
Rechtliche Problemstellungen der Freigabe verkaufsoffener Sonn- und Feiertage im Rahmen der Reform des Ladenöffnungsgesetzes Hessen

Kurzgutachterliche Stellungnahme

im Auftrag des
Hessischen Industrie- und Handelskammer-
tags, des Handelsverbands Hessen, der Ver-
einigung der hessischen Unternehmerver-
bände, des Hessischen Städte- und Gemein-
debundes und des Bundesverbands City-
und Stadtmarketing Deutschland

von

Univ.-Prof. Dr. iur. Johannes Dietlein
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Verwaltungslehre
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

4. Oktober 2019

Gliederung

A. Problemstellung und Vorgeschichte:	3
B. Die Reformdiskussion in Hessen	5
I. Reformvorschlag eines „Zweiten Gesetzes zur Änderung des Hessischen Ladenöffnungsgesetzes“	6
II. Bewertung der Reformvorschläge	7
1. Sofort vollziehbare Allgemeinverfügung	7
2. Anlassereignis und Anlassbezogenheit	8
3. Voraussetzungstrias des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 – 3 Entw.-LÖG Hessen	8
4. Frist	10
5. „Dringendes“ Erfordernis für ministerielle Ausnahmen	10
C. Änderungsbedarf und weitergehende Reformvorschläge	11
I. Mindestforderung: Keine Verschärfung über die Vorgaben der Rechtsprechung hinaus	11
1. Lösungsmodell 1: Streichung der Voraussetzungstrias	11
2. Lösungsmodell 2: Umbau der Voraussetzungstrias	12
a) Zentrale Voraussetzung: Prägender Charakter der Ladenöffnung	12
b) „Dienender Charakter“ der weiteren Voraussetzungen	12
c) Spielraum für Modifikationen	13
II. Regelungsalternative: Die „offene“ Rechtfertigungslösung durch öffentliche Interessen	13
1. Flexible Öffnung für Gemeinwohlgründe jenseits des Anlassbezuges	14
2. Vermutungsregelung	15
III. Spielräume für eine „einstufige“ Lösung	16

A. Problemstellung und Vorgeschichte:

In der Folge des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 1. Dezember 2009

- 1 BvR 2857/07 und 1 BvR 2858/07 –

zu den Grenzen sonn- und feiertäglicher Ladenöffnungen sowie zu den Klagemöglichkeiten gegen gemeindliche Freigabeentscheidungen sind die rechtlichen Anforderungen für die Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen in der fachgerichtlichen Rechtsprechung neu ausgelotet und im Ergebnis deutlich verschärft worden. Von erheblicher Tragweite war namentlich ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 2015. In dieser Entscheidung verlangte das Gericht für eine Zulassung von Sonntagsöffnungen „aus Anlass“ von bestimmten Veranstaltungen erstmals eine sog. „vergleichende Besucherprognose“. Nach diesem Prognoseerfordernis soll das in den meisten Landesgesetzen normierte Tatbestandsmerkmal einer Ladenöffnung „aus Anlass“ einer Veranstaltung im Regelfall nur bejaht werden können, wenn die Ladenöffnung in einem engen räumlichen Bezug zur Veranstaltung steht und die Veranstaltung für sich genommen eine höhere Besucherquote erzielt als die als „Annex“ hierzu erfolgende Ladenöffnung

- BVerwG, Urt. vom 11.11.2015 - BVerwG 8 CN 2.14 -.

Das Konzept der „vergleichenden Besucherprognose“ seither in der Rechtsanwendung zu massiven Unsicherheiten und Problemen geführt. Spätestens seit dem Jahre 2017 sind deutliche Gegenbewegungen auch innerhalb der fachgerichtlichen Rechtsprechung selbst wahrzunehmen. So äußerte erstmals der VGH Baden-Württemberg in einem Beschluss aus dem Jahre 2017

„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 ... entspricht“

- Beschluss vom 13.3.2017, 6 S 309/17 -.

In ungewöhnlicher Deutlichkeit formulierte das Gericht an gleicher Stelle weiter:

„Die vom Bundesverwaltungsgericht geforderten Einschränkungen scheinen ... deutlich über die verfassungsrechtlich gebotene Beibehaltung eines Mindestschutzniveaus für die Sonn- und Feiertage und die Einhaltung eines Regel-/Ausnahmeverhältnisses hinauszugehen.“

Auf Distanz zu den strengen Anforderungen einer vergleichenden Besucherprognose ging nur wenig später auch das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, als es im Dezember 2017

- OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. vom 7.12.2017 - 4 B 1538/17 -

zu dem Ergebnis kam, dass der vom Bundesverwaltungsgericht geforderte „Annexcharakter“ von Ladenöffnungen im Einzelfall auch anders begründet werden könne als durch einen quantitativen Vergleich der Besucherströme.

Den vorläufigen Schlusspunkt rechtsprechungsinterner Nachjustierungen aus den Reihen der obergerichtlichen Rechtsprechung setzte schließlich das OVG Berlin-Brandenburg, das in einem Beschluss aus dem Jahre 2018

- OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. vom 23.01.2018 - 1 S 4.18 -

zu dem durchaus spektakulären Schluss kam, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einer Berücksichtigung des alltäglichen Einkaufsinteresses der Sonntagskunden – entgegen der bislang wohl einhelligen Auffassung – keineswegs vollumfänglich entgegenstehe. Vielmehr verbiete die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lediglich, alltägliche Erwerbsinteressen zum (tragenden) Grund für Sonntagsöffnungen zu machen. Demgegenüber hindere diese Rechtsprechung nicht, aus derartigen Erwerbsinteressen ein zusätzliches Gewicht für anderweitig begründete Ladenöffnungen abzuleiten.

Vor dem Hintergrund der erheblichen Rechtsunsicherheiten um Sonn- und Feiertagsöffnungen, die sich auch und zumal tradierten Gesetzesformulierungen in den Ländern entzündeten, kam es im Land Nordrhein-Westfalen im Jahre 2018 zu einer vollständigen Neuformulierung des dortigen Ladenöffnungsrechts. Im Zuge dieser Reform wurde die bisherige ausschließliche „Anlassrechtfertigung“ für Sonn- und Feiertagsöffnungen durch das anwendungs offene und insofern flexiblere Modell einer durch „öffentliche Interessen“ zu rechtfertigenden Ladenöffnung ersetzt

- vgl. hierzu § 6 LÖG NRW n. F. -.

Zur vereinfachten Handhabung des Gesetzes formuliert § 6 Abs. 1 Satz 2 LÖG NRW dabei „Regelbeispiele“ für eine mögliche Rechtfertigung, deren Vorliegen im Rahmen des Gesetzesvollzugs durch die Gemeinden zu prüfen ist. Neben einer Rechtfertigung sonn- und feiertäglicher Ladenöffnungen zur Erhaltung zentraler Versorgungsbereiche oder zur Stärkung der Innenstädte wurden die bisherige „anlassbezogene“ Öffnung dahingehend modifiziert, dass entsprechende Öffnungen nunmehr „im Zusammenhang“ mit besonderen Veranstaltungen möglich sein sollen. Für den Nachweis des erforderlichen Zusammenhangs formuliert das neue Recht eine Vermutungsregel, die eine vergleichende Besucherprognose erübrigt und dann greift, wenn die Ladenöffnung in örtlichem und zeitlichen Zusammenhang mit einer konkreten Veranstaltung steht.

Das zuständige Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen hat die Neuregelung – in deutlicher Kurskorrektur gegenüber kritischeren einstweiligen Rechtsschutzentscheidungen - in seinem am 17. Juli 2019 ergangenen Grundsatzurteil für vollumfänglich verfassungskonform erklärt

- Urteil vom 17.7.2019 – 4 D 36/19.NE -

und damit – ungeachtet der zugelassenen Revision zum Bundesverwaltungsgericht - einen vorläufigen Schlusspunkt unter die verfassungsrechtlichen Diskussionen gesetzt. In Rahmen der Auslegung des neuen Rechts verzichtet das Gericht nunmehr zudem auf das wenig praxisgerechte Erfordernis einer vergleichenden Besucherprognose und akzeptiert die gesetzliche Regelvermutung zur Feststellung des „Annexcharakters“ von Ladenöffnungen, soweit diese in örtlichem und zeitlichem Zusammenhang mit dem Veranstaltungsereignis stehen. Mit dem verbleibenden Erfordernis eines „beträchtlichen Besucherstroms“ knüpft das Gericht wieder an jenes Auslegungskriterium an, wie es in der Zeit vor der verschärften Auslegung der vormaligen anlassbezogenen Öffnungsregelungen zur Anwendung gekommen war.

Zeitgleich mit der Reform des Ladenöffnungsrechts in Nordrhein-Westfalen ist die Frage nach der erfolgreichen Anpassung der überkommenen Regelungen zur Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen auch in anderen Bundesländern auf die Tagesordnung gerückt. Dabei zeigt die Reform des Ladenöffnungsrechts in Nordrhein–Westfalen zugleich die Möglichkeiten und Schwierigkeiten für die rechtspolitischen Diskussionen auf.

B. Die Reformdiskussion in Hessen

Auch im Land Hessen wird seit längerem intensiv über die Novellierung des Ladenöffnungsgesetzes (LÖG Hessen) diskutiert. Im Koalitionsvertrag der Regierungsparteien vom 23. Dezember 2018 findet sich als ausdrückliche Zielsetzung der Landesregierung,

„praktikable Regelungen (zu) schaffen, um Klarheit zu schaffen und die Rechtssicherheit kommunaler Entscheidungen zu erhöhen“

- Koalitionsvertrag vom 23.12.2018 zwischen CDU Hessen und BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN Hessen für die 20. Legislaturperiode, S. 145 -.

Das derzeit geltende Recht kennt – ebenso wie das vormalige Ladenöffnungsgesetz in Nordrhein-Westfalen – bislang allein die auf das Ladenschlussgesetz des Bundes aus dem Jahre 1956

- Ladenschlussgesetz vom 28. November 1956, BGBl. I (Nr. 50) vom 29. November 1956, S. 875 ff. -

zurückgehende Regelung einer sonn- und feiertäglichen Ladenöffnung „aus Anlass von Märkten, Messen, örtlichen Festen oder ähnlichen Veranstaltungen“

- § 6 LÖG Hessen -.

Nähere Vorgaben dazu, wie der Anlassbezug („aus Anlass“) festzustellen ist, formuliert das Hessische LÖG nicht. Die Freigabemöglichkeit ist auf maximal vier Sonn- und Feiertage begrenzt. Für die Adventssonntage und bestimmte hohe Feiertage ist die Ladenöffnung vollständig untersagt. Darüberhinausgehende „weitere befristete Ausnahmen“ können nach § 7 LÖG Hessen durch das zuständige Fachministerium oder eine von ihm bestimmte Stelle zugelassen werden, „soweit diese im öffentlichen Interesse erforderlich sind“.

I. Reformvorschlag eines „Zweiten Gesetzes zur Änderung des Hessischen Ladenöffnungsgesetzes“

Nach einem nunmehr vorliegenden Gesetzentwurf

- LT-Drs. 20/1083 –,

dem ein unveröffentlichter Vorentwurf vorausging, sind namentlich in Bezug auf § 6 LÖG Hessen zahlreiche Änderungen vorgesehen. Diese Änderungsvorschläge stellen sich dabei im Wesentlichen wie folgt dar:

- Verfahrensrechtlich soll die gemeindliche Freigabe zwingend durch eine Allgemeinverfügung erfolgen, die spätestens drei Monate vor der beabsichtigten Ladenöffnung öffentlich bekannt zu machen ist.
- Ein gegen die Allgemeinverfügung gerichteter Widerspruch sowie eine gegen die Verfügung gerichtete Anfechtungsklage sollen keine aufschiebende Wirkung entfalten.
- Materiell-rechtlich soll es bei der tradierten engen Ausnahmeregelung einer „anlassbezogenen“ Ladenöffnung verbleiben und damit von einer flexibleren Ausgestaltung, wie sie etwa 2019 in Nordrhein-Westfalen erfolgt ist, abgesehen werden.
- Für die anlassgebende Veranstaltung soll der neue Begriff des „Anlassereignisses“ in das Gesetz aufgenommen und als „besonderes örtliches Ereignis“ legaldefiniert werden.
- Zusätzlich soll das umstrittene Kriterium des Anlassbezugs („aus Anlass von“) nach dem Reformentwurf des neuen § 6 Abs. 1 Entw.-LÖG künftig über drei kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen nachgewiesen werden, nämlich durch den Nachweis eines engen zeitlichen und räumlichen Bezugs der Ladenöffnung zum Anlassereignis (§ 6 Abs. 1 Nr. 1), durch eine vergleichende Besucherprognose oben dargestellter Art (§ 6 Abs. 1

Nr. 2) sowie schließlich durch den Nachweis, dass die öffentliche Wirkung des Anlassereignisses gegenüber der typisch werktäglichen Geschäftigkeit der Ladenöffnung im Vordergrund steht (§ 6 Abs. 1 Nr. 3)

- Eine konditionierte Begründungserleichterung sieht der nachträglich in den Entwurf aufgenommene § 6 Abs. 2 Satz 3 Entw.-LOG Hessen vor, sofern das Anlassereignis „einen beträchtlichen Besucherstrom“ anzieht.
- Unverändert bleibt die zahlenmäßige Beschränkung sonn- und feiertäglicher Ladenöffnungen auf maximal bis zu vier Sonn- und Feiertage.

Nach Art. 1 Nr. 2 des Änderungsentwurfs soll schließlich die Möglichkeit von Ausnahmegenehmigungen durch das Fachministerium dahingehend eingeschränkt werden, dass Ausnahmen künftig zur Wahrung des öffentlichen Interesses nicht mehr nur „erforderlich“, sondern „dringend erforderlich“ sein müssen.

II. Bewertung der Reformvorschläge

Die dargestellten Reformvorschläge bieten keine Lösung für die offenkundigen Probleme beim Vollzug des Ladenöffnungsgesetzes und verfehlen damit das Ziel des Koalitionsvertrages, eine „praktikable Regelung“ zu schaffen. Eine Vereinfachung des Gesetzesvollzugs ist nicht erkennbar. In rechtlicher und praktischer Hinsicht haben die Vorschläge teilweise sogar eine nochmalige Verkomplizierung der ohnehin schwer umsetzbaren Vorgaben für sonn- und feiertägliche Ladenöffnungen zur Folge. Als missglückt ist namentlich für die Formulierung der Einzelvoraussetzungen in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 – 3 Entw.-LÖG Hessen anzusehen. Die dortige neue Einzelaufzählung kumulativ zu erfüllender Voraussetzungen verschärft in zum Teil widersprüchlicher Weise die ohnehin engen Kriterien des Bundesverwaltungsgerichts für die Rechtfertigung anlassbezogener Ladenöffnungen an Sonn- und Feiertagen. Auch die in § 6 Abs. 2 Satz 3 Entw.-LÖG Hessen hinzugefügte, systematisch wenig glücklich positionierte „Anwendungserleichterung“ löst die Problematik nicht. Mit der fortdauernden Anknüpfung an die streitträchtige, auf das alte Ladenschlussgesetz des Bundes aus dem Jahre 1956 zurückgehende „Anlassrechtfertigung“ für Sonntagsöffnungen verpasst der Entwurf die Chance für eine praxisgerechte Innovation. Hierzu ist im Einzelnen auszuführen:

1. Sofort vollziehbare Allgemeinverfügung

Die im Reformentwurf vorgesehene sofortige Vollziehbarkeit von Allgemeinverfügungen zur Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen lässt keine Änderung der

schwierigen prozessualen Situation für gemeindlich angeordnete Ladenöffnungen erwarten. Schon bislang konnten die Gemeinden eine derartige sofortige Vollziehbarkeit aus eigener Kompetenz anordnen. Eine Lösung des Problems ergibt sich hieraus nicht. Denn sofort vollziehbare Allgemeinverfügungen können im Wege des sog. „Aussetzungsverfahrens“ nach § 80 Abs. 5 VwGO von jedermann vor den Verwaltungsgerichten angegriffen werden. Etwaige Rechts- bzw. Prognosefehler führen in diesem Verfahren ohne Weiteres dazu, dass das Verwaltungsgericht die sofortige Vollziehbarkeit „aussetzt“ und die Freigabeentscheidung damit leerläuft. Der lange Vorlauf für die Bekanntgabe der Allgemeinverfügung ändert hieran nichts, sondern erschwert die verfahrensrechtlichen Vorbereitungen durch die Gemeinden sogar umgekehrt zusätzlich.

2. Anlassereignis und Anlassbezogenheit

Kein wirklicher Zugewinn dürfte mit der Normierung des neuen Begriffs des „Anlassereignisses“ als eines „besonderen örtlichen Ereignisses“ verbunden sein. Schon bislang vermittelte der Begriff der „ähnlichen Veranstaltung“ in § 6 LÖG Hessen hinreichenden Spielraum, um hierunter besondere örtliche Ereignisse zu subsumieren. Im Gegenteil dürfte die Etablierung eines neuen unbestimmten Rechtsbegriffs neue Unklarheiten über die Reichweite des Begriffs auslösen und damit den Gesetzesvollzug zusätzlich erschweren.

Unabhängig davon ist das starre Festhalten an der bisherigen Formulierung des sog. Anlassbezuges („aus Anlass von ...“) zu kritisieren, da exakt diese überkommene Formulierung den normativen Ansatzpunkt des Dauerstreits um die Voraussetzungen anlassbezogener Ladenöffnungen bildet. Insofern müsste es vorrangige Aufgabe einer Gesetzesreform sein, nach alternativen Gesetzesformulierungen zu suchen, die damit den Weg für die Implementierung neuer Auslegungsmöglichkeiten und Anwendungserleichterungen (etwa durch Vermutungsregelungen) bieten. Eben an dieser Stelle könnte eine Orientierung an der neuen nordrhein-westfälischen Reform deutliche Fortschritte bringen.

3. Voraussetzungstrias des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 – 3 Entw.-LÖG Hessen

Rechtlich unstimmtig und einer praxisgerechten Konzeption zuwiderlaufend ist die Voraussetzungstrias des § 6 Abs. 1 Satz Nr. 1- 3 Entw.-LÖG Hessen. Der Entwurf fügt hier verschiedene durch die Rechtsprechung autonom entwickelte Parameter zur Auslegung des Anlassbezuges („aus Anlass von ...“) zusammen, die aber in ihrer Kumulation teilweise widersprüchlich sind, in jedem Falle aber zu einer nochmaligen Verschärfung der derzeitigen Rechtslage führen.

Hierzu ist darauf zu verweisen, dass die Vorgaben der Nr. 1 (örtliche und zeitlicher Bezug) und der Nr. 2 (vergleichende Besucherprognose) auf die restriktive

Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu „anlassbezogenen“ Sonntagsöffnungen zurückzuführen sind und dort als lediglich „regelmäßig“ anwendbares Instrument aufgeführt wurden, um die prägende bzw. öffentliche Wirkung der Veranstaltung (Nr. 3) festzustellen

- BVerwG, Urt. vom 11.11.2015 - BVerwG 8 CN 2.14 -.

Mit der Verwendung des Begriffs „regelmäßig“, der im juristischen Sprachgebrauch bewusst Spielraum für ein abweichendes Vorgehen belässt, hielt das Gericht die von den Verwaltungsgerichten in der jüngeren Vergangenheit mehrfach genutzte Möglichkeit offen, den über Nr. 3 geforderten prägenden Charakter ausnahmsweise auch ohne Nachweis der Vorgaben der Nrn. 1 und 2 des Entwurfs zu bejahen, insbesondere ohne die hoch umstrittene und in der Praxis oft fehleranfällige Besucherprognose. Diese Möglichkeit würde durch die ursprüngliche Entwurfsfassung vollständig abgeschnitten, womit das Regelungskonzept des LÖG Hessen ohne erkennbaren Grund sogar noch hinter die rigide Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zurückfiel.

Die gesetzliche Pflicht zur kumulativen Erfüllung der Voraussetzungstrias bleibt aber auch in sich widersprüchlich. Denn sofern die in Nr. 1 und 2 formulierten strengen Vorgaben erfüllt werden, stellt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ohnehin in jedem Falle zwingend das Ergebnis ein, dass die öffentliche Wirkung des Anlassereignisses gegenüber der typisch werktäglichen Geschäftstätigkeit der Ladenöffnung im Vordergrund steht. Eine gesonderte Prüfung der Vorgabe von Nr. 3 nach Bestätigung der Vorgaben aus Nr. 1 und 2 ergibt insoweit wenig Sinn.

Soweit der in der Drucksache 20/1083 vorgelegte nachgebesserte Entwurf nunmehr in § 6 Abs. 2 Satz 3 eine Begründungsvereinfachung dahingehend vorsieht, dass

„bei Anlassereignissen, die einen beträchtlichen Besucherstrom anziehen, ... die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 keiner gesonderten Begründung (bedürfen),

löst dies die Problematik nicht. Schon sprachlich zielt die Regelung allein auf die formale Ebene der behördlichen „Begründung“, so dass Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 als materielle Voraussetzung einer Freigabeentscheidung womöglich gar nicht tangiert wird. Insofern würde eine wortlautbezogene Auslegung dazu führen, dass die positive vergleichende Besucherprognose zwar von der Gemeinde nicht vorab darzulegen ist, gleichwohl aber im gerichtlichen Verfahren geprüft werden muss. In der Sache wäre damit nichts gewonnen.

Hinzu kommt, dass die nachträglich eingefügte Begründungserleichterung augenscheinlich an die Vermutungsregelung des § 6 Abs. 1 Satz 3 LÖG NRW anknüpfen will, die aber dort – von der Rechtsprechung des OVG NRW gebilligt

- Oberverwaltungsgericht NRW, Urt. vom 17.7.2019, 4 D 36/19.NE -,

die materielle Voraussetzung einer Ladenöffnung „im Zusammenhang mit“ einer Veranstaltung betrifft. Indem das Hessische LOG an dem alten Begriff des „Anlassbezuges“ festhält, erscheinen die Spielräume für die Übernahme einer vergleichbaren Vermutungsregelung weniger eindeutig.

Schlussendlich ist darauf hinzuweisen, dass die Begründungserleichterung des § 6 Abs. 2 Satz 3 Entw.-LOG Hessen auch insoweit ohne Entlastungswirkung bleibt, als es um die materielle Vorgabe eines „engen zeitlichen und räumlichen Bezuges zum Anlassereignis“ nach Abs. 1 Nr. 1 des Entwurfs geht. Denn dieser Bezug muss nicht nur – wie nach bisheriger Rechtsprechung - „regelmäßig“, sondern künftig „ausnahmslos“ vorliegen. Vor diesem Hintergrund werden namentlich in etwas größeren Städten anlassbezogene Freigaben künftig selbst bei sonntagsprägenden Veranstaltungen streitträchtig, sofern der „enge räumliche Bezug“ zwischen der Veranstaltung und der Ladenöffnung in Zweifel gerät.

4. Frist

Nicht ohne Weiteres plausibel erscheint, warum die öffentliche Bekanntgabe der Allgemeinverfügung nunmehr zwingend spätestens drei Monate vor der beabsichtigten Ladenöffnung erfolgen muss. Mit Blick auf den hohen bürokratischen Aufwand einer Ladenöffnung, wie er gerade auch durch die Neufassung des § 6 LÖG Hessen bewirkt würde, dürfte dies die Möglichkeiten für eine Inanspruchnahme der Regelung nochmals einengen.

5. „Dringendes“ Erfordernis für ministerielle Ausnahmen

Als zielgerichtete Einengung der bisher möglichen ministeriellen Ausnahmen ist die textliche Änderung dahingehend zu verstehen, dass die Ausnahme nunmehr im öffentlichen Interesse nicht mehr nur „erforderlich“, sondern „dringend erforderlich“ sein muss. Der Sinn dieser Verschärfung erschließt sich nicht. Ob diese Regelung praktische Folgen hätte, muss ohnehin bezweifelt werden, da es hier letztlich um politischen Bewertungen geht, bei denen die Rechtsprechung im Ergebnis vielfach administrative Beurteilungsspielräume anerkennt.

C. Änderungsbedarf und weitergehende Reformvorschläge

Die vorgenannten Unstimmigkeiten und Defizite des Reformentwurfs machen eine grundlegende Überarbeitung des Entwurfes notwendig. Hierzu werden nachfolgend Vorschläge gemacht, die sich zunächst auf Mindestkorrekturen innerhalb des bisherigen Regelungskonzepts beziehen (sub I.), sodann aber auch weitergehende und im Sinne einer praxistauglichen Neuordnung sonn- und feiertäglicher Ladenöffnung allemal vorzugswürdige Regelungsoptionen in den Blick nehmen (sub II.).

I. Mindestforderung: Keine Verschärfung über die Vorgaben der Rechtsprechung hinaus

Selbst wenn man – wofür freilich wenig spricht - ungeachtet der offenkundigen massiven Umsetzungsprobleme des bisherigen „anlassbezogenen“ Regelungskonzepts

- zu grundlegenden Regelungsalternativen sogleich unten C. -

an dem im Änderungsentwurf fortgeführten Kurs einer ausschließlich „anlassbezogenen“ Sonntags- und Feiertagsöffnung festhalten wollte, wäre zur Vermeidung der dargelegten Unstimmigkeiten sowie zur Verhinderung einer zusätzlichen Verkomplizierung der ohnehin komplexen Ausgangslage eine Bereinigung der Voraussetzungstrias der § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 – 3 Entw. LÖG dringend geboten.

1. Lösungsmodell 1: Streichung der Voraussetzungstrias

Die einfachste Lösung läge hierbei in einer ersatzlosen Streichung der neuen „Voraussetzungstrias“. Eine solche Streichung wäre verfassungsrechtlich unproblematisch zulässig. Im Ergebnis würde eine Komplettstreichung der Trias dazu führen, dass die Verwaltungsgerichte die Frage der Anlassbezogenheit eigenständig nach dem deutlich flexibleren aktuellen Stand der Rechtsprechung

- vgl. zur Rechtsprechungsentwicklung oben A. -

zu lösen in der Lage wären und in diesem Rahmen auch die weitere Entwicklung in sich aufnehmen könnten. Die Vorteile einer „Vermutungsregelung“, wie sie in § 6 Abs. 1 Satz 3 LÖG NRW realisiert und von der Rechtsprechung des OVG NRW bestätigt wurde

- Oberverwaltungsgericht NRW, Urt. vom 17.7.2019, 4 D 36/19.NE -,

ließen zusätzlich eine Abkehr von dem bisherigen „anlassbezogenen“ Ansatz hin zu einer bloßen „Zusammenhangregelung“ ratsam erscheinen. Die derzeit in § 6 Abs. 2 Satz 3 Entw.-LÖG Hessen formulierte Begründungserleichterung erübrigte sich in diesem Falle.

2. Lösungsmodell 2: Umbau der Voraussetzungstrias

Alternativ wäre eine systematische Neustrukturierung der Voraussetzungstrias möglich, die dann einer rechtslogischen Reihung entsprechend der Regelungsintention der jeweiligen Voraussetzung folgen müsste.

a) Zentrale Voraussetzung: Prägender Charakter der Ladenöffnung

Nach Auffassung der Verwaltungsgerichte impliziert der „Anlassbezug“ einer Ladenöffnung deren „Annexcharakter“ gegenüber der jeweiligen Anlassveranstaltung. Zentral für die Ermittlung des hinreichenden Anlassbezuges ist nach dieser Rechtsprechung das Erfordernis des „prägenden Charakters“ bzw. der „öffentlichen Wirkung“ der Veranstaltung (bislang § 6 Abs. 1 Nr. 3 Entw.-LÖG). Eine sinnvolle Reihung der drei Voraussetzungen würde daher verlangen, die bisherige Nr. 3 als zentral maßgebliche Voraussetzung nunmehr als § 6 Abs. 1 Nr. 1 Entw.-LÖG neuer Fassung (Entw.-LÖG n. F.) festzulegen.

b) „Dienender Charakter“ der weiteren Voraussetzungen

Unter Zugrundelegung der vorgenannten Rechtsprechung dienen die bislang unter § 6 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Entw.-LÖG genannten Vorgaben dem Zweck, den nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 Entw.-LÖG n. F. notwendigen prägenden Charakter der Anlassveranstaltung nachzuweisen. Ihnen kommt also lediglich eine „dienende“ Funktion zu, wobei die maßgebliche Vorgabe der § 6 Abs. 1 Nr. 1 Entw.-LÖG n. F. auch auf andere Weise nachgewiesen werden kann. Diesem Konzept folgend müssten die Vorgaben der bisherigen Nrn. 1 und 2 in § 6 Abs. 1 Entw.-LÖG als lediglich regelmäßiges, nicht aber – wie bislang - allein zulässiges Mittel zum Nachweis des prägenden Charakters des Anlassereignisses aufgeführt werden. Dies könnte in der Weise geschehen, dass die bisherigen Nrn. 1 und 2 des § 6 Abs. 1 Entw.-LÖG nunmehr zu den Nrn. 2 und 3 eines neu gefassten § 6 Abs. 1 Entw.-LÖG n. F. werden und ihnen folgender Satz vorangestellt wird:

„Das Vorliegen der Voraussetzungen nach Nr. 1 (n. F.) ergibt sich im Regelfall daraus, dass ...“.

Klarstellend sollte hinzugefügt werden, dass sich die öffentliche Wirkung des Anlassereignisses im Einzelfall auch aus anderen Gründen ergeben kann.

c) Spielraum für Modifikationen

Das unter b) dargestellte Regelungskonzept böte darüber hinaus auch Möglichkeiten für weitere Feinjustierungen der Voraussetzungen zum Nachweis der öffentlichen Wirkung der Anlassveranstaltung. So wäre auch hier – ebenso wie in Modell 1 - daran zu denken, anstelle bloßer Begründungserleichterungen, wie sie derzeit in § 6 Abs. 2 Satz 3 Entw.-LÖG Hessen vorgesehen sind, mit materiellen Vermutungsregeln zu arbeiten, wie sie etwa in dem neu gefassten § 6 Abs. 1 Satz 3 LÖG des Landes Nordrhein-Westfalen für den Fall einer räumlichen und zeitlichen Nähe formuliert wurde.

Die dortige Vermutungsregel lautet wie folgt:

„Das Vorliegen eines Zusammenhangs im Sinne des Satzes 2 Nummer 1 wird vermutet, wenn die Ladenöffnung in räumlicher Nähe zur örtlichen Veranstaltung sowie am selben Tag erfolgt.“

Freilich erschiene es angezeigt, in diesem Falle auch von der Verwendung des problemträchtigen Normmerkmals des „Anlassbezugs“ abzusehen und – etwa wie in Nordrhein-Westfalen - von einer Ladenöffnung „im Zusammenhang mit“ Anlassereignissen zu sprechen.

II. Regelungsalternative: Die „offene“ Rechtfertigungslösung durch öffentliche Interessen

Die vorgenannten Korrekturvorschläge ändern freilich nichts an der Grundproblematik, dass der Entwurf in seiner jetzigen Form keine praxisgerechte Lösung für eine gemeindliche Freigabe von sonn- und feiertäglichen Ladenöffnungen bietet. Insbesondere die Zahl von Rechtsstreitigkeiten um gemeindlichen Freigabeentscheidungen dürfte sich mit dem Regelungsentwurf nicht etwa verringern, sondern eher noch steigern.

Dabei ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass das Verfassungsgebot der grundsätzlichen sonn- und feiertäglichen Arbeitsruhe im hiesigen Kontext nicht infrage steht, da nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Freigabe von sogar bis zu acht (!) Sonn- und Feiertagen „unter nur geringen Voraussetzungen“ zulässig ist

- BVerfG, Urt. v. 1. Dezember 2009, 1 BvR 2857/07 und 1 BvR 2858/07, Rn. 193 -.

Insofern ist an dieser Stelle anzumerken, dass das bisherige Regelungsmodell des LÖG Hessen die dem Gesetzgeber durch die Verfassung eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten nicht annähernd ausschöpft. Vor diesem Hintergrund soll

im Folgenden auch auf alternative Regelungsmöglichkeiten hingewiesen werden, die womöglich eine einfachere Umsetzung der Regelungen durch die Gemeinden ermöglichen könnten.

1. Flexible Öffnung für Gemeinwohlgründe jenseits des Anlassbezuges

Vorzugswürdig erschiene es, anstelle der bisherigen „anlassbezogenen“ Freigabemöglichkeit eine allgemeine und damit anwendungs offene Gemeinwohlfertigung von sonn- und feiertäglichen Ladenöffnungen im Falle eines „öffentlichen Interesses“ vorzusehen

- in diesem Sinne der Gesetzentwurf der Fraktion der Freien Demokraten im Hessischen Landtag, LT-Drs. 20/388 -.

Der Begriff des öffentlichen Interesses könnte und sollte dann durch „Regelbeispiele“ präzisiert und veranschaulicht werden. Die bisherige Anlassrechtfertigung ließe sich – ähnlich wie in Nordrhein-Westfalen - in diesen Regelkatalog überführen, wobei – wie oben dargelegt

- vgl. B. II. 2. -

die tradierte anlassbezogene Formulierung („aus Anlass von“) vermieden werden sollte. Empfehlenswert wäre die Normierung weiterer Regelbeispiele, etwa des Gemeinwohlgrundes der Erhaltung zentraler Versorgungsbereiche oder der Vermeidung von Trading-Down-Effekten in den Innenstädten.

Soweit die Begründung des Regierungsentwurfes diesem Ansatz entgegenhält, dass die „*bloße Behauptung*“ derartiger Zielsetzungen zur Rechtfertigung einer Sonntagsöffnung nicht hinreiche

- Bl. 5 der Entwurfsbegründung, LT-Drs. 20/1083 –,

ist dieser Einwand sachlich nicht gerechtfertigt. Augenscheinlich wird hier unterstellt, dass entsprechende Regelungen lediglich einen Vorwand für sachlich nicht gerechtfertigte Sonntagsöffnungen bieten sollen, was den realen Hintergründen einer derartigen Gemeinwohlfertigung nicht gerecht wird. Vielmehr geht es einer diesbezüglichen Regelung gerade darum, Spielräume für sonntägliche Ladenöffnungen dort zu gewähren, wo Trading-Down-Effekte bereits nachweisbar oder real zu befürchten sind und Sonntagsöffnungen Teil eines gegensteuernden Konzepts sein können. Auch wenn die Konturierung neuer Regelbeispiele derzeit noch in den Anfängen steckt, bietet eine offene Gestaltung der Gemeinwohlfertigung für Sonntagsöffnungen die Chance, an künftigen Rechtsprechungsentwicklungen teilzuhaben und aus der Verengung der anlassbezogenen Ladenöffnungen herauszufinden.

Die Verfassungsmäßigkeit einer solchen offenen Konstruktion der Rechtfertigung sonn- und feiertäglicher Ladenöffnungen ist höchstrichterlich geklärt. Soweit sich in der Begründung des Regierungsentwurfs eine gegenteilige Einschätzung findet

- Blatt 5 der Entwurfsbegründung, LT-Drs. 20/1083 -,

ist dies unzutreffend. Richtigerweise wird die offene Rechtfertigungslösung in dem bereits erwähnten Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1. Dezember 2009

- BVerfG, Urt. v. 1.12.2009, 1 BvR 2857/07 und 1 BvR 2858/07 –

explizit als verfassungskonforme Ausgestaltung bestätigt. Die abweichende Einschätzung in der Begründung des Regierungsentwurfs erweist sich auch insoweit als unschlüssig und widersprüchlich, als § 7 LÖG Hessen die offene Gemeinwohlrechtfertigung durch „öffentliche Interessen“ für ministerielle Sonntagsöffnungen bereits gegenwärtig kennt und diese Option nach dem Entwurfsvorschlag weiterhin geltendes Recht bleiben soll.

Soweit sich der Regierungsentwurf in seiner ablehnenden Haltung auf „Erfahrungen“ in Nordrhein-Westfalen stützen will,

- LT-Drs. 20/1083, S. 5 -,

kann dieser rechtspolitische Einwand kaum überzeugen. Denn nach nicht einmal einem Jahr der Geltungsdauer ist es offenkundig verfrüht, mit Erfahrungswerten zu argumentieren. So bedarf die Implementierung eines neuen Regelungskonzepts notwendig einer gewissen Zeit. Dass das erst im Jahre 2019 in Kraft gesetzte Recht zu wesentlichen Erleichterungen in der Anwendungspraxis führen wird, dürfte zudem spätestens mit der ersten Hauptsacheentscheidung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 17. Juli 2019

- Oberverwaltungsgericht NRW, Urt. vom 17.7.2019, 4 D 36/19.NE -

hinlänglich dokumentiert sein. Wohl aus diesem Grunde hat der Regierungsentwurf denn auch in § 6 Abs. 2 Satz 3 Entw.-LÖG Hessen nachträglich die oben erörterte Begründungserleichterung in Bezug auf anlassbezogene Ladenöffnungen aufgenommen.

2. Vermutungsregelung

Zur Vereinfachung des Gesetzesvollzugs wäre auch im Rahmen eines offenen Rechtfertigungsmodells über den Begriff des „öffentlichen Interesses“ dringend zu empfehlen, eine materielle Vermutungsregelung für den Anlassbezug bzw. – nach moderner Diktion - den „Zusammenhang“ einer Ladenöffnung mit einer

örtlichen Veranstaltung zu formulieren. Dem durch die zuvor genannte Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen inzwischen weitgehend abgesicherten Leitbild des § 6 Abs. 1 Satz 3 LÖG NRW entsprechend könnte diese Vermutung dann greifen, wenn die Ladenöffnung in einem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang zu der Veranstaltung erfolgt. Wie bereits erwähnt dürfte die derzeit vorgesehene (formale) Begründungserleichterung in § 6 Abs. 2 Satz 3 Entw.-LÖG Hessen demgegenüber nicht zielführend sein.

III. Spielräume für eine „einstufige“ Lösung

Eine weitergehende, speziell für den Gesetzesvollzug optimierte Lösung könnte schließlich darin bestehen, dass ein novelliertes Ladenöffnungsgesetz bereits selbst das Vorliegen einzelner, im Gesetz näher benannter Gemeinwohlgründe für eine bestimmte Anzahl verkaufsoffener Sonn- und Feiertage feststellt und die Gemeinden hierdurch einer entsprechenden einzelfallbezogenen Nachweispflicht enthebt. Die Besonderheit eines derartigen Regelungskonzepts bestünde also darin, dass eine zweite, gemeindliche Entscheidungsebene nicht mehr vorgesehen ist oder allenfalls auf die konkrete Terminierung der verkaufsoffenen Sonntage beschränkt bleibt; anders gewendet, der parlamentarische Gesetzgeber in der Sache also gleichsam „durchentscheidet“. Im Gegensatz zu den bisherigen (zweistufigen) Modellen in den Ladenöffnungsgesetzen der Länder, die jeweils abstrakte Freigabevoraussetzungen formulieren, deren Vorliegen von den Gemeinden im Einzelfall gerichtsfest zu belegen ist, könnte insoweit von einem „einstufigen“ Modell gesprochen werden

- hierzu ausführlich Dietlein, WiVerw 2018, S. 153, 172 f. -.

Durch die einstufige, gesetzesunmittelbare Freigabe einer bestimmten Anzahl verkaufsoffener Sonn- und Feiertage erledigte sich dann der in der Entwurfsbegründung gegenüber einer Erweiterung der Freigabegründe erhobene Einwand des hohen gemeindlichen Begründungsaufwandes

- vgl. hierzu die Entwurfsbegründung Bl. 5 -.

Grundlegende Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines einstufigen Modells ergeben sich nicht. So lag eine entsprechende Konstruktion – dort in Bezug auf die Freigabe von Adventssonntagen - bereits dem früheren Berliner LÖG zugrunde. Soweit dieses Gesetz später vom Bundesverfassungsgericht beanstandet worden ist, betraf diese Beanstandung explizit nicht die vom Gesetzgeber gewählte Konzeption einer gesetzesunmittelbaren Freigabe, sondern allein das quantitative Ausmaß an Freigaben (vier Adventssonntage in Folge!)

- BVerfG, Urt. v. 1.12.2009, 1 BvR 2857/07 und 1 BvR 2858/07 –.

Im Gegenteil hatte das Gericht in dem damaligen Kontext sogar deutlich durchblicken lassen, dass es eine moderate gesetzesunmittelbare Freigabe *einzelner* Adventssonntage mit Blick auf die „*Besonderheiten der Vorweihnachtszeit*“ durchaus akzeptiert hätte

- BVerfG, aaO., Rn. 176 -.

Welche weiteren Sachgründe den Gesetzgeber berechtigten könnten, gesetzesunmittelbare Ausnahmen von der Regel der sonn- und feiertäglichen Arbeitsruhe vorzusehen, kann an dieser Stelle nicht abschließend geklärt werden. Vergewärtigt man sich aber, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bis zu acht Ladenöffnungen schon „*unter nur geringen Voraussetzungen*“ freigegeben werden können

- BVerfG, Urt. v. 1. Dezember 2009, 1 BvR 2857/07 und 1 BvR 2858/07, Rn. 193 -,

dürfte von einem durchaus relevanten Spielraum des Gesetzgebers auszugehen sein.

Hinzu kommt, dass speziell dem parlamentarischen Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein weitreichender und gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbarer Spielraum hinsichtlich der politischen Beurteilung künftiger Entwicklungen und der Notwendigkeit gesetzgeberischer Reaktionen zukommt. Dieser sog. legislative Einschätzungs- und Prognosespielraum wird erst dort überschritten, wo die Erwägungen des Gesetzgebers

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

- vgl. BVerfGE 77, 84, 106 ff. -.

Innerhalb dieses weiten Rahmens bestünde durchaus Spielraum, sonn- und feiertägliche Ladenöffnungen nicht nur als Reaktion auf Besonderheiten des vorweihnachtlichen Einkaufs, sondern etwa auch als mögliches Mittel gegen das fortschreitende Ladensterben im stationären Handel einzusetzen. Das einstufige Lösungsmodell würde dabei gerade auch jene Umsetzungsprobleme vermeiden, die bei der Schaffung paralleler (Regel-) Freigabegründe im Zuge der nordrhein-westfälischen LÖG-Reform zutage getreten sind.

Anbetracht der gegenwärtig sehr konkreten Bedrohungslage für den stationären Einzelhandel

- hierzu etwa <https://www.channelpartner.de/a/der-online-boom-spaltet-den-deutschen-einzelhandel,3562792> -

sowie des anerkannt weiten Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers greifen verfassungsrechtliche Bedenken nicht durch. Hierzu ist daran zu erinnern, dass

das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit weitreichende legislative Handlungsspielräume selbst bei nur „fernliegend erscheinen(den) Krisensituationen“ anerkannt hat, solange

„die Vorstellungen des Gesetzgebers über die im Falle seiner Untätigkeit mögliche gefahrbringende Entwicklung (...) nicht in dem Maße wirtschaftlichen Gesetzen oder praktischer Erfahrung (widersprechen), dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben könnten“

- BVerfGE 25, 1 (16 f.) -.

Vor diesem Hintergrund kann davon ausgegangen werden, dass sich die hier aufgezeigten Handlungsoptionen deutlich innerhalb des vom Bundesverfassungsgericht abgesteckten und legitimen Handlungsrahmens des Gesetzgebers bewegen würden. Gerade im Sinne einer praxisgerechten Lösung sollte daher ernstlich über die Kodifikation eines einstufigen Lösungsmodells nachgedacht werden, das ggf. auch mit einem zweistufigen Modell für veranstaltungsbezogenen Sonntagsöffnungen kombiniert werden könnte.

Düsseldorf, den 4. Oktober 2019

Prof. Dr. Johannes Dietlein