

An den Vorsitzenden des Rechtsausschusses
des Deutschen Bundestag
Herrn Andreas Schmidt MdB
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Berlin, 15. Mai 2006

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

am 31. Mai 2006 ist die Anhörung des Rechtsausschusses zur Föderalismusreform, Bereich Finanzen, Haushalt, Wirtschaft. Für diese Anhörung übersende ich beigefügt eine Stellungnahme des Handelsverband BAG zur Neufassung der Gesetzgebungskompetenzen zum Ladenschluss.

Zu den damit im Zusammenhang stehenden Rechtsfragen übersende ich ebenfalls eine gutachtliche Stellungnahme von Professor Dr. Thüsing, Bonn und Professor Dr. Kämmerer, Hamburg. Der Verband und die beiden Professoren sind mit einer Einstellung ins Internet einverstanden.

An der Anhörung am 31. Mai 2006 werden vom Handelsverband BAG der Unterzeichner, geb. 19.01.1940, sowie Herr Dr. Peter Jens Schröder, geb. 06.11.1968, teilnehmen. Beide sind unter der oben angegebenen Telefonnummer erreichbar.

Mit freundlichen Grüßen

gez. RA Anton Wirmer

Anlagen

**Stellungnahme des Handelsverband BAG zur Neufassung der
Gesetzgebungskompetenzen zum Ladenschluss im Rahmen der Föderalismusreform**

1. Das geplante Gesetzespaket zur Föderalismusreform setzt die Vereinbarungen des Koalitionsvertrags vom 18. November 2005 in zum Teil verfassungsändernde Gesetze um. Mit der hierdurch angestrebten Reform der bundesstaatlichen Ordnung ist eines der wichtigsten Reformvorhaben der Koalitionsfraktionen auf den Weg gebracht worden. Die Zuständigkeiten von Bund und Ländern sollen klarer voneinander abgegrenzt und die Gesetzgebung weniger kompliziert und langwierig werden. Das Vorhaben umfasst ein Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes und ein Föderalismusreform-Begleitgesetz sowie gleich lautende politische Entschlüsse von Bundestag und Bundesrat.

2. Zu den wesentlichen Punkten der Reform gehören auch neue Gesetzgebungskompetenzen der Länder. Diesen soll u.a. in ausschließlicher Zuständigkeit auch das Ladenschlussrecht zugewiesen werden, das bisher einen Teilbereich der konkurrierenden Gesetzgebung nach Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bildet (Recht der Wirtschaft). Nicht geändert wird die konkurrierende Zuständigkeit für das Arbeitsrecht nach Artikel 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, allerdings entfällt insoweit die Voraussetzung der Erforderlichkeit eines Bundesgesetzes nach Artikel 72 Abs. 2 GG. Die Zuständigkeit für das Arbeitsrecht umfasst auch die Regelungsmöglichkeiten des Bundesgesetzgebers im Hinblick auf die Arbeitszeiten von Arbeitnehmern in Verkaufsstellen (Arbeitszeitrecht).

Der Handelsverband BAG unterstützt die vorgelegte Neuordnung der Gesetzgebungszuständigkeiten. Sie berücksichtigt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere das Urteil vom 09.06.2004, sie gibt die Möglichkeit, Ladenschlussregelungen stärker an den regionalen Gegebenheiten auszurichten und sie entspricht der grundsätzlichen Regelung in anderen Branchen, nämlich zwischen Vorschriften des Wirtschaftsrechts auf der einen Seite und Regelungen des Arbeitsrechts bzw. Arbeitszeitrechts auf der anderen Seite zu unterscheiden.

3. Konsequenz einer solchen Konzeption ist allerdings, dass die bisher im Ladenschlussgesetz als Spezialregelung enthaltenen Arbeitszeitvorschriften in das Arbeitszeitgesetz des Bundes übernommen werden müssen. Dies gilt insbesondere auch für die Regelungen zum Schutz der Sonn- und Feiertage. Das Recht des Ladenschlusses im verfassungsrechtlichen Sinne ist nicht mit den Regelungsgegenständen des

Ladenschlussgesetzes identisch. Der Begriff des Ladenschlussrechts ist entsprechend seiner funktionellen Ausrichtung als Wirtschaftsrecht zu bestimmen, sein Regelungsbereich umfasst Normen, die durch die Begrenzung der Öffnungszeiten von Verkaufsstellen den Wettbewerb beschränken und den Arbeitnehmer ebenso wie den Selbstständigen vor überlangen Arbeitszeiten und den damit einhergehenden Gesundheitsbeeinträchtigungen schützen. Arbeitsschutz der die Arbeitszeit begrenzt, jedoch nicht am Ladenschluss anknüpft, ist davon nicht umfasst.

4. § 17 Ladenschlussgesetz ist eine ausschließlich arbeitsrechtliche Norm, die, obwohl im Ladenschlussgesetz geregelt, nicht in den Bereich des Ladenschlussrechts fällt. Es gilt nichts anderes als für die Regeln der §§ 9 ff. Arbeitszeitgesetz. Auch hier handelt es sich um eine Regelung der Bedingungen, unter denen abhängig geleistete Dienste erbracht werden. Anders als der Ladenschluss, der gleichermaßen die Tätigkeit abhängig Beschäftigter wie Selbstständiger bestimmt, wird hier nur der Arbeitnehmer von der Regelung erfasst. Vorschriften, wie sie sich zurzeit in § 17 Ladenschlussgesetz finden, fallen also nach Artikel 74 Abs. 1 Nr. 12 GG weiterhin in die konkurrierende Kompetenz des Bundesgesetzgebers und können von ihm modifiziert werden, soweit Anknüpfungspunkt nicht die Öffnung von Verkaufsstellen, sondern die Beschäftigung von Arbeitnehmern ist.

Trennt man die Kompetenz zur Regelung des Ladenschlusses von der Kompetenz zur Regelung des Arbeitsrechts, dann können sich unterschiedliche Zeiten der Beschäftigung von Arbeitnehmern und Zeiten der Öffnung von Verkaufsstellen ergeben: Arbeitnehmer können unter Umständen nur für einen Teil der Ladenöffnungszeiten beschäftigt werden. Aus dem Blickpunkt des Ladenschlussrechts aber ebenso aus der Sicht des Arbeitsrechts ist dies durchaus systemkonform. Das Vorhaben der Föderalismuskommission bildet damit die Chance für eine systemstimmige Abgrenzung von Wirtschafts- und Arbeitsrecht. Das bisherige Ladenschlussgesetz stützte sich - vom Bundesverfassungsgericht mehrfach festgestellt - auf beide Kompetenztitel.

5. Eine Überführung der rein arbeitsrechtlichen Regelungen des Ladenschlussgesetzes in das Arbeitszeitgesetz wird dadurch erleichtert, dass beide Gesetze der gleichen Systematik folgen. Vorrangiges Regelungsinstrument sollte daher weiterhin eine Beschränkung des Rechts eines Arbeitgebers sein, Arbeitnehmer überhaupt an Sonn- und Feiertagen zu beschäftigen. Es wäre also nach der angestrebten Neufassung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform möglich, durch Bundesgesetz das in der Koalitionsvereinbarung formulierte Ziel zu realisieren, die Anzahl

der verkaufsoffenen Sonntage auf maximal vier pro Jahr zu beschränken, soweit es die Beschäftigung von Arbeitnehmern betrifft.

Der Handelsverband BAG setzt sich dafür ein, dass möglichst im zeitlichen Zusammenhang mit der Föderalismusreform die Arbeitszeitvorschriften aus dem Ladenschlussgesetz ins Arbeitszeitgesetz übernommen werden und zugleich die Koalitionsvereinbarung umgesetzt wird.

Berlin, 15. Mai 2006

Ladenschlussrecht und Arbeitszeitrecht

**- Gesetzeskompetenzen *de lege ferenda* auf Grundlage der Beschlussfassung zur
Föderalismusreform -**

Gutachtliche Stellungnahme

auf Anfrage der

Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels e.V.
– Handelsverband BAG -

erstattet durch

Prof. Dr. *Gregor Thüsing* LL.M. (Harvard)
Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit
Universität Bonn

und

Prof. Dr. *Jörn Axel Kämmerer*, Maître en droit
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht
Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg

2006

Gliederung

A) Sachverhalt und Rechtsfragen	3
B) Rechtsausführungen	5
I. Konkurrierende und ausschließliche Gesetzgebungskompetenz	6
II. Der spezifische Regelungsgegenstand des Ladenschlussrechts	8
1. Auslegung des Begriffs	8
a) Wortlaut und Systematik	9
b) Entstehung und Entwicklung des Ladenschlussrechts	10
c) Funktionelle Ausrichtung des Ladenschlussrechts	11
2. § 17 LadenschlussG als genuin arbeitsrechtliche Norm	14
3. Zuständigkeit der Länder kraft Sachzusammenhangs?	15
4. Erforderlichkeit einheitlicher Regelung der Arbeitszeiten von Arbeitnehmern in Verkaufsstellen	17
5. Erstes Fazit	19
III. Reichweite des Arbeits(zeit)rechts als alternativer Regelungsgegenstand	19
1. Spezifischer Schutzzweck des Arbeitszeitrechts	20
2. Unterschiedliche Regelungen aufgrund unterschiedlicher Zielrichtung	20
3. Einschränkungen aus dem Gebot der Bundestreue	21
IV. Trennung von Ladenschlussrecht und Arbeitszeitrecht als Chance zur systemstimmigen Abgrenzung von Wirtschaftsrecht und Arbeitnehmerschutz	23
V. Mögliche Neuregelung der Arbeitszeit an Sonn- und Feiertagen durch den Bundes- gesetzgeber: Beschränkung der Beschäftigungszeiten von Arbeitnehmern auf vier verkaufsoffene Sonntage	25
VI. Zusammenfassung	29

A) Sachverhalt und Rechtsfragen

Das geplante Gesetzespaket zur Föderalismusreform setzt die Vereinbarungen des Koalitionsvertrags vom 18.11.2005 in (zum Teil verfassungsändernde) Gesetze um. Mit der hierdurch angestrebten Reform der bundesstaatlichen Ordnung ist eines der wichtigsten Reformvorhaben der Koalitionsfraktionen auf den Weg gebracht worden: Die Zuständigkeiten von Bund und Ländern soll klarer voneinander abgegrenzt, die Gesetzgebung weniger kompliziert und langwierig werden. Das Vorhaben umfasst ein Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes und ein Föderalismusreform-Begleitgesetz sowie gleichlautende politische Entschlüsse von Bundestag und Bundesrat. Das Begleitgesetz enthält die einfachgesetzlichen Änderungen, jeweils mit Begründung. Die Entschlüsse umfassen die Begleittexte der Anlage 2, die nicht bereits durch das Föderalismusreform-Begleitgesetz umgesetzt werden. Der Deutsche Bundestag und der Bundesrat haben ihre parlamentarische Beratung am 10. März 2006 aufgenommen.

Zu den wesentlichen Punkten der Reform gehören auch neue Gesetzgebungskompetenzen der Länder. Diesen soll in ausschließlicher Zuständigkeit auch das Ladenschlussrecht zugewiesen werden, das bisher ein Teilbereich der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bildet („Recht der Wirtschaft“). Die neugefasste Regelung soll daher wie folgt lauten: (s. BT-Drucks. 16/813, S. 3):

„das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen) ohne das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte“.

Nicht ausdrücklich geregelt ist damit, ob mit dieser Verlagerung auch Regelungen der Arbeitszeit der Länderebene überantwortet werden oder im Rahmen der konkurrierenden Zuständigkeit von diesen geregelt werden können und sollten. Dies zu beurteilen ist die BAG mit der Bitte um eine gutachtliche Stellungnahme an uns herangetreten. Hiernach ist insb. zu folgenden Fragen Stellung zu nehmen:

- Welche Regelungsmaterien umfasst das Ladenschlussrecht? Insb.: Ist es gleichzusetzen mit der Regelungsmaterie des Ladenschlussgesetzes? Erlaubt diese

Kompetenz auch Regelungen zur Arbeitszeit der in öffentlichen Verkaufsstellen beschäftigten Arbeitnehmer zu treffen? Wenn ja: In welchem Ausmaß?

- Soweit die Arbeitszeit der in öffentlichen Verkaufsstellen beschäftigten Arbeitnehmer nicht aufgrund ausschließlicher Gesetzgebungskompetenz durch die Länder geregelt werden kann: Sind dem Bundesgesetzgeber auch solche Regelungen der Arbeitszeit möglich, die mittelbar Einfluss auf die Öffnung von Verkaufsstellen haben können?

- Wo liegen die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Regelung durch den Bund? Welche rechtspolitischen Argumente sprechen für eine einheitliche Regelung der Arbeitszeit von in öffentlichen Verkaufsstellen beschäftigten Arbeitnehmern durch den Bund?

B) Rechtsausführungen

Das Vorhaben der Föderalismusreform bedeutet einen historischen Schritt in der Neuordnung der bundesstaatlichen Ordnung. Dies gilt ganz allgemein wie auch für die besondere Materie des Ladenschlusses. Der Ladenschluss ist in Deutschland fast immer einheitlich geregelt worden. Vor dem Weltkrieg galten die §§ 22, 23 AZO; die erste reichsrechtliche Regelung des Ladenschlusses erfolgte jedoch bereits durch das Arbeitsschutzgesetz vom 01.06.1891, womit die §§ 41a und 105 b-h in die Gewerbeordnung eingeführt wurden. Nach dem Krieg hatten Bremen, Baden, Württemberg-Hohenzollern und Berlin eigene Regelungen über die Ladenverkaufszeiten und den Ladenschluss erlassen¹. Diese Regelungen wurden dann durch das Gesetz über den Ladenschluss vom 28.11.1956 (BGBl. I. S. 875) ersetzt. Diese einheitliche, seit nunmehr fast einem halben Jahrhundert bestehende Regelung des Ladenschlusses war immer schon umstritten. Das Interesse der Bevölkerung an einem möglichst ungehinderten Einkauf, das der Unternehmer an ungehindertem oder ganz im Gegenteil: eingeschränktem Wettbewerb und jenes der Arbeitnehmer an möglichst festen, geregelten Arbeitszeiten standen sich jeweils gegenüber. Anders als ehemals der Bund sollen nun die Länder hier einen Ausgleich formulieren. Wie weitgehend und im Hinblick auf welche Interessen sie handeln können, wird jedoch vor allem dadurch entschieden, in welchem Bereich ihre Zuständigkeiten neu begründet werden. Um dies zu ermessen, soll im Folgenden schrittweise vorgegangen werden. Am Anfang wird die Systematik von konkurrierender und ausschließlicher Gesetzgebungskompetenz erörtert (I.), um danach in einem zweiten Schritt auf Rechtsgrundlage, Herkunft und Funktion des Ladenschlussrechtes einzugehen (II.). Dem soll dann das Arbeitszeitrecht als alternativer Regelungsgegenstand gegenüber gestellt werden (III.). Sind die Argumente dann ausgebreitet und die Systematisierung unternommen, soll verdeutlicht werden, dass in der Trennung von Ladenschlussrecht und Arbeitszeitrecht die Chance einer systemstimmigen Abgrenzung von Wirtschaftsrecht und Arbeitnehmerschutz liegt (IV.). Nach einem Blick auf einen zurzeit diskutierten Vorschlag für eine Neuregelung (V.) folgt eine Zusammenfassung in Thesen (VI.).

¹ Bremen, Gesetz vom 18.7.1950; Baden, Gesetz vom 28.3.1951; Württemberg-Hohenzollern, Verordnung vom 22.9.1948; Berlin, Gesetz vom Ladenschlussverkehr 8.11.1951. Zur Entwicklung des Ladenschlussrechts s. auch *Stober*, Ladenschlussgesetz, 2. Aufl. 1988, Einf. Rn. 1 ff. sowie *Richardi*, Grenzen industrieller Sonntagsarbeit, 1988, S. 20 ff. – dort auch umfangreiche Nachweise älterer Literatur.

I. Konkurrierende und ausschließliche Gesetzgebungskompetenz

An der Unterscheidung zwischen konkurrierender und ausschließlicher Gesetzgebungskompetenz will auch die Föderalismusreform nichts ändern. Auszugehen ist von der Grundnorm des Art. 70 GG. Danach haben die Länder die Zuständigkeit zur Gesetzgebung, soweit sie nicht ausdrücklich dem Bund durch das Grundgesetz verliehen wird. Regelungen hierzu treffen in erster Linie die Art. 71–75 GG. Hiernach wird unterschieden zwischen der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 71 GG, der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 72 GG und – bislang – der Rahmengesetzgebung nach Art. 75 GG. Die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes schließt die Länder von der Gesetzgebung aus, soweit und solange nicht durch Bundesgesetz eine ausdrückliche Ermächtigung erteilt wird. In Bereichen der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz können Bund oder Länder tätig werden, letztere jedoch nur insoweit, als der Bund nicht bereits tätig geworden ist. Besteht nach dem Katalog des Art. 74 bzw. des (künftig entfallenden) Art. 74a GG eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes, ist nach der bisher geltenden Fassung des Art. 72 Abs. 2 GG Voraussetzung für ein Tätigwerden des Bundesgesetzgebers, dass die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Dieser Maßstab löste zum 15.11.1994 den ehemals geltenden Maßstab ab, der ein Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung genügen ließ. Die damalige Einschränkung erlangte geringe Bedeutung und durch die nunmehr gültigen Erforderlichkeitsklauseln war eine schärfere Abgrenzung der Zuständigkeiten beabsichtigt². Diese Absicht gelangte jedoch erst mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 24.10.2002 („Altenpflegegesetz“) zum Durchbruch, in dem das Gericht die Erforderlichkeitsmaßstäbe des Art. 72 Abs. 2 GG erstmals in justiziable Formeln aufschlüsselte und auf dieser Grundlage eine strenge Erforderlichkeitsprüfung vornahm³. Diesen strengeren Maßstab sah das Bundesverfassungsgericht in einem Urteil vom 09.06.2004⁴ für Teile des Ladenschlussrechts als nicht mehr erfüllt an. Wörtlich führte es aus:

² S. hierzu Sachs/*Degenhart*, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 72 Rn. 5. ff., 10; Jarass/*Pieroth-Pieroth*, GG, 8 Aufl. 2006, Art. 72 Rn. 10.

³ BVerfG vom 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62 – Altenpflegegesetz.

⁴ BVerfG v. 9.6.2004 – 1 BvR 636/02, BVerfGE 111, 10 = NJW 2004 S. 2363 ff.; hierzu auch *Linder*, NJW 2005, 399; *Poschmann*, NVwZ 2004, 1318; *Rozek*, ArbuR, 2005 169; *Ruess*, WRP 2004, 1324; *Tegebauer*, GewArch 2004, 321; *Webers*, GewArch 2005, 60.

„Eine bundesrechtliche Regelung des Ladenschlusses ist für die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder für die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse nicht erforderlich. In den Gesetzesmaterialien zur Novellierung des Ladenschlussgesetzes im Jahre 1996 finden sich keine Darlegungen zum Vorliegen dieser Voraussetzungen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass insbesondere die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des deutschen Wirtschaftsraums oder die Vermeidung der Rechtszersplitterung eine bundesstaatliche Rechtsetzung über die Ladenöffnungszeiten erfordert. Der Gesetzgeber hat durch weit reichende Ermächtigungen an die Bundesländer zur Schaffung von Ausnahmen selbst zum Ausdruck gebracht, dass er einheitliche rechtliche Regelungen für das gesamte Bundesgebiet nicht für geboten erachtet. Ein Erfordernis bundeseinheitlicher Regelung hat sich auch nach der Novellierung im Jahre 1996 nicht gezeigt. Vielmehr sind die Ausnahmemöglichkeiten mit der erneuten Novellierung im Jahre 2003 noch erweitert worden.“

Dennoch hielt das Gericht den Bund weiterhin für berechtigt, das Ladenschlussgesetz fortzuschreiben. Gelte ein Bundesgesetz gemäß Art. 125a Abs. 2 S. 1 GG als Bundesrecht fort, obwohl die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG in der seit 1994 maßgebenden Fassung nicht erfüllt seien – was auf das Ladenschlussgesetz zutrefte –, bleibe der Bundesgesetzgeber zur Änderung einzelner Vorschriften zuständig, doch sei ihm eine grundlegende Neukonzeption verwehrt. Eben eine Reaktion hierauf war auch die nunmehrige Entscheidung der Föderalismuskommission, das Ladenschlussrecht der landesgesetzlichen Kompetenz zuzuweisen.

Für die Ablösbarkeit des Bundesrechts durch Landesrecht bestimmt das Grundgesetz, dass allein der Wegfall der bundesstaatlichen Erforderlichkeit die Regelungskompetenz der Länder nicht stets aktiviert. Vielmehr kann ein Bundesgesetz erforderlich werden, das bestimmt, dass eine bundesgesetzliche Regelung durch Landesrecht ersetzt werden kann („Freigabegesetz“). Dies folgt nach bisherigem Recht für den Wegfall der tatbestandlichen Voraussetzungen der bundesstaatlichen Erforderlichkeit aus Art. 72 Abs. 3 GG (künftig Absatz 4) und für die Sonderkonstellation, dass ein Gesetz der alten, d.h. vor 1994 anwendbaren, aber nicht der seither geltenden verfassungsrechtlichen Erforderlichkeitsklausel (Art. 72 Abs. 2 GG) genügt, aus Art. 125a Abs. 2 Satz 2 GG.

Sobald der Bundesgesetzgeber jedoch die Gesetzgebungszuständigkeit für den Ladenschluss durch Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG den Ländern überträgt, entfällt dieser Vorbehalt eines Freigabe-Bundesgesetzes. Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG n.F. bestimmt, dass das Bundesgesetz dann von den einzelnen Ländern – und zwar jederzeit – durch Landesrecht

ersetzt werden kann. Soweit ein Land von dieser Zuständigkeit nicht Gebrauch macht, bleibt es bei der (partikulären) Geltung des Bundesrechts, dessen Fortgeltung Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG n.F. aber ausdrücklich bestätigt. Andernfalls tritt das neu erlassene Landesrecht an die Stelle des Bundesgesetzes. Das Ladenschlussrecht kann mithin nach Inkrafttreten der beabsichtigten Grundgesetzreform ohne Rücksicht auf bestehende bundesrechtliche Regelungen durch die Länder neu gestaltet werden.

Für Materien im Umfeld des Ladenschlusses, die in konkurrierender Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers bleiben, begründet das bestehende Bundesrecht eine Kompetenzsperre, die landesgesetzliche Regelungen grundsätzlich ausschließt. Unter welchen Voraussetzungen der Bund legislativ tätig werden kann, hängt davon ab, ob die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG Anwendung erheischt. Die Föderalismusreform sieht eine differenzierte Regelung vor, nach der die Klausel etwa für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) weiterhin gelten soll, nicht jedoch für das Arbeitsrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Wo die Erforderlichkeitsklausel fortgilt, kann eine Landeszuständigkeit erst dadurch begründet werden, dass der Bundesgesetzgeber nach Art. 72 Abs. 3 GG die Erforderlichkeit einer einheitlichen Regelung nicht mehr annimmt und daher das Bundesgesetz zur Ersetzung durch die Länder freigibt⁵.

II. Der spezifische Regelungsgegenstand des Ladenschlussrechts

Um hiernach die zukünftigen Zuständigkeiten zur Regelung der mit dem Ladenschluss zusammenhängenden Materie zu bestimmen, bedarf es einer *Definition des Ladenschlussrechts*. Was die Föderalismuskommission hierunter im Einzelnen subsumieren wollte, ist unklar. Nähere Prüfung zeigt, dass sich das Ladenschlussrecht nach dem Maßstab des Grundgesetzes nicht mit den Regelungen des Ladenschlussgesetzes deckt.

1. Auslegung des Begriffs

Grundlage der Interpretation des Grundgesetzes sind - seiner rechtsnormativen Qualität entsprechend - die allgemeinen juristischen Auslegungsregeln von Gesetzen. Dabei ist Ziel der Auslegung der objektive Sinngehalt der Norm, nicht der subjektive Wille des historischen Normsetzers als solcher, was dessen Nutzung als Auslegungsmittel jedoch nicht ausschließt.

⁵ Zu diesem Erfordernis einer einheitlichen Regelung siehe auch Abschn. II. 4 der Stellungnahme, S. 11.

Bei den Auslegungsmitteln ist der überkommene Kanon von Auslegungsgesichtspunkten von zentraler Bedeutung, zu dem sich auch das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung bekennt: Ausgehend vom Wortlaut der Norm sind Entstehungsgeschichte, systematischer Zusammenhang und insbesondere Sinn und Zweck der Regelung zu berücksichtigen⁶.

Gerade im Zusammenhang mit der Auslegung der Kompetenzzuweisungen hat sich eine Zweiteilung ergeben. Unterschieden wird nach der Art der Bezeichnung der jeweiligen Kompetenzmaterie⁷. Sie kann faktisch-deskriptiv oder aber normativ-rezeptiv erfolgen, also entweder durch Benennung der zu regelnden Lebenssachverhalte nach faktischen Kriterien (z.B. Luftverkehr, Erzeugung und Nutzung von Kernenergie⁸) oder aber durch Aufnahme eines vorgefundenen Normenbereichs als zu regelnde Materie in die Kompetenznorm („Arbeitsrecht“). Hier geht es um ein Mittelding. Die Kompetenzzuweisung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG insgesamt ist faktisch-deskriptiv („Wirtschaft“), ihre angestrebte Einschränkung („Ladenschlussrecht“) normativ-rezeptiv. Zu suchen ist damit eine *Schnittmenge*: In ausschließlicher Landeskompetenz liegen künftig Gesetze, die dem Bereich der Wirtschaft zuzuordnen sind, soweit ihre einfachgesetzliche Ausformung dem Bereich des Ladenschlussrechts zuzuordnen sind.

a) Wortlaut und Systematik

„Ladenschlussrecht“ ist ein verfassungsrechtlicher Neologismus, gab es doch das Ladenschlussrecht bislang nicht als Kompetenzzuweisung, und auch findet es sich in anderem Zusammenhang im Grundgesetz nicht. In verschiedenen landesrechtlichen Regelungen wird der Begriff verwendet, insbesondere in den Verordnungen zur Ausfüllung der im Ladenschlussgesetz ausgesprochenen Ermächtigung an den Landesgesetzgeber⁸. Auch hier verzichtet man freilich auf eine Präzisierung des Begriffs. Es ist insofern davon auszugehen, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber mit der Verwendung des Begriffes „Ladenschluss“ eine Anknüpfung an das überkommene, durch die Vorschriften des Ladenschlussgesetzes geformte Begriffsverständnis sucht. Dies impliziert jedoch keineswegs, dass „Ladenschluss“ den gesamten Inhalt des bisherigen Ladenschlussgesetzes umfasst; wichtige Erwägungen deuten vielmehr auf ein enges Verständnis, das sich tatsächlich im Öffnen und Schließen eines Ladengeschäftes erschöpft.

⁶ S. hierzu Sachs/Sachs, GG Einführung Rn. 37 ff. und die dortigen Nachweise in Fußnote 88.

⁷ S. Stern, Staatsrecht II, S. 607 ff.; Sachs/Degenhard, GG Art. 70 Rn. 44 ff.

⁸ So in § 8 ArbSchZustV HE; Teil I der Anlage zur ZustVO ArbTG NW; ebenso in der Anlage zur AGSchZuVO RP und der Anlage zur SmAsZuVO SN.

Greift die Systematik ins Leere, so kommt dem *Wortlaut* ein umso größeres Gewicht zu: Er deutet auf ein enges Verständnis, das Ladenschlussrecht als das Recht der Schließung der Läden („Laden-Schluss“) und, als *actus contrarius*, ihrer Öffnung, begreift. Danach stünde den Ländern nur Befugnis zu, die Zeiten festzusetzen, zu denen Güter und Dienstleistungen in Ladengeschäften angeboten werden dürfen. Der Begriff des Ladenschlussrechts deckt sich unter dieser Prämisse jedenfalls *nicht* mit den Regelungsgegenständen des Ladenschlussgesetzes. So enthält das Ladenschlussgesetz Regelungen, die nicht den Ladenschluss selbst betreffen, sondern mit ihm nur in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Solche Regelungen zum Ladenschluss im weiteren Sinn finden sich aber auch etwa in § 7 Abs. 1 GastG und auch in § 6 AMPPreisV. So regelt insbesondere § 17 LadenschlussG nicht die Öffnungszeiten einer Verkaufsstelle, sondern allein die Beschäftigung von Arbeitnehmern und ist damit eine Sonderregelung zu den allgemeinen Vorschriften des ArbZG – wie schon die Abschnittsüberschrift des Gesetzes deutlich macht („Besonderer Schutz der Arbeitnehmer“). Ebenso wie damit das Arbeitszeitrecht nicht allein im ArbZG geregelt ist und ebenso etwa wie im BErzGG nicht allein das Bundeserziehungsgeld geregelt ist, sondern auch weitergehende Ansprüche während des Erziehungsurlaubs, bildet schon nach einer am Wortlaut orientierten Auslegung der Ladenschluss (d.h. die Geschäftszeiten) zwar einen wesentlichen Bestandteil des Ladenschlussgesetzes, geht jedoch teilweise darüber hinaus.

b) Entstehung und Genese des Ladenschlussrechts

Dieses enge Verständnis des neuen Verfassungsbegriffs „Ladenschluss“ wird bestätigt durch die historische Auslegung⁹. Maßgeblich sind insoweit die Genese und Ratio der Ladenschlussregelungen.

Ursprünglich wurden, wie eingangs dargelegt, die Öffnungszeiten von Verkaufsstellen gar nicht unmittelbar geregelt, sondern nur mittelbar: durch Regelungen zur Beschäftigung von Arbeitnehmern an bestimmten Tagen und zu bestimmten Zeiten. Die Einbeziehung von Verkaufsstellen, in denen Arbeitnehmer *nicht* beschäftigt werden, geschah erst später: zunächst durch die Arbeitszeitordnung, dann durch das Ladenschlussgesetz. Schon in seiner ersten Entscheidung zum Ladenschlussgesetz wies das BVerfG am 20.5.1952 auf die doppelte Zielrichtung dieser einfachgesetzlichen Vorschriften hin:

⁹ Zur Bedeutung der „Tradition“ gerade bei normativ ausgeformten Kompetenztiteln Sachs/*Degenhard*, GG Art. 70 Rn. 47.

„Die Ladenschlussregelung in der Arbeitszeitordnung hat zunächst den Arbeitsschutz der Ladenangestellten, dann aber auch die Schaffung gesunder Wettbewerbsverhältnisse zwischen Ladeninhabern insofern zum Ziel, als eine übermäßige Konkurrenz durch willkürliche Ladenöffnungszeiten gesteuert werden sollte“¹⁰

Überdies spricht es von einem „Vorwiegen des wettbewerblichen Motivs“¹¹. *Funktionswandel und Entwicklungsoffenheit der Ladenschlussgesetzgebung* wurden in der folgenden Rechtsprechung des BVerfG immer wieder betont. Das Gericht machte damit deutlich, dass das Ziel des Arbeitsschutzes dem einfachgesetzlichen Ladenschlussrecht keineswegs begriffsimmanent war, sondern vielmehr nach und nach in den Hintergrund rückte: „Neben der Festsetzung der Arbeitszeit durch Gesetz und Tarifverträge verlor zwar die Ladenschlussregelung als Arbeitszeitschutz an Bedeutung; dafür trat der Gedanke der Wettbewerbsneutralität stärker in den Vordergrund, der von Anfang an zur Einbeziehung auch der ohne Personal arbeitenden Ladeninhaber in die Ladenschlussregelung (der AZO) geführt hatte“¹².

Die historisch-genetische Betrachtung des Begriffes „Ladenschluss“ führt nach alledem nicht zu der Erkenntnis, dass dem Begriff jenseits des offenkundigen Inhalts – das Öffnen und Schließen der Ladentüren – ein spezifischer und feststehender Bedeutungsgehalt zuerkannt wurde. Vielmehr war das Gesetzesrecht insoweit entwicklungsoffen. Angesichts dieses Pragmatismus beim Regelungsansatz kann die aktuelle Fassung des Ladenschlussgesetzes nicht als abschließender und maßgebender Kanon zur Bestimmung des Inhalts des verfassungsrechtlichen Topos „Ladenschlussrecht“ begriffen werden. Vielmehr kommt es darauf an, ob die einzelnen Regelungen des Ladenschlussgesetzes in Ansehung ihres normativen Kontextes untereinander sowie desjenigen zwischen dem Ladenschlussgesetz und anderen bundesgesetzlichen Regelungen sich als einheitliche Materie „Ladenschlussrecht“ präsentieren oder nicht vielmehr das Ladenschlussgesetz einzelne Regelungen enthält, die ganz anderen Sachbereichen als dem Ladenschluss zugehören, in casu dem Arbeitsrecht.

c) Funktionelle Ausrichtung des Ladenschlussgesetzes

¹⁰ BVerfG v. 20.5.1952 – 1 BvL 3/51 u.a., BVerfGE 1, 283.

¹¹ BVerfG v. 20.5.1952 – 1 BvL 3/51 u.a., BVerfGE 1, 283.

¹² BVerfG v. 29.11.1961 – 1 BvR 760/57, BVerfGE 13,237 = NJW 1962, 99.

Die bereits angedeutete funktionelle Ausrichtung des Ladenschlussgesetzes – und sein funktionaler Wandel – können vom Systemzusammenhang nicht klar geschieden werden. Ausgangspunkt war der Schutz des Arbeitnehmers im Einzelhandel vor überlangen Arbeitszeiten, insbesondere am Wochenende und in den Nachtstunden, sowie der Wille, die Einhaltung der Arbeitszeitbestimmung für die Arbeitnehmer tatsächlich sicherzustellen, zumindest ihre Kontrolle wirksamer zu machen¹³. Der Gesetzgeber erfüllt damit seine Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 GG.

Daneben trat jedoch als über den Arbeitsschutz hinausgehender Schutzaspekt die Wettbewerbskomponente. Das Spektrum reicht in einer schon seit vielen Jahren geführten Diskussion von der Einstufung der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung als Reflex des Arbeitsschutzes¹⁴ bis zur eigenständigen wettbewerbsrechtlichen Funktion des Ladenschlussrechts¹⁵. Unbestritten ist, dass durch die Einbeziehung von Selbständigen der Wettbewerbsnachteil der an die Beschäftigungszeiten von Arbeitnehmern gebundenen Unternehmen beseitigt werden soll:

„Ein mit dem Arbeitszeitschutz zusammenhängender Zweck des Ladenschlussgesetzes ist die Sicherung der Wettbewerbsneutralität ... Würde das Ladenschlussrecht nur für Verkaufsstellen gelten, in denen Arbeitnehmer beschäftigt werden, hätten Inhaber- oder Familienbetriebe insoweit einen Wettbewerbsvorteil, als sie für den geschäftlichen Verkehr mit den Kunden auch während der Zeit geöffnet sein dürften, in denen Verkaufsstellen, die Arbeitnehmer einsetzen, geschlossen sein müssten“¹⁶

Durch die Gleichstellung aller Verkaufsstellen sollte also gesichert werden, dass größere Geschäfte nicht aufgrund der Schutzregelungen zugunsten ihrer Angestellten schlechter gestellt werden als mit ihnen konkurrierende kleine Geschäfte ohne Personal¹⁷. Die Ungleichheit der Chancen aber wird erst durch die Arbeitnehmerschutzregelungen hervorgerufen. Dies könnte zu der Folgerung verleiten, dass der Wettbewerbsschutz als ein dem Arbeitsschutz nachgeordneter Zweck zu verstehen wäre, dem kaum eigenständige Bedeutung zukäme. Und in der Tat finden sich Stimmen im Schrifttum, die mit der

¹³ BVerfG v. 20.5.1952 – 1 BvL 3/51 u.a., BVerfGE 1, 283.; zuletzt auch BVerfG v. 9.6.2004 – 1 BvR 636/02, BVerfGE 111,10 = NJW 2004 S. 2363.

¹⁴ S. *Stober*, GewArch 1982, S. 1,7.

¹⁵ So die herrschende Meinung s. bereits *Scholz*, BRP 1974, S. 365, 369; *Vogt/Vogt*, NJW 1984, S. 2867.

¹⁶ BVerfG v. 9.6.2004 – 1 BvR 636/02, BVerfGE 111,10 = NJW 2004 S. 2363.

¹⁷ S. auch *Kehrberg*, GewArch 2001, S. 15.

Begründung für die Abschaffung des Ladenschlussgesetzes plädieren, dass es den Wettbewerb nicht schütze, sondern im Gegenteil verzerre¹⁸.

Das Bundesverfassungsgericht und zahlreiche Stimmen aus der Literatur sehen dies ganz anders: Die ursprüngliche Schutzrichtung des Ladenschlussgesetzes habe sich heute umgekehrt. Aus der Änderung der gesellschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse habe sich der gleichrangige, eigenständige Zweck des Schutzes der „Kleinen“ vor der Verdrängung durch „Große“ gebildet. Diese könnten mit Hilfe von Schichtbetrieb länger geöffnet halten und so die Kaufkraft zum Nachteil der Kleinen abschöpfen. Das Bundesverfassungsgericht führt in seiner Entscheidung vom 9.4.2004 hierzu aus:

„Die Begrenzung der Ladenöffnung am Abend dient ferner dem Ziel, Geschäfte ohne oder mit wenigen Beschäftigten in der Konkurrenz mit großen Unternehmen insoweit nicht zu benachteiligen, als es diesen leichter fallen kann, mit Hilfe von Schichtarbeit länger geöffnet zu haben. Der Schutz vor Konkurrenz ist zwar nicht als eigenständiges Ziel zur Beschränkung der Berufsfreiheit anzuerkennen Es ist dem Gesetzgeber aber nicht verwehrt, Konkurrenzvorteile zu unterbinden, die aus der Verfolgung eines anderweitigen legitimen Schutzziels abgeleitet werden können, wie hier aus den Schutzvorkehrungen für Ladenangestellte“¹⁹

Das Ladenschlussgesetz ist damit zu einem Gesetz zum Schutz des Mittelstandes geworden. Hinzu mag als weiteres Ziel treten, den kleineren Unternehmer vor der „Ausbeutung durch sich selbst“ zu schützen. Wer als Unternehmer ohne Arbeitnehmer nur über geringe finanzielle Ressourcen und Gewinnmargen verfügt, der kann vergleichbar einem Angestellten schutzbedürftig sein, und die Regelung des Ladenschlusses schützt ihn dann vor den gleichen Risiken schädigender Selbstbestimmung, die dem Arbeitnehmer durch schädigende Fremdbestimmung drohen. Eine solche Gleichbehandlung findet sich auch in anderer moderner Schutzgesetzgebung und auch auf europäischer Ebene: So bezieht die Richtlinie 2002/15/EG über die Arbeitszeit der Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben, nicht allein den abhängig beschäftigten Arbeitnehmer ein, sondern auch den selbständigen Spediteur, der selbst am Steuer sitzt.

¹⁸ S. insbesondere *Schunder*, NJW 2003, S. 2183.

¹⁹ BVerfG v. 9.6.2004 – 1 BvR 636/02, BVerfGE 111,10 = NJW 2004 S. 2363; s. ebenso *Kehrberg*, Gewerbearchiv 2001, S. 15; siehe auch *Söhn*, NJW 1982, 319 in Kommentierung der Gesetzesbegründungen: „Ehrlicher wäre es gewesen, das entscheidende Gewicht ohne den Deckmantel des Arbeitsschutzes auf die ‚Wahrung gleicher Wettbewerbsbedingungen‘ zu legen“; in diese Richtung auch BGH v. 7.11.1980 – I ZR 160/78, BGHZ 79, 99 = BB 1981, 628, 629; BGH v. 26.3.1976 – I ZR 65/74, BGHZ 66, 159 = NJW 1976, 964.

²¹ Hueck/Nipperdey-Hueck: Arbeitsrecht 6. Aufl. Bd. 1 1959, S. 764.

Für die Tragweite des verfassungsrechtlichen Begriffs des Ladenschlussrechts folgt aus diesen Betrachtungen: Ladenschlussregelungen sind solche, die durch die Begrenzung der Öffnungszeiten von Verkaufsstellen den Wettbewerb beschränken und den Arbeitnehmer sowie den Selbständigen vor überlangen Arbeitszeiten und den damit einhergehenden Gesundheitsbeeinträchtigungen schützen. Arbeitnehmerschutz bleibt ein Ziel der Ladenschlussregelungen, wenngleich nur eines unter anderen, nicht minder wichtigen Zielen. Daraus folgt aber nicht, dass eine im Ladenschlussgesetz bisher enthaltene Regelung, die auf Arbeitnehmerschutz gerichtet ist, stets schon deshalb unter den verfassungsrechtlichen Begriff des Ladenschlusses fällt und somit von der Übertragung der Gesetzgebungskompetenz für den Ladenschluss auf die Länder mit erfasst wird. Würde man dies annehmen, so könnten die Länder künftig allein dadurch, dass sie arbeitsrechtliche Regelungen mit ihren Landesladenschlussgesetzen verbinden, dem Bund die Gesetzgebungshoheit für das Arbeitsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) teilweise abgeben. Vielmehr muss differenziert werden: Ist eine Regelung primär auf Arbeitnehmerschutz gerichtet, der durch Begrenzung der Arbeitszeit bewirkt wird, fällt sie auch dann, wenn insoweit aus Praktikabilitätsabwägungen dafür ganz oder teilweise an die Ladenöffnungszeiten angeknüpft wird, nicht unter den verfassungsrechtlichen Begriff des Ladenschlusses, sondern des Arbeitsrechts. Für § 17 LadenschlussG soll dies im Folgenden belegt werden.

2. § 17 LadenschlussG als genuin und ausschließlich arbeitsrechtliche Norm

§ 17 LadenschlussG, der ausweislich der Abschnittsüberschrift dem „besonderen Schutz der Arbeitnehmer“ dient und deren Arbeitszeit an Sonn- und Feiertagen regelt, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht eine genuin arbeitsrechtliche Norm. Die Bestimmung regelt nicht den Ladenschluss, sondern im Umfeld des Ladenschlusses den zulässigen Arbeitsumfang an Sonn- und Feiertagen. Es fällt auf, dass eine entsprechende Regelung für die übrigen Wochentage nicht vorgesehen ist. Dies zeigt den Zusammenhang der Bestimmung mit Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV (Sonntag und staatlich anerkannte Feiertage als Tage der Arbeitsruhe). Art. 139 WRV statuiert keine eigene Gesetzgebungsbefugnis, sondern knüpft diese an die jeweilige Sachmaterie. Soll der Schutz der Arbeitnehmer, ihre Erholung und Erbauung an Feiertagen, gewährleistet werden, deutet dies auf einen Zusammenhang mit dem Arbeitsrecht. Insoweit fällt auf, wie eng § 17 LadenschlussG mit den §§ 9 ff. ArbZG verzahnt ist, die gleichfalls die Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen regeln.

Auch hier handelt es sich um eine Regelung der Bedingungen, unter denen abhängig geleistete Dienste erbracht werden. § 17 LadenschlussG ist gegenüber diesen Vorschriften teilweise als *lex specialis* zu verstehen.

§ 17 LadenschlussG fällt also, obwohl im Ladenschlussgesetz geregelt, nicht in den Regelungsbereich des Ladenschlussrechts i.S. des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zukünftige Fassung. Dies gilt umso mehr, als anders als beim Ladenschluss im Übrigen, der gleichermaßen die Tätigkeit abhängig Beschäftigter wie Selbständiger bestimmt, von den Regelungen nur die Arbeitnehmer erfasst sind. Schon die ältere Literatur erkannte den besonderen Regelungsgehalt des 4. Abschnitts des Ladenschlussgesetzes: „Rein dem Arbeitnehmerschutz ist der § 17 des Gesetzes gewidmet“ stellte *Alfred Hueck* bereits kurz nach Inkrafttreten des Ladenschlussgesetzes fest²¹. Regelungen über die Beschäftigungszeiten von Arbeitnehmern sind Arbeitsrecht im Sinne der Kompetenzzuweisung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG – ebenso wie der Regelungen zum Inhalt der Arbeitsleistung, die Bedingungen seiner Beendigung²², die gesetzlichen Vorgaben für den Arbeitslohn²³ und ebenso wie sonstige Arbeitszeitbestimmungen²⁴. Schon die Herkunft der rein auf den Arbeitnehmerschutz bezogenen Ursprünge des Ladenschlussrechts in der Arbeitszeitordnung zeigen, dass es sich hier um arbeitsrechtliche Regelungen handelt, soweit nicht der zusätzliche spezifische Schutzzweck des Ladenschlussrechts hinzugetreten ist. Das Arbeitsrecht verbleibt aber nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG in der konkurrierenden Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers; hieran wird eine Änderung der Nr. 11 und die damit einhergehende Eingrenzung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich der Wirtschaft nichts ändern.

3. Zuständigkeit der Länder kraft Sachzusammenhangs?

Unter dieser Prämisse könnte eine Zuständigkeit der Länder für die Inhalte des bisherigen § 17 LadenschlussG nur aus dem Sachzusammenhang mit der eigentlichen Ladenschlussmaterie abgeleitet werden. Eine solche Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs ist begründet, „wenn eine dem Bund ausdrücklich zugewiesene Materie

²² S. BVerfG v. 27.3.1979 – 2 BvL 2/77, BVerfGE 51, 43, 55 = NJW 1979, 1877, zur Mitwirkung des Personalrats bei Kündigungen.

²³ S. BVerfG v. 10.5.1960 – 1 BvR 190/58 u.a., BVerfGE 11, 105, 115 = NJW 1960, 1099 für Kinderzuschläge; BVerfG v. 4.10.1983 – 1 BvL 2/81, BVerfGE 65, 104, 119 = NJW 1984, 603 für Mutterschaftsgeld.

²⁴ S. Sachs/*Degenhard*, GG Art. 74 Rn. 49; *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck II Art. 74 Rn. 126.

²⁶ BVerfGE 3, 407, 423; 106, 62, 115.

verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne dass zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also ein Übergreifen in eine nicht ausdrücklich zugewiesene Materie unerlässliche Voraussetzung ist für die Regelung einer der Bundesgesetzgebung zugewiesenen Materie.“²⁶

Unklar ist bereits, ob ein Sachzusammenhang auch mit Materien bestehen kann, die in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder fallen. Entsprechende verfassungsgerichtliche Entscheidungen liegen nicht vor. Denn im Unterschied zum Bund verfügen die Länder über keine enumerierten Zuständigkeiten; ein Sachzusammenhang mit einer nicht begrifflich ausgeformten Materie ist daher schwer vorstellbar. Für Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 n.F. braucht dies jedoch nicht unbedingt zu gelten, denn diese Vorschrift kehrt die bisher übliche Gestaltung der Gesetzgebungskataloge teilweise um: Die Zuständigkeiten der Länder werden detailliert festgelegt, darunter der Ladenschluss, und dem Bund ist – als Auffangmaterie – das zugewiesen, was vom „Recht der Wirtschaft“ übrigbleibt. Insofern sind Kompetenzbereiche der Länder klar umrissen und daher auch eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs denkbar.

Allerdings müssten die Länder belegen können, dass ein untrennbarer Zusammenhang zwischen der Regelung des Ladenschlusses im engeren Sinne und derjenigen besonderer Arbeitsschutzvorgaben andererseits besteht. Dies lässt sich nicht begründen. Was die Länder anführen können, ist die Praktikabilität einer verknüpften Regelung, aber auch nicht mehr. Gäbe es einen unerlässlichen Konnex, dann hätte der Bund auch den Arbeitsschutz an Werktagen längst mitgeregelt (was er aber nicht getan hat); tatsächlich steht die Regelung eher isoliert. Gegen einen Sachzusammenhang spricht auch der Umstand, dass es sich im Kern um eine Arbeitszeitregelung handelt, die näher am ArbZG als am Ladenschlussgesetz steht. Das ArbZG würde ausgehöhlt, wenn die Länder Arbeitsschutzvorgaben nur deswegen treffen müssten, weil der beschäftigende Betrieb Laufkundschaft sowie Öffnungs- und Schließungszeiten aufweist. Ebenso wenig folgt ein Sachzusammenhang daraus, dass dann, wenn der Arbeitnehmerschutz beim Bund verbleiben würde, ein Bruch zwischen Öffnungszeiten auf der einen und Arbeitszeiten auf der anderen Seite entstünde (näher dazu auch unten III). Ein Bruch oder gar Widerspruch ist für Werktage schon jetzt nicht festzustellen; er kann durch flexible Handhabung der gesetzlichen Vorgaben ebenso unterbunden werden wie durch Rücksichtnahme der beiden föderalen Ebenen auf ihre jeweiligen gesetzlichen Regelungen. Dies zeigt der Extremfall der gänzlichen Abschaffung

des Ladenschlussgesetzes (abgesehen von Feiertagsregelungen), wie es bestimmte Länder beabsichtigen: Das Recht, rund um die Uhr zu öffnen, kann nicht mit einem Recht der Arbeitgeber einhergehen, einen Arbeitnehmer rund um die Uhr zu beschäftigen, wenn er anders die großzügige Öffnungszeitenregelung nicht nutzen kann. Damit scheidet eine Gesetzgebungskompetenz der Länder kraft Sachzusammenhangs aus.

4. Erforderlichkeit einheitlicher Regelung der Arbeitszeiten von Arbeitnehmern in Verkaufsstellen

Folgt man dem hier eingeschlagenen Argumentationsweg, dann verbleiben die arbeitszeitrechtlichen Regelungen in § 17 LadenschlussG ebenso wie die der §§ 9 ff. ArbZG in konkurrierender Gesetzgebungskompetenz des Bundes und können von ihm modifiziert werden, soweit Anknüpfungspunkt nicht die Öffnung von Verkaufsstellen, sondern die Beschäftigung von Arbeitnehmern ist. Da Art. 72 Abs. 2 GG in seiner künftig geltenden Fassung auf das Arbeitsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) keine Anwendung mehr findet, kommt es auf die Erforderlichkeit einer Regelung durch den Bund anders als bisher nicht mehr an. Damit entfällt auch der Geltungsanspruch des Art. 74 Abs. 3 (künftig 4) GG.²⁷ Dem Bund steht m.a.W. die Gesetzgebungszuständigkeit für das Arbeitsrecht in Zukunft ohne weitere Voraussetzungen zu; folglich kann sie ihm nicht durch das Entfallen materieller Voraussetzungen wieder verloren gehen.

Nur hilfsweise, für den Fall, dass sich an dem Katalog der in Art. 72 Abs. 2 GG aufgeführten Materien im Laufe der Reform doch noch etwas ändern und das Arbeitsrecht im Geltungsbereich der Vorschrift verbleiben sollte, soll noch auf Art. 72 Abs. 3 GG eingegangen werden: Regelungen könnten der landesgesetzlichen Regelung nach Art. 72 Abs. 3 GG überantwortet werden, wenn der Bund zulässigerweise durch gesetzliche Bestimmung erklärt, dass für diese Regelung eine Erforderlichkeit im Sinne des Abs. 2 nicht mehr besteht, und die Vorschriften daher durch Landesgesetz ersetzt werden können. *Auch dann, wenn man davon ausgeht, dass eine solche Erforderlichkeit für diese vor dem 15.11.1994 erlassenen Bestimmungen nach Art. 72 Abs. 2 GG in seiner seither geltenden Fassung nie gegeben war, bedürfte es nach Art. 125a Abs. 2 GG eines die Länder zur Ersetzung der Vorschriften ermächtigenden Bundesgesetzes.*

²⁷ BT-Drucks. 16/8013, S. 11.

Die Feststellung des Wegfalls der Erforderlichkeit hat also der Bundesgesetzgeber zu treffen, wenn auch wohl nicht ausdrücklich²⁸. Sieht man die Feststellung der Erforderlichkeit im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG als Ermessensentscheidung an, wie es die Prüfung der Bedürftigkeit in der alten Fassung der Norm war, so wird man auch für die Feststellung des Fortfalls der Erforderlichkeit Gleiches annehmen müssen²⁹. Wiewohl die Erforderlichkeit bundeseinheitlicher Regelung weiterhin in der konkreten Tragweite unbestimmt bleibt und das gesetzgeberische Ziel, die Befugnis des Bundesgesetzgebers zum Handeln justiziabel zu machen, unvollkommen erreicht wurde³⁰, wird man es nicht letztlich ins politische Belieben des Bundesgesetzgebers stellen können, die Erforderlichkeit zu bejahen oder zu verneinen. Gegen eine Erforderlichkeit einer einheitlichen Regelung des Arbeitszeitrechts kann nicht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9.6.2004 angeführt werden. Allerdings verneinte das Gericht dort, wie dargelegt, die Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung des Ladenschlusses (s. Abschnitt B I). Die weiteren Ausführungen zeigen jedoch, dass hiermit *nur der Ladenschluss im eigentlichen Sinne* gemeint ist, nicht aber die verbundenen arbeitszeitrechtlichen Regelungen, also auch nicht § 17 LadenschlussG. So spricht ganz im Gegenteil für eine Erforderlichkeit einheitlicher arbeitsrechtlicher Regelung der bereits in der Weimarer Reichsverfassung bekundete Wille, ein einheitliches Arbeitsrecht für ganz Deutschland zu schaffen: „Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht“ (Art. 157 Abs. 2 WRV). Darin lag nicht nur die Zuweisung einer Gesetzeskompetenz, sondern eine Anweisung an die Reichsgesetzgebung, von der durch Art. 7 Nr. 9 WRV verliehenen Zuständigkeit zur Regelung des Arbeitsrechts Gebrauch zu machen.

So muss die Erforderlichkeit im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG systemkonform bestimmt werden. Zunächst muss bestimmt werden, welcher der in Art. 72 Abs. 2 GG enthaltenen Erforderlichkeitsgesichtspunkte überhaupt Platz greift. Die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse wird eine bundesgesetzliche Regelung für Ladenangestellte nicht ohne weiteres rechtfertigen können, wenn das Ladenschlussrecht gleichzeitig die regionalen Unterschiede besonders akzentuiert. Von größerer Bedeutung ist die Wahrung der Rechtseinheit. Sie begründet das Bedürfnis für eine bundesgesetzliche Regelung erst dann, wenn eine „Gesetzesvielfalt auf Länderebene [...] eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen darstellt, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann.“³¹ Dieses fehlt hier nicht schon deswegen, weil es nahe liegt, die Öffnungszeiten von Verkaufsstätten und Ladengeschäften an Wochenenden und arbeitszeitrechtliche Vorgaben parallel zu schalten, was eine Regelung beider Aspekte durch den Landesgesetzgeber erfordern könnte. Vielmehr ist auch zu berücksichtigen, dass eine punktuelle Regelung wie die in § 17 LadenschlussG die Systemkonformität des Rechtsbereichs, zu dem sie gehört – des Arbeitsrechts also – nicht durchbrechen darf. Dies begründet die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung des Arbeitsrechts insgesamt gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG i.V.m. Art. 72 Abs. 2 GG. Sie für Arbeitszeitregelungen für Arbeitnehmer im Allgemeinen zu bejahen und allein im Bereich der Ladenangestellten und im besonderen Fall der Sonn- und

²⁸ S. Sachs/*Degenhard*, GG Art. 72 Rn. 37.

²⁹ *Degenhard* a.a.O.; *Sanwald*, DÖV 1994, S. 629, 633.

³⁰ Die Voraussetzung für die Bundesgesetzgebung sollten „konzentriert, verschärft und präzisiert“ werden. BT-Drucksache 12/7109, S. 9; hierzu auch *Kröger/Moos*, BayVBl 1997, S. 705.

³¹ BVerfGE 106, 62 (145).

Feiertagsarbeit dem Bund eine Regelungskompetenz abzusprechen, würde zu einer Aufspaltung führen, die mit dem einheitlichen Telos, der Genese und der Funktionsweise des Arbeitszeitrechts im Widerspruch stünde und damit dessen Wirksamkeit gefährden könnte. Wird das Leben eines Arbeitnehmers vor allem durch seine Arbeit bestimmt, so ist ein bundeseinheitliches Arbeitsrecht zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Rechtseinheit bis auf weiteres schlechterdings notwendig. Gerade auch die historische Entwicklung des Arbeitszeitrechts der Arbeitnehmer in Verkaufsstellen, die wie dargestellt nur für sehr kurze Zeit landesspezifische Besonderheiten aufwies, zeigt nicht nur punktuell bezogen auf den aktuellen Tag, sondern zeitenübergreifend in Gesamtschau des Normenbestands, dass die Rechtszersplitterung, die das Bundesverfassungsgericht zur Verneinung der Erforderlichkeit beim Ladenschlussrecht annahm, beim Arbeitszeitrecht gerade nicht gegeben ist. Auch die Erhaltung der Einheit des Arbeitsrechts ist ein gewichtiges Argument gegen die Annahme eines Sachzusammenhangs mit der Landeszuständigkeit für die gesetzliche Regelung des Ladenschlusses.

##Selbst wenn man unterstellt, dass das Arbeitsrecht weiterhin der Erforderlichkeitsprüfung unterliefe, bestünde kein Grund für die Annahme, dass mit der Übertragung der Gesetzgebungszuständigkeit für den Ladenschluss auf die Länder die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung obsolet würde. Die Länder sind damit nur zuständig, wenn der Bund auf eine künftige Regelung im Sinne des § 17 LadenschlussG explizit verzichtet (Art. 72 Abs. 1 GG).

5. Erstes Fazit

Aus dem Begriff des Ladenschlussrechts in einem künftigen Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG argumentierend, wird deutlich, dass es vom Arbeitsrecht zu unterscheiden ist, für das weiterhin Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG eine konkurrierende bundesstaatliche Kompetenz statuiert. Die Regelung der Öffnungszeiten von Verkaufsstellen fällt damit in die ausschließliche Länderkompetenz gemäß Art. 70 GG, nicht jedoch arbeitsrechtliche Folgevorschriften, die nicht unmittelbar dem Ladenschluss dienen. Allerdings kann es dann eine Folge sein, dass eine fortbestehende bundesrechtliche Arbeitszeitregelung Unternehmen, die Arbeitnehmer beschäftigen, erschweren wird, von einer durch künftige Ländergesetzgebung geschaffenen großzügigen Ladenschlussregelung erschöpfend Gebrauch zu machen. Der kleine Unternehmer, der keine Arbeitnehmer beschäftigt, ist dann im Vorteil. Dies entspricht aber dem gewandelten Verständnis des Ladenschlussrechts als einem Gesetz zum Schutz des Mittelstands und einem Interesse, das das Bundesverfassungsgericht gerade im Zusammenhang mit dem Ladenschluss als legitimes Gemeinwohlbelang anerkannt hat.

III. Reichweite des Arbeits(zeit)rechts als alternativer Regelungsgegenstand

Das Gesagte bestätigt sich, nähert man sich der Frage aus der Richtung des Arbeitszeitrechts. Dieses ist, wie dargestellt, Bestandteil des Arbeitsrechts, für das der Bundesgesetzgeber die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit behält. In der Vergangenheit hat das Bundesverfassungsgericht die Gesetzgebungskompetenz für das Ladenschlussgesetz stets auch hierauf gestützt, da die Regelung des Ladenschlusses sowohl Recht des Handels als auch Recht des Arbeitsschutzes betreffe³². Aufgrund der Neuregelung der Gesetzeskompetenzen ist abzugrenzen, was am Ladenschlussrecht arbeitsrechtlich ist und was darüber hinausgeht und dem Recht der Wirtschaft zuzuordnen ist. Mit anderen Worten: Es gilt den spezifisch arbeitsrechtlichen Kern des Ladenschlussrechts zu bestimmen, der weiterhin durch den Bund geregelt werden kann und – wie die folgende Argumentation zeigen wird – auch sollte.

1. Spezifischer Schutzzweck des Arbeitszeitrechts

Den spezifischen Schutzzweck des Arbeitszeitrechts formuliert § 1 ArbZG: die Sicherheit und der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer (§ 1 Nr. 1 ArbZG) sowie den Schutz des Sonntags und der staatlich anerkannten Feiertage als Tage der Arbeitsruhe dient der seelischen Erhebung (§ 1 Nr. 2 ArbZG). Insbesondere der erste Zweck ist ein Motiv des Arbeitsrechts insgesamt. Arbeitsrecht ist Arbeitnehmerschutzrecht vor der einseitigen Fremdbestimmung durch den Arbeitgeber. Die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers, die zu ungewöhnlich belastenden Folgen führen kann, wird durch einseitig zwingendes Recht kompensiert, eine Mindestlinie zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen, die auch nicht durch die unfreiwillige Einwilligung des Arbeitnehmers überwunden werden kann³³. Aber auch der durch das Arbeitszeitgesetz realisierte Schutz des Sonntags und der Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung der Arbeitnehmer sind spezifisch arbeitsrechtlich. Der Zweck – übernommen aus Art. 139 WRV – hat zum Bezugspunkt nicht die Öffentlichkeit als solche, sondern den Arbeitnehmer und dessen Ruhebedürfnis. Schon *Gerhard Anschütz* betonte in seinem grundlegenden Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung, dass die Motive des Schutzes des Sonntags und der staatlich anerkannten Feiertage auch sozialpolitisch sind³⁴. Zur Erreichung dieses Zieles ist Anknüpfungspunkt im Arbeitszeitrecht

³² S. bereits BVerfG v. 20.5.1952 – 1 BvL 3/51, 1 BvL 4/51, BVerfGE 1, 283.

³³ S. *Thüsing*, Festschrift Wiedemann, 2002, S. 568; *Thüsing*, RdA 2005, S. 260.

³⁴ S. *Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reiches, 10. Auflage 1929, Art. 139 Anmerkung 1, S. 565.

immer das Arbeitsverhältnis des einzelnen Arbeitnehmers. Auch die §§ 9 ff. ArbZG greifen daher nicht über den Bereich des Arbeitsrechts im eigentlichen Sinne hinaus, sondern verfolgen spezifisch arbeitsrechtliche Zwecke.

2. Unterschiedliche Regelungen aufgrund unterschiedlicher Zielrichtung

Löst man also die Kompetenz zur Regelung des Ladenschlusses aus der Kompetenz zur Regelung des Arbeitsrechts heraus, dann können sich, wie dargelegt, unterschiedliche Zeiten der Beschäftigung von Arbeitnehmern und Zeiten der Öffnung von Verkaufsstellen ergeben: Arbeitnehmer können unter Umständen nur für einen Teil der Ladenöffnungszeiten beschäftigt werden. Aus dem Blickpunkt des Ladenschlussrechts ist dies, wie dargelegt, durchaus systemkonform³⁵, und auch aus der Sicht des Arbeitsrechts erweist es sich als stimmig. Hinweis geben hier zwei Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 31.08.1982 und vom 13.10.1987, in der die Kasseler Richter feststellten, dass in Ausfüllung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG die Einigungsstelle stellvertretend für den Betriebsrat und den Arbeitgeber bestimmen kann, dass die Beschäftigungszeit von Arbeitnehmern die gesetzlichen Ladenöffnungszeiten nicht ausschöpft:

„Die Entscheidung der Frage, wann die Arbeitszeit von im Verkauf beschäftigten Arbeitnehmern beginnen und enden soll, und die Bestimmung der Tage und Tageszeiten, an denen eine Verkaufsstelle geöffnet wird, betreffen unterschiedliche Regelungsgegenstände. Arbeitszeit und Ladenöffnungszeit müssen nicht identisch sein. Sie werden vielfach schon deswegen voneinander abweichen, weil im Regelfall die gesamte Ladenöffnungszeit länger ist als die vertragliche Arbeitszeit der einzelnen im Verkauf beschäftigten Arbeitnehmer“³⁶

„Der Betriebsrat hat auch darüber mitzubestimmen, ob und in welchem Umfange sich die Arbeitszeit der Teilzeitbeschäftigten mit Ladenöffnungszeiten decken soll oder nicht. Bei der Festlegung der Arbeitszeiten sind weder Arbeitgeber und Betriebsrat noch die Einigungsstelle an gesetzliche Ladenschlußzeiten gebunden. Sie können die Lage der Arbeitszeit so bestimmen, daß der Arbeitgeber die gesetzlichen Ladenschlußzeiten nicht ausschöpfen kann. Sie können die Arbeitszeiten andererseits so bestimmen, daß einzelne Arbeitnehmergruppen auch außerhalb der gesetzlichen Ladenschlußzeiten arbeiten (vgl. BAG Beschluß vom 31. August 1982, BAGE 40, 107, 112 ff. = AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit)“³⁷

³⁵ S. Abschn. II 1 der Darstellung, S. 4.

³⁶ BAG v. 31.8.1982 – 1 ABR 27/80, BAGE 40, 107, 112 ff. = AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

³⁷ BAG v. 13.10.1987 - 1 ABR 10/86, BAGE 56, 197 = NZA 1988, 251.

Was in der Ordnung von Betriebsverfassungsrecht und Ladenschlussrecht richtig ist, erweist sich auch in der Ordnung von Arbeitszeitrecht und Ladenschlussrecht als zutreffend.

3. Einschränkungen aus dem Gebot der Bundestreue

Bislang nicht angesprochen wurde die Frage, welche verfassungsrechtlichen Auswirkungen es hat, dass der Bund durch die Regelung der Arbeitszeit den Ladenschluss zumindest teilweise für bestimmte Arbeitgeber präjudizieren könnte. Ein legislativer Sachzusammenhang lässt sich damit, wie gezeigt, zwar nicht begründen. Im deutschen Bundesstaat wird aber das gesamte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen dem Gesamtstaat und seinen Gliedern durch den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz von der wechselseitigen Pflicht des Bundes und der Länder zu bundesfreundlichem Verhalten beherrscht. Diese Pflicht verlangt, dass "sowohl der Bund als auch die Länder bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen die gebotene und ihnen zumutbare Rücksicht auf das Gesamtinteresse des Bundesstaates und auf die Belange der Länder nehmen".³⁸ Ein Gebot zur Beschränkung einer Bundeskompetenz im Hinblick auf die konkurrierende Zuständigkeit der Länder für eine andere Rechtsmaterie kennt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts indes nur, wenn die Kompetenzwahrnehmung andernfalls missbräuchlich wäre³⁹. Das Bundesverfassungsgericht hat, soweit ersichtlich, bislang noch in keinem Fall eine Verletzung dieser Pflicht im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Gesetzeskompetenzen angenommen. Soweit es bislang im Hinblick auf Gesetzeskompetenzen die Pflicht zur Bundestreue erörtert hat, findet sich nur eine ältere Entscheidung, die sich auf Pflichten der Länder gegenüber dem Bund, nicht aber des Bundes gegenüber den Ländern bezog. *Keine* Entscheidung findet sich dahingehend, die eine Verpflichtung angenommen hätte, von einer Gesetzgebungskompetenz nicht in für den anderen Kompetenzträger präjudizierenden Weise Gebrauch zu machen. Auch ansonsten ist man in Karlsruhe zurückhaltend:

„Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts setzt die Verletzung des Grundsatzes der Bundestreue voraus, daß die beanstandete Maßnahme des Landes "an sich" eine hinreichende Stütze in einer Kompetenzvorschrift des Grundgesetzes findet und materiell mit Bundesrecht vereinbar ist. Scheitert eine Maßnahme des Landes schon am Mangel seiner Zuständigkeit für die Maßnahme oder am

³⁸ Vgl. BVerfG v. 5.11.1971 – 2 BvF 1/70 BVerfGE 32, 199, 218 = NJW 1972, 25; BVerfG v. 8.2.1977 – 1 BvF 1/76 u.a., BVerfGE 43, 291, 348 = NJW 1977, 569.

³⁹ Vgl. BVerfG v. 24.7.1962 – 2 BvF 4/61 u.a., BVerfGE 14, 197, 215 = NJW 1962, 1670; BVerfG v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149, 205 = NJW 1983, 25; BVerfG v. 22.5.1990 – 2 BvG 1/88, BVerfGE 81, 310 = DÖV 1990, 657.

Widerspruch zu materiellem Recht, so ist für eine Prüfung am Grundsatz der Bundestreue kein Raum mehr. Gegen den Grundsatz der Bundestreue kann ein Land nur verstoßen durch die Art und Weise, wie es von einer ihm eingeräumten Kompetenz und innerhalb des Raumes, den ihm das geltende Bundesrecht beläßt, Gebrauch macht. Es darf nach diesem Grundsatz davon nur so Gebrauch machen, daß es die Belange des Gesamtstaates und die Belange der anderen Länder nicht in unvertretbarer Weise schädigt oder beeinträchtigt⁴⁰

Entscheidend ist damit die *unvertretbare Schädigung der Interessen anderer Kompetenzträger*. Sie ist allenfalls dann anzunehmen, wenn die Länder einen Teil ihrer Gesetzgebungshoheit faktisch nicht mehr ausüben können, weil die bundesrechtlichen Vorgaben insoweit vollendete Tatsachen schaffen. Das wäre der Fall, wenn durch arbeits- und betriebsrechtliche Bestimmungen die Öffnungszeiten für alle Ladengeschäfte praktisch diktiert würden und die Ladenschlussgesetzgebung der Länder ins Leere ginge, der Bund also das Arbeitsrecht zu dem Ziel nutzte, den Ladenschluss zu bestimmen. Hiervon kann hier aber nicht die Rede sein. Dass durch eine bundesgesetzliche Regelung à la § 17 LadenschlussG mitunter die Ladenschlusszeiten mancher Verkaufsstellen präjudiziert werden, steht dem nicht entgegen. Das Bauplanungsrecht bedingt oftmals das Bauordnungsrecht, und dennoch liegt das eine teilweise beim Bund, das andere beim Land. Die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nach Art. 74 GG ist in ihren einzelnen Voraussetzungen strikt, aber eben nicht restriktiv zu interpretieren⁴¹. Ein Missbrauch im Sinne einer Verletzung des Gebots der Bundestreue (s. Abschn. B III 3) liegt auch hierin nicht, wenn es dem Bund gerade um die Arbeitnehmer und deren Schutz geht. Die Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen, die der Bund anstreben darf, kann auch erfordern, das Volumen der Arbeitszeit an Sonntagen insgesamt zu begrenzen, damit nicht ein Arbeitnehmer in Nordrhein-Westfalen statistisch häufiger sonntags arbeiten muss als in Bayern. Insgesamt darf die differenzierte Regelung der Art. 70 ff. GG nicht unter dem Vorwand bundesfreundlichen Verhaltens unterlaufen werden.

IV. Trennung von Ladenschlussrecht und Arbeitszeitrecht als Chance zur systemstimmigen Abgrenzung von Wirtschaftsrecht und Arbeitnehmerschutz

Das Vorhaben der Föderalismuskommission eröffnet der systemstimmigen Abgrenzung von Wirtschaftsrecht und Arbeitnehmerschutz eine Chance. Das bisherige LadenschlussG dient

⁴⁰ BVerfG v. 26.7.1972 – 2 BvF 1/71, BVerfGE 34, 9, 28; s. auch Sachs/Degenhard, GG Art. 70 Rn. 55.

⁴¹ BVerfG v. 28.2.1961 – 2 BvG 1/60 u.a., BVerfGE 12, 205, 228 = JA 2002, 286; s. auch Sachs/Degenhard, GG, Art. 70 Rn. 3. Allgemein zur Auslegung von Kompetenznormen s. Stern, Staatsrecht II S. 607 ff.

mutatis mutandis beiden Zwecken. Die rein arbeitsrechtlichen Regelungen sollten alsbald, noch bevor die ersten Länder zu eigenen Ladenschlussgesetzen übergehen, herausgetrennt werden und in das ArbZG überführt werden. Geschieht dies nicht, könnten einzelne Länder dies als Signal missdeuten, dass der Bund an einer eigenen Regelung im Sinne des § 17 LadenschlussG kein Interesse habe, obwohl er weiter dafür konkurrierend zuständig ist. Es verhält sich dann mit dem Arbeitszeitrecht, auch soweit es die Regelung der Arbeitszeit an Sonn- und Feiertagen betrifft, nicht anders als mit dem Arbeitsrecht im Übrigen. In der Tat: Würde man anders werten, würde man einen Fremdkörper in der arbeitsrechtlichen Systematik schaffen. Die Erforderlichkeit einer einheitlichen Regelung ist auf dem Gebiet des Arbeitsrechts „grundsätzlich zu bejahen, da in allen wichtigen arbeitsrechtlichen Fragen die Wahrung der Rechtseinheit notwendig ist, um Unzufriedenheit der Arbeitnehmer, soziale Spannungen und eine ungleiche Belastung der Unternehmen zu vermeiden.“⁴² So war von Anfang an, als die konkurrierende Gesetzgebung im Bereich des Arbeitsrechts entsprechend dem Vorbild der Weimarer Reichsverfassung auch in das Grundgesetz aufgenommen wurde, klar, dass hierbei nur ein sehr geringer Freiraum für Ländergesetze geschaffen würde⁴³. Auch vor 1945 war das Arbeitsrecht bereits ganz überwiegend Reichsrecht gewesen; nur gewisse Sondergebiete wie das Bergarbeiterrecht machten davon eine Ausnahme. Auch heute umfasst es nur kleine Gebiete, die landesunterschiedlich geregelt sind, z.B. der sogenannte Bildungsurlaub. Auch im Blick auf das Arbeitsrecht insgesamt erweist es sich also als stimmig, das Arbeitszeitrecht insgesamt in konkurrierender Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes und damit dessen tatsächliche Regelung zu überlassen.

Auf der anderen Seite stehen nun die *Wettbewerbsregelungen durch das Landesrecht*. Wie die spezifischen Märkte überwiegend regional sind und die Lebensverhältnisse der Kunden sich von Land zu Land, aber auch von Stadt zu Stadt unterscheiden können in Einkaufsverhalten und Einkaufserwartungen, ist es sinnvoll, hier eine starke Regionalisierung zuzulassen, auf die bislang hier auch schon – wenn auch in bescheidenerem Umfang – die vom Bundesverfassungsgericht in Bezug genommen Rechtsverordnungen der Länder gerichtet waren. Ebenso wie im Gewerberecht insgesamt starke landesrechtliche Besonderheiten bestehen, ist es angemessen, dies auch in der Regelung des Ladenschlussrechts stärker zu berücksichtigen. In der Tat: Ob und inwieweit eine Veranstaltung werktäglichen Charakter

⁴² Hueck/Nipperdey-Hueck, Arbeitsrecht Bd. 1, 6. Aufl. 1959, S. 31; s. auch die Referate auf der 1. Verbandsversammlung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands in Hamburg am 7. u. 8.5.1951 abgedruckt in: „Die Rechtseinheit im deutschen Arbeitsrecht“, Köln 1951.

⁴³ S. Dahs, Bundesarbeitsrecht und Landesarbeitsrecht, RdA 1949, 325.

hat und wieweit sie öffentlich bemerkbar die Sonn- und Feiertagsruhe stört, kann sich im regionalen Kontext unterschiedlich darstellen. Wie viel werktägliche Elemente das öffentliche Leben verträgt, ohne dass dadurch dem Sonntag der Charakter als Tag der seelischen Erhebung genommen wird, kann sich in Berlin anders als in München darstellen.

Eine solche Trennung wäre *kein deutscher Sonderweg*, sie findet vielmehr Vorbilder im Ausland. In der Schweiz ist die Regelung des Ladenschlusses den einzelnen Kantonen überlassen⁴⁴. Das Verbot zur Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen und die hierfür bestehenden Ausnahmen sind jedoch einheitlich in Art. 18 ff. des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13.03.1964 geregelt⁴⁵. Initiativen im Jahre 1996, die zu einem Entwurf des Regierungsrats für ein Ladenöffnungsgesetz auf Bundesebene führten, die Öffnungszeiten an Sonn- und Feiertagen aber in die Kompetenz des Gemeinderats legte, wurden – gerade im Hinblick auf den nicht mehr einheitlich gewährten Arbeitnehmerschutz – in einer Volksabstimmung vom 22.09.1996 abgelehnt. Als Folge dieses Entscheids blieb das bisher geltende Recht auch weiterhin in Kraft. Selbst die jüngste Änderung des Arbeitsgesetzes, die Sonntagsverkäufe in Bahnhöfen und Flughafen ermöglicht, hießen im vergangenen November nur 50,6 % der abstimmungsberechtigten Bevölkerung für gut⁴⁶.

V. Mögliche Neuregelung der Arbeitszeit an Sonn- und Feiertagen durch den Bundesgesetzgeber: Beschränkung der Beschäftigungszeiten von Arbeitnehmern auf vier verkaufsoffene Sonntage

Mit der unter IV. angeregten Überleitung der Materie des § 17 LadenschlussG in das ArbZG würde dieses dann sämtliche Regelungen zum Einsatz von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen in sich vereinigen. Zu Recht gehen Rechtsprechung und Schrifttum derzeit davon aus, dass das ArbZG die im LadenschlussG vorgesehenen Ausnahmen von Sonn- und Feiertagsbeschäftigungsverbot unberührt gelassen hat⁴⁷, § 17 LadenschlussG ist also, wie bereits festgestellt, weitgehend *lex specialis* zu den Regelungen des Arbeitszeitgesetzes.

⁴⁴ Übersicht siehe <http://www.ag.ch/vernehmlassungen/dok/Anhoerungsbericht1.pdf> (Stand 16.06.2004).

⁴⁵ Abrufbar unter http://www.admin.ch/ch/d/sr/822_11/a19.html.

⁴⁶ S. NZZ vom 27.11.2005, <http://www.nzz.ch/2005/11/28/il/articleDD3M2.html>.

⁴⁷ OVG Koblenz v. 14.10.1994 – 11 B 12552/94, NJW 1995, 741.

Sinnvoll ist es, in Ersatz des jetzigen § 17 LadenschlussG eine *eigenständige, neue Regelung* zu formulieren. Werden die Regelungen der §§ 4-15 LadenschlussG durch landesgesetzliche Regelungen ersetzt, dann läuft § 17 LadenschlussG, der sich in der Regelung der Arbeitszeiten hierauf bezieht, leer. Keine Beschäftigung an Sonn- und Feiertagen wäre dann möglich. Schafft man eine neue Regelung, dann wäre es systemkonform in der bundesgesetzlichen Regelung nicht allein an der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers anzuknüpfen (entsprechend dem jetzigen § 17 Abs. 2 LadenschlussG), sondern insbesondere auch am Beschäftigungsrecht des Arbeitgebers (entsprechend dem jetzigen § 17 Abs. 1 LadenschlussG). Begrenzt werden kann also in erster Line das Recht des Arbeitgebers, Arbeitnehmer überhaupt an Sonn- und Feiertagen zu beschäftigen, nicht allein das Recht, einen bestimmten Arbeitnehmer an Sonn- und Feiertagen zu beschäftigen.

Dies entspricht der Systematik des ArbZG. In erster Linie erfolgt hier die Beschränkung des Einsatz von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen durch eine Einschränkung des Rechts des Arbeitgebers, überhaupt Arbeitnehmer an diesen Tagen zu beschäftigen (s. § 10 ArbZG), und nur da, wo die Beschäftigung erstmal zugelassen ist, werden für die Arbeitszeit des einzelnen Arbeitnehmers weitergehende Einschränkungen normiert (§ 11 ArbZG).

Auch eine solche Regelung wäre also eine arbeitsrechtliche Norm. Es wäre also auch nach der angestrebten Neufassung der Gesetzgebungskompetenzen möglich, das in der Koalitionsvereinbarung niedergelegte Ziel zu realisieren, durch Bundesgesetz die Anzahl verkaufsoffener Sonntage auf maximal vier pro Jahr zu beschränken⁴⁸, soweit es die Beschäftigung von Arbeitnehmern betrifft.

Allerdings würde durch eine solche Regelung für größere, auf Arbeitnehmer angewiesene Verkaufsstellen die Möglichkeiten begrenzt, von dem durch die Länder gesetzten Rahmen erweiterter Ladenöffnungszeiten vollumfänglich Gebrauch zu machen. Die Ladenöffnungszeiten der kein Personal beschäftigenden Verkaufsstellen könnten länger sein als die Ladenöffnungszeiten von Verkaufsstellen mit Personal. Dies wäre jedoch weder ein unzulässiger bundesgesetzlicher Eingriff in die neue Gesetzgebungskompetenz der Länder, noch eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung i.S. des Art. 3 GG:

⁴⁸ „Gemeinsam für Deutschland. Mit Mut und Menschlichkeit“, S. 38: „Es wird gesetzlich festgelegt, dass Einzelhandelsgeschäfte höchstens an vier Sonntagen im Jahr geöffnet haben“ (im Abschnitt 2.7.3 Umsetzung der EU-Arbeitszeitrichtlinie).

⁵⁰ S. nur v. Münch/Kunig-Gubelt, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 30; Sachs/Osterloh, GG Art. 3 Rn. 98 ff.; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 3 Rn. 20a, jeweils m.w.N.

- Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz scheidet bereits aus, weil Art. 3 Abs. 1 GG nur sachwidrige Differenzierungen verbietet, die von ein und derselben Körperschaft bzw. ihrem Normgeber ausgehen. Für Unterschiede, die sich aus der Zuweisung bestimmter Gesetzgebungskompetenzen an den Bund und anderer an die Länder ergeben, gilt Art. 3 Abs. 1 GG schon dem Wesen nach nicht. Solcher Unterschiede sind vielmehr im föderalen Kompetenzgeflecht solange hinzunehmen, wie nicht die Regelungen einzelner Rechtsträger vorbestehende differente Rechtslagen bewusst zum Zwecke einer sachwidrigen Regelung instrumentalisieren.

Selbst wer diesen Unterschied nicht akzeptieren will: Man kann schon das Vorliegen einer Ungleichbehandlung verneinen, da jeder Arbeitgeber gleichermaßen eingeschränkt ist, an Sonn- und Feiertagen Arbeitnehmer zu beschäftigen. Ein hinreichender Grund zur Unterscheidung liegt jedenfalls im unterschiedlichen Schutzzweck der Normen: Der Arbeitnehmerschutz kann weitergehende und andere Beschränkungen rechtfertigen als es für die Öffnung von Verkaufsstellen allgemein gilt. Der Wille, ein einheitliches Niveau des Arbeitnehmerschutzes in der ganzen Bundesrepublik zu schaffen, kann es erfordern, dass der Bundesgesetzgeber die Tage der Beschäftigung am Sonntag ebenso an von ihm selbst formulierte Grenzen bindet wie er es außerhalb des Anwendungsbereichs des LadenschlussG tut. Alles andere wäre systemwidrig: Wenn der Bundesgesetzgeber in § 10 ArbZG für den nicht in Verkaufsstellen arbeitenden Kollegen feste Maßstäbe vorgibt, wann er vom Arbeitgeber auch an Sonn- und Feiertagen beschäftigt werden darf, und dies eben nicht dem Landesgesetzgeber überlässt, dann wäre es kaum zu begründen, dass dies im Bereich der Verkaufsstellen in die Hand der Länder gelegt werden soll. Gerade die Systemkonformität ist jedoch ein wesentliches Element der Rechtfertigung im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG⁵⁰.

- Aus dem gleichen Grund ist auch ein Übergriff in die Gesetzgebungskompetenz der Länder durch die Beibehaltung einer dem § 17 LadenschlussG funktional entsprechenden bundesgesetzlichen Regelung abzulehnen. Entweder eine Regelung gehört zum Arbeitsrecht – dann kann sie vom Bund auch geregelt werden –, oder sie gehört nicht dazu; *tertium non datur*. Wenn sie aber vom Begriff des Arbeitsrechts erfasst ist, dann kann dies nicht schon dadurch in Frage gestellt werden, dass Art. 74 Nr. 11 GG n.F. das ebenfalls arbeitsbezogene Ladenschlussrecht nicht erfassen will.

- Das Verbot, Arbeitnehmer an bestimmten Tagen zu beschäftigen, ist ebenso eine arbeitsrechtliche Vorschrift, wie das Verbot, bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern zu beschäftigen (Frauen unter Tage) oder Arbeitnehmer zu bestimmten Bedingungen zu beschäftigen (Arbeitnehmer ohne Schutzkleidung). In all diesen Vorschriften realisiert sich

das spezifische Schutzanliegen des Arbeitsrechts. Wenn aber das Verbot der Beschäftigung von Arbeitnehmern eine arbeitsrechtliche Vorschrift ist, dann ist es auch die Einschränkung des Verbots. Das Arbeitsrecht bleibt weiterhin in konkurrierender Zuständigkeit des Bundes. Damit kann er weiterhin nicht nur einschränken, Arbeitnehmer außerhalb von Verkaufsstellen an Sonn- und Feiertagen zu beschäftigen (s. § 9 ArbZG), sondern auch innerhalb von Verkaufsstellen. Diese Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG wird ihm nicht beschnitten.

- Dass Ladenöffnungszeiten und Zeiten der Arbeitnehmerbeschäftigung auseinanderfallen, ist nichts Unbekanntes. Nicht nur die dargestellte Rechtsprechung zum Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG belegt dies, sondern ebenso die Entwicklung der Tarifverträge, die schon immer Regelungen zur Arbeitnehmerbeschäftigung an Sonn- und Feiertagen getroffen haben, auch wo der Gesetzgeber weiteren Gestaltungsspielraum gewährte. Zwar können im Tarifvertrag nicht die Ladenöffnungszeiten geregelt werden, wohl aber das Verbot zur Beschäftigung am Sonntag⁵¹. Dies ist die Unterscheidung zwischen Arbeitsrecht und Ladenschlussrecht, wie sie nun das GG aufgreifen soll, und wie es auch das LadenschlussG bereits jetzt regelt: Nach § 17 Abs. 2a LadenschlussG besteht das (bundesgesetzliche) Verbot zur Beschäftigung von Arbeitnehmern an mehr als 22 Sonn- und Feiertagen in Betrieben nach § 10 LadenschlussG, obwohl danach die (durch Landesverordnung festgesetzten) Ladenöffnungszeiten an Sonn- und Feiertagen auf bis zu 40 Tage ausgedehnt werden können⁵². Arbeitnehmerschutz durch Bundesrecht und Ladenöffnungszeiten durch Landesrecht führen hier also zu unterschiedlichen Grenzziehungen. Dies bleibt weiterhin möglich.

- Ein Auseinanderfallen von Ladenschlusszeiten und Zeiten der Arbeitnehmerbeschäftigung kann vom Gesetzgeber bewusst gewollt sein. Das Bundesverfassungsgericht betonte in seiner Ladenschlussentscheidung wie dargestellt die Förderung des Mittelstandes als ein Element des Ladenschlussrechts. Würden sich nun die Länder zukünftig entscheiden, sich in der Reichweite des Ladenschlusses nicht an den durch Bundesgesetz vorgegebenen Beschäftigungszeiten der Arbeitnehmer zu orientieren, sondern darüber hinausgehende Zeiten für die Öffnung von Verkaufsstellen festzulegen, kann dies als eine durch das

⁵¹ *Wiedemann*, TVG, Einl. 323; *Däubler/Schick*, TVG, Einl. 462; *Däubler/Hensche*, TVG § 1 Rn. 704.

⁵² Ähnlich auch die ehemalige Regelung in § 17 Abs. 2a LadenschlussG, wonach Samstag zwischen 18.00 Uhr und 20.00 Uhr zwar nach § 10 LadenschlussG die Verkaufsstellen geöffnet sein durften, jedoch keine Arbeitnehmer beschäftigt werden konnten.

Ladenöffnungsrecht gewollte Unterstützung kleinerer Geschäfte möglich und zulässig sein. Eben hierin kann auch eine zusätzliche Rechtfertigung im Hinblick auf Art. 3 GG liegen.

- Für eine solche Regelung spricht noch ein anderer Grund: Durch eine solche Regelung käme es nicht zu andernfalls erforderlichen Verweisungen von Bundesrecht auf Landesrecht, um den Umfang der Beschäftigungsmöglichkeiten von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen zu bestimmen. Eine solche Verweisung wäre verfassungsrechtlich nicht unproblematisch. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Bundesgesetzgeber zwar grundsätzlich befugt, im Wege einer Verweisung auch auf fremdes, nicht von ihm formuliertes und in Kraft gesetztes Recht eines anderen Kompetenzbereichs Bezug zu nehmen⁵³. Allerdings stellt es fest, dass dort, wo der Bundesgesetzgeber auf Landesrecht verweist, Einschränkungen geboten sein können, und damit die Bezugnahme nur als eine statische Verweisung zu verstehen sein kann⁵⁴. Zwar stellte das Gericht ebenfalls fest, dass damit eine dynamische Verweisung nicht ausgeschlossen ist⁵⁵, es betonte jedoch sehr zurückhaltend, dass Verweisungen nur zulässig sind in dem Rahmen, „den die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, der Demokratie und der Bundesstaatlichkeit ziehen“. Auch daher ist es sinnvoll, statt der einschränkungslosen Verweisung auf die landesrechtlich bestimmten Öffnungszeiten engere, bundeseinheitlich bestimmte Vorgaben zur Beschäftigung von Arbeitnehmern zu setzen. Dies wäre gerade auch ein Schritt im Hinblick auf die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse.

VI. Zusammenfassung

- Die angestrebte Neufassung der Gesetzgebungskompetenzen im Ladenschluss bewirkt eine Einschränkung der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes im Bereich des Wirtschaftsrechts nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Nicht geändert wird die konkurrierende Zuständigkeit für das Arbeitsrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, allerdings entfällt insoweit der Nachweis der Erforderlichkeit eines Bundesgesetzes nach Art. 72 Abs. 2 GG.

⁵³ S. BVerfG v. 1.3.1978 – 1 BvR 786/70, BVerfGE 47, 285 = NJW 1978, 1475.

⁵⁴ S. BVerfG v. 1.3.1978 – 1 BvR 786/70, BVerfGE 47, 285, 311 = NJW 1978, 1475.

⁵⁵ S. BVerfG v. 15.7.1969 – 2 BvF 1/64, BVerfGE 26, 338, 365 = DÖV 1970, 57; s. auch BVerfG v. 25.2.1988 – 2 BvL 26/84, BVerfGE 78, 32 = AR-Blattei ES 390 Nr 34 (Bergmannsversorgungsschein); s. auch *Klindt*, DVBL 1998, S. 373, 375 ff.

- Um die fortbestehenden Regelungsmöglichkeiten des Bundesgesetzgebers im Hinblick auf die Arbeitszeiten von Arbeitnehmern in Verkaufsstellen zu bestimmen, bedarf es damit einer Abgrenzung des Ladenschlussrechts nach Maßgabe von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG als Teilmaterie des Rechts der Wirtschaft und des Arbeitszeitrechts als Bestandteil des Arbeitsrechts. Zu suchen ist damit eine *Schnittmenge*: In ausschließlicher Landeskompetenz liegen künftig Gesetze zum Ladenschluss, aber nur soweit dieses Bestandteil des Wirtschaftsrechts ist.

- Schon weil es also Ladenschlussrecht gab, bevor das Ladenschlussgesetz in Kraft trat, und auch weil sich das spezifische, vom Arbeitnehmerschutz losgelöste Anliegen des Ladenschlussrechts in seiner weiteren Entwicklung neu entfaltet, verbietet es sich, die aktuelle Fassung des LadenschlussG als abschließenden und maßgebenden Kanon zur Bestimmung des Ladenschlussrechts zu begreifen.

- In der Ausdeutung des Begriffs „Ladenschlussrecht“ – eines verfassungsrechtlichen Neologismus – sind danach ausgehend vom Wortlaut Genese, Ziel und Systematik der Kompetenzzuweisung in Blick zu nehmen. Eine Gesamtschau ergibt, dass das Recht des Ladenschlusses im verfassungsrechtlichen Sinne nicht mit den Regelungsgegenständen des Ladenschlussgesetzes identisch ist. Bestimmt man damit den Begriff des Ladenschlussrechts entsprechend seiner funktionellen Ausrichtung als Wirtschaftsrecht, so umfasst der Regelungsbereich Normen, die durch die Begrenzung der Öffnungszeiten von Verkaufsstellen den Wettbewerb beschränken und den Arbeitnehmer ebenso wie den Selbständigen vor überlangen Arbeitszeiten und den damit einhergehenden Gesundheitsbeeinträchtigungen schützen. Arbeitnehmerschutz, der die Arbeitszeit begrenzt, jedoch nicht am Ladenschluss anknüpft, ist davon nicht umfasst.

- § 17 LadenschlussG ist damit genuin und ausschließlich arbeitsrechtliche Norm, die, obwohl im LadenschlussG geregelt, nicht in den Bereich des Ladenschlussrechts fällt. Es gilt nichts anderes als für die Regeln der §§ 9 ff. ArbZG. Auch hier handelt es sich um eine Regelung der Bedingungen, unter denen abhängig geleistete Dienste erbracht werden. Anders als der Ladenschluss, der gleichermaßen die Tätigkeit abhängig Beschäftigter wie Selbständiger bestimmt, wird hier nur der Arbeitnehmer von der Regelung erfasst.

- Vorschriften, wie sie sich zurzeit in § 17 LadenschlussG finden, fallen also nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG weiterhin in die konkurrierende Kompetenz des Bundesgesetzgebers und können von ihm modifiziert werden, soweit Anknüpfungspunkt nicht die Öffnung von Verkaufsstellen, sondern die Beschäftigung von Arbeitnehmern ist. Eine Gesetzgebungskompetenz der Länder kraft Natur der Sache lässt sich nicht begründen. Die Erforderlichkeit bundeseinheitlicher Regelung des Arbeitszeitrechts auch von Arbeitnehmern von Verkaufsstellen muss nach neuem Recht nicht mehr belegt werden. Selbst wenn sich hieran noch etwas ändern sollte, könnte gegen sie nicht die Entscheidung des BVerfG vom 9.6.2004 angeführt werden. Allerdings verneinte es dort die Erforderlichkeit im Sinne einer bundeseinheitlichen Regelung des Ladenschlusses. Die weiteren Ausführungen zeigen jedoch, dass hiermit nur der Ladenschluss im eigentlichen Sinne gemeint ist, nicht aber die arbeitszeitrechtlichen Regelungen.

- Ein Gebot zur Beschränkung der Wahrnehmung der Gesetzgebungskompetenz durch den Bund im Hinblick auf die Zuständigkeit der Länder im Hinblick auf eine andere Rechtsmaterie ist hergeleitet aus dem Gebot der Bundestreue nur im Hinblick auf Missbrauchsfälle anzuerkennen. Entscheidend hierfür ist, dass die gesetzliche Maßnahme „die Belange des Gesamtstaates und die Belange der anderen Länder nicht in unvertretbarer Weise schädigt oder beeinträchtigt“. Ein Missbrauch liegt jedenfalls solange nicht vor, solange der Bund eine arbeitsrechtliche Regelung nicht gerade im Hinblick auf die mittelbare Regelung des Ladenschlusses trifft, er also das Arbeitsrecht als Umweg zu seinem eigentlichen Ziel nutzt. Sofern die Regelung des Ladenschlusses nicht der erklärte Wille des Gesetzgebers arbeitsrechtlicher Regelungen ist, kann dies im Hinblick auf die eigenständigen arbeitsrechtlichen Ziele nicht angenommen werden.

- Trennt man die Kompetenz zur Regelung des Ladenschlusses von der Kompetenz zur Regelung des Arbeitsrechts heraus, dann können sich unterschiedliche Zeiten der Beschäftigung von Arbeitnehmern und Zeiten der Öffnung von Verkaufsstellen ergeben: Arbeitnehmer können unter Umständen nur für einen Teil der Ladenöffnungszeiten beschäftigt werden. Aus dem Blickpunkt des Ladenschlussrechts ist dies durchaus systemkonform, und auch aus der Sicht des Arbeitsrechts erweist es sich als stimmig. Hinweis geben hier insb. zwei Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 31.08.1982 und vom 13.10.1987.

- Das Vorhaben der Föderalismuskommission bildet damit die Chance für eine systemstimmige Abgrenzung von Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht. Das bisherige LadenschlussG stütze sich – vom Bundesverfassungsgericht mehrfach festgestellt – auf beide Kompetenztitel. Die rein arbeitsrechtlichen Regelungen sollten hinausgetrennt werden und in das ArbZG überführt werden. Eine solche Trennung wäre kein deutscher Sonderweg, sie findet vielmehr Vorbilder im Ausland.

- Möglich bleibt damit in der bundesgesetzlichen Regelung am Beschäftigungsrecht des Arbeitgebers anzuknüpfen (entsprechend dem jetzigen § 17 Abs. 1 LadenschlussG und § 10 ArbZG). Begrenzt werden kann also nicht nur das Recht, einen bestimmten Arbeitnehmer an Sonn- und Feiertagen zu beschäftigen. Vorrangiges Regelungsinstrument sollte entsprechend der Systematik des ArbZG eine Beschränkung des Rechts eines Arbeitgebers sein, Arbeitnehmer überhaupt zu Sonn- und Feiertagen zu beschäftigen. Auch eine solche Regelung wäre eine arbeitsrechtliche Norm. Es wäre also auch nach der angestrebten Neufassung der Gesetzgebungskompetenzen möglich, durch Bundesgesetz das in der Koalitionsvereinbarung formulierte Ziel zu realisieren, die Anzahl verkaufsoffener Sonntage auf maximal vier pro Jahr zu beschränken, soweit es die Beschäftigung von Arbeitnehmern betrifft.