

Datum: 24.11.2020
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 13. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 13 B 1712/20.NE
ECLI: ECLI:DE:OVGNRW:2020:1124.13B1712.20NE.00

Tenor:

§ 11 Abs. 3 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vom 30. Oktober 2020 wird vorläufig außer Vollzug gesetzt.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 5.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Bei der Antragstellerin handelt es sich um die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di. Zu ihrem Betätigungsbereich gehört gemäß § 4 der Satzung der Antragstellerin in Verbindung mit Anlage 1 der Satzung auch der gesamte Bereich des Einzelhandels. In Nordrhein-Westfalen hat die Antragstellerin ca. 500.000 Mitglieder, von denen ein großer Teil im Einzelhandel beschäftigt ist.

Sie begehrt die vorläufige Außervollzugsetzung von § 11 Abs. 3 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronaschutzverordnung - CoronaSchVO) vom 30. Oktober 2020 (GV. NRW. S. 1044b), zuletzt geändert durch Verordnung vom 9. November 2020 (GV. NRW. S. 1046a).

§ 11 CoronaSchVO trifft folgende Bestimmungen:

§ 11 Handel, Messen und Märkte, Alkoholverkauf

(1) Die Anzahl von gleichzeitig in Handelseinrichtungen anwesenden Kundinnen und Kunden darf eine Person pro zehn Quadratmeter der Verkaufsfläche im Sinne des

1

2

3

4

5

6

7

Einzelhandelserlasses NRW nicht übersteigen. Der Verkauf von alkoholischen Getränken ist zwischen 23 Uhr und 6 Uhr untersagt.

(2) Messen, Ausstellungen, Jahrmärkte im Sinne von § 68 Absatz 2 der Gewerbeordnung (zum Beispiel Trödelmärkte), Spezialmärkte im Sinne von § 68 Absatz 1 der Gewerbeordnung und ähnliche Veranstaltungen sind bis zum 30. November 2020 unzulässig. Wochenmärkte mit dem Schwerpunkt Lebensmittel und Güter des täglichen Bedarfs bleiben unter Beachtung der §§ 2 bis 4a zulässig. 8

(3) Zur Vermeidung von Infektionsgefahren durch einen unregulierbaren Kundenandrang an den Wochenenden vor und nach Weihnachten dürfen Verkaufsstellen des Einzelhandels ausnahmsweise zur Entzerrung des Einkaufsgeschehens am 29. November 2020, 6., 13. und 20. Dezember 2020 sowie am 3. Januar 2021 ihre Geschäfte auch sonntags im Zeitraum zwischen 13.00 Uhr und 18.00 Uhr öffnen. 9

Die Antragstellerin hat am 5. November 2020 den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt. Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend: Die in § 11 Abs. 3 CoronaSchVO ermöglichte Sonntagsöffnung verletze sie in ihren Rechten aus Art. 9 Abs. 1 und 3 GG, konkretisiert durch Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV. Es fehle an einer Rechtsgrundlage für die Regelung. Auf § 32 Satz 1 i. V. m. § 28 Abs. 1 IfSG könne sie nicht gestützt werden. Die Zulassung der Sonntagsöffnung stehe im Widerspruch zu den Bestimmungen des Ladenöffnungsgesetzes NRW; dort sei die Möglichkeit der Sonntagsöffnung abschließend geregelt. Eine landesweite Sonntagsöffnung verstoße gegen die Grundsätze des verfassungsrechtlichen Gebots der Sonn- und Feiertagsruhe, die insbesondere eine Öffnung an mehreren aufeinander folgenden Sonntagen verbiete. Sie sei auch nicht geeignet, die infektionsschutzrechtlichen Ziele zu erreichen. Vielmehr werde sie zu zusätzlichen und verstärkten Kundenströmen in die Innenstädte am Sonntag führen, dies jedoch nur in den größeren Städten und Einkaufszentren, da keine Pflicht zur Öffnung geregelt worden sei. Landesweit werde aber gerade in kleineren Gemeinden hiervon kein Gebrauch gemacht werden. Um die Kundenströme zu entzerren, könnten stattdessen - wie bereits erlaubt - die Öffnungszeiten an den Werktagen ausgedehnt werden. 10

Die Antragstellerin beantragt, 11

im Wege der einstweiligen Anordnung den Vollzug von § 11 Abs. 3 CoronaSchVO bis zu einer Entscheidung über einen noch zu erhebenden Normenkontrollantrag auszusetzen. 12

Der Antragsgegner beantragt, 13

den Antrag abzulehnen. 14

Er hat im Wesentlichen vorgetragen, es sei nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin durch die angegriffene Regelung in eigenen Rechten verletzt werde. Diese sei infektionsschutzrechtlicher Natur und kollidiere nicht mit den Regelungen des Ladenöffnungsgesetzes. Dessen Normen würden durch die infektionsschutzrechtlich getroffenen Bestimmungen zeitweise überlagert. Da Weihnachtsgeschenke überwiegend im Dezember gekauft werden würden, sei es angesichts der derzeitigen Infektionslage erforderlich, die verstärkt an den Adventssamstagen zu erwartenden Kundenströme zu entzerren. Dies werde mit der Zulassung der Sonntagsöffnung erreicht. Sie könne sich auf § 32 Satz 1 i. V. m. § 28 Abs. 1 IfSG stützen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin seien zusätzliche verstärkte Kundenströme nicht zu erwarten, da zusätzliche Anreize wie z. B. Weihnachtsmärkte nicht vorlägen und die Bevölkerung derzeit generell Menschenmassen 15

meide. Die landesweite Zulassung der Sonntagsöffnung bewirke eine optimale Entzerrung der Kundenströme. Andere Maßnahmen kämen nicht in Betracht. Eine Schließung würde den Einzelhandel nachhaltig schädigen. Für eine Ausdehnung der Öffnungszeiten in der Woche fehle es an einer entsprechenden Nachfrage.

II. 16

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat Erfolg. Er ist gemäß § 47 Abs. 6, Abs. 1 Nr. 2 VwGO i. V. m. § 109a JustG NRW statthaft und auch im Übrigen zulässig. 17

Die Antragstellerin ist insbesondere antragsbefugt. Sie kann geltend machen, durch die angegriffene Regelung im Sinne von § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO in ihren Rechten verletzt zu sein. Der sich für den Gesetzgeber aus der Sonn- und Feiertagsgarantie der Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV ergebende Schutzauftrag bezieht sich auf die Stärkung derjenigen Grundrechte, die in besonderem Maße auf Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung angewiesen sind. Dazu zählen auch die Vereinigungs- und die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 GG. Die Ausgestaltung des Sonntagsschutzes durch Gesetz oder Verordnung berührt Rechte der Antragstellerin, weil sich die sonntägliche Öffnung des Einzelhandels insofern negativ auf ihre Grundrechtsverwirklichung auswirken kann, als hierdurch die Organisation gemeinschaftlicher gewerkschaftlicher Tätigkeiten spürbar erschwert werden kann. 18

Vgl. BVerwG, Urteile vom 17. Mai 2017 - 8 CN 1.16 ?, juris, Rn. 10 f., und vom 11. November 2015 - 8 CN 2.14 -, juris, Rn.15. 19

Diese Beeinträchtigung ist auch mehr als nur geringfügig, 20

vgl. hierzu BVerwG, Urteile vom 17. Mai 2017 - 8 CN 1.16 -, juris, Rn. 12, 21

da dem Einzelhandel die Öffnung seiner Verkaufsstellen landesweit an vier aufeinanderfolgenden und an einem an die Weihnachtsfeiertage unmittelbar anschließenden Sonntag ermöglicht und hierdurch eine gewerkschaftliche Betätigung über einen längeren Zeitraum erschwert wird. 22

Der Antrag ist auch 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. 23

Prüfungsmaßstab im Verfahren auf Erlass einer normbezogenen einstweiligen Anordnung sind zunächst die Erfolgsaussichten des in der Sache anhängigen Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen. Ergibt die Prüfung der Erfolgsaussichten, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen nicht dringend geboten. Erweist sich dagegen der Antrag als zulässig und (voraussichtlich) begründet, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen 24

Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist. Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens nicht abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden: Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, das Normenkontrollverfahren aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist.	
Vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. Februar 2015 - 4 VR 5.14 -, juris, Rn. 12; OVG NRW, Beschlüsse vom 6. April 2020 - 13 B 398/20.NE -, juris, Rn. 32, und vom 26. August 2019 - 4 B 1019/19.NE -, juris, Rn. 12; Nds. OVG, Beschluss vom 17. Februar 2020 - 2 MN 379/19 -, juris, Rn. 24, m. w. N.; Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 395.	25
Nach dieser Maßgabe ist der Erlass einer normenbezogenen einstweiligen Anordnung dringend geboten. Nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nur möglichen summarischen Prüfung erweist sich der von der Antragstellerin angegriffene § 11 Abs. 3 CoronaSchVO voraussichtlich als rechtswidrig und würde in einem Hauptsacheverfahren für unwirksam erklärt werden (1.). Zudem überwiegen die Gründe für die einstweilige Außervollzugsetzung die für den weiteren Vollzug der Verordnung sprechenden Gründe (2.).	26
1. Maßstab für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Regelung ist ausschließlich das Infektionsschutzrecht. Auf Vorschriften des Gesetzes zur Regelung der Ladenöffnungszeiten - LÖG NRW - hat der Ordnungsgeber sich nicht gestützt.	27
Das zugrunde gelegt besteht zunächst zwar kein Zweifel daran, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 32 Satz 1 i. V. m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG mit Blick auf die Berechtigung zu einem staatlichen Einschreiten gegeben sind. Der Senat hat bereits wiederholt entschieden, dass der Ordnungsgeber angesichts des aktuellen Infektionsgeschehens zu Recht einen dringenden Handlungsbedarf sieht.	28
Vgl. dazu etwa Senatsbeschluss vom 6. November 2020 ? 13 B 1657/20.NE ?, juris.	29
Die in § 11 Abs. 3 CoronaSchVO landesweit zugelassenen Sonntagsöffnungen stellen aber aller Voraussicht nach auf Rechtsfolgende keine notwendige Schutzmaßnahme im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG dar.	30
Notwendig ist eine Schutzmaßnahme, wenn sie dazu dient, die Weiterverbreitung einer ansteckenden Krankheit - hier einer COVID-19-Erkrankung - zu verhindern und hierzu objektiv geeignet, erforderlich und im Übrigen auch verhältnismäßig im engeren Sinn ist. Ob eine Maßnahme zur Erreichung infektionsschutzrechtlicher Ziele geeignet und erforderlich ist, bestimmt sich nach einem objektiven Maßstab, wobei dem Gesetz- bzw. im Rahmen der Ermächtigung dem Ordnungsgeber ebenso wie im Hinblick auf ihre Eignung auch in Bezug auf ihre Erforderlichkeit ein Beurteilungs- und Prognosespielraum zukommt.	31
Vgl. zu Letzterem BVerfG, Kammerbeschluss vom 29. September 2010 - 1 BvR 1789/10 -, juris, Rn. 21; BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2016 - 8 C 6.15 -, juris, Rn. 49.	32
Diesen hat der Ordnungsgeber hier indes aller Voraussicht nach überschritten.	33
	34

Das für sich genommen legitime Ziel des Ordnungsgebers, das Einkaufsgeschehen für den Fall eines unregulierbaren Kundenandrangs an den vier Adventssamstagen und an dem ersten Samstag im neuen Jahr zu entzerren, rechtfertigt es jedenfalls nicht, *landesweit* eine Öffnung der Verkaufsstellen des Einzelhandels auch an den jeweiligen Sonntagen zuzulassen. Dass an den in Rede stehenden Samstagen landesweit oder jedenfalls in der überwiegenden Zahl der nordrhein-westfälischen Innenstädte mit einem so großen Kundenandrang zu rechnen ist, dass aus infektionsschutzrechtlicher Sicht eine Entzerrung erforderlich wäre, hat der Ordnungsgeber selbst nicht geltend gemacht und ist auch sonst nicht ersichtlich. Im Gegenteil spricht erfahrungsgemäß alles dafür, dass in vielen, insbesondere ländlichen Gegenden und in zahlreichen vor allem kleineren Städten der Kundenandrang auch an den Adventssamstagen (sehr) überschaubar bleiben wird.

Angesichts dessen kann offen bleiben, inwieweit die Lage in den größeren Städten möglicherweise eine andere ist. 35

Vgl. hierzu aber die Äußerungen des nordrhein-westfälischen Wirtschaftsministers Prof. Dr. Pinkwart vor dem Landtagsausschuss für Wirtschaft, Energie und Landesplanung am 30. September 2020, APr 17/1141, S. 13, wonach gemäß Einschätzung der Landesregierung anstatt einer Überfüllung von Innenstädten auch der umgekehrte Effekt eintreten könne, dass Menschen in Sorge vor dieser Überfüllung selbst die Samstage nicht in dem Maße nicht in Anspruch nehmen, wie sie es sonst tun würden. 36

Selbst wenn jedoch unterstellt wird, dass in größeren Städten an den Adventssamstagen ein verstärkter Kundenzustrom zu erwarten ist, bestehen insoweit erhebliche Zweifel an der Eignung der Sonntagsöffnung, das Infektionsrisiko einzudämmen. Anders als bei sonstigen Maßnahmen des Ordnungsgebers, die unmittelbar auf eine Vermeidung von Kontakten vor allem im Freizeit- und Unterhaltungsbereich zielen, liegt es bei der Gestattung zusätzlicher Sonntagsöffnungen nicht auf der Hand, dass diese Maßnahme dazu beiträgt, infektionsbegünstigende Kontakte zu reduzieren. Denn es kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass sich infolge der zugelassenen Öffnung lediglich das Kundenaufkommen des Samstags nunmehr auf diesen und auf den folgenden Sonntag verteilen wird. Vielmehr erscheint es nicht zuletzt mit Blick auf den derzeitigen Mangel an anderen Möglichkeiten der Freizeitgestaltung zumindest ebenso naheliegend, dass durch die Öffnung am Sonntag zusätzliche Kunden dazu animiert werden, sich in die Innenstädte zu begeben. 37

Siehe in diesem Zusammenhang erneut Wirtschaftsminister Prof. Dr. Pinkwart in APr 17/1141, S. 7, dazu, dass offenbar auch die Landesregierung die Erwartung hegt, der Einzelhandel könne durch ein teilweises Nachholen pandemiebedingt ausgefallener verkaufsoffener Sonntage zusätzliche Umsätze generieren und so zumindest einen Teil der fehlenden Umsätze ausgleichen. 38

In diesem Fall aber wäre im Ergebnis ein infektionsschutzrechtlich unerwünschtes erhöhtes Kundenaufkommen in den größeren Städten und Einkaufszentren sowohl am Samstag als auch am Sonntag zu verzeichnen. Die hiermit verbundenen zusätzlichen Sozialkontakte nicht nur in den Innenstädten, sondern auch im öffentlichen Nahverkehr auf dem Weg dorthin stünden dann im Widerspruch zu dem ansonsten vom Ordnungsgeber verfolgten Konzept, aus Infektionsschutzgründen soziale Kontakte in der Freizeit weitgehend einzuschränken. 39

Abschließend weist der Senat mit Blick auf öffentlich geäußerte Erwartungen aus Kreisen des Einzelhandels darauf hin, dass das pandemiebedingt große wirtschaftliche Interesse an den Sonntagsöffnungen zwar verständlich ist, dieses infektionsschutzrechtlich aber keine Rolle 40

spielen kann.

2. Schließlich überwiegen auch die für die einstweilige Außervollzugsetzung sprechenden Gründe die gegenläufigen für den weiteren Vollzug der Verordnung streitenden Interessen. Die angegriffene, aller Voraussicht nach rechtswidrige Regelung beeinträchtigt die Antragstellerin so konkret in ihrem verfassungsrechtlich geschützten Recht auf Wahrung des Sonn- und Feiertagsschutzes, dass eine einstweilige Anordnung aus Gründen effektiven Rechtsschutzes dringend geboten ist, da eine Entscheidung in der Hauptsache für die Antragstellerin nicht rechtzeitig zu erlangen ist. 41

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 2 GKG. Da die angegriffene Regelung bereits mit Ablauf des 30. November 2020 außer Kraft tritt, zielt der Antrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, so dass eine Reduzierung des Auffangstreitwerts für das Eilverfahren nicht veranlasst ist. 42

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO). 43