

**Titel:**

**Einstweiliger Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren**

**Normenketten:**

VwGO § 47 Abs. 6

BayIfSMV § 13 Abs. 1, Abs. 5, Abs. 6

**Schlagworte:**

Corona-Pandemie, einstweiliger Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren, Betriebsuntersagung einer Schankwirtschaft (Bar), Betriebsuntersagung einer Schankwirtschaft

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 16911

**Tenor**

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

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

**Gründe**

I.

**1**

Mit seinem Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO verfolgt der Antragsteller das Ziel, die Sechste Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege vom 19. Juni 2020 (2126-1-10-G, BayMBl. 2020 Nr. 348, im Folgenden: 6. BayIfSMV), geändert durch Verordnungen vom 24. Juni 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 362), 30. Juni 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 374) und 7. Juli 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 387), hilfsweise nur § 13 Abs. 1 und 5 6. BayIfSMV, einstweilen außer Vollzug zu setzen, sodass ihm mit sofortiger Wirkung gestattet wird, die Innenräumlichkeiten seiner Bar für den Publikumsverkehr unter Beachtung der Bestimmungen zum Schutz vor einer Infektion mit dem Coronavirus zu öffnen.

**2**

1. Der Antragsgegner hat am 19. Juni 2020 durch das Staatsministerium für Gesundheit und Pflege die streitgegenständliche Verordnung erlassen. Die vom Antragsteller schwerpunktmäßig angegriffene Regelung hat folgenden Wortlaut:

**3**

„§ 13 Gastronomie

**4**

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

...

**5**

(5) Zulässig 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, wenn gewährleistet ist, dass zwischen allen Gästen, die nicht zu dem in § 2 Abs. 1 bezeichneten Personenkreis gehören, ein Mindestabstand von 1,5 m eingehalten wird oder geeignete Trennvorrichtungen vorhanden sind. Abs. 4 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

...“

**6**

Die genannte Regelung ist seit dem 22. Juni 2020 in Kraft und tritt mit Ablauf des 19. Juli 2020 außer Kraft (§ 24 6. BayIfSMV i.d.F.d. Änderungsverordnung v. 30.6.2020).

## **7**

2. Der Antragsteller, der in Bayreuth eine Schankwirtschaft (Bar) betreibt, hat mit Schriftsatz vom 8. Juli 2020 einstweiligen Rechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO beantragt mit dem Ziel, die 6. BayIfSMV bzw. hilfsweise nur § 13 Abs. 1 und 5 6. BayIfSMV vorläufig außer Vollzug zu setzen.

## **8**

Zur Begründung trägt er vor, die seit dem 16. März 2020 andauernde Schließung seiner Schankwirtschaft sei unverhältnismäßig. Durch die Betriebsschließung sei ihm bis 30. Juni 2020 ein Gesamtschaden von mehr als 40.000,00 Euro entstanden. Bis Februar 2020 habe er monatlich Erlöse von durchschnittlich 12.000,00 Euro erzielt; im Juni habe er durch den Verkauf zur Mitnahme („Togo“-Geschäft) nur 1.706,22 Euro erwirtschaftet. Er sei im Wettbewerb mit Speisewirtschaften, die mit einem Hygiene- und Schutzkonzept öffnen dürften, erheblich benachteiligt. Die Nachholung verlorener Umsätze sei ihm unmöglich, weil ein Barbesuch nicht nachholbar sei. Er laufe Gefahr, seine Stammkunden an Speisewirtschaften zu verlieren.

## **9**

Die generelle und ausnahmslose Schließung von Schankwirtschaften sei unverhältnismäßig. Die Maßnahme sei nicht geeignet, soziale Kontakte zur Vermeidung einer weiteren Verbreitung einer Infektionskrankheit zu reduzieren, weil das Verbreitungsrisiko in einer Bar nicht höher sei als beim Besuch einer Speisewirtschaft oder anderer inzwischen wieder geöffneter Einrichtungen. Sie sei auch nicht erforderlich, weil die Neuinfektionsrate in Bayreuth seit geraumer Zeit bei null liege. Dem äußerst geringen Infektionsrisiko könne - wie in Speisewirtschaften (vgl. § 13 Abs. 5 6. BayIfSMV) - mit einem Schutzkonzept (Abstandsregelung, Maximal-Kundenzahlen, Maskenpflicht etc.) begegnet werden. Ein solches hat der Antragsteller einschließlich eines Tischaufteilungsplans vorgelegt; es sieht u.a. die Bewirtung der Gäste ausschließlich an den Tischen vor. Die angeführte Gefahr einer Verbreitung der Krankheit durch alkoholisierte Personen sei durch das mildere Mittel, den Ausschank auf nicht alkoholische Getränke zu beschränken, weitestgehend auszuschließen.

## **10**

Die Ungleichbehandlung von Schankwirtschaften mit Speisewirtschaften, Gottesdiensten, öffentlichen Verkehrsmitteln, Handels- und Dienstleistungsbetrieben, Einkaufszentren, Bibliotheken, Museen und Kulturstätten sei am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG nicht sachlich gerechtfertigt, sondern willkürlich. Für die Annahme eines höheren Infektionsrisikos in Schank- als in Speisewirtschaften oder in anderen geöffneten Einrichtungen seien keine nachvollziehbaren Argumente und erst recht keine Nachweise ersichtlich. Auch Speisewirtschaften bleibe es unbenommen, Gästen nur Getränke zu servieren. Ladengeschäfte dürften ohne rigides Hygienekonzept öffnen. Die Betriebsschließung verstoße zudem gegen die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG.

## **11**

Auch bei einer Folgenabwägung überwiegen die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein (unerkannt) Infizierter seine Bar betrete, sei im Hinblick auf das lokale Infektionsgeschehen äußerst gering. Selbst wenn dies geschehen sollte, sei die Wahrscheinlichkeit, dass es trotz Einhaltung der Verhaltensregeln zu einer Übertragung komme, nahe null. Dem stehe ein schwerer und lange andauernder Grundrechtseingriff mit erheblichen wirtschaftlichen Folgen für den Antragsteller gegenüber. Bei einer Fortdauer der Betriebsuntersagung drohten ihm existenzielle finanzielle Schäden, die irreversibel seien.

## **12**

3. Der Antragsgegner tritt dem Eilantrag entgegen. Die Schließung von Schankwirtschaften sei weiter erforderlich und geeignet, um das Infektionsgeschehen unter Kontrolle zu halten. Sie sei auch verhältnismäßig. Der Ordnungsgeber habe den ihm zustehenden Einschätzungsspielraum weder hinsichtlich der zu bewältigenden Gefahrenlage noch hinsichtlich der zu treffenden Maßnahmen überschritten. Trotz der Verlangsamung des Infektionsgeschehens sei an der Schließung von Schankwirtschaften festzuhalten, um das Virus weiterhin „in Schach zu halten“. Deren Räumlichkeiten seien in aller Regel enger als diejenigen von Speiselokalen. Hinzu komme in vielen Fällen eine schlechtere Durchlüftung und die relativ hohe Lautstärke der Musik, die zu lauterer Unterhaltung mit einer erhöhten

Infektionsgefahr führe. Mit zunehmender Alkoholisierung der Gäste nehme deren Bereitschaft ab, sich an die Corona-Hygienestandards zu halten. Das Verbot des Ausschanks alkoholischer Getränke sei für den Barbetrieb kein geeignetes milderes Mittel, weil dieser gerade davon lebe. Zudem sei die ständige Kontrolle eines solchen Verbots nicht leistbar. Das Infektionsgeschehen in Bayreuth sei zwar derzeit sehr niedrig. In Bayern steige die Zahl der aktuell Erkrankten aber wieder an, was derzeit intensiv beobachtet werde.

### 13

Eine gleichheitswidrige Schlechterstellung (Art. 3 Abs. 1 GG) gegenüber Speisewirtschaften liege nicht vor. Schankwirtschaften dienen nicht in gleichem Maße der Grundversorgung der Bevölkerung wie Speisewirtschaften. Der Barbetrieb sei auch nicht mit anderen geöffneten Einrichtungen wie Gottesdiensten oder öffentlichen Verkehrsmitteln vergleichbar. Art. 14 GG sei nicht verletzt, weil Inhabern von Schankwirtschaften noch Wege zur Einnahmeerzielung wie die Abgabe mitnahmefähiger Getränke offen stünden und die finanziellen Folgen durch staatliche Hilfen abgemildert würden.

### 14

Selbst wenn man die Erfolgsaussichten in der Hauptsache als offen betrachten wollte, führte eine Folgenabwägung nicht zur Außervollzugsetzung des § 13 Abs. 1 und 5 6. BayIfSMV. Bei einer Aussetzung dürften sämtliche Schankwirtschaften ohne Einschränkungen öffnen, was voraussichtlich zu vermehrten Ansteckungen und Ausbrüchen von COVID-19 führen würde. Gegenüber den bedrohten Rechtsgütern Leben und Gesundheit wögen die finanziellen Interessen des Antragstellers weniger schwer, zumal diese durch staatliche Hilfen abgemildert werden könnten.

II.

### 15

Der nur zum Teil zulässige Eilantrag hat in der Sache keinen Erfolg.

A.

### 16

Der Eilantrag ist nur teilweise zulässig.

### 17

1. Der Eilantrag ist zulässig, soweit der Antragsteller sinngemäß die einstweilige Aussetzung der ihn als Inhaber einer Schankwirtschaft betreffenden Regelung in § 13 Abs. 1 6. BayIfSMV begehrt. Die damit verbundene Betriebsschließung in Innenräumen (im Freien gilt § 13 Abs. 4 6. BayIfSMV) kann zu Grundrechtseingriffen von erheblicher Intensität führen, wobei in erster Linie das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und ggf. auch das von der Eigentumsgarantie erfasste Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG) betroffen sind. Art. 14 Abs. 1 GG schützt zwar nur den konkreten Bestand an Rechten und Gütern und keine bloßen Umsatz- und Gewinnchancen und geht auch nicht über die Gewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG hinaus (vgl. BVerfG, U.v. 6.12.2016 - 1 BvR 2821/11 u.a. - BVerfGE 143, 246 - juris Rn. 240 m.w.N.). Dem Barbetrieb des Antragstellers entstehen durch die Betriebsschließung der Innenräume von Schankwirtschaften aber erhebliche wirtschaftliche Einbußen; überdies ist nicht auszuschließen, wenn auch vom Antragsteller nicht substantiiert dargelegt, dass sein Betrieb bei einer (längeren) Schließung der Innenräume zur Bewirtung in seiner Existenz gefährdet ist (vgl. OVG NW, B.v. 29.4.2020 - 13 B 512/20.NE - juris Rn. 83).

### 18

2. Der Antrag ist unzulässig, soweit er sich gegen § 13 Abs. 5 6. BayIfSMV richtet. Da der Antragsteller eine Schankwirtschaft (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG) und keine Speisewirtschaft i.S.d. § 13 Abs. 5 6. BayIfSMV i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 2 GastG betreibt, ist er nicht Adressat dieser Norm. Soweit die Regelung mögliche Konkurrenten im Wettbewerb um Gäste begünstigt, betrifft sie den Antragsteller nur als Rechtsreflex. Eine echte Konkurrenzlage in dem Sinn, dass die Öffnung der Innenräume von Speisewirtschaften gleichzeitig unmittelbar rechtlich und nicht nur tatsächlich, also reflexartig, in seine Position als Betreiber einer Schankwirtschaft eingreift, liegt nicht vor (vgl. BVerfG, U.v. 20.12.1996 - 7 C 30.96 - Buchholz 428 § 37 VermG Nr. 12 - juris Rn. 12; OVG HH, B.v. 1.7.2019 - 3 Bs 113/19 - GewArch 2019, 353 - juris Rn. 31). Auch Art. 19 Abs. 4 GG erfordert es nicht, dem Antragsteller hinsichtlich § 13 Abs. 5 6. BayIfSMV eine Antragsbefugnis nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO zuzubilligen. Die sachliche Rechtfertigung der Besserstellung von Speisewirtschaften unterliegt der gerichtlichen Überprüfung im Rahmen der

Vereinbarkeit von § 13 Abs. 1 6. BayIfSMV mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG (vgl. unten Rn. 29 ff.).

## **19**

3. Der noch weitergehende Antrag auf einstweilige Aussetzung der gesamten 6. BayIfSMV ist gleichfalls mangels Antragsbefugnis (§ 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO) unzulässig. Nicht dargelegt oder sonst erkennbar ist, inwiefern sich diese - für andere Lebens- und Wirtschaftsbereiche geltende - Regelungen negativ auf die Rechtsstellung des Antragstellers als Inhaber einer Schankwirtschaft auswirken können (vgl. BVerwG, B.v. 17.7.2019 - 3 BN 2.18 - NVwZ-RR 2019, 1027 - juris Rn. 12; BayVGh, B.v. 19.6.2020 - 20 NE 20.1127 - juris Rn. 46).

B.

## **20**

Soweit der Eilantrag zulässig ist, erweist er sich als unbegründet. Die Voraussetzungen für den 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, liegen nicht vor.

## **21**

1. 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.

## **22**

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).

## **23**

Lassen sich die Erfolgsaussichten 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 (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - juris Rn. 12).

## **24**

2. Nach diesen Maßstäben kommt eine Außervollzugsetzung der in der Hauptsache angegriffenen Regelungen des § 13 Abs. 1 6. BayIfSMV hier nicht in Betracht. Die Erfolgsaussichten in der Hauptsache sind derzeit als offen anzusehen (a), sodass im Wege der Folgenabwägung über den Antrag zu entscheiden ist. Diese führt zu dem Ergebnis, dass die Außervollzugsetzung nicht dringend geboten ist (b).

## 25

a) Die Erfolgsaussichten in der Hauptsache sind derzeit als offen anzusehen.

## 26

aa) Bei summarischer Prüfung der Erfolgsaussichten sieht sich der Senat mit einer Vielzahl komplexer fachlicher und rechtlicher Fragen konfrontiert, die einer abschließenden Klärung in einem Eilverfahren nicht zugänglich sind. Es handelt sich bei der Corona-Pandemie um ein seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland erstmalig auftretendes Ereignis, das derzeit mit bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen gehandhabt wird, die auf eine Pandemie dieser Größenordnung nicht zugeschnitten sind. Es wird deshalb in einem Hauptsacheverfahren zu klären sein, ob die aufgrund der 6. BayIfSMV getroffene Betriebsschließung letztlich mit den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts vereinbar ist, da erhebliche Grundrechtseingriffe über einen längeren Zeitraum allein aufgrund §§ 28, 32 IfSG durch die Exekutive erfolgen (vgl. BayVGh, B.v. 29.5.2020 - 20 NE 20.1165 - juris Rn. 15 f.; B.v. 14.4.2020 - 20 NE 20.763 - juris Rn. 15; vgl. auch VGh BW, B.v. 9.4.2020 - 1 S 925/20 - juris Rn. 37 ff.).

## 27

Weiterhin bleibt der Klärung in einem Hauptsacheverfahren vorbehalten, ob - und wenn ja, in welchem Umfang - dem Ordnungsgeber ein Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung zusteht, in welchen Schritten und nach welchen Kriterien er die aus Gründen der Unterbrechung von Infektionsketten geschlossenen Wirtschaftsbereiche wieder öffnet und inwieweit ein solcher ggf. gerichtlich überprüfbar ist. Ungeklärt ist bislang insbesondere, ob der Begriff der „notwendigen Schutzmaßnahmen“ i.S.d. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG ein Ermessen des Ordnungsgebers eröffnen könnte (vgl. BVerwG, U.v. 22.3.2012 - 3 C 16.11 - BVerwGE 142, 205 - juris Rn. 20), das auch andere als rein infektionsschutzrechtliche Kriterien bei der Lockerung der Maßnahmen umfasst und seine Grenze in der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen findet (vgl. BT-Drs. 8/2468 S. 27 zur Vorgängerregelung in § 34 BSeuchG).

## 28

bb) Die angeführten Fragen sind für die Entscheidung in der Hauptsache auch streitentscheidend, weil die Schließung von Schankwirtschaften nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nur möglichen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 14) nicht schon aus anderen Gründen - insbesondere einer willkürlichen Ungleichbehandlung mit Speisewirtschaften - als rechtswidrig anzusehen ist.

## 29

(1) Art. 3 Abs. 1 GG verwehrt dem Normgeber nicht jede Differenzierung; solche bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich unterschiedliche Grenzen für den Normgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben (BVerfG, B.v. 18.7.2019 - 1 BvL 1/18 u.a. - NJW 2019, 3054 - juris Rn. 94; B.v. 7.2.2012 - 1 BvL 14/07 - BVerfGE 130, 240 - juris Rn. 40 ff.).

## 30

(2) Ausgehend davon erweist sich die Entscheidung, den Betrieb von Speisewirtschaften in Innenräumen zuzulassen, denjenigen von Schankwirtschaften dort dagegen weiterhin zu untersagen, voraussichtlich noch als tragfähig.

## 31

(a) Für den Bereich der Innengastronomie bestehen zwischen Speise- und Schankwirtschaften - ausgehend von den dort typischen Betriebskonzepten und Angeboten - erhebliche Unterschiede, die im Hinblick auf den Infektionsschutz bedeutsam sein können (vgl. hierzu auch VGh BW, B.v. 27.5.2020 - 1 S 1528/20 - juris Rn. 35). In Schankwirtschaften werden überwiegend alkoholische Getränke konsumiert, während der Schwerpunkt bei Speisewirtschaften im Verzehr von Speisen liegt. Dass es Speisewirtschaften freisteht, Gäste auch nur mit Getränken zu bewirten, ändert daran nichts. Neben ihrem Angebot unterscheiden sich auch die Räumlichkeiten von Schank- und Speisewirtschaften oft erheblich. Ein großer Teil der Schankwirtschaften (insbesondere „Einraumkneipen“) verfügt über vergleichsweise kleine Räumlichkeiten,

die oft enger zugeschnitten und nicht mit dem Raumangebot der Mehrzahl von Speisewirtschaften vergleichbar sind. Auch das typische Geschäftsmodell von Schank- und Speisewirtschaften weist infektionsschutzrelevante Unterschiede auf. Speisewirtschaften werden in aller Regel von Gästen oder Gästegruppen aufgesucht, die auf fest zugewiesenen Plätzen Speisen verzehren und dabei unter sich bleiben. Demgegenüber sind viele Schankwirtschaften eher auf das gesellige Verweilen ihrer Gäste zugeschnitten. Dabei kommen sich die Besucher oft näher und kommunizieren häufiger auch jenseits von festen Gästegruppen. Dadurch erhöht sich die typischerweise mit einem Aufenthalt in einer Schankwirtschaft verbundene Gefahr einer Übertragung von SARS-CoV-2 durch Tröpfchen und Aerosole. Hinzu kommt, dass die Geräuschkulisse (durch Musik, laute Unterhaltung u.a.) in Schankwirtschaften meist höher ist als in Speiselokalen. Dies erfordert ein lautes Sprechen der Gäste, bei dem infektionsübertragende Tröpfchen und Aerosole in erhöhtem Maß freigesetzt werden können (vgl. RKI, Empfehlungen zu Hygienemaßnahmen im Rahmen der Behandlung und Pflege von Patienten mit einer Infektion durch SARS-CoV-2, Stand 5.6.2020, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Hygiene.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Hygiene.html)). Auch die durchschnittliche Aufenthaltsdauer ist in Schankwirtschaften regelmäßig länger als in Speiselokalen, sodass auch insoweit die Infektionsgefahr mit SARS-CoV-2 durch Einatmen von Aerosolen in schlecht durchlüfteten Innenräumen erhöht ist.

### **32**

(b) Der Ordnungsgeber durfte deshalb voraussichtlich davon ausgehen, dass die mit dem Betrieb von Schankwirtschaften typischerweise einhergehenden Infektionsgefahren betreffend SARS-CoV-2 höher sind als diejenigen in Speisewirtschaften. Dass der Antragsteller ein Schutz- und Hygienekonzept vorgelegt hat, das bei strikter Einhaltung vielen der potenziell infektionserhöhenden Faktoren begegnet, ändert daran nichts. Der Normgeber darf besonders bei Massenerscheinungen generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen treffen, ohne wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstoßen; Unebenheiten, Friktionen und Mängel sowie gewisse Benachteiligungen in besonders gelagerten Einzelfällen, die sich im Zusammenhang mit Differenzierungen ergeben, müssen in Kauf genommen werden, solange sich für das insgesamt gefundene Regelungsergebnis ein plausibler, sachlich vertretbarer Grund anführen lässt (BayVerfGH, E.v. 15.5.2020 - Vf. 34-VII-20 - juris Rn. 12; E.v. 15.5.2014 - Vf. 8-VII-12 u.a. - NJW 2014, 3215 - juris Rn. 103). Deshalb ist die Annahme des Ordnungsgebers, beim Aufenthalt in Schankwirtschaften komme es bei generalisierender Betrachtung zu engeren, aus Gründen des Infektionsschutzes riskanteren und deshalb eher zu unterbindenden Kontakten als in Speisewirtschaften, nicht von der Hand zu weisen, auch wenn sich das Infektionsrisiko in einzelnen Schankwirtschaften aufgrund besonderer Umstände effektiv verringern lassen mag (vgl. zur Zulässigkeit einer generalisierenden Betrachtung auch OVG NW, B.v. 8.7.2020 - 13 B 870/20.NE - juris Rn. 49).

### **33**

(c) Der Ordnungsgeber konnte wohl auch rechtsfehlerfrei zugrunde legen, dass es Betreibern von Schankwirtschaften deutlich schwerer fallen wird, die Einhaltung von Hygieneregeln gegenüber ihren Gästen durchzusetzen. Da in Schankwirtschaften typischerweise überwiegend alkoholische Getränke konsumiert werden, ist die Gefahr einer alkoholbedingten Nichteinhaltung von Hygienestandards erhöht. Mit steigender Alkoholisierung ist mit Verhaltensweisen zu rechnen, die den Hygieneanforderungen zur Vermeidung einer Übertragung von SARS-CoV-2 zuwiderlaufen. In Innenräumen von Schankwirtschaften stellt ein Verbot alkoholischer Getränke - anders als in Speisewirtschaften einschließlich Wirts- und Biergärten (vgl. hierzu BayVGH, B.v. 19.6.2020 - 20 NE 20.1127 - juris Rn. 43) - bei lebensnaher Betrachtung kein gleich geeignetes milderes Mittel dar (vgl. auch OVG NW, B.v. 8.7.2020 - 13 B 870/20.NE - juris Rn. 53). Ein absolutes Alkoholverbot in Schankwirtschaften würde insoweit deren Geschäftsmodell, bei dem der Genuss alkoholischer Getränke im Vordergrund steht, zuwiderlaufen (vgl. oben Rn. 31).

### **34**

(3) Ebenso wenig erkennbar ist eine willkürliche Ungleichbehandlung von Schankwirtschaften gegenüber anderen, während der Pandemie nie geschlossener (ÖPNV, Einzelhandel für Versorgungsgüter) oder im Zuge sukzessiver Lockerungen inzwischen wiedereröffneter Lebens- und Wirtschaftsbereiche (Gottesdienste, Reisebusse, Handels- und Dienstleistungsbetriebe, Einkaufszentren, Bibliotheken, Museen u.a.). Der Antragsteller hat die Vergleichbarkeit der angeführten Betriebe, Einrichtungen oder Angebote mit Schankwirtschaften nicht aufgezeigt. Eine solche erschließt sich dem Senat auch sonst nicht, sodass nicht erkennbar ist, dass der Ordnungsgeber die ihm zustehenden Grenzen der Typisierung und

Pauschalierung überschritten hätte. Die Gefahr einer Übertragung von SARS-CoV-2 dürfte nach dem Stand der Wissenschaft in schlecht belüfteten Innenräumen mit zunehmender Aufenthaltsdauer erhöht sein, weil es zu einer Anreicherung von Aerosolen in der Atemluft kommt (vgl. RKI, [https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ\\_Liste\\_Infektionsschutz.html](https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ_Liste_Infektionsschutz.html), Stand 3.7.2020). Die durchschnittliche Verweildauer ist in Schankwirtschaften aber länger als in Gottesdiensten, im öffentlichen Personennahverkehr oder im Einzelhandel. Die Aufrechterhaltung des öffentlichen Personennah- und -fernverkehrs sowie der Schülerbeförderung ist im Übrigen schon deshalb nicht mit Schankwirtschaften vergleichbar, weil erstere eine exponierte Bedeutung für die Grundversorgung der Bevölkerung haben (vgl. BayVGh, B.v. 8.6.2020 - 20 NE 20.1307 - juris Rn. 23).

### 35

b) Die Folgenabwägung ergibt, dass die Außervollzugsetzung der angegriffenen Regelung nicht dringend geboten ist.

### 36

aa) Erginge die beantragte einstweilige Anordnung nicht und hätte ein Normenkontrollantrag Erfolg, wäre die Untersagung des Betriebs von Schankwirtschaften zu Unrecht erfolgt. Durch den weiteren Vollzug der angegriffenen Regelung käme es zu einem schwerwiegenden und teilweise irreversiblen Eingriff insbesondere in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit mit erheblich nachteiligen wirtschaftlichen Folgen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Schließung nunmehr schon seit etwa vier Monaten andauert und dem Antragsteller nach eigenen Angaben monatliche Einnahmeausfälle von bis zu 12.000,00 Euro zufügt. Soweit der Antragsteller einen Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG im Hinblick auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geltend macht, hat er nicht substantiiert dargelegt, inwieweit die Existenz seines Betriebs gefährdet wäre. Art. 14 Abs. 1 GG schützt nur den konkreten Bestand an Rechten und Gütern und keine bloßen Umsatz- und Gewinnchancen und geht auch nicht über die Gewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG hinaus (vgl. BVerfG, U.v. 6.12.2016 - 1 BvR 2821/11 u.a. - BVerfGE 143, 246 - juris Rn. 240 m.w.N.). Gleichwohl vergrößert sich die Gefahr für die wirtschaftliche Existenz eines Betriebs im Allgemeinen mit zunehmender Dauer eines Betriebsverbots. Dem Antragsteller ist zuzugeben, dass während der Betriebsschließung verlorene Umsätze nicht nachholbar und damit irreversibel sind. Dass der Antragsteller viele Stammgäste dauerhaft an die wieder geöffneten Speisewirtschaften verlieren könnte, erachtet der Senat bei lebensnaher Betrachtung im Hinblick auf die unterschiedlichen Geschäftsmodelle von Schank- und Speiselokalen (vgl. oben Rn. 31) aber als eher unwahrscheinlich.

### 37

bb) Erginge die beantragte einstweilige Anordnung und bliebe ein Normenkontrollantrag erfolglos, hätte die einstweilige Außervollzugsetzung des § 13 Abs. 1 6. BaylFSMV zur Folge, dass Schankwirtschaften jeder Art ab sofort und - vor einem Tätigwerden des Ordnungsgebers - ohne infektionsrechtliche Beschränkungen öffnen könnten. Dadurch wäre mit vermehrten Infektionen mit SARS-CoV-2 zu rechnen, auch wenn sich die Verbreitungsgeschwindigkeit des Virus inzwischen kontinuierlich abgeschwächt hat. Das Robert-Koch-Institut (im Folgenden: RKI), dem der Gesetzgeber im Bereich des Infektionsschutzes mit § 4 IfSG besonderes Gewicht eingeräumt hat (BayVerfGH, E.v. 26.3.2020 - Vf. 6-VII-20 - juris Rn. 16; vgl. auch BVerfG, B.v. 10.4.2020 - 1 BvQ 28/20 - juris Rn. 13), bewertet die Lage in Deutschland weiterhin als sehr dynamisch und ernstzunehmend. Auch wenn die Anzahl der neu übermittelten Fälle seit etwa Mitte März rückläufig ist, schätzt das RKI die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland weiterhin insgesamt als hoch ein, für Risikogruppen als sehr hoch (vgl. Risikobewertung v. 2.7.2020, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html)). Dass das Pandemiegeschehen nach wie vor sehr ernst zu nehmen ist, zeigen auch einzeln auftretende Ausbruchsgeschehen, z.B. die jüngsten COVID-19-Ausbrüche in fleischverarbeitenden Betrieben - mit einer hohen Zahl an Infizierten - wie auch in Asylbewerberunterkünften oder bei religiösen Gemeinschaften (vgl. RKI, Lagebericht v. 13.7.2020 S. 1 u. 9, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situations-berichte/2020-07-13-de.pdf?blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situations-berichte/2020-07-13-de.pdf?blob=publicationFile)).

### 38

cc) Bei der Beurteilung und Abwägung dieser Umstände überwiegen derzeit noch die gegen den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe.

### 39

In Bayern besteht weiterhin eine zwar abgeschwächte, in ihrem Ausmaß aber schwer einzuschätzende Gefahr einer „zweiten Infektionswelle“ bzw. einer erneuten Verstärkung des Pandemiegeschehens, also eine Gefahr für Leib und Leben einer Vielzahl von Menschen mit der Möglichkeit einer Überforderung der personellen und sachlichen Kapazitäten des Gesundheitssystems. Das Infektionsgeschehen hat sich nicht in einer Weise gebessert, dass nunmehr weitergehende Lockerungen oder gar das vollständige Absehen von Eindämmungsmaßnahmen zwingend erforderlich wären (vgl. BayVerfGH, E.v. 3.7.2020 - Vf. 34-VII-20 - Rn. 17, abrufbar unter: [https://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/media/images/bayverfgh/34-vii-20\\_e\\_a\\_-\\_4.ent-scheidung.pdf](https://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/media/images/bayverfgh/34-vii-20_e_a_-_4.ent-scheidung.pdf)). Vielmehr ist die Zahl der täglichen Neuinfektionen in Bayern im Vergleich zur Situation Anfang/Mitte Juni wieder leicht angestiegen (vgl. Bayerisches Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit, Übersicht der Fallzahlen von Coronavirusinfektionen in Bayern, Fälle nach Meldedatum, Stand: 13.7.2020, vgl.

[https://www.lgl.bayern.de/gesundheits/infektionsschutz/infektionskrankheiten\\_a\\_z/coronavirus/karte\\_coronavirus/](https://www.lgl.bayern.de/gesundheits/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/)). Verschiedene lokale Ausbruchsgeschehen zeigen, wie fragil die Situation immer noch ist.

### 40

Demgegenüber müssen die mit den Betriebsschließungen beeinträchtigten Interessen insbesondere wirtschaftlicher Art, weiterhin zurücktreten (vgl. auch BayVerfGH, E.v. 3.7.2020 - Vf. 34-VII-20 - a.a.O., Rn. 21; E.v. 8.5.2020 - Vf. 34-VII-20 - juris Rn. 121). Gegenüber den Gefahren für Leib und Leben, vor denen zu schützen der Staat nach dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 GG verpflichtet ist (vgl. BVerfG, B.v. 28.4.2020 - 1 BvR 899/20 - juris Rn. 13), sind sie derzeit noch nachrangig, auch wenn Betriebsschließungen von derart langer Dauer einer besonderen Rechtfertigung im Hinblick auf ihre Verhältnismäßigkeit bedürfen.

### 41

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass es dem Antragsteller im Hinblick auf die seit dem 18. Mai 2020 erfolgte Öffnung der Außengastronomie (vgl. BayMBl. 2020 Nr. 269) möglich ist, seine Bar mit Sitzgelegenheiten im Freien (vgl. Tischplan Tische Nr. 30-33) unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 4 6. BayIfSMV bei Einhaltung eines Schutz- und Hygienekonzepts zu betreiben. Auch der Außerhausverkauf mitnahmefähiger Getränke (vgl. § 13 Abs. 2 6. BayIfSMV), mit dem der Antragsteller im Juni immerhin 1.706,22 Euro erzielt hat, ist ihm möglich. Im Übrigen ist anzunehmen, dass die wirtschaftlichen Folgen der Betriebsschließung der Innenräume durch die Inanspruchnahme staatlicher Hilfen etwas abgemildert werden können.

### 42

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG. Da die vom Antragsteller angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 19. Juli 2020 außer Kraft tritt (§ 24 6. BayIfSMV i.d.F.d. Änderungsverordnung v. 30.6.2020), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit hier nicht angebracht ist.

### 43

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