

B e s c h l u s s

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

der ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, vertreten durch den Bundesvorstand, dieser vertreten durch die Geschäftsführerin des Bezirks Düssel-Rhein-Wupper, Sonnenstraße 14, 40227 Düsseldorf,

Antragstellerin,

Prozessbevollmächtigte: Meisterernst Düsing Manstetten Partnerschaft von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten mbB, Oststraße 2, 48145 Münster,
Az.: 3592/21 ver.di ./ Stadt Wuppertal EA,

g e g e n

die Stadt Wuppertal, vertreten durch den Oberbürgermeister, Rechtsamt, Am Clef 58-62, 42275 Wuppertal, Az.: 004.994-21,

Antragsgegnerin,

wegen Freigabe eines verkaufsoffenen Sonntags
hier: Antrag auf Erlass einer normenbezogenen einstweiligen Anordnung

hat der 4. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 3.12.2021

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. S a r n i g h a u s e n ,

den Richter am Oberverwaltungsgericht R i a z i ,

den Richter am Verwaltungsgericht Dr. K r u m r e y

beschlossen:

Der Vollzug von § 1 der Ordnungsbehördlichen Verordnung über das Offenhalten von Verkaufsstellen am 5.12.2021 in Wuppertal-Elberfeld vom 2.12.2021 wird im Wege der einstweiligen Anordnung ausgesetzt.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 5.000,00 Euro festgesetzt.

G r ü n d e :

Der Antrag,

§ 1 der Ordnungsbehördlichen Verordnung über das Offenhalten von Verkaufsstellen am 5.12.2021 in Wuppertal-Elberfeld vom 2.12.2021 im Wege einer einstweiligen Anordnung außer Vollzug zu setzen,

ist begründet.

Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 47 Abs. 6 VwGO liegen vor. Nach dieser Bestimmung kann das Normenkontrollgericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist.

Das ist hier der Fall. Schon gemessen an dem für eine normspezifische einstweilige Anordnung allgemein anerkannten besonders strengen Maßstab erweist sich die angegriffene Regelung als offensichtlich rechtswidrig und nichtig (dazu 1. und 2.). Ihre Umsetzung beeinträchtigt die Antragstellerin so konkret, dass eine einstweilige Anordnung deshalb dringend geboten ist.

Die umstrittene Ordnungsregelung ist von der Ermächtigungsgrundlage des § 6 Abs. 4 i. V. m. Abs. 1 LÖG NRW nicht gedeckt. Sie wird dem in dieser gesetzlichen Regelung konkretisierten verfassungsrechtlichen Schutzauftrag aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV, der ein Mindestniveau des Sonn- und Feiertagsschutzes gewährleistet und für die Arbeit an Sonn- und Feiertagen ein Regel-Ausnahme-Verhältnis statuiert, nicht gerecht.

1. Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV entziehen Sonn- und Feiertage grundsätzlich der werktäglichen Geschäftigkeit.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 22.6.2020 – 8 CN 1.19 –, juris, Rn. 35, m. w. N.

Die Institution des Sonn- und Feiertags ist unmittelbar durch die Verfassung garantiert, die Art und das Ausmaß des Schutzes bedürfen aber einer gesetzlichen Ausgestaltung. Verfassungsrechtlich geschützt ist der allgemein wahrnehmbare Charakter eines jeden Sonn- und Feiertags als grundsätzlich für alle verbindlicher Tag der Arbeitsruhe. Eine Freigaberegulung muss nach ständiger gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung zur Wahrung des verfassungsrechtlich geforderten Mindestniveaus des Sonntagschutzes die Sonn- und Feiertage als Tage der Arbeitsruhe zur Regel erheben. Ausnahmen darf er nur aus zureichendem Sachgrund zur Wahrung gleich- oder höherwertiger Rechtsgüter zulassen; das bloß wirtschaftliche Umsatzinteresse der Verkaufsstelleninhaber und das alltägliche Erwerbsinteresse potentieller Kunden genügen dazu nicht. Außerdem muss sichergestellt sein, dass die Ausnahmen als solche für die Öffentlichkeit erkennbar bleiben. Danach genügt es nicht, die Zahl der jährlich zulässigen Sonn- und Feiertagsöffnungen gesetzlich zu beschränken. Darüber hinaus muss der Normgeber nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV sicherstellen, dass entsprechende Ermächtigungen nur Sonntagsöffnungen ermöglichen, die durch einen zureichenden Sachgrund von ausreichendem Gewicht bezogen auf den zeitlichen, räumlichen und gegenständlichen Umfang der jeweiligen Sonntagsöffnung gerechtfertigt und für das Publikum am betreffenden Tag als Ausnahme von der sonntäglichen Arbeitsruhe zu erkennen sind. Eine Sonntagsöffnung darf nicht auf eine weitgehende Gleichstellung mit den Werktagen und ihrer geschäftigen Betriebsamkeit hinauslaufen.

Vgl. zuletzt BVerwG, Urteile vom 22.6.2020 – 8 CN 3.19 –, juris, Rn. 15 f., und – 8 CN 1.19 –, juris, Rn. 24 und 43, m. w. N.; BVerfG, Urteil vom 1.12.2009 – 1 BvR 2857/07 u. a. –, BVerfGE 125, 39 = juris, Rn. 153 f., 157.

Bei gebietsweiten und gegenständlich unbeschränkten Sonntagsöffnungen bedarf es besonders gewichtiger Gründe; Sachgründe von geringerem Gewicht können regelmäßig nur räumlich oder gegenständlich eng begrenzte Ladenöffnungen mit geringer prägender Wirkung für den öffentlichen Charakter des Tages rechtfertigen.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 22.6.2020 – 8 CN 1.19 –, juris, Rn. 18, und vom 11.11.2015 – 8 CN 2.14 –,

BVerwGE 153, 183 = juris, Rn. 22; BVerfG, Urteil vom 1.12.2009 – 1 BvR 2857/07 u. a. –, BVerfGE 125, 39 = juris, Rn. 158, 187.

Umgekehrt kommt dem Sonntagsschutz und den durch ihn verstärkten Grundrechten aller von einer Sonntagsöffnung Betroffenen (Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 und 9 GG) im Verhältnis zu Erwerbsinteressen des Handels und der Kunden nach Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG umso größeres Gewicht zu, je weitergehend die werktägliche Ladenöffnung freigegeben ist, wie dies in Nordrhein-Westfalen der Fall ist.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 28.8.2020 – 4 B 1261/20.NE –, juris, m. w. N.

a) Die angegriffene Verordnungsbestimmung aus der Ordnungsbehördlichen Verordnung vom 2.12.2021 betreffend die streitgegenständliche Ladenöffnungsfreigabe am 5.12.2021 ist ausweislich der vom Rat der Antragsgegnerin am 16.11.2021 beschlossenen Vorlage VO/1204/21 gestützt auf § 6 Abs. 4, Abs. 1 LÖG NRW. Hiernach ist die zuständige örtliche Ordnungsbehörde ermächtigt, die Tage nach § 6 Abs. 1 LÖG NRW durch Verordnung freizugeben. Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 LÖG NRW dürfen Verkaufsstellen an jährlich höchstens acht, nicht unmittelbar aufeinanderfolgenden Sonn- oder Feiertagen im öffentlichen Interesse ab 13 Uhr bis zur Dauer von fünf Stunden geöffnet sein. § 6 Abs. 1 Satz 2 LÖG NRW regelt vom Gesetzgeber identifizierte, nicht abschließende Ziele, die im öffentlichen Interesse liegen und somit einzeln oder in Kombination mit anderen gewichtige Sachgründe für eine ausnahmsweise Verkaufsstellenöffnung an Sonn- und Feiertagen darstellen. Gemäß Satz 2 Nr. 1 der Vorschrift liegt ein öffentliches Interesse unter anderem insbesondere vor, wenn die Öffnung im Zusammenhang mit örtlichen Festen, Märkten, Messen oder ähnlichen Veranstaltungen erfolgt. Nach § 6 Abs. 1 Satz 3 LÖG NRW wird das Vorliegen eines solchen Zusammenhangs vermutet, wenn die Ladenöffnung in räumlicher Nähe zur örtlichen Veranstaltung sowie am selben Tag erfolgt. Daneben enthält § 6 Abs. 1 Satz 2 LÖG NRW weitere Fallgestaltungen, in denen ein öffentliches Interesse vorliegt.

b) Bei Ladenöffnungen im Zusammenhang mit örtlichen Veranstaltungen nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 LÖG NRW muss nach höchstrichterlicher Rechtsprechung gewährleistet sein, dass die Veranstaltung – und nicht die Ladenöffnung – das öffentliche Bild

des betreffenden Sonntags prägt. Um das verfassungsrechtlich geforderte Regel-Ausnahme-Verhältnis zu wahren, muss die im Zusammenhang mit der Ladenöffnung stehende Veranstaltung selbst einen beträchtlichen Besucherstrom auslösen. Ferner müssen Sonntagsöffnungen wegen einer Veranstaltung in der Regel auf deren räumliches Umfeld beschränkt werden, nämlich auf den Bereich, der von der Ausstrahlungswirkung der jeweiligen Veranstaltung erfasst wird und in dem die Veranstaltung das öffentliche Bild des betreffenden Sonntags prägt. Die prägende Wirkung muss dabei von der Veranstaltung selbst ausgehen. Die damit verbundene Ladenöffnung entfaltet nur dann eine lediglich geringe prägende Wirkung, wenn sie nach den gesamten Umständen als bloßer Annex zur anlassgebenden Veranstaltung erscheint. Das kann für den Fall angenommen werden, dass die Ladenöffnung innerhalb der zeitlichen Grenzen der Veranstaltung – also während eines gleichen oder innerhalb dieser Grenzen gelegenen kürzeren Zeitraums – stattfindet und sich räumlich auf das unmittelbare Umfeld der Veranstaltung beschränkt. Von einem Annexcharakter kann nur die Rede sein, wenn die für die Prägekraft entscheidende öffentliche Wirkung der Veranstaltung größer ist als die der Ladenöffnung. Die öffentliche Wirkung hängt wiederum maßgeblich von der jeweiligen Anziehungskraft ab. Die jeweils angezogenen Besucherströme bestimmen den Umfang und die öffentliche Wahrnehmbarkeit der Veranstaltung einerseits und der durch die Ladenöffnung ausgelösten werktäglichen Geschäftigkeit andererseits. Daher lässt sich der Annexcharakter einer Ladenöffnung kaum anders als durch einen prognostischen Besucherzahlenvergleich beurteilen. Erforderlich ist dabei, dass die dem zuständigen Organ bei der Entscheidung über die Sonntagsöffnung vorliegenden Informationen und die ihm sonst bekannten Umstände die schlüssige und nachvollziehbare Prognose erlauben, die Zahl der von der Veranstaltung selbst angezogenen Besucher werde größer sein als die Zahl derjenigen, die allein wegen einer Ladenöffnung am selben Tag – ohne die Veranstaltung – kämen. § 6 Abs. 1 Satz 3 LÖG NRW entbindet von einer auf die jeweiligen Besucherzahlen bezogenen Prognose im Einklang mit Verfassungsrecht nur dann, wenn gewährleistet ist, dass atypische Sachverhaltsgestaltungen nicht in die Nachweiserleichterung einbezogen werden.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 11.11.2015 – 8 CN 2.14 –, BVerwGE 153, 183 = juris, Rn. 24 f., und vom 22.6.2020 – 8 CN 3.19 –, juris, Rn. 15 ff., 17 ff., 21, 23, 25 f., letzteres bezogen auf die Auslegung des aktuellen Landesrechts durch OVG NRW, Urteil vom

17.7.2019 – 4 D 36/19.NE –, GewArch 2019, 396 =
juris, Rn. 61 ff.

Das verfassungsrechtlich gebotene Mindestniveau des Sonntagsschutzes ist damit bei anlassbezogenen Sonntagsöffnungen durch hinreichend genaue und gerichtlich überprüfbare Anforderungen definiert. Dazu zählen mithin das Regel-Ausnahme-Verhältnis, die Prägung des öffentlichen Charakters des Sonntags durch die Anlassveranstaltung, das Kriterium des Annexcharakters der Ladenöffnung sowie schließlich dessen Konkretisierung durch das Erfordernis des prognostischen Überwiegens der von der Veranstaltung selbst angezogenen Besucherzahl.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 12.12.2018 – 8 CN 1.17 –,
BVerwGE 164, 64 = juris, Rn. 26.

c) Bezogen auf die – von der Antragsgegnerin weiter angeführten – Ziele nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 bis 5 LÖG NRW ist bereits letztinstanzlich für das Landesrecht und mit Bundesrecht in Einklang stehend geklärt, dass sie in der Regel allenfalls dann das verfassungsrechtlich erforderliche Gewicht aufweisen können, wenn aus anderen Gründen ohnehin mit einem besonderen Besucherinteresse zu rechnen ist und über den davon erfassten Bereich hinaus zum Ausgleich besonderer örtlicher Problemlagen oder struktureller Standortnachteile der Freigabebereich auf hiervon betroffene Bereiche erweitert werden soll.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 17.7.2019 – 4 D 36/19.NE
–, GewArch 2019, 396 = juris, Rn. 40, 91 ff. 106 ff.,
m. w. N., ausdrücklich als nicht zu restriktiv interpretiert bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 22.6.2020 –
8 CN 3.19 –, juris, Rn. 33.

Denn mit diesen neuen Sachgründen hat sich der Gesetzgeber im Rahmen seines weiten Gestaltungsspielraums zur Ausgestaltung des Sonntagsschutzes gerade nicht auf gesetzliche Tatbestände beschränkt, die Festlegungen von Ausnahmefallgestaltungen für Arbeiten „trotz“ des Sonntags oder „für“ den Sonntag treffen oder zur Wahrung der grundsätzlichen Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen zumindest gleichrangiger Schutzgüter dienen.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 17.7.2019 – 4 D 36/19.NE
–, GewArch 2019, 396 = juris, Rn. 91 ff., m. w. N., und

Beschlüsse vom 28.8.2020 – 4 B 1261/20.NE –, juris, Rn. 26, und vom 6.10.2020 – 4 B 1443/20.NE, juris, Rn. 18 ff.

2. Nach diesen Maßstäben trägt die Regelung in der Ordnungsbehördlichen Verordnung der Antragsgegnerin dem verfassungsrechtlich geforderten Regel-Ausnahme-Verhältnis für die Arbeit an Sonn- und Feiertagen nicht ausreichend Rechnung.

a) Die in Rede stehenden Sonntagsöffnung am 5.12.2021 ist schon deshalb unwirksam, weil es an einer schlüssigen und nachvollziehbaren Prognose fehlt, die Zahl der allein vom Elbersfelder Weihnachtsmarkt selbst angezogenen Besucher werde größer sein als die Zahl derjenigen, die allein – ohne die Veranstaltung – wegen einer Ladenöffnung kämen. Zwar kann ein Weihnachtsmarkt durchaus ein rechtfertigender Anlass für eine ausnahmsweise zulässige Ladenöffnung sein, zumal Weihnachtsmärkte regelmäßig auch ohne begleitende Ladenöffnung stattfinden und viele Besucher anziehen.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 1.12.2017 – 4 B 1505/17 –, juris, Rn. 23.

Hieraus ergibt sich – auch angesichts der von der Antragstellerin vorgelegten Besucherzahlen – aber nicht die offensichtliche Ergebnisrichtigkeit der Verordnung. Allein mit der Annahme, bei dem Weihnachtsmarkt in der Innenstadt von Wuppertal-Elberfeld handele es sich um eine seit 20 Jahren stattfindende, etablierte und publikumsstarke Traditionsveranstaltung, bei der davon auszugehen sei, dass diese mindestens im vergleichbaren Rahmen wie in den vorangegangenen Jahren organisiert und durchgeführt werde und somit selbst einen beträchtlichen Besucherstrom anziehe, ist der Verordnungsgeber nicht einmal davon ausgegangen, die Zahl der von der Veranstaltung selbst angezogenen Besucher überwiege die Zahl der von der Verkaufsstellenöffnung angezogenen Besucher. Dies ergibt sich auch nicht aus seiner Feststellung, die Veranstaltungen seien nach Charakter, Größe und Zuschnitt geeignet, den öffentlichen Charakter des Tages in dem von der Ladenöffnung umfassten Bereich maßgeblich zu prägen und so die vorgesehene Ausnahme von der Regel der Sonntagsruhe zu rechtfertigen. Es fehlt selbst eine grobe Abschätzung der zu erwartenden Besucherzahlen auf der Grundlage der für die Gemeinde verfügbaren Daten. Die Sitzungsunterlagen

sind insoweit unergiebig. Es lässt sich deshalb auch bei Berücksichtigung der sonstigen Umstände der Beschlussfassung am 16.11.2021 nicht feststellen, ob dem Erlass der Öffnungsregelung eine schlüssige und vertretbare Besucherprognose zugrunde lag. Wegen der erst am 2.12.2021 erfolgten Ausfertigung und Verkündung der schon am 16.11.2021 beschlossenen Verordnung kann der Senat dem nicht weiter nachgehen. Dies geht zulasten des Normgebers.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 12.12.2018 – 8 CN 1.17 –,
BVerwGE 164, 64 = juris, Rn. 24.

Auch § 6 Abs. 1 Satz 3 LÖG NRW entbindet hier nicht von einer auf die jeweiligen Besucherzahlen bezogenen Prognose, weil mit Blick auf die ausweislich des Einzelhandels- und Zentrenkonzepts Wuppertal (VO/0197/20/1.Neuf.) außerordentlich umsatzstarken Freigabebereiche nicht gewährleistet ist, dass atypische Sachverhaltsgestaltungen von der Nachweiserleichterung ausgeschlossen werden. Eine von dem Weihnachts- und dem Mittelaltermarkt ausgehende prägende Wirkung, die den über den unmittelbaren Veranstaltungsbereich hinausgehenden Freigabebereich, insbesondere seinen westlich des Laurentiusplatzes gelegenen Teil sowie das große Einkaufszentrum City Arkaden Wuppertal, Alte Freiheit 9, mit 85 Fachgeschäften auf über 20.000 m² (<https://www.city-arkaden-wuppertal.de/center/ueber-uns/>) und ganz erheblicher Sogwirkung auf Einzelhandelskunden, erfasst, ist nach den oben genannten Maßstäben nicht dargetan. Die frühere Annahme des Senats, die Vermutung des § 6 Abs. 1 Satz 3 LÖG NRW könne bereits bei einem zu erwartenden beträchtlichen veranstaltungsbedingten Besucherstrom greifen, ist vom Bundesverwaltungsgericht als nicht vollständig verfassungskonform beurteilt worden.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 22.6.2020 – 8 CN 3.19 –,
BVerwGE 168, 356 = juris, Rn. 20 ff., 26.

Auf diese Rechtsprechung hat die Antragstellerin im Rahmen der Anhörung mit Schreiben vom 31.8.2021 hingewiesen, ohne dass dies in der Beschlussvorlage berücksichtigt worden ist. Letztlich dient die Öffnungsfreigabe, wie sich aus dem Antrag der Interessengemeinschaft Wuppertal 1 e. V. ergibt, wesentlich der Zielsetzung, verstärkt durch Marketingaktionen an dem im Rede stehenden zweiten Adventssonntag Kaufkundschaft in die Wuppertaler Innenstadt einschließlich der City Arkaden Wuppertal

zu locken und hierdurch den stationären Einzelhandel sowie zentrale Versorgungsbe-
reiche nach der Corona-Krise zu stärken.

Die Ziele nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 bis 5 LÖG NRW rechtfertigen es gleichfalls nicht,
über den von einer maßgeblichen Prägung durch den Weihnachts- und den Mittelal-
termarkt unmittelbar erfassten Bereich hinaus zum Ausgleich besonderer örtlicher
Problemlagen oder struktureller Standortnachteile in der erfolgten Weise zu erweitern.
Abgesehen davon, dass auch die in diesen Bestimmungen genannten Gesichtspunkte
eine Prognose der Besucherströme nicht verzichtbar machen, kann aus diesen Grün-
den der Freigabebereich – wie ausgeführt – allenfalls auf von diesen Problemlagen
betroffene Bereiche erweitert werden. Für eine regelmäßige Erstreckung auf das
ganze Zentrum, für die sich die Antragsgegnerin auf der Grundlage des Einzelhandels-
und Zentrenkonzepts für berechtigt hält, ist danach kein Raum. In diesem Konzept wird
eine Konzentration von Leerständen lediglich in den nördlichen Randbereichen des
Elberfelder Zentrums nördlich des Rathauses festgestellt.

Vgl. Einzelhandels- und Zentrenkonzept Wuppertal,
1. Fortschreibung 2020, S. 100 ff., 138 f.

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung ist mit Blick auf die offensichtliche Unwirk-
samkeit der angegriffenen und erst gestern verkündeten Regelung aus Gründen ef-
fektiven Rechtsschutzes zur Wahrung der Rechte der Antragstellerin dringend gebo-
ten.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG.

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66
Abs. 3 Satz 3 GKG).

Dr. Sarnighausen

Riazi

Dr. Krumrey



Beglaubigt
Urkundsbeamter/in
der Geschäftsstelle des
Oberverwaltungsgerichts
für das Land Nordrhein-Westfalen