



## Verwaltungsgericht Hamburg

# Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigte:,

g e g e n

Freie und Hansestadt Hamburg,

- Antragsgegnerin -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 7, am 16. August 2024 durch

beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die Anordnung in Nr. I.3 des Bescheids der Antragsgegnerin vom 12. Juni 2024 wird wiederhergestellt. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Beteiligten zu jeweils ein Halb.

Der Streitwert wird auf 5.000 Euro festgesetzt.

#### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten und sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht zu. Sie ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerdefrist wird auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern ist oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Der Beschwerde sowie allen Schriftsätzen sollen – sofern sie nicht in elektronischer Form eingereicht werden – Abschriften für die Beteiligten beigelegt werden.

Vor dem Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

Hinsichtlich der Festsetzung des **Streitwertes** steht den Beteiligten die Beschwerde an das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht zu. Die Streitwertbeschwerde ist beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Sie ist spätestens innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt hat, schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einzulegen.

Soweit die Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nicht durch das Verwaltungsgericht zugelassen worden ist, ist eine Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nur gegeben, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt

## Gründe

I.

Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz hat nur teilweise Erfolg.

1. Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz, mit dem die Antragstellerin die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Bescheid vom XX. Juni 2024 mit den Regelungen zu I.1., I.2. und I.3. begehrt – ein Anordnungsantrag in Bezug auf die bedingten Zwangsgeldfestsetzungen ist nicht gestellt und ist auch bei interessengerechter Auslegung nicht anzunehmen, da hier nichts dafür spricht, dass die Antragsgegnerin bei Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen eine Grundverfügung verkennen würde, dass hierauf gerichtete Zwangsmittel deren sofortige Vollziehbarkeit voraussetzen –, ist nur teilweise zulässig.

Der Antrag ist in dem genannten Sinne zwar statthaft. Ihm ist jedoch nur in Bezug auf die Regelung unter I.3. des Bescheides das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis zuzuerkennen; soweit der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Teilregelungen zu I.1. – Verbot einer Beschallung mit Lautsprechern im Außenbereich – und zu I.2. – Verbot einer Beschallung des Außenbereichs mit aus der Gaststätte nach außen gerichteten Lautsprechern – bezogen ist, kann ein Rechtsschutzbedürfnis nicht angenommen werden.

Das Rechtsschutzbedürfnis als allgemeine, von Amts wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung einer jeden Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes hat zum Gegenstand, die Sonderfälle unnötiger oder gar missbräuchlicher Befassung der Gerichte auszuschließen (vgl. u.a. BVerfG, Beschl. v. 19.10.1982, 1 BvL 34/80; BVerwG, Urt. v. 1.10.2015, 7 C 8.14). Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ist insbesondere dann nicht gegeben (vgl. Wöckel, in: Eyermann, VwGO, 16. Auflage 2022, Vor § 40 Rn. 11), wenn der Rechtsbehelfsführer sein Ziel auf anderem Wege schneller und einfacher erreichen könnte oder wenn ein Erfolg seine Rechtsstellung nicht verbessern würde (vgl. BVerwG, Urt. v. 4.4.2012, 8 C 6.11).

Letzteres ist vorliegend der Fall:

Die Antragstellerin benötigt gerichtlichen Eilrechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO bezogen auf die genannten Bestimmungen des Bescheids vom XX. Juni 2024 schon deshalb nicht

zu einer Verbesserung ihrer Rechtsstellung, weil sie nach ihrem eigenen, durch Vorlage einer entsprechenden eidesstattlichen Versicherung des benannten Betriebsleiters hervorgehobenen Vortrag durch eine Vollziehbarkeit dieser Regelungen nicht belastet wird. Denn nach ihrer Erklärung werden von ihr Lautsprecher der erfassten Arten weder betrieben noch vorgehalten. Ebenso fehlt es an Anhaltspunkten dafür, dass die Antragstellerin derartige Lautsprecher noch zu betreiben gedenkt. Dementsprechend hat sie auch keine Vollzugsmaßnahmen zu gewärtigen, deren vorläufiger Verhinderung der begehrte Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO allein zu dienen hätte.

2. Im Übrigen, bezogen auf die Anordnung unter I.3. des Bescheids, die Fenster und Außentüren an den straßenseitigen Fassaden der Gaststätte ab 22:00 Uhr durchgehend geschlossen zu halten, stellt das Gericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wieder her.

a) Zwar kann der Rüge der Antragstellerin, das besondere formelle Begründungserfordernis gemäß § 80 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO sei nicht erfüllt, wegen der als hinreichend zu erachtenden Bezugnahme in dem Text unter „III. – zu II: sofortige Vollziehung“ auf die Beeinträchtigung der aktuellen Handlungsfähigkeit der Vollzugspolizei durch die Verlärmung des Außenbereichs auf der Straße nicht gefolgt werden.

b) Jedoch kann das Gericht derzeit nicht feststellen, dass das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der Verfügung zu I.3. das private Aussetzungsinteresse der Antragstellerin überwiegt. Vielmehr dürfte sich die fragliche Teilregelung als rechtswidrig erweisen, so dass, wenn die Antragsgegnerin an ihr festhält, dem Widerspruch stattzugeben wäre.

aa) Formelle Fehler sind insoweit allerdings nicht festzustellen. Insbesondere ist die Antragstellerin im Sinne des § 28 Abs. 1 HmbVwVfG angehört worden. Es ist hinsichtlich der Teilregelung zu I.3. der Verfügung auch von der nach § 37 Abs. 1 HmbVwVfG geforderten hinreichenden inhaltlichen Bestimmtheit auszugehen. Dem Vortrag der Antragstellerin, die Anordnung verbiete, zugleich ihre Unverhältnismäßigkeit begründend, jegliche Türöffnung, d.h. auch eine solche zum Durchtritt von Gästen, ist nicht zu folgen; vielmehr ergibt die Auslegung eine hinreichend klare anderweitige Regelungsaussage. Nach dem Regelungszusammenhang gilt für die vorliegende Türregelung, dass damit länger als für den Durchtritt unbedingt nötige Öffnungen unterbunden werden sollen, nicht

jedoch ein faktisches Betriebsverbot nach 22 Uhr ausgesprochen sein soll. Die angeführte Lesart wird im Übrigen schon von der Antragstellerin selbst nicht ernsthaft vertreten, da ihrem Vortrag zur angeblich aus der Anordnung folgenden Umsatzminderung von 15% bis 20% zu entnehmen ist, dass sie sich durch diese Anordnung keineswegs daran gehindert sieht, Gästen nach 22 Uhr Eintritt zu gewähren, wohl aber daran, durch die werbende Wirkung der Geräuschkulisse des Innenraums auch auf die Straße, die sie bislang durch längerfristig anhaltende Öffnung von Fenstern und Türen erzielt hat, weitere Gäste zum Eintritt zu bewegen. Im Kontext der Bescheidbegründung, die Bezug nimmt auf die besonderen Lärm-Grenzwerte für die Nachtzeit zwischen 22 und 6 Uhr nach der TA-Lärm (dort S. ...) und erklärtermaßen auf eine Lärmreduktion während der Nachtzeit abzielt (ebda.), ist die Regelung im Übrigen (noch, in der Gesamtschau) zur zeitlichen Dimension hinreichend bestimmt dahin zu verstehen, dass das Schließgebot nicht dauerhaft ab 22 Uhr des Tages, an dem die Anordnung wirksam wurde, gelten soll, sondern sich sein zeitlicher Geltungsanspruch auf den Zeitraum zwischen 22 Uhr jedes Tages bis 6 Uhr des Folgetages beschränkt. So hat die Antragstellerin es offenbar auch verstanden.

bb) Die Teilregelung zu I.3. der Verfügung erscheint als materiell-rechtlich rechtswidrig. Es dürfte an der erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage mangeln (aaa)); im Übrigen ist die Regelung jedenfalls im Sinne von § 114 VwGO ermessensfehlerhaft ergangen (bbb)).

aaa) Der getroffenen belastenden Teilregelung dürfte die erforderliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage fehlen. Sie kann voraussichtlich weder auf die von der Antragsgegnerin zugrunde gelegte Norm, § 24 Satz 1 BImSchG, gestützt werden, wonach die zuständige Behörde im Einzelfall die zur Durchführung von § 22 BImSchG und der auf das Bundes-Immissionsschutzgesetz gestützten Rechtsverordnungen erforderlichen Anordnungen treffen kann. Sie findet in ihrer gegenwärtigen Gestalt – als selbständige Anordnung – auch keine Rechtsgrundlage in § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG, wonach Gewerbetreibenden, die einer (Gaststätten-)Erlaubnis bedürfen, jederzeit Auflagen zum Schutze gegen schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes und sonst gegen erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Bewohner des Betriebsgrundstücks oder der Nachbargrundstücke sowie der Allgemeinheit erteilt werden können. Sie kann auch nicht – unter Änderung ihrer Regelungsaussage bzw. Gestalt – in eine Auflage umgedeutet werden, für die § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommt.

Im Einzelnen:

(a) Die Antragsgegnerin hat mit der Regelung Nr. 1.3. eine selbständige immissionsschutzrechtliche Anordnung getroffen und nicht etwa den gaststättenrechtlichen Genehmigungsbestand begrenzt bzw. neu geregelt. Diese Bedeutung, die die Antragsgegnerin in ihren beiden Stellungnahmen vom 9. und vom 13. August 2024 auch selbst darlegt, ergibt sich zunächst daraus, dass der Bescheid einleitend und typographisch hervorgehoben den Betreff „Anordnung nach § 24 Bundes-Immissionsschutzgesetz“ führt und auch in der Begründung, zumal der Ermessensausübung, ausschließlich auf § 24 BImSchG Bezug nimmt. Hinzu kommt, dass die Zuständigkeit der handelnden Dienststelle nur mit der Anwendung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes begründet wird und auch der Hinweis zur Gebührenpflichtigkeit der Maßnahme allein Bezug auf den Gebührentatbestand für Anordnungen nach § 24 BImSchG (Nr. 1.3.6 der Anlage 1 zur Umweltgebührenordnung) nimmt, nicht aber auf diejenigen für nachträgliche Auflagen und Anordnungen im Bereich der Wirtschaftsverwaltung, der im Übrigen einen anderen, niedriger angesetzten Gebührenrahmen vorsieht (Nr. 11.3 der Anlage zur Gebührenordnung für die Wirtschaftsverwaltung). Angesichts dieses eindeutigen Befunds kommt der ergänzenden Erwähnung des § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG einzig in der Einleitung zum Entscheidungssatz und auch dort nur „i.V.m.“ § 24 BImSchG keine ausschlaggebende Bedeutung zu, zumal der Bescheid an keiner Stelle einen Zusammenhang mit einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis herstellt, auf die die Auflage nach § 5 Abs. 1 GastG aber notwendig bezogen wäre (vgl.u.).

Eine Anordnung nach § 24 BImSchG durfte die Antragsgegnerin hier nach Ansicht der Kammer wegen Vorrangs der gaststättenrechtlichen Regelung in § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG nicht erlassen. Dahinstehen kann, ob § 5 Abs. 1 Nr. 3 (ggfls. i.V.m. Abs. 2) GastG im Zusammenhang mit Gaststätten im Sinne des § 1 GastG als *lex specialis* generell die Anordnungsbefugnis nach § 24 BImSchG ausschließt (offenlassend BVerwG, Urt. v. 7.5.1996, 1 C 10.95, juris Rn. 29). Auch der Umstand, dass das Gaststättengesetz eine für § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG verbindliche Konkretisierung der schädlichen Umwelteinwirkungen durch eine auch für Gaststätten geltende Rechtsverordnung nach § 23 BImSchG nicht ausschließt (BVerwG, Urt. v. 5.7.1996, 7 N 1.96 u.a., juris Rn. 19; Urt. v. 28.1.1999, 7 CN 1.92, juris Rn. 17), ist insoweit unerheblich, da es vorliegend nicht um eine Verordnungskompetenz, sondern um den Rahmen für Einzelmaßnahmen geht. Jedenfalls für eine spezifisch auf den Kernbereich eines erlaubten Gaststättenbetriebs bezogene Regelung – wie hier, da mit dem Schließgebot die Aufenthaltsbedingungen für die im Gastraum sich aufhaltenden Personen wesentlich betroffen werden (s.u.) – ist § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG gegenüber § 24 BImSchG die einzig anzuwendende Ermächtigungsgrundlage:

Im Verhältnis beider Ermächtigungsgrundlagen ist § 5 GastG diejenige, die der Spezialitätsgrundsatz allgemein als vorrangige und abschließende Norm erscheinen lässt, weil sie innerhalb des von § 24 i.V.m. § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BImSchG tatbestandlich abgesteckten Rahmens, d.h. bei (absehbarer) Verursachung bzw. unzureichender Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen im Sinne von § 3 BImSchG, mit gleicher Zielsetzung enger gefasste Fälle regelt, hier Maßnahmen gegen Betreiber von Gaststätten, und dabei ein spezifisches Rechtsfolgenregime vorsieht, nämlich das Vorgehen durch Auflage nach § 5 Abs. 1 GastG im Falle des erlaubnispflichtigen Gaststättengewerbes und nur im Übrigen durch selbständige Anordnung nach § 5 Abs. 2 GastG (für den „Spezialitätsvorrang“ von § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG: VGH München, Urt. v. 20.4.1995, 22 B 93.1948, juris Rn. 36; Urt. v. 14.2.1990, 22 B 88.275, NVwZ-RR 1990, 407 [408]; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand: 103. Erg.-Lfg., März 2024, § 2 BImSchG Rn. 32).

Soweit von Teilen des Schrifttums gleichwohl, im Wesentlichen unter Berufung auf einen vom Gesetzgeber (vermeintlich) intendierten umfassenden Geltungsanspruch des Bundes-Immissionsschutzgesetzes, die parallele Anwendbarkeit von § 24 BImSchG auf Gaststätten befürwortet wird (vgl. u.a. Heilshorn/Sparwasser, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand: 103. Erg.-Lfg., März 2024, Vorbemerkung zu §§ 22 bis 25 BImSchG Rn. 42, 47 f. m.w.N.), überzeugt diese Durchbrechung des lex-specialis-Grundsatzes jedenfalls nicht für diejenigen Fälle, in denen durch die vorgesehene Maßnahme gerade der für die Sicherung des Schutzes der Gäste, auf den das Gaststättengesetz wesentlich zielt, maßgebliche innere Betriebsablauf betroffen ist.

Dabei wird die Annahme einer Spezialität schon allgemein durch die Gesetzeshistorie nahegelegt. Immerhin ist die Ergänzung des Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG zum Zwecke des Schutzes vor schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes – und damit die Harmonisierung des Anwendungsbereichs mit demjenigen von § 24 i.V.m. § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BImSchG – erklärtermaßen zugunsten eines allgemein gültigen Maßstabs für die Beurteilung von Immissionen (BT-Drs. 7/179, S. 49) vorgenommen worden. Dieser Gesetzesänderung, die schon der Gesetzgeber des Bundes-Immissionsschutzgesetzes selbst vorgenommen hat (vgl. § 69 Abs. 2 Nr. 2 BImSchG in der Ursprungsfassung v. 15.3.1974, BGBl. I S. 721) – so dass im Übrigen auch der lex-posterior-Grundsatz § 24 BImSchG nicht zur Anwendung verhilft –, hätte es aber nicht bedurft, wenn nach dem gesetzgeberischen Konzept ohnehin immer § 24 BImSchG anzuwenden wäre und schon deshalb mindestens der Maßstab des Bundes-Immissionsschutzgesetzes zur

Durchsetzung gebracht werden könnte. Abgesehen davon gibt es keine positiven Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber im Sinn gehabt haben könnte, bereits auf der Ebene des Bundesrechts (als das das Gaststättengesetz in Hamburg gemäß Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG fortgilt) durch zwei parallele fachrechtliche Eingriffsnormen, denen der gleiche Beurteilungsmaßstab zugrundeliegt, in denselben Angelegenheiten einem Nebeneinander von immissionsschutzrechtlichen und gewerberechtlichen Zuständigkeiten den Weg zu bereiten. Insoweit unterscheidet sich die Lage auch von der des landesrechtlich geregelten Baugenehmigungsverfahrens: die Baugenehmigung kann zwar u.U. auch nach Landesrecht mit immissionsschutzrechtlichen Auflagen versehen werden; ihr bzw. dem bauordnungsrechtlichen Aufsichtshandeln kann jedoch landesrechtlich kein Anwendungsvorrang vermittelt werden.

Für Regelungen, die im o.g. Sinn spezifisch auf die Verhältnisse der Gaststättenbesucher betreffende betriebliche Eigenheiten bezogen sind, kommt hinzu, dass bei einer Anwendbarkeit von § 24 BImSchG (vorbehaltlich einer die umwelt- und gewerberechtlichen Zuständigkeiten für Gaststätten in besonderer Weise konzentrierenden Ausgestaltung des Gesetzesvollzugs durch die Länder) regelmäßig eine Stelle zum Erlass der Maßnahme berufen wäre, die anders als die Gewerbeaufsicht nicht unmittelbar über die Kenntnisse aus der Erlaubnisakte verfügt. Je schwerwiegender die Anordnung zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen der Gaststätte in das Betriebskonzept und die Aufenthaltsbedingungen für Gäste und Personal eingreift, desto dringender kommt es indes zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme aber auf solche Kenntnisse an; nur insoweit kann zudem sinnvoll ermessen werden, welche Maßnahme im Kontext der konkret erlaubten Betriebsart und im Hinblick auf die bisherigen aufsichtlichen Erkenntnisse als die zweckmäßigste anzusehen ist und ob (wie hier, vgl.u.) zugleich andere Auflagen nach § 5 Abs. 1 GastG, etwa nach dessen Nr. 1 und 2, in Betracht gezogen werden müssen, für die § 24 BImSchG von vornherein keine Ermächtigungsgrundlage bietet. Abgesehen davon liegt die Zuständigkeit der Erlaubnisbehörde für solche betriebswesentlichen Maßnahmen auch deshalb nahe, weil diese geeignet sind, in ihrer rechtlichen Wirkung einer Neuregelung der erlaubten Betriebsart gleichzukommen.

Soweit die Antragsgegnerin ihre Auffassung zur „konkurrierenden“ Anwendbarkeit von § 24 BImSchG und § 5 GastG im Übrigen auf das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Bayreuth vom 22. März 2012 (B 2 K 10.483, juris) stützt, überzeugt auch dies nicht. Ein Rechtssatz, wonach schlechthin jede Regelung zur Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen durch Gaststätten sowohl auf § 24 BImSchG als auch auf § 5 GastG gestützt werden kann, ist in jener Entscheidung, der die Verpflichtungsklage eines



Nachbarn auf Erlass nicht näher konkretisierter geeigneter Anordnungen im Hinblick auf eine Gaststätte zugrunde lag, nicht enthalten. Entsprechend der dortigen prozessualen Situation ist allein die Rede davon, dass der Aufsichtsbehörde mehrere Rechtsgrundlagen zu Gebote ständen, auf deren Grundlage unterschiedliche Abhilfemaßnahmen verfügt werden könnten, deren Auswahl ins behördliche Ermessen gestellt sei (a.a.O., Rn. 27). Insbesondere dürfte auch das Verwaltungsgericht Bayreuth die beispielhaft aufgezählte (für die erlaubte Betriebsart wesentliche) Betriebszeitenbeschränkung (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 2 GastG) dem Regelungsbereich des § 5 GastG, nicht aber des § 24 BImSchG zuordnen (a.a.O., Rn. 36).

§ 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG ist vorliegend gegenüber einer Anwendbarkeit von § 24 BImSchG auch nicht etwa deshalb unbeachtlich, weil der derzeitige tatsächliche Gaststättenbetrieb der Antragstellerin mit der erteilten Gaststättenerlaubnis nicht mehr vereinbar sein könnte, so dass es auf eine Auflage zu dieser gegebenenfalls überholten Erlaubnis nicht mehr ankommen könnte. Zwar verfügt die Antragstellerin für ihren Betrieb nur über eine gaststättenrechtliche Erlaubnis zur Betriebsart „Schank- und Speisewirtschaft ohne besondere Betriebseigentümlichkeit“ (Erlaubnis v. ... für 141,2m<sup>2</sup> Schankraum und 13m<sup>2</sup> Sommergarten, um Außengastronomie erweitert unter dem ...), d.h. insbesondere ohne Einschluss von Musikdarbietungen oder Tanzveranstaltungen – während sie nach ihrem eigenen Vorbringen (entsprechend den zahlreichen aktenkundigen Polizeiberichten wegen Ruhestörungen, die sich auf laute Musik aus einer „Diskothek“ beziehen) Tanzbereiche offen hält und das Interesse, Fenster und Türen geöffnet zu halten, sich darauf richtet, durch Beschallung des Straßenbereichs weitere Gäste anzuziehen. Jedoch folgt nach der Systematik des Gaststättengesetzes aus einem Wechsel der Betriebsart kein Erlöschen der Erlaubnis (§ 8 GastG), sondern lediglich ein möglicher Widerrufsgrund (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 GastG).

Die Maßnahme, die hier getroffen wird, stellt sich gleichwohl als im o.g. Sinn betriebswesentlich dar. Denn das hier angeordnete andauernde Geschlossenhalten der Türen und Fenster – auch nach heißen Sommertagen – kann auch bei der hier erlaubten Schank- und Speisewirtschaft, zumal nach Angabe der Antragstellerin bislang keine Klimaanlage vorhanden ist, die Aufenthaltsqualität für die Gäste und die Arbeitsbedingungen der dort Beschäftigten ganz erheblich negativ betreffen und damit tief in das (erlaubte) Betriebskonzept einwirken.

(b) Auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG kann die getroffene Anordnung unter Wahrung ihres Regelungsinhalts bzw. ihrer rechtlichen Gestalt schon deshalb nicht aufrecht

erhalten werden, weil diese Vorschrift nur zur Erteilung von Auflagen zu einer Gaststättenerlaubnis ermächtigt, nicht aber zu gegenüber der Erlaubnis selbständigen Anordnungen, was neben dem Wortlaut auch die systematische Differenzierung zwischen § 5 Abs. 1 und Abs. 2 GastG unterstreicht (vgl. auch Metzner/Thiel, Gaststättenrecht, 7. Aufl. 2023, § 5 Rn. 3 f. und 53). Ungeachtet der Frage, inwieweit es sich bei der Auflage im Sinne von § 5 Abs. 1 GastG zugleich um eine Nebenbestimmung im Sinne von § 36 (Hmb)VwVfG handelt (so Metzner/Thiel, a.a.O.; anders mit Blick darauf, dass die erlaubte Betriebsart dadurch nachträglich verändert werden kann, OVG Magdeburg, Urt. v. 7.12.2016, 2 L 17/14, juris Rn. 192) zeichnet sich die Auflage nach § 5 Abs. 1 GastG dadurch aus, dass sie akzessorisch zur bestehenden Erlaubnis ist und deren Schicksal teilt (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.2.1992, 1 C 7.90, juris Rn. 10). Eine solche, auf Akzessorietät angelegte Regelung hat die Antragsgegnerin hier nicht getroffen (vgl.o.).

(c) Aus demselben Grund kann die Anordnung voraussichtlich auch nicht nach § 47 HmbVwVfG inhaltsändernd in eine Auflage nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG umgedeutet werden. Dem steht jedenfalls im Sinne von § 47 Abs. 2 Satz 1 HmbVwVfG entgegen, dass durch eine solche Umdeutung einer (gewollt) selbständigen in eine akzessorische Regelung eine Wesensveränderung stattfände.

bbb) Die Regelung Nr. I.3. ist – was unabhängig von der o.g. Frage der Anwendbarkeit von § 24 BImSchG, jedoch anknüpfend an die o.g. Darlegungen zur Spezifität der gaststättenrechtlichen Fragen, festzustellen ist – auch deshalb rechtswidrig ergangen, weil es an einer den Anforderungen nach § 114 VwGO genügenden Ausübung des Ermessens fehlt.

Es ist nichts dafür erkennbar, dass die Antragsgegnerin alle wesentlichen Gesichtspunkte in ihre Erwägungen eingestellt hätte, die zu berücksichtigen gewesen wären.

Vielmehr ist den Ausführungen zur Ermessensausübung (in den letzten beiden Absätzen unter „Zu I.1 –I.4. ...“) in dem Bescheid eine Beschränkung der Betrachtung auf eine Gegenüberstellung des öffentlichen Interesses am Lärmschutz einerseits und andererseits des wirtschaftlichen Interesses des Gaststättenbetreibers zu entnehmen. Dabei ist, weiter einschränkend, aus dem Hinweis, dass die einfachste und kostenfrei umzusetzende Maßnahme gewählt worden sei, erkennbar, dass als wirtschaftliches Interesse wiederum nur dasjenige an der Gästewerbung durch Beschallung des Straßenraumes gesehen wird.

Damit ist bei den Ermessenserwägungen unzulässig außer Betracht geblieben, welche Auswirkungen die Regelung auf ein wesentliches Schutzziel des Gaststättengesetzes –

nämlich das Wohlergehen der Gäste – hat, obgleich die Antragsgegnerin das Bestehen der gaststättenrechtlichen Erlaubnis und damit den laufenden Betrieb mit Gästen zugrunde zu legen hat und obgleich (zumal angesichts des Gebäudealters) gerade nicht regelhaft (ohne Abgleich mit zumindest dem Stand der Baugenehmigung) davon ausgegangen werden kann, dass bereits aktuell die Frischluftzufuhr – zumal bei voller Auslastung des Lokals und Tanz zu der Musik, um deren Lautstärkeausstrahlung es geht – ausschließlich durch technische Einrichtungen oder durch Öffnungen zu der Blockinnenseite gewährleistet wird. Wäre wiederum, nach weiterer Sachverhaltsklärung, damit zu rechnen, dass es für die Frischluftzufuhr auch auf das Öffnen von straßenseitigen Fenstern und Türen (regelhaft oder bei erhöhter Auslastung) ankommt, so wäre in die Entscheidung, gleichwohl das Geschlossenhalten zu verlangen, einzustellen gewesen, welche Belastungen aus den zum Schutz der Gäste notwendig ergänzenden Maßnahmen folgen.

II.

Die Kostenverteilung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

III.

Zur Bestimmung des Streitwerts orientiert sich die Kammer mangels einer Möglichkeit, die wirtschaftliche Bedeutung der (vermeintlichen) Einschränkungen belastbar zu beziffern, an § 52 Abs. 2 GKG und legt für die Bestimmungen zu I.1. und I.2. als Hauptsachewert jeweils 2.500 Euro und für die Bestimmungen unter I.3. als Hauptsachewert 5.000 Euro zugrunde. Im Hinblick auf die Vorläufigkeit der begehrten Entscheidung wird die Summe halbiert.