

# BayVBl. 9/2012

## Bayerische Verwaltungsblätter

Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung

### Herausgeber

*Rolf Hüffer*, Präsident des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs a. D.

*Dr. Markus Möstl*, Professor des öffentlichen Rechts an der Universität Bayreuth

*Dr. h. c. Heino Schöbel*, Ministerialdirigent im Bayerischen Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz a. D. – ehemals Leiter des Landesjustizprüfungsamts

*Volkhard Spilarewicz*, Ministerialdirigent im Bayerischen Staatsministerium des Innern

### Redaktion

*Dr. Herbert von Golitschek*, Präsident a. D. des Bayerischen Verwaltungsgerichts Würzburg

## Aus dem Inhalt

- 257 **P. M. Huber** Die Bayerische Verfassung als lebendige Grundlage politischen und gesellschaftlichen Lebens
- 260 **Unterreitmeier** Das verlorene Feigenblatt – Zu den Grenzen verkaufsoffener Sonntage aus Anlass von Märkten
- 268 **BayVerfGH** Offenhaltung von Verkaufsstellen an Sonn- und Feiertagen
- 269 **BVerfG** Richtervorlage; Umsetzung von Recht der Europäischen Union
- 272 **BayVGH** Windkraftanlage; in Aufstellung befindlicher Regionalplan
- 281 **BVerwG** Ladenöffnungszeit; Mengenbeschränkung; Kundenkreis; Kraftfahrer und deren Mitfahrer
- 285 **BGH** Sanierungsgebiet; Übernahme des Grundstücks; Entschädigung

**PUBLICUS** 

Der Online-Spiegel für das Öffentliche Recht

Kostenlos anmelden unter

[www.publicus-boorberg.de](http://www.publicus-boorberg.de)

**Schriftleiter** Dr. Herbert von Golitschek, Präsident a. D. des Bayerischen Verwaltungsgerichts Würzburg, Am Sonnenhang 1, 97204 Höchberg, Tel. (09 31) 4 52 06 49, Fax (09 31) 4 52 09 21; E-Mail: bayvbl@boorberg.de

## Inhalt

### Abhandlungen

*P. M. Huber*, Die Bayerische Verfassung als lebendige Grundlage politischen und gesellschaftlichen Lebens — **257**

*Unterreitmeier*, Das verlorene Feigenblatt – Zu den Grenzen verkaufsoffener Sonntage aus Anlass von Märkten — **260**

### Ausbildung und Prüfung

Aufgabe 6 der Ersten Juristischen Staatsprüfung 2009/1 — **287**

### Literatur

*Klingshirn/Drescher/Thimet* (Hrsg.), Bestattungsrecht in Bayern (Landel) — **288**

### Notizen

U. a. Nachrichten, Rechtsprechung im Überblick, Veranstaltungen, Vorschau, Impressum — **II, III, IV**

### Rechtsprechung

<b>BayVerfGH</b>	E. v. 21. 12. 2011	<b>Vf. 3-VII-11</b>	Sonn- und Feiertagsschutz; Offenhaltung von Verkaufsstellen an Sonntagen; bundesrechtliche Ermächtigung; Vorschrift des Landesrechts; Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip (hier: verneint) — <b>268</b>
<b>BVerfG</b>	B. v. 4. 10. 2011	<b>1 BvL 3/08</b>	Richtervorlage; Investitionszulagengesetz 1996; Umsetzung von Recht der Europäischen Union; Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers; Vorabentscheidungsverfahren — <b>269</b>
<b>BayVGH</b>	U. v. 17. 11. 2011	<b>2 BV 10.2295</b>	Vorbescheid; Windkraftanlage; sonstiger öffentlicher Belang; in Aufstellung befindlicher Regionalplan; Vorbehalts- und Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung; Naturschutz — <b>272</b>
	U. v. 31. 3. 2011	<b>22 BV 10.2367</b>	Rechtsaufsichtliche Beanstandung einer Rechtsverordnung; Offenhalten von Verkaufsstellen an Sonntagen; Tatbestandsmerkmal „aus Anlass von Märkten“ — <b>276</b>
	B. v. 8. 4. 2011	<b>22 CS 11.845</b>	Kommunalaufsichtliche Weisung, eine beabsichtigte Rechtsverordnung zur Sonntagsöffnung nicht bekannt zu machen; Tatbestandsmerkmal „aus Anlass von Märkten“; räumliche und gegenständliche Beschränkung der Sonntagsöffnung — <b>278</b>
	B. v. 8. 6. 2011	<b>4 ZB 11.566</b>	Umbettung einer vor 52 Jahren verstorbenen Person; wichtiger Grund für die Umbettung; Wahrung der Totenruhe — <b>279</b>
<b>BVerwG</b>	U. v. 23. 2. 2011	<b>8 C 50.09</b>	Ladenöffnungszeit; Tankstelle; Abgabe von Genussmitteln in „kleineren Mengen“; alkoholische Getränke; Mengenbeschränkung; Kundenkreis; Kraftfahrer und deren Mitfahrer; Berufsausübung; Wettbewerbsneutralität; Ermessensnichtgebrauch; feststellender Verwaltungsakt — <b>281</b>
<b>BGH</b>	U. v. 7. 7. 2011	<b>III ZR 156/10</b>	Förmlich festgelegtes Sanierungsgebiet; sanierungsrechtliche (Bau-)Genehmigung; Versagung; Übernahme des Grundstücks; isolierte eigentumsverdrängende Bebauungsplanung; Entschädigung — <b>285</b>

### Wissenswertes für den Rechtsanwalt

**BayVGH** B. v. 1. 8. 2011 **8 ZB 11.345** Rechtsschutzinteresse; Anforderungen an den Antrag auf Zulassung der Berufung bei Erledigung der Hauptsache — **287**

## Das verlorene Feigenblatt

### Zu den Grenzen verkaufsoffener Sonntage aus Anlass von Märkten

Von Dr. Johannes Unterreitmeier, München \*

Die Zahl der verkaufsoffenen Sonntage nimmt in Bayern von Jahr zu Jahr zu. Dabei bildet der im Ladenschlussgesetz vorausgesetzte Markt in vielen Fällen nicht den eigentlichen Anlass zum Öffnen der Ladengeschäfte, sondern dient nur als Vorwand, um die Beschränkungen des Ladenschlussgesetzes auszuhebeln. Viele Kommunalaufsichtsbehörden haben dem lange Zeit tatenlos zugesehen. Nun hat der BayVGH zwei wegweisende Entscheidungen erlassen, die Anlass dazu geben, die Vollzugspraxis in Bayern wieder mit den vom verfassungsrechtlich garantierten Schutz der Sonn- und Feiertage geprägten strengen rechtlichen Vorgaben zu synchronisieren. Ziel des Beitrags ist es, das Spannungsfeld zwischen Recht und Wirklichkeit, das sich in diesem Themenkomplex aufgebaut hat, zu analysieren und die Richtung, die die beiden Entscheidungen den in diesem Spannungsfeld gefangenen Gemeinden und Aufsichtsbehörden für einen Synchronisierungsprozess weisen, aufzuzeigen.

#### I. Einleitung

„Weil“, so schließt er messerscharf,  
„nicht sein kann, was nicht sein darf“<sup>1</sup>.

Mit diesem geflügelten Wort aus *Christian Morgensterns* (1871–1914) Gedicht „Die unmögliche Tatsache“, das pointiert den naturalistischen Fehlschluss<sup>2</sup> – also den Schluss vom Sein auf das Sollen – umkehrt, werden bereits Studenten der Rechtswissenschaften im ersten Semester vor dem

ebenso fehlerhaften Schluss vom Sollen auf das Sein (auch als kulturistischer Fehlschluss bezeichnet<sup>3</sup>) gewarnt.

Wie berechtigt diese Warnung ist, zeigt anschaulich das Auseinanderklaffen der in Bayern aus Anlass von Märkten veranstalteten verkaufsoffenen Sonntage mit den rechtlichen Vorgaben, wie sie sich aus Verfassung, Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltungsvorschriften völlig eindeutig ergeben. Während Letztere den Schutz und die Bedeutung der Sonn- und Feiertage herausstellen und einer Öffnung der Ladengeschäfte an diesen Tagen sehr enge Grenzen ziehen (dazu II.), glauben die Kommunen in Bayern, den verkaufsoffenen Sonntag als Standortvorteil erkannt zu haben, und lassen deshalb bereitwillig den ansässigen Gewerbebetrieben Unterstützung zukommen, indem sie aus Anlass eines – oft sogar von dem hauptbegünstigten Gewerbebetrieb selbst auf dem eigenen Parkplatz veranstalteten – kleinen Marktes einen verkaufsoffenen Sonntag auf der Grundlage des § 14 Ladenschlussgesetz (LadSchlG) zulassen (dazu III.). Dieser Markt ist meist derart unbedeutend, dass er auf den ersten Blick bereits als „Feigenblatt“<sup>4</sup> zu entlarven ist, das die Umgehung des Sonn- und Feiertagsschutzes bedecken soll.

Die Praxis der Gemeinden wird von zahlreichen Landratsämtern entgegen den Vorgaben und Ermahnungen der zuständigen Staatsministerien geduldet, was zu einem sehr uneinheitlichen Vollzug in Bayern geführt hat. Besonders eklatant wird diese Uneinheitlichkeit, wenn Ladengeschäfte derselben Branche zwar geographisch eng beieinander liegen, rechtlich aber unterschiedlichen Landkreisgebieten zugeordnet sind und die beiden zuständigen Landratsämter im Rahmen ihrer Kommunalaufsicht nicht den gleichen Maßstab beim Vollzug des LadSchlG walten lassen. So liegen im Nordosten von München mehrere Möbelhäuser nur wenige Kilometer voneinander entfernt. Während das Landratsamt München konsequent verkaufsoffene Sonntage der beiden in den Gemeinden Aschheim und Kirchheim b. München liegenden Möbelhäuser unterbunden hat, toleriert das Landratsamt Ebersberg seit Längerem eine entsprechende Praxis des in der Nachbargemeinde Vaterstetten ansässigen Möbelhauses. Nunmehr hat der BayVGh zwei Entscheidungen erlassen, die Aussagen von grundsätzlicher Bedeutung für die Reichweite des Gestaltungsspielraums der Gemeinden bei der Freigabe von verkaufsoffenen Sonntagen treffen (dazu IV.). Die Entscheidungen setzen einen wichtigen Impuls für die Staatsbehörden, die (an sich auch schon zuvor) eindeutigen rechtlichen Vorgaben in Bayern wieder einheitlich und konsequent durchzusetzen (dazu V.).

## II. Rechtslage

### 1. Grundgesetz und Bayerische Verfassung

Der Schutz der Sonn- und Feiertagsruhe hat Verfassungsrang (Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV; Art. 147 BV) und konkretisiert das Grundrecht der Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG; Art. 107 Abs. 1 und 2 BV). Der verfassungsrechtliche Schutz hat dabei – wie das BVerfG jüngst mit seinem Urteil vom 1. 12. 2009 zum Berliner Ladenöffnungsgesetz<sup>5</sup> deutlich herausgestellt hat – nicht nur einen religiösen oder weltanschaulichen Sinngehalt, sondern zielt in der säkularisierten Gesellschafts- und Staatsordnung auch auf die Verfolgung profaner Ziele wie die der persönlichen Ruhe, Besinnung, Erholung und Zerstreuung<sup>6</sup>. Nur durch einen für alle verbindlichen Tag der Arbeitsruhe kann die Gesellschaft die notwendige Synchronisierung erfahren, die für eine gemeinsame Gestaltung der Zeit der Arbeitsruhe und seelischen Erhebung im Freundeskreis, im Vereinsleben und in der Familie notwendig ist. Das BVerfG folgert aus dem so umrissenen verfassungsrechtlichen Schutzauftrag hinsichtlich der Arbeit an Sonn- und Feiertagen ein Regel-Ausnahme-Verhältnis<sup>7</sup>:

„Grundsätzlich hat die typische ‚werk-tägliche Geschäftigkeit‘ an Sonn- und Feiertagen zu ruhen. Der verfassungsrechtlich garantierte Sonn- und Feiertagsschutz ist nur begrenzt einschränkbar. Ausnahmen von der Sonn- und Feiertagsruhe sind zur Wahrung höher- oder gleichwertiger Rechtsgüter möglich; [...].

Hinsichtlich der [...] Ladenöffnung bedeutet dies, dass die Ausnahme eines dem Sonntagsschutz gerecht werdenden Sachgrundes bedarf. Ein bloß wirtschaftliches Umsatzinteresse der Verkaufsstelleninhaber und

ein alltägliches Erwerbsinteresse („Shopping-Interesse“) potenzieller Käufer genügen grundsätzlich nicht, um Ausnahmen von dem verfassungsunmittelbar verankerten Schutz der Arbeitsruhe und der Möglichkeit zu seelischer Erhebung an Sonn- und Feiertagen zu rechtfertigen“.

### 2. Ladenschlussgesetz

Einfachgesetzlich spiegelt sich dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis in den Bestimmungen des LadSchlG, das in Bayern als letztem Bundesland<sup>8</sup> auch nach der Föderalismusreform I<sup>9</sup> als Bundesrecht fortgilt, bis es durch ein Landesgesetz ersetzt wird (Art. 125 a Abs. 1 GG)<sup>10</sup>. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 LadSchlG müssen die Verkaufsstellen grundsätzlich an Sonn- und Feiertagen für den Geschäftsverkehr geschlossen bleiben. Als Ausnahme hiervon können Gemeinden<sup>11</sup> gemäß § 14 LadSchlG durch Rechtsverordnung bestimmen, dass Verkaufsstellen aus Anlass von Märkten, Messen oder ähnlichen Veranstaltungen abweichend von der Vorschrift des § 3 Abs. 1 Nr. 1 LadSchlG an jährlich höchstens vier Sonn- und Feiertagen geöffnet sein dürfen. Der Zweck dieser Ausnahmenvorschrift besteht darin, den Bedürfnissen eines beträchtlichen Besucherstroms der Anlassveranstaltung

\* Der Verfasser ist Landesanwalt und wirkte als vormaliger Leiter der Abteilung „Öffentliche Sicherheit und Ordnung, Enteignungen“ am Landratsamt München an den Verfahren mit, die den beiden näher erörterten Entscheidungen des BayVGh zugrunde liegen. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

- 1 Aus *Christian Morgenstern*, Die unmögliche Tatsache, in: Palmström, 1910.
- 2 Grundlegend: *Moore*, Principia ethica, 1903. Streng genommen handelt es sich vorliegend bei der Sein-Sollen-Dichotomie um das sog. Hume'sche Gesetz (nach *Hume*, A treatise of Human Nature, 1739/40). Während das Hume'sche Gesetz die Fehlerhaftigkeit des Unterfangens, aus einer deskriptiven Tatsache (Sein) eine normative Aussage (Sollen) abzuleiten, betrifft, zielt *Moore*s darauf aufbauendes Konzept des naturalistischen Fehlschlusses auf die Problematik, aus den Eigenschaften der Dinge (Sein) auf eine ethische Wertung (das, was gut ist) zu schließen.
- 3 Vgl. hierzu *Schmidt-Salomon*, Auf dem Weg zur Einheit des Wissens, 2007.
- 4 So *Müller-Jentsch*, Lukrativer Jahrmarkt, SZ vom 1. 4. 2011, im Internet abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/15w38r/4003970/Wenn-alle-nicht-oeffnen-duerfen-waere-das-auch-okayLukrativer-Jahrmarkt.html>.
- 5 BVerfG, Urteil vom 1. 12. 2009, BVerfGE 125, 39 ff. = BayVBl. 2010, 466 (Ls.).
- 6 BVerfG, Urteil vom 1. 12. 2009, a.a.O. (Fußn. 5), juris RdNr. 154; Urteil vom 9. 6. 2004, BVerfGE 111, 10 ff. = BayVBl. 2005, 142 f., juris RdNr. 178; *Mosbacher*, Ladenschluss an Sonn- und Feiertagen im Visier, DVP 2009, 506/508 f.
- 7 BVerfG, Urteil vom 1. 12. 2009, a.a.O. (Fußn. 5), juris RdNr. 157: Vgl. bereits BVerfG, Beschluss vom 17. 11. 1992, BVerfGE 87, 363 ff., juris RdNr. 105 f.
- 8 Einen Überblick der landesrechtlichen Regelungen bietet *Mosbacher* (Fußn. 6), S. 506 ff.
- 9 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. 8. 2006 (BGBl. I S. 2034); vgl. hierzu *Schmitz*, Die Ladenöffnung nach der Föderalismusreform, NVwZ 2008, 18 ff.
- 10 Das Bestreben im Jahre 2006, in Bayern ein eigenes Ladenöffnungsgesetz zu erlassen, scheiterte am Widerstand der CSU-Landtagsfraktion, bei der eine Probeabstimmung am 8. 11. 2006 mit einer Stimmengleichheit der Befürworter und Gegner endete, vgl. hierzu *Weiland*, Stoiber will Neustart beim Ladenschluss, Spiegel-online vom 9. 11. 2006, im Internet abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,447466,00.html>. Am 17. 6. 2010 brachten Abgeordnete der Freien Wähler den Entwurf eines Gesetzes über den Ladenschluss im Freistaat Bayern (Bayerisches Ladenschlussgesetz – BayLadSchlG, LT-Drs. 16/5177) in den Bayerischen Landtag ein, der sog. Event-Shopping-Abende an Werktagen erleichtern will, im Übrigen aber die Übernahme der bislang geltenden Bundesvorschriften in bayerisches Recht vorsieht. Auch aktuelle Bestrebungen der FDP zur Lockerung des Ladenschlusses in Bayern zielen nur auf eine Verlängerung der Öffnungszeiten an Werktagen, ohne aber den Schutz der Sonn- und Feiertage anzutasten, vgl. hierzu *Deutschländer*, Seehofer: Der Ladenschluss bleibt, Münchner Merkur vom 25. 1. 2011, im Internet abrufbar unter: <http://www.merkur-online.de/nachrichten/politik/seehofer-ladenschluss-bleibt-1094809.html>.
- 11 Die Zuständigkeit der Gemeinden ergibt sich aus § 14 Abs. 1 Satz 2 LadSchlG i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 3 der Verordnung über Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes, der Sicherheitstechnik, des Chemikalien- und Medizinprodukterrechts (ASiMPV).

Rechnung zu tragen und im Übrigen den ortsansässigen Verkaufsstellen die Möglichkeit zu geben, den Zustrom der Besucher geschäftlich zu nutzen<sup>12</sup>.

### 3. Rechtsprechung

Das Verfassungsrecht zieht aber nicht nur dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers Grenzen (normexterne Wirkung), sondern ist auch innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen bei der Auslegung und Anwendung des LadSchlG zu beachten (norminterne Wirkung<sup>13</sup>). Für die Verkaufsoffnung *aus Anlass* von Märkten hat dies zur Folge, dass die Gemeinden von der Verordnungsermächtigung in § 14 LadSchlG nur restriktiven Gebrauch machen dürfen und an die Ausnahme legitimierenden Veranstaltungen strenge Anforderungen stellen müssen. Dies war bereits dem Gesetzgeber im Jahr 1954 bewusst<sup>14</sup> und wurde vom BVerwG in seinem Beschluss vom 18. 12. 1989<sup>15</sup> noch einmal eindeutig klargestellt:

„Wortlaut und Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift lassen keinen Zweifel daran, dass mit ‚Märkten, Messen oder ähnlichen Veranstaltungen‘ nur solche Veranstaltungen gemeint sind, die einen ‚beträchtlichen Besucherstrom‘ anziehen [...] und aus diesem Grunde Anlass bieten, die Offenhaltung von Verkaufsstellen abweichend von § 3 Abs. 1 Nr. 1 LadSchlG freizugeben. Wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt, darf der Besucherstrom also nicht erst durch die Offenhaltung der Verkaufsstellen ausgelöst werden.“

Diese Auslegung entspricht heute der ständigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>16</sup>.

Der von der Anlassveranstaltung angezogene Besucherstrom ist aber nicht nur für die Frage entscheidend, *ob* eine Verkaufsoffnung ausnahmsweise zulässig ist, sondern bestimmt auch darüber, *in welchem Umfang* die Öffnung der Ladengeschäfte erlaubt werden kann. Mit Blick auf den Zweck der Verordnungsermächtigung in § 14 LadSchlG bildet das maßgebliche Kriterium insoweit das Versorgungsbedürfnis des Besucherstroms. Entsprechend hat der BayVGH in seinem Urteil vom 2. 8. 1989<sup>17</sup> zur Bandbreite des in die Sonntagsöffnung einbezogenen Warensortiments ausgeführt:

„Bewirkt eine Veranstaltung lediglich ein Bedürfnis für das ‚Feilhalten von leichtverderblichen Waren oder Waren zum sofortigen Verzehr, Gebrauch oder Verbrauch‘ (...), so legitimiert das noch nicht die weitergehende Offenhaltung von Verkaufsstellen nach § 14 Abs. 1 LadSchlG.“

Neben dieser sachlichen Beschränkung auf die Bedürfnisse der Veranstaltungsbesucher zieht die Rechtsprechung einer Sonntagsöffnung auch örtliche Grenzen. In seinem Urteil vom 17. 9. 1998<sup>18</sup> verweist der BayVGH insoweit auf die Reichweite der Ausstrahlung der Anlassveranstaltung.

### 4. Verwaltungsvorschriften

Auf der Grundlage der von der Rechtsprechung entwickelten Auslegungsgrundsätze wurden von der Bayerischen Staatsregierung Verwaltungsvorschriften erlassen, die die verfassungsrechtlichen Vorgaben innerhalb des vom Gesetzgeber und von der Rechtsprechung gezogenen Rahmens für den Gesetzesvollzug durch die Exekutive weiter konkretisieren. Eine gewisse Verkomplizierung für ministerielle Vorgaben durch Verwaltungsvorschriften entsteht durch den Umstand, dass die Frage nach den Voraussetzungen für verkaufsoffene Sonntage aus Anlass von Märkten die Zuständigkeit von drei Staatsministerien berührt: Das Staatsministerium des Innern (StMI) ist für den Vollzug des Feiertagsrechts zuständig (§ 3 Nr. 20 StRGVV), dem Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen (StMAS) ist die Zuständigkeit für Fragen des Arbeitnehmerschutzes zugewiesen, zu dem auch die Angelegenheiten des Ladenschlusses zu rechnen sind (§ 11 Nr. 12 StRGVV), und das Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie (StMWIVT) ist schließlich für die Angelegenheiten des Gewerberechts zuständig und damit auch für die Voraussetzungen der Festsetzung von Märkten (§ 8 Nr. 1 StRGVV).

#### a) IMS vom 20. 3. 2003

aa) Das StMI hat im Einvernehmen mit den beiden anderen Staatsministerien mit Schreiben vom 20. 3. 2003<sup>19</sup> Einzelheiten zur Beurteilung der Zulässigkeit der Veranstaltung von Floh- und Trödelmärkten an Sonn- und Feiertagen festgelegt. Im vorliegenden Zusammenhang sind vor allem die

Ausführungen zur Festsetzung von Märkten gewerblicher Anbieter von Bedeutung<sup>20</sup>.

Das StMI stellt klar, dass bei der gewerberechtlichen Entscheidung nach §§ 69 ff. GewG die Grundsätze des Feiertagsrechts zu berücksichtigen sind. Diese sind Bestandteil der öffentlichen Sicherheit und Ordnung; eine erhebliche Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führt (zwingend) nach § 69 a Abs. 1 Nr. 3 GewO zur Ablehnung der Marktfestsetzung. Entscheidend ist die Abwägung im Einzelfall. Dazu heißt es wörtlich<sup>21</sup>:

„Bei der Entscheidung [...] sind daher insbesondere folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

- die Art der Veranstaltung (Tradition, Akzeptanz in der Bevölkerung);
- Auswirkungen nach Häufigkeit, zeitlicher Gestaltung und örtlicher Situation;
- der Charakter eines Feiertages und ggf. das Zusammentreffen mit Beschränkungen an stillen Tagen.“

Der Sonn- und Feiertagsschutz errichtet damit bereits auf der vorgelagerten Ebene der Marktfestsetzung eine Hürde für verkaufsoffene Sonntage. Wird der Markttrag wegen der Unvereinbarkeit des Marktes mit den Grundsätzen des Feiertagsrechts abgelehnt, fehlt bereits der Anlass, der einen Sonntagsverkauf legitimieren könnte.

bb) Bedeutsam ist diese Hürde der GewO vor allem im Zusammenspiel mit dem LadSchlG, da dadurch verkaufsoffene Sonntage an stillen Tagen (z. B. im Zusammenhang mit einem Vorweihnachtsmarkt am Totensonntag, dem evangelischen Pendant zum katholischen Allerheiligen) in der Regel unmöglich werden: Stille Tage werden nach Art. 3 Feiertagsgesetz (FTG) besonders geschützt; erforderlich ist, dass der diesen Tagen entsprechende ernste Charakter gewahrt bleibt. Dies wird allenfalls bei kleineren Veranstaltungen mit einem begrenzten Besucherstrom bejaht werden können. Dann aber vermag der Besucherstrom eine Öffnung der Ladengeschäfte nicht zu rechtfertigen. Erforderlich wäre hierfür ein beträchtlicher Besucherstrom, der aber wiederum den ernsten Charakter eines stillen Tages stören würde, so dass bereits die Marktfestsetzung unzulässig wäre, ohne die eine Ladenöffnung nicht zulässig ist<sup>22</sup>.

cc) Da seit 1. 7. 2010 die Gemeinden und nicht mehr die Kreisverwaltungsbehörden für Marktfestsetzungen zuständig sind (vgl. § 1 Abs. 3 Verordnung zur Durchführung der Gewerbeordnung – GewV<sup>23</sup>), wird teil-

12 Vgl. *Förg/Walter*, Praxis der Kommunalverwaltung, Band K 2 f Bund, Stand: Januar 2004, § 14 LadSchlG Anm. 1.

13 Vgl. hierzu die Nachweise in *Unterreitmeier*, Der öffentlich-rechtliche Schmerzensgeldanspruch, 2007, S. 254 ff.

14 Vgl. BR-Drs. 310/54, S. 23 f.; s. auch den schriftlichen Bericht des Ausschusses für Arbeit, BT-Drs. 2/2810, S. 5.

15 NVwZ 1990, 761 f., juris RdNr. 5.

16 Vgl. *BayVGH*, Urteil vom 17. 9. 1998, BayVBl. 1999, 343 f.; Urteil vom 27. 9. 2001, BayVBl. 2002, 277 f.; *VGH Bad.-Württ.*, Beschluss vom 17. 5. 1995, VBIBW 1995, 490 ff.; Beschluss vom 18. 5. 1995, GewArch 1995, 351 f.; Beschluss vom 20. 9. 2000, VBIBW 2001, 192 ff.; *OVG Bremen*, Urteil vom 4. 9. 2001, NVwZ 2002, 873 ff.; *NdsOVG*, Beschluss vom 2. 6. 1999, NdsVBl. 1999, 296 f.; Beschluss vom 24. 8. 2004, NVwZ-RR 2005, 172 f.; Urteil vom 21. 4. 2005, NVwZ-RR 2005, 813 f.; *OVG Rhl.-Pf.*, Urteil vom 16. 8. 2000, GewArch 2000, 495 ff.; *Thür. OVG*, Beschluss vom 29. 9. 2000, ThürVBl. 2001, 87 ff.

17 BayVBl. 1990, 21; das Urteil lag dem Beschluss des BVerwG vom 18. 12. 1989 (Fußn. 15) zugrunde.

18 *BayVGH*, Urteil vom 17. 9. 1998 (Fußn. 16), juris RdNr. 22. Soweit der BayVGH im Folgenden die (offenlassene) Frage aufwirft, ob möglicherweise hinter der gesetzlichen Ermächtigung in § 14 Abs. 2 Satz 1 LadSchlG „als Leitbild sogar das einer im Zweifel räumlich unbeschränkten Freigabe“ [Hervorhebung durch den Verfasser] stehe, betrifft dies nur die sog. materielle Beweislast. Darauf kommt es aber nicht an, wenn feststeht, dass bestimmte Bezirke eines Gemeindegebiets sicher nicht von dem Besucherstrom der Anlassveranstaltung besucht werden.

19 Az. IA4-2172-2.

20 Nr. 3 (richtig Nr. 2.1) des IMS vom 20. 3. 2003 (Fußn. 19).

21 Nr. 2.1.2.1 des IMS vom 20. 3. 2003 (Fußn. 19).

22 So die Erwägungen des *VG München* in der mündlichen Verhandlung der Verwaltungsstreitsache Gemeinde Kirchheim b. München gegen Freistaat Bayern Az. M 16 K 10.5141 am 25. 1. 2011. Das Verfahren endete mit einer übereinstimmenden Erledigterklärung.

23 Die Zuständigkeitsänderung erfolgte durch die Neufassung der GewO vom 9. 2. 2010 (GVBl. S. 103).



weise<sup>24</sup> die Rechtsauffassung vertreten, dass die Gemeinden insoweit im eigenen Wirkungskreis entscheiden würden. Dies hätte zur Folge, dass fachaufsichtliche Weisungen gemäß Art. 116 Abs. 1 Satz 2 GO nicht zulässig wären und die Gemeinden den Vorgaben des StMI sich weitgehend entziehen könnten, da die Aufsichtsbehörden dann auf das rechtsaufsichtliche Mittel der Beanstandung und Ersatzvornahme gemäß Art. 49 LStVG verwiesen wären. Eingriffe in das Gestaltungsermessen der Gemeinden wären dann wegen Art. 109 Abs. 1 GO nicht möglich, sondern es könnte nur die Einhaltung der rechtlichen Grenzen des Ermessens überwacht werden.

Diese Rechtsauffassung geht fehl. Entscheidungen der Gemeinden über Marktträge sind dem übertragenen Wirkungskreis zuzuordnen. Dies ergibt sich eindeutig aus der Entstehungsgeschichte der Zuständigkeitsnorm: Bis zum 30. 6. 2010 erfolgten die Marktfestsetzungen grundsätzlich durch die Kreisverwaltungsbehörde als untere Staatsbehörde; es handelte sich demgemäß nicht um eine Angelegenheit, die innerhalb der örtlichen Gemeinschaft wurzelt oder auf sie einen spezifischen Bezug hat<sup>25</sup>, sondern um eine präventive ordnungsrechtliche Kontrolle ähnlich wie bei Erteilung einer Baugenehmigung.

Entsprechend nahmen Große Kreisstädte (§ 1 Nr. 5 GrKrV) und Delegationsgemeinden i. S. des Art. 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BayBO, denen die Zuständigkeit bereits nach § 1 Abs. 3 GewV a. F. übertragen war, die Aufgabe der Marktfestsetzung im übertragenen Wirkungskreis wahr (vgl. Art. 9 Abs. 2 Satz 1 GO).

Durch die Neufassung des § 1 Abs. 3 GewV wurde die Zuständigkeitsübertragung auf alle Gemeinden erweitert. Dadurch ändert sich aber nicht das Wesen der Marktfestsetzung als präventive ordnungsrechtliche Kontrolle. Ausweislich der Verordnungsbegründung sollte nur die bereits bestehende Zuständigkeitsübertragung erweitert werden – die Begründung spricht demgemäß von einer „generellen Zuständigkeitsübertragung“<sup>26</sup>. Dahinter steht der Gedanke der „Verlagerung von Zuständigkeiten an die sach- und orts nächste Behörde“. Für eine originäre Zuweisung zum eigenen Wirkungskreis durch den Verordnungsgeber fehlt jeder Anhaltspunkt. Im Übrigen ist zu bezweifeln, dass der Staat überhaupt durch Übertragungsnormen Aufgaben dem eigenen Wirkungskreis zuweisen kann, schließlich entstehen die Aufgaben des eigenen Wirkungskreises von Verfassung wegen originär innerhalb der örtlichen Gemeinschaft (Art. 28 Abs. 2 GG; Art. 11 Abs. 2, Art. 83 Abs. 1 BV). Das Verfassungsrecht gewährt vielmehr dem Gesetzgeber das Recht, den Umfang der Aufgaben, die originär der örtlichen Gemeinschaft zuzuordnen sind, „im Rahmen der Gesetze“ zu beschränken (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 11 Abs. 2 Satz 2 BV). Daraus folgt, dass eine staatliche Aufgabe, für die die Zuständigkeit durch den Freistaat Bayern den Gemeinden zugewiesen wird, dadurch nicht zu einer örtlichen Angelegenheit im eigenen Wirkungskreis werden kann.

#### b) Bekanntmachung des StMAS vom 10. 11. 2004

Für die Auslegung und Anwendung der Verordnungsermächtigung in § 14 LadSchlG hat das StMAS in der Bekanntmachung vom 10. 11. 2004<sup>27</sup> weitere Vorgaben geregelt, die auf eine einheitliche Praxis der bayerischen Gemeinden beim Erlass der Rechtsverordnungen abzielen. Da der Vollzug des LadSchlG dem übertragenen Wirkungskreis der Gemeinden zuzuordnen ist<sup>28</sup>, entfaltet die Verwaltungsvorschrift – über die Vermittlung durch die Landratsämter – gegenüber den Gemeinden die Wirkung einer fachaufsichtlichen Weisung, die für die Gemeinden verbindlich ist<sup>29</sup>.

Nach der Bekanntmachung haben die Gemeinden in jedem Einzelfall einen strengen Maßstab anzulegen und im Wege einer sachgerechten Prognose zu prüfen, ob die den Anlass bildende Veranstaltung einen beträchtlichen Besucherstrom anziehen wird<sup>30</sup>. Als Kriterien, anhand derer die Prognose zu treffen ist, nennt die Bekanntmachung das äußere Erscheinungsbild, das objektive Gewicht und die überörtliche Bedeutung der Veranstaltung<sup>31</sup>. Sind die Tatbestandsmerkmale („aus Anlass von Märkten, Messen oder ähnlichen Veranstaltungen“) erfüllt, muss die Gemeinde im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens die Versorgungsbedürfnisse der Veranstaltungsbesucher sowie die Interessen des Einzelhandels sorgfältig mit den besonderen Belangen des Sonn- und Feiertagsschutzes sowie des Arbeitsschutzes der in den Einzelhandelsbetrieben beschäftigten Arbeitnehmer abwägen<sup>32</sup>. Dabei verlangt die Bekanntmachung mit Blick

auf den Zweck der Ausnahmeermächtigung in § 14 LadSchlG, auch den Umfang der Ladengeschäftsöffnung in räumlicher und gegenständlicher Hinsicht möglichst zu begrenzen. Wörtlich heißt es<sup>33</sup>:

- „In der Regel ist eine Beschränkung der Offenhaltung geboten, z. B. auf
- angrenzende Verkaufsstellen,
  - bestimmte Gemeindebezirke,
  - bestimmte Handelszweige,
  - ein bestimmtes Warenangebot.

[...] Die Freigabe sollte sich aber zumindest örtlich auf die Bezirke beschränken, in denen die Veranstaltung entweder stattfindet oder sich wenigstens auswirkt (z. B. Ausschluss außerhalb liegender Einkaufszentren). Bei einer Beschränkung auf Handelszweige ist auf die durch die Veranstaltung ausgelösten Bedürfnisse abzustellen.“

#### c) WMS vom 9. 11. 2004

Das StMWIVT hat mit Schreiben vom 9. 11. 2004 die Festsetzung von sog. Erotikmessen am Sonntag vor Allerheiligen durch einige Kreisverwaltungsbehörden zum Anlass genommen, um die Beachtung der vom StMI im Schreiben vom 20. 3. 2003 für die gewerberechtliche Entscheidung über eine Marktfestsetzung konkretisierten Grundsätze des Sonn- und Feiertagsrechts anzumahnen. Die Ausführungen des StMI gelten – wie das StMWIVT klarstellt – nicht nur für Floh- und Trödelmärkte, sondern entsprechend auch für andere sonntägliche Veranstaltungen. Daher sind Erotikmessen und ähnliche Veranstaltungen an Sonn- und Feiertagen regelmäßig unzulässig. Wörtlich heißt es:

- „Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn
- mit der Akzeptanz einer solchen Veranstaltung in der Bevölkerung ersichtlich nicht zu rechnen ist (wovon in der Regel bei solchen Festsetzungen außerhalb der bayerischen Großstädte auszugehen sein dürfte),
  - die Veranstaltung noch dazu an einem Sonntag stattfinden soll, der einem als stillen Tag besonders geschützten Feiertag (Allerheiligen) unmittelbar vorangeht (erst recht, wenn es sich bei dem Sonntag selbst um einen stillen Tag handelt)“.

Damit werden die Art der Anlassveranstaltung und der Charakter des Feiertags, an dem die Veranstaltung stattfinden soll, als zentrale Kriterien für die Beurteilung der Zulässigkeit der Marktfestsetzung an einem Sonn- oder Feiertag herausgestellt. Scheitert die Marktfestsetzung, stellt sich – wie bereits dargelegt – die daran anknüpfende Frage nach einer Sonntagsöffnung der Ladengeschäfte aus diesem Anlass nicht mehr.

### III. Ist-Situation

Angesichts der klaren Vorgaben des BVerfG, des Gesetzgebers, der Gerichte und der zuständigen Staatsministerien wäre zu erwarten, dass verkaufsoffene Sonn- und Feiertage in Bayern eine Seltenheit bilden. Die Realität stellt sich jedoch ganz anders dar<sup>34</sup>.

#### 1. Statistische Daten

Aufgrund einer Anfrage des Landtagsabgeordneten *Joachim Unterländer* (CSU) vom 17. 12. 2009 hat das StMAS im Jahr 2010 bei den bayerischen Gemeinden eine Zahlenerhebung für den Zeitraum 2005 bis 2010 durch-

24 So das *VG München* in der o.g. mündlichen Verhandlung vom 25. 1. 2011 (Fußn. 22).

25 Grundlegend: *BVerfG*, Beschluss vom 23. 11. 1988, BVerfGE 79, 127 ff. – BayVBl. 1989, 269 ff. – Rastede.

26 Verordnungsbegründung, S. 18 – Hervorhebung durch den Verfasser.

27 Bekanntmachung zu Rechtsverordnungen nach § 14 LadSchlG vom 10. 11. 2004 Az. 12/3693/1/04 (AllMBL. S. 621).

28 Vgl. *BayVGH*, Urteil vom 2. 8. 1989, BayVBl. 1990, 21.

29 Vgl. *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Stand: September 2010, Art. 116 GO RdNr. 3.

30 Nr. 1 der Bekanntmachung zu § 14 LadSchlG (Fußn. 27).

31 Vgl. Nr. 1.2.2 der Bekanntmachung zu § 14 LadSchlG (Fußn. 27).

32 Nr. 2 der Bekanntmachung zu § 14 LadSchlG (Fußn. 27).

33 Nr. 2.2 der Bekanntmachung zu § 14 LadSchlG (Fußn. 27).

34 Aktuelle Informationen zu verkaufsoffenen Sonn- und Feiertagen in den einzelnen Bundesländern sind im Internet zu finden unter: <http://www.sonntagsverkauf.net>.

geführt<sup>35</sup>. Eine ähnliche Erhebung fand bereits für den Zeitraum 1990 bis 1998 aufgrund einer Anfrage des Landtagsabgeordneten *Wolfgang Gartzke* (SPD) vom 27. 10. 1998 statt<sup>36</sup>.

Fanden im Jahr 1990 noch rund 1 200 verkaufsoffene Sonn- und Feiertage in Bayern statt, stieg die Zahl in den nächsten 20 Jahren auf inzwischen über 2 000 im Jahr 2010. Weniger als 5 % der Kommunen lassen Ladenöffnungen auch an Feiertagen zu. Ganz überwiegend finden die Verkaufsoffnungen an Sonntagen statt.

Verkaufsoffene Sonntage gibt es inzwischen in jeder dritten bayerischen Kommune (rund 36 %). Die Mehrzahl schöpft die nach § 14 LadSchlG maximal zulässige Anzahl von vier verkaufsoffenen Sonntagen aus<sup>37</sup>. Regionale Unterschiede sind zwischen den Regierungsbezirken nicht feststellbar. Bei der überwiegenden Mehrheit der Anlassveranstaltungen handelt es sich um einen Markt, selten um eine Messe, aber nur kaum um eine „ähnliche Veranstaltung“.

## 2. Rechtspolitische Aktivitäten

### a) Deutscher Bundestag

Bereits im Jahre 1989 sah sich der Deutsche Bundestag veranlasst, einen Appell an die Landesregierungen zu richten, „von der Delegation der Regelungsbefugnis an die Gemeinden und Kreise zurückhaltender als bisher Gebrauch zu machen, den Gemeinden und Kreisen einheitliche Richtlinien für die Handhabung der Ermächtigung zu geben und hierbei den Verfassungsauftrag in Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV zu beachten, Sonn- und Feiertage zu schützen<sup>38</sup>“. Aufgrund der Erwartung, dass der Appell Gehör findet, wurde damals von einer Einschränkung der Delegationsbefugnis in § 14 LadSchlG abgesehen.

Wie die aktuell erhobenen Zahlen belegen, nahm die Entwicklung der verkaufsoffenen Sonn- und Feiertage in Bayern jedoch weiter zu.

### b) Bayerische Staatsregierung

Die Zunahme verkaufsoffener Sonn- und Feiertage lässt sich jedoch nicht auf eine Untätigkeit der Bayerischen Staatsregierung zurückführen. Bereits die oben dargestellten Verwaltungsvorschriften zeigen das Bestreben, eine Aushöhlung des Sonn- und Feiertagsschutzes zu verhindern und eine restriktive Handhabung der Verordnungsermächtigung in § 14 LadSchlG sicherzustellen.

Darüber hinaus hat sich die Staatsministerin für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen, *Christine Haderthauer* (CSU), mit Schreiben vom 20. 11. 2009<sup>39</sup> persönlich an die Regierungspräsidentinnen und Regierungspräsidenten gewandt und um aktive Unterstützung beim Schutz der Sonn- und Feiertage gebeten. Sie weist darauf hin, dass „sich die Bayerische Staatsregierung nachdrücklich für den Schutz der Sonn- und Feiertage ein[setzt]“ und dieser „auch ein persönliches Anliegen des Ministerpräsidenten“ ist. Die Regierungen werden daher gebeten, „als Rechtsaufsichtsbehörde für die Kommunen auf die Kommunen einzuwirken“, dass die strengen Kriterien der Bekanntmachung zu Rechtsverordnungen nach § 14 LadSchlG zum Anlassbezug „strikt eingehalten werden“. Die in § 14 LadSchlG normierte Ausnahmemöglichkeit, Verkaufsstellen aus Anlass von Märkten, Messen oder ähnlichen Veranstaltungen an maximal vier Sonn- und Feiertagen jährlich zu öffnen, solle nur sehr restriktiv genutzt werden.

Auch das StMWIVT hat sich anlässlich der Übertragung der Zuständigkeit für Marktfestsetzungen auf die Gemeinden mit Schreiben an die Regierungen vom 2. 3. 2010<sup>40</sup> in diesem Sinne geäußert.

### c) Kommunale Spitzenverbände

aa) Der Bayerische Landkreistag führte Anfang 2006 ein Hintergrundgespräch mit dem Landeskirchenrat der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern, in dem auch die Frage des Sonntagsschutzes erörtert wurde. Auch wenn insoweit im Grundsatz Übereinstimmung demonstriert wurde, lassen die einzelnen Beiträge einen unterschweligen Konflikt erkennen<sup>41</sup>: Während die Kirchenvertreter vor einer „Aufweichung der Sonntagsruhe“ warnten und ihre Sorge zum Ausdruck brachten, „dass manche Kommunen die Erlaubnis, vier mal im Jahr einen ‚Marktsonntag‘ abzuhalten, auszuweiten suchten“, wollten die Vertreter der Landkreise „zwischen kommerziellen und an historische Ereignisse geknüpften Märkte mit traditio-

nellem Hintergrund“ unterscheiden und ließen die Tendenz erkennen, dass nach ihrer Ansicht dem Sonntagsschutz durch Beachtung des Kernbereichs der Gottesdienstzeiten (ausreichend) entsprochen sei.

bb) Auch der Bayerische Städtetag hat in der Vergangenheit immer wieder den Standpunkt vertreten, dass der Schutz der Sonn- und Feiertage unangetastet bleiben soll<sup>42</sup>. Diese vordergründig auf die Bewahrung des status quo ausgerichtete Position wird jedoch durch die gleichzeitige Forderung nach einer Liberalisierung der verkaufsoffenen Sonntage konterkariert<sup>43</sup>:

„Hier wäre mehr Flexibilität wünschenswert. Wegfallen sollte dabei die Vorgabe, dass die Sonntagsöffnungen nur zulässig sind, wenn ein bestimmter Anlass, wie beispielsweise ein Markt oder eine Messe, vorliegt.“

Als Argumente für diese Forderung verweist der Bayerische Städtetag darauf, dass der Anlassbezug „längst überholt“ sei und „unnötigen bürokratischen Aufwand“ darstelle.

Diese Argumentation mit der normativen Kraft des Faktischen leidet freilich unter dem Mangel, dass es gerade die Städte und Gemeinden sind, die es mit der Rechtslage nicht so genau nehmen und großzügig von der Verordnungsermächtigung in § 14 LadSchlG Gebrauch machen, wodurch der Anlassbezug unterlaufen wird. So räumt der Bayerische Städtetag auch ein, dass der Markt als Anlass der Verkaufsoffnung häufig nur „konstruiert“ wird<sup>44</sup>. Die Städte und Gemeinden schaffen also selbst die Fakten, die sie zur Norm erheben wollen. Die Stichhaltigkeit der Argumentation leidet zudem daran, dass es sich um einen Paradefall des naturalistischen Fehlschlusses vom Sein auf das Sollen handelt: Nur weil etwas so ist, kann daraus nicht gefolgert werden, dass es so auch richtig ist. Um ein griffiges Beispiel aus einem anderen Bereich anzuführen: Nur weil viele Bürger bei der Einkommensteuererklärung betrügen, kann daraus noch nicht die Forderung nach einer Lockerung des EStG abgeleitet werden, die dieses Verhalten legalisiert.

cc) Der Bayerische Gemeindetag positionierte sich im Jahre 1999 klar gegen eine Lockerung des Sonntagsschutzes<sup>45</sup>:

„Der Bayerische Gemeindetag fordert alle gesellschaftlichen Kräfte dazu auf, Bestrebungen zur weiteren Lockerung des Verbots, an Sonntagen die Läden zu öffnen, nicht zu unterstützen, sondern vielmehr die gewachsene und gerade in der heutigen hektischen Arbeitswelt wohlthuende Einrichtung der Sonntagsruhe zu verteidigen“.

Dieser Haltung blieb der Bayerische Gemeindetag in seinen Stellungnahmen stets treu: „Keine Experimente beim Ladenschluss!“ lautete die Devise sowohl im Jahre 2006<sup>46</sup> als auch im Jahre 2011<sup>47</sup> angesichts politi-

35 Die Beantwortung erfolgte mit AMS vom 19. 7. 2010 (Az. II3/2509/151/09). Die Datenerhebung wurde zunächst zum 1. 7. 2010 abgeschlossen und im Oktober 2010 nochmals aktualisiert. Von insgesamt 2 056 bayerischen Kommunen haben zuletzt 2 023 im Rahmen der Datenerhebung geantwortet (entspricht einem Rücklauf von 98 %).

36 LT-Drs. 14/481.

37 Rund 12 % der bayerischen Gemeinden lassen Sonntagsöffnungen viermal im Jahr zu, ca. 7 % dreimal, ca. 9 % zweimal und ebenfalls ca. 9 % nur einmal.

38 BT-Drs. 11/4649, S. 8.

39 Az. II3/2509/118/09.

40 Az. IV/3-4011/15/6.

41 Vgl. die Presseerklärung des Bayerischen Landkreistags vom 27. 2. 2006, im Internet abrufbar unter: <http://www.bay-landkreistag.de/presse/270206.pdf>.

42 S. den Informationsbrief 5/2006, S. 10, im Internet abrufbar unter: <http://www.bay-staedtetag.de/index.php?id=0,58>.

43 Ebd.

44 S. auch die Informationsbriefe 2/2010 und 10/2010, im Internet abrufbar unter: <http://www.bay-staedtetag.de/index.php?id=0,105>.

45 Vgl. die Pressemitteilung 37/99 vom 19. 10. 1999, im Internet abrufbar unter: <http://www.bay-gemeindetag.de/information/pressemitteilung/1999/pm3799.htm>.

46 Vgl. die Pressemitteilung 57/2006 vom 20. 9. 2006 zu dem damals von der Bayerischen Staatsregierung vorbereiteten Gesetzentwurf, im Internet abrufbar unter: <http://www.bay-gemeindetag.de/information/pressemitteilung/2006/pm572006.pdf>.

47 Vgl. die Pressemitteilung 7/2011 vom 25. 1. 2011 zu den Vorschlägen der FDP-Landtagsfraktion, im Internet abrufbar unter: <http://www.bay-gemeindetag.de/information/pressemitteilung/2011/PM%20072011%20Ladenschluss.pdf>.

scher Bestrebungen für ein liberalisiertes Bayerisches Ladenschlussgesetz. Solchen Bestrebungen hielt der Bayerische Gemeindetag entgegen: „Bewährtes sollte man nicht grundlos ändern“<sup>48</sup>. Dass diese Beschränkung nicht bei allen Mitgliedern des Bayerischen Gemeindetags auf Zustimmung stößt, belegen die statistischen Daten.

#### d) Kirchen

Bestrebungen zur Lockerung des Sonn- und Feiertagsschutzes stoßen auf entschiedenen Widerstand bei den Kirchen, die auf politischer und juristischer Ebene hiergegen zunehmend opponieren.

Im Sozialwort der Kirchen vom 22. 2. 1997 heißt es zum Sonntagschutz<sup>49</sup>:

„Ein unersetzliches Gut der Sozialkultur ist der Sonntag. Der Schutz des Sonntags ist immer mehr dadurch bedroht, dass ihm ökonomische Interessen vorgeordnet werden. Der Sonntag muss geschützt bleiben. Als Tag des Herrn hat er einen zentralen religiösen Inhalt. Er ist auch gemeinsame Zeit der Familie, der Freunde und Nachbarn und damit ein wichtiges kulturelles Gut, das nicht zur Disposition gestellt werden darf“.

Noch deutlicher wird dann die gemeinsame Erklärung der Kirchen „Menschen brauchen den Sonntag“ vom 16. 9. 1999<sup>50</sup>:

„Zu den Aufgaben der gesetzgebenden Organe gehört es, den Schutz des Sonntags im Sinne der Verfassung entschieden zu sichern. [...] Wer die geltenden Regelungen zu umgehen versucht oder offen zu ihrem Bruch aufruft, untergräbt die Grundlagen der gesamten Rechtsordnung.“

Wir rufen die politisch Verantwortlichen auf, einer weiteren Ausweitung der Sonntagsarbeit und einer schleichenden Aushöhlung des Sonntagsschutzes Einhalt zu gebieten. Die Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit müssen sich auf das beschränken, was an Diensten und Angeboten im Interesse des Allgemeinwohls, zugunsten hilfsbedürftiger Menschen und im Blick auf eine sinnvolle Gestaltung der freien Zeit wirklich nötig ist. Zu den notwendigen Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit zählen nicht diejenigen Dienstleistungen, die aufschiebbar sind und damit auch an Werktagen erbracht werden können. In Kommunen und Städten müssen dem Vordringen kommerzieller Veranstaltungen und Verkaufsschauen Grenzen gesetzt werden“.

Im Jahr 2006 gründen Kirchen und Gewerkschaften dann die „Allianz für den freien Sonntag“<sup>51</sup>, ein bundesweites Netzwerk, das vor allem durch Basisarbeit der zunehmenden Verbreitung verkaufsoffener Sonntage entgegenwirken will. Gremien beider Kirchen haben weiter „10 Argumente für den freien Sonntag“ und „7 Argumente gegen die Ladenöffnung am Sonntag“ zusammengestellt<sup>52</sup>. Am 8. 4. 2011 veröffentlichte die Evangelisch-Lutherische Kirche in Bayern eine gemeinsame Kundgebung ihrer kirchenleitenden Organe, in der alle Kirchengemeinden gebeten werden, „Tendenzen zur weiteren Aufweichung des Sonn- und Feiertagsschutzes zu wehren und durch Verzicht auf sonntäglichen Ein- und Verkauf mit gutem Beispiel voranzugehen“, sowie die Bitte an die politisch Verantwortlichen gerichtet wird, „solchen Entwicklungen entgegenzutreten“<sup>53</sup>.

Neben solchen politisch ausgerichteten Initiativen werden die Kirchen vermehrt auch juristisch aktiv. Die Entscheidung des BVerfG vom 1. 12. 2009 zum Berliner Ladenöffnungsgesetz wurde durch Verfassungsbeschwerden des Erzbistums Berlin und der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz herbeigeführt. Die katholische Kirche gibt sogar Faltblätter heraus, die die Pfarreien über rechtliche Grundlagen und Strategien beraten, mit deren Hilfe sie gegen verkaufsoffene Sonntage vorgehen können<sup>54</sup>.

## IV. Aktuelle Entscheidungen des BayVGh

Der BayVGh hat sich nunmehr in zwei Fällen erneut mit den Grenzen des gemeindlichen Gestaltungsspielraums bei der Zulassung verkaufsoffener Sonntage befasst. In beiden Fällen geht es um die Verkaufsöffnung von Möbelmärkten anlässlich eines Marktes, allerdings in zwei unterschiedlichen Konstellationen: Im einen Fall wurde der Markt vom Mö-

belhaus selbst auf dem eigenen Parkplatz als „Vorwand“ für einen Sonntagsverkauf veranstaltet, im zweiten Fall fand der Markt im Ortszentrum der Gemeinde statt, doch sollte davon nach dem Willen der Gemeinde auch der hiervon deutlich entfernte Möbelmarkt im Gewerbegebiet profitieren.

### 1. Urteil vom 31. 3. 2011

Der dem Urteil vom 31. 3. 2011 zugrunde liegende Sachverhalt lenkt den Fokus mit voller Schärfe auf die Uneinheitlichkeit der derzeitigen Vollzugspraxis: Während das in der Gemeinde Vaterstetten im Landkreis Ebersberg ansässige Möbelhaus S. seit einigen Jahren aus Anlass eines von ihm auf dem eigenen Gelände initiierten Marktes an vier Sonntagen im Jahr öffnen darf, wurde das entsprechende Ansinnen des nur wenige Kilometer entfernten Möbelhauses L., das in der Gemeinde Aschheim im Landkreis München liegt, vom Landratsamt München kommunalaufsichtlich unterbunden. Die gegen die kommunalaufsichtliche Beanstandung erhobene Klage der Gemeinde Aschheim wurde mit Urteil vom 20. 7. 2010<sup>55</sup> durch das VG München abgewiesen. Die wegen der grundsätzlichen Bedeutung zugelassene Berufung hat der BayVGh mit Urteil vom 31. 3. 2011 zurückgewiesen.

Der BayVGh hebt insbesondere die Notwendigkeit einer sachgerechten Prognoseentscheidung seitens der Gemeinde über die Größe und Bedeutung der Anlassveranstaltung hervor: Maßgeblicher Zeitpunkt für diese Prognoseentscheidung ist die (letzte) Beschlussfassung des Gemeinderats (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 LStVG). Diesem obliegt es, so der BayVGh<sup>56</sup>,

„im Zeitpunkt des Beschlusses über die zu erlassende Rechtsverordnung zu prüfen und (positiv) festzustellen, dass diese dem geltenden Recht entspricht, was [...] im Fall einer in der Zukunft liegenden Sonntagsöffnung anlässlich eines Jahrmarkts die *fundierte und realistische Prognose* erfordert, dass (spätestens) an dem ersten betroffenen Sonntag der Markt die vom Gesetz verlangten und von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Kriterien für eine Sonntagsöffnung erfüllt“.

Damit steht fest, dass die Gemeinden nicht gleichsam „auf Vorrat“ eine Rechtsverordnung erlassen können, die dann den Sonntagsverkauf erlaubt, wenn – ohne dass dies bereits konkret absehbar wäre – die Anlassveranstaltung die Sonntagsöffnung zu rechtfertigen vermag.

Wie der BayVGh weiter darlegt, muss der zum Anlass genommene Markt zwar noch nicht etabliert sein, so dass auch ein erstmals stattfindender Markt einen Sonntagsverkauf rechtfertigen kann, doch bedarf es

48 Vgl. die Pressemitteilung 24/2010 vom 15. 9. 2010, im Internet abrufbar unter: [http://www.bay-gemeindetag.de/information/pressemitteilung/2010/pm242010\\_Ladenschlu%C3%9Fgesetz.pdf](http://www.bay-gemeindetag.de/information/pressemitteilung/2010/pm242010_Ladenschlu%C3%9Fgesetz.pdf). Diese Haltung spiegelt sich auch in der Unterstützung des Gesetzentwurfs der Freien Wähler aus dem Jahre 2010 wider: Art. 12 des Gesetzentwurfs hält weiter an der Voraussetzung „aus Anlass von Märkten, Messen und ähnlichen Veranstaltungen“ für die Zulassung eines Verkaufssonntags fest.

49 Wort des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland und der Deutschen Bischofskonferenz zur wirtschaftlichen und sozialen Lage in Deutschland vom 22. 2. 1997, 5.2.2.6/223, im Internet abrufbar unter: <http://www.ekd.de/EKD-Texte/44676.html>.

50 Gemeinsame Erklärung des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland und der Deutschen Bischofskonferenz vom 16. 9. 1999, 17 f., im Internet abrufbar unter: [http://www.ekd.de/EKD-Texte/menschen\\_sonntag\\_1999.html](http://www.ekd.de/EKD-Texte/menschen_sonntag_1999.html).

51 Im Internet unter: <http://www.allianz-fuer-den-freien-sonntag.de>; zu den Aktivitäten in Bayern s.: <http://www.sonntagsallianz-bayern.de>.

52 Beide sind im Internet abrufbar unter: <http://www.unser-sonntag.de>.

53 Kundgebung aller kirchenleitenden Organe der bayerischen Landeskirche vom 8. 4. 2011, im Internet abrufbar unter: [http://www.ekd.de/aktuell\\_presse/76193.html](http://www.ekd.de/aktuell_presse/76193.html).

54 Vgl. <http://www.erzbistum-muenchen.de/Dioezesanrat/Page003069.aspx>. So wandte sich z. B. der Pfarrer des katholischen Pfarramts St. Andreas entschieden gegen die von der Gemeinde Sauerlach beabsichtigte Freigabe eines verkaufsoffenen Sonntags, vgl. *Berthold*, Öffnungserlaubnis am Sonntag nur noch für Sauerlacher Geschäfte, *Münchner Merkur* vom 4. 3. 2011, S. 35.

55 *GewArch* 2011, 40 ff.

56 *BayVGh*, Urteil vom 31. 3. 2011, *BayVBl.* 2012, 276 (in diesem Heft) RdNr. 15 – Hervorhebung durch den Verfasser.



in jedem Fall einer auf Tatsachen gestützten Prognose über die Anziehungskraft des Marktes<sup>57</sup>:

„Die Prognose muss realistisch und auf das äußere Erscheinungsbild und das objektive Gewicht der betreffenden Veranstaltung gestützt sein; das Gewicht des Marktes kann sich beispielsweise aus einem ungewöhnlichen, auf ein ‚Marktthema‘ bezogenen Warenangebot, einem kulturellen Rahmenprogramm, Volksbelustigungen oder anderen Attraktivitäten ergeben“.

Auch wenn der BayVGh, da es im konkreten Fall offensichtlich an der erforderlichen sachgerechten Prognoseentscheidung fehlte, die Frage nach den räumlichen und gegenständlichen Grenzen einer dem Grunde nach rechtmäßig aus Anlass eines Marktes zugelassenen Sonntagsöffnung von Verkaufsstellen offenlassen konnte<sup>58</sup>, bedeutet der Hinweis auf ein „ungewöhnliches Warenangebot“ als Prognosekriterium für die Bemessung der Attraktivität des Marktes eine gewisse gegenständliche Beschränkung: Denn umgekehrt lässt sich folgern, dass ein alltägliches Warenangebot, z. B. Lebensmittel oder Gegenstände des Kleinbedarfs, gegen eine gewichtige Veranstaltung und damit gegen die Zulässigkeit eines Sonntagsverkaufs spricht.

Schließlich geht der BayVGh auch auf das Problem des ungleichen Vollzugs des LadSchlG in Bayern ein. Er stellt klar, dass es auf eine „Gleichheit im Unrecht“ keinen Anspruch gibt und ermutigt gleichsam die Behörden zu einem konsequenteren Normenvollzug<sup>59</sup>:

„Dem Anliegen des Gesetzgebers und auch des Verfassungsgebers, dass Verkaufsstellen an Sonntagen grundsätzlich geschlossen sein müssen, müssen Behörden und Gerichte auch dann Rechnung tragen, wenn es anderweitig zu Verstößen hiergegen kommt“.

## 2. Beschluss vom 8. 4. 2011

Der Sachverhalt, der zu dem Beschluss vom 8. 4. 2011 führte, spielt abermals nur wenige Kilometer entfernt von den Möbelhäusern L. und S. in der an die Gemeinden Aschheim und Vaterstetten angrenzenden Gemeinde Kirchheim b. München veranstaltete der Inhaber eines Einkaufszentrums am Sonntag, dem 10. 4. 2011, eine „Autoschau“ als festgesetzten Jahrmarkt, der den Anlass dazu bieten sollte, den Ladengeschäften des Einkaufszentrums die Sonntagsöffnung zu gestatten. Die Gemeinde Kirchheim b. München wollte jedoch die Verkaufsöffnung nicht nur auf das Einkaufszentrum beschränken, sondern auch das über 2 km im Gewerbe- und Industriegebiet gelegene Möbelhaus F. partizipieren lassen. Obwohl das zuständige Landratsamt München im Vorfeld mehrfach eine engere räumliche Beschränkung unter Ausklammerung des Möbelhauses F. gefordert hatte, beschloss der Gemeinderat eine Ausdehnung des Sonntagsverkaufs auf den ganzen Ortsteil. Als das Landratsamt München hiervon wenige Tage vor dem verkaufsoffenen Sonntag über die Werbung des Möbelhauses erfuhr, erteilte es dem ersten Bürgermeister der Gemeinde die fachaufsichtliche Weisung, die von ihm bereits ausgefertigte Rechtsverordnung nicht bzw. nur in geänderter Form bekannt zu machen, und erklärte diese Weisung für sofort vollziehbar. Der hiergegen von der Gemeinde Kirchheim b. München eingereichte Eilantrag nach § 80 Abs. 5 VwGO führte in erster Instanz zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, wobei das VG München die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offenließ und im Rahmen einer Interessenabwägung im Übrigen unter besonderer Berücksichtigung des Umstands, dass sich Gewerbetreibende und Marktbesucher faktisch bereits auf die Sonntagsöffnung eingestellt hätten, ein Überwiegen des Suspensivinteresses der Gemeinde bejahte<sup>60</sup>. Auf die Beschwerde der Landesanstalt Bayern hin machte der BayVGh die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung noch am selben Tag rückgängig<sup>61</sup>. Um zumindest die Verkaufsöffnung des Einkaufszentrums zu retten, erließ die Gemeinde Kirchheim b. München ebenfalls noch am selben Tag eine dringliche Verordnung (Art. 42 Abs. 2 LStVG), deren räumlicher Geltungsbereich enger gefasst war; das Möbelhaus F. war dadurch gezwungen, sich auf eine Sonntagsöffnung zur Besichtigung zu beschränken.

Der BayVGh hatte keine durchgreifenden Bedenken hinsichtlich des Ausgangs der Hauptsache. Er hielt die von der Gemeinde beabsichtigte Rechtsverordnung für „aller Voraussicht nach rechtswidrig, weil sie

durch die Ermächtigungsgrundlage des § 14 Abs. 1 LadSchlG nicht gedeckt ist“. Die Begründung dieser Einschätzung und zugleich die Kernaussage der Entscheidung lautet:

„Das Tatbestandsmerkmal ‚aus Anlass von Märkten‘ kann nicht mehr bejaht werden, soweit sich der betreffende Markt räumlich nicht mehr auswirken kann und der von ihm hervorgerufene Besucherstrom einer Versorgung durch bestimmte Arten von Geschäften nicht bedarf“.

Diese Aussage deckt sich grundsätzlich mit der Bekanntmachung zu Rechtsverordnungen nach § 14 LadSchlG, die der BayVGh ausdrücklich insoweit für gesetzeskonform erklärt. Eine feine sprachliche Nuance der Entscheidung gilt es jedoch hervorzuheben: Der BayVGh verneint den Anlassbezug, weil es am räumlichen und sachlichen Bezug des Möbelhauses zum Besucherstrom fehlt. Damit ist noch nicht entschieden, wie der Fall zu beurteilen wäre, wenn zwar räumliche Auswirkungen des Besucherstroms gegeben sind, aber ein Bedürfnis der Besucher für das Warenangebot bestimmter Geschäfte nicht besteht.

Im konkreten Fall hält der BayVGh den der Gemeinde eingeräumten Prognosespielraum für überschritten, da die Annahme nicht nachvollziehbar sei, dass der durch die „Autoschau“ im Ortszentrum

„hervorgerufene Besucherstrom sich auf ein 2 km entferntes und durch Autobahn und Bahngleise getrenntes Gewerbe- und Industriegebiet auswirken wird und dass gerade die dort ansässigen Betriebe einen Beitrag zur Versorgung dieses Besucherstroms leisten können“.

Über materielle rechtliche Klarstellungen hinaus enthält die Entscheidung aber auch verfahrensrechtlich wichtige Aspekte: Zum einen hebt der BayVGh den Grundsatz effektiven Normenvollzugs hervor: Das Landratsamt kann „die Einhaltung des Sonntagsschutzes nur dann effektiv durchsetzen [...], wenn es ihm bekannt gewordene Verstöße gleichmäßig unterbindet“. Aus diesem Grund gesteht der BayVGh der Gemeinde auch kein schutzwürdiges Vertrauen darauf zu, die beabsichtigte Rechtsverordnung trotz der zuvor geäußerten rechtlichen Bedenken des Landratsamts ungehindert in Kraft setzen zu können. Wäre es bei den Aussagen des VG München geblieben, wäre es für die Gemeinden ein leichtes Spiel, ein kommunalaufsichtliches Einschreiten zu vereiteln: Wird die Rechtsverordnung erst unmittelbar vor dem Marktsonntag bekannt gemacht, wäre es für kommunalaufsichtliche Maßnahmen zu spät, da diese durch einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ausgehebelt werden könnten. Der BayVGh stellt hingegen mit seinen klaren Aussagen sicher, dass die Kommunalaufsichtsbehörden auch kurzfristig noch rechtswidrige Verkaufssonntage unterbinden können.

Fraglich bleibt nur, auf welcher Rechtsgrundlage die Kommunalaufsicht einschreiten kann. Unbestritten handelt es sich bei dem Erlass von Rechtsverordnungen nach § 14 LadSchlG um eine Angelegenheit des übertragenen Wirkungsbereichs der Gemeinden. Das Landratsamt München stütze sich im vorliegenden Fall auf die fachaufsichtliche Weisungsbefugnis gemäß Art. 116 Abs. 1 Satz 2 GO. Andererseits enthält Art. 49 LStVG eine Spezialnorm für das kommunalaufsichtliche Vorgehen gegen eine Rechtsverordnung. Der BayVGh lässt die Frage nach der richtigen Rechtsgrundlage offen, weil er es für ausreichend erachtet, dass die von der Fachaufsichtsbehörde beanstandete Rechtsverordnung aller Voraussicht nach rechtswidrig ist. Richtigerweise dürften beide Rechtsgrundlagen zusammen zur Anwendung kommen. Art. 49 LStVG gibt der Aufsichtsbehörde die Befugnis, eine rechtswidrige gemeindliche Rechtsverordnung zu beanstanden (und notfalls ersatzweise aufzuheben). Der Wortlaut („auch bereits bekanntgemachte Verordnungen“) zeigt, dass Verordnungen auch schon vor ihrer Bekanntmachung auf der Grundlage des Art. 49 LStVG beanstandet werden können. Art. 116 Abs. 1 Satz 2 GO kommt aber ergänzend zum Zuge, wenn die Fachaufsichtsbehörde den ersten Bürgermeister anweist, die beanstandete Rechtsverordnung nicht bekannt zu machen. Diese Maßnahme ist in Art. 49 LStVG nicht geregelt. Es ist aber nicht anzunehmen, dass Art. 49 LStVG insoweit ab-

57 BayVGh, Beschluss vom 31. 3. 2011, a.a.O. RdNr. 19.

58 BayVGh, Beschluss vom 31. 3. 2011, a.a.O. RdNr. 21.

59 BayVGh, Beschluss vom 31. 3. 2011, a.a.O. RdNr. 20.

60 VG München, Beschluss vom 8. 4. 2011 Az. M 16 S 11.1737.

61 BayVGh, Beschluss vom 8. 4. 2011, BayVBl. 2012, 278 (in diesem Heft).

schließlich ist. Andernfalls wäre wiederum der effektive Normenvollzug gefährdet, da das Verfahren aus Beanstandung und ersatzweiser Aufhebung, die ebenfalls in Verordnungsform erfolgen muss, gewisse Zeit beansprucht und somit bei einem kurzfristigen Erlass der Rechtsverordnung die Kommunalaufsicht nicht mehr genug Zeit für den Erlass der Aufhebungsverordnung hätte. Zudem drohen einer Gemeinde bei Inkrafttreten einer Verordnung, die kurz darauf von der Aufsichtsbehörde aufgehoben wird, Amtshaftungsansprüche der Gewerbetreibenden, für die die Rechtsverordnung mit ihrem Inkrafttreten einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand begründet. Solche Haftungsrisiken können durch die Weisung, die Rechtsverordnung nicht bekannt zu machen, abgewandt werden.

## V. Konsequenzen

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass bei der Frage nach der Zulassung verkaufsoffener Sonn- und Feiertage Recht und Wirklichkeit, Sollen und Sein, zunehmend auseinanderfallen: Eine eindeutige und strenge Rechtslage steht im Widerspruch zu der vor allem an wirtschaftlichen Interessen ausgerichteten Regelungspraxis der Gemeinden. Dazwischen tut sich ein Graben rechtspolitischer Streitigkeiten über den künftigen Weg auf. In diesem noch nicht entschiedenen Kampf kommt den aktuellen Entscheidungen des BayVGH die Funktion einer wichtigen Weichenstellung zu.

Bestrebungen der bayerischen Gemeinden, von der Ermächtigungsgrundlage des § 14 LadSchlG extensiv Gebrauch zu machen, hat der BayVGH eine klare Absage erteilt. Die Entscheidungen liegen damit auf einer Linie mit der bisherigen Rechtsprechung und den restriktiven Vorgaben des BVerfG im Urteil zum Berliner Ladenöffnungsgesetz. Der BayVGH hat zum einen klargestellt, dass Märkte, die lediglich als „Feigenblatt“ für die eigentlich im Vordergrund stehende Sonntagsöffnung der Ladengeschäfte konstruiert werden, eine Rechtsverordnung nach § 14 LadSchlG nicht zu rechtfertigen vermögen. Zum anderen erklärt der BayVGH auch für den Fall, dass ein Anlass für einen Sonntagsverkauf besteht, die Einbeziehung von Ladengeschäften für unzulässig, die örtlich und sachlich keinen Bezug mehr zur Anlassveranstaltung aufweisen.

Aufgefordert sind in erster Linie die Gemeinden, sich weniger durch ihre Gewerbetreibenden instrumentalisieren zu lassen, sondern sich ihrer Rolle als Teil der (mittelbaren) Staatsverwaltung und der damit verbundenen Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 Satz 1 BV) bewusst zu werden. Dass dies möglich ist, hat die Gemeinde Taufkirchen (Landkreis München) eindrucksvoll unter Beweis gestellt: Den Bestrebungen des Möbelhauses I., über selbst veranstaltete Märkte einen verkaufsoffenen Sonntag ins Leben zu rufen, widersetzte sich der Gemeinderat mit der Begründung, die geplanten Märkte seien nur eine reine „Alibi-Veranstaltung“, um am Sonntag öffnen zu dürfen<sup>62</sup>.

Die Entscheidungen des BayVGH sollten aber auch den Kommunalaufsichtsbehörden einen Impuls geben, nicht mehr großzügig über rechtswidrige Sonntagsverkäufe in ihren Gemeinden hinwegzusehen, sondern entschieden auf die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben zu drängen. Dies verlangt von den bayerischen Landratsämtern Handlungsbereitschaft. Dort, wo diese fehlt oder am Widerstand der politischen Führung scheitert, sollten die Regierungen korrigierend eingreifen. Zu beachten ist auch, dass die Regierungen für kreisfreie Gemeinden selbst die zuständige Aufsichtsbehörde sind (Art. 110 Satz 2, Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GO) und daher den Landratsämtern mit gutem Beispiel vorangehen sollten. Aber auch die Kirchen sowie die Bürgerinnen und Bürger sind in der Lage, den Sonn- und Feiertagsschutz rechtlich zu verteidigen. So können die Kirchen über das ihnen vom BVerfG zugestandene subjektive Recht gegen rechtswidrige Verordnungen von Gemeinden über eine verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle (§ 47 VwGO) vorgehen und nach Rechtswegerschöpfung auch eine Verfassungsbeschwerde zum BayVerfGH (Art. 120 BV) erheben. Jeder Bürger Bayerns hat zudem die

Möglichkeit, auch ohne eigene Beschwer, beim BayVerfGH eine Popularklage (Art. 98 Satz 4 BV) einzureichen, was angesichts des vom BVerfG bejahten „neuen Sonntagsgrundrechts“ auch wegen eines Verstoßes gegen den Sonn- und Feiertagsschutz der Bayerischen Verfassung möglich sein dürfte<sup>63</sup>. Allerdings liegen die verfassungsrechtlichen Hürden für eine Grundrechtsverletzung hoch. So hat der BayVerfGH in seiner Entscheidung vom 21. 12. 2011 die Popularklage gegen die Rechtsverordnung der Gemeinde Vaterstetten, die dem Möbelhaus S. den Sonntagsverkauf ermöglicht, für unbegründet erachtet und hierzu ausgeführt<sup>64</sup>:

„Da der landesverfassungsrechtliche Schutz der Sonn- und Feiertagsruhe nicht über das in Art. 4 Abs. 1 und 2 i. V. m. Art. 140 GG, Art. 139 WRV garantierte Mindestmaß hinausgeht, kommt bei Verordnungen, die sich im Rahmen der bundesrechtlichen Ermächtigung des § 14 LadSchlG halten, eine Verletzung der Art. 147, 107 Abs. 1 und 2 BV im Regelfall nicht in Betracht. Besondere Anhaltspunkte dafür, dass die vom Antragsteller angegriffene Verordnung gleichwohl keinen angemessenen und wirksamen Schutz gewährleisten und damit das Untermaßverbot verletzen könnte, sind nicht zu erkennen. Dafür genügt insbesondere nicht der Umstand, dass die Gemeinde den Umfang der bundesrechtlichen Ermächtigung im Hinblick auf die Anzahl der Tage sowie die Öffnungszeiten voll ausgeschöpft und die zur Öffnung berechtigten Handelszweige nicht beschränkt hat, zumal wegen des begrenzten örtlichen Anwendungsbereichs der angegriffenen Norm die Sonntagsruhe in der Gemeinde Vaterstetten an den betroffenen Tagen insgesamt nur in geringem Umfang beeinträchtigt wird“.

Unabhängig von hoheitlichen und gerichtlichen Interventionen wird aber die Zukunft des Sonn- und Feiertagsschutzes sich letztlich *am Verhalten* der Bürgerinnen und Bürger entscheiden. Alle freuen sich zwar über den freien Sonntag, tragen aber mit ihrem eigenen Konsumverhalten dazu bei, dass diese Errungenschaft zunehmend gefährdet wird. Der Sonn- und Feiertagsschutz zeigt damit besonders deutlich, wie eng Weltliches und Geistliches im Alltag verbunden sind<sup>65</sup>. In einer streng religiös geprägten Gesellschaft würde ein verkaufsoffener Sonntag wohl schon am fehlenden Zulauf scheitern. Aber auch in einer Gesellschaft, in der das Religiöse nur noch schwach ausgeprägt ist, gibt es – wie das BVerfG herausgearbeitet hat – gute und gewichtige Gründe, am Schutz der Sonn- und Feiertage festzuhalten. Ein von oben verordneter Schutz, der von der Mehrheit der Bürgerinnen und Bürger nicht mitgetragen wird<sup>66</sup>, ist jedoch in einer freiheitlichen Staatsordnung langfristig zum Scheitern verurteilt. Deshalb ist es wichtig, hier das Bewusstsein für die gesellschaftliche Bedeutung gemeinsamer freier Tage zu fördern. Diese Aufgabe kommt nicht nur den Kirchen zu, sondern ebenso dem Staat, der mit seiner Bildung – wie es in Art. 131 Abs. 1 BV heißt – „auch Herz und Charakter bilden“ soll.

Vielleicht werden dann die Dinge im Themenkomplex der verkaufsoffenen Sonntage wieder so sein, wie sie nach der Rechtsordnung sein sollen.

62 Vgl. Paul, Kirchgang oder Shoppen, SZ vom 15. 10. 2009, im Internet abrufbar unter: [http://www.ilt-taufkirchen.de/neu\\_f.html](http://www.ilt-taufkirchen.de/neu_f.html).

63 Der BayVerfGH hat die Frage in seiner Entscheidung vom 21. 12. 2011 (BayVBl. 2012, 268 [in diesem Heft]) offengelassen (s. IV. 3. a).

64 BayVerfGH, a.a.O. (Fußn. 63), V. 2.

65 S. auch die Diskussion zwischen Kirchhof und Lübke in der Katholischen Akademie über das Verhältnis von Staat und Kirche, vgl. hierzu Finkenzeller, Wie weit die Fürsorge für den Klerus gehen muss, Bayerische Staatszeitung vom 28. 1. 2011.

66 Teilweise wird inzwischen die Auffassung vertreten, dass Einkaufen der seelischen Erhebung diene, vgl. Stammler, Grundrecht auf Einkaufen am Sonntag, NVwZ 2008, 1313/1314; dagegen Mosbacher, a.a.O. (Fußn. 6), S. 508. Für eine Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten plädiert Fuchs, Ladenschluss – und kein Ende?, NVwZ 2005, 1026 ff.