OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-851254/14/Bm/AK

Datum:
Linz, 23. März 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde der M W, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. J P, S, M, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau vom 27. Juni 2019, GZ: Ge20-83-2016, betreffend Vorschreibung einer zusätzlichen Auflage gemäß § 79 Abs. 1 GewO 1994 nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 16. Oktober 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die im Spruch des angefochtenen Bescheides zusätzlich vorgeschriebene Auflage zu lauten hat:

„Der Gastgarten darf lediglich bis 23.00 Uhr betrieben werden."

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Mit dem Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau (in der Folge: belangte Behörde) vom 27. Juni 2019, GZ: Ge20-83-2016, wurde der Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) als Betreiberin der Gaststättenbetriebsanlage auf Grundstück Nr. x, KG x, folgende Auflage im Grunde des § 79 GewO 1994 zusätzlich vorgeschrieben:
„Der Gastgarten darf lediglich bis 22:00 Uhr betrieben werden."

2. Die Bf hat gegen diesen Bescheid durch ihre anwaltliche Vertretung innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben und darin im Wesentlichen ausgeführt, die Behörde zitierte im angefochtenen Bescheid den rechtskräftigen Bewilligungsbescheid vom 8. Februar 1973 und greife in dessen Rechtskraft nun mit der Auflage, den Gastgarten lediglich bis 22.00 Uhr zu betreiben, ein. Die Behörde übersehe, dass die nun intervenierenden Nachbarn betreffend Lärmbeeinträchtigung im Objekt x weder im damaligen Betriebsanlagengenehmigungsverfahren, noch im diesbezüglichen Baubewilligungsverfahren Einwendungen irgendwelcher Art erhoben und dadurch die Parteistellung verloren haben. Die Messung am Samstag, 18. August 2018 sei so koordiniert worden, dass an diesem Abend eine Veranstaltung im Gasthaus x stattgefunden habe, nämlich eine Hochzeit.
Laut den Ausführungen des Messtechnikers sei der Gastgarten um 20.33 Uhr gefüllt (alle Tische seien besetzt) gewesen, wobei zwar die Gespräche der Gäste wahrnehmbar gewesen seien, nicht jedoch deren Inhalte. Wie bereits in der Stellungnahme vom 10. Mai 2019 ausgeführt, sei es ja keineswegs so, dass die Nutzung des Gastgartens über 22.00 Uhr hinaus in den Sommermonaten ein Dauerzustand wäre, vielmehr sei es so, dass der Gastgarten in der Saison maximal an zehn Abenden über 22.00 Uhr hinaus genutzt werde, was bei der Beurteilung einer unzumutbaren Belästigung bzw. einer Gesundheitsgefährdung ins Kalkül gezogen werden müsse. Diese Prämisse sei aber dem humanmedizinischen Gutachten nicht zugrunde gelegt worden; diesem fehle somit eine entscheidungswesentliche Grundlage, nämlich die Quantität der Nutzung des Gastgartens, dass dieser von der Bf nur sehr selten auch noch später am Abend genutzt werde, sei auch von den Nachbarn im Zuge des Ortsaugenscheines nie in Frage gestellt worden. Es werde daher eine Ergänzung des medizinischen Gutachtens beantragt. Es mache nämlich einen entscheidungswesentlichen Unterschied, ob eine Betriebsanlage ständig emittiere oder ob diese Emission, wie gegenständlich, ab 22.00 Uhr die absolute Ausnahme darstelle, weswegen die Behörde im Sinne des Grundsatzes der Eingriffsminimierung sowie des Gebrauchs des gelindesten Mittels auch prüfen hätte müssen, ob anstatt der gewählten und nun auferlegten generellen Auflage des Verbotes der Nutzung des Gastgartens über 22.00 Uhr hinaus die Einschränkung des Gastgartenbetriebes nach 22.00 Uhr in quantitativer Hinsicht auf zehn

Abende pro Gastgartensaison ebenfalls eine unzumutbare Belästigung/eine Gesundheitsbeeinträchtigung hintan halte; diese Prüfung habe die Gewerbebehörde nicht angestellt. Weiters hätte Berücksichtigung finden müssen, dass laut Ergebnis der Lärmmessung bei der Messung 2 der Basis- bzw. Ruhepegel um einiges höher gelegen sei, als beim einstündigen Messzeitraum im Zuge der Messung 1, nämlich 29,2 anstatt 21 dB(A). Sollte es sich dabei um das Ist-Maß handeln, hätte dieses den Betrachtungen zugrunde gelegt oder dieses erst erhoben werden müssen, weil dieses die Grundlage der Beurteilung einer zumutbaren bzw. unzumutbaren Lärmbelästigung und/oder Gesundheitsbeeinträchtigung darstelle. Die Behörde bestreite nicht, dass auf den Gastgarten die Bestimmung des § 76a GewO 1994 anzuwenden sei, weswegen für diesen für die Zeit von 08.00 Uhr bis 23.00 Uhr keine Genehmigung erforderlich sei, zumal der Gastgarten über 58 Verabreichungsplätze verfüge. Sei keine Genehmigung erforderlich, könne eine solche auch nicht eingeschränkt werden, weswegen aus diesem Grund die behördliche Rechtsansicht die Betreiber eines genehmigten Gastgartens gegenüber den Betreibern eines genehmigungsfreien diskriminiere; die diesbezügliche zeitliche Schranke liege somit nicht bei 22.00 Uhr, sondern bei 23.00 Uhr. Jedenfalls sei die Änderung des Flächenwidmungsplanes betreffend das gegenständliche Betriebsobjekt in einer Empfehlung des Amtes der Oö. Landesregierung zum Bestandschutz der Wirtshäuser gelegen und sei bereits auf die Anlage 3 zur Oö. Betriebstypenverordnung 1997 hingewiesen worden, ebenso auf § 2 Abs. 1 Oö. Grenzwerteverordnung im Dorf- bzw. Wohngebiet betreffend Beurteilungspegel in der Nacht von 45 dB, wovon die im Bescheid angeführten Dauerschallpegel weit entfernt seien.

Es werde daher der Antrag gestellt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge dieser Beschwerde Folge geben und den Bescheid der belangten Behörde vom 27. Juni 2019 ersatzlos beheben.

3. Die belangte Behörde hat diese Beschwerde gemeinsam mit dem Bezug habenden Verwaltungsverfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (in der Folge: LVwG Oö.) zur Entscheidungsfindung vorgelegt.

4. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt sowie Durchführung einer mündlichen Verhandlung, an der die Bf sowie ihr Rechtsvertreter und die Vertreterin der belangten Behörde teilgenommen haben. Der Verhandlung beigezogen wurden der Amtssachverständige für Gewerbetechnik, Ing. L A, sowie der Amtssachverständige für Humanmedizin, Dr. T E.

4.1. Verfahrensgang und Sachverhalt:

4.1.1. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 8. Februar 1973, GZ: Ge-0603-2748, wurde der gegenständliche Gastgarten gewerbebehördlich genehmigt. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 23. Mai 2016,

GZ: Ge20-83-2016, wurde die Anzeige der Bf betreffend die Änderung der bestehenden Gaststättenbetriebsanlage durch Überdachung des Gastgartens zur Kenntnis genommen. Eine Beschränkung der Betriebszeit für den Gastgarten ist diesen Bescheiden nicht zu entnehmen.
Aufgrund von Lärmbeschwerden von Nachbarn wurden am 18. August 2018 schalltechnische Messungen durch den Amtssachverständigen für Gewerbetechnik durchgeführt und ein schalltechnischer Prüfbericht erstellt.
Messung 1 (19.39 Uhr bis 20.29 Uhr) hat dabei folgende Werte ergeben:
$L_{A,eq}$ = 33,1 dB(A)
$L_{A,1}$ = 42,4 dB(A)
$L_{A,95}$ = 21,0 dB(A)
Laut Angaben des Amtssachverständigen war die Unterhaltung der Gäste am Messpunkt wahrnehmbar, jedoch nicht informationshaltig, eine Musik im Gastgarten wurde nicht gespielt.
Messung 2 (20.33 Uhr bis 21.33 Uhr) ergab folgende Werte:
$L_{A,eq}$ = 37,3 dB(A)
$L_{A,1}$ = 42,1 dB(A)
$L_{A,95}$ = 29,2 dB(A)
Bei dieser Messung war aus dem Gastraum Tanzmusik wahrnehmbar. Auf Grundlage dieses Messberichtes wurde ein humanmedizinisches Gutachten zur Frage eingeholt, welche Auswirkungen die durch die Betriebsanlage (Gastgarten) verursachten Schallimmissionen auf das Leben und die Gesundheit der Nachbarn haben. Dabei kam der Amtssachverständige für Humanmedizin zum Ergebnis, dass die Vermeidung erheblicher Belästigungen oder Gesundheitsgefährdungen nur mit einer Sperrstunde des Gastgartens von 22.00 Uhr erreichbar ist.
Dementsprechend wurde die Betriebszeit des Gastgartens mit dem angefochtenen Bescheid auf 22.00 Uhr eingeschränkt.

4.1.2. Im Zuge der mündlichen Verhandlung wurde vom Amtssachverständigen für Humanmedizin ausgeführt, dass eine Anzahl von zehn Veranstaltungen pro Jahr mit einer maximalen Öffnungszeit des Gastgartens bis 23.00 Uhr aus gesundheitlicher Sicht für die Nachbarn vertretbar ist.

4.1.3. In weiterer Folge wurde ein weiteres lärmtechnisches Gutachten eingeholt und kommt der Amtssachverständige für Lärmtechnik im Gutachten vom 12. Dezember 2019, GZ: US-2019-474601/2-Sro/Ho, zu folgendem Ergebnis:

„Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 27. Juni 2019, GZ: Ge20-83-2016, wurde Frau M W, x, betreffend den Gastgarten in der Gaststättenbetriebsanlage auf Grundstück Nr. x, KG. x, nachträglich vorgeschrieben, dass der Gastgarten lediglich bis 22:00 Uhr betrieben werden darf. Diese Vorschreibung erfolgte aufgrund der am 18. August 2018 in der Zeit zwischen 19:00 Uhr und 24:00 Uhr im Erdgeschoß (Schlafzimmer) des Wohnhauses x, x, durchgeführten Schallmessung und des darauf aufbauenden Prüfberichtes vom 23. August 2018. Gegen diesen Bescheid hat Frau M W Beschwerde erhoben und unter anderem auch die Messungen angezweifelt. Im

nunmehr beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich anhängigen Beschwerdeverfahren ist zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des erstinstanzlichen Bescheides die Aufnahme eines Sachverständigenbeweises erforderlich.

Vor diesem rechtlichen Hintergrund wurde von Ihrer Seite ersucht, zu folgenden Beweisfragen gutachterlich Stellung zu nehmen:

1. Wurde bei der gegenständlichen Messung der Messpunkt fachgerecht (sowohl für die Ermittlung des Basispegels als auch des energieäquivalenten Dauerschallpegels) gewählt?
2. Wurden die Immissionsmessungen (Ermittlung Basispegel und Dauerschallpegel mit Betrieb und ohne Betrieb des Gastgartens) fachgerecht durchgeführt?
3. Bestehen aus fachlicher Sicht Bedenken, den durch Messungen ermittelten Immissionsstand ohne Betrieb des Gastgartens dem Immissionsstand mit Betrieb des Gastgartens gegenüberzustellen?
4. Zu welchem Ergebnis führt eine Berechnung der Immissionen, ausgehend von einer Vollauslastung des Gastgartens mit 58 Verabreichungsplätzen, ohne Annahme einer Hochzeitsveranstaltung?

Zur Frage 1:
Im schalltechnischen Messbericht (BBA-Ri-2018-1583/277-Ai/CM —> Aktenstück 36) vom 23. August 2018, im Folgenden kurz als MBAL bezeichnet, wird vom für die Messung und Ausarbeitung zuständigen Amtssachverständigen Herrn Ing. L A festgehalten, dass die Messung im Sinne der ÖNORM S 5004 ‚Messung von Schallimmissionen' vom 1. Dezember 2008 erfolgte. Die ÖNORM S 5004 kann als Stand der Technik für die messtechnische Ermittlung von Größen von Schallimmissionen in der Nachbarschaft (z. B. Verkehrsanlagen, Betriebsstätten, Veranstaltungen etc.), wie unter anderem den Basispegel ($L_{A,95}$) und den energieäquivalenten Dauerschallpegel ($L_{A,eq}$), angesehen werden. Diese ÖNORM beschreibt Verfahren für Schallmessungen mit reproduzierbaren Ergebnissen zur Beurteilung von Lärmstörungen im Nachbarschaftsbereich. Unter Punkt 5 der gegenständlichen Norm wird die Durchführung einer Messung festgelegt. Im Unterpunkt 5.2.2 wird speziell auf die Durchführung einer Messung in Innenräumen eingegangen. Aus den Anmerkungen zu Unterpunkt 5.2.2 kann entnommen werden, dass bei Messungen im Innenraum der Messpunkt einen Mindestabstand von 1 m zu den Raumbegrenzungsflächen aufweisen muss. Die Situierung des Mikrofons in der Raummitte des nach Osten ausgerichteten Schlafzimmers entspricht somit dieser Norm.
Auch die Auswahl des Schlafzimmers für die Situierung des Messpunktes kann aus fachlicher Sicht als geeignet angesehen werden, da das Schlafzimmer (im Gegensatz zum nach Norden ausgerichteten Badezimmer) einen üblichen Aufenthaltsort im Nachtzeitraum darstellt. Dass die Messung entgegen der Aufgabenstellung (Messauftrag der Bezirkshauptmannschaft Braunau) nicht im Obergeschoß des Wohnhauses x in x durchgeführt wurde, wurde im Messbericht damit begründet, dass sich die Räumlichkeiten des Beschwerdeführers im Erdgeschoß befinden. Somit kann die Standortwahl als plausibel und nachvollziehbar angesehen werden.

Zusammengefasst kann aus fachlicher Sicht festgehalten werden, dass der Messpunkt bei gegenständlicher Messung sowohl für die Erhebung des Basispegels sowie die Erhebung des energieäquivalenten Dauerschallpegels fachgerecht gewählt wurde.

Zur Frage 2:
Die Auswahl des Messpunktes wurde bereits oben ausführlich diskutiert. Darüber hinaus sieht die ÖNORM S 5004 zumindest die qualitative Beschreibung meteorologischer Bedingungen vor, da die Ausbreitung von Schall beispielsweise durch Wind (Mitwindsituation, Gegenwindsituation) beeinflusst wird. Wie im MBAL angeführt herrschten zum Zeitpunkt der Messung einwandfreie Messbedingungen. Es war windstill, trocken und wolkenlos bei einer Außentemperatur von ca. 25 °C bis 28 °C. Somit kann ein meteorologischer Einfluss, welcher die Messung verfälschen würde, aus fachlicher Sicht ausgeschlossen werden. Gemäß der gängigen Judikaturen ist der Grundsatz der Dispositionsfreiheit (wonach der Nachbar z. B. auch Fenster von Schlafräumen geöffnet halten darf) ebenfalls gegeben. Somit ist auch die Messung bei geöffnetem Fenster plausibel, nachvollziehbar und fachlich korrekt.
Die Messzeit richtet sich nach der Messaufgabe (Messauftrag) und nach der zu untersuchenden Geräuschart. Im Messauftrag der Bezirkshauptmannschaft Braunau wurde, wie dem Messbericht MBAL unter Punkt ‚Aufgabenstellung' entnommen werden kann, festgelegt, dass die einwirkenden Schallimmissionen des benachbarten Gastgartens des Landgasthauses x im Wohnhaus x in x messtechnisch in der Zeit von 19:00 Uhr bis 24:00 Uhr zu erheben sind. Am 18. August 2018 erfolgten im Zeitraum von 19:30 Uhr bis 21:45 Uhr zwei Messungen. Die erste Messung repräsentiert den Betrieb mit ‚wenig bis keinem Personenaufenthalt' im Gastgarten. Die zweite Messung repräsentiert den Betrieb mit ‚Personenaufenthalt' im Gastgarten. Im Messbericht (MBAL) findet sich neben den Ergebnissen der Messung auch, wie von der ÖNORM S 5004 vorgeschrieben, eine verbale Beschreibung der Betriebsbedingungen des Gastgartens (Anwesenheit von Gästen, Besetzung der Tische, Hintergrundmusik aus dem Gastraum etc.) und der Geräuschcharakteristik des gemessenen Betriebszustandes (wahrnehmbar, nicht informationshaltig etc.).

Zu den Messgrößen (Basispegel und Dauerschallpegel bei den Betriebszuständen mit und ohne Gastgartenbetrieb) kann Folgendes ausgesagt werden:

Der Basispegel $L_{A,95}$ repräsentiert den Wert des Schalldruckpegels, der während 95 % der jeweiligen Messzeit erreicht oder überschritten wird. Der im ‚wenig bis keinem Personenaufenthalt' im Gastgarten (erste Messung) ermittelte Basispegel von $L_{A,95}$ = 21 dB entspricht einem üblichen Basispegel in einem Wohnraum im ländlichem Bereich, wenn etwa Dauergeräusche, wie sie beispielsweise durch das Brummen von Elektrogeräten, entfernte Straßen etc. hervorgerufen werden, fehlen.

Der Anstieg des Basispegels im Rahmen der zweiten Messung (mit Gästen) ist aus fachlicher Sicht nachvollziehbar, da, wie bereits oben angeführt, der Basispegel den Wert des Schalldruckpegels repräsentiert, der in 95 % der jeweiligen Messzeit erreicht oder überschritten wird. Konkret heißt das, je mehr Gäste sich im Gastgarten befinden, je mehr Emissionen respektive Immissionen erzeugt werden, desto höher liegt der Schalldruckpegel der in 95 % der jeweiligen Messung erreicht oder überschritten wird.

Der energieäquivalente Dauerschallpegel $L_{A,eq}$ ist eine Einzahlangabe, die zur Beschreibung von Schallereignissen mit beliebigem zeitlichen Verlauf des Schalldruckpegels dient. Der $L_{A,eq}$ wird als jener Schalldruckpegel errechnet, der bei dauernder Einwirkung einem

beliebigen Geräusch energieäquivalent ist. Dieser kann auch als ‚energetischer' Mittelwert der Emissionen interpretiert werden.

Die bei den Messungen erhobenen Pegelwerte des $L_{A,eq}$ lassen sich, wie weiter unten dargestellt (Zur Frage 4) wird, auch rechentechnisch ermitteln und können somit als plausibel und nachvollziehbar bezeichnet werden.

Zusammengefasst kann aus fachlicher Sicht festgehalten werden, dass die Immissionsmessungen bei beiden Messintervallen (19:29 Uhr bis 20:29 Uhr und 20:33 Uhr bis 21:33 Uhr) fachgerecht durchgeführt wurden.

Es wird angemerkt, dass im Messbericht als letztes Eichdatum des Messgerätes das Jahr 2012 angeführt wird. Gemäß der ÖNORM S 5004 sind Messgeräte für die Verwendung bei Messungen nach dieser ÖNORM mindestens alle zwei Jahre einer Nacheichung zu unterziehen. Da aber die zum Messgerät gehörende Prüfschallquelle (Kalibrator) als letztes amtliches Eichdatum das Jahr 2018 aufweist, ist davon auszugehen, dass es sich bei der Jahreszahlangabe des Messgeräteeichdatums um einen Schreibfehler handelt. Gegebenenfalls kann dies durch Vorlage eines Eichscheines verifiziert und richtig gestellt werden.

Zur Frage 3:
Zu den Begrifflichkeiten Basispegel $L_{A,95}$ und energieäquivalenter Dauerschallpegel $L_{A,eq}$ wurde bereits oben Stellung genommen. Zu den bei der Messung ermittelten Pegeln kann Folgendes festgehalten werden. Bei der ersten Messung (19:29 Uhr bis 20:29 Uhr) befanden sich gemäß der Beschreibung des Betriebszustandes des Gastgartens nur im Zeitraum von 19:35 Uhr bis 20:15 Uhr keine Gäste im Gastgarten. Aus fachlicher Sicht kann hier nicht von einer reinen Ermittlung der Pegel ‚ohne Betrieb des Gastgartens' ausgegangen werden. Es ist davon auszugehen, dass der bei der ersten Messung ermittelte $L_{A,eq}$ möglicherweise etwas zu hoch ist, da unter Umständen Immissionen durch Gäste im Gastgarten in den Randzeiten (19:29 Uhr bis 19:35 Uhr sowie 20:15 Uhr bis 20:29 Uhr) aufgezeichnet wurden.

Bei der zweiten Messung (20:33 Uhr bis 21:33 Uhr) befanden sich ab etwa 21:00 Uhr keine Gäste im Gastgarten. Somit besteht durchaus die Möglichkeit, dass der $L_{A,eq}$ bei durchgehendem ‚Vollbetrieb' des Gastgartens etwas höher liegen könnte.
Da zudem gemäß der verbalen Beschreibung der Messung andere Quellen, wie Verkehr oder Naturgeräusche, die Messung nicht beeinflusst haben, sind fachliche Bedenken hinsichtlich der Gegenüberstellung der ermittelten Werte nicht gegeben, da die Differenz zwischen Gastgarten ‚ohne Gäste' und ‚mit 58 Gästen' aus fachlicher Sicht nicht geringer sein wird als die Differenz der Pegelwerte, wie sie im Rahmen der Messung erhoben wurden.

Zusammengefasst gibt es fachlich keine Bedenken bezüglich der Höhen der ermittelten Differenzen bei $L_{A,eq}$ und $L_{A,95}$ und der Höhen der Pegel, die auch in die medizinische Beurteilung von Herrn Dr. E einflossen.

Zur Frage 4: Rechentechnische Ermittlung der Emissionen
Basis der Ermittlung der Emissionen der Terrasse sind die ÖNORM S 5012 (Schalltechnische Grundlagen für die Errichtung von Gastgewerbebetrieben, vergleichbaren Einrichtungen

sowie den damit verbundenen Anlagen), Ausgabe vom 15. April 2014, sowie der Praxisleitfaden Gastgewerbe des Forums Schall. Diese Unterlagen können als Stand der Technik für die Ermittlung von Emissionen im Zusammenhang mit Gastronomiebetrieben angesehen werden.

Festlegung der Pegel im Gastraum sowie auf der Terrasse
Der Pegel im Gastgarten wird nach ÖNORM S 5012 ermittelt. Die Luftschallemissionen hängen wesentlich vom Verhalten der Gäste und der Mitarbeiter ab. Der Zusammenhang von Luftschallemissionen und dem Verhalten im Gastgarten wird in folgender Tabelle (vergleiche ÖNORM S 5012, Tabelle 2) dargestellt:

Beschreibung des zu erwartenden Verhaltens (Kategorien)	$L_{W,A,1P}$
1. Ruhiges Gästeverhalten, z. B. Gartenrestaurant zum Einnehmen von Speisen, Gartencafé	60
2. Unterhaltung in normaler Lautstärke, häufige Serviergeräusche	63
3. angeregte Unterhaltung mit Lachen, Gästegruppen	71

Tabelle 1

Die Abkürzung in Tabelle 1 ist wie folgt definiert:
$L_{W,A,1P}$ ..... A-bewerteter, energieäquivalenter Schallleistungspegel pro Person in dB

Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass es sich bei gegenständlichem Gastgarten um einen überdachten, an drei Seiten geschlossenen Gastgarten handelt. In Folge der Bauausführung, wie sie dem übermittelten Einreichplan entnommen werden kann, findet eine ‚Abstrahlung' von Emissionen hauptsächlich durch die Öffnung an der südöstlichen Seite des Anbaus in Richtung Nachbarschaftsliegenschaft statt.

Rechenergebnisse
Die Berechnung der zu erwartenden Immissionen wurde auf Basis eines Modells des Gastgartens sowie des betroffenen Nachbarwohnhauses mit der Software CadnaA gemäß ÖNORM ISO 9613 (Teil 2) durchgeführt. Die oben angeführten Emissionen im Zusammenhang mit dem Gastgarten wurden dabei in der zweiten und dritten Kategorie berücksichtigt. Die Lage der Immissionspunkte wurde repräsentativ an der Hausfassade der Nachbarliegenschaft auf Grundstück Gst.Nr. x der KG. x gewählt. Der Immissionspunkt IP 1 repräsentiert dabei die Lage des Badezimmerfensters auf der nordwestlichen Seite (dem Gastgarten zugewandt), die Lage des IP 2 repräsentiert dabei die Lage des Schlafzimmerfensters auf der nordöstlichen Seite (90 Grad versetzt zum Gastgarten). Eine direkte Berechnung der Immissionen im Inneren des Wohngebäudes ist mit der zur Verfügung stehenden Software nicht möglich. Es ist aber aus technischen Richtlinien (z. B. ÖAL-Richtlinie 37 vom März 2003) bekannt, dass mit 5 dB bis 8 dB (je nach Schallabsorption im Raum) Pegelminderung durch ein geöffnetes Fenster zu rechnen ist.
Die Berechnung wurde sowohl für Verhalten der Kategorie 2 nach obiger Tabelle (im Allgemeinen üblicher Gastgartenbetrieb) wie auch für Verhalten Kategorie 3 (Gästegruppen, wie sie bei Hochzeiten der Fall sind) durchgeführt.

Gästeverhalten	Immissionspunkt	$L_{A,eq}$ in dB	Pegel im Hausinneren in dB
2	IP 1	40	Badezimmer 35 dB
	IP 2	35	Schlafzimmer 30 dB
3	IP 1	47	Badezimmer 42 dB
	IP 2	42	Schlafzimmer 37 dB

Tabelle 2

Wie der Tabelle 2 entnommen werden kann, liegt der Pegel im Schlafzimmer im Fall eines Gästeverhaltens der Kategorie 3 im Bereich des Messergebnisses. Die Ergebnisse in obiger Tabelle verstehen sich somit als diejenigen Pegelwerte, die ausgehend vom Gastgartenbetrieb an der Fassade respektive im Gebäudeinneren wahrnehmbar sind. Das heißt, es wurde rein zur Überprüfung der Pegelwerte mit den Emissionsansätzen der Tabelle 1 gerechnet. In einem Planungsszenario (Planung des zukünftigen Betriebes) müsste zur abschließenden Beurteilung aber ein allgemeiner Pegelzuschlag (Anpassungswert für Informationshaltigkeit) von 5 dB vergeben werden. Dies bedeutet, dass die in Tabelle 2 angeführten Pegelwerte um 5 dB höher liegen.

Aus obiger Tabelle kann aber auch entnommen werden, dass im Falle eines Gästeverhaltens der Kategorie 2 ein um 7 dB geringer Pegel zu erwarten ist.
Da die Einteilung der Gastronomiebetriebe in die Kategorien nicht immer einfach und eindeutig ist, wird hier kurz erläutert, wie der zuständige Sachverständige die Kategorien grob festlegt.
In einer ersten Einschätzung der Kategorie des Gästeverhaltens wird, aus Erfahrung geschuldet, auf die Art des Betriebes geachtet. Handelt es sich beispielsweise um ein gehobenes Lokal (hohe Preise etc.) würde dies in Kategorie 1 eingeteilt. Ein familiäres Gasthaus (auch für Familien leistbare Preise) oder eine Pizzeria liegt erfahrungsgemäß in Kategorie 2. Das zweite Kriterium orientiert sich nach der Situierung der Lokalität. Liegt diese in einem Bereich, wo mit vielen Gruppen oder feiernden Menschen zu rechnen ist (beispielsweise die Linzer Altstadt), liegt das Lokal in der Nähe eines Veranstaltungszentrums (beispielsweise eine Sportarena), wo nach den Darbietungen mit Besuchern im Lokal zu rechnen ist. In solchen Fällen wird eine Kategorie 3 vergeben.
Das dritte Kriterium sind die Öffnungszeiten. Hat der Betrieb bis nach Mitternacht, beispielsweise 02:00 Uhr, geöffnet, wird davon ausgegangen, dass es zu später Stunde (etwa nach 22:00 Uhr) zu angeregten Unterhaltungen kommt. Dementsprechend wird eine Kategorie 3 vergeben. Als weiteres Kriterium beispielsweise bei Gastronomiebetrieben kann auch die Unterscheidung in Gasthaus oder Gasthaus mit Beherbergungsbetrieb dienen. Bei einem Gasthaus mit Beherbergungsbetrieb kann im Allgemeinen davon ausgegangen werden, dass auch dem Betreiber im Sinne der Nächtigungsgäste eher an einem moderaten Gästeverhalten gelegen ist.

Bei gegenständlichem Gastronomiebetrieb handelt es sich um ein Landgasthaus, welches auch Gästezimmer vermietet. Somit wird der Gastgarten aufgrund der Situierung des Betriebes im ländlichen Bereich und des Beherbergungsbetriebes in die Kategorie 2 eingestuft. Dennoch ist aus Erfahrung bekannt, dass auch ein Verhalten der Kategorie 2 zu später Stunde oder im Fall anwesender Gruppen gelegentlich in ein Verhalten der

Kategorie 3 umschlagen kann. Es stellt sich nunmehr die Frage, wie oft eine Gruppenveranstaltung (Hochzeit etc.), also ein Betrieb der Kategorie 3 oder ein Gastgartenbetrieb der Kategorie 2 stattfindet?“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

4.1.4. Aufbauend auf diesem Gutachten wurde vom Amtssachverständigen für Humanmedizin im Gutachten vom 28. Jänner 2020, GZ: Ges-2018-432667/9-EDT/Du, wie folgt ausgeführt:

„Das Oö. Landesverwaltungsgericht übermittelt das schalltechnische Gutachten US-2019-474601/2-Sro/Ho und einen Hausplan mit dem Ersuchen um humanmedizinische Beurteilung zu folgendem Sachverhalt / folgender Fragestellung:

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau vom 27. Juni 2019, GZ: Ge20-83-2016, wurde Frau M W, x, betreffend den Gastgarten in der Gaststättenbetriebsanlage auf Grundstück Nr. x, KG x, nachträglich vorgeschrieben, dass der Gastgarten lediglich bis 22:00 Uhr betrieben werden darf. Diese Vorschreibung erfolgte aufgrund der am 18. August 2018 in der Zeit zwischen 19:00 Uhr und 24:00 Uhr im Erdgeschoß (Schlafzimmer) des Wohnhauses x, x, durchgeführten Schallmessung und des darauf aufbauenden Prüfberichtes vom 23. August 2018.

Gegen diesen Bescheid hat Frau M W Beschwerde erhoben und wurde darüber am 16. Oktober 2019 eine mündliche Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durchgeführt. Bei dieser Verhandlung wurden von der Beschwerdeführerin u.a. die Lärmmessungen angezweifelt, weshalb ein ergänzendes lärmtechnisches Gutachten zur Überprüfung dieser Messungen eingeholt wurde.

In der Beilage wird dieses lärmtechnische Gutachten vom 12. Dezember 2019, GZ: US-2019-474601/2-Sro/Ho, unter Anschluss der Verhandlungsschrift vom 16. Oktober 2019 und der erforderlichen Projektsunterlagen mit dem Ersuchen übermittelt, ein Gutachten dahingehend abzugeben, ob bei Annahme der vom Amtssachverständigen für Lärmtechnik angeführten Immissionspegel (Seite 6 des Gutachtens) durch Gästeverhalten der Kategorie 2 im Gastgarten ebenfalls eine Einschränkung der Betriebszeit des Gastgartens auf 22:00 Uhr erforderlich oder ob ein Betrieb des Gastgartens nach 22:00 Uhr unter Berücksichtigung des Nachbarschutzes und gegebenenfalls in welchem Ausmaß möglich ist.

<u>Befund / Angaben aus dem zit. schalltechnischen Gutachten:</u>

Der schalltechnische Amtssachverständige (ASV) führt aus:

‚Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 27. Juni 2019, GZ: Ge20-83-2016, wurde Frau M W, x, betreffend den Gastgarten in der Gaststättenbetriebsanlage auf Grundstück Nr. x, KG x, nachträglich vorgeschrieben, dass der Gastgarten lediglich bis 22.00 Uhr betrieben werden darf. Diese Vorschreibung erfolgte aufgrund der am 18. August 2018 in der Zeit zwischen 19.00 Uhr und 24.00 Uhr im Erdgeschoß (Schlafzimmer) des Wohnhauses x, x, durchgeführten Schallmessung und des darauf aufbauenden Prüfberichtes vom 23. August 2018. Gegen diesen Bescheid hat Frau

M W Beschwerde erhoben und unter anderem auch die Messungen angezweifelt, im nunmehr beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich anhängigen Beschwerdeverfahren ist zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des erstinstanzlichen Bescheides die Aufnahme eines Sachverständigenbeweises erforderlich.

Vor diesem rechtlichen Hintergrund wurde der schalltechnische ASV vom Oö. Landesverwaltungsgericht ersucht, zu folgenden Beweisfragen gutachterlich Stellung zu nehmen.

1. Wurde bei der gegenständlichen Messung der Messpunkt fachgerecht (sowohl für die Ermittlung des Basispegels als auch des energieäquivalenten Dauerschallpegels) gewählt?
2. Wurden die Immissionsmessungen (Ermittlung Basispegel und Dauerschallpegel mit Betrieb und ohne Betrieb des Gastgartens) fachgerecht durchgeführt?
3. Bestehen aus fachlicher Sicht Bedenken, den durch Messungen ermittelten Immissionsstand ohne Betrieb des Gastgartens dem Immissionstand mit Betrieb des Gastgartens gegenüberzustellen?
4. Zu welchem Ergebnis führt eine Berechnung der Immissionen, ausgehend von einer Vollauslastung des Gastgartens mit 58 Verabreichungsplätzen, ohne Annahme einer Hochzeitsveranstaltung?'

Der schalltechnische ASV stellt unter Hinweis auf die Detailausführungen zu diesen Beweisfragen fest:

‚Zur Frage 1:
[...] Zusammengefasst kann aus fachlicher Sicht festgehalten werden, dass der Messpunkt bei gegenständlicher Messung, sowohl für die Erhebung des Basispegels sowie die Erhebung des energieäquivalenten Dauerschallpegels, fachgerecht gewählt wurde.

Zur Frage 2:
[...] Zusammengefasst kann aus fachlicher Sicht festgehalten werden, dass die Immissionsmessungen bei beiden Messintervallen (19:29 Uhr bis 20:29 Uhr und 20:33 Uhr bis 21:33 Uhr) fachgerecht durchgeführt wurden.[...]

Zur Frage 3:
[...] Zusammengefasst gibt es fachliche keine Bedenken bezüglich der Höhen der ermittelten Differenzen bei $L_{A,eq}$ und $L_{A,95}$ und der Höhen der Pegel, die auch in die (bisherige) medizinische Beurteilung einflossen.

Zur Frage 4: Rechentechnische Ermittlung der Emissionen
[...]
Festlegung der Pegel im Gastraum sowie auf der Terrasse
Der der Pegel im Gastgarten wird nach ÖNORM S 5012 ermittelt. Die Luftschallemissionen hängen wesentlich vom Verhalten der Gäste und der Mitarbeiter ab. Der Zusammenhang von Luftschallemissionen und dem Verhalten im Gastgarten, wird in folgender Tabelle (vergleiche ÖNORM S 5012 Tabelle 2) dargestellt.

Beschreibung des zu erwartenden Verhaltens (Kategorien)	$L_{W,A,1P}$

1. Ruhiges Gästeverhalten z.B. Gartenresteraunt zum Einnehmen von Speisen, Gartencafé	60
2. Unterhaltung in normaler Lautstärke, häufige Serviergeräusche	63
3. angeregte Unterhaltung mit Lachen, Gästegruppen	71

Tabelle 1

$L_{W,A,1P}$.....A-bewerteter, energieäquivalenter Schallleistungspegel pro Person in dB

Rechenergebnisse
[...] Es ist aber aus technischen Richtlinien (z.B. ÖAL-Richtlinie 37 vom März 2003) bekannt, dass mit 5 dB bis 8 dB (je nach Schallabsorption im Raum) Pegelminderung durch ein geöffnetes Fenster zu rechnen ist.

Die Berechnung wurde sowohl für Verhalten der Kategorie 2 nach obiger Tabelle (im allgemeinem üblicher Gastgartenbetrieb) wie auch für Verhalten Kategorie 3 (Gästegruppen wie sie bei Hochzeiten der Fall sind) durchgeführt.

Gästeverhalten	Immissionspunkt	$L_{A,eq}$ in dB	Pegel im Hausinneren in dB
2	IP 1	40	Badezimmer 35 dB
	IP 2	35	Schlafzimmer 30 dB
3	IP 1	47	Badezimmer 42 dB
	IP 2	42	Schlafzimmer 37 dB

Tabelle 2

Wie der Tabelle 2 entnommen werden kann, liegt der Pegel im Schlafzimmer im Fall eines Gästeverhaltens der Kategorie 3 im Bereich des Messergebnisses. Die Ergebnisse in obiger Tabelle verstehen sich somit als diejenigen Pegelwerte, die ausgehend vom Gastgartenbetrieb an der Fassade, respektive im Gebäudeinneren wahrnehmbar sind. Das heißt, es wurde rein zur Überprüfung der Pegelwerte mit den Emissionsansätzen der Tabelle 1 gerechnet. In einem Planungsszenario (Planung des zukünftigen Betriebes) müsste zur abschließenden Beurteilung aber ein allgemeiner Pegelzuschlag (Anpassungswert für Informationshaltigkeit) von 5 dB vergeben werden. Dies bedeutet, dass die in Tabelle 2 angeführten Pegelwerte um 5 dB höher liegen.‘

Der schalltechnische ASV in erstinstanzlichen Verfahren stellte fest, dass im Rahmen der messtechnischen Erhebungen keine Informationshaltigkeit gegeben war, sodass im ‚Echtbetrieb‘ bei der Messung (gegenüber einem Planungsfall) kein Pegelzuschlag zu vergeben war.

‚Aus obiger Tabelle kann aber auch entnommen werden, dass im Falle eines Gästeverhaltens der Kategorie 2 ein um 7 dB geringer Pegel zu erwarten ist.‘

In seinen weiteren Ausführungen erläutert der schalltechnische ASV die Kategorisierung verschiedener Gastronomiebetriebe (auf diese Ausführungen wird verwiesen).

Zusammenfassend resultieren aus dem schalltechnischen Gutachten mit einer Kategorisierung des Gästeverhaltens gem. ÖNORM S 5012 Tabelle 2 im Schlafraum (Hausinneren) folgende Immissionspegel:

- Kategorie 2 Unterhaltung in normaler Lautstärke, häufige Serviergeräusche (‚Normalbetrieb') 30 dB
- Kategorie 3 angeregte Unterhaltung mit Lachen, Gästegruppen (Hochzeiten, Veranstaltungen) 37 dB

Gutachten / Beurteilung Humanmedizin

Im gegenständlichen Verfahren wurde, beauftragt von der Bezirkshauptmannschaft Braunau das Gutachten Ges-2018-432667/5EDT/Kir, aufbauend auf den damals vorliegenden schalltechnischen Ergebnissen erstellt. In diesem Gutachten wurden die allgemeinen Wirkungen von Schallimmissionen dargestellt, dazu ergeben sich keine Ergänzungen.

Wie auch in der Verhandlung am 16.9.2019 vor dem Oö. Landesverwaltungsgericht protokolliert, wurde im bisherigen Verfahren keine Unterscheidung zwischen ‚üblichem' (Gastgarten-)betrieb und ‚Betrieb bei Festen, wie Hochzeiten' getroffen, weshalb die Beurteilung auf die maximale Auslastung (‚worst-case-Betrachtung'), wie sie sich aus den messtechnischen Erhebungen ergab, abzustellen war.

Im humanmedizinischen Gutachten im Auftrag der Bezirkshauptmannschaft wurde in einer wirkungsbezogenen Betrachtung dargestellt, dass: [...]....zur Sicherung eines ruhigen und erholsamen Schlafes ein Wert von weniger als 35 dB , zuletzt 30 dB am Ohr des/der Schlafenden (d.h. im Rauminneren, Dauerschall) angegeben wird. Diese letztere Immissionsvorgabe definiert einen Bereich, in dem Schlafen gesichert möglich ist, d.h. nicht wie bei anderen Grenzwertkonzepten einen Bereich, in dem bereits im Grenzwertkonzept eine gesellschaftspolitisch akzeptierte In-Kauf-Nahme bestimmter Störwirkungen verankert ist.
Nach der Night Noise Guideline der WHO können ab einem Pegelwert von 40 dB bis 55 dB (Durchschnittslärmbelastung in der Nacht, außen) im Verhalten der Lärmexponierten Anpassungsreaktionen beobachtet werden, ab 55 dB nehmen diese Erfordernisse zu und erlangen zusehends gesundheitlich nachteiligen Charakter.

Zur Frage, ob eine maximale Anzahl von 10 Veranstaltungen (z.B. Hochzeiten, Feiern,...) von 10 pro Jahr mit einer maximalen Öffnungszeit bis 23:00 Uhr aus humanmedizinischer Sicht vertretbar wäre, wurde in der Verhandlung am 16.9.2019 vor dem Oö. Landesverwaltungsgereicht festgestellt, dass damit nicht mehr das Maß einer erheblichen Belästigungen oder Gesundheitsgefährdung erreicht wird.
Diese 10 Veranstaltungen sind nach der nunmehr vorliegenden schalltechnischen Beurteilung der Kategorie 3 zuzuordnen.

=> In der humanmedizinischen Beurteilung ergeben sich durch die nunmehr vorliegenden schalltechnischen Angaben (US-2019-474601/2-Sro/Ho) zu Veranstaltungen (Hochzeiten, Feiern,...) keine Veränderungen oder Ergänzungen zu den in der Verhandlung am 16.9.2019 getroffenen Feststellungen.

- Zur Frage, ob bei Annahme der vom Amtssachverständigen für Lärmtechnik angeführten Immissionspegel (Seite 6 des Gutachtens US-2019-474601/2-Sro/Ho) durch Gästeverhalten der Kategorie 2 im Gastgarten ebenfalls eine Einschränkung der Betriebszeit des Gastgartens auf 22:00 Uhr erforderlich oder ob ein Betrieb des Gastgartens nach 22:00 Uhr unter Berücksichtigung des Nachbarschutzes und gegebenenfalls in welchem Ausmaß möglich ist, wird ausgeführt:

  Die Immissionspegel betragen im Schlafraum der Nachbarliegenschaft bei einer Betriebsform, die einer Kategorie 2 (Unterhaltung in normaler Lautstärke, häufige Serviergeräusche) - also einem ‚Normalbetrieb' - zuzuordnen sind, 30 dB.

  => Es ist aus humanmedizinischer Sicht vertretbar, für den ‚Normalbetrieb' der Kategorie 2 die Einschränkung der Betriebszeit von 22:00 Uhr auf 23:00 Uhr abzuändern.
  Um keine erheblichen Belästigungen oder Gesundheitsgefährdungen durch Schlafstörungen zu verursachen ist eine darüber hinausgehende Betriebszeit aus humanmedizinischer Sicht nicht statthaft.
  Begründung: Immissionspegel von 30 dB im Schlafraum lassen alleine unter Betrachtung der Pegelhöhe zwar Schlafstörungen nicht erwarten. Mit den Immissionen aus einem Gastgartenbetrieb (Gespräche, Serviergeräusche etc.) ergibt sich aber eine deutliche Veränderung einer ruhigen nächtlichen Umgebungsgeräuschkulisse, die als störender Stressor wirkt. Dies wird bei wiederkehrendem und langem Auftreten aus humanmedizinischer Sicht als erhebliche Belästigung eingestuft.
  Der schalltechnische ASV hat in US-2019-474601/2-Sro/Ho ausführlich die Thematik Gästeverhalten / Kategorisierung erörtert.
  Voraussetzung für die nunmehrige humanmedizinische Beurteilung ist ein in Kategorie 2 definiertes Gästeverhalten. Der / die Betreiber/-in des Gastgartens hat daher auf ruhiges Gästeverhalten einzuwirken, insbesondere dafür zu sorgen, dass im Gastgarten durch die Besucher kein übermäßiger Lärm (z.B. durch lautes Sprechen, Singen oder Musizieren) erzeugt wird, keine Musikgruppen auftreten oder Musik über Lautsprecher abgespielt wird."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

4.1.5. Die Gutachten der beigezogenen Amtssachverständigen sind vollständig, schlüssig und in sich widerspruchsfrei. Es besteht kein Grund, die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nicht der Entscheidung zugrunde zu legen. Der Bf wurden diese Gutachten zur Kenntnis gebracht, eine inhaltliche Stellungnahme hierzu ist nicht erfolgt. Der Antrag auf ersatzlose Behebung des behördlichen Bescheides wurde aufrecht gehalten. Im ergänzenden lärmtechnischen Gutachten vom 12. Dezember 2019 erfolgte auch eine rechentechnische Ermittlung der Lärmemissionen und zeigen diese Ermittlungen, dass bei einem Gästeverhalten der Kategorie 3 (angeregte Unterhaltung mit Lachen, Gästegruppen etc.) diese den Messergebnissen entsprechen.

5. Rechtliche Beurteilung:

5.1. § 79 GewO 1994 lautet:

„(1) Ergibt sich nach Genehmigung der Anlage, daß die gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Interessen trotz Einhaltung der im Genehmigungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen nicht hinreichend geschützt sind, so hat die Behörde die nach dem Stand der Technik (§ 71a) und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften zur Erreichung dieses Schutzes erforderlichen anderen oder zusätzlichen Auflagen (§ 77 Abs. 1) vorzuschreiben; die Auflagen haben gegebenenfalls auch die zur Erreichung dieses Schutzes erforderliche Beseitigung eingetretener Folgen von Auswirkungen der Anlage zu umfassen; die Behörde hat festzulegen, daß bestimmte Auflagen erst nach Ablauf einer angemessenen, höchstens drei Jahre, in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen (zB bei Betriebsübernahmen) höchstens fünf Jahre, betragenden Frist eingehalten werden müssen, wenn der Inhaber der Betriebsanlage nachweist, daß ihm (zB wegen der mit der Übernahme des Betriebes verbundenen Kosten) die Einhaltung dieser Auflagen erst innerhalb dieser Frist wirtschaftlich zumutbar ist, und gegen die Fristeinräumung keine Bedenken vom Standpunkt des Schutzes der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen bestehen. Die Behörde hat solche Auflagen nicht vorzuschreiben, wenn sie unverhältnismäßig sind, vor allem wenn der mit der Erfüllung der Auflagen verbundene Aufwand außer Verhältnis zu dem mit den Auflagen angestrebten Erfolg steht. Dabei sind insbesondere Art, Menge und Gefährlichkeit der von der Anlage ausgehenden Emissionen und der von ihr verursachten Immissionen sowie die Nutzungsdauer und die technischen Besonderheiten der Anlage zu berücksichtigen.

(2) Zugunsten von Personen, die erst nach Genehmigung der Betriebsanlage Nachbarn im Sinne des § 75 Abs. 2 und 3 geworden sind, sind Auflagen im Sinne des Abs. 1 nur soweit vorzuschreiben, als diese zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit dieser Personen notwendig sind. Auflagen im Sinne des Abs. 1 zur Vermeidung einer über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichenden beträchtlichen Belastung durch Luftschadstoffe, Lärm oder gefährliche Abfälle sind, sofern sie nicht unter den ersten Satz fallen, zugunsten solcher Personen nur dann vorzuschreiben, wenn diese Auflagen im Sinne des Abs. 1 verhältnismäßig sind.“

5.2. Die Bestimmung des § 79 GewO 1994 enthält die gesetzliche Ermächtigung der Behörde, ungeachtet der Rechtskraft des Genehmigungsbescheides andere oder zusätzliche Auflagen vorzuschreiben für den Fall, dass das Verfahren zur Genehmigung einer Betriebsanlage abgeschlossen ist, mit den in diesem Verfahren vorgeschriebenen Auflagen aber nicht das Auslangen gefunden werden kann, um die im § 74 GewO 1994 umschriebenen Interessen hinreichend zu schützen.
Unter den im § 79 Abs. 1 GewO 1994 bezeichneten „gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Interessen“ sind sowohl objektiv-öffentliche Interessen, die von Amts wegen wahrzunehmen sind, als auch subjektiv-öffentliche Interessen, die Nachbarn subjektive Rechtsansprüche einräumen, zu verstehen.

Aufgrund der vorliegenden Nachbarbeschwerden wurden von der belangten Behörde lärmtechnische Erhebungen vorgenommen, um zu klären, ob mit dem unbeschränkten Betrieb des Gastgartens Belästigungen oder Gefährdungen der Nachbarn verbunden sind. Soweit die Bf in diesem Zusammenhang vorbringt, dass

die Nachbarn im damaligen Betriebsanlagengenehmigungsverfahren keine Einwendungen erhoben hätten und dadurch die Parteistellung verloren haben, ist dem entgegenzuhalten, dass die Vorschreibung von nachträglichen Auflagen von Amts wegen vorzunehmen ist, wenn die Voraussetzungen vorliegen. Für die Behörde besteht bei Vorliegen eben dieser Voraussetzungen die Pflicht zur Vorschreibung von nachträglichen Auflagen. Eine Parteistellung der Nachbarn in diesem Verfahren zur Vorschreibung der Auflage wurde ohnehin von der belangten Behörde nicht angenommen.
Wenn die Bf mit dem Vorbringen der fehlenden Parteistellung der Nachbarn möglicherweise auf § 79 Abs. 2 GewO 1994 verweist, ist dem entgegenzuhalten, dass Auflagen zur Vermeidung einer Gesundheitsgefährdung auch zu Gunsten von Personen, die erst nach Genehmigung der Betriebsanlage Nachbarn geworden sind, vorzuschreiben sind. Zudem können Auflagen zur Hintanhaltung von Gesundheitsgefährdungen nie unverhältnismäßig sein.

Soweit die Bf die vorgenommenen Lärmmessungen in Zweifel zieht, ist auf das ergänzende lärmtechnische Gutachten vom 12. Dezember 2019, GZ: US-2019-474601/2-Sro/Ho, zu verweisen. Demnach stimmen die Messergebnisse hinsichtlich der Lärmimmissionen im Schlafzimmer der Nachbarn mit den Rechenergebnissen bei Annahme eines Gästeverhaltens der Kategorie 3 überein. Vorliegend ist hinsichtlich des Verhältnisses lärmtechnische Messungen und Berechnungen darauf zu verweisen, dass die vorgenommene Messung, welche Grundlage für das medizinische Gutachten und weiterfolgend für die Vorschreibung der angefochtenen Auflage war, zu einem Zeitpunkt vorgenommen wurde, wo im Gastgarten eine Hochzeitsgesellschaft anwesend war.
Aus rechtlicher Sicht ist darauf zu verweisen, dass hinsichtlich der Vorschreibung der Auflage nach § 79 GewO 1994 von einer für die Nachbarn ungünstigsten Situation auszugehen ist und dies bei Vollauslastung des Gastgartens - wie gegenständlich bei der Messung - gegeben ist. Allerdings ist zu bedenken, dass die Vollauslastung des Gastgartens mit einer Hochzeitsgesellschaft nicht den Normalbetrieb darstellt, sondern dem Normalbetrieb vielmehr ein Gästeverhalten der Kategorie 2, wie im lärmtechnischen Gutachten vom 12. Dezember 2019 beschrieben, zugrunde zu legen ist.
Davon ausgehend konnte von der Einschränkung der Betriebszeit auf 22.00 Uhr abgesehen und das Ende der Gastgartenbetriebszeit mit 23.00 Uhr festgelegt werden.
Einer gänzlichen Aufhebung der einschränkenden Betriebszeit, wie von der Bf gefordert, steht jedoch das Gutachten des Amtssachverständigen für Humanmedizin entgegen.

In der Beschwerde wird von der Bf vorgebracht, dass auf den vorliegenden Gastgarten die Bestimmungen des § 76a GewO 1994 anzuwenden seien, weswegen für diesen für die Zeit von 08.00 Uhr bis 23.00 Uhr keine Genehmigung erforderlich sei. Diesbezüglich wird auf die zutreffenden Ausführungen der

belangten Behörde verwiesen, wonach sich § 76a GewO 1994 auf Gastgärten bezieht, welche nicht Teil eines Betriebsanlagengenehmigungsverfahrens waren und demnach diese Bestimmungen gegenständlich nicht anzuwenden sind. Ebenso wird der Rechtsansicht der belangten Behörde gefolgt, wenn sie auf § 76a Abs. 8 GewO 1994 hinweist, welcher wiederum auf § 79 leg.cit. verweist. Zutreffend wird im angefochtenen Bescheid auch darauf verwiesen, dass ein freiwillig vom Betreiber eingehaltener höherer Schutzstandard die Behörde nicht von der Pflicht befreit, nachträgliche Auflagen bei Vorliegen der Voraussetzungen vorzuschreiben.

Aus den angeführten Sach- und Rechtsgründen war sohin spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II.:

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

COVID-19 Hinweis:

Es wird darauf hingewiesen, dass gemäß § 1 Abs. 1 iVm § 6 des Bundesgesetzes betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 im Verwaltungsverfahren, im Verfahren der Verwaltungsgerichte sowie im Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes und des Verfassungsgerichtshofes, BGBl. I Nr. 16/2020 (2. COVID-19-Gesetz), alle Fristen, deren fristauslösendes Ereignis in die Zeit nach Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes fällt, sowie Fristen, die bis zum Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes noch nicht abgelaufen sind, bis zum Ablauf des 30. April 2020 unterbrochen werden. Sie beginnen mit 1. Mai 2020 neu zu laufen. Dies gilt nicht für verfassungsgesetzlich festgelegte Höchstfristen und für Fristen nach dem Epidemiegesetz 1950 (EpidemieG).

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich