

Gutachten
zu einigen Rechtsfragen im Zusammenhang
mit dem Berliner Ladenöffnungsgesetz

Gliederung

I. Auftrag

II. Gutachten

A. Einführung

B. § 4 Abs. Nr. 1 des Berliner Ladenöffnungsgesetzes

1. Zum Regelungsgehalt der Vorschrift
2. Rechtsprechung
3. Ausnahmenvorschriften in anderen Bundesländern
4. Zulässigkeit einer Ausweitung des Sortiments
5. Örtlicher Bezug

C. Mischbetriebe von Gastronomie und Einzelhandel

D. § 6 des Berliner Ladenöffnungsgesetzes

1. Zur Möglichkeit weiterer Ausnahmen vom Sonn- und Feiertagsschutz
2. § 8 Abs. 2 des Hamburgischen Ladenöffnungsgesetzes

E. Ergebnisse

Die Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

I. Auftrag

Der Präsident des Abgeordnetenhauses von Berlin hat den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst aufgrund einer entsprechenden Bitte der Fraktion der SPD mit der Erstellung eines Gutachtens zu Fragen im Zusammenhang mit dem Berliner Ladenöffnungsgesetz (BerLadÖffG)¹ beauftragt. Es sollen folgende Fragen erörtert werden:

1. Fragen zu § 4 Absatz 1 Nr.1 BerLadÖffG:

- a) Wie sind die Begriffe „Bedarfsartikel für den alsbaldigen Gebrauch“ und „Lebens- und Genussmittel zum sofortigen Verzehr“ auszulegen? Gibt es dazu Rechtsprechung? Gibt es ähnliche Regelungen wie in § 4 Absatz 1 Nr. 1 BerLadÖffG in anderen Bundesländern, insbesondere solche, die ein größeres Sortiment zulassen?
- b) Welche gesetzliche Ausweitung des Sortiments in § 4 Absatz 1 Nr.1 BerLadÖffG wäre verfassungsrechtlich zulässig?
- c) Ist die Anwendung von § 4 Absatz 1 Nr.1 BerLadÖffG an örtliche Voraussetzungen geknüpft? Wäre eine Ausweitung des Sortiments in § 4 Absatz 1 Nr. 1 BerLadÖffG zulässig, wenn es im Gegenzug örtliche Beschränkungen (z. B. auf das Gebiet im S-Bahn-Ring) gäbe?

2. Fragen zu Mischbetrieben von Gastronomie und Einzelhandel:

Unter welchen Voraussetzungen wäre es verfassungsrechtlich zulässig, in § 4 BerLadÖffG einen Sondertatbestand für sogenannte Mischbetriebe der Gastronomie und des Einzelhandels aufzunehmen, der den Verkauf eines über § 4 Absatz 1 Nr. 1 BerLadÖffG hinausgehenden Sortiments auch an Sonn- und Feiertagen zuließe?

3. Fragen zu § 6 BerLadÖffG

Welche Lockerungen der gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen wären im Gefüge des BerLadÖffG möglich? Wäre insbesondere eine Regelung wie in § 8 Abs. 2 des Hamburgischen Ladenöffnungsgesetzes zulässig, die im Zentrum des Stadtteils St. Pauli von März bis Dezember Öffnungszeiten von 10:00 bis 24:00 Uhr ermöglicht (sog. Reeperbahn-Regelung)?

¹ Vom 14. November 2006 (GVBl. S. 1045), zuletzt geändert durch Gesetz vom 13. Oktober 2010 (GVBl. S. 467).

II. Gutachten

A. Einführung

Ursprünglich besaß der Bund gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 des Grundgesetzes (GG)² die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Materie des Ladenschlussrechts. Von dieser Befugnis hat er durch den Erlass des Gesetzes über den Ladenschluss³ Gebrauch gemacht. Durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2008⁴ wurde im Zuge der Föderalismusreform die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für diese Materie aufgehoben, sodass die Länder die Möglichkeit erhielten, eigene Regelungen zum Ladenschluss bzw. zur Ladenöffnung zu schaffen. Daraufhin hat Berlin am 14. November 2006 das Berliner Ladenöffnungsgesetz erlassen.

Dieses Gesetz wurde zum Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht. Mit Urteil vom 1. Dezember 2009 hat das Bundesverfassungsgericht § 3 Abs. 1 BerlLadÖffG in der damaligen Fassung, nach der an allen vier Adventssonntagen die Verkaufsstellen geöffnet werden durften, für unvereinbar mit Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Verbindung mit Art. 140 GG und Art. 139 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) erklärt.⁵ Nach Auffassung des Gerichts besteht für die Arbeit an Sonn- und Feiertagen ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Ausnahmen zu dieser Regel seien zwar zur Wahrung höher- oder gleichgewichtiger Rechtsgüter möglich. In jedem Fall müsste der Gesetzgeber ein hinreichendes Niveau des Sonn- und Feiertagsschutzes wahren. Bloße wirtschaftliche Interessen der Geschäftsinhaber und bloße Shoppinginteressen der Kunden seien als Rechtfertigungsgrund der Ladenöffnung und der hiermit einhergehenden Störung der Sonntagsruhe grundsätzlich nicht anzuerkennen. Dem Regel-Ausnahme-Gebot komme um so größere Bedeutung zu, je geringer das Gewicht der Gründe sei, zu denen der Sonn- und Feiertagsschutz ins Verhältnis gesetzt werde. Eine voraussetzungslose Öffnung von Verkaufsstellen an allen vier Adventssonntagen führe wegen der vollständigen Herausnahme eines zusammenhängenden Monatszeitraums ohne hinreichende gewichtige Gründe zu einer Unterschreitung des Maßes an gebotenem

² Vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438).

³ In der Fassung vom 2. Juni 2003 (BGBl. I S. 744), zuletzt geändert durch Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474).

⁴ BGBl. I S. 2034.

⁵ BVerfGE 125, 39; vgl. hierzu von Campenhausen, Sonn- und Feiertagsschutz, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht 2011, S. 225 ff.; Siegel/Waldhoff, Öffentliches Recht in Berlin, 2015, § 1 Rn. 84.

Mindestschutz. Sofern Sachgründe für eine Ladenöffnung an den Adventssonntagen angeführt werden könnten, könnten diese eine Ladenöffnung nur an einzelnen Adventssonntagen rechtfertigen. Auch die Regelung über die Ladenöffnungen an vier weiteren Sonntagen (§ 6 Abs. 1 Satz 1 BerlLadÖffG alter Fassung) sei verfassungskonform einschränkend dahin auszulegen, dass hierfür ein öffentliches Interesse von solchem Gewicht zu verlangen sei, das die Ausnahme von der Arbeitsruhe rechtfertige.⁶

Der Berliner Gesetzgeber hat durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Berliner Ladenöffnungsgesetzes⁷ auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts reagiert. Zu den Ladenöffnungszeiten und zum Schutz der Sonn- und Feiertage bestehen nunmehr folgende Regelungen: Gemäß § 3 Abs. 1 BerlLadÖffG dürfen Verkaufsstellen an Werktagen von 0 bis 24 Uhr geöffnet sein. Es besteht also insoweit die Möglichkeit, Geschäfte rund um die Uhr offen zu halten. An Sonn- und Feiertagen müssen Verkaufsstellen gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 BerlLadÖffG geschlossen sein. Die Feiertage, an denen Geschäfte zusätzlich zu den Sonntagen geschlossen sein müssen, sind in § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Sonn- und Feiertage⁸ aufgelistet. Das Verbot der Ladenöffnung ist für Sonn- und Feiertage also der Regelfall. Ausnahmen hiervon sind in den §§ 4 bis 6 BerlLadÖffG enthalten.

§ 4 BerlLadÖffG behandelt den Verkauf von bestimmten Waren. § 4 Abs. 1 BerlLadÖffG betrifft Touristikbedarf, Waren auf Veranstaltungen und in Museen sowie den Verkauf von Blumen, Zeitungen, Backwaren und Milch. Weiter enthält die Norm Vorschriften, die die Ladenöffnung am 24. Dezember sowie die Öffnungszeit von Kunst- und Gebrauchtwarenmärkten betreffen. In § 4 Abs. 2 und 3 BerlLadÖffG werden die in Absatz 1 enthaltenen Ausnahmeregelungen weiter modifiziert. § 5 BerlLadÖffG erlaubt die Öffnung von besonderen Verkaufsstellen, also Apotheken, Tankstellen und Verkaufsstellen auf Bahnhöfen, Flughäfen und Reisebusterminals. Weitere Ausnahmen vom Verbot der Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen werden in § 6 BerlLadÖffG behandelt. Hierbei hat der Gesetzgeber den Einwendungen des Bundesverfassungsgerichts gegen § 3 Abs. 1 BerlLadÖffG alter Fassung Rechnung getragen. Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 BerlLadÖffG legt die zuständige Senatsverwaltung im öffentlichen Interesse ausnahmsweise die Öffnung von Verkaufsstellen an jährlich acht, nicht unmittelbar aufeinanderfolgenden Sonn- oder Feiertagen in der Zeit von 13.00 bis 20.00 Uhr durch Allgemeinverfügung fest. Bei Vorliegen eines herausragend gewichtigen öffentlichen

⁶ BVerfGE 125, 39, 85 ff.

⁷ Vom 13. Oktober 2010 (GVBl. S. 467); vgl. hierzu Abghs-Drs. 16/3383, S. 4 ff. sowie Seifert, Sonntagsschutz und Ladenöffnung in Berlin nach dem 2. Änderungsgesetz vom 13.10.2010, LKV 2011, S. 67.

⁸ Vom 28. Oktober 1954 (GVBl. S. 615), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. Oktober 2015 (GVBl. S. 378).

Interesses können gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 BerlLadÖffG andere Öffnungszeiten festgesetzt und die Öffnung an unmittelbar aufeinanderfolgenden Sonn- und Feiertagen zugelassen werden. Aus Anlass besonderer Ereignisse, insbesondere von Firmenjubiläen und Straßenfesten, dürfen Verkaufsstellen an jährlich zwei weiteren Sonn- oder Feiertagen von 13.00 bis 20.00 Uhr öffnen. Gemäß § 6 Abs. 3 BerlLadÖffG dürfen Verkaufsstellen auch bei Vorliegen der Voraussetzungen nach den Absätzen 1 oder 2 nicht an zwei aufeinanderfolgenden und nur an insgesamt zwei Sonn- oder Feiertagen pro Monat geöffnet haben, sofern nicht nach Absatz 1 die Öffnung an unmittelbar aufeinanderfolgenden Sonn- und Feiertagen zugelassen ist.

B. § 4 Abs. 1 Nr. 1 des Berliner Ladenöffnungsgesetzes

1. Zum Regelungsgehalt der Vorschrift

§ 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG hat folgenden Wortlaut:

(1) An Sonn- und Feiertagen dürfen öffnen

- 1. Verkaufsstellen, 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 13.00 bis 20.00 Uhr und am 24. Dezember, wenn dieser Tag auf einen Adventssonntag fällt, von 13.00 bis 17.00 Uhr,*

Fraglich ist, was man unter den Bedarfsartikeln für den alsbaldigen Verbrauch und Lebens- und Genussmitteln für den sofortigen Verzehr zu verstehen hat. Aufschluss hierüber gibt die Gesetzesbegründung:

Bedarfsartikel zum alsbaldigen Verbrauch sind beispielsweise Sonnenschutzmittel, Anti-Mückenspray, Wundpflaster. Es dürfen nur Artikel verkauft werden, die dem üblichen Bedarf der Touristinnen und Touristen entsprechen. Sonstige Bedarfsartikel, die z. B. für die Führung eines Haushalts benötigt werden – wie z. B. große Waschmittelpackungen –, dürfen nicht verkauft werden. Lebensmittel zum sofortigen Verzehr sind z. B. alkoholfreie Getränke, Süßwaren, Eis, Konditorwaren, belegte Brötchen, Imbissangebote und frisches Obst.⁹

⁹ Abghs-Drs. 16/0015, S. 11.

Es handelt sich also nach Auffassung des Gesetzgebers offenbar um Lebensmittel, die keiner weiteren Zubereitung bedürfen und nicht für eine Lagerung oder Vorratshaltung gedacht sind.

2. Rechtsprechung

Gerichtliche Entscheidungen, die sich unmittelbar mit der Auslegung der Tatbestandsmerkmale von § 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG befassen, liegen nicht vor.

Hinzuweisen ist lediglich auf einen Beschluss des VG Berlin vom 24. April 2012.¹⁰ Gegenstand des Verfahrens war eine Verfügung des Bezirksamts Pankow, in der einem Ladeninhaber verboten wurde, sein Geschäft am 1. Mai 2012 offenzuhalten. Bei dem Geschäft handelte es sich um einen Einzelhandel für „Tabakwaren, Zeitschriften, Geschenkartikel, Telekommunikationsdienste, Getränke, Spirituosen, Warenverkaufsautomatenaufstellung, Zigaretten und Kondomautomaten, Groß- und Einzelhandel mit Tabakwaren, Videothek, Verkauf und Verleih von Bildtonträgern“. Das VG Berlin stellte fest, dass § 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG keine Öffnung erlaube. Es sei nicht ersichtlich, dass in der Verkaufsstelle ausschließlich der in dieser Norm enthaltene Touristenbedarf angeboten werde.

Von Interesse für das Verständnis von § 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG sind ferner Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des VG Hamburg.

Das OLG Düsseldorf behandelte in einem Urteil vom 28. Februar 2012 einen Fall, in dem der Betreiber eines Baumarkts sein Geschäft regelmäßig sonn- und feiertags öffnete und dabei neben dem zulässigen Verkauf von Blumen und Pflanzen auch sein übriges Warensortiment anbot.¹¹ Nach Auffassung des Gerichts handelte es sich bei § 5 LÖG NRW¹², der den Verkauf von Blumen erlaube, seinem Charakter nach um eine Ausnahmvorschrift, die nach allgemeinen Grundsätzen eng auszulegen sei. Den Verkauf langlebiger Konsumgüter (wie Gartenmöbel oder Gartengeräte) sah das OLG Düsseldorf durch diese Vorschrift nicht mehr als erlaubt an. Eine Auslegung der Norm, die den Verkauf von nicht dem sofortigen Verbrauch dienenden Waren gestattete, bloß weil die entsprechende Verkaufsstelle auch derartige Waren anbiete, sei mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben

¹⁰ VG Berlin, Beschluss vom 24. Mai 2012 – VG 4 L 154.12, beck-online.de.

¹¹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. Februar 2012 – I – 20 V 168/11, beck-online.de.

¹² Gesetz zur Regelung der Ladenöffnungszeiten (Ladenöffnungsgesetz) vom 16. November 2006 (GV. NRW S. 516), geändert durch Gesetz vom 30. April 2013 (GV. NRW S. 208).

nicht vereinbar. Das Gericht wies auf die Gefahr hin, dass bei einer solchen Auslegung durch eine geschickte Geschäftskonzeption ein nicht mehr eingegrenzter Verkauf möglich würde, bei dem der Bestand der Sonn- und Feiertagsruhe in keiner Weise mehr gegeben wäre.

Ein Beschluss des VG Hamburg vom 13. September 2012¹³ betraf einen Ladeninhaber, der sein Lebensmittelgeschäft an Sonn- und Feiertagen öffnete und dabei nur die Waren verkaufte, die von der Privilegierung für den Sonn- und Feiertagsverkauf gemäß § 6 Abs. 2 HmbLadÖffG erfasst waren. Das Gericht hielt dies für unzulässig und erklärte, die Ausnahmeregelung in § 6 Abs. 2 HmbLadÖffG¹⁴ sei so zu verstehen, dass es auf das generelle Hauptsortiment der Verkaufsstelle und damit auf ihre generelle Prägung ankomme. Es genüge nicht, das Warenangebot zu beschränken. Durch Abdecken und Verhängen der anderen Waren würden nicht zwei voneinander getrennte Verkaufsstellen geschaffen, vielmehr werde auf diese Weise das Angebot lediglich in einer Verkaufsstelle eingeschränkt.

Alle dargestellten Entscheidungen lassen die Tendenz erkennen, Ausnahmenvorschriften vom Sonn- und Feiertagsschutz eng auszulegen und für eine wortgetreue Anwendung dieser Vorschriften zu sorgen.

3. Ausnahmenvorschriften in anderen Bundesländern

In den meisten Flächenstaaten gibt es Ausnahmenvorschriften zur Deckung des touristischen Bedarfs in Kurorten sowie Ausflugs- und Erholungsorten, wobei das Sortiment an erlaubten Konsumartikeln nicht weiter gefasst ist als in § 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG. Die betreffenden Orte werden jeweils durch Rechtsverordnungen bestimmt. Als Beispiel sei hier die Regelung in § 5 Abs. 2 des Brandenburgischen Ladenöffnungsgesetzes (BbgLÖG)¹⁵ angeführt:

(2) Abweichend von § 3 Abs. 2 Nr. 1 dürfen Verkaufsstellen in einzelnen in der Rechtsverordnung nach Absatz 3 aufzuführenden Kurorten, Ausflugs- und Erholungsorten an jährlich höchstens 40 Sonn- und Feiertagen von 11 Uhr bis 19 Uhr geöffnet sein.

¹³ VG Hamburg, Beschluss vom 13. September 2012 – 21 E 2277/12, beck-online.de

¹⁴ Hamburgisches Gesetz zur Regelung der Ladenöffnungszeiten vom 22. Dezember 2006 (GVBl. S. 611), geändert durch Gesetz vom 15. Dezember 2009 (GVBl. S. 444).

¹⁵ Vom 27. November 2006 (GVBl. I S. 158), geändert durch Gesetz vom 20. Dezember 2010 (GVBl. I Nr. 46 S. 1).

Neben Waren, die für diese Orte kennzeichnend sind, dürfen Waren zum sofortigen Verzehr, überwiegend in der Region erzeugte oder verarbeitete landwirtschaftliche und handwerkliche Produkte, Tabakwaren, Blumen, Zeitungen und Sportartikel verkauft werden. Die in Satz 1 genannten Sonn- und Feiertage werden durch die Kreisordnungsbehörden als Sonderordnungsbehörden mittels ordnungsbehördlicher Verordnung festgesetzt.

In Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein besteht im Hinblick auf den Badetourismus in diesen Ländern die gesetzliche Möglichkeit eines erweiterten Verkaufs. So kann gemäß § 9 des Ladenöffnungsgesetzes (LÖffZG)¹⁶ in Schleswig-Holstein durch Rechtsverordnung bestimmt werden, dass in Kur- und Erholungsorten sowie in von besonders starkem Tourismus geprägten Gemeinden Verkaufsstellen an Sonn- und Feiertagen in der Zeit vom 15. Dezember bis 31. Oktober geöffnet sein dürfen. Eine Einschränkung des Warenangebots besteht hierbei nicht.

In Bremen sind durch § 9 des Bremischen Ladenschlussgesetzes¹⁷ bestimmte Gebiete festgelegt worden, in denen Waren für den touristischen Bedarf, also z. B. Lebensmittel zum sofortigen Verzehr, an jährlich höchstens 40 Sonn- und Feiertagen verkauft werden dürfen. § 9 a des Gesetzes enthält eine weitere Sonderregelung für die Stadt Bremerhaven und betrifft „Waren, die für die touristische Nutzung von Bedeutung sind“.

In Hamburg dürfen gemäß § 7 Abs. 1 HmbLadÖffG Verkaufsstellen in Ausflugs- oder Erholungsgebieten mit besonders starkem Fremdenverkehr zur Abgabe von Badegegenständen, Süßwaren, frischen Früchten, alkoholfreien Getränken, Tabakwaren, Blumen, Zeitschriften und Zeitungen sowie Waren, die für diese Orte kennzeichnend sind, an jährlich höchstens 40 Sonn- und Feiertagen bis zur Dauer von acht Stunden geöffnet sein. Die Gebiete werden durch Rechtsverordnung festgelegt. Zur Wahrung gewichtiger Bedürfnisse des Fremdenverkehrs könnten gemäß § 7 Abs. 2 HmbLadÖffG Ausnahmen von den Regelungen von § 7 Abs. 1 festgelegt werden. Eine Erweiterung des Warensortiments ergibt sich hieraus – jedenfalls dem Wortlaut der Vorschrift nach – nicht.¹⁸

¹⁶ Gesetz über die Ladenöffnungszeiten vom 29. November 2006 (GVBl. S. 243).

¹⁷ Vom 22. März 2007 (Brem. Gbl. S. 221), zuletzt geändert durch Gesetz vom 28. Februar 2012 (Brem. Gbl. S. 95).

¹⁸ Vgl. aber die Gesetzesbegründung in Drs. 18/5109, S. 8, wonach offenbar auch eine Änderung des Warensortiments ermöglicht werden soll.

4. Zulässigkeit einer Ausweitung des Sortiments

Es ist zu erwägen, inwieweit eine Ausweitung des in § 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG aufgeführten Warensortiments durch den Gesetzgeber zulässig wäre. Diese Vorschrift hat den Zweck, den Verkauf bestimmter Waren an Touristen auch an Sonn- und Feiertagen zu ermöglichen. Sie lässt unter anderem den Verkauf von Lebensmitteln und sonstigen Artikeln in dem Umfang zu, der zur Deckung des entsprechenden touristischen Bedarfs erforderlich ist. Würde das Warensortiment darüber hinaus erweitert und dem Angebot von normalen Lebensmittelgeschäften oder Verbrauchermärkten angeglichen, ginge der Inhalt der Vorschrift über ihren Regelungszweck hinaus. Rechtssystematisch gesehen würde dadurch eine Diskrepanz zwischen dem Charakter der Norm als Ausnahmevorschrift zugunsten von Touristen und ihrem tatsächlichen Regelungsgehalt entstehen.

Zu berücksichtigen ist auch, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Ausnahmen vom Sonntagsschutz eines entsprechenden sachlichen Grundes bedürfen.¹⁹ Für eine Ausweitung des in § 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG enthaltenen Warensortiments über den touristischen Bedarf hinaus ist ein solcher Sachgrund nicht erkennbar. Das Interesse von Geschäftsinhabern an erhöhtem Umsatz oder das Interesse von Kunden an erweiterten Einkaufsmöglichkeiten vermag eine entsprechende Ausweitung des Warensortiments nicht zu rechtfertigen. Die Erweiterung des zulässigen Angebots könnte faktisch dazu führen, dass Lebensmittelgeschäfte und Supermärkte pro forma einige Touristenartikel in ihr Sortiment aufnehmen, um auf diese Weise die Ausnahmeregelung in § 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG in Anspruch zu nehmen. Letztlich würde eine Erweiterung der Verkaufsmöglichkeiten von Lebensmitteln und sonstigen Bedarfsartikeln zu einer Durchbrechung des vom Bundesverfassungsgericht eingeforderten Regel-Ausnahme-Grundsatzes²⁰ für die sonn- und feiertägliche Ladenöffnung führen. Der durch Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV sowie durch Art. 35 der Verfassung von Berlin (VVB)²¹ garantierte Schutz der Sonn- und Feiertagsruhe wäre bei einer derartigen Änderung von § 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG nicht mehr gewährleistet.

¹⁹ BVerfGE 125, 39, 87.

²⁰ BVerfGE 125, 39, 87 f.

²¹ Vom 23. November 1995 (GVBl. S. 779), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. März 2016 (GVBl. S. 114).

5. Örtlicher Bezug

Es ist zu prüfen, ob die Anwendung von § 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG an örtliche Voraussetzungen geknüpft ist. Nach dem Wortlaut der Norm ist dies nicht der Fall. Gegen eine Beschränkung der Anwendung auf von Touristen besuchte Gebiete spricht, dass das Berliner Ladenöffnungsgesetz keine Vorschriften enthält, die solche Gebiete festsetzen oder eine Festsetzung ermöglichen. Eine restriktive Auslegung ohne Grundlage im Gesetz würde zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen und die Anwendbarkeit der Norm erschweren. Auch würde eine örtliche Beschränkung dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen. Die Gesetzesbegründung enthält zur Thematik des örtlichen Bezugs folgende Aussagen:

Nr. 1 ersetzt die Berliner Ausflugs- und Erholungsgebietsverordnung, nach der in der Zeit vom 1. Sonntag im März bis zum 3. Sonntag im Oktober ein stark begrenztes Sortiment in der Zeit von 11.00 bis 19.00 Uhr in elf exakt abgegrenzten Gebieten angeboten werden durfte. Die Abgrenzung der Ausflugs- und Erholungsgebiete bereitete in einer Stadt wie Berlin erhebliche Schwierigkeiten, da die Touristinnen und Touristen in allen Bezirken übernachteten und die Sehenswürdigkeiten über die Stadt verteilt sind. Eine Beschränkung des Verkaufs von Artikeln des touristischen Bedarfs nur auf das Umfeld der Sehenswürdigkeiten verursachte ständig örtliche Abgrenzungsprobleme.²²

Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass die Anwendung von § 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG mit bestimmten örtlichen Voraussetzungen verbunden ist.

Der Gesetzgeber könnte das Berliner Ladenöffnungsgesetz ändern und den Verkauf von Touristenbedarf wieder auf bestimmte Gebiete beschränken. Dies hätte jedoch nicht zwangsläufig die Folge, dass die Verkaufsstellen in diesen Gebieten ein erweitertes Warensortiment anbieten dürften. Der Regel-Ausnahme-Grundsatz für die Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen ist nicht rein quantitativ zu sehen. Bei Verkaufsstellen, die an allen Sonn- und Feiertagen geöffnet sein dürfen, bedarf diese Durchbrechung des verfassungsrechtlich vorgegebenen Sonn- und Feiertagsschutzes eines besonderen Grundes.²³ Die Deckung von touristischem Bedarf stellt einen solchen Grund dar. Dieser ändert sich aber nicht durch die räumliche Begrenzung des Verkaufs. Es ist nicht ersichtlich, dass Touristen, die sich in dem von einer Gebietsfestsetzung erfassten Bereich der Stadt aufhalten, damit einen erweiterten Konsumbedarf haben, der eine Ausweitung

²² Abghs-Drs. 16/0015, S. 11.

²³ BVerfGE 125, 39, 87.

des Warenangebots rechtfertigen könnte. Örtliche Beschränkungen des Verkaufs würden somit nicht zu einer zulässigen Einschränkung des Sonn- und Feiertagschutzes führen.

C. Mischbetriebe von Gastronomie und Einzelhandel

Ein Mischbetrieb liegt vor, wenn sich eine Verkaufsstelle und eine Gaststätte in denselben Räumlichkeiten befinden und organisatorisch miteinander verbunden sind. Nach herrschender Meinung und Rechtsprechung sind in einem solchen Fall der Verkauf von Waren und die Gastronomie rechtlich getrennt voneinander zu behandeln.²⁴ Die Öffnungszeiten der Verkaufsstelle richten sich nach dem Ladenöffnungsrecht, die Öffnungszeiten des gastronomischen Betriebsteils nach Gaststättenrecht. Die Bestandteile der gemischten Betriebe behalten ihre rechtliche Selbständigkeit. Ob ein Gewerbebranchen den anderen überwiegt und dem Betrieb das Gepräge gibt oder welcher Anteil des Umsatzes auf die einzelnen Gewerbearten fällt, ist hierbei unerheblich.²⁵ Es gibt also keine eigenständige Rechtsform eines Mischbetriebs. Würde man einer mit einer Gaststätte verbundenen Verkaufsstelle einen Sonderstatus einräumen, wäre dies eine ungerechtfertigte Privilegierung gegenüber anderen Verkaufsstellen. Im Vergleich zu den anderen in § 4 BerlLadÖffG aufgeführten Verkaufsstellen wäre auch kein Grund erkennbar, der eine Besserstellung nach Maßgabe des Regel-Ausnahme-Grundsatzes rechtfertigen könnte.

D. § 6 des Berliner Ladenöffnungsgesetzes

1. Zur Möglichkeit erweiterter Ausnahmen vom Sonn- und Feiertagsschutz

§ 6 BerlLadÖffG enthält Ausnahmen vom Sonn- und Feiertagsschutz, die unabhängig vom Charakter der Verkaufsstellen und den angebotenen Waren sind. Er betrifft die generelle Öffnung an bestimmten Sonn- und Feiertagen. Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 BerlLadÖffG legt die zuständige Senatsverwaltung im öffentlichen Interesse ausnahmsweise die Öffnung von Verkaufsstellen an jährlich acht nicht unmittelbar aufeinander folgenden Sonn- und Feiertagen von 13.00 bis 20.00 Uhr durch Allgemeinverfügung fest.

²⁴ Stober, Ladenschlussgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2000, § 1 Rn. 62 m. w. N.; Neumann, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, Stand 2016, Band II, Kommentar zum Gesetz über den Ladenschluss, § 1 Anm. 6; Seitter, Gaststättenrecht, Kommentar, 4. Aufl. 1995, § 1 Rn. 3; Michel/Kienzle, Gaststättengesetz, Kommentar, 13. Aufl. 1999, § 1 Rn. 53; BGH, NJW 1960, S. 2209; BayOLG, DÖV 1998, S. 161.

²⁵ Michel/Kienzle (Fn. 24), § 1 Rn. 53.

„Öffentliches Interesse“ im Sinne dieser Vorschrift bedeutet, dass nur Veranstaltungen, die einzeln oder in ihrem Zusammenhang Bedeutung für Berlin als Ganzes haben, die Ausnahme tragen können.²⁶

Bei Vorliegen eines herausragenden gewichtigen öffentlichen Interesses können gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 BerlLadÖffG andere Öffnungszeiten festgesetzt und die Öffnung an unmittelbar aufeinanderfolgenden Sonn- und Feiertagen zugelassen werden. Diese Vorschrift ist durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Berliner Ladenöffnungsgesetzes eingefügt worden. Der Gesetzgeber hat dies für erforderlich gehalten, weil das Berliner Ladenöffnungsgesetz keine weitere Ermächtigung für Ausnahmegenehmigungen vorsehe, jedoch in längeren Zeitabschnitten immer wieder bedeutsame Veranstaltungen stattfinden, und es deshalb notwendig sei, hierfür die Möglichkeit von Geschäftsöffnungen über die Zeit von 13.00 bis 20.00 Uhr hinaus zu schaffen. Da solche Ereignisse nicht jedes Jahr stattfinden, könne davon ausgegangen werden, dass von der Vorschrift nicht regelmäßig Gebrauch gemacht werde.²⁷

Ferner besteht gemäß § 6 Abs. 2 BerlLadÖffG die Möglichkeit, Verkaufsstellen aus Anlass besonderer Ereignisse, insbesondere von Firmenjubiläen und Straßenfesten, an jährlich zwei weiteren Sonn- oder Feiertagen von 13.00 bis 20.00 Uhr zu öffnen.

Zu prüfen ist, ob die Ausnahmeregelungen von § 6 BerlLadÖffG in verfassungsrechtlich zulässiger Weise erweitert werden können. Erweiterungen müssten sich am Regel-Ausnahme-Prinzip nach den Grundsätzen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1. September 2009 orientieren. Das Gericht hat eine niedrige jährliche Höchstzahl von freigabefähigen Tagen als vereinbar mit der Sicherung eines Mindestniveaus des Sonn- und Feiertagsschutzes angesehen und dabei keine Obergrenze festgelegt. Es hat lediglich die Höchstzahl von acht Sonn- und Feiertagen als akzeptabel bewertet.²⁸ Theoretisch wäre es somit denkbar, die Zahl der verkaufsoffenen Sonn- und Feiertage in § 6 Abs. 1 Satz 1 BerlLadÖffG zu erhöhen. Es erscheint allerdings fraglich, ob eine solche Gesetzesänderung einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht standhalten würde.

²⁶ So die Gesetzesbegründung in Abghs-Drs. 16/3383, S. 5.

²⁷ Abghs-Drs. 16/3383, S. 5.

²⁸ BVerfGE 125, 39, 103.

2. § 8 Abs. 2 des Hamburgischen Ladenöffnungsgesetzes

Es ist zu erörtern, ob § 8 Abs. 2 HmbLadÖffG als Vorbild für weitergehende Ausnahmen vom Sonn- und Feiertagsschutz im Berliner Ladenöffnungsgesetz dienen kann. Die Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

(2) Die zuständige Behörde kann in Einzelfällen aus wichtigem Grund im öffentlichen Interesse befristete Ausnahmen von den Vorschriften der §§ 3 bis 7 bewilligen. Die Bewilligung kann jederzeit widerrufen werden.

In der Begründung zu dieser Norm hat der Hamburgische Gesetzgeber erklärt, nach § 8 Abs. 2 HmbLadÖffG könne die zuständige Behörde über die Ausnahme in § 8 Abs. 1 (Öffnung an vier Sonntagen) hinaus aus wichtigem Grund im öffentlichen Interesse befristete Ausnahmen bewilligen. Die Vorschrift sei § 23 des bisherigen Ladenschlussgesetzes nachempfunden und könne für besondere Ausnahmesituationen weiterhin befristet in Betracht kommen.²⁹

Gemäß § 23 Abs. 1 des Gesetzes über den Ladenschluss können die obersten Landesbehörden in Einzelfällen befristete Ausnahmen von den Regelungen des Gesetzes bewilligen, wenn die Ausnahmen im öffentlichen Interesse dringend nötig werden. Ein solches öffentliches Interesse ist gegeben, wenn allgemeine Bedürfnis-, Versorgungs- oder Verwertungsgesichtspunkte der Verbraucher oder bestimmter Gruppen eine Ausnahme nahelegen.³⁰ Die Rechtsprechung hat insoweit einen strengen Maßstab angelegt. Als öffentliches Interesse werden von Rechtsprechung und Literatur anerkannt: Die Sicherung der Volksernährung, der Schutz größerer Mengen von Lebensmitteln vor dem Verderb und die Versorgung großer Massen von Arbeitern, die in einem Notfall zum Einsatz kommen.³¹ Dagegen sind Regelungen zugunsten des Fremdenverkehrs nicht durch die Norm gedeckt.³² Auch eine analoge Anwendung ist prinzipiell unzulässig, da sie dem Charakter der Vorschrift als spezielle Regelung für besonders gelagerte Fälle widerspricht.³³

Die Hamburgische Verwaltung hat den inhaltlich an § 23 Ladenschlussgesetz angelehnten § 8 Abs. 2 HmbLadÖffG als hinreichende Grundlage für die sogenannte „Reeperbahnre-

²⁹ Drs. 18/5109, S. 8.

³⁰ Stober (Fn. 24), § 23 Rn. 23; vgl. Neumann (Fn. 24), § 23 Anm. 2.

³¹ Nachweise bei Stober (Fn. 24), § 23 Rn. 24.

³² Stober (Fn. 24), § 23 Rn. 24.

³³ Stober (Fn. 24), § 23 Rn. 27.

gelung“ angesehen. Danach können Einzelhändler für ihre Verkaufsstellen an der Reeperbahn und anderen Straßen im Kernbereich des Hamburger Stadtteils Sankt Pauli längere Ladenöffnungszeiten beantragen. Die Anträge sind jährlich neu zu stellen und kostenpflichtig. Die entsprechenden Genehmigungen erlauben zusätzliche Ladenöffnungszeiten von März bis Dezember an Sonn- und Feiertagen von 10.00 bis 24.00 Uhr. Für Ladenlokale mit mehr als 100 qm Verkaufsfläche, die überwiegend Lebensmittel und Waren des täglichen Bedarfs anbieten, werden keine Genehmigungen erteilt.³⁴

Es erscheint überraschend, dass für eine solche Verwaltungspraxis § 8 Abs. 2 HmbLadÖffG als Rechtsgrundlage herangezogen wird. Weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte der Norm legen dies nahe. Die Versorgung von Touristen in Sankt Pauli kann kaum als Sonderfall im Sinne der Vorschrift angesehen werden und ist im übrigen bereits durch § 7 HmbLadÖffG geregelt.

Eine Ergänzung des Berliner Ladenöffnungsgesetzes durch eine § 8 Abs. 2 HmbLadÖffG entsprechende Vorschrift wäre denkbar. Bis auf Sachsen, Berlin und Bayern haben alle Länder vergleichbare, dem § 23 Ladenschlussgesetz entsprechende Vorschriften in ihre Ladenöffnungsgesetze aufgenommen.³⁵ Das Berliner Ladenöffnungsgesetz enthält in § 6 Abs. 1 Satz 2 bereits eine Ausnahmeregelung, die allerdings ihrem Wortlaut nach („Bei Vorliegen eines herausragend gewichtigen öffentlichen Interesses“) etwas enger gefasst ist als § 8 Abs. 2 HmbLadÖffG. Diese Vorschrift dürfte im Fall einer Übernahme von § 8 Abs. 2 HmbLadÖffG funktionslos werden und könnte daher entfallen.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine der Hamburgischen Regelung bzw. § 23 des Gesetzes über den Ladenschluss nachgebildete Norm – jedenfalls ihrem Wortlaut nach – keine umfassende Durchbrechung des Sonn- und Feiertagsschutzes für bestimmte Stadtgebiete ermöglichen könnte. Zumindest müsste die Verwaltung bei der Anwendung der Vorschrift dafür Sorge tragen, dass das verfassungsrechtlich gebotene Mindestniveau des Sonn- und Feiertagsschutzes nicht unterschritten wird. Hierbei wäre insbesondere auf die Einhaltung des Regel-Ausnahme-Prinzips bei der sonn- und feiertäglichen Ladenöffnung zu achten.

³⁴ [www.hk24.de/produktmarken/branchen/handel/einzel ...](http://www.hk24.de/produktmarken/branchen/handel/einzel...)

³⁵ So Neumann (Fn. 24), § 23 Anm. 1. Bayern hat auf den Erlass eines eigenen Gesetzes verzichtet, so dass dort das Gesetz über den Ladenschluss weitergilt.

E. Ergebnisse

Zu Frage 1:

Bedarfsartikel für den alsbaldigen Verbrauch im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG sind solche Artikel, die dem üblichen Bedarf von Touristen entsprechen, wie z. B. Sonnenschutzmittel oder Wundpflaster. Lebens- und Genussmittel zum sofortigen Verzehr sind Lebens- und Genussmittel, die keiner weiteren Zubereitung bedürfen und nicht für eine Lagerung oder Vorratshaltung gedacht sind. Rechtsprechung, die sich unmittelbar auf die Tatbestandsmerkmale von § 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG bezieht, liegt nicht vor. Die Ladenöffnungsgesetze anderer Bundesländer enthalten Regelungen über den Verkauf von Waren in Ausflugs- und Erholungsorten. Ein größeres Warensortiment wird dabei nicht zugelassen. Eine Ausnahme bilden die Regelungen in Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern, die in vom Badetourismus geprägten Orten erweiterte Öffnungsmöglichkeiten für Verkaufsstellen vorsehen.

§ 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG dient der Deckung des touristischen Bedarfs und erfasst seinem Regelungszweck nach keine darüber hinausgehende Erweiterung des Warensortiments. Eine solche Erweiterung wäre auch nach den Maßstäben, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 1. Dezember 2009 für den Sonn- und Feiertagsschutz aufgestellt hat, nicht gerechtfertigt. Die Geltung von § 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG ist nicht an örtliche Voraussetzungen gebunden. Eine örtliche Beschränkung der Geltung würde nicht zur Zulässigkeit eines erweiterten Warensortiments führen.

Zu Frage 2:

Bei Mischbetrieben aus Verkaufsstellen und Gaststätten sind die jeweiligen Betriebsteile getrennt voneinander nach Ladenschlussrecht und Gaststättenrecht zu behandeln. Die eigenständige Rechtsform eines Mischbetriebes gibt es somit nicht. Die bloße räumliche und organisatorische Verbindung einer Verkaufsstelle mit einer Gaststätte rechtfertigt keine Privilegierung im Hinblick auf den Sonn- und Feiertagsschutz.

Zu Frage 3:

Eine Erweiterung der Ausnahmen vom Sonn- und Feiertagsschutz in § 6 BerlLadÖffG müsste sich an den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Maßstäben orientieren. Ein Mindestniveau des Sonn- und Feiertagsschutzes wäre weiterhin zu gewährleisten. Insbesondere hätte der Gesetzgeber zu beachten, dass das Verbot der Ladenöffnung weiterhin die Regel und die Erlaubnis zur Öffnung die Ausnahme bleiben müsste.

Die Einfügung einer dem § 8 Abs. 2 HmbLadÖffG entsprechenden Vorschrift in das Berliner Ladenöffnungsgesetz ist denkbar; sie würde aber – jedenfalls dem Wortlaut dieser Norm nach – keine umfassende Durchbrechung des Sonn- und Feiertagsschutzes für touristisch frequentierte Gebiete ermöglichen.

Dr. Fehlau