieler m.w.N. Dreier, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2013, Vorb. vor Art. 1 Rn. 116.

⁴⁹ Dafür etwa Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 448.

Hinweis: Wer hier der Rechtsprechung folgt, muss erörtern, inwieweit die spezifische Dogmatik des Art. 12 Abs. 1 GG im Einzelnen auf Art. 2 Abs. 1 GG zu übertragen ist. Innerhalb des Art. 2 Abs. 1 GG ist dann also – gleichsam hypothetisch – Art. 12 Abs. 1 GG zu prüfen.

2. Eingriff

Durch § 8 CoronaSchG wird M der durch die Berufsfreiheit geschützte Betrieb ihres Museums rechtsförmlich, unmittelbar und imperativ untersagt. Fraglich ist jedoch, ob die Beeinträchtigung auch final im Hinblick auf die Berufsfreiheit ist, d.h. eine subjektiv berufsregelnde Tendenz hat. Der Landesgesetzgeber hat in erster Linie die Eindämmung der Pandemie bezweckt und dafür gezielt auf den durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten kulturellen Bereich zugegriffen. Hingegen hatte der Landesgesetzgeber bei der Regelung dieses kulturellen Bereichs jedenfalls nicht primär die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG im Blick. Vielmehr wurde davon ausgegangen, dass Museen typischerweise weder privat noch zu dem Zweck, die Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage zu erreichen, betrieben werden. Einerseits dürfte die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit daher nicht der primären Zielrichtung des Landesgesetzgebers entsprechen. Andererseits stellt das Gesetz Museen in einen Zusammenhang mit anderen kulturellen Einrichtungen, deren Betrieb typischerweise durch die Berufsfreiheit geschützt ist. § 8 CoronaSchG benennt ausdrücklich „private (Kultur-)Einrichtungen“. Darunter sind Museen zwar nicht zu subsumieren. Allerdings wird deutlich, dass die Norm nicht ausschließlich öffentlich, sondern auch privat betriebene kulturelle Einrichtungen in Bezug nimmt und somit auch dazu bestimmt ist, auf typischerweise berufliche Tätigkeiten einzuwirken. Dass Museen privat betrieben werden, ist nicht fernliegend. Infolgedessen ist die Beeinträchtigung auch im Hinblick auf die Berufsfreiheit final.

Hinweis: Eine a.A. ist mit entsprechender Argumentation gleichermaßen vertretbar. Entscheidend ist eine Auseinandersetzung mit den Anforderungen an die Finalität im Sinne des klassischen Eingriffsbegriffs, die umstritten sind. Wird die Finalität verneint, ist auf den modernen bzw. erweiterten Eingriffsbegriff einzugehen. Ein Eingriff im modernen bzw. erweiterten Sinne liegt vor, wenn ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird und dies dem Staat zurechenbar ist. Dem Staat zurechenbar ist dabei erstens jede vorhersehbare Grundrechtsbeeinträchtigung, die er unmittelbar tatsächlich verursacht. Zweitens werden dem Staat Grundrechtsbeeinträchtigungen zugerechnet, die er zwar nur mittelbar, aber zielgerichtet bewirkt (und die damit einem klassischen Eingriff als funktionales Äquivalent gleichkommen). Ersteres ist hier der Fall. Zusätzlich bedarf es aber einer objektiv berufsregelnden Tendenz. Die Maßnahme muss „typischerweise und im Schwerpunkt“⁵⁰ die Berufsfreiheit betreffen.⁵¹ Wird eine objektiv berufsregelnde Tendenz verneint, kann auf das Auffanggrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG zurückgegriffen werden. Eine Sperrwirkung durch die Einschlägigkeit des Art. 5 Abs. 3 GG stünde auch der Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG nicht entgegen, weil die insoweit spezielle Kunstfreiheit einen anderen sachlichen Gesichtspunkt (konkret: das nicht-wirtschaftliche Interesse) betrifft.

⁵⁰ Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 338.

⁵¹ St. Rspr. zur objektiv berufsregelnden Tendenz BVerfGE 13, 181 (186); 52, 42 (54); 128, 1 (82).

Vertiefungshinweis: Wann ein Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG ausgeschlossen ist, ist nicht abschließend geklärt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG⁵² setzt die Sperrwirkung voraus, dass der *Grundrechts-tatbestand* eröffnet ist. Für die Berufsfreiheit bedeutet dies, dass Schutzbereich, Eingriff und berufsregelnde Tendenz gegeben sein müssen. Es ist aber auch vertretbar, schon die sachliche Einschlägigkeit eines speziellen Grundrechts oder die Eröffnung des Schutzbereichs ausreichen zu lassen.⁵³

3. Rechtfertigung

a) Beschränkbarkeit des Grundrechts

Die Berufsausübung kann nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Auf Grundlage der Annahme eines einheitlichen Grundrechts der Berufsfreiheit (s.o.) erstreckt das BVerfG⁵⁴ auch den Regelungsvorbehalt – über den Wortlaut hinaus – auf die Berufswahlfreiheit. Dieser ist als einfacher Gesetzesvorbehalt zu verstehen.

b) Formelle Verfassungsmäßigkeit

§ 8 CoronaSchG ist formell verfassungsmäßig (s.o.).

c) Materielle Verfassungsmäßigkeit

aa) Legitimer Zweck

Der Zweck der Regelung des § 8 CoronaSchG liegt im Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und in der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems (s.o.). Für die Anforderungen an den legitimen Zweck einer Beeinträchtigung der Berufsfreiheit hat das BVerfG in seinem Apotheken-Urteil⁵⁵ die sog. Drei-Stufen-Theorie entwickelt. Die Anforderungen variieren in Abhängigkeit von der Eingriffsstufe. Unterschieden wird zunächst zwischen Schranken der Berufswahl und Berufsausübungsregelungen. Während die Schranken der Berufswahl den Zugang zu einem bestimmten Beruf (Frage des „Ob“) betreffen, beziehen sich Berufsausübungsregelungen auf Modalitäten der beruflichen Tätigkeit (Frage des „Wie“). Durch § 8 CoronaSchG wird der Betrieb einer kulturellen Einrichtung für die Dauer von vier Wochen vollständig untersagt. Unter Akzentuierung der Absolutheit des Verbots (niemand darf ein Museum betreiben) kann dieses einerseits als Schranke der Berufswahl verstanden werden. Andererseits unterscheidet es sich dadurch von typischen Konstellationen einer Berufswahlregelung, dass es nur vorübergehend wirkt. Nach vier Wochen kann und darf M den Betrieb ihres Museums wieder aufnehmen. Unter diesem Gesichtspunkt liegt die Annahme einer Berufsausübungsregelung nahe. Dafür spricht auch, dass die Drei-Stufen-Theorie in erster Linie Typisierungen bereitstellt: Eine Schranke der Berufswahl wirkt typischerweise, aber nicht zwangsläufig schwerer als eine Berufsausübungsregelung, weshalb eine Schranke der Berufswahl typischerweise, aber nicht zwangsläufig von einem höherwertigen Zweck getragen sein muss als eine Berufsausübungsregelung. Das vorübergehende Verbot der Berufsausübung ist mit einem dauerhaften

⁵² Exemplarisch BVerfG NJW 1992, 2143 (2144).

⁵³ Zu den verschiedenen Auffassungen im Überblick m.w.N. Lang, in: BeckOK GG, Stand: 15.5.2023, Art. 2 Rn. 63.

⁵⁴ BVerfGE 7, 377 (400 ff.).

⁵⁵ BVerfGE 7, 377.

Ausschluss von einem bestimmten Berufswertungsmäßig nicht vergleichbar. Vielmehr besteht insoweit eine Nähe zu anderen Regelungen, welche die Modalitäten beruflicher Tätigkeit betreffen. Zur Rechtfertigung einer Berufsausübungsregelung kommt jeder Gemeinwohlbelang, d.h. auch der Schutz von Leben und Gesundheit sowie die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems, in Betracht.

bb) Geeignetheit

Die Maßnahme ist geeignet (s.o.).

cc) Erforderlichkeit

Sie ist außerdem erforderlich (s.o.).

dd) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Schließlich müsste die Regelung des § 8 CoronaSchG auch verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

Bei abstrakter Betrachtung werden mit dem Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung sowie der Erhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems gewichtige Ziele verfolgt (s.o.). Die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ist demgegenüber ebenfalls von nicht geringem Gewicht, weil sie nicht nur die wirtschaftliche Existenzgrundlage des Individuums sichert, sondern auch eine Nähe zur Persönlichkeitsentfaltung aufweist. Das Grundrecht ist aber nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern unterliegt einem einfachen Gesetzesvorbehalt.

Unter dem Gesichtspunkt der Schwere des Eingriffs ist zu beachten, dass „nur“ die Berufsausübungsfreiheit der M betroffen ist. Weil diese nicht nur reguliert, sondern zeitweise völlig unterbunden wird, hat die Beeinträchtigung gleichwohl ein hohes Ausgangsgewicht. Der entgangene Gewinn für einen Monat beläuft sich auf etwa 10.000 € und wird nur partiell ausgeglichen. Differenzierungen und bzw. oder Ausnahmen sieht die gesetzliche Regelung nicht vor. Hinsichtlich des Grades der Zielerreichung kann nach oben verwiesen werden.

Bei der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass die Berufsfreiheit – anders als die Kunstfreiheit – kein vorbehaltlos gewährleistet Grundrecht ist. Es gibt keine Gründe dafür, dass der Eingriff in die Berufsfreiheit im Vergleich schwerer wiegt als der Eingriff in die Kunstfreiheit. Im Ergebnis ist die Maßnahme damit verhältnismäßig im engeren Sinne.

Hinweis: Eine a.A. ist bei entsprechender Argumentation vertretbar.

ee) Zwischenergebnis

§ 8 CoronaSchG ist materiell verfassungsmäßig.

4. Zwischenergebnis

M ist nicht in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG verletzt.

III. Zwischenergebnis

M ist in nicht ihren Grundrechten verletzt. Die Verfassungsbeschwerde ist mithin unbegründet.

Michael/Dersarkissian: Museumsschließungen durch verordnungsvertretendes Gesetz

C. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, aber unbegründet. Deshalb hat sie keinen Erfolg.