

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

05.11.1991

Geschäftszahl

91/04/0136

Beachte**Besprechung in:**

Ecolex 1992/4, 284;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Griesmacher, Dr. Weiss, DDr. Jakusch und Dr. Gruber als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Paliege, über die Beschwerde des G in W, vertreten durch Dr. K, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 1. März 1991, Zl. 312.619/1-III-3/90, betreffend Vorschreibung einer Auflage gemäß § 79 GewO 1973 (mitbeteiligte Parteien: 1) Dipl.-Ing. JA und 2) Mag. CA, beide in W), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 3.035,-- und den mitbeteiligten Parteien Aufwendungen in der Höhe von S 11.360,--, jeweils binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien - Magistratisches Bezirksamt für den 13. und 14. Bezirk vom 3. Februar 1989 wurden dem Beschwerdeführer in Ansehung der rechtskräftig genehmigten Betriebsanlage zur Ausübung des Gastgewerbes im Standort W, X-Gasse 20, gemäß § 79 GewO 1973 folgende zusätzliche Auflagen vorgeschrieben.

"I) Nach 22.00 Uhr ist im Gastgarten die Bewirtung und der Aufenthalt von Gästen verboten.

II) Auf das Ende der Betriebszeit von 22.00 Uhr ist im Gastgarten durch einen deutlich sichtbaren und lesbaren Anschlag hinzuweisen."

Zur Begründung wurde u.a. ausgeführt, auf Grund von Anrainerbeschwerden von Bewohnern des gegenständlichen Hauses über unzumutbare Lärmbelästigung durch Gäste im Gastgarten der Betriebsanlage sei von der Bundespolizeidirektion Wien, Administrationsbüro, in Anwesenheit je eines Vertreters der MA 15 und der MA 22 eine Schallpegelmessung mit folgendem Ergebnis durchgeführt worden: Im ebenerdig gelegenen Arbeitsraum des Hauses sei bei geschlossenen Fenstern der Gesprächslärm der Gäste mit 30 bis 38 dB(A) (Spitzenwert bei Lachen der Gäste) gemessen worden. Im Schlafzimmer (1. Stock) sei bei geöffneten Fenstern der Gesprächslärm mit 40 bis 45 dB(A), Lachen bis 62 dB(A) gemessen worden. Der Grundgeräuschpegel werde aus wohnspezifischen Geräuschen und aus weiter entfernten Verkehrsgläuschen sowie Blätterrauschen gebildet. Dieser Grundgeräuschpegel sei zu einem anderen Zeitpunkt ohne Gästelärm mit 30 dB(A) gemessen worden. Auf Grund dieses Meßergebnisses habe der ärztliche Amtssachverständige gutachtlich festgestellt, daß aus medizinischer Hinsicht die durch die Gäste im Gastgarten verursachte Lärmbelästigung unzumutbar sei und die unerwarteten Schallspitzen durch Gejohle, Geschirrkloppern usw. für die Nachbarn als gesundheitsgefährdend zu bezeichnen seien. Das Ermittlungsverfahren habe ergeben, daß die mitbeteiligten Parteien im Jahre 1983 bzw. im Jahre 1987 Nachbarn geworden seien. Die Genehmigung (der Änderung) der in Rede stehenden Betriebsanlage sei im Jahre 1977 erwirkt worden. Zum Verlangen der mitbeteiligten Parteien, für den Gastgartenbetrieb weitergehende Zeitbeschränkungen vorzuschreiben werde bemerkt, daß solche nicht zulässig seien, zumal nach

dem schlüssigen amtsärztlichen Gutachten bei Einhaltung der zusätzlich vorgeschriebenen Auflagen eine Gefährdung der Gesundheit der Nachbarn auszuschließen sei.

Unter Bezugnahme auf eine seitens der erstmitbeteiligten Partei dagegen erhobene Berufung erkannte der Landeshauptmann von Wien mit Bescheid vom 10. Oktober 1989 dahin, daß diese abgewiesen und der erstbehördliche Bescheid mit der Maßgabe bestätigt werde, daß sich die erteilten Auflagen ausschließlich auf § 79 GewO 1973 zu stützen hätten. Zur Begründung wurde - neben dem Hinweis auf die Feststellungen im erstbehördlichen Bescheid - folgendes ausgeführt: Mit Bescheid vom 14. September 1959 sei die gegenständliche Betriebsanlage als "Gastwirtschaftsgewerbe" genehmigt worden. Ein Ende der Betriebszeit für den Gasthausgarten sei bei der Erstgenehmigung nicht festgesetzt worden. Mit Bescheid vom 22. Juni 1977 sei eine Änderung der gegenständlichen Betriebsanlage (Küchenentlüftung) genehmigt worden. Von der erstmitbeteiligten Partei, die im Jahre 1977 bereits Miteigentümer der Liegenschaft W, X-Gasse 20, gewesen sei, sei im Zuge des ehemaligen Ermittlungsverfahrens keinerlei Einwand gegen die gegenständliche Betriebsanlage vorgebracht worden. Im Juni 1987 habe die zweitmitbeteiligte Partei (Sohn der erstmitbeteiligten Partei), wohnhaft unter der angeführten Anschrift, um die Durchführung einer Lärmmessung wegen einer erheblichen Lärmbelästigung durch Musizieren, Singen und laute Gespräche im Gastgarten der gegenständlichen Betriebsanlage ersucht. Am 27. Juni 1989 sei vom medizinischen Amtssachverständigen gemeinsamen mit einem Sachverständigen der MA 22 ab 21.00 Uhr bei einer Erhebung an der angeführten Adresse folgendes festgestellt worden: Die Betriebsanlage sei von der X-Gasse aus zugänglich und liege im Erdgeschoß des gegenständlichen Hauses. Sie umfasse neben einem Gastzimmer und zwei Extrazimmern einen durch die Zufahrt zugänglichen Gastgarten mit

ca. 50 Verabreichungsplätzen. Im Zeitpunkt der Erhebung sei der Gastgarten gut besucht gewesen und unter den Gästen habe eine angeregte Unterhaltung stattgefunden. Hinsichtlich der Störgeräusche durch Gäste bzw. Lachen sei laut Aussage des Sachverständigen der MA 22 zu sagen, daß die Intensität dieser Gesprächsentwicklung mit den im Rahmen der Hörprobe vom 31. August 1988 ermittelten Schallpegelwerten übereinstimme. Ebenso könne gesagt werden, daß der Grundgeräuschpegel bei diesen örtlichen Verhältnissen erfahrungsgemäß mit 30 dB(A) angenommen werden könne, wie auch im Rahmen einer Hörprobe am 25. August 1987 ab 20.00 Uhr bei geöffnetem hofseitigen Fenster in der Wohnung der Anrainer ermittelt worden sei. Bezüglich des Lärmprotokolles, welches von den Mitbeteiligten beigebracht worden sei, werde festgestellt, daß die Durchführung der dem Protokoll zugrundeliegenden Schallpegelmessung nicht der ÖNORM S 5004 entspreche (die Messung sei in der Fensteröffnung am Fensterbrett erfolgt) und daher nicht als Grundlage einer medizinischen Beurteilung herangezogen hätte werden können. Auf Grund der Intensitätsdifferenz zwischen dem Grundgeräuschpegel (30 dB(A)) und den Störgeräuschen (Gästegespräche 30 bis 38 dB(A) bei geschlossenen bzw. 40 bis 45 dB(A) bei geöffneten Fenstern, sowie Schallpegelspitzen durch Lachen bis 63 dB(A) bei geöffneten Fenstern) und der Qualität der Störgeräusche (Informationsgehalt der Gespräche) seien die vom Gastgarten ausgehenden Immissionen eindeutig wahrnehmbar und der Betriebsanlage zuzuordnen. Gerade diese eindeutige Zuordnung bewirke, daß die Immissionen als emotional negativ bewertet und daher als Belästigung empfunden würden, wodurch eine erhebliche Beeinträchtigung des Wohlbefindens gegeben sei. Aus dem Gutachten, dessen Schlüssigkeit von den Verfahrensparteien nicht in Frage gestellt worden seien, ergebe sich, daß der Betriebslärm während des Tages eine unzumutbare Belästigung der Nachbarn darstelle, welche ab dem späten Abend - und in den Nachtstunden - zu einer Gefährdung der Gesundheit führen könne. Während die mitbeteiligten Parteien daraus ableiteten, daß die Betriebszeit des Gastgartens mit 20.00 Uhr zu begrenzen wäre, werde vom Beschwerdeführer verlangt, daß die Nachbarn ihre Wohnungsfenster zu schließen hätten, um die Lärmimmissionen zu reduzieren. Dem sei zunächst entgegenzuhalten, daß es den Nachbarn nicht aufgetragen sei, sich vor Immissionen zu schützen, sie könnten vielmehr aus der Gewerbeordnung ein Recht darauf ableiten, daß die widmungsgemäße Benützung ihrer Wohnung gewahrt bleibe. Zur Bestimmung jenes Zeitpunktes, ab dem die Lärmimmissionen gesundheitsschädliche Wirkungen hätten und gegen welche auch nach Genehmigung der Betriebsanlage zugezogene Nachbarn geschützt werden müßten, sei folgendes zu erwägen: Aus den Gutachten der medizinischen Amtssachverständigen vom 31. August und 14. November 1988 gehe hervor, daß auch eine Störung der abendlichen Erholungsphase, die der Schlafvorbereitung diene, eine Gefährdung der Gesundheit bewirken könne. Zum Schutz dieser abendlichen Erholungspause sei ein Betriebsschluß von 22.00 Uhr als ausreichend erachtet worden. Bei der Auslegung des in der Literatur gebrauchten Begriffes "späte Abend- bzw. Nachtstunden" sei zweifellos zu berücksichtigen, daß sich ein Gastgartenbetrieb in der Regel auf die Sommermonate beschränke, in welchen kaum vor 20.00 Uhr mit dem Einbruch der Dunkelheit zu rechnen sei. Es wäre daher nicht vertretbar, schon zu diesem Zeitpunkt von "späten Abend- bzw. Nachtstunden" zu sprechen. Es erscheine aber durchaus schlüssig, den Beginn der abendlichen Erholungsphase mit 22.00 Uhr anzunehmen und den Betriebsschluß des Gastgartens mit diesem Zeitpunkt festzusetzen.

Über eine dagegen erhobene Berufung der mitbeteiligten Parteien erkannte der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten mit Bescheid vom 1. März 1991 dahin, daß in Stattgebung der Berufung die unter den Punkten 1) und 2) vorgeschriebenen Auflagen in dem dem zweitbehördlichen Bescheid zugrundeliegenden erstbehördlichen Bescheid durch folgende Auflage ersetzt würden:

"In der Zeit von 12.00 Uhr bis 14.00 Uhr und nach 19.00 Uhr ist der Aufenthalt von Gästen im Gastgarten verboten."

Zur Begründung wurde u.a. ausgeführt, zur Klärung des Sachverhaltes und des Berufungsvorbringens habe der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten zunächst am 25. Juni 1990 von 18.00 Uhr bis 20.00 Uhr einen für den Betrieb unangesagten Lokalaugenschein unter Beiziehung eines gewerbetechnischen und eines ärztlichen Sachverständigen durchgeführt. Weitere Erhebungen seien am 27. Juni 1990 vorgenommen worden. In der Folge sei am 28. Juni 1990 eine mündliche Augenscheinsverhandlung abgehalten worden, in deren Rahmen der gewerbetechnische Sachverständige folgenden Befund abgegeben habe: Der Gastgarten der Betriebsanlage liege im Hof des Hauses X-Gasse 20. Er verfüge über

ca. 50 Verabreichungsplätze. Der Hof sei gegen die X-Gasse durch ein zweigeschoßiges Gebäude begrenzt, weiters werde der Hof (von der X-Gasse aus gesehen) links durch ein ebenerdiges Gebäude und rechts durch ein zweigeschoßiges Gebäude und gegen die Y-Gasse in etwas größerer Entfernung durch ein mehrgeschoßiges Gebäude begrenzt. Der Hof sei durch einen Hausdurchgang von der X-Gasse zugänglich. Rechts neben den Tischreihen seien einige ca. 1,5 m hohe Holzwandsegmente aus gewebten Holzbrettern aufgestellt. Am 25. und 26. Juni 1990 seien im angeführten Haus an mehreren im folgenden

beschriebenen Meßpunkten Lärmmessungen durchgeführt worden:

Meßpunkt 1): Arbeitszimmer (hofseitig) der Wohnung Nr. 7 vor geöffnetem Fenster, Erdgeschoß. Meßpunkt 2): Schlafzimmer der Wohnung Nr. 8 (1. Stock) vor geöffnetem Fenster. Meßpunkt 3):

Wohnküche der Wohnung Nr. 4 vor geöffnetem Fenster (es sei der rechte Flügel des vierteiligen Fensters geöffnet gewesen). Meßpunkt 1) und Meßpunkt 2) seien im rechten Seitentrakt des Hauses gelegen, die horizontale Entfernung der Fenster zu den nächstgelegenen Tischen habe ca. 3 m betragen. Das hofseitige Wohnküchenfenster des Meßpunktes 3) liege vom Hof aus gesehen im 1. Stock rechts über der Hofeinfahrt. Es habe sonniges, sehr warmes Wetter (ca. 25 Grad C) geherrscht. Windeinflüsse seien an den Meßpunkten nicht wahrnehmbar gewesen. Das Schallpegelmeßgerät sei jeweils ca. 1,5 m vor geöffneten Fenstern, ca. 1,2 m über dem Boden aufgestellt worden. In der Folge werden im Bescheid die Meßergebnisse dargestellt und der Befund des ärztlichen Amtssachverständigen wiedergegeben, wonach die gegenständlichen örtlichen Verhältnisse nicht nur eine für die medizinische Beurteilung normalerweise bereits äußerst ungünstige und schwierige Situation darstellten (nämlich das unmittelbare Zusammentreffen von Wohnbereich und Vergnügungsbereich), sondern, daß durch das außerordentliche Naheverhältnis zwischen Emissionen (Gastgarten) und Immissionsort (Wohnungsfenster) und der Hoflage ganz spezifische Probleme aufträten, und zwar am deutlichsten am Meßpunkt 1), der nur ca. 3 m von den nächstliegenden Tischen entfernt sei. Zu den von den gewerbetechnischen Sachverständigen beschriebenen Meßzeiten seien gleichzeitig auch subjektive Hörproben durchgeführt worden. Im Meßpunkt 1) hätten nahezu alle Gespräche im Gastgarten wörtlich und inhaltlich verstanden werden können (wie Unterhaltung, Bestellung usw.). Auf Grund der Hoflage seien entfernte Geräusche, wie sie dem Umgebungsgeräuschpegel ohne Betrieb des Gastgartens entsprechen würden, nur sehr leise und zeitweilig ernehmbar gewesen. Dies bedeute, daß die akustische Situation am beschriebenen Immissionspunkt fast ausschließlich durch die informationshaltigen betriebskausalen Immissionen bestimmt gewesen sei. Hier sei nicht so sehr die Intensität der Störgeräusche als Störfaktor zu empfinden gewesen, sondern die beschriebene Informationshaltigkeit. Einzelne Spitzen wie Lachen, laute Zurufe oder mit erhöhter Intensität geführte Gespräche seien auf Grund der Auslastung des Gastgartens eher Ausnahmssereignisse gewesen, jedoch könne aus Erfahrung mit gleichartigen Anlagen gesagt werden, daß bei größerer Auslastung auch die Häufigkeit der Spitzenimmissionen steige. Am Meßpunkt 2) habe sich der subjektive Eindruck vom Meßpunkt 1) nur dadurch unterschieden, daß leise geführte Gespräche nur mit erhöhter Aufmerksamkeit wörtlich und inhaltlich verständlich gewesen seien, aber bereits eine in normaler Lautstärke geführte Unterhaltung einen deutlichen Informationscharakter aufgewiesen habe. Am Meßpunkt 3) sei unter den beschriebenen Meßbedingungen eine Verständlichkeit der im Gastgarten geführten Gespräche nicht mehr gegeben gewesen, aber auf Grund der beschriebenen örtlichen Verhältnisse seien vor allem auftretende Spitzengeräusche wie Zurufe, Lachen, Räuspern usw. eindeutig zuordenbar gewesen. Der gewerbetechnische Amtssachverständige habe zur Frage, wie sich ein vollbesetzter Gastgarten als die für die Nachbarn ungünstigste Situation auf die Lärmimmissionen in den Nachbarwohnungen erwartungsgemäß auswirken könnten, ausgeführt, daß die Veränderung der Immissionssituation bei vollbesetztem Gastgarten sich im Vergleich zu dem bei den Messungen vorgefundenen Besetzungsgrad hauptsächlich durch eine Erhöhung der Häufigkeit des Auftretens von Geräuschen (wie z.B. Lachen, angeregtes Gespräch, Geschirrgeklapper) unterscheiden werde. Eine geringfügige Erhöhung der Schallpegel könne für das gleichzeitige Auftreten von Geräuschen gleicher Lautstärke erwartet werden. Es könne auch eine quantifizierbare Erhöhung der Schallpegel durch anderes Verhalten der Gäste (z.B. lauterer Lachen) als zum Zeitpunkt der Messungen nicht ausgeschlossen werden. Auf die Frage, ob es technische Maßnahmen zur Minderung der Lärmimmission gebe und welche Wirkung von diesen zu erwarten sei, habe der gewerbetechnische Sachverständige ausgeführt, für die Minderung der vom Gastgarten herrührenden Emissionen könne für den Meßpunkt 1) eine Schallschutzmauer, die in ihrer Höhe die Oberkante des Fensters des Arbeitszimmers um 1 m übersteige, vorgeschlagen werden. Auf Grund der gegebenen Situation (Reflexionen durch die Hofwände) könne mit einer Minderung von 5 dB gerechnet werden. Diese Wirkung könne nur dann erzielt werden, wenn es sich um eine fachgemäß ausgeführte Schallschutzmauer handle, d.h. die Geräusche dürften ihren Weg im wesentlichen nur über die Mauer hinweg, nicht aber durch die Mauer hindurch nehmen können. Als Milderungsmaßnahmen für die vom Gastgarten herrührenden Emissionen könne eine für alle drei Meßpunkte wirksame Einhausung des Gastgartens mittels Dreifachverglasung vorgeschlagen werden. Diese

Maßnahme könne bei geeigneter fachgemäßer Errichtung (besondere Bedachtnahme auf Auswahl der Scheibendicke und des Scheibendaches und Gewährleistung der Dichtheit) eine Minderung der vom Gastgarten herrührenden Emissionen bis zu 50 dB erzielen (Minderung des Luftschalles). Daraufhin habe der ärztliche Amtssachverständige folgendes gutächtig ausgeführt: Bei der medizinischen Beurteilung der beschriebenen Emissionen sei als erstes die Tageszeit, in der sie einträte, zu berücksichtigen. Immissionen in einer bestimmten Intensität und Qualität hätten andere Auswirkungen auf den menschlichen Organismus, wenn sie in der Nachtzeit aufträten, als zu Tagstunden. In den Nachtstunden müsse davon ausgegangen werden, daß Immissionen eine direkte Auswirkung auf die Schlafqualität (Einschlafen, Durchschlafen, Weckreiz) haben könnten und damit eine für den Organismus notwendige Erholungsphase empfindlich beeinträchtigten. Die beschriebenen Immissionen des Meßpunktes 1) und 2) hätten Intensitäten bis 65 dB erreicht, die allein schon geeignet wären, bei einem Teil der Bevölkerung eine Aufwachreaktion zu induzieren. Nach statistischen Untersuchungen könne man davon ausgehen, daß ca. 30 Prozent der Bevölkerung bei Intensitäten um 40 dB eine Weckreaktion zeigten. Abgesehen davon sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß durch den Informationsgehalt der Immissionen und das fast gezwungenermaßen erfolgte Miterleben der Gespräche auf Grund ihrer Verständlichkeit die Einschlafphase wesentlich verlängert werde. Bei häufigem Auftreten von Weckreizen bzw. Immissionen, die - wie im gegenständlichen Fall - die Schlaftiefe mitbeeinflußten, sei mit massiven Störungen der Schlafqualität zu rechnen. Als weitere Folge träten - wie auch die Erfahrungen des täglichen Lebens zeigten - Müdigkeit, Abgeschlagenheit und als sekundäre Reaktion am nächsten Tag Konzentrationsschwächen und mitunter Fehlleistungen auf. Wiederholte Störungen der Schlafqualitäten in der beschriebenen Art ließen mit hoher Wahrscheinlichkeit funktionelle und organmanifeste Störungen erwarten. Dazu zählten über vegetative Regelmechanismen ausgelöste Veränderungen des Blutdruckes und der Magen-Darmdrüsensekretion. Auf Grund des Schlafentzuges und der beschriebenen Regelmechanismen könnten organmanifeste Veränderungen z. B. Magen-, Darmgeschwüre, manifeste Kreislauferkrankungen usw. entstehen. Während der Tagstunden sei bei den beschriebenen Immissionen nicht die Intensität im Vordergrund, sondern die Qualität der Geräusche und im speziellen Fall die Informationshältigkeit. Am Meßpunkt 1) und 2) sei damit zu rechnen, daß durch die Immissionen die Sprachverständlichkeit und Kommunikationsfähigkeit im Raum gestört werden könne. Weiters komme es vor allem durch die fast zwangsläufige Zuwendung zu den Gesprächen, die im Garten stattfänden, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu Störungen der Konzentrationsfähigkeit und der geistigen Leistung. Der menschliche Organismus versuche - wiederum über die Äußerung von körpereigenen Regelmechanismen - diese Störungen zu kompensieren. Allerdings sei bei den gegenständlichen Störgeräuschen nicht zu erwarten, daß die erheblichen Störungen des Wohlbefindens und der wahrscheinlich auftretenden funktionellen Veränderungen auf längere Zeit ausgeglichen werden könnten. Als funktionelle Veränderungen, die tagsüber zu erwarten seien, könnten Nervosität, Aktivierung des vegetativen Nervensystems und die Einleitung psychosomatischer Regelmechanismen benannt werden. In diesem Zusammenhang werde darauf hingewiesen, daß bei Fortdauer der beschriebenen Auswirkungen auch organmanifeste Veränderungen im Sinne eines Gesundheitsrisikos (z.B. Magen- und Darmgeschwüre, Herz-Kreislauf-Erkrankungen) auftreten könnten. Allerdings könne aus medizinischer Sicht keine Prognose über den Zeitpunkt und den Grad der Wahrscheinlichkeit, bei welchem die organmanifesten Veränderungen aufträten, abgegeben werden. Eine Art Sonderfall stellten im Tagesablauf die Abendstunden dar. Hier trete einerseits meistens ein Abfall der täglichen Routineaktivitäten ein, und andererseits benötige der menschliche Organismus vor der Schlafphase eine Art Entspannungs- bzw. Erholungszeit. Dies bedeute nicht, daß in dieser Zeit keine Aktivität stattfinden müsse (manche Leute erholten sich beim Lesen, andere im Cafehaus), sondern, daß in den meisten Fällen eine Tätigkeit mit Erholungswert bzw. Entspannungswert für das Individuum durchgeführt werde. Aus der medizinischen Literatur sei bekannt, daß diese Phase, die wiederum zeitlich und individuell sehr unterschiedlich sei, einen besonders sensiblen Bereich darstelle, da bei Störungen eine Auswirkung auf die folgende Schlafphase nicht ausgeschlossen werden könne. In den geschilderten speziellen Verhältnissen sei anzunehmen, daß die Störwirkung der Immissionen und die damit verbundenen Auswirkungen auf den menschlichen Organismus sich von denen, die tagsüber aufträten, nicht unterschieden. Allerdings sei auf Grund der geschilderten Umstände mit einer höheren Wahrscheinlichkeit eines Gesundheitsrisikos zu rechnen als z.B. während der Tagstunden. Obwohl am Meßpunkt 3) die Verständlichkeit der Gespräche während der Hörproben nicht gegeben gewesen sei und hauptsächlich die Spitzenimmissionen zum Tragen gekommen seien, müsse aus Erfahrung angenommen werden, daß bei Auslastung des Gastgartens durchaus Verhältnisse entstehen könnten, die eine ähnliche Immissionssituation des Meßpunktes 1) und 2) vor allem hinsichtlich des Informationsgehaltes erwarten ließen. Nach dieser mündlichen Augenscheinsverhandlung habe die erstmitbeteiligte Partei eine schriftliche Stellungnahme erstattet, der Vertreter des Beschwerdeführers habe sich aber der Abgabe einer Stellungnahme zum Verhandlungsergebnis enthalten, obwohl er auch telefonisch auf diese Möglichkeit noch ausdrücklich hingewiesen worden sei. Hieraus wurde in rechtlicher Hinsicht unter Bezugnahme auf die Bestimmungen des § 79 Abs. 1 und 2 GewO 1973 ausgeführt, bei den berufungswerbenden Nachbarn handle es sich im vorliegenden Fall ohne Zweifel um "später hinzugezogene Nachbarn" im Sinne des § 79 Abs. 2 leg. cit. Nach dem ärztlichen Sachverständigen könne nicht nur während der Nachtzeit (22.00 Uhr bis 06.00 Uhr), sondern auch untertags infolge des extremen Naheverhältnisses zwischen dem Gastgarten (Emissionsort) und den Nachbarwohnungen (Immissionsort) eine Gefährdung der Gesundheit von Nachbarn nicht ausgeschlossen werden. Dazu sei festzuhalten, daß der Terminus "Vermeidung einer Gesundheitsgefährdung" keinen anderen Inhalt habe als den Ausschluß einer

Gesundheitsgefährdung, wie der Verwaltungsgerichtshof für die novellierte Textierung des § 77 Abs. 1 leg. cit. ausgesprochen habe, wo der gleiche Terminus Verwendung finde wie im § 79 Abs. 2 leg. cit. Der ärztliche Sachverständige habe allerdings als zeitliche Komponente die längerdauernde Einwirkung der festgestellten Lärmimmissionen - als Voraussetzung für eine solche Gesundheitsgefährdung - betont und in seiner Aussage insofern eingeschränkt, als er keine Prognose über den Zeitpunkt und die Wahrscheinlichkeit des Eintrittes organmanifesten Veränderungen (der ärztliche Sachverständige habe Magen- und Darmgeschwüre, Herz-Kreislauf-Erkrankungen genannt) angeben könnte. Dies schließe allerdings das Vorhandensein einer Gefährdung der Gesundheit als Rechtsbegriff nicht aus. Als besonders sensiblen Zeitraum während der Tagzeit habe der ärztliche Sachverständige die sogenannte "vorabendliche Erholungsphase" bezeichnet. In diesem Zeitraum sei nach den schlüssigen Ausführungen des Sachverständigen mit einer höheren Wahrscheinlichkeit eines Gesundheitsrisikos zu rechnen. Dies sei insbesondere damit zu erklären, daß in dieser Zeit beim Durchschnittsmenschen (auf diesen sei nach der Gewerbeordnung abzustellen) ein Wegfall vor allem der berufsbedingten Aktivitäten eintrete und vor der Schlafphase (Nachtzeit) ein besonderer Entspannungs- und Erholungsanspruch bestehe. Ähnliches gelte im Prinzip auch für die Mittagszeit, mögen in der Mittagszeit auch die allgemeinen Umgebungsaktivitäten nicht so sehr abnehmen wie in den Abendstunden. Zu beiden Zeiten sei mit einer besonders starken Frequenz des Gastgartens zu rechnen und daher auch nach den schlüssigen Darlegungen der Sachverständigen mit einer höheren Ereignishäufigkeit der festgestellten Lärmimmissionen als während des Augenscheines vom 25. Juni 1990 und auch mit höheren Schallpegelspitzen. Zu der festgestellten Modulationstiefe (Abstand zwischen geringstem gemessenen Wert und Störgeräuschspitzen) sei auszuführen, daß diese bei ungefähr 30 dB liege (geringster gemessener Wert zwischen 31 und 34 dB, Schallpegelspitze durch Lärmimmissionen aus dem Gastgarten bis 65 dB, wobei Werte für laute Gespräche immer wieder zwischen 54 und 59 dB gemessen worden seien). Erschwerend für den vorliegenden Fall komme auch die starke Informationshaltigkeit des Lärms, das "gezwungenermaßen Mithören und Miteinbezogenwerden in die Gästeunterhaltung" hinzu, insbesondere in dem hofseitigen Arbeitszimmer der Wohnung Nr. 7, wo das extreme räumliche Naheverhältnis am krassen vorliege. Wie der gewerbetechnische Amtssachverständige auf Befragung durch den Verhandlungsleiter gutächlich ausgeführt habe, bestehe als einzige für sämtliche relevanten Immissionspunkte (Wohnungen der berufungswerbenden Nachbarn) wirksame Maßnahme zur Schallpegelreduzierung die Einhausung des Gastgartens mittels Dreifachverglasung. Eine solche Maßnahme könne jedoch im Verfahren gemäß § 79 GewO 1973 nicht vorgeschrieben werden, weil bereits die Überdachung eines Gastgartens als eine das Wesen eines solchen verändernde Maßnahme anzusehen sei. Im übrigen sei auch für das Verfahren gemäß § 79 leg. cit. darauf zu verweisen, daß als Voraussetzung für die Vorschreibung von Auflagen nach dieser Bestimmung "eine konkrete Gefährdung" gegeben sein müsse, was allerdings nur bedeute, daß die "konkrete Gefahr sachverhaltsbezogen nicht ausgeschlossen werden können dürfe". Es verbleibe somit als einzige Möglichkeit, eine Gesundheitsgefährdung von Nachbarn durch die von dem gegenständlichen Gastgarten erzeugten Lärmimmissionen zu vermeiden, dessen Betriebszeit zu beschränken, wobei eine Einschränkung im vorliegenden Fall jene Zeit zu umfassen habe, während der die höchste Frequenz des Gastgartens vorliege. Durch diese Einschränkung sei überdies gewährleistet, daß zwischen den verbleibenden Betriebszeiten des Gastgartens ein ausreichend langer Erholungszeitraum für den Organismus verbleibe, sodaß die längerdauernde (ununterbrochene) Einwirkung der festgestellten Lärmimmissionen als eine für das Auftreten organmanifesten Veränderungen notwendigen Voraussetzung weitgehend reduziert sei. Schließlich sei auch noch darauf hinzuweisen, daß, wenn die vorzuschreibenden Auflagen der Hintanhaltung einer Gesundheitsgefährdung dienten, niemals eine Unverhältnismäßigkeit vorliegen könne. Es sei daher eine solche im vorliegenden Fall auch nicht zu prüfen gewesen, da die vorgeschriebene Auflage zur Vermeidung einer Gefährdung der Gesundheit von Nachbarn diene.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete - ebenso wie die mitbeteiligten Parteien - eine Gegenschrift mit dem Antrag, der Beschwerde keine Folge zu geben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Seinem Vorbringen zufolge erachtet sich der Beschwerdeführer in dem Recht auf Unterbleiben der in Rede stehenden Auflagenvorschreibung gemäß § 79 GewO 1973 verletzt. Er bringt hiezu unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes bzw. einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, im gegenständlichen Haus befinde sich seit "undenklichen Zeiten", vermutlich seit Bestand dieser Baulichkeit ein Gasthaus, zu dem - abgesehen von Keller- und Dachbodenräumlichkeiten - insbesondere ein Gasthausgarten im Hofraum des Hauses gehöre. Dieses Gasthaus sei in früherer Zeit vom Hauseigentümer selbst geführt worden. Spätestens im Jahre 1958 sei dieser Betrieb jedoch verpachtet worden. Mit Bestandvertrag aus dem Jahre 1972 hätten die damaligen Eigentümer der in Rede stehenden Liegenschaft dieses Gasthaus an den Beschwerdeführer vermietet, wobei dahingestellt sein möge, ob es sich tatsächlich um Miete oder Pacht handle. Eigentümer dieser Liegenschaft sei damals einerseits Dipl.-Ing. F gewesen, der auch im Haus wohnhaft gewesen sei und die erstmitbeteiligte Partei. Im Jahre 1977 habe der Beschwerdeführer um Genehmigung der Änderung der Betriebsanlage angesucht. Seitens der Liegenschaftseigentümer sei damals keine wie immer geartete Beschwerde über die von der Betriebsanlage ausgehenden Lärmbelästigungen erhoben worden. Der Liegenschaftsmiteigentümer Dipl.-Ing. F sei im Jahre 1982 verstorben, dessen Miteigentumsanteil sei im Erbweg an den Erstmitbeteiligten übergegangen, der damals Alleineigentümer der in Rede stehenden

Liegenschaft geworden sei. Die zweitmitbeteiligte Partei (der Sohn des Erstmitbeteiligten) sei dann im Jahre 1983 im gegenständlichen Haus eingezogen, der Erstmitbeteiligte erst im Jahre 1987. Seit diesem Zeitpunkt habe der Erstmitbeteiligte (als Vermieter oder Verpächter) mit allen Mitteln versucht, das Bestandsverhältnis des Beschwerdeführers an den Gasthausräumlichkeiten zu beenden, wobei diese Versuche allerdings ohne Erfolg geblieben seien. Offenbar im Hinblick darauf sei dann erstmals durch die zweitmitbeteiligte Partei Beschwerde über eine erhebliche Lärmbelästigung durch Musizieren, Singen und laute Gespräche im Gastgarten der gegenständlichen Betriebsanlage geführt worden. Ausgehend davon sei darauf hinzuweisen, daß - was auch die Behörden aller Instanzen angenommen hätten - die mitbeteiligten Parteien Personen seien, die erst nach Genehmigung der Betriebsanlage Nachbarn geworden seien, sodaß nach § 79 Abs. 2 GewO 1973 Auflagen im Sinne des Abs. 1 nur soweit

vorzuschreiben seien, als diese zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit dieser Personen notwendig seien. Insbesondere die belangte Behörde verweise dann aber auch auf das Argument der "Unverhältnismäßigkeit" hin. Die "Unverhältnismäßigkeit" könne aber in Ansehung später hinzugekommener Nachbarn überhaupt nicht zum Tragen kommen, weil sie nur im zweiten Satz des § 79 Abs. 2 GewO 1973 hinsichtlich der Vermeidung einer über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichenden beträchtlichen Belastung vom Gesetz vorgesehen werde, welcher Fall hier aber nicht vorliege. Aus diesem Blickwinkel sei daher die Frage der Verhältnismäßigkeit der Auflagen überhaupt nicht zu stellen, sondern lediglich die Frage zu prüfen, ob zugunsten der (hier beschwerdeführenden) Nachbarn weitere Auflagen notwendig seien, die (ausschließlich) zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit dieser Personen notwendig seien. Das "Verhältnismäßigkeitsargument" sehe das Gesetz (im § 79 Abs. 1 GewO 1973) - abgesehen vom Sonderfall des § 79 Abs. 2 zweiter Satz leg. cit. - hingegen im Sinne der herrschenden Judikatur nur für solche Auflagen vor, die einerseits zugunsten von Nachbarn, die zum Zeitpunkt der Genehmigung der Betriebsanlage bereits solche gewesen seien, getroffen werden sollten und bei denen es andererseits nicht um den Schutz vor Gesundheitsgefährdungen gehe, da hierbei der Aufwand niemals außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg stehen könne. Allerdings sei trotz des eigentlich falsch verwendeten Argumentes der "Verhältnismäßigkeit" der belangten Behörde hier im Ergebnis sogar zuzustimmen und zwar aus folgenden Überlegungen: Wie die belangte Behörde selbst und (wenn auch nur teilweise) zutreffend erkannte, umfasse die durch die zusätzliche Auflage im angefochtenen Bescheid "auferlegte" Einschränkung der Betriebszeit jene Zeit, während der die höchste Frequenz des Gastgartens vorliege. Tatsächlich gehe die Maßnahme sogar darüber hinaus; von extremen Ausnahmefällen abgesehen werde der vorliegende Gastgarten - wie Gastgärten derartiger Etablissements ganz allgemein - ausschließlich während der Essenszeiten, und zwar, da ein Frühstücksbetrieb nicht vorliege, somit nur in den Mittags- und Abendstunden benützt. Ebenso klar sei, daß Gastgärten nur in der warmen Jahreszeit frequentiert würden, also im Sommer, wo die Abendessens-Gäste keinesfalls vor 19.00 Uhr einträfen. Das bedeute, daß durch das Verbot des Benützens des Gastgartens in den Zeiten 12.00 Uhr bis 14.00 Uhr und nach 19.00 Uhr die Verwendung des Gastgartens generell unmöglich gemacht werde, da alle Essenszeiten und damit alle tatsächlich in Frage kommenden Betriebszeiten dieses Gastgartens in die "Verbotszeiten" fielen. Im Ergebnis bedeute die Beschränkung der Betriebszeit auf die Zeiten außerhalb der Mittagszeit von 12.00 Uhr bis 14.00 Uhr und vor 19.00 Uhr somit die völlige Sperre des Gastgartens. Eine derartige völlige Sperre sei aber immer unverhältnismäßig im Sinne des § 79 Abs. 1 zweiter Satz GewO 1973. Daher wäre auch im Falle, daß einerseits die "beschwerdeführenden" Nachbarn nicht Personen im Sinne des § 79 Abs. 2 erster Satz GewO 1973 wären und andererseits nur eine Belästigung, jedoch keine Gesundheitsgefährdung vorläge, die zusätzliche Auflage im angefochtenen Bescheid unverhältnismäßig im Sinne des § 79 Abs. 1 zweiter Satz GewO 1973. Im Ergebnis komme es daher nur darauf an, ob - und wenn ja, inwieweit - die von der gegenständlichen Betriebsanlage ausgehenden Lärmemissionen gesundheitsgefährdend für die Nachbarn seien. Seien sie das nicht, dann seien sie jedenfalls, sei es wegen der Unverhältnismäßigkeit im Sinne des § 79 Abs. 1 GewO 1973 oder wegen der Beschränkung der Möglichkeit, zusätzliche Auflagen zu erteilen, nach § 79 Abs. 2 leg. cit. unzulässig. Im übrigen sei entscheidender Ansatzpunkt für die Auslegung der unbestimmten Gesetzesbegriffe "Gefährdung der Gesundheit" einerseits und "Belästigungen" andererseits, daß die Gefährdung der Gesundheit eine Einwirkung auf den menschlichen Organismus darstelle, die in Art und Nachhaltigkeit über die bloße Belästigung hinausgehe. Bei dieser Gesundheitsgefährdung müsse es sich aber vor allem um eine konkrete Gefährdung handeln, bloß abstrakte Gefährdungsmöglichkeiten reichten nicht aus. Die Voraussetzung, daß eine Gefährdung im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 1 GewO 1973 ausgeschlossen sein müsse, bedeute nicht, daß jede überhaupt denkbar mögliche Gefährdung auszuschließen sei, vielmehr seien nur die nach den Umständen des Einzelfalles voraussehbaren Gefährdungen auszuschließen. Der Begriff der "Gefährdung" sei nach der im Strafrecht entwickelten Definition zu beurteilen, d.h., es sei ein Zustand erforderlich, der den Eintritt einer Verletzung der betroffenen Werte als nahezu wahrscheinlich erscheinen lasse. Nun habe aber zusätzlich die belangte Behörde nicht etwa in einem Verfahren nach § 74 GewO 1973 zu entscheiden gehabt, sondern im einem Verfahren nach § 79 leg. cit. Voraussetzung für ein Verfahren nach § 79 leg. cit. sei nach dem Einleitungssatz des Abs. 1, daß sich (nach Genehmigung der Anlage) ergebe, daß die gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Interessen trotz Einhaltung der im Genehmigungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen nicht hinreichend geschützt seien. Zulässigkeitsvoraussetzung für die Vorschreibung zusätzlicher Auflagen gemäß § 79 GewO 1973 sei also die vorweg zu treffende Feststellung, daß eine konkrete Gefährdung der Schutzinteressen des § 74 Abs. 2 leg. cit.

- hier ausschließlich des Lebens und der Gesundheit der Nachbarn - durch die konsensgemäße und konsensgemäß betriebene Anlage bestehe. Erst nach dieser "Vorwegfeststellung" sei weiters zu prüfen, ob durch zusätzliche Auflagen ein hinreichender Gefährdungsausschluß herbeigeführt werden könne. Für die Beurteilung der Zulässigkeit von Auflagen nach § 79 GewO 1973 sei es also nicht hinreichend, daß bloß die Möglichkeit einer (im weiteren Sinn konkreten) Gefährdung der Gesundheit nicht mit höchster Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden könne, sondern nötig, daß die Interessengefährdung konkret mit höchster Wahrscheinlichkeit gegeben sei. Selbst wenn man im Bereich des § 77 Abs. 1 GewO 1973 eventuell einen geringeren "Wahrscheinlichkeitsgrad" der Gefährdung für hinreichend erachten sollte, lasse sich diese Meinung für den Bereich des § 79 leg. cit. keinesfalls vertreten. Prüfe man nun anhand der von der belangten Behörde eingeholten Gutachten
- insbesondere ausgehend vom ärztlichen Sachverständigengutachten - (noch ohne Überprüfung der Gutachten selbst) die konkrete Gefahr einer Gesundheitsgefährdung unter Berücksichtigung ihrer Wahrscheinlichkeit, so ergäben sich aus dem Gutachten des ärztlichen Amtssachverständigen, wie auf Seite 9 ff. des angefochtenen Bescheides dargestellt, folgende wesentliche Sachverhaltselemente: Der Sachverständige beschäftige sich primär mit Lärmimmissionen wie konkret vorgefunden, die in der Nachtzeit aufträten und halte fest, daß in den Nachtstunden davon ausgegangen werden müsse, daß Immissionen eine direkte Auswirkung auf die Schlafqualität (Einschlafen, Durchschlafen und Weckreiz) haben könnten, und daß damit eine für den Organismus notwendige Erholungsphase empfindlich beeinträchtigt werde. Im Hinblick darauf halte der Sachverständige als Folge der Schlafstörungen "mit hoher Wahrscheinlichkeit funktionelle und organmanifeste Störungen" für zu erwarten, insbesondere Veränderungen des Blutdruckes und der Magen-Darmdrüsensekretion, wodurch organmanifeste

Veränderungen, wie z.B. Magen-, Darmgeschwüre, manifeste Kreislauf-Erkrankungen usw. entstehen könnten. Für die "Nachtstunden" attestiere dieses Gutachten also eine "mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" der Möglichkeit von gesundheitsbeeinträchtigenden Folgen der Geräuschimmission, die von der Betriebsanlage ausgehe. Was den Begriff der "Nachtstunden" betreffe, sei dabei primär zu berücksichtigen, daß der Gastgarten praktisch nur in den Sommermonaten (jedenfalls nur in der Zeit, in der die sogenannte Sommerzeit bestehe) in Betrieb sei, in welcher daher die Dunkelheit erst gegen 21.00 Uhr eintrete und Erwachsene (bei den hier in Betracht kommenden Nachbarn handle es sich ausschließlich um solche) keinesfalls vor 22.00 Uhr auch nur in die Nähe dieser Einschlafphase kämen. Daher könne konkret, da es nur um den Gastgarten gehe, mehr noch als in den "Regelfällen" davon ausgegangen werden, daß jedenfalls vor 22.00 Uhr von Nachtstunden keine Rede sein könne und eine Sperre des Gastgartens zur Vermeidung von Schlafstörungen und daraus resultierenden Gesundheitsstörungen nicht erforderlich sei. Hingegen habe der ärztliche Amtssachverständige im Verfahren vor der belangten Behörde für die Tagstunden ausgeführt, daß "aus medizinischer Sicht" keine Prognose über den Zeitpunkt und den Grad der Wahrscheinlichkeit, bei welchem die genannten organmanifesten Veränderungen auftreten würden, abgegeben werden könne, was bedeute, daß das dem angefochtenen Bescheid zugrundeliegende Verfahren keinen hinreichenden Anhaltspunkt dafür biete und die Feststellung nicht ermögliche, daß eine Gesundheitsgefährdung konkret, d.h. als "nahe wahrscheinlich zu befürchten" wäre. Genau dasselbe gelte für den vom ärztlichen Sachverständigen im Verfahren dritter Instanz dargestellten "Sonderfall der Abendstunden", zu denen er ausgeführt habe, es sei anzunehmen, daß die Störwirkungen der Immissionen und die damit verbundenen Auswirkungen auf den menschlichen Organismus sich von denen, die tagsüber aufträten, nicht unterscheiden. Das ärztliche Sachverständigengutachten im Verfahren dritter Instanz, das als Element des für die Erlassung des Bescheides maßgebenden Sachverhaltes herangezogen worden sei, biete somit keinen Anhaltspunkt für die Annahme, daß eine konkrete Gefährdung im Sinne einer nahen Wahrscheinlichkeit des Eintrittes einer Verletzung der betroffenen Werte gegeben und in die rechtliche Beurteilung überleitbar wäre. Dazu komme noch, daß dieses Gutachten widersprüchlich und daher nicht geeignet sei, eine "unbedenkliche" Grundlage für die Lösung der Rechtsfrage des Vorliegens einer Gesundheitsgefährdung darzustellen. So habe der Sachverständige für den "Sonderfall der Abendstunden" zuerst ausgeführt, daß sich die Auswirkungen auf den menschlichen Organismus von denen, die tagsüber aufträten, nicht unterscheiden, und gleich im nächsten Satz widerspreche sich aber der Sachverständige selbst und führe aus, daß "auf Grund der geschilderten Umstände mit einer höheren Wahrscheinlichkeit eines Gesundheitsrisikos zu rechnen sei, als z.B. während der Tagesstunden". Dazu komme weiter ein Widerspruch zwischen dem ärztlichen Amtssachverständigengutachten und dem Gutachten des technischen Amtssachverständigen. Letzterer habe - im Anschluß an die Ermittlung des Meßergebnisses vom Meßpunkt 3) - festgehalten, daß von dort aus die Gespräche aus dem Gastgarten nicht verständlich und nur als Gemurmel hörbar gewesen seien, und daß auf Grund der Umgebungsgeräuschsituation diese den Meßwerten nicht zugerechnet hätten werden können. Des weiteren habe er nachvollziehbar dargestellt, daß sich die Immissionssituation bei vollbesetztem Gastgarten im Vergleich zur Situation während der Messungen hauptsächlich durch eine Erhöhung der Häufigkeit des Auftretens der Geräusche unterscheiden werde, jedoch nur eine geringfügige Erhöhung der Schallpegel für gleichzeitiges Auftreten von Geräuschen gleicher Lautstärke erwartet werden könne. Dem gegenüber führe der ärztliche Amtssachverständige nach den Anführungen im angefochtenen Bescheid aus, daß - obwohl am Meßpunkt 3) die Verständlichkeit des Gespräches während der Hörprobe nicht gegeben gewesen sei - "aus Erfahrung angenommen werden müsse, daß bei Auslastung des Gastgartens durchaus Verhältnisse entstehen könnten, die eine ähnliche Immissionssituation wie des Meßpunktes 1) und 2), vor allem hinsichtlich des Informationsgehaltes erwarten ließen. Dies widerspreche jeder Erfahrung und der schalltechnischen Beurteilung, da das gleichzeitige Auftreten gleicher Art

und Lautstärke die Verständlichkeit (durch Überlagerung) verschlechtere und daher die Informationshaltigkeit verringere und nicht vergrößere. Noch verschärft werde die Situation durch den Widerspruch zwischen den in den Verfahren erster und zweiter Instanz einerseits und im Verfahren dritter Instanz andererseits eingeholten (vor allem ärztlichen) Gutachten. Hinzuweisen sei insbesondere darauf, daß im erstinstanzlichen Gutachten die Gesundheitsgefährdung dann für ausgeschlossen angesehen werde, wenn die Sperrstunde des Gastgartens mit 22.00 Uhr angesetzt würde. Mindestens ebenso deutlich sei das Gutachten aus dem Verfahren zweiter Instanz, wo ausgeführt werde, daß nur in den späten Abend- oder Nachtstunden auftretende Schallreize der beschriebenen Qualität und Intensität zu (näher beschriebenen) Gesundheitsstörungen "mit hoher Wahrscheinlichkeit" führen würden. Es wäre nun Aufgabe der belangten Behörde gewesen, diesen Widerspruch zwischen den Gutachten aus den Verfahren erster und zweiter Instanz mit denen des Verfahrens dritter Instanz aufzugreifen und bei der rechtlichen Beurteilung entsprechend zu verarbeiten, was aber völlig unterblieben sei. In diesem Umfang habe die belangte Behörde auch nicht ihrer Begründungspflicht entsprochen, da nicht sämtliche Ergebnisse des Verfahrens berücksichtigt worden seien. Jedenfalls biete gerade das auch in dritter Instanz eingeholte ärztliche Gutachten keinen Anhaltspunkt dafür, daß eine frühere "Sperrstunde" des Gastgartens zur Vermeidung von Gesundheitsgefährdungen erforderlich sei. Ferner sei zu bedenken, daß der ärztliche Amtssachverständige primär darauf abgestellt habe, daß die vorhandenen Immissionen, wie sie von den Meßpunkten 1) und 2) aus festgestellt worden seien, schon auf Grund ihrer Intensität allein geeignet wären, Aufwachreaktionen zu indizieren. Nun seien bei Messungen (vor allem am 27. Juni 1990 von den Meßpunkten 2) und 3) aus) andere Lärmimmissionen, die nicht von der Betriebsanlage herrührten, mit ebensolcher Intensität vorgefunden worden, insbesondere

a) entferntes Lachen, das nicht der Betriebsanlage zugerechnet habe werden können mit 43 dB, b) Geräusche eines entfernten Flugzeuges mit 55 dB, c) Vogelgezwitscher vom Meßpunkt 2) mit 50 bis 51 dB, und d) Vogelgezwitscher vom Meßpunkt 3) mit 52 bis 56 dB. Mit anderen Worten liege daher auch eine Intensität von Geräuschimmissionen selbst nach "Ausschalten" der Betriebsanlage des Beschwerdeführers vor, die die vom ärztlichen Amtssachverständigen dargestellten Beeinträchtigungen (insbesondere Aufwachreaktionen) herbeiführten. Das heiße, daß selbst dann, wenn der Gästelärm von der Betriebsanlage weg falle, immer noch Lärmimmissionen von solcher Intensität vorlägen, die vor allem die primär bedachten "Aufwachreaktionen" und daran anschließend die Gesundheitsbeeinträchtigungen eintreten ließen. Das zeige, daß die von der belangten Behörde zusätzlich nach § 79 GewO 1973 vorgeschriebenen Auflagen gar nicht zum gewünschten Ergebnis - nämlich einer Vermeidung der Schlafstörungen und der daraus resultierenden Gesundheitsgefährdung - führen könnten. Schließlich sei auch die Richtigkeit der Meßergebnisse vom

25. und 27. Juni 1990 offenkundig in Zweifel zu ziehen, da es gerade unvorstellbar sei, daß etwa durch Räuspern Schallimmissionswerte von 58, 57 und 46 bis 50 dB oder durch Seufzen solche von 50 dB, somit Schallimmissionen über den Pegelwerten für beispielsweise erregtes Argumentieren (gemessen mit bis 45 dB) zustandekommen könnten. Ferner sei darauf Bedacht zu nehmen, daß durch die durch den angefochtenen Bescheid vorgeschriebene zusätzliche Auflage die Verwendung des Gastgartens vollständig unmöglich gemacht werde, weil hiedurch das Benützungsverbot für alle Essenszeiten, in denen der Gastgarten ausschließlich von Bedeutung sei oder verwendet werde, betroffen sei. Mit anderen Worten bedeute diese zusätzliche Auflage also, daß im Ergebnis dem Beschwerdeführer die Betriebsanlagengenehmigung, auch wenn dies im Spruch des Bescheides in dieser Form nicht zum Ausdruck gebracht werde, gänzlich entzogen werde. Nun ergebe sich aber aus dem Sinn des § 79 GewO 1973, daß durch die Vorschreibung von "anderen oder zusätzlichen" Auflagen auch dann, wenn dies zur Vermeidung einer Gefährdung erforderlich sei, die Betriebsanlagengenehmigung als solche nicht in Frage gestellt werden dürfe. Eine nachträgliche Entziehung der Betriebsanlagengenehmigung sei im Verfahren nach § 79 GewO 1973 nicht vorgesehen. Die belangte Behörde habe somit auch die ihr vom § 79 GewO 1973 eingeräumte Befugnis dadurch überschritten, daß sie hinsichtlich des Gastgartens die bestehende Betriebsanlage als solche in Frage gestellt und faktisch die Schließung des Betriebes angeordnet habe.

Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, die Beschwerde zum Erfolg zu führen.

Gemäß § 79 Abs. 1 GewO 1973 hat die Behörde (§§ 333, 334, 335), wenn sich nach Genehmigung der Anlage ergibt, daß die gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Interessen trotz Einhaltung der im Genehmigungsbescheid und im Betriebsbewilligungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen nicht hinreichend geschützt sind, 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 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. Nach Abs. 2 sind zugunsten von Personen, die erst nach Genehmigung der Betriebsanlage Nachbarn im Sinne des § 75 Abs. 2 und 3 geworden 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.

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 19. Juni 1990, Zl. 89/04/0256, unter Hinweis auf die dort angeführte hg. Rechtsprechung dargetan hat, würde, was die Frage des "Gefährdungsbegriffes" im § 74 Abs. 2 Z. 1 GewO 1973 anlangt, eine bloß abstrakte Eignung einer gewerblichen Betriebsanlage, Gefährdungen hervorzurufen, eine Vorschreiben von Auflagen noch nicht rechtfertigen, da hierfür eine derartige konkrete Eignung Voraussetzung ist. Auch ein derartiger Gefahrenbegriff setzt aber seinem gesetzlichen Sinngehalt nach nicht etwa die Feststellung eines in Ansehung der Gewißheit seines Eintrittes als auch seiner zeitlichen Komponenten fixierten Schadenseintrittes voraus, sondern es genügt, daß die Gefahr sachverhaltsbezogen nicht ausgeschlossen werden kann.

Ausgehend von dieser Rechtsprechung, von der der Verwaltungsgerichtshof auch im Beschwerdefall abzugehen keinen Anlaß findet, erweist sich aber die in der Beschwerde in diesem Zusammenhang mehrfach zum Ausdruck gebrachte Rechtsansicht, daß eine Gesundheitsgefährdung als "nahe wahrscheinlich zu befürchten" sein müsse, als nicht vom Gesetz gedeckt.

Weiters ist darauf hinzuweisen, daß, wie der Verwaltungsgerichtshof gleichfalls bereits in dem vorangeführten hg. Erkenntnis vom 19. Juni 1990, Zl. 89/04/0256, dargelegt hat, wenn das Ziel einer Auflage dem Schutz vor einer Gesundheitsgefährdung dient, der mit der Erfüllung der Auflage verbundene Aufwand niemals außer Verhältnis zu dem damit angestrebten Erfolg stehen kann.

Nach der dargestellten Rechtslage kann somit der belangten Behörde keine rechtswidrige Gesetzesanwendung angelastet werden, wenn sie unter Bedachtnahme auf die festgestellten BESONDEREN ÖRTLICHEN GEGEBENHEITEN der Betriebsanlage sowie die Art ihrer Betriebsweise und die dadurch nach dem amtsärztlichen Sachverständigengutachten gegebene konkrete Gefahr einer Gefährdung der Gesundheit von Menschen - im vorliegenden Fall der Mitbeteiligten als Nachbarn - grundlegend von ihrer Verpflichtung zur Vorschreibung von Auflagen zum Schutz vor Lärmimmissionen ausging.

Weiters ist darauf hinzuweisen, daß eine Betriebsanlage durch Auflagen nur soweit modifiziert werden kann, daß sie ihrem "Wesen nach" unberührt bleibt (vgl. hiezu das bereits vorangeführte Erkenntnis vom 19. Juni 1990, Zl. 89/04/0256). Ausgehend davon kann aber entgegen der hilfsweise zum Ausdruck gebrachten Meinung des Beschwerdeführers bezogen auf den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt nicht angenommen werden, daß durch die AUSSCHLIESZLICH den Betrieb des Gastgartens betreffende zusätzliche Auflagenvorschriften gemäß § 79 GewO 1973 im Ergebnis eine "nachträgliche Entziehung der Betriebsanlagengenehmigung" erfolgt wäre. Daß aber etwa der Schutz der im § 74 Abs. 2 GewO 1973 normierten

Nachbarinteressen durch andere Maßnahmen - wie etwa durch die im angefochtenen Bescheid erörterten baulichen Lärmschutzeinrichtungen - in einer den Betrieb des Beschwerdeführers weniger beeinflussenden Weise hätte erfolgen können, wird auch in der Beschwerde nicht vorgebracht.

Danach kann aber der belangten Behörde keine rechtswidrige Gesetzesanwendung angelastet werden, wenn sie auf Grund der im angefochtenen Bescheid dargestellten Sachverhaltsgrundlagen zur Vorschreibung der hier in Rede stehenden Auflage gelangte, zumal im Hinblick auf die danach gegebene Gesundheitsgefährdung der mitbeteiligten Parteien keine gesetzliche Handhabe für eine etwaige Interessenabwägung zwischen wirtschaftlichen Einbußen eines gewerblichen Unternehmens und der Anzahl der in ihrer Gesundheit gefährdeten Personen besteht. Des weiteren vermag auch entgegen der offenbaren Meinung des Beschwerdeführers das Vorliegen anderer, nicht durch die gewerbliche Betriebsanlage hervorgerufener Lärmimmissionen die Gewerbebehörde nicht ihrer im § 79 GewO 1973 normierten Verpflichtungen zu entheben.

Sofern aber der Beschwerdeführer insbesondere das Gutachten des von der belangten Behörde im Verfahren dritter Instanz beigezogenen amtsärztlichen Sachverständigen als unschlüssig bzw. widersprüchlich insbesondere auch unter Berücksichtigung der Gutachtenserstattungen in den Vorinstanzen bezeichnet, so vermag sich der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen seiner nachprüfenden Kontrolle auch diesen Ausführungen nicht anzuschließen.

Zunächst ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, daß die vom amtsärztlichen Sachverständigen vorgenommene Wertung der Gefährdungsmerkmale in Ansehung der einzelnen Betriebszeiträume des Gastgartens eine Unschlüssigkeit bzw. Unvollständigkeit nicht erkennen lassen, da sich alle der vom Sachverständigen in diesem Zusammenhang vorgenommenen Qualifikationen des Grades der Gefährdung im Rahmen des vordargestellten "Gefährdungsbegriffes" halten. Wenn schließlich der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang weiters geltend macht, daß selbst nach Angabe des gewerbetechnischen Sachverständigen beim Meßpunkt 3) eine besondere Informationshaltigkeit der betriebsanlagenmäßig bedingten Lärmimmissionen nicht gegeben sei, so findet sich auch im Beschwerdevorbringen kein Anhaltspunkt dafür, daß etwa in Hinsicht darauf etwa eine zeitliche Beschränkung des Betriebes des Gastgartens nur in Ansehung eines räumlich bestimmten Umfangs erforderlich oder überhaupt möglich gewesen wäre.

Ausgehend davon, insbesondere auch unter Berücksichtigung der Art der Lärmereignisse und der dargestellten besonderen örtlichen Verhältnisse vermag daher auch der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen seiner

nachprüfenden Kontrolle eine Unschlüssigkeit der von der belangten Behörde als Sachverhaltsgrundlage herangezogenen Sachverständigengutachten nicht zu erkennen, zumal insbesondere auch in den von der belangten Behörde eingeholten Gutachten entscheidungserhebliche Umstände in einer gegenüber den dargestellten Vorgutachten in einer eine eingängliche Schlüssigkeitsprüfung zulassenden Weise dargestellt wurden.

Die Beschwerde erweist sich somit im Rahmen der dargestellten Beschwerdepunkte als unbegründet. Sie war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen. Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte im Hinblick auf § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG im Zusammenhalt mit der Verordnung BGBl. Nr. 104/1991.