

# **Gesetzgeberische Spielräume bei der Regelung von Ladenöffnungen an Sonn- und Feiertagen**

Gutachterliche Stellungnahme unter Berücksichtigung der  
Verfassungsvorgaben des Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV

im Auftrage von

IHK NRW e.V. – in Kooperation mit der Arbeitsgemeinschaft  
Hessischer IHKs, IHK Niedersachsen (IHKN), IHK-Arbeitsgemein-  
schaft Rheinland-Pfalz, IHK Schleswig-Holstein, Landesarbeitsge-  
meinschaft der IHKs in Sachsen, Landesarbeitsgemeinschaft der  
IHKs in Sachsen-Anhalt sowie der Landesarbeitsgemeinschaft der  
Thüringer IHKs

von

**Univ.-Prof. Dr. iur. Johannes Dietlein**

Lehrstuhlinhaber für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre  
Direktor des Zentrums für Informationsrecht  
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Juli 2017

## **Gliederung**

<b>I. Ausgangslage .....</b>	<b>2</b>
<b>II. Dogmatische Grundlagen des Sonntagsschutzes nach der Entscheidung des BVerfG ....</b>	<b>6</b>
A. Sonn- und Feiertagsschutzes als Konkretisierung grundrechtliche Schutzpflichten .....	6
B. Materielle Aufladung der Schutzpflicht .....	9
C. Verfassungsrechtliche Direktiven für gesetzliche Regelungen zur Ladenöffnung .....	16
1. Institutionelle Deutung des Sonn- und Feiertagsschutzes .....	16
a) Ursprünge und Entfaltungen dieses Konzeptes .....	16
b) Zum Rechtfertigungskonzeption des Bundesverfassungsgerichts .....	18
2. Legitime Gemeinwohlgründe .....	22
a) Grundfragen der Gemeinwohlkonkretisierung .....	22
b) Negativkatalog .....	24
c) Positivkatalog .....	28
3. Verhältnismäßigkeit .....	29
a) Konturierung der Anforderungen in der Entscheidung vom 1.12.2009 .....	29
b) Konkretisierungsversuche .....	32
c) Differenzierungspotential .....	34
<b>III. Legislative Handlungsspielräume im Lichte der Entscheidung des BVerfG .....</b>	<b>44</b>
A. Zum Streit um die bestehenden einfachrechtlichen Regelungen .....	44
B. Streitthema Adventssonntage .....	47
1. Weihnachtsöffnungen jenseits der Adventssonntage .....	48
2. Vormalige Berliner Sonntagsregelung als Extremvariante .....	48
3. Wechselbezüglichkeiten zwischen sonn- und werktäglicher Ladenöffnung .....	50
4. Begrenzter Rechtfertigungsansatz des vormaligen BerlLadÖffG .....	50
5. Fazit .....	53
C. Sonstige verkaufsoffene Sonn- und Feiertage .....	54
1. Zahlenmäßige Begrenzungen .....	54
2. Turnus der Freigabe .....	56
3. Materielle Anforderungen .....	57
4. Zur Schaffung administrativer Handlungsgrundlagen für die Städte und Gemeinden ..	58
<b>IV. Wesentliche Ergebnisse (Zusammenfassung) .....</b>	<b>62</b>

## I. Ausgangslage

Mit Urteil vom 1.12.2009 hat das Bundesverfassungsgericht in grundsätzlicher Weise über Fragen des Sonntagsschutzes und der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einfachrechtlicher Sonderregelungen zur Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen entschieden. Entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung sah das Gericht dabei in der Garantie des Sonn- und Feiertagsschutzes durch Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV nicht mehr lediglich eine „objektivrechtliche Institutsgarantie ohne subjektive Berechtigung“

- so aber noch BVerfG, NJW 1995, 3378, 3379, unter Bezugnahme auf BVerwGE 79, 118 (122), BVerwGE 79, 236 (238); BayVerfGHE 35, 10 (19 ff.); *Maunz/Dürig*, GG, 7. Aufl., Stand: 31. Erg.Lfg. März 1994, Art. 139 Rdnr. 4; *Jarass/Pieroth*, GG, 3. Aufl. (1995), Art. 140 GG / Art. 139 WRV; in diesem Sinne auch *Dietlein*, Festschrift für W. Rüfner, 2003, 131, 144; Ehlers, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 140 GG (Art. 139 WRV) Rn. 1; Rozek, NJW 1999, 2921, 2929; Magen, in: Clemens/Umbach (Hrsg.), GG-Mitarbeiterkomm., Bd. II, 2002, Art. 140 (Art. 139 WRV) Rn. 2; Rüfner, Festschrift für Heckel, 1999, S. 447, 448; Koriath, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Lsbl., Art. 140 (Art. 139 WRV) 42 Lfg. Februar 2003, Rn. 21 ff. mit weiteren Ausführungen zur objektiven Ausrichtung des Art. 139 WRV; umfassend zu diesem Fragenkomplex auch Chr. Hufen, Der Ausgleich verfassungsrechtlich geschützter Interessen bei der Ausgestaltung des Sonn- und Feiertagsschutzes, 2014, S. 121 ff. -

Vielmehr deutete das Gericht die Norm nunmehr erstmalig zugleich im Sinne einer verfassungsunmittelbare Konkretisierung des in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG enthaltenen grundrechtlichen Schutzauftrages des Staates und eröffnete damit erstmalig den Weg zu einer über Art. 4 Abs. 1 und 2 GG vermittelten individuellen Durchsetzung der objektiven Regelungsvorgaben des Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV

- BVerfG, Urt. vom 1.12.2009, 1 BvR 2857/07 sowie 1 BvR 2858/07, Ls. 1 sowie Rn. 137 ff. = BVerfGE 125, 39 ff. = DVBl 2010, 108 ff. = EuGRZ 2009, 658 ff. = BayVBl 2010, 466 = JZ 2010, 137 ff. = NVwZ 2010, 570 ff.; auf der Website des BVerfG abrufbar unter: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/12/rs20091201\\_1bvr285707.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/12/rs20091201_1bvr285707.html); im Folgenden zitiert nach BeckRS 2009, 41838 mit den dortigen Randnummern; dem Gericht folgend insoweit auch Mosbacher, NVwZ 2010, 537, 541, noch weitergehend zuvor *Morlok/Heinig*, NVwZ 2001, 846, 849, die eine unmittelbare Versubjektivierung der Gewährleistung aus Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV favorisieren; in diesem Sinne etwa auch Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI/2, S. 1348; tendenziell in diese Richtung wohl auch Muckel, in: Friauf/Höfling, Berl.-Komm. zum GG, Lsbl. (Stand 12/2016), Bd. 5, Art. 140/Art. 139 WRV Rn. 4 -

Mit dieser „mittelbaren“ Neuinterpretation des Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV errichtete das Gericht das dogmatische Fundament für eine individuelle Einklagbarkeit des verfassungsrechtlichen Sonn- und Feiertagsschutzes insbesondere durch kirchliche Institutionen, aber auch durch Arbeitnehmerkoalitionen iS. des Art. 9 Abs. 3 GG. Zugleich setzte das Gericht erste Wegmarken zur Konturierung des verfassungsrechtlichen Mindestschutzes, indem es die in § 3 Abs. 1 Alt. 2 des Berliner Ladenöffnungsgesetzes vorgesehene „*voraussetzungslose siebenstündige (scil.: Laden-) Öffnung an allen vier Adventssonntagen*“ für unvereinbar mit dem verfassungsrechtlichen Mindestschutz erklärte

- BVerfG, aaO., Rn. 174 -.

Im Ergebnis unbeanstandet ließ das Gericht dagegen die in demselben Gesetz vorgesehene Möglichkeit, die Öffnung von Verkaufsstellen an vier (weiteren) Sonn- oder Feiertagen „*im öffentlichen Interesse*“ durch Allgemeinverfügung zuzulassen. Immerhin formulierte das Gericht Maßgaben für eine verfassungskonforme Auslegung und Anwendung der konkreten Landesregelung, indem es an die Bedeutung des Anlasses für die Ladenöffnung sowie an den zeitlichen Rahmen einer Ladenöffnung spezielle Anforderungen stellte.

In der Folgezeit entwickelte sich auf fachgerichtlicher Ebene eine hochkomplexe Rechtsprechung, die unter Verweis auf die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2009 auch die Auslegung der in den übrigen Ländern geltenden Ladenöffnungsregelungen verschärften Anforderungen unterwarf. Leitcharakter entwickelte insoweit namentlich das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11.11.2015, mit dem das Gericht die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Ladenöffnung „*aus Anlass von Märkten, Messen und ähnlichen Veranstaltungen*“ nach § 14 LSchlG Bayern dahingehend interpretiert hat, dass

*„die öffentliche Wirkung der traditionell auch an Sonn- und Feiertagen stattfindenden Märkte, Messen oder ähnlichen Veranstaltungen gegenüber der typisch werktäglichen Geschäftigkeit der Ladenöffnung im Vordergrund stehen muss“*,

was dann der Fall sei, wenn

*„die Ladenöffnung ... als bloßer Annex zur anlassgebenden Veranstaltung erscheint“*

- BVerwG, Urt. vom 11.11.2015, 8 CN 2/14, Rn. 24, NVwZ 2016, 68 -.

Hierzu verlangt das Gericht insbesondere eine vergleichende Prognose der Besucherströme mit und ohne Öffnung von Verkaufsstellen sowie eine Abgrenzung des relevanten Einzugsbereiches. Dabei versteht das Gericht seine

Entscheidung als Verschärfung der *eigenen bisherigen Rechtsprechung und als „weitergehende verfassungskonforme Einschränkung“* des Anwendungsbereichs der einschlägigen Ladenschlussnorm

- BVerwG, aaO., Rn. 24 -.

Hieran anschließend lassen sich zahlreiche fachgerichtliche Urteile nachweisen, die unter Verweis auf die vorgenannte Rechtsprechung eine einschränkende Auslegung und Anwendung der ohnehin tendenziell eher restriktiven Ladenschlussregelungen in den einzelnen Bundesländern propagieren

- vgl. für NRW etwa OVG NRW, Beschl. v. 10.06.2016 – Az. 4B50416 4 B 504/16, NVwZ-RR 2016, 868 ff.; VG Arnsberg, Beschl. v. 04.05.2017 – Az. 1 L 1318/17, BeckRS 2017, 108867; zuletzt ebenso VG Düsseldorf, Beschl. v. 29.12.2016, 3 L 4339/16, im Internet abrufbar unter: [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg\\_duesseldorf/j2016/3\\_L\\_4339\\_16\\_Beschluss\\_20161229.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_duesseldorf/j2016/3_L_4339_16_Beschluss_20161229.html) -.

Immerhin finden sich gerade in der neueren Rechtsprechung auch kritische Stimmen, die offen ihre Bedenken gegenüber überzogenen Restriktionen bei der Auslegung und Anwendung der geltenden Ladenschlussregelungen formulieren. So äußert namentlich der VGH Baden-Württemberg in einem jüngsten Beschluss vom 13.3.2017

*„nach derzeitigem Erkenntnisstand Zweifel daran, ob diese vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene vergleichsweise enge ‚verfassungskonforme‘ Auslegung tatsächlich erforderlich ist und den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 01.12.2009 (1 BvR 2857/07, 1 BvR 2858/07, BVerfG, 125, 39) entspricht“*

- Beschluss vom 13.3.2017, 6 S 309/17, unter Bezugnahme auf den vorausgegangenen Beschluss des Gerichts vom 26.10.2016, 6 S 2041/16 -.

Ansätze zu einer zumindest moderaten Anwendung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts finden sich auch in einem jüngsten Beschluss des OVG NRW

- OVG Münster, Beschluss vom 05.05.2017 - 4 B 520/17, BeckRS 2017, 109552 -,

wonach sich die

*„prägende Wirkung einer mehrtägigen internationalen Leitmesse für den öffentlichen Charakter des Tages ... nicht allein aufgrund einer schematischen Gegenüberstellung der an dem jeweiligen Sonntag zu erwartenden ...“*

*tenden Zahl der Messebesucher einerseits und der allein wegen der Öffnung der Verkaufsstellen zu erwartenden Zahl der Ladenbesucher andererseits beurteilen (lässt)“ -.*

Vor dem Hintergrund dieser disparaten Entwicklung ist es in mehreren Bundesländern zu einer Klagewelle gegen verkaufsoffene Sonntage und daraus resultierend zu erheblichen Unsicherheiten sowohl bei den beantragenden Werbegemeinschaften als auch bei den zuständigen Behörden gekommen. Im Zentrum steht dabei die Auslegung des in den einzelnen Landesgesetzen verankerten „Anlassbezugs“. Dies hat IHK NRW e.V. –in Kooperation mit den Landesarbeitsgemeinschaften der IHK Hessen, Rheinland-Pfalz, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Sachsen, Schleswig-Holstein und Thüringen – dazu veranlasst, die verfassungsrechtlichen Spielräume für eine Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen näher ausloten zu lassen, um in der Folge mehr Rechtssicherheit für alle Akteure zu schaffen. Mit der vorliegenden Untersuchung soll es dabei nicht primär darum gehen, etwa verbleibende Interpretationsspielräume bei den in den Bundesländern existierenden partikularen Ladenschlussregelungen freizulegen. Vielmehr soll in einem umfassenden Ansatz nach den legislativen Handlungsmöglichkeiten bei der Ausformulierung künftiger Regelungen zur Frage der Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen gefragt werden. Außer Betracht bleiben dabei etwaige parallele landesverfassungsrechtliche Garantien der Sonn- und Feiertage

- vgl. etwa Art. 147 Bay.Verf., Art. 53 Hess.Verf.; teilweise finden sich allerdings auch hier lediglich erneute Verweisungen auf Art. 139 WRV, so etwa in Sachsen, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern, hierzu im Einzelnen Kästner, in: BK-GG, Lsbl.I, Art. 140 (Drittbearb.) Rn. 677 ff.; fern Chr. Hufen, Der Ausgleich verfassungsrechtlich geschützter Interessen bei der Ausgestaltung des Sonn- und Feiertagschutzes, 2014, S. 145; Muckel, in: Friauf/Höfling, Berl.-Komm. zum GG, Bd. 5, Lsbl. (Stand 12/2016), Art. 140/Art. 139 WRV Rn. 23 -

sowie spezifisch arbeitszeitrechtliche Fragen der Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen

- zum Verbot der Sonntagsarbeit nach § 9 Abs. 1 ArbZG etwa Dommermuth-Alhäuser, NZA 2016, 522 ff. -.

In dem so skizzierten Untersuchungsrahmen wird im Folgenden zunächst auf das dogmatische Grundkonzept des Bundesverfassungsgerichts zum Sonn- und Feiertagsschutz sowie die hierbei für die Gesetzgebung maßgeblichen Leitlinien einzugehen sein (II). Vor diesem Hintergrund soll sodann der Frage nachgegangen werden, welche verbindlichen Grenzen dem Gesetzgeber durch die Entscheidung gesetzt werden bzw. inwieweit konkreten Vorgaben für die Gesetzgebung nicht formuliert wurden (III). Die Untersuchung endet mit einer kurzen Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (IV).

## **II. Dogmatische Grundlagen des Sonntagsschutzes nach der Entscheidung des BVerfG**

### **A. Sonn- und Feiertagsschutzes als Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichten**

Der zentrale Neuansatz des Urteils des BVerfG vom 1. Dezember 2009 liegt darin, dass das Gericht die bislang als rein objektive Norm interpretierte Garantie der Sonn- und Feiertage in Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV über den Umweg des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG vollumfänglich „versubjektiviert“ und damit „klagefähig“ stellt, indem es Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV im Sinne einer spezialgesetzlichen Konkretisierung der allgemeinen grundrechtlichen Schutzpflichten insbesondere aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, also dem Grundrecht der Religionsfreiheit, erfasst. So ist für die aus den Grundrechten abgeleiteten staatlichen Schutzpflichten nach heute gefestigter Dogmatik davon auszugehen, dass diese nicht allein eine „objektive“ Schutzgewährungspflicht des Staates formulieren, sondern den einzelnen Schutzbegünstigten zugleich einen grundrechtlich fundierten und damit gerichtlich „einklagbaren“ Anspruch auf Schutz gewähren

- grundlegend hierzu Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 133 ff. -.

Auch wenn die neue subjektive Interpretation nicht unmittelbar an Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV ansetzt, sondern die Norm lediglich als authentische Interpretation der aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG abgeleiteten Schutzpflicht versteht

- vgl. Mager, in: v. Münch/Kunig, GG-Komm., Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 140 GG / Art. 139 WRV Rn. 87 a. E. -,

führt dieser Ansatz de facto zu einer umfassenden Versubjektivierung des Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV selbst. Erst mit dieser Abkehr von dem bis dahin rein objektiven Normverständnis wurde prozessual die Möglichkeit eines Individualverfassungsbeschwerdeverfahrens und damit einer Entscheidungszuständigkeit des BVerfG eröffnet. Mit ihr wurde zugleich die Türe für solche verwaltungsgerichtlichen Verfahren eröffnet, in denen sich die Schutzbegünstigten der Sonn- und Feiertagsgarantie gegen konkrete Freigabeentscheidungen bei der Ladenöffnung wenden.

Wenngleich die neue Rechtsauslegung zumindest auf nahe und wohl auch mittlere Sicht nicht zur Diskussion stehen dürfte, sieht sich die Argumentation des Gerichts bei näherer Betrachtung durchgreifenden Bedenken ausgesetzt. Einer der zentralen Einwände liegt dabei in der Überlegung, dass

Schutzpflichten, die sich nicht unmittelbar aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ergeben, allenfalls solchen Bestimmungen entnommen werden können, die ihrerseits auch individuelle Berechtigungen erhalten

- vgl. Ehlers, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 140 GG (Art. 139 WRV) Rn. 1 -.

Eben dies aber kann – wovon das Bundesverfassungsgericht auch selbst ausgeht - für Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV nicht angenommen werden

- vgl. Ehlers, aaO.; hierzu auch Kästner, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 140 (Art. 139 WRV) – Drittbearbeitung April 2010, Rn. 672 -.

Im Gegenteil weist Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV erkennbar weit über etwaige individuelle Rechtspositionen hinaus, indem er Sonn- und Feiertage als Tage einer „synchronisierten“ gesamtgesellschaftlichen Arbeitsruhe gewährleistet

- so auch BVerfG aaO., Rn. 155 -.

Individuelle Rechte auf ein bestimmtes (Ruhe-) Verhalten Dritter aber können Art. 4 Abs. 1 und 2 GG – auch über das dogmatische Konzept der Schutzpflichtenlehre – richtigerweise nicht entnommen werden.

Dies gilt umso mehr, als das Bundesverfassungsgericht das Niveau der Schutzpflichten aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG vorliegend vollumfänglich auf das Schutzniveau des Art. 140 iVm. Art. 139 WRV anhebt und damit die dogmatischen Grenzen zwischen grundrechtlichen Schutzpflichten und den auf Ausgestaltung gerichteten Einrichtungsgarantien auflöst

- hierzu sogleich unten B; kritisch gegenüber dem dogmatischen Ansatz des BVerfG auch Sachs, JuS 2010, 657 -.

Nicht zu übersehen ist auch, dass die Neuinterpretation des Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV im Sinne eines speziellen (grundrechtlichen) Schutzanspruchs die in derselben Norm als „Komplementärfunktion“ ebenfalls verbürgte (Achtungs-) Pflicht des Staates, die Sonn- und Feiertagsruhe nicht durch eigenes Handeln zu gefährden

- hierzu etwa Koriath, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Lsbl., Art. 140 (Art. 139 WRV) 42 Lfg. Februar 2003, Rn. 21: „*Der Schutzauftrag bezieht sich auf Maßnahmen Privater und des Staates*“ -.

vollständig ausblendet und negiert. Konsequenterweise weitergedacht führt das verfassungsgerichtliche Schutzkonzept daher zu dem irritierenden Ergebnis, dass sich ein Grundrechtsträger zwar gegen einen unzureichenden Schutz der Sonn- und Feiertage erfolgreich vor dem Bundesverfassungsgericht zur



Wehr setzen kann, nicht aber gegen eine zielgerichtete Beeinträchtigungen der Sonntagsruhe durch den Staat selbst.

Ungewöhnlich und mit dem verfahrensrechtlichen Grundprinzip des Verbots von Popularklagen nur schwer vereinbar ist schließlich die in personaler Hinsicht unbegrenzte Reichweite des neuen religionsgrundrechtlichen Schutzanspruchs. Die wohl beispiellose Offenheit des unterstellten Schutzanspruches wird nochmals dadurch verschärft, dass das Bundesverfassungsgericht zwar primär auf die Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG rekurriert, den Schutz der Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen im weiteren Verlauf des Urteils vom 1.12.20009 aber zudem auch in einen spezifischen Bezug zum Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG), dem Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) und dem Schutz der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) setzt

- BVerfG, aaO., Rn. 145 -.

Denn soweit das Gericht den Sonn- und Feiertagsschutz nach Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV- wofür einiges spricht - hiermit zugleich als Konkretisierung der grundrechtlicher Schutzpflichten bezüglich dieser weiteren Grundrechte bzw. Grundrechtsberechtigten deuten will, heißt dies de facto, dass sich der Kreis der Schutzberechtigten schlichtweg nicht mehr eingrenzen lässt. Wohl in eben dieser Intention formuliert das Gericht denn auch an anderer Stelle, dass ein unzureichender Schutz der Sonn- und Feiertage keineswegs nur aus den Reihen religiöser Gemeinschaften geltend gemacht werden könne, sondern potentiell von jedermann, der sich in seiner sonn- und feiertäglichen Arbeitsruhe durch Ladenschlussregelungen gestört sieht. Wörtlich heißt es dort, wenn auch in eher allgemein verklausulierter Form, dass

*„sich auf diesen Schutz auch andere Grundrechtsträger im Rahmen ihrer Grundrechtsverbürgungen berufen (können)“*

- BVerfG, aaO., Rn. 149 -.

Im Ergebnis führt die Neuinterpretation des Bundesverfassungsgerichts damit nicht nur zu einer Umkehrung der bislang rein objektiven Deutung des Sonn- und Feiertagsschutzes, sondern darüber hinaus zu einer personell nicht mehr eingrenzbaren Öffnung des Schutzanspruches und damit zu einem Modell, das zumindest fließend übergeht in die problematische Rechtsfigur eines „allgemeinen Normvollzugsanspruches“

- von einer durch die Rechtsprechung des BVerfG begründeten „Antragsbefugnis für jedermann“ im Verfahren nach § 47 VwGO gehen etwa aus Dommermuth-Althäuser, NZA 2016, 522, 524; Wiebauer, NVwZ 2015, 543, 545; von der Eröffnung von Popularklagen spricht auch Ehlers, vgl. dens., in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7.

Aufl. 2014, Art. 140 GG (Art. 139 WRV) Rn. 1; zu dieser Problematik auch *Leistner*, NVwZ 2014, 921, 925; zu den verwaltungsprozessualen Konsequenzen denn auch BVerwG, NVwZ 2016, 689 ff.; VGH Kassel, NZA-RR 2014, 664; OVG NRW, NVwZ-RR 2016, 868 u. a. -.

## **B. Materielle Aufladung der Schutzpflicht**

Analysiert man den dogmatischen Ansatz der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1.12.2009 weiter, fällt ferner auf, dass sich das Gericht zwar verbal der tradierten Schutzpflichtenlehre bedient, um ein subjektives („klagbares“) Recht der Beschwerdeführer zu begründen, in den rechtlichen Schlussfolgerungen des dogmatischen Neuansatzes aber weit über das Modell der Schutzpflichtenlehre hinausgeht.

Hierzu ist daran zu erinnern, dass das Modell der Schutzpflichtenlehre seiner eigentlichen Konzeption nach eine legislative Leistungspflicht konstituiert, die auf die Wahrung allein eines „*Mindestmaßes*“ oder „*Untermaßes*“ an Schutz beschränkt ist

- grundlegend zum Begriff des „*Untermaßverbotes*“ BVerfGE 88, 203 – Leitsatz 6; zur Thematik umfassend Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, Vorbemerkungen zur 2. Aufl., S. II f. mwN. sowie S. 114; ders., ZG 1995, 131 ff. mwN. -.

So hat gerade das Bundesverfassungsgericht immer wieder betont, dass der parlamentarische Gesetzgebers grundsätzlich in alleiniger Verantwortung darüber zu entscheiden habe, in welcher Weise er den geforderten Mindestschutz erbringen will

- grundlegend BVerfG, NJW 1975, 573, 576; 1977, 2255 -.

Noch in seiner jüngsten Entscheidung zu der Frage, ob das geltende Waffengesetz in Deutschland ein in Bezug auf den Schutz des Lebens und der Gesundheit der Bürger (Art. 2 Abs. 2 GG) hinreichendes Schutzniveau aufweist, äußerte das Gericht in Übereinstimmung mit dieser vom ihm selbst als „ständige Rechtsprechung“ bezeichneten Grundlinie:

*„Bei der Erfüllung dieser Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG kommt dem Gesetzgeber wie der vollziehenden Gewalt jedoch ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (vgl. BVerfGE 77, 170 <214>). Die Entscheidung, welche Maßnahmen geboten sind, kann nur begrenzt nachgeprüft werden. Das Bundesverfassungsgericht kann eine Verletzung der Schutzpflicht daher nur dann feststellen, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat*

*oder die ergriffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen ...“*

-BVerfG, Beschl. v. 23.01.2013 - 2 BvR 1645/10, BeckRS 2013, 46932, unter Verweis auf BVerfGE 56, 54, 80 f.; 77, 381, 405; 79, 174, 202 -.

Nach diesen Grundsätzen aber hätte der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht in Bezug auf die grundgesetzliche Garantie der Sonn- und Feiertage bereits dann in verfassungsgemäßer Weise Genüge getan, wenn er „überhaupt“ einen Sonn- und Feiertagsschutz vorsieht, der nicht offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich ist. Hierbei wären neben bzw. alternativ zu imperativen Regulierungen durchaus auch Instrumente einer bloß mittelbaren Steuerung – etwa durch die Absenkung von Anreizen für eine wirtschaftliche Betätigung an Sonn- und Feiertagen – in Betracht gekommen

- zur Offenheit des legislativen Gestaltungsrahmens im Rahmen des Sonn- und Feiertagsschutzes denn auch zutreffend Koriath, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Lsbl., Art. 140 (Art. 139 WRV) 42 Lfg. Februar 2003, Rn. 22 -.

Tatsächlich stellt das Gericht eben diesen „offenen“ Ansatz verbal durchaus als Ausgangspunkt der eigenen Überlegungen dar, wenn es ausführt, dass es

*„grundsätzlich Sache des Gesetzgebers ist, ein Schutzkonzept aufzustellen und normativ umzusetzen. Dabei kommt ihm (scil. dem zuständigen Gesetzgeber, d. V.) ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das BVerfG kann die Verletzung einer solchen Schutzpflicht nur feststellen, wenn Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen worden sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben*

- BVerfG, aaO., Rn. 136 -.

Auf dieser traditionellen Linie liegt es auch, wenn das Gericht im Anschluss hieran ausführt, dass von einer Verletzung der aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG abzuleitenden Schutzpflicht (erst) dann auszugehen sei, wenn der Gesetzgeber

*„die aus Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV folgenden Mindestanforderungen an den Sonn- und Feiertagsschutz unterschreitet“*

- BVerfG, aaO., Rn. 151 -.

Das Konzept des „Mindestschutzes“ wird im weiteren Verlauf der Entscheidung aber unvermittelt aufgegeben und de facto in die Forderung nach einem

möglichst umfassenden Schutz („Maximalschutz“) gewandelt, wenn das Gericht gerade einmal drei Randnummern später von einem durch Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV begründeten „*Regel-Ausnahme-Verhältnis*“ spricht, das nur insoweit eingeschränkt werden dürfe, als Ausnahmen durch „*höher- oder gleichwertige Rechtsgüter*“ gerechtfertigt werden

- so BVerfG, aaO., Rn. 153 –.

Mit dieser qualitativen Steigerung der Schutzanforderungen nämlich wechselt das Gericht unbemerkt die dogmatische Perspektive und verwandelt den angeblichen Schutzpflichtenansatz in das für grundrechtliche Abwehrrechte sowie ausgestaltungsbedürftige „Einrichtungsgarantien“ typische Rechtfertigungsmodell. Nunmehr geht es nicht mehr um die Sicherung von „Mindestanforderungen“, sondern um die möglichst „optimale“ Verwirklichung der grundrechtlich aufgeladenen Garantie des Sonn- und Feiertagsschutzes

- zu der nach heutiger Dogmatik weithin gleichlaufenden Ausrichtung klassischer Abwehrrechte und grundrechtlicher Einrichtungsgarantien wie etwa der Eigentumsgarantie ausführlich Dietlein, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 2247 ff. mwN. -.

Die unzulässige Gleichsetzung des schutzpflichtenspezifischen Konzepts des „Mindestschutzes“ mit dem für einrichtungsrechtliche Garantien geltenden Konzepts der weitest möglichen Entfaltung tritt zumal dann offen zutage, wenn das Gericht resümiert, dass

*„die Institution des Sonn- und Feiertags unmittelbar durch die Verfassung garantiert ist, die Art und das Ausmaß des Schutzes aber einer gesetzlichen Ausgestaltung bedürfen“*

- aaO., Rn. 154 -.

Denn der „*Schutz*“, von dem hier die Rede ist, meint nichts anderes als den einrichtungsrechtlichen Ausgestaltungsauftrag des Gesetzgebers und hat damit partout nichts zu tun mit dem Schutzbegriff der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten

- im Erg. ähnl. Ehlers, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 140 GG (Art. 139 WRV) Rn. 1, der zutreffend darauf hinweist, dass Schutzpflichten, die sich nicht unmittelbar aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ergeben, allenfalls solchen Bestimmungen entnommen werden können, die ihrerseits auch individuelle Berechtigungen erhalten -.

Vollends offenbar wird der Paradigmenwechsel vom Schutzpflichtenmodell hin zu einem auf „Optimierung“ gerichteten Rechtfertigungsmodells insbesondere dann, wenn das Gericht in diesem Kontext selbst davon spricht, dass

*„der verfassungsrechtlich garantierte Sonn- und Feiertagsschutz ... nur begrenzt einschränkbar (ist)“*

- BVerfG, aaO., Rn. 153 -.

Denn der vom Gericht bis dahin bemühten Schutzpflichtenlehre geht es gerade nicht darum, (staatliche) „Einschränkungen“ in Bezug auf verfassungsrechtlich vorgesehene Freiräume abzuwehren, sondern darum, grundrechtliche Güter aktiv zu schützen und zu fördern und sie insbesondere vor rechtswidrigen Übergriffen Dritter zu bewahren. Die hier vom Gericht erwähnte Intention, (unberechtigter) Einschränkungen abzuwehren, ist demgegenüber gerade die Eigenart der Grundrechte als Abwehrrechte bzw. (ausgestaltungs- und ggf. optimierungsbedürftiger) Einrichtungsgarantien.

Dass das Gericht entgegen der verbal vorgegebenen Schutzpflichtenkonzep- tion materiell in das völlig anders geartete Denkkonzept der grundrechtli- chen Eingriffsabwehr überleitet, beweisen auch andere Passagen des Urteils, so insbesondere, wenn das Gericht an späterer Stelle verlangt, dass für Aus- nahmen von der sonntäglichen Arbeitsruhe

*„ein öffentliches Interesse solchen Gewichts zu verlangen ist, das die Aus- nahmen rechtfertigt“*

- BVerfG, aaO., Rn. 182; ähnl. Rn. 185, wo eine 24-Stunden-Öffnung an Sonn- und Feiertagen an die Erfüllung „besonders hohe(r) Vorausset- zung(en)“ geknüpft wird, „etwa ein herausragend gewichtiges öffentli- ches Interesse“ -.

Denn auch die Forderung, sich durch hinreichend tragfähige Gemeinwohl- gründe zu rechtfertigen, entspricht exakt der Denkfigur grundrechtlicher Ein- griffsabwehr („Interventionsminimum“), nicht aber jener der Schutzpflich- tenlehre. Die Neuinterpretation des Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV wird da- mit nur scheinbar durch die Schutzpflichtenlehre gedeckt. In Wahrheit unter- wirft das Gericht den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Sonn- und Feier- tagsschutzes einem auf Optimierung zielenden Rechtfertigungsmodell. De facto nähert sich das Gericht damit Normauslegungen im neueren Schrifttum an, die den Sonn- und Feiertagsschutz in Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV un- mittelbar als grundrechtlich fundiertes Abwehrrecht deuten wollen

- hierfür denn auch v. Campenhausen/Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, GG-Komm., Bd. III, 6. Aufl., 2010, Art. 139 WRV Rn. 15, die frei- lich – nicht ganz widerspruchsfrei - unter Rn. 16 wiederum für eine

Zuordnung des Sonn- und Feiertagsschutzes zur Schutzpflichtdimension des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG plädieren -.

In der Gesamtschau führt die Analyse der dogmatischen Entscheidungsgrundlagen des Urteils vom 1.12.2009 damit zu dem Ergebnis, dass die vom Bundesverfassungsgericht unterstellte Einordnung des Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV als Konkretisierung einer grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verfassungsrechtlich nicht tragfähig ist. Dies nicht nur im Hinblick auf die pauschale Öffnung des vermeintlichen Schutzanspruches für jedermann, sondern auch und vor allem hinsichtlich der umfassenden individuellen Durchsetzbarkeit des objektiven Normgehaltes, die das für grundrechtliche Schutzpflichten anerkannte Konzept des „Untermaßverbotes“ bei weitem übersteigt und de facto zu einem nur unter Wahrung enger Voraussetzungen beschränkbar „Grundrecht auf Sonntagsruhe“ führt

- so im Erg. treffend Mosbacher, NVwZ 2010, S. 537, 538; im Erg. ebenso Dommermuth-Alhäuser, NZA 2016, 522, 528: „*subjektives-öffentliches Recht auf Sonntagsschutz ... für jedermann*“; die dogmatisch kaum tragfähige Gleichsetzung der grundrechtlichen Schutzpflicht mit dem objektiv-rechtlichen Gehalten des Sonntagsschutz kritisiert auch Mager, in: v. Münch/Kunig, GG-Komm., Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 140 (Art. 139 WRV) Rn. 88 -.

Nicht zuletzt führt die Neuinterpretation des Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV für die durch das Prinzip der Sonn- und Feiertagsruhe in ihrem Grundrecht auf freie Berufsausübung betroffenen Verkaufsstelleninhaber zu der verfassungsrechtlich wohl einmaligen Konsequenz, dass nicht etwa die Beschränkung ihrer beruflichen Freiheitsrechte aus Art. 12 GG zum rechtfertigungsbedürftigen Verfassungsproblem wird, sondern im Gegenteil deren Aufrechterhaltung. Dass sich das Gericht dieser Konsequenz bewusst zu sein scheint, verdeutlichen seine Ausführungen in Randnummer 164 des Urteils, wenn das Gericht hier zunächst mit Bezug auf das Berliner Ladenschlussgesetz heißt, dass mit diesem Gesetz

*„der Konflikt zwischen den grundrechtlichen Positionen der Ladeninhaber (Berufsfreiheit) und Einkaufswilligen (allgemeine Handlungsfreiheit) einerseits und den Beschäftigten, den Ruhesuchenden sowie den Beschwerdeführern (Art. 2, 4 Abs. 1 und 2, Art. 6 Abs. 1 und 2 GG) andererseits im Ausgangspunkt und in der systematischen Anlage zugunsten eines grundrechtlichen Schutzes der Beschwerdeführer und anderer arbeitsruhesuchender Grundrechtsträger entschieden (wird)“*,

hieran dann aber sogleich angefügt wird

*„Im Ansatz entspricht das – für sich betrachtet – dem Schutzauftrag des Art. 139 WRV“*

- BVerfG, aaO. -.

Für den hier unterstellten prinzipiellen Vorrang de Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV vor den Freiheitsrechten des Grundgesetzes findet sich indes keine verfassungsrechtlich tragfähige Begründung. Insbesondere stellen grundrechtliche Schutzpflichten keinen generellen „Eingriffstitel“ in Grundrechte dar, sondern bedürfen, soweit sie über Grundrechtseingriffe realisiert werden, ihrerseits einer vollumfänglichen grundrechtlichen Rechtfertigung

- so bereits Dietlein, die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 67 ff.; vgl. auch Dommermuth-Althäuser, NZA 2016, 522, 524, unter Verweis auf Chr. Hufen, Der Ausgleich verfassungsrechtlich geschützter Interessen bei der Ausgestaltung des Sonn- und Feiertagsschutzes, 2014, S. 311 ff. -.

Sie erscheint umso weniger tragfähig, als Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV gerade keine verfassungsunmittelbare Beschränkung der berufsgrundrechtlichen Freiheitsrechte aus Art. 12 GG zum Inhalt hat, sondern auf einfachgesetzliche und damit in jeder Hinsicht grundrechtlich rechtfertigungsbedürftige Ausgestaltung angewiesen ist. Insofern gilt auch nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1.12.2009 die verfassungsrechtliche Grundregel, dass es sich bei einer möglichen Liberalisierung des Ladenschlusses

*„nicht um eine Abweichung vom grundrechtlichen Normalzustand, sondern um dessen wenigstens partielle Wiederherstellung geht“*

- so F. Hufen, NVwZ 2001, 1009, 1010 -.

Mit dieser Rückbesinnung auf den liberalen Grundrechtsansatz des Grundgesetzes wird zugleich deutlich, dass die Frage der Verhältnismäßigkeit von Ladenschlussregelungen immer neu im Lichte der tatsächlichen Entwicklungen, zumal mit Blick auf den Online-Handel, reflektiert werden muss. Wenn daher neuere Statistiken belegen, dass gerade die klassischen Ladenschlusszeiten, respektive die Sonntage, wesentliche „Zeitfenster“ für das rasant ansteigende Online-Geschäft sind

- hierzu etwa <https://www.shopanbieter.de/news/archives/8280-zu-diesen-zeiten-shoppen-internetnutzer.html>; hierzu auch eine BITKOM-Studie aus dem Jahre 2014, zitiert nach [https://www.erfurt.ihk.de/servicemarken/branchen/Handel/Online\\_Handel/Aktuelle-Zahlen-und-Fakten-zum-Online-Handel/1394032](https://www.erfurt.ihk.de/servicemarken/branchen/Handel/Online_Handel/Aktuelle-Zahlen-und-Fakten-zum-Online-Handel/1394032): „Online-Shopper kaufen am liebsten sonntags und nach 18 Uhr“; ähnl. A. Berg (BITKOM), Präsentation zum Thema „Trends im Online-Shopping“ vom 13.8.2015, Bl. 4, wonach 71 % der Befragten die Unabhängigkeit von Ladenöffnungszeiten als Grund für den Online-Einkauf nennen; vgl.

<https://www.bitkom.org/Presse/Anhaenge-an-PIs/2015/08-August/Bitkom-Pressekonferenz-Trends-im-E-Commerce-13-08-2015-Praesentation-final.pdf> -

kann und darf dies nicht nur tatsächlich, sondern auch verfassungsrechtlich bei der Diskussion um die künftige Gestaltung der Ladenschlusszeiten nicht außer Betracht bleiben.

Schlussendlich bleibt in der dogmatische Ansatz der Gerichtsentscheidung vom 1.12.2009 unberücksichtigt, dass der aus Art. 140 GG iVm. Art. 139 GG abgeleitete Schutzauftrag nicht nur in einem (bipolaren) verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis zu den grundrechtlichen Abwehrrechten insbesondere der Verkaufsstelleninhaber steht, sondern – multipolar - zugleich mit diversen anderen grundrechtlichen Schutzverpflichtungen des Staates austariert werden muss. Zu nennen ist beispielhaft etwa die aus dem Grundrecht auf Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG) abzuleitende Pflicht des Staates, zum Wohlergehen seiner Bürger auch an Sonn- und Feiertagen einer effektiven Grund- und insbesondere auch Notversorgungsinfrastruktur

- vgl. zu diesem Aspekt etwa BVerfGE 68, 193, 209: *„Der Schutz in Fällen von Krankheit ist in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine der Grundaufgaben des Staates“* -.

Auch diese zentralen Verfassungspflichten und Staatsaufgaben aber lassen sich – entgegen der Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts im Urteil vom 1.12.2009 – keinem (gedanklichen) Primat des sonn- und feiertäglichen Schutzauftrages aus Art. 4 iVm. Art. 140 GG/Art. 139 WRV unterwerfen. Im Gegenteil wird man angesichts der Höchstwertigkeit der betroffenen Schutzgüter sogar umgekehrt von einem recht eindeutigen Vorrang der diesbezüglichen grundrechtlichen Schutzpflichten gegenüber dem vom Bundesverfassungsgericht unterstellten Schutzanspruch in Bezug auf die „Sonntagsruhe“ ausgehen müssen.

Ungeachtet dieser durchaus grundsätzlichen Kritik dürfte in praktischer Hinsicht davon auszugehen sein, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1.12.2009 zumindest vorerst die maßgebliche Leitlinie für die weitere Entwicklung des Sonn- und Feiertagsschutzes in Deutschland sein und damit den Rahmen für mögliche Nachjustierungen der gegenwärtigen Gesetzeslage bieten wird.



## **C. Verfassungsrechtliche Direktiven für gesetzliche Regelungen zur Ladenöffnung**

Auch wenn die umstrittene Frage nach etwaigen subjektiven Schutzansprüchen in Bezug auf die Sonn- und Feiertagsgarantie des Art. 140 GG iVm. Art. 139 GG speziell für die Eröffnung einer gerichtlichen Kontrolle von zentraler Bedeutung ist, so bleibt sie für die im Folgenden vorzunehmend Bestimmung der objektiv-rechtlichen Handlungsspielräume des Gesetzgebers ohne Belang. Denn das subjektiv-öffentliche Recht verkörpert nicht mehr und nicht weniger als die individuelle Rechtsmacht zur Durchsetzung einer objektiven Normanordnung. Sie setzt damit eine objektive Norm voraus, die aber in ihrer konkreten Geltungsanordnung durch den hinzutretenden subjektiven Durchsetzungsanspruch inhaltlich nicht verändert wird. Dies gilt auch und zumal für Grundrechte und die aus ihnen abgeleiteten subjektiv-öffentlichen Rechte. Treffend formulierte insoweit *E. Friesenhahn*, einer der Richter des Bundesverfassungsgerichts „der ersten Stunde“:

*„Grundrechte im Sinne von Abwehr- oder sonstigen Ansprüchen sind keine Normen, sondern sie beruhen auf Normen“*

- ders., in: Verh. des 50. Dt. Juristentages, Bd. 2, Gutachten G, S. G 14 -.

### **1. Institutionelle Deutung des Sonn- und Feiertagsschutzes**

Sucht man den objektiven Normgehalt des Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV näher zu erschließen, fällt zunächst auf, dass das Bundesverfassungsgericht von der „*Institution*“ des Sonn- und Feiertagsschutzes spricht, die

*„unmittelbar durch die Verfassung garantiert“*

sei, wobei

*„die Art und das Ausmaß des Schutzes aber einer gesetzlichen Ausgestaltung bedürfen“*

- aaO., Rn. 154 -.

#### **a) Ursprünge und Entfaltungen dieses Konzeptes**

Die hiermit skizzierte dogmatische Grundkonzeption entspricht dem Modell der sog. einrichtungsrechtlichen Garantien, wie sie in der Weimarer Zeit insbesondere durch *Carl Schmitt* unter dem Begriff der „*institutionellen Garantien*“ entwickelt und von den (zivilrechtlichen) „*Institutsgarantien*“ differenziert wurde

- vgl. zum Begriff der institutionellen Garantien insbes. C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 170 f. -

Im Rechtsdenken der Weimarer Zeit, auf die die Norm des Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV zurückgeht, verband sich mit diesem Konzept die Vorstellung einer Pflicht des Gesetzgebers, ein Mindestmaß an Normen zum Sonn- und Feiertagsschutz zur Verfügung zu stellen, wohingegen jenseits des näher zu definierenden „Kernbereichsschutzes“ ein („Rand“-)Bereich grundsätzlich freier gesetzgeberischer Gestaltung beginnen sollte.

Die mit diesem Konzept einhergehende Beschränkung der verfassungsrechtlichen Direktivwirkung auf den sog. „Kernbereich“ einer Einrichtungsgarantie ist zumal im Kontext der Grundrechtsexpansion nach Konstituierung des Grundgesetzes zunehmend auf Kritik gestoßen. Die im Detail durchaus vielschichtige Diskussion

- vgl. in diesem Kontext etwa K. Stern, Die verfassungsrechtliche Position der kommunalen Gebietskörperschaften in der Elektrizitätsversorgung, 1966, S. 47, der für eine Erweiterung des zweistufigen Konzepts von Kern- und Randbereich in ein dreistufiges Modell plädierte, indem neben dem strikt gebundenen „Kernbereich“ und dem an das Übermaßverbot gebundenen „Randbereich“ eine dritte „frei regulierbare Zone“ vorzusehen sei -

mündete schließlich in ein heute weithin konsentiertes Verfassungsverständnis, demzufolge die Ausgestaltung jedenfalls grundrechtlicher Einrichtungsgarantien auch im sog. „Randbereich“ verfassungsrechtlichen Bindungen insbesondere an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unterworfen ist, so dass sich der Gesetzgeber für ein Zurückbleiben hinter den grundrechtlichen (Entfaltungsmöglichkeiten) zu rechtfertigen hat

- vgl. etwa für das Eigentumsgrundrecht als grundrechtlicher Einrichtungsgarantie Dietlein, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 2247 ff. mwN. -

Seine maximale Ausformung erfuhr dieser Gedanke in der Prinzipienlehre Alexys. Nach dieser Theorie werden zumindest die grundrechtlichen Einrichtungsgarantien dem Bereich sog. grundrechtlicher Prinzipien zugeordnet, wobei grundrechtliche Prinzipien – wie alle Prinzipien – „*ein möglichst hohes Maß an Realisierung*“ erforderten

- vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, S. 304 -

Das Zurückbleiben des Gesetzgebers hinter dem gedachten Höchstmaß wird danach einem grundrechtlichen Eingriff gleichgeachtet und – zumindest materiell - denselben Rechtfertigungsanforderungen unterworfen

- grundlegend Alexy, Theorie der Grundrechte, 3.Aufl. 1996, S. 305, demzufolge (defizitäre) „Ausgestaltung“ und „Eingriff“ gleichsam zwei Seiten derselben Medaille sind -.

Zwar ist diese Fortentwicklung des institutionellen Denkens keineswegs ohne Widerspruch geblieben. Hinzuweisen ist etwa auf die durchaus beachtlichen Einwände P. Lerches, dass der Optimierungsgedanke das „Höchsterreichbare“ gleichsam als permanente Verfassungsverpflichtung suggeriere und hierdurch die

*„tatsächliche Breite und (der) Variantenreichtum der gesetzgeberischen Bemühungen ... in die Sphäre der gewissermaßen nur als notwendiges Übel hinzunehmende Einschränkungen hinabdrückt“*

- so die Formulierung P. Lerches, Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?, in: Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 197 ff.

Dennoch wird man heute davon ausgehen müssen, dass – ausgesprochen oder unausgesprochen - jedenfalls im Bereich der genuin grundrechtlichen Einrichtungsgarantien ein auf Optimierung gerichteten Denken mit einer korrelierenden Rechtfertigungspflicht des Gesetzgebers für „suboptimale“ Ausgestaltungen breiten Boden gewonnen hat.

## **b) Zum Rechtfertigungskonzeption des Bundesverfassungsgerichts**

In der materiellen Betrachtung dürfte auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1.12.2009 durchaus auf der gedanklichen Linie der sog. Prinzipienlehre liegen. Denn einerseits betont das Gericht, unter ausdrücklichen Verweis auf den einrichtungsrechtlichen Charakter, die gesetzliche Ausgestaltungsbedürftigkeit des Sonn- und Feiertagsschutzes

- aaO., Rn. 153 -;

wobei es hierbei auch einen Ausgleich mit anderen Belangen als jenen des Schutzes der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung zulässt, namentlich soweit es dabei um kollidierende Freiheiten der persönlichen und wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit geht

- aaO., Rn. 154, 156 -.

Andererseits betont das Gericht in demselben Zusammenhang die nur begrenzte Einschränkung des Sonn- und Feiertagsschutzes durch den Gesetzgeber

- aaO., Rn. 153 -;

was rechtslogisch das Bestehen eines verfassungsrechtlich vorgeprägten bzw. abgeschirmten Schutzbezirkes voraussetzt. Dieser, von den realen einfachgesetzlichen Ausgestaltungen losgelöste Schutzbezirk kann dann aber nur ein „hypothetischer“ Schutzbezirk sein, der hierbei zunächst frei von jeglichen Einschränkungen, also als „Optimum“, gedacht ist.

Im Ergebnis kommt das vom Bundesverfassungsgericht für den Sonn- und Feiertagsschutz proklamierte „*Regel-Ausnahme-Verhältnis*“ damit einem abwehrrechtlichen Schutzkonzept nahe, indem es „*Ausnahmen von der Sonn- und Feiertagsruhe*“ allein „*zur Wahrung höher- oder gleichwertiger Rechtsgüter*“ für möglich erachtet

- aaO., Rn. 153; hierzu auch die vergleichbare Konzeption des BVerfG im Bereich der gemeindlichen Aufgabengarantie nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, die vom Gericht zwar als (dezentrales Aufgabenverteilungs-) „Prinzip“ interpretiert wird, das sich aber in der konkreten Fallprüfung „*praktisch zum Gesetzesvorbehalt ... wandelt*“, Beschluss vom 19. November 2014 - 2 BvL 2/13, Rn. 56; anders als hier *Leisner*, NVwZ 2014, 921, 924, der – allerdings wohl entgegen den eindeutigen Ausführungen des Gerichts - in dem Urteil vom 1.12.2009 keine Entscheidung für die Anwendung eines Regel-Ausnahme-Prinzips zu sehen vermag; wie hier dagegen auch BVerwG, NVwZ 2016, 689, 691 -.

Was speziell die Regelung der Ladenöffnung angeht, so wird die Wahrung der Arbeitsruhe vom Bundesverfassungsgericht augenscheinlich ohne weitere Diskussion als Teilelement dieses verfassungsrechtlich vorgeprägten („hypothetischen“) Schutzbezirkes erfasst mit der Folge, dass

*die Ausnahme (scil. der Ladenöffnung, d. V.) eines dem Sonntagsschutz gerecht werdenden Sachgrundes bedarf*

- aaO., Rn. 159 -.

Hinsichtlich der Frage, wann genau Sachgründe dem Rang des Sonntagschutzes „*gerecht werden*“, bleibt das Gericht eher vage. Es votiert für eine einzelfallbezogene und dynamisierende Bewertung, bei der an das „*Gewicht*“ der rechtfertigenden Gründe umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je umfänglicher die Freigabe von Verkaufsstellen erfolgt

- aaO., Rn. 159; ähnl. Rn. 185, wo eine 24-Stunden-Öffnung an Sonn- und Feiertagen an die Erfüllung „*besonders hohe(r) Voraussetzung(en)*“ geknüpft wird, „*etwa ein herausragend gewichtiges öffentliches Interesse*“ -.

Ob die „*Gewichtung*“ der verfolgten Sachgründe dabei in die Prüfungskompetenz des Gerichtes fällt oder aber der Gesetzgeber eine eigene, rechtlich nur

begrenzt nachprüfbar Prärogative zur „politischen“ Gewichtung der verfolgten Sachziele hat, klärt das Gericht nicht. Entscheidungen in vergleichbaren grundrechtlich relevanten Konstellationen dürften dafür sprechen, eine politische Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers anzuerkennen. Hierzu ist etwa auf die dem Gesetzgeber bei der Rechtfertigung von (subjektiven) Berufszugangsbeschränkungen zuerkannte Einschätzungsprärogative bei der Fixierung „wichtiger Gemeinschaftsinteressen“ zu verweisen. So ging das Gericht bereits im sog. Handwerksbeschluss vom 17. Juni 1961 von der Befugnis des Gesetzgebers aus, bestimmte von ihm erkannten Gemeinwohlerfordernisse in den Rang wichtiger Gemeinschaftsgüter erheben und hierdurch weitergehende Einschränkungen des Grundrechts der Berufsfreiheit legitimieren zu können.

Wörtlich heißt es hier:

*„Der Gesetzgeber kann auch Gemeinschaftsinteressen zum Anlaß von Berufsregelungen nehmen, die ihm nicht in diesem Sinne "vorgegeben" sind, die sich vielmehr erst aus seinen besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Zielen ergeben, die er also erst selbst in den Rang wichtiger Gemeinschaftsinteressen erhebt. In solchen Fällen kann das Bundesverfassungsgericht die Berufsregelungen nicht schon deswegen beanstanden, weil die ihnen zugrunde liegenden politischen Auffassungen umstritten sind. Das Gericht ist insoweit auf die Prüfung beschränkt, ob die öffentlichen Interessen, deren Schutz die gesetzliche Regelung dient, überhaupt Gemeinschaftswerte von so hohem Rang darstellen können, daß sie eine Einschränkung der freien Berufswahl rechtfertigen. Den Anschauungen des Gesetzgebers hierüber darf es die Anerkennung nur versagen, wenn sie offensichtlich fehlsam oder mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbar sind*

- BVerfGE 13, 197, 107 -.

Eine entsprechende Prärogative räumte das Gericht dem Gesetzgeber auch im Hinblick auf die Frage der Geeignetheit und Erforderlichkeit von Grundrechtsbeschränkungen ein, wenn es weiter ausführte, dass die bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung

*"allenthalben auftretenden Wertungs- und Abwägungsfragen ... die Auffassung des Gesetzgebers ... nicht beanstandet werden kann, solange nicht eindeutig ist, dass sie von unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht oder mit der Verfassung in Widerspruch steht"*

- BVerfGE 13, 97 (113) -.

Insofern kann davon ausgegangen werden, dass dem Gesetzgeber auch vor dem Hintergrund des vom Bundesverfassungsgericht postulierten „*Regel-Ausnahme-Verhältnisses*“ bezüglich der sonn- und feiertäglichen Arbeitsruhe erhebliche politische Bewertungsspielräume gerade auch bei der Gewichtung der im Einzelfall mit einer Ladenöffnung verfolgten Sachziele verbleiben, solange der Gesetzgeber hierbei die tatsächlichen Voraussetzungen zutreffend erfasst und sich nicht sonst wie in Widerspruch zu der Verfassung stellt

- vgl. in diese Richtung ebenso Schmitz, BauR 2000, 1274, 1278 -.

Eben dies scheint das Gericht in seinem Urteil vom 1.12.2009 andeuten zu wollen, wenn es *expressis verbis* auf die Befugnis des Gesetzgebers verweist,

*„im Rahmen seines Gestaltungsspielraums auf eine geänderte soziale Wirklichkeit ... Rücksicht zu nehmen*

- aaO., Rn. 156 -.

Eine absolute Grenze iS. des tradierten Kernbereichsschutzes einrichtungsrechtlicher Garantien scheint das Gericht schließlich auch in Bezug auf den Sonn- und Feiertagsschutz insoweit andeuten zu wollen, als es „*darüber hinaus*“ verlangt, dass

*„Ausnahmen als solche erkennbar bleiben (müssen) und ... nicht auf eine weitgehende Gleichstellung der sonn- und feiertäglichen Verhältnisse mit den Werktagen und ihrer Betriebsamkeit hinauslaufen (dürfen)*

- aaO., S. 158; mit gleicher Zielrichtung ebda., Rn. 184 a. E. -.

Hierin dürfte damit zugleich jenes „*hinreichende Niveau des Sonn- und Feiertagsschutzes*“ liegen, das der Gesetzgeber nach den vorangegangenen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts

*„in jedem Falle ... wahren (muss)“*

- aaO., Rn. 153 -.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich damit ein dreistufiges Prüfungsbild. Zunächst bedarf der Klärung, welche „*gegenläufigen Schutzgüter*“

- so die Formulierung in Rn. 156 -

als legitime Gemeinwohlgründe für eine einschränkende Ausgestaltung des Sonn- und Feiertagsschutzes in Betracht kommen. Sodann wird zu untersuchen sein, unter welchen Voraussetzungen ihr Gewicht als hinreichend iS. der Rechtsprechung anzusehen ist. Schließlich bleibt – gleichsam als negatives Tatbestandsmerkmal – zu klären, dass die „*rote Linie*“ einer weitgehenden

Gleichstellung der sonn- und feiertäglichen Verhältnisse mit den Werktagen nicht überschritten wird.

## **2. Legitime Gemeinwohlgründe**

### **a) Grundfragen der Gemeinwohlkonkretisierung**

Was Art und Inhalt der möglichen Gründe für eine einschränkende Ausgestaltung des Sonn- und Feiertagsschutzes angeht, bleibt die Entscheidung des Gerichts vom 1.12.2009 eher vage. Dies gilt namentlich für die Frage, ob die berücksichtigungsfähigen „*gegenläufigen Schutzgüter*“ notwendig Verfassungsrang haben müssen oder nicht. Für die Annahme eines auf den Ausgleich kollidierender Verfassungsgüter beschränkten Mandates des Gesetzgeber könnte eine Passage des Urteils sprechen, in der es heißt, dass dem Gesetzgeber

*„ein Ausgleich zwischen Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV einerseits und Art. 12 Abs. 1, aber auch Art. 2 Abs. 1 GG andererseits aufgegeben (ist)“*

- aaO., Rn. 154 -.

In dieselbe Richtung ließe sich womöglich auch die Formulierung deuten, wonach

*„Ausnahmen von der Sonn- und Feiertagsruhe ... zur Wahrung höher- oder gleichwertiger Rechtsgüter möglich (sind)“*

- aaO, R. 153 -,

was angesichts des Verfassungsrangs des Sonn- und Feiertagsschutzes womöglich dann auch einen Verfassungsrang der „*höher- oder gleichwertigen*“ Rechtsgüter voraussetzen könnte.

Mit dieser Auslegung wäre freilich eine dramatische Einschränkung der Ausgestaltungsspielräume des Gesetzgebers verbunden. Denn das Grundgesetz formuliert anerkanntermaßen keinen abschließenden Kanon legitimer Gemeinwohlgründe, sondern überantwortet die Konkretisierung des Gemeinwohls im Regelfall dem parlamentarischen Gesetzgeber. Begrenzte man aber den Katalog legitimer Gemeinwohlgründe daher auf die im Grundgesetz genannten Gründe, entzöge man dem Gesetzgeber hiermit unvermeidlich sein natürliches Mandat zur weiteren Gemeinwohlkonkretisierung. Die Möglichkeit einschränkender Ausgestaltungen würde dadurch womöglich erheblich reduziert. Für eine solche Auslegung bedürfte es damit durchschlagender Argumente.

Untersucht man die Urteilsgründe näher, so wird man von einer Begrenzung der „*gegenläufigen Schutzgüter*“ allein auf solche mit Verfassungsrang nicht ausgehen können.

Hierfür spricht zunächst, dass das Gericht in seinem Urteil vom 1.12.2009 an keiner Stelle auf ein etwaiges Erfordernis des Verfassungsranges der „*gegenläufigen Schutzgüter*“ verweist. Eben dies aber entspräche dem ansonsten üblichen Vorgehen des Gerichts

- vgl. für Art. 9 Abs. 3 GG etwa BVerfG, Beschl. vom 29. Dezember 2004
- 1 BvR 2283/03, Beschl. vom 03. April 2001, 1 BvL 32/97; zu Art. 33 Abs. 2 GG etwa BVerfG, Beschl. vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12, Rn. 59, uam. -.

Auch verschiedene Textpassagen des Urteils legen den Schluss nahe, dass das Gericht nicht zwingend einen Verfassungsrang der „*gegenläufigen Schutzgüter*“ verlangt.

Allen voran ist hierbei auf die Auflistung der schon nach geltendem Recht berücksichtigten Gemeinwohlbelange zu verweisen, wenn das Gericht hier explizit eine Reihung von Schutzgütern vornimmt, die mit Verfassungsgütern beginnt, sich dann aber explizit auch für „*sonst gewichtige Rechtsgüter der Bürger oder der Gemeinschaft*“ öffnet, ohne hierbei einen Verfassungsbezug einzufordern

- aaO. Rn. 157 -.

Dieser Auslegung entspricht es, wenn das Gericht sogar im Hinblick auf den (hypothetischen) Extremfall einer flächendeckenden 24-Stunden-Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen und der hierfür erwarteten „*besonders hohe(n) Voraussetzung*“ nicht etwa einschränkend auf den Schutz kollidierenden Verfassungsgüter rekurriert, sondern in unspezifischer Weise ein – wie auch immer geartetes – „*herausragend wichtiges öffentliches Interesse*“ verlangt

- aaO., Rn. 185 -.

Gegen die Verengung der potentiellen Gründe auf solche von Verfassungsrang spricht ferner die vom Verfassungsgericht vorgenommene verfassungskonforme Auslegung der Ausnahmeregelung des § 6 Abs. 1 Satz 1 BerlLad-ÖffG. Denn dort beanstandet das Gericht nicht etwa die recht offene Anknüpfung einer Ausnahmeentscheidung an ein „*öffentliches Interesse*“, sondern verlangt lediglich, dass dieses öffentliche Interesse ein solches Gewicht haben müsse, dass es die Ausnahmen von der Arbeitsruhe rechtfertigt

- aaO., Rn. 182 -.



Nicht zuletzt dürfte die vom Gericht betonte Befugnis des Gesetzgebers, auf „eine geänderte soziale Wirklichkeit“ reagieren zu dürfen

- aaO., Rn. 156 –,

die hier vertretene Einschätzung bekräftigen, dass der Gesetzgeber bei der Berücksichtigung gegenläufiger Schutzgüter nicht auf Gemeinwohlinteressen von Verfassungsrang beschränkt bleibt.

## **b) Negativkatalog**

Festzustellen ist weiter, dass das Bundesverfassungsgericht bestimmte Interessen, die durchaus als „*gegenläufige Schutzgüter*“ eingeordnet werden könnten, grundsätzlich aus dem Katalog potentieller Gemeinwohlgründe ausschließt. So heißt es in der Entscheidung:

*„Ein bloß wirtschaftliches Umsatzinteresse der Verkaufsstelleninhaber und ein alltägliches Erwerbsinteresse („Shopping-Interesse“) potentieller Käufer genügen grundsätzlich nicht“*

-aaO., Rn. 158; enger dagegen aaO., Rn. 182, wo der im Begriff „*grundsätzlich*“ enthaltene Ausnahmeverbehalt nicht mehr erwähnt wird -.

Das Gericht wählt hier einen Ansatz, den es auch im Kontext der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verwendet, indem es dort Aspekte des „*Verwaltungsvereinfachung*“ und der „*Kostenersparnis*“ als Argument für eine Beschränkung des Prinzips der möglichst dezentralen Aufgabenwahrnehmung örtlicher Aufgaben ausschließt

- BVerfGE 79, 127, 153 -.

Die dogmatische Begründung für dieses Vorgehen dürfte in beiden Fällen dieselbe sein. In beiden Fällen nämlich geht es darum, dass die aufgeführten „inkriminierten“ (Gegen-) Gründe bereits durch den Verfassungsgeber selbst als nachrangig „mitbedacht“ und gleichsam aktiv in die Verfassungsgarantie – hier des Sonn- und Feiertages, dort der kommunalen Selbstverwaltung – „eingepreist“ wurden. Beschränkungen der Verfassungsgarantie unter Verweis auf die inkriminierten Aspekte bedeuteten insofern keine wirkliche „Ausgestaltung“ der Verfassungsgarantie, sondern deren – zumindest partielle – Korrektur. Ein derartiges Mandat zur Korrektur verfassungsrechtlicher Grundentscheidungen aber kommt dem parlamentarischen Gesetzgeber nicht zu. Vielmehr ist er gemäß Art. 1 Abs. 3 GG der Verfassung unterworfen.

Umgekehrt gilt es aber auch zu beachten, dass das Gericht – ebenso übrigens wie im Bereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG

- vgl. BVerfGE 79, 127, 153 –

kein pauschales Verbot dieser Gegengründe annimmt, sondern mit dem Wort des „*grundsätzlichen*“ Nicht-Genügens eine Hintertüre für begründete Sonderfälle offenhält.

(1)

In gleicher Weise impliziert im Übrigen auch der vom Bundesverfassungsgericht selbst verwendete Begriff des „*alltäglichen Erwerbsinteresses*“ die Möglichkeit wenn nicht gar Notwendigkeit weitergehender Differenzierungen für solche Fälle offen, in denen es zwar um „*Erwerbsinteressen*“ potentieller Käufer geht, diese aber aufgrund besonderer Umstände nicht mehr den „*alltäglichen*“ Erwerbsinteressen zugeordnet werden können.

Beispielhaft kann insoweit auf das zeitlich sehr komprimierte Konsumverhalten der Bevölkerung in der Vorweihnachtszeit verwiesen werden, das insbesondere nach seinem zeitlichen Rhythmus, seiner produktmäßigen Orientierung auf werthaltige Güter (Schmuck, Uhren, Unterhaltungselektronik, Möbel etc.) und dem regelmäßig eher familiär konzipierten Einkaufsmodus deutlich von den „*alltäglichen*“ Erwerbsinteressen in der Bevölkerung abgetrennt werden kann

- entsprechende Differenzierungsmöglichkeiten deutet auch das Bundesverfassungsgericht an, wenn es von „*Besonderheiten der Vorweihnachtszeit*“ spricht, auch wenn es hierbei eine generelle Ladenöffnung an vier Adventssonntagen augenscheinlich für zu weitgehend und „*Ladenöffnungen nur an einzelnen Sonntagen*“ für rechtfertigungsfähig erachtet, BVerfG, aaO., Rn. 177; eingehend hierzu unten III. B. -.

Gleiches wird für Erwerbsinteressen anzunehmen sein, die durch ein wie auch immer geartetes spezielles Besucheraufkommen in einem bestimmten Gebiet begründet werden und die damit eben nicht mehr dem „*alltäglichen*“ Bereich zuzuordnen sind.

Der Begriff des „*alltäglichen Erwerbsinteresses*“ böte insoweit zugleich den Ansatz dafür, ein primär freizeitorientiertes, gegenständlich nicht näher fokussiertes Einkaufsbedürfnis der einheimischen Bevölkerung gleichermaßen aus dem Bereich des „*Alltäglichen*“ auszuklammern und als die Bedienung dieses Interesses damit als legitimen Grund für Beschränkungen der Sonn- und Feiertagsruhe anzuerkennen

- hierfür etwa Leisner, NVwZ 2014, 921, 923, unter Verweis auf Stammler, NVwZ 2008, 1313, 1315; ähnl. schon Tegebauer, GewArch

2007, 49, 53; sehr weitgehend Kehrberg, GewArch 2001, 14, 20: „wenn ... der Einkauf zu einer Freizeitbeschäftigung geworden ist, muss dieser Wandel auch in der Verfassungsrealität Berücksichtigung finden ...“ - ,

Freilich ist das Bundesverfassungsgericht diesen Schritt bislang nicht offen mitgegangen. Zwar betont das Bundesverfassungsgericht explizit die Befugnis des Gesetzgebers,

*„auf Änderungen im Freizeitverhalten ... Rücksicht zu nehmen“*

- aaO., Rn. 156 -.

Speziell in Bezug auf das Einkaufsverhalten der Bevölkerung fällt indes auf, dass das Gericht das (von ihm) sog. „*Shopping-Interesse*“ potentieller Käufer ohne weitere Differenzierung dem als gegenläufiges Schutzgut grundsätzlich inkriminierten „*alltäglichen Erwerbsinteresse*“ zuordnet

- aaO., Rn. 158 -.

Ob der Umstand, dass das Gericht im weiteren Verlauf der Entscheidung von „*alltägliche(n) Shopping-Interesse(n)*“ spricht, dahin gedeutet werden kann, dass auch das Gericht zwischen „*alltäglichen*“ und freizeitorientierten „*nicht-alltäglichen*“ Shopping-Interessen differenzieren will

- so wohl *Leisner*, NVwZ 2014, 921, 923; zuvor bereits *Fuchs*, NVwZ 2005, 1026, 2028 -

bleibt insofern unklar. Die offenkundige Zurückhaltung des Gerichts dürfte früheren Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung vom 9.6.2004 geschuldet sein, in denen es heißt:

*„Selbst wenn das Einkaufen an Sonn- und Feiertagen für einen Teil der Bevölkerung infolge von Veränderungen der Einkaufsgewohnheiten keinen "werktäglichen Charakter" hat, sondern zum Freizeitvergnügen geworden sein sollte und - wie die Beschwerdeführerin meint - mit dem Besuch eines Theaters oder Kinos vergleichbar wäre, so dass die Ladenöffnung in diesem Sinne "Arbeit für den Sonntag" wäre, müsste der Gesetzgeber den Schutz der Arbeitsruhe im Zuge der Abwägung mit der Berufsausübungsfreiheit nicht zurücktreten lassen. Auch für die Arbeit für den Sonn- und Feiertag gilt das in Art. 139 WRV normierte Regel-/Ausnahmeverhältnis. Überwiegende Gründe, aus denen eine Befriedigung der gewandelten Freizeitbedürfnisse durch Ladenöffnung dennoch verfassungsrechtlich geboten wäre, sind nicht ersichtlich“*

- vgl. BVerfG, NJW 2004, 2363, 2370 f.; für diese Deutung auch *Kingreen/Pieroth*, NVwZ 2006, 1221, 1225; im Erg. auch *Webers*, GewArch 2005, 60, 62 -.

Freilich zielen die betreffenden Passagen allein auf die Frage, ob der Gesetzgeber einem neuartigen „freizeitorientierten“ Einkaufsverhalten im Rahmen sonn- und feiertäglicher Ladenschlussregelungen verfassungsrechtlich zwingend Raum gewähren „muss“. Die hier maßgebliche Frage, ob der Gesetzgeber die Veränderungen im Einkaufsverhalten zum Anlass nehmen „darf“, um hiermit weitergehende Ladenöffnungsregelungen an Sonn- und Feiertagen zu rechtfertigen, wird durch die Ausführungen in der genannten Entscheidung insofern keineswegs abschlägig beschieden.

Vor diesem Hintergrund wird man die Befugnis des Gesetzgebers, auf ein gewandeltes Freizeitverhalten im Bereich des Einkaufens reagieren zu dürfen, wohl nicht a priori verneinen können.

Dabei dürfte der von Leisner selbst formulierte Einwand, dass eine

*„trennscharfe Unterscheidungen (scil: der beiden Shopping-Varianten, d. V.) ... nicht möglich“*

sei, keinen wirklichen Hinderungsgrund für die Eröffnung grundsätzlicher legislativer Gestaltungsspielräume darstellen.

(2)

Weitere Differenzierungen erscheinen aber auch im Hinblick auf die gewiss nicht zufälligen Formulierungen von den „*alleinigen*“ Umsatzinteressen

- aaO., Rn. 182 -

oder den „*bloß*“ wirtschaftlichen Umsatzinteressen der Verkaufsstelleninhaber

- aaO., Rn. 158 -,

möglich und geboten, die beide Raum für eine Berücksichtigung besonderer Umstände belassen und wohl auch belassen sollen. Zu denken ist dabei etwa an Umsatzinteressen, die für den einzelnen Verkaufsstelleninhaber von besonderer, womöglich sogar existenzieller Bedeutung sind

- hierzu zutreffend *Leisner*, NVwZ 2014, 921, 923 -,

aber auch an solche Umsatzinteressen, die in einer spezifischen Verbindung mit besonderen Belangen des Gemeinwohls stehen. Hierbei könnten etwa arbeitsmarktpolitische oder auch städtebauliche Gründe in Betracht kommen, auf die an späterer Stelle einzugehen sein wird. Eben diesem Ansatz entspricht es im Übrigen, wenn das Bundesverfassungsgericht an anderer Stelle explizit z. B. „*beschäftigungspolitische Erwägungen*“ oder Gründe der „*Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit im internationalen Vergleich*“

- aaO., Rn. 157 -

als legitime Gründe für Ausnahmen vom Sonntagsschutz benennt.

Insofern bedarf es im Einzelfall durchaus eines differenzierenden Umganges mit den grundsätzlich inkriminierten Umsatz- und Erwerbsinteressen von Verkaufsstelleninhabern und potentiellen Käufern.

### **c) Positivkatalog**

Hervorzuheben ist schließlich, dass das Gericht selbst einige Positivbeispiele für tradierte und aus Sicht des Gerichts augenscheinlich unproblematische Einschränkungen der Sonn- und Feiertagsruhe benennt, die es in die Kategorien „*Arbeit trotz des Sonntags*“ und „*Arbeit für den Sonntag*“ sortiert

- hierzu und zum Folgenden BVerfG, aaO., Rn. 157 -.

(1)

Unter der Rubrik „*Arbeit trotz des Sonntags*“ benennt das Gericht dabei die Sicherheits- und Grundversorgungsinteressen der Bevölkerung (Rettungsdienste, Feuerwehr, Polizei), aber auch private Not- und Bereitschaftsdienste sowie infrastrukturelle Voraussetzungen zur Sicherung der allgemeinen Mobilität. Ihnen liegen – wie eingangs der Untersuchung hervorgehoben – verfassungsunmittelbare Schutzpflichten des Staates zugrunde, denen aufgrund der Höchststrangigkeit der betroffenen Schutzgüter ohne Weiteres ein Vorrang gegenüber der vom Bundesverfassungsgericht angenommenen Schutzpflicht in Bezug auf die Sonntagsruhe zukommt. Bemerkenswert ist in diesem Kontext ferner die Berücksichtigungsfähigkeit (allgemeiner) wirtschafts- und arbeitsmarktpolitischer Interessen wie namentlich der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit im internationalen Vergleich, aber auch die Erwähnung produktionstechnischer Gründe im industriellen Bereich, mit denen zugleich die Zumutbarkeitsgrenzen in Bezug auf bestimmte Unternehmensparten bzw. Produktionsformen nachjustiert werden.

Die letztgenannten Fallkonstellationen einer zur Wahrung grundrechtlicher Zumutbarkeitsgrenzen, aber auch im öffentlichen Interesse erfolgenden Nachjustierung von Öffnungszeiten dürften durchaus einer Erweiterung zugänglich sein. Bereits an dieser Stelle sei auf das drängende Problem des „Ladensterbens“ und der damit einhergehenden Verödung der Innenstädte hingewiesen. Auch hier nämlich geht es längst nicht mehr um „bloße“ Erwerbsinteressen der Verkaufsstelleninhaber, sondern letztlich um deren wirtschaftliches Überleben - und aufgrund der negativen Rückwirkungen dieser Entwicklung auf die Versorgungssituation vor Ort und damit zugleich um die

genuin öffentlichen Interessen an der Erhaltung notwendiger Versorgungsinfrastrukturen sowie attraktiver Wohn- und Lebensverhältnisse der Bevölkerung in den Städten insgesamt

- zur Wahrung der Urbanität bzw. des Schutzes der Innenstädte und des mittelständischen Fachhandels als erheblichem Gemeinwohlzweck etwa Runkel, UPR 1998, 242; dies konstatiert auch F. Hufen, NVwZ 2001, 1009, 1010 – ungeachtet seiner kritischen Einschätzung in Bezug auf territorial-differenzierende Lösungsmodelle -.

Hierauf wird im Rahmen der Konturierung verbleibender Handlungsspielräume des Gesetzgebers zurückzukommen sein

- unten III. -.

(2)

Unter der Rubrik „*Arbeit für den Sonntag*“ erwähnt das Gericht schließlich explizit die Hotel- und Gastronomiebranche – erkennbar als Beispiel für legitime Beherbergungs- und Verpflegungsinteressen der Bevölkerung in ihrer freien Zeit – sowie die Sicherung der Mobilität als Voraussetzung für eine Realisierung der Erholungsfunktion der Sonn- und Feiertage.

(3)

Der vorgenannten Rubrik der „*Arbeit für den Sonntag*“ dürfen auch die in neuerer Zeit besonders umstrittenen Ladenöffnungen aus Anlass von Märkten und sonstigen Veranstaltungen zuzuordnen sein, die damit zumindest im Ausgangspunkt einem legitimen öffentlichen Interesse dienen und damit grundsätzlich Anknüpfungspunkt verfassungskonformer Beschränkungen der Sonn- und Feiertagsruhe sein können.

In welchem quantitativen Umfange Ladenöffnungen hierbei verfassungsrechtlich zulässig sein können, ist dabei eine Frage der Gewichtung der kollidierenden Interessen und wird daher an späterer Stelle zu prüfen sein.

### **3. Verhältnismäßigkeit**

Neben dem Vorliegen eines legitimen Gemeinwohlgrundes verlangt das Gericht, dass dem konfligierenden Sachgrund ein hinreichendes Gewicht zukommt, um die Beschränkung des Regelfalls der Sonn- und Feiertagsruhe zu rechtfertigen.

#### **a) Konturierung der Anforderungen in der Entscheidung vom 1.12.2009**

Hinsichtlich der exakten Bemessung dieser Anforderung bleiben die Ausführungen des Gerichts allerdings eher vage und im Allgemeinen. So spricht es davon, dass *„ein öffentliches Interesse solchen Gewichts zu verlangen (ist), das die Ausnahmen von der Arbeitsruhe rechtfertigt“*

- aaO., Rn. 181 -.

An anderer Stelle formuliert das Gericht, dass die kollidierenden Rechtsgüter, in deren Interesse bzw. zu deren Schutz die Sonn- und Feiertagsruhe eingeschränkt wird, *„höher oder gleichwertig“* sein müssten

- aaO., Rn. 154 -.

Ähnlich offen führt das Gericht mit Blick speziell auf Ladenöffnungsregelungen aus, dass jede Ausnahme

*„eines dem Sonntagsschutz gerecht werdenden Sachgrundes bedarf“*

- aaO., Rn. 158 -.

(1)

Immerhin lässt das Gericht keinen Zweifel daran, dass es gerade der Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen *„bei der Bewertung der Durchbrechung der Arbeitsruhe ... großes Gewicht“* beimisst

- aaO., Rn. 166 -.

Das Gericht bezieht sich hierbei namentlich auf die *„öffentliche Wirkung“* der Ladenöffnung, die den Charakter und damit das *„öffentliche Bild“* des Tages in besonderer Weise präge. Dabei verweist das Gericht nicht allein auf die unmittelbaren Wirkungen der Öffnung von Verkaufsstellen, sondern zugleich auf die Folgewirkungen von innerstädtischen Ladenöffnungen etwa für den öffentlichen Straßenverkehr, aber auch für die im Einzelhandel beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

- aaO. -.

Vor diesem Hintergrund dürfte die Forderung des Gerichts nach einem zumindest gleichen Gewicht der gegenläufigen Sachgründe unmittelbar auch auf das hier zu ermittelnde Rechtfertigungsniveau durchschlagen.

(2)

Dass es insoweit gleichwohl keine statisch zu bemessende Rechtfertigungsschwelle gibt, vielmehr einer dynamischen, nach der jeweiligen *„Eingriffintensität“* abstufenden Abwägung bedarf, wird deutlich, wenn das Gericht ausführt:

*„Dem Regel-Ausnahme-Gebot kommt generell umso mehr Bedeutung zu, je geringer das Gewicht derjenigen Gründe ist, zu denen der Sonn- und Feiertagsschutz ins Verhältnis gesetzt wird und je weitergreifend die Freigabe der Verkaufsstellenöffnung in Bezug auf das betroffene Gebiet sowie die einbezogenen Handelssparten und Warengruppen ausgestaltet ist. Deshalb müssen bei einer flächendeckenden und den gesamten Einzelhandel erfassenden Freigabe der Ladenöffnung rechtfertigende Gründe von besonderem Gewicht vorliegen, wenn mehrere Sonn- und Feiertage in Folge über jeweils viele Stunden hin freigegeben werden sollen“*

- aaO., Rn. 159 -.

Hierbei setzt das Gericht das Rechtfertigungsniveau zusätzlich auch in Relation zu der Ausgestaltung der sonstigen, werktäglichen Ladenöffnungszeiten mit der Folge, dass die Arbeitsruhe an den Sonn- und Feiertagen „*noch mehr an Bedeutung und Gewicht*“ gewinne, wenn etwa die werktäglichen Ladenöffnungszeiten die maximale Ausweitung auf 24 Stunden erfahren haben

- aaO., Rn. 169 -.

Für womöglich vollständige Freigaben im Sinne einer flächendeckenden, allgemeinen 24-Stunden-Öffnung an Sonn- und Feiertagen steigert das Gericht diese Anforderungen nochmals dahingehend, dass der Gesetzgeber in diesem Falle

*„dem verfassungsrechtlich zu gewährleistenden Schutz nur dadurch Rechnung tragen (könnte), dass er dafür eine besonders hohe Voraussetzung vorsähe, etwa ein herausragend gewichtiges öffentliches Interesse“*

- aaO., Rn. 185 -.

Im Ergebnis konstruiert das Gericht damit ein gestuftes Rechtfertigungsmodell oder „Kaskadenmodell“, das sich

- von dem „Normalfall“ der Rechtfertigung einzelner Ausnahmeregelungen durch „*hinreichend gewichtige Gegengründen*“
- über die Forderung nach „*besonders gewichtigen Gründe*“ bei räumlich und gegenständlich nicht näher begrenzten Freigaben „in Folge“ und über jeweils viele Stunden
- bis hin zu dem Erfordernis der Rechtfertigung durch „*herausragend gewichtige Gemeinwohlgründe*“ für flächendeckende, allgemeine 24-Stunden-Öffnung an Sonn- und Feiertagen



steigert.

Die Parallele zu der vom Bundesverfassungsgericht für das Grundrecht der Berufsfreiheit entwickelten „Drei-Stufen-Lehre“

- grundlegend BVerfGE 7, 377 ff.; eingehend *Dietlein*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 1890 ff. -

ist insoweit nicht zu übersehen.

Eine letzte, unüberschreitbare Linie, die dem Konzept des einrichtungsrechtlichen „Kernbereichsschutzes“ entspricht, zieht das Gericht schließlich dort, wo Ladenöffnungsregelungen (bzw. der Verzicht auf diese) zu einer weitgehenden Gleichstellung der sonn- und feiertäglichen Verhältnisse mit den Werktagen führen und Ausnahmen nicht mehr als solche erkennbar sind

- aaO., S. 158; mit gleicher Zielrichtung Rn. 184 a. E. -

## **b) Konkretisierungsversuche**

Vor dem Hintergrund der in hohem Maße wertungsabhängigen Rechtfertigungskriterien stellt sich zunächst und vor allem die Frage nach dem „*quis iudicabit*“: Wer entscheidet über das Vorliegen der hinreichenden Gewichtigkeit der Gegengründe, der Gesetzgeber oder das Verfassungsgericht? Die Verfassungsunterworfenheit der Gesetzgebung, wie sie namentlich durch Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG festgelegt wird, spricht insoweit zunächst für eine alleinige Entscheidungszuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts. Ein klassisches Problem des Verfassungsrechts ergibt sich gleichwohl insoweit, als – auch nach Einschätzung des Verfassungsgerichts – die Verfassungsrechtsprechung nicht in den Bereich genuin politischer Einschätzungen und Bewertungen übergreifen darf. Es widerspräche den demokratischen Grundprinzipien der politischen Verantwortung, wenn ein Verfassungsgericht, dessen Handeln bewusst dem Erfordernis periodischer demokratischer Rückbestätigung entzogen ist, politische Prognosen und Einschätzungen der im parlamentarischen Prozess agierenden Entscheidungsträger durch eigene, ebenso wenig absicherbare Prognosen und Einschätzungen zu ersetzen befugt wäre. Diese Sichtweise hat sich nach anfänglichem Schwanken

- siehe etwa BVerfGE 7, 377 ff., wo das Gericht mehrfach eigene Gefahreinschätzungen an die Stelle legislativer Einschätzungen setzt, vgl. insbesondere S. 415 und S. 423: „*Nach der Überzeugung des Gerichts werden die hier vermuteten Gefahren überschätzt*“ –

auch das Bundesverfassungsgericht zu Eigen gemacht und insbesondere für den Bereich der legislativen Gemeinwohlkonkretisierung sowie die Gewichtung kollidierender Schutzgüter weite Einschätzungsspielräume des Gesetzgebers akzeptiert. Eine Grenze zieht das Gericht diesen Einschätzungs- und Beurteilungsspielräumen erst dort, wo die Erwägungen des Gesetzgebers

*„so offensichtlich fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können“*

- BVerfGE 77, 84, 106 ff.; ähnlich bereits BVerfGE 13, 97, 113 -.

Gerade im Kontext der zu Art. 12 GG entwickelten „Dreistufenlehre“, deren Vorbildfunktion für das hier einschlägige sonn- und feiertagsspezifische Rechtfertigungsmodell bereits oben nachgewiesen wurde, hat das Bundesverfassungsgericht schon früh originäre, verfassungsgerichtlich nur begrenzt nachprüfbare Einschätzungsprärogativen des Gesetzgebers anerkannt, die namentlich auch die Gewichtung kollidierender Gemeinwohlbelange betreffen. Bereits oben

- vgl. 1 b -

wurde insoweit auf den sog. Handwerksbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Juni 1961 verwiesen, mit dem das Gericht konstatierte, dass die bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung

*„allenthalben auftretenden Wertungs- und Abwägungsfragen ... die Auffassung des Gesetzgebers ... nicht beanstandet werden kann, solange nicht eindeutig ist, dass sie von unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht oder mit der Verfassung in Widerspruch steht“.*

Dass diese richterliche Zurückhaltung auch die höchste Rechtfertigungsebene von Grundrechtseingriffen betrifft, die einer Rechtfertigung durch „*überragend wichtige Gemeinschaftsinteressen*“ bedürfen, stellte das Gericht wenige Jahre später in seinem Beschluss zum „*Mühlenstrukturgesetz*“ vom 18. Dezember 1968 klar, in dem es heißt:

*„Dem Gesetzgeber kann es ... nicht verwehrt sein, auch künftigen, nicht auszuschließenden Gefahren rechtzeitig vorzubeugen ... Dem dürfen die Gerichte nicht ihre eigenen – ebensowenig strikt beweisbaren – Überzeugungen über den voraussichtlichen Verlauf einer ... Entwicklung entgegenzusetzen“*

- BVerfGE 25, 1, 17 -.

Vor diesem Hintergrund wird man eine Befugnis des Gesetzgebers zur autonomen Gewichtung der von ihm verfolgten Gemeinwohlziele und -zwecke

auch in Ansehung der Ladenschlussregelungen nicht ernstlich bezweifeln können. Vorauszusetzen ist dabei freilich, dass die Erwägungen des Gesetzgebers nicht jene Schwelle der offensichtlichen Fehlsamkeit dahingehend überschreiten, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen mehr abgeben können. Die hiermit gezogene „rote Linie“ dürfte freilich in der Praxis nur in extremen Ausnahmefällen relevant werden.

### **c) Differenzierungspotential**

Auf der Grundlage der vorangegangenen Systematisierungen lässt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Spielraum für weitreichende Differenzierungen, die damit auch Ansätze für „niedrigschwellige“ Öffnungsregelungen bietet.

(1)

Denn wenn das Gericht besonders hohen Anforderungen für flächendeckende, auf viele Stunden bemessene und den gesamten Einzelhandel erfassende Freigabe der Ladenöffnung an mehreren Sonn- und Feiertagen stellt

- aaO., Rn. 159 -,

bedeutet dies umgekehrt, dass die konkreten Rechtfertigungsanforderungen umso niedriger anzusetzen sind, je mehr sonntägliche Ladenöffnungen räumlich, zeitlich und gegenständlich umhegt sind, also etwa

- nur an einzelnen Sonn- und Feiertagen vorgesehen sind,
- auf eine begrenzte Stundenzahl,
- auf bestimmte Orte oder Ortsteile,
- auf bestimmte Handelssparten oder Warengruppen begrenzt bleiben und womöglich
- in einem normativen Umfeld stehen, das spezifische Arbeitnehmerschutzregelungen (Zeitausgleich/Freiwilligkeitsmodelle) oder auch eingeschränkte werktägliche Ladenöffnungen vorsieht und hierdurch Bedeutung und Gewicht des sonn- und feiertäglichen Ladenschlusses relativiert

-zu letztgenanntem Konnex BVerfG, aaO., Rn. 169; zur sozialpolitischen Abfederung von Ladenöffnungen durch das Recht der allgemeinen Arbeitszeitregeln auch BVerfGE 111, 10, 46 – *diss. vote* Papier u. a. -.

Mit dieser Dynamisierung der Rechtfertigungsanforderungen dürften auch vormalige Einwände aus dem Schrifttum entschärft sein, die aus der Formulierung des Art. 139 WRV, wonach die Sonn- und Feiertage explizit „*als Tage*“ geschützt werden, strenge Vorgaben selbst für kurzzeitige Ladenöffnungen ableiten wollten

- vgl. Kingreen/Pieroth, NVwZ 2006, 1221, 1226, dort freilich nur bezogen auf eine regelmäßige kurzzeitige Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen -.

(2)

Ebenso bietet der Umstand, dass das Gericht der „*öffentlichen Wahrnehmung*“ bzw. der „*prägenden öffentlichen Betriebswirkung der Verkaufsstellenöffnung*“

- Rn. 184 -,

zugleich sachliche Ansatzpunkte dafür, im Bereich weniger öffentlich wahrnehmbarer Aktivitäten zu einer deutlicheren Berücksichtigung konfligierender Rechtsgüter zu gelangen. So erwähnt das Gericht selbst die Möglichkeit von wettbewerbs- und arbeitsmarktpolitisch begründeter Ausnahmeregelungen für den industriellen Bereich,

*„zumal diese (scil.: Ausnahme, d. V.) der öffentlichen Wahrnehmung weitgehend entzogen ist und ihr damit kein prägender Charakter für den äußeren Ruherahmen der Sonntag zukommt“*

- Rn. 157 -.

Entsprechende Erwägungen aber dürften nicht nur dort greifen, wo gewerbliche Tätigkeiten durch die innerbetriebliche Organisation gleichsam dem öffentlichen Blick entzogen sind. Vielmehr greifen die Überlegungen des Gerichts erkennbar auch dort, wo bestimmte Gewerbe- einschließlich Einkaufsbereiche aufgrund ihrer Lage oder anderer Umstände von dem klassischen sonn- und feiertäglichen Lebensumfeld räumlich separiert werden können, insbesondere auch deshalb, weil sie typischerweise ausschließlich oder zumindest typischerweise vorrangig oder sogar allein zu Einkaufszwecken aufgesucht werden. Denn eine womöglich „*werktägliche Geschäftigkeit*“, von der ausschließlich die hieran interessierten Bevölkerungsteile berührt werden, schlägt in diesem Falle erkennbar nicht auf die vom Bundesverfassungsgericht hervorgehobenen Bevölkerungskreise zurück,

*„die weder arbeiten müssen noch einkaufen wollen, sondern Ruhe und seelische Erhebung suchen, namentlich auch die Gläubigen christlicher Religionen und die Religionsgemeinschaften selbst, nach deren Verständnis der Tag ein solcher der Ruhe und der Besinnung ist“*

- aaO., Rn. 166 -.

Diese einschränkenden Erwägungen mögen zwar mit Blick etwa auf den Arbeitnehmerschutz nicht ohne Weiteres zu einem vollständigen Zurücktreten des Sonn- und Feiertagsschutzes führen, müssen aber nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Schutzkonzeption zumindest zu einer erheblichen Absenkung der Rechtfertigungsanforderungen an die Öffnung von Verkaufsstellen führen. Dies erst recht, soweit die Belange des Arbeitnehmerschutzes durch besondere Absprachen, etwa Zeitausgleichs- oder Freiwilligkeitsabreden, gesichert werden können. Denn eine individuelle Pflicht zur Sonntagsruhe wird man Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV gewiss nicht entnehlen können.

(3)

Schließlich impliziert die hier durchgängig hervorgehobene Einschätzungsprärogative mit der in diese eingeschlossene Kompetenz zur Konkretisierung von Gemeinwohlzielen, dass der Gesetzgeber auch neue, bislang noch nicht in den Diskurs um den Sonn- und Feiertagsschutz einbezogene Einsichten bzw. Absichten zu Gemeinwohlzielen erklärt und diesen hierbei auch eine besondere gesellschaftspolitische Wertigkeit beimisst

- zu eng insoweit K. Fuchs, NVwZ 2005, 1026, die als Gemeinwohlbelange nur solche Gründe ansieht, *„die in der öffentlichen Diskussion besonders berücksichtigt werden und im öffentlichen Interesse liegen“* -.

(a)

Beispielhaft lässt sich insoweit das seit längerem zu beobachtende und zunehmend drängende städtebauliche Problem der Verödung zahlreicher Innenstädte nennen

- hierzu zuletzt eine Studie des Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung und des Handelsverbands Deutschland (HDE), derzufolge bis 2020 schätzungsweise 50.000 Standorte vom Markt verschwinden werden, was etwa zehn Prozent des derzeitigen Angebots ausmache, vgl. hierzu den Zeitungsbeitrag aus der „Welt“

<https://www.welt.de/wirtschaft/article165248634/Deutschlands-Innenstaedte-drohen-zu-veroeden.html> -,

das zugleich, wenn nicht gar vorrangig eine Frage des wirtschaftlichen Überlebens der örtlichen Verkaufsstelleninhaber insbesondere des mittelständischen Fachhandels darstellt, die durch die Ladenschlussregelungen unmittelbar in ihren grundrechtlich geschützten Positionen betroffen werden. In diesem Kontext ist zusätzlich darauf hinzuweisen, dass § 1 Abs. 6 Nr. 4 BauGB *„die Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche“* explizit als einen in der Bauleitplanung zu berücksichtigenden öffentlichen Belang bzw. legitimes Gemeinwohlinteresse ausweist. Hinter diesem öffentlichen Belang

stehen namentlich die grundrechtlich geschützten Versorgungsinteressen der Bevölkerung, insbesondere die Versorgungsinteressen der weniger mobilen, älteren Bewohner, aber auch das für die Erhaltung attraktiver Wohnverhältnisse gewichtige Interesse an einer Entzerrung und Dämpfung des innerstädtischen Verkehrs durch eine möglichst wohnortnahe Versorgung.

Den dargestellten öffentlichen sowie privaten-grundrechtlichen Belangen kommt schon nach geltendem Recht ein erheblicher verfassungsrechtlicher Rang zu, der keinesfalls a priori hinter den Aspekten der Sonn- und Feiertagsruhe zurücktritt. Insbesondere kommt dem Gesetzgeber hinsichtlich der Zwecktauglichkeit sonn- und feiertäglicher Ladenöffnungen eine verfassungsgerichtlich nur eingeschränkt kontrollierbare Einschätzungsprärogative zu, die keineswegs zur Vorlage geschlossene „Beweisketten“ zwingt. Dass sich hieraus beachtliche Handlungsspielräume ergeben, legen gerade auch neuere Untersuchungen da, die auf eine nicht zu unterschätzende Relevanz der Ladenöffnungsregelungen für den wirtschaftlichen Erfolg des mittelständischen Einzelhandels hindeuten. Hinzuweisen ist in diesem Kontext namentlich auf die forcierte Entwicklung des Online-Handels, der ausweislich neuerer Untersuchungen speziell in den allgemeinen, respektive sonn- und feiertäglichen Ladenschlusszeiten „boomt“

- hierzu eine BITKOM-Studie aus dem Jahre 2014 mit der Aussage: „*Online-Shopper kaufen am liebsten sonntags und nach 18 Uhr*“, vgl. <https://www.erfurt.ihk.de/servicemarken/branchen/Handel/Online-Handel/Aktuelle-Zahlen-und-Fakten-zum-Online-Handel/1394032>: ähnl. A. Berg (BITKOM), Präsentation zum Thema „*Trends im Online-Shopping*“ vom 13.8.2015, Bl. 4, wonach 71 % der Befragten die Unabhängigkeit von Ladenöffnungszeiten als Grund für den Online-Einkauf nennen; abrufbar unter <https://www.bitkom.org/Presse/Anhaenge-an-PIs/2015/08-August/Bitkom-Pressekonferenz-Trends-im-E-Commerce-13-08-2015-Praesentation-final.pdf> -

und einen zunehmenden Anteil des Umsatzvolumens auf sich konzentriert.

Da eine Begrenzung des Online-Einkaufs schon aus europarechtlichen Gründen nationalstaatlich nicht durchsetzbar sein dürfte, liegt die Überlegung nach, den gebotene Interessenausgleich bzw. das Gemeinwohlinteresse an einer Belebung der Innenstädte zumindest auf kurze und mittlere Sicht durch eine Nachjustierung bzw. kontrollierte Ausweitung der sonn- und feiertäglichen Öffnungszeiten für den stationären Handel zu bewirken. Dagegen dürfte sich das Problem des Einzelhandels in den Innenstädten derzeit nicht allein durch den – sicherlich wünschenswerten – Ausbau des parallelen Internetversandes durch die lokalen Verkaufsstellen lösen lassen

- in diese Richtung aber Chr. Hufen, Der Ausgleich verfassungsrechtlich geschützter Interessen bei der Ausgestaltung des Sonn- und Feiertagsschutzes, 2014, S. 395 f. -.

Entsprechendes dürfte im Hinblick auf ebenfalls denkbare planungsrechtliche Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers gelten. Denn unabhängig davon, ob man diesen überhaupt eine gleiche Eignung zubilligen könnte

- hiergegen dezidiert Schmitz, BauR 2000, 1274, 1280 -,

bleibt es nach dem Konzept des Grundgesetzes dem Gesetzgeber überantwortet zu entscheiden, welche Instrumente er für geeignet und erforderlich erachtet, um gegen die von ihm für relevant erachteten Gemeinwohrrisiken oder -gefährdungen vorzugehen. Der hiernach eröffneten Bewertungsspielraum endet erst dort, wo die Erwägungen des Gesetzgebers so offensichtlich fehlsam sind, dass sie

*„vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können“*

- BVerfGE 77, 84, 106 ff. -.

Eben dies aber wird man in Ansehung vielfältiger Studien zu den Zusammenhängen zwischen der Ladenöffnung und der Stadtentwicklung keinesfalls annehmen können.

(b)

Eine gesetzlichen Verfolgung der dargestellten öffentlichen sowie privatrechtlichen Belange steht insbesondere nicht entgegen, dass das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom 23.3.1982 zur Stuttgarter Klett-Passage angenommen hat, dass

*„die Abwehr polizeilicher Gefahren, die durch die Verödung der Klett-Passage in den Abendstunden entstehen“,*

im Hinblick auf den Zweck und die Systematik des § 23 LadSchlG nicht berücksichtigungsfähig seien

- BVerwG, NJW 1982, 2513, 2514; für eine Fokussierung des Bundesladenschlussgesetzes auf Ziele des Arbeitsschutzes sowie der Sicherung der Wettbewerbsneutralität in Bezug auf Verkaufsstellen ohne Angestellte BVerfG, NJW 2004, 2363, 2364; vgl. auch Rozek, NJW 1999, 2921, 2923; für eine „städtebauliche Relevanz“ des Ladenschlussrechts aber etwa Schmitz, BauR 2000, 1274, 1275-.

Denn die dortigen Ausführungen bezogen sich allein auf die Interpretation der dort einschlägigen einfachgesetzlichen Regelung des § 23 LadSchlG und

können damit die grundsätzliche Befugnis des Gesetzgebers, den Gefahren einer Verödung der Innenstädte sowie insbesondere einer drohenden Funktionsbeeinträchtigung zentraler Versorgungsbereiche - ggf. im Rahmen einer Neuordnung des Ladenschlussrechtes - entgegen zu wirken, nicht in Frage. Insbesondere ändert diese Öffnung des Blickwinkels nichts an den kompetenziellen Grundlagen für die Ladenschlussgesetzgeber, da maßgeblich für die kompetenzielle Zuordnung nicht das Ziel einer Regelung ist, sondern der betroffene Regelungsbereich

- vgl. etwa BVerfG, NJW 2008, 2409, 2411 Rn. 98 „Maßgebend für die Verteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern in Art. 74 GG ist der Gegenstand des jeweiligen Gesetzes ... , nicht das vom Gesetzgeber in den Blick genommene Gemeinwohlziel“ - ,

der hier auch weiterhin allein das Ladenschlussrecht bliebe.

(c)

Auch soweit territorial differenzierende Ansätze für sonn- und feiertägliche Ladenöffnungen im Schrifttum vereinzelt als ihrerseits grundrechtswidrig eingestuft werden, vermag dies nicht zu überzeugen. Dies gilt namentlich für den von F. Hufen - übrigens entgegen eigener früherer Bewertungen - erhobenen Vorwurf eines verfassungswidrigen Gleichheitsverstößes

- so F. Hufen, NVwZ 2001, 2001 ff.; anders noch ders., NJW 1986, 1291, 1300, der dort „die Sorge um die weitere Lebensfähigkeit der Innenstädte“ durchaus als relevanten „städtebauliche(n) Aspekt“ benennt und „die Offenhaltung wenigstens einiger Geschäfte“ fordert; noch deutlicher ders., ebda., S. 1301, wenn dort „zonenmäßige Differenzierungen“ innerhalb von Stadtgebieten vorgeschlagen werden - .

Die Annahme eines Gleichheitsverstößes dürfte bereits an der Unterschiedlichkeit der Sachverhalte scheitern. Denn Art. 3 Abs. 1 GG verbietet allein die sachwidrige Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem, nicht aber die differenzierende Antwort des Gesetzgebers auf Problemlagen, die sich an verschiedenen Stellen in unterschiedlicher Art und Intensität manifestieren. Dass es insoweit aber relevante Unterschiede zwischen Innenstadtbereichen als den traditionellen Zentren des gesellschaftlichen Lebens auf der einen Seite und den Standorten „auf der grünen Wiese“ auf der anderen Seite gibt, steht außer Frage

- hierzu eingehend Schmitz, BauR 2000, 1274, 1275; a. A. aber wohl F. Hufen, NVwZ 2001, 1009, 1011, der sogar die „Abgrenzbarkeit von `Innenstadt` und `grüner Wiese`“ in Zweifel zieht - .

Entsprechendes gilt zumal für die „zentralen Versorgungsbereiche“ im Sinne des § 1 Abs. 6 Nr. 4 BauGB, die eine verbrauchernahe Versorgung sicherstel-



len und zu einer Verminderung des Anfahrtsverkehrs beitragen sollen. Gerade hierin unterscheiden sich die zentralen Versorgungsbereiche maßgeblich von Standorten, die nur über eine längere Anfahrt erreichbar sind. Angesichts dieser höchst unterschiedlichen Ausgangslage erscheint es weder rechtlich noch tatsächlich gerechtfertigt, etwaige Differenzierung zur Lösung der Sonderprobleme in den Innenstädten mit dem von Hufen formulierten Etikett des „*City-Privilegs*“ zu belegen. Vielmehr geht es um öffentliche Interessen, die der Gesetzgeber legitimerweise aufzugreifen befugt ist

- wie hier auch Schmitz, BauR 2000, 1274, 1278 -.

Auch der von F. Hufen erhobene Vorwurf eines unzulässigen Eingriffs in den durch Art. 12 GG geschützten Wettbewerb greift im Ergebnis nicht durch. Fraglich ist bereits, ob administrative Freigaben der Ladenöffnung, die sich auf örtlich begrenzte Bereiche beziehen, überhaupt als Eingriff in Grundrechtspositionen der außerhalb der betroffenen Zonen angesiedelten Verkaufsstelleninhaber eingestuft werden können. Hiergegen spricht, dass das Bundesverfassungsgericht die Ableitung eines Rechts auf „*Schutz vor Konkurrenz*“ aus Art. 12 GG bislang durchgängig abgelehnt hat

- BVerfGE 39, 329, 336; BVerfG, NJW 1995, 2938, 2939; zu dieser gewiss problematischen Rechtsprechung eingehend Dietlein, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 1860 ff -.

Mittelbar nachteilige Effekte auf die Wettbewerbssituation werden nach diesem dogmatischen Konzept regelmäßig erst relevant, wenn es um „*schwere und unerträgliche Beeinträchtigungen*“ geht

- weitergehend iS. einer Spürbarkeitsgrenze immerhin Rozek, NJW 1999, 2921, 2929 -.

Diese besondere Ausgangssituation lässt sich auch nicht mit der These beiseiteschieben, dass territorial begrenzte Ladenöffnungen als (zielgerichtete) „*Bekämpfung*“ von Einkaufszentren zu verstehen seien

- so aber F. Hufen, aaO., S. 1012; anders noch ders., NJW 1986, 1291, 1301, wonach „*nicht dagegen (spräche), den Städten und Gemeinden die Möglichkeit zu geben, ... solche Bereiche zu schaffen*“ -.

Denn zum einen werden drohende Abwärtsentwicklungen bei zentralen Versorgungsbereichen oder insgesamt in Innenstädten nicht notwendig mit suburbanen Gegenpolen in Verbinden stehen, sondern können auch auf andere Gründe zurückgehen.

Zum anderen ist mit Wallerath davon auszugehen,

*„dass Ausnahmeregelungen keine Maßnahmen bedeuten, mit denen der Staat `zielgerichtet` gewisse Rahmenbedingungen verändert, um zu Lasten bestimmter Unternehmen einen im öffentlichen Interesse liegenden Erfolg herbeizuführen“*

- vgl. dens., NJW 2001, 781, 787, der selbst freilich über die Deutung der Ladenöffnungsregulierung im Sinne einer staatlichen Verteilung begrenzter Ressourcen bzw. die staatliche Zuteilung von Erwerbchancen zu parallelen Ergebnissen gelangen will -.

Soweit daher außerhalb bestimmter Bezirke ansässigen Unternehmen die faktischen Vorteile einer anderenorts aus legitimen Gemeinwohlgründen, insbesondere der Bekämpfung regional begrenzter Fehlentwicklungen durchgeführten Maßnahme vorenthalten bleiben, handelt es sich hierbei nicht um staatliche (mittelbare) Eingriffsakte, sondern um bloße „Reflexwirkungen“. Diese Reflexwirkungen aber können allenfalls in extremen Ausnahmefällen als „mittelbare Eingriffe“ gedeutet werden, wäre aber selbst dann - ebenso wie klassische Eingriffe - durchaus auch rechtfertigungsfähig.

Ganz auf der Linie der hier vertretenen Einschätzung verneint denn auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung überwiegend eine sog. „drittschützende“ Wirkung ladenschlussrechtlicher Regelungen in Bezug auf Unternehmen, die gegen die behördliche Erteilung ladenschlussrechtlicher Ausnahmegenehmigungen an ihre Wettbewerber vorgehen wollen

- vgl. grdl. BVerwGE 65, 167, 169 und 1971 = NJW 1982, 1513 ff.; OVG Bautzen, NJW 1999, 2539; VGH München, BayVBl. 1985, 125; hierzu auch Tegebauer, GewArch. 2002, 185, 189 f.; a. A. aber OVG Bremen, NVwZ 2002, 873 ff. m. abl. Anm. Schmitz, NVwZ 2002, 822 ff., sowie - freilich mit der Beschränkung auf „Mitbewerber derselben Branche ... in der Nachbarschaft des Geschäftslokals“ VGH Mannheim, GewArch. 1979, 391; eingehend zu dieser Problematik Wallerath, NJW 2001, 281 ff. mwN; Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO-Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 42 Rn. 447 mwN. -.

Soweit F. Hufen die Legitimität derartiger Zielvorgaben ferner unter den - ebenfalls eingriffsakzessorischen - Aspekten der „Geeignetheit“ und „Erforderlichkeit“ parzellierender Lösungen in Frage stellt, steht diesen Erwägungen die hier bereits mehrfach erwähnte Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers entgegen. Gerade in Bezug auf nicht abschließend geklärte Sachverhalte sowie die Tauglichkeit potentieller Handlungsinstrumentarien gibt diese Einschätzungsprärogative dem Gesetzgeber weitreichende Spielräume, die erst an der Grenze des „*offensichtlich Fehlsamen*“ enden

- hierzu bereits oben 1 b -.

Verfassungsrechtlich nicht durchschlagend ist insofern namentlich der gegen territorial-differenzierende Modelle vorgebrachte Einwand, dass

*„nicht nachweisbar (ist), dass eine undifferenzierte erweiterte Abendöffnung der Versorgungsvielfalt und Urbanität der Innenstädte schaden würde“*

- so aber F. Hufen, aaO., S. 1011; entsprechendes gilt für die dortigen Ausführungen zur Erforderlichkeit territorial differenzierender Lösungsmodelle -.

Denn der hier suggerierten „Nachweispflicht“ unterliegt der Gesetzgeber im Rahmen der Prävention und Abwehr von ihm für nachteilig erachtete Entwicklungen gerade nicht.

Und selbst wenn die Unschädlichkeit unbegrenzter Ladenöffnungen zur Zielerreichung unterstellt würde, wäre spätestens nach dem Konzept des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 1.12.2009 eine territoriale Begrenzung von Ladenöffnungsregelungen immer noch mit Blick auf das aus Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV abzuleitende Gebot eines möglichst umfassenden Schutzes der Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen zu rechtfertigen, wenn nicht sogar zu fordern.

Soweit F. Hufen schließlich die „Angemessenheit“ territorial differenzierender Modelle unter Verweis auf den Vertrauensschutz der außerhalb der Zentren angesiedelten Unternehmen in Frage stellt, kann auch dies die Legitimität des dargestellten Gemeinwohlziels nicht erschüttern. Denn abgesehen davon, dass es auch hierbei um einen eingriffsakzessorischen Aspekt geht, der mangels Eingriffsqualität in aller Regel nicht erst zum Zuge kommt, liegt ein relevanter Verstoß gegen die Angemessenheit staatlichen Handelns erst vor, wenn die Nachteile einer Maßnahme außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen. Eben dies aber wird man für Maßnahmen zur Prävention und Abwehr drohender Gefahren für die Innenstädte sowie insbesondere zentrale Versorgungsbereiche, die zugleich dem Prinzip der möglichst umfassenden Wahrung der sonn- und feiertäglichen Arbeitsruhe Rechnung tragen müssen, nicht annehmen können. Insofern dürften sich die Parameter gerade durch das nach dem Erscheinen der Untersuchung von F. Hufen ergangene Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1.12.2009 maßgeblich verändert haben.

(d)

Vor dem Hintergrund der eingangs dargestellten Gemeinwohlkonkretisierungsfunktion des Gesetzgebers und der damit einhergehenden Befugnis auch zur Gewichtung der von ihm zu verfolgenden Gemeinwohlinteressen ist

somit von einem Mandat des Gesetzgebers auszugehen, städtebauliche Belange wie insbesondere das Ziel der Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche oder der Wahrung intakter Wohn- und Lebensverhältnisse in den Innenstädten auf spezialgesetzlicher Basis als Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen der Sonn- und Feiertagsruhe aufzugreifen. Hierbei wären nach Maßgabe legislativer Einschätzung räumliche Differenzierungen nicht nur innerhalb bestimmter Bereiche einer konkreten Gemeinde bzw. Stadt denkbar, sondern ggf. auch Differenzierungen nach der Größe von Städte und Gemeinden bzw. Differenzierungen nach Städten und Landgemeinden

- hierzu etwa Schmitz, BauR 2000, 1274, 1275 f. -.

In Betracht zu ziehen wären schließlich aber auch differenzierende Ausnahmeregelungen nach Maßgabe konkrete objektiver Parameter zur Bewertung des Zustandes der Innenstädte, wobei etwa abgestellt werden könnte auf

- relevante Leerstände von Wohn- und Geschäftsimmobilien,
- eine schwindende Diversität des Ladenangebotes, insbesondere auch im mittelständischen Einzelhandel,
- die Fluktuation der Anbieter oder „*trading-down*“-Effekte im Sinne von Mindernutzungen.

### III. Legislative Handlungsspielräume im Lichte der Entscheidung des BVerfG

#### A. Zum Streit um die bestehenden einfachrechtlichen Regelungen

Die vorangegangenen Überlegungen legen nahe, dass die geltenden Ladenschlussgesetze die verfassungsrechtlich bestehenden Handlungsspielräume der zuständigen Landesgesetzgeber keineswegs ausschöpfen. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die derzeit vor den Verwaltungsgerichten ausgefochtenen Streitigkeiten über die Reichweite einer zulässigen Ladenöffnung „aus Anlass von Märkten, Messen und ähnlichen Veranstaltungen“ nach dem im Freistaat Bayern fortgeltenden § 14 Bundesladenschlussgesetz

- grundlegend BVerwG, Urt. vom 11.11.2015 – 8 CN 2/14 -.

Denn die dortigen Auseinandersetzungen betreffen – ebenso wie die oben erwähnte Diskussion um die Ladenöffnung als Instrument der Gefahrenprävention - allein die Auslegung einer durch den einfachen Gesetzgeber aktuell formulierten Regelungsvorgabe für Ladenöffnungen, die damit einer grundsätzlich jederzeitigen „Nachjustierung“ durch den Parlamentsgesetzgeber offensteht.

Denkbar wäre dabei insbesondere, dass der Landesgesetzgeber den Versorgungsinteressen der Besucher eine stärkere Gewichtung zuerkennt oder aber andere, bislang kaum berücksichtigte Gemeinwohlinteressen wie etwa das der werbenden Eigendarstellung der Kommunen oder des örtlichen Gewerbes anlässlich bestimmter öffentlicher Veranstaltungen neu oder zumindest stärker in eine Neuregelung einfließen ließe. Auf den naheliegenden Gemeinwohlbelang der Erhaltung und Förderung zentraler Versorgungsbereiche im Sinne des § 1 Abs. 6 Nr. 4 BauGB, der aufgrund der ökonomischen Relevanz anlassbezogener Ladenöffnungen durchaus auch in diesem Kontext aufgegriffen werden könnte, wurde insoweit bereits hingewiesen.

Soweit das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 11.11.2015 davon ausgeht, dass die vormalige Rechtsprechung zu § 14 LadSchlG dem Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV

*„noch nicht genügend Rechnung (trägt), weil sie nur verlangt, dass der Markt für sich genommen einen starken Besucherstrom auslöst, aber nicht ausschließt, dass daneben die Ladenöffnung den öffentlichen Charakter des Tages maßgeblich prägt“*

- aaO., Rn. 23, zu dieser Rechtsprechung, die auf eine relevante wirtschaftliche Inanspruchnahme durch die Veranstaltungsbesucher abstellte, Tegebauer, GewArch 2004, 321, 324 mwN. -,

betrifft dies zwar ebenfalls nur die Auslegung der gegenwärtigen und damit nachjustierbaren Regelung mit ihrer primär versorgungsspezifischen Ausrichtung

- vgl. oben 2 b -.

Gleichwohl soll an dieser Stelle auf offenkundige Schwachstellen in der Argumentation des Gerichts hingewiesen werden. So steht die vom Bundesverwaltungsgericht als Argument für „*weitergehende verfassungskonforme Einschränkung*“ der Norm geäußerte Besorgnis, dass „*die Ladenöffnung den öffentlichen Charakter des Tages maßgeblich prägt*“, erkennbar in einem kaum überbrückbaren Kontrast zu der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach gerade der Ladenöffnung wegen ihrer öffentlichen Wahrnehmbarkeit gleichsam naturgemäß eine prägende Wirkung für den äußeren Charakter des Tages zukommt und eben deshalb der Notwendigkeit einer hinreichenden sachlichen Rechtfertigung unterliegt

- vgl. BVerfG, Urt. vom 1.12.2009, Rn. 166: „*Gerade die Ladenöffnung prägt aber wegen ihrer öffentlichen Wirkung den Charakter des Tages in besonderer Weise*“ -.

Die vom Bundesverwaltungsgericht explizit verfolgte Intention, nämlich zu verhindern, dass neben den Märkten auch „*die Ladenöffnung den öffentlichen Charakter des Tages maßgeblich prägt*“, deutet damit eine typische Wesenseigenschaft der Ladenöffnung fehlerhaft im Sinne eines zwingenden Ausschlussgrundes für Ladenöffnungen. Die dahinterstehende Vorstellung, dass den Märkten und sonstigen Veranstaltungen nur dann eine verfassungsrechtlich hinreichende Rechtfertigungswirkung zukommen könne, wenn die Ladenöffnung gleichsam als „*Quantité négligeable*“ bzw. neben den Märkten nicht mehr wahrnehmbar zurücktritt, kann dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1.12.2009 erkennbar nicht mehr entnommen werden

- im Erg. auch VGH Bad.-Württ., Beschl. vom 13.3.2017, 6 S 309/17 Rn. 11 -.

Vielmehr wird man in Ansehung des vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Schutzkonzeptes gerade umgekehrt davon ausgehen müssen, dass die verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen an sonn- und feiertägliche Ladenöffnungen umso geringer zu bemessen sind, je weniger die Ladenöffnung einen maßgeblichen Einfluss auf den öffentlich-wahrnehmbaren Charakter des Tages hat. Die vom Bundesverwaltungsgericht für erforderlich erachtete Dominanz einer marktähnlichen Veranstaltung für die öffentliche Prägung des Tages müsste insofern bei konsequenter Fortsetzung

des Gedankens dazu führen, dass das vom Bundesverfassungsgericht statuierte Rechtfertigungserfordernis mangels einer maßgeblichen Prägung des Tages durch die Ladenöffnung – gerade umgekehrt - gänzlich entfielen.

Nicht zuletzt aber führt die Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts zu der wenig einleuchtenden Konsequenz, dass eine nach dem Gesetzestext mögliche Verwaltungsentscheidung zugunsten der Öffnung von Verkaufsstellen aus Anlass von Messen und Märkten rechtmäßig solange ist, wird sonstige Dritte an der Ladenöffnung kein oder allenfalls ein geringes Interesse zeigen, dieselbe Verwaltungsentscheidung bei gleichbleibender Frequentierung durch Messe- oder Marktbesucher aber rechtswidrig wird, sobald das Angebot auch von Dritten als attraktiv wahrgenommen und angenommen wird. Mit dieser Rechtsprechung sanktioniert das Bundesverwaltungsgericht dann aber im Ergebnis nichts anderes als das Interesse weiterer Bevölkerungsteile an einer flexibleren sonn- und feiertäglichen Ladenöffnung. Zugleich verhindert diese Rechtsauslegung gerade in größeren Städten de facto weitgehend eine Umsetzung der gesetzlichen Zielvorgaben, da anlassbezogene Ladenöffnungen hier automatisch auf das Interesse großer Teile der Bevölkerung stoßen werden.

Auch insoweit erscheint eine Korrektur der höchstrichterlichen Rechtsprechung und eine Rückkehr zu der früheren Auslegung, derzufolge die durch die Ladenöffnung selbst ausgelösten Besucherströme bei Prüfung des Ausnahmegrundes ohne Relevanz bleiben

- vgl. in diesem Sinne noch OVG NRW, Beschl. vom 22.11.2002: *„Dabei ist es unschädlich, wenn die weiteren, erst durch die verlängerte Ladenöffnungszeit angezogenen Besuchermengen die durch die Veranstaltung selbst ausgelöste Besuchermenge möglicherweise sogar um ein Vielfaches übersteigen“*, NVwZ 2003, 493, 494 -

dringend geboten und verfassungsrechtlich möglich. Ob diese zeitnah erfolgen wird, lässt sich freilich – ungeachtet der offenen Distanzierung des VGH Baden-Württemberg von der restriktiven Rechtsprechung

- vgl. oben I. sowie III. 1. -

schwer absehen. Denn immerhin kommt dem Bundesverwaltungsgericht eine abschließende Kompetenz in der Auslegung jedenfalls einfachrechtlicher Normen des Bundes zu.

Unabhängig hiervon aber verbleibt den Landesgesetzgebern die Möglichkeit, weitergehende Öffnungsentscheidungen aus Anlass von Messen, Märkten und anderen besucherrelevante Veranstaltungen dahingehend präzise zu for-

mulieren, dass neuerliche „verfassungskonforme Auslegungen“ in oben genanntem Sinne an dem klaren Wortlaut und dem erkennbar entgegen gesetzten Willen des Gesetzgebers scheiterten

- vgl. hierzu nur BVerfGE 101, 312, 329: *„Die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung endet dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde“*, unter Bezugnahme auch BVerfGE 18, 97, 111; 98, 17, 45 -.

Den Gerichten bliebe dann – soweit sie an ihrer restriktiven und nach hiesiger Auffassung nicht tragfähigen Argumentation festhalten wollten - keine andere Wahl, als eine von ihnen für verfassungswidrig erachtete Norm dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorzulegen (Art. 100 Abs. 1 GG). Da zufolge der dortigen Rechtsprechung indes kein Anlass für eine einengende Auslegung von Ladenöffnungsregelungen anlässlich von Märkten und Messen besteht, ließen sich neu und inhaltlich eindeutig formulierten Ladenöffnungsregelungen auf diesem Wege vor fachgerichtlichen „Uminterpretationen“ abschirmen.

Im Folgenden soll es daher darum gehen, die Gestaltungsspielräume des zuständigen (Landes-) Gesetzgeber im Rahmen künftiger Regelungsinitiativen näher zu konturieren. Hierbei soll zunächst dem Themenbereich „Adventssonntage“ näher nachgegangen werden (2). Hieran anschließend wird auf die legislativen Handlungsspielräume in Bezug auf die übrigen Sonn- und Feiertage einzugehen sein.

## **B. Streitthema Adventssonntage**

Soweit es um das Thema verkaufsoffene Sonntage im vorweihnachtlichen Einkaufsgeschäft geht, scheinen die legislativen Handlungsspielräume nach der Entscheidung vom 1.12.2009 zunächst eher eng bemessen. Zwar anerkennt das Bundesverfassungsgericht – wie bereits hervorgehoben – nicht näher bestimmte *„Besonderheiten der Vorweihnachtszeit“* bzw. des Weihnachtsgeschäftes. Und in der Tat dürfte sich das Weihnachtsgeschäft namentlich durch das eher enge, periodisch wiederkehrende Zeitfenster, seine spezifische Produktorientierung auf hochwertige Güter wie Schmuck, Uhren und Elektronik, aber auch Spiele und Bücher, sowie dem spezifischen, nicht selten im Familienverbund durchgeführten Einkaufsmodus auf Kundenseite deutlich von den *„alltäglichen Erwerbsinteressen“* im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abheben. Dennoch sieht das Gericht die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers auch mit Blick auf die Besonderheiten der Vorweihnachtszeit dahingehend beschränkt, dass dies eine Ladenöffnung



*„nur an einzelnen Sonntagen rechtfertigen (könnte)“*

- aaO., Rn. 177 -.

Welcher Spielraum dem Gesetzgeber mit dem Verweis auf „*einzelne Sonntage*“ konkret verbleibt, ist damit freilich nicht exakt bestimmbar.

Der „Duden“ definiert den Begriff „*einzel*“ im Sinne von „*für sich allein*“, „*nicht mit anderen zusammen*“, „*gesondert*“, alternativ aber auch im Sinne von „*vereinzelt*“, „*einige[s]*“, „*wenige[s]*“

- <http://www.duden.de/rechtschreibung/einzel#Bedeutung2> -.

Nach dem erstgenannten Begriffsverständnis wäre danach vor allem darauf abzustellen, dass verkaufsoffene Sonntage im Advent nicht in einer aufeinander folgenden Reihe vorgesehen werden dürfen, sondern gleichsam als „Solitär“ jeweils für sich alleine stehen müssen. Dies würde auf eine Anzahl von maximal zwei verkaufsoffenen Adventssonntagen (erster und dritter oder zweiter und vierter Adventssonntag) hinauslaufen. Diese Anzahl würde wohl auch noch dem an zweiter Stelle genannten – eher quantitativen – Ansatz („*einige*“, „*wenige*“) entsprechen

- für ein Limit von maximal zwei Adventssonntagen denn auch Chr. Hufen, Der Ausgleich verfassungsrechtlich geschützter Interessen bei der Ausgestaltung des Sonn- und Feiertagsschutzes, 2014, S. 405 -.

Ob hiermit die legislativen Spielräume tatsächlich ausgeschöpft sind, erscheint allerdings keineswegs eindeutig. So darf nicht übersehen werden, dass die betreffenden Passagen des Urteils auf einen ganz bestimmten Lebenssachverhalt bezogen sind, der keineswegs alle denkmöglichen Konstellationen der Ladenöffnung im Weihnachtsverkehr abdeckt.

### **1.-Weihnachtsöffnungen jenseits der Adventssonntage**

So ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts allein auf Verkaufsöffnungen speziell an den vier Adventssonntagen beziehen. Insofern verbleibt nach dieser Rechtsprechung durchaus Raum dafür, Sonntage außerhalb des Advents, also etwa weitere Sonntage im November, ebenfalls bereits für das Weihnachtsgeschäft zu öffnen.

### **2. Vormalige Berliner Sonntagsregelung als Extremvariante**

Ferner ist zu konstatieren, dass es in der umstrittenen Berliner Adventssonntagsregelung des § 6 Abs. 1 Alt. 2 BerlLadÖffG (a. F.) um den Extremfall einer flächendeckenden, generellen und voraussetzungslosen Freigabe der Öffnung aller Verkaufsstellen im Kontext einer ohnehin 24-stündigen werktäglichen Ladenöffnung ging

- von einer „*besonders weit*“ gehenden Regelung spricht auch Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 1346 -,

an die das Gericht in Anbetracht der maximalen Beeinträchtigungswirkung für die Sonntagsruhe denn auch maximale Rechtfertigungsanforderungen stellte. Die durch diese Normzuspitzung hervorgerufene Eskalation darf nicht den Blick dafür verstellen, dass durchaus auch „schlankere“ Varianten einer (zeitlich, räumlich oder gegenständlich) „dosierte“ Ladenöffnung an den Adventssonntagen denkbar wären, die sich dann zugleich deutlich geringeren Rechtfertigungsanforderungen ausgesetzt sähen.

Zu denken wäre insoweit etwa

- zeitlich enger begrenzte (nachmittägliche) Ladenöffnungen, die zumal außerhalb der Zeiten der Hauptgottesdienste liegen,
- an orts- oder stadtteilsbezogene Ladenöffnungen, insbesondere solche, die auf „zentrale Versorgungsbereiche“ im Sinne des § 1 Abs. 6 Nr. 4 BauGB beschränkt bleiben,
- an Ladenöffnungen, die auf im Weihnachtsgeschäft besonders relevante Verkaufsstellen oder Warengruppen beschränkt bleiben oder
- an Ladenöffnungen, die solche Verkaufsstellen betreffen, die sich – wie insbesondere die Bereiche Bücher, Filme und Musik, Kleider und Schuhe sowie Elektronik und Computer gehen, zunehmend aber auch um die Segmente Möbel, Kosmetik und Spielwaren - im Weihnachtsgeschäft in einem verschärften Wettbewerb mit Online-Anbietern sehen

- vgl. hierzu die statistische Auflistung bei <http://www.absatzwirtschaft.de/medien-bekleidung-und-elektronik-sind-wichtigste-umsatztreiber-im-online-weihnachtsgeschaeft-16397/> -.

Hierbei wäre auch an eine Kombination von räumlichen, zeitlichen und gegenständlichen Beschränkungen zu denken, was dann mit Blick auf die vielfältigen Besonderheiten des vorweihnachtlichen Einkaufs womöglich sogar

Raum für eine Erstreckung von Ladenöffnungsfreigaben auf alle vier Adventssonntage böte.

### **3. Wechselbeziehungen zwischen sonn- und werktäglicher Ladenöffnung**

Nicht außer Acht gelassen werden dürfen schließlich die vom Bundesverfassungsgericht selbst hervorgehobenen „Wechselbeziehungen“ zwischen der werktäglichen und einer sonntäglichen bzw. adventssonntäglichen Ladenöffnung, die in ihrem spezifischen Konnex gleichsam ein „System kommunizierender Röhren“ bilden. So leitet das Bundesverfassungsgericht die überaus hohen Rechtfertigungsanforderungen an eine flächendeckende Ladenöffnung an den Adventssonntagen im konkreten Falle auch daraus ab, dass das Land Berlin bereits für die Ladenöffnung an den Werktagen keinerlei Begrenzungen vorgesehen habe, so dass hierdurch

*„die Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen noch mehr an Bedeutung und Gewicht (gewinnt)“*

- aaO., Rn. 169 -.

Zudem werde durch die an den Werktagen maximal ausgedehnten Ladenöffnungszeiten der mögliche Rechtfertigungsgrund der Bedarfsdeckung zusätzlich abgewertet

- aaO., Rn. 171, ebenso Rn. 179-.

Anerkennt man diese Wechselbeziehungen zwischen der werktäglichen sowie der sonntäglichen Ladenöffnung, bedeutet dies umgekehrt aber zugleich, dass sich die legislativen Handlungsspielräume im Hinblick auf eine Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen – einschließlich der Adventssonntage - in dem Maße erhöhen, in dem der zuständige Gesetzgeber die Ladenöffnung „unter der Woche“ zeitlich beschränkt.

### **4. Begrenzter Rechtfertigungsansatz des vormaligen BerlLadÖffG**

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverfassungsgericht die Frage der Ladenöffnung an den Adventssonntagen – der Logik des Gesetzes folgend - allein unter dem Rechtfertigungsaspekt der Bedarfsdeckung und der hiermit einhergehenden „Besonderheiten der Vorweihnachtszeit“

- aaO., Rn. 177 -

geprüft und erörtert hat. Nicht Gegenstand der richterlichen Entscheidung waren insoweit wirtschafts- und arbeitsmarktpolitische, aber auch städtebaulich relevante Zielsetzungen dahingehend, dass das Weihnachtsgeschäft eine der wesentlichen ökonomischen Fundamente und je nach Region womöglich sogar Überlebensbedingung des stationären Handels, darstellt. Zwar findet sich ein knappes *obiter dictum* des Gerichts speziell zu den möglichen beschäftigungspolitischen Effekten verkaufsoffener Sonntage, die das Gericht dahingehend einschätzt, dass

*„sich bislang kein Hinweis auf die Gefahr eines beachtlichen Einbruchs im Einzelhandel ergeben (hat)“*

- aaO., Rn. 171 -.

Doch selbst hinsichtlich dieser beschäftigungspolitischen Frage, die sich allenfalls partiell mit den oben dargestellten Problemfeldern überschneidet, kann aus den Äußerungen des Gerichts keineswegs der Schluss gezogen werden, dass dem Gesetzgeber diesbezügliche Präventionsmaßnahmen verwehrt wären. Denn die Einschätzung von Risikolagen ist – auch nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – das ureigene Feld der Gesetzgebung und steht damit grundsätzlich außerhalb jeder gerichtlichen Kontrolle. So anerkennt das Bundesverfassungsgericht selbst für – anders als hier – „fernliegend“ erscheinende Risiken eine Befugnis des Gesetzgebers, angemessene Präventionsmaßnahmen zu ergreifen. Hierzu wurde bereits oben auf die Ausführungen im Urteil zum sog. Mühlengesetz verwiesen, wo es heißt:

*„Dem Gesetzgeber kann es aber nicht verwehrt sein, auch künftigen, nicht auszuschließenden Gefahrenlagen rechtzeitig vorzubeugen ... Dem dürfen die Gerichte nicht ihre eigenen – ebenso wenig strikt beweisbaren – Überzeugungen über den voraussichtlichen Verlauf einer wirtschaftlichen Entwicklung entgegensetzen“*

- BVerfGE 25, 1, 17 -.

Die ökonomische Einschätzung des Gerichts, dass mit der Ladenschließung an den Weihnachtssonntagen keine Gefahr eines beachtlichen Einbruchs im Einzelhandel einhergehe, bewirkt verfassungsrechtlich somit keine Bindung des Gesetzgebers an diese Einschätzung.

Wesentlicher aber dürfte sein, dass die jüngsten Wirtschaftsdaten erhebliche Zweifel an der seinerzeitigen Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts begründen und – im Gegensatz zu der dortigen Einschätzung – auf eine deutliche Verschlechterung der Situation des Einzelhandels gerade auch in Bezug

auf das Weihnachtsgeschäft hindeuten. So belegen neuere statistische Auswertungen nicht nur den erheblichen Anteil des Weihnachtsgeschäftes an dem Jahresumsatz des Einzelhandels

- statistische Auswertungen zeigen für das Jahr 2013 einen Anteil des Weihnachtsgeschäfts am Jahresumsatz bei Spielwaren in Höhe von 28 Prozent auf; für die Bereiche Keramik- und Glaswaren liegt der Wert bei 26 Prozent, für Bücher bei 24 Prozent und für Unterhaltungselektronik bei 23 Prozent. Der Gesamtanteil des Weihnachtsgeschäfts am Jahresumsatz im Einzelhandel liegt danach bei immerhin 18 Prozent; vgl. <https://de.statista.com/statistik/faktenbuch/333/a/services-leistungen/shopping/umsatz-weihnachtsgeschaef/> -,

sondern auch und zugleich den zunehmenden Konkurrenzdruck des Online-Weihnachtsgeschäfts, der sich speziell auch auf die im stationären Weihnachtsgeschäft zentralen Warengruppen wie Unterhaltungselektronik, Bücher oder Spielwaren bezieht

- <http://www.absatzwirtschaft.de/medien-bekleidung-und-elektronik-sind-wichtigste-umsatztreiber-im-online-weihnachtsgeschaef-16397/> -.

Diese Entwicklung erscheint umso besorgniserregender, als neue Untersuchungen gerade die Loslösung des Online-Handels von den Ladenschlusszeiten als eines der zentralen Argumente für den rasanten Anstieg der dortigen Umsatzentwicklung ausmachen und hierbei den Sonntag als einen der zentralen Zeitfenster für den Online-Handel identifizieren

- so zitiert die IHK Erfurt auf ihrer Website eine BITKOM-Studie aus dem Jahre 2014 mit der Aussage: „*Online-Shopper kaufen am liebsten sonntags und nach 18 Uhr*“, im Internet abrufbar unter: <https://www.erfurt.ihk.de/servicemarken/branchen/Handel/Online-Handel/Aktuelle-Zahlen-und-Fakten-zum-Online-Handel/1394032>; ähnl. A. Berg (BITKOM), Präsentation zum Thema „*Trends im Online-Shopping*“ vom 13.8.2015, Bl. 4, wonach 71 % der Befragten die Unabhängigkeit von Ladenöffnungszeiten als Grund für den Online-Einkauf nennen; abrufbar unter <https://www.bitkom.org/Presse/Anhaenge-an-PIs/2015/08-August/Bitkom-Presser-konferenz-Trends-im-E-Commerce-13-08-2015-Praesentation-final.pdf> -.

In Anbetracht der dem Gesetzgeber zukommenden Befugnis zur Gemeinwohlkonkretisierung kann daher kein ernstlicher Zweifel daran bestehen, dass der Gesetzgeber die mit dieser Situation einhergehenden Risiken von Ladenschließungen in den Innenstädten, insbesondere auch für die Aufrechterhaltung und die Funktionsfähigkeit der zentralen Versorgungsbereiche iS. des § 1 Abs. 6 Nr. 4 BauGB, in Angriff zu nehmen berechtigt und womöglich

sogar verpflichtet ist. Denn neben der vom Bundesverfassungsgericht thematisierten Schutzpflicht in Bezug auf das eher abstrakte Prinzip der Sonn- und Feiertagsruhe konstituiert das Grundgesetz zugleich sehr konkrete Schutz- und Förderpflichten auch in Bezug auf die Sicherung gedeihlicher Lebens- und Wohnverhältnisse für die Bürger, zu denen zumal die Grundversorgung im Nahbereich zählt, aber auch Schutz- und Förderpflichten gegenüber einem drohenden Verfall des gewerblichen und privaten Immobilien- und Unternehmenseigentums in den Innenstädten.

Vor diesem Hintergrund wird man dem Gesetzgeber die Befugnis nicht bestreiten können, dem Ziel der Erhaltung zentraler Versorgungsbereich sowie der Revitalisierung der Innenstädte eine „*besonders hohe*“, ggf. sogar „*herausragende*“ Gemeinwohlbedeutung beizumessen

- zu diesen Kategorien oben II C 3 b-,

was dann wiederum auch Beschränkungen der Sonntagsruhe – womöglich auch an zusätzlichen Adventssonntagen – rechtfertigen könnten.

## **5. Fazit**

Mit Blick auf die dargestellte Breite der von Ladenschlussregelungen berührten Gemeinwohlinteressen sowie in Anbetracht der vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten konkreter Ladenöffnungen wird man eine generelle und starre Grenze von zwei verkaufsoffenen Adventssonntagen nach hiesiger Auffassung nicht annehmen können. Immerhin aber wird eine mehr als zwei Adventssonntage betreffende „flächendeckende“, gegenständlich und zeitlich kaum näher eingegrenzte Ladenöffnung, wie sie nach der früheren Regelung des Berliner Ladenöffnungsgesetzes vorgesehen war, rechtlich nur zum Zwecke der Realisierung „*besonders gewichtiger*“ Gemeinwohlgründe möglich sein. Insofern würde dann der allgemeine Verweis auf „*Besonderheiten des Weihnachtsgeschäftes*“ nicht hinreichen. Immerhin aber dürften gewiss Spielräume bestehen, Ladenöffnungen für das Weihnachtsgeschäft bereits an einzelnen Sonntagen vor dem ersten Advent vorzusehen.

## C. Sonstige verkaufsoffene Sonn- und Feiertage

### 1. Zahlenmäßige Begrenzungen

Was die im politischen Raum vieldiskutierte Frage nach der maximal zulässigen Anzahl verkaufsoffener Sonn- und Feiertage im Jahr angeht, ist festzustellen, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1.12.2009 keine konkrete Höchstmarke formuliert

- so auch Mosbacher, NVwZ 2010, 537, 541 –

und in Anbetracht des dort entwickelten dynamischen Rechtfertigungskonzeptes auch nicht formulieren kann. Insbesondere soweit das Gericht die in dem vorgelegten Berliner Ladenöffnungsgesetz vorgesehene Ladenöffnung an vier (weiteren) Sonn- und Feiertagen für unbedenklich erachtet

- aaO., Rn. 181 -,

wird man dies nicht als Festlegung einer maximal zulässigen Höchstzahl verkaufsoffener Sonn- und Feiertage interpretieren können. Hiervon dürfte auch das Bundesverfassungsgericht selbst ausgehen, wenn es an späterer Stelle des Urteils ausführt, dass

*„der Berliner Landesgesetzgeber erkennbar gesehen (hat), dass er bei dem von ihm verfolgten Konzept einer flächendeckenden Freigabe der Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen unter geringen Voraussetzungen und ohne warengruppenspezifische Beschränkungen nur eine niedrige jährliche Höchstzahl ... ansetzen durfte*

- aaO. Rn. 194 -.

Diese Höchstzahl aber habe er

*„in nicht zu beanstandender Weise mit acht Sonn- und Feiertagen angesetzt“*

- aaO. -.

Auch unter Berücksichtigung der besonders intensiven Öffentlichkeitswirkung einer flächendeckenden, zeitlich und gegenständlich nicht näher eingegrenzten Ladenöffnung auf der einen sowie der geringen Voraussetzungen auf der anderen Seite ordnet das Gericht hier die Anzahl von acht verkaufsoffenen Sonn- und Feiertagen hier also augenscheinlich als „niedrig“ und „nicht zu beanstanden“ an. Diese Formulierung legt den Schluss nahe, dass das verfassungsrechtlich zulässige Höchstmaß verkaufsoffener Sonn- und Feiertage mit dieser Zahl keinesfalls ausgeschöpft ist und womöglich deutlich gesteigert

gert werden kann, soweit es um die Verfolgung besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter geht oder die Ladenöffnungen womöglich zeitlich, räumlich oder auch gegenständlich näher umgrenzt werden.

Soweit daher im Schrifttum – wenn auch vor dem Urteil vom 1.12.2009 - teilweise eine verfassungsrechtlich zulässige Höchstzahl von „vier bis sechs verkaufsoffenen Sonntage(n)“ in den Raum gestellt wurde

- so Kingreen/Pieroth, NVwZ 2006, 1221, 1226: „wahrt jedenfalls die verfassungsrechtliche Regel-Ausnahme-Vorgabe“ -,

lässt sich dies mit der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr in Einklang bringen. Dies gilt im Übrigen auch in umgekehrter Richtung, da eine allein auf eine „Höchstzahl“ ausgerichtete, ansonsten aber nicht durch „*gegenläufige Rechtsgüter*“ bzw. tragfähige Gemeinwohlgründe legitimierte Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst dann nicht zu rechtfertigen wäre, wenn sie sich auf wenige Sonn- und Feiertage beschränkte.

Kann es insofern bereits im Ansatz nicht überzeugen, mit fixen Zahlen zu agieren, gilt dies auch für jüngere literarische Stellungnahmen, die im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1.12.2009 erneut abstrakte Festlegungen treffen wollte, auch wenn das für verfassungsgemäß erachtete Höchstmaß hierbei auf 12 verkaufsoffene Sonn- und Feiertage angehoben wird

- vgl. Mosbacher, NVwZ 2010, 537, 541: „*Der kritische Bereich beginnt nunmehr ab dreizehn, weil damit ein Durchschnitt von einem verkaufsoffenen Sonntag pro Monat überschritten würde*“; ähnl. Chr. Hufen, Der Ausgleich verfassungsrechtlich geschützter Interessen bei der Ausgestaltung des Sonn- und Feiertagsschutzes, 2014, S. 405, wonach „*mehr als ein verkaufsoffener Sonntag im Monat bzw. eine Öffnung an mehr als einem Viertel der Sonntage unzulässig sein (dürfte)*“ -.

Gegenüber derlei Zahlenspielen dürfte es in der Logik des vom Bundesverfassungsgericht formulierten gestuften Rechtfertigungsmodells

- oben II C 3 b -

liegen, die verfassungsrechtlichen Obergrenze für von Ladenöffnungen betroffenen Sonn- und Feiertage nicht abstrakt numerisch, sondern nur konkret unter Berücksichtigung des Gewichts der vom Gesetzgeber zur Rechtfertigung der jeweiligen Beschränkungen herangezogenen Gemeinwohlgründe bzw. „*gegenläufigen Rechtsgüter*“

- so die Formulierung in Rn. 156

zu bestimmen.



Anders gewendet bedeutet dies, dass es eine fixe Obergrenze schlichtweg nicht gibt. Vielmehr können unterschiedlich gewichtige Gemeinwohlzwecke zu unterschiedlich hohen Obergrenzen für zulässige Ladenöffnungen führen. Bleiben daher nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts flächendeckende Freigaben an acht Sonn- und Feiertagen „*unter geringen Voraussetzungen*“ zulässig,

- aaO., Rn. 194 - ,

werden unter strengeren Voraussetzungen, insbesondere also zur Verfolgung besonders gewichtiger Gemeinwohlziele höhere Zahlenansätze ebenfalls zulässig sein. Hier könnten dann etwa Ziele der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit stationärer Verkaufsstellen gegenüber dem Onlinehandel oder Aspekte der Belebung der Innenstädte zählen. Verfassungsrechtlich gerechtfertigt erschiene eine Erhöhung des zahlenmäßigen Ansatzes schließlich auch dann, wenn der Gesetzgeber anstelle flächendeckender Ladenöffnungen stadtteilbezogene und damit zeitversetzte Differenzierungen ermöglichen wollte, die im Saldo nicht zu einer quantitativen Erweiterung der Ladenöffnungen führen.

Der hiermit definierte Bereich dynamischer, d. h. gegenläufige Rechtsgüter berücksichtigender Ausgestaltungen des Sonn- und Feiertagsschutzes findet seine letzte „absolute“ Grenze erst in dem vom Bundesverfassungsgericht skizzierten Kernbereichsschutz. Er wird dort tangiert, wo Ladenöffnungsregelungen (bzw. der Verzicht auf diese) zu einer weitgehenden Gleichstellung der sonn- und feiertäglichen Verhältnisse mit den Werktagen führen und Ausnahmen nicht mehr als solche erkennbar sind

- aaO., S. 158; mit gleicher Zielrichtung Rn. 184 a. E. - .

## **2. Turnus der Freigabe**

Auch hinsichtlich des Turnus möglicher Freigaben wird man der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1.12.2009 keine konkreten Vorgaben entnehmen können. Insbesondere erscheint sehr fraglich, ob die im Kontext der Adventssonntagsregelung formulierte Aussage, wonach die Besonderheiten der Vorweihnachtszeit „*Ladenöffnungen nur an einzelnen Sonntagen rechtfertigen*“ könnten

- aaO., Rn. 177 - ,

zwingend im Sinne verfassungsrechtlich obligatorischer „Abkühlpausen“ zwischen einzelnen verkaufsoffenen Sonntagen verstanden werden muss. Auch hier wird man – wie im Kontext der Adventssonntagsregelung dargestellt –

auf die Bedeutung der kollidierenden Gemeinwohlüter sowie die Belastungsintensität der konkreten Ladenöffnungsregelung abstellen müssen.

### 3. Materielle Anforderungen:

Was die materielle Rechtfertigung sonntäglicher Ladenöffnungen durch „gegenläufige Rechtsgüter“ angeht, kann ohne Weiteres an die bisherigen Darlegungen angeknüpft werden.

Grundgedanke ist hierbei, dass die „allgemeinen Erwerbsinteressen“ der Käufer sowie die „bloßen Umsatzinteressen“ der Verkaufsstelleninhaber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „grundsätzlich“ keine hinreichende Rechtfertigungswirkung für Beschränkungen der Sonn- und Feiertagsruhe entfalten. Umgekehrt gilt aber auch, dass die dargestellten „inkriminierten“ Gründe das denkbare Repertoire potentiell gegenläufiger Gemeinwohlgründen für eine wie auch immer bemessene Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen nicht annähernd ausschöpfen.

Insbesondere sind die allgemeinen Erwerbsinteressen potentieller Käufer sowie die bloßen Umsatzinteressen der Verkaufsstelleninhaber abzugrenzen von

- dem Gemeinwohlinteresse an der Erhaltung „zentraler Versorgungsbereiche“ iS. des § 1 Abs. 6 Nr. 4 BauGB,
- dem Gemeinwohlinteresse an einer Erhaltung und Wiederherstellung geordneter Wohn- und Lebensverhältnisse in den Innenstädten, insbesondere der Vermeidung von Leerständen, des Abdriftens der Angebotsstrukturen („trading-down“-Effekte) oder einer übermäßigen Mieterfluktuation bei Gewerbe- und Wohnimmobilien,
- dem wirtschafts- und beschäftigungspolitisch begründbaren Gemeinwohlinteresse an der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit stationärer Verkaufsstellen gegenüber dem – auch zeitlich - omnipräsenten Online-Handel,
- etwaigen besonderen (eigentums- und berufs-) grundrechtlichen Schutzinteressen der Verkaufsstelleninhaber vor womöglich existenzbedrohenden Folgen eines strikten Sonn- und Feiertagsschutzes sowie

- besonderen Erwerbsinteressen potentieller Käufer, die sich aufgrund besonderer Umstände von dem allgemeinen und „alltäglichen“ Bedarfsdeckungsinteressen abheben.

Ob und inwieweit diesen potentiellen Gemeinwohlaspekten ein hinreichendes Gewicht zur Beschränkung des Prinzips des Sonn- und Feiertagsruhe zukommt, ist dabei vor allem von zwei Parametern abhängig, nämlich

- zum einen von dem konkret anzusetzenden Rechtfertigungsniveau, das sich wiederum nach dem konkreten räumlichen, zeitlichen und gegenständlichen Umfang der sonn- und feiertäglichen Ladenöffnung richtet, sowie
- zum anderen davon, welches Gewicht der zur Gemeinwohlkonkretisierung berufene Gesetzgeber dem von ihm – ggf. auch kumulativ – verfolgten Gemeinwohlbelang in verfassungskonformer Weise beimisst.

Insbesondere für von Immobilienleerständen oder von einem Abwandern des mittelständischen Fach- und Einzelhandels („*trading-down*“-Effekte) bedrohte Innenstädte wird man hierbei durchaus beachtliche Spielräume des Gesetzgebers annehmen müssen, um das wirtschafts- und beschäftigungspolitisch, aber auch städteplanerisch fundierte gewichtige Gemeinwohlziel der Erhaltung bzw. Wiederherstellung intakter Wohn- und Arbeitsstrukturen auch über den Weg sonntäglicher Ladenöffnungen zu erreichen.

Entsprechende legislative Handlungsspielräume wird man insbesondere dort anzuerkennen haben, wo es um den Schutz und die Erhaltung zentraler Versorgungsbereiche mit ihren versorgungs- und verkehrsspezifischen Implikationen geht. Da Ladenöffnungen hierbei zudem regelmäßig örtlich begrenzt bleiben werden, reduziert dies nach dem dynamischen Rechtfertigungsansatz des Bundesverfassungsgerichts zusätzlich die Rechtfertigungsanforderungen an diesbezügliche Ladenöffnungen, wodurch die legislativen Handlungsspielräume nochmals erhöht werden.

#### **4. Zur Schaffung administrativer Handlungsgrundlagen für die Städte und Gemeinden**

Allenfalls in seltenen Ausnahmefällen wird es möglich sein, die Öffnung von Verkaufsstellen an bestimmten Sonn- und Feiertagen unmittelbar durch (Landes-) Gesetz festzulegen. Vielmehr liegt eine Delegation dieser Entscheidung an die Administrative, regelmäßig die Städte und Gemeinden nahe. Als Handlungsformen kommen hierbei Rechtsverordnungen, Satzungen oder Allgemeinverfügungen in Betracht.

Was die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die in dem jeweiligen Parlamentsgesetz zu formulierenden Entscheidungsvorgaben angeht, hat sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 1.12.2009 durchaus großzügig gezeigt. Die in dem seinerzeitigen § 6 Abs. 1 BerlLadÖffG einzig formulierte Voraussetzung, dass eine (flächendeckende und umfassende) Ladenöffnung „im öffentlichen Interesse“ liegen müsse, hat das Bundesverfassungsgericht im Ergebnis für verfassungskonform und damit zulässig erachtet. Dabei hielt das Gericht nicht einmal eine (korrigierende) „verfassungskonformen Auslegung“ für erforderlich, wie es klassischerweise im Falle einer Überschreitung verfassungsrechtlicher Grenzen zur Anwendung kommt, sondern beließ es – untechnisch - bei einer „*einschränkenden Auslegung*“ der Norm

- aaO., Rn. 180 -.

Bei der Anwendung der Norm sei danach lediglich darauf zu achten, dass

*„ein öffentliches Interesse solchen Gewichts zu verlangen (ist), das die Ausnahmen von der Arbeitsruhe rechtfertigt“*

- aaO., Rn. 182 -.

Vor diesem Hintergrund ließen sich die tatbestandlichen Voraussetzungen für großzügigere Sonderregelung zur Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen auch weiterhin sehr allgemeinen (z. B. „*aus hinreichenden Gründen des öffentlichen Interesses*“) formulieren.

Freilich sind mit einem solchen Vorgehen notwendigerweise auch Nachteile Risiken verbunden, so insbesondere der bereits im Kontext der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dargestellte Nachteil, dass die Auslegung des Begriffs des „*hinreichenden Grundes*“ und damit die Reichweite einer Öffnungsregelung hiermit letztlich den Gerichten überantwortet werden. Offene „unbestimmte Rechtsbegriffe“ könnten insoweit erneut den Anknüpfungspunkt für übermäßig restriktive Normauslegungen durch die Fachgerichte liefern. Insofern dürfte vieles dafür sprechen, die möglichen Tatbestände und damit die Reichweite möglicher Ladenöffnungsentscheidungen durchaus konkret auszuformulieren. Denkbar wären hierbei auch eine Staffelung der Höchstzahlen und eine hieran angepasste Steigerung der tatbestandlichen Voraussetzungen.

- So könnte – ähnlich der aktuellen Regelung in § 6 Abs. 1 Berliner Ladenöffnungsgesetz – eine Ermächtigung der (Kommunal-) Verwaltungen zur Freigabe einer von der Höchstzahl her unbedenklichen Größenordnung (nicht unmittelbar aufeinanderfolgender) verkaufsoffe-

ner Sonn- und Feiertage vorgesehen werden, soweit hinreichende Gemeinwohlgründe (bzw. – so die dortige Regelung - ein öffentliches Interesse) vorliegen.

- Darüber hinausgehend ließe sich dann zusätzlich eine Ermächtigung der (Kommunal-) Verwaltungen zur Freigabe weiterer verkaufsoffener Sonn- und Feiertagen formulieren, soweit diese Ausnahmen durch besonders gewichtige Gemeinwohlgründe gerechtfertigt werden.

In einem nachfolgenden Absatz könnten sodann (nicht abschließende) („Regel“-) Beispiele für „hinreichende“ sowie für „besonders gewichtige“ Gemeinwohlgründe formuliert werden. Dieses Vorgehen hätte den Vorteil, dass der Gesetzgeber seine Befugnis zur Konkretisierung und Gewichtung von Gemeinwohlinteressen

- hierzu oben II C 1 b sowie 3 b -

vollumfänglich ausüben und seine verfassungsrechtlich gewährleistete Einschätzungsprärogative auf diese Weise auch gegenüber autonomen Gewichtungen durch die Gerichte durchsetzen könnte.

Als besonders gewichtige Gemeinwohlbelange kämen dabei etwa in Betracht:

- die – ggf. auch vorbeugende – Bekämpfung von Gefahren für die Funktionsfähigkeit zentraler Versorgungsbereiche,
- die – ggf. auch vorbeugende - Bekämpfung von Risiken für ein attraktives, zukunftsfähiges und ausgewogenes Angebot an stationären Verkaufsstellen, insbesondere des Einzelhandels,
- die – ggf. auch vorbeugende - Bekämpfung von drohenden Fehlentwicklungen der örtlichen Lebens- und Wohnverhältnisse insbesondere in den Innenstädten sowie – verbunden hiermit -
- die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des stationären Handelns gegenüber dem rasant anwachsenden Online-Handel.

Als zumindest hinreichend gewichtige Gemeinwohlinteressen wird man des Weiteren etwa benennen können:

- die Besonderheiten des vorweihnachtlichen Einkaufsgeschäftes

- Versorgungs- und Präsentationsinteressen im Kontext von Messen, Märkte, aber auch anders geartete „Events“ mit überregionaler Bedeutung,
- das Interesse an einer Steigerung der überörtlichen Sichtbarkeit sowie der Selbstdarstellung der Kommunen als attraktiver und lebenswerter Standort, dies zum einen unter touristischen Aspekten (Stärkung des „Wochenend-Tourismus“), zum anderen aber auch unter dem in demographischer Hinsicht zunehmend gewichtigen Aspekt der Ansiedlung neuer Einwohner und der Gewinnung von Fachkräften
- erst Recht alle besonders gewichtigen Gemeinwohlinteressen der oben genannten Art.

Für gegenständlich und womöglich zeitlich begrenzte Ladenöffnungen in der Vorweihnachtszeit, die dann ggf. sogar über die Anzahl von zwei nicht aufeinanderfolgenden Sonntag erweitert werden könnten, käme als hinreichendes Gemeinwohlinteresse auch in Betracht

- die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit solcher stationärer Verkaufsstellen, die sich aufgrund ihres Warensortimentes speziell im Weihnachtsgeschäft in einem verschärften Wettbewerb mit Online-Anbietern sehen.

Soweit die Ladenöffnungen zeitlich enger bemessen werden, könnten womöglich bereits die vom Bundesverfassungsgericht erwähnten „*Besonderheiten der Vorweihnachtszeit*“ – zumal im Verbund mit dem Gedanken der Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit des stationären Handels gegenüber dem Online-Handel - hinreichen, um gegenständlich nicht näher begrenzte Ladenöffnungen zu rechtfertigen.

#### IV. Wesentliche Ergebnisse (Zusammenfassung)

In der Gesamtschau stellen sich die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung damit wie folgt dar:

1.

Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV enthält nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine unmittelbare Garantie der „*Institution des Sonn- und Feiertags*“, die hinsichtlich der Art und des Ausmaßes des Schutzes auf gesetzliche Ausgestaltung angelegt und angewiesen ist. Die Verfassungsnorm verknüpft die Garantie der Institution des Sonn- und Feiertages insoweit mit einem Gesetzgebungsauftrag an die Adresse des zuständigen (Landes-) Gesetzgebers.

2.

Zugleich entfaltet Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV eine inhaltliche Direktiv- bzw. Steuerungswirkung des Gesetzgebungsauftrages dahingehend, dass die typisch werktägliche Geschäftigkeit an Sonn- und Feiertagen grundsätzlich zu ruhen hat und Ausnahmen nur zur Wahrung höher- oder gleichwertiger Rechtsgüter möglich sind. Das vom Bundesverfassungsgericht propagierte „*Regel-Ausnahme-Verhältnis*“ begründet im Ergebnis eine auf Optimierung angelegte Pflicht des Gesetzgebers zur Ausgestaltung. Abstriche von dem Verfassungsziel einer möglichst umfassenden Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen werden vom Bundesverfassungsgericht dementsprechend im Sinne einer rechtfertigungsbedürftigen „*Beschränkung*“ der Verfassungsgarantie interpretiert.

3.

Das Erfordernis einer Rechtfertigung durch hinreichende Sachgründe gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insbesondere für die gesetzliche Freigabe von Ladenöffnungszeiten an Sonn- und Feiertagen. Denn aufgrund ihrer öffentlichen Wirkung prägen die Ladenöffnung den Charakter eines Tages in besonderer Weise. Eine nicht durch hinreichende Sachgründe gerechtfertigte („anlasslose“) Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen ist damit verfassungsrechtlich von vornherein nicht zulässig.

4.

Dem Grundkonzept des „*Regel-Ausnahme-Verhältnis*“ entspricht es umgekehrt, dass dem Prinzip der sonn- und feiertäglichen Arbeitsruhe kein genereller Vorrang vor gegenläufigen Schutzgütern zukommt. Vielmehr kann und ggf. muss der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung

des Sonn- und Feiertagsschutzes gegenläufigen höher- oder gleichwertigen Schutzgütern Rechnung tragen.

5.

Das Bundesverfassungsgericht entwickelt hierbei ein Stufenmodell, demzufolge die Rechtfertigungsanforderungen für Ladenöffnungen an Sonn- und Feiertagen umso höher anzusetzen sind, je weitreichender und intensiver die durch die Ladenöffnung bewirkten Beeinträchtigungen der sonn- und feiertäglichen Arbeitsruhe ausfallen. Im Einzelnen bedarf es hiernach

- für den „Normalfall“ einzelner Ausnahmeregelungen einer Rechtfertigung durch „*hinreichend gewichtige Gegengründe*“,
- für räumlich und gegenständlich nicht näher begrenzten Freigaben „in Folge“ und über jeweils viele Stunden einer Rechtfertigung durch „*besonders gewichtigen Gründe*“ sowie
- für flächendeckende, allgemeine 24-Stunden-Öffnung an Sonn- und Feiertagen einer Rechtfertigung durch „*herausragend gewichtige Gemeinwohlgründe*“.

6.

Eine letzte, unüberwindbare Grenze im Sinne eines Kernbereichsschutzes zieht das Gericht erst dort, wo Ladenöffnungsregelungen (bzw. der Verzicht auf diese) zu einer weitgehenden Gleichstellung der sonn- und feiertäglichen Verhältnisse mit den Werktagen führen und Ausnahmen nicht mehr als solche erkennbar sind.

7.

Potentiell gegenläufige Schutzgüter können sich vor allem aus der Verfassung selbst ergeben, so etwa aus den Grundrechten Dritter, insbesondere den Grundrechten der beruflichen und unternehmerischen Entfaltung stationärer Verkaufsstelleninhaber (Art. 12 und 14 GG), aber auch aus anderweitigen verfassungsrechtlichen Schutz- und Daseinsvorsorgepflichten des Staates, etwa im Bereich der Notfallvorsorge als Ausfluss der grundrechtlichen Schutz- und Vorsorgepflichten des Staates für Leib und Leben der Bürger (Art. 2 Abs. 2 GG).

8.

Die potentiell gegenläufigen Schutzgüter bleiben dabei aber nicht auf Güter von Verfassungsrang beschränkt. Vielmehr steht dem Gesetzgeber jenseits des Bereiches verfassungsunmittelbar garantierter Schutzgüter ein originäres Mandat zur Konkretisierung des Gemeinwohls und damit zur autonomen Definition von Gemeinwohlzielen zu,



die damit ihrerseits Rechtfertigungsgrundlage für legislative Einschränkungen der sonn- und feiertäglichen Arbeitsruhe sein können.

9.

Das Mandat des Gesetzgebers zur Konkretisierung von Zielen des Gemeinwohls schließt dabei auch die Befugnis zur (politischen) Gewichtung der verfolgten Gemeinwohlziele ein. Insbesondere kommt dem Gesetzgeber das Recht zu, von ihm formulierte Gemeinwohlziele in den Rang wichtiger oder auch besonders wichtiger Gemeinschaftsinteressen zu erheben. Die hierin zum Ausdruck kommende Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist verfassungsgerichtlich nur eingeschränkt kontrollierbar. Soweit es daher um die Frage geht, ob sonntägliche Ladenöffnungen durch hinreichend gewichtige Gemeinwohlgründe gedeckt werden, können die Gerichte die vom Gesetzgeber vorgenommene Gewichtung gegenläufiger Gemeinwohlziele nicht durch eine eigene Gewichtung ersetzen.

10.

Einen Vorbehalt im Hinblick auf die Konkretisierung gegenläufiger Gemeinwohlgründe formuliert das Bundesverfassungsgericht immerhin insoweit, als den „*alltäglichen*“ Erwerbsinteressen der Bürger sowie den „*bloßen*“ Umsatzinteressen der Verkaufsstelleninhaber trotz deren grundrechtlicher Fundierung „*grundsätzlich*“ keine rechtfertigende Wirkung für Einschränkungen der sonn- und feiertäglichen Arbeitsruhe zukommen kann. Die dahingehenden Beeinträchtigungen sieht das Gericht gleichsam als typische Nebenfolgen der Arbeitsruhe in den grundgesetzlichen Schutz der Sonn- und Feiertage eingepreist.

11.

Das solchermaßen konturierte Mandat des Gesetzgebers eröffnet auch in Ansehung des verfassungsrechtlichen „*Regel-Ausnahme-Prinzips*“ nicht unerhebliche Spielräume bei der Ausgestaltung der sonn- und feiertäglichen Arbeitsruhe. So ergibt sich zunächst eine äußerst breite Palette potentiell berücksichtigungsfähiger gegenläufigen Schutzgüter und Gemeinwohlinteressen.

12.

Diese können sich zunächst – jenseits der klassischen „*alltäglichen*“ Erwerbsinteressen – aus „*besonderen*“ Einkaufsinteressen der Bürger ergeben, wobei etwa an die vom Bundesverfassungsgericht erwähnten „*Besonderheiten der Vorweihnachtszeit*“, aber auch an Einkäufe aus Anlass von besonderen Veranstaltungen oder sonstigen besonderen Umständen (z. B. Urlaubs- oder Kuraufenthalte) angeknüpft werden könnte. Soweit die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in Bezug

auf Ladenöffnungen aus Anlass von Messen und Märkten derzeit eine äußerst restriktive Auslegung vertritt, handelt es sich in weiten Teilen um einen Streit über die Auslegung einfachen Gesetzesrechts. Insofern bestünde durchaus die Möglichkeit einer klarstellenden Nachjustierung durch den Gesetzgeber.

13.

Ob und inwieweit zusätzliche Spielräume aus dem geänderten Konsumverhalten der Bürger (Einkauf als „*Freizeitvergnügen*“) abgeleitet werden können, ist bislang nicht abschließend geklärt. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahre 2004 festgestellt, dass der Gesetzgeber einem geänderten und zunehmend „freizeitorientierten“ Einkaufsverhalten im Rahmen sonn- und feiertäglicher Ladenschlussregelungen nicht zwingend Raum gewähren müsse. Die in dem hier vorliegenden Kontext maßgebliche Frage, ob der Gesetzgeber Veränderungen im Einkaufsverhalten der Menschen zum Anlass nehmen „*darf*“, um weitergehende Ladenöffnungsregelungen an Sonn- und Feiertagen zu rechtfertigen, wird durch die Ausführungen in der genannten Entscheidung indes keineswegs abschlägig beschieden. Der Umstand, dass das Gericht in seinem Urteil vom 1.12.2009 darauf hinweist, dass der Gesetzgeber „*auf Änderungen im Freizeitverhalten ... Rücksicht ... nehmen*“ darf, könnte insofern durchaus Fingerzeig für die gerichtliche Anerkennung weitergehender legislativer Gestaltungsspielräume sein.

14.

Tragfähige Gegengründe für eine sonntägliche Ladenöffnung können sich nach den bewusst zurückhaltenden Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts aber auch aus Umsatzinteressen ergeben, sofern diese einen speziellen Hintergrund aufweisen und sich hierdurch von den generellen („*bloßen*“) Umsatzinteressen der Verkaufsstelleninhaber abheben. Zu denken wäre hierbei an eine Lockerung der Ladenschlusszeiten zur Wahrung der Wettbewerbsfähigkeit stationärer Verkaufsstellen gegenüber dem Online-Handel. Diese Zielsetzung erschiene umso gewichtiger, als der Online-Handel gerade auch während der traditionellen Ladenschlusszeiten sowie insbesondere an Sonn- und Feiertagen erhebliche Umsätze tätigt.

15.

Als potentielle Rechtfertigung für Beschränkungen des Verfassungsprinzips der sonn- und feiertäglichen Arbeitsruhe kämen auch zahlreiche weitere Aspekte in Betracht, so etwa

- städtebauliche Ziele der Sicherung oder Wiederherstellung geordneter und attraktiver Wohn- und Lebensverhältnisse in den Innenstädten, insbesondere die Vermeidung von Leerständen oder von „trading-down“-Effekten,
- die Wahrung der Funktionsfähigkeit „zentraler Versorgungsbe-  
reiche“ iS. des § 1 Abs. 6 Nr. 4 BauGB,
- die Steigerung der überörtlichen Sichtbarkeit sowie die Eigen-  
präsentation der Kommunen als attraktiver und lebenswerter  
Standort, dies zum einen unter touristischen Aspekten (Stich-  
wort „Wochenend-Tourismus“), zum anderen aber auch unter  
dem unter demographischen Aspekten zunehmend wichtigen  
Interesse an der Ansiedlung neuer Einwohner bzw. der Anwer-  
bung von Fachkräften sowie
- beschäftigungspolitische Ziele der Erhaltung wettbewerbsfähi-  
ger stationärer Verkaufsstellen.

16.

In welchem Umfange diese potentiellen Gemeinwohlaspekte die verfassungsrechtliche „Regel“ der sonn- und feiertäglichen Arbeitsruhe zurückzudrängen in der Lage sind, bemisst sich dabei zum einen nach Art und Ausmaß der konkret vorgesehenen Ladenöffnung sowie zum anderen nach Maßgabe der konkret verfolgten Gemeinwohlinteressen, deren Bestimmung und Gewichtung im Grundsatz der politischen Entscheidung des Gesetzgebers (Einschätzungsprärogative) überantwortet bleibt. Dabei ist auch eine kumulative Verfolgung mehrerer Gemeinwohlgründe durch den Gesetzgeber denkbar, die dann zu einer Steigerung des (Gesamt-) Gewichts der Gegengründe und damit zu einer Erweiterung der Ausgestaltungsspielräume des Gesetzgebers führte.

17.

Eine abstrakte „Höchstzahl“ zulässiger verkaufsoffener Sonn- und Feiertage wird man der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht entnehmen können. Vielmehr entspricht es der Rechtsprechung des Gerichts, dass die verfassungsrechtlichen Obergrenze für von Ladenöffnungen betroffenen Sonn- und Feiertage nicht abstrakt numerisch, sondern konkret unter Berücksichtigung des Gewichts der vom Gesetzgeber zur Rechtfertigung der jeweiligen Beschränkungen herangezogenen Gemeinwohlgründe bzw. „gegenläufigen Rechtsgüter“ zu bestimmen ist.

18.

Auf der Linie der vorgenannten Erwägungen liegt es, wenn das Bun-

desverfassungsgericht in seinem Urteil vom 1.12.2009 eine flächendeckende Freigabe der Ladenöffnung an insgesamt acht Sonn- und Feiertage im Kalenderjahr nicht beanstandet hat, wobei die dortigen Freigaben nach eigener Einschätzung des Gerichts an nur „geringe Voraussetzungen“ geknüpft waren. Insbesondere soweit es um die Verwirklichung gewichtiger Gemeinwohlgründe oder um räumlich, zeitlich oder gegenständlich enger umgrenzte Ladenöffnungen an Sonn- und Feiertagen geht, dürfte diese Rechtsprechung dem Gesetzgeber daher deutlich weitergehende Handlungsspielräume belassen. Auch soweit der Gesetzgeber anstelle flächendeckender Freigaben auf stadtteilbezogene („Einzel“-) Freigaben setzte, erschiene eine proportionale Erhöhung der Anzahl der betroffenen Sonn- und Feiertage nur folgerichtig und verfassungsrechtlich legitim.

19.

Speziell in Bezug auf das Weihnachtsgeschäft lässt sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schließlich dahin deuten, dass die „Besonderheiten der Vorweihnachtszeit“ eine flächendeckende Freigabe der Ladenöffnungszeiten für zwei nicht aufeinander folgende Adventssonntage rechtfertigen können. Dass mit dieser Vorgabe die gesetzgeberischen Spielräume – etwa für territorial oder nach Verkaufsstellen differenzierende Öffnungsregelungen oder für Ladenöffnungen im Vorfeld des Adventes – vollumfänglich ausgeschöpft wären, erscheint eher fraglich, ist aber bislang nicht geklärt.

Düsseldorf, den 13. Juli 2017

Prof. Dr. Johannes Dietlein