



Wissenschaftlicher Dienst

Aktenzeichen
52-1710

1. Oktober 2019

Verlängerung der Öffnungszeiten ausschließlich für Kioske

A. Auftrag

Die Fraktion von BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN hat sich an den Präsidenten des Landtags gewandt und um eine gutachtliche Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Ladenöffnungszeiten von Kiosken in Rheinland-Pfalz gebeten.

Zur Begründung des Gutachtauftrags führt die Fraktion aus:

Nach aktuellem Ladenöffnungsgesetz Rheinland-Pfalz (LadöffnG)¹ müssten Kioske in Rheinland-Pfalz stets um 22 Uhr schließen, außer sie lägen beispielsweise an Personenbahnhöfen. Viele Kioske, die Menschen nach 22 Uhr noch ein Getränk oder Süßwaren mit auf den Weg (zum direkten Verzehr) verkaufen möchten, verstießen so gegen das Ladenöffnungsgesetz.

Für viele jüngere Menschen gehörten sog. Spätis oder auch Nachtkioske zu einer urbanen Kultur. Der Wunsch nach einer Möglichkeit, ausschließlich für Kioske die Ladenöffnungszeiten so anzupassen, dass eine Öffnung ausschließlich für diese sog. Spätis oder auch Nachtkioske über 22 Uhr möglich sei, sei groß.

Vor diesem Hintergrund bittet die antragstellende Fraktion um Beantwortung der nachfolgenden Fragen.

¹ Vom 21. November 2006, zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 22. Dezember 2015 (GVBl. S. 461).

B. Stellungnahme

I. Einführung

1. Gesetzliche Grundlagen

Nach der ursprünglichen Regelung im Grundgesetz (Art. 72 Abs. 2, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG a.F. – „Handel“) fiel das Ladenschlussrecht in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Hiervon machte der Bund durch das Gesetz über den Ladenschluss (LSchlG) vom 28. November 1956² Gebrauch. Durch das Gesetz über den Ladenschluss vom 2. Juni 2003³ wurde das Ladenschlussrecht neu konzipiert.

Durch Urteil vom 9. Juni 2004⁴ stellte das Bundesverfassungsgericht u.a. fest, dass eine bundesrechtliche Regelung des Ladenschlusses für die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder für die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse nicht erforderlich sei. Im Rahmen der Föderalismusreform I⁵ wurde daraufhin das Recht des Ladenschlusses aus dem Katalog der Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) herausgenommen und insoweit den Ländern übertragen. Das bisherige Gesetz über den Ladenschluss gilt nach Art. 125a Abs. 1 GG als Bundesrecht fort, kann jedoch durch Landesrecht ersetzt werden. Rheinland-Pfalz hat von dieser Möglichkeit durch das Ladenöffnungsgesetz Rheinland-Pfalz (LadöffnG) vom 21. November 2006⁶ Gebrauch gemacht. Auch alle weiteren Bundesländer bis auf den Freistaat Bayern haben zwischenzeitlich von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

Nach § 3 LadöffnG müssen Verkaufsstellen für den geschäftlichen Verkehr mit Kundinnen und Kunden grundsätzlich an Sonn- und Feiertagen sowie montags bis samstags (= werktags) bis 6 Uhr und ab 22 Uhr sowie am 24. Dezember, wenn dieser auf einen Werktag fällt, bis 6 Uhr und ab 14 Uhr geschlossen sein. Ausnahmen bestehen für Tankstellen, Verkaufsstellen an Personenbahnhöfen sowie Flugplätzen und Schiffsanlagestellen (§§ 6, 7 LadöffnG). Verkaufsstellen für überwiegend selbst erzeugte und verarbeitete land-, wein- und forstwirtschaftliche Produkte dürfen grundsätzlich an allen Tagen ohne zeitliche Begrenzung geöffnet sein (§ 8 LadöffnG). Darüber hinaus dürfen nach § 9 Abs. 1 LadöffnG i.V.m. § 3 der Verordnung der Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion zur Durchführung des Ladenöffnungsgesetzes Rheinland-Pfalz⁷ Verkaufsstellen für die Abgabe von Zeitungen, Zeitschriften, Milch und Milcherzeugnissen, Bäcker- und Konditorwaren, landwirtschaftlichen Produkten, Blumen, Pflanzen und pflanzlichen Gebinden einschließlich Zubehörartikeln an Sonn- und Feiertagen in der Zeit von 7 Uhr bis 20 Uhr für die Dauer von bis zu fünf Stunden geöffnet sein.

² BGBl. I S. 875.

³ BGBl. I. S. 744, zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 3 des Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1954).

⁴ BVerfGE 111, 10 (28 f.).

⁵ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl. I. S. 2034).

⁶ GVBl. S. 351, zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 22. Dezember 2015 (GVBl. S. 461).

⁷ Vom 30. Mai 2007, StAnz S. 955.

Rheinland-Pfalz zählt mit seinen Regelungen zum werktäglichen Ladenschluss zu den vier Bundesländern, die diesen beschränkt haben,⁸ während die übrigen zwölf Bundesländer diesen vollständig⁹ oder nahezu vollständig¹⁰ freigegeben haben.¹¹

Der verfassungsunmittelbare Sonn- und Feiertagsschutz beginnt sonn- und feiertags um 0 Uhr. Demgemäß dürfen auch in Bundesländern, die werktägliche Öffnungszeiten bis 24 Uhr festgelegt haben, Arbeitnehmer im Anschluss an eine werktägliche Ladenöffnung bis 24 Uhr an darauf folgenden Sonn- und Feiertagen nicht mehr beschäftigt werden, um bei Ladenschluss noch anwesende Kunden zu bedienen oder Aufräum- und Abschlussarbeiten vorzunehmen.¹²

Vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung betreffen die gestellten Fragen zwei zentrale Themenkomplexe des Ladenöffnungsrechts: Zum einen die Ausweitung der Öffnungszeiten an Werktagen für Spätis oder Nachtkioske ohne generelle Änderung der Ladenöffnungszeiten sowie zum anderen die Ladenöffnung für Spätis oder Nachtkioske an Sonn- und Feiertagen. Für beide Themenkomplexe bestehen unterschiedliche verfassungsrechtliche Vorgaben. Sie werden daher getrennt betrachtet.

2. Begriffsbestimmungen

Im Gutachtenauftrag werden die Begriffe „Späti“ und „Nachtkiosk“ verwendet. Sie sollen daher vorab definiert werden.

Der Begriff „Späti“ steht als Abkürzung für „Spätverkaufsstelle“.¹³ Er ist ein hauptsächlich in Berlin, Dresden, Leipzig und einigen anderen ostdeutschen Städten verwendeter Begriff für einen Convenience Shop, der auch außerhalb der üblichen Ladenöffnungszeiten geöffnet ist.¹⁴ In einem Späti werden zumeist Getränke, Tabakwaren und Zeitschriften verkauft. Immer mehr Spätverkaufsstellen führen auch ein breites Angebot an Lebens- und Haushaltsmitteln und sind zu Mini-Supermärkten geworden, in denen man seinen kleinen alltäglichen Einkauf erledigen oder noch die zuvor vergessenen Dinge besorgen kann.¹⁵ In Berlin sollen inzwischen über 1.000 solcher Verkaufsstellen existieren.¹⁶

⁸ § 3 LadSchIG (für Bayern); § 3 Satz 1 Nr. 1 LÖG Saarland; § 3 Abs. 1 SächsLadÖffG.

⁹ § 3 Abs. 1, 2 LadÖG BW; § 3 Abs. 1 BerlLadÖffG; § 3 Abs. 1 BbgLÖG; § 3 Abs. 1 BremLadSchIG; § 3 Abs. 1 LÖG HH; § 3 Abs. 1 HLöG; § 3 Abs. 1 NLöffVZG; § 4 Abs. 1 LÖG NRW; § 3 Abs. 1 LÖffZG SH.

¹⁰ § 3 Abs. 1 LöffG M-V (Sa: 0 bis 22 Uhr); § 3 Satz 1 LÖffZeitG LSA (Sa: 0 bis 20 Uhr); § 3 Satz 1 ThürLadÖffG (Sa: 0 bis 20 Uhr).

¹¹ Vgl. hierzu auch *Böttner*, SächsVBl. 2016, 273 (278).

¹² BVerwG, Beschluss vom 4. Dezember 2014, 8 B 66/14, NVwZ-RR 2015, 256.

¹³ <https://de.wikipedia.org/wiki/Spätkauf> (Abruf vom 9. September 2019).

¹⁴ <https://de.wikipedia.org/wiki/Spätkauf> (Abruf vom 9. September 2019).

¹⁵ Vgl. *Böttner*, SächsVBl. 2016, 273; sehr intuitiv sind die Feststellungen des VG Berlin im Urteil vom 22. Mai 2019 - 4 K 357.18 -, Rn. 2, 21 (juris); vgl. auch OVG Potsdam, Beschluss vom 16. Mai 2019 - OVG 1 S 26.19 -, Rn. 1, 9 (juris): „Eindruck eines kleinen Getränkemarktes“.

¹⁶ Berliner Morgenpost vom 29. August 2016, <https://www.morgenpost.de/berlin/article208146697/Unter-diesen-Umstaenden-koennen-Spaetis-sonntags-oeffnen.html>. Zur historischen Entwicklung von Spätverkaufsstellen siehe <https://de.wikipedia.org/wiki/Spätkauf> (Abrufe vom 9. September 2019).

Das Ladenöffnungsgesetz Rheinland-Pfalz benutzt weder den Begriff Späti noch Nachtkiosk. Verwendet wird der Oberbegriff „Verkaufsstelle“, der eine Einrichtung definiert, bei der von einer festen Stelle aus ständig Waren zum Verkauf an jedermann vorgehalten werden (§ 2 Abs. 1 Halbsatz 1 LadöffnG). Dem Vorhalten von Waren gleichgestellt wird das Anbieten der Entgegennahme von Warenbestellungen in der Einrichtung (§ 2 Abs. 1 Halbsatz 1 LadöffnG).¹⁷ Unter den Begriff „Verkaufsstelle“ fallen nach der Gesetzesbegründung entsprechend dem früher geltenden § 1 Abs. 1 LSchIG (Bund) Ladengeschäfte aller Art, Apotheken, Tankstellen, Bahnhoferkaufsstellen, sonstige Verkaufsstände und Verkaufsbuden, Kioske, Basare und ähnliche Einrichtungen.¹⁸

Zu Ladengeschäften zählen die eigentlichen Verkaufsräume sowie die sonstigen Räumlichkeiten eines Einzelhandelsbetriebs, in denen Waren zum Verkauf an jedermann feilgehalten werden, wie etwa Ausstellungsräume.¹⁹ Spätis sind nach diesen Definitionen Verkaufsstellen i.S.d. § 2 Abs. 1 Halbsatz 1 LadöffnG und in der Regel Ladengeschäfte, die Verkaufsräume aufweisen, welche durch Kunden betreten werden können.²⁰ Kioske, die ebenfalls unter § 2 Abs. 1 Halbsatz 1 LadöffnG fallen, sind hingegen kleine, ortsfeste, in der Regel nur einen einzigen Raum enthaltende, von den Kunden nicht betretbare Bauwerke, bei denen die Warenausgabe in Form des Schalterverkaufs erfolgt.²¹ Der Begriff „Nachtkiosk“ wird in Rechtsprechung und juristischer Literatur, soweit ersichtlich, nicht verwendet. Hierunter dürfte analog des Verständnisses bei Spätis ein Kiosk zu verstehen sein, der auch außerhalb der üblichen Ladenöffnungszeiten geöffnet hat.

Dies vorausgeschickt, sollen nunmehr nachfolgend unter Ziffer II. die gestellten Fragen beantwortet werden.

¹⁷ Ebenso, lediglich sprachlich abweichend formuliert § 1 Abs. 1 LSchIG (Bund).

¹⁸ LT-Drs. 15/387, S. 15.

¹⁹ Vgl. *Stober*, LSchIG, 4. Aufl. 2000, § 1 Rn. 15; *Meixner*, Hessisches Ladenöffnungsgesetz, 2006, § 2 Rn. 6.

²⁰ Vgl. Berliner Morgenpost vom 29. August 2016, <https://www.morgenpost.de/berlin/article208146697/Unter-diesen-Umstaenden-koennen-Spaetis-sonntags-oeffnen.html>; Berliner Zeitung vom 3. Juli 2019, <https://www.bz-berlin.de/berlin/berliner-spaetis-muessen-sonntags-geschlossen-bleiben>; Märkische Allgemeine vom 14. Juli 2019, <https://www.maz-online.de/Brandenburg/Berliner-Spaetis-duerfen-sonntags-nicht-oeffnen-Das-sagten-Kunden-und-Betreiber> (Abrufe vom 9. September 2019).

²¹ *Stober*, LSchIG, 4. Aufl. 2000, § 5 Rn. 8.

II. Fragen

1. **Ist es möglich, eine Kategorie „Spätis“ im Ladenöffnungsgesetz zu schaffen, bei dem diese über 22 Uhr, beispielsweise bis 3 Uhr geöffnet haben dürfen, ohne aber die Ladenöffnungszeiten generell zu liberalisieren oder auszuweiten?**

Die Erweiterung der Ladenöffnungszeiten an Werktagen (montags bis samstags) durch eine Kategorie „Spätis“ im Ladenöffnungsgesetz Rheinland-Pfalz, ohne die Ladenöffnungszeiten generell zu liberalisieren oder auszuweiten, dürfte verfassungsrechtlich bedenklich sein.

Für Sonn- und Feiertage hingegen dürfte es verfassungsrechtlich zulässig sein, eine Ausnahmeregelung für Spätis zu schaffen, wenn Betriebsgröße, Warensortiment und Öffnungszeiten beschränkt werden.

a) **Erweiterte Ladenöffnungszeiten für Spätis an Werktagen**

aa) **Betroffene Grundrechte**

Verfassungsrechtlich betroffen von Ladenöffnungszeiten ist vornehmlich die Berufsausübungsfreiheit der Unternehmer bzw. Geschäftsinhaber aus Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 58 LV. Einzelhandelstätigkeit stellt einen Beruf im Sinne des Verfassungsrechts dar.²² Soll eine Bestimmung getroffen werden, welche nicht die Einzelhandelstätigkeit allgemein, sondern nur diejenige bestimmter Gruppen erfasst, ist zugleich der allgemeine Gleichheitssatz betroffen (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 17 Abs. 1 und 2 LV).

Auf der anderen Seite betroffen ist die allgemeine Handlungsfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten aus Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 Satz 2 LV, welche aufgrund der Ladenschließungszeiten in ihrem Erwerbsinteresse eingeschränkt sind.²³

Der Schutzzumfang der landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen deckt sich grundsätzlich mit dem der grundgesetzlichen Bestimmungen.²⁴

Die Berufsfreiheit unterliegt einem einfachen Gesetzesvorbehalt, d.h. Eingriffe können durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes vorgenommen werden. Maßstab zur Prüfung der Eingriffe ist die im Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juni 1958 entwickelte „Drei-Stufen-Lehre“, deren dogmatische Grundlage wiederum im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit liegt. Eingriffe in die hier betroffene Berufsausübungsfreiheit sind mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sie vernünftigen Zwecken des Gemeinwohls dienen und den Berufstätigen

²² *Hufen*, NJW 1996, 1291 (1293 f.); *Böttner*, SächsVBl. 2016, 273 (276).

²³ *Hufen*, NJW 1996, 1291 (1294 f.).

²⁴ *Wolff* in: Broucker/Droege/Jutzi, Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2014, Art. 58 Rn. 7; *Jutzi* in: Grimm/Caesar, Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2000, Art. 58 Rn. 10; *Droege*, in: Broucker/Droege/Jutzi, Art. 1 Rn. 11; *Gusy*, in: Grimm/Caesar, Art. 1 Rn. 7; *Hummrich*, in: Broucker/Droege/Jutzi, Art. 17 Rn. 10; *Caesar*, in: Grimm/Caesar, Art. 17 Rn. 5.

nicht übermäßig oder unzumutbar treffen, also dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.²⁵

Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet, Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend zu behandeln.²⁶ Eine unterschiedliche Behandlung muss sich auf Unterschiede in den Sachverhalten zurückführen lassen, die es rechtfertigen, sie als im Hinblick auf die fragliche Behandlung ungleich anzusehen. Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn für eine vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung ein einleuchtender Grund nicht auffindbar ist.²⁷

bb) Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Juni 2004²⁸

Das Bundesverfassungsgericht nahm zu den werktäglichen Ladenöffnungszeiten im Urteil vom 9. Juni 2004²⁹ grundlegend Stellung. Dem Urteil liegt die gerichtliche Verurteilung eines Berliner Kaufhausbetreibers zur Unterlassung der Öffnung an Samstagen nach 16 Uhr sowie an Sonntagen zugrunde.

(1) Gesetzliche Grundlage der Verurteilung ist die Regelung in § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 3 LadSchlG (Bund) a.F., welche die in der Verurteilung ausgesprochenen Ladenschlusszeiten vorsah. Das Bundesverfassungsgericht wies die gegen die Verurteilung gerichtete Verfassungsbeschwerde mit einer 4:4 - Entscheidung³⁰ als unbegründet zurück.³¹ Die streitgegenständlichen Regelungen des Ladenschlussgesetzes sind nach Auffassung der die Entscheidung tragenden Richter mit der Berufsausübungsfreiheit des Kaufhausbetreibers (Art. 12 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) vereinbar. Der Gesetzgeber habe seinen erheblichen Gestaltungsspielraum nicht überschritten. Der Arbeitsschutz, die Sicherung der Wettbewerbsneutralität sowie eine wirksame Verwaltungskontrolle seien vernünftige Gründe des Gemeinwohls, welche sowohl die Einschränkung der Berufsfreiheit als auch den Eingriff in den allgemeinen Gleichheitssatz rechtfertigten. Die getroffene Regelung erweise sich zudem als verhältnismäßig.³²

Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) setzt sich das Gericht damit auseinander, dass der Gesetzgeber eine große Zahl von Ausnahmemöglichkeiten vom allgemeinen Ladenschluss, wie z.B. für Apotheken, Tankstellen, Bahnhöfe und Flug-

²⁵ Grundlegend BVerfGE 7, 377 (404 ff.); BVerfGK 19, 335 (339 f.); VerfGH RP, 36, 323 (332 f.); 34, 38 (46); 29, 23 (48).

²⁶ Siehe nur BVerfGE 71, 255 (271); 42, 64 (72).

²⁷ BVerfGK 3, 101 (103); vgl. auch BVerfGE 99, 165 (178) m.w.N.

²⁸ BVerfGE 111, 10.

²⁹ BVerfGE 111, 10.

³⁰ Vgl. § 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG, wonach bei Stimmgleichheit der entscheidenden Richter ein Verstoß gegen das Grundgesetz oder sonstiges Bundesrecht nicht festgestellt werden kann. Die staatliche Maßnahme ist damit als rechtmäßig zu behandeln.

³¹ BVerfGE 111, 10 (27 ff.).

³² BVerfGE 111, 10 (32 ff., 48 f.); a.A. die Richter *Papier, Jaeger, Hömig* und *Hoffmann-Riem*, BVerfGE 111, 54 (43 ff., 49); kritisch zu werktäglichen Ladenschlusszeiten *Hufen*, NJW 1986, 1291 ff.; *Kehrberg*, GewArch 2001, 14 ff., *Fuchs*, NVwZ 2005, 1026 ff., *Schmitz*, NVwZ 2008, 18 ff.; *Böttner*, SächsVBl. 2016, 273 (276 ff.); vgl. zur Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit BVerfGE 70, 1 (28); 101, 331 (347); 104, 357 (364).

hären, geschaffen hatte. Vergleichbare Ausnahmeregelungen enthält das Ladenöffnungsgesetz Rheinland-Pfalz, das die Regelungen des Gesetzes über den Ladenschluss weitgehend übernommen hat.³³ Der Gesetzgeber will mit diesen Regelungen einzelne Gewerbe, Örtlichkeiten oder Warengruppen privilegieren.³⁴

(2) Nach Auffassung der die Entscheidung tragenden Richter ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber im Bereich der Ausnahmeregelungen „den Verbraucherinteressen größere Bedeutung beigemessen hat“ und insoweit das ansonsten geschützte Arbeitnehmerinteresse an festen arbeitsfreien Zeiten hat zurücktreten lassen. Konkret führt das Gericht aus: „Die hier zusätzlich vom Gesetzgeber verfolgten besonderen Zwecke rechtfertigen die Ausnahmen.“ Dazu gehöre das Ziel, den Bedarf von Reisenden zu befriedigen. Dabei dürfe auch berücksichtigt werden, dass die „langfristige Öffnung entsprechender Verkaufsstellen ohne Zusatz oder Folgeverkäufe nicht rentabel wäre“. Durch diese Sonderregelung werde die Wettbewerbssituation der nicht privilegierten Bewerber auch nicht unangemessen beeinträchtigt. Denn die Privilegierungen erfassten trotz ihrer großen Zahl nur einen geringen Anteil der Verkaufsstellen, die sich allenfalls zum Teil in direkter Konkurrenz zu den nicht privilegierten Betrieben befänden. Die Besonderheiten der privilegierten Verkaufsstellen seien nach Lage, Sortiment und Preisgestaltung regelmäßig so groß, dass nicht damit gerechnet zu werden brauche, dass sie in nennenswertem Umfang Umsatz von den nicht privilegierten Betrieben abzögen.³⁵

(3) Dieser Argumentation folgen die Richter *Papier, Jaeger, Hömig* und *Hoffmann-Riem* nicht. Ihrer Auffassung nach entspricht die Regelung auch unter Berücksichtigung des weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers nicht den Anforderungen an eine angemessene Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit.³⁶ Gerade die Sonderregelungen und weitere umfangreiche Ausnahmeermächtigungen brächten zum Ausdruck, dass dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel des besonderen Arbeitsschutzes kein besonders hohes Gewicht mehr zukomme. Er lasse ihn gegenüber Konsum- und Erwerbszwecken, die sich von den gleichen Zwecken in den anderen Bereichen nicht grundsätzlich unterscheiden, zurücktreten, indem er Ausnahmetatbestände zulasse, ohne sie strikt abzugrenzen und ihre Einhaltung zu gewährleisten. Indem er für den Arbeitsschutz in den Ausnahmebereichen nur die allgemeinen Arbeitszeitregeln für anwendbar erkläre, zeige er, dass er diesen für gewichtiger und zugleich als hinreichend für den Arbeitsschutz halte. Angesichts des relativ geringen Gewichts eines besonderen Arbeitsschutzes im Einzelhandel bedürfe es daher besonderer Gründe, derentwegen die Berufsfreiheit der Ladeninhaber für den Regelfall zurückzutreten habe.³⁷

³³ Vgl. LT-Drs. 15/387, S. 16 f.

³⁴ Vgl. BVerfGE 111, 10 (41 f.).

³⁵ BVerfGE 111, 10, (41 f.).

³⁶ BVerfGE 111, 10 (43 ff., 49).

³⁷ BVerfGE 111, 10 (43).

(4) Rechtfertigende Gründe lassen sich nach Auffassung der die Entscheidung nicht tragenden Richter auch nicht daran festmachen, dass in den Ausnahmereichen ein geringerer Bedarf an Arbeitsschutz bestehe. Da Arbeit jeweils gleichartig sei, könne es nur um die Verfolgung zusätzlicher Ziele gehen, deren Gewicht es rechtfertige, das besondere Arbeitsschutzziel in den Ausnahmereichen zurückzustellen, es aber bei den anderen Einzelhandelsgeschäften unverändert zu belassen. Solche rechtfertigenden Ziele seien etwa die Versorgung mit Arzneimitteln oder die Verfügbarkeit von unmittelbar auf das Reisen oder den Besuch von Messen bezogenen Gegenständen. Die vorhandenen Ausnahmeregelungen gingen hierüber jedoch weit hinaus. Es würden Möglichkeiten zur Befriedigung von allgemeinen Konsumbedürfnissen und der mit ihrer Erfüllung verbundenen Erwerbsinteressen geschaffen, die auch anderweitig erfüllt werden könnten. Wenn der Gesetzgeber den Arbeitsschutz zur Befriedigung am allgemeinen Konsum und Erwerb orientierter Ziele in den privilegierten Läden zurücktreten lasse, sei es rechtfertigungsbedürftig, warum die Konsum- und Erwerbsinteressen im Hinblick auf den Einkauf in den nicht privilegierten Läden als weniger gewichtig eingeschätzt würden. Der Gesetzgeber habe bei der Prüfung der Angemessenheit der Beschränkung auch einzukalkulieren, „dass Bedürfnisse zum Erwerb von Waren außerhalb der allgemeinen Ladenöffnungszeiten auch befriedigt werden könnten, wenn die Läden insgesamt länger geöffnet wären“.³⁸

(5) Aus denselben Gründen sehen die die Entscheidung nicht tragenden Richter auch einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), da eine Privilegierung von Einzelhandelsgeschäften in den Ausnahmereichen vorliege, soweit dort allgemein Konsum- und Erwerbsinteressen befriedigt würden, hierfür aber keine hinreichenden Sachgründe gegenüber den Inhabern von Geschäften bestünden, die nicht von der Privilegierung erfasst seien.³⁹

(6) Diese Darstellung zeigt, dass jede Ausnahme vom allgemeinen werktäglichen Ladenschluss unter besonderen Rechtfertigungsdruck steht.⁴⁰ Sie erfordert nach allgemeiner Meinung einen über das bloße Erwerbsinteresse hinausgehenden hinreichenden Sachgrund. Sowohl die die Entscheidung tragenden als auch die die Entscheidung nicht tragenden Richter sehen einen solchen z.B. in der Sicherung der Versorgung mit Arzneimitteln oder der Verfügbarkeit von unmittelbar auf das Reisen oder den Besuch von Messen bezogenen Gegenständen.⁴¹ Ob über diese Ausnahmetatbestände hinaus weitere Ausnahmen von den allgemeinen Ladenschlussregelungen verfassungsrechtlich zulässig sind, wird seit langem kontrovers beurteilt.

cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Zweck des Ladenöffnungsgesetzes Rheinland-Pfalz ist nach § 1 Satz 1 die Gewährleistung der Arbeitsruhe des Verkaufspersonals, der Schutz der Sonn- und Feiertage und die Festlegung flexibler Rahmenbedingungen für die zulässigen Verkaufszeiten an Werktagen. Die Gesetzesbegründung führt ergänzend aus, für eine Ladenöffnung über 22 Uhr hinaus bestehe – von

³⁸ BVerfGE 111, 10 (44 f.).

³⁹ BVerfGE 111, 10 (49).

⁴⁰ Vgl. *Schmitz*, NVwZ 2008, 18 (20).

⁴¹ BVerfGE 111, 10 (41, 44).

Ausnahmesituationen abgesehen – kaum Bedarf. Durch die Regelungen würden die Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen und auf den Lärmschutz in den Innenstädten, die einer völligen Freigabe der werktäglichen Ladenöffnungszeiten verbunden seien, begrenzt. Die Beschäftigten würden auch zukünftig grundsätzlich vor einer ungünstigen Lage ihrer Arbeitszeit in den Nachtstunden geschützt. Ferner würden immissionsschutzrechtliche Probleme im Zusammenhang mit Wohngebieten durch die grundsätzliche Beschränkung auf 22 Uhr vermieden.⁴²

Für eine Privilegierung der Ladenöffnung an Werktagen nur für Spätis in Rheinland-Pfalz bedarf es nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zunächst eines hinreichenden Sachgrundes, der das Zurücktreten der vom rheinland-pfälzischen Gesetzgeber intendierten Schutzzwecke rechtfertigt. Andernfalls fehlt es bereits deshalb an der Angemessenheit der Regelung.

(1) Ein hinreichender Sachgrund könnte das Erwerbsinteresse vieler jüngerer Menschen als potentielle Käufer und damit deren Konsumbedürfnisse sein. So verweist die Auftrag gebende Fraktion darauf, der Wunsch nach einer Möglichkeit, die Ladenöffnungszeiten so anzupassen, dass eine Öffnung ausschließlich für diese sog. Spätis oder auch Nachtkioske über 22 Uhr möglich sei, sei groß. Zweck der Ladenöffnung solle sein, ein Getränk oder Süßwaren mit auf den Weg (zum direkten Verzehr) verkaufen zu können.

Dieser Argumentation hat das Bundesverfassungsgericht, wie oben unter bb) ausgeführt, in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2004 grundsätzlich eine Absage erteilt. Erforderlich sind danach „besondere Zwecke“ nach Art der bisher bestehenden Ausnahmen.

(2) Im Zusammenhang mit dem Sonn- und Feiertagsschutz greift das Bundesverfassungsgericht diese Argumentation auf und betont auch dort, dass ein „bloß wirtschaftliches Umsatzinteresse der Verkaufsstelleninhaber“ und ein „alltägliches Erwerbsinteresse („Shopping-Interesse“) potentieller Käufer“ „grundsätzlich“ nicht ausreichte, den Sonn- und Feiertagsschutz außer Kraft zu setzen.⁴³ Bloße Konsum- und Erwerbsinteressen genügen danach grundsätzlich nicht als rechtfertigender Grund für eine Sonn- und Feiertagsöffnung.

(3) Von Bedeutung könnte allerdings sein, dass Spätis oder Nachtkioske inzwischen zu einer urbanen Kultur gehören. In der juristischen Literatur⁴⁴ und durch andere Landesgesetzgeber⁴⁵ wird dieser Gedanke bereits seit längerem vertreten. Kaufen dient nach diesem Ansatz heute nicht mehr nur der Bedarfsdeckung, sondern ist Teil der Freizeitgestaltung geworden. Das Bundesverfassungsgericht hat zudem im Jahre 2009 im Rahmen seiner Entscheidung zum Sonn-

⁴² LT-Drs. 15/387, S. 13.

⁴³ BVerfGE 125, 39 (87 f., 89 f.); BVerwG, NVwZ 2019, 964 (966 Rn. 19); BVerwGE 153, 183 (187 f. Rn. 22); BVerwGE 159, 27 (30 f. Rn. 16); vgl. auch OVG Koblenz - Urteil vom 19. September 2019 -, 6 C 11131/18.OVG.

⁴⁴ *Kehrberg*, GewArch 2001, 14 (17 f., 20); *Schunder*, NJW 2001, 2131; *Fuchs*, NVwZ 2005, 1026 (1028); *Böttner*, SächVBl. 2016, 273 (280); vgl. auch *Dietlein*, Gesetzgeberische Spielräume bei der Regelung von Ladenöffnungen an Sonn- und Feiertagen, Gutachterliche Stellungnahme unter Berücksichtigung der Verfassungsvorgaben des Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV, S. 65.

⁴⁵ Z.B. HE LT-Drs. 16/5959, S. 10: „Für viele Konsumentinnen und Konsumenten dient das Einkaufen nicht mehr nur der Bedarfsabdeckung, sondern ist längst zu einem Element der Freizeitgestaltung geworden.“

und Feiertagsschutz ausgeführt, der Gesetzgeber könne im Rahmen seines Gestaltungsspielraums auch auf eine geänderte soziale Wirklichkeit, insbesondere auf Änderungen im Freizeitverhalten, Rücksicht nehmen.⁴⁶

Dieser Aspekt könnte damit einen hinreichenden Sachgrund bilden. Auf diese Weise würde zugleich der allgemeinen Handlungsfreiheit der potentiellen Käufer ein größerer Stellenwert eingeräumt.⁴⁷ Ob sich diese Argumentation bei einer neuerlichen Überprüfung des Ladenschlussrechts durch das Bundesverfassungsgericht allerdings durchsetzen wird, oder ob die hinter der Kulturänderung stehenden Konsuminteressen die Annahme eines besonderen Sachgrundes hindern, ist bislang nicht abschließend geklärt.

(4) Unterstellt, es läge ein hinreichender Sachgrund für die gewünschte Ausnahmeregelung vor, dürfte überdies kein Wettbewerbsverstoß im Verhältnis zu den nicht von einer Ausnahmeregelung erfassten Betrieben vorliegen.⁴⁸ Ob dies der Fall wäre, ist nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Juni 2004 gleichfalls umstritten und dürfte auch weiterhin höchst problematisch sein.

(a) Legt man die Auffassung der das Urteil nicht tragenden vier Richter zugrunde, könnte aus den bisherigen und der dann neu geschaffenen Ausnahmeregelung der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzgeber den seinerzeit mit den Ladenschlusszeiten verfolgten Zielen kein hohes Gewicht (mehr) beimesse, so dass eine Ausnahmeregelung für Spätis wegen eines Wettbewerbsverstoßes nicht angemessen sein könnte.⁴⁹ Der Gesetzgeber würde mit einer Ausnahme für Spätis den Arbeits- und Immissionsschutz hinter die Interessen potentieller Konsumentinnen und Konsumenten stellen, was zu einer unangemessen Regelung führen könnte.

Bei der Prüfung der Angemessenheit einer solchen Regelung hätte der Gesetzgeber, worauf die das Urteil nicht tragenden Richter hingewiesen haben, einzukalkulieren, dass die im Vordergrund stehenden Konsumbedürfnisse gleichfalls durch eine insgesamt verlängerte Ladenöffnungszeit befriedigt werden könnten.⁵⁰ Insofern dürfte sich die generelle Frage stellen, ob an Stelle einer weiteren Ausnahme von den Ladenschlusszeiten möglicherweise einzig die vollständige Freigabe der Ladenöffnungszeiten verfassungsgemäß wäre. Eine solche soll nach den Vorgaben im Gutachtenauftrag jedoch nicht erfolgen.⁵¹

⁴⁶ BVerfGE 125, 39 (86); vgl. auch *Böttner*, SächVBl. 2016, 273 (280) m.w.N. aus der älteren Verfassungsgerichtsrechtsprechung.

⁴⁷ Vgl. zu diesem Aspekt *Hufen*, NJW 1996, 1291 (1294).

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 111, 10 (41 f.).

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 111, 10 (43 ff.).

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 111, 10 (45).

⁵¹ Sehr deutlich insoweit *Schmitz*, NVwZ 2008, 18, 22: „Die Länder, die eine Ladenschlussregelung an Werktagen in den Landesgesetzen vorsehen, setzen sich dem Risiko aus, dass die Vorschriften schon aus diesem Grund als nicht verfassungskonform angesehen werden. Der Arbeitnehmerschutz als Rechtfertigung eines werktäglichen Ladenschlusses steht nach dem Urteil des BVerfG [vom 9. Juni 2004, BVerfGE 111, 10] auf schwacher Argumentationsgrundlage. Die abweichende Meinung der vier Verfassungsrichter zeigt, dass eine landesgesetzgeberische Ladenschlussregelung an Werktagen vor den Verfassungsgerichten auf Dauer wohl keinen Bestand haben wird. (...) Die Freigabe der Öffnungszeiten an Werktagen in den landesrechtlichen Ladenöffnungsgesetzen ist daher nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern sogar geboten.“ *Böttner*, SächVBl. 2016, 273, 278: resümiert: „Vieles streitet also für die Freigabe der werktäglichen Ladenöffnungszeiten.“

(b) Nach Auffassung der die Entscheidung tragenden vier Richter ist die Wettbewerbssituation der nicht privilegierten Bewerber – wie dargestellt – hingegen dann nicht unangemessen beeinträchtigt, wenn die Privilegierungen nur einen geringen Anteil an Verkaufsstellen erfassen, die sich allenfalls zum Teil in direkter Konkurrenz zu nicht privilegierten Betrieben befänden. Die Besonderheiten der privilegierten Verkaufsstellen nach Lage, Sortiment und Preisgestaltung seien zudem regelmäßig so groß, dass nicht damit gerechnet zu werden brauche, dass sie in nennenswertem Umfang Umsatz von den nicht privilegierten Betrieben abzögen.⁵²

Daher könnte der Gesetzgeber – einen hinreichenden Sachgrund unterstellt – nach dieser Auffassung mit entsprechenden Gebiets- und Sortimentsbeschränkungen eine unzureichende Beschränkung des Wettbewerbs vermeiden. Insoweit dürfte zu Gunsten einer entsprechenden Regelung auch zu berücksichtigen sein, dass das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber bei wettbewerbsrelevanten Eingriffen bekanntermaßen einen besonders großen Entscheidungsspielraum zubilligt. Danach ist es primär seine Aufgabe, auf Grundlage seiner wirtschaftspolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten der betroffenen Materie zu entscheiden, welche Maßnahmen im Interesse des Gemeinwohls zu ergreifen sind.⁵³

(5) Anders als bei Erlass des Urteils im Jahre 2004 dürfte durch den zwischenzeitlichen normativen und tatsächlichen Wandel⁵⁴ die obige Überlegung noch deutlich an Gewicht gewonnen haben, ob möglicherweise an Stelle einer neuen Ausnahmebestimmung vom Ladenschluss heute einzig die vollständige Freigabe der werktäglichen Ladenöffnungszeiten angemessen wäre. Die werktäglichen Ladenöffnungszeiten sind zwischenzeitlich in zwölf Bundesländern vollständig oder nahezu vollständig freigegeben. Das Bundesverfassungsgericht hat die vollständige Freigabe im Jahre 2009 gebilligt.⁵⁵ Insofern ergeben sich aus Urteil des Jahres 2004 zwar die Voraussetzungen für die gewünschte Ausnahmebestimmung. Allerdings dürfte ein erhebliches Risiko bestehen, dass die Rechtswirklichkeit die Bewertung aus dem Jahre 2004 zwischenzeitlich überholt hat.⁵⁶

⁵² BVerfGE 111, 10 (41 f.).

⁵³ Vgl. BVerfGE 13, 97 (105); 25, 1 (12); 111, 10 (38 f.).

⁵⁴ Vgl. *Schmitz*, NVwZ 2008, 18 (20).

⁵⁵ BVerfGE 125, 39.

⁵⁶ Vgl. oben Fußnote 51.

b) Ladenöffnung für Spätis an Sonn- und Feiertagen

Spätis haben nach geltender Rechtslage in Rheinland-Pfalz sonntags ganztätig geschlossen zu bleiben, sofern die Inhaber sich nicht auf die Privilegierung für Verkaufsstellen an Personenbahnhöfen, Flugplätzen und Schiffsanlegestellen berufen können (§ 7 LadöffnG). Nachfolgend wird daher im Schwerpunkt dazu Stellung genommen, unter welchen Voraussetzungen Spätis an Sonn- und Feiertagen überhaupt öffnen dürfen und nicht, ob sie länger als 22 Uhr öffnen dürfen.

aa) Betroffene Grundrechte sowie Schutz der Sonn- und Feiertage

Für die Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen gelten zunächst dieselben Erwägungen wie für die werktägliche Öffnung. Rechtfertigender Grund für die grundsätzliche Schließung von Geschäften an Sonn- und Feiertagen ist der verfassungsrechtlich verankerte Sonn- und Feiertagschutz.⁵⁷

(1) Nach Art. 139 WRV i.V.m. Art. 140 GG sind Sonn- und staatliche Feiertage als Tage der seelischen Erhebung und Arbeitsruhe gesetzlich geschützt.⁵⁸ Die durch Art. 140 GG aufgenommenen Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung sind von gleicher Normqualität wie die sonstigen Bestimmungen des Grundgesetzes.⁵⁹ Das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG wird durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV im Sinne der Gewährleistung eines Mindestschutzniveaus konkretisiert.⁶⁰ Inhaltlich ist der Regelung ein religiöser, in der christlichen Tradition wurzelnder Gehalt eigen, der mit einer dezidiert sozialen, weltlich-neutral ausgerichteten Zwecksetzung einhergeht.⁶¹ Die Regelung ist zudem als Konnexgarantie zu verschiedenen Grundrechten zu begreifen.⁶² Mit der Gewährleistung rhythmisch wiederkehrender Tage der Arbeitsruhe konkretisiert Art. 139 WRV überdies das Sozialstaatsprinzip. Die Sonn- und Feiertagsgarantie fördert und schützt nicht nur die Ausübung der Religionsfreiheit. Die Arbeitsruhe dient darüber hinaus der physischen und psychischen Regeneration und damit der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG). Die Statuierung gemeinsamer Ruhetage dient dem Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG). Auch die Vereinigungsfreiheit lässt sich so effektiver wahrnehmen (Art. 9 Abs. 1 GG). Der Sonn- und Feiertagsgarantie kann schließlich ein besonderer Bezug zur Menschenwürde beigemessen werden, weil sie dem ökonomischen Nutzendenken eine Grenze zieht und dem Menschen um seiner selbst willen dient.⁶³

(2) Art. 47 LV greift die Regelung des Art. 139 WRV auf, ergänzt die dort genannten Schutzzwecke der Sonn- und Feiertagsruhe aber um das auf Grund der Rangfolge besonders hervor gehobene Motiv der „religiösen Erbauung“. Schwerpunkt der Regelung ist daher ihr religiöser

⁵⁷ Böttner, SächsVBl. 2016, 273 (278).

⁵⁸ Robbers, in: Brouck/Droege/Jutzi, Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2014, Art. 47 Rn. 2.

⁵⁹ BVerfGE 125, 39 (79 f.); OVG Koblenz, NVwZ-RR 2012, 228 (229).

⁶⁰ BVerfGE 125, 39 (79); OVG Koblenz, NVwZ-RR 2012, 228 (229).

⁶¹ BVerfGE 125, 39 (80 f.); OVG Koblenz, NVwZ-RR 2012, 228 (229).

⁶² BVerfGE 125, 39 (80 f.); OVG Koblenz, NVwZ-RR 2012, 228 (229).

⁶³ BVerfGE 125, 39 (82); OVG Koblenz, NVwZ-RR 2012, 228 (229).

Gehalt, der durchaus gewollt stärker betont wurde als in anderen Landesverfassungen.⁶⁴ Darüber hinaus stellt Art. 57 Abs. 1 Satz 2 LV fest, dass Sonn- und gesetzliche Feiertage arbeitsfrei sind. Die Landesverfassung verstärkt damit den grundgesetzlichen Schutz um das Motiv des Arbeitsschutzes der arbeitenden Bevölkerung und gewährleistet daher einen weitergehenden Schutz der Sonn- und Feiertagesruhe als das Grundgesetz.⁶⁵

bb) Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1. Dezember 2009⁶⁶

Im Jahre 2009 nahm das Bundesverfassungsgericht in einem grundlegenden Urteil⁶⁷ zum Berliner Ladenöffnungsgesetz (BerLadÖffG)⁶⁸ und zur verfassungsrechtlichen Sonn- und Feiertagsgarantie des Grundgesetzes Stellung. Das Gericht erklärte § 3 Abs. 1 BerlLadÖffG a.F., der eine Sonntagsöffnung an allen vier Adventssonntagen gestattete, mit Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 140 GG und Art. 139 WRV für unvereinbar. Die vollständige Freigabe der werktäglichen Ladenöffnungszeiten (24-Stunden-Öffnungsmöglichkeit) ließ das Gericht unbeanstandet.

(1) Nach den Ausführungen des Gerichts folgt aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG eine Schutzpflicht des Staates, das durch den objektivrechtlichen Schutzauftrag für den Sonn- und Feiertagschutz aus Art. 139 WRV (i.V.m. Art. 140 GG) konkretisiert wird, der neben seiner weltlich-sozialen Bedeutung in einer religiös-christlichen Tradition wurzelt. Danach ist ein Mindestniveau des Schutzes der Sonn- und der gesetzlich anerkannten Feiertage durch den Gesetzgeber zu gewährleisten.⁶⁹ Hierzu hat er ein Schutzkonzept aufzustellen und normativ umzusetzen. Dabei kommt ihm ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das Bundesverfassungsgericht kann die Verletzung einer solchen Schutzpflicht nur feststellen, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen 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.⁷⁰

(2) Für das gesetzliche Schutzkonzept stellt das Bundesverfassungsgericht folgende Mindestanforderungen an den Sonn- und Feiertagsschutz auf:

- Art. 139 WRV statuiert für die Arbeit an Sonn- und Feiertagen unter anderem ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Danach hat grundsätzlich die typische „werktägliche Ge-

⁶⁴ OVG Koblenz, NVwZ-RR 2012, 228 (229 f.); *Hergenröder*, in: Brouck/Droege/Jutzi, Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2014, Art. 57 Rn. 6.

⁶⁵ OVG Koblenz, NVwZ-RR 2012, 228 (230); *Hergenröder*, in: Brouck/Droege/Jutzi, Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2014, Art. 57 Rn. 6.

⁶⁶ BVerfGE 125, 39.

⁶⁷ BVerfGE 125, 39.

⁶⁸ Vom 14. November 2006 (GVBl. S. 1045), in der Fassung des Erstes Gesetzes zur Änderung des Berliner Ladenöffnungsgesetzes vom 16. November 2007 (GVBl. S. 580).

⁶⁹ BVerfGE 125, 39, (77 f.); vgl. zu den Kernaussagen des Urteils sowie den Schlussfolgerungen daraus auch *Schink/Ley/van Schwick*, Kurzgutachten zur Novellierung des Ladenöffnungsgesetzes Nordrhein-Westfalen, Oktober 2017, S. 9 ff.

⁷⁰ BVerfGE 125, 39 (78) m.w.N.

schäftigkeit“ an Sonn- und Feiertagen zu ruhen. Geschützt ist der allgemein wahrnehmbare Charakter des Tages, dass es sich grundsätzlich um einen für alle verbindlichen Tag der Arbeitsruhe handelt. Sonn- und Feiertage müssen erkennbar als Tage der Arbeitsruhe zur Regel erhoben werden. Ausnahmen vom Sonntagsschutz müssen als solche für die Öffentlichkeit erkennbar bleiben und dürfen nicht auf eine weitgehende Gleichstellung der sonn- und feiertäglichen Verhältnisse mit den Werktagen und ihrer Betriebsamkeit hinauslaufen.⁷¹

- Der verfassungsrechtlich garantierte Sonn- und Feiertagsschutz ist nur begrenzt einschränkbar. Ausnahmen von der Sonn- und Feiertagsruhe sind zur Wahrung höher- oder gleichwertiger Rechtsgüter möglich. Dabei hat ein Ausgleich zwischen dem Sonn- und Feiertagsschutz einerseits sowie der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) andererseits stattzufinden. In jedem Falle muss ein hinreichendes Niveau des Sonn- und Feiertagsschutzes gewahrt werden.⁷²
- Beim Ausgleich der gegenläufigen Schutzgüter kann der Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums auch auf eine geänderte soziale Wirklichkeit, insbesondere auf Änderungen im Freizeitverhalten, Rücksicht nehmen. Allerdings führt der Schutz der Verwirklichung von Freizeitwünschen der Bürger insoweit zu einem Konflikt, als diese auf die Bereitstellung von Leistungen angewiesen sind, die den Arbeitseinsatz der Anbieter solcher Leistungen erfordern.⁷³
- Als einen die Ausnahme vom Sonntagsschutz rechtfertigen Sachgrund genügen „grundsätzlich“ weder ein „bloß wirtschaftliches Umsatzinteresse der Verkaufsstelleninhaber“ noch ein „alltägliches Erwerbsinteresse („Shopping-Interesse“) potenzieller Käufer“. ⁷⁴
- 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.⁷⁵
- Liegt bereits eine maximale Ausweitung der werktäglichen Öffnungszeiten auf 24 Stunden vor, gewinnt die Arbeitsruhe für Arbeitnehmer an Sonn- und Feiertagen bei der Abwägung der betroffenen Interessen noch mehr an Bedeutung und Gewicht, da es durch die maximale Ausweitung notwendiger Weise vermehrt zum Einsatz der Beschäftigten im Schicht- und Nachtbetrieb kommt.⁷⁶

⁷¹ BVerfGE 125, 39 (85 ff., 90 f.); vgl. zur Sonntagsöffnung in Rheinland-Pfalz OVG Koblenz - Urteil vom 19. September 2019 -, 6 C 11131/18.OVG.

⁷² BVerfGE 125, 39 (85).

⁷³ BVerfGE 125, 39 (86).

⁷⁴ BVerfGE 125, 39 (87).

⁷⁵ BVerfGE 125, 39 (88).

⁷⁶ BVerfGE 125, 39 (93 f.).

cc) Regelungsmöglichkeiten

(1) Das Bundesverfassungsgericht verlangt vom Gesetzgeber ein Konzept für den Sonn- und Feiertagsschutz. Dabei hat er den vorgegebenen Mindestschutz zu achten; seine Regelungen dürfen nicht dahinter zurückbleiben. Hält der Gesetzgeber den vorgegebenen Mindestschutz ein, sind Einschränkungen des Sonn- und Feiertagsschutzes zur Wahrung höher oder gleichwertiger Rechtsgüter zulässig. In welchem Umfang dieser Schutz zurücktreten kann, bemisst sich 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.⁷⁷ Je länger und je umfassender die Sonn- und Feiertagsöffnung ist, desto größeres Gewicht müssen die rechtfertigenden Gründe aufweisen. Umgekehrt gilt, je geringer die Eingriffe in den Sonn- und Feiertagsschutz sind, desto geringere Anforderungen sind an die rechtfertigenden Gründe zu stellen.

(2) Das geforderte Schutzkonzept hat der Gesetzgeber mit dem Ladenöffnungsgesetz Rheinland-Pfalz verwirklicht. Der Gesetzgeber hat es, wie zuvor bereits unter der Geltung des Ladenschlussgesetzes, zur Gewährleistung der Sonn- und Feiertagsruhe und der Arbeitsruhe des Verkaufspersonals bei der allgemeinen Festlegung der Schließung der Verkaufsstellen an Sonn- und Feiertagen belassen und nur wenige, sehr beschränkte Ausnahmen zugelassen.⁷⁸

(3) Eine Regelung zu Öffnungszeiten für Spätis an Sonn- und Feiertagen muss die oben dargestellten verfassungsgerichtlichen Vorgaben erfüllen und sich in das Schutzkonzept des Landesgesetzgebers einfügen.

Wie zur Erweiterung der werktäglichen Ladenöffnungszeiten ausgeführt, ist ein „alltägliches Erwerbsinteresse“ potentieller Käufer grundsätzlich nicht geeignet, eine Ausnahme vom Sonn- und Feiertagsschutz zu rechtfertigen. Die Berufung auf die Änderung der urbanen Kultur mit einem geänderten Freizeitverhalten dürfte hingegen unter Berücksichtigung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers grundsätzlich geeignet sein, den Sonn- und Feiertagsschutz einzuschränken. Da sich hinter dieser Argumentation ein Erwerbsinteresse verbirgt, dürfte diesem Sachgrund allerdings von vorn herein nur ein eingeschränktes Gewicht zuzumessen sein.

(4) Den konkret möglichen Umfang einer Sonn- und Feiertagsöffnung bestimmen die weiteren Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zum Sonn- und Feiertagsschutz. Dem danach geforderten Regel-Ausnahmeverhältnis dürfte mit entsprechenden quantitativen und qualitativen Beschränkungen der Ladenöffnung für Spätis entsprochen werden können.⁷⁹ Das Ladenöffnungsgesetz selbst beinhaltet in den §§ 6 und 7 quantitative Beschränkungen auf bestimmte

⁷⁷ *Dietlein*, Gesetzgeberische Spielräume bei der Regelung von Ladenöffnungen an Sonn- und Feiertagen, Gutachterliche Stellungnahme unter Berücksichtigung der Verfassungsvorgaben des Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV, S. 66.

⁷⁸ Vgl. LT-Drs. 15/387, S. 13.

⁷⁹ Vgl. *Böttner*, SächsVBl. 2016, 273 (280); vgl. zu diesem Ansatz auch *Hufen*, NJW 1986, 1291 (1300 f.).

Ersatzteile für Kraftfahrzeuge und Reisebedarf. § 9 LadöffnG bestimmt, dass durch Rechtsverordnung der begrenzte Sonntagsverkauf von dort näher definierten Artikeln bis zur Dauer von acht Stunden erlaubt werden kann. Namentlich erwähnt werden Getränke und Süßwaren, die gleichfalls unter „Lebens- und Genussmittel in kleineren Mengen“ als Teil des Reisebedarfs (§ 2 Abs. 2 LadöffnG) fallen. Zum Schutz des religiösen Gehalts von Art. 139 WRV, § 47 LV sind die Öffnungszeiten unter Berücksichtigung der Zeit des Hauptgottesdienstes festzulegen.

(6) Um dem eingeschränkten Gewicht des rechtfertigenden Grundes und dem grundsätzlichen Ruhen der werktäglichen Geschäftstätigkeit Rechnung zu tragen, könnte die Gestattung der Ladenöffnung an die Größe des Betriebs gekoppelt werden. Mögliche Anknüpfungspunkte wären z.B. Umsatz, Betriebsgröße (Ladenfläche) oder Zahl der abhängig Beschäftigten.⁸⁰

Ein besonders geeignetes Kriterium dürfte dabei die Größe der Ladenfläche sein, da größere Geschäfte in der Regel eine verstärkte Außenwirkung haben, die eher geeignet ist, partielle werktägliche Geschäftstätigkeit zu erzeugen.⁸¹ Der allgemein wahrnehmbare Charakter des Tages als Tag der Arbeitsruhe⁸² dürfte durch sehr beschränkte Ladenflächen und ein dadurch naturgemäß sehr beschränktes Sortiment nicht verloren gehen.

(7) Insofern könnte, wie in der Fragestellung angelegt, in Erwägung gezogen werden, eine Sonn- und Feiertagsöffnung für Kioske, also kleine, ortsfeste, in der Regel nur einen einzigen Raum enthaltende, von den Kunden nicht betretbare Bauwerke, bei denen die Warenausgabe in Form des Schalterverkaufs erfolgt, vorzusehen. Gleichzeitig sollte das Sortiment beschränkt werden. Damit könnte dem eingeschränkten Gewicht des verfolgten Sachgrundes und der Voraussetzung, dass die Sonn- und Feiertagsöffnung solcher Kioske keine für den Tag prägende Wirkung erlangen darf, Rechnung getragen werden.

(8) Diesen Weg, wenn auch nicht mit Blick auf Spätis, ist Hessen mit dem Erlass seines Ladenöffnungsgesetzes (HLöG) im Jahre 2006 gegangen. § 4 Abs. 1 Nr. 3 HLöG gestattet die Sonn- und Feiertagsöffnung für Kioske für die Dauer von sechs Stunden zur Abgabe von Zeitungen, Zeitschriften, Tabakwaren, Lebens- und Genussmitteln in kleineren Mengen. Hierunter fallen die im Auftragsschreiben genannten Getränke und Süßwaren zum sofortigen Verzehr. Die Begrenzung auf „kleinere Mengen“ trägt nach Auffassung des hessischen Landesgesetzgebers dem Versorgungsinteresse hinreichend Rechnung und soll zugleich sicherstellen, dass keine Ausdehnung auf den gesamten Lebensmittelbereich durch bloße Umetikettierung einer Verkaufsstelle als Kiosk stattfindet.⁸³ Die konkrete Ladenöffnungszeit kann jeder Kiosk im Einzelfall festlegen, so dass bei Übernahme dieser Regelung für Rheinland-Pfalz theoretisch eine Sonn- und Feiertagsöffnung von 18 bis 24 Uhr möglich wäre.

⁸⁰ Vgl. *Böttner*, SächsVBl. 2016, 273 (280); *Hufen*, NJW 1986, 1291 (1300).

⁸¹ Vgl. *Böttner*, SächsVBl. 2016, 273 (280).

⁸² Vgl. BVerfGE 125, 39 (85 f.).

⁸³ Hess LT-Drs. 16/5959, S. 10, 14.

Für eine entsprechende Regelung in Rheinland-Pfalz muss bedacht werden, dass sie in das System der Ladenöffnungszeiten, wie es sich aus dem Gesetz und der Rechtsverordnung der Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion zur Durchführung des Ladenöffnungsgesetzes Rheinland-Pfalz vom 30. Mai 2007 ergibt, eingepasst wird. Insbesondere muss ein Widerspruch zu den werktäglichen Ladenöffnungszeiten (bis 22 Uhr) und der Möglichkeit des Verkaufs bestimmter Waren an Sonn- und Feiertagen nach § 9 Abs. 1 LadöffnG i.V.m. § 3 der vorgenannten Verordnung (maximal fünf Stunden in der Zeit von 7 Uhr bis 20 Uhr) vermieden werden.

(9) Einen anderen Weg beschreitet Niedersachsen, das ein größeres Verkaufssortiment zulässt, dafür aber nur kürzere Öffnungszeiten gestattet. Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 a) Niedersächsisches Gesetz über Ladenöffnungs- und Verkaufszeiten (NLöffVZG) dürfen an Sonn- und Feiertagen Verkaufsstellen öffnen, die nach ihrer Größe und ihrem Sortiment auf den Verkauf von täglichem Kleinbedarf ausgerichtet sind, für die Dauer von drei Stunden, die außerhalb der ortsüblichen Gottesdienstzeiten liegen sollten. Täglicher Kleinbedarf umfasst nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 2 NLöffVZG im Wesentlichen Bäckerei- und Konditorwaren, Zeitungen und Zeitschriften, Schnitt- und Topfblumen, Toiletten- und Hygieneartikel, Verbrauchsmaterial für Film- und Fotozwecke sowie Tonträger, Andenken, Geschenkartikel und Spielzeug, wenn es sich jeweils um Gegenstände geringeren Werts handelt, sowie Lebens- und Genussmittel in kleinen Mengen.

(10) Das Berliner Ladenöffnungsgesetz (BerlLadÖffG) hingegen, das werktäglich die Ladenöffnungszeiten freigibt, enthält keine gesonderte Regelung für die Öffnung von Spätis oder Nachtkiosken. Spätis dürfen in Berlin an Sonn- und Feiertagen nur öffnen, wenn sie unter die Ausnahmevorschrift zugunsten von Touristen (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG) fallen. Danach dürfen Verkaufsstellen an Sonn- und Feiertagen, die für den Bedarf von Touristen ausschließlich Andenken, Straßenkarten, Stadtpläne, Reiseführer, Tabakwaren, Verbrauchsmaterial für Film- und Fotozwecke, Bedarfsartikel für den alsbaldigen Verbrauch sowie Lebens- und Genussmittel zum sofortigen Verzehr anbieten, von 13 bis 20 Uhr und am 24. Dezember, wenn dieser Tag auf einen Adventssonntag fällt, von 13 bis 17 Uhr, öffnen. Durch das Wort „ausschließlich“ wird sichergestellt, dass es auf das Hauptsortiment und die generelle Prägung der Verkaufsstelle ankommt. Ein lediglich beschränkter Warenverkauf in einer ansonsten ein größeres Warenangebot anbietenden Verkaufsstelle ist dadurch ausgeschlossen.⁸⁴

⁸⁴ Vgl. VG Hamburg - Beschluss vom 13. September 2012 -, 21 E 2277/12 (juris); Gutachten zu einigen Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Berliner Ladenöffnungsgesetz, Abgeordnetenhaus von Berlin, Wissenschaftlicher Parlamentsdienst, 12. August 2016, S. 7.; *Böttner*, SächsVBl. 2016, 273 (275).

2. Welche Definition müsste eine entsprechende Kategorie im Gesetz aufweisen, um als solche abgrenzbar zu sein?

Nach Maßgabe des Gutachtauftrags soll ein Regelungsvorschlag für Kioske unterbreitet werden, die Menschen nach 22 Uhr noch ein Getränk oder Süßwaren mit auf den Weg (zum direkten Verzehr) verkaufen möchten.

Nach dem Ergebnis zu Frage 1. ist eine Regelung für Werkstage (montags bis samstags) verfassungsrechtlich bedenklich. Die vollständige werktägliche Freigabe der Ladenöffnungszeiten, welche zulässig wäre, soll nach den Vorgaben im Gutachtauftrag nicht erfolgen. Der nachfolgende Regelungsvorschlag beschränkt sich daher auf eine Regelung für Sonn- und Feiertage unter Berücksichtigung der Regelungssystematik des Ladenschlussrechts in Rheinland-Pfalz, wie es sich aus dem Ladenschlussgesetz und der dazu erlassenen Verordnung vom 30. Mai 2007⁸⁵ ergibt.

Eine Regelung im Ladenöffnungsgesetz Rheinland-Pfalz könnte z.B. wie folgt lauten:

„§ 7a Kioske

Kioske, die Lebens- und Genussmittel zum sofortigen Verzehr anbieten, dürfen abweichend von § 3 Satz 1 Nr. 1 an Sonn- und Feiertagen in der Zeit zwischen 7 und 20 Uhr für die Dauer von bis zu fünf Stunden geöffnet sein; fällt der 24. Dezember auf einen Sonntag, ist eine Offenhaltung bis 14 Uhr zulässig. Am Ostermontag, Pfingstmontag und 2. Weihnachtstag (26. Dezember) dürfen nur Verkaufsstellen für die Abgabe von Zeitungen und Zeitschriften geöffnet sein.“

Kioske sind, wie bereits mehrfach dargestellt, kleine, ortsfeste, in der Regel nur einen einzigen Raum enthaltende, von den Kunden nicht betretbare Bauwerke, bei denen die Warenausgabe in Form des Schalterverkaufs erfolgt.

Unter Lebens- und Genussmittel zum sofortigen Verzehr fallen z.B. alkoholfreie Getränke, Süßwaren, Eis, Konditorwaren, belegte Brötchen, Imbissangebote oder frisches Obst.⁸⁶ Gemeint sind Lebensmittel oder Getränke, die keiner weiteren Zubereitung bedürfen und nicht für eine Lagerung oder Vorratshaltung gedacht sind.⁸⁷

Die weiteren Regelungen sind § 3 der Verordnung Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion zur Durchführung des Ladenöffnungsgesetzes Rheinland-Pfalz entnommen. Damit soll ein Widerspruch zu diesen Regelungen vermieden werden.

⁸⁵ StAnz S. 955.

⁸⁶ Vgl. Berl. Abghs-Drs. 16/0015, S. 11; Gutachten zu einigen Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Berliner Ladenöffnungsgesetz, Abgeordnetenhaus von Berlin, Wissenschaftlicher Parlamentsdienst, 12. August 2016, S. 5.

⁸⁷ Vgl. Gutachten zu einigen Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Berliner Ladenöffnungsgesetz, Abgeordnetenhaus von Berlin, Wissenschaftlicher Parlamentsdienst, 12. August 2016, S. 6.

3. Ließe sich eine solche Kategorie „Spätis“ räumlich, beispielsweise auf Ober- und Mittelzentren, beschränken?

Eine räumliche Beschränkung einer Kategorie „Spätis“ dürfte wohl nicht zulässig sein.

Die Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit der Unternehmer bzw. Geschäftsinhaber aus Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 58 LV durch das Öffnungsverbot an Sonn- und Feiertagen ist durch den Sonn- und Feiertagsschutz (Art. 4 Abs. 1, 2 GG, Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV, Art. 47 und 57 Abs. 1 Satz 2 LV) gerechtfertigt. Die in der Antwort zu Frage 2 vorgeschlagene Regelung als (räumlich unbeschränkte) Ausnahme vom Öffnungsverbot an Sonn- und Feiertagen dürfte gerechtfertigt sein, da hierfür ein sachlicher Grund geltend gemacht werden kann, die Regelung den verfassungsrechtlichen Mindestschutz von Sonn- und Feiertagen wahrt und im Übrigen verhältnismäßig ist. Aus den gleichen Gründen dürfte auch kein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz vorliegen (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 17 Abs. 1 und 2 LV).

Die Frage, ob die Ausnahme vom Sonn- und Feiertagsschutz räumlich beschränkt werden kann, ist eine Frage der Angemessenheit der Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit. Das Bundesverfassungsgericht fordert für jede Einschränkung, hier die Beschränkung der räumlich unbeschränkten Ausnahme, einen sachlichen Grund.⁸⁸ Eine unterschiedliche Behandlung muss sich auf Unterschiede in den Sachverhalten zurückführen lassen, die es rechtfertigen, sie als im Hinblick auf die fragliche Behandlung ungleich anzusehen.⁸⁹

Die angedachte Beschränkung auf Ober- und Mittelzentren knüpft an eine Begrifflichkeit aus dem Raumordnungsrecht an. Durch das Raumordnungsgesetz sind die Bundesländer zur Ausweisung sog. zentraler Orte verpflichtet (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1, § 2 Abs. 2 Nr. 3 ROG). Zentrale Orte sind das wichtigste Instrument der Raumordnung, um die Leistungserbringung der Daseinsvorsorge räumlich zu organisieren.⁹⁰ In den Raumordnungsplänen werden seit einer Entschließung der Ministerkonferenz für Raumordnung (MKRO) im Jahre 1968 als Zentrale Orte regelmäßig Ober-, Mittel-, und Grundzentren, z.T. zusätzlich Unterzentren ausgewiesen. Diesen unterschiedlichen Hierarchieebenen werden von den Ländern weitgehend konsistent unterschiedliche Versorgungsfunktionen zugeordnet.⁹¹ Im geltenden Landesentwicklungsplan

⁸⁸ Vgl. nur BVerfGE 111, 10 (88).

⁸⁹ Vgl. BVerfGK 3, 101 (103); vgl. auch BVerfGE 99, 165 (178) m.w.N.

⁹⁰ *Einig/Heisters*, Das System Zentraler Orte in Deutschland, in: Greiving/Flex (Hrsg.), Neuaufstellung des Zentrale-Orte-Konzepts in Nordrhein-Westfalen, 2016, S. 4. In den Raumordnungsplänen werden seit einer Entschließung der Ministerkonferenz für Raumordnung (MKRO) im Jahre 1968 als Zentrale Orte regelmäßig Ober-, Mittel-, und Grundzentren, z.T. zusätzlich Unterzentren ausgewiesen. Diesen unterschiedlichen Hierarchieebenen werden von den Ländern weitgehend konsistent unterschiedliche Versorgungsfunktionen zugeordnet,

⁹¹ Dementsprechend soll z.B. die Grundversorgung mit öffentlichen und privaten Gütern und Leistungen des täglichen Bedarfs (z.B. Grundschulen, Kindertageseinrichtungen, Arztpraxen, Einzelhandel zur örtlichen Nahversorgung) in Grundzentren als räumlich überschaubare Verflechtungsbereiche (Nahbereiche) erhalten werden. Die Mittelzentren nehmen für mehrere Nahbereiche höherwertige und differenzierte Versorgungsfunktionen (z.B. Gymnasien, größere Sportanlagen, umfassende Einkaufsangebote) wahr. Die Oberzentren sollen wiederum möglichst vielfältig ausgestattet sein mit hochrangigen Einrichtungen und Dienstleistungen, um den spezialisierten, höheren Bedarf (z.B. nach Universität, Krankenhaus, Schauspielhaus, Einkaufszentren, Gerichtsbarkeit, ICE-Anschluss) zu decken, der eine überregionale bis landesweite Bedeutung aufweisen kann. Siehe ausführlich und mit Nachweisen *Grotefels*, in: Kment, Raumordnungsgesetz, 1. Auflage 2019, § 13 Rn. 15.

Rheinland-Pfalz (LEP IV) sind die Städte Koblenz, Trier, Mainz, Kaiserslautern und Ludwigshafen als Oberzentren sowie die Städte Worms, Speyer, Landau und Diez (im Zusammenhang mit Limburg) sowie Zweibrücken (im Zusammenhang mit Homburg) als Mittelzentren ausgewiesen.⁹²

Sachlicher Grund der Ausnahme vom Sonn- und Feiertagschutz ist das Erwerbsinteresse potentieller Käufer und die geänderte urbane Kultur, welche die Bedarfsdeckung (zum sofortigen Verzehr) an Sonn- und Feiertagen als Teil der Freizeitgestaltung begreift. Dieser übergeordnete sachliche Grund dürfte keiner räumlichen Beschränkung zugänglich sein. Der Wunsch nach Bedarfsdeckung zum sofortigen Verzehr ist räumlich nicht begrenzt. Dieser besteht in städtischen und ländlichen Regionen gleichermaßen. Einem potentiellen Käufer in einer ländlichen Region dürfte nicht zumutbar sein, für eine Bedarfsdeckung zum sofortigen Verzehr erst einen längeren Anfahrtsweg auf sich zu nehmen. Da sich die im Gutachtenauftrag genannten Getränke oder Süßwaren zum sofortigen Verzehr in der Regel in einem Bereich von nur wenigen Euro bewegen, stehen Zeit und Kosten im Verhältnis zum Erwerb in keinem Verhältnis mehr, so dass potentielle Käufer in ländlichen Regionen regelmäßig von einer entsprechenden Fahrt in das nächste Mittel- oder Oberzentrum Abstand nehmen dürften, womit eine sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligung ländlicher Regionen verbunden sein dürfte. Der Gesetzgeber dürfte in dem Zusammenhang auch zu berücksichtigen haben, dass letztlich der Markt bestimmt, ob ein Kiosk von einer angebotenen Möglichkeit zur Sonn- und Feiertagsöffnung Gebrauch macht. Hier den Raum außerhalb von Ober- und Mittelzentren für den Verkauf von Gegenständen im Bereich von in der Regeln wenigen Euro von vorn herein auszuschließen und damit zu benachteiligen, dürfte sich auch unter diesem Gesichtspunkt als unverhältnismäßig darstellen.

⁹² Landesverordnung über das Landesentwicklungsprogramm vom 14. Oktober 2008, GVBl. S. 285., Anlage zu § 1, Z 36, 39, S. 86.

4. Ließe sich eine solche Kategorie „Spätis“ zusätzlich auch über Kriterien, die den Betreiber betreffen, abgrenzen, beispielsweise „inhabergeführt“, so dass vermieden wird, dass größere Ketten den Markt dominieren?

Die Beschränkung einer Kategorie „Spätis“ über den Betreiber betreffende Kriterien mit dem Ziel einer Wettbewerbsbeschränkung dürfte nicht zulässig sein. Erfolgt eine Beschränkung hingegen aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes, dürfte sie zulässig sein, auch wenn hierdurch unvermeidliche Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sind.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Urteil aus dem Jahre 2004 zum Ladenschlussgesetz des Bundes durch alle acht Richter festgestellt, dass ein mit dem Arbeitsschutz zusammenhängender Zweck des Ladenschlussgesetzes die Sicherung der Wettbewerbsneutralität sei. Würde das Ladenschlussrecht nur für Verkaufsstellen gelten, in denen Arbeitnehmer beschäftigt wären, hätten Inhaber- oder Familienbetriebe insoweit einen Wettbewerbsvorteil, als sie auch dann geöffnet sein dürften, wenn Verkaufsstellen, die Arbeitnehmer einsetzten, geschlossen sein müssten. Ferner diene die Begrenzung der Ladenöffnung dem Ziel, Geschäfte ohne oder mit wenigen Beschäftigten in der Konkurrenz mit großen Unternehmen insoweit nicht zu benachteiligen, als es diesen leichter fallen könne, mit Hilfe von Schichtarbeit länger geöffnet zu haben. Der Schutz vor Konkurrenz sei daher nicht als eigenständiges Ziel zur Beschränkung der Berufsfreiheit anzuerkennen. Es sei dem Gesetzgeber aber nicht verwehrt, Konkurrenzvorteile zu unterbinden, die aus der Verfolgung eines anderweitigen legitimen Ziel abgeleitet werden könnten, wie aus den Schutzvorkehrungen für Ladenangestellte.⁹³

Diese Argumentation zu den allgemeinen Ladenschlusszeiten dürfte auf die angedachte Ausnahmeregelung für Spätis an Sonn- und Feiertagen übertragbar sein. Das bloße Ziel einer Wettbewerbsbeschränkung dürfte danach nicht zulässig sein. Will der Gesetzgeber hingegen durch den Betreiber betreffende Kriterien, wie z.B. inhabergeführt, einerseits zwar die Bedarfsdeckung (zum sofortigen Verzehr) an Sonn- und Feiertagen ermöglichen, andererseits den Arbeitsschutz für abhängig Beschäftigte gegenüber der derzeitigen Regelung nicht verändern, dürfte dies ein legitimer Zweck sein, der die hiermit verbundenen Wettbewerbsnachteile für Unternehmen mit abhängig Beschäftigten rechtfertigen dürfte. Die Wettbewerbsbeschränkung dürfte sich insoweit auch als lediglich gering darstellen, da sich durch die Beschränkung von Verkaufsfläche, Sortiment und Öffnungszeiten der zu erwartende Umsatz wohl in einem sehr beschränkten Rahmen halten dürfte. Eine solche Regelung findet sich etwa in § 5 Abs. 1 Satz 3 Ladenöffnungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern, das den Verkauf von Bäcker- und Konditorsachen, Milch und Milcherzeugnissen und ähnlichen privilegierten Artikeln am 1. Mai eines Jahres nur erlaubt, wenn der Ladeninhaber oder dessen Familienangehörige unter Freistellung aller Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer den Verkauf persönlich durchführen.⁹⁴

⁹³ BVerfGE 111, 10 (32 f.); kritisch zum Zweck der Sicherung der Wettbewerbsneutralität *Fuchs*, NVwZ 2005, 1026 (1027) und *Böttner*, SächsVBl. 2016, 273 (276 f.).

⁹⁴ Im Ergebnis ebenso für die Zulässigkeit der Beschränkung auf „inhabergeführt“ *Böttner*, SächsVBl. 2016, 273 (280). Er hält eine solche Beschränkung sogar für geboten, wenn man im Ladenschlussrecht primär Arbeitsschutz sieht, der für inhabergeführte Betriebe nach BVerfGE 138, 261 (277 f. Rn. 37) nicht einschlägig ist.

5. Könnten Kommunen aufgrund des Ladenöffnungsgesetzes dazu ermächtigt werden, zu entscheiden, in ihrem Gebiet solche „Spätis“ zuzulassen?

Nein. Wie zu Frage 3. ausgeführt, dürfte die räumliche Beschränkung einer Kategorie „Spätis“ nicht zulässig sein. Eine Ermächtigung an Kommunen, für ihr Gebiet über die Zulassung von Spätis entscheiden zu dürfen, führt ebenfalls zu räumlichen Differenzierungen im Landesgebiet, die nicht zulässig sein dürften. Mit der Differenzierung über das jeweilige Gemeindegebiet wird lediglich ein anderes, kleinteiligeres räumliches Kriterium definiert als die in der Frage 3 beispielhaft genannten Kriterien des Ober- und Mittelzentrums. An der wohl unzulässigen räumlichen Differenzierung im Landesgebiet ändert dies nichts.

Wissenschaftlicher Dienst