

Modernisierung des subjektiven öffentlichen Rechts

Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Claudio Franzius, Berlin/Hamburg *

Das Europarecht stärkt im Umwelt- und Planungsrecht die Klagebefugnis. Befürchtet wird die Erosion des subjektiven Rechts, was zu einem entgrenzenden Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit führe. Dabei droht übersehen zu werden, dass wir längst Zeugen einer Modernisierung des subjektiven öffentlichen Rechts sind, die von den Verwaltungsgerichten selbst angestoßen und verarbeitet wird. Der Beitrag bezieht sich auf das öffentlich-rechtliche Thema des 71. Deutschen Juristentags, der dem „Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts“ gewidmet ist.¹

I. Subjektivierung der Rechtsordnung

1. Rechtsstaatliche Fundierung des subjektiven Rechts

Zu den Besonderheiten des deutschen Verwaltungsprozessrechts gehört die Ausrichtung auf das subjektive öffentliche Recht als einer, wie es immer wieder zutreffend heißt, Systementscheidung für den Individualrechtsschutz. Das wird trotz mancher Konvergenzentwicklung in anderen Rechtsordnungen anders gesehen und ist deshalb erläuterungsbedürftig.

Der Ursprung der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht liegt im Zivilrecht, dem eine unpolitische Konzeption der Verwaltungsgerichtsbarkeit korrespondiert.² Prägend ist der Rechtsstaatsgedanke, wobei der subjektive Rechtsschutz die objektive Kontrolle der Verwaltung zurücktreten ließ. Pointiert und noch immer gültig: Die Einhaltung der Gesetze durch die Verwaltung geht den Bürger nichts an. Stellvertretend für die traditionelle Lehre spricht der Präsident des BVerwG von der Gesetzmäßigkeit als bloß willkommener Nebenfolge des Verwaltungsrechtsschutzes.³ Das französische Recht kennt solche Begrenzungen weder in der Zulässigkeit noch in der Begründetheit einer regulären Klage. Hat der Kläger mit einem *intérêt à agir* die Tür zum Gericht geöffnet und ist damit die Selektionsleistung erbracht, wird die Verwaltung am Maßstab des objektiven Rechts kontrolliert.

Bemerkbar macht sich hier ein tiefgreifender Entwicklungspfad des deutschen Verwaltungsrechts. Denn das subjektive öffentliche Recht diene im deutschen Spätkonstitutionalismus der Verarbeitung des politischen Dualismus von Krone und Volk bzw. der Scheidung

* Dr. iur., Privatdozent an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Lehrstuhlvertretung für Öffentliches Recht, Kommunikations- und Informationsrecht an der Universität Hamburg. Der Beitrag erscheint in: Umwelt- und Planungsrecht (UPR) 2016, Heft 7/8.

¹ Angeschlossen wird an *meine* Überlegungen „Aktuelle Probleme des Umweltrechtsschutzes“, in: FS Kloepfer, 2013, S. 377; „Möglichkeiten und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung zur Bestimmung der Klagebefugnis im Umweltrecht“, in: DVBI 2014, 543 und „Stärkungen des Verfahrensrechtsschutzes im Umweltrecht“, in: EurUP 2014, 283.

² Vgl. Groß Die Verwaltung 43 (2010), 349 (350, 369 f.).

³ Vgl. Rennert DVBI 2015, 793 f. „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland (...) schützt den Bürger in seinen Rechten gegenüber der staatlichen Hoheitsmacht (...). Hierauf ist sie ausgerichtet, hierfür ist die eingerichtet: Sie konzentriert sich auf die subjektiven Rechte des jeweiligen Klägers, gräbt dort in die Tiefe, klammert anderes aber aus.“

von Staat und Gesellschaft.⁴ Eine Grundstruktur des 19. Jahrhunderts gerann so zu verwaltungsrechtlicher Dogmatik⁵ und beherrscht bis heute das deutsche Verwaltungsprozessrecht, was im europäischen Rechtsraum eine Herausforderung darstellt, weil sich das europäische Verwaltungsrecht kaum auf den Schutz individueller Interessen beschränken lässt, sondern auch der Durchsetzung öffentlicher Interessen dient.⁶

Damals wie heute betrifft die Frage nach dem subjektiven öffentlichen Recht die Teilhabe an staatlicher Macht und damit die Stellung des Bürgers im Staat. Machte in Frankreich die Revolution aus dem Untertanen einen Bürger, so vollzog sich in Deutschland diese Transformation über das subjektive öffentliche Recht. Was für die Franzosen die Erstürmung der Bastille war, ist für die Deutschen die Erfindung der Verwaltungsgerichtsbarkeit.⁷ Wird in Frankreich der *citoyen* adressiert, ist in Deutschland der Zugang zum Verwaltungsgericht im Grunde bis heute dem *bourgeois* vorbehalten. Das mag eine plakative Unterscheidung sein, die hier aber nicht grundlos gewählt wird: Während in Frankreich ein eigenständiger Zugriff auf die öffentlichen Rechte erfolgte, orientierte man sich in Deutschland am Zivilrecht und beschränkte die Figur des subjektiven öffentlichen Rechts auf *private* Rechte zur Verfolgung *individueller* Interessen, wodurch die politische Dimension invisibilisiert und auf ein rechtsstaatliches Anliegen verkürzt wurde.⁸ In Deutschland ist das materielle Verständnis subjektiver Rechte unabhängig von ihrer prozessualen Durchsetzbarkeit entscheidend: Der Bürger soll seine eigenen Rechte verteidigen können, sich aber nicht zum Wahrer des objektiven Gemeinwohls aufschwingen, zu dessen Realisierung allein die (monarchische) Exekutive, nicht aber der Bürger aufgerufen sei, dem jede Mitverantwortung für politische Fragen abgesprochen wurde. Die Schutznormlehre zementiert bis heute diese „Aussperrung“ des Bürgers von Fragen des nicht einklagbaren öffentlichen Interesses. An dieser Stelle unterscheidet sich die Subjektivierung im französischen Modell: Hier geht es nicht um materielle, sondern um prozessuale Rechte bzw. das Interesse an einer gerichtlichen Annullierung der Verwaltungsentscheidung. Anders gesagt: Es geht um das Durchsetzungsinteresse, nicht aber um ein der prozessualen Effektivierung des Schutzes vorausliegendes subjektives öffentliches Recht.

Bis zum heutigen Tag überdauert im deutschen Verwaltungsrecht die klassische Definition des subjektiven öffentlichen Rechts in dem Dreiklang von zwingendem Rechtssatz, verliehener Rechtsmacht und dem Vorliegen einer Schutznorm.⁹ Freilich sind die Begriffsmerkmale jeweils für sich einem Wandel ausgesetzt, womit die Figur seine Anpassungsfähigkeit unter Beweis stellt.¹⁰ Zu verarbeiten sind vor allem die europäischen Herausforderungen. So

⁴ Im Vergleich mit Frankreich: *Gaillet*, Der Einzelne gegen den Staat. Die Geschichte der Rechtsbehelfe des öffentlichen Rechts in Deutschland und Frankreich im 19. Jahrhundert, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung, Bd. 129 (2012), S. 109 ff.

⁵ *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, S. 15.

⁶ Zum Doppelauftrag des Verwaltungsrechts *Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee, 2. Aufl. 2004, 1. Kap. Rn. 30; *Franzius* Die Verwaltung 39 (2006), 335 (351 f.). Zur Konzeption des europäischen Rechtsraums v. *Bogdandy*, Verwaltungsrecht im europäischen Rechtsraum – Perspektiven einer Disziplin, in: ders./Cassese/Huber, *Ius Publicum Europaeum*, Bd. 4, 2011, § 57 Rn. 2 ff.

⁷ *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2014, § 1 Rn. 13. Zur im Ursprung gegensätzlichen Entwicklung von Rechtsstaat und Demokratie in Frankreich und Deutschland *Gaillet*, Verfassungsgeschichtliche Grundlagen, in: *Marsch/Vilain/Wendel* (Hrsg.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, 2015, S. 27 f.

⁸ Knapper rechtsvergleichender Überblick bei *Wahl*, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hrsg.), *VwGO* (2015), vor § 42 Abs. 2 Rn. 17 ff. Im angloamerikanischen Recht fehlt die Unterscheidung zwischen subjektivem und objektivem Recht. An deren Stelle treten die Kategorien *law* und *rights*. Interessant ist das Rechtsschutzsystem der Niederlande, wo Gemeinwohlbelange von Privatpersonen, Stiftungen und Nichtregierungsorganisationen geltend gemacht werden können, vgl. *Saurer/Purnhagen* ZUR 2016, 16 (17 ff.).

⁹ *Wahl*, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Fn. 8), vor § 42 Abs. 2 Rn. 94.

¹⁰ Vgl. *Saurer*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, 2014, S. 73 ff. mit dem Hinweis, dass das subjektive öffentliche Recht nicht als qualitativ-substanzielle, sondern nur als strukturell-relationale Kategorie entfaltet werden kann. Zum Denken in Relationen: *Lepsius*, Relationen auf mittlerer Ebene, in: *Kühl* (Hrsg.), *Zur Kompetenz der Rechtsphilosophie in Rechtsfragen*, ARSP-Beiheft 126 (2011), 21.

wird im europäischen Verwaltungsrecht entlang der bipolaren Zweckstruktur der Rechtsstellung des Einzelnen erkennbar, dass sich „die individuell-autonome Dimension zur materiellen Qualifizierbarkeit hin öffnet, dass sich aber die instrumentell-funktionale Seite dauerhaft diesem Unterfangen“ entzieht.¹¹ *Johannes Saurer* will für das unionsrechtlich eingeräumte subjektive Recht ein Interesse des Berechtigten im Verhältnis zum verpflichteten Hoheitsträger ausreichen lassen, was die Klagbarkeit von auf Unionsrecht zurückgehenden Normen des Umweltrechts im Rahmen des subjektiven öffentlichen Rechts erleichtern würde.¹²

In Deutschland macht der Bürger mit dem subjektiven öffentlichen Recht nicht primär die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, sondern seinen Anspruch auf Privatheit geltend. Zwar können darüber im Eingriffsabwehrverhältnis mittelbar auch objektiv-rechtliche Normen als verletzt gerügt werden. Beim Drittschutz kommt es nach Maßgabe der Schutznormlehre aber auf den durch Auslegung zu ermittelnden Individualschutz der als verletzt gerügten Norm an. Im Verfahrensrecht wird davon freilich Abstand genommen, sei es, dass die Aufhebbarkeit der Entscheidung zurückgenommen wird, obwohl eine subjektive Rechtsverletzung vorliegt (§ 46 VwVfG), sei es, dass absolute Verfahrensfehler einen Aufhebungsanspruch begründen (§ 4 UmwRG), obwohl verfahrensrechtliche Normen gerade keine materiellen subjektiven Rechte enthalten sollen. Solche dogmatischen Verrenkungen können, wie inzwischen auch die Verwaltungsgerichte bemerken, in der Sache nicht überzeugen.¹³

Betrachtet man heute das europäisierte Verwaltungsrecht, dürfte eine kategoriale Ausgrenzung dem öffentlichen Interesse dienender objektiv-rechtlicher Verpflichtungen der Behörden von solchen, die abgegrenzten Individualinteressen dienen, kaum noch haltbar sein. Mittelbar hatte der Schutz subjektiver Rechte durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit sehr wohl eine objektive Kontrollfunktion gegenüber der Verwaltung, die weiß, dass ihre Verfügungen „die Feuertaupe richterlicher Prüfung“ zu bestehen haben, so dass sie gezwungen ist, in „ihrer ganzen Tätigkeit nach dem Rechte“ zu blicken.¹⁴ Auch *Otto Mayer* kannte die erst später, vor allem unter Art. 19 Abs. 4 GG sich durchsetzende Beschränkung des Rechtsschutzes auf subjektive Rechte nicht. Die Verwaltungsrechtspflege solle „dem objektiven Recht dienen, der aufrecht zu erhaltenden Rechtsordnung und dadurch mittelbar den durch diese geschützten Interessen, die nicht notwendig die bestimmte Form von subjektiven Rechten an sich“ trügen.¹⁵ Das führt zu der irritierenden Beobachtung, dass in dem Maße, wie sich der demokratische Rechtsstaat etablierte, die Ausblendung der objektiven Rechtskontrolle durch den subjektiven Rechtsschutz verstärkt wurde, wozu die Lehre *Ottmar Bühlers* beitrug, die aus dem Kaiserreich über die Weimarer Republik in das Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz übernommen wurde.¹⁶

Deshalb ist hinter Äußerungen, wonach die Begründung subjektiver Rechte von der objektiven Rechtsverwirklichungsfunktion her das subjektiv-rechtliche Prinzip auflösen würde, ein Fragezeichen zu setzen, mag die Privatnützigkeit auch bis heute das materielle Kennzeichen des subjektiven öffentlichen Rechts sein. Dass aber subjektive Rechte nicht gegen das objektive Recht ausgespielt werden dürfen, wurde zu keiner Zeit bestritten. Diese Einsicht ist

¹¹ *Saurer*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht (Fn. 10), S. 376.

¹² *Saurer*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht (Fn. 10), S. 75 ff.; s. bereits *Wegener*, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 178 ff.

¹³ OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, BauR 2015, 1138 (1140 f.). Zum Problem, den Zusammenhang zwischen der Zulässigkeit und Begründetheit der Klage mit der Ablehnung einer Subjektivierung von UVP-Verfahrensfehlern zu zerreißen: *Seibert NVwZ* 2013, 1040 (1045).

¹⁴ *Fritz Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928 (Neudruck 1995), S. 248 f. Zur Gefahr einer „resignierenden Verwaltung, die den Hüter des Rechts nur noch in den Gerichten“ sieht: *Funke JZ* 2015, 369 (373) im Anschluss an *Zeidler Der Staat* 1 (1962), 321 (327 f.).

¹⁵ *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1924, S. 132.

¹⁶ *Bühler*, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 21; *ders.*, Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, in: *GS Jellinek*, 1955, S. 269 ff. Hier mag sich das geflügelte Wort *Otto Mayers* bestätigen, wonach Verfassungsrecht vergeht, aber Verwaltungsrecht besteht.

den Engführungen der Dogmatik des subjektiven Rechts entgegenzuhalten. Auch die Klagbarkeit ist keine Voraussetzung, noch nicht einmal ein Indiz für das Vorliegen eines materiellen subjektiven öffentlichen Rechts, was für das Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit von Bedeutung ist, weil das subjektive Recht trotz seiner rechtsschutzeroffenen Funktion mit Blick auf die Gerichte auch das Verhältnis des Bürgers zur Verwaltung umschreibt und gerade deshalb offen für demokratische Grundierungen ist.¹⁷

2. Demokratische Herausforderungen

Dass ein demokratischer Sinn hinter der Institutionalisierung subjektiver öffentlicher Rechte besteht, ist nicht zu leugnen, verlangt aber nicht, das subjektive Recht primär gegenüber der Verwaltungsbehörde zu denken, deren Verpflichtungen gegenüber dem Bürger als Ausprägung demokratischer Verantwortlichkeit verstanden werden können. Der „springende Punkt“ liege in dem Umstand, dass „hinter dem Verpflichtungsadressat der verwaltungsrechtlichen Normen (...) letztlich diejenigen Subjekte stehen, die zugleich die Begünstigten dieser Normen sind.“ Es sei das „politische Verhältnis der einzelnen untereinander, das die Rechtsverhältnisse zwischen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungssubjekten und einzelnen Berechtigten erst denkbar“ mache.¹⁸ Ob das nicht zu rousseauistisch gedacht ist, sei dahingestellt, wird aber spürbar, wenn es im Anschluss an die Gleichsprüchlichkeitsthese von *Jürgen Habermas* heißt, dass derjenige, der „gegenüber der Verwaltung die Beachtung eines subjektiven Rechts beansprucht, ein Recht einfordert, dass er in politischer Hinsicht gemeinsam mit anderen erst begründet und allen anderen gleichermaßen eingeräumt hat.“

Abkoppeln sollte man die steuernde Funktion des Rechts von den Gerichten nicht. Nimmt man den politischen Status des Bürgers ernst, darf man sich nicht mit Rechten begnügen, die allein individuelle Belange schützen. Es geht auch nicht allein um die Steuerung des Verwaltung. Eine *materielle* Deutung des subjektiven Rechts hat dem Eigenstand demokratischer Verwaltung hinreichend Rechnung zu tragen ohne darüber den Zugang zum Gericht vernachlässigen zu dürfen. Den Rechtsschutz mit der Aarhus-Konvention als Forderung des Demokratieprinzips zu begreifen, sollte jedenfalls nicht mit einer *prozessrechtlichen* Emanzipation des subjektiven Rechts entsprochen werden. Das subjektive öffentliche Recht aus seiner Ausrichtung auf die Gerichte herauszulösen und auf die Verwaltung zu begrenzen, würde den gesteigerten Anforderungen des Unions- und Konventionsrechts an den Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten nicht gerecht.

Armin v. Bogdandy und *Peter Michael Huber* bescheinigen dem deutschen öffentlichen Recht, dass ihm „für die mit der Eröffnung gerichtlichen Rechtsschutzes verbundene demokratiespezifische Ventil- und Kompensationsfunktion (und) den nicht unerheblichen Beitrag der Rechtsprechung zur demokratischen Legitimationsvermittlung staatlicher Entscheidungen“ die Antennen fehlen.¹⁹ Der Rechtsschutz ist in den Zusammenhang mit der Steuerung der Verwaltung zu bringen, was deutlich macht, dass nicht nur die binäre Codierung von subjektivem Rechtsschutz und objektiver Kontrolle in Frage zu stellen, sondern auch die Kon-

¹⁷ Vgl. *Funke* JZ 2015, 369. Seine These, dass subjektive Rechte zunächst gegenüber der Verwaltung bestehen und nicht auf die Reichweite des gerichtlichen Rechtsschutzes verkürzt werden dürfen, ist richtig: Die Verwaltung schuldet dem Bürger die Einhaltung des objektiven Rechts. Aber die Schlussfolgerung, dass der Inhalt der subjektiven Rechte feststehe und damit nur ein begrenzter Interpretationsspielraum für die Verwaltungsgerichte bestehe, überzeugt vor der kaum zutreffenden Prämisse der „einzigen richtigen Entscheidung“ nicht. Dass in jeder Rechtsanwendung auch ein Element der Rechtserzeugung steckt, lässt sich rechtstheoretisch heute nicht mehr ernsthaft bestreiten.

¹⁸ *Funke* JZ 2015, 369 (378 f.).

¹⁹ *v. Bogdandy/Huber*, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland, in: *v. Bogdandy/Cassese/Huber* (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Bd. 3, 2010, § 42 Rn. 96. Zum Wandel der Orientierungsbegriffe *Lepsius* Der Staat 52 (2015), 157 (158 ff.).

troll- und die Handlungsfunktion von Normen stärker zu reflektieren ist.²⁰ Vollzugsdefizite wegen fehlender richterlicher Kontrollmöglichkeiten führen zu einem Verlust an Steuerungsfähigkeit für den Gesetzgeber und damit zu einer latenten Beeinträchtigung des Demokratieprinzips.²¹

Hinter der Zurückhaltung, der objektiven Kontrolle der Verwaltungsgerichte ein zu starkes Gewicht einzuräumen, steht die Befürchtung einer Politisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Kontrolle der Verwaltung soll primär durch hierarchische Aufsichtsinstrumente und das Parlament erfolgen, was mit dem Vorrang der subjektiven Rechtsschutzfunktion vor der Kontrollfunktion die Verbandsklage als eine Form der Privatisierung der Verwaltungskontrolle erscheinen lässt. Das aber ist schon deshalb nicht zutreffend, weil „privat“ nur die Initiative ist, die Entscheidungsbefugnis jedoch staatlichen Gerichten vorbehalten bleibt.²² Richtig ist, dass Verbandsklagen mit den Verwaltungsgerichten einen zusätzlichen Kontrollakteur schaffen. Verfehlt ist jedoch die Annahme, darüber würden Freiheitsrechte des Umweltbelasters übermäßig tangiert. Vielmehr geht es um die Durchsetzung des geltenden Rechts, was als Effektivierung demokratischer Herrschaft verstanden werden kann.²³ Es betrifft aber nicht die Ausweitung inhaltlicher Einflussmöglichkeiten auf die Staatsgewalt und will auch nicht die Verbandsklage zum Abbau von Rechtsschutzasymmetrien überhöhen.²⁴ Es geht vielmehr um die Stellung des Einzelnen in der Rechtsordnung, also nicht um Ausnahmen, sondern um Modifikationen des subjektiven Rechts. Mit anderen Worten: Es geht weniger um die Bekräftigung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit, den Zugang zum Gericht anders regeln zu können, also um keine *externe* Lösung des Kontrollzugangs, sondern um eine demokratische Neuinterpretation des subjektiven öffentlichen Rechts und damit eine *interne* Lösung des Rechtsschutzproblems.

In einer Demokratie kann der Rechtsstatus des Einzelnen gegenüber der Verwaltung nicht länger allein vom Schutz der individuellen Belange aus bestimmt werden. Politische Teilhabe und die veränderte Stellung des Einzelnen im Staat verlangen den Umbau des subjektiven öffentlichen Rechts, das für die Geltendmachung von Gemeinwohlanliegen zu öffnen ist. Es geht also nicht darum, das subjektive Recht zu verabschieden.²⁵ Vielmehr geht es um seine Modernisierung unter Anerkennung der Gestaltungsfähigkeit des Gesetzgebers und von Interpretationsspielräumen der Rechtsprechung. Nicht Abschottung, sondern Integration ist das Ziel. Will man den Ausbau einer Sonderdogmatik für Ausnahmen vermeiden, muss es um die Einpassung der unionsrechtlichen Vorgaben in die Regel des subjektiven Rechts gehen. Das aber ist eine originäre Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit.²⁶

²⁰ Instruktiv Kayser, Rechtsschutz und Kontrolle, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Bd. 5, 2014, § 91 Rn. 5 ff., 37, 142 ff. Zurückhaltend Schoch, Außerrechtliche Standards des Verwaltungshandelns als gerichtliche Kontrollmaßstäbe, in: Trute u.a. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, S. 543 (548 ff.).

²¹ Beckmann *Rechtstheorie* 45 (2014), 141 (143). Ähnlich Lübke-Wolff, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), 246 (278); Wegener, *Rechtsschutz für gesetzlich geschützte Gemeinwohlbelange als Forderung des Demokratieprinzips?*, in: Bertschi (Hrsg.), *Demokratie und Freiheit*, 1999, S. 19 (24 ff.). Anders Preuß, *Die Internalisierung des Subjekts*, 1979, S. 137 ff., 189 ff. mit Kritik am „Eigenhaben“ und der Erweiterung subjektiver Rechte als Internalisierungsstrategie; dazu Franzius/Stein, in: dies. (Hrsg.), *Recht und Politik*, 2015, S. 15 (21 ff.). Zwar mag das „Öffentliche“ vor dem eingrenzenden Zugriff des Subjekts bewahrt werden. Bezieht man das Demokratieprinzip aber weniger auf das Volk als Kollektiv, sondern erlaubt eine individuelle Lesart, dann wird man der kollektiven Bewältigung gesellschaftlicher Probleme auf der Grundlage von individuellen Rechten weniger Kritik entgegenbringen müssen.

²² Groß *Die Verwaltung* 43 (2010), 349 (370 f.).

²³ So Groß *Die Verwaltung* 43 (2010), 349 (371). Zur Fiktion von Rechten Franzius *NuR* 2009, 384 (386 f.).

²⁴ Vgl. SRU, *Rechtsschutz für die Umwelt – die altruistische Verbandsklage ist unverzichtbar*, 2005, Rn. 12 ff.

²⁵ Zu Abschiedsszenarien: Maunz *ZStW* 96 (1936), 71; Zuleeg *DVBI* 1976, 509; Hölscheidt *EuR* 2001, 376.

²⁶ So bereits Franzius *DVBI* 2014, 543 (549 f.).

II. Grenzen der Subjektivierung und objektive Rechtskontrolle

1. Deutsche Sonderwege

Nur Deutschland und Österreich haben das Modell der Verletztenklage in dieser Form eingeführt und beibehalten. Freilich ist die Gegenüberstellung von subjektivem Rechtsschutz in Deutschland und objektiver Verwaltungskontrolle in Frankreich ebenso überzeichnet²⁷ wie einst die idealtypische Unterscheidung zwischen dem preußischen Modell der auf *Rudolf v. Gneist* zurückgehenden objektiven Kontrolle und dem süddeutschen Modell des später vor allem durch *Ottmar Bühler* gekennzeichneten subjektiven Rechtsschutzes. Drastische Formulierungen wie die von einer „europarechtlichen Franco-Prussifizierung des süddeutschen Erbes“²⁸ können das nicht verdecken.

Es entspricht dem Ursprung des Conseil d'État als einem Organ verwaltungsinterner Kontrolle, dass als Kontrollmaßstab das gesamte objektive Recht herangezogen wird.²⁹ Demgegenüber korrespondiert der unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland die Fokussierung auf den subjektiven Rechtsschutz. Nicht ohne Grund wird von einem „Systemzusammenhang zwischen dem Verständnis des materiellen Rechts und der Funktion der Verwaltungskontrolle“ gesprochen.³⁰ Zu den tragenden, aber nur selten hinterfragten Pfeilern des deutschen Verwaltungsrechts gehört das Erbe, eine mangelnde demokratische Legitimation staatlichen Handelns durch rechtsstaatliche Gebundenheit zu kompensieren. Ein doppelfunktionales Organ wie der Conseil d'État ist in Deutschland nicht denkbar. Hier wird die Funktion der Verwaltungsgerichte und deren Ausrichtung auf die Rechtskontrolle trennscharf von der Verwaltung und deren politischer Kontrolle unterschieden. Erosionen des subjektiven Rechts stellen in dieser „Statik“ die Ausrichtung der Verwaltungsgerichte am Maßstab des Rechts in Frage.

Stets gab es neben der Orientierung am subjektiven öffentlichen Recht auch objektivrechtliche Ansätze der Rechtskontrolle. Sie blieben virulent, so lange subjektive Rechte verdächtigt wurden, die verpönten *jura quaesita* zu bewahren. Eine objektive Verwaltungskontrolle stand aber nicht in einem Gegensatz zu privatnützigen Befugnissen und verhielt sich zur Beschränkung des Rechtsschutzes auf subjektive Rechte vielfach indifferent.³¹ Objektivrechtliche Konzeptionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit konnten sich jedoch gerade zu der Zeit, wo in Frankreich der Weg zu einer objektiven Kontrolle geebnet wurde, nicht durchsetzen, wie das Beispiel *v. Gneists* zeigt.³² Trotz der großen Bedeutung, die dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zugesprochen wird, ist die Kontrolle der Einhaltung des Rechts, wie eingangs erwähnt, bloß erwünschter Nebeneffekt des Individualrechtsschutzes, was sich auch am „subjektiven Rechtswidrigkeitszusammenhang“ für die Begründetheit der Anfechtungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO zeigt, der selbst eine rechtswidrige Entscheidung nicht zwingend aufhebbar macht.

War *v. Gneist* durch England beeinflusst, orientierte sich *Otto Mayer* am französischen Recht und sprach sich ebenfalls für eine Orientierung am objektiven Recht aus. In den deutschen Staaten entwickelten sich unterschiedliche Modelle, die aber nach und nach objektive

²⁷ Zum Subjektivierungstrend in Frankreich *Marsch*, Subjektivierung der gerichtlichen Verwaltungskontrolle in Frankreich, 2011, S. 95 ff., 178 ff.

²⁸ *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts? Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand, Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag 2016 (zit. nach Manuskript), S. 16.

²⁹ *Marsch*, Subjektivierung der gerichtlichen Verwaltungskontrolle (Fn. 27), S. 39.

³⁰ *Krebs*, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: FS Menger, 1985, S. 191 (196).

³¹ *Masing*, Mobilisierung des Bürgers (Fn. 5), S. 77.

³² *v. Gneist*, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl. 1879, S. 271, wonach es sei ein Irrtum und eine civilistische *petitio principii* sei, jede Rechtsprechung nur als einen Schutz subjektiver Rechte zu denken. Gute Rekonstruktion: *Gaillet*, Der Einzelne gegen den Staat (Fn. 4), S. 139 ff.

Elemente des Verwaltungsrechtsschutzes verschwinden ließen und ein frühes Beispiel für eine Konvergenz der Modelle sind, die freilich im späten 19. Jahrhundert – als der prägenden Zeit für den Entwicklungspfad des subjektiven Rechts – durch die Bildung des Nationalstaats beflügelt wurde. Wie stabil diese Grundlegung war, zeigt sich am Widerstand gegenüber alternativen Rechtsschutzformen. Nicht nur, dass es über die Figur des subjektiven Rechts lange möglich war, den Forderungen nach politischer Teilhabe aus dem Weg zu gehen und im Ausbau des subjektiven Rechtsschutzes den Rechtsstaat vor die Demokratie zu stellen. Das subjektive öffentliche Recht basiert auf der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft aus der Zeit des labilen Dualismus von Monarchie und Demokratie, der im Rechtsstaat eine ausgleichende und stabilisierende Antwort fand. Im europäischen Rechtsraum stellt das subjektive Recht einen deutschen Sonderweg dar, hat sich aber als anpassungsfähig erwiesen, neue Entwicklungen aufzunehmen. Dadurch verändert sich die Figur nicht unwesentlich.

Ob es Sinn macht, kategorial zwischen subjektivem Rechtsschutz und objektiver Rechtskontrolle zu unterscheiden, ist zu bezweifeln. Aber so wenig eine tatsächliche Betroffenheit ausreicht, um ein subjektiv-öffentliches Recht zu begründen, so sehr würde mit einer dadurch vollzogenen Aufhebung der Unterscheidung zwischen subjektiven Rechten und davon abgegrenztem objektivem Recht die Dogmatik und damit die Figur des subjektiven öffentlichen Rechts aufgegeben, der eine Unterscheidbarkeit zwischen öffentlichem und privatem Interesse immanent ist. Es ist, wie *Johannes Masing* hervorhebt, schon so, dass die unbezweifelte „objektive Kontrollwirkung in Bezug auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die faktische Funktion des Bürgers als Verwaltungskontrolleur (...) als Kriterium und Legitimationsbasis des subjektiv-öffentlichen Rechts gezielt ausgeschieden“ werden.³³ Freilich unterlag das Verhältnis der Funktionen von subjektivem Rechtsschutz und objektiver Rechtskontrolle auch in der Vergangenheit immer wieder Wandlungen. Es ist mit den Worten von *Thomas Groß* keineswegs „durch ein unabänderliches Dogma vorgegeben, sondern Gegenstand politischer Gestaltung.“³⁴ Das verarbeitet die Rechtsprechung im Nachvollzug der unionsrechtlichen Vorgaben.³⁵ Wie elastisch das Konzept zu sein scheint, zeigt die Flexibilität in einer Person. So spricht sich *Eberhard Schmidt-Aßmann* dezidiert für den subjektiven Rechtsschutz³⁶ in diesem Sinne aus, hält ihn aber nicht für so starr, dass nicht auch Gemeinwohlaspekte objektiven Rechts darin integriert werden könnten.³⁷

Es handelt sich um eine Systementscheidung, die flexibel zu handhaben ist.³⁸ Was aber heißt es, wenn auf die Elastizität der Schutznormlehre³⁹ hingewiesen wird? Dass sie die Stellung des Bürgers gegenüber der Verwaltung in demokratischer Hinsicht nur unzureichend spiegelt, wurde schon gesagt.⁴⁰ Verbreitet ist die Auffassung, die unionsrechtlich angestoßene Funktionalisierung des subjektiven Rechts nicht zu weit zu treiben. Zwar verlangt das Unionsrecht auch ehemals allein objektives Recht wie Luftreinhaltepläne oder Vorsorgestän-

³³ *Masing*, Mobilisierung des Bürgers (Fn. 5), S. 117. Ähnlich *Wahl*, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 8), vor § 42 Abs. 2 Rn. 14: „Die Betroffenheit des Klägers in subjektiven öffentlichen Rechten darf (...) nicht nur Anstoß, sondern muss eigentlicher Gegenstand und Legitimationsgrund des Verfahrens sein.“

³⁴ *Groß* Die Verwaltung 43 (2010), 349 (372).

³⁵ Zurückhaltender in der Begründung zu EuGH, Rs. C-237/07 *Janecek*, Slg 2008, I-6221 G. *Kirchhof* AöR 135 (2010), 29 mit der Problematisierung von Umverteilungen zu Lasten Vierter.

³⁶ *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 8 f.

³⁷ *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 111 ff.; *ders./Schenk*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO (2012), Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 21a.

³⁸ Darstellung: *Ramsauer*, Wohin treibt das subjektive öffentliche Recht?, in: FS Koch, 2014, S. 146 ff.

³⁹ *Künzler* SächsVBI 2013, 233 (234) räumt ein, dass der Hafen der Schutznormtheorie auch ohne den EuGH zu keiner Zeit richtig sicher war.

⁴⁰ Es fehlt freilich nicht an Stimmen, die eine demokratische Grundierung der Schutznormlehre annehmen, vgl. *Nettesheim* AöR 132 (2007), 333 (356). Implizit auch *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 9 ff.

dards auf subjektive Berechtigungen hin zu befragen. Aber die eigentliche „Rettung“ des Schutznormdenkens verspricht die Verbandsklage, die sich gegenüber der Ausweitung des subjektiven Rechtsschutzes auf eine wenig strukturierte Interessentenklage als vorteilhaft erweise und die Verletztenklage vor einer Instrumentalisierung für objektive Schutzzwecke bewahre.⁴¹

2. Gesetzgeberische Auswege: Verbandsklage

Warum diese Unterscheidung wichtig ist, zeigt § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO. Auch wenn man heute eher skeptisch ist, den Gesetzgeber auf das subjektiv-rechtliche Konzept zu verpflichten, aber auch aus dem Umstand, dass Art. 19 Abs. 4 GG subjektive Rechte nicht verlangt, sondern voraussetzt, wird die legislative Einführung objektiver Rechtskontrollen mit Argwohn betrachtet. Das in § 42 Abs. 2 VwGO hineingelesene Regel-Ausnahme-Verhältnis hat die Einführung überindividueller Rechtsbehelfe nicht unwesentlich erschwert, wenn es noch heute heißt, die eine sachlich beschränkte objektive Rechtskontrolle ermöglichende Verbandsklage sei eine sympatische, aber systematisch fremde Figur im deutschen Verwaltungsprozessrecht.⁴²

Das Verwaltungsprozessrecht kann unterschiedliche Kombinationen aus Verletztenklage, Interessentenklage, Popularklage und Verbandsklage ausbilden.⁴³ Jedenfalls ist die Entgegensetzung von preußischem und süddeutschem „System“ eine Überzeichnung, die der Vielfältigkeit der Rechtsschutzsysteme im 19. Jahrhundert nicht gerecht wird. Mit der Einführung der zunächst auf das Naturschutzrecht beschränkten Verbandsklage wird eine neue Unterscheidung sichtbar: Während die Verbandsklage eine Aufsichtsfunktion erhält, bleibt die Verletztenklage davon befreit und kann sich auf die Wahrung subjektiver Rechte in einer hohen Kontrolldichte durch die Gerichte konzentrieren. Darin liege im Kern die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit und an dieser Stelle wird die Einsicht wirksam, wonach Ausnahmen die Regel bestätigen und dadurch stabilisieren: Der Rechtsschutz soll dann zweigleisig auch in der gerichtlichen Kontrolldichte sein. Ihre Reduzierung sei allenfalls innerhalb des objektiven Kontrollsystems stimmig, was § 4a UmwRG aufnimmt oder zumindest zu intendieren scheint.

Klaus Ferdinand Gärditz schlägt vor, § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO zu streichen, um Exzesse wie die vermehrt in den Ländern eingeführte Tierschutzverbandsklage⁴⁴ zu vermeiden.⁴⁵ Er sieht im Ausgangspunkt die Verbandsklage als ein plausibles Instrument, um „vor unabhängigen Gerichten strukturelle Asymmetrien zu Lasten des Umweltschutzes auszugleichen, die Entscheidungsfindung zu neutralisieren und Interessenkonflikten sowie Einseitigkeiten der Aufgabenwahrnehmung“ entgegenzuwirken, weist aber auf die Gefahr einer Ablösung von der Idee personaler Freiheit hin, wodurch die freiheitliche Basisstruktur des Verwaltungsrechtsschutzes korrodieren könne. Um einen „demokratischen Aufbruch im Prozessrecht“ gehe es nicht, zumal sich schon die Privilegierung von Interessengruppen nicht in die egalitäre Matrix demokratischer Öffentlichkeit einfüge. Festgehalten wird an der ernstzunehmenden, aber im Ergebnis nicht überzeugenden Auffassung, wonach

„objektive Kontrollverfahren ohne individuelle Legitimation auskommen müssen und allein mit einer optimierten Durchsetzung der demokratischen Gesetzesbindung“ begründet werden, womit sie „eher einem legalistischen Justizmodell (entsprechen), wie es traditionell in Deutschland gepflegt“ werde,

⁴¹ Rennert DVBI 2015, 793 (796, 798, 800).

⁴² Steinbeiß-Winkelmann NJW 2010, 1233 (1238).

⁴³ Wahl, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 8), vor § 42 Abs. 2 Rn. 10. Zum europarechtlichen Modell der normativen Interessentenklage, die Elemente der deutschen Schutznormlehre mit objektiv-rechtlichen Ansätzen verbindet: Epiney, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), 362 (422 f.).

⁴⁴ Zuletzt Baden-Württemberg durch Gesetz v. 12.5.2015, GBl. Nr. 10 v. 26.05.2015, 317; vgl. § 3 TierSchMVG.

⁴⁵ Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 38 ff.

aber „nicht einem institutionell-prozeduralen Verständnis der Rechtsgewinnung in Verfahren, das geflissentlich dem Unionsrecht zugeschrieben“ werde.⁴⁶

Verbandsklagen erscheinen immerhin als „eine Alternative zur exzessiven Erweiterung von subjektiven Rechten ohne individuelles Selbstbestimmungssubstrat“. Denn die objektive Rechtsdurchsetzung werde gerade nicht Popularklägern anvertraut, sondern eingrenzbarer Akteuren nach fachlichen Kriterien, die immerhin demokratisch festgelegt und durch Anerkennungsverfahren verantwortet werden. Heißt es dann aber, dass „diese Differenzierung zersäet, wenn man das prozessuale Verbandsklagerecht selbst als subjektives Recht etikettiert“⁴⁷ und die Verbandsklage einem Popularklagemodell vorzuziehen sei, unterschlägt Gärditz, dass es nicht um diese Alternative geht, sondern um den Umbau des subjektiven öffentlichen Rechts, das in der vermeintlich demokratische Prozesse schützenden Fortschreibung eines aus dem Kaiserreich stammenden Freiheitsmodells kaum angemessen zu erfassen ist.⁴⁸

3. Funktionswandel des Verwaltungsrechtsschutzes

Die von Gärditz beobachtete Konvergenz⁴⁹ steht quer zum Erhalt eines subjektiven Rechtsschutzmodells, das den unionsrechtlichen Anpassungsdruck für ein anderes Bürgerverständnis in den mitgliedstaatlichen Rechtsschutzsystemen mit dem Hinweis auf ein grundrechtliches Verteilungsproblem abzuwehren versucht.⁵⁰ Nimmt man ein solches an, ist damit nicht gesagt, dass es beim Gerichtszugang zu lösen ist. Es kann vielmehr auch, wie der Blick in andere Rechtsordnungen zeigt, bei der gerichtlichen Kontrolldichte einer pragmatischen Lösung zugeführt werden. Die Sorge vor einem Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit⁵¹ kann jedenfalls das tradierte Modell kaum tragen und mit dem Hinweis, das Unionsrecht bewege sich in die Richtung des deutschen Modells, auch nicht retten. Ein Beispiel ist das Ende der materiellen Präklusion im Anwendungsbereich von Art. 11 UVP-RL und Art. 25 IE-RL, das der EuGH im Hinblick auf die betroffenen Rechtspositionen des Vorhabenträgers überhaupt nicht problematisiert.⁵²

Ob es Sinn macht, den subjektiven Rechtsschutz und die objektive Rechtskontrolle scharf voneinander abzugrenzen, ist unter unionsrechtlichen Vorzeichen zweifelhaft geworden. Der Gesetzgeber versucht einer Privilegierung der Verbandsklage dadurch vorzubeugen, dass die Regelungen auf den Individualkläger erstreckt werden. So kann über den Verweis in § 4 Abs. 3 UmwRG auch der Individualkläger die in § 4 Abs. 1 UmwRG genannten Verfahrensfehler rügen. Einem „Beanstandungsprozessrecht“⁵³ steht auch die Erstreckung der Regelungen zum vorläufigen Rechtsschutz auf die Verbandsklage entgegen: Modifizierung-

⁴⁶ Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 42; ders. Die Verwaltung 46 (2013), 257 (265).

⁴⁷ Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 43 gegen BVerwGE 147, 312 Luftreinhalteplan Darmstadt; dazu – befürwortend – Franzius DVBl 2014, 543 (544 ff.).

⁴⁸ Differenzierung tut not. So erweist sich das Modell, zwischen der individuellen Legitimation unabhängiger Rechtsprechung und kollektiver Legitimation demokratischer Gesetzgebung zu unterscheiden, als unterkomplex, um der Durchsetzungsschwäche des materiellen Umweltrechts zu begegnen, zumal gerade der Gesetzgeber mit der Zuweisung von Verbandsklagerechten die Verwaltungsgerichte in den Stand versetzt, die Verwaltung auf die Einhaltung des objektiven Rechts zu verpflichten.

⁴⁹ Skeptisch Legrand International and Comparative Law Quarterly 45 (1996), 52.

⁵⁰ Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 44 f. Zum Interessenausgleich in multipolaren Rechtsverhältnissen Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, S. 84 ff.

⁵¹ Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch den Umbau des subjektiven öffentlichen Rechts Rennert VBilw 2015, 45 (46).

⁵² EuGH, Urt. v. 15.10.2015, Rs. C-137/14 Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2015:683 Rn. 68 ff.; dazu Zeissler/Schmitz UPR 2016, 1; Berkemann DVBl 2016, 205; Siegel NVwZ 2016, 337.

⁵³ Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 46.

gen, wie sie § 4a Abs. 3 UmwRG für Verbandskläger anordnet, finden nach § 4a Abs. 4 UmwRG auch auf Individualkläger Anwendung.⁵⁴

Die Auffassung, dass europäische Recht verstehe die objektive Rechtsdurchsetzung als bloßen „Nebeneffekt, der sich nur über das Vehikel der subjektiven Rechtsbetroffenheit und der in individueller Selbstbestimmung wahrgenommenen Klagebereitschaft entfalten“⁵⁵ könne, droht die Doppelfunktionalität subjektiver Rechte im Unionsrecht⁵⁶ zu vernachlässigen. Es ist im europäischen Rechtsraum mit seinen unterschiedlichen Rechtskulturen dann auch eher fraglich, ob man die „Primärfunktion der Verwaltungsgerichte“ darin erblicken kann, wirksamer „Schutzschild der Einzelnen gegen die Staatsgewalt“⁵⁷ zu sein, dürfte diese Zuschreibung doch vor allem deutschen Erfahrungen geschuldet sein. Denn es geht nicht darum, den Individualrechtsschutz zurückzuschneiden, sondern darum, ihn in der gebotenen Distanz zur Verwaltung auszubauen. Seine Grundlagen bleiben erhalten, müssen im Hinblick auf basale Unterscheidungen – wie zwischen Staat und Gesellschaft oder Allgemein- und Individualinteresse – aber reflektiert werden, um dem Versuch vorzubeugen, unterschwellig deutsche und in der Tradition nicht unbedingt demokratische Erfahrungen auf die Unions-ebene zu transportieren, was Enttäuschungen hervorzurufen droht.

Freilich ist die Gerichtsorientierung in zweierlei Hinsicht misslich: Zum einen wird das subjektive Recht auf Gerichte verengt und übersehen, dass die Klageberechtigten von der Verwaltung die Beachtung des objektiven Rechts verlangen können. Zum anderen darf die Gegenüberstellung der Systeme nicht in einem strengen Alternativverhältnis gesehen werden. Der subjektive Rechtsschutz dient nach Maßgabe des klägerischen Willens immer auch der Bewahrung des objektiven Rechts, mag es auch nur eine erwünschte Nebenfolge sein. Und die objektive Rechtskontrolle schützt immer, wenngleich nur reflexartig, subjektive Rechte. Unter dem Europarecht kommt es in Frankreich zu einer Subjektivierung und in Deutschland zu einer Objektivierung des Verwaltungsrechts.⁵⁸

Insgesamt, so dürfte aus der unionsrechtlichen Perspektive kaum bestreitbar sein, wird man den europäischen *ordre public* nicht als Kopie des deutschen Rechtsschutzmodells begreifen können.⁵⁹ Umgekehrt ist aber auch ein objektives Kontrollkonzept, wie es im Ursprung dem französischen Modell entspricht, nicht länger leitbildprägend für das Unionsrecht. Eine angemessene Verarbeitung der unionsrechtlichen Vorgaben verlangt, sich von einem materiellen Systemanspruch zu verabschieden und auf Verallgemeinerungen zu verzichten. Wie stark das allgemeine Verwaltungsrecht aber noch ist, zeigt sich an den Beharrungstendenzen, die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf ein Zugangs- und Kontrollmodell zu verpflichten, das mit dem subjektivem öffentlichen Recht trotz aller grundrechtlichen Modifikationen seine Herkunft aus dem Kaiserreich nicht verleugnen kann. Das erschwert die Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben, was sich in den fachgesetzlichen Ausgestaltungen und deren Interpretation durch die Gerichte schmerzhaft gezeigt hat.

4. Leidensweg des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes

Verwiesen sei nur auf den Leidensweg des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes, mit dem die Probleme in einer Sonderdogmatik des Umweltrechtsschutzes zu verarbeiten gesucht wer-

⁵⁴ Krit. Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 48; Rennert DVBl 2015, 793 (800 mit Fn. 56) gegen BVerwG, Beschl. v. 16.9.2014, NuR 2014, 782 Kohlekraftwerk Moorburg.

⁵⁵ Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 49.

⁵⁶ Zu den Herausforderungen Saurer, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht (Fn. 10), S. 35 ff.

⁵⁷ Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 51. Es ist richtig, dass subjektive Rechte im Unionsrecht nicht mehr allein funktional begründet werden. Aber im Europarecht als „Integrationsrecht“ bleibt dieses Erbe erhalten.

⁵⁸ So Marsch, Subjektivierung der gerichtlichen Verwaltungskontrolle (Fn. 27), S. 86.

⁵⁹ So aber Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 16 ff. u. passim.

den.⁶⁰ Warum, so ist zu fragen, fällt es dem Gesetzgeber so schwer, die Vorgaben der Aarhus-Konvention und des Unionsrechts umzusetzen? Dahinter steht nicht Skepsis in der Sache, sondern die „einbetonierte“ Tradition des subjektiven öffentlichen Rechts⁶¹ als einer Systementscheidung des allgemeinen Verwaltungsrechts, die Anpassungen erschwert und die schwachen Vollzugsstrukturen des Umweltrechts zu perpetuieren droht.⁶²

Der EuGH hat mit den Urteilen *Trianel*, *Altrip* und dem „slowakischen Braunbären“ gezeigt, dass er nicht gewillt ist, die Effektivierung des Umweltrechtsschutzes hinter Besonderheiten des deutschen Prozessrechts zurücktreten zu lassen.⁶³ Auch die in § 73 Abs. 4 S. 3 VwVfG angeordnete Präklusion von Einwendungen im Gerichtsverfahren wird den unionsrechtlichen Vorgaben eines weiten Zugangs zum Gericht nicht gerecht.⁶⁴ Zwar ist es Deutschland gestattet, an der Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts festzuhalten, was nicht nur für die Zulässigkeit, sondern auch in der Begründetheit eines Rechtsbehelfs gefordert werden darf.⁶⁵ Aber die Begrenzung auf Vorschriften, die dem Umweltschutz dienen, hat die Aarhus-Vertragsstaatenkonferenz für konventionswidrig erklärt.⁶⁶

Gewiss: Die Unionsrechtswidrigkeit der materiellen Präklusionsvorschriften mag das Verfahren der Öffentlichkeits- und Verbändebeteiligung entwerten.⁶⁷ Denn die Anreizfunktion, sich am Verwaltungsverfahren zu beteiligen, geht verloren. Das Verwaltungsverfahren ist dem Gerichtshof zufolge aber kein vorgezogenes Rechtsschutzverfahren, wie es in der Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichte gesehen wurde. Übersteigert wird der Wunsch nach einem Erhalt der materiellen Präklusion mit der Behauptung ihrer Verwurzelung in der demokratischen Eigenverantwortung der Verwaltung, wobei die Verwaltungsgerichte in eine Verfahrensmitverantwortung gedrängt würde.⁶⁸ Sicherlich ist die Sorge nicht von der Hand zu weisen, dass ein Teil der Einwendungen vom Verwaltungsverfahren in das Gerichtsverfahren verschoben werden und die mündliche Verhandlung die Rolle eines Erörterungstermins wie im Planfeststellungsverfahren einnehmen könnte.⁶⁹ Ob dem Legitimationskonzept, das eine Distanz des Verwaltungsprozesses zum Verwaltungsverfahren fordert, aber nicht gerade durch einen Ausschluss der Präklusion mit dem Abschied von der Vorstellung eines durch das materielle Recht determinierten Kontinuums von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess entsprochen wird, sollte zumindest in Erwägung gezogen werden.

⁶⁰ Siehe auch *Kment* UPR 2013, 41.

⁶¹ *Hong* JZ 2012, 380 (383).

⁶² Dies mag die Kritik der ehemaligen Präsidentin des BVerwG, *Eckertz-Höfer* DVBI 2013, 499 (502) erklären, derzufolge es „schwer zu begreifen (ist), warum der Gesetzgeber den unionsrechtlichen Anforderungen stets so betont unlustig hinterherhinkt, anstatt sie mit der Vision eines rechtlich geeinten Europas aufzunehmen und in diesem Sinne vorbildlich auszuformen“.

⁶³ Vgl. *Franzius*, Aktuelle Probleme des Umweltrechtsschutzes, in: FS Kloepfer, 2013, S. 377.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 15.10.2015, Rs. C-137/14 Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2015:683 Rn. 79 f.; BVerwG, Urt. v. 22.10.2015, NVwZ 2016, 308 Rn. 26; s. jetzt auch die Vorlage des Österreichischen Verwaltungserichtshofs v. 26.11.2015 mit der Frage nach der Unionsrechtskonformität von Präklusionsregeln außerhalb des Anwendungsbereichs der UVP-RL.

⁶⁵ EuGH, Urt. v. 15.10.2015, Rs. C-137/14 Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2015:683 Rn. 34, 63 entgegen den Schlussanträgen von GA *Wathelet* v. 21.5.2015, ECLI:EU:C:2015:344 Rn. 52 ff.; ähnlich für das Verfahrensrecht die Schlussanträge von GA *Cruz-Villalón* in der Rechtssache *Altrip* v. 20.6.2013, ECLI:EU:C:2013:422 Rn. 88 ff.; dazu *Berkemann* DVBI 2016, 205 (207 ff.).

⁶⁶ Vgl. Beschwerdeverfahren ACCC/C/2008/31, bestätigt durch die Entscheidung der 5. Vertragsstaatenkonferenz v. 30.6.2014, V/9h ECE/MP.PP/2014/CRP.4. Aus dem Schrifttum *Berkemann* DVBI 2015, 389 (396 f.); *Grunow/Salzborn* ZUR 2015, 156 (160); *Pernice* JZ 2015, 967 (971); *Bunge* NuR 2014, 605 (608 ff.); *Seibert* NVwZ 2013, 1040 (1043 f.).

⁶⁷ An Bedeutung gewinnen Verfahren der Fehlerbehebung oder prozessuale Ausschlussfristen wie jene des § 4a UmwRG.

⁶⁸ *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 34 f.

⁶⁹ So *Beier* UPR 2016, 48 (52).

Anders als das deutsche Verwaltungsrecht, das von einer dienenden Funktion des Verfahrens für materiell-rechtliche Positionen ausgeht und das behördliche Verfahren in das gerichtliche Verfahren hinein fortdenkt, operiert das europäische Verwaltungsrecht mit dem Eigenwert des Verwaltungsverfahrens, das vom gerichtlichen Verfahren stärker abgegrenzt wird⁷⁰ und Verfahrensfehler unter Zurückweisung der einebnenden Grundvorstellung der „einzig richtigen Entscheidung“ im Staat-Bürger-Verhältnis schärfer sanktioniert.⁷¹ Vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Funktionen von behördlichem und gerichtlichem Verfahren ist es konsequent, wenn der Gerichtshof die materielle Präklusion verwirft, also Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess stärker entkoppelt.⁷²

Es ist offensichtlich, dass die Umsetzung der unions- und konventionsrechtlichen Vorgaben im Lichte des subjektiven Rechts erfolgt und der Gemeinbezug des Verbandsklagerechts von dem Privatbezug des Individualklagerechts abgegrenzt wird: Der Einzelne soll keine Verbandsklagebefugnisse in Anspruch nehmen können. Nicht nur, dass die Geltendmachung öffentlicher Interessen dem Einzelnen verschlossen ist. Er könne auch nicht Rechte in Anspruch nehmen, die Kollektiven vorbehalten sind.⁷³ Das werde durch Art. 9 Abs. 3 AK nicht in Frage gestellt.⁷⁴ So erfülle der subjektive Rechtsschutz mit der bemerkenswert hohen Kontrolldichte der Bundesregierung zufolge die Anforderungen der Aarhus-Konvention, was nicht nur die Vertragsstaatenkonferenz, sondern auch das BVerwG freilich anders sehen.⁷⁵ Wer von der Kontrolle des Ergebnisses ausgeht, wird auch Erweiterungen des Verfahrensrechtsschutzes skeptisch betrachten. Demgegenüber müsste vielmehr umgekehrt von der Einhaltung der häufig das materielle Ergebnis erst herstellenden Verfahrensvorschriften auf das Ergebnis geschlossen werden.⁷⁶

Immerhin – und insoweit mag der Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit an erleichtert wahrgenommene Grenzen stoßen⁷⁷ – bleibt die Ausrichtung am subjektiven Recht in der Begründetheitsprüfung erhalten. Der Aufhebungsanspruch des Klägers nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO darf auch im Anwendungsbereich des Art. 11 UVP-RL an das subjektive Recht gebunden bleiben.⁷⁸

⁷⁰ Zur Differenz Möllers, Materielles Recht - Verfahrensrecht - Organisationsrecht, in: Trute u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 20), S. 489 (493 ff.); Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 85: „Verwaltung und Gerichtsbarkeit operieren unter sehr unterschiedlichen institutionellen Rahmenbedingungen.“

⁷¹ Zur Kontrastierung der Verfahrensleitbilder Saurer, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht (Fn. 10), S. 318 ff., 459.

⁷² In diese Richtung wies entgegen BVerwG, ZUR 2011, 85 f. schon EuGH, Rs. C-263/08 Djurgården, Slg 2009, I-9967 Rn. 39. An der Unionsrechtskonformität der materiellen Präklusion bereits zweifelnd Sauer ZUR 2014, 195 (198 f.).

⁷³ Mangold/Wahl Die Verwaltung 48 (2015), 1 (19, 24).

⁷⁴ Anders und richtig bereits SRU, Verbandsklage (Fn. 24), Rn. 20 ff.

⁷⁵ BVerwGE 147, 312 (321 f.).

⁷⁶ Denkbar wäre im Anschluss an § 2 Abs. 3 BauGB eine Vermutungsregel: Ist das Verfahren (in der Ermittlung und Bewertung des Abwägungsmaterials) fehlerfrei durchgeführt worden, besteht eine Vermutung für die materielle Richtigkeit des Ergebnisses.

⁷⁷ Vgl. Schoch VBIBW 2013, 361 (368); Buchheister DVBI 2016, 265 (266).

⁷⁸ EuGH, Urt. v. 15.10.2015, Rs. C-137/14 Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2015:683 Rn. 32 f.; zust. Ludwigs NJW 2015, 3484 (3485), wonach die Revolution ausgeblieben sei. Ob das letzte Wort gesprochen ist, kann bezweifelt werden; so auch Berkemann DVBI 2016, 205 (211). Zwar ist es, wie die Normenkontrolle nach § 47 VwGO zeigt, nicht ungewöhnlich, die Begrenzungen der Zugangsbefugnis in der Begründetheit zu lockern. Das gilt jedoch nicht in der umgekehrten Richtung: Werden die Klageberechtigungen geöffnet, dürfte es schwer fallen, den Individualkläger in der Begründetheit einer konventionsrechtlich determinierten Klage mangels subjektiver Rechtsverletzung leer ausgehen zu lassen. Zumindest im Anwendungsbereich des § 4 UmwRG ist § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO unanwendbar, vgl. BVerwG, Urt. v. 22.10.2015, NVwZ 2016, 308 Rn. 23.

5. Was tun?

Gewiss ist der Gesetzgeber aufgerufen, den Vorgaben des Unionsrechts in der Auslegung durch den EuGH hinreichend Rechnung zu tragen. Aber das bezieht sich primär auf die Klagerechte nach § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO, weniger auf die Auslegung von Rechtsvorschriften für das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechts.⁷⁹ Das ist vielmehr die originäre Aufgabe der Rechtsprechung, wie der Wandel der Schutznormlehre im Bauplanungsrecht und im Kommunalrecht zeigt, wo zunächst die Zivilgerichte aushelfen mussten.⁸⁰ Gerade das Gebot der Rücksichtnahme und deren subjektiv-rechtliche Interpretation verdeutlicht, dass die Rechtsprechung längst einen Schritt in Richtung einer „Interessentenklage“ unternommen hat.⁸¹

Art. 9 Abs. 3 AK, der Mitgliedern der Öffentlichkeit und damit auch dem Einzelnen das Recht zuspricht, Normen des nationalen Umweltrechts nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts zu rügen, ist bislang nicht umgesetzt worden. Hier ist der Gesetzgeber gefordert, den als vertragswidrig feststehenden Zustand zu beseitigen.⁸² Eine Korrektur des Umsetzungsdefizits durch die Gerichte ist nicht möglich.⁸³ Art. 9 Abs. 3 AK ist auch keine andere gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO, weil die Vorschrift nicht unmittelbar anwendbar ist.⁸⁴ Denn es fehlt eine klare und präzise Verpflichtung, deren Erfüllung nicht vom Erlass eines weiteren Rechtsakts abhängen.⁸⁵ Was bleibt, ist der Umbau des subjektiven Rechts im europäischen Rechtsraum.⁸⁶

Nachdem das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz mehrfach nur punktuell geändert wurde, ist jetzt eine größere Novelle des Gesetzes geplant.⁸⁷ Dass es dem Gesetzgeber nicht unmöglich ist, die unionsrechtlichen Vorgaben einzuhalten, zeigte der Entwurf der Bundesregierung aus dem Jahr 2005, der dem Gesetz seinen Leidensweg zu einem großen Teil erspart hätte.⁸⁸ Aber es fragt sich, ob der sektorale Ansatz auf Dauer erfolgversprechend ist. Natürlich wäre es möglich, die Verbandsklage in die VwGO aufzunehmen, wenngleich dies unionsrechtlich nicht geboten ist. Ist bei der Schaffung isolierter Klageberechtigungen der Gesetzgeber auch freier als es mitunter den Anschein hat, erscheint es doch ungleich wichtiger, die Begrenzungen in der Interpretation subjektiver Rechte aufzugeben, also den Wandel des subjektiven Rechts zu verarbeiten und die Möglichkeit legislativ eingeräumter prokuratori-

⁷⁹ *Franzius DVBI* 2014, 543 (548 ff.).

⁸⁰ Im kommunalen Wirtschaftsrecht wurde in der Missachtung der Schrankentrias durch die Gemeinde ein Wettbewerbsverstoß gegen § 1 UWG a.F. gesehen und Unterlassungsansprüchen nach § 1004 BGB stattgegeben, vgl. OLG Hamm, DVBI 1998, 792. Nachdem der BGH – vgl. BGHZ 150, 343 – diese Rechtsprechung verworfen hatte, begannen die Verwaltungsgerichte ihre Position zum Drittschutz der Subsidiaritätsklausel zu überdenken, vgl. OVG Münster, NVwZ 2003, 1520 f.; VGH Mannheim, VBIBW 2006, 348. Zur Parallele im Rundfunkrecht *Franzius/Schimke JURA* 2016 (im Erscheinen).

⁸¹ So *Ramsauer JuS* 2012, 769 (775, 777).

⁸² Vgl. *Pernice JZ* 2015, 967 (972). Der Hinweis der Bundesregierung auf BVerwGE 147, 312 Luftreinhalteplan Darmstadt hat das Aarhus Compliance Committee nicht überzeugt, vgl. Findings and recommendations with regard to communication ACCC/ C/2008/31 concerning compliance by Germany, ECE/MP.PP/C.1/2014/9 v. 4.6.2014, Rn. 97 ff.

⁸³ Vgl. BVerwGE 149, 17 (23) Flugrouten I; 150, 294 (300 ff.) Flugrouten II.

⁸⁴ EuGH, Rs. C-240/09 *Lesoochranárske zoskupenie*, Slg. 2011, I-1255 Rn. 52.

⁸⁵ Anders *Klinger EurUP* 2013, 95 (98); *ders. NVwZ* 2013, 850 (852).

⁸⁶ So auch *Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2013, S. 114, demzufolge mit der Anerkennung prokuratorischer Rechte die „Grundlinie einer gemeinsamen europäischen Kontrollpraxis erkennbar“ werde.

⁸⁷ Vgl. *Otto NVwZ* 2016, 292. Nach einem ersten (noch nicht veröffentlichten) Entwurf soll der vom Aarhus Compliance Committee für konventionsrechtswidrig erklärte Bezug auf Vorschriften, die dem Umweltschutz dienen, wegfallen.

⁸⁸ § 3 Abs. 1 des Gesetzentwurfs über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der RL 2003/35/EG v. 21.2.2005, abgedruckt in: *Durner/Walter*, *Rechtspolitische Spielräume bei der Umsetzung der Aarhus-Konvention*, 2005, S. 176 f.

scher Rechte anzuerkennen. Wer diese Doppelfunktionalität subjektiver Rechte übersieht, droht einen Popanz aufzubauen, an dem abzarbeiten sich kaum lohnt.⁸⁹

III. Umbau des subjektiven Rechts

1. Funktionale Subjektivierung

Seit den 1990er Jahren gilt die funktional-instrumentelle Schaffung von Individualrechten als ein Strukturprinzip des europäischen Rechts.⁹⁰ Freilich wird man der idealtypischen Gegenüberstellung zum Konzept subjektiver Rechte im deutschen Verwaltungsrecht heute nur unter Einschränkungen zustimmen können. Es greift zu kurz, wenn behauptet wird, es gehe dem europäischen Unionsrecht nicht um den Schutz individueller Rechte, sondern primär um die Sanktionswirkung gegenüber vollzugsscheuen Mitgliedstaaten.⁹¹ Auch wäre es nicht richtig, das Unionsrecht im Lichte der französischen Rechtsordnung zu begreifen und subjektive Rechte ausschließlich auf die Durchsetzung einer zentral gesteuerten Rechtsordnung zu beziehen.⁹² Vielmehr changiert „die rechtliche Gestalt des Einzelnen im europäischen Verwaltungsrecht (...) zwischen funktionaler Subjektivierung und individueller Autonomie, mag der Fremdzweck gegenüber dem Selbstzweck auch tiefer verwurzelt sein.“⁹³ Denn mit der Stärkung der Grundrechte und der Unionsbürgerschaft sei die „individuell-autonome Dimension in der unionalen Individualrechtsbegründung“ nicht mehr hintergebar.⁹⁴

So bedeutsam dieser Vorgang auch ist, wird er von der traditionellen Lehre doch nicht richtig zur Kenntnis genommen. Der Einzelne sei als Inhaber eines subjektiven öffentlichen Rechts nicht Agent oder Sachwalter des Gemeinwohls, sondern berechtigt und freigesetzt, nur seinen eigenen Willen, sein Belieben, seine Wünsche und Interessen zu verfolgen oder darauf zu verzichten. Dies setze Versuchen, das subjektive öffentliche Recht auszudehnen und den Einzelnen über die Inhaberschaft eines subjektiven Rechts zum Sachwalter des Gemeinwohls zu machen und so das subjektive öffentliche Recht auf die Durchsetzung öffentlicher Interessen zu funktionalisieren, prinzipielle Grenzen.⁹⁵ Die Folge wäre eine Zweispurigkeit, mit der man leben könnte. Doch die Situation hat sich dramatisch verändert. Denn das Unionsrecht begnügt sich nicht mit einem anderen Ansatz subjektiver Rechte in der eigenen Rechtsordnung, sondern verlangt von den Mitgliedstaaten einen Umbau ihrer verwaltungsprozessualen Zugangsregeln, um einen weiten Zugang zum Gericht zu ermöglichen.⁹⁶

⁸⁹ So aber *Gärditz* EurUP 2015, 196 (203 ff.) mit der „Objektivierung“ des Umweltrechtsschutzes (durch die Verbandsklage) einerseits und der „Subjektivierung“ des objektiven Rechts (ohne jedes personale Substrat) andererseits.

⁹⁰ *Ruffert*, Rechtsquellen und Rechtsschichten, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 17 Rn. 126; ausf. *ders.*, Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft, 1996.

⁹¹ *Masing*, Mobilisierung des Bürgers (Fn. 5), S. 47.

⁹² *Masing*, Mobilisierung des Bürgers (Fn. 5), S. 50.

⁹³ *Saurer*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht (Fn. 10), S. 27.

⁹⁴ *Saurer*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht (Fn. 10), S. 33 ff. mit der Darstellung der doppelpoligen Zweckstruktur des Rechtsstatus des Einzelnen als normativer Konstruktion der Unionsrechtsordnung, deren Konstitutionalisierungsschübe einen Funktionswandel der Individualrechte bewirkt haben. Noch weitergehend von einer Konvergenz der Rechtsschutzmodelle auf der Basis des subjektiven Rechtsschutzes ausgehend, die Unterschiede aber einblendend: *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 17 ff.

⁹⁵ *Wahl*, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 8), vor § 42 Abs. 2 Rn. 47 mit Fn. 81.

⁹⁶ Zum unionsrechtlichen Ausbau des Individualrechtsschutzes *Saurer*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht (Fn. 10), S. 370 ff. mit dem Hinweis, dass die mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtssysteme ihre prozessualen Flexibilitätsreserven an unterschiedlichen Stellen aufweisen..

2. Inkorporation der Aarhus-Konvention in das Unionsrecht

Mit der Inkorporation der Aarhus-Konvention in das Unionsrecht hat der völkerrechtliche Vertrag eine ungeahnte Stoßkraft erhalten, was in der Entscheidung des EuGH zum „slowakischen Braunbären“ seinen Ausdruck gefunden hat: Obwohl Art. 9 Abs. 3 AK im nationalen Recht nicht unmittelbar anwendbar ist, sind die mitgliedstaatlichen Gerichte verpflichtet, das nationale Recht in der Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes so auszulegen, dass es „so weit wie möglich“ im Einklang mit den Zielen des Art. 9 Abs. 3 AK steht.⁹⁷

Es ist ein Irrtum zu meinen, das Unionsrecht verschiebe die gerichtliche Kontrolle vom subjektiven Rechtsschutz in die objektive Rechtskontrolle. Es ist allerdings auch nicht so, dass auf den Gesetzgeber gewartet werden müsste. Angestoßen wird vielmehr eine Neuinterpretation des subjektiven öffentlichen Rechts. Das ist mehr als der Nachvollzug unionsrechtlicher Vorgaben, die von „fremden“ Instanzen zu verantworten sind. Es geht um eine Modernisierung des subjektiven Rechts, das nicht nur formal an demokratische Ordnungen anzupassen ist. Rechtsstaatliche Kompensationen mangelnder Beteiligung an der demokratischen Verwaltung, so wirkungsmächtig diese Pfadabhängigkeit auch sein mag, bedarf es nicht mehr. Das Unionsrecht macht scheinbar paradox, weil es für die eigene Rechtsordnung lange den Marktbürger privilegierte, aus dem Einzelnen als *bourgeois*⁹⁸ den Einzelnen als *citoyen*.⁹⁹ Aus der Funktionalisierung der Rechte wird das Recht, auch Gemeinwohlbelange geltend zu machen.

Denn gesehen werden muss, dass dem Unionsrecht die strikte Unterscheidung zwischen Normen im öffentlichen und solchen im privatem Interesse unbekannt ist, sich vielmehr die Interessen als verknüpft darstellen und tatsächliche Auswirkungen der Normanwendung im mitgliedstaatlichen Vollzug nicht als Rechtsreflexe ausgegrenzt werden. Anders als das deutsche Axiom der Entpolitisierung individueller Befugnisse wird die Normanwendung in einen politischen Allokationskontext gestellt. Hier darf man nicht bloß eine Indienstrafe des Bürgers für die Gemeinwohlaufgabe der Rechtsdurchsetzung sehen. Vielmehr geht es darum, das Interesse an der Teilhabe europäischer Rechtsentwicklung ernst zu nehmen und öffentliche Gemeinwohlbelange einer Individualisierung zuzuführen. Das bemerkenswerte ist, dass die Union, wiewohl lange Zeit für sich selbst den *bourgeois* adressierend, nunmehr den Mitgliedstaaten das Verständnis des Bürgers als *citoyen* abverlangt.¹⁰⁰ Er soll sich nicht nur um seine eigenen Belange kümmern, sondern auch die Durchsetzung europäischer Gemeinwohlbelange erstreiten dürfen. Das mag man kritisieren. Wichtig ist aber zu sehen, dass es dabei weniger um eine Entmaterialisierung oder Ablösung individueller Befugnisse aus subjektiven Rechten geht, sondern um die Anerkennung prokuratorischer Rechte als subjektive Rechte, die einer Durchsetzung von allgemeinen Interessen nicht verschlossen sind.

Freilich sollte man angesichts der unterschiedlichen Sichtweisen des Art. 9 Abs. 2 AK mit der Forderung vorsichtig sein, die Schutznormlehre des deutschen Verwaltungsrechts aufzugeben.¹⁰¹ Dennoch fragt sich, ob die tradierte Schutznormlehre nicht an Grenzen stößt, die im Wege der Interpretation subjektiver öffentlicher Rechte nicht mehr einfach überwunden werden können. Sicherlich gab es keinen Grund, die konventionsrechtlich geforderten Verbandsklagerechte trotz ihrer Abstützung in der Öffnungsklausel des § 42 Abs. 2 Var. 1

⁹⁷ EuGH, Rs. C-240/09 *Lesoochranárske zoskupenie*, Slg 2011, I-1255 Rn. 52.

⁹⁸ *Masing*, Mobilisierung des Bürgers (Fn. 5), S. 88, 111, 128 ff., 179, 219.

⁹⁹ *Masing*, Der Rechtstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *GVwR I*, 2. Aufl. 2012, § 7 Rn. 35, 95, 102. Zum Wandel des Bürgerstatus in der Union *Preuß*, Der EU-Staatsbürger – Bourgeois oder Citoyen?, in: Winter (Hrsg.), *Das Öffentliche heute*, 2000, 179 (188 ff.).

¹⁰⁰ Zum Umbau des europäischen Verwaltungsrechts ex parte civium v. *Bogdandy*, Verwaltungsrecht im europäischen Rechtsraum (Fn. 6), § 57 Rn. 41 ff.; ähnlich v. *Arnauld*, Die Rückkehr des Bürgers: Paradigmenwechsel im Europäischen und Internationalen Verwaltungsrecht?, *JöR* 59 (2011), 497 ff.

¹⁰¹ So aber wohl *M. Breuer* *Die Verwaltung* 45 (2012), 171 (176 ff.).

VwGO schutznormakzessorisch auszugestalten.¹⁰² Aber für die „reguläre“ Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO wird eine Norm gefordert, die zumindest auch den privaten Interessen des Einzelnen zu dienen bestimmt ist. Inwieweit können solche Rechte, die als materielle Rechte zunächst einmal losgelöst von der Rechtsträgerschaft zu ermitteln sind, auf die Einhaltung der materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften zielen?

3. Subjektive Rechte als prokuratorische Rechte

Der 7. Senat des BVerwG hat in der spektakulären Entscheidung zur Einklagbarkeit von Luftreinhalteplänen eine Klagebefugnis des Umweltverbands aus § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO hergeleitet.¹⁰³ Diese Entscheidung ist auf Kritik gestoßen.¹⁰⁴ Der 4. Senat scheint der Entscheidung nur die Anerkennung eines personell-akzessorischen Klagerechts entnehmen zu wollen, übersieht aber die prokuratorische Seite des Arguments. Verbände sollen in dieser Konstruktion nur die Möglichkeit haben, die Verletzung drittschützender Normen zu beanstanden.¹⁰⁵ Auf diese Weise kehrt die „Schutznormakzessorietät“ zurück, was vor dem EuGH erneut keinen Bestand haben könnte.¹⁰⁶

Offen ist, ob eine Klagemöglichkeit unabhängig davon besteht, ob die jeweilige Norm personalen Rechtsgütern wie der Gesundheit oder bloß dem Umweltschutz als solchem zu dienen bestimmt ist, vielleicht aber auch letzteres – zumindest in der Begründetheit wegen Art. 9 Abs. 3 AK – aufzugeben ist. Anders formuliert: Ungeklärt ist, ob die Anerkennung subjektiver Rechte voraussetzt, dass zumindest mittelbar personale Rechtsgüter betroffen sind oder ein normativ begründetes Individualinteresse an der Durchsetzung von Allgemeininteressen für die Begründung subjektiver Rechte ausreicht.¹⁰⁷

Spricht man sich für eine schutznormakzessorische, wenngleich im unionsrechtlich erweiterten Sinne zu verstehende Klageberechtigung der Verbände aus, wäre die Veränderung gering.¹⁰⁸ Namentlich das Habitat- und Artenschutzrecht bliebe einer Klage nach § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO verschlossen. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte sieht das freilich teilweise anders¹⁰⁹ und auch die Wiederkehr der Schutznormakzessorietät für Verbände er-

¹⁰² So die alte Rechtslage nach § 2 Abs. 1 UmwRG a.F. mit der Beschränkung auf Normen, die Rechte Einzelner begründen. Diese Beschränkung der Verbandsklagebefugnis wurde erwartungsgemäß vom EuGH, Rs. C-115/09 BUND/Bezirksregierung Arnsberg, Slg 2011, I-3673 Rn. 35 ff. für unionsrechtswidrig erklärt.

¹⁰³ BVerwGE 147, 312 Luftreinhalteplan Darmstadt; *Bier* DVBI 2015, 265; zust. *Franzius* DVBI 2014, 543 (547 f.); *Schlacke* DVBI 2015, 929 (930 ff.); krit. *Rennert* DVBI 2015, 793 (796 mit Fn. 29); *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 31 f., 41 f.

¹⁰⁴ *Mangold/Wahl* Die Verwaltung 48 (2015), 1 (21 ff.). Für eine „Notkompetenz“ der Gerichte *Berkemann* DVBI 2013, 1137 (1148); als „Behelfslösung“ ausgewiesen bei *Gärditz* EurUP 2015, 196 (210), demzufolge es sich um ein wenig strapazierfähiges Subjektivierungskonzept handelt.

¹⁰⁶ Es geht nicht in erster Linie um die Durchsetzung von individuellen Gesundheitsinteressen, sondern darum, ob dem öffentlichen Interesse an der Einhaltung der zwingenden Vorschriften des Luftqualitätsrechts ausreichend Rechnung getragen wurde, richtig *Schlacke* DVBI 2015, 929 (933). Wie wichtig diese Perspektive ist, zeigt das VG Wiesbaden, Beschl. v. 11.1.2016, 4 N 1727/15 WI (2) mit der Vollstreckung eines Urteils gegen das Land Hessen, das seiner Verpflichtung zur Aufstellung eines Luftreinhalteplans nicht nachgekommen ist.

¹⁰⁷ Der Schutz personaler Rechtsgüter sei eine mögliche, aber nicht die einzig denkbare Begründung für individuelle Rechte im Unionsrecht, so *Hong* JZ 2012, 380 (382). Hinter dem subjektiven öffentlichen Recht müsse ungeachtet der Wirkungsmächtigkeit der traditionellen Lehre nicht zwingend ein personales Rechtsgut stehen.

¹⁰⁸ In diesem Sinne auch *Pfau* VBIBW 2015, 357 (361 ff.).

¹⁰⁹ Vgl. VG Osnabrück, Urt. v. 27.2.2015, ZUR 2015, 428 f.; VG Frankfurt O., Beschl. v. 7.1.2015, 5 L 289/14; für das Verfahrensrecht VG Aachen, Beschl. v. 28.11.2014, EurUP 2015, 70 (71 ff.).

scheint problematisch. Denn unter dem Ziel des weiten Zugangs zum Gericht trägt die scharfe Trennung zwischen Verbands- und Individualklägern nicht mehr.¹¹⁰

An die Versäumnisse des Gesetzgebers wird zu Recht erinnert.¹¹¹ Aber bedeutet das, nur der Gesetzgeber dürfe eine prokuratorische Rechtsmacht zuweisen? Das ist prima facie richtig, soweit Verbänden ein Klagerecht zugesprochen werden soll. Aber es ist zu bezweifeln, soweit es um eine Neuinterpretation der Rechte geht, auf die sich Einzelne oder Verbände berufen können sollen. Es geht an dieser Stelle nicht darum, ob ein Klagerecht nur akzessorisch bestehen kann, also das Vorliegen eines subjektiven Rechts im traditionellen Sinne voraussetzt. Es geht also nicht bloß um den Bereich des Luftreinhaltrechts, wo bereits der Unionsgesetzgeber von subjektiven Rechten ausgeht, die nunmehr auf Verbände erstreckt werden. Das wäre eine Minimallösung, die den Hinweis auf prokuratorische Rechte kaum verdient hätte. Vielmehr wird man auch Vorsorgeanforderungen für einklagbar halten müssen, also objektives Recht insoweit für subjektiviert halten können, soweit die Interpretation eine prokuratorische Rechtsstellung im Sinne des § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO ergibt. Aber es bleibt ein subjektives Recht, das nicht sämtliches objektives Recht für rügefähig erklären kann. Ob auch der Artenschutz darunter fällt, ist bislang nicht abschließend geklärt. Einiges spricht dafür, hier nur eine Verbandsklage unter den legislativen Voraussetzungen des § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO für zulässig halten zu können. Nicht, weil das personale Substrat fehlt, sondern weil für objektives Recht die Verbandsklage nach den besonderen Voraussetzungen des Gesetzgebers eingeführt wurde. Die Unterscheidung zwischen Verbands- und Individualklage wird verschoben, aber nicht aufgehoben.

Außerhalb des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes kann es bei § 113 Abs. 1 VwGO bleiben, aber die Erweiterungen des subjektiven Rechts müssen in der Begründetheitsprüfung eine Entsprechung finden. Hier wieder auf materielle Rechtspositionen personaler Qualität abzustellen, würde eine Entkoppelung der Prüfungsschritte implizieren, die schwerlich gewollt sein dürfte. Zwar mag sich die Öffnung auf subjektive Rechtsverletzungen nicht (wie die Kommission meinte) allein auf die Filterfunktion der Zulässigkeitsprüfung beziehen, sondern auch die Begründetheit umfassen. Die Klage aber wegen des Fehlens einer subjektiven Rechtsverletzung im Ergebnis für unbegründet zu erklären, wird dem weiten Zugang zu Gerichten nicht gerecht. So verbirgt sich hinter den Zuordnungsfragen ein tieferes Problem, dem mit einer Eskamotierung von Klagerechten in die Ausnahme nach § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO unter dem erkennbaren Ziel, die Regel mit dem Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts unberührt zu lassen, kaum begegnet werden kann. Vielmehr muss die Antwort in einer Revision der Regel gesucht und mit *Masing*¹¹² nochmals gefragt werden:

„Worin gründet sich die Anerkennung und Verleihung von Individualbefugnissen? Sicher sind Individualbefugnisse notwendiger Ausdruck der Subjektstellung des Bürgers (...) und dienen, den Einzelnen als unverfügbare Privatperson ernstnehmend, der Absicherung individueller Freiheit. Dienen sie daneben aber auch der Befähigung des Einzelnen als politische Person, liegt ihr Telos auch in der gemeinwohlorientierten Etablierung einer Aufsicht zur Durchsetzung öffentlicher Interessen?“

Das Europarecht, so viel ist heute klar, übernimmt nicht einfach das französische Modell. Der *recours pour excès de pouvoir* ist ein Aufsichtsverfahren, das nicht nur der Bürger, sondern auch Behörden anstoßen können. Kläger üben eine öffentliche Funktion aus, wobei der Zugang zum Gericht durch das *intérêt pour agir* gefiltert und eine Popularklage ausgeschlossen wird. Ein Unterschied zum deutschen Modell besteht auch darin, dass die Begrenzungen der Klagebefugnis keine Entsprechung für die Begründetheitsprüfung kennen, weil der Rechtsschutz letztlich als verwaltungsähnliche Aufsicht konzipiert ist und mit dem Überschreiten der Zulässigkeitsgrenzen der Kläger die Rechtmäßigkeit des angegriffenen Akts in

¹¹⁰ Anders *Mangold/Wahl* Die Verwaltung 48 (2015), 1 (22 f.). Wie hier *Pernice*, JZ 2015, 967 (971 f.), der die unionsrechtskonforme Auslegung des § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO jedoch auf die Anwendung des § 47 BImSchG beschränkt; abwartend *Sauer* ZUR 2014, 195 (197).

¹¹¹ *Koch/Welss* NVwZ 2015, 633 (643).

¹¹² *Masing*, Mobilisierung des Bürgers (Fn. 5), S. 195

jeder Hinsicht überprüfen lassen kann. Auch ist die Vorstellung des Bürgers als Sachwalter von Gemeinwohlinteressen, als Anwalt des Rechts oder als *procureur de droit* in einen besonderen Kontext eingebunden, weil die Klagerechte letztlich „aus der politischen Mitgliedschaft des Bürgers am Gemeinwesen“ folgen.¹¹³ Verbandsklagen erscheinen aus der Perspektive des objektiv-rechtlichen Ansatzes kein Fremdkörper, weil ein besonderes Engagement für Gemeinwohlinteressen die Klagebefugnis ohne weiteres begründet und anders als in Deutschland zwischen der Verbands- und der Individualklage nicht so streng unterschieden werden muss. Erstreckt man dieses Modell objektiver Verwaltungskontrolle auf die Union und darüber wieder zurück auf die Mitgliedstaaten mit einem anderen Ausgangspunkt, muss gesehen werden, dass dem Modell das Grundverständnis des Bürgers als politische Person im demokratischen Staat zugrundeliegt, der durch eine starke Zentralgewalt gekennzeichnet ist.¹¹⁴ Daran fehle es aber der Union, weshalb die Vorstellung des Bürgers als *procureur de droit* eine andere Dimension habe, die – wie *Masing* hervorhebt¹¹⁵ – nicht durch eine politische Einheit gehalten und unterfangen wird.¹¹⁶

Eine neue Begründung des subjektiv-rechtlichen Prinzips hat von der Ausgangslage auszugehen, dass es seine Grundlage als unpolitisches Recht verloren hat. Eine grundsätzliche Beschränkung der Bürger auf die Wahrnehmung ihrer eigenen Angelegenheiten ist in der Demokratie nicht mehr wie von selbst begründet. Auch die Beachtung von Gesetzen, die unabhängig von Individualbelangen „objektive“ Gemeinwohlvorstellungen konkretisieren, geht in einer Demokratie die Bürger als Staatsbürger etwas an.¹¹⁷ Weil die Verwaltung demokratisch rückgebunden und für ihr Handeln dem Volk verantwortlich ist, dürfe sie zwar nicht zum Spielball einzelner Bürger werden. Das rechtfertigt aber keine Beschränkung der Initiativberechtigungen für eine Rechtskontrolle öffentlicher Interessen, soweit die Entscheidung von der demokratisch legitimierten Verwaltung verantwortet werden kann. Als eine neue Kategorie von Individualbefugnissen schlägt *Masing* die Figur prokuratorischer Rechte vor. Ausgehend von der überkommenen Status-Lehre *Georg Jellineks* spricht er von einem *status procuratoris*, mit dem der Einzelne in Bezug auf konkrete Verwaltungsentscheidungen als Staatsbürger oder Funktionsträger anerkannt werde.¹¹⁸ Dieser Status konterkariert die entpolitisierende Individualbezogenheit subjektiver Rechte und materialisiert, dass der Einzelne gegenüber Verwaltungsentscheidungen Subjekt nicht nur in Bezug auf die Wahrung seiner eigenen Belange ist.¹¹⁹

Freilich bleiben solche gemeinwohlbezogenen Individualbefugnisse frei wahrzunehmende Befugnisse des Einzelnen, sind keine Indienstnahme, begründen keine Pflichten und bedürfen daher auch keiner demokratischen Legitimation. Es sind keine Entscheidungs-, sondern Einwirkungsbefugnisse.¹²⁰ Sie verringern die Distanz von staatlichem und gesellschaftlichen Handeln und bewirken eine Politisierung, kreieren aber keine allgemeine Öffentlichkeit, son-

¹¹³ *Masing*, Mobilisierung des Bürgers (Fn. 5), S. 202.

¹¹⁴ *Masing*, Mobilisierung des Bürgers (Fn. 5), S. 209 ff.

¹¹⁵ *Masing*, Mobilisierung des Bürgers (Fn. 5), S. 215.

¹¹⁶ Es liegt auf der Hand, dass ein solches Konzept auf Widerstände trifft, wobei jedoch zu bedenken ist, dass Deutschland die Aarhus-Konvention ratifiziert und der Umsetzung durch die UVP-RL zugestimmt hat, sich also den daraus resultierenden Verpflichtungen nicht mit dem Hinweis auf das eigene „System“ entziehen kann. Dass die Mitgliedschaft in der Union das tradierte Verhältnis von Staat und Gesellschaft nicht unberührt lässt, versteht sich von selbst. Die Subjektstellung des Einzelnen wird nicht in Frage gestellt, aber die Grenzen seiner Rechtsstellung werden verschoben.

¹¹⁷ *Masing*, Mobilisierung des Bürgers (Fn. 5), S. 220.

¹¹⁸ *Masing*, Mobilisierung des Bürgers (Fn. 5), S. 225 ff.

¹¹⁹ Siehe auch *Hong* JZ 2012, 380 (383).

¹²⁰ *Masing*, in: GVWR I (Fn. 99), § 7 Rn. 191.

den zielen auf eine Kommunikation zwischen begrenzten Personenkreisen und Behörden zur Effektivierung der Verwaltungsarbeit.¹²¹

„Subjektiv-öffentliche Rechte sind heute von vornherein nicht mehr dadurch definiert, dass sie individuelle Interessen schützen, sondern können gleichermaßen auf die Einräumung einer prokuratorischen Rechtsstellung gerichtet sein. Dieses entspricht einem nunmehr auch die Verwaltung-Bürger-Beziehungen erfassenden weiteren Demokratieverständnis, einer geringeren Steuerungsfähigkeit der Gesetze unter den Bedingungen moderner Gesellschaften, einer unter diesen Bedingungen zugleich zunehmenden Überforderung des Staates und seines alten Modells einer entpolitierten Rechtsimplimentation sowie der Internationalisierung des Rechts und den Impulsen der Europäischen Union. Gerade das Europarecht lässt nicht nur die in der deutschen Lehre liegende Perspektivenverengung deutlich werden, sondern erschließt auch den verwaltungswissenschaftlichen Gewinn einer prinzipiellen Erweiterung: Die Gewährung von Rechten kann nun nicht mehr nur vom Individuum her erfasst, sondern auch in steuerungswissenschaftlicher Perspektive reflektiert werden.“¹²²

Die Schutznormlehre muss demnach erweitert werden. Normen vermitteln subjektiv-öffentliche Rechte, wenn sie entweder dem Interesse einzelnen Bürger zu dienen bestimmt sind oder den Bürger final als Anwalt gemeiner Belange anerkennen, d.h. eine prokuratorische Rechtsstellung bringen. Solche prokuratorischen Rechte sind etwa Informationszugangsrechte, wie sie § 1 Abs. 1 IFG normiert. Der Gesetzgeber kann eine prokuratorische Funktion auch privatnützigen Rechten zuordnen und damit individualschützende Normen funktionalisieren.¹²³

Prokuratorische Rechte sind nicht bloß formelle subjektive Rechte, die Rechtsmacht verleihen ohne hierbei individuelle Interessen zu schützen. Die entgrenzende Wirkung liegt vielmehr gerade darin, solche Rechte explizit als materielle Rechte anzuerkennen.¹²⁴ Als subjektiv-öffentliche Rechte können dann aber auch Verbandsklagebefugnisse verstanden werden. Nach traditioneller Lesart sind verselbständigte Prozessrechte keine subjektiv-öffentlichen Rechte. Sie werden entsprechend des in § 42 Abs. 2 VwGO hineingelesenen Regel-Ausnahme-Verhältnisses als Durchsetzungsbefugnisse verstanden, die von subjektiv-öffentlichen Rechten abgelöst sind. Legt man der Klagebefugnis jedoch das subjektiv-öffentliche Recht als prokuratorisches Recht zugrunde, kann dieses als materielles Recht oder als Verbandsklagerecht verstanden werden. Die Unterschiede ebenen sich ein.¹²⁵ Es handelt sich um materielle prokuratorische Rechte auf Normwahrung oder Normvollziehung, die als reguläre subjektive Rechte im Sinne der Regel einzustufen sind. Das Ergebnis mag überraschen: Zum einen besteht die Möglichkeit, dass sich auch Einzelne auf diese Rechte berufen, also Verstöße gegen objektives Recht rügen können. Zum anderen aber sind die Verbände in der Herleitung ihrer Klagebefugnis nicht zwingend auf eine gesetzgeberische Ermächtigung im Sinne einer Ausnahme nach § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO angewiesen.¹²⁶

Umstritten bleibt die Frage nach dem Erhalt eines personalen Substrats. Nimmt man die unionsrechtliche Funktionalisierungsstrategie ernst, dürfte das Bestehen eines subjektiven Rechts keinen Zusammenhang mit personalen Schutzgütern wie Leben und Gesundheit voraussetzen.¹²⁷ Dann sind über prokuratorische Rechte nicht nur Vorsorgeanforderungen

¹²¹ Masing, Mobilisierung des Bürgers (Fn. 5). S. 229; ausf. zur Figur prokuratorischer Rechte ders. in: GVwR I (Fn. 99), § 7 Rn. 36, 69, 80 f., 93a ff., 102 ff., 112 ff. und für die Konstellation, die BVerwGE 147, 312 zugrunde liegt: Rn. 119.

¹²² Masing, in: GVwR I (Fn. 99), § 7 Rn. 104, Nachweise weggelassen.

¹²³ Masing, in: GVwR I (Fn. 99), § 7 Rn. 115.

¹²⁴ Zur Unterscheidung zwischen *materiellen* und *prozessualen* subjektiven Rechten Hong JZ 2012, 380 (383 f.).

¹²⁵ Masing, in: GVwR I (Fn. 99), § 7 Rn. 119, 130: subjektiv-öffentliches Prozessrecht; s. auch Hong JZ 2012, 380 (384, 387 f.), der die Rechte der Umweltverbände nach Art. 11 UVP-RL und Art. 9 Abs. 2 AK als materielle gemeinwohlbezogene Rechte im Sinne des § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO verortet.

¹²⁶ Hier liegt der Grund für die „Denksperre“ und die Verurteilungen durch den EuGH: Die Aarhus-Konvention schafft Rechte, die es „im System“ nicht geben kann, zutreffend Hong JZ 2012, 380 (388).

¹²⁷ Masing, in: GVwR I (Fn. 99), § 7 Rn. 93b; Hong JZ 2012, 380 (382, 388).

für Individualrechtsgüter einklagbar, sondern auch objektive Gemeinwohlbelange wie der Artenschutz.¹²⁸ Das ist zumindest in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH angelegt. Im Anschluss an das BVerwG zum Luftreinhalteplan Darmstadt beginnen die Verwaltungsgerichte vorsichtig, solche prokuratorischen Rechte im Lichte des Art. 9 Abs. 3 AK anzuerkennen, ohne dafür einen Individualrechtsbezug zu fordern.

Es muss dann aber auch die Frage gestellt werden, ob diese prokuratorischen Rechte gegenüber der Verwaltungsgerichtsbarkeit bestehen oder nicht besser gegenüber der Verwaltung geltend zu machen sind. Jedenfalls stellen sich eine Reihe an Folgefragen, die zu überdenken sind. So bleibt nach der Kontrolle von Ermessensentscheidungen und der Kontrolldichte zu fragen. Der Vorteil dieser Perspektive ist aber, dass subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle – und somit auch Individual- und Verbandsklage – nicht länger als sich gegenseitig ausschließende Alternativen betrachtet werden müssen.¹²⁹ Schon *Masing* ahnte, dass sich unter der Perspektive prokuratorischer Klagebefugnisse einige Fragen der Verwaltungsgerichtsbarkeit neu stellen.¹³⁰ Zumindest muss gesehen werden, dass sich unter dem Vorzeichen prokuratorischer Rechte manche Lehren wie die Ablehnung von Gestaltungsspielräumen der Verwaltung oder die Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern als Fehlentwicklungen darstellen. Ihre Korrektur darf nicht auf die Verbandsklage beschränkt bleiben.

4. Verfahrensrechte als subjektive Rechte

Zu kritisieren ist, dass der 7. Senat auf die betroffene Öffentlichkeit abstellt, obwohl Art. 9 Abs. 3 AK mit der allgemeinen Öffentlichkeit erkennbar weiter greift. So konnte der VGH Mannheim die Antragsbefugnis einer naturschutzrechtlichen Vereinigung im Rahmen eines Normenkontrollantrags ablehnen, weil die Vereinigung keinen Teil der „betroffenen Öffentlichkeit“ im Sinne des Art. 2 Nr. 5 AK darstellte.¹³¹ Andererseits fragt sich, ob anerkannte Umweltverbände jedes unionsrechtlich determinierte Umweltrecht als eigenes subjektives Recht geltend machen können, bezog sich die Entscheidung zum Luftreinhalteplan Darmstadt doch auf das individualisierte und mit der Gesundheit personelle Rechtsgüter schützende Luftreinhalterecht, nicht aber das objektive Artenschutzrecht.¹³² Dass ein solches schutznormakzessorisches Klagerecht mit Art. 9 Abs. 3 AK kaum in Einklang zu bringen ist, sieht auch das BVerwG, hält aber den Gesetzgeber für verantwortlich, hier zu einer völkerrechtskonformen Lösung zu gelangen. Ob dies die restriktive Antwort des 4. Senats in der Flugrouten-Entscheidung trägt, steht auf einem anderen Blatt.¹³³

Ein nicht zu unterschätzender Vorteil der „Möglichkeit“ und damit gerichtlicher Interpretation zugänglicher prokuratorischer Rechte ist darin zu sehen, auch Verfahrensrechten die Qualität echter subjektiver öffentlicher Rechte zuzubilligen.¹³⁴ Denn die Verkoppelung der gerichtlichen Einklagbarkeit von Rechtspositionen mit subjektiv-öffentlichen Rechten geht nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG mit einer Entkoppelung von begrenzter

¹²⁸ *Guckelberger* JA 2014, 647 (654).

¹²⁹ Für den Erhalt der Unterscheidung aber viele, z.B. *Frenz* UPR 2014, 1 (2 f.); *Bunge* ZUR 2015, 531 (541).

¹³⁰ *Masing*, Mobilisierung des Bürgers (Fn. 5), S. 237.

¹³¹ VGH Mannheim, Urt. v. 4.2.2014, 3 S 147/12 Rn. 55 ff.

¹³² *Pfau* VBIBW 2015, 357 (361 f.).

¹³³ So kann man bezweifeln, dass der hier zugrundeliegende Art. 8 Abs. 1 Umgebungslärm-Richtlinie keinen individuellen Anspruch auf Schutz vor Lärmzunahme in ruhigen Gebieten beinhaltet. Insoweit hätte selbst unter der Prämisse des 4. Senats, der ein personales Schutzgut verlangt, die Verbandsklagebefugnis nicht verneint werden dürfen: *Schlacke* DVBI 2015, 929 (934).

¹³⁴ *Masing*, in: *GVwR* I (Fn. 99), § 7 Rn. 109; befürwortend VG Aachen, Beschl. v. 28.11.2014, EurUP 2015, 70 (72); abl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2014, 634 (637 f.); zum Streitstand *Bunge* ZUR 2015, 531 (536); *Greim*, Rechtsschutz bei Verfahrensfehlern im Umweltrecht, 2013, S. 119 ff., 217 ff. mit Kritik an der Preisgabe des Bezugs zu personalen Rechtsgütern.

Klagebefugnis und unbegrenzter Rechtmäßigkeitsprüfung einher, soll der Aufhebungsanspruch nicht mehr an eine subjektive Rechtsverletzung gekoppelt sein, der Kläger aber erst, soweit er die Hürde der Möglichkeit einer subjektiven Rechtsverletzung genommen hat, die Aufhebung der Entscheidung bei einem Verstoß gegen objektives Verfahrensrecht verlangen können.¹³⁵ Dem entgeht das OVG Münster, indem es Verfahrensvorschriften der UVP als Schutznorm im Sinne des § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO¹³⁶ versteht.¹³⁷

§ 4 UmwRG enthält keine abschließende Regelung. Deshalb kann § 4 Abs. 1a UmwRG auf § 46 VwVfG verweisen, allerdings ohne die Darlegungs- bzw. Beweislast dem Kläger aufzubürden.¹³⁸ Welche Fehler als absolute Verfahrensfehler gelten und deshalb auch nicht über eine restriktive Auslegung des § 46 VwVfG unionsrechtskonform sanktionierbar sind, lässt der EuGH offen.¹³⁹ Dazu gehören nach der jüngsten Neuregelung¹⁴⁰ die unterbliebene Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UmwRG) und alle sonstigen Verfahrensfehler, die der betroffenen Öffentlichkeit die Möglichkeit der gesetzlich vorgesehenen Beteiligung am Entscheidungsprozess genommen haben, soweit der Verfahrensfehler mit den ausdrücklich benannten Fällen nach seiner Art und Schwere¹⁴¹ vergleichbar ist (§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Buchst. b UmwRG).

Hinsichtlich der Zurückhaltung, den Verfahrensrechten die Qualität eines subjektiven öffentlichen Rechts zuzusprechen, ist zweierlei hervorzuheben: Eine Popularklage wird dadurch nicht eingeführt, weil das Erfordernis der Betroffenheit einen hinreichenden Bezug des Klägers zu der betreffenden Anlage voraussetzt. Die Unterschiede mögen dann geringer sein als es den Anschein hat: „Denn kann bereits die in der gerichtlichen Praxis eher niederschwellige Voraussetzung einer bloß möglichen Verletzung in einem subjektiven Recht nicht aufgezeigt werden, wird es vielfach auch an einer tatsächlichen Betroffenheit“ fehlen.¹⁴² Es wäre jedoch der dogmatisch konsequentere Weg, den unionsrechtlichen Bedeutungszuwachs des Verfahrens im subjektiven öffentlichen Recht zu verarbeiten und zu vermeiden, dass eine Rüge, die sich auf einen Verfahrensfehler beschränkt, als unzulässig verworfen wird, obwohl ein Aufhebungsanspruch nach § 4 UmwRG besteht.¹⁴³

5. Ersatz der Verbandsklage?

Für das Umweltrecht bedarf es der Verbandsklage, um jene Bereiche einer Kontrolle unterziehen zu können, die auch nach dem erweiternden Verständnis subjektiver Rechte als objektives Recht bestehen bleiben. Aber man wird sehen müssen, dass die Grenze zwi-

¹³⁵ Zu dieser Entkopplung von Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung *Seibert* BauR 2015, Heft 7 Editorial.

¹³⁶ OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, BauR 2015, 1138 (1140 ff.); Urt. v. 23.7.2014, DVBI 2014, 1415 Rn. 17 ff.; zuvor OVG Magdeburg, ZUR 2009, 36 (37 f.). Das Schrifttum ist gespalten, vgl. einerseits *Schlacke*, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, 2013, § 4 UmwRG Rn. 42; *Sauer* ZUR 2014, 195 (200), andererseits *Held* DVBI 2016, 12 (19 f.); *Rennert* DVBI 2015, 793 (796) und die wohl noch h.M.

¹³⁷ BVerwG, Urt. v. 22.10.2015, NVwZ 2016, 308 Rn. 23 lässt die Frage offen, ob UVP-Verfahrensvorschriften eigene materielle subjektive Rechte begründen.

¹³⁸ EuGH, Urt. v. 7.11.2013, Rs. C-72/12 Altrip, ECLI:EU:C:2013:712 Rn. 48 ff.; zust. *Greim* NuR 2014, 81 (85).

¹³⁹ Zur abnehmenden Bedeutung der Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Verfahrensfehlern, aber im Hinblick auf ihre Klagbarkeit zurückhaltend: *Held* DVBI 2016, 12 (18 ff.). Für die (unhaltbare) Erstreckung des § 46 VwVfG auf Verfahrensfehler nach § 4 Abs. 1 UmwRG *Schmidt/Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, 9. Aufl. 2014, § 5 Rn. 35.

¹⁴⁰ Zur „kleinen Lösung“ *Kment/Lorenz* EurUP 2016, 47 (52 ff.).

¹⁴¹ So im Anschluss an die Altrip-Entscheidung des EuGH bereits BVerwG, Urt. v. 22.10.2015, NVwZ 2016, 308 Rn. 22.

¹⁴² So *Fellenberg* NVwZ 2015, 1721 (1722 f.). Für ein Beispiel des Auseinanderfallens aber VGH Mannheim, ZUR 2014, 496 (498); krit. *Franzius* EurUP 2014, 283 (287 ff.).

¹⁴³ Siehe bereits *Seibert* NVwZ 2013, 1040 (1045). Zur traditionellen Sicht, die sich gegen eine Subjektivierung der in § 4 UmwRG genannten Verfahrensfehler ausspricht: *Appel* NVwZ 2010, 473 (475 f.).

schen subjektiven Rechten und objektivem Recht weniger trennscharf zu ziehen ist.¹⁴⁴ Das ist auch das Ergebnis einer rechtsvergleichenden Analyse der Klageberechtigungen.¹⁴⁵ Die Einhaltung des objektiven Rechts, so lässt sich zusammenfassend sagen, ist nicht mehr bloß Nebenfolge der gerichtlichen Kontrolle, die allein auf den subjektiven Rechtsschutz zielt. Ebenso verfehlt ist es, den Umweltverbänden die Berufung auf subjektive Rechte zu verwehren. Die Besonderheit der Entscheidung des 7. Senats liegt gerade darin, keine prozessuale, sondern eine *materielle* Lösung zu suchen. Die Verletztenklage nähert sich auf diese Weise der Interessentenklage an.¹⁴⁶ Wer eine Popularklage befürchtet, übersieht, dass zum einen der Filter in der Anerkennung des Umweltverbands liegt, zum anderen aber auch das Erfordernis der Zugehörigkeit zur betroffenen Öffentlichkeit eine räumliche Einschränkung des Klägerkreises bewirkt.

Breiter ist der traditionelle Anwendungsbereich der Verbandsklage, bleiben prokuratorische Rechte auf personale Rechtsgüter beschränkt, die den Vorsorgegrundsatz, nicht aber den Artenschutz einklagbar machen.¹⁴⁷ Selbst dann, wenn man für die prokuratorische Klage Einzelner kein personales Substrat bräuchte, wofür die Rechtsprechung einige Anhaltspunkte¹⁴⁸ liefert, macht dies die Verbandsklage nicht entbehrlich. Das Unionsrecht versteht die Klagen nicht in einem Alternativerhältnis dergestalt, dass die Verbandsklage nur die Lücken zu schließen habe, die umweltrechtliche Vorschriften mangels eigener Rechte anderenfalls rügelos machen würde. Aber der Druck auf die Verbandsklage würde minimiert werden. Das gilt für die Klagebefugnis, aber auch für den subjektiven Rechtswidrigkeitszusammenhang, der mit einer prokuratorischen Interpretation den Bedarf nach objektiven Rechtskontrollen durch Verbandsklagen mindert.

Einen weiten Anwendungsbereich überlassen der Verbandsklage solche Stimmen, die im herkömmlichen Raster bleiben.¹⁴⁹ Je enger die Grenzen des Individualrechtsschutzes gezogen werden, desto größer wird der über Art. 9 Abs. 2 AK erzeugte Druck auf die gesetzgeberische Erweiterung der Klageberechtigungen. Wer diesen Weg geht, muss die Ausnahmen ausbauen, um das System erhalten zu können.¹⁵⁰ Doch nochmals: Auch die Nutzung und Fortentwicklung der Entwicklungspfade der Subjektivierung objektiven Rechts macht die Verbandsklage nicht etwa überflüssig. Der Grund liegt weniger in den schließbaren Lücken des Individualrechtsschutzes, sondern mit der Einebnung der Unterschiede zwischen individuellen und kollektiven Akteuren in der hier hervorgehobenen Figur materiell prokuratorischer Rechte als subjektiven Rechten, die vom Einzelnen oder einem Umweltverband geltend gemacht werden können. Eben diesen Gleichklang verfolgt auch Art. 9 Abs. 3 AK.

¹⁴⁴ Für die verfassungsgerichtliche Kontrolle *Lepsius*, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Jestaedt/ders. (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 3 (12).

¹⁴⁵ Vgl. *Epiney* NVwZ 2014, 465 (467 ff.). Zu den Schwierigkeiten der Umsetzung der Aarhus-Konvention Lohse/Poto (Hrsg.), Participatory Rights in the Environmental Decision-Making Process and the Implementation of the Aarhus-Convention: a Comparative Perspective, 2015.

¹⁴⁶ Für die Beschränkung prokuratorischer Rechte auf anerkannte Umweltverbände *Schlacke* DVBI 2015, 929 (934). Das ist zu eng, weil Art. 9 Abs. 3 AK auch Individuen erfasst, vgl. *Guckelberger* JA 2014, 647 (653).

¹⁴⁷ So *Krüper*, Gemeinwohl im Prozess, 2009, S. 212 ff.

¹⁴⁸ VG Osnabrück, Urt. v. 27.2.2015, ZUR 2015, 428 f. Danach ist FFH-Recht über § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO einklagbar; s. unter Berufung auf das „Braunbären-Urteil“ auch *Guckelberger* JA 2014, 647 (653 f.).

¹⁴⁹ Pars pro toto *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO (2015), § 42 Abs. 2 Rn. 227 ff.

¹⁵⁰ *Rennert* DVBI 2015, 793 (796, 800); *Mangold/Wahl* Die Verwaltung 48 (2015), 1 (24).

IV. Systembrüche?

1. Systemlösung

Weder Art. 19 Abs. 4 GG noch der Gewaltenteilungsgrundsatz stehen einer Erweiterung des Kontrollzugangs entgegen.¹⁵¹ Der Öffnungsklausel des § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO lässt sich kein System entgegenhalten und dem Gesetzgeber im Rahmen der Verfassung kein „Systembruch“ vorhalten. Gewiss geht es auch um das Verhältnis von Exekutive und Judikative, das aber nicht in Stein gemeißelt ist. Stärkungen von Klagerechten zur Einhaltung der Gesetzesbindung der Verwaltung sind verfassungsrechtlich kaum Grenzen gesetzt.¹⁵²

Räumt der Gesetzgeber Klageberechtigungen ein, können sie mit Blick auf ihre objektiven Wirkungen nicht als prinzipiell systemwidrig ausgewiesen werden. Auch *Gärditz* akzeptiert die sekundärrechtlichen und damit durch den Unionsgesetzgeber politisch gewollten Vorgaben an den Rechtsschutz, übersieht aber, dass diese der judikativen Konkretisierung bedürfen.¹⁵³ Das Problem, dass hier stets auch ein Stück „Rechtserzeugung“ liegt, besteht unabhängig von der Frage nach der Reichweite des subjektiven Rechts. Auch greift es zu kurz, in der prokuratorischen Rechtsmacht eine „Privatisierung des Demokratischen“ zu sehen, was schon deshalb nicht überzeugt, weil es nur um die Initiativberechtigung für die Durchsetzung demokratisch legitimierter Belange geht. Dass Klägern die prozessuale Dispositionsbefugnis verbleibt, ist der Einpassung in das subjektive Rechtsschutzmodell geschuldet und verdeutlicht, dass es gerade nicht um eine Spielart objektiver Verwaltungskontrolle geht.¹⁵⁴ Dass die Justiz allein als Rechtsschutzinstanz, nicht aber als Rechtsaufsichtsbehörde fungiert, ist anderen Rechtsordnungen weit weniger geläufig.

Kann man sich nicht länger mit Anbauten begnügen, fragt sich, wie eine „Systemlösung“ aussehen kann. Statt alle Hoffnungen in überindividuelle Rechtsbehelfe zu investieren und damit vom System abzuschirmen, muss die Unterscheidung zwischen kollektiven und individuellen Rechtsbehelfen relativiert und das subjektive öffentliche Recht als solches modernisiert werden. Das ist nicht neu, sondern entspricht der Geschichte dieser Rechtsfigur, die in einer demokratischen Ordnung freilich nicht länger auf ein „unpolitisches Eigenhaben“ beschränkt werden darf. Sieht man darin einen Systembruch¹⁵⁵ und versucht diesen abzuwehren, indem auf eine klare Scheidung von Verbands- und Individualklage gesetzt wird, perpetuiert man ein Gefüge, das sich zur Verarbeitung der doppelunktionalen Herausforderungen des subjektiven Rechts als wenig geeignet erwiesen hat.

Es ist schon erstaunlich: Während man auf der einen Seite bereit ist, über die Subjektivierung des Art. 38 GG eine Verfassungspopularklage für hochpolitische Angelegenheiten der Europäischen Union¹⁵⁶ in Kauf zu nehmen, wird einer Subjektivierung des objektiven Rechts im Rahmen der Klagebefugnis mit Argwohn begegnet.¹⁵⁷ Wer eine Versubjektivierung der Demokratie gutheißt, wird eine Versubjektivierung der Rechtsstaatlichkeit kaum in Abrede

¹⁵¹ Richtig *Groß* Die Verwaltung 43 (2010), 349 (374 f.).

¹⁵² A.A. *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn.149), § 42 Abs. 2 Rn. 38.

¹⁵³ *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 32 f.

¹⁵⁴ Die von *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 21 ff. anfangs gemachte Feststellung, dass die Modelle nicht so stark als Gegenmodelle verstanden werden sollten, wird hier zurückgenommen.

¹⁵⁵ So *Gärditz* EurUP 2015, 196 (203 ff.); *Held* DVBI 2016, 12 (17); *Rennert* DVBI 2015, 793 (796, 798, 800); *Mangold/Wahl* Die Verwaltung 48 (2015), 1 (22 ff.).

¹⁵⁶ Angefangen mit BVerfGE 89, 155 (171 ff.) Maastricht; bestätigt und erweitert in BVerfGE 129, 124 (167 ff.) Griechenlandhilfe; nochmals erweitert in BVerfGE 134, 366 (396 ff.) OMT-Vorlage mit abl. Sondervoten von *Lübbe-Wolff* (423 ff.) und *Gerhardt* (431 f.).

¹⁵⁷ Auf den Zusammenhang weist *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 32 zutreffend hin. Das gilt auch für *Ruffert* Die Verwaltung 48 (2015), 547 (564), der die Begründung des BVerwG zur Anfechtbarkeit von Luftreinhalteplänen durch Umweltverbände als geradezu „umstürzend“ empfindet.

stellen können. Denn es geht hier nicht um eine Indienstnahme für die Gesetzesbindung und auch nicht um eine Entsubjektivierung der klagenden Parteien zu einem nützlichen Gemeinwohlvehikel.¹⁵⁸ Ein objektives, dem subjektiven Zugriff entzogenes Gemeinwohl gibt es nicht. Es geht nicht darum, irgendwen in den Stand zu versetzen, jemanden anderen in einer personalen Entkernung zur Durchsetzung von Gemeinwohlbelangen zu degradieren. Wer in dieser Weise an die traditionelle, aber sehr deutsche Unterscheidung von Staat und Gesellschaft anknüpft, wird die Figur des subjektiven Rechts nicht erfassen und die unionsrechtlich imprägnierten Rechtsschutzprobleme kaum lösen können. Auch das Subjekt muss aus ontologischen Beschreibungen gelöst¹⁵⁹ und als normative Konstruktion verstanden werden, die so oder anders ausfallen kann. Das erleichtert die Anerkennung prokuratorischer Rechte, die nicht als Behelfslösung, sondern als Fortentwicklung des subjektiven Rechts in der Demokratie verstanden werden sollte.¹⁶⁰

2. Legitimationsfragen

Judikatives Handeln ist als individualisierend, retrospektiv und rechtlich determiniert zu beschreiben, legislatives Handeln dagegen als verallgemeinernd, zukunftsbezogen und offen.¹⁶¹ Verwaltungshandeln liegt irgendwo dazwischen.¹⁶² Deshalb ist das Problem der gerichtlichen Kontrolle auch ein Gewaltenteilungsproblem. Den Gerichtszugang und Klagerechte als Legitimationsproblem zu bezeichnen, droht jedoch zu weit zu gehen, wenn eine bestimmte Konzeption des subjektiven öffentlichen Rechts zugrundegelegt wird.¹⁶³ Es geht nicht um eine beliebige Expansion subjektiver Rechte oder um ein originäres Kollektivierungsphänomen, wohl aber um Zweifel, ob klagbare Rechte eine personale Substanz verlangen. An der Aussage, die Legitimation rechtsprechender Gewalt als Konsequenz individueller Selbstbestimmung im Prozess scheitere dort, wo Klagerechte kein Derivat individueller Freiheitsinteressen mehr sind, sondern instrumentell eingesetzte Vehikel, ein Allgemeininteresse an der Rechtsdurchsetzung zu befördern,¹⁶⁴ ist zweierlei falsch: Zum einen ist das, was für die Verfassungsrechtsprechung gesagt wird, nicht einfach auf die Verwaltungsrechtsprechung zu übertragen. Und zum anderen ist die säuberliche Aufteilung von Individual- und Allgemeininteresse nicht nur sehr deutsch, sondern auch demokratisch verfehlt.¹⁶⁵

Legitimationsfragen sind im Verwaltungsrecht rechtsordnungsimmanente Fragen, die sich einer Verallgemeinerung entziehen. So ist es richtig, die Frage zu stellen, wer zur Konstruktion subjektiver Rechte berufen sein soll. *Klaus Rennert* sieht den Gesetzgeber gefordert. Das gelte nicht nur für die Verleihung der (für Verbände reservierten) prokuratorischen Klagbefugnis, sondern auch für die Erweiterung der Reichweite der Verletztenklage (über den Umfang der subjektiven Klägerrechte) hinaus.¹⁶⁶ Schon ein Blick in andere Rechtsordnungen zeigt, dass die Legitimationsfrage freilich auch anders beantwortet werden kann. So kompensiert das französische Modell des objektiv-rechtlichen Verwaltungsrechtsschutzes

¹⁵⁸ So aber *Gärditz* EurUP 2015, 196 (211).

¹⁵⁹ Knapp *Augsberg* AöR 138 (2013), 493 (534).

¹⁶⁰ In dieser Richtung auch *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 113 f.

¹⁶¹ So *Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 95 ff.

¹⁶² Je nach dem, ob man sich eher am Vorbild der gerichtlichen Entscheidung oder der Gesetzgebung orientiert: *Möllers*, Verwaltungsrecht und Politik, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Bd. 5, 2014, § 93 Rn. 8 f.

¹⁶³ So bei *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 24 ff. mit der Prämisse eines personalen Substrats, was die Konstruktion des BVerwG im Urteil zum Luftreinhalteplan Darmstadt aber gerade offen lässt.

¹⁶⁴ *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 30.

¹⁶⁵ Siehe bereits oben, Fn. 48.

¹⁶⁶ *Rennert* DVBl 2015, 793 (796); s. auch *Schwerdtfeger*, Implementation and the Separation of Powers, in: Lohse/Poto (Hrsg.), *Participatory Rights* (Fn. 145), S. 173 (181 ff.).

nicht politische Teilhabe durch die in Deutschland vollzogene Fokussierung auf die Abschirmung eines privaten Freiraums, sondern definiert sich über die Rechtsverwirklichungsfunktion. Deshalb stellt sich die Legitimationsfrage anders: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, soweit man im Conseil d'État ein Verwaltungsgericht sieht, wird nicht durch den Individualrechtsschutz legitimiert und findet im Maßstab der Gesetzmäßigkeit eine Grenze, sondern wird durch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bestimmt und legitimiert. Ihr Verständnis wird beherrscht von dem Anliegen, die Geltungskraft des Rechts als solche und die dahinter stehenden öffentlichen Belange zu stärken. Dagegen ist der Schutz des Klägers zweitrangig und die Interessenverfolgung des Einzelnen wird instrumentell auf übergeordnete Interessen bezogen.¹⁶⁷ Auch muss gesehen werden, dass die Klagebefugnis in Frankreich weniger vom Gesetzgeber umschrieben als durch den Conseil d'État bestimmt wird. Zwar wird in Deutschland auf die Zuweisung subjektiver Rechte durch den Gesetzgeber verwiesen, doch auch hier ist die Elastizität der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht im Wesentlichen der Rechtsprechung zu verdanken, die in der Entscheidung konkreter Fälle stets vor die Frage gestellt ist, die Zugangsfrage zu überdenken.

Mit dem beobachteten „Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit fort von der klassischen judikativen Streitentscheidung hin zu einer exekutivischen Aufsichtsfunktion“ sollen die legitimatorischen Grundlagen des Verwaltungsprozesses ins Wanken geraten.¹⁶⁸ Das freilich ist eine Überzeichnung, der man kaum mit einem Sonderregime für die Verbandsklage begegnen kann. Dass der Individualkläger dadurch legitimiert ist, dass er eigene Rechte wahrnimmt, versteht sich von selbst, doch warum eine Erweiterung eigener Rechte um prokuratorische Rechte oder eine Annäherung an die im Baurecht längt zu beobachtende Interessentenklage demokratiethoretisch „kaum tragfähig“¹⁶⁹ sein soll, erschließt sich nicht. Sicherlich kann der Gedanke der prokuratorischen Wahrnehmung von Allgemeininteressen die Verbandsklage mit einem Kläger, der durch die gesetzliche Aufgabenstellung und seine behördliche Anerkennung legitimiert ist, nicht ersetzen. Aber die Idee prokuratorischer Rechte ist nicht auf die Verbandsklage beschränkt und steht in keinem Alternativverhältnis zur Individualklage. Die Rechtsprechung des EuGH zeigt, dass es um *materielle* Rechte geht, die nicht nur dem Verbandskläger, sondern auch dem Individualkläger zustehen.

Es besteht auch kein Grund zur Sorge vor einer aktivistischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, die ihrer Legitimation durch die subjektive Rechtsschutzkonzeption beraubt wird. Dass Gerichte durch dichte normative Vorgaben „gesteuert“ werden, ist eine idealtypische Überzeichnung, die sich dem Wandel der Steuerungskonzepte verschließt. Dennoch bleibt der Vollzug der Gesetze der Verwaltung und der Nachvollzug den Verwaltungsgerichten aufgegeben. In der Tat unterscheidet sich der Verwaltungsprozess vom Verwaltungsverfahren, was der EuGH mit der Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit der materiellen Präklusionsnormen im Anwendungsbereich des Art. 11 UVP-RL und Art. 25 IE-RL entgegen des deutschen Verschränkungsmodells unter Beweis stellt. Der Richter wird aber nicht vom nachgängigen Urteiler zum proaktiven Sozialgestalter.¹⁷⁰ Er zwingt die Verwaltung zur Einhaltung des Rechts. Darüber, also der unabhängigen Kontrolle nicht bloß des Eigenhabens, sondern der Einhaltung des Gesetzmäßigkeitsprinzips, erhält die Verwaltungsgerichtsbarkeit ihre Legitimation, wobei einem Übergriff in die Kompetenzen der Verwaltung das objektive Rechtsschutzmodell Frankreichs mit seiner *pragmatischen* Filterfunktion bei der Kontrolldichte vielleicht besser vorbeugen kann.

Schließlich muss auch der Schlussbemerkung von *Rennert* widersprochen werden, der der aktuellen Debatte eine „verbreitete Lust an der Entgrenzung“ vorwirft.¹⁷¹ Denn der Um-

¹⁶⁷ *Masing*, Mobilisierung des Bürgers (Fn. 5), S. 197 f.

¹⁶⁸ *Rennert* DVBI 2015, 793 (800).

¹⁶⁹ *Rennert* DVBI 2015, 793 (799 f.).

¹⁷⁰ So *Rennert* DVBI 2015, 793 (800).

¹⁷¹ *Rennert* DVBI 2015, 793 (800).

bau des subjektiven öffentlichen Rechts stellt die Entscheidung für den Individualrechtsschutz nicht in Frage, sondern vervollständigt den freiheitlichen Rechtsschutz im europäischen Rechtsraum.¹⁷² Es geht nicht um Alternativen zum subjektiven Rechtsschutz, sondern um eine Verarbeitung der Herausforderungen in diesem System. Eben diesen Weg eröffnet die Rechtsprechung des EuGH, der auch mit seiner umstrittenen Braunbären-Entscheidung die Einpassung der Vorgaben im System nahelegt. Retten können wir das System nur, wenn sich die Rechtsprechung am Leoparden von *Tomasi di Lampedusa* orientiert: Denn „wenn wir wollen, dass alles bleibt wie es ist, müssen wir zulassen, dass sich alles verändert“.

3. Gerichtliche Kontrolldichte

Der Funktionswandel des Verwaltungsrechtsschutzes ist möglicherweise in einer verminderten Kontrolldichte auszumachen. Ungeachtet der Korrelation von Zugangsberechtigung und Kontrolldichte mit der Frage, ob Verschiebungen der Kontrolldichte als Gebot der Stunde¹⁷³ auszuweisen sind, muss gesehen werden, dass die Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte im Umweltrecht schon unionsrechtlich begrenzt ist und keineswegs einen Königsweg zur Ausbalancierung des Verhältnisses von Exekutive und Judikative markiert. Zwar ist eine großzügigere Anerkennung exekutiver Entscheidungsprärogativen wie in den anderen Mitgliedstaaten eine „durchaus begrüßenswerte Tendenz“ bei der Austarierung der Aufgaben von Exekutive und Judikative. Es besteht jedoch kein „zwingender funktionaler Zusammenhang“ mit der Klagebefugnis.¹⁷⁴ So muss der Ausweitung des Gerichtszugangs keine Reduzierung der gerichtlichen Kontrolle entsprechen. Auch tatsächlich darf die knappe Ressource der gerichtlichen Kontrolle nicht als Nullsummenspiel verstanden werden, wonach ein verbesserter Gerichtszugang im Sinne prokuratorischer Rechte zu Lasten des effektiven Rechtsschutzes von Betroffenen gehen müsste.

Relativiert werden muss die verbreitete Fehlvorstellung, das französische System kenne nur eine geringe Kontrolldichte. Sie ist vielmehr in den letzten Jahren deutlich erhöht worden ohne freilich eine der deutschen Doktrin vergleichbare Intensität erreicht zu haben. Auf der einen Seite werden der Verwaltung sicherlich größere Gestaltungsspielräume zugestanden. Doch auf der anderen Seite nähert sich die Kontrolldichte französischer Gerichte der in Deutschland verbreiteten Kontrolldichte an, wo der Fall einen Grundrechtsbezug aufweist.¹⁷⁵ Demgegenüber führt das Postulat der gerichtlichen Vollprüfung in die Irre, wenn es aus dem Kontext gelöst wird. Es spricht vieles dafür, dass die Kontrolle (zumindest der Verbandsklage) nicht auf Vorschriften, die dem Umweltschutz dienen, beschränkt werden darf.¹⁷⁶ Das betrifft die *Kontrollbreite*, sieht aber mit Blick auf die *Kontrolltiefe* schon anders aus, wenn man die Ermessenskontrolle betrachtet, wo mit der Erosion der Idee von der „einzig richtigen Entscheidung“ die geringere gerichtliche Kontrolldichte in anderen Mitgliedstaaten und in der Union in einem „freundlicheren Licht“ erscheint.¹⁷⁷ Schließlich dürfte der unionsrechtlich gebotene Verfahrensrechtsschutz die Ergebniskontrolle zumindest faktisch entlasten können.

Eine Kontrolldichte vorzugeben – und abzusenken – ist ein verfassungsrechtlich nicht ungefährlicher Weg. Dass es faktisch zu einer Reduzierung der Kontrollintensität kommt,

¹⁷² Schmidt-Aßmann, Gemeinwohl im Prozess, in: GS Brugger, 2013, S. 411 (422).

¹⁷³ Abl. Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 59 ff.

¹⁷⁴ Groß Die Verwaltung 43 (2010), 349 (376).

¹⁷⁵ Vgl. Marsch, Subjektivierung der gerichtlichen Verwaltungskontrolle (Fn. 27), S. 79 f.

¹⁷⁶ So das Aarhus Convention Compliance Committee, bestätigt durch die Entscheidung der 5. Vertragsstaatenkonferenz v. 30.6.2014, V/9h ECE/MP.PP/2014/CRP.4. Bemerkenswert ist die Aufnahme der Empfehlungen und Entscheidungen in die Argumentation des BVerwG; vorbildlich der 7. Senat, vgl. BVerwGE 147, 312 (320 ff.); zurückhaltender der 4. Senat, vgl. BVerwGE 150, 294 (300 ff.). So wird der Druck auf den Gesetzgeber erhöht, das Zurückbleiben hinter Art. 9 Abs. 2 AK zu korrigieren und für eine Umsetzung des Art. 9 Abs. 3 AK zu sorgen. Zu den Optionen *Bunge* NuR 2014, 605 (612 ff.).

¹⁷⁷ v. Bogdandy/Huber, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Fn. 19), § 42 Rn. 75.

dürfte weniger mit der Verbreiterung des Kontrollumfangs, wohl aber mit der gebotenen Erstreckung des gerichtlichen Rechtsschutzes auf die Sanktionierung von Verfahrensfehlern kaum zu bestreiten sein. Wird das Verfahren eingehalten, besteht eine Vermutung für die Einhaltung des materiellen Rechts. Den einst von *Rainer Wahl*¹⁷⁸ formulierten Satz, man könne mit der Kontrolle nicht auf beiden Seiten maximieren, sowohl beim Verfahren wie beim materiellen Recht, wird man ebenso wie die Korrespondenz zwischen Klagebefugnis und Kontrolldichte im Sinne eines „Systems kommunizierender Röhren“¹⁷⁹ nur differenziert beibehalten können.¹⁸⁰ Zum einen wird erkennbar, dass sich die deutschen Verwaltungsgerichte in der Verarbeitung neuer fachgesetzlicher Herausforderungen wie im Telekommunikationsrecht zunächst zurückhalten, der Verwaltung eingeräumte Letztentscheidungsbefugnisse streitig zu machen, später aber die Kontrolldichte spürbar erhöhen.¹⁸¹ Zum anderen besteht das Problem weniger in einer pauschal kaum überzeugenden generellen Lockerung der gerichtlichen Kontrolldichte, sondern vielmehr im erreichten Grad der Konstitutionalisierung mit der Perpetuierung einer Regel, wonach unabhängig von den konkreten fachgesetzlichen Rechtsgrundlagen eine auf subjektive Rechtsverletzungen beschränkte Vollprüfung der Verwaltungshandlung vorzunehmen sei.¹⁸²

Was unionsrechtliche Einflüsse auf die Kontrolldichte angeht, muss gesehen werden, dass der Verwaltungsrechtsschutz in die Bedingungen eines dezentralen Mehrebenenvollzugs¹⁸³ gestellt ist, was gegen eine verpflichtende Zurücknahme der Kontrolldichte spricht. Es gibt, wie *Gärditz* zutreffend hervorhebt, kein allgemeines Gebot des Unionsrechts, die gerichtliche Kontrolldichte zurückzunehmen.¹⁸⁴ Das ist anders, wo das Unionsrecht eine Verbundstruktur schafft, der zu entsprechen die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen bzw. eines Regulierungsermessens verlangen kann, was sich entgegen einer verbreiteten Einschätzung¹⁸⁵ nicht auf das Verhältnis zur Legislative beschränken lässt, sondern auf den Anspruch einer Vollüberprüfung durch die Judikative auswirkt.¹⁸⁶ Maßgeblich ist insoweit weniger das materielle Recht, sondern vielmehr das Verfahrensrecht des Regulierungsverbundes, dessen Verarbeitung kaum als „Umsetzung alter Sehnsüchte nach einer starken Verwaltung“¹⁸⁷ betrachtet werden kann, mögen sich in der europäischen Verbundverwaltung auch ungelöste Rechtsschutzfragen¹⁸⁸ stellen.¹⁸⁹ Das BVerwG verhält sich erkennbar offener zum Unionsrecht und führt aus:

¹⁷⁸ *Wahl* DVBl 2003, 1285 (1291).

¹⁷⁹ *Schoch*, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 2000, S. 39.

¹⁸⁰ Für den Umfang bzw. die Breite der Kontrolle *Wahl*, Klagebefugnis und Kontrolldichte: Änderungen in der Konzeption des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes?, in: Kluth/Rennert (Hrsg.), Entwicklungen im Verwaltungsprozessrecht, 2008, S. 53 (56 ff.). Auch für *Seibert* NWVBl 2015, 372 (374) verlangt die unionsrechtliche Ausdehnung der Kontrollweite keine Kompensation durch eine Verringerung der Kontrollintensität.

¹⁸¹ Das übersieht *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 60 mit der Sorge, die gerichtliche Kontrolle werde im Regulierungsrecht „weitgehend ausgetrocknet“.

¹⁸² *Saurer*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht (Fn. 10), S. 386; gegenläufig *Ludwigs* NVwZ 2015, 1327.

¹⁸³ Instruktiv *Wegener*, Rechtsschutz im europäischen (Umwelt-)Recht, UTR 98 (2008), 319 (323 ff.).

¹⁸⁴ *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 79.

¹⁸⁵ *Ludwigs* Die Verwaltung 44 (2011), 41 (67 ff.); *ders.* NVwZ 2015, 1327 (1331).

¹⁸⁶ Das trifft auf Kritik, statt vieler *Gärditz* DVBl 2016, 399 (403 ff.); *Würtenberger* GewArch 2016, 6 (9).

¹⁸⁷ *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 80 f.

¹⁸⁸ Es ist bezeichnend, dass auf die spezifischen Verbundprobleme häufig gar nicht eingegangen wird; so auch bei *Franke* Die Verwaltung 49 (2016), 25 (29 ff.). Die Debatte konzentriert sich auf die nationale Perspektive, vgl. *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 28), S. 93 ff. mit Kritik an BVerwGE 131, 41 (45 f.), worin die gerichtliche Kontrolldichte „als Störfaktor administrativer Verbundräson“ erfunden worden sei.

¹⁸⁹ Siehe aber *Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015. Zu den Legitimationsfragen *Westermann*, Legitimation im europäischen Regulierungsverbund, 2016.

„Für den Vollzug unionsrechtlicher Normen sind (...) den Behörden diejenigen Entscheidungsfreiräume zuzugestehen, die ihnen die zu vollziehende Unionsnorm einräumt oder die notwendig sind, um die Ziele der unionsrechtlichen Bestimmung zu erreichen. Die in der deutschen Verwaltungsrechtstradition geltenden Maßstäbe werden insoweit vom Unionsrecht überlagert.“ Denn im Rahmen des europäischen Rechts „ist es Aufgabe des europäischen Gesetz- bzw. Ordnungsgebers die Rechtspositionen auszugestalten, die Art. 6 Abs. 3 EUV iVm Art. 13 EMRK und Art. 47 GRCh (...) voraussetzen. Wenn die maßgebenden Regelungen des Unionsrechts in der Auslegung durch den EuGH bestimmen, dass den zuständigen Behörden eine Letztentscheidungskompetenz zukommt, ist demnach kein Raum mehr für die in der deutschen Verwaltungsrechtslehre und -rechtsprechung entwickelten einschränkenden Voraussetzungen für die Annahme von Beurteilungsspielräumen.“¹⁹⁰

Von der Kontrolldichte zu unterscheiden ist die gerichtliche Kontrollrichtigkeit, die mit dem Abschied von der subjektiven Klägerperspektive und dem dadurch in Kauf genommenen Wegfall einer verlässlichen Strukturierung des Streitstoffs in Mitleidenschaft gerate.¹⁹¹ Das ist richtig, kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es schwer fallen dürfte, die hohe Kontrolldichte im europäischen Verwaltungsrechtsraum aufrechtzuerhalten.¹⁹² Wer an der dichten Ergebniskontrolle festhält, wird Erweiterungen des Gerichtszugangs und einem effektiven Verfahrensrechtsschutz eher zurückhaltend begegnen. Geht man demgegenüber von einem weiten Gerichtszugang und einer verbesserten Rügefähigkeit von Verfahrensfehlern aus, wird man über kurz oder lang – weniger dogmatisch als pragmatisch – ein gemeineuropäisches Kontrollniveau nur unter Anpassungen der auf das materielle Recht fokussierten Kontrolldichte erzielen können. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Gerichte mit der Statuierung materiell-rechtlicher Bindungen schaffen, worauf der Gesetzgeber aus guten oder schlechten Gründen verzichtet hat.

V. Ausblick

Die Systementscheidung für den Individualrechtsschutz erweist sich als erstaunlich haltbar, darf aber nicht als abstrakter Systemanspruch überhöht werden. Was subjektiv-rechtlich einklagbar ist, ergibt sich zunehmend aus dem Unionsrecht. Das gilt auch für die Frage, wer subjektive Rechte geltend machen kann. Mit anderen Worten: Nicht die Entscheidung für den Individualrechtsschutz ist zu revidieren, wohl aber seine überkommene Ausrichtung auf personale Belange zugunsten von prokuratorischen Klageberechtigungen, die durch den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung auf die subjektive Geltendmachung einer gerichtlichen Kontrolle von Gemeinwohlbelangen ausgerichtet werden können. In dem Maße, wie dies kraft autonomer Entscheidung durch nationale Organe geschieht, besteht die Chance auf eine schonende Einpassung demokratisch fundierter Rechtsbehelfe in das europäisch überformte Verwaltungsprozessrecht.¹⁹³

Der 7. Senat zeigt in der Entscheidung zum Luftreinhalteplan Darmstadt, dass eine Reintegration der europarechtlichen Vorgaben über die Figur prokuratorischer Rechte in die Lehre des subjektiven öffentlichen Rechts möglich ist. Darin liegt nicht bloß ein Anschluss an soziologische Interpretationen subjektiver Rechte mit ihrem funktionalen Verständnis individueller Befugnisse. Vielmehr löst es das subjektive öffentliche Recht aus dem rechtsstaatlichen Erbe und vollzieht die Einsicht in den demokratischen Status des Bürgers als umweltrechtlichen *citoyen*, der die Verwaltung über die gerichtliche Kontrolle auf die Einhaltung des

¹⁹⁰ BVerwG, Urt. v. 17.9.2015, NVwZ 2016, 161 (162). Das muss, wie BVerwGE 148, 48 (61 ff.) mit Anforderungen an die Begründung der behördlichen Entscheidung zeigt, den Rechtsschutz nicht ausdünnen.

¹⁹¹ So *Rennert* DVBI 2015, 793 (799).

¹⁹² Zu überdenken wären Substantiierungspflichten der Verbände zur Strukturierung des gerichtlichen Streitstoffs, was keine Begrenzung der Klagebefugnis oder der Prüftiefe implizieren, aber eine objektive Verwaltungskontrolle beherrschbar machen würde; so *Steinbeiß-Winkelmann*, Das Rechtsschutzsystem im Deutschen Verwaltungsrecht im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, Eröffnungsvortrag im Hamburger Forum zur Zukunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit am 22.4.2016, <http://www.zukunft-der-verwaltungsgerichtsbarkeit.de> (25.4.2016).

¹⁹³ Richtig *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 114.

objektiven Rechts verpflichten kann.¹⁹⁴ Mit dieser Modernisierung des subjektiven öffentlichen Rechts wird die tradierte Vorstellung, die Einhaltung des Rechts gehe den Bürger nur in den eigenen Belangen etwas an, überwunden und an die Konzeption des Unionsrechts angepasst, das subjektive Rechte auch zur Durchsetzung des objektiven Rechts gewährt und im Umweltrecht die Verletztenklage an das Ziel eines weiten Zugangs zum Gericht bindet, was in der Begründetheit der Klage für den subjektiven Rechtswidrigkeitszusammenhang nicht folgenlos bleiben kann. Denn eine Parallelität zwischen Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung sollte für das subjektive Recht erhalten bleiben, was zumindest die Anerkennung von absoluten Verfahrensrechten als subjektive öffentliche Rechte erlaubt.¹⁹⁵

Eines sollte deutlich geworden sein: Die aus Kreisen der Verwaltungsgerichtsbarkeit geäußerte Hoffnung, durch eine behutsame Erweiterung der Verbandsklagebefugnisse könnte das System des Individualrechtsschutzes beibehalten¹⁹⁶ werden, erweist sich als trügerisch. Statt einfach nur nachzuvollziehen, was der Gerichtshof vorgibt, kommen wir um eine Modernisierung des subjektiven öffentlichen Rechts schon aus demokratischen Gründen nicht herum, was in der Rechtsprechung längst aufgegriffen und mit der Sorge vor einem Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit kaum in Abrede gestellt werden kann.¹⁹⁷ Denn auch die Verwaltungsgerichte müssen lernen, als Gerichte in einer Demokratie das subjektive öffentliche Recht auf das veränderte Verhältnis des Bürgers zur Verwaltung zu beziehen. Verstehen wir die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts deshalb nicht bloß als Gefährdung eines zu bewahrenden Bestands, sondern auch als Chance: Hat die Konstitutionalisierung zum Aufbau der Demokratie in Deutschland beigetragen, so liefert die Europäisierung des Verwaltungsrechts einen Beitrag für seine eigene Modernisierung¹⁹⁸ durch den Umbau des subjektiven öffentlichen Rechts!

¹⁹⁴ Siehe auch *Krüper*, Neudefinition des subjektiven öffentlichen Rechts - der citizen als umweltdienender Kläger?, in: Kloepfer (Hrsg.), Rechtsschutz im Umweltrecht, 2014, S. 163. Verallgemeinern lässt sich dieser Ansatz nicht. Schon im Asylrecht wäre der Rückgriff auf den Staatsbürger, der alle Belange vor Gericht bringen könnte, kaum empfehlenswert. Sind AfD und Pegida aber ein Grund, am bestehenden System für alle Rechtsgebiete festzuhalten?

¹⁹⁵ OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, BauR 2015, 1138 (1140 ff.); offenlassend BVerwG, Urt. v. 22.10.2015, NVwZ 2016, 308 Rn. 23; abl. *Ludwigs* NVwZ 2016, 314 (315).

¹⁹⁶ Vgl. *Held* DVBI 2016, 12 (17); *Rennert* DVBI 2015, 793 (796); s. auch *Kahl* JZ 2014, 722 (730).

¹⁹⁷ Ähnlich *Hofmann* EurUP 2015, 266 ff.

¹⁹⁸ Eine neue Sicht auf das Allgemeine Verwaltungsrecht bei *Michael*, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht. Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, VVDStRL 75 (2016), im Erscheinen.