

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 581

**Die historische Genese
der öffentlichrechtlichen Bau- und
Gewerbenachbarklagen
(ca. 1800 – 1970)**

Von

Peter Preu



Duncker & Humblot · Berlin

PETER PREU

**Die historische Genese der öffentlichrechtlichen Bau- und
Gewerbenachbarklagen (ca. 1800 - 1970)**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 581

**Die historische Genese
der öffentlichrechtlichen Bau- und
Gewerbenachbarklagen
(ca. 1800 – 1970)**

**Von
Dr. Peter Preu**



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Preu, Peter:

Die historische Genese der öffentlichrechtlichen Bau- und
Gewerbenachbarklagen: (ca. 1800 - 1970) / von Peter Preu. –

Berlin: Duncker u. Humblot, 1990

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 581)

ISBN 3-428-06865-3

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1990 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Alb. Sayffaerth – E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-06865-3

„Der individualistische Charakterzug unserer Nation wird nie ein Ende finden in der Geltendmachung des privaten Rechtskreises gegen die Staatsgewalt . . . Für diesen Standpunkt gibt es nie ein Ende: die extravaganteste Ausdehnung der Verwaltungsklagen wird doch nur als Abschlagszahlung für weitere Ansprüche gelten.“

R. v. Gneist, Holtzendorffs Rechtslexikon III, 2, S. 1116

„Ob ein armer Teufel von einer Gemeinde zu alimentiren ist oder ob die Behörde das Recht hat, einen Branntweinladen zu sperren, darüber, aber auch über zahllose wichtigere Verwaltungstreitsachen, läßt sich von Rechtswegen entscheiden, ohne daß deshalb die öffentliche Ordnung in's Wanken kommt und schließlich kann ja auch, wo der Streit nur um die Rechtsfrage geführt wird, kein anderes öffentliches Interesse wichtiger sein, als das: daß jedes Recht auch zur Anerkennung gelangt.“

K. Frhr. v. Lemayer, Grünhuts Zs. XXII, 353 (479)

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
<i>Erstes Kapitel</i>	
Abbau subjektiver Rechte und Publifizierung des objektiven Rechts	14
§ 1: Die rechtliche Situation am Ende des 18. Jahrhunderts	14
1. Sinn und Präzisierung der rechtshistorischen Fragestellung	14
2. Nachbarklage aus Polizeirecht?	15
3. Dominanz subjektivrechtlicher Konfliktregulierung im Verhältnis der Bürger	17
4. Dreipolige Konfliktsituationen unter Beteiligung der Obrigkeit	20
5. Differenzierung zwischen begünstigenden und berechtigenden Normen	21
§ 2: Die Ausdünnung des subjektivrechtlichen Interessenschutzes auf der Ebene des materiellen Rechts im 19. Jahrhundert	22
1. Die Ziele: Freiheit der Gewerbe und des Bauens	23
2. Das Mittel: Vom wohlervorbenen Recht des Privilegierten zum Recht aller auf freies Handeln	24
a) Die subjektivrechtliche Indifferenz des „Verwaltungs“-Rechts	24
b) Abbau subjektiver Rechte durch Publifizierung des materiellen Rechts	26
c) Gewerbefreiheit gegen Lübisches Nachbarrecht	29
d) Abbau subjektiver Nachbarrechte bei Inkrafttreten des BGB	31
§ 3: Präklusion privatnachbarrechtlicher Abwehransprüche durch behördliche Anlagengenehmigung	32
1. Eine privatnachbarrechtliche Gegenbewegung: die Ausbildung der Nega- torienklage	32
2. Die öffentlichrechtliche Eingrenzung des verbleibenden Privatinachbar- rechts: behördliche Anlagengenehmigung mit materieller Präklusions- wirkung	34
a) Der Ausgangskonflikt	34
b) Die Entwicklung öffentlich-gewerberechtlicher Anlagengenehmigungs- verfahren mit Präklusionswirkung für private Rechte Dritter	35

aa) Preußisches Recht	35
(1) Anfänge der materiellen Präklusion durch öffentlichrechtliche Genehmigung im Wassermühlenrecht	35
(2) Sonstiges gewerbliches Anlagengenehmigungsrecht bis 1845	37
(3) Die Gewerbeordnung von 1845	38
bb) Sächsisches Recht	40
cc) Zur öffentlich-gewerberechtiglichen Anlagengenehmigung in anderen Staaten	41
dd) Die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund von 1869 (Reichsgewerbeordnung)	42
§ 4: Die württembergische Sonderentwicklung: erste Ausbildung und Demontage einer öffentlichrechtlichen Nachbarklage	44
1. Die Zulassung der öffentlichrechtlichen Nachbarklage durch den Geheimen Rat	44
2. Die Reform des Baurechts und der Streit um die öffentlichrechtliche Baunachbarklage	46
a) Die Bauordnung von 1872/73	46
b) Die Kontroverse zwischen Geheimem Rat und von Sarwey um die öffentlichrechtliche Baunachbarklage	47
c) Das Ende der öffentlichrechtlichen Nachbarklage in Württemberg	49

Zweites Kapitel

Die Wiedergewinnung des subjektivrechtlichen Interessenschutzes aus dem öffentlichen Recht	51
§ 5: Die Situation bei Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit oder: das Dilemma des subjektiven öffentlichen Rechts	51
§ 6: Die öffentlichrechtliche Baunachbarklage in der verwaltungsgerichtlichen Judikatur bis 1933	54
1. Preußisches Oberverwaltungsgericht: generelle Ablehnung der öffentlichrechtlichen Baunachbarklage	54
2. Württembergischer Verwaltungsgerichtshof: exzeptionelle Zulassung der öffentlichrechtlichen Baunachbarklage	56
3. Braunschweigischer Verwaltungsgerichtshof: prinzipielle Anerkennung der öffentlichrechtlichen Baunachbarklage	57
4. Sächsisches Oberverwaltungsgericht: volle Ausbildung der öffentlichrechtlichen Baunachbarklage auf der Grundlage der Schutznormtheorie	59
a) Die rechtliche Ausgangssituation	60
aa) Vor 1900	60
bb) Das neue Recht	61

Inhaltsverzeichnis	9
b) Die Rechtsprechung zur öffentlichrechtlichen Baunachbarklage . . .	61
aa) „Beteiligter“ und subjektives öffentliches Recht des Nachbarn . .	61
bb) Die Rechtsprechung im einzelnen	63
cc) Die Kriterien nachbarschützender Normqualität	66
dd) Die tragenden Grundwertungen	67
5. Bestimmungsgründe der gegensätzlichen Judikaturen zur öffentlichrecht- lichen Baunachbarklage	69
§ 7: Die Auswirkungen des nationalsozialistischen Rechtsdenkens auf die öffent- lichrechtliche Baunachbarklage	73
1. Nationalsozialistisches Rechtsdenken, subjektives öffentliches Recht und öffentlichrechtliche Baunachbarklage	73
2. Die neue Rechtsprechung des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts zur öffentlichrechtlichen Baunachbarklage	75
a) Die gewandelte Auffassung von der öffentlichrechtlichen Nachbar- klage	75
b) Die weitere Entwicklung: Restriktion und Ambivalenz	77
§ 8: Die öffentlichrechtliche Nachbarklage gegen gewerberechtlich genehmigte Anlagen bis 1945	79
1. Zur Zulässigkeit des Verwaltungsgerichtsweges gegen Anlagengenehmi- gungen nach §§ 16 ff. GewO	79
2. Materiell-gewerberechtliche Defizite	80
§ 9: Die öffentlichrechtliche Nachbarklage in der Rechtsprechung nach 1945 . . .	81
1. Die öffentlichrechtliche Baunachbarklage	82
a) Entwicklungsphasen	82
b) Entwicklungsbedingungen	85
2. Die öffentlichrechtliche Nachbarklage gegen gewerberechtlich genehmigte Anlagen	88
Zusammenfassung und Einschätzung	91
Literaturverzeichnis	101

Abkürzungsverzeichnis

Arch. d. Norddt. Bundes	Archiv des Norddeutschen Bundes und des Zollvereins. Jahrbuch für Staatsrecht, Verwaltung und Diplomatie des Norddeutschen Bundes und des Zollvereins
Braunschw.Zs.	Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthume Braunschweig
Jb., Sächs. OVG	Jahrbücher des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts
Kamptz' Annalen	Annalen der Preußischen innern Staats-Verwaltung
Kamptz' Jahrbücher	Jahrbücher für Preußische Gesetzgebung, Rechtswissen- schaft und Rechtsverwaltung
Rhein. Arch.	Archiv für das Civil- und Criminal-Recht der Königl. Preuß. Rheinprovinzen
Sächs. Arch.	Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß
Striethorsts Arch.	Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königl. Ober-Tribunals gelangt sind
VMBI.	Ministerialblatt für die gesamte innere Verwaltung in den Kngl. Preußischen Staaten
Württ. Arch.	Württembergisches Archiv für Recht und Rechtsverwal- tung mit Einschluß der Administrativ-Justiz

Im übrigen wird verwiesen auf Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
3. Aufl. Berlin - New York 1983.

Einleitung

Diese Untersuchung zur historischen Genese der öffentlichrechtlichen Bau- und Gewerbenachbarklagen ist aus Vorstudien zu einer größeren Arbeit über den öffentlichrechtlichen Drittschutz hervorgegangen. Es geht ihr folglich weniger um eine zweckfreie Darstellung früherer Rechtszustände, als vielmehr darum, zum besseren Verständnis der heutigen Rechtslage beizutragen. Das scheint um so notwendiger, als einerseits der öffentlichrechtliche Drittschutz in den letzten Jahren eine enorme Dynamik gewonnen hat – „Nachbar“-klagen gegen Großkraftwerke, Verkehrsflughäfen, Straßen- und Kanalbauten, Abfallbeseitigungsanlagen, Dünnsäureverklappung in der Nordsee; „Konkurrenten“-klagen gegen Subventionierungen, Stellenbesetzungen oder Ernennungen im Öffentlichen Dienst; „Verbraucher“-klagen gegen die Genehmigung von Preiserhöhungen oder Tarifänderungen, um nur die prominentesten zu nennen –, deren letztendliche Weiterungen noch gar nicht absehbar sind. Eben deswegen artikuliert sich aber andererseits zunehmend Unbehagen¹ ob der mit den Drittklagen einhergehenden Unsicherheiten für den durch das angegriffene Verwaltungshandeln Begünstigten und, soweit zugleich öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen, für die Verwaltung selbst. So wird vereinzelt schon bezweifelt, ob überhaupt die „Richtung stimmt“², und überlegt, ob nicht zumindest die Nachbarstreitigkeiten besser im direkten – regelmäßig, aber nicht notwendig privatrechtlichen – Verhältnis der eigentlichen Konfliktparteien auszutragen wären³.

Um so wichtiger sollte es sein zu verstehen, wie es zur jetzigen Situation gekommen ist; weshalb die Gerichte schon zu einer Zeit, da nach gängiger Auffassung der juristische Positivismus blühte, sich durch materielles Gerechtigkeitsdenken gedrängt sahen, praeter oder contra legem öffentlichrechtlichen Drittschutz zu gewähren. Sind vielleicht bestimmte Konfliktarten im Wege des öffentlichrechtlichen Drittschutzes besser zu bewältigen als mit den Mitteln des Zivilrechts? Öffentlichrechtlicher Drittschutz zeichnet sich aus

¹ Besonders hat sich Unbehagen im Zusammenhang mit der Baunachbarklage wegen Verletzung des subjektiv-öffentlichrechtlichen Rücksichtnahmepinzips geäußert; vgl. nur Breuer, DVBl. 1982, 1065 ff.; Redeker, DVBl. 1984, 870 ff.

² Weyreuther, Verwaltungskontrolle, S. 48, vergleicht die Rechtsprechung zur öffentlichrechtlichen Nachbarklage mit dem konsequenten „Weiterknöpfen einer Weste, bei der es schon mit den ersten Knöpfen nicht so ganz stimmt“.

³ Schwerdtfeger, NVwZ 1983, 199 (201); ders., NVwZ 1982, 5 (7-10); Konrad, BayVBl. 1984, 33 (36 f., 70 ff.); siehe außerdem Schmidt-Aßmann in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 133; Eyermann, BayVBl. 1974, 237 ff.

durch ein Zusammenspiel von materiellem Verwaltungsrecht und dessen administrativem Vollzug, von Klagebefugnissen Dritter, die in qualifizierter Weise, nämlich in einem durch das materielle Verwaltungsrecht „geschützten“ Interesse, betroffen sind, und von Regeln des Verwaltungsverfahrens- und des Verwaltungsprozeßrechts (Widerspruchsfristen, Bestandskraft von Verwaltungsakten, Präklusionsnormen, Substantiierungslasten und dergleichen mehr), in deren Bahnen die beeinträchtigten „Dritten“ ihre Interessen bzw. Rechte geltend machen müssen. Der so verstandene öffentlichrechtliche Drittschutz ermöglicht in nachbarschaftlichen Konfliktlagen einen differenzierteren und ausgewogeneren Ausgleich der Interessen der unmittelbar Beteiligten wie auch der Allgemeinheit, als ihn die vergleichsweise groben Instrumente des Privatrechts leisten können. – So lautet die Arbeitshypothese, die es durch die rechtshistorische Analyse zu erhärten gilt.

Daß eine rechtshistorische Untersuchung keine direkten Antworten auf aktuelle Rechtsfragen geben kann, versteht sich von selbst. Wohl aber fördert sie ein vertieftes Problemverständnis, das die Art des Herangehens an ein Rechtsproblem und die Richtung der Argumentation beeinflussen mag.

Die Absicht der Untersuchung erfordert keine breite Darstellung, „wie es war und wie es gekommen ist“. Es geht um einen auf das Verständnis der gegenwärtigen Rechtslage bezogenen Problem- und Entwicklungsaufriß. Dazu genügt eine Entwicklungsskizze mit punktuellen und linearen Verdichtungen dort, wo Interessenkonflikte und ihre juristische Bewältigung für die Entstehungsbedingungen, Hemmnisse, Leistungen und Folgeprobleme des öffentlichrechtlichen Drittschutzes erhellend sind. Daß die Untersuchung sich auf die Bau- und Gewerbenachbarklagen konzentriert, liegt zum einen an der besonderen Prominenz dieser Materien. Zum anderen rechtfertigt es sich aus der durch reiches Material dokumentierten wellenförmigen und fast immer kontroversen Entwicklung, die diese Materien an der Schnittstelle von öffentlichem Recht und Privatrecht vom Anfang des 19. Jahrhunderts bis zur Gegenwart genommen haben. So war es zwar für das Preuß. OVG selbstverständlich, daß ein mittelbar betroffener Dritter unter bestimmten Voraussetzungen die an einen anderen gerichtete Polizeiverfügung sollte anfechten können⁴. Aber die Nachbarklage gegen die bau- oder wasserrechtswidrige Zulassung eines Vorhabens schloß dasselbe Gericht jederzeit kategorisch aus⁵, wohingegen der Braunschw. VGH und vor allem das Sächs. OVG eine beeindruckende Judikatur zur öffentlichrechtlichen Baunachbarklage entfalteten⁶. – Rechtshistorische Betrachtung verspricht den größten Ertrag, wenn sie unterschiedliche Rechtszustände vergleicht und die Bedingungen des Über-

⁴ Preuß.OVG v. 9. 5. 1876, E 1, 327 (330), betr. ein an die Gastwirte adressiertes Verbot, an einen „Trunkenbold“ Alkohol auszuschenken.

⁵ Dazu § 6, 1.

⁶ Dazu § 6, 3 und 4.

gangs vom einen zum anderen analysiert. Je stärker die Bewegung, desto größer die Chance, die positiven oder negativen Faktoren zu identifizieren, die innere Rationalität der Entwicklung (so eine vorhanden ist) bloßzulegen. Das prädestiniert die neuere Geschichte des Bau- und Gewerbenachbarrechts zum Studienobjekt.

Der Untersuchungszeitraum beginnt im ausgehenden 18. Jahrhundert. Dieses kannte zwar noch nichts, was den Namen „Öffentlichrechtlicher Drittschutz“ verdiente. Doch interessiert der damalige Rechtszustand zunächst als alternatives Modell der Konfliktbewältigung. Zudem setzte dort jener strukturelle Umbruch der Rechtsordnung ein, der der Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Bau- und Gewerbenachbarklagen den Boden bereitete und ohne dessen Kenntnis die spezifische Rationalität dieser Art des Interessenschutzes kaum zu erfassen ist. – Als Endpunkte wurden die Kreationen einer Nachbarlage „unmittelbar aus Art. 14 Abs. 1 GG“ und aus öffentlich-baurechtlichem Rücksichtnahmegebot gewählt, doch ist die Entwicklung seit Beginn der 60er Jahre nurmehr skizzenhaft gezeichnet. Eine genauere Analyse würde insoweit bereits in eine gegenwartsrechtliche Arbeit gehören. Das Hauptgewicht liegt auf dem Zeitraum von etwa 1820/30 bis 1945.