
Datum: 07.12.2017
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 4. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 4 B 1538/17
ECLI: ECLI:DE:OVGNRW:2017:1207.4B1538.17.00

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Düsseldorf, 3 L 5659/17
Schlagworte: Verkaufsoffener Sonntag Einstweilige Anordnung
Rechtsmissbrauch Verwirkung Treu und Glauben
Rechtsverordnung Feststellungsklage Normenkontrolle
Gewerkschaft Sonn- und Feiertagsschutz Regel-Ausnahme-
Verhältnis
Normen: GG Art.9; GG Art.140; WRV Art.139; VwGO §47; VwGO §123;
LÖG NRW §4; LÖG NRW §6

Leitsätze:

Aufgrund besonderer Umstände kann eine Veranstaltung den Sonntag gegebenenfalls selbst dann in spezifischer, die Freigabe der Ladenöffnung rechtfertigender Weise prägen, wenn sie für sich genommen keinen größeren Besucherstrom auslöste, als er allein wegen der Ladenöffnung zu erwarten wäre (hier: Weihnachtsmarkt in der Einkaufsstadt Düsseldorf).

Tenor:

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 5.12.2017 geändert.

Der Antrag der Antragstellerin wird abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,00 Euro festgesetzt.

Die Beschwerde hat Erfolg.	1
Der Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist unbegründet.	2
Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn diese Regelung, um wesentliche Nachteile abzuwenden, drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Da der Sache nach die Gültigkeit einer Rechtsnorm vorübergehend suspendiert werden soll, können für eine derartige Entscheidung nach § 123 VwGO allerdings keine anderen Maßstäbe gelten als für eine normspezifische einstweilige Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO. Für diese ist allgemein anerkannt, dass eine Interessenabwägung unter Anlegung eines besonders strengen Maßstabs vorzunehmen ist. Die für die einstweilige Anordnung sprechenden Gründe müssen danach grundsätzlich so schwer wiegen, dass deren Erlass unabweisbar erscheint. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn sich die jeweils in Rede stehende untergesetzliche Norm schon im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes als offensichtlich unwirksam erweist, und ihre Umsetzung den Antragsteller so konkret beeinträchtigt, dass die einstweilige Anordnung deshalb dringend geboten ist. Demgegenüber kommt der Erlass einer einstweiligen Anordnung jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn sich die jeweilige untergesetzliche Norm schon im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes als wirksam erweist.	3
Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 10.6.2016 – 4 B 504/16 –, NWVBl. 2016, 513 = juris, Rn. 24 ff., m. w. N.	4
Gemessen daran liegen die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung hier nicht vor. Bei summarischer Prüfung kommt in Betracht, dass die umstrittene Rechtsverordnung hinsichtlich der Ladenöffnungsfreigabe in den Stadtteilen Stadtmitte, Altstadt und Carlstadt aus Anlass des Innenstadt-Weihnachtsmarktes am 10.12.2017 im Ergebnis rechtmäßig und wirksam ist. Insbesondere könnte sie dem in § 6 Abs. 4 i. V. m. Abs. 1 LÖG NRW 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, gerecht werden. Dies ist zwar nicht offensichtlich. Allerdings spricht so viel für die Rechtmäßigkeit der Verordnung bezogen auf die Freigabe der Ladenöffnung am 10.12.2017, dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung jedenfalls nicht unabweisbar erscheint.	5
Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bedarf jede Ladenöffnung an einem Sonn- oder Feiertag eines dem verfassungsrechtlichen Sonn- und Feiertagsschutz gerecht werdenden Sachgrundes. Als ein solcher Sachgrund zählen weder das bloße wirtschaftliche Umsatzinteresse der Verkaufsstelleninhaber, noch das alltägliche Erwerbsinteresse („Shopping-Interesse“) potenzieller Kunden. Die konkrete Ladenöffnung und der konkrete Sachgrund sind in ein Verhältnis zu setzen. Je weitreichender die Freigabe der Verkaufsstellenöffnung in räumlicher und zeitlicher Hinsicht sowie in Bezug auf die einbezogenen Handelssparten und Warengruppen ist, umso höher muss angesichts der stärkeren werktäglichen Prägung des Tages das Gewicht der für die Ladenöffnung angeführten Sachgründe sein.	6
Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.5.2017 – 8 CN 1.16 –, ArbuR 2017, 273 (Kurzwiedergabe) = juris, Rn. 16, m. w. N.	7

Bei der Freigabe eines verkaufsoffenen Sonn- oder Feiertags aus Anlass eines Marktes muss die öffentliche Wirkung der anlassgebenden Veranstaltung gegenüber der typisch werktäglichen Geschäftigkeit der Ladenöffnung im Vordergrund stehen. Die Ladenöffnung entfaltet dann eine geringe prägende Wirkung, wenn sie nach den gesamten Umständen als bloßer Annex zur anlassgebenden Veranstaltung erscheint. Das kann in der Regel nur dann angenommen werden, wenn die Ladenöffnung auf das Umfeld des Marktes begrenzt wird, weil nur insoweit ihr Bezug zum Marktgeschehen erkennbar bleibt. Je größer die Ausstrahlungswirkung des Marktes wegen seines Umfangs oder seiner besonderen Attraktivität ist, desto weiter reicht der räumliche Bereich, in dem die Verkaufsstellenöffnung noch in Verbindung zum Marktgeschehen gebracht wird. Darüber hinaus bleibt die werktägliche Prägung der Ladenöffnung nur dann im Hintergrund, wenn nach der anzustellenden Prognose der Besucherstrom, den der Markt für sich genommen auslöste, die Zahl der Besucher überstiege, die allein wegen einer Öffnung der Verkaufsstellen kämen. Die insoweit von der Gemeinde anzustellende Prognose unterliegt nur eingeschränkter verwaltungsgerichtlicher Kontrolle; insbesondere darf das Gericht keine eigene Prognose vornehmen. Es hat jedoch zu prüfen, ob die bei Erlass der Rechtsverordnung über die Freigabe der Ladenöffnung vorgenommene Prognose schlüssig und vertretbar ist.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 11.11.2015 – 8 CN 2.14 –, BVerwGE 153, 183 = juris, Rn. 24 f., 36. 9

Ausgehend davon bildet der Weihnachtsmarkt in der Düsseldorfer Innenstadt einen hinreichenden Anlass für die Freigabe der sonntäglichen Ladenöffnung am 10.12.2017. 10

Die Einschätzung des Rates der Antragsgegnerin, der Weihnachtsmarkt stehe gegenüber einer Öffnung der Verkaufsstellen in den innerstädtischen Stadtteilen Stadtmitte, Altstadt und Carlstadt im Vordergrund, weshalb die in einem engen räumlichen Bezug dazu stehende Ladenöffnung als bloßer Annex zu dem Weihnachtsmarkt erscheine, ist im Ergebnis rechtlich nicht offensichtlich zu beanstanden. 11

Zwar hat die Antragsgegnerin ihre Prognose, der Weihnachtsmarkt lasse am 10.12.2017 für sich genommen ein größeres Besucheraufkommen erwarten, als es allein durch eine Verkaufsstellenöffnung ausgelöst werde, nicht in schlüssiger und vertretbarer Weise begründet. Insoweit ist dem Verwaltungsgericht darin beizupflichten, dass die Begründung der Beschlussvorlage, die der streitigen Rechtsverordnung zugrunde liegt, im Wesentlichen nur die pauschale Beschreibung einer besonderen „Strahlkraft“ des bereits „zum 42. Mal“ stattfindenden Weihnachtsmarktes enthält, der sich zu einem „überregionalen Besuchermagneten“ entwickelt habe und in diesem Jahr voraussichtlich sechs Millionen Besucher anziehen werde, darunter allein 1,5 Millionen aus den Niederlanden sowie Gäste aus Großbritannien, Belgien und Frankreich. Rückschlüsse auf eine auch nur ungefähre Größenordnung des gerade am 10.12.2017 zu erwartenden veranstaltungsbedingten Besucheraufkommens erlauben diese Angaben nicht und sind vom Rat der Antragsgegnerin auch nicht gezogen worden. Und im Hinblick auf den allein durch eine Ladenöffnung am 10.12.2017 voraussichtlich ausgelösten Besucherstrom, also auf der anderen Seite der von der Antragsgegnerin durchgeführten Vergleichsbetrachtung, können die in der Beschlussvorlage zitierten Ergebnisse einer in den drei zentralen innerstädtischen Einkaufsbereichen durchgeführten Passantenfrequenzzählung (Retail Services Marktreport Düsseldorf 2015/16 von Engel & Völkers Commercial) allenfalls einen groben Anhalt liefern für das Kundenaufkommen in den drei Innenstadtbezirken an einem verkaufsoffenem Sonntag während der erfahrungsgemäß überdurchschnittlich umsatzträchtigen Adventszeit. 12

Ohne Erfolg beruft die Antragsgegnerin sich darauf, in der Vergangenheit seien Besucherzahlen deshalb nie ermittelt worden, weil sich diese Notwendigkeit erst in Folge der 13

grundlegenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 11.11.2015 – 8 CN 2.14 – (BVerwGE 153, 183) ergeben habe. Bei der Beschlussfassung über die streitige Rechtsverordnung im Februar 2017 war der Antragsgegnerin die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Senats zum notwendigen Anlassbezug einer Freigabe der Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen bekannt. In der Beschlussvorlage, die der streitigen Rechtsverordnung zugrunde liegt, nimmt die Antragsgegnerin explizit für sich in Anspruch, den von der Rechtsprechung mit Rücksicht auf den besonderen verfassungsrechtlichen Schutz der Sonn- und Feiertagsruhe formulierten Anforderungen zu genügen. Dies trifft indes, was die Besucherprognose anbelangt, wie ausgeführt offensichtlich nicht zu.

Der Senat hält auch den medial verstärkt erhobenen Einwand für unzutreffend, dass eine solche Prognose nicht mit vertretbarem Aufwand geleistet werden könne und an der Lebenswirklichkeit vorbeigehe. Die Antragsgegnerin hat ihn im gerichtlichen Verfahren zwar nicht erhoben. Allerdings wird ihr Oberbürgermeister in mehreren den 10.12.2017 betreffenden Zeitungsberichten mit der Äußerungen zitiert, er könne „die Rechtsprechung nicht nachvollziehen“ (Neue Ruhr Zeitung vom 7.12.2017), die Stadt müsse „einen absurden Aufwand betreiben, nur um nachzuweisen, was mit Blick auf die Anziehungskraft der innerstädtischen Weihnachtsmärkte offensichtlich ist“ (Rheinische Post Online vom 6.12.2017), und es würden „Nachweise verlangt..., die nicht unangreifbar zu ... [er]bringen“ seien (Westdeutsche Zeitung Online vom 5.12.2017). 14

Für die prognostische Beurteilung der für die anlassgebende Veranstaltung einerseits und die Ladenöffnung andererseits jeweils erwarteten Besucherströme und deren vergleichende Gegenüberstellung kommt es nicht auf exakte Zahlen, sondern angesichts tatsächlich bestehender erheblicher Prognoseunsicherheiten lediglich auf ungefähre Größenordnungen an. 15

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 28.9.2017 – 4 B 1218/17 –, juris, Rn. 16. 16

Dies setzt allerdings voraus, dass sich die Gemeinde in einer auch für die gerichtliche Überprüfung nachvollziehbaren – dokumentierten – Weise Klarheit über Charakter, Größe und Zuschnitt der Veranstaltung verschafft. Dies ist in einem Rechtsstaat nicht absurd, sondern eine Selbstverständlichkeit, und überdies nicht unvertretbar aufwändig. Verlangt ist – nur – eine nach den Umständen vertretbare und schlüssige Prognose. Für eine prognostische Abschätzung der zu erwartenden Besucherströme wesentliche Zahlen müssen nicht notwendig aufwändig verschafft werden. Sie liegen der Gemeindeverwaltung typischerweise vor. Gerade in Bezug auf besonders besucherstarke Anlässe, die Voraussetzung für eine Freigabe der Ladenöffnung sind, sind solche Zahlen und Prognosegrundlagen schon für die Zulassungsentscheidung und damit verbundenen Sicherheitskonzepte (Festsetzungen, Erteilung von Erlaubnissen, Straßenverkehrsregelungen, Verkehrs- und Einzelhandelskonzepte, Stadtentwicklung und dgl.) unverzichtbar. Die notwendigen Entscheidungsgrundlagen lassen sich deshalb regelmäßig in vergleichsweise kurzer Zeit anhand gezielter Nachfragen in den Fachämtern und aus allgemein verfügbaren ergänzenden Informationsquellen erschließen. Anhand dessen lässt sich beurteilen, ob es jeweils um eine Ladenöffnung im näheren Umfeld eines Anlasses mit großer Sogwirkung geht, oder ob ein (ggf. sogar dafür geschaffener) Anlass nur als willkommene Gelegenheit genommen wird, dem Handel in einem mit dem Anlass nicht mehr in Verbindung zu bringenden Umfang auch am Sonntag zusätzliche Umsätze zu verschaffen. 17

In diesem Zusammenhang merkt der Senat zudem an, das gerade das vielfach festzustellende politische Bestreben, dem Handel jenseits rechtfertigender Sachgründe und konkreter Anlässe einen zusätzlichen Umsatz am Sonntag zu verschaffen, ohne Änderung der Verfassung unzulässig ist. Der Gesetz- und Verordnungsgeber ist durch Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV aufgerufen, den Sonntag gegenüber dem Alltag an sechs Wochentagen „gesetzlich“ vor bloßen Umsatzinteressen zu „schützen“, nicht aber hierfür zu öffnen.

Nach den gegebenen Umständen ist ein am 10.12.2017 in erster Linie durch den Weihnachtsmarkt ausgelöstes Besucheraufkommen hier auch nicht offensichtlich. In den von der Freigabe der Ladenöffnung erfassten drei innerstädtischen Stadtbezirken der Antragsgegnerin, der Landeshauptstadt Nordrhein-Westfalens mit ca. 635.000 Einwohnern, befinden sich die zentralen und überörtlich bedeutsamen Einkaufsbereiche der Stadt mit zahlreichen Einzelhandelsbetrieben verschiedenster Größen. Trotz der beträchtlichen Größe und Attraktivität des Weihnachtsmarktes – näher dazu sogleich – liegt deshalb ein (schon) aufgrund einer Besucherrelation gegebener Annexcharakter der Ladenöffnung nicht ohne Weiteres, d. h. ohne belegte Angaben hierzu, auf der Hand. 19

Gleichwohl spricht viel dafür, dass sich der Weihnachtsmarkt als hinreichender Anlass für eine Ausnahme von der grundsätzlich gebotenen Sonn- und Feiertagsruhe erweisen könnte. Nach den Gesamtumständen, wie sie sich nach den vorliegenden Unterlagen und öffentlich zugänglichen Informationen darstellen, könnte er in seiner öffentlichen Wirkung gegenüber der typisch werktäglichen Geschäftigkeit der am 10.12.2017 freigegebenen Ladenöffnung im Vordergrund stehen. Nach Aktenlage bestehen gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass die Ladenöffnung trotz unzulänglicher Besucherprognose der Antragsgegnerin als bloßer Annex des Weihnachtsmarktes erscheint. 20

Eine schematische Gegenüberstellung der jeweils ungefähr zu erwartenden absoluten Besucherzahlen ist zur Beurteilung der prägenden Wirkung der jeweiligen Veranstaltung einerseits oder der Ladenöffnung andererseits nicht in jedem Fall hinreichend aussagekräftig. 21

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 5.5.2017 – 4 B 520/17 –, NWVBl. 2017, 345 = juris, Rn. 22. 22

Die Besucherrelation ist ein Kriterium, das zwar in der Regel, nicht aber stets ausschlaggebend dafür ist, ob die öffentliche Wirkung der Veranstaltung oder die typisch werktägliche Geschäftigkeit der Ladenöffnung im Vordergrund steht. 23

Vgl. BVerwG, Urteil vom 11.11.2015 – 8 CN 2.14 –, BVerwGE 153, 183 = juris, Rn. 24 f. („in der Regel“). 24

Aufgrund besonderer Umstände kann eine Veranstaltung den Sonntag gegebenenfalls selbst dann in spezifischer Weise prägen, wenn sie für sich genommen keinen größeren Besucherstrom auslöst, als er allein wegen der Ladenöffnung zu erwarten wäre. Solche Besonderheiten können insbesondere in der Eigenart der Veranstaltung oder des Veranstaltungsorts liegen, in dem Veranstaltungstermin oder in spezifischen Verhältnissen in der jeweiligen Gemeinde. Ausschlaggebend ist, ob bei Würdigung der gesamten Umstände die Ladenöffnung als bloßer Annex zu der anlassgebenden Veranstaltung erscheint. 25

Für einen Annexcharakter der hier in Rede stehenden Ladenöffnung spricht – auf der einen, der „Veranstaltungsseite“ – der Umstand, dass es sich bei dem Weihnachtsmarkt in der Düsseldorfer Innenstadt um eine Veranstaltung von beträchtlicher Größe und Attraktivität handelt, die während der Adventszeit jedenfalls eine ganz erhebliche Zahl sowohl 26

innerstädtischer als auch auswärtiger deutscher und ausländischer Besucher anzieht. Das stellt auch die Antragstellerin dem Grunde nach nicht in Abrede. Der Weihnachtsmarkt besteht aus insgesamt sieben verschiedenen Themenmärkten mit jeweils zwischen 26 und 43 und insgesamt deutlich mehr als 200 themenspezifisch gestalteten Marktständen bzw. Hütten. Die Themenmärkte sind in fußläufiger Entfernung voneinander quer durch die zentralen Innenstadtbereiche angeordnet (vgl. hierzu und zum Folgenden auch www.duesseldorf-tourismus.de/top-veranstaltungen/duesseldorfer-weihnachtsmarkt, aufgerufen am 6.12.2017). Das Angebot umfasst – auch am 10.12.2017 – neben weihnachtsmarktüblichen Speisen und Getränken sowie sonstigen Warenangeboten auch ein umfangreiches Begleitprogramm und weitere Attraktionen. Dazu gehören insbesondere ein Riesenrad, ein Lichterdom, ein Kinderaktionszelt mit Kinderprogramm, Kinderkarusselle, eine Eislauffläche sowie ein neuartiges Überdachungssystem („Magic-Sky“) mit Live-Musik. Dass, wie die Antragstellerin beanstandet, Teile dieses Begleitprogramms nicht bereits zum Zeitpunkt der Beschlussfassung des Rates der Antragsgegnerin feststanden, dürfte unerheblich sein, weil wesentlicher Zuschnitt und Charakter der Veranstaltung davon unberührt blieben. Ein solcher Weihnachtsmarkt erscheint nicht zuletzt auch wegen der ihm wesenseigenen Bindung an die Adventszeit sowie der durch ihn hervorgerufenen Sinneseindrücke – Lichter, Gerüche, weihnachtliche Musik – in spezifischer Weise geeignete, die innerstädtische Atmosphäre und damit auch den Charakter des Sonntags in besonderer Weise zu prägen. Das Gleiche gilt für das erwartete internationale, insbesondere niederländische Publikum, das sich sonntags vorwiegend wegen des Weihnachtsmarktes in der Stadt aufhält, wie in der Beschlussvorlage unter Hinweis auf eine in den Niederlanden bestehende weitreichende Sonntagseinkaufsmöglichkeit insoweit schlüssig ausgeführt wird.

Auf der anderen, der „Ladenöffnungsseite“ ist vorliegend dem Umstand besondere Bedeutung beizumessen, dass die hier betroffenen Innenstadtbereiche der Antragsgegnerin eine überdurchschnittlich große Anhäufung von Einzelhandelsbetrieben aufweisen, die ganzjährig erhebliche Kundenströme anziehen. In einer solchen innerstädtischen Umgebung, die bereits generell in besonderer Weise durch das wirtschaftliche Umsatzinteresse der Verkaufsstelleninhaber und das alltägliche Erwerbsinteresse potenzieller Kunden geprägt ist, kann eine im städtischen Leben herausragende Veranstaltung wie der hier in Rede stehende Weihnachtsmarkt in ihrer öffentlichen Wirkung gegenüber einer sonntäglichen Ladenöffnung selbst noch bei einem nicht in erster Linie veranstaltungsbedingten Besucheraufkommen in den Vordergrund treten. Für diese Sichtweise spricht auch, dass andernfalls in einer Stadt wie der Antragsgegnerin, jedenfalls was die Innenstadtbereiche anbelangt, eine Sonntagsöffnung auf der Grundlage von § 6 Abs. 4 i. V. m. Abs. 1 LÖG NRW mangels hinreichenden Anlasses kaum noch möglich wäre. Ein solches Ergebnis widerspräche ersichtlich der Vorstellung des Gesetzgebers, anlassbezogene Sonntagsöffnung unabhängig von der Gemeindegröße zu ermöglichen, und ist auch verfassungsrechtlich nicht geboten.

27

Schließlich dürfte ein hinreichend enger räumlicher Zusammenhang zwischen dem Weihnachtsmarkt und der Ladenöffnung in den gesamten Stadtteilen Stadtmitte, Altstadt und Carlstadt bestehen. Die Antragsgegnerin hat die ursprünglich für das gesamte Stadtgebiet beantragte Freigabe der Ladenöffnung auf diese drei Innenstadtteile beschränkt. Ihre Einschätzung, der Weihnachtsmarkt werde in diesem Umfang in seiner öffentlichen Wirkung über das unmittelbare Veranstaltungsumfeld hinaus ausstrahlen, dürfte nicht zu beanstanden sein. Sie erscheint mit Rücksicht auf das zu erwartende Besucheraufkommen des Marktes, das über die innerstädtischen Verkehrsverbindungen und insbesondere den im südwestlichen Teil des Stadtteils Stadtmitte gelegenen Hauptbahnhof zu den einzelnen Themenmärkten und Begleitveranstaltungen gelangt, naheliegend.

28

29

Danach ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht unerlässlich, zumal die Antragstellerin nicht geltend macht, dass ihr aufgrund der streitigen Sonntagsöffnung konkrete Nachteile in ihrer gewerkschaftlichen Betätigung entstünden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. 30

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1 und 2 GKG. 31

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG). 32