

„Viele wirtschaftsrechtliche Materien sind öffentlich-rechtlich durchsetzt“

ein Gespräch mit Prof. Dr. Thomas Mayen
Rechtsanwalt in Bonn und Honorarprofessor an der Universität zu Köln*



Foto: Andreas Burkhardt

Prof. Dr. Thomas Mayen ist als Rechtsanwalt im Verwaltungs- und Verfassungsrecht, insbesondere im Bereich des Öffentlichen Wirtschaftsrechts, und nebenamtlich als Honorarprofessor an der Universität zu Köln tätig. Nach seiner Promotion bei Prof. Dr. Klaus Stern wurde er 1991 Anwalt und schließlich Partner bei Redeker. 2009 gründete er mit Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde die öffentlich-rechtliche Boutique Dolde Mayen & Partner mit den Standorten Stuttgart und Bonn. Prof. Dr. Thomas Mayen war vier Jahre Präsident des Deutschen Juristentages, ist Vorsitzender des Verfassungsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins und Mitherausgeber der Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) sowie der Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ).

Bonner Rechtsjournal (BRJ): Herr Professor Mayen, Sie beschäftigen sich überwiegend mit dem Verwaltungsrecht. Was macht für Sie den besonderen Reiz an dieser Materie aus? Können Sie uns einen Einblick geben, etwa anhand interessanter Fälle, die Sie betreut haben?

Prof. Mayen: Den besonderen Reiz am Verwaltungsrecht macht für mich aus, dass es um völlig andere Rechtsbeziehungen geht als um solche, die man in rein zivilrechtlichen Fällen vorfindet. Es stehen sich nicht zwei Personen auf Gleichordnungsebene gegenüber, sondern der Staat tritt vor dem Bürger als Hoheitsträger auf. Wir haben hier das klassische Über-Unterordnungsverhältnis, für das ganz andere Regeln gelten, als man sie im Zivilrecht kennt: Es

* Das Interview wurde vorbereitet von Henriette Boecken, Alexandra Leibova und Philip Haupt und am 10. Januar 2017 in den Räumen der Kanzlei Dolde Mayen & Partner in Bonn geführt.

gilt der Gesetzesvorbehalt, es bedarf einer hinreichend bestimmten Ermächtigungsgrundlage, auf die sich der Staat stützen können muss. Darüber hinaus kann der Staat auf Rechte und Kompetenzen, die er hat, nicht ohne weiteres verzichten – wie das eine Vertragspartei im Zivilrecht tun könnte. Und bekanntlich kann sich der Staat nicht auf Grundrechte berufen. Auch das Demokratiegebot darf nicht außer Acht gelassen werden: Auch bei Einrichtungen, die in der Rechtsform des privaten Rechts organisiert sind, bei denen aber der Staat die Mehrheit der Anteile hält, muss ein demokratisch legitimer Amtsträger die Entscheidungen treffen.

Zu meiner Studienzeit war mir die praktische Relevanz etwa des Demokratieprinzips noch nicht klar. Deutlich hervorgetreten ist dies bei der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe, die ich mitbetreut habe. Wir hatten eine Privatisierungsstruktur vorgesehen, bei der die Wasserbetriebe als eine Anstalt des öffentlichen Rechts in einen Konzern eingegliedert wurden und dessen Holding wiederum war eine private Aktiengesellschaft – nicht demokratisch legitimiert! Außerdem bestand ein Beherrschungsvertrag zu Lasten der Anstalt. Das hatte zur Folge, dass demokratisch nicht legitimierte Personen die maßgeblichen Entscheidungen, auch etwa über die Höhe von Abwassergebührenbescheiden, treffen konnten. Da musste eine Konstellation erdacht werden, die beides, Gesellschafts- und Konzernrecht auf der einen und Verwaltungs- und Verfassungsrecht auf der anderen Seite, unter einen Hut brachte. Das hat letztlich sogar den Verfassungsgerichtshof Berlin beschäftigt, welcher diese Konstruktion dann am Ende – zu meiner Erleichterung – mitgetragen hat. Das Interessante in diesem Fall war der offenkundige Unterschied in der Denkweise der beteiligten Gesellschaftsrechtler und der Öffentlich-Rechtler. Die Denkweisen sind diametral unterschiedlich und dennoch musste das in diesem Fall zusammengeführt werden. In diesen Bereichen bin ich besonders gerne unterwegs: im Öffentlichen Wirtschaftsrecht, wo es um Fälle geht, die aus Schnittmengen vom Zivil- und Öffentlichem Recht bestehen.

Das bringt mich auf einen Punkt, der mir wichtig ist. Das Verwaltungsrecht wird immer gerne als ein Gegensatz zum Wirtschaftsrecht dargestellt: Wirtschaftsrecht sei quasi Zivilrecht, Öffentliches Recht demnach „nur“ Polizeirecht, Baurecht und Kommunalrecht. Das ist keineswegs so. Ganz viele wirtschaftsrechtliche Materien sind öffentlich-rechtlich durchsetzt. In der Ausbildung dringt das zu den Studierenden noch nicht vor, die öffentlich-rechtlichen Hochschullehrer überlassen das Wirtschaftsrecht viel zu sehr den Zivilrechtlern. Erst in der Praxis wird dann der enge Zusammenhang zwischen Wirtschaftsrecht und Verwaltungsrecht klar. Das zeigt sich auch gut an einem Beispielfall aus dem Börsenrecht, den ich gerade betreue. Da geht es um Marktmanipulation im Hochfrequenzhandel. Das Börsenrecht setzt sich zum einen zusammen aus dem Wertpapierrecht und dem zivilrechtlichen Kapitalmarktrecht, zum anderen sind Börsen aber auch teilrechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts, also Hoheitsträger, die Verwaltungsakte erlassen können. Die Börsenordnung ist eine Satzung und dafür sind die Verwaltungsgerichte zuständig – die mit wertpapierrechtlichen Sachverhalten eigentlich gar nichts zu tun haben. Ausgangspunkt in dem Fall ist ein Verwaltungsakt eines Sanktionsausschusses, einem Organ der Börse, der eine Sanktion, eine strafähnliche Maßnahme, erlassen hat. So ergibt sich hier eine Gemengelage aus Zivilrecht, Verwaltungsrecht und sogar noch aus dem Strafrecht.

Diese Komplexität macht die Fälle im Öffentlichen Wirtschaftsrecht besonders interessant. Da mir immer neue Konstellationen und Problemen begegnen, die ein breites Spektrum an Rechtsbereichen abdecken, macht mir meine Tätigkeit als Anwalt im Verwaltungsrecht noch Spaß wie am ersten Tag.

BRJ: *Aktuell gibt es Bestrebungen, ein einheitliches europäisches Verwaltungsverfahrensgesetz zu kodifizieren. Wieso ist dieses einheitliche Verwaltungsverfahrensgesetz notwendig? Welche Erwartungen haben Sie daran?*

Prof. Mayen: Das ReNEUAL, auf das Sie mit der Frage anspielen, verfolgt einen interessanten Ansatz, aber die Arbeit ist bisher lediglich ein Professoren-Entwurf. Dieser ist zwar sehr verdienstvoll, da er Gemeinsamkeiten zwischen Verwaltungsverfahrensgesetzen der verschiedenen Mitgliedstaaten aufzeigt. Ob dieser aber auch tatsächlich in der Praxis seinen Niederschlag finden, dass dieser also eine ernsthafte rechtspolitische Bestrebung werden wird, daran habe ich meine Zweifel.

Aber es stellt sich noch eine andere Frage, nämlich, ob es aktuell schon der richtige Zeitpunkt ist, darüber nachzudenken. Denn eigentlich haben wir eine bewusste Entscheidung des Primärrechtsgebers der EU, dass die Ausgestaltung und die Organisation des Verfahrens den Mitgliedstaaten überlassen bleiben soll. Das heißt, wenn wir über solche Bestrebungen nachdenken, müsste eigentlich logisch gesehen erst ein anderer Schritt vorher gemacht werden, nämlich der, dass den Mitgliedstaaten dies in gewisser Hinsicht aus der Hand genommen wird.

Richtig ist allerdings, dass die Kommission schon heute mit Mitteilungen, die „weitestgehend zu berücksichtigen“ sind, in Entscheidungsprozesse etwa von Regulierungsbehörden eingreift – und das, obwohl das Verbot der Weisung der obersten Ministerien an ihre eigene Behörden und das Gebot des völlig freien Ermessens der Regulierungsbehörden gilt. Diese Steuerung durch die Kommission kommt faktisch einem direkten Vollzug zumindest nahe, was auch hinsichtlich des Demokratieprinzips ein großes Problem ist. Wenn man das berücksichtigt, ist es vielleicht doch schon an der Zeit, sich über gemeinsame verwaltungsverfahrenrechtlichen Systematiken Gedanken zu machen – aber genau zu diesem Thema sagt der Entwurf leider gar nichts. In diesem Bereich wird es spannend bleiben, die Entwicklungen zu verfolgen.

BRJ: *Sie sind auch im Bereich des Regulierungsrechts tätig. Was können und sollen sich Studenten unter diesem Begriff vorstellen?*

Prof. Mayen: Beim Regulierungsrecht geht es um Dienstleistungen der Daseinsvorsorge, die über Netzinfrastrukturen erbracht werden und von ihrer Bedeutung essentiell für das Gemeinwesen sind. Deshalb waren diese Sektoren, etwa Bahn, Post, Telekommunikation und Energie, lange Zeit im staatlichen Monopol, d.h. sie durften nur vom Staat, nicht von Privaten erbracht werden. All diese Sektoren wurden liberalisiert und für das private Wirtschaften geöffnet. Allerdings entfiel im Zuge der Liberalisierung nicht ihre Bedeutung für die Versorgung der Allgemeinheit: Banküberweisungen beispielsweise werden nur noch über TK-Einrichtungen abgewickelt, der Hochfrequenzhandel der Börsen geht nur über TK-Leitungen

In Deutschland ist der staatliche Monopolist nicht einfach zerschlagen worden; die Deutsche Telekom zum Beispiel besteht weiter fort und hat sowohl das Eigentum an den Netzen als auch die Kundenbeziehungen behalten. Wer allerdings die Macht über die Netze hat, so die wettbewerbsökonomische Theorie, kann die Preise und den Zugang gestalten und damit beeinflussen, ob die Versorgung der Allgemeinheit funktioniert oder nicht. Wenn man in diesem Bereich also Wettbewerb entwickeln lassen will, muss man ein besonders scharfes Rechtsregime gestalten, das eine asymmetrische Regulierung annimmt, also nicht nur bei Missbrauchsfällen, wie man es aus dem Kartellrecht kennt, sondern per se sanktioniert. Es handelt sich daher gewissermaßen um Sonderkartellrecht. Die Bundesnetzagentur, bedeutsam für den Standort Bonn, galt zu Ursprungszeiten sogar als Konkurrent des Bundeskartellamts und ist mittlerweile eine sehr mächtige Behörde.

BRJ: *Auf dem diesjährigen Verwaltungsgerichtstag in Hamburg ging es auch um die sogenannte Staatskommunikation. Darunter fallen die Profile staatlicher Institutionen in sozialen Netzwerken, beispielsweise ein Twitteraccount der Polizei. Welchen juristischen Grenzen ist die Kommunikation über soziale Plattformen unterworfen?*

Prof. Mayen: Ich habe darüber noch nicht vertieft nachgedacht. Im Ausgangspunkt finde ich es nicht bedenklich, dass die Polizei Netze von Privaten nutzt, um dort die normale Telekommunikation abzuwickeln. Das tut sie beispielsweise auch, wenn sie zu Ermittlungszwecken telefoniert. Man muss zudem bedenken, dass eines der Ziele des Telekommunikationsgesetzes die Förderung und Gewährleistung der öffentlichen Ordnung ist. Wenn die Polizei die Bevölkerung etwa via Twitter warnt, wie es bei dem Attentat in München geschehen ist, und damit Personen erreicht, die sie sonst nicht erreicht hätte, spricht für mich nichts gegen diesen zusätzlichen Weg der Kommunikation. Juristische Grenzen sind durch den Persönlichkeits- sowie den Datenschutz gesetzt, und sicherlich müssen Behörden in besonderer Weise sensibel sein, wie es etwa die Debatte über den grenzwertigen „Nafri“-Begriff illustriert. Das gilt allerdings für den Umgang mit allen neuen Medien, da sehe ich in Bezug auf Twitter keinen qualitativen Unterschied.

BRJ: *Das deutsche Recht sieht Präklusionen vor. Das Gericht kann Klagen zurückweisen, wenn der Kläger sein Vorbringen nicht im Verwaltungsverfahren geltend gemacht hat, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre. Der EuGH hat dies für unvereinbar mit dem Unionsrecht erklärt. Zu welchen Herausforderungen führt dies in umwelt- und planungsrechtlichen Großverfahren?*

Prof. Mayen: Das Unionsrecht verlangt den Zugang zu Gerichten und dieser Zugang wird durch die Präklusionen, so der EuGH, auf unzumutbare Weise eingeschränkt. Der Sinn der Verwirkungspräklusion ist, dass sich jemand vor Gericht nicht mehr auf Einwendungen gegen ein Vorhaben berufen kann, wenn er diese im Verwaltungsverfahren nicht bis zu einem gewissen Zeitpunkt vorgebracht hat. Das ist meiner Meinung nach berechtigt und man hat damit gute Erfahrungen gemacht. In der Vergangenheit hat die Präklusion eine große Abschlachtungsleistung vollbracht. Durch sie hat sich der Prozessstoff für die Gerichte und die Verfahren reduziert und konzentriert und konnte so viel besser im Zuge einer vertieften inhaltlichen Gerichtskontrolle bewältigt werden. Die Frage nach den jetzigen Konsequenzen wird sehr unterschiedlich beantwortet. Viele sagen, es werde sich gar nicht merklich auswirken. Ich bin mir da nicht so sicher. Bei großen und komplexen planungsrechtlichen Vorhaben stellt sich auch nach meiner Ansicht die Frage, ob diese weiterhin so effizient wie heute bewältigt werden können. Das gilt jedenfalls für die Klagen von Bürgern, von Anwohnern, weniger bei den Klagen der Umweltverbände.

BRJ: *Dem deutschen Verwaltungsrecht liegt das System des Individualrechtsschutzes zugrunde. Klagebefugt ist nur, wer die Verletzung eines eigenen subjektiven Rechts geltend machen kann (§ 42 Abs. 2 VwGO). Es kommt jedoch häufig vor, dass Umweltverbände gegen die Genehmigung von Industrieanlagen oder Infrastrukturmaßnahmen gerichtlich vorgehen. Wie ist das mit dem grundsätzlichen Verbot der Popularklage vereinbar?*

Prof. Mayen: Das Umweltrechtsbehelfsgesetz kennt schon jetzt für bestimmte Vorhaben, insbesondere für solche, für die eine Pflicht zur Umweltverträglichkeitsprüfung besteht, die Verbandsklagebefugnis. Diese beruht auf der Umsetzung der sog. Aarhus-Konvention, in der sich die europäischen Staaten zur Stärkung der Bürgerbeteiligungsrechte im

Umweltschutz verpflichten. Der betroffenen Öffentlichkeit soll ein möglichst weiter Gerichtszugang gewährt werden, um die Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften durchzusetzen. Artikel 9 Absatz 2 der Konvention sieht vor, dass Mitglieder der Öffentlichkeit, die eine Rechtsverletzung geltend machen, Zugang zu einem gerichtlichen Verfahren haben. Dabei gelten anerkannte nichtstaatliche Organisationen, etwa ein Umweltverband, als Träger von Rechten, die durch bestimmte Vorhaben verletzt werden können. Es geht um die Frage, wer subjektive Rechte hat und wem diese zugestanden werden müssen. Dem Umweltverband wird eine prokuratorische Stellung für die subjektiven Rechte von Dritten eingeräumt. So kann pro forma der Grundsatz des Verbots der Popularklage aufrechterhalten werden. Eine Verbandsklagebefugnis bedeutet daher nicht ein rechtspolitischer Paradigmenwechsel hin zur Popularklage.

BRJ: *Sie waren in den Jahren 2014 und 2016 Präsident des Deutschen Juristentages. Zu den Teilnehmern dieser Tagung zählen auch stets viele Studenten. Worum geht es bei dem DJT? Warum sollten auch Studenten den DJT besuchen?*

Prof. Mayen: Das Ziel des Deutschen Juristentages ist es, über eine Verbesserung des geltenden Rechts nachzudenken, also Rechtspolitik zu betreiben. Recht ist nichts Statisches, sondern lebt und atmet und muss auf Veränderungen, etwa technischer oder gesellschaftlicher Art, reagieren. Das geht alle Juristen an, nicht nur die Praktiker, sondern auch die Wissenschaft und die Studierenden. Den Zweck und die Sinnhaftigkeit einer Regelung zu erfassen, davon ausgehend das geltende Recht auf Lücken und Wertungswidersprüche zu hinterfragen, ist die eigentliche Arbeit des Juristen. Damit befasst sich der Juristentag in besonderer Weise. Die rechtspolitische Debatte von heute über die Unzulänglichkeiten des geltenden Rechts ist sozusagen die teleologische Auslegung von morgen.

Ein interessantes Beispiel für ein Thema auf dem letzten Juristentag in Essen ist die Debatte über die Öffentlichkeit im Strafverfahren. In großen Prozessen lässt sich beobachten, wie die Gerichtsöffentlichkeit – von ihrer Funktion her ein Instrument demokratischer Kontrolle über die Justiz – heute als vierte Macht Menschen an den Pranger stellt und die Justiz beeinflusst. Ein Instrument, das ursprünglich dem Schutz des Angeklagten diene, bedroht ihn heute möglicherweise. Erst das Nachdenken über aktuelle Probleme zeigt, was die geltenden Regelungen ausmacht.

Und Übrigens: Studenten sind auf dem DJT keineswegs nur Zuschauer in der letzten Reihe, sondern können, etwa weil sie sich im Rahmen eines Seminars intensiv mit einem bestimmten Thema beschäftigt haben, aktiv und auf professionellem Niveau an den Diskussionen teilnehmen. Am DJT 2014 in Hannover waren 24 % und 2016 in Essen 30 % der Teilnehmer Studierende. Der direkte Kontakt zu Praktikern aus allen juristischen Professionen ist für Studenten sehr spannend und lehrreich. Und Spaß macht es sicher auch noch. Denn die meisten reisen in Gruppen mit Kommilitonen an, wobei die Teilnahme am DJT oft von Professoren im Rahmen eines entsprechenden Seminars angeboten wird. Ich kann daher auch nur an dieser Stelle bei Ihren Lesern werben.

BRJ: *Herr Professor Mayen, vielen Dank für das Gespräch.*



BRJ-Redakteurin Henriette Boecken mit Prof. Dr. Thomas Mayen und den BRJ-Redakteuren Alexandra Leibova und Philip Haupt (vlnr.).