



An den Grossen Rat

12.5244.02

WSU/P125244
Basel, 6. Februar 2013

Regierungsratsbeschluss vom 5. Februar 2013

Motion Emmanuel Ullmann und Konsorten betreffend „Anpassung von § 36 Gastgewerbegesetz – Lösung für eine liberale kantonale Praxis bei der Abendruhe“ – Stellungnahme

Der Grosse Rat hat an seiner Sitzung vom 14. November 2012 die nachstehende Motion Emmanuel Ullmann und Konsorten dem Regierungsrat zur Stellungnahme überwiesen:

"In den letzten Wochen ist das Beispiel des Restaurants Rhyschänzli und der beschränkten Öffnungszeiten für Gartenwirtschaften (bis 20 Uhr) publik geworden und hat viel Wirbel verursacht. Die Sachlage ist komplex, werden doch Bundesrecht, ein Bundesgerichtsentscheid und ein Entscheid der kantonalen Baurekurskommission als Argumente ins Feld geführt, weshalb keine liberale Praxis möglich sei.

Zum Bundesgerichtsentscheid / Umweltschutzgesetz:

Entscheidend ist in dieser Sache primär, ob von Bundesrechts wegen eine Pflicht der kantonalen Behörden zur generellen Verfügung der Abendruhe besteht. Dies ist – gerade mit Blick auf die Erwägungen im Fall Eierbrecht (+A.139/2002 vom 5. März 2003) – nicht der Fall. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid nämlich deutlich gemacht, dass die Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zentral sei. Aus diesem Grund verbieten sich pauschale Lösungen wie die generelle Schliessung von Gartenbeizen um 20 Uhr. Das verfassungsrechtliche Rechtsgleichheitsgebot verlangt nämlich nicht nur, dass Gleiches gleich, sondern auch, dass Ungleiches ungleich behandelt wird.

Die Kantone sind zwar an die Vorgaben des Umweltschutzgesetzes des Bundes (USG) gebunden, sie unterliegen damit aber der Pflicht, die konkreten örtlichen Verhältnisse (die sich innerhalb des Stadtgebiets durchaus unterscheiden) zu berücksichtigen und angemessen zu gewichten. Daraus folgt insbesondere eine Pflicht, jeden Betrieb gesondert zu betrachten. In der Folge hängt es primär von der Nachbarschaft ab, ob sie einen Entscheid akzeptiert.

Der Entscheid der Baurekurskommission zum Restaurant "Zum Stänzler" aus dem Jahre 2004 war ein solcher Einzelfall. Daraus abzuleiten, dass alle zukünftigen Gesuche für Gartenwirtschaften nach 20 Uhr im Sinne der Rechtsgleichheit abzulehnen seien, ist unverhältnismässig und entspricht nicht dem offenen Geist unseres Kantons.

Die Motionäre wollen diese kantonale Praxis brechen, indem sie die bundesgerichtliche Pflicht zur einzelfallweisen Beurteilung im kantonalen Gastgewerbegesetz festschreiben wollen. Dies wird erreicht, indem Öffnungszeiten generell bis mindestens 22 Uhr gestattet sind. Im Einzelfall bleiben aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben Einschränkungen durch Beschwerden möglich (Nachbarschaftsrecht).

Die Motionäre beauftragen den Regierungsrat, das Gastgewerbegesetz in § 36 wie folgt zu präzisieren:

"Aussenflächen von Restaurationsbetrieben, die sich in Innenhöfen oder ähnlichen Lagen befinden, dürfen bis mindestens 22 Uhr geöffnet halten."

Emmanuel Ullmann, Dieter Werthemann, David Wüest-Rudin, Conradin Cramer, Salome Hofer, André Auderset, Remo Gallacchi, Lukas Engelberger

Wir nehmen zu dieser Motion wie folgt Stellung:

1. Zur rechtlichen Zulässigkeit der Motion

§ 42 des Gesetzes über die Geschäftsordnung des Grossen Rates (GO) vom 29. Juni 2006 (SG 152.100) bestimmt über die Motion:

§ 42. In der Form einer Motion kann jedes Mitglied des Grossen Rates oder eine ständige Kommission den Antrag stellen, es sei der Regierungsrat zu verpflichten, dem Grossen Rat eine Vorlage zur Änderung der Verfassung oder zur Änderung eines bestehenden oder zum Erlass eines neuen Gesetzes oder eines Grossratsbeschlusses zu unterbreiten.

² Motionen können sich nicht auf den ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich des Regierungsrates oder den an ihn delegierten Rechtssetzungsbereich beziehen.

³ Tritt der Rat auf die Motion ein, so gibt er dem Regierungsrat Gelegenheit, innert drei Monaten dazu Stellung zu nehmen, insbesondere zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit des Begehrens.

Mit der vorliegenden Motion soll der Regierungsrat beauftragt werden, § 36 des Gastgewerbegesetzes mit folgendem Satz zu ergänzen: „Aussenflächen von Restaurationsbetrieben, die sich in Innenhöfen oder ähnlichen Lagen befinden, dürfen bis mindestens 22 Uhr geöffnet halten“.

§ 36 Gastgewerbegesetz lautet:

§ 36. Allgemeine Öffnungszeiten

Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, können die ihm unterstellten Betriebe grundsätzlich von 05.00–01.00 Uhr, in den Nächten auf den Samstag und auf den Sonntag bis 02.00 Uhr, geöffnet sein. Diese Öffnungszeiten gelten nicht für Beherbergungsbetriebe und deren Logiergäste, für Bahnhofrestaurants sowie für besondere kantonale Anlässe.

² Gelegenheits- und Festwirtschaften innerhalb von Messe- und Ausstellungsarealen haben grundsätzlich eine Stunde nach Messeschluss zu schliessen.

³ Das Nähere wird durch Verordnung geregelt.

Unbestrittenermassen und wie auch in der Motion bemerkt sind die Kantone bei der Erteilung von Bewilligungen für Gastgewerbebetriebe unter anderem an die Vorgaben des Umweltschutzrechts des Bundes gebunden. Dementsprechend muss die kantonale Gesetzgebung zum Gastgewerbe mit dem Umweltschutzgesetz des Bundes (USG) und den darauf basierenden Bundesverordnungen im Einklang stehen.

Bei der Festlegung von Öffnungszeiten für Gastwirtschaften spielen vor allem die umweltrechtlichen Vorschriften über die Einwirkungen durch Lärm eine Rolle. Für den Lärm durch den Betrieb einer Gastwirtschaft gibt es keine festen bundesrechtlichen Belastungsgrenzwerte, weshalb die

Vollzugsbehörden die Lärmimmissionen und die daraus zu ziehenden Konsequenzen im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung nach Art. 15 Umweltschutzgesetz (USG) zu bestimmen und die Öffnungszeiten dementsprechend grundsätzlich am Einzelfall auszurichten haben. Dabei darf allerdings als Vollzugshilfe auf Lärmrichtlinien abgestellt werden. Für die Einzelfallbeurteilung sind beispielsweise der Charakter des Lärms, der Zeitpunkt und die Häufigkeit dessen Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. die Lärmvorbelastung zu berücksichtigen (zum Ganzen: BGE 1C_278/2010, 1C_440/2008, 1C_311/207, 130 II 32 in Pra 94 (2005) Nr. 16, 1A.139/2002 und 1A.286/2000 beide i.S. Restaurant Eierbrecht).

Das erklärte Anliegen der Motion, der bundesrechtlich vorgeschriebenen Einzelfallbeurteilung dadurch Nachdruck zu verleihen, dass im kantonalen Gastgewerbegesetz für Restaurationsbetriebe in Innenhöfen eine feste Öffnungszeit von mindestens 22.00 Uhr festgeschrieben werden soll, erscheint widersprüchlich und auf den ersten Blick mit dem geschilderten Umweltrecht des Bundes nicht vereinbar.

Bei näherer Betrachtung ergibt sich zunächst im Allgemeinen das Folgende: § 36 Gastgewerbegesetz kann nicht für sich alleine gelesen werden, sondern ist Teil eines Konzeptes: § 36 Abs. 1 Gastgewerbegesetz enthält bereits jetzt zeitlich konkret festgehaltene generelle Öffnungszeiten (05.00-01.00 Uhr bzw. bis 02.00 Uhr) für einen Grossteil der Gastgewerbebetriebe, die somit auf den ersten Blick wegen des fehlenden Einzelfallbezugs ebenfalls als nicht umweltrechtskonform bezeichnet werden könnten. § 36 Abs. 1 Gastgewerbegesetz enthält aber auch den Hinweis auf den Vorrang anderer Bestimmungen des Gastgewerbegesetzes. Gemäss diesen weiteren Bestimmungen und der darauf basierenden Gastgewerbeverordnung werden die nötigen Bewilligungen, in denen auch die Öffnungszeiten festgelegt werden, nur erteilt, wenn ein Betrieb unter anderem auch umweltschutzrechtlichen Bestimmungen genügt. Zur Einhaltung dieser Bestimmungen können und müssen die Bewilligungen je nachdem mit einschränkenden Auflagen wie etwa bezüglich der Öffnungszeiten versehen werden (§§ 15, 16, 23, 29 Gastgewerbegesetz, §§ 1, 11, 17, 20 Gastgewerbeverordnung). Allein die Aufnahme einer zusätzlichen generellen Mindestöffnungszeitgrenze bezüglich einer einzelnen Gaststättenkategorie in § 36 Gastgewerbegesetz würde somit grundsätzlich nichts am Konzept ändern, wonach auch die Öffnungszeiten dieser Gaststätten an ihrer Verträglichkeit mit dem eidgenössischen Umweltrecht gemessen werden müssten und für jede einzelne dieser Gaststätten nach den Gegebenheiten des Einzelfalles festgelegt werden müssten. Die spezielle Öffnungszeit könnte allenfalls als Richtschnur dienen, im konkreten Fall wäre aber weiterhin eine Unterschreitung aufgrund übergeordneten Rechts vorgeschrieben. Im Übrigen kann es aufgrund dieser Erwägungen auch keine Praxis der Basler Behörden geben, wonach Gartenwirtschaften ohne jegliche Einzelfallbeurteilung grundsätzlich nur bis höchstens 20.00 Uhr geöffnet haben dürfen.

Im Besonderen ist bezüglich der Formulierung der Motion festzuhalten, dass ein Verstoss gegen höherrangiges Bundesrecht (Umweltrecht) und damit die rechtliche Unzulässigkeit der Motion dann ins Auge gefasst werden müsste, wenn die vorgeschlagene Bestimmung einzig so interpretiert werden müsste, dass Restaurationsbetriebe in Innenhöfen in jedem Fall bis mindestens 22.00 Uhr geöffnet haben dürften und keine zeitlichen Einschränkungen im Sinne der übrigen Gesetzgebung mehr vorgesehen wären. Eine solche Regelung würde mit hoher Wahrscheinlichkeit den umweltrechtlichen Prinzipien der Einzelfallbetrachtung und des Verbots übermässiger Lärmimmissionen widersprechen. Weder aus der Formulierung und der damit eng zusammenhängenden geforderten Platzierung des Motionsantrags in § 36 Gastgewerbegesetz noch aus der Begründung der Motion, die ja unter anderem ausdrücklich auf die Durchsetzung der Einzelfallbetrachtung nach Umweltrecht verweist, kann eindeutig eine solche Interpretation abgeleitet werden. Daran kann auch nichts ändern, dass in der Motion von der unzutreffenden Annahme ausgegangen wird, dass die in Frage stehende umweltrechtliche Einzelfallprüfung nur im Rahmen von nachbarschaftlichen Beschwerden zum Tragen käme, anstatt richtigerweise auch in jedem Fall immer präventiv im Vorfeld einer jeden Bewilligungserteilung.

Daher kann nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass die Motion gegen Bundesrecht verstösst. Insbesondere, wenn bei einer Überweisung der Motion der geforderte Gesetzestext in § 36 Abs. 1 Gastgewerbegesetz untergebracht würde, wäre deutlich, dass diese spezielle Öffnungszeit, wie auch die anderen in § 36 Abs. 1 festgelegten Öffnungszeiten, nur gälte, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

Somit ist folgendes Fazit zu ziehen: Mit der Motion wird vom Regierungsrat die Vorlage eines Gesetzesentwurfes beantragt. Der Erlass von Gesetzesbestimmungen fällt in die Zuständigkeit des Grossen Rates. Zudem verlangt die Motion nicht etwas, das sich auf den ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich des Regierungsrates oder den an ihn delegierten Rechtsetzungsbereich bezieht. Es spricht auch nicht von vornherein höherrangiges Recht wie Bundesrecht oder kantonales Verfassungsrecht gegen den Motionsinhalt.

Die Motion ist aufgrund dieser Erwägungen als rechtlich zulässig anzusehen.

2. Zum Inhalt der Motion

Im Kanton Basel-Stadt gibt es rund 900 Gastgewerbebetriebe. 500 davon bewirten ihre Gäste auch im Aussenraum. Die Öffnungszeiten für Betriebe mit Bewirtung im Freien variieren zwischen 20.00 Uhr und 04.00 Uhr; auch in Hinterhöfen gibt es Bewilligungen bis 02.00 Uhr. Nur in sieben Fällen von neu eröffneten Gartenrestaurants in geschlossenen Innenhöfen ist der Betrieb bis 20.00 Uhr eingeschränkt. Und: In einem ganz aktuellen Fall verweigerte die kantonale Baurekurskommission aufgrund von Anwohnereinsparchen die Zustimmung zu einer Aussenbewirtung in einem Innenhof gänzlich.

Die aufgeführten Zahlen zeigen klar auf, dass die Einzelfallprüfung schon heute nicht nur Pflicht, sondern auch gelebte Praxis der Behörden ist. Sowohl das kantonale Gastgewerbegesetz als auch das eidgenössische Umweltrecht schreiben eine solche Einzelfallprüfung vor. Bei dieser Prüfung müssen die Behörden den Charakter des Lärms beurteilen, den Zeitpunkt und die Häufigkeit seines Auftretens, die Lärmempfindlichkeit der Umgebung, eine allfällige Lärmvorbelastung sowie die Lärmintensität. Ganz wesentlich ist bei der Prüfung auch, dass das Lärmschutzrecht des Bundes strengere Anforderungen an neue Anlagen stellt als an bestehende: Neue Anlagen dürfen nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung (der Vollzugsbehörden) höchstens geringfügige Störungen verursachen, bestehende dürfen nicht erheblich stören.

Die Einzelfallprüfung kann nun zum Schluss kommen, dass bei einem neu eröffneten Betrieb eine Öffnungszeit bis 22.00 Uhr in einem Hinterhof mit hohem Wohnanteil mehr als nur "geringfügige Störungen" der Anwohnerinnen und Anwohner verursacht. Wenn dies der Fall wäre, verstösst die Anlage gegen das Umweltrecht des Bundes und darf nicht bewilligt werden. Eine im kantonalen Recht festgelegte Mindestöffnungszeit bis 22.00 Uhr kann daran nichts ändern.

Der Blick in andere Kantone und Städte ergibt kein eindeutiges Bild im Hinblick auf die Öffnungszeiten von Gastgewerbebetrieben. Der Vollzug ist in diesem Bereich von Kanton zu Kanton sehr verschieden, und die Zuständigkeit ist oft auf die Gemeindeebene delegiert, wo die Vielfalt noch grösser ist. Auch der Cercle bruit (Vereinigung der kantonalen Lärmschutzfachleute) verfügt über keine Übersicht. Viele Kantone bzw. Städte haben in ihrem Gastgewerbegesetz allerdings noch eine "Polizeistunde" festgelegt (z.B. Kanton Luzern 00:30 Uhr). In diesen Fällen gibt es – ähnlich wie beim baselstädtischen Gastgewerbegesetz – eine Bestimmung, wonach die Gemeinde im Einzelfall und mit Begründung (Verstoss gegen Ruhe und Ordnung) bei der Gastgewerbepolizei eingeschränkte Öffnungszeiten beantragen kann. Ein konkretes Beispiel hierzu ist die Stadt Zürich. Sie entscheidet zwar ebenfalls im Einzelfall, hält sich indessen bei vergleichbaren Hinterhofbewirtungen enger an das vom Motionär erwähnte Bundesgerichtsurteil "Eierbrecht", indem sie Betriebszeitenbeschränkungen bereits ab 19.00 Uhr vorsieht.

Am Abend und in der Nacht besteht erfahrungsgemäss ein ausgeprägteres Ruhe- und Erholungsbedürfnis der Anwohnerinnen und Anwohner. Lärmimmissionen fallen in diesen Zeiten deshalb stärker ins Gewicht als zu anderen Zeiten. Das Lärmschutzrecht des Bundes berücksichtigt dies insofern, als es für die meisten Lärmarten in der Nacht tiefere Grenzwerte festlegt als am Tag. Das Ruhe- und Erholungsbedürfnis der Anwohnerinnen und Anwohner überwiegt in solchen Fällen auch das wirtschaftliche Interesse einer Wirtin oder eines Wirts und es überwiegt auch das Interesse der Gäste, an jedem Ort zu jeder Zeit bewirtet zu werden.

Der Regierungsrat vertritt die Ansicht, dass es zwar im öffentlichen Interesse liegt, die Durchmischung von Wohnen und Gewerbe – dazu gehört selbstverständlich auch das Gastgewerbe – in einem Quartier zu erhalten. Gleichrangig gilt es aber auch, Rückzugsorte als schützenswerte Elemente der Stadt zu sichern. Dieses öffentliche Interesse kann im Einzelfall private Interessen an einer Aussenbewirtung überwiegen, sodass gar keine Hinterhofbewirtung zulässig ist, wie dies jüngst die Baurekurskommission entschieden hatte. Im konkreten Fall sind die Bewohnerinnen und Bewohner bereits auf der Strassenseite viel Lärm ausgesetzt; die Baurekurskommission anerkannte ihr Recht, im Hinterhof Ruhe zu haben – und dies den ganzen Tag.

Die Motion möchte mit Hilfe einer Gesetzesänderung auch den sieben eingangs erwähnten Gastgewerbebetrieben (die weniger als ein Prozent aller Betriebe ausmachen) das Bewirten im Freien bis 22.00 Uhr garantieren. Gleichzeitig verlangt aber die Motion, dass die Bewilligungsbehörden jedes Gesuch als Einzelfall prüfen. Darin sieht der Regierungsrat einen Widerspruch. Mit der Annahme der Motion bzw. mit der Aufnahme des verlangten Textes in § 36 Gastgewerbegesetz würde zudem der falsche Eindruck geweckt, dass Restaurants mit Bewirtung im Freien in Basel immer bis mindestens 22.00 Uhr geöffnet haben können. Genau dies kann eine kantonale Regelung wegen des Vorrangs des eidgenössischen Umweltrechts nicht garantieren. Die Motion vermittelt also eine Scheinlösung, die gar nicht möglich ist. Zudem verlangt sie von den kantonalen Behörden eine Praxis, die es schon gibt – und die bundesrechtlich ohnehin vorgeschrieben ist. Die Vielfalt und Länge der Öffnungszeiten für Betriebe im Freien beweist mit aller Deutlichkeit, dass die Behörden den ihnen zur Verfügung stehenden Spielraum wahrnehmen. Gestützt auf diese Argumente muss die Motion als unnötig aber auch als untauglich beurteilt werden.

3. Antrag

Auf Grund dieser Stellungnahme beantragen wir, die Motion Emmanuel Ullmann und Konsorten betreffend „Anpassung von § 36 Gastgewerbegesetz – Lösung für eine liberale kantonale Praxis bei der Abendruhe“ dem Regierungsrat nicht zu überweisen.

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Dr. Guy Morin
Präsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin