

Az.: 1 A 256/15  
3 K 285/06

beglaubigte  
Abschrift



# SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

**Im Namen des Volkes**

## **Urteil**

In der Verwaltungsrechtssache

der Frau

- Klägerin -  
- Berufungsklägerin -

prozessbevollmächtigt:  
Rechtsanwalt

gegen

die Große Kreisstadt Freiberg  
vertreten durch den Oberbürgermeister  
Obermarkt 24, 09599 Freiberg

- Beklagte -  
- Berufungsbeklagte -

beigeladen:  
Herr

prozessbevollmächtigt:  
Rechtsanwälte

wegen

baurechtlichen Nachbarschutzes  
hier: Berufung

hat der 1. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht Meng, die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Schmidt-Rottmann und den Richter am Obergerverwaltungsgericht Kober aufgrund der mündlichen Verhandlung

am 21. Oktober 2016

### **für Recht erkannt:**

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 24. Februar 2009 - 3 K 285/06 - wird zurückgewiesen.

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

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand**

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen die Baugenehmigung des Beigeladenen zur Nutzungsänderung von Räumen im Erdgeschoss des benachbarten fünfgeschossigen Büro- und Geschäftsgebäudes von einem Ladengeschäft in eine Gaststätte.
- 2 Die Klägerin ist Eigentümerin des mit einem mehrgeschossigen Wohnhaus bebauten Grundstücks G1..... der Gemarkung ..... (.....). Gemeinsam mit ihrem Ehemann (Herrn ..... ) lebt sie in einer Wohnung im oberen Bereich des innerstädtisch gelegenen Gebäudes; die übrigen Wohnungen werden vermietet.
- 3 Auf den Antrag vom 15. April 2003 erteilte die Beklagte dem Rechtsvorgänger des Beigeladenen unter dem 27. Juni 2003 eine Baugenehmigung zur Nutzungsänderung von Räumen im Erdgeschoss des Gebäudes ..... von einem Ladengeschäft in eine „Schank- und Speisewirtschaft mit 25 Sitzplätzen“ mit mehreren Auflagen, u. a. zur Ausrüstung der Küche mit „wirksamen Fettfangfiltern“ (Nr. 4), zur

Einhaltung von Lärm-Immissionsrichtwerten durch die An- und Absaugöffnungen der Lüftungsanlage (Nr. 16) sowie zur Umsetzung der „Grundsätze der VDI 2052“ für eine ordnungsgemäße Erfassung und Abführung der Abluft (Nr. 17). Für einen zusätzlichen „Wirtschaftsgarten im öffentlichen Verkehrsraum“ bedürfe es eines gesonderten Bauantrags. Nach Durchführung von Umbauarbeiten im Inneren des Gebäudes wurde der Beklagten die Baufertigstellung (§ 79 Abs. 1 SächsBO a. F.) zum 28. August 2003 angezeigt. Die Eröffnung der Gaststätte erfolgte am 11. September 2003.

- 4 Unter dem 15. Juni 2004 erteilte die Beklagte dem Beigeladenen eine Baugenehmigung im vereinfachten Verfahren (§ 62a SächsBO a. F.) zur straßenseitigen Erweiterung der Gaststätte um einen Biergarten mit 15 Gastplätzen auf einer Fläche von 20 m<sup>2</sup>.
- 5 Nachdem sich Mieter der Klägerin im Jahr 2004 über Geruchsbelästigungen von der Gaststätte beschwert und sich die Klägerin sowie ihr Ehemann erfolglos zunächst an den Verwalter und an den Eigentümer des Nachbargebäudes gewandt hatten, wandte sich die Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 12. Oktober 2004 an das Bauamt der Beklagten. Eine Beteiligung sei nicht erfolgt; sie bitte deshalb um Mitteilung, ob ein bauaufsichtliches Verfahren durchgeführt worden sei. Mit Schreiben vom selben Tag wandte sich die Klägerin auch an das Ordnungsamt der Beklagten und bat um Mitteilung, wann die gaststättenrechtliche Erlaubnis erteilt worden sei. Die von der Gaststätte verursachten Geruchsimmissionen beeinträchtigten die Lebensqualität erheblich.
- 6 Mit Schreiben vom 19. Oktober 2004 teilte die untere Gaststättenbehörde der Klägerin mit, dass am 11. September 2003 eine gaststättenrechtliche Erlaubnis und am 27. Juni 2003 eine Baugenehmigung zur Nutzungsänderung erteilt worden sei. Die Baugenehmigung enthalte unter anderem Auflagen zum Immissionsschutz.
- 7 Mit Schreiben vom 27. Oktober 2004 übersandte die untere Bauaufsichtsbehörde der Klägerin eine Kopie der Baugenehmigung. Die im Baugenehmigungsverfahren beteiligte Immissionsschutzbehörde habe keine erhebliche Geruchsbelästigung der benachbarten Grundstücke festgestellt.

- 8 Am 29. November 2004 nahm die Klägerin Einsicht in die Baugenehmigungsakte.
- 9 Mit Schreiben vom 24. August 2005 erhob sie bei der Beklagten Widerspruch gegen die Baugenehmigung vom 27. Juni 2003. Der Widerspruch sei zulässig, insbesondere nicht verfristet. Sie habe erst mit Schreiben der Beklagten vom 27. Oktober 2004 von der erteilten Baugenehmigung erfahren. Dieses Schreiben habe keine Rechtsbehelfsbelehrung enthalten, weshalb die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO anwendbar sei. Die Baugenehmigung verletzte die Klägerin in ihren Rechten. Insbesondere sei § 14 Abs. 1 und Abs. 5 GastBauR verletzt, wonach Gasträume und Küchen geeignete Lüftungsanlagen und Abzüge haben müssten, so dass die Bewohner des Grundstücks und der Nachbargrundstücke nicht belästigt würden. Das Vorliegen einer ausreichenden Belüftung sei im Baugenehmigungsverfahren trotz entsprechender Hinweise der Immissionsschutzbehörde nicht hinreichend geprüft worden. Es treffe auch nicht zu, dass die frühere Gebäudenutzung durch Imbissbetriebe ähnlich gewesen sei. Vor der Umnutzung habe es kaum Geruchsbelastungen gegeben. Nunmehr leide die gesamte Nachbarschaft an den ekelerregenden Gerüchen; Balkone und Terrassen könnten nur noch eingeschränkt genutzt werden, Fenster müssten geschlossen bleiben.
- 10 Mit Widerspruchsbescheid vom 2. Februar 2006 (zugestellt am 6. Februar 2006) wies das damalige Regierungspräsidium Chemnitz den Widerspruch der Klägerin als unzulässig zurück. Die angegriffene Baugenehmigung sei bestandskräftig geworden, weil die Klägerin nicht rechtzeitig Widerspruch eingelegt und ihr Widerspruchsrecht verwirkt habe. Die Widerspruchsfrist des § 70 i. V. m. § 58 Abs. 2 VwGO sei nicht in Lauf gesetzt worden, weil die Baugenehmigung der Klägerin nicht bekannt gegeben worden sei. Die Klägerin müsse sich mit Blick auf das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis aber so behandeln lassen, als sei ihr die Baugenehmigung bekannt gegeben worden, nachdem sie sichere Kenntnis von der Erteilung gehabt habe oder hätte erlangen müssen. Angesichts der am 28. August 2003 abgeschlossenen Umbauarbeiten und der Eröffnung des Lokals am 11. September 2003 habe die Klägerin spätestens am 11. September 2003 davon ausgehen müssen, dass der Beigeladene sowohl im Besitz einer bau- als auch einer gewerberechtlichen Genehmigung gewesen sei.

- 11 Die Klägerin hat am 6. März 2006 Anfechtungsklage gegen die Baugenehmigung vom 27. Juni 2003 erhoben. Ihr Widerspruch sei weder verfristet noch verwirkt. Vor dem 27. Oktober 2004 habe sie weder Kenntnis von der erteilten Baugenehmigung gehabt noch haben müssen. Der Beigeladene habe auch nicht darauf vertrauen können, dass die Klägerin die erteilte Baugenehmigung hinnehmen werde. Sie habe sich mehrfach wegen der Geruchsbelästigungen an die zuständigen Behörden gewandt, darüber hinaus auch an die Staatliche Lebensmittelüberwachung. Dies sei dem Beigeladenen bekannt gewesen. Die Baugenehmigung sei rechtswidrig und verletzte die Klägerin in ihren Rechten. Insbesondere § 14 GastBauR sei verletzt; das Vorliegen einer ausreichenden Belüftung sei im Baugenehmigungsverfahren ausweislich der Bauakte nicht hinreichend geprüft worden. Die Abluftanlage sei für den Gaststättenbetrieb des Beigeladenen offensichtlich unzureichend. In den Abendstunden könne sich die Klägerin des Gestanks nur durch das Schließen der Fenster erwehren. Eine Balkon- und Terrassennutzung sei nicht mehr möglich.
- 12 Die Klägerin hat beantragt,  
  
den Bescheid der Beklagten vom 27. Juni 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids des Regierungspräsidiums Chemnitz vom 2. Februar 2006 aufzuheben.
- 13 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Das Gebäude ..... sei in den neunziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts vom damals noch zuständigen Landratsamt genehmigt worden. Der Beigeladene habe die Gaststätte zunächst mit einem Dritten betrieben. Ein Bauherrenwechsel sei nicht ausdrücklich mitgeteilt worden, die Beklagte gehe allerdings davon aus, dass der Beigeladene die Rechte und Pflichten aus der Baugenehmigung im Wege der Einzelrechtsnachfolge übernommen habe. Die Klage sei unzulässig. Der Widerspruch sei prozessual verwirkt. Die Behauptung der Klägerin, sie habe von der Nutzungsänderung zunächst keine Kenntnis erlangt, sei unglaubhaft. Die Klägerin wohne auf dem Nachbargrundstück; Arbeiten im Zusammenhang mit der Nutzungsänderung könnten ihr nicht verborgen geblieben sein. Der Klägerin hätte es bereits im Jahr 2003 obliegen, sich bei der Beklagten über die Erteilung einer möglichen Baugenehmigung zu erkundigen. Der Widerspruch sei erst viele Monate nach erfolgter Akteneinsicht eingelegt worden. Die

Klägerin habe in Kenntnis aller Umstände die ihr zuzubilligende Überlegungsfrist verstreichen lassen und dadurch ihr Widerspruchsrecht verwirkt.

- 14 Die unzulässige Klage sei auch unbegründet, weil die Baugenehmigung vom 27. Juni 2003 die Klägerin nicht in ihren Rechten verletze. Die Vorschriften der Gaststättenbaurichtlinie seien gewahrt; dies gelte auch für deren § 14. Der Gastraum werde entlüftet, entsprechende Vorrichtungen seien vorhanden. Auch eine immissionsschutzrechtliche Prüfung sei im Baugenehmigungsverfahren erfolgt. Die von der Klägerin behaupteten übermäßigen Geruchsbelästigungen hätten von Mitarbeitern der Beklagten bei mehreren Kontrollen nicht festgestellt werden können; etwaige Essenserüche könnten auch von einer anderen Gaststätte stammen. Sollte der Beigeladene gegen ihm erteilte Auflagen verstoßen haben, führe dies nicht zur Rechtswidrigkeit der Genehmigung.
- 15 Der erstinstanzlich nicht anwaltlich vertretene Beigeladene hat sich nicht geäußert.
- 16 Nach Durchführung eines Augenscheins hat das Verwaltungsgericht Chemnitz die Klage durch Urteil vom 24. Februar 2009 - 3 K 285/06 - abgewiesen. Die Baugenehmigung verletze die Klägerin nicht in ihren Rechten, weil sie ihre „nachbarlichen Abwehrrechte“ verwirkt habe. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass die Klägerin von den Baumaßnahmen und der ihr zu Grunde liegenden Baugenehmigung im Zuge der fortschreitenden Baumaßnahmen hätte Kenntnis erlangen können und müssen. Ihr Hauseingang befinde sich - wenn auch um die Ecke - nur wenige Meter vom Eingang der Gaststätte des Beigeladenen, die eindeutig als Lokal und nicht mehr als Fleischergeschäft gekennzeichnet gewesen sei. Ein Nachbar, der die Errichtung eines Bauvorhabens zur Kenntnis nehme oder zumindest nehmen müsse, und gleichwohl erst nach Fertigstellung einen Rechtsbehelf einlege, müsse sich regelmäßig eine Verwirkung entgegenhalten lassen. Dies gelte auch hier. Hinzu komme, dass die Klägerin mit der Einlegung des Widerspruchs noch über einen Zeitraum von mehr als einem Jahr zugewartet habe, nachdem sie Kenntnis von dem Betrieb des umgebauten Lokals gehabt hätte. Im Mai 2004 habe sie die „üblen Gerüche“ erstmals bemerkt. Im Juli 2004 hätten sich Mieter bei ihr über die Geruchsbelästigungen beschwert. Es komme nicht darauf an, ob der Klägerin die

Baugenehmigung bekannt gegeben worden sei, sondern es reiche, dass sie auf andere Weise Kenntnis von der Erteilung gehabt habe oder hätte haben müssen.

- 17 Auf den Antrag der Klägerin hat der Senat durch Beschluss von 26. März 2010 - 1 A 215/09 - die Berufung wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils zugelassen. Die Klägerin habe die entscheidungstragenden Feststellungen des Verwaltungsgerichts zur Verwirkung ihrer „nachbarlichen Abwehrrechte“ mit schlüssigen Argumenten so in Zweifel gezogen, dass der Ausgang des Berufungsverfahrens offen sei.
- 18 Im Berufungsverfahren macht die Klägerin unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens geltend, sie habe ihre Rechte nicht verwirkt. Sie habe im maßgeblichen Zeitraum weder von dem Bauantrag noch der am 27. Juni 2003 erteilten Baugenehmigung Kenntnis gehabt noch haben müssen. Im Erdgeschoss des Nachbargebäudes habe es seit 1993 Verkaufseinrichtungen mit Imbissbetrieb gegeben. Während die 1993 eingerichtete Bäckerei durchgängig bewirtschaftet worden sei, sei das ursprüngliche Fleischereifachgeschäft mit Unterbrechungen in den Jahren 1996 und 1997 bis Ende 1999 betrieben worden. Nach dreijährigem Leerstand habe im Jahr 2002 ein türkisches Ladengeschäft (u. a. für Oliven und Salate) mit einem Imbissbetrieb eröffnet. Angesichts der mehr als zehnjährigen, im Wesentlichen gleichgelagerten Nutzung für Imbissbetriebe und der bis Ende August 2003 auf das Gebäudeinnere beschränkten Umbauten habe es sich ihr nicht aufdrängen müssen, dass nunmehr eine Nutzungsänderung genehmigt worden sei. Veränderungen am Äußeren des Gebäudes habe sie erst „nach Monaten“ festgestellt, zumal sie seinerzeit regelmäßig zwischen 6.00 Uhr und etwa 19.00 Uhr ortsabwesend gewesen sei. Nach der Eröffnung der Gaststätte im Herbst 2003 habe es zunächst nur gelegentliche Geruchsbelästigungen gegeben.
- 19 Erst im Frühjahr 2004 hätten stärkere Geruchsbelästigungen Anlass zu Rückfragen bei der Beklagten gegeben; bis dahin habe sich kein Mieter bei ihr beschwert. Auch deshalb habe die Klägerin nicht von einer Nutzungsänderung ausgehen müssen. Erstmals am 19. November 2004 habe sich die Familie S..... bei der Klägerin beschwert, dies habe sie in Schriftform am 15. Oktober 2005 wiederholt. Im Mai 2005 sei bekannt geworden, dass Mieter des Nachbargrundstücks .....

Mietminderungen wegen intensiver Geruchsbelästigungen geltend gemacht hätten. Der Beigeladene und sein Rechtsvorgänger hätten nicht darauf vertrauen können, dass die Klägerin ihr Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben werde. Bereits ab Mai 2004 habe die Klägerin deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie sich mit der derzeitigen intensiven Nutzung des Gebäudes und der damit verbundenen Geruchsbelästigung nicht abfinden werde.

- 20 Die zulässige Klage sei auch begründet. Durch das Inkrafttreten der Sächsischen Bauordnung von 2004 habe sich der maßgebliche gerichtliche Prüfungsumfang nicht geändert; dies gelte auch mit Blick auf § 63 SächsBO. Nachträgliche Rechtsänderungen zugunsten des Beigeladenen seien nicht zu berücksichtigen. Die Baugenehmigung widerspreche insbesondere § 14 GastBauR und dem Rücksichtnahmegebot. Prüffähige Unterlagen zur Belüftungsanlage habe es nie gegeben; schon dies habe eine ausreichende behördliche Prüfung hinsichtlich des Brandschutzes, des Gesundheitsschutzes und letztlich des Nachbarschutzes ausgeschlossen. Zahlreiche Mieter der Klägerin (Frau B....., Herr H.... und Familie S.....) seien wegen der Geruchsbelastungen ausgezogen. „Schriftliche Zeugenaussagen“ der Mieter zur Geruchsbelastung aus den Jahren 2004 bis 2005 habe die Klägerin zur Gerichtakte gereicht; diese „Aussagen“ hätten nach wie vor Gültigkeit. Mietern, die zwischen 2005 und 2015 eingezogen seien, sei die Geruchssituation vor dem Einzug bekannt gewesen. Entgegen den Ausführungen des Beigeladenen habe sich nach der angeblichen Erneuerung des Lüftungssystems im Jahr 2012 an den Geruchsbelastungen nichts geändert. Beim Ortstermin mit dem vom Gericht beauftragten Sachverständigen im Jahr 2015 habe sich sogar herausgestellt, dass der Gastraum des Beigeladenen nicht mehr über eine mechanische Lüftungsanlage verfüge. Die Küchenabluftanlage sei unzureichend. Der gesamten Lüftungsanlage fehle die technisch erforderliche Luftzuführung. Öl und Fettreste zögen am Abscheider vorbei und tropften über undichte Stellen des Abluftrohrs auf die Balkonanlage des Nachbargebäudes, was die Brandgefahr zusätzlich erhöhe. Auf die als Anlage zum Schriftsatz vom 14. Oktober 2015 vorgelegte ausführliche Stellungnahme des Ingenieurbüros S... vom 13. August 2015 werde verwiesen. Der private Bekanntenkreis der Klägerin erlebe die Geruchsbelastungen im Terrassenbereich regelmäßig mit, halte sich aber natürlich nicht ständig im Haus der Klägerin auf. Es handele sich um Verwandte und Bekannte in ähnlichem Alter wie die

Klägerin und ihr Ehemann, denen die mit einer Zeugenbefragung verbundenen Belastungen nicht zugemutet werden sollten und die - wie in der mündlichen Verhandlung ausgeführt - deshalb nicht als Zeugen für die Geruchsbelastung benannt würden. Eine Beweisvereitelung könne der Klägerin nicht vorgehalten werden. Sie habe sich stets kooperativ gezeigt und habe die vom Senat angeordnete Geruchsmessung nach der Geruchsimmissions-Richtlinie nicht etwa verhindern wollen. Die über einen Zeitraum von einem Jahr vorgesehenen Messungen wären jedoch mit unzumutbaren Belastungen verbunden gewesen, weil das anstelle einer Leiter nachträglich aus Gründen des Arbeitsschutzes als erforderlich angesehene Gerüst am Wohngebäude die ohnehin bestehende Einbruchsfahr deutlich erhöht hätte und sich zehn wechselnde, unbekannte Messpersonen selbst zu Nachtzeiten insgesamt mehr als 100 mal im Terrassenbereich des Hauses vor dem Schlafzimmer praktisch nur wenige Meter vom Ehebett aufgehalten hätten. Die Klägerin und ihr Ehemann pflegten bei offener Terrassentür zu schlafen. Zusätzlich sei der schlechte Gesundheitszustand ihres Ehemanns zu berücksichtigen, der u. a. an einer schweren Herzerkrankung leide und in besonderer Weise auf eine ruhige Umgebung angewiesen sei. Auch die Nutzung der hauseigenen Sauna wäre durch den vorgesehenen Messablauf deutlich beeinträchtigt worden.

21 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 24. Februar 2009 - 3 K 285/06 - zu ändern und den Bescheid der Beklagten vom 27. Juni 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids des Regierungspräsidiums Chemnitz vom 2. Februar 2006 aufzuheben.

22 Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

23 Sie verteidigt das angegriffene Urteil. Die unzulässige Klage sei auch unbegründet. Für die gerichtliche Überprüfung der Baugenehmigung komme es entsprechend dem Hinweis des Senats nicht darauf an, ob die Bauausführung ordnungsgemäß erfolgt sei und die Lüftungsanlage vom Beigeladenen ordnungsgemäß betrieben werde. Insbesondere durch die Auflagen Nrn. 16 und 17 zur Baugenehmigung sei den nachbarlichen Belangen hinreichend Rechnung getragen worden.

Immissionsschutzrechtliche Vorschriften seien im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren nicht zu prüfen. Übermäßige Geruchsbelastungen hätten die Mitarbeiter der Beklagten bei den vor Ort durchgeführten Kontrollen nicht feststellen können. Hinreichende Anhaltspunkte für übermäßige Geruchsbelastungen von der genehmigten Gaststättennutzung gebe es auch ansonsten nicht. Eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots durch übliche Gaststättengerüche sei mit Blick auf die innerstädtische Prägung der näheren Umgebung ausgeschlossen. Nachdem die Klägerin die gerichtlich angeordnete Geruchsmessung durch den Sachverständigen vereitelt und zuletzt sogar die Benennung von Zeugen abgelehnt habe, sei die Klage abzuweisen. Die Beschwerdeschreiben ehemaliger Mieter der Klägerin aus den Jahren 2004 und 2005 seien kaum aussagekräftig.

24 Der in beiden Terminen zur mündlichen Verhandlung nicht erschienene Beigeladene hat einen Berufungsantrag weder gestellt noch schriftsätzlich angekündigt. Er verweist auf eine im Jahr 2012 erfolgte „turnusmäßige“ Erneuerung des Lüftungssystem der Gaststätte und macht geltend, die Klägerin habe den ihr obliegenden Beweis für eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots aus § 34 Abs. 1 BauGB nicht erbracht. Eventuelle Geruchsbelastungen an ihrem Wohnhaus stammten auch nicht von seiner Gaststätte.

25 Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 6. Oktober 2011 hat der Senat nach Maßgabe seines Beweisbeschlusses vom selben Tag die nähere Umgebung des Vorhabengrundstücks in Augenschein genommen; wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Niederschrift Bezug genommen. Mit Beschlüssen vom 3. Februar und 2. April 2012 hat der Senat die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeordnet. Nachdem das daraufhin erstellte Gutachten vom 18. Juni 2012 zu dem Ergebnis gelangt war, dass die Einhaltung der technischen Vorgaben der VDI Richtlinie 2052 „Raumluftechnische Anlagen für Küchen“ nicht gewährleiste, dass in der Nachbarschaft einer Gaststätte keine übermäßigen Gerüche durch die Zubereitung von Speisen auftreten können (Beweisfrage 1), und dass es aufgrund der aktenkundigen baulichen Verhältnisse Anhaltspunkte dafür gebe, dass der Schutz der Nachbarschaft vor schädlichen Umwelteinwirkungen aufgrund erheblicher Belästigungen durch Gerüche von der Gaststätte nicht gegeben sein könnte (Beweisfrage 2), hat der Senat mit Beschluss vom 29. November 2013 die Einholung

eines Geruchsgutachtens angeordnet. Das anschließend auf Antrag der Beteiligten ruhend gestellte Verfahren ist nach einem im Mai 2015 endgültig gescheiterten Güteversuch wieder aufgerufen worden.

26 Nachdem der Sachverständige dem Senat mitgeteilt hatte, dass sich die angeordnete Begutachtung als undurchführbar erwiesen habe, weil die Klägerin nachträglich nicht mehr bereit sei, die in Anwendung der Geruchsimmissions-Richtlinie (GIRL) vorgesehenen Messungen an den vom Sachverständigen bestimmten Immissionsorten ihres Gebäudes durchführen zu lassen und es keine geeignete Ersatzmesspunkte gebe, hat der Senat den Beweisbeschluss vom 29. November 2013 mit Beschluss vom 20. November 2015 aufgehoben und die Klägerin unter Fristsetzung zur Benennung von Zeugen für die geltend gemachte unzumutbare Geruchsbelastungen aufgefordert. Die Klägerin hat die Benennung von Zeugen ausdrücklich abgelehnt und auf den Inhalt der vorgelegten Beschwerdeschreiben von Mietern zu den Geruchsbelastungen in den Jahren 2004 und 2005 sowie auf die schriftliche Stellungnahme des von ihr beauftragten Ingenieurbüros S..., F....., vom 13. August 2015 verwiesen. Im Ergebnis des mit dem gerichtlich bestellten Sachverständigen am 8. Juli 2015 durchgeführten Ortstermins sei davon auszugehen, dass die Lüftungsanlage nicht den Anforderungen der VDI-Richtlinie 2052 entspreche und die vom Beigeladenen sowie einem benachbarten Bäckereibetrieb gemeinsam genutzten Ablufthauben und -ventilatoren auf dem Dach des Nachbargebäudes falsch angeordnet seien. Es sei ein Sachverständigengutachten zu der ordnungsgemäßen Ausführung der Lüftungsanlage des Beigeladenen und der Einhaltung der VDI-Richtlinien 2052, 2082, 3803, 2079 und 3781 einzuholen (Schriftsatz v. 14. Oktober 2015, S. 5 und v. 14. Januar 2016, S. 3).

27 Nach Schließung der mündlichen Verhandlung und Niederlegung der Entscheidungsformel auf der Geschäftsstelle hat sich die Klägerin mit Schreiben vom 23. November 2016 an den Senat gewandt und unter Vorlage zweiter Fotografien von ihrem Gebäude sowie weiterer Anlagen ausgeführt, dass die Durchführung der gerichtlich angeordneten Geruchsmessung über den Zeitraum eines Jahres insbesondere in Anbetracht der Häufigkeit der Messung, der Einbruchgefahr und des schlechten Gesundheitszustands der Klägerin und ihres Ehemannes unzumutbar gewesen wäre. Der Prozessvertreter der Beklagten habe die Klägerin durch unzutreffende Angaben im Verhandlungstermin benachteiligt, weshalb sich die

Klägerin und ihr Ehemann schriftlich an den Oberbürgermeister gewandt hätten. Es sei enttäuschend, dass der Senat in dem nunmehr abgeschlossenen Verfahren keine Begutachtung der Wirksamkeit der Be- und Entlüftungsanlage des Beigeladenen anhand der einschlägigen VDI-Richtlinien angeordnet habe.

- 28 Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte (drei Bände) und die zugrundeliegenden Behördenvorgänge (neun Heftungen) Bezug genommen. Diese Akten waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

### **Entscheidungsgründe**

- 29 Der Senat konnte trotz des Ausbleibens des Beigeladenen verhandeln und entscheiden, weil der Beigeladene unter Hinweis auf diese Möglichkeit ordnungsgemäß zur letzten mündlichen Verhandlung geladen worden ist (§ 125 Abs. 1 i. V. m. § 102 Abs. 2 VwGO).
- 30 Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat ihre Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.
- 31 Gegenstand des Berufungsverfahrens ist die Anfechtungsklage gegen die von der Beklagten unter dem 27. Juni 2003 erteilte Baugenehmigung zur Nutzungsänderung für das im Erdgeschoss des Gebäudes ..... in F..... gelegene Ladengeschäft in eine Gaststätte. Eine Verpflichtungsklage auf bau- oder gewerberechtliches Einschreiten gegen den Beigeladenen (etwa mit der Begründung, die Nutzung der Gaststätte oder die Bauausführung weiche von den erteilten Genehmigungen ab) hat die von Anfang an anwaltlich vertretene Klägerin nicht erhoben.
- 32 Die Anfechtungsklage gegen die für die Umnutzung erteilte Baugenehmigung ist zulässig. Die nach § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche Klagebefugnis liegt vor, weil die Klägerin als Eigentümerin des benachbarten Hausgrundstücks geltend machen kann, dass die genehmigte Gaststättennutzung wegen damit verbundener außerordentlicher Geruchsmissionen das bauplanungsrechtliche Rücksichtnahmegebot aus § 34 Abs. 1 BauGB verletze. Die Möglichkeit einer solchen Rechtsverletzung lässt sich auf der

Grundlage des klägerischen Vorbringens nicht ausschließen; dies reicht zur Begründung der Klagebefugnis.

- 33 Entgegen den Ausführungen auf Seite 4 bis 6 des Widerspruchsbescheids des damaligen Regierungspräsidiums Chemnitz vom 2. Februar 2006, auf die das angefochtene Urteil in seinen Entscheidungsgründen nach § 117 Abs. 5 VwGO verweist (Urteilsabdruck S. 4), ist die dem Rechtsvorgänger des Beigeladenen erteilte Baugenehmigung nicht mit der Folge bestandskräftig geworden, dass die nachfolgend erhobene Nachbarklage bereits unzulässig ist. Die Baugenehmigung wurde der Klägerin nicht amtlich bekannt gegeben, so dass die einmonatige Widerspruchsfrist des § 70 Abs. 1 VwGO nicht in Lauf gesetzt wurde. Ein Verlust des Widerspruchsrechts durch Zeitablauf nach den vom Bundesverwaltungsgericht (grundlegend Urt. v. 25. Januar 1974 - IV C 2.72 -, BVerwGE 44, 294) aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis abgeleiteten Grundsätzen scheidet ebenso aus wie die davon begrifflich abzugrenzende Verwirkung von Verfahrensrechten und von materiellen Abwehrrechten.
- 34 Ein Verlust des Widerspruchs- und Klagerechts durch Zeitablauf bei entsprechender Anwendung von § 70 Abs. 1 i. V. m. § 58 Abs. 2 VwGO ist nicht eingetreten, weil die Klägerin ihren Nachbarwiderspruch am 25. August 2005 vor Ablauf der Jahresfrist ab dem Zeitpunkt eingelegt hat, in dem sie Kenntnis von der erteilten Baugenehmigung haben musste. Vor den Schreiben der Beklagten vom 19. und 27. Oktober 2004 musste die Klägerin nach den Umständen des Falles trotz der seit Herbst 2003 bekannt gewordenen, kurz nach der Betriebseröffnung zunächst offenbar geringeren Geruchsbelästigungen von der Gaststätte nicht davon auszugehen, dass dem Rechtsvorgänger des Beigeladenen eine Baugenehmigung zur Nutzungsänderung erteilt worden war, zumal sich die für die Umnutzung erforderlichen Umbauarbeiten auf das Gebäudeinnere beschränkten und das Ladengeschäft im Erdgeschoss des Nachbargebäudes bereits in der Vergangenheit von wechselnden Betreibern u. a. für Imbissangebote genutzt worden war, ohne dass in diesem Zusammenhang baugenehmigungspflichtige Nutzungsänderungen erfolgten.
- 35 Eine Verwirkung des Widerspruchsrechts der Klägerin scheidet ebenfalls aus. Die Verwirkung ist Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben, der auch im

öffentlichen Recht Anwendung findet. Sie bildet einen Anwendungsfall des Verbots widersprüchlichen Verhaltens und besagt, dass ein Recht nicht mehr ausgeübt werden darf, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (BVerwG, Beschl. v. 12. Januar 2004, NVwZ-RR 2004, 314; ausführlich jüngst Charnitzky/Rung, BauR 2016, 1406, 1407 ff.). Durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass das „verfahrensrechtliche Widerspruchsrecht“ eines Nachbarn gegen ein Bauvorhaben unabhängig von den sich aus §§ 58, 70 VwGO ergebenden Rechtsfolgen auch durch Verwirkung verloren gehen kann (BVerwG, Urt. v. 25. Januar 1974, a. a. O.; ebenso etwa VGH BW, Urt. v. 14. Mai 2012 - 10 S 2693/09 -, juris Rn. 41 f. m. w. N.). Das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis verpflichtet die Nachbarn, durch zumutbares aktives Handeln mitzuwirken, einen wirtschaftlichen Schaden des Bauherren zu vermeiden oder den Vermögensverlust möglichst gering zu halten (BVerwG, Beschl. v. 16. April 2002 - 4 B 8.02 -, juris Rn. 11). Dieser Verpflichtung muss der Nachbar dadurch entsprechen, dass er nach erfolgter Kenntnisnahme (oder dem „Kennenmüssen“) sowohl von der Baugenehmigung als auch von den mit ihr verbundenen Beeinträchtigungen (VGH BW a. a. O.) umgehend seine nachbarlichen Einwendungen geltend macht, wenn ihm nicht der Grundsatz von Treu und Glaube entgegengehalten werden soll, weil er ohne zureichenden Grund mit seinen Einwendungen länger als notwendig zugewartet hat. Anders als bei der Verwirkung eines materiellen Abwehrrechts kommt es bei der Verwirkung des Rechts zur Einlegung des Widerspruchs nicht auf eine Vertrauensbetätigung des Bauherren, sondern darauf an, dass der Genehmigungsempfänger aus aktivem Tun des Nachbarn oder einer dem gleichzusetzenden Duldung auf dessen Einverständnis schließen kann (so BVerwG, Beschl. v. 17. Februar 1989 - 4 B 28.89 -, juris Rn. 6; ebenso VGH BW a. a. O.), wobei die Dauer des Zeitraums der Untätigkeit des Nachbarn, von der an im Hinblick auf die Gebote von Treu und Glauben von einer Verwirkung die Rede sein kann, entscheidend von den Umständen des Einzelfalls abhängt (vgl. Senatsbeschl. v. 8. Februar 2005 - 1 B 202/03 -; Kober, in: Dammert/Kober/Rehak, Die neue SächsBO, 2. Aufl., § 70 Rn. 37 m. w. N.). Nach diesen Maßstäben hat die Klägerin ihr Widerspruchsrecht durch den erst mit Anwaltsschreiben vom 24. August 2005 eingelegten Widerspruch nicht verwirkt, weil der Rechtsvorgänger des Beigeladenen im Hinblick auf die mehrfachen schriftlichen Eingaben der Klägerin und ihres

Ehemanns an das Ordnungs- und Bauamt der Beklagten seit dem Jahr 2004 nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen konnte, dass sich die Klägerin mit der Gaststättennutzung abgefunden habe; selbst die „bloße Untätigkeit“ nach Beendigung der Bauarbeiten genügt insoweit für die Verwirkung des verfahrensrechtlichen Widerspruchsrechts nicht (vgl. BVerwG, Beschl. v. 17. Februar 1989 a. a. O. Rn. 6). Schließlich sind auch materielle Abwehrrechte der Klägerin nicht verwirkt, wie es das Verwaltungsgericht angenommen hat, weil der Rechtsvorgänger des Beigeladenen von der ihm am 27. Juni 2003 erteilten Baugenehmigung umgehend in vollem Umfang Gebrauch gemacht hat, ohne durch das Verhalten der Klägerin dazu veranlasst worden zu sein (zu diesem Erfordernis BVerwG, Urt. v. 16. Mai 1991 - 4 C 4.89 -, juris Leitsatz 2).

- 36 Die Anfechtungsklage ist unbegründet. Eine Verletzung der Klägerin in eigenen Rechten durch die am 27. Juni 2003 von der Beklagten erteilte Baugenehmigung zur Nutzungsänderung in eine Gaststätte lässt sich nicht feststellen (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).
- 37 Bei der Drittanfechtung der Baugenehmigung ist der Prüfungsumfang des Senats in mehrfacher Hinsicht begrenzt. Da sich der Klageantrag ausdrücklich auf die Baugenehmigung vom 27. Juni 2003 bezieht (§ 88 VwGO), ist die nachträglich erteilte Baugenehmigung vom 15. Juni 2004 für die straßenseitige Erweiterung der Gaststätte um einen Biergarten mit 15 zusätzlichen Gastplätzen von vornherein nicht Gegenstand der gerichtlichen Prüfung. Für die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Baugenehmigung vom 27. Juni 2003 kommt es - wie in der Berufungsverhandlung eingehend erörtert - auch nicht darauf an, ob die tatsächliche Bauausführung durch den Beigeladenen von der erteilten Genehmigung für eine Gaststätte mit 25 Sitzplätzen abweicht, oder ob beim Gaststättenbetrieb möglicherweise Auflagen der Baugenehmigung (etwa im Zusammenhang mit der Be- und Entlüftung) missachtet werden, wie es die Klägerin mit ihrem in der Berufungsverhandlung persönlich ausführlich erläuterten Klagebegehren vertieft geltend macht. Mangels Entscheidungserheblichkeit für die Drittanfechtungsklage hatte der Senat insbesondere kein Sachverständigengutachten zu der Frage einzuholen, ob die vom Beigeladenen genutzte Be- und Entlüftungsanlage den einschlägigen technischen Anforderungen entspricht. Auch unter der Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 86 Abs. 1

VwGO) beschränkt sich die gerichtliche Sachaufklärungspflicht auf solche Tatsachen, die nach dem maßgeblichen materiellen Recht entscheidungserheblich sind.

- 38 Begründet ist eine Nachbarklage nur, wenn die angefochtene Baugenehmigung gegen nachbarschützende Vorschriften verstößt (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO), wobei nachträglich eingetretene Änderungen der Sach- und Rechtslage zugunsten des Bauherrn zu berücksichtigen sind, weil es mit der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie unvereinbar wäre, wenn eine zum Zeitpunkt ihres Erlasses rechtswidrige Baugenehmigung gerichtlich aufgehoben würde, obwohl sie nach der Aufhebung sogleich wieder erteilt werden müsste (vgl. BVerwG, Urt. v. 5. Oktober 1965 - IV C 3.65 -, juris Rn. 13; Urt. v. 20. August 2008 - 4 C 10.07 -, juris Rn. 21; Senatsurt. v. 3. September 2015 - 1 A 538/12 -, juris Rn. 18).
- 39 Bei Anwendung dieser Maßstäbe beschränkt sich die gerichtliche Prüfung auf die Vereinbarkeit der genehmigungspflichtigen Nutzungsänderung mit nachbarschützenden Vorschriften, die im vereinfachten Genehmigungsverfahren gem. § 63 SächsBO in der zum Zeitpunkt der letzten Berufungsverhandlung geltenden Fassung der Sächsischen Bauordnung im bauaufsichtlichen Verfahren zum gesetzlichen Prüfungsumfang gehören. Ein Sonderbau i. S. v. § 2 Abs. 4 Nr. 8 SächsBO, für den ein erweiterter Prüfungsumfang zu berücksichtigen wäre, liegt insbesondere wegen der geringen Zahl von Gastplätzen nicht vor. Die Gaststättenbaurichtlinie, auf die sich die Klägerin erstinstanzlich gestützt hat, wurde bereits im Jahr 2004 aufgehoben (vgl. Niederschrift v. 6. Oktober 2011, S. 3).
- 40 Von den nach § 63 Satz 1 Nr. 1 SächsBO im vereinfachten Genehmigungsverfahren zu prüfenden Vorschriften über die Zulässigkeit baulicher Anlagen nach §§ 29 bis 38 BauGB kommen angesichts der in der Beweisaufnahme bestätigten Lage des Vorhabengrundstücks im Innenbereich der Beklagten nur nachbarschützende Vorschriften aus § 34 Abs. 1 und Abs. 2 BauGB in Betracht.
- 41 Eine Verletzung der Klägerin in dem nachbarschützenden sog. Gebietswahrungsanspruch aus § 34 Abs. 2 BauGB scheidet aus. Die Klägerin wendet sich - wie sie im letzten Termin zur mündlichen Verhandlung erneut ausdrücklich bestätigt hat - nicht gegen die Art der genehmigten baulichen Nutzung, also dagegen,

dass im Nachbargebäude überhaupt eine Gaststättennutzung genehmigt wurde, sondern nur gegen die durch die Gaststättennutzung verursachten, von der Klägerin als unzumutbar bezeichneten Geruchsbelastungen. Im Übrigen kann der Gebietswahrungsanspruch ihrer Nachbarklage schon deshalb nicht zum Erfolg verhelfen, weil eine der Versorgung des umgebenden innerstädtischen Gebiets dienende kleinere Schank- und Speisewirtschaft, wie sie hier in Rede steht, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme vom 6. Oktober 2011 bauplanungsrechtlich gem. § 34 Abs. 2 BauGB selbst dann allgemein zulässig ist, wenn zugunsten der Klägerin trotz der in der näheren Umgebung vorhandenen gewerblichen Nutzungen vom Vorliegen eines allgemeinen Wohngebiets ausgegangen werden müsste (vgl. § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO).

- 42 Eine Verletzung des in § 34 Abs. 1 BauGB enthaltenen drittschützenden Gebots der Rücksichtnahme mit der Erwägung, die genehmigte Gaststättennutzung verursache übermäßige Geruchsbelastungen am Wohnhaus der Klägerin, die auch mit den Anforderungen an gesunde Wohnverhältnisse unvereinbar seien, lässt sich nicht feststellen. Das Gebot der Rücksichtnahme gibt Nachbarn nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. Senatsurt. v. 3. September 2015 - 1 A 538/12 -, juris Rn. 17 m. w. N.) nicht das Recht, von jeglicher Beeinträchtigung durch ein Bauvorhaben verschont zu bleiben. Eine Rechtsverletzung kann erst bejaht werden, wenn von dem Vorhaben eine im Einzelfall unzumutbare Beeinträchtigung - wie etwa übermäßige Immissionen - ausgeht. Ob dies der Fall ist, ist im Wege einer Gesamtschau, die den konkreten Einzelfall in den Blick nimmt, zu ermitteln. Das Gebot der Rücksichtnahme soll dabei einen angemessenen Interessenausgleich gewähren. Die vorzunehmende Abwägung hat sich deshalb daran zu orientieren, was dem Rücksichtnahmebegünstigten und dem Rücksichtnahmeverpflichteten jeweils nach Lage der Dinge zuzumuten ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 28. Juli 1993 - 4 B 120.93 -, juris Rn. 2). Dabei ist die Vorprägung durch das Vorhabengrundstück, aber auch die von den Gebäuden in der näheren Umgebung ausgehende Prägung zu berücksichtigen. Die Kriterien, nach denen diese Zumutbarkeitsschwelle bestimmt werden kann, lassen sich nicht allgemein beschreiben. Der Schutz des Gebots der Rücksichtnahme setzt bereits vor der Schwelle ein, die durch einen „schweren und unerträglichen“ Eingriff in das Eigentum markiert wird. Was als „rücksichtslos“ billigerweise nicht zumutbar ist, ist nicht gleichzusetzen mit dem Begriff der

Unzumutbarkeit, durch den die verfassungsrechtliche Grenze zwischen Sozialbindung und enteignendem Eingriff bestimmt wird. Die Konkretisierung der Zumutbarkeitsschwelle kann sich im Einzelfall nur aus der geforderten Abwägung ergeben. Bei dieser Abwägung sind sowohl die Schutzwürdigkeit des Nachbarn als auch korrespondierend hierzu die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen zu berücksichtigen. Beides muss in einer dem Gebietscharakter, der Vorprägung der Grundstücke durch die vorhandene bauliche Nutzung und der konkreten Schutzwürdigkeit entsprechenden Weise in Einklang gebracht werden.

- 43 Angesichts der innerstädtisch geprägten Umgebung des Vorhabengrundstücks und des Wohngebäudes der Klägerin sind Geruchsbelastungen von einem kleineren Gaststättenbetrieb, die sich im Rahmen des Üblichen halten, bei der hier im Ausgangspunkt zunächst gebotenen typisierenden Betrachtung grundsätzlich hinzunehmen. Dies stellt auch die Klägerin nicht in Abrede. Vom Vorliegen einer darüber weit hinaus gehenden Geruchsbelastung am Wohnhaus der Klägerin konnte sich der Senat nach Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Sachaufklärung (§ 86 Abs.1 VwGO) nicht überzeugen. Dies geht zu Lasten der Klägerin, die im Baunachbarstreit die materielle Beweislast für die Tatsachen trägt, aus denen sie ihren Abwehranspruch aus dem drittschützenden Rücksichtnahmegebot des § 34 Abs. 1 BauGB ableitet (vgl. BVerwG, Beschl. v. 28. Juli 1993 - 4 B 120.93 -, juris Rn. 5 m. w. N.).
- 44 Nachdem der Senat bei der Inaugenscheinnahme (§ 98 VwGO i. V. m. § 371 ZPO) des Vorhabengrundstücks und seiner Umgebung am 6. Oktober 2011 keine außergewöhnlich Geruchsbelastung festgestellt hat, sich nach dem im Ortstermin bekräftigten klägerischen Vorbringen, den zur Gerichtsakte gereichten Beschwerdeschreiben (u. a. von den Mietern der Klägerin Frau B....., Frau Dr. H....., Herr .... H.... und Familie S.....) und dem Ergebnis des gerichtlichen Sachverständigengutachtens des Dipl.-Phys. .... D...., L....., vom 12. Juni 2012 jedoch Anhaltspunkte dafür ergaben, dass „der Schutz der Nachbarschaft vor schädlichen Umwelteinwirkungen aufgrund erheblicher Belästigungen durch Gerüche nicht gegeben sein könnte (Gutachten S. 2 unter Hinweis auf die Bauantragsunterlagen), hat der Senat durch Beschluss vom 29. November 2013 den öffentlich bestellten Sachverständigen Dipl.-Phys. D.... mit der Erstellung eines

Geruchsgutachtens beauftragt. Die mit Blick auf den anschließend durchgeführten Güteversuch und das Ruhen des Verfahrens erst im Jahr 2015 aufgenommene Begutachtung, für die der Sachverständige u. a. einen Ortstermin angesetzt hat, in dem die Messpunkte I 1 (Terrasse an der Dachgeschosswohnung) und I 2 (Terrassenrand am ersten Stock in ca. 3 m Höhe) am Gebäude der Klägerin mit sämtlichen Beteiligten abgestimmt wurde, musste abgebrochen werden, nachdem die Klägerin ihre Zustimmung zum Betreten der festgelegten Messpunkte widerrufen hat und der Sachverständige D... dazu auf Nachfrage des Senats mit Schreiben vom 23. Oktober 2015 ausdrücklich erklärt hat, dass es bei Anwendung der einschlägigen technischen Regelwerke für die Beurteilung der Erheblichkeit von Immissionen keine anderen geeigneten Messpunkte gebe, weshalb die gerichtlich angeordnete Geruchsmessung nicht durchgeführt werden könne. An der Richtigkeit dieser Einschätzung des Sachverständigen hat der Senat keinen Zweifel.

45 In der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts ist geklärt, dass die Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft zur Feststellung und Beurteilung von Geruchsmissionen (Geruchsmissions-Richtlinie - GIRL) vom 24. Oktober 2008 (zuletzt enthalten in der Verwaltungsvorschrift vom 14. Dezember 2011 [SächsABl. Sonderdruck S 1811]), auf die sich der Sachverständige D... bei seiner Begutachtung gestützt hat, ein geeignetes Hilfsmittel für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Geruchsmissionen darstellt (vgl. Senatsurt. v. 3. September 2005 - 1 A 538/12 -, juris Rn. 21 m. N.). Die Geruchsmissions-Richtlinie enthält technische Normen, die auf den Erkenntnissen und Erfahrungen von Sachverständigen beruhen. Die Eignung dieser Richtlinie für eine trichterliche Bewertung der Erheblichkeit von Geruchsbelastungen ist in der Rechtsprechung anerkannt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 7. Mai 2007 - 4 B 5.07 -, juris Rn. 4; OVG NRW, Urt. v. 1. Juni 2015 - 8 A 1760/13 -, juris Rn. 52 m. w. N.). Eine fehlerhafte Anwendung dieser Richtlinie, die Anlass zu Zweifeln an der Richtigkeit der Erklärung des Sachverständigen geben könnte, ist mit der bloßen Behauptung, es gebe durchaus auch andere geeignete Messpunkte (Hofgelände, Dach des Nachbargebäudes), nicht ansatzweise dargetan.

46 Nachdem die Klägerin trotz entsprechender Aufforderung des Gerichts auch die Benennung von Zeugen für die von ihr geltend gemachten unzumutbaren

Geruchsbelastungen ausdrücklich insgesamt abgelehnt und dazu ausgeführt hat, dass den in Betracht zu ziehenden Personen aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis eine Zeugenvernehmung nicht zugemutet werden könne, wobei sich diese Personen auch nur zeitweise in ihrem Wohnhaus aufhielten, hat der Senat von einer Zeugenvernehmung insgesamt abgesehen.

- 47 Allein auf der Grundlage des klägerischen Vorbringens, der zu den Gerichtsakten gereichten Beschwerdeschreiben von Mietern sowie der Angaben des nicht förmlich vernommenen Ehemanns der Klägerin vermochte sich der Senat im Ergebnis des langjährig geführten Rechtsstreits nicht davon zu überzeugen, dass die angefochtene Baugenehmigung, die allein Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung ist, eine unzumutbaren Geruchsbelastung am Wohngebäude der Klägerin bewirkt. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin ihre Wohnungen nach dem Auszug der früheren Mieter offenbar neu vermieten konnte, was indiziell gegen die Unzumutbarkeit von auftretenden Geruchsbelastungen spricht. Ob die im Nachbargebäude vorhandene Lüftungsanlage den technischen Anforderungen entspricht, war - wie bereits ausgeführt - auf die hier allein erhobene Drittanfechtungsklage nicht zu prüfen.
- 48 Das nachgereichte Schreiben der Klägerin und ihres Ehemanns vom 23. November 2016 hat zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§ 125 Abs. 1 i. V. m. § 104 Abs. 3 Satz 2 VwGO) keinen Anlass gegeben.
- 49 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Außergerichtliche Kosten des Beigeladenen sind nicht aus Billigkeitsgründen erstattungsfähig (§ 162 Abs. 3 VwGO), weil der Beigeladene auch im Berufungsverfahren keinen Sachantrag gestellt und dadurch das Risiko einer eigenen Kostentragung vermieden hat (§ 154 Abs. 3 VwGO).
- 50 Die Revision ist nicht zuzulassen, weil keiner der in § 132 Abs. 2 VwGO genannten Gründe vorliegt.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist beim Sächsischen Obergerverwaltungsgericht, Ortenburg 9, 02625 Bautzen, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz und für Europa über den elektronischen Rechtsverkehr, die elektronische Aktenführung, die elektronischen Register und das maschinelle Grundbuch in Sachsen (Sächsische E-Justizverordnung - SächsEJustizVO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. April 2014 (SächsGVBl. S. 291) in der jeweils geltenden Fassung einzureichen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der SächsEJustizVO einzureichen.

In der Begründung der Beschwerde muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Ein Beteiligter, der zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

gez.:  
Meng

Schmidt-Rottmann

Kober

### **Beschluss**

Der Streitwert wird gem. §§ 47, 52 Abs. 1 GKG auch für das Berufungsverfahren auf 7.500 € festgesetzt.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:  
Meng

Schmidt-Rottmann

Kober