

# **BUNDESV ERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 4 B 4.03  
OVG 8 A 11957/00

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 28. Januar 2003  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. P a e t o w und die Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. L e m m e l und G a t z

beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 30. Oktober 2002 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 5 113 € festgesetzt.

#### G r ü n d e :

Die auf § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO gestützte Beschwerde bleibt erfolglos. Aus dem Beschwerdevorbringen ergibt sich nicht, dass die Revision wegen eines Verfahrensmangels zuzulassen ist.

a) Die Beschwerde hält das schriftlich erstellte und in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 16. Oktober 2002 erläuterte Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. S. durch die Einwände des Sachverständigen H. für erschüttert und sieht in der Ablehnung ihres Antrags, durch einen weiteren Sachverständigen Beweis zur Häufigkeit, Lästigkeit und gegebenenfalls Gesundheitsschädlichkeit der von der Schweinehaltung des Beigeladenen unter Zugrundelegung der streitigen Baugenehmigung ausgehenden Immissionen zu erheben, und zwar im Vergleich zur Vorbelastung vor der Umbaumaßnahme, einen Verstoß gegen die gerichtliche Aufklärungspflicht (§ 86 Abs. 1 VwGO). Diese Rüge greift nicht durch. Die Einholung zusätzlicher

Sachverständigengutachten liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gemäß § 98 VwGO in Verbindung mit den §§ 404, 412 ZPO im Ermessen des Tatsachengerichts, das nur dann nicht verfahrensfehlerfrei ausgeübt wird, wenn das Gericht von der Einholung absieht, obwohl die Notwendigkeit einer weiteren Beweiserhebung sich ihm hätte aufdrängen müssen (vgl. z.B. BVerwG, Urteil vom 6. Oktober 1987 - BVerwG 9 C 12.87 - Buchholz 310 § 98 VwGO Nr. 31). Maßgebend für die Frage, welche Tatsachen der Tatrichter dabei nach § 86 Abs. 1 VwGO aufzuklären hat, ist seine eigene materiellrechtliche Auffassung, auch wenn diese einer Überprüfung nicht standhalten sollte (BVerwG, Urteil vom 25. März 1987 - BVerwG 6 C 10.84 - Buchholz 310 § 108 VwGO Nr. 183). Nach diesen Maßstäben ist ein Verfahrensmangel nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht hat die zwischen den Sachverständigen S. und H. kontrovers behandelten Fragen als nicht entscheidungserheblich erachtet, weil eine Verschlechterung der Situation bereits aufgrund eines Vergleichs der Nutzung vor und nach der Genehmigung ausgeschlossen sei. Die Beschwerde legt nicht dar, warum und zu welchen konkreten Punkten unter diesen Voraussetzungen ein weiteres, die Differenzen zwischen beiden Gutachtern klärendes Obergutachten hätte eingeholt werden sollen. Die Tatsache, dass das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf gutachterliche Äußerungen der Sachverständigen S. und H. der Nachbarklage im Verfahren 8 A 11956/00 stattgegeben hat, gibt für die Aufklärungsrüge mangels Identität der Streitgegenstände nichts her. Das vorliegende Verfahren betrifft die Baugenehmigung für den Umbau und die Umnutzung des Erdgeschosses, das Verfahren 8 A 11956/00 die Baugenehmigung für die Nutzung des Obergeschosses des so genannten Stalles 3.

Mit der Rüge, das Berufungsgericht habe die Ablehnung ihres Beweisantrags nicht ausreichend begründet und dadurch gegen § 86 Abs. 2 VwGO verstoßen, ist die Beschwerde ausgeschlossen. Nach § 295 Abs. 1 ZPO, der über § 173 VwGO auch im verwal-

tungsgerichtlichen Verfahren Anwendung findet, hätte der behauptete Mangel - sein Vorliegen unterstellt - spätestens in der nächsten mündlichen Verhandlung gerügt werden müssen, wobei hierunter auch der Teil der mündlichen Verhandlung zu verstehen ist, der sich unmittelbar an den Verfahrensabschnitt anschließt, in dem der Verfahrensverstoß geschehen sein soll (BVerwG, Urteil vom 6. Juli 1998 - BVerwG 9 C 45.97 - BVerwGE 107, 128 <132> m.w.N.). Danach hat die Klägerin ihr Rügerecht bereits in der Berufungsinstanz verloren, weil sie den angeblichen Verfahrensfehler ausweislich des Terminprotokolls, das gemäß § 415 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 98 VwGO den vollen Beweis der darin beurkundeten Vorgänge erbringt, in der Berufungsverhandlung nicht beanstandet hat. Der eingetretene Verlust des Rügerechts gilt auch für die Revisionsinstanz (§ 173 VwGO in Verbindung mit § 556 ZPO).

b) Die Gehörsrüge, mit der die Beschwerde der Sache nach geltend macht, das Berufungsgericht habe eine unzulässige "Überraschungsentscheidung" getroffen, geht ebenfalls fehl. Zu Unrecht hält die Beschwerde dem Berufungsgericht vor, die Klägerin nicht auf einen im Lauf der mündlichen Verhandlung am 16. Oktober 2002 eingetretenen Wandel seiner Rechtsauffassung hingewiesen zu haben. Sie legt schon nicht dar, dass das Berufungsgericht seine Rechtsauffassung überhaupt geändert hat. Die Ladung des Sachverständigen S. zeigt, dass der Ausgang des Berufungsverfahrens für das Berufungsgericht bis zur mündlichen Verhandlung noch offen war und von der Aussage des Sachverständigen abhing. Nach dessen Vernehmung und der Ablehnung des Antrags der Klägerin auf Beiziehung eines weiteren Sachverständigen war klar, dass das Berufungsgericht die maßgeblichen Fragen nunmehr als geklärt ansah; die Klägerin musste mit der Möglichkeit rechnen, dass die Berufung zurückgewiesen werden würde. In einem entgegenstehenden Irrglauben konnte sich die Klägerin nicht deshalb bestätigt fühlen, weil die Berufung im Verfahren 8 A 11956/00 Erfolg hatte; denn das Urteil in je-

nem Verfahren betraf zum einen einen anderen Streitgegenstand und war zum anderen am 16. Oktober 2002 auch noch nicht ergangen, sondern wurde zeitgleich mit dem Urteil dieses Verfahrens am 30. Oktober 2002 verkündet. Im Übrigen könnte die Revision selbst dann nicht zugelassen werden, wenn das Berufungsgericht tatsächlich eine unzulässige Überraschungsentscheidung getroffen hätte. Die schlüssige Rüge, das rechtliche Gehör sei verletzt, erfordert regelmäßig die substantiierte Darlegung dessen, was der Beteiligte bei ausreichender Gehörgewährung noch vorgebracht hätte und inwiefern der weitere Vortrag zur Klärung des geltend gemachten Anspruchs geeignet gewesen wäre (vgl. BVerwG, Beschluss vom 22. April 1999 - BVerwG 9 B 188.99 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 44). Daran fehlt es hier. Die nur pauschale Behauptung, die Klägerin hätte - gegebenenfalls im Wege des Schriftsatznachlasses - noch weiter zur Sache vorgetragen und zusätzliche Beweisanträge gestellt, reicht nicht aus.

c) Ohne Erfolg beanstandet die Beschwerde schließlich einen Verstoß gegen den in § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO verankerten Überzeugungsgrundsatz. Dabei kann dahinstehen, ob hier überhaupt die Voraussetzungen gegeben sein könnten, unter denen eine Verletzung des § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO ausnahmsweise einen Verfahrensmangel und nicht einen materiellrechtlichen Mangel darstellt. Die Beschwerde führt zwar Tatsachen für ihren Vorwurf an, das Berufungsgericht sei von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen, "indem es in seiner Entscheidung unterstellt hat, dass mit der Nutzungsänderung des ursprünglich ausschließlich zur Rinderhaltung genutzten Stalles 1 zur Schweinehaltung nicht zugleich im Zuge von baulichen Veränderungen im Bereich des Wohnhauses des Beigeladenen und der vorbeiführenden Gemeindestraße Dungstätte und Jauchegrube ... des seinerzeit im Jahr 1953 genehmigten Stalles beseitigt worden sind." Sie legt aber nicht dar, dass die Entscheidung auf dem behaupteten Verfahrensmangel beruht. Es fehlen Rechtsausfüh-

rungen dazu, warum bei Zugrundelegung des von der Beschwerde geschilderten Sachverhalts die Nutzung des Stalles Nr. 1 als Schweinestall nicht als Vorbelastung der vorhandenen Umgebung hätte in Rechnung gestellt werden dürfen. Mit der reinen, durch keine rechtlichen Erwägungen unterlegten Behauptung, der wahre Sachverhalt habe die "Nichtberücksichtigungsfähigkeit der Schweinehaltung im Stall 1 zur Ermittlung der rechtmäßigen Vorbelastung" zur Folge, ist es nicht getan.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO und die Streitwertentscheidung auf § 14 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, § 13 Abs. 1 Satz 1 GKG.

Paetow

Lemmel

Gatz