

nung des Vorsitzenden, wenn es sich um ein Verfahren von herausragender zeitgeschichtlicher Bedeutung handelt (§ 169 Abs. 2 Satz 1 GVG-E). Die Entscheidung ist unanfechtbar (§ 169 Abs. 2 Satz 2 GVG-E). Zur Wahrung der schutzwürdigen Interessen der Beteiligten und Dritter sowie zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Ablaufs können die Aufnahmen teilweise ausgeschlossen werden (§ 169 Abs. 2 Satz 3 GVG-E).⁴⁷ Die Gesetzesbegründung nennt als Beispiele für Verfahren mit herausragender zeitgeschichtlicher Bedeutung das NSU-Verfahren, die Auschwitz-Prozesse und für die Zukunft Verfahren mit terroristischem oder politischem Hintergrund.⁴⁸ Das Gutachten nimmt zu diesem Vorschlag nicht Stellung.⁴⁹ Die Positionen der Fachverbände sind wiederum heterogen.⁵⁰

Der Vorschlag ist problematisch. Zunächst wird nicht erkennbar, wie die Regelung bruchlos anschlussfähig ist an die Hauptbegründungen des Gesetzesentwurfs, die Veränderungen der Mediengesellschaft und die Stärkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes. Ausdrücklich räumt die Gesetzesbegründung ein, dass „Zweck der Aufzeichnungen nicht die Information der gegenwärtigen Öffentlichkeit, sondern diejenige eines Kreises von Interessierten“ ist.⁵¹ Insoweit wird nicht dargelegt, warum die Akten nicht mehr wie bislang ausreichen.⁵² Es ist nicht Aufgabe des Öffentlichkeitsgrundsatzes, die Forschung von Historikern und Wissenschaftlern zu erleichtern, zumal die Regelung mit Eingriffen in Grundrechte der Beteiligten verbunden ist.⁵³

Im Übrigen wird nicht grundlos befürchtet, dass die Ton- und Bildaufnahmen nicht nur archivalisch zu den angegebenen Zwecken, sondern, wenn anders etwa eine frühere Zeugenaussage nicht zu überprüfen ist, vor Ablauf der Schutzfrist auch zu Zwecken der Wahrheitsfindung verwendet werden.⁵⁴

3. Gerichtsinterne Tonübertragungen

Der Referentenentwurf lässt schließlich vor dem Hintergrund der Probleme im NSU-Verfahren Tonübertragungen in einem Medienarbeitsraum ausschließlich für Medienver-

treter zu (§ 160 Abs. 1 Satz 3 GVG-E). Auch diese Entscheidung soll unanfechtbar sein (§ 169 Abs. 1 Satz 4 GVG-E).⁵⁵ Der Gutachter lehnt die Beschränkung auf Tonübertragungen als inkonsequent ab, hält eine Übertragung der Verhandlung in einen Medienraum schon de lege lata für zulässig und plädiert für eine gesetzliche Klarstellung in § 169 GVG.⁵⁶ Die Stellungnahmen der Fachverbände fallen erneut uneinheitlich aus.⁵⁷

Der Vorschlag des Gesetzgebers trägt – wie die Regelung zur Medienübertragung von Urteilsverkündungen der obersten Bundesgerichte – offensichtlich kompromisshafte Züge. Der Gesetzgeber betrachtet zur Vermeidung befürchteter organisatorischer, sitzungspolizeilicher und finanzieller Probleme bei einer Zulassung von Ton- und Bildübertragungen die Regelung als Erweiterung des Sitzungssaales, nicht als Erweiterung der allgemeinen Saalöffentlichkeit.⁵⁸ Zudem ist die geringere Eingriffstiefe in Rechte von Verfahrensbeteiligten bei bloßen Tonübertragungen erwünscht. Andererseits ist nicht zu leugnen, dass die Regelung unter dem Aspekt des Öffentlichkeitsgrundsatzes inkonsequent ist. Da reine Tonübertragungen journalistisch regelmäßig von geringerem Wert sein dürften, wird die Medienarbeit durch den Abschluss von Bildübertragungen beeinträchtigt.⁵⁹

IV. Schlusswort

Wie die cursorisch erörterten Fragen zum Problemfeld „Öffentlichkeit im Strafverfahren“ zeigen, sind die Probleme auch deshalb – nach wie vor – so umstritten, weil der Öffentlichkeitsgrundsatz in seiner Anwendung auf das Strafverfahren auf dem Hintergrund empirisch ungeprüfter Annahmen zu den Effekten einer erweiterten Medienöffentlichkeit ambivalent bleibt. Insoweit hat sich der Referentenentwurf gegen zahlreiche grundsätzliche Einwände dadurch teilimmunisiert, dass er die Erweiterung der Medienöffentlichkeit gebremst betreibt. Das wissenschaftliche Gutachten geht hier naturgemäß weiter und wagt die Neukonfiguration des gesamten Problemfeldes. Ein nicht geringer Nebenertrag ist die Einsicht, dass das ausnahmslose Medienverbot gemäß § 169 Satz 2 GVG auf bessere Gründe gestützt werden muss, sollte es sich überhaupt noch halten lassen.

⁴⁷ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 4, 17 f., 27 f.

⁴⁸ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 17.

⁴⁹ Vgl. *Altenhain*, Gutachten (Fn. 1), C 94 mit Fn. 457.

⁵⁰ Ablehnend BRAK-Stellungnahme (Fn. 6), S. 6 f.; Stellungnahme RAK beim BGH (Fn. 6), S. 4; Stellungnahme DRB (Fn. 6). Zustimmung DAV Stellungnahme (Fn. 6), S. 5; Stellungnahme Justizpressekonferenz (Fn. 6).

⁵¹ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 17.

⁵² Zutreffend BRAK-Stellungnahme (Fn. 6), S. 7.

⁵³ Vgl. auch Stellungnahme RAK beim BGH (Fn. 6), S. 4; *Hamm AfP* 2014, 202 (208).

⁵⁴ BRAK-Stellungnahme (Fn. 6), S. 7.

⁵⁵ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 4, 16 ff., 25 f.

⁵⁶ *Altenhain*, Gutachten (Fn. 1), C 96 ff., 112.

⁵⁷ Ablehnend BRAK-Stellungnahme (Fn. 6), S. 4 ff.; kritisch Stellungnahme DRB (Fn. 6). Zustimmung DAV Stellungnahme (Fn. 6), S. 5 f.; Stellungnahme Justizpressekonferenz (Fn. 6).

⁵⁸ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 26.

⁵⁹ Auch deshalb ablehnend *Schlothauer StV* 2015, 665 (667 f.); BRAK-Stellungnahme (Fn. 6), S. 5; ferner *Hamm AfP* 2014, 202 (209).

Abteilung Öffentliches Recht

Professor Dr. Bernhard W. Wegener, Erlangen-Nürnberg*

Nein, nein, nein!? – Kein Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts?

I. Die Frage des Deutschen Juristentages

Der 71. Deutsche Juristentag, der in diesem Jahr vom 13.-16. September in Essen tagt, stellt in seiner öffentlich-rechtlichen Abteilung die Frage nach dem „Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts?“.¹ Nach dem Eindruck der Programmverantwortlichen steht der „Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand“. Das Modell des Individualrechtsschutzes und die mit ihm einhergehende Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle auf die Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte gerieten zunehmend unter Anpassungsdruck durch das Unionsrecht. Insbesondere im Umweltrecht werde die subjektive Rechtsschutzfunktion erweitert um Elemente einer objektiven Verwaltungskontrolle. Dies gelte für die altruistische Verbandsklage, aber auch für die Erweiterung von Klagerchten Privater. Zugleich werde als Ausgleich eine Einschränkung der Kontrollintensität gefordert. Dieser Funktionswandel scheine nicht auf das Umweltrecht beschränkt. Möglicherweise stehe man vor einem allgemeinen Systemwechsel in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, mit dem der Gesetzgeber die verwaltungsgerichtliche Kontrollfunktion vom Individualrechtsschutz mit grundsätzlich umfassender Kontrollintensität in Richtung auf eine objektive Verwaltungskontrolle mit geringerer Kontrolldichte verschiebe. Damit würden Grundpfeiler und zentrale Weichenstellungen im Verwaltungsprozessrecht hinterfragt und stellten sich fundamentale Fragen eines neuen Rechtsschutzmodells und der Zukunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit, auf die auch die öffentlich-rechtliche Abteilung des Juristentages konkrete Antworten finden müsse.

II. Die Antwort des Gutachters – ein dreifaches Nein

Mit der Begutachtung dieses anspruchsvollen und umfassenden Fragenbündels hat der Juristentag *Klaus Ferdinand Gärditz* beauftragt,² der nach seinen wissenschaftlichen Ver-

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Die kritische Auseinandersetzung mit dem Gutachten D von *Gärditz*, „Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand“ zum 71. DJT 2016 verzichtet auf eine erneute Auseinandersetzung mit der im Gutachten breit rezipierten Literatur. Dem Verfasser standen die Druckfahnen des Gutachtens vom 3. 4. 2016 zur Verfügung. Nach diesen wird im Folgenden zitiert. Das Gutachten ist inzwischen – wie stets bei den Deutschen Juristentagen – im Verlag C.H. Beck erschienen. (Die Beiträge der Referenten und die Beschlüsse werden im Nachgang erscheinen.) Zu einer die Sichtbarkeit und Wirkung der regelmäßig ausgezeichneten Beiträge fördernden Internetpublikation hat sich der Juristentag leider noch nicht entschlossen.

¹ Vgl. <http://www.djt.de/71-deutscher-juristentag/fachprogramm/oeffentliches-recht/>.

² *Gärditz*, Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand, 2016. Die beglei-

öffentlichungen, aber auch nach seiner Praxis als Richter im Nebenamt am OVG Münster, als ausgezeichnete und streitbarer Kenner der Materie – als vielfacher Insider – gelten kann. Umso überraschender mag für die Programmverantwortlichen sein Gutachten ausgefallen sein: Nein, nein, nein! Zu diesem dreifachen Nein lassen sich die Antworten zusammenfassen, die *Gärditz* nach einer breit angelegten und detailreichen Untersuchung auf die ihm gestellten Fragen nach dem Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit gibt: Nein, der europäische Einfluss gehe insgesamt gerade nicht in die Richtung einer Veränderung des deutschen Rechtsschutzmodells; nein, eine erweiternde Veränderung des Kreises klagerrechtsbegründender Rechtsnormen und potentieller Kläger sei nicht (mehr) angezeigt; nein, restriktive Veränderungen der Kontrolldichte im verwaltungsgerichtlichen Verfahren seien nicht erforderlich.

Der defensive Umgang von Teilen der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft mit dem Unionsrecht erreicht mit diesen Thesen eine dritte Phase. Während in den Anfangsjahren die Legitimität einer unionsrechtlichen Überformung des innerstaatlichen Verwaltungsprozessrechts unter Hinweis auf dessen vermeintliche „Autonomie“ pauschal verneint wurde,³ hatte man sich später auf eine taktische Hinnahme nur der unbedingt erzwungenen Geländegewinne des Unionsrechts verständigt. Auch der nationale Gesetzgeber verfolgte und verfolgt eine dezidierte Strategie der minimalistischen „1:1-Umsetzung“ der einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben,⁴ die allerdings in der Vergangenheit in ihrem restriktiven Bemühen vielfach hinter den zwingenden europäischen Vorgaben zurückblieb und immer wieder durch den *EuGH* korrigiert werden musste.⁵

Gärditz geht in seinen Bemühungen um eine weitgehende Konservierung des deutschen Verwaltungsrechtsschutzes einen wesentlichen Schritt weiter und stellt wenigstens vordergründig sowohl das verändernde Potential als auch die verändernde Intention des Unionsrechts in Abrede. Anders als bislang in der Debatte angenommen und auch von den fragenstellenden Organisatoren des Juristentages unterstellt, ziele das Unionsrecht gar nicht auf eine Ablösung oder auch nur substantielle Veränderung des am Schutz subjektiver Rechte orientierten deutschen Modells des Verwaltungsrechtsschutzes. Im Gegenteil sei dieses nationale Modell der

tenden Referate werden von *Martin Beckmann*, *Annette Guckelberger* und vom Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts *Klaus Rennert* gehalten.

³ Entsprechende Nachweise zum Gedanken der Verfahrensautonomie in der Rechtsprechung des *EuGH* und der Literatur bei *Gärditz*, Gutachten (Fn. 2), D 79, Fn. 491.

⁴ Schön abzulesen an den entsprechenden Begründungen der Reihe von Gesetzentwürfen zur Einführung und zur Korrektur des zur Umsetzung der Aarhus-Konvention wie des einschlägigen Unionsrechts dienenden Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes; vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 4. 9. 2006, BT-Drs. 16/2495, S. 7; Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 10. 10. 2012, BT-Drs. 17/10957, S. 11; Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 7. 9. 2015, BT-Drs. 18/5927, S. 1; zuletzt wieder Gesetzentwurf der Bundesregierung v. Juni 2016, S. 2.

⁵ Vgl. *EuGH* v. 12. 5. 2011 – C-115/09 (BUND/Trianel); v. 7. 11. 2013 – C-72/13 (Altrip); v. 15. 10. 2015 – C-137/14 (Kommission/Deutschland).

Verletztenklage gerade dabei, sich mittels des Instruments des Unionsrechts und seiner Interpretation durch den *EuGH* europaweit durchzusetzen.⁶ So wie die individuellen Klageverfahren vor den Unionsgerichten an der Verteidigung subjektiver Rechte ausgerichtet seien, so werde sich auch vor den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten die Durchsetzung des Unionsrechts an diesem Modell ausrichten. Weil es insoweit schon an einer substantiellen Erweiterung des Zugangs zu den Gerichten fehle, bestehe spiegelbildlich auch kein Anlass, Abstriche an der nach *Gärđitz'* Auffassung europaweit herausragenden Kontrolldichte der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit zu machen. Auch hier sei im Gegenteil zu erwarten, dass sich im Zuge der Europäisierung eine Entwicklung hin zur deutschen Kontrollintensität vollziehen werde.⁷

Soweit *Gärđitz* überhaupt unionsrechtlich induzierte Veränderungen des Verwaltungsschutzes und damit der Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit erkennt, so erklärt er diese für sektoral begrenzte Sonderentwicklungen, eine „strukturelle Exzeptionalität“⁸ allein des Umweltrechts, denen es an systemveränderndem Potential fehle, die entsprechend reibungslos zu verarbeiten seien und die ihre Reichweite und Beständigkeit im einzelnen auch noch unter Beweis stellen müssten. Insgesamt – so *Gärđitz* – werde der unionsrechtliche Einfluss in seiner Stoßrichtung verkannt und in seiner nur vermeintlichen systemverändernden Kraft missverstanden und überschätzt.

III. Ein negatorischer „Wall of Sound“

Irritieren muss diese Darstellung vor allem wegen ihrer Herangehensweise. Anders als man dies erwarten mag, liefert der Gutachter eingangs weniger eine Erhebung und Beschreibung eines tatsächlichen oder normativen Zustandes. Vermittelt wird zunächst vielmehr vor allem eine permanente sprachliche Wertung, ein negatorischer „Wall of Sound“⁹, der die nahezu durchgängige Überlegenheit des deutschen Verwaltungsrechtsschutzes behauptet und diesen mit allen – durchweg beeindruckenden – sprachlichen Mitteln gegen jede Veränderung abzuschirmen sucht. Das mutet an wie das sprichwörtliche Pfeifen im Walde, mit dem der Gutachter die Nichtexistenz eines europäischen Veränderungsimpulses zu beschwören sucht, den es aus seiner Sicht nicht geben soll und nicht geben darf.

1. Lob des Systems

So beginnt *Gärđitz* seine Ausführungen denn auch gleich mit einem einleitenden Kapitel über die vermeintliche „Systementscheidung“ für einen subjektiven Individualrechtsschutz und macht damit von Anfang an seine nach Hermetik strebende Zielsetzung deutlich. Der Begriff des „Systems“ zieht sich in einer schon verblüffenden Häufung durch die gesamte Darstellung.¹⁰ Das „System“ ist dabei fast durchweg positiv

konnotiert. Es ist „prägend“¹¹, „kohärent“¹², „wirksam“¹³, „austariert“¹⁴, zu „stabilisieren“¹⁵ und vor „Infektionen“¹⁶, „Erosionen“¹⁷, „Überfremdung“¹⁸ und „Deformation“¹⁹ zu schützen. Dieser ganz auf die Systemverteidigung, auf eine, wie es in ausdrücklicher Anlehnung an die Sprache des kalten Krieges heißt, „Containment-Politik“²⁰ setzende Ansatz prägt nahezu das gesamte Gutachten.

Umso verblüffender mutet die überraschende Volte an, mit der der Gutachter den Systemgedanken ganz am Ende seiner Ausführungen nachgerade nonchalant relativiert, ja verwirft. Die Ausrichtung des subjektiven Rechtsschutzes – so heißt es dort plötzlich – sei funktionsabhängig zu differenzieren. Das Unionsrecht mit seinen fragmentiert-fachspezifischen Regelungsansätzen lehre, „den Eigenwert des Partikularen wiederzuentdecken“. „Überzogenes materiales Systemdenken“ helfe nicht weiter. Die Zukunft gehöre einer „selbstbewussten Sektoralität“. Vorzugswürdig seien sondergesetzliche Regelungen wie sie sich im Umwelt-, Asyl- und Telekommunikationsrecht fänden.²¹ So richtig diese späten Zugeständnisse an die deutsche und unionale Rechtswirklichkeit auch sind, so wenig fügen sie sich in das vorab gezeichnete Bild der weitestgehenden Systemstabilität und Systembehauptung. Welche systemischen Brüche die Beschränkung auf den subjektiven Rechtsschutz auch in Deutschland aufweist, zeigt im Übrigen nicht zuletzt die von *Gärđitz* zu Recht kritisierte²² Rechtsprechung des *BVerfG* zum subjektiven Recht auf Demokratie in Angelegenheiten der Europäischen Integration.²³

2. Deutsche Freiheit, deutsches Recht

Inhaltlich begründet *Gärđitz* sein Plädoyer für die Bewahrung des deutschen Rechtsschutzsystems mit dem Verweis auf dessen vermeintlich überlegene Qualität und Freiheitlichkeit. Mit systemischem Eigenlob und Pathos geht er dabei alles andere als sparsam um. Hinter dem wirksamen deutschen Rechtsschutz stehe die „normative Leitidee, dass die Teilnehmer der Gemeinschaft als Träger eigener Rechte anerkannt“ würden und der Einzelne auch im Prozess als handlungsfähiges Subjekt erhalten bleibe.²⁴ Subjektive öffentliche Rechte seien ein „Indikator der Freiheitlichkeit einer Gesellschaft“. Demgegenüber werde im objektiven Kontrollmodell „die Rechtlichkeit [...] systemimmanent vom allgemeinen Kontrollauftrag aufgesogen“.²⁵ Dem Lob des eigenen entspricht hier eine überkritische Sicht des anderen, die

¹¹ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 18.

¹² *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 13, 27, 42, 75, 94.

¹³ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 10, 21.

¹⁴ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 18, 52, 102.

¹⁵ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 18, 28, 51.

¹⁶ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 51.

¹⁷ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 53, 88.

¹⁸ Vgl. den entsprechenden zustimmenden Hinweis auf *Schmidt-Aßmann* bei *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 53, Fn. 305.

¹⁹ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 25, 53.

²⁰ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 53.

²¹ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 101.

²² *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 35.

²³ Vgl. etwa *BVerfG* v. 12. 10. 1993 – 2 BvR 2134/92 u. a., Rn. 60 ff. (Vertrag von Maastricht) = *BVerfGE* 89, 155 = JZ 1993, 1100 (dazu *Götz* JZ 1993, 1081); v. 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08 u. a., Rn. 208 ff. (Vertrag von Lissabon) = *BVerfGE* 123, 267 = JZ 2009, 890 (dazu *Gärđitz/Hillgruber* JZ 2009, 872 und *Classen* JZ 2009, 881); v. 14. 1. 2014 – 2 BvR 2728/13 u. a., Rn. 17 ff. (OMT-Vorlage) = *BVerfGE* 134, 366 = JZ 2014, 341 (dazu *Henn* JZ 2014, 331); und die entsprechenden Literaturnachweise bei *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 35, Fn. 195 f.

²⁴ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 10.

²⁵ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 16.

zu weit geht, wenn sie diesem die „Rechtlichkeit“ als solche abspricht.²⁶ Die aus gemeineuropäischer Sicht mit Recht formulierte Kritik an den aus der Schutznormlehre resultierenden spezifischen Rechtsschutzdefiziten, nach der der auch in Verfahren vor dem *EuGH* von deutscher Seite immer hoch gelobte klassische deutsche Verwaltungsgerichtsschutz anmutete wie ein „Ferrari mit verschlossenen Türen“²⁷, wird dagegen ignoriert.

3. Freiheit durch Verneinung?

Viel Pathos wird stattdessen dafür aufgewandt, dem Einzelnen die mit dem deutschen Modell des subjektiven Rechtsschutzes einhergehenden spezifischen Klagerechtsbeschränkungen schmackhaft zu machen. Indem ihm die Möglichkeit verwehrt werde, mehr als die tradierten eigenen Rechte gerichtlich zu verteidigen, werde er davor bewahrt, „auf ein Derivat gesellschaftlicher Gemeinwohlerwartungen“ reduziert zu werden.²⁸ In einer auf individueller Selbstbestimmung gründenden Rechtsordnung dürfe der Einzelne nicht in „die Rolle eines Funktionsärs des öffentlichen Wohls“²⁹, eines „bloßen Agenten einer diffusen Allgemeinheit“³⁰ gedrängt werden. Individuelle Selbstbestimmung zeigt sich in dieser hier erneut beschworenen, einem demokratischen Gemeinwesen aber unangemessenen Logik gerade in der systemischen Reduzierung des Einzelnen auf das traditionelle Leitbild eines bürgerlichen Verteidigers egoistischer Interessen. Der Systemwandel vom monarchisch-konstitutionellen Obrigkeitsstaat zum demokratischen Verfassungsstaat kann mit dieser normativen Leitidee allen gegenteiligen Beteuerungen zum Trotz letztlich nicht vollständig verarbeitet werden.³¹

4. Legitimation durch Verneinung?

Der Hinweis auf dieses historisch überkommene Grunddefizit der traditionellen Schutznormlehre wird auch durch die in der Sache zutreffenden Beobachtungen *Gärđitz'* von der Kontingenz gerichtlicher Kontrollverfahren und der potentiell drohenden Verschiebungen im System der Gewaltenteilung³² nicht grundlegend in Frage gestellt. Aus einer Erweiterung des Gerichtszugangs soll nach *Gärđitz* ein letztlich nicht hinnehmbares Legitimationsdefizit der Judikative resultieren. Ihre Legitimation könne die dritte Gewalt angesichts erheblicher Entscheidungsspielräume und unhintergebar unbestimmter gesetzlicher Regelungen nämlich nicht allein aus der Gesetzesbindung ableiten. Erforderlich sei eine ergänzende Legitimation, die der Judikative allein als der Verteidigerin subjektiver Freiheitsrechte zuwachsen könne.³³

So ansprechend und pathetisch-plausibel diese Argumentation auf den ersten Blick auch anmuten mag, so sehr erweist sie sich bei näherer Betrachtung weithin als *petitio principii*. Sie setzt die traditionelle Privilegierung der klassi-

²⁶ Vgl. auch sonst die durchweg negative Konnotation des französischen Rechtsschutzes, dem eine „Negativbilanz“ und Einflusslosigkeit bescheinigt und dem eine Subjektivierung „à la Allemande“ in Aussicht gestellt wird; vgl. *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 21, 27.

²⁷ Schlussanträge Generalanwältin *Sharpston* v. 16. 12. 2010 – C-115/09 (BUND/Trianel), Rn. 77.

²⁸ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 10.

²⁹ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 17.

³⁰ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 30.

³¹ Hingewiesen sei insoweit auf die bei *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 35, Fn. 192 ablehnend rezipierte Literatur.

³² *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 34 ff.

³³ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 33 ff.

schen bürgerlichen Freiheitsrechte etwa des Eigentümers gegenüber den Interessen etwa des Naturliebhabers als gegeben voraus, um aus ihr erst eben diese Privilegierung zu begründen und als zentrales Element richterlicher Legitimation auszuweisen. Konsequenter aber inhaltlich wenig überzeugend wird der Eigentümer dabei ebenso unhinterfragt zum Verteidiger der Freiheit geadelt, wie der Naturliebhaber als Verfechter von Sonderinteressen abqualifiziert wird.³⁴ So richtig es ist, dass die von *Gärđitz* als „Akteure der Zivilgesellschaft“³⁵ apostrophierten Nichtregierungsorganisationen und einzelne Naturschützer keine demokratische Allgemeinheit repräsentieren, so sehr gilt dies auch für sonstige Verbände und einzelne Eigentümer. Die Privilegierung der Letztgenannten kann deshalb nur solange und soweit als Argument herangezogen werden, als sie ihrerseits auf einer demokratisch legitimierten Entscheidung des Verfassungs- und/oder Gesetzgebers und nicht allein auf einer überkommenen rechtswissenschaftlich und richterrechtlich perpetuierten Rechtsschutzdogmatik aufbaut.

Die Beschränkung des Kreises der Klageberechtigten ist deshalb keine demokratische und freiheitliche Zwangsläufigkeit. Sie ist vielmehr – soweit sie denn überhaupt besteht – selbst Resultat einer demokratischen Entscheidung und als solche wandelbar. Veränderungen können dabei selbstverständlich auch durch den demokratisch legitimierten europäischen Gesetzgeber vorgenommen werden, ohne dass deshalb gleich ein Verlust von Freiheitlichkeit, justizieller Legitimation und exekutiver Eigenständigkeit drohte. Einer zu großen Entscheidungsmacht der Verwaltungsgerichte kann im demokratischen Gemeinwesen auch anders, nämlich durch gesetzgeberische Rahmensetzung und richterliche Selbstbeschränkung begegnet werden. Eines pauschalen und durchgängigen Ausschlusses jeder gerichtlichen Verteidigung von Gemeinwohlinteressen durch Einzelne bedarf es dafür nicht.

5. Erstklassige deutsche Kontrolldichte?

Materiell soll, so die auch von *Gärđitz* erneut vorgetragene Erzählung, der Beschränkung des Verwaltungsrechtsschutzes auf die Verteidigung eines begrenzten Kreises subjektiver Rechte spiegelbildlich eine europaweit einmalige Kontrolldichte der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit entsprechen. *Gärđitz* spricht insoweit von einem „Korrespondenzverhältnis“ von (engem) Kontrollzugang und (hoher) Kontrolldichte.³⁶ Letztere sei „ein gewachsenes Rechtskulturprodukt“, das sich im europäischen Vergleich einem zunehmenden Rechtfertigungsdruck ausgesetzt sehe.³⁷

Hinweise auf belastbare empirische Belege für die Überlegenheit der Kontrolldichte vor deutschen Gerichten sucht man allerdings auch bei *Gärđitz* – wie bei so vielen anderen – vergeblich. Hier macht sich – was dem Gutachter nicht angelastet werden kann – das Fehlen praktischer Studien zur Kontrolldichte in Deutschland und den anderen Mitgliedstaaten der Union bemerkbar. Insbesondere fehlt es an Studien zu sektoralen Differenzierungen der Kontrolldichte und zu den Kontrolldefiziten, die möglicherweise aus den deutschen Rechtsschutzmodell prägenden spezifischen Rechtsschutzbeschränkungen resultieren. So will es denn auch nicht recht zusammenpassen, wenn *Gärđitz* in seinem Plädoyer für den Erhalt der Kontrolldichte davon spricht,

³⁴ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 28, 39.

³⁵ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 39.

³⁶ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 19 ff.

³⁷ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 10.

⁶ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 20 ff.

⁷ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 54 ff.

⁸ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 26.

⁹ Zur musikwissenschaftlichen Verwendung des Begriffs vgl. https://en.wikipedia.org/wiki/Wall_of_Sound.

¹⁰ Mein Textverarbeitungsprogramm zählt 75 Treffer, von denen nur eine geringere Zahl auf die Zitate einschlägiger Fremdliteratur zurückzuführen sind.

die demokratische Verantwortlichkeit der Verwaltung sei kein Blankoscheck, der eine pauschale Kontrollfreistellung rechtfertigt,³⁸ er eben solche pauschalen Kontrollfreistellungen aber dort für weithin angemessen hält, wo sie sich aus den spezifischen Klagerechtsbeschränkungen der Schutznormlehre ergeben. Die nicht geringe Zahl und Bandbreite der Korrekturen, die auch der Rechtsschutz vor deutschen Verwaltungsgerichten im Zuge der Europäisierung durch die Rechtsprechung des *EuGH* und des *EGMR* erfahren hat, mahnt eher zur Vorsicht gegenüber dem in Deutschland fast durchgängig verbreiteten Selbstbildnis eigener Kontrollüberlegenheit. Allein von der im europäischen Vergleich überlegenen Länge verwaltungsgerichtlicher Urteilsbegründungen auf eine durchgängig überlegene Kontrolldichte zu schließen, wäre jedenfalls zu einfach.

Wenig praktikabel und wegen der mit ihr notwendig einhergehenden inneren Brüche zu teuer erkaufte erscheint die von *Gärđitz* vorgeschlagene Binnendifferenzierung besonders der Kontrolldichte durch ein außerhalb des klassischen Schutznormverständnisses neu zu entwickelndes und anzuwendendes „reduziertes [prozessuales] Sonderprozessrecht“³⁹, das die Effektivität des Rechtsschutzes partiell niedriger hängt. Der so zu etablierende Rechtsschutz zweiter Klasse soll nach dem Verständnis des Gutachters die besondere Dignität des klassischen Individualrechtsschutzes bewahren. Ob die hier propagierte Diskriminierung der einen den anderen aber tatsächlich Dignität sichert oder ob nicht vielmehr mit seiner teilweisen Abqualifizierung der Rechtsschutz auch insgesamt schleichend erodiert, erscheint ebenso zweifelhaft wie die Vereinbarkeit der Diskriminierung mit den unionsrechtlichen Effektivitätsanforderungen.⁴⁰

Eher wäre die Frage zu stellen, ob die sektoral sicher hohe Kontrolldichte der deutschen Verwaltungsgerichte insgesamt tatsächlich uneingeschränkt positiv zu bewerten ist. Gerade im Umweltrecht kann man mitunter den Eindruck gewinnen, die traditionell engen Schranken des Zugangs zu den Gerichten hätten eine Praxis überschießender Detailverliebtheit und Detailkontrolle etabliert, die die notwendigen Beurteilungs- und Entscheidungsspielräume der Verwaltung zu gering achtet.⁴¹ Auch hier könnte der große Lernprozess, den die Europäisierung des Rechtsschutzes darstellt, deshalb noch manche wertvolle Relativierung bereithalten.⁴²

IV. Anerkennung und Kritik des europäisch induzierten Wandels

Auch wenn der einseitig auf die Verteidigung eines vermeintlich überlegenen nationalen Rechtsschutzmodells ausgerichtete Grundtenor nicht zuletzt angesichts der aktuellen politischen Diskreditierungen und Gefährdungen des europäischen Projekts enttäuscht, so enthält das Gutachten doch auch eine Fülle positiver Einsichten und Anregungen und damit insgesamt eine detaillierte Anerkennung und Kritik der europäisch induzierten Veränderungen.

³⁸ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 62.

³⁹ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 49, vgl. auch 82.

⁴⁰ Relativierend zu entsprechenden Zweifeln hinsichtlich der unionsrechtlichen Zulässigkeit schon der in der letzten Reform des Umweltrechtsbehelfsgesetzes entwickelten Rechtsschutzbeschränkungen in § 4a Abs. 2 UmwRG: *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 20.

⁴¹ Vgl. bspw. *BVerwG v. 17. 1. 2007 – 9 A 20.05* (Westumfahrung Halle).

⁴² Im weiteren Verlauf hält auch *Gärđitz* solche Relativierungen u. U. für angeeignet; vgl. Gutachten (Fn. 2), D 58 ff.

1. Kein Drama

An erster Stelle ist dabei der Aufruf zur „Entdramatisierung“⁴³ des europäischen Einflusses im Allgemeinen und der Rechtsprechung des *EuGH* im Besonderen zu nennen. Ganz zu Recht betont *Gärđitz* die vergleichsweise Geringfügigkeit der Veränderungen, denen gerade das deutsche Verwaltungsrecht im Prozess der Europäisierung ausgesetzt war und ist. Zu Recht zeigt er sich skeptisch gegenüber einseitigen Überzeichnungen, die dem plakativen Bild einer bloß instrumentellen „Mobilisierung des Bürgers“⁴⁴ durch das Unionsrecht und seine Gerichtsbarkeit zugeschrieben worden sind.⁴⁵ Richtig ist sicher, dass die Unionsgerichtsbarkeit den Schutz individueller Rechte auch schon in der Vergangenheit ernst, und etwa mit Blick auf den Schutz der Gesundheit bei Normen der Vorsorge oder den Schutz der Bieter im Vergaberecht auch weitaus ernster genommen hat, als die vorgeblich so sehr am Individualrechtsschutz ausgerichtete deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Zugleich kann *Gärđitz*' differenzierte und gelegentlich schon wohlwollende Betrachtung der Rechtsprechung des *EuGH* und seines Kooperationsverhältnisses mit der nationalen Verwaltungsgerichtsbarkeit für die Teile der deutschen Staatsrechtslehre, die sich – auch in der Form der von ihnen maßgeblich mitgeprägten Rechtsprechung des *BVerfG* – in der jüngeren Vergangenheit mehr und mehr in eine oppositionelle Auffangrolle gegenüber der europäischen Integration haben drängen lassen,⁴⁶ ein Indiz für die sehr begrenzte Folgebereitschaft sein, auf die ein ebenso überkritisches wie folgenloses Integrationsräsonnement in der Verwaltungswissenschaft und der Verwaltungsgerichtsbarkeit rechnen kann.⁴⁷

2. Der Rechtsschutz im Verbundverwaltungsrecht

Hellsichtig und originell erscheinen vor diesem Hintergrund die Überlegungen des Gutachters zum Rechtsschutz im Verbundverwaltungsrecht. Angesprochen ist die Rechtsschutzfunktion der innerstaatlichen Gerichte gegenüber Verwaltungsentscheidungen, die im Zusammenspiel von nationaler und supranationaler Verwaltung zustande kommen. Nach der hergebrachten Trennungsthese unterliegen die supranationalen Entscheidungsbeiträge dabei nicht der Kontrolle durch die nationalen Gerichte, sondern allein der durch die EU-Gerichtsbarkeit. Wie *Gärđitz* zu Recht aufzeigt, legen es der Aufwuchs der im transnationalen Verbund getroffenen Verwaltungsentscheidungen und das Gebot hinreichend effektiven Rechtsschutzes nahe, über Möglichkeiten einer Überwindung dieser institutionellen Trennung nachzudenken.⁴⁸

⁴³ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 100 m. w. N., zuvor schon D 25: „typisch deutsche Integrationsdramaturgie“.

⁴⁴ Vgl. den entsprechenden Titel der – in der Sache allerdings deutlich differenzierteren – Dissertation von *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997.

⁴⁵ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 25.

⁴⁶ Vgl. etwa die oben in Fn. 23 nachgewiesene Rechtsprechung.

⁴⁷ Vgl. auch die entsprechende Bemerkung bei *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 92, wonach der „graduelle Bedeutungsverlust des *BVerfG* [...] kein Anlass zur Trauerarbeit, sondern [...] eher Ansporn für die Verwaltungsgerichte sein [sollte], ihren mittelbaren Bedeutungszuwachs zu nutzen, um aktiv an der Entwicklung des modellierbaren Unionsverwaltungsrechts mitzuwirken“.

⁴⁸ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 93 ff.

3. Respekt im Konkreten

Anders als es die defensive Klangfärbung des Gutachtens nahelegt, zollt *Gärđitz* den etablierten unionsrechtlich induzierten Veränderungen des Verwaltungsrechtsschutzes im Ergebnis nahezu⁴⁹ durchweg Respekt. Der Ausbau des Rechtsschutzes im Vergaberecht wird dabei ebenso grundsätzlich begrüßt⁵⁰ wie die Forderung nach einer individuellen Klagbarkeit auch der der Gesundheitsvorsorge dienenden Umweltschutzbestimmungen,⁵¹ die erleichterte Durchsetzbarkeit von Verfahrensrechten⁵² und die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der altruistischen Verbandsklage im Umweltrecht.⁵³ Die ersteren drei begreift *Gärđitz* zu Recht als konsequente Erweiterung eines vormals unterentwickelten subjektiven Rechtsschutzansatzes. Das Unionsrecht und gesondert der *EuGH* habe hier mitgeholfen, überkommene Verküsterungen der Schutznormlehre aufzubrechen.⁵⁴ Sehr optimistisch mutet insoweit allerdings *Gärđitz*' Einschätzung an, nach der „eine Neubestimmung des Verhältnisses des Verwaltungsverfahrensrechts zum Dogma der Ergebnisrichtigkeit [...] längst stattgefunden“ habe und dass die Heilungs- und Unbeachtlichkeitsvorschriften des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts unionsrechtskonform ausgelegt und angewendet würden, ohne dass es zu grundlegenden Brüchen gekommen sei.⁵⁵ Welche Potentiale in einer konsequent, aber mit Augenmaß zu Ende gedachten „Anerkennung der Eigenleistungen des Verfahrens“ noch liegen, zeigt nicht zuletzt das von *Gärđitz* selbst hieraus abgeleitete Plädoyer für eine Überführung des gebundenen Genehmigungsanspruchs nach § 6 Abs. 1 BImSchG in das Planfeststellungsrecht.⁵⁶

4. Subjektivierung des unionsrechtlichen Rechtsschutzes?

Als Beleg für die grundsätzliche Orientierung des Unionsrechts und der Rechtsprechung des *EuGH* an einem Modell subjektiven Rechtsschutzes oder gar für „Subjektivierungsschübe“⁵⁷ des Unionsrechts können die eben angesprochenen Weiterungen allerdings nur begrenzt dienen. Zwar lassen sie sich schutznormtheoretisch weithin bruchlos verarbeiten. Auch sie bauen aber – wie andere im Gutachten nicht eigens thematisierte unionsrechtliche Anspruchserweiterungen⁵⁸ – klassische Restriktionsfunktionen der Schutznormlehre ab und lassen sich im Übrigen auch mit alternativen Modellen wie etwa der Interessentenklage erklären. Aus der relativen Anpassungsfähigkeit der deutschen Schutznormlehre im Sinne einer Entdramatisierung auf eine vermeintliche Bedeutungslosigkeit der unionsrechtlich angeleiteten Veränderungen oder gar auf einen aktuell stattfindenden europäischen

⁴⁹ Ablehnend aber zur Verneinung der materiellen Präklusion durch den *EuGH*: *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 38.

⁵⁰ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 25.

⁵¹ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 24.

⁵² Insoweit allerdings insgesamt deutlich zurückhaltender *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 13, 83 ff.

⁵³ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 41 ff.

⁵⁴ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 25.

⁵⁵ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 84.

⁵⁶ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 87.

⁵⁷ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 51.

⁵⁸ Zu denken ist insbesondere an die maßgeblich durch das Unionsrecht entwickelten Jedermann-Informationszugangsansprüche gegenüber der Verwaltung, die ihrerseits durchgehend auf die Notwendigkeit der Geltendmachung (weiterer) subjektiver Rechte oder auch nur Interessen verzichten.

Siegeszug des klassischen deutschen Schutznormverständnisses zu schließen, geht deshalb zu weit. Auch die von *Gärđitz* als Beleg für die unterstellte vorrangige Orientierung des *EuGH* am Schutz eng verstandener subjektiver Rechte herangezogene Rechtsprechung zur Klagebefugnis nach Art. 263 Abs. 4 AEUV⁵⁹ darf in diesem Sinne nicht überinterpretiert werden. Sie folgt in ihrem beschränkenden Impetus nämlich weniger einem übergreifenden „systemischen“ Ansatz. Sie ist vielmehr primär Ausdruck der funktionalen Logik eines europaweiten pyramidalen Gerichtsverbundsystems, nach der der unmittelbare Zugang zum letztentscheidenden Höchstgericht begrenzt werden muss.⁶⁰

5. Lob und Containment der Verbandsklage

Bemerkenswerter ist die – stellenweise allerdings noch recht zähneknirsch klingende⁶¹ – Zustimmung zur erweiterten Umweltverbandsklage. Galt diese noch vor Jahren als Bedrohung, so erscheint sie heute als das gegenüber einem unbegrenzten Ausbau der Individualklage kleinere Übel.⁶² Dazu hat sicherlich der auch von *Gärđitz* gelobte weithin verantwortungsvolle Gebrauch beigetragen, den die Verbände bislang von diesem Instrument machen.⁶³ Zu Recht würdigt der Gutachter die Kompensationsfunktion der Verbandsklage im von spezifischen Vollzugsdefiziten gekennzeichneten Umweltrecht.⁶⁴

Dass sich der Ausbau der Klagerechte hier tatsächlich auf die Verbände wird beschränken lassen,⁶⁵ erscheint angesichts eher gegenläufiger völkerrechtlicher und unionsrechtlicher Vorgaben allerdings alles andere als ausgemacht. Insbesondere die Aarhus-Konvention statuiert Klagerechte nicht allein für Verbände, sondern für eine weit verstandene Öffentlichkeit, die auch den Einzelnen ausdrücklich mit einschließt.⁶⁶ Zutreffend identifiziert *Gärđitz* die von ihm verneinte Frage nach der Klagbarkeit naturschutzrechtlicher Vorgaben durch Individualkläger als den eigentlichen Lackmuster der international- und unionsrechtlichen Rechtsschutzkonstruktion.⁶⁷ Dass sich die streitentscheidenden Institutionen des Aarhus Compliance Committee und des *EuGH* aber wie angemahnt tatsächlich gegen eine entsprechende Rechtsbegründung entscheiden werden, erscheint angesichts einer offenen normativen Ausgangslage und mindestens widersprüchlicher Indizien in der Rechtsprechung⁶⁸ zumindest zweifelhaft.

⁵⁹ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 21 ff.

⁶⁰ Von völkerrechtlicher Seite geraten diese Beschränkungen derzeit unter verstärkten Druck; vgl. *ACCC/C/2008/32*, part II (European Union).

⁶¹ Vgl. *Gärđitz*, D 53: „In Bezug auf objektive Beanstandungsfunktionen (Verbands-, Popular- und Interessentenklage) empfiehlt sich daher eine Politik des Containment, um die individualfreiheitliche Basisstruktur des Verwaltungsprozesses, die von der Spannung zwischen Individual- und Allgemeininteresse lebt, vor Erosionen zu schützen“.

⁶² *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 45: „erscheinen immerhin als eine Alternative zur exzessiven Erweiterung von subjektiven Rechten ohne individuelles Selbstbestimmungssubstrat“.

⁶³ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 45.

⁶⁴ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 43 f.

⁶⁵ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 45: „der Charme dieser Lösung liegt anders gewendet darin, dass die objektive Rechtsdurchsetzung gerade nicht Popularklägern anvertraut wird, sondern eingrenzbarer Akteuren“.

⁶⁶ Vgl. prima facie zunächst die Legaldefinition des Art. 2 Nr. 4 Aarhus-Konvention.

⁶⁷ *Gärđitz*, Gutachten (Fn. 2), D 29 f.

⁶⁸ Vgl. etwa *ACCC/C/2006/18* (Dänemark), Rn. 24; *EuGH v. 7. 9. 2004 – C-127/02*, Slg. 2004, I-07 405, Rn. 66 (Waddenzee); v. 8. 3. 2011 – C-240/09 (Slowakischer Braunbär).

6. Die Kontrolldichte unter europäischem Einfluss

Weithin Zustimmung verdienen die Beobachtungen des Gutachters zur Entwicklung der Kontrolldichte unter europäischem Einfluss. Hilfreich ist auch hier zunächst der Hinweis auf die strukturelle Begrenztheit des europäischen Veränderungsimpulses, der ausgehend von den Grundsätzen der Adäquanz und Effektivität grundsätzlich keine Absenkung des von deutschen Verwaltungsgerichten praktizierten Kontrollniveaus verlangt.⁶⁹ Eher ist umgekehrt – wie Gärditz dies eindrücklich beschreibt⁷⁰ – unter den Vorzeichen der europaweiten Übernahme des Gedankens der Verhältnismäßigkeit eine Konvergenz der Kontrollmaßstäbe im Sinne einer Angleichung „nach oben“ zu konstatieren. Überhaupt enthält das Gutachten hier mit seinen Hinweisen auf den primären Zusammenhang zwischen der Kontrolldichte und dem materiellen Recht,⁷¹ zur Notwendigkeit dichter verwaltungsgerichtlicher Kontrolle gerade der Entscheidungen unionsrechtlich gegenüber politischen Zugriffen relativ autonom gestellter Behörden⁷² und zu den Zusammenhängen zwischen fehlender gesetzgeberischer Programmierung,⁷³ tatsächlicher Komplexität⁷⁴ und behördlicher wie gerichtlicher Gutachtenhörigkeit⁷⁵ einerseits sowie Kontrolldichte andererseits seine lesenswertesten Passagen.

⁶⁹ Gärditz, Gutachten (Fn. 2), D 79 ff.

⁷⁰ Gärditz, Gutachten (Fn. 2), D 57.

⁷¹ Gärditz, Gutachten (Fn. 2), D 56.

⁷² Gärditz, Gutachten (Fn. 2), D 66.

⁷³ Gärditz, Gutachten (Fn. 2), D 55 ff., 72, 80.

⁷⁴ Gärditz, Gutachten (Fn. 2), D 69 ff.

⁷⁵ Gärditz, Gutachten (Fn. 2), D 68.

V. Fazit

Eine zurückhaltende Lesart der Europäisierung des Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrechts kann ihre Qualitäten haben. „Trägheiten und Beharrungskräfte trädierter Entwicklungspfade im nationalen Recht können [...] Speicher sinnvoller Lösungen sein“⁷⁶ und modische oder überzogene Veränderungen einbremsen. Ihre Rechtfertigung erfährt solche Trägheit aber nicht aus sich selbst heraus und auch nicht aus einer einseitig auf einen Erhalt nationaler „Systemlösungen“ abzielenden Hermeneutik. Der unionsrechtlich angeleitete Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist – darauf weist das Juristentagsgutachten zu Recht nachdrücklich hin – weniger dramatisch als er mancherorts wahrgenommen wird. Das liegt aber nur zum Teil an seiner begrenzten Reichweite. Undramatisch ist die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes vor allem, weil sie dem deutschen Rechtsschutzmodell lange überfällige Korrekturen eingeschrieben hat, auf die wir bei nationaler Isolation hierzulande noch heute warten müssten. Die Europäisierung des Rechtsschutzes im Verwaltungsrecht ist deshalb aufs Ganze gesehen keine oktroyierte, sondern eine selbstbestimmte und glückliche Wahl.

⁷⁶ Gärditz, Gutachten (Fn. 2), D 88, der solche sinnvollen Lösungen allerdings allein im deutschen Speicher lokalisiert.

Abteilung Wirtschaftsrecht

Professor Dr. Tobias Tröger, LL.M. (Harvard), Frankfurt a. M.*

Gesetzgebung im Recht der Personengesellschaften

I. Einleitung

Bereits in der Vorbereitung der Schuldrechtsreform war eine tief in die bestehenden Gesetzesstrukturen eingreifende Neugestaltung des Personengesellschaftsrechts erwogen worden,¹ die aber schon im Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts verworfen wurde.² Entsprechende Gedanken spielten deshalb auch in den zu

Ende gebrachten Reformbemühungen nach der Jahrtausendwende keine Rolle mehr.³ Vergegenwärtigt man sich, dass die „disruptive Innovation“,⁴ die zur Schuldrechtsmodernisierung 2002 führte, in einem zwar thematisch eng fokussierten (Kaufrecht), aber das überkommene System zumindest partiell aufbrechenden europäischen Rechtsakt lag,⁵ wundert es

³ Vgl. BMJ, Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes v. 4. 8. 2000, abgedruckt bei *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002, S. 3 ff. Auch in der begleitenden wissenschaftlichen Diskussion war das Personengesellschaftsrecht von Anfang an kein Thema; exemplarisch die Dokumentationen der großen, richtungsweisenden Tagungen zu Beginn der kurzen, aber hochintensiven Debatte bei *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001; *Schulze/Schulte-Nölke* (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, 2001.

⁴ Der Begriff beschreibt das Phänomen, dass durch eine Innovation ein neuer Markt für ein Produkt und ein damit verbundenes Wertschöpfungsnetzwerk entsteht, die schlussendlich die gegenwärtigen Marktakteure und Strukturen verdrängen; grundlegend *Bower/Christensen* Harv. Bus. Rev. Jan.-Feb. 1995, 43 ff.

⁵ Damit ist nicht gesagt, dass die seinerzeit notwendige Umsetzung europäischer Rechtsakte die „große Lösung“ der Schuldrechtsmodernisierung erforderte; vgl. nur *Schmidt-Räntsch* ZEuP 1999, 294, 298 ff.; *ders.* ZIP

nicht, dass ein entsprechender Impuls auch für das Personengesellschaftsrecht nötig war, um die Reformagenda neu zu beleben. Dieser erfolgte letztlich mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts durch die *BGH*.⁶ Das darin liegende Abgehen von der Gesetzesverfasser 1896 leitenden Gesamthandskonzeption führte zu einer von der Literatur sogleich skizzierten Fülle von Folgeproblemen,⁷ die der Gesetzgeber bisher durch punktuelle Eingriffe⁸ allenfalls notdürftig adressierte. Die aufgeworfenen Fragestellungen betreffen als Großthemen die sachgerechte Abgrenzung rechtsfähiger von sonstigen BGB-Gesellschaften, die fehlende Registerpublizität der GbR bei gleichzeitiger Rechtsträgerschaft insbesondere im Grundstücks- und Handelsverkehr und die Haftungsverfassung der rechtsfähigen Einheit einschließlich der Gesellschafterhaftung. Wie weit der durch die skizzierte Rechtsentwicklung für das Recht der Personengesellschaften – nicht zuletzt in Anbetracht der vielfältigen Erscheinungsformen derselben⁹ – ausgelöste, vom Gesetzgeber zu befriedigende Reformbedarf tatsächlich reicht, kann freilich erst mit einigem Abstand beurteilt werden. Es ist daher angemessen, dass sich der 71. Deutsche Juristentag mit gut 15-jähriger Distanz in seiner Wirtschaftsrechtlichen Abteilung mit der Frage beschäftigt, ob „sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts“ empfehle, deren Beantwortung durch das im Mittelpunkt der folgenden Überlegungen stehende Gutachten von *Carsten Schäfer*¹⁰ – einem der gegenwärtig am breitesten ausgewiesenen Kommentatoren des Personengesellschaftsrechts¹¹ – vorbereitet wurde.

II. Das Verständnis der Aufgabe des Reformgesetzgebers im Gutachten und alternative Ansätze

1. Systemimmanente Glättungen als Reformziel

Die dem Gutachter von den Verantwortlichen der Wirtschaftsrechtlichen Abteilung gestellte Frage kann verschieden gedeutet werden. Der regelnde Eingriff des Gesetzgebers kann dazu dienen, fundamentale Funktionsdefizite des institutionellen Rahmens für die gemeinschaftliche Verfolgung bestimmter Zwecke jenseits des Körperschaftsrechts zu be-

2000, 1639, 1644 ff. einerseits; und *Ernst/Gsell* ZIP 2000, 1410; *dies.* ZIP 2010, 1812 andererseits. Sie zwingen aber immerhin zu einem Abgehen von der rein national determinierten Gesetzessystematik und unter dieser gefundenen Sachlösungen.

⁶ *BGHZ* 146, 341 („Arge Weißes Ross“). Auch *K. Schmidt* ZHR 177 (2013), 712, 713 verdeutlicht die Tragweite der Umwälzung rhetorisch durch einen Vergleich mit dem Westfälischen Frieden; Beschreibung des vorangegangenen 30-jährigen Glaubenskriegs auch schon bei *K. Schmidt* NJW 2001, 993, 994 ff.

⁷ Vgl. z. B. *Ulmer* ZIP 2001, 585, 592 ff.; *K. Schmidt* NJW 2001, 993, 997 ff.; *Westermann* NZG 2001, 289, 292 ff.; *Habersack* BB 2001, 477, 479 ff.; *Wiedemann* JZ 2001, 661, 662 ff.; *Hadding* ZGR 2001, 712, 721 ff.

⁸ Zu nennen ist vor allem die Einführung von § 47 Abs. 2 GBO, § 899a BGB zur Bewältigung der drängendsten Probleme der Grundbuchfähigkeit (*BGHZ* 179, 102) durch Gesetz v. 11. 8. 2009, BGBl. I, S. 2713.

⁹ Allein die GbR begegnet u. a. in so unterschiedlichen Varianten wie der Gesellschaft unter nahen Angehörigen, der Bauherrngemeinschaft, dem Konsortium (Pool), der Arbeitsgemeinschaft im Baugewerbe, der Freiberufergesellschaft oder der Unterbeteiligungsgesellschaft.

¹⁰ *Carsten Schäfer*, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag, Empfiehl sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, 2016.

¹¹ *Schäfer* kommentiert, z. T. gemeinsam mit seinem akademischen Lehrer *Peter Ulmer*, die §§ 705 ff. BGB im Münchener Kommentar, verantwortet als Alleinautor die §§ 105 ff. und §§ 131 ff. HGB im *Staub*'schen Großkommentar und hat zahlreiche einschlägige Einzelpublikationen verfasst.

seitigen. Als besonders drängendes Anliegen der Industrieökonomik begegnet dies, wenn sich die rechtlichen Vorgaben als Hindernis für das volkswirtschaftliche Wachstum erweisen. So interpretiert, bedürfte eine Antwort auf die gestellte Frage einer breiten Verankerung in einem methodisch abgesicherten Institutionenvergleich, der vor allem auch jurisdiktionenübergreifende, quantitative Betrachtungen einbezieht. In diesem radikal konsequentialistischen Sinn versteht der Gutachter die ihm gestellte Frage nicht, auch wenn sich sein pragmatischer Ansatz durchaus an den nicht zuletzt aufgrund gesättigter praktischer Erfahrung prognostizierten gesellschaftlichen Auswirkungen personengesellschaftsrechtlicher Regeln orientiert.¹² Es geht *Schäfer* darum, dem nicht grundsätzlich in Frage gestellten nationalen Modell inhärente Defizite zu beseitigen, die seine relative Effizienz, Zweckdienlichkeit etc. schwächen. Vor diesem Hintergrund folgt das Gutachten – mit Ausnahmen – der Segelanweisung, dass „grundlegender“ im Sinne von „dringendem“ Reformbedarf zu verstehen ist, das heißt, dass eine gesetzgeberische Intervention nur dort empfohlen wird, wo zum einen die unter Geltung der *lex lata* erzielten Ergebnisse erheblich vom für wünschenswert Erachteten abweichen und zum anderen eine „Selbsteilung“ durch die entsprechenden Kräfte des wissenschaftlichen Rechts¹³ nicht zu erwarten ist. Die heuristische Herausforderung dieses Ansatzes liegt darin, dass ein überpositiver Maßstab gefunden werden muss – und zur Ermöglichung eines interpersonalen Diskurses offen gelegt werden sollte – der erlaubt, objektiv zu bestimmen, was ein akzeptables Ergebnis ist. Das Gutachten enthält sich insoweit jeglicher expliziten Stellungnahme, so dass nur Rückschlüsse aus den Empfehlungen möglich sind, worin das ergebnisleitende soziale Optimum gesehen wird.

2. Volkswirtschaftlich und autonom-rechtswissenschaftlich motivierte Ausweitungen der Reformagenda

Die vom Gutachter zugrunde gelegte Deutung der ihm gestellten Frage kann aus unterschiedlichen Blickwinkeln kritisiert werden. Auf einem hohen Abstraktionsniveau verbindet die Kritikanätze ein vom Gutachten abweichendes Verständnis der Aufgabe des Gesetzgebers, die sowohl stärker sozialwissenschaftlich aufgeladen als auch autonom-juristisch abweichend interpretiert werden kann.

a) Aus den volkswirtschaftlichen Ergebnissen gespeiste Reformagenda

Tritt man vor der Auseinandersetzung mit einzelnen Empfehlungen des Gutachtens ein paar Schritte zurück, um das Blickfeld zu weiten, zeigt sich die gerade in vergleichender Perspektive bedeutende Einbettung des Personengesellschaftsrechts in den gesellschaftsrechtlichen Gesamtkontext. Funktion und die davon abhängige sachadäquate Ausgestaltung des Rechts der Personengesellschaften hängen auch davon ab, welche Zwecke die Beteiligten mit ihren Zusammenschlüssen verfolgen, und vor allem welche Alternativen ihnen das Organisationsrecht mit welcher Rechtsausstattung hierfür zur Verfügung stellt. Dabei geht es nur *prima vista*

¹² Dass jedenfalls die Rechtspolitik eine entsprechende Folgenorientierung besitzen muss, dürfte weitgehend unstrittig sein; vgl. nur exemplarisch mit Fokus auf die allokativen Effizienz *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 414 ff.

¹³ Zu dessen diskursiver Struktur als Austausch zwischen Wissenschaft und (Rechtsprechungs-)Praxis *Ernst*, in: *Engel/Schön* (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 3, 31 ff.