

**Titel:**

**Sperrzeitregelung für die Gastronomie wegen Corona**

**Normenkette:**

GG Art. 70 Abs. 2, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, Nr. 19

IfSG § 28a Abs. 1 Nr. 13, Abs. 9 S. 2, § 32

GastG § 18

15. BayIfSMV § 11 Nr. 2

**Leitsatz:**

**Die Erfolgsaussichten eines in der Hauptsache gestellten Normenkontrollantrags sind schon deshalb als offen anzusehen, weil auf § 28a Abs. 1 Nr. 13 IfSG gestützte Sperrzeitregelungen im Rahmen von Eilverfahren in ständiger Rechtsprechung nicht beanstandet wurden. (Rn. 15) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Corona-Pandemie, Sperrzeitregelung Gastronomie, Gesetzgebungskompetenz  
Infektionsschutzrecht/Gaststättenrecht, Folgenabwägung

**Tenor**

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Wert des Verfahrensgegenstands wird auf 10.000,00 Euro festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

1. Die Antragstellerin betreibt nach eigenen Angaben in Bayern eine Schank- und Speisewirtschaft im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 GastG. Sie beantragt, § 11 Nr. 2 der Fünfzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (15. BayIfSMV vom 23. November 2021, BayMBl. 2021 Nr. 816) in der Fassung der Änderungsverordnung vom 14. Dezember 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 875), die mit Ablauf des 12. Januar 2022 außer Kraft tritt (§ 18 15. BayIfSMV), durch Erlass einer einstweiligen Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen.

2

Die angegriffene Regelung hat folgenden Wortlaut:

3

„§ 11 Gastronomie (...)

4

2. Gastronomische Angebote dürfen außer in der Silvesternacht vom 31. Dezember 2021 auf den 1. Januar 2022 zwischen 22 Uhr und 5 Uhr nicht zur Verfügung gestellt werden (Sperrstunde).

(...)“

5

3. Die Antragstellerin trägt zur Begründung ihres Eilantrags im Wesentlichen vor, durch die Beschränkung der Öffnungszeiten erhebliche Umsatzeinbußen zu erleiden. Nachdem ausweislich der Erhebung des Robert Koch-Institutes (RKI) nur wenige Infektionen auf Speisegaststätten zurückzuführen seien, sondern das Infektionsgeschehen überwiegend im privaten Bereich stattfindende, sei schon die Eignung der Maßnahme fraglich. Vielmehr führe die Bestimmungen gerade zu einer Verdrängung von Begegnungen in den privaten Bereich und erweise sich daher als kontraproduktiv. Zudem sei die angegriffene Maßnahme nicht erforderlich, da der Zutritt zu gastronomischen Betrieben nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 15. BayIfSMV von

vornherein nur geimpften oder genesenen Personen gestattet sei, deren deutlich verringerter Schutzbedarf keine weitergehenden Einschränkungen der gastronomischen Betriebe rechtfertigen können. Soweit der Verordnungsgeber das Ziel verfolge, Feiern und Alkoholkonsum zu beschränken, sei ein Verbot des Alkoholausschanks als milderer Mittel vorzuziehen, zumal die einschlägigen Hygienekonzepte in der Gastronomie unberührt blieben.

**6**

4. Der Antragsgegner tritt dem Eilantrag entgegen und führt zur Begründung aus, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs gegen die Sperrstundenregelung keine Bedenken bestünden. Die Maßnahme einer Sperrstunde sei danach sowohl geeignet als auch erforderlich. Weil auch Geimpfte und Genesene an Covid-19 erkranken und die Infektion weiter übertragen könnten, sei es aus Sicht des Verordnungsgebers noch nicht möglich, diesen wieder „alle Freiheiten“ einschließlich unbegrenzter nächtlicher Aufenthalte in gastronomischen und anderen Einrichtungen zu „gewähren“. Insbesondere sei zu bedenken, dass die Gäste einer Gaststätte eine bei Gelegenheit des Gaststättenbesuchs erworbene Infektionen an Dritte weitergeben könnten. Ein Verbot des Ausschanks alkoholische Getränke sei nicht gleichermaßen wirkungsvoll, da es bei der Sperrstunde nicht nur um die Vermeidung übermäßigen Alkoholkonsums gehe. Schließlich erscheine die angegriffene Maßnahme angesichts der derzeitigen Infektionsdynamik und der hohen Auslastung der Intensivstationen auch der Situation angemessen.

**7**

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

**8**

A. Der zulässige Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO hat in der Sache keinen Erfolg.

**9**

1. Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen oder noch zu erhebenden 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.

**10**

Ergibt 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. - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 12).

**11**

Lassen sich die Erfolgsaussichten dagegen nicht absehen, ist im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden. Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung nicht erginge, der Normenkontrollantrag aber später Erfolg hätte und die Folgen, die entstünden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung erlassen würde, der Normenkontrollantrag aber später erfolglos bliebe. Die für eine einstweilige Außervollzugsetzung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, also so schwer wiegen, dass sie - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - „dringend geboten“ ist (§ 47 Abs. 6 VwGO, vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - juris Rn. 12).

## 12

2. Nach diesen Maßstäben sind die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache erhobenen Normenkontrollantrags nach § 47 Abs. 1 VwGO bei der im Eilverfahren möglichen Prüfungsdichte als offen anzusehen (dazu a und b). Bei der danach vorzunehmenden Folgenabwägung überwiegen die für eine Außervollzugsetzung sprechenden Gründe das Normvollziehungsinteresse jedenfalls nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit (c).

## 13

a) Sollte sich - was bislang aber höchstrichterlich nicht hinreichend geklärt ist - die vom Ordnungsgeber ausdrücklich als „Sperrstunde“ bezeichnete Regelung materiell als Sperrzeitregelung i.S.d. § 18 Abs. 1 des Gaststättengesetzes (GastG) erweisen, könnte § 11 Nr. 2 15. BayIfSMV schon aus formellen Gründen rechtswidrig sein, ohne dass es noch auf die im Wesentlichen bereits mit Beschluss des Senats vom 19. Juni 2020 (20 NE 20.1127 - juris Rn. 43) festgestellten grundsätzlichen Zweifel an der Verhältnismäßigkeit einer solchen Maßnahme ankäme.

## 14

Die vom Antragsgegner herangezogene infektionsschutzrechtliche Befugnis nach § 28a Abs. 9 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 13 i.V.m. § 32 IfSG trägt die angegriffene Maßnahme nur dann, wenn und soweit sich die Festsetzung einer allgemeinen landesweiten Sperrzeit für Gaststätten dem infektionsschutzrechtlichen Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG („Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren“) zuordnen lässt und nicht dem Gaststättenrecht i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 i.V.m. Art. 70 Abs. 1 GG unterfällt. Die kompetenzrechtliche Zuordnung dieser Maßnahme unter Berücksichtigung der maßgeblichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. insbesondere BVerfG, B.v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21 u.a. („Bundesnotbremse II“) - juris Rn. 86 a.E.; B.v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21 u.a. („Bundesnotbremse I“) - juris Rn. 120; B.v. 14.1.2015 - 1 BvR 931/12 - juris Rn. 29 m.w.N.; U.v. 24.10.2002 - 2 BvF 1/01 - juris Rn. 280 m.w.N.; vgl. auch Rozek in v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 70 Rn. 50 ff.; Degenhart in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 70 Rn. 57 ff.; Huster/Kingreen, Hdb. InfSchR, Kap. 1 Rn. 50) und der Zielrichtung von Sperrzeitregelungen i.S.d. § 18 GastG i.V.m. § 8 Abs. 1 BayGastV (vgl. BVerwG, B.v. 17.7.1995 - 1 B 87/95 - juris Rn. 7) wirft komplexe Rechtsfragen auf, die sich im Rahmen des Eilverfahrens nicht abschließend beantworten lassen.

## 15

b) Im Ergebnis sind die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache gestellten Normenkontrollantrags jedoch schon deshalb als offen anzusehen, weil auf § 28a Abs. 1 Nr. 13 IfSG gestützte Sperrzeitregelungen im Rahmen von Eilverfahren zuletzt in ständiger Rechtsprechung formell und materiell nicht beanstandet wurden (vgl. etwa BayVGH, B.v. 6.7.2021 - 25 NE 21.1721 - juris Rn. 15 ff.; B.v. 6.7.2021 - 25 NE 21.1647 - juris Rn. 16 ff.; B.v. 23.7.2021 - 25 NE 21.1832 - juris Rn. 30; B.v. 18.8.2021 - 25 NE 21.1741 - juris Rn. 17 ff.).

## 16

c) Nach der bei offenen Erfolgsaussichten gebotenen Folgenabwägung ist die Außervollzugsetzung der angegriffenen Regelung jedenfalls nicht „dringend geboten“ i.S.d. § 47 Abs. 6 VwGO.

## 17

Erginge die beantragte einstweilige Anordnung nicht und hätte der Normenkontrollantrag in der Hauptsache Erfolg, hätten die Normadressaten - die Anbieter gastronomischer Dienstleistungen - durch den weiteren Vollzug der angegriffenen Regelung teilweise irreversible Eingriffe insbesondere in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit hinzunehmen, soweit sie durch die zeitliche Beschränkung ihres Angebots auf die Zeit zwischen 5 und 22 Uhr Umsatz- und Gewinneinbußen erleiden. Dabei ist bei der gebotenen generalisierenden Folgenbetrachtung allerdings zu berücksichtigen, dass sich die Sperrzeitregelung nur bei einem Teil der gastronomischen Betriebe - nämlich solchen, deren Betriebskonzept eine Öffnung zwischen 22 und 5 Uhr vorsieht - nachteilig auswirkt. Zudem erscheint es für die betroffenen Betriebe denkbar, die Einbußen durch eine zeitliche Vorverlagerung und/oder Anpassung ihres Angebots zumindest teilweise auszugleichen. Erginge demgegenüber die beantragte einstweilige Anordnung, käme es in einem Teil der gastronomischen Betriebe voraussichtlich zu einer längeren Verweildauer der Gäste, wobei - jedenfalls nach der Einschätzung des Bundesgesetzgebers (vgl. BT-Drs. 19/23944 S. 34) - „insbesondere ein längeres oder nächtliches Verweilen zu stärkerem Alkoholkonsum anregt und damit vermehrt unmittelbare Kontakte zu erwarten sind“. Ungeachtet der in gastronomischen Betrieben derzeit zusätzlich geltenden

Zutrittsbeschränkung auf Geimpfte und Genesene (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 15. BayIfSMV) und der weiteren Betriebsbeschränkungen nach § 11 Nr. 3 bis 5 15. BayIfSMV erscheint daher zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen, dass mit einer längeren Verweildauer der Gäste auch zusätzliche Infektionen verbunden sein können, die entweder bei den Gästen selbst oder bei deren (insbesondere nicht-immunisierten) Kontaktpersonen schwere Krankheitsfolgen auslösen. Angesichts der vom Antragsgegner angeführten derzeitigen Überlastungssituation der Intensivstationen dürfte diese Gefahr die Interessen der Normadressaten an einer Außervollzugsetzung mindestens aufwiegen; das für eine vorläufige Außervollzugsetzung erforderliche deutliche Überwiegen des Aussetzungsinteresses i.S.d. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - juris Rn. 12) ist damit allerdings nicht festzustellen.

#### **18**

B. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG. Da die angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 12. Januar 2022 außer Kraft tritt (§ 18 15. BayIfSMV), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren nach Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 nicht angebracht ist.

#### **19**

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