

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 20 NE 20.1127
Sachgebietsschlüssel: 542

Rechtsquellen:

§ 28 Abs. 1, § 32 Satz 1 IfSG
§ 13 Abs. 4, 5; § 5, § 7 5. BayIfSMV
§ 47 Abs. 6 VwGO

Hauptpunkte:

- Corona-Pandemie
- Beschränkung der Bewirtungszeiten in der Gastronomie
- notwendige Schutzmaßnahmen
- Verhältnismäßigkeit einer Norm

Leitsätze:

Die Beschränkung der Abgabe von Speisen und Getränken in Gastronomiebetrieben auf die Zeit zwischen 6 und 22 Uhr nach § 13 Abs. 4 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 5. BayIfSMV ist keine notwendige, d.h. verhältnismäßige Schutzmaßnahme nach § 28 Abs. 1 IfSG.

Beschluss des 20. Senats vom 19. Juni 2020

20 NE 20.1127

*Großes
Staatswappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Normenkontrollsache

***** * , *****

***** * , *****

- ***** -

***** & *****

***** * , *****

***** * , *****

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch:

Landesrechtsanwaltschaft Bayern,

Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach,

- Antragsgegner -

wegen

Infektionsschutzgesetz / Untersagung / Gaststätte

(Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO);

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 20. Senat,

durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Kraheberger,

die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Kokoska-Ruppert,

den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Hahn

ohne mündliche Verhandlung am **19. Juni 2020**

folgenden

Beschluss:

- I. § 13 Abs. 4 Satz 1 und § 13 Abs. 5 Satz 1 der Fünften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 29. Mai 2020 (BayMBI. Nr. 304) in der Fassung der Änderungsverordnungen vom 12. Juni 2020 und vom 16. Juni 2020 (BayMBI. Nrn. 334 und 338) werden insoweit außer Vollzug gesetzt, als die Abgabe von Speisen und Getränken jeweils auf den Zeitraum zwischen 6 und 22 Uhr begrenzt wird.
- II. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.
- III. Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.
- IV. Der Streitwert wird auf 10.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

- 1 Mit seinem Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO verfolgt der Antragsteller sinngemäß das Ziel, den Vollzug von § 5 Satz 1, § 7 und § 13 Abs. 4 und 5 der Fünften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (5. BayIfSMV) vom 29. Mai 2020 (2126-1-9-G, BayMBI. 2020 Nr. 304) einstweilen auszusetzen.
- 2 1. Der Antragsgegner hat am 29. Mai 2020 durch das Staatsministerium für Gesundheit und Pflege die in der Hauptsache streitgegenständliche Verordnung erlassen, die mit Verordnungen vom 12. Juni 2020 (BayMBI. 2020 Nr. 334) und vom 16. Juni 2020 (BayMBI. 2020 Nr. 338) geändert wurde, jedoch nicht in den hier streitgegenständlichen Fragen, und mit Ablauf des 21. Juni 2020 außer Kraft tritt (§ 1 Nr. 10 Verordnung zur Änderung der 5. BayIfSMV v. 12.6.2020 (BayMBI. 2020 Nr. 334) i.V.m. § 23 Satz 1 5. BayIfSMV).
- 3 2. Der Antragsteller, der in Bayern nach eigenen Angaben einen Gasthof betreibt, hat mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 11. Mai 2020 einstweiligen Rechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO gegen § 13 Satz 1 4. BayIfSMV beantragt und ihn letztlich mit

Schriftsatz vom 9. Juni 2020 auf die entsprechenden und weiteren Regelungen der 5. BayIfSMV umgestellt.

4 Die angegriffenen Vorschriften haben folgenden Wortlaut:

5 § 5
Veranstaltungs-, Versammlungs- und Ansammlungsverbot

6 ¹Vorbehaltlich speziellerer Regelungen in dieser Verordnung sind Veranstaltungen,
Versammlungen und Ansammlungen landesweit untersagt.

7 ²Ausnahmegenehmigungen können auf Antrag von der zuständigen Kreisverwaltungs-
behörde erteilt werden, soweit dies im Einzelfall aus infektionsschutzrechtlicher Sicht
vertretbar ist.

8 § 7
Versammlungen im Sinne des Bayerischen Versammlungsgesetzes

9 ¹Öffentliche Versammlungen im Sinne des Bayerischen Versammlungsgesetzes sind
unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

10 1. Die Teilnehmerzahl ist auf höchstens 50 Teilnehmer beschränkt.

11 2. Zwischen allen Teilnehmern ist grundsätzlich ein Mindestabstand von 1,5 m zu wahren und jeder Körperkontakt mit Versammlungsteilnehmern oder Dritten zu vermeiden, wozu auch gehört, dass keine Flugblätter oder sonstige Gegenstände verteilt werden.

12 3. Die Versammlung findet ausschließlich unter freiem Himmel und ortsfest statt.

13 4. Die Dauer der Versammlung ist auf höchstens 60 Minuten beschränkt.

14 5. Seitens desselben Veranstalters oder derselben Versammlungsteilnehmer wird höchstens eine Versammlung je Kalendertag durchgeführt.

15 ²§ 5 Satz 2 gilt entsprechend.

16 § 13
Gastronomie

17 (1) Gastronomiebetriebe jeder Art sind vorbehaltlich der folgenden Absätze untersagt.

18 (2) Zulässig ist die Abgabe und Lieferung von mitnahmefähigen Speisen und Getränken.

- 19 (3) ¹Zulässig ist der Betrieb von nicht öffentlich zugänglichen Betriebs- und Schulkantinen, wenn gewährleistet ist, dass zwischen den Gästen ein Mindestabstand von 1,5 m eingehalten wird. ²Der Betreiber hat ein Schutz- und Hygienekonzept auszuarbeiten und auf Verlangen der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde vorzulegen.
- 20 (4) ¹Zulässig ist die Abgabe von Speisen und Getränken zum Verzehr an Ort und Stelle im Freien, insbesondere in Wirts- oder Biergärten und auf Freischankflächen, in der Zeit zwischen 6 und 22 Uhr, wenn gewährleistet ist, dass zwischen allen Gästen, die im Verhältnis zueinander nicht zu dem in § 2 Abs. 1 bezeichneten Personenkreis gehören, entweder ein Mindestabstand von 1,5 m eingehalten wird oder geeignete Trennvorrichtungen vorhanden sind. ²Für das Personal im Servicebereich oder in Bereichen, in denen ein Mindestabstand von 1,5 m nicht eingehalten werden kann, sowie für die Gäste, solange sie sich nicht an ihrem Platz befinden, gilt Maskenpflicht. ³Der Betreiber hat ein Schutz- und Hygienekonzept auf der Grundlage eines von den Staatsministerien für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie und für Gesundheit und Pflege bekannt gemachten Rahmenkonzepts für die Gastronomie auszuarbeiten und auf Verlangen der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde vorzulegen.
- 21 (5) ¹Zulässig ist die Abgabe von Speisen und Getränken zum Verzehr an Ort und Stelle durch Speisewirtschaften nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 des Gaststättengesetzes, soweit der Verzehr nicht im Freien erfolgt, in der Zeit zwischen 6 und 22 Uhr, wenn gewährleistet ist, dass zwischen allen Gästen, die im Verhältnis zueinander nicht zu dem in § 2 Abs. 1 bezeichneten Personenkreis gehören, ein Mindestabstand von 1,5 m eingehalten wird oder geeignete Trennvorrichtungen vorhanden sind. ²Abs. 4 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.“
- 22 Der Antragsteller ist der Meinung, die Trennung in Verzehr im Freien und innerhalb der Räumlichkeiten einer Gaststätte sei willkürlich. Die Maskenpflicht sei ebenfalls willkürlich und insbesondere im Außenbereich nicht nachvollziehbar. Es sei nicht klar, welchem praktischen Schutzbedürfnis die zeitliche Begrenzung diene. Diese Maßnahmen hielten Gäste davon ab, seine Gaststätte aufzusuchen. Eine Gewinnerwirtschaftung und Kompensation entgangener Gewinne sei so nicht möglich. Veranstaltungen seien nach § 5 Satz 1 5. Bayl fSMV weiterhin verboten, auch dagegen richte sich sein Eilantrag, weil er größere Gruppen nicht beherbergen könne.
- 23 3. Der Antragsgegner tritt dem Eilantrag entgegen. Eine willkürliche Unterscheidung von Gastronomie im Freien und in Innenräumen liege nicht vor. Bezüglich der beschränkten Öffnungszeiten in Gastronomiebetrieben sollten zunächst Erfahrungen

mit einer zeitlich begrenzten Gastronomie gesammelt und das weitere Infektionsgeschehen beobachtet werden. Es bestehe die Befürchtung, dass es in den späteren Abend- und Nachtstunden aufgrund höheren Alkoholkonsums zu vermehrten Verstößen gegen Abstands- und Hygieneregeln kommen werde. Rechtsgrundlage hierfür seien § 32 Satz 1 und 2 i.V.m. § 28 Abs. 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG). Sowohl die Maskenpflicht als auch der Mindestabstand der Plätze von 1,5 m seien gerechtfertigt. Außerdem habe der Ministerrat beschlossen, die bisher zulässige Öffnungszeit für die zulässigen Gastronomiebetriebe ab dem 22. Juni 2020 auf 23:00 Uhr zu verlängern. Damit komme der Normgeber seiner Verpflichtung zur fortwährenden Evaluierung und erforderlichenfalls Anpassung der getroffenen Maßnahmen nach. Dies sei auch darin zum Ausdruck gekommen, dass die Kontaktbeschränkungen durch die Änderungsverordnung vom 16. Juni 2020 weiter gelockert worden seien. Das grundsätzliche Verbot auch gastronomischer Veranstaltungen nach § 5 Satz 1 5. BayIfSMV sei vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 8. Juni 2020 (Az.: 20 NE 20.1316) als voraussichtlich rechtmäßig bestätigt worden.

- 24 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen

II.

- 25 Der Antrag ist teilweise begründet.
- 26 Die Regelungen des § 13 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1 5. BayIfSMV sind im Hinblick auf die zeitliche Beschränkung der Abgabe von Speisen und Getränken infektionsschutzrechtlich nicht gerechtfertigt und überschreiten damit die von §§ 28 Abs. 1 i.V.m. § 32 Satz 1 IfSG eingeräumte Ermächtigung. Damit liegen die Voraussetzungen zum Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 47 Abs. 6 VwGO, wonach das Normenkontrollgericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen kann, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist, nach Auffassung des Senats im Ergebnis vor (1.).
- 27 Soweit sich der Antragsteller darüber hinaus gegen die Pflicht zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung (MNB) nach § 13 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 Satz 2 5. BayIfSMV und gegen das Verbot von Veranstaltungen nach § 5 Satz 1 5. BayIfSMV wendet, ist der Antrag unbegründet (2.).

- 28 Soweit sich der Antrag gegen § 7 5. BayIfSMV richtet, ist er mangels Antragsbefugnis unzulässig, weil der Antragsteller nicht darlegt, inwieweit er beim Betrieb seiner Gaststätte von dieser Regelung § 7 betroffen ist (3.).
- 29 Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 u.a. – ZfBR 2015, 381 – juris Rn. 12; zustimmend OVG NW, B.v. 25.4.2019 – 4 B 480/19.NE – NVwZ-RR 2019, 993 – juris Rn. 9). Dabei erlangen die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Eilverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Normen befristet und je geringer damit die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag noch vor dem Außerkrafttreten der Normen ergehen kann. Das muss insbesondere dann gelten, wenn – wie hier – die in der Hauptsache angegriffenen Normen in quantitativer und qualitativer Hinsicht erhebliche Grundrechtseingriffe enthalten oder begründen, sodass sich das Normenkontrollverfahren (ausnahmsweise) als zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG geboten erweisen dürfte.
- 30 Ergibt demnach die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, 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 Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist (BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 u.a.– juris Rn. 12).

1.

31 Unter Anwendung der dargestellten Maßstäbe erweist sich der Antrag im tenorierten Umfang als begründet.

a.

32 Der Senat geht davon aus, dass die angegriffenen Bestimmungen der Verordnung formell wirksam, insbesondere ordnungsgemäß bekanntgemacht worden sind. Auch wenn die Verordnung im Hinblick auf die in § 21 5. BayIfSMV normierten Ordnungswidrigkeiten als bewehrte Verordnung anzusehen ist, dürfte nach der zum 1. Mai 2020 erfolgten Aufhebung der bisherigen Veröffentlichungspflicht im Gesetz- und Verordnungsblatt nach Art. 51 Abs. 2 LStVG a.F. durch § 2 Nr. 2 Buchst. a) des Gesetzes zur Änderung des Bayerischen Land- und Amtsarztgesetzes und weiterer Rechtsvorschriften vom 27. April 2020 (GVBl. 2020 S. 236, vgl. auch LT-Drs. 18/7347) die hier erfolgte Bekanntmachung durch Veröffentlichung im Bayerischen Ministerialblatt ausreichend sein.

b.

33 Im Hinblick auf die gesetzliche Grundlage der angegriffenen Bestimmungen hat sich der Senat bereits in mehreren Eilentscheidungen (BayVGH, B.v. 30.3.2020 – 20 NE 20.632 – juris; B.v. 9.4.2020 – 20 NE 20.663 – BeckRS 2020, 5446; 20 NE 20.688 – BeckRS 2020, 5449; 20 NE 20.704 – BeckRS 2020, 5450; B.v. 28.4.2020 – 20 NE 20.849 – juris) mit der Außervollzugsetzung von Teilregelungen der 1. und 2. BayIfSMV auseinandergesetzt. Dabei ist der Senat im Rahmen der Eilverfahren davon ausgegangen, dass die Bestimmungen in § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG grundsätzlich eine ausreichende Rechtsgrundlage finden dürften (vgl. zum Begriff der Schutzmaßnahme auch BayVGH, B.v. 30.3.2020 – 20 CS 20.611 – juris Rn. 9 ff.).

c.

34 Jedoch sind nach den in den genannten Entscheidungen dargestellten Maßstäben die angefochtenen Bestimmungen voraussichtlich nicht von der Ermächtigungsgrundlage des § 28 Abs. 1 IfSG gedeckt, weil sie nicht verhältnismäßig und damit nicht notwendig sind.

35 Zwar hat der Gesetzgeber den Wortlaut der Norm als Generalklausel gestaltet, da eine abstrakt-generelle Regelung zur Infektionsbekämpfung nicht die Notwendigkeit des

Ergreifens bestimmter einzeln aufgeführter Maßnahmen uneingeschränkt vor-hersehen und festlegen kann. Jedoch findet die im Einzelfall getroffene Schutzmaßnahme in der bereits im Wortlaut der Norm mit der Begrenzung auf „notwendige“ Schutzmaßnahmen angelegten Verhältnismäßigkeit eine Schranke.

36 Im Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Seuchengesetzes, BT-Drs. 8/2468, S. 27 heißt zu der Regelung des § 34 BSeuchG, an die § 28 IfSG anknüpft (BT-Drucksache 19/18111 S. 25):

37 „Vielmehr enthält der neue Absatz 1 Satz 1 als wichtigste Änderung ähnlich wie § 10 Abs. 1 für die Verhütung eine allgemeine Ermächtigung, die notwendigen Maßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Die Grundsätze der Notwendigkeit, des geringstmöglichen Eingriffs und der Verhältnismäßigkeit des Mittels schränken das Ermessen der zuständigen Behörde in dem gebotenen Maße ein. Die den Behörden bisher zur Verfügung stehenden abschließend aufgezählten Schutzmaßnahmen einschließlich der im bisherigen § 43 vorgesehenen „Maßnahmen gegenüber der Allgemeinheit“ erscheinen für eine sinnvolle und wirksame Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu eng. So war z.B. im Gesetz bisher nicht vorgesehen, dass einem Kranken, Krankheitsverdächtigen usw. neben den ihm obliegenden Handlungs- und Duldungspflichten, wenn er unter Beobachtung gestellt war (§ 36 Abs. 2), auch sonstige Verhaltensmaßregeln auferlegt werden konnten, etwa das Gebot der persönlichen Desinfektion (Händedesinfektion), das nicht von § 39 bisheriger Fassung erfasst wird oder das Verbot, bestimmte Örtlichkeiten (z.B. eine Gaststätte, Lebensmittelgeschäfte) aufzusuchen, um nicht zu dem harten Mittel der räumlichen Absonderung nach § 37 greifen zu müssen. Die Fülle der Schutzmaßnahmen, die bei Ausbruch einer übertragbaren Krankheit in Frage kommen können, lässt sich von vorneherein nicht übersehen. Man muss eine generelle Ermächtigung in das Gesetz aufnehmen, will man für alle Fälle gewappnet sein. Die Maßnahmen können vor allem nicht nur gegen die in Satz 1 (neu) Genannten, also gegen Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige usw. in Betracht kommen, sondern auch gegenüber „Nichtstörern“. So etwa das Verbot an jemanden, der (noch) nicht ansteckungsverdächtig ist, einen Kranken aufzusuchen. Die bisher in § 43 aufgezählten Schutzmaßnahmen gegenüber der

Allgemeinheit können künftig auf Grund der generellen Regelung des Absatzes 1 Satz 1 angeordnet werden. In Absatz 1 Satz 2 werden sie trotzdem beispielhaft ausdrücklich genannt, weil die genannten Maßnahmen einerseits besonders bedeutsam sind und es andererseits durch ihre Nennung ermöglicht wird, dass die in § 65 enthaltene Strafandrohung aufrechterhalten werden kann. Um durch die Neufassung des Absatzes 1 Satz 1 etwa auftretende Zweifel auszuräumen, ob auf Grund dieser allgemeinen Ermächtigung, anders als nach der derzeitigen Rechtslage, eine Heilbehandlung (Zwangsbehandlung) angeordnet werden kann, soll in dem neuen Absatz 1 Satz 3 ausdrücklich eine Klarstellung getroffen werden. Die bisherigen Erfahrungen beim Vollzug des BSeuchG lassen einen so weitgehenden Eingriff in das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit des Betroffenen nicht gerechtfertigt erscheinen. Damit wird gleichzeitig betont, dass auch der Begriff der Absonderung im Sinne des § 37 eine Heilbehandlung nicht miterfasst.“

38 Auch das Bundesverwaltungsgericht hat zu den nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG möglichen Schutzmaßnahmen in seinem Urteil vom 22. März 2012 (3 C 16/11 – NJW 2012, 2823, Rn. 24) ausgeführt:

39 „bb) Hinsichtlich Art und Umfang der Bekämpfungsmaßnahmen – „wie“ des Eingreifens – ist der Behörde, wie bereits ausgeführt, Ermessen eingeräumt (BR-Dr 566/99 S. 169). Dem liegt die Erwägung zu Grunde, dass sich die Bandbreite der Schutzmaßnahmen, die bei Auftreten einer übertragbaren Krankheit in Frage kommen können, nicht im Vorfeld bestimmen lässt. Der Gesetzgeber hat § 28 Abs. 1 IfSG daher als Generalklausel ausgestaltet. Das behördliche Ermessen wird dadurch beschränkt, dass es sich um „notwendige Schutzmaßnahmen“ handeln muss, nämlich Maßnahmen, die zur Verhinderung der (Weiter-)Verbreitung der Krankheit geboten sind. Darüber hinaus sind dem Ermessen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Grenzen gesetzt (vgl. Entw. eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Seuchengesetzes, BT-Dr 8/2468, S. 27 (zur Vorgängerregelung in § 34 BSeuchG).“

40 Gemessen an diesen Maßstäben ist nicht ersichtlich, inwieweit die Beschränkung der Zeiten für die Abgabe von Speisen und Getränken in Gastronomiebetrieben von 6 bis

22 Uhr aus Gründen des Infektionsschutzes notwendig sein könnte. Die Maßnahmen sind zwar möglicherweise geeignet, das Infektionsgeschehen mit SARS-CoV-2 einzudämmen. Es ist aber nicht ersichtlich, dass die (probeweise) Aufrechterhaltung einer Beschränkung der Betriebszeiten erforderlich zur Eindämmung des Infektionsgeschehens und damit notwendig im Sinne der Ermächtigung wäre.

- 41 Weder aus den vom Antragsgegner vorgetragenen Überlegungen – es sollten zunächst Erfahrungen mit einer zeitlich begrenzten Gastronomie gesammelt werden und es bestünden Befürchtungen, dass es in den späteren Abend- und Nachtstunden aufgrund erhöhten Alkoholkonsums zu vermehrten Verstößen gegen Abstands- und Hygieneregeln kommen werde – noch aus anderen Erwägungen ergibt sich eine Notwendigkeit der zeitlichen Beschränkung einer Abgabe von Speisen und Getränken in Gastronomiebetrieben.
- 42 Die Berufung des Antragsgegners auf das Weiterbestehen des „Probezustands“ einer zunächst nur zeitlich beschränkten gastronomischen Betriebsöffnung erscheint schon deshalb nicht mehr tragfähig, weil sich seit der grundsätzlichen Öffnung der Gastronomiebranche unter Einhaltung eines Hygienekonzepts und der Verpflichtung für Personal und Gäste zum Tragen einer MNB mit Inkrafttreten der 5. BayIfSMV am 29. Mai 2020 bislang nicht abzeichnet, dass es hierdurch zu einem nennenswerten Anstieg der Infektionszahlen gekommen ist. Dass die Begrenzung der Bewirtungszeiten über die grundsätzlich gegebene Eignung von Maßnahmen der Kontaktreduzierung hinaus Effekte auf die Eindämmung des Infektionsgeschehens hat, ist nicht ersichtlich und vom Antragsgegner auch nicht dargelegt worden. Angesichts der mittlerweile weitgehenden Öffnung des öffentlichen Raums mit einer Vielzahl von Kontaktmöglichkeiten ohne zeitliche Beschränkungen (vgl. etwa § 2 Abs. 1, § 3 i.V.m. § 1 Abs. 1 5. BayIfSMV) ist sie schon nicht (mehr) geeignet, die Entwicklung des weiteren Infektionsgeschehens zu beobachten und jedenfalls nicht (mehr) erforderlich, zur Eindämmung des Infektionsgeschehens beizutragen.
- 43 Soweit die Befürchtung des Antragsgegners, es könne alkoholbedingt zu einer Nichteinhaltung von Hygienestandards durch Gäste kommen, zutreffen sollte, stünden ihm jedenfalls mildere infektionsschutzrechtliche Mittel als eine Einschränkung der Bewirtungszeiten zur Verfügung, beispielsweise das Verbot des Ausschanks alkoholischer Getränke ab einer bestimmten Uhrzeit. Im Übrigen besteht speziell in Gaststätten nach § 20 Nr. 2 GastG ein gesetzliches Verbot, in Ausübung eines

Gewerbes alkoholische Getränke an erkennbar Betrunkene zu verabreichen. Eine generelle Missachtung dieses gesetzlichen Verbots kann zur Rechtfertigung verkürzter Betriebszeiten nicht unterstellt werden. Um sonstigen öffentlichen Bedürfnissen Rechnung zu tragen, kann der Ordnungsgeber im Übrigen auf Sperrzeitregelungen i.S.v. § 8 Abs. 1 BayGastV zurückgreifen; weiterhin gelten die allgemeine Sperrzeitregelung nach § 7 BayGastV sowie im Einzelfall die Regeln der Bayerischen Biergartenverordnung und gemeindlich festgesetzte Sperrzeitbestimmungen.

44 Soweit der Antragsteller hingegen meint, es käme zu einer willkürlichen Ungleichbehandlung der Bewirtung im Innenraum und im Freien, so besteht für diese Annahme seit Geltung der 5. BayIfSMV kein Anlass mehr, da Innen- und Außenbereichsbewirtung nunmehr nach § 13 Abs. 4 und 5 5. BayIfSMV im Hinblick auf hygienische Vorgaben gleichgestellt werden.

2.

45 Die Verpflichtung zum Tragen einer MNB nach § 13 Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 5. BayIfSMV begegnet derzeit hingegen keinen durchgreifenden Bedenken (BayVGh, B.v. 15.5.2020 – 20 NE 20.1102 – juris; B.v. 17.6.2020 – 20 NE 20.1189). Für die Gastronomie ergeben sich insoweit keine Besonderheiten, zumal ein Ablegen der MNB am Tisch gestattet wird, die Maskenpflicht also – jedenfalls für die Gäste – nur verhältnismäßig kurzfristige Situationen betrifft. Soweit der Antragsteller größere Veranstaltungen in seiner Gastwirtschaft durchführen will, kann auf die Entscheidung des Senats vom 8. Juni 2020 (20 NE 20.1316 – juris) verwiesen werden, wonach wegen des fortbestehenden Infektionsgeschehens (vgl. <https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges-Coronavirus/Risikobewertung.html> v. 26.5.2020; Situationsbericht v. 17.6.2020 <https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges-Coronavirus/Situationsberichte/29020-06-18-de.pdf?-blob=publicationFile>) auch gastronomische Veranstaltungen, die die im öffentlichen Raum nach der Verordnung zulässigen Personenkontakte übersteigen, aller Voraussicht nach derzeit gerechtfertigt sein dürften.

3.

46 Soweit der Antragsteller in seiner Antragschrift Bezug auf Versammlungen nach § 7 5. BayIfSMV nimmt, ist schon nicht ersichtlich, inwieweit er von dieser Norm beim Betrieb seiner Gastwirtschaft betroffen sein könnte. Insofern ist er nicht antragsbefugt. Sofern er der Auffassung sein sollte, dass „Versammlungen“ i.S.d. § 7 5. BayIfSMV

mit „Veranstaltungen“ i.S.d. § 5 Satz 1 5. BayIfSMV identisch sind, kann auf obige Ausführungen verwiesen werden.

4.

47 Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwGO. Die Festsetzung des Streitwertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG. Da die vom Antragsteller teilweise angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 21. Juni 2020 außer Kraft tritt, zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Streitwertes für das Eilverfahren auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit hier nicht angebracht erscheint.

48 Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Kraheberger

Kokoska-Ruppert

Dr. Hahn