

## Personalien

### Joseph Listl zum 80. Geburtstag

Prof. Dr. Joseph Listl SJ, der wie kaum ein anderer das deutsche Staatskirchenrecht in seiner Epoche geprägt hat, feierte am 21.10.2009 seinen 80. Geburtstag.

Joseph Listl trat 1948 in den Jesuitenorden ein und wurde 1958 zum Priester geweiht. Nach dem Tertiariat in Drongen (Belgien) studierte er vom WS 1960/61 an in Bonn Rechtswissenschaft und legte 1966 die erste juristische Staatsprüfung ab. Sein Doppelstudium der Theologie und der Rechtswissenschaft bildete fortan die Basis seiner wissenschaftlichen und praktischen Arbeit für Kirche und Staat.

Schon seine von Ulrich Scheuner betreute Dissertation „Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland“ (Berlin 1971) erlangte großen Einfluss. 1977 wurde Listl in Bochum bei Paul Mikat für die Fächer Staatsrecht und Kirchenrecht habilitiert. Die Habilitationsschrift „Kirche und Staat in der neueren Kirchenrechtswissenschaft“ (1978) behandelt ein staatskirchenrechtliches Thema, allerdings mit eher kirchenrechtlichem Schwerpunkt. Die wichtigsten seiner mehr als 100 Aufsätze sind in dem Sammelwerk „Kirche im freiheitlichen Staat. Schriften zum Staatskirchenrecht und Kirchenrecht“ (2 Halbbände, 1996) wieder abgedruckt und leicht zugänglich.

Listls Lebenswerk ist untrennbar mit dem auf seine Initiative hin 1970/71 gegründeten Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands verbunden, das er als dessen erster Leiter zu hohem Ansehen führte. Bis 1998 stand er dem Institut vor, ab 1977 war er zugleich ordentlicher Professor des Kirchenrechts an der Universität Augsburg.

Viel Kraft widmete er dem „Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland“ (1. Aufl. hrg. von Ernst Friesenhahn und Ulrich Scheuner 1974/75, 2. Aufl. hrg. von Joseph Listl und Dietrich Pirson, 1994/95), das er konzipierte und schon in der ersten Auflage im Institut für Staatskirchenrecht betreute. Ein Werk von ähnlicher Bedeutung war der „Grundriß des nachkonziliaren Kirchenrechts“, den Listl gemeinsam mit Hubert Müller und Heribert Schmitz herausgab. Eine Neubearbeitung erschien nach Erlass des neuen Codex von 1983 unter dem Titel „Handbuch des

katholischen Kirchenrechts“ (1. Aufl. 1983, 2. Aufl., hrg. zusammen mit Heribert Schmitz, 1999). Für die Praxis außerordentlich nützlich ist seine Sammlung „Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland“ (2 Bände, 1987).

Zwei Festschriften zu seinen Ehren geben Zeugnis von dem großen Ansehen, das sich Listl erworben hat: Zum 70. Geburtstag, 1999, „Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist“, hrg. von J. Isensee, W. Rees, W. Rübner, zum 75. Geburtstag, 2004, „Recht in Kirche und Staat“ hrg. von W. Rees.

Kaum in die Öffentlichkeit gedrungen ist Listls Arbeit bei der Lösung zahlreicher praktischer Probleme des Kirchenrechts und des Staatskirchenrechts. Wenn immer es schwierig wurde, war er als Berater im Hintergrund gefragt, z.B. bei wichtigen Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht oder beim Abschluss von Verträgen zwischen Staat und Kirche, insbesondere nach der Wiedervereinigung. Joseph Listl lebt heute zurückgezogen in einer Seniorenkommunität seines Ordens in Unterhaching.

*Wolfgang Rübner*

## Tagungsbericht

### Legal Aspekts of Religious Freedom.

#### Internationale Konferenz vom 15. bis 18. September 2008 in Brdo/Slovenien

Es zeugt von einem anhaltend virulenten Bedürfnis der jungen EU-Beitrittsländer, ihr Verhältnis zur Religion und den in ihren Ländern bestehenden Religionsgemeinschaften zu klären, das sich auf dieser internationalen Konferenz ausdrückte. Auf Einladung des auch in religionsrechtlicher Hinsicht<sup>1</sup> ambitionierten Slovenien fand in der Zeit vom 15. bis 18. September 2008 im landschaftlich reizvoll gelegenen modernen Kongresszentrum von Brdo nahe der Hauptstadt Ljubljana eine europäische Konferenz statt. Unter dem Konferenztitel „Legal Aspekts of Religious Freedom“ wurden zu den zwei Themenfeldern „Verfassungsrecht im Bereich von Religions- und Glaubensfreiheit“ einerseits und „Administrative und finanzielle Angelegenheiten im Bereich der Religionsfreiheit und religiösen Gemeinschaften“ andererseits zentrale religionsrechtliche Aspekte vorwiegend aus der Sicht der Verfassungsrechtsprechung und der Kultusverwaltungen der EU-Mitgliedstaaten dargestellt und erörtert.

Es lag in der Absicht der Konferenz, vor allem Entwicklungen im Hinblick auf religiöse Fragen zu verfolgen, die seit 1999 in den Mitgliedsländern der EU eingetreten sind und Informationen über die seit 1990 durchgeführte einschlägige Gesetzgebungstätigkeit zusammenzutragen sowie neueste Daten über Kirchen und andere religiöse Gemeinschaften auszutauschen und Entwicklungstendenzen erkennbar werden zu lassen. Besondere Aufmerksamkeit sollte sowohl auf den zwischen der EU und den Kirchen und religiösen Gemeinschaften geführten Dialog, als auch auf den interreligiösen Dialog gelegt werden. Berichte aus Sicht der Verfassungsgerichte und der Regierungen der EU-Mitglieder bildeten die Grundlage der engagiert geführten Verhandlungen.

Mit sachverständigen Vertretern aus insgesamt 19 teilnehmenden europäischen Nationen war die Konferenz gut besucht. Die Bundesrepublik Deutschland war durch Vertreter aus der Verwaltung des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesinnenministeriums und – für die Länder – des Thüringer Kultusministeriums vertreten. Letztere haben ergänzend zu dem aus der Sicht der Verfassungsrechtsprechung verfassten Beitrag „Constitutional Jurisprudence in the Area of Freedom of Religion and Beliefs“ unter dem Titel „Administrative and financial Matters in the Area of religious Freedom and religious Communities“ eine gemeinsam verantwortete Darstellung zur deutschen Rechtslage vorgelegt. Das von dem Trierer Professor Dr. Gerhard Robbers zum Thema der Konferenz gehaltene Eröffnungsreferat markierte die hohe kulturelle und Frieden stiftende Leistung eines freiheitlichen Religionsrechts in Europa vor dem historischen Hintergrund der Entstehung seiner Grundsätze und im Ausblick auf bevorstehende schwierige Herausforderungen für seine Bewährung. Die sich anschließenden Beiträge gaben eine aktuelle Bestandsaufnahme aus der jeweiligen Landessicht. Deutlich wurde die Vielfalt religionsrechtlicher Positionen, unterschiedliche Problemstellungen und eine in den jungen Beitrittsstaaten noch weithin fehlende systematische Ausbildung und rechtsdogmatische Verfestigung des staatlichen Religionsrechts. Einzelne Regelungen im Gesetzes- oder Verordnungswege stehen hier neben vertragsrechtlichen Lösungen. Eine verbreitete Fragestellung betraf die Frage der staatlichen Registrierung von Religionsgemeinschaften. Die in einem Konferenzband gesammelten Beiträge<sup>2</sup> zeugen von den engagierten Anstrengungen der Konferenzteilnehmer und bieten einen aufschlussreichen Einblick in die spezifischen rechtlichen Probleme praktischer Religionspolitik in Europa.

*Bernd Th. Drößler*

<sup>1</sup> Office of the Government of the Republik of Slovenia for Religious Communities (Hg.), *The State and Religion in Slovenia*, Ljubljana 2008.

<sup>2</sup> Office of the Government of the Republik of Slovenia for Religious Communities (Hg.), *Legal Aspects of religious Freedom: International Conference, 15-18 September 2008 – Les Aspects juridiques de la Liberté Confessionnelle: Conférence internationale, du 15 au 18 septembre 2008*, Ljubljana 2008.

## Zwei Entscheidungen der obersten Gerichte zu Weihnachten

### Ladenöffnung an allen vier Adventssonntagen in Berlin nicht verfassungsgemäß

Bundesverfassungsgericht,  
Urteil des 1. Senats vom 1. Dezember 2009 –  
Az. 1 BvR 2857/07 und 1 BvR 2858/07

#### *Leitsatz:*

Die aus den Grundrechten – hier aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG – folgende Schutzverpflichtung des Gesetzgebers wird durch den objektivrechtlichen Schutzauftrag für die Sonn- und Feiertage aus Art. 139 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG konkretisiert. Die Adventssonntagsregelung in § 3 Abs. 1 des Berliner Ladenöffnungsgesetzes steht mit der Gewährleistung der Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen nicht in Einklang.

#### *Aus den Gründen:*

Bei der sogenannten Föderalismusreform I im Jahr 2006 wurde die Gesetzgebungskompetenz für das Recht des Ladenschlusses auf die Länder übertragen. Das Abgeordnetenhaus von Berlin beschloss daraufhin das am 17. November 2006 in Kraft getretene Berliner Ladenöffnungsgesetz (BerLad-ÖffG). Dieses sieht vor allem schon kraft Gesetzes und ohne die Erfüllung weiterer Voraussetzungen die Freigabe aller vier Adventssonntage in Folge in der Zeit von 13.00 bis 20.00 Uhr für die Ladenöffnung vor. Vier weitere Sonn- und Feiertage jährlich können „im öffentlichen Interesse“ durch Allgemeinverfügung der Senatsverwaltung freigegeben werden. Zusätzlich dürfen an zwei weiteren Sonn- oder Feiertagen Verkaufsstellen aus Anlass „besonderer Ereignisse, insbesondere von Firmenjubiläen und Straßenfesten“, von 13.00 bis 20.00 Uhr offen gehalten werden. Daneben gibt es eine Reihe von warengruppenspezifischen sowie orts- und anlassbezogenen Ausnahmebestimmungen. Die Ladenöffnung an Werktagen ist vollständig freigegeben (24 Stunden-Öffnungsmöglichkeit).

Inzwischen haben alle Bundesländer bis auf den Freistaat Bayern den Ladenschluss durch Landesgesetz geregelt. Im Grundsatz sehen alle Landesgesetze vor, dass an Sonn- und Feiertagen keine Ladenöffnung erfolgt. Als Ausnahmeregelungen weisen die meisten anderen Bundesländer vier Sonn- und Feiertage zur Freigabe aus, Baden-Württemberg lediglich drei, Brandenburg hingegen sechs. Zumeist ist eine Ladenöffnung an den Adventssonntagen ausgeschlossen oder zumindest nur an einem einzigen Adventssonntag im Jahr gestattet. Neben Berlin sehen nur die Gesetze über den Ladenschluss von Brandenburg, Sachsen und Sachsen-Anhalt keinen besonderen Schutz der Adventssonntage vor. Mit ihren Verfassungsbeschwerden wenden sich die Evangelische Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz (1 BvR 2857/07) und das Erzbistum Berlin (1 BvR 2858/07) gegen die im Vergleich zur früheren gesetzlichen Regelung und zu den Ladenöffnungsbestimmungen in den anderen Bundesländern weitergehenden Ladenöffnungsmöglichkeiten an Sonn- und Feiertagen in Berlin (vgl. auch Pressemitteilung Nr. 48/2009 vom 7. Mai 2009).

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat entschieden, dass die Regelung zur Ladenöffnungsmöglichkeit an allen vier Adventssonntagen (§ 3 Abs. 1 Alternative 2 BerlLadÖffG) mit Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Artikel 140 GG und Art. 139 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) unvereinbar ist.

Er hat die verfassungsbeschwerdeführenden Kirchen für beschwerdebefugt erachtet. Die Frage, ob und inwieweit sich Religionsgemeinschaften im Wege einer Verfassungsbeschwerde auf die verfassungsrechtliche Sonn- und Feiertagsgarantie des Art. 139 WRV (i.V.m. Art. 140 GG) berufen können, war in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bisher noch nicht geklärt. Diese Garantie ist nicht im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes, sondern in den sogenannten Weimarer Kirchenartikeln verankert, die Bestandteil des Grundgesetzes sind (vgl. Art. 140 GG). Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerden für zulässig gehalten, weil die Beschwerdeführer die Möglichkeit einer Verletzung in ihrem Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG jedenfalls in Verbindung mit der objektivrechtlichen Sonn- und Feiertagsgarantie hinreichend dargetan hatten. Die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung ist dann gegeben, wenn die Verfassungsbeschwerde eine bislang vom Bundesverfassungsgericht noch nicht entschiedene, offene verfassungsrechtliche Frage aufwirft, die die An-

nahme eines verfassungsbeschwerdefähigen Rechts jedenfalls nicht von vornherein ausschließt. Das ist hier hinsichtlich der Frage eines etwaigen Überwirkens der objektivrechtlichen Schutzgarantie des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV auf das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG im Sinne einer Konkretisierung und Stärkung des Grundrechtsschutzes der Fall.

Die in der angegriffenen Regelung vorgesehene Möglichkeit der Ladenöffnung an allen vier Adventssonntagen ist mit den Schutzpflichtanforderungen aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Verbindung mit Art. 140 GG und Art. 139 WRV nicht mehr in Einklang zu bringen. Das gesetzliche Schutzkonzept für die Gewährleistung der Sonn- und Feiertagsruhe muss diese Tage erkennbar als solche der Arbeitsruhe zur Regel erheben; die Ausnahme davon bedarf eines dem Sonntagsschutz gerecht werdenden Sachgrundes. Bloße wirtschaftliche Interessen von Verkaufsstelleninhabern und alltägliche Erwerbsinteressen der Käufer für die Ladenöffnung genügen dafür grundsätzlich nicht. Zudem müssen bei einer flächendeckenden und den gesamten Einzelhandel erfassenden Freigabe der Ladenöffnung rechtfertigende Gründe von besonderem Gewicht vorliegen, wenn mehrere Sonn- und Feiertage in Folge über jeweils viele Stunden hin freigegeben werden sollen. Vor diesem Hintergrund unterschreitet die voraussetzungslose siebenstündige Öffnung an allen vier Adventssonntagen ohne hinreichend gewichtige Gründe das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß des Sonntagsschutzes. Die Regelung über die Öffnung aufgrund Allgemeinverfügung an vier weiteren Sonn- und Feiertagen trägt nur bei einschränkender Auslegung den Erfordernissen des vom Gesetzgeber zu gewährleistenden Mindestschutzes Rechnung. Die für verfassungswidrig erklärte Adventssonntagsregelung bleibt noch bis zum 31. Dezember 2009 anwendbar, so dass die Ladenöffnung an den vier Adventssonntagen in diesem Jahr in Berlin noch möglich ist. Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG wird in seiner Bedeutung als Schutzverpflichtung des Gesetzgebers durch den objektivrechtlichen Schutzauftrag für den Sonn- und Feiertagsschutz aus Art. 139 WRV (i.V.m. Art. 140 GG) konkretisiert, der neben seiner weltlich-sozialen Bedeutung in einer religiös-christlichen Tradition wurzelt. Danach ist ein Mindestniveau des Schutzes der Sonntage und der gesetzlich anerkannten hier der kirchlichen Feiertage durch den Gesetzgeber zu gewährleisten. Das Schutzkonzept, das den Regelungen zur La-

denöffnung an Sonn- und Feiertagen im Land Berlin zu Grunde liegt, wird der Schutzverpflichtung des Landesgesetzgebers aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in seiner Konkretisierung durch Art. 139 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG nicht hinreichend gerecht. Zwar greift das Berliner Ladenöffnungs-gesetz weder gezielt in die Religionsfreiheit der Beschwerdeführer ein, noch liegt in den verschiedenen Bestimmungen und Optionen zur Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen das „funktionale Äquivalent“ eines Eingriffs, weil es sich mit den hier angegriffenen Vorschriften an die Verkaufsstelleninhaber und nicht an die Religionsgemeinschaften richtet. Allerdings beschränkt sich die Religionsfreiheit nicht auf die Funktion eines Abwehrrechts, sondern gebietet auch im positiven Sinn, Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet zu sichern. Diese Schutzpflicht trifft den Staat auch gegenüber den als Körperschaften des öffentlichen Rechts verfassten Religionsgemeinschaften. Es ist aber grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, ein Schutzkonzept aufzustellen und normativ umzusetzen. Dabei kommt ihm ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.

Allein aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG lässt sich keine staatliche Verpflichtung herleiten, die religiös-christlichen Feiertage und den Sonntag unter den Schutz einer näher auszugestaltenden generellen Arbeitsruhe zu stellen und das Verständnis bestimmter Religionsgemeinschaften von nach deren Lehre besonderen Tagen zugrunde zu legen. Das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG erfährt aber eine Konkretisierung durch die Sonn- und Feiertagsgarantie nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV; die Sonn- und Feiertagsgarantie wirkt ihrerseits als in der Verfassung getroffene Wertung auf die Auslegung und Bestimmung des Schutzgehalts von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ein und ist deshalb auch bei der Konkretisierung der grundrechtlichen Schutzpflicht des Gesetzgebers zu beachten. Art. 139 WRV enthält einen Schutzauftrag an den Gesetzgeber, der im Sinne der Gewährleistung eines Mindestschutzniveaus dem Grundrechtsschutz aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG insoweit Gehalt gibt.

Die funktionale Ausrichtung der sogenannten Weimarer Kirchenartikel auf die Inanspruchnahme des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gilt auch für die Gewährleistung der Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung in Art. 139 WRV, obgleich in dieser Norm selbst der religiös-christliche Bezug nicht ausdrücklich erwähnt wird.

Denn Art. 139 WRV ist nach seiner Entstehungsgeschichte, seiner systemischen Verankerung in den sogenannten Kirchenartikeln und seinen Regelungszwecken ein religiöser, in der christlichen Tradition wurzelnder Gehalt eigen, der mit einer dezidiert sozialen, weltlich-neutral ausgerichteten Zwecksetzung einhergeht. Die Sonn- und Feiertagsgarantie fördert und schützt daher nicht nur die Ausübung der Religionsfreiheit. Die Gewährleistung der Arbeitsruhe sichert eine wesentliche Grundlage für die Rekreationsmöglichkeiten des Menschen und zugleich für ein soziales Zusammenleben und ist damit auch Garant für die Wahrnehmung von anderen Grundrechten, die der Persönlichkeitsentfaltung dienen. Die Sonn- und Feiertagsgarantie kommt etwa dem Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) ebenso zugute wie der Erholung und Erhaltung der Gesundheit (vgl. Art. 2 Abs. 2 GG). Ihre Bedeutung resultiert wesentlich auch aus dem zeitlichen Gleichklang der Arbeitsruhe. Art. 139 WRV erweist sich so als verfassungsverankertes Grundelement sozialen Zusammenlebens und staatlicher Ordnung und ist als Konnexgarantie zu verschiedenen Grundrechten zu begreifen.

Die Pflicht des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität steht einer Konkretisierung des Schutzgehalts des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG durch Art. 139 WRV nicht entgegen. Denn die Verfassung selbst unterstellt den Sonntag und die Feiertage, soweit sie staatlich anerkannt sind, einem besonderen staatlichen Schutzauftrag und nimmt damit eine Wertung vor, die auch in der christlich-abendländischen Tradition wurzelt und kalendarisch an diese anknüpft. Art. 139 WRV statuiert für die Arbeit an Sonn- und Feiertagen unter anderem ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Grundsätzlich hat die typische „werk tägliche Geschäftigkeit“ an Sonn- und Feiertagen zu ruhen, wobei der Schutz des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV nicht auf einen religiösen oder weltanschaulichen Sinngehalt der Sonn- und Feiertage beschränkt ist. Die Regelung zielt in der säkularisierten Gesellschafts- und Staatsordnung aber auch auf die Verfolgung profaner Ziele wie die der persönlichen Ruhe, Besinnung, Erholung und Zerstreuung. Dabei soll die von Art. 139 WRV ebenfalls erfasste Möglichkeit seelischer Erhebung allen Menschen unbeschadet einer religiösen Bindung zuteil werden.

Auf dieser Grundlage ergibt sich, dass gesetzliche Schutzkonzepte für die Gewährleistung der Sonn- und Feiertagsruhe erkennbar diese Tage als solche der Arbeitsruhe zur Regel erheben müssen. Hinsichtlich der hier in Rede stehenden Ladenöffnung bedeutet dies, dass die Ausnahme eines dem Sonn-

tagsschutz gerecht werdenden Sachgrundes bedarf. Ein bloß wirtschaftliches Umsatzinteresse der Verkaufsstelleninhaber und ein alltäglicher 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. Darüber hinaus müssen Ausnahmen als solche für die Öffentlichkeit erkennbar bleiben und dürfen nicht auf eine weitgehende Gleichstellung der sonn- und feiertäglichen Verhältnisse mit den Werktagen und ihrer Betriebsamkeit hinauslaufen.

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

Bei der Einordnung und Bewertung der Durchbrechungen der Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen kommt der Ladenöffnung großes Gewicht zu. Das Erreichen des Ziels des Sonntagsschutzes – des religiös wie des weltlich motivierten – setzt das Ruhen der typischen werktäglichen Geschäftigkeit voraus. Gerade die Ladenöffnung prägt wegen ihrer öffentlichen Wirkung den Charakter des Tages in besonderer Weise. Von ihr geht eine für jedermann wahrnehmbare Geschäftigkeits- und Betriebsamkeitswirkung aus, die typischerweise den Werktagen zugeordnet wird. Dadurch werden notwendig auch diejenigen betroffen, die weder arbeiten müssen noch einkaufen wollen, sondern Ruhe und seelische Erhebung suchen, namentlich auch die Gläubigen christlicher Religionen und die Religionsgemeinschaften selbst, nach deren Verständnis der Tag ein solcher der Ruhe und der Besinnung ist. Dem Bedarfsdeckungs- und Versorgungsargument kommt wegen der fast vollständigen Freigabe der werktäglichen Öffnungszeiten (24-Stunden-Öffnung) in Berlin an Sonn- und Feiertagen nur noch geringe Bedeutung zu.

Die Besonderheit der Berliner Adventssonntagsregelung (§ 3 Abs. 1 Alternative 2 BerlLadÖffG) besteht darin, dass schon kraft Gesetzes ohne irgendeine weitere Voraussetzung vier Sonntage in Folge

für die Dauer von jeweils sieben Stunden zur Ladenöffnung freigegeben werden. Diese Vorschrift hält der Anforderung, dass die Sonntagsruhe die Regel ist, nicht stand, weil sie einen in sich geschlossenen Zeitblock von etwa einem Zwölftel des Jahres vollständig vom Grundsatz der Arbeitsruhe ausnimmt. Daran ändert der allgemein gehaltene Hinweis in der Gesetzesbegründung auf die Metropolfunktion Berlins nichts. Auch darin spiegeln sich lediglich bloße Umsatz- und Erwerbsinteressen wider. Der Sache nach läuft die Regelung mithin darauf hinaus, den Sonn- und Feiertagsschutz für die Dauer eines Monats für die Verkaufsstellen, die den äußeren Charakter des Tages auch angesichts der Zahl der unmittelbar wie mittelbar Betroffenen und der Öffentlichkeitswirkung maßgeblich prägen, aufzuheben, ohne dass für eine derart intensive Beeinträchtigung eine hinreichend gewichtige Begründung gegeben würde oder sonst erkennbar wäre, die dem verfassungsrechtlichen Rang des Sonntagssschutzes gerecht werden könnte.

Die weitere Regelung, wonach die Senatsverwaltung im öffentlichen Interesse ausnahmsweise die Öffnung von Verkaufsstellen an höchstens vier (weiteren) Sonn- oder Feiertagen durch Allgemeinverfügung zulassen kann (§ 6 Abs. 1 BerlLad-ÖffG), ist mit dem Grundrecht der Beschwerdeführer aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Verbindung mit Art. 140 GG und Art. 139 WRV bei einschränkender Auslegung vereinbar. Hinsichtlich der Zahl von vier Tagen lässt sich gegen die Regelung im Blick auf die Gesamtzahl von regelhaft 52 Sonntagen im Jahr und von insgesamt neun je nicht zwingend auf einen Sonntag fallenden weiteren Feiertagen nichts erinnern, zumal bestimmte Feiertage von dieser Öffnungsmöglichkeit ausgenommen sind. Da die Freigabe zudem durch Allgemeinverfügung erfolgt, bedarf es einer Verwaltungsentscheidung, die die Möglichkeit eröffnet, die jeweils betroffenen Interessen und Rechtsgüter konkret in eine Abwägung einzubeziehen. Den verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber der allgemein gehaltenen Voraussetzung für die Ausnahmeregelung, dass die Öffnung „im öffentlichen Interesse“ liegt, kann durch eine die Wertung des Art. 139 WRV berücksichtigende Auslegung Rechnung getragen werden. Eine solche Auslegung verlangt ein öffentliches Interesse solchen Gewichts, das die Ausnahmen von der Arbeitsruhe rechtfertigt, wobei auch insoweit das alleinige Umsatz- und Erwerbsinteresse auf Seiten der Verkaufsstelleninhaber und das alltägliche „Shoppinginteresse“ auf der Kundenseite nicht genügt. Darüber hinaus bedürfen diese Öffnungsmöglichkeiten durch Allgemeinverfügung bei verfassungskonformer Auslegung einer uhrzeitlichen

Eingrenzung, die die Vorschrift selbst nicht ausdrücklich vorsieht.

Die weiteren angegriffenen Bestimmungen, die das Schutzkonzept des Landesgesetzgebers mit Ausnahmen versehen, begegnen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Die Regelung zur Öffnung der Verkaufsstellen an allen vier Adventssonntagen bleibt trotz der Feststellung der Verfassungswidrigkeit unter Berücksichtigung der Berufsausübungsfreiheit der Verkaufsstelleninhaber, ihres in die Regelung gesetzten Vertrauens und der von ihnen für die Vorweihnachtszeit des Jahres 2009 getroffenen Dispositionen in diesem Jahr noch anwendbar. Ob und wie der Berliner Landesgesetzgeber seine Schutzkonzeption anpasst, obliegt seiner Gestaltungsmacht nach Maßgabe der Grundsätze dieser Entscheidung.

Die Entscheidung ist zur Beschwerdebefugnis der Religionsgemeinschaften und zur Konkretisierung des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG durch Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV mit 5 : 3 Stimmen, hinsichtlich der Anforderungen des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV einstimmig ergangen.

*(aus der Pressemitteilung  
Nr. 134/2009 vom 1. Dezember 2009)*

## Materielle Privatisierung eines Weihnachtsmarktes nicht verfassungsgemäß

Bundesverwaltungsgericht,  
Urteil des 8. Senats vom 27. Mai 2009 –  
Az. 8 C 10.08

### *Leitsatz:*

Aus der bundesverfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung folgt, dass sich eine Gemeinde im Interesse einer wirksamen Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume begeben darf. Eine materielle Privatisierung eines kulturell, sozial und traditionsmäßig bedeutsamen Weihnachtsmarktes, der bisher in alleiniger kommunaler Verantwortung betrieben wurde, widerspricht dem. Eine Gemeinde kann sich nicht ihrer hierfür bestehenden Aufgabenverantwortung entziehen. Ihr obliegt vielmehr auch die Sicherung und Wahrung ihres Aufgabenbereichs, um eine wirkungsvolle Selbstverwaltung und Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu gewährleisten.

### *Aus den Gründen:*

„Gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG haben die Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Den Gemeinden ist damit durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ein grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassender Aufgabenbereich zugesichert und damit auch die Befugnis zu einer eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte in diesem Bereich (BVerfG, Beschluss vom 23. November 1988 2 BvR 1619/83 u.a. BVerfGE 79, 127 <142>; auch Urteil des Senats vom 25. Januar 2006 BVerwG 8 C 13.05 BVerwGE 125, 68 <72> = Buchholz 415.1 Allg. KommunalR Nr. 156).

Die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind nach ständiger Rechtsprechung dabei diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder zu ihr einen spezifischen Bezug haben. Sie sind den Gemeindegewohnern gemeinsam, indem sie das Zusammenleben und das Zusammenwohnen der Menschen in der politischen Gemeinschaft betreffen. Auf die Verwaltungskraft der Gemeinde kommt es hierfür nicht an (BVerfG, Beschluss vom 23. November

1988 2 BvR 1619/83 u.a. a.a.O. <148>). Der bundesrechtliche Rechtsbegriff der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ist dabei kein inhaltsloser disponibler Begriff, sondern er ist vom Sinne der grundgesetzlichen Selbstverwaltungsgarantie her zu verstehen und auch zu interpretieren (vgl. Püttner, Kommunale Selbstverwaltung, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, S. 1151).

Die Gemeinden sind infolge der Selbstverwaltungsgarantie nicht nur vor Eingriffen durch den Bund und die Länder in dem Kernbestand ihres Aufgabenbereichs geschützt, sondern aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ergibt sich auch eine Bindung der Gemeinden hinsichtlich der Aufrechterhaltung dieses Bestandes und damit die grundsätzliche Pflicht der gemeindlichen Wahrung und Sicherung ihres eigenen Aufgabenbestandes, wenn dieser in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wurzelt.

Auf die gemeindliche Aufgabenwahrnehmung bezogene inhaltliche Vorgaben des Gesetzgebers bedürfen eines rechtfertigenden Grundes, etwa um eine ordnungsgemäße Erledigung sicherzustellen. Diese Vorgaben müssen beschränkt bleiben „auf dasjenige, was der Gesetzgeber zur Wahrung des jeweiligen Gemeinwohlbelangs für erforderlich halten kann, wobei er angesichts der unterschiedlichen Ausdehnung, Einwohnerzahl und Struktur der Gemeinden typisieren darf und auch im Übrigen einen weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum hat“ (BVerfG, Beschluss vom 7. Februar 1991 2 BvL 24/84 BVerfGE 83, 363 <382 f.>). Dementsprechend hat der Gesetzgeber in § 19 Abs. 1 HGO festgelegt, dass die Gemeinde die Aufgabe hat, in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für ihre Einwohner erforderlichen wirtschaftlichen, sozialen, sportlichen und kulturellen Einrichtungen bereitzustellen. Die Einwohner der Gemeinden sind im Rahmen der bestehenden Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen, und verpflichtet, die Gemeindelasten zu tragen, § 20 Abs. 1 HGO. Die gesetzliche Regelung in Hessen trägt somit den Anforderungen, die sich aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ergeben, Rechnung.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht es nicht im freien Ermessen einer Gemeinde, „freie Selbstverwaltungsangelegenheiten“ zu übernehmen oder sich auch jeder Zeit wieder dieser Aufgaben zu entledigen. Gehören Aufgaben zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises, so

darf sich die Gemeinde im Interesse einer wirksamen Wahrnehmung dieses örtlichen Wirkungskreises, der ausschließlich der Gemeinde, letztlich zum Wohle der Gemeindeangehörigen, anvertraut ist, nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume begeben. Der Gemeinde steht es damit nicht grundsätzlich zu, sich ohne Weiteres der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu entledigen. Anderenfalls hätten es die Gemeinden selbst in der Hand, den Inhalt der kommunalen Selbstverwaltung durch Abstoßen oder Nichtwahrnehmung ihrer ureigenen Aufgaben auszuhöhlen. Um ein Unterlaufen des ihr anvertrauten Aufgabenbereichs zu verhindern, muss sich die Gemeinde grundsätzlich zumindest Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten vorbehalten, wenn sie die Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises anderen übertragen will. Sie kann sich damit nicht ihres genuinen Verantwortungsbereichs für die Wahrnehmung ihrer Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises entziehen. Will sie Dritte bei der Verwaltung bestimmter Bereiche ihres eigenen Aufgabenbereichs einschalten, die gerade das Zusammenleben und das Zusammenwohnen der Menschen in der politischen Gemeinschaft betreffen, so muss sie ihren Einflussbereich über die Entscheidung etwa über die Zulassung im Grundsatz behalten. Der Gemeinde ist es verwehrt, gewissermaßen den Inhalt der Selbstverwaltungsaufgaben selbst zu beschneiden oder an Dritte abzugeben.

Geht es allein um eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde, bei der von vornherein zweifelhaft sein kann, ob es sich um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelt, die das Zusammenleben und Zusammenwohnen der Menschen in der politischen Gemeinschaft betrifft, so wird die Frage einer Pflicht der gemeindlichen Wahrung und Sicherung ihres eigenen Aufgabenbestandes anders zu beantworten sein, als wenn es sich um öffentliche Einrichtungen mit kulturellem, sozialen und traditionsbildenden Hintergrund handelt, die schon lange Zeit in der bisherigen kommunalen Alleinverantwortung lagen. Je länger die kommunale Verantwortung für derart geprägte öffentliche Einrichtungen dauerte, umso mehr ist die Gemeinde zu einer wirksamen Wahrnehmung dieser Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft verpflichtet. Eine Gemeinde kann sich damit nicht der Aufgabenverantwortung für die so geprägten eigenen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft entziehen. Vielmehr obliegt ihr auch die Sicherung ihres Aufgabenbereichs, um eine wirkungsvolle Selbstverwaltung und die effektive Wahrnehmung der ureigenen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sicherzustellen.

Aus dem Gebot der Sicherung und Wahrung des Aufgabenbestandes der Gemeinden ergibt sich, dass eine vollständige Übertragung von Aufgaben besonderer sozialer, kultureller und traditioneller Prägung wie ein Weihnachtsmarkt, an Dritte nicht zulässig ist. In welcher Weise die Gemeinde ihren Einflussbereich auf die Wahrnehmung für derartige Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises sich vorbehält, etwa durch eine funktionale oder formelle Privatisierung ist dabei eine Frage ihres Ermessens.

Die Gemeinde hat die Möglichkeit, durch die sog. „formelle Privatisierung“ bei der Veranstaltung etwa von Märkten, Messen, aber auch von Weihnachtsmärkten, die unmittelbare Veranstaltungszuständigkeit der Gemeinde einer kommunalen Eigengesellschaft zu übertragen. Die Verantwortlichkeit der Gemeinde für die Angelegenheit des örtlichen Wirkungskreises bleibt damit vollständig erhalten.

Weiterhin ist der Gemeinde die Möglichkeit einer sog. „funktionellen Privatisierung“ eröffnet. Dabei kommt es zu einem Zusammenwirken von Privatrechtsträgern und der Gemeinde, so etwa in Form von Betreiber- und Betriebsführungsmodellen. Die Gemeinde kann etwa einen privaten Unternehmer als Erfüllungsgehilfen im sog. Submissionsmodell mit der Durchführung der Veranstaltung in ihrem Namen betrauen. Damit bleibt die Gemeinde aber in rechtlicher Hinsicht der Veranstalter des Marktes. Ebenso kann das sog. Konzessionsmodell zugrunde gelegt werden, wonach eine öffentliche Einrichtung verpachtet werden und die Wahrnehmung an private Unternehmer weitergegeben werden kann. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Rechtspflichten der Gemeinden gegenüber Besuchern, Besuchern und Dritten fortbestehen müssen. Die Gemeinde muss sich in diesem Fall jedenfalls Kontroll- und Einwirkungsrechte vorbehalten.

Die Veranstaltung eines Weihnachtsmarktes mit kulturellem, sozialem und traditionsbildendem Charakter gehört zur Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Zusammenhang übersehen, dass bei der Veranstaltung eines solchen Marktes keine vorrangige wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde vorliegt und deshalb auch die Subsidiaritätsbestimmung des Landesrechts zur Bevorzugung privater Wahrnehmung von wirtschaftlicher Tätigkeit nicht eingreift. Denn bei einem Weihnachtsmarkt mit dem umschriebenen

Charakter treten die wirtschaftlichen Belange eindeutig zurück.

Seine Würdigung allein aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten verkennt das Vorliegen der sozialen, kulturellen und traditionellen, gemeinschaftsbezogenen Gemeinwohlbelange, das örtliche Zusammengehörigkeitsgefühl unter den Gemeindebürgern, die Wahrung von Tradition und religiösen und historischen ortsbezogenen Gebräuchen. Eine Reduzierung dieser gemeinwohlorientierten Belange auf eine wirtschaftliche Betätigung im Zusammenhang mit der Veranstaltung eines Weihnachtsmarktes verkennt den Begriff der Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises.

Es wird zudem übersehen, dass die Gerichte seit jeher bei der Ausrichtung von traditionellen und traditionsbildenden Volksfesten und Weihnachtsmärkten den Charakter der freien Selbstverwaltungsaufgabe und der Daseinsvorsorge hervorgehoben haben (BayVGh, Urteil vom 23. März 1988 4 B 86.02336 GewArch 1988, 245). Die sozialen Gesichtspunkte wie Veranstaltung von Altennachmittagen, das Auftreten von Musikkapellen und das Bestehen von Kindernachmittagen spielen bei derartigen Veranstaltungen eine erhebliche Rolle (vgl. BayVGh, a.a.O. S. 246). Es ist auch seit Langem anerkannt, dass für einen traditionsbildenden und traditionellen Weihnachtsmarkt mit kommunalpolitischer Relevanz das Besucherinteresse, vertraute und beliebte Darbietungen aus früheren Veranstaltungen wieder zu finden und den Kontakt mit den Bürgern untereinander sicherzustellen, eine wesentliche Rolle spielt (vgl. BayVGh, Urteil vom 3. März 1980 22.B 1297/79 GewArch 1980, 299).

Die Entledigung von Aufgaben wie traditionsreichen, kulturellen und sozialen Weihnachtsmärkten, die zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises gehören, führt damit inhaltlich zu einer unzulässigen Selbstbeschränkung der kommunalen Selbstverwaltung. Zu Recht wird in der Literatur (vgl. Gröpl, Privatisierung von Messen, Mär-

ten und Volksfesten, GewArch 1995, 367 <370 f.>) darauf hingewiesen, dass bei einer privaten Veranstaltung von sozial, kulturell und traditionsgeprägten Weihnachtsmärkten mit einer erhöhten Gewinnerzielung der privaten Veranstalter zu rechnen ist und deshalb die Standvergütungen von den Besuchern erhöht und auf die Besucher umgelegt werden. Ein erhöhtes Preisniveau schließt aber gerade sozialschwächere Gemeindeeinwohner vom Marktgeschehen aus, erschwert die gesellschaftliche Kommunikation im örtlichen Bereich und trägt darüber hinaus zur Kommerzialisierung des gesamten kommunalen Lebens mit bei.

Zusammenfassend folgt somit aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG auch eine Pflicht der Gemeinde zur grundsätzlichen Sicherung und Wahrung des Aufgabenbestandes, der zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises gehört. Zu diesem Bestand gehört auch die Veranstaltung eines traditionsbildenden und traditionellen Weihnachtsmarktes mit kommunalpolitischer Relevanz, der zugleich das Besucherinteresse an vertrauten und beliebten Darbietungen aus früheren Veranstaltungen beachtet und zur Förderung der Kontakte der Gemeindebürger untereinander beiträgt, bei dem damit soziale und kulturelle Gesichtspunkte prägend sind. Der Gemeinde ist es bei einem derartigen Aufgabenbereich verwehrt, sich der Verantwortung für die Durchführung von Veranstaltungen dieser Art endgültig zu entledigen. Sie muss sich Steuerungs- und Einwirkungsmöglichkeiten zu einer dem Wohl der Gemeindeeinwohner verpflichteten Durchführung von traditionellen Weihnachtsmärkten vorbehalten. Wie wichtig ein derartiger neutraler, „unbefangener“, auch einen fairen Wettbewerb sichernder Einfluss des Hoheitsträgers ist, zeigt gerade der vorliegende Fall, bei dem die „Befangenheit“ der Marktveranstalter im Verhältnis zu den Marktbesuchern offensichtlich ist, wovon auch der Verwaltungsgerichtshof ausgeht. Auch ein weiterer fallbezogener Umstand zeigt die Notwendigkeit des Bestehens einer Steuerungsmöglichkeit durch die Gemeinde selbst. [...]“