

Urteil Az. 6 S 947/12*

VGH Baden-Württemberg

11. September 2012

Leitsätze

Für den Erlass einer die allgemeine Sperrzeit des §9 GastVO (juris: GastV BW) unter Lärmschutzgesichtspunkten verlängernden Rechtsverordnung auf Grundlage des §11 GastVO (juris: GastV BW) müssen hinreichend belastbare Feststellungen dafür getroffen sein, dass die für ihren gesamten Geltungsbereich bestehende oder zu erwartende Gesamtlärmbelastung durch die von der Verordnung erfassten Gaststätten den nach der TA-Lärm zulässigen Rahmen überschreitet.

Tenor

- 1 Die Sperrzeitverordnung der Stadt Kehl zum Schutz der Wohnbevölkerung vor nächtlichen Ruhestörungen durch Gaststätten mit Spielgeräten vom 28.03.2012 ist unwirksam.
- 2 Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.
- 3 Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 4 Die Antragsteller wenden sich gegen die Sperrzeitverordnung der Antragsgegnerin zum Schutz der Wohnbevölkerung vor nächtlichen Ruhestörungen durch Gaststätten mit Spielgeräten vom 28.03.2012 (im Folgenden: Sperrzeitverordnung).
- 5 Am 28.03.2012 beschloss der Gemeinderat der Antragsgegnerin die Sperrzeitverordnung, sie wurde am 30.03.2012 bekanntgemacht und trat nach ihrem §3 am

*<http://openjur.de/u/602802.html> (= openJur 2013, 15248)

01.05.2012 in Kraft. §1 der Sperrzeitverordnung lautet:

6

Für Gaststätten, in denen Geldspielgeräte im Sinne von §1 der Spielverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Januar 2006 (BGBl. I S. 280) aufgestellt sind und die in Gebieten mit schutzbedürftiger Wohnnutzung gemäß §2 dieser Verordnung liegen, beginnt die Sperrzeit außer in den Fällen von §9 Abs. 2 der Gaststättenverordnung und vorbehaltlich besonderer Regelungen im Einzelfall nach §12 Gaststättenverordnung von Sonntag bis Donnerstag spätestens mit Ablauf der 24. Stunde (das ist 0 Uhr des folgenden Tages) und in den Nächten von Freitag auf Samstag sowie von Samstag auf Sonntag spätestens um 2.00 Uhr.“

7

In §2 der Sperrzeitverordnung werden die Gebiete mit schutzwürdiger Wohnnutzung im Sinne von §1 der Sperrzeitverordnung näher bestimmt.

8

In der Beschlussvorlage der Verwaltung zur Gemeinderatssitzung am 28.03.2012 wird unter anderem ausgeführt: Die Antragsgegnerin habe mit derzeit 34.970 Einwohnern eine überproportional hohe Anzahl von in Gaststätten und Spielhallen aufgestellten Geldspielgeräten. Es komme ein Geldspielgerät auf 55 Einwohner. Die Geldspielgeräte verteilen sich zum 31.12.2011 auf 27 Spielhallen und 98 Gaststätten; zum 31.12.2006 habe es nur 55 Gaststätten mit Spielgeräten gegeben. Die Zahl der Spielgeräte in Gaststätten sei von 92 im Jahr 2006 auf 276 im Jahr 2011 gewachsen. Die Massierung von Spielgeräten und von Gaststätten mit Spielgeräten erkläre sich aus der Grenzlage der Antragsgegnerin und der unmittelbaren Nachbarschaft des Ballungsraums Straßburg. In Frankreich sei die Aufstellung von Glücksspielgeräten in Gaststätten nicht erlaubt; Spielhallen wie in Deutschland gebe es nicht. Es seien nur wenige konzessionierte Casino-betriebe vorhanden. Seit im Jahr 2006 durch die Änderung der Spielverordnung die Höchstzahl der Geldspielgeräte in Gaststätten von zwei auf drei erhöht worden sei, sei eine Zunahme von Beschwerden über nächtliche Ruhestörungen in der Nachbarschaft innerstädtischer Gaststätten mit Geldspielgeräten zu verzeichnen. Derzeit gingen wöchentlich etwa zehn Beschwerden von Anwohnern bei der Polizei oder dem Produktbereich Öffentliche Ordnung ein. Herkömmliche Gaststätten, die ihren Umsatz im Wesentlichen durch die Verabreichung von Speisen und den Ausschank von Getränken erzielten, würden regelmäßig nicht in Erscheinung treten. Die Beschwerden über Ruhestörungen, die von Gaststätten ausgingen, seien bisher nur betriebs- und nicht typenbezogen erfasst worden, so dass derzeit noch die Grundlagen für eine statistisch abgesicherte Gesamtbetrachtung fehlten. Die Darstellung beruhe im Wesentlichen auf der Wahrnehmung auffälliger Häufungen durch den Produktbereich Öffentliche Ordnung und das Polizeirevier Kehl. Die Sperrzeitverlängerung solle auf alle Gebiete mit störungsempfindlicher Wohnnutzung erstreckt werden, auch wenn sich die Störungen bislang auf wenige eingegrenzte Bereiche konzentrierten. Angesichts der offensichtlich außerordentlich großen Gewinne sei zu erwarten, dass die Betreiber andernfalls sehr schnell in Gebiete ausweichen würden, die noch nicht

von der verlängerten Sperrzeit betroffen seien. Es sollten alle Gaststätten unabhängig von der Zahl der aufgestellten Spielgeräte in den Anwendungsbereich der Verordnung einbezogen werden, da schon jetzt eine Tendenz zu „Mikro-Bistros“ erkennbar sei und eine noch größere Zahl kleinerer Betriebe die Störungen durch Lokalwechsel zunehmen lasse. Dem Schutz der Nachbarschaft sei ein höherer Stellenwert einzuräumen als den Umsatzeinbußen der Automatenbetreiber und der Gastwirte.

- 9 Die Antragstellerin zu 1 betreibt im Geltungsbereich der Sperrzeitverordnung die Bistros ... und ..., für die sie jeweils die gaststättenrechtliche Erlaubnis besitzt. In beiden Bistros sind jeweils drei Geldspielgeräte aufgestellt. Von den Erträgen der aufgestellten Geldspielgeräte erhält sie nach Abzug der Vergnügungssteuer einen Anteil von 70 Prozent; dreißig Prozent erhält der Automatenaufsteller. Der Antragsteller zu 2 ist Automatenaufsteller und in dieser Eigenschaft nach eigenen Angaben fast ausschließlich in Kehl tätig. Er hat dort in ... Gaststätten insgesamt ... Geldspielgeräte aufgestellt. Der jeweilige Inhaber der Gaststätte, in der der Antragsteller zu 2 Spielgeräte aufstellt, und der Antragsteller zu 2 teilen sich die Einnahmen aus den Geldspielgeräten abzüglich der Vergnügungssteuer hälftig.
- 10 Am 02.05.2012 haben die Antragsteller Normenkontrollanträge gestellt, zu deren Begründung sie im Wesentlichen ausführen: Die Sperrzeitverordnung sei bereits formell fehlerhaft. Denn sie stelle sich ihrem Inhalt nach als Allgemeinverfügung dar. Sie richte sich nur an einen bestimmten, von vornherein begrenzten Adressatenkreis. Zum einen gelte sie nur für Gaststätten, in denen Geldspielgeräte gemäß §1 SpielV aufgestellt seien. Biergärten, Gartenwirtschaften, Diskotheken, Tanzcafés und Sportbars seien von ihrem Anwendungsbereich nicht erfasst, obwohl sie ihrer Art nach ebenfalls geeignet seien, die von der Antragsgegnerin in der Begründung zur Sperrzeitverordnung bemühten Lärmbelästigungen hervorzurufen. Zum anderen sei der Anwendungsbereich räumlich beschränkt. Die Sperrzeitverordnung sei auch materiell fehlerhaft. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des §11 GastVO seien nicht gegeben. Besondere örtliche Verhältnisse lägen im Hinblick auf die von den betroffenen Gaststätten hervorgerufenen Lärmimmissionen nicht vor. Es fehle bereits an belastbaren Feststellungen dazu, dass es in den von der Sperrzeitverordnung betroffenen Gebieten überhaupt zu Lärmgrenzwertüberschreitungen gekommen sei oder kommen werde. Entsprechende schalltechnische Begutachtungen oder Immissionsprognosen seien nicht erstellt worden. Die Sperrzeitverordnung sei lediglich auf Grundlage einer angeblich festgestellten Zunahme von Beschwerden über nächtliche Ruhestörungen erlassen worden. Zudem hätte die Antragsgegnerin nachweisen müssen, dass allein oder zumindest überwiegend von Gaststätten mit Geldspielgeräten Lärmgrenzwertüberschreitungen hervorgerufen würden und sich dies eklatant von dem Lärmgeschehen bei den sonstigen „herkömmlichen“ Gaststätten unterscheidet. Wenn eine Gemeinde nur für bestimmte Betriebe eine grundrechtsrelevante Beschränkung regele, müsse sie das Bedürfnis hierfür konkret nachweisen. Die Antragsgegnerin hätte zudem für jedes einzelne Teilgebiet, in dem die Sper-

rzeitverordnung gelte, differenziert darlegen müssen, dass im Hinblick auf die Lärmsituation besondere Verhältnisse vorherrschten. Die Sperrzeitverordnung schränke in nicht zulässiger Weise die Berufsfreiheit der Antragsteller ein. Mangels Nachweises, dass es bei der Wohnbevölkerung überhaupt zu unzumutbaren Lärmbeeinträchtigungen komme und diese den Gaststätten mit Geldspielgeräten zuzuordnen seien, stehe bereits die Erforderlichkeit der Regelungen der Sperrzeitverordnung in Frage. Sie sei auch deswegen nicht gegeben, weil die Antragsgegnerin angebliche nächtliche Ruhestörungen durchaus mit Einzelverfügungen ahnden bzw. verfolgen könne. Dies habe sie bislang offenbar noch nicht einmal versucht. Wenn man die Liste der von der Antragsgegnerin als auffällig bezeichneten Gaststätten betrachte, sei zu erkennen, dass von den derzeit bestehenden 100 Gaststätten mit Geldspielgeräten lediglich 19 auffällig seien. Dies zeige, dass für die Sperrzeitverordnung gar kein Bedürfnis bestehe. Mangels relevanter Entscheidungsgrundlagen, die bei der Beschlussfassung des Gemeinderates hätten vorliegen müssen, habe eine sachgerechte und den Interessen der Antragsteller gerecht werdende Abwägung der betroffenen Interessen gar nicht stattfinden können. Es werde auch unzulässig in das Recht der Antragsteller am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingegriffen. Da die Antragsgegnerin nicht nachgewiesen habe, dass die Gaststätten mit Geldspielgeräten allein für Lärmgrenzwertüberschreitungen verantwortlich seien und diese deshalb speziellen Regelungen zum Schutz der Wohnbevölkerung unterworfen werden müssten, verstoße die Sperrzeitverordnung auch gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die Antragsteller haben Berichte ihrer Steuerberatungsgesellschaft über die wirtschaftlichen Auswirkungen der Sperrzeitverordnung vorgelegt, wegen deren Inhalte auf Blatt 233 bis 265 und 269 bis 295 der Gerichtsakte verwiesen wird.

- 11 Die Antragsteller beantragen,
- 12 die Sperrzeitverordnung der Antragsgegnerin zum Schutz der Wohnbevölkerung vor nächtlichen Ruhestörungen durch Gaststätten mit Spielgeräten vom 28.03.2012 für unwirksam zu erklären.
- 13 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 14 die Normenkontrollanträge abzuweisen.
- 15 Sie führt im Wesentlichen aus: Die Auffassung der Antragsteller, es handele sich in Wirklichkeit um eine Allgemeinverfügung, sei fernliegend. Die Sperrzeitverordnung erfasse alle Gaststättenbetriebe mit Geldspielgeräten in ihrem räumlichen Geltungsbereich, gleich ob sie heute bereits bestünden oder erst zukünftig eingerichtet würden. Das Verhältnis von Geldspielgeräten zu den Einwohnern der Stadt Kehl habe zum Zeitpunkt der Verwaltungsvorlage für den Gemeinderat 1:62 betragen, nunmehr betrage es 1:57. Die Anzahl der Geldspielgeräte habe sich in Kehl in 6 Jahren sowohl bei den Spielhallen wie auch in den Gaststätten mehr als verdreifacht. Die Zahl der Gaststätten, für die

Geeignetheitsbestätigungen erteilt worden seien, habe sich fast verdoppelt. Die extrem hohe Spielautomatendichte in Kehl finde in keiner anderen Gemeinde Baden-Württembergs auch nur eine annähernde Entsprechung und sei wohl auch deutschlandweit einmalig. Die angefochtene Sperrzeitverordnung werde nur mit bereits heute festgestellten und für die Zukunft erwarteten Belästigungen und Störungen der Nachtruhe im Stadtgebiet begründet, nicht aber zum Beispiel damit, dass durch den Nachtbetrieb einer übergroßen Zahl von „Automatenbistros“ der Kriminalität oder der Spielsucht Vorschub geleistet werde. Dazu seien aber keine Lärmmessungen, die Aufschluss über die gegenwärtige Situation bieten könnten, vorgenommen worden. Die Verordnung sei auch nicht damit begründet worden, dass in bestimmten Teilen des Stadtgebietes oder im Umfeld bestimmter Betriebe Störungen besonders häufig oder besonders intensiv seien. Die allgemeine Verlängerung der Sperrzeit werde vielmehr mit der festgestellten dramatischen Zunahme von Automatenbistros im Stadtgebiet und der aus der Analyse der Rahmenbedingungen begründeten Prognose begründet, dass diese Entwicklung voranschreiten und zu weiteren erheblichen Störungen und Belästigungen führen werde. Vor diesem Hintergrund seien Einzelmaßnahmen von vornherein ungeeignet und führe jegliche Einschränkung des Geltungsbereichs der Sperrzeitverordnung zu Ausweichbewegungen. Lärmmessungen seien in der Situation, wie sie auf ihrem Gemeindegebiet anzutreffen sei, weder erforderlich noch überhaupt sinnvoll möglich. Die Ausbreitung der Automatenbistros führe zu einem Ansteigen des Lärmpegels insgesamt und nicht nur an einzelnen Punkten. Soweit sich die Sperrzeitverordnung auf eingemeindete Dörfer beziehe, aus denen bislang keine Beschwerden laut geworden seien, habe sie, die Antragsgegnerin, eine Prognose vorzunehmen, wie sich die Entwicklung künftig fortsetze, und dabei zu berücksichtigen, dass eine Sperrzeitverlängerung nur in einzelnen Bereichen des Stadtgebietes angesichts der bestehenden Verkehrsanbindungen wahrscheinlich zu Ausweichbewegungen führe. Die Sperrzeitverordnung sei damit erforderlich und geeignet, um die Bevölkerung der Stadt Kehl vor Ruhestörungen und sonstigen Belästigungen, die ihre Ursache im nächtlichen Betrieb einer übermäßig hohen Anzahl von Automatenbistros habe, zu schützen. Sie sei auch verhältnismäßig. Anders als die Betreiber von Spielhallen lebten die Inhaber von Gastwirtschaften nicht ausschließlich oder überwiegend vom Betrieb von Spielautomaten. Ansonsten müssten Gaststättenerlaubnisse und Geeignetheitsbestätigungen entzogen werden. Ein Betrieb, der auf das Erbringen typischer Gaststättenleistungen, nämlich den Ausschank von Getränken und der Verabreichung von Speisen, ausgelegt sei, könne entweder ohne den Betrieb von Spielautomaten wirtschaften oder werde von einer Schließung um Mitternacht nicht allzu sehr betroffen.

- 16 Dem Senat liegen die Akten der Antragsgegnerin vor, ebenso eine Aufstellung des Arbeitskreises gegen Spielsucht e.V. über die Zahl der in baden-württembergischen Kommunen über 10.000 Einwohnern in Spielhallen und Gaststätten aufgestellten Geldspielgeräte und deren Verhältnis zur Einwohnerzahl, wegen deren Inhalts auf Blatt 143 - 165 der Gerichtsakte verwiesen wird. Hierauf sowie auf die gewechselten Schriftsätze wird wegen weiterer Einzelheiten Bezug genommen.

Gründe

- 17 Die Normenkontrollanträge sind zulässig und begründet.
- 18 Die Normenkontrollanträge sind gemäß §47 Abs. 1 Abs. 1 VwGO statthaft. Die Rechtsverordnung der Antragsgegnerin zum Schutz der Wohnbevölkerung vor nächtlichen Ruhestörungen durch Gaststätten mit Spielgeräten unterliegt als eine im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit der Normenkontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof (§47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO in Verbindung mit §4 AGVwGO).
- 19 Die Normenkontrollanträge sind auch im Übrigen zulässig, insbesondere sind die Antragsteller nach §47 Abs. 2 Satz 1 VwGO antragsbefugt. Nach dieser Norm wird die Antragsbefugnis jeder natürlichen oder juristischen Person eingeräumt, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. An die Geltendmachung einer Rechtsverletzung nach §47 Abs. 2 Satz 1 VwGO sind dabei keine höheren Anforderungen zu stellen als bei der Regelung der Klagebefugnis in §42 Abs. 2 VwGO, an der sich der Gesetzgeber bei der Neufassung des §47 Abs. 2 durch Gesetz vom 01.11.1996 (BGBl. I S. 1626) orientiert hat. Die Antragsbefugnis fehlt deshalb nur dann, wenn unter Zugrundelegung des Antragsvorbringens Rechte des Antragstellers offenkundig und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise verletzt werden (BVerwG, Beschluss vom 08.06.2011 - 4 BN 42.10 -, BauR 2011, 1641; Urteil vom 24.09.1998 - 4 CN 2.98 -, BVerwGE 107, 215; VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 17.07.2012 - 10 S 406/10 -, juris). Die Antragstellerin zu 1 ist demgemäß als Betreiberin einer Gaststätte mit Spielgeräten antragsbefugt. Denn bei der Verlängerung der Sperrzeiten durch die hier angegriffene Rechtsverordnung handelt es sich um eine Regelung der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit der Gaststättenbetreiberin, die die Ausübung ihres Gewerbes in ihrem zeitlichen Umfang betrifft (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 10.03.1995 - 14 S 779/94 -, VB1BW 1995, 474). Auch dem Antragsteller zu 2, der lediglich Automatenaufsteller ist und Geldspielgeräte nach eigenem Vorbringen fast ausschließlich im Stadtgebiet der Antragstellerin (... Geldspielautomaten in ... Gaststätten) anbringt, kann die Antragsbefugnis auf Grund der besonderen Umstände des Falls nicht abgesprochen werden. Zwar hat die angegriffene Sperrzeitverlängerung für Automatenaufsteller regelmäßig lediglich Folgewirkungen auf den zu erwartenden Gewinn durch den Betrieb der Spielgeräte, lässt ihre Berufsausübungsfreiheit aber unberührt. Das Grundrecht der Berufsfreiheit bietet keinen Anspruch auf die Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten. Wettbewerbspositionen und damit auch der Umsatz und die Erträge unterliegen dem Risiko laufender Veränderungen je nach den Marktverhältnissen (BVerfG, Urteil vom 17.12.2002 - 1 BvL 28, 29, 30/95 -, BVerfGE 106, 275, 299; BVerwG, Urteil vom 23.10.2008 - 7 C 48.07 -, BVerwGE 132, 244;

Urteil des Senats vom 27.09.2011 - 6 S 707/10 -, juris; Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl., Art. 12 RdNr. 17). Allerdings hat der Antragsteller zu 2 einen Bericht der Steuerberatungsgesellschaft ... über die wirtschaftlichen Auswirkungen der geplanten Sperrzeitverordnung auf seinen Betrieb vorgelegt, der auf Grund der von dem Antragsteller zu 2 bezifferten, von der Steuerberatungsgesellschaft als realistische Ausgangsgröße angesehenen Umsatzausfälle wegen der angegriffenen Sperrzeitverordnung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Durchsetzung der Sperrzeitverordnung die Existenz des Antragstellers bedrohe. Vor diesem Hintergrund kann nicht von vornherein offenkundig davon ausgegangen werden, dass die Sperrzeitverordnung nicht in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Antragstellers zu 2 eingreift.

- 20 Die einjährige Antragsfrist des §47 Abs. 2 Satz 1 VwGO ist eingehalten. Die angegriffene Sperrzeitverordnung wurde am 30.03.2012 bekanntgemacht; die Normenkontrollanträge wurden am 02.05.2012 gestellt.
- 21 Die Normenkontrollanträge sind auch begründet. Die formell nicht zu beanstandende Sperrzeitverordnung ist nicht von der Ermächtigungsgrundlage des §11 der Verordnung der Landesregierung zur Ausführung des Gaststättengesetzes (GastVO) in Verbindung mit §1 des Gaststättengesetzes für Baden-Württemberg (LGastG) und §18 des Gaststättengesetzes (GastG) gedeckt.
- 22 Allerdings war der Gemeinderat der Antragsgegnerin für den Erlass der Sperrzeitverordnung zuständig. §1 Abs. 5 GastVO überträgt - neben anderen - den Gemeinden die Kompetenz für den Erlass von Rechtsverordnungen gemäß §11 GastVO. Nach §44 Abs. 3 GemO ist innerhalb der Gemeinde der Gemeinderat zuständig, weil es sich beim Erlass einer Sperrzeitverordnung gemäß §1 Abs. 7 GastVO um eine Pflichtaufgabe nach Weisung handelt (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 20.07.2000 - 14 S 237/99 -, VBIBW 2001, 65).
- 23 Anders als die Antragsteller unter Bezugnahme auf den Beschluss des Senats vom 12.08.2004 (6 S 1126/04, NVwZ-RR 2005, 243) meinen, ist die angegriffene Sperrzeitverordnung nicht deswegen formell rechtswidrig, weil sie sich ihrem Inhalt nach als eine Allgemeinverfügung gemäß §35 Satz 2 1. Alt. LVwVfG darstellt. Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass die Grenzziehung zwischen Allgemeinverfügung und Rechtsverordnung als schwierig und durchaus „fließend“ (vgl. Jarass, NVwZ 1987, 97 f.; Maurer, VBIBW 1987, 363) anzusehen ist. Deswegen ist insoweit vornehmlich darauf abzustellen, dass §18 Abs. 1 Satz 2 1. Alt. GastG und entsprechend §11 GastVO ausdrücklich eine allgemeine Regelung verlangen, wobei sich der Begriff „allgemein“ auf den Adressatenkreis der Regelung bezieht, wie sich aus der Fassung der 2. Alternative des §18 Abs. 1 Satz 2 GastG „für einzelne Betriebe“ ergibt. Der Adressatenkreis einer Rechtsverordnung nach §11 GastVO muss also offen sein und die Regelungen der Rechtsverordnung müssen einen generellen Charakter haben, wobei - da der Begriff „allgemein“ nicht „einheitlich“ bedeutet - Differenzierungen aus sachlichen Gesichtspunkten zulässig sind und es daher nicht erforderlich

ist, eine einheitliche Sperrzeit für alle Gaststättenbetriebe festzusetzen (vgl. Michel/Kienzle/Pauly, Das Gaststättengesetz, 14. Aufl., §18 RdNr. 11). Allerdings darf die Sperrzeitverordnung den von ihr erfassten Adressatenkreis nicht von vornherein als beschränkt und feststehend bestimmen (vgl. auch Beschluss des Senats vom 16.01.2012 - 6 S 2888/11 -). Dies ist hier - im Gegensatz zu dem dem Beschluss des Senats vom 12.08.2004, a.a.O., zu Grunde liegenden Sachverhalt, bei dem der Anwendungsbereich der Sperrzeitverordnung auf Betriebe beschränkt war, bei denen der Beginn der Sperrzeit in der gaststättenrechtlichen Erlaubnis auf 22.00 Uhr festgesetzt war, und die Sperrzeitverordnung der Sache nach gaststättenrechtliche Einzelverfügungen ersetzen sollte - der Fall. Die von der Regelung der Sperrzeitverordnung erfassten Betriebe sind hier nur dadurch näher bezeichnet, dass es sich um Gaststätten handelt, in denen Geldspielgeräte im Sinne des §1 der Spielverordnung vom 27.01.2006 aufgestellt sind und die in Gebieten mit schutzbedürftiger Wohnbevölkerung liegen. Sie erfasst bei ihrem Erlass bereits vorhandene Gaststätten mit Spielgeräten wie auch neu hinzukommende und erweist sich, auch wenn die Zahl der betroffenen Gaststätten nicht unbegrenzt ist, als „offen“ und - wie es §11 GastVO fordert - als „allgemein“.

- 24 Die angegriffene Sperrzeitverordnung ist aber deswegen unwirksam, weil sie sich nicht im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage des §11 GastVO in Verbindung mit §1 LGastG, §18 GastG hält. Nach §11 GastVO kann bei Vorliegen eines öffentlichen Bedürfnisses oder besonderer örtlicher Verhältnisse die Sperrzeit durch Rechtsverordnung allgemein verlängert, verkürzt oder aufgehoben werden. Weder das Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Bedürfnisses noch das der besonderen örtlichen Verhältnisse sind hier erfüllt.
- 25 Diese beiden Tatbestandsmerkmale lassen sich nicht klar voneinander abgrenzen (VGH Bad.-Württ., Urteil vom 20.07.2000, a.a.O.; Hess. VGH, Beschluss vom 12.03.2012 - 8 B 2473/11.N -, ZfWG 2012, 200; Spieß, Sächs.VBl. 1999, 73). Das Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Bedürfnisses soll in der Regel einschlägig sein, wenn der öffentliche Bedarf an Diensten der Gaststätten im Vordergrund der Überlegung steht. Die besonderen örtlichen Verhältnisse sollen vorrangig dann zu prüfen sein, wenn nicht die Frage des besonderen Bedarfs streitig ist, dafür aber die Frage einer besonderen Störempfindlichkeit bzw. -unempfindlichkeit der Umgebung. Die besonderen örtlichen Verhältnisse sind gegeben, wenn sich die Verhältnisse im örtlichen Bereich so von den Verhältnissen anderer örtlicher Bereiche unterscheiden, dass deswegen eine Abweichung von der allgemeinen Sperrzeit gerechtfertigt erscheint. Beiden Tatbestandsmerkmalen gemeinsam ist, dass das Gemeinwohl jeweils einer Sperrzeitverlängerung bzw. -verkürzung nicht entgegenstehen darf. Steht - wie hier - die Verlängerung der Sperrzeit in Rede, ist zudem zu beachten, dass nach dem Regelungsgefüge der in erster Linie an die Landesregierungen gerichteten Verordnungsermächtigung in §18 GastG und der auf Fälle eines besonderen öffentlichen Bedürfnisses oder besonderer örtlicher Verhältnisse begrenzten Subdelegation dieser Ermächtigung ein vom allgemeinen Gefahrenpotenzial abweichendes erhöhtes lokales

Gefahrenpotenzial erforderlich ist. Denn die allgemeine Sperrzeitregelung in §11 GastVO trägt durchschnittlichen Gefahrenpotenzialen Rechnung. Soll das Grundrecht der betroffenen Gewerbetreibenden aus Art. 12 Abs. 1 GG durch ordnungsbehördliche Ausnahmeregelungen stärker beschränkt werden, bedarf dies einer Rechtfertigung im Sinne eines erhöhten Gefahrenpotenzials im Zuständigkeitsbereich der handelnden Ordnungsbehörde (vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 12.03.2012, a. a. O.).

- 26 Nach den Ausführungen der Antragsgegnerin in ihrer Antragsrwidernng vom 18.07.2012 (Seite 8, letzter Absatz) wird die Sperrzeitverlängerung - wie sich bereits aus ihrer Bezeichnung als Verordnung „zum Schutz der Wohnbevölkerung vor nächtlichen Ruhestörungen durch Gaststätten mit Spielgeräten“ und ihres auf Gebiete mit schutzbedürftiger Wohnnutzung eingeschränkten räumlichen Geltungsbereiches ergibt - ausdrücklich „nur“ mit den vorhandenen und zukünftig drohenden Belästigungen und Ruhestörungen, nicht aber damit begründet, dass durch den Nachtbetrieb „einer übergroßen Zahl von Automatenbistros“ der Kriminalität oder der Spielsucht Vorschub geleistet wird. Es gebe keine Hinweise darauf, dass die Bevölkerung der Antragsgegnerin stärker von Spielsucht betroffen sei als die Bevölkerung anderer Orte. Ein Zusammenhang zwischen der „Nachtöffnung der Automatenbistros“ und der in Kehl „erschreckend hohen“ Kriminalitätsbelastung habe nicht schlüssig begründet werden können.
- 27 Von dem Betrieb von Gaststätten ausgehende Lärmimmissionen können ein Abweichen von der allgemein festgesetzten Sperrzeit sowohl im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal des „öffentlichen Bedürfnisses“ wie auch im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „der besonderen örtlichen Verhältnisse“ rechtfertigen. Gründe für ein öffentliches Bedürfnis hinsichtlich der Verlängerung der Sperrzeit liegen vor, wenn die Ausnutzung der allgemeinen Sperrzeit nicht im Einklang mit der Rechtsordnung oder anderen von der Verwaltung zu wahren den öffentlichen Belangen steht und insoweit dem Gemeinwohl zuwiderläuft (vgl. BVerwG, Urteil vom 07.05.1996 - 1 C 10.95 -, GewArch 1996, 426; VGH Bad.-Württ., Urteile vom 27.06.2002 - 14 S 2736/01 -, GewArch 2003, 204 und vom 12.08.2008 - 6 S 1613/07 -; Saarl. OVG, Urteil vom 29.08.2006 - 1 R 21/06 -, NVwZ-RR 2007, 598). Insbesondere dürfen von den Gaststätten innerhalb der allgemeinen Sperrzeit keine schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne der §§3, 22 BImSchG ausgehen. Denn die Nachtruhe von Personen, die in der Nachbarschaft von Gaststätten wohnen, gehört zu den Interessen, deren Wahrung der Rechtsbegriff des öffentlichen Bedürfnisses dient (vgl. BVerwG, Urteil vom 07.05.1996, a. a. O.). Nichts anderes gilt hinsichtlich der zweiten Tatbestandsvariante der §§18 GastG, 11 GastVO in Gestalt des Vorliegens besonderer örtlicher Verhältnisse, die - insbesondere zum Schutz der betroffenen Anwohner - eine Vorverlegung des Beginns der Sperrzeit ermöglicht (VGH Bad.-Württ., Urteil vom 12.08.2008, a. a. O.).
- 28 Schädliche Umwelteinwirkungen (vgl. auch §§4 Abs. 1 Nr. 3, 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG) sind nach §3 Abs. 1 BImSchG Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder

Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen. Die Erheblichkeit von Immissionen muss nach dem Maßstab der Zumutbarkeit bestimmt werden. Sie ist anzunehmen, wenn die Einwirkungen der Umgebung mit Rücksicht auf deren durch die Gebietsart und konkreten tatsächlichen Verhältnisse bestimmten Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit nicht mehr zugemutet werden können (vgl. BVerwG, Urteil vom 07.07.1978 - IV C 79.76 -, BVerwGE 56, 110; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 12.08.2008, a.a.O.), wobei es hinsichtlich des zumutbaren Maßes auf das Empfinden eines verständigen Durchschnittsmenschen, nicht auf die individuelle Einstellung eines besonders empfindlichen Dritten ankommt (BVerwG, Urteil vom 07.05.1996 - 1 C 10.95 -, BVerwGE 101, 157). Daneben sind bei der Frage der Zumutbarkeit der Lärmeinwirkung auch wertende Gesichtspunkte, wie die Herkömmlichkeit, die soziale Adäquanz und die allgemeine Akzeptanz, als Kriterien heranzuziehen (BVerwG, Urteil vom 30.04.1992 - 7 C 25.91 -, BVerwGE 90, 163; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 27.06.2002, a.a.O.). Zu den zu berücksichtigenden Lärmeinwirkungen zählen nicht nur die Geräusche durch den eigentlichen Gaststättenbetrieb, also der Lärm aus der Gaststätte, sondern auch sonstiger, der Gaststätte zurechenbarer Lärm, etwa der Lärm, der durch die Gäste auf dem Weg von und zu der Gaststätte hervorgerufen wird, sofern er einen erkennbaren Bezug zu dem Betrieb hat (BVerwG, Urteil vom 07.05.1996, a.a.O.; Beschluss des Senats vom 06.06.2011 - 6 S 2666/10 -). Das Ausmaß der durch den Betrieb von Gaststätten bedingten Lärmeinwirkungen beurteilt sich anhand der Regelungen der gemäß §48 BImSchG erlassenen TA-Lärm (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 27.06.2002, a.a.O.; Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, TA-Lärm Nr. 1 RdNr. 16).

- 29 Wenn eine Sperrzeitverlängerung abstrakt und generell für einen bestimmten räumlichen Geltungsbereich vorgenommen wird, müssen die genannten tatbestandlichen Voraussetzungen für den gesamten räumlichen Geltungsbereich vorliegen (Beschluss des Senats vom 06.06.2011, a.a.O.; BayVGH, Urteile vom 17.06.2008 - 22 N 06.3069, 22 N 07.974 -, BayVBl 2009, 695 und vom 10.08.2011 - 22 N 10.1867, 22 N 10.1985 -, BayVBl. 2012, 433 sowie Beschluss vom 25.01.2010 - 22 NE 09.2019 -, juris). Hierzu hat der Ordnungsgeber vor dem Hintergrund, dass die Sperrzeitverlängerung in die Berufsausübungsfreiheit der Gaststättenbetreiber eingreift und dieser Eingriff am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen ist, belastbare Feststellungen zu treffen und eine spezielle Würdigung der Gesamtlärsituation zur Nachtzeit in dem von der Sperrzeitverordnung erfassten Bereich vorzunehmen. Einer solchen Würdigung werden in der Regel Lärmmessungen oder Immissionsprognosen zu Grunde liegen, aus denen sich ergibt, ob der von den durch die Sperrzeitverordnung erfassten Gaststätten hervorgerufene Lärm den einschlägigen Immissionsrichtwert der TA-Lärm an den Wohngebäuden im Geltungsbereich der Verordnung überschreitet. Die subjektive Beurteilung der Lärmereignisse und die Erwartung möglichst hoher Lärmvorsorge durch die Anwohner können solche nachvollziehbaren Feststellungen nicht ersetzen (vgl. zum Ganzen: Beschluss des Senats vom 06.06.2011, a.a.O.; BayVGH, Urteile vom 17.06.2008 und vom 10.08.2011 sowie Beschluss

vom 25.01.2010, jew. a.a.O.), allerdings kann in bestimmten Konstellationen auch die Beurteilung von nächtlichem Lärm als schädliche Umwelteinwirkung auf die Nachbarschaft an Hand von hinreichend ausgewerteten behördlichen und polizeilichen Feststellungen das Ergebnis einer nicht zu beanstandenden behördlichen oder gerichtlichen Beweiswürdigung sein (vgl. BayVGH, Beschluss vom 24.05.2012 - 22 ZB 12.46 -, juris). Ebenso wie für die nach §12 GastVO im Einzelfall durch Verwaltungsakt gegenüber dem Betreiber einer Gaststätte ausgesprochene Sperrzeitverlängerung erforderlich ist, dass die von seinem Betrieb ausgehenden Lärmimmissionen den einschlägigen Grenzwert der TA-Lärm überschreiten (vgl. Urteil des Senats vom 12.08.2008, a.a.O.), müssen für den Erlass einer die Sperrzeit unter Lärmschutzgesichtspunkten verlängernden Rechtsverordnung auf Grundlage des §11 GastVO hinreichende Feststellungen dafür getroffen worden sein, dass die für ihren gesamten Geltungsbereich bestehende oder zu erwartende Gesamtlärmbelastung den nach der TA-Lärm zulässigen Rahmen überschreitet. Für den Erlass einer Rechtsverordnung ist - in Abgrenzung zum Vorgehen durch Einzelfallregelungen nach §12 GastVO - allerdings die Feststellung ausreichend, dass auf Grund der örtlichen Verhältnisse eine über den zulässigen Richtwerten der TA-Lärm liegende Gesamtlärmbelastung der Nachbarschaft auf Grund des Gaststättenlärms gegeben oder zu erwarten ist, auch wenn die Immissionen nicht mit der erforderlichen Sicherheit einzelnen Gaststätten zugeordnet werden können, wie dies etwa für Straßenzüge mit einer Vielzahl von Gaststätten der Fall sein kann (vgl. dazu: BayVGH, Urteile vom 25.01.2010 - 22 N 09.1193 -, GewArch 2010, 118 und vom 10.10.2011 - 22 N 11.1075 -, juris).

- 30 An solchen hinreichend belastbaren Feststellungen der Antragsgegnerin fehlt es hier. Aus der maßgeblichen Sitzungsvorlage der Verwaltung für die Gemeinderatssitzung am 28.03.2012 ergibt sich, dass die Antragsgegnerin sowohl das Vorliegen besonderer örtlicher Verhältnisse wie auch das öffentliche Bedürfnis für die Sperrzeitverlängerung im Hinblick auf nächtliche Belästigungen der Nachbarschaft durch „Automatengaststätten“ angenommen hat. Diese Belästigungen seien handgreiflich und den Betrieben als typische Auswirkungen zuzuordnen. Die Ruhestörungen seien ohne weiteres geeignet, das Wohlbefinden und unter Umständen die Gesundheit der betroffenen Anwohner zu beeinträchtigen. Es leuchte ein, dass durch die fortgesetzten Ruhestörungen der Wert der beeinträchtigten Wohngrundstücke sinke. In der Grenzstadt Kehl gebe es wegen restriktiver glücksspielrechtlicher Regelungen in Frankreich signifikant mehr Automaten und „Automatengaststätten“ als in anderen Gemeinden. Es treffe ein Geldspielgerät auf 55 Einwohner (wobei später das Verhältnis auf 1:57 im Juli 2012 korrigiert wurde). Zum 21.02.2012 habe die Zahl der Gaststätten mit Spielgeräten bei 100 und die Zahl der Spielgeräte in Gaststätten bei 276 gelegen.
- 31 Indes hat die Antragsgegnerin keine belastbaren Feststellungen zur konkreten Gesamtlärmsituation zur Nachtzeit im räumlichen Geltungsbereich der Verordnung getroffen. Dies ergibt sich schon aus der Verwaltungsvorlage zur Gemeinderatssitzung am 28.03.2012, in der ausgeführt ist, dass Beschwerden über Ruh-

störungen, die von Gaststätten ausgehen, bisher nur betriebs- und nicht typenbezogen erfasst worden seien und derzeit noch die Grundlagen für eine statistisch abgesicherte Gesamtbetrachtung fehlten. Lärmmessungen oder Lärmprognosen sind, wie die Antragsgegnerin ausdrücklich in ihrem Schriftsatz vom 18.07.2012 einräumt, nicht erfolgt. Die Vertreter der Antragsgegnerin sprachen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat insoweit nur von einer „diffusen Störsituation“. Die Antragsgegnerin stützt sich in tatsächlicher Hinsicht lediglich auf die „Wahrnehmung auffälliger Häufungen“ von Beschwerden über Ruhestörungen durch die Sachbearbeiter des Produktbereichs Öffentliche Ordnung und durch die Beamten des Kehler Polizeireviere und auf eine Auswertung der Akten auffälliger Betriebe. Diesbezüglich war der Verwaltungsvorlage als Anlage 3 eine Liste von 19 Gaststätten beigefügt, in welchen gehäuft Beschwerden wegen Ruhestörungen aufgetreten sind, wobei diese Liste ausweislich der Antragsgegnerin vom 18.07.2012 allerdings nicht dem Gemeinderat bei der Beschlussfassung vorlag, sondern lediglich dem Verwaltungsausschuss in einer nichtöffentlichen Vorlage. Die in der Liste genannten Beschwerden sind weder im Verwaltungsverfahren noch im Normenkontrollverfahren näher dokumentiert oder aufbereitet worden. Sie umfassen lediglich 19 Gaststätten mit drei (so bei 17 Gaststätten) oder zwei Geldspielgeräten (so bei 2 Gaststätten), während im Gemeindegebiet insgesamt 100 Gaststätten mit Geldspielgeräten vorhanden sind. Auf ein solches Tatsachenmaterial, das nur ein Fünftel der von der Sperrzeitverordnung betroffenen Gaststätten mit Geldspielgeräten erfasst, können hinreichende tatsächliche Feststellungen hinsichtlich der Gesamtlärmbelastigung der Nachbarschaft durch die von der Sperrzeitverordnung betroffenen Gaststätten mit Geldspielgeräten nicht gestützt werden. Dies betrifft nicht nur die Vorgehensweise, allein auf gehäufte Anwohnerbeschwerden und nicht auf hinreichend belastbare, nämlich in der Regel durch einzuholende sachverständige Lärmgutachten oder -prognosen belegte objektive Feststellungen zur Gesamtlärmsituation zurückzugreifen, sondern auch die Bestimmung des sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs der Sperrzeitverordnung. Von der hier streitgegenständlichen Sperrzeitverordnung sind nämlich alle Gaststätten umfasst, in denen Geldspielgeräte im Sinne von §1 der Spielverordnung aufgestellt sind. Mithin fallen in ihren Geltungsbereich auch solche Gaststätten mit etwa nur einem oder zwei Geldspielgeräten, die von der Antragsgegnerin nicht als „Automatenbistros“, sondern als „herkömmliche Gaststätten“, die ihren Umsatz im Wesentlichen durch die Verabreichung von Speisen und den Ausschank von Getränken bestreiten, bezeichnet werden. Für diese Gaststätten hat die Antragsgegnerin ebenso wenig wie für die zahlenmäßig überwiegenden „Automatenbistros“, bei deren Betrieb es bislang nicht oder nicht gehäuft zu Anwohnerbeschwerden gekommen ist und die deswegen nicht in der Anlage 3 zur Verwaltungsvorlage aufgeführt sind, nicht einmal ansatzweise näher ermittelt, ob von ihnen auch ein erhöhtes Gefährdungspotenzial auf Grund von Lärmimmissionen ausgeht. Hinsichtlich des räumlichen Geltungsbereichs der Sperrzeitverordnung werden gleichfalls - bloß auf Grund eines von der Antragsgegnerin vermuteten, aber nicht belegten Verlagerungseffektes - Gebiete einbezogen, für die unzumutbare Lärmimmissionen derzeit weder nachgewiesen sind noch überhaupt in Frage stehen. Vielmehr hat die Antrags-

gegnerin insoweit nicht auf eine konkret zu erwartende Lärmsituation abgestellt, sondern lediglich darauf, wo in ihrem Gemeindegebiet schutzbedürftige Wohnbevölkerung vorhanden ist.

- 32 Anders als die Antragsgegnerin unter Bezugnahme auf die Urteile des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 10.10.2011 und vom 25.01.2010 (jew. a.a.O.) meint, kann die Sperrzeitverordnung hier auch nicht allein darauf gestützt werden, dass sich besondere örtliche Verhältnisse unter dem Aspekt der Bekämpfung schädlicher Lärmeinwirkungen daraus ergeben, dass in einem Gebiet eine zahlenmäßig beträchtliche Wohnbevölkerung auf eine große Anzahl von Gaststätten mit Nachtbetrieb trifft und damit eine konfliktträchtige Gemengelage entsteht, die als solche untypisch ist und eine Besonderheit darstellt. Denn zum einen kann jedenfalls nicht für den gesamten Geltungsbereich der streitgegenständlichen Sperrzeitverordnung von einer solchen ungewöhnlichen Dichte von Gaststätten mit Spielgeräten gesprochen werden. Die Antragsgegnerin hat den Geltungsbereich der Sperrzeitverordnung insoweit nicht auf die Gebiete (vgl. insofern die Verwaltungsvorlage zur Gemeinderatssitzung vom 28.03.2012, in der davon gesprochen wird, dass sich die Störungen bislang auf wenige eingegrenzte Bereiche konzentrieren) begrenzt, in denen es zu vermehrten Störungen auf Grund zu hoher Lärmimmissionen gekommen sein soll, sondern den Geltungsbereich unabhängig von der konkreten Lärmsituation auf alle Gebiete mit störungsempfindlicher Wohnnutzung erstreckt. Zum anderen wurden in den von der Antragsgegnerin herangezogenen Urteilen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs das Vorliegen besonderer örtlicher Verhältnisse im Hinblick auf Lärmschutzaspekte in tatsächlicher Hinsicht nicht bloß auf Anliegerbeschwerden gestützt, sondern durch belastbare Feststellungen auf Grund von dem Verordnungsgeber vorgelegter schalltechnischer Gutachten bzw. Untersuchungen belegt. Diese sachverständigen Stellungnahmen zeigen zudem, dass - entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin - verlässliche Feststellungen zur Ermittlung der Gesamtlärmsituation messtechnisch oder lärmprognostisch möglich sind.
- 33 Vor diesem Hintergrund bleibt es der Antragsgegnerin zur Erreichung des durchaus verständlichen Ziels, die Wohnbevölkerung vor unzumutbaren Lärmbelästigungen zu schützen, unbenommen, bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen und gegebenenfalls nach weiterer Sachaufklärung und Einholung von schalltechnischen Gutachten oder Prognosen sowie einer hinreichenden Dokumentation und Auswertung einzelner Vorfälle im Weg der Einzelfallanordnung nach §12 GastVO bzw. §5 Abs. 1 Nr. 3 GastG, §1 LGastG gegen einzelne Gaststätten mit Geldspielgeräten vorzugehen oder nach entsprechend belastbarer Ermittlung des Lärmpotenzials in bestimmten Gemeindegebieten für einen begrenzten Bereich eine allgemein geltende Rechtsverordnung zu erlassen, mit der die Sperrzeit für solche Betriebe verlängert wird, die für eine unzumutbare Gesamtlärmbelastung der Anwohnerschaft verantwortlich sind. Die von der Antragsgegnerin zu Grunde gelegten tatsächlichen Feststellungen und die von ihr ins Feld geführte „diffuse Störsituation“ reichen auch vor dem Hintergrund, dass die Sperrzeitverlängerung als Eingriff in die Berufsfreiheit der Gaststätten-

betreiber am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG und im Hinblick auf andere nicht erfasste Gaststätten (ohne Geldspielgeräte) am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen ist, keinesfalls aus, um die Sperrzeitverordnung, zudem mit ihrem weiten räumlichen Geltungsbereich und ihrer nicht weiter differenzierenden Erfassung sämtlicher Gaststätten mit Geldspielgeräten im Sinne des §1 SpielV, zu rechtfertigen.

- 34 Die Kostenentscheidung folgt aus §154 Abs. 1 VwGO. Die Revision ist nicht zuzulassen, da einer der in §132 Abs. 2 VwGO genannten Gründe nicht vorliegt.
- 35 Beschluss vom 11. September 2012
- 36 Der Streitwert für das Normenkontrollverfahren wird gemäß §63 Abs. 2 Satz 1, 52 Abs. 1 GKG in Verbindung mit Nr. 54.4 des Streitwertkataloges 2004 auf 15.000 EUR (je 7.500 EUR für den Antrag der Antragstellerin zu 1 und den des Antragstellers zu 2) festgesetzt.