



Kanton Zürich
Staatskanzlei
Rechtsdienst



ZHEntscheid

Publiziert auf www.zhentscheide.zh.ch

Entscheidinstanz: Volkswirtschaftsdirektion

Geschäftsnummer: VD_13/2014

Datum des Entscheids: 2. September 2014

Rechtsgebiet: Gastgewerbe

Stichwort(e): Schliessungszeit
Voraussetzungen für die dauernde Hinausschiebung
befristeter Versuch
Lärmschutz

verwendete Erlasse: § 15 Gastgewerbegesetz, GGG
§ 16 GGG
§ 9 Gastgewerbeverordnung, GGv
Art. 7 Umweltschutzgesetz
Art. 2 Lärmschutzverordnung

Zusammenfassung (verfasst von der Staatskanzlei):

Dauernde Ausnahmen von der Schliessungszeit werden bewilligt, wenn die Nachtruhe und die öffentliche Ordnung nicht beeinträchtigt werden, d.h. die gesetzlichen Voraussetzungen hinsichtlich Zonenkonformität und Lärmschutz erfüllt sind. Hierfür steht der Bewilligungsin-
stanz ein Tatbestandsermessen zu.

Bei der Beurteilung der Lärmimmissionen von Gastwirtschaftsbetrieben hat sich die Vollzugsbehörde grundsätzlich um eine objektivierte Betrachtung zu bemühen, d.h. allfällige Lärmklagen sind durch Befragungen der Nachbarschaft, durch Polizeikontrollen oder durch Beobachtungsberichte zu verifizieren. Bei berechtigten Zweifeln, ob die Nachtruhe der Anwohner gewährleistet ist, kann die Bewilligung für einen befristeten Versuch erteilt werden.

Ein Verstoß gegen das Rauchverbot in Innenräumen von Gastwirtschaftsbetrieben ist lediglich für die Beurteilung der Betriebsführung und somit im Zusammenhang mit der Patenterteilung bzw. mit dem Patententzug massgeblich.

Anonymisierter Entscheidtext (Auszug):

Sachverhalt:

X. [Rekurrentin] ist Inhaberin eines Gastgewerbebetriebs in der Gemeinde Y. [Rekursgegnerin]. Am **. Oktober 2013 ersuchte sie um die dauernde Hinausschiebung der Schliessungszeit für Freitag und Samstag bis 04.00 Uhr. Mit Verfügung vom **. November 2013 wurde ihr die Bewilligung zur dauernden Hinausschiebung der Schliessungszeit bis 02.00 Uhr für einen befristeten Versuch von einem Jahr bis 30. November 2014 erteilt. Gleichzeitig wurde verfügt, dass die Rekurrentin ein Lärmgutachten für den Gastwirtschaftsbetrieb

einzureichen habe, andernfalls die Bewilligung erlösche. Mit Verfügung vom **. Dezember 2013 änderte der Sicherheitsvorstand der Rekursgegnerin die Verfügung vom **. November 2013 dahingehend, dass die Grenzwerte und Auflagen gemäss Lärmgutachten einzuhalten seien und als wesentlicher Bestandteil der Bewilligung gelten würden.

Mit Beschluss vom **. Februar 2014 wies die Rekursgegnerin die Einsprache der Rekurrentin gegen die Verfügung vom **. November bzw. **. Dezember 2013 ab und schützte die angefochtene Verfügung.

Gegen diesen Beschluss erhob die Rekurrentin Rekurs mit folgenden Anträgen:

- «1. Der Beschluss des Gemeinderates [Y.] vom [**]. Februar 2014 sei aufzuheben.
2. Der Rekurrentin sei für den Betrieb der [***] Bar die Verlängerung der Polizeistunde bis 04:00 Uhr zu gewähren.
3. Eventualiter sei der Rekurrentin für den Betrieb der [***] Bar die Verlängerung der Polizeistunde bis 04:00 Uhr als befristeter Versuch von einem Jahr zu gewähren.
4. [...]»

Am **. August 2014 reichte das Statthalteramt des Bezirks [...] auf Gesuch der Rekursinstanz den rechtskräftigen Strafbefehl vom **. Juli 2014 betreffend Nichteinhaltung der ordentlichen Schliessungszeit ein.

Erwägungen:

1. [Rekursgegenstand]
- 2.a) [Fristwahrung]
- b) Die Rekurrentin beantragt im Rekursverfahren die dauernde Hinausschiebung der Schliessungszeit bis jeweils 04.00 Uhr. Im Gesuch beantragte die Rekurrentin demgegenüber die dauernde Hinausschiebung der Schliessungszeit für jeweils Freitag und Samstag bis 04.00 Uhr.

Gemäss § 20a Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) können im Rekursverfahren keine neuen Sachbegehren gestellt werden. Dies folgt aus dem Begriff und der Funktion des Streitgegenstandes. Der Umfang des Rekursverfahrens wird einerseits durch das Thema der erstinstanzlichen Verfügung sowie den dazugehörigen Sachverhalt und andererseits durch die Rekursanträge sowie den ihnen zugrunde liegenden Sachverhalt bestimmt. Wurde die angefochtene Anordnung durch ein Begehren eines Verfahrensbeteiligten ausgelöst, bestimmt bereits dieses zusammen mit dem ihm zugrunde liegenden Sachverhalt den Streitgegenstand des Rekursverfahrens. Der Rekursantrag darf nur Sachbegehren enthalten, über welche die Vorinstanz entschieden hat oder hätte entscheiden müssen. Es darf damit nicht mehr oder etwas anderes als ursprünglich verlangt, beantragt werden (MARCO DONATSCH in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar VRG, 3. Auflage, Zürich 2014, § 20a N 9 f.).

Das Gesuch der Rekurrentin vom **. Oktober 2013 bildet primäre Grundlage für den zu beurteilenden Streitgegenstand. Entsprechend kann vorliegend einzig über eine allfällige Bewilligungserteilung für Freitag und Samstag entschieden werden. Soweit sich der Rekursantrag auf die Wochentage Montag bis Donnerstag und Sonntag bezieht, ist auf den Rekurs nicht einzutreten.

- c) Im Übrigen sind die Prozessvoraussetzungen erfüllt und auf den Rekurs ist in diesem Umfang einzutreten.
3. Beim angefochtenen Beschluss handelt es sich um einen Entscheid über eine Einsprache, die von der Rekurrentin gegen die Verfügungen vom **. November bzw. **. Dezember 2013 erhoben worden war. Die heutige Rekurrentin wird darin daher als Einsprecherin bezeichnet. Im angefochtenen Beschluss hält die Rekursgegnerin fest, dass die Einsprecherin ein Gesuch um Hinausschiebung der Schliessungszeit für Freitag und Samstag von 16.00 Uhr bis 04.00 Uhr eingereicht habe. Mit Verfügung vom **. November 2013 sei entsprechend der Bewilligungspraxis der Gemeinde ein befristeter Versuch von einem Jahr zur dauernden Hinausschiebung der Schliessungszeit täglich bis 02.00 Uhr bewilligt worden. Mit der Verfügung vom **. Dezember 2013, welche die Verfügung vom **. November 2013 ersetze, sei die Bewilligung zudem mit den Auflagen gemäss Lärmgutachten ergänzt worden. Mit Eingabe vom **. Dezember 2013 habe die heutige Rekurrentin Einsprache gegen die Verfügung vom **. November 2013 erhoben. Da sich die Einsprache offensichtlich mit der Verfügung vom **. Dezember 2013 gekreuzt habe, sei diese auch gegen die Verfügung vom **. Dezember 2013 [4 Tage vor der Einsprache] zu beachten. In materieller Hinsicht sei sodann zu berücksichtigen, dass vor Einreichung des Gesuchs für die Hinausschiebung der Schliessungszeit durch die Polizei am **. und **. Oktober 2013 festgestellt worden sei, dass die Öffnungszeiten gemäss bewilligtem Patent bereits nicht eingehalten worden seien und zudem im Lokal geraucht worden sei. Entsprechend der Bewilligungspraxis sowie der vorhandenen Erfahrungen mit der Rekurrentin bzw. Einsprecherin wie auch unter Berücksichtigung des Lärmgutachtens erweise sich die angefochtene Verfügung deshalb als korrekt. Die Einsprache sei abzuweisen.
- 4.a) Die Rekurrentin macht geltend, dass die Verfügung vom **. Dezember 2013 keine berechtigten Zweifel an der Gewährleistung der Nachtruhe der Anwohner geäussert hätte. Der Verweis auf die allgemeine Praxis der Gemeinde genüge dem gesetzlichen Rahmen zur Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit der Rekurrentin nicht. Ohne das Vorliegen berechtigter Zweifel an der Gewährleistung der Nachtruhe der Anwohner bei Erteilung der Bewilligung müsse diese deshalb erteilt werden. Sodann müsse beachtet werden, dass verschiedenen Gastwirtschaftsbetrieben in der Gemeinde die Hinausschiebung der Schliessungszeit bis 04.00 Uhr gewährt worden sei. Die Verweigerung gegenüber der Rekurrentin bedeute eine Ungleichbehandlung sowie eine wirtschaftliche Benachteiligung gegenüber anderen Gastwirtschaftsbetrieben. Eine solche Ungleichbehandlung unter Verweis auf die allgemeine Praxis und ohne eine weitere Begründung sei zudem willkürlich und unverhältnismässig. Im Weiteren seien die im angefochtenen Beschluss angeführten angeblichen Erfahrungen aufgrund der Polizeikontrollen vom **. und **. Oktober 2013 in der Verfügung vom **. Dezember 2013 nicht erwähnt. Es sei deshalb widersprüchlich und nachgeschoben, sich im

Nachhinein im angefochtenen Beschluss auf die Polizeikontrollen als Grund für die berechtigten Zweifel an der Gewährung der Nachtruhe für die Anwohner zu berufen. Sodann seien die angeführten Polizeikontrollen Gegenstand laufender Verfahren und die erhobenen Vorwürfe bestritten.

- b) Die Rekursgegnerin hält entgegen, dass sowohl die Bewilligungspraxis der Gemeinde als auch allfällige vorhandene Erfahrungen mit der Patentinhaberin im Zusammenhang mit dem Betrieb zu berücksichtigen seien. Es sei zu beachten, dass der Betrieb trotz mehrmaligen Hinweisen durch den Leiter der Sicherheitsabteilung zwei Mal hintereinander ohne entsprechende Bewilligung länger offen gehabt habe. Der angefochtene Beschluss sei verhältnismässig und es bestünden mehr als nur berechnete Zweifel, dass die Nachtruhe gewährleistet sei. Schliesslich sei auch die Gemeindeautonomie entsprechend zu würdigen.
- 5.a) Die Gemeindebehörde ist für die Erteilung und den Entzug von Patenten und Bewilligungen sowie für den Vollzug des Gastgewerbegesetzes zuständig (§ 5 des Gastgewerbegesetzes vom 1. Dezember 1996, GGG, LS 935.11). Nach § 15 Abs. 1 GGG sind Gastwirtschaften von 24.00 Uhr bis 5.00 Uhr geschlossen zu halten. Dauernde Ausnahmen von der Schliessungszeit werden bewilligt, wenn die Nachtruhe und die öffentliche Ordnung nicht beeinträchtigt werden. Vorbehalten bleiben Einschränkungen nach dem Planungs-, Bau- und Umweltschutzrecht (§ 16 Abs. 1 GGG). Nach konstanter Praxis besteht ein Anspruch auf eine Bewilligung zur dauernden Hinausschiebung der Schliessungsstunde, d.h. die Bewilligung muss erteilt werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (Zonenkonformität/Lärmschutz). Bei berechtigten Zweifeln, ob die Nachtruhe der Anwohner gewährleistet ist, kann die Bewilligung für einen befristeten Versuch erteilt werden (§ 9 Abs. 2 der Verordnung zum GGG vom 16. Juli 1997, GGv, LS 935.12). Auf diese Weise können die zuständigen Behörden die in der Theorie oftmals schwer voraussehbaren Lärmimmissionen während der Versuchsphase direkt beurteilen und den definitiven Entscheid nach Vorliegen der entsprechenden Erkenntnisse treffen. Der Versuch kann in der Regel bis zu maximal einem Jahr befristet werden (Weisungen und Richtlinien der Direktion der Finanzen zum Gastgewerbegesetz vom 17. Juli 1997, lit. C Ziff. 13 in: ABl 1997, 974). Da nach Ablauf der Versuchsphase alle Fakten bekannt sind, ist beim Auftreten von Störungen der Nachtruhe oder der öffentlichen Ordnung die Bewilligung wegen Nichterfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen zu verweigern. Andernfalls ist sie unbefristet zu erteilen.
- b) Die kommunale Behörde hat im Rahmen von § 16 Abs. 1 GGG nach dem Gesagten weder Entschliessungs- noch Auswahlermessen; in Bezug auf die Rechtsfolgen kommt ihr kein Ermessen zu, da ein bedingter Anspruch besteht und bei Erfüllung der Voraussetzungen (Zonenkonformität und Lärmschutz) die Bewilligung zu erteilen ist. Hingegen ist ein gewisser Entscheidungsspielraum der Gemeinde zu bejahen bei der Frage, ob die Voraussetzungen von § 16 Abs. 1 GGG gegeben sind oder nicht (Tatbestandsermessen). Die Ermessensbetätigung muss jedoch pflichtgemäss sein und darf nicht von sachfremden Motiven geleitet werden oder überhaupt unmotiviert sein. Die Ermessensausübung hat sich an die allgemeinen Rechtsgrundsätze, den verwaltungsrechtlichen Grundprinzipien und den verfassungsrechtlichen Schranken

zu orientieren (vgl. zum Ganzen den Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 8. August 2006, VB.2006.00234, Erw. 3.2 [www.vgrzh.ch]).

- c) Bei der Lokalität der Rekurrentin handelt es sich um eine ortsfeste Anlage im Sinne von Art. 7 Abs. 7 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (USG, SR 814.01) und Art. 2 Abs. 1 der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV, SR 814.41), in der ein gewerbliches Unternehmen betrieben wird, das den bundesrechtlichen Bestimmungen über den Lärmschutz unterliegt. Der Betrieb muss ein Immissionsniveau einhalten, bei welchem nach richterlicher Beurteilung höchstens geringfügige Störungen auftreten. Für die Beantwortung der Frage, ob von Gaststätten, Diskotheken und ähnlichen Lokalen unzumutbare Lärmemissionen ausgehen, liegen keine vom Bund festgelegten Belastungsgrenzwerte vor; Anhang 6 der LSV ist nicht anwendbar (BGE 123 II 74). Die Belastungsgrenzwerte können auch nicht hilfsweise angewendet werden (URP 1999, S. 269 f.). Vielmehr sind der Beurteilung alle Lärmimmissionen zu Grunde zu legen, die dem Restaurationsbetrieb zuzurechnen sind. Das sind neben den Geräuschen, die im Lokal erzeugt werden, auch die Sekundäremissionen, das heisst Geräusche, die durch die bestimmungsgemässe Nutzung der Anlage ausserhalb des Gebäudes entstehen, namentlich der von den Besuchern beim Betreten oder Verlassen des Lokals sowie beim Zu- und Wegfahren der parkierten Fahrzeuge verursachte Lärm (WOLF, Kommentar zum USG, N 36 zu Art. 25; URP 1999, S. 264 ff.). Dabei sind der Charakter des Lärms, Zeitpunkt und Häufigkeit seines Auftretens, die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbelastung der Zone, in der die Immissionen auftreten, zu berücksichtigen (BGE 123 II 325 Erw. 4; vgl. zum Ganzen auch VB.2007.00377, Erw. 2.2).
- d) Bei der Beurteilung der Lärmimmissionen von Gastwirtschaftsbetrieben hat sich die Vollzugsbehörde grundsätzlich um eine objektivierte Betrachtung zu bemühen, d.h. allfällige Lärmklagen sind durch Befragungen der Nachbarschaft, durch Polizeikontrollen oder durch Beobachtungsberichte zu verifizieren. Sodann müssen die Vorfälle im Zusammenhang mit der hinausgeschobenen Schliessungsstunde stehen, d.h. sie müssen grundsätzlich die Zeit nach Mitternacht betreffen. Aus Lärmimmissionen, die vor 24.00 Uhr aufgetreten sind, kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, sie würden auch nach Mitternacht auftreten (vgl. auch VB.2002.00330). Somit können nur nach objektiven Kriterien beurteilte und rechtsgenügend belegte Nachtruhestörungen, die nach 24.00 Uhr aufgetreten sind und dem Betriebsteil zuzurechnen sind, der von der späteren Schliessungsstunde profitiert, zur Beurteilung der Bewilligung zur dauernden Hinausschiebung der Schliessungsstunde herangezogen werden.
- e) Bei der Würdigung des rechtserheblichen Sachverhaltes ist schliesslich zu beachten, dass nach Erlass der angefochtenen Verfügung neu eingetretene Tatsachen zu berücksichtigen sind, sofern sie den Streitgegenstand nicht verändern. Dies gilt nach der verwaltungsgerichtlichen Praxis für die zürcherischen Rekursbehörden dann, wenn die neu eingetretenen Tatsachen keine neuen Rechtsfragen aufwerfen (MARCO DONATSCH, a.a.O., § 20a N 4, 16 ff.). Im vorliegenden Rechtsmittelverfahren ist deshalb nicht auf den Verfügungszeitpunkt vom ** Dezember 2013 abzustellen, sondern es sind in der nachfolgenden Würdigung auch die sich in der Zwischenzeit allenfalls veränderten Umstände mit einzubeziehen, soweit sie den Streitgegenstand nicht

verändern. Dies betrifft vorliegend insbesondere den Einbezug des rechtskräftigen Strafbefehls vom **. Juli 2014.

- 6.a) Die Rekursgegnerin stützt sich bei der Bewilligungserteilung zunächst auf die Bewilligungspraxis der Gemeinde. Eine erstmalige Bewilligungserteilung erfolge demnach auf Gesuch hin jeweils befristet für ein Jahr von Montag bis Sonntag bis 02.00 Uhr. Solche pauschalen und undifferenzierten Beurteilungen sind unzulässig. Es ist weder zulässig die Bewilligung grundsätzlich nur bis 02.00 Uhr zu erteilen, noch diese vorerst immer nur befristet zu gewähren. Vielmehr sind die gesetzlichen Voraussetzungen in jedem Einzelfall zu prüfen. Sind diese erfüllt, besteht ein Anspruch auf antragsgemässe Bewilligungserteilung.

Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob die Rekurrentin die Voraussetzungen von § 16 Abs. 1 GGG erfüllt, d.h. ob die Zonenkonformität und der Lärmschutz eingehalten sind.

- b) Die Zonenkonformität des Gastwirtschaftsbetriebs ist nicht bestritten und soweit aus dem Zonenplan ersichtlich, erfüllt.
- c) Die Rekursgegnerin verweist im angefochtenen Beschluss bezüglich Lärmschutz und öffentliche Ordnung auf zwei Vorfälle vom **. und **. Oktober 2013.

Die Rekurrentin macht diesbezüglich geltend, dass die Rekursgegnerin in der Verfügung vom **. Dezember 2013 die Polizeikontrollen vom **. und **. Oktober 2013 nicht erwähnt habe. Soweit sie sich nun im angefochtenen Beschluss darauf berufe, sei dies widersprüchlich und nachgeschoben.

Die genannten Vorfälle haben sich vor Erlass des angefochtenen Beschlusses und vor Erlass der dieser zugrunde liegenden Verfügung ereignet. Die Rekursgegnerin kann die beiden Vorfälle demnach ohne weiteres in die Begründung mit einbeziehen.

Gemäss Polizeirapport stellte die Polizei am **. Oktober 2013 fest, dass in der [...] Bar / [...] Bar um 01.30 Uhr gewirtet worden sei. Mehrere Gäste hätten im Restaurant geraucht. Der Einsatz sei aufgrund einer Meldung wegen Nachtruhestörung erfolgt. [Drei Tage später] hielt die Polizei wiederum fest, dass am **. Oktober 2013, um 01.05 Uhr, einerseits die ordentlichen Schliessungszeiten nicht eingehalten worden seien sowie andererseits das Rauchverbot missachtet worden sei. Die Rekurrentin wurde mittels Strafbefehl vom **. Juli 2014 rechtskräftig wegen Missachtung der Schliessungszeit für die beiden genannten Vorfälle gebüsst. Der Vorwurf der Missachtung des Rauchverbotes wurde jedoch fallen gelassen.

Die Polizei stellte [...] fest, dass die Fenster des Restaurants gekippt und aus dem Restaurant Stimmen zu hören gewesen seien. Anlässlich der Kontrolle vom **. Oktober 2013 wurden bezüglich Nachtruhestörung keine Feststellungen gemacht. Ob es sich beim ersten Fall um mehr als nur eine geringfügige Störung gehandelt hat, ist aufgrund des erwähnten Polizeiprotokolls mehr als nur zweifelhaft. Weitere Belege zu allfälligen Nachtruhestörungen liegen nicht vor. Die Rekurrentin muss sich einzig in diesem Zusammenhang anrechnen lassen, dass sie in zwei Fällen ohne Bewilli-

gung den Betrieb nach der gesetzlichen Schliessungszeit offen gehalten hat. Entsprechend wurde sie durch das Statthalteramt rechtskräftig gebüsst. Die Rekursgegnerin bezieht sodann zu Unrecht auch das Nichteinhalten des Rauchverbots im Restaurant in die Bewilligungsbeurteilung mit ein. Wie bereits festgehalten, bilden einzig der Lärmschutz und die Zonenkonformität Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung. Ein allfälliger Verstoss gegen das Rauchverbot in Innenräumen von Gastwirtschaftsbetrieben gemäss § 22 Abs. 1 GGG ist allenfalls für die Beurteilung der Betriebsführung und somit im Zusammenhang mit der Patenterteilung bzw. mit dem Patententzug massgeblich. Im Übrigen wurde die Rekurrentin vom Vorwurf des Verstosses gegen das Rauchverbot freigesprochen.

Neben den bisherigen Erkenntnissen, d.h. dass gerade keine Nachtruhestörungen vorliegen, ist sodann auch das Lärmgutachten in die Beurteilung mit einzubeziehen. Dieses hält fest, dass sich die Gastwirtschaft unter den genannten Auflagen für eine Hinausschiebung der Schliessungszeit eigne. Die Rekurrentin müsse dabei die maximale Lautstärke von 80 dB im Raum beachten und die Fenster müssten dabei geschlossen bleiben. Die bestehenden Verschaltungen der Kellerfenster müssten sodann mit Silikon schalldicht abgekittet werden. Zudem müssten bei der bestehenden Kellertüre ins Freie alle Falze mit einem geeigneten Kompriband schalldicht abgedichtet werden. Es sind somit keine objektiven Gründe erkennbar, welche gegen eine Bewilligungserteilung bis 04.00 Uhr sprechen würden. Unter der Bedingung, dass die Auflagen gemäss Lärmgutachten zwingend eingehalten werden, bestehen sodann auch keine berechtigten Zweifel, dass die Nachtruhe eingehalten werden kann. Eine Befristung ist somit auch nicht angezeigt.

Da die Rekurrentin somit sämtliche Voraussetzungen erfüllt, ist ihr die dauernde Bewilligung zur Hinausschiebung der Schliessungszeit für Freitag und Samstag bis jeweils 04.00 Uhr zu erteilen. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Auflagen gemäss Lärmgutachten zwingend einzuhalten sind. Die Bewilligung kann sodann jederzeit, namentlich bei wiederholten Nachtruhestörungen, entzogen werden (§ 10 Abs. 1 GGV).

- 7.a) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Rekurs gutzuheissen ist, soweit darauf einzutreten ist. Der Rekurrentin ist die dauernde Bewilligung zur Hinausschiebung der Schliessungszeit für Freitag und Samstag bis 04.00 Uhr zu erteilen.

[...]