

Az.: 6 B 63/21
4 L 11/21



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der

- Antragstellerin -
- Beschwerdegegnerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Freistaat Sachsen
vertreten durch die Landesdirektion Sachsen
Altchemnitzer Straße 41, 09120 Chemnitz

- Antragsgegner -
- Beschwerdeführer -

beigeladen:

1.

- Beschwerdeführerin -

2.

3.

prozessbevollmächtigt zu 1.:

wegen

Vollzug des Arbeitszeitgesetzes, Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, hier: Beschwerde

hat der 6. Senat des Sächsischen Obergerichts durch den Vorsitzenden Richter am Obergericht Dehoust, den Richter am Obergericht Groschupp und die Richterin am Obergericht Drehwald

am 16. August 2021

beschlossen:

Auf die Beschwerden des Antragsgegners sowie der Beigeladenen zu 1 wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 10. Februar 2021 - 4 L 11/21 - geändert. Der Antrag der Antragstellerin wird abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1. Die Beigeladenen zu 2 und 3 tragen ihre außergerichtlichen Kosten im Beschwerdeverfahren selbst.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.500,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin, eine Gewerkschaft, begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen eine Bewilligung zur Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen in einem Callcenter auf Grundlage von § 13 Abs. 5 ArbZG.
- 2 Die Beigeladene zu 1 betreibt ein Callcenter am Standort D....., beschäftigt derzeit 259 Mitarbeiter und ist als Dienstleister für unterschiedliche Auftraggeber tätig. Ihre Dienstleistung umfasst sowohl telefonische als auch schriftliche Kommunikation mit

den Kunden und Interessenten der Auftragnehmer. Zum Leistungsumfang gehören die Auftragsannahme, die Auskunftserteilung, die Beratung sowie der technische Support.

- 3 Erstmals mit Bescheid vom 21. März 2019 hatte der Antragsgegner der Beigeladenen nach § 13 Abs. 5 ArbZG antragsgemäß die Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen bewilligt und die sofortige Vollziehung angeordnet. Auf den Antrag der Antragstellerin vom 12. Dezember 2019 hatte das Verwaltungsgericht Chemnitz mit Beschluss vom 11. Februar 2020 - 4 L 752/20 - die aufschiebende Wirkung der gegen diesen Bescheid erhobenen Klage - 4 K 1795/19 - wieder hergestellt. Zur Begründung hatte das Verwaltungsgericht ausgeführt, die erteilte Ausnahmbewilligung sei zu unbestimmt. Einem Betroffenen sei es nicht möglich zu erkennen, wie viele Arbeitnehmer zu welchen Konditionen und zu welchen konkreten Zeiten ausnahmsweise beschäftigt werden dürften. Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „unzumutbar beeinträchtigt“ dürfte eine Bewilligung im Übrigen nur in Betracht kommen, wenn der Betrieb eines Antragstellers bei Wahrung der gesetzlichen Arbeitszeiten in seiner Geschäftstätigkeit gefährdet sei. Hierauf hatte der Antragsgegner den Bewilligungsbescheid am 25. März 2020 aufgehoben.
- 4 Auf ihren weiteren Antrag vom 5. November 2020 bewilligte der Antragsgegner der Beigeladenen zu 1 mit Bescheid vom 17. Dezember 2020 befristet bis zum 31. Januar 2024 und sofort vollziehbar erneut die Beschäftigung von Arbeitnehmern abweichend von § 9 ArbZG für insgesamt sieben Dienstleistungsprojekte verschiedener Auftragnehmer und ordnete die sofortige Vollziehung an. Die betroffenen Dienstleistungsnehmer wurden benannt, die Anzahl der jeweils betroffenen Beschäftigten, der Umfang der Erstreckung auf Sonn- und Feiertage, der konkrete Zeitumfang und die Art der Beschäftigung wurden für jeden Dienstleistungsnehmer angegeben. Die Landesdirektion wies den Widerspruch der Antragstellerin mit Widerspruchsbescheid vom 27. Januar 2021 zurück. Gleichzeitig änderte die Widerspruchsbehörde den Bescheid ab, indem sie den Umfang der betroffenen Beschäftigten bei allen sieben Dienstleistungsprojekten nach oben korrigierte.
- 5 Das Verwaltungsgericht hat in dem angegriffenen Beschluss vom 10. Februar 2021 die aufschiebende Wirkung der inzwischen von der Beigeladenen vor dem Verwaltungsgericht im Verfahren 4 K 197/21 erhobenen Klage angeordnet und zu Begründung ausgeführt, der Antragsgegner habe offensichtlich keine eigene Prüfung der Voraussetzungen des § 13 Abs. 5 ArbZG vorgenommen, sondern habe die Angaben der Beigeladenen zu 1 schlicht übernommen. Im Übrigen sei unklar, inwieweit

einzelne Tätigkeiten, insbesondere schriftliche, anstatt an Sonn- und Feiertagen auch in Nacharbeit an Werktagen erledigt werden könnten. Auch fehle es an einem Nachweis, dass die Beigeladene „unzumutbar“ beeinträchtigt werde. Soweit die Beigeladene behaupte, dass sich ihre Dienstleistungsnehmer Anbieter im Ausland suchen würden, wenn sie an Sonn- und Feiertagen die geforderten Dienstleistungen nicht anbiete, sei dies durch nichts belegt und stelle sich als bloße Vermutung dar. Im Hinblick auf die bei den Akten befindliche Stellungnahme des Betriebsrats der Beigeladenen, dass es der Beigeladenen nicht einmal gelungen sei, freie Stellen zu besetzen, sei nicht mit einem Verlust an Arbeitsplätzen deswegen zu rechnen, weil die Beigeladene an Sonn- und Feiertagen keine Dienstleistungen anbieten könne. Allein der Umstand, dass die wirtschaftliche Betätigung der Beigeladenen an Sonn- und Feiertagen die Anwerbung neuer Auftraggeber erleichtere, rechtfertige keine ausnahmsweise Bewilligung der Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen.

II.

- 6 Die zulässigen Beschwerden des Antragsgegners und der Beigeladenen zu 1 haben Erfolg. Die mit ihnen dargelegten Gründe, auf deren Prüfung das Oberverwaltungsgericht gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80a, § 80 Abs. 5 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen die Änderung des angefochtenen Beschlusses. Das Verwaltungsgericht hat die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin im Verfahren mit dem Aktenzeichen 4 K 197/21 zu Unrecht nach § 80a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 i. V. m. § 80 Abs. 5 VwGO wiederhergestellt.
- 7 1. Im Rahmen eines Verfahrens nach § 80a Abs. 3, 1 Nr. 2 i. V. m. § 80 Abs. 5 VwGO trifft das Gericht aufgrund der sich im Zeitpunkt seiner Entscheidung darstellenden Sach- und Rechtslage eine eigene Ermessensentscheidung darüber, ob die Interessen, die für einen sofortigen Vollzug des angefochtenen Verwaltungsakts sprechen, oder diejenigen, die für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung streiten, höher zu bewerten sind. Im Rahmen dieser Interessenabwägung sind die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache zu berücksichtigen. Wird der in der Hauptsache erhobene Rechtsbehelf bei der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nur möglichen summarischen Prüfung erfolgreich sein, so ist grundsätzlich die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs anzuordnen oder wiederherzustellen. Am Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsakts besteht kein

überwiegendes öffentliches oder privates Interesse. Dagegen überwiegt das öffentliche und ggf. private Interesse an der Vollziehung, wenn der der Hauptsache erhobene Rechtsbehelf voraussichtlich keinen Erfolg haben wird und - in Fällen der Anordnung des Sofortvollzugs (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO) - ein besonderes Vollzugsinteresse vorliegt. Lassen sich die Erfolgsaussichten bei der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht abschließend beurteilen, hat das Gericht im Rahmen einer eigenen Interessenabwägung das öffentliche und ggf. private Interesse an der sofortigen Vollziehung der behördlichen Verfügung und das private Interesse des Betroffenen und die Interessen Dritter, vorläufig von deren Wirkung verschont zu bleiben, gegeneinander abzuwägen (SächsOVG, Beschl. v. 24. April 2021 - 6 B 204/21 -, juris Rn. 4; v. 19. Dezember 2018 - 5 B 229/18 -, juris Rn. 19).

- 8 Die nach § 80a Abs. 3, 1 Nr. 2, § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmende Interessenabwägung geht danach zu Lasten der Antragstellerin aus. Dem öffentlichen Interesse sowie dem Interesse der Beigeladenen zu 1 gebührt der Vorrang gegenüber den rechtlich geschützten Interessen der Antragstellerin, da ihre Klage zwar voraussichtlich zulässig ist (2), aber in der Sache wohl keinen Erfolg haben wird (3).
- 9 2. Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage der Antragstellerin sind für den Senat nicht ersichtlich.
- 10 Insbesondere ist die Antragstellerin antragsbefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO). § 13 Abs. 5 ArbZG dient auch dem Schutz der Interessen der Gewerkschaften und ihnen kommt insoweit drittschützende Wirkung zu. Die Vorschrift konkretisiert mit den Voraussetzungen, unter denen Arbeitnehmer an Sonn- und Feiertagen ausnahmsweise beschäftigt werden dürfen, auf der Ebene des einfachen Rechts den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag, der sich für den Gesetzgeber aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV ergibt (vgl. BT-Drs. 12/5888 S. 23). Der Gesetzgeber ist danach zur Stärkung derjenigen Grundrechte verpflichtet, die in besonderem Maße auf Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung angewiesen sind. Dazu zählen neben der Religionsfreiheit die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) und die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG). Die Gewährleistung rhythmisch wiederkehrender Tage der Arbeitsruhe soll deren effektive Wahrnehmung ermöglichen. Sie erleichtert dem Einzelnen, sich in einem Verein oder einer Koalition zu gemeinsamem Tun zusammenzufinden. Spiegelbildlich wird zugleich die Möglichkeit der Vereinigung selbst gefördert und erleichtert, ihren Zweck zu verwirklichen, der gerade in der

Organisation von gemeinschaftlich wahrzunehmenden Interessen besteht. Die Vereinigung kann insoweit nicht nur verlangen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Durchbrechung des Sonntagsschutzes den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, sondern auch, dass die Anwendung von Vorschriften, die zu Eingriffen in den Sonntagsschutz ermächtigen, in jedem Einzelfall mit den Bestimmungen der Verfassung vereinbar ist (zu § 13 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b ArbZG: BVerwG, Urt. v. 27. Januar 2021 - 8 C 3.20 -, juris Rn. 14 m. w. N.; zu § 13 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a ArbZG: SächsOVG, Beschl. v. 11. Dezember 2015 - 3 B 369/15 -, juris Rn. 5 f.). Für eine mögliche Rechtsverletzung der Antragstellerin ist notwendig aber auch hinreichend, dass die Vereinigung oder die Gewerkschaft durch den angegriffenen Hoheitsakt in ihrem Tätigkeitsbereich betroffen ist (vgl. BVerwG, Urt. vom 26. November 2014 - 6 CN 1.13 - juris Rn. 17). Dies ist bei der Antragstellerin der Fall. Die angegriffene Bewilligung greift in den Schutz der Sonntagsruhe im Dienstleistungsbereich ein, in dem die Antragstellerin tätig ist. Dies kann dazu führen, dass ihre Mitglieder an diesem Tag an der Teilnahme an Veranstaltungen der Antragstellerin gehindert sind. Betroffen ist auch die Möglichkeit der Antragstellerin, Mitglieder unter den von der Sonntagsöffnung betroffenen Arbeitnehmern zu werben (vgl. BVerwG, Urt. v. 27. Januar 2021 a. a. O. Rn. 15).

- 11 3. Die Klage der Antragstellerin wird jedoch mit hoher Wahrscheinlichkeit in der Sache ohne Erfolg bleiben. Der Bescheid des Antragsgegners vom 17. Dezember 2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheids der Landesdirektion Sachsen vom 27. Januar 2021 stellt sich im Rahmen der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes allein möglichen summarischen Prüfung als mit hoher Wahrscheinlichkeit im Ergebnis rechtmäßig dar. Zwar leidet das Verwaltungsverfahren an einem Mangel, weil die Beigeladenen zu 2 und 3 zu ihm - soweit ersichtlich - nicht hinzugezogen wurden. Dieser Fehler wirkt sich aber nicht entscheidungserheblich aus (a). Inhaltlich spricht Überwiegendes dafür, dass der Bescheid rechtmäßig ist (b).
- 12 a) Die Beigeladenen zu 2 und 3 hätten nach Maßgabe des § 1 Satz 1 SächsVwVfZG, § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG zum Verwaltungsverfahren hinzugezogen werden müssen. Der Senat nimmt insoweit Bezug auf die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. Mai 2020 - 8 C 5.19 - (BVerwGE 168, 103 = SächsVBl. 2020, 342) und des 3. Senats des Hauses vom 12. April 2019 - 3 A 505/17 - (SächsVBl. 2019, 228).
- 13 Die Aufhebung des Verwaltungsakts kann indes wegen dieses Fehlers von der Antragstellerin nicht begehrt werden. Zum einen ist sie durch den Verfahrensfehler

nicht in ihrem eigenen Rechtskreis betroffen (§ 42 Abs. 2 VwGO). Das Beteiligungsrecht der Kirchen schützt nur deren Interessen, nicht aber die Interessen der Antragstellerin. Zum anderen handelt es sich bei der Bewilligung von Sonntagsarbeit um eine gebundene Entscheidung, sodass Verfahrensfehler die Entscheidung in der Sache offensichtlich nicht beeinflussen können. Deshalb kann die Aufhebung des Verwaltungsakts nicht allein wegen des Verfahrensfehlers beansprucht werden (vgl. § 1 Satz 1 SächsVwVfZG, § 46 VwVfG). Gemäß § 9 Abs. 1 ArbZG dürfen Arbeitnehmer an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen nicht beschäftigt werden. Abweichend hiervon hat die Aufsichtsbehörde nach § 13 Abs. 5 ArbZG die Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen zu bewilligen, wenn bei einer weitgehenden Ausnutzung der gesetzlich zulässigen wöchentlichen Betriebszeiten und bei längeren Betriebszeiten im Ausland die Konkurrenzfähigkeit unzumutbar beeinträchtigt ist und durch die Genehmigung von Sonn- und Feiertagsarbeit die Beschäftigung gesichert werden kann. Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen vor, ist die Bewilligung zwingend zu erteilen, weil § 13 Abs. 5 ArbZG der Behörde kein Ermessen einräumt („hat“; vgl. auch OVG NRW, Urt. v. 10. April 2000 - 4 A 756/97 -, juris Rn. 9 ff.).

- 14 b) Die der Antragstellerin erteilte Ausnahmegewilligung steht voraussichtlich mit höherrangigem Recht in Einklang. Die gegen die Rechtsgrundlage von der Antragstellerin geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken teilt der Senat - nach summarischer Prüfung im Eilverfahren - nicht (aa). Auch die Anwendung der Rechtsgrundlage durch den Antragsgegner im Einzelfall ist wohl nicht zu beanstanden (bb).
- 15 aa) Zutreffend geht die Antragstellerin davon aus, dass das verfassungsrechtliche Gebot des Sonn- und Feiertagsschutzes aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV gewerblicher Arbeit und vergleichbaren Tätigkeiten mit werktätigem Gepräge an Sonn- und Feiertagen grundsätzlich entgegensteht und es unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips Ausnahmen nur im Interesse der Verwirklichung des Schutzzwecks der Normen („Arbeit für den Sonn- und Feiertag“) oder im Interesse des Schutzes anderer verfassungsrechtlich geschützter Güter („Arbeit trotz des Sonn- und Feiertags“) geben darf (BVerfG, Urt. v. 9. Juni 2004 - 1 BvR 636/02 -, juris Rn. 178 ff.). Allein wirtschaftliche Interessen von Unternehmen (vgl. BVerfG, Urt. v. 1. Dezember 2009 - 1 BvR 2857 u. 2858/07 -, juris Rn. 157 ff.) oder auch alltäglich zu befriedigende Interessen potentieller Kunden (vgl. BVerwG, Urt. v. 26. November 2014 - 6 CN 1.13 -, BVerwGE 150, 327 Rn. 39) reichen nicht aus, um Ausnahmen vom

verfassungsunmittelbar verankerten Schutz von Sonn- und Feiertagen zu rechtfertigen. Die Antragstellerin geht aber fehl in ihrer Einschätzung, dass § 13 Abs. 5 ArbZG allein aufgrund der wirtschaftlichen Interessen der jeweiligen Unternehmen Ausnahmen von der Sonntagsarbeit zulässt und der Schutz der Konkurrenzfähigkeit der Unternehmen Kern der Regelung ist. Die Regelung knüpft zwar im Tatbestand u. a. an die Konkurrenzfähigkeit des Unternehmens (als Indikator für einen zu befürchtenden Arbeitsplatzabbau) an. Wie aber bereits der Wortlaut, der ebenso daneben auf die Beschäftigungssicherung abhebt, verdeutlicht, dient die Norm (in ihrer Zielrichtung) der Sicherung der Beschäftigung und damit der Verwirklichung des Sozialstaatsgebots (Art. 20 Abs. 3 GG), das als gleichrangiges Verfassungsgebot Einschränkungen des Sonn- und Feiertagsschutzes grundsätzlich rechtfertigen kann. Dies verdeutlicht auch die Gesetzesbegründung, wonach durch „die Genehmigung Beschäftigung gesichert werden“ muss, „d. h. es müssen Arbeitsplätze erhalten oder geschaffen werden“ (BT-Drs. 12/5888 S. 30; vgl. zum früheren ArbZRG BR-Drs. 507/93 S. 88).

- 16 Beim Ausgleich der Verfassungsgüter kommt dem Gesetzgeber - auch für „Arbeit trotz des Sonn- und Feiertags“ - ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu (vgl. BVerfG, Urt. v. 9. Juni 2004 a. a. O. Rn. 180; im Hinblick auf § 13 Abs. 5 ArbZG: BVerfG, Urt. v. 1. Dezember 2009 a. a. O. Rn. 156). Der Gesetzgeber verletzt die sich aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ergebende Schutzpflicht erst dann, wenn er die aus Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV folgenden Mindestanforderungen an den Sonn- und Feiertagsschutz unterschreitet (BVerfG, Urt. v. 1. Dezember 2009 a. a. O. Rn. 150). Angesichts der in § 13 Abs. 5 ArbZG begründeten engen Voraussetzungen für die Bewilligung einer Ausnahme von der Sonn- und Feiertagsruhe sieht der Senat die Grenzen des Gestaltungsraums, der dem Gesetzgeber bei der Abwägung zwischen der Arbeitsplatzsicherung und der Belastung der Arbeitnehmer durch Arbeit den Sonn- und Feiertagsschutz im Fall der „Arbeit trotz des Sonn- und Feiertags“ zukommt, als gewahrt an (so auch BAG, Urt. v. 15. September 2009 - 9 AZR 757/08 -, juris Rn. 38). Durch die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „unzumutbar(en)“ Beeinträchtigung der Konkurrenzfähigkeit bietet die Norm zudem Raum für eine verfassungskonforme Auslegung. Dabei kann im Einzelfall zwischen den Gründen, aus denen eine Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen grundsätzlich nicht zugelassen werden darf, und andererseits den Schäden, deren Vermeidung die Zulassung einer Ausnahme dienen soll, abgewogen werden. Berücksichtigung kann bei der Abwägung auch finden, inwieweit die Ausnahme von § 9 Abs. 1 ArbZG der öffentlichen Wahrnehmung weitgehend entzogen ist und ihr damit kein prägender

Charakter für den äußeren Ruherahmen der Sonntage zukommt (vgl. BVerfG, Urt. v. 1. Dezember 2009 a. a. O. Rn. 156).

- 17 bb) § 13 Abs. 5 ArbZG ist auch hinreichend bestimmt, da sich Auslegungsprobleme bei den verwandten unbestimmten Rechtsbegriffen, wie „weitgehenden Ausnutzung der gesetzlich zulässigen wöchentlichen Betriebszeiten“ oder „Konkurrenzfähigkeit unzumutbar beeinträchtigt“ mit den herkömmlichen Methoden juristischer Auslegung bewältigen lassen. Dass in Politik und Literatur zur Auslegung unterschiedliche Auffassungen vertreten werden, führt allein zu keiner anderen Beurteilung. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist hier auch deshalb angemessen, weil sie die Berücksichtigung branchentypischer Umstände und die Abwägung im Einzelfall ermöglicht, was bei der Verwendung von bestimmten Rechtsbegriffen nicht in gleicher Weise möglich wäre.
- 18 cc) Die Norm genügt auch den Anforderungen des Vorbehalts des Gesetzes. Der im Rechtsstaatsprinzip und im Demokratiegebot (Art. 20 Abs. 1 und 3 GG) wurzelnde Parlamentsvorbehalt gebietet es, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen dem Gesetzgeber zu überlassen. Dabei betrifft die Normierungspflicht nicht nur die Frage, ob ein bestimmter Gegenstand überhaupt gesetzlich geregelt sein muss, sondern auch, wie weit diese Regelungen im Einzelnen zu gehen haben (vgl. BVerfG, Urt. v. 6. Juli 1999 - 2 BvF 3/90 -, juris Rn. 125 m. w. N.; st. Rspr.). Die Tatsache, dass eine Frage politisch umstritten ist, führt dagegen für sich genommen nicht dazu, dass diese als wesentlich verstanden werden müsste (vgl. BVerfG, Urt. v. 14. Juli 1998 - 1 BvR 1640/97 -, BVerfGE 98, 218, 251). Danach hat hier der Parlamentsgesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen selbst getroffen. Was für die Wahrung des Sonn- und Feiertagsschutzes und die Schutzpflichten für dadurch konkretisierte Grundrechte wesentlich ist, hat der Gesetzgeber im Arbeitszeitgesetz geregelt. Er hat festgelegt, dass das Verbot einer Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen die Regel ist, eine solche Beschäftigung nur als Ausnahme zugelassen werden kann (BVerwG, Urt. v. 26. November 2014 a. a. O. Rn. 46). Er hat in § 13 Abs. 5 ArbZG festgelegt, welche gegenläufigen Belange hinreichendes Gewicht haben, um eine Ausnahme zu rechtfertigen, nämlich der bei unzumutbarer Beeinträchtigung der Konkurrenzfähigkeit zu erwartende Arbeitsplatzverlust. Er hat hierzu weitere Voraussetzungen festgelegt, welche die Durchbrechung des Sonn- und Feiertagsschutzes als Ausnahme sichern (vgl. zu § 13 Abs. 1 ArbZG BVerwG, Urt. v. 26. November 2014 a. a. O. Rn. 46).

- 19 c) Der Antragsgegner hat wohl § 13 Abs. 5 ArbZG auch zutreffend angewandt.
- 20 Nach § 13 Abs. 5 ArbZG hat die Behörde die Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen zu bewilligen, wenn bei einer weitgehenden Ausnutzung der gesetzlich zulässigen wöchentlichen Betriebszeiten und bei längeren Betriebszeiten im Ausland die Konkurrenzfähigkeit unzumutbar beeinträchtigt ist und durch die Genehmigung von Sonn- und Feiertagsarbeit die Beschäftigung gesichert werden kann. Es handelt sich um eine gesetzliche Regelung der Berufsausübung im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG in Form eines repressiven Verbots mit Befreiungsvorbehalt. Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Entscheidung der Behörde über den Antrag (vgl. zu einer Bewilligung auf Grundlage von § 13 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b ArbZG: BVerwG, Urt. v. 27. Januar 2021 a. a. O. Rn. 21).
- 21 aa) Die Beigeladene zu 1, die 114 Stunden wöchentlich das Callcenter an Werktagen in Betrieb hat, nutzt damit die gesetzlich zulässigen wöchentlichen Betriebszeiten i. S. v. § 13 Abs. 5 ArbZG bei wertender und branchentypischer Betrachtung weitgehend aus.
- 22 Unter Einschluss des Samstags stehen gesetzlich zulässige Betriebszeiten von 144 Stunden (sechs Tage à 24 Stunden) zur Verfügung, wovon die Beigeladene zu 1 114 Stunden und somit 79 % nutzt. Der Gesetzgeber hatte mit der Regelung in erster Linie das produzierende Gewerbe im Blick, bei dem werktägliche Produktion und die Produktion an Sonn- und Feiertagen grundsätzlich austauschbar sind und durch eine Ausschöpfung der werktäglichen Arbeitszeit einer Verschlechterung der Konkurrenzsituation und einem Arbeitsplatzabbau entgegengewirkt werden kann. Gerade bei Dienstleistern, die einen Bedarf bedienen, der auch an Sonn- und Feiertagen entsteht und dessen Deckung wegen der Wünsche der Kunden nicht ohne weiteres verschoben werden kann, scheidet jedoch die Möglichkeit, die Konkurrenzfähigkeit gegenüber dem Ausland durch eine Verlagerung der Leistungserbringung auf die gesetzlich zulässigen Betriebszeiten zu gewährleisten, zu einem erheblichen Teil aus. Dass der Gesetzgeber solche Gewerbe vom Anwendungsbereich des § 13 Abs. 5 ArbZG ausnehmen wollte, ist nicht ersichtlich. Nach Sinn- und Zweck der Regelung können daher Dienstleistungserbringer, wenn ihre Erreichbarkeit an Sonn- und Feiertagen von zentraler Bedeutung ist, grundsätzlich nicht auf die vollständige Ausnutzung der gesetzlich zulässigen Betriebszeiten verwiesen werden. Wenn feststeht, dass die Dienstleistung von den

Dienstleistungsnehmern gerade auch an Sonn- und Feiertagen verlangt wird, kann eine Auslastung nur im Rahmen der Austauschbarkeit der Leistung verlangt werden. Im Allgemeinen ist die Erreichbarkeit auch an Sonn- und Feiertagen für Callcenter von wichtiger Bedeutung. Die fortschreitende Digitalisierung des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens führt zu wachsenden Ansprüchen von Kunden an die tägliche Erreichbarkeit von Unternehmen. Dies gilt insbesondere im Bereich von Dienstleistungen. Nicht nur in der Reisebranche, auch in anderen Dienstleistungsbereichen setzen Kunden inzwischen voraus, dass sie mit Anbietern in ihrer arbeitsfreien Zeit und auch an Sonn- und Feiertagen in Kontakt treten können, zumal auch diese Kontaktaufnahme Zeit erfordert (z. B. wegen „Warteschleifen“ bei telefonischer Kontaktaufnahme) und daher an Werktagen oft nicht erledigt werden kann. Damit einher geht ein wachsender Bedarf vieler Unternehmen an Dienstleistungen durch Callcenter, die auch oder gerade während der Sonn- und Feiertage Dienstleistungen für ihre Kunden in Form telefonischer oder digitaler Kommunikation, wie Chat oder E-Mail, anbieten. Bei den hier betroffenen Projekten (Online-Apotheke, Bonusprogramm, Telefonbanking, Videoidentifikation, Erlebnisgutscheine, online Videothek und live TV, Elektronikhersteller) und Tätigkeiten (Kundenanfragen zu Produkten, einschließlich Service, zu Bestellungen, Lieferungen, Zustellungen, Rechnungen) dürfte eine Verlagerung auf die gesetzlich zulässigen Arbeitszeiten wegen der Anforderung durch die Kunden nur sehr beschränkt in Betracht kommen.

- 23 Der Senat geht im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes davon aus, dass die Beigeladene zu 1 in Bezug auf die im Bescheid bezeichneten Dienstleistungsnehmer einen ihrem Antrag entsprechenden Bewilligungsbedarf hat, der auch nicht auf Werktage verlagert werden kann, was von der Antragstellerin auch nicht substantiiert in Abrede gestellt wird. Die Beigeladene zu 1 hat in ihrem Bewilligungsantrag den Dienstleistungsbedarf konkret benannter Vertragspartner in Bezug auf Sonntage, bundeseinheitliche und -uneinheitliche Feiertage im Einzelnen benannt und dargelegt, dass die Dienstleistungen mit Dienstleistungsnehmern vertraglich so nachgefragt und vereinbart worden sind. Im Übrigen hat sie zum Nachweis auszugsweise Verträge vorgelegt, die zum einen belegen, dass diese Unternehmen zu ihren Kunden zählen. Zum anderen lassen sich die im Bewilligungsverfahren gemachten Angaben der Beigeladenen zu 1 zum zeitlichen Umfang der Dienstleistungen dadurch auch zum Großteil nachvollziehen. Gegebenenfalls wird dem Bedarf aber im Hauptsacheverfahren näher nachzugehen sein.

- 24 bb) Die Konkurrenzfähigkeit des Betriebs der Beigeladenen zu 1 dürfte „bei längeren Betriebszeiten im Ausland“ beeinträchtigt sein, wenn sie ihre Dienstleistungen nur zu den gesetzlich zulässigen Arbeitszeiten anbieten kann.
- 25 Der Antragsgegner durfte auf Grundlage der von der Beigeladenen zu 1 im Bewilligungsverfahren vorgelegten Unterlagen davon ausgehen, dass konkurrierende Callcenter im Ausland ihre Dienstleistungen auch an Sonn- und Feiertagen durchführen können und damit „längere Betriebszeiten“ i. S. v. § 13 Abs. 5 ArbZG anbieten.
- 26 Für die Branche der Callcenter ergibt sich aus den Angaben der Beigeladenen zu 1, dass ausländische Callcenter, die zu ihrer Unternehmensgruppe gehören, längere Betriebszeiten anbieten können. So betragen die Öffnungszeiten dieser Callcenter in Spanien, Österreich, Lettland, Polen, Rumänien, Bosnien und Herzegowina sowie in der Türkei danach Montag bis Sonntag jeweils 0:00 Uhr bis 24:00 Uhr sowie in der Schweiz von Montag bis Sonntag 7:00 Uhr bis 22:00 Uhr. Zudem hat die Beigeladene mehrere Ausdrücke von Stellenangeboten ausländischer Callcenter im Internet vorgelegt, die eine Bereitschaft von Bewerbern voraussetzen, auch an Sonn- und Feiertagen zu arbeiten. Die dem Bewilligungsantrag beigefügte Stellungnahme des Call Center Verbands Deutschland e. V. (CCV) verweist auf eine Übersicht des Länderausschusses für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik (LASI), wonach in 15 europäischen Ländern einschließlich der Türkei kein ausdrückliches Gebot der Sonn- und Feiertagsruhe besteht oder zumindest weitreichende Ausnahmeregelungen bestehen.
- 27 Da auch im nicht deutschsprachigen Ausland Menschen mit guten Sprachkenntnissen in Deutsch leben (im europäischen Ausland, aber z. B. auch in der Türkei), stehen in Bezug auf deutschsprachige Kommunikationsdienstleistungen nicht nur die Callcenter im deutschsprachigen Ausland mit der Beigeladenen zu 1 in Konkurrenz. Verstärkt wird die Konkurrenzsituation zudem durch mitunter deutlich niedrigere Arbeitslöhne im Ausland.
- 28 Die Beigeladene zu 1 wird „bei“ diesen längeren Betriebszeiten im Ausland in ihrer Konkurrenzfähigkeit „beeinträchtigt“, da anzunehmen ist, dass Dienstleistungsnehmer verstärkt auf andere Anbieter im Ausland, die angesichts häufig geringerer Lohnkosten häufig auch günstigere Angebote machen, ausweichen werden, wenn die Beigeladene zu 1 an Sonn- und Feiertagen die jeweils begehrten Dienstleistungen nicht anbieten

kann. Ob die Beeinträchtigung auf weitere Ursachen zurückzuführen ist, ist ohne Belang. Dies kommt im Gesetz durch die Formulierung „bei längeren Betriebszeiten“ zum Ausdruck. Ausreichend, aber auch erforderlich ist, dass ein Zusammenhang mit längeren Betriebszeiten im Ausland erkennbar ist. Eine Beeinträchtigung der Konkurrenzfähigkeit „bei längeren Betriebszeiten im Ausland“ liegt daher auch dann vor, wenn weitere Gründe hinzutreten (billigere Arbeitskräfte, veraltete Produktionsanlagen usw.). Dies zeigt auch die Entstehungsgeschichte der Norm. Anders als noch der Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 12/5888 S. 20) setzt der in Kraft getretene § 13 Abs. 5 ArbZG keinen Nachweis eines Zusammenhangs zwischen der Konkurrenzbeeinträchtigung und den längeren Betriebszeiten voraus. Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung war die Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen abweichend von § 9 Abs. 1 ArbZG zu bewilligen, wenn nachweisbar die Konkurrenzfähigkeit gegenüber dem Ausland wegen längerer Betriebszeiten oder anderer Arbeitsbedingungen im Ausland unzumutbar beeinträchtigt ist und durch die Genehmigung von Sonn- und Feiertagsarbeit die Beschäftigung gesichert werden kann (BT-Drs. 12/5888 S. 9). Der Gesetzentwurf wurde auf eine Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (11. Ausschuss, BT-Drs. 12/6990 S. 17) hin geändert. Die Formulierung in § 13 Abs. 5 ArbZG „bei einer weitgehenden Ausnutzung der gesetzlich zulässigen Betriebszeiten und bei längeren Betriebszeiten im Ausland“ setzt keinen Nachweis eines ursächlichen Zusammenhangs (mehr) voraus. Ein solcher „Nachweis“ könnte ohne aufwändige Marktuntersuchungen und Gutachten auch kaum geführt werden.

- 29 cc) Die Konkurrenzfähigkeit der Beigeladenen zu 1 dürfte i. S. v. § 13 Abs. 5 ArbZG auch „unzumutbar“ beeinträchtigt sein, wenn sie ihre Dienstleistungen weiterhin nur zu den gesetzlich zulässigen Arbeitszeiten anbieten kann. Es spricht Überwiegendes dafür, dass sich die betriebliche Situation der Beigeladenen zu 1 in Folge der Minderung von Vertragschancen auf absehbare Zeit deutlich verschlechtern wird und sie durch die Beeinträchtigung Gefahr läuft, entscheidende Marktanteile und damit auf Dauer in erheblichem Umfang Arbeitsplätze zu verlieren. Dies reicht zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals aus; eine Existenzgefährdung ist nicht erforderlich.
- 30 In der Literatur wird zum Teil mit Blick auf die verfassungsrechtlich geschützte Sonntagsruhe angenommen, dass eine unzumutbare Beeinträchtigung der Konkurrenzsituation erst dann erreicht wird, wenn die Beeinträchtigung der Konkurrenzfähigkeit auf längere Sicht nicht nur zu einem Verlust von Marktanteilen und Arbeitsplätzen führt, sondern der Betrieb in seiner Existenz gefährdet sein kann (Kock,

in: BeckOK ArbR, Stand 1. Juni 2021, §13 ArbZG, Rn. 27; Neumann, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand: 85. EL 2020, § 13 ArbGG Rn. 20). Nach anderer Auffassung liegt die Unzumutbarkeit bereits dann vor, wenn sich die betriebliche Situation in Folge der Minderung von Absatz- oder Vertragschancen auf absehbare Zeit deutlich verschlechtert und der antragstellende Betrieb durch die Beeinträchtigung Gefahr läuft, entscheidende Marktanteile und damit auf Dauer auch Arbeitsplätze zu verlieren, ohne dass eine Gefährdung der Existenz des Betriebs gegeben ist (Biebl, in: Neumann/Biebl, ArbZG, 16. Aufl. 2012, § 13 Rn. 23; Baeck/Deutsch/Winzer, ArbZG, Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 83; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Aufl. 2016, § 13 ArbZG Rn. 46; Wank, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, § 13 ArbZG Rn. 14). Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat die Frage, welcher dieser Maßstäbe anzulegen ist, offengelassen (Urt. v. 10. April 2000 - 4 A 756/97 -, juris Rn. 9 ff.).

- 31 Der Senat schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an. Schon der Wortlaut spricht eher gegen das Erfordernis einer Existenzgefährdung, weil er an die unzumutbare Beeinträchtigung der Konkurrenzfähigkeit und nicht auf die Existenzgefährdung für das Unternehmen abstellt. Auch der Sinn und Zweck der Vorschrift - einem Arbeitsplatzabbau entgegenzuwirken -, spricht gegen eine solche Auslegung, weil Arbeitsplatzverluste typischerweise schon bei einer erheblichen Verschlechterung der Konkurrenzfähigkeit und dem damit verbundenen Auftragsrückgang zu erwarten sind und nicht erst bei der Existenzgefährdung.
- 32 Die verfassungsrechtlich geschützte Sonn- und Feiertagsruhe - bei der es sich um eine nur im Kernbereich geschützte institutionelle Garantie handelt, die dem Gesetzgeber einen erheblichen Gestaltungsspielraum lässt - gebietet es nicht, erst dann eine Unzumutbarkeit i. S. v. § 13 Abs. 5 ArbZG anzunehmen, wenn der Betrieb bei Einhaltung der gesetzlichen Arbeitszeiten letztlich in seiner Existenz gefährdet würde. Der Gesetzgeber kann bei dem Ausgleich gegenläufiger Schutzgüter im Rahmen seines Gestaltungsspielraums auf eine geänderte soziale Wirklichkeit, insbesondere auf Änderungen im Freizeitverhalten, Rücksicht nehmen. Im Bereich der Industrie zum Beispiel ist für die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit im internationalen Vergleich und damit aus beschäftigungspolitischen Erwägungen eine Ausnahme vom Sonntagsschutz seit langem akzeptiert, zumal diese der öffentlichen Wahrnehmung weitgehend entzogen ist und ihr damit kein prägender Charakter für den äußeren Ruherahmen der Sonntage zukommt (BVerfG, Urt. v. 1. Dezember 2009 a. a. O. Rn. 155 f.). Als Beispiel für eine solche Ausnahme führt das Bundesverfassungsgericht

in dieser Entscheidung unter anderem ausdrücklich die hier in Rede stehende Ausnahme in § 13 Abs. 5 ArbZG an. Nichts anders dürfte dann aber für Callcenter gelten, deren Betrieb der öffentlichen Wahrnehmung ebenfalls weitgehend entzogen ist und dem damit kein prägender Charakter für den äußeren Ruherahmen der Sonntage zukommt.

- 33 Danach reicht es für die Unzumutbarkeit aus, wenn prognostisch davon auszugehen ist, dass sich die betriebliche Situation eines Antragstellers in Folge der Minderung von Absatz- oder Vertragschancen auf absehbare Zeit deutlich verschlechtern wird und er durch die Beeinträchtigung Gefahr läuft, entscheidende Marktanteile und damit auf Dauer auch Arbeitsplätze einzubüßen. Die Prognose des Antragsgegners, dass dies bei weitgehender Ausnutzung der gesetzlich zulässigen wöchentlichen Betriebszeiten bei der Beigeladenen zu 1 der Fall wäre, ist - jedenfalls bei summarischer Prüfung im Eilverfahren - nicht zu beanstanden. Die Beigeladene zu 1 betreut am Standort D..... mehrere Kunden, mit denen sie Dienstleistungen an Sonn- und Feiertagen vertraglich vereinbart hat. Bei einer Versagung der Bewilligung ist nach allgemeiner Lebenserfahrung zu besorgen, dass die Beigeladene zu 1 Kunden an ausländische Anbieter mit längeren als den hier gesetzlich zulässigen Betriebszeiten verlieren und sie dementsprechend Marktanteile einbüßen würde. Wie ihre Übersicht im Bewilligungsverfahren zeigt, konkurriert sie insoweit auch mit inländischen Konkurrenten in anderen Bundesländern, in denen die Sonn- und Feiertagsarbeit in Callcentern in Bedarfsgewerbeverordnungen ausnahmsweise gestattet ist. Auch wenn fraglich ist, ob bei einer solchen Konkurrenzsituation § 13 Abs. 5 ArbZG Anwendung findet (vgl. Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, ArbR, 4. Auflage 2017, § 13 ArbZG Rn. 15) - was der Senat offenlassen kann -, kann jedenfalls davon ausgegangen werden, dass Kunden oder Interessenten angesichts der geringeren Lohnkosten in erheblichem Umfang ausländische Anbieter bevorzugen werden, wenn Leistungen an Sonn- und Feiertagen im Inland nicht angeboten werden können.

- 34 Auch wenn aus Sicht ihres Betriebsrats angesichts unbesetzter Stellen derzeit nichts dafür spricht, dass Arbeitsplätze unmittelbar wegfallen, ist angesichts der zunehmenden Digitalisierung des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens und des damit einhergehend wachsenden Bedarfs an Dienstleistungen während der Sonn- und Feiertage gleichwohl anzunehmen, dass die unzumutbare Beeinträchtigung zumindest mittel- oder längerfristig eintreten würde, sei es durch einen verminderten Zuwachs oder durch einen Abbau von Arbeitsplätzen. Die Beigeladene hat zudem vorgetragen, dass vormalige Projekte mit den denselben Dienstleistungsnehmern an

andere Standorte hätten abgegeben werden müssen, was bereits zu einem Verlust von 64 Arbeitsplätzen am Standort D..... geführt habe. Gestützt wird die Prognose zudem durch die Erfahrungen im Bundesland Hessen in der Zeit, nachdem das Bundesverwaltungsgericht die auf § 13 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a ArbZG als Verordnungsermächtigung gestützte Hessische Bedarfsgewerbeordnung für teilweise unwirksam erklärt hatte (BVerwG, Urt. v. 26. November 2014 a. a. O.). Nach den Erhebungen des CCV mussten hierauf in Hessen zwei von 21 Mitgliedern des Call Center Verbands Deutschland Mitarbeiter entlassen werden. Gegebenenfalls wird der Frage aber im Hauptsacheverfahren näher nachzugehen sein.

- 35 4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1, § 162 Abs. 3 und § 154 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind nach § 162 Abs. 3 VwGO nur erstattungsfähig, wenn sie das Gericht aus Billigkeit der unterliegenden Partei oder der Staatskasse auferlegt. Dem Beigeladenen können Kosten nach § 154 Abs. 3 VwGO jedoch nur auferlegt werden, wenn er Anträge gestellt oder Rechtsmittel eingelegt hat und sich damit einem Kostenrisiko ausgesetzt hat. Hier hat sich die Beigeladene zu 1 einem Kostenrisiko ausgesetzt, da sie einen Antrag gestellt hat. Es entspricht daher der Billigkeit, dass sie ihre außergerichtlichen Kosten erstattet erhält. Die erst im Beschwerdeverfahren beteiligten Beigeladenen zu 2 und 3 tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst, da sie keinen Antrag gestellt haben.
- 36 Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 47, § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 2 GKG i. V. m. Nummer 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (<https://www.bverwg.de/rechtsprechung/streitwertkatalog>) und folgt der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung, gegen die keine Einwände erhoben wurden.
- 37 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
Dehoust

Drehwald

Groschupp