

Raison d'être der öffentlichen Verwaltung und Privatisierung der staatlichen Aufgaben in Japan

SHIRAFUJI Hiroyuki

1. Raison d'être der öffentlichen Verwaltung im Zeitalter der Strukturreform Neo-liberale Strukturreformen auf Grund der japanischen Finanzkrise seit den späten 1980er Jahren

1-1. Neo-liberale Strukturreformen auf Grund der Finanzkrise seit den späten 1980er Jahren

Blickt man auf die Geschichte des japanischen Verwaltungsrechts nach dem Zweiten Weltkrieg zurück, so scheint Otto Mayers Diktum „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“ nach der Verabschiedung des neuen japanischen Verfassungsrechts tatsächlich anhaltende Gültigkeit besessen zu haben. Es ist die vornehmste Aufgabe unserer Verwaltungsrechtswissenschaft gewesen, die aus der Vorkriegszeit überkommenen Konzepte von „Öffentlichkeit“, „Öffentlicher Gewalt“ und „Öffentlichem Recht“ zu überwinden, das von Privatrecht unterscheiden werden sollte. Es liegt keine Übertreibung in der Aussage, dass es die größte verwaltungsrechtswissenschaftliche Herausforderung sei, den Dualismus zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht zu überwinden, der das Verhältnis zwischen dem autoritären Staat und der gehorsamen Gesellschaft erhält. Mit Fritz Werner darf man sagen, es sei immer unser Ziel gewesen, das „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ zu gestalten.

Erst heute scheint es, als hätten wir damit Erfolg – doch dieser Eindruck

täuscht. Seit den späten 1980er Jahren können wir anlässlich der Finanzkrise das neue Phänomen der „Neo-liberalen Strukturreformen“ beobachten. Die Realisierung der Verfassungswerte (z.B. die Gewährleistung der Grundrechte, des Demokratieprinzips usw.) scheint durch diese Neo-liberalen Strukturreformen versperrt zu sein. Im Zuge der Neo-liberalen Strukturreformen wurden verschiedene Methoden der Privatisierung der öffentlichen Verwaltung verwendet, die zusammenfassend als „New Public Management“ zur Reorganisation der Ministerien und Behörden in der zentralen Regierung oder zur Verringerung der Verwaltungslasten usw. verstanden werden können. Die öffentliche Verwaltung wandelt sich seitdem schnell. Die Beziehung des Öffentlichen und Privaten im Verwaltungsrecht durchläuft eine Metamorphose. Es ist daher unvermeidlich gewesen, unsere Verwaltungsrechtswissenschaft erneut zu modernisieren und es ist mithin die vordringliche Aufgabe der Verwaltungswissenschaft geworden, die *Raison d'être* der öffentlichen Verwaltung im Zeitalter der Strukturreform zu überdenken und neu zu formulieren. Das heutige Thema „Öffentliche und Private Unternehmen – Rechtliche Vorgaben und Bedingungen“ dient diesem Anliegen.

1-2. Privatisierung und PPP in der Dienstleistungsreform

Die Neo-liberalen formellen Strukturreformen (Verwaltungs-, Finanzstruktur-, Finanzdienstleistungs-, Wirtschaftsstruktur-, Sozialversicherungssystem- und Bildungsreform) fanden ihren Anfang unter dem Kabinett des ehemaligen Premierminister Ryutaro Hashimoto. Im Folgenden möchte ich typisierend auf die Sozialversicherungssystemreform hinweisen. Auffällig ist die Privatisierung, mit anderen Worten, „Kommerzialisierung“ der öffentlichen Wohlfahrtspflege. So zog sich der Staat in der Altenpflege aus den bis dahin betreuungspflichtigen Altenpflegemaßnahmen zurück. Für jede Form der Altenpflege kann und muss nun ein Vertrag mit einem privaten Pflegeunternehmen über Pflegedienste abgeschlossen werden. Der

Staat übernimmt gegenüber dem privaten Unternehmer die gesetzliche Gebühr für die Pflege, erfüllt diese aber nicht selbst. D.h. der Staat zahlt nur das Geld. Die Altenpflegedienstleistungen werden stattdessen aufgrund privatrechtlicher Vertragsverhältnisse über Pflegedienste zwischen Unternehmer und Verbraucher erbracht (z.B. Gesetz zur Alterspflegeversicherung). In dieser Zeit trat in Japan erstmals der Gewährleistungsstaat zu Tage.

2. Bestandsaufnahme des gesetzlichen Rahmens der „öffentlichen Verwaltung durch Private“

2-1. Die zugelassene beliehene Stelle oder der Privatverwaltungsträger (beliehene Unternehmer): Privatisierung der hoheitlichen Tätigkeiten

Schon länger konnte man Private beobachten, denen behördliche Zuständigkeiten oder Kompetenzen zugewiesen wurden. Diese Kompetenzen waren allerdings begrenzt auf Prüfungen, Kontrollen, Inspektionen, Registrierungen usw. Die sogenannte echte Ausübung der hoheitlichen Tätigkeiten schien ausgeschlossen oder zumindest beschränkt zu sein. Dies änderte sich 1998. In diesem Jahr wurde das Baugesetzbuch geändert, so dass Privaten ermöglicht wurde, Baugenehmigungen zu erteilen, sofern sie als Privatunternehmer dafür beliehen wurden. Die „öffentliche Verwaltung durch Private“ einschließlich der „Privatisierung der hoheitlichen Tätigkeiten“ wurde formell gesetzlich legitimiert. Der Markt für „Executive Business“ wurde eröffnet. Ich sehe in dieser Entwicklung die „Kommerzialisierung“ der öffentlichen Verwaltung.

2-2. “Gesetz für die öffentlichen Dienstleistungsreform durch Einführung öffentlicher Ausschreibung” (Public-Private-Wettbewerb)

In der Folge wurde die Privatisierungstendenz in Japan offensichtlicher.

Im Jahr 2006 wurde schließlich das Verfahren zur Privatisierung bzw. zur Öffentlich-Privaten Zusammenarbeit (Public-Private-Partnership) durch das „Öffentliches Dienstleistungsreformgesetz durch die Einführung öffentlicher Ausschreibung“ (Act on Reform of Public Services by Introduction of Competitive Bidding) im Allgemeinen eingerichtet. Dieses Gesetz wurde anfangs als „Gesetz zur Effizienzsteigerung im öffentlichen Dienst“ bezeichnet. Im bereits dargestellten Sinne kann man das Gesetz besser „Kommerzialisierungstestgesetz“ nennen.

Eine wesentliche Neuerung dieses Gesetzes ist, dass der Begriff „öffentliche Dienstleistung“ anstelle des Begriffs „Ausübung der hoheitlichen Befugnisse“ verwendet wird. Der Begriff „Ausübung der hoheitlichen Befugnisse“ charakterisiert in der japanischen Verwaltungsrechtswissenschaft das spezifisch rechtliche Phänomen der öffentlichen Verwaltung. In der heutigen Zeit kann man aber mit diesem Begriff Management und Betrieb von Regierung und öffentlichen Verwaltungen nicht mehr zutreffend erfassen. Verlässlichkeit und Transparenz des Verfahrens machen es erforderlich, den Prozess der öffentlichen Verwaltung bzw. der öffentlichen Dienstleistungen als Einheit zu analysieren. Man nannte dies „Amtschimmelreform“. Das Kernproblem ist jedoch, ob diese Einführung des Verfahrens zur Sicherstellung von PPP tatsächlich wirksam ist.

2-3. Die zugelassenen beliebigen oder konzessionierten Privatverwaltungsträger für die Bereitstellung und Verwaltung der öffentlichen Einrichtungen in Kommunen: von der öffentlichen Beauftragung zur Beleihung von Privaten oder Vergabe von Dienstleistungskonzessionen

Ein weiteres Beispiel auf der kommunalen Ebene: im Jahr 2003 wurde die Beleihung oder Konzession von Privatverwaltungsträgern für die

Bereitstellung und Verwaltung der öffentlichen Einrichtungen in den Kommunen durch die Novellierung des Gesetzes über die kommunale Selbstverwaltung (sogenannte Kommunalverfassung, -gesetz oder -ordnung) eingeführt. Bis dahin war die Bereitstellung und Verwaltung öffentlicher Einrichtungen in Kommunen auf Verwaltungsträger (den kommunalen Körperschaften des öffentlichen Rechts oder Kapitalanlagekörperschaften, gemischtwirtschaftliche Unternehmen usw.) beschränkt, die aufgrund eines öffentlichen Auftrags handeln. Unter Einbeziehung der öffentlichen Befugnisse könnte nach dieser Novellierung des Kommunalgesetzes jede Maßnahme zur Bereitstellung und Verwaltung der öffentlichen Einrichtungen auf Private beliehen oder konzessioniert werden. Private könnten die meisten öffentlichen Angelegenheiten in eigenem Namen und in eigener Verantwortung, sogar gegen Entgelt bearbeiten. Die „Privatisierung der Ausübung der öffentlichen Gewalt“ hat begonnen.

3. Probleme für die „Öffentliche Verwaltung durch Private“ und Verantwortungsabteilung, insbesondere aus der Sicht der Anfechtungsklage und der staatlichen Entschädigung (Staatshaftungsrecht)

3-1. Die Anfechtungsklage (Verwaltungsprozessrecht) und Schadenersatzansprüche (Staatshaftungsgesetz) gegen beliehene Stellen oder Privatverwaltungsträger für die Erteilung einer Baugenehmigung im japanischen Baugesetzbuch (the Designated Administrator)

Es geht erstens um die Verwaltungskontrolle durch Verwaltungsgerichte, um die ordnungsgemäße Überprüfung und Kontrolle von öffentlichen Dienstleistungen zu gewährleisten. Gegen wen kann man eine Anfechtungsklage erheben? Nach der herrschenden Meinung dürfte man gemäß § 11 Abs. 2 Verwaltungsprozessgesetz direkt gegen die Privaten (also beliehene Unternehmen) als gesetzlich vorgesehene

Behörde die Anfechtungsklage erheben.

Wie ist es dann zweitens mit den Schadenersatzansprüchen? Nach der höchstrichterlichen Entscheidung vom 24.6.2005 sollte der Beklagte die betreffende Gebietskörperschaft (also in diesem Fall die Gemeinde) sein. Die Begründung lautet: die Zuständigkeit für Baugenehmigungen lag ursprünglich bei der gesetzlich vorgeschriebenen öffentlichen Behörde für Baugenehmigungen. Obwohl die Zuständigkeit für Baugenehmigungen durch Beleihung an Private übertragen wurde, verbleibt die Angelegenheit selbst bei der betreffenden Gebietskörperschaft, da der Gebietskörperschaft die Aufgabe, das Leben, Eigentum und die Gesundheit der Bürger zu schützen (§ 1-2, § 2 usw. Kommunalgesetz) zugeordnet ist. Man sollte also gegen die Gebietskörperschaft, nicht gegen den Privaten Schadenersatzansprüche geltend machen. Die Gebietskörperschaft nimmt also keine Erfüllungs-, Gewährleistungs- und Auffangverantwortung wahr, sondern übernimmt nur die Schadenersatzhaftung. Die Privaten erfüllen die öffentliche Verwaltung, aber der Staat wird für aus rechtswidrigem Handeln resultierenden Schäden in Anspruch genommen. Besteht hier nicht ein Widerspruch?

3.2. Die Schadenersatzansprüche gegen das private Kinderheim mit dem Maßnahmen zur Kindererziehung und Jugendfürsorgeaufsicht (Jugendfürsorgegesetz, Sozialwohlfahrtsgesetz)

Nach dem § 27 Abs. 1 Nr. 3 Jugendfürsorgegesetz sind der Staat und die Kommune zur Kindeserziehung und Jugendfürsorgeaufsicht verpflichtet, wenn es keine Personen gibt, die sich um das Kind kümmert. Diese Aufgabe, „Kindererziehung und Jugendfürsorgeaufsicht“, ist von der Ausübung der öffentlichen Gewalt umfasst.

Nach höchstrichterlicher Entscheidung vom 25.1.2007 ist die betreffende Kommune gesetzlich zu Maßnahmen verpflichtet, sofern bei einem Kind Erziehung und Jugendfürsorge benötigt wird. Diese

Maßnahmenpflicht einschließlich der Ausübung der öffentlichen Gewalt ist also eigentlich dem Staat und den Kommunen zugeordnet. Obwohl diese Maßnahmen auf Private übertragen wurde, besteht die Maßnahmenpflicht noch immer im Staat oder den Kommunen fort. Wenn die Privaten diese pflichtigen Maßnahmen versäumen, d.h. die öffentlichen Befugnisse rechtswidrig ausüben würden, dann wäre die Kommune zu Schadenersatz verpflichtet. In diesem Fall haben die Privaten (Unternehmen und einzelne Person) überhaupt keine Schadenersatzverpflichtungen zu erfüllen.

Wiederum gilt: die Privaten erfüllen die öffentlichen Verwaltung, aber die Kommunen stehen hierfür finanziell ein.

4. Wohin geht die „Raison d'être der öffentlichen Verwaltung und des Staates“? Privatisierung und Veränderung der Rechtsstaatlichkeit

4-1. Verfassungsrecht und Raison d'être der öffentlichen Verwaltung und Privatisierung

Es ist in jedem Fall erneut erforderlich zu betrachten, was die Raison d'être des Staates und der öffentlichen Verwaltung im Zeitalter der Privatisierung ist, um deutlich zu machen, was die ursprünglich staatlich zu erbringende Dienstleistung ist. Ich möchte hier nur zwei „Öffentlichkeitslehren“¹ aus der Wirtschafts- und Verwaltungswissenschaft darstellen.

4-1-1. Lehre von Professor Kennichi MIYAMOTO über „Raison d'être der öffentlichen Einrichtung und Dienstleistungen“²

1 „Öffentlichkeitslehren“ heissen hier alle Lehren, die wissenschaftlich erforschen, was die Raison d'être des Staates sein sollte.

2 Kennichi Miyamoto, Genndaishihonshugi to Kokka, Iwanamishoten Verlag, 1981, S.299 ff.

Der Wirtschaftswissenschaftler Professor Miyamoto nennt vier Voraussetzungen der „Raison d'être der öffentlichen Einrichtung und Dienstleistungen“.

1. Die öffentlichen Einrichtungen und Dienstleistungen sind die allgemeinen Bedingungen für die Produktion und Leben, oder die gemeinsame soziale Bedingungen.

2. Sie dürfen nicht durch Private monopolisiert werden. Sie dürfen nicht ausschließlich den Zweck der Gewinnerzielung verfolgen. Jeder Staatsbürger kann sie gleichberechtigt und ohne Einschränkungen benutzen.

3. Bei der Errichtung und Verwaltung der öffentlichen Einrichtungen sind der Staat und die Kommunen vorrangig den Menschenrechten und Grundrechten verpflichtet.

4. Die Errichtung und Verwaltung der öffentlichen Einrichtungen verlangt demokratische Verfahren, damit die betreffenden Bürger an dem Entscheidungsprozess teilnehmen können.

4-1-2. Lehre vom Professor Tsutomu Muroi über die „Raison d'être der öffentlichen Verwaltung und Staat“³

Der Verwaltungsrechtswissenschaftler Professor Muroi hat diese vier Voraussetzungen unabhängig weiter entwickelt, und die rechtlichen Standards für die „Raison d'être der öffentlichen Verwaltung und Staat“ dargestellt. Jede Verwaltung sollte im Grunde der Realisierung der Öffentlichkeit (oder Gemeinwohl) dienen. Im Einzelnen geht es aber darum, was das öffentliche Interesse oder das Gemeinwohl konkret ist und wem es zugutekommt. Die öffentliche Verwaltung muss letztlich ein öffentliches Interesse oder Gemeinwohl bestimmen. Dafür benötigt sie jedoch konkreten Auswahlkriterien oder Wertmaßstäbe. Diese Kriterien sollten in der Verfassung gesucht werden. Professor Muroi hat nun drei

3 Tsutomu Muroi, *Kokka no Kokyosei to sono Houtekikijun*, in: ders und anderen (Hrsg.), *Gendaikokka no Kokyoseibunseki*, Ninhonhyoronsha Verlag, 1990, S.3 ff.

Kriterien aus der Verfassung herausgearbeitet. Die folgenden Kriterien sollen als die rechtlichen Standards der Öffentlichkeiten, also der Raison d'être des Staates gelten.

1. Grundrechtsgewährleistungsprinzip: Bestimmt einen Aspekt des materiell-rechtlichen Werts der Öffentlichkeit („Raison d'être der öffentlichen Verwaltung und Staat“). Man braucht in der Tat die „Werthierarchie“ der Grundrechte in den verschiedenen Referenzgebieten.

2. Demokratieprinzip: Bestimmt einen verfahrenstechnischen Aspekt der Öffentlichkeiten („Raison d'être der öffentlichen Verwaltung und Staat“). Dazu gehören unter anderem die Parlamentarische Demokratie, die Kommunale Selbstverwaltung, die Offenlegung von Informationen sowie Partizipation.

3. Pazifismus: Umfasst das Recht auf friedliches Leben als Materielles Recht, sowie Verfahrensregeln zur Realisierung des Rechts auf friedliches Leben. Pazifismus ohne Grundrechtsgewährleistungsprinzip und Demokratieprinzip ist also unfassbar. Pazifismus ist das Leitprinzip unserer Verfassung.

Nach Professor Muroi drückte die öffentliche Verwaltung am ehesten die Natur und Eigenschaft des modernen Staats aus. Er hat deswegen versucht, die Natur und Eigenschaft des modernen Staats durch die These von den oben genannten rechtlichen Standards der Öffentlichkeiten zu extrahieren. Professor Miyamoto und Muroi verorten den Staat aber immer im Zentrum der Öffentlichkeitslehre. Wahrscheinlich sind sie der Meinung, dass der Staat eigentlich die Erfüllungsverantwortung der Daseinsvorsorge haben sollte. Der Staat muss dabei unbedingt diese Bedingungen erfüllen. Selbst wenn die Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen auf Private übertragen wird, so werden sie dennoch von der Erfüllung der Bedingungen nicht befreit. Können diese Bedingungen nicht erfüllt werden, dürfen öffentliche Dienstleistungen, insbesondere hoheitliche Befugnisse nicht

privatisiert werden. Dieser Kerngedanke der beiden Öffentlichkeitslehren ist sehr hilfreich, um die Frage zu beantworten, wie die Vorbereitung von Privatisierung, die eigentlichen Privatisierungsentscheidung und die Folgen von Privatisierung normativ gesteuert werden sollten.

4-1-3. Verfassungsrecht und Rechtsstaatsprinzip: Veränderung des Verfassungs- und Rechtsstaats

Die Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips stellen im Wesentlichen Gesetzesbindung (Vorbehalt des Gesetzes), Grundrechtsbindung und Willkürverbot dar. In Bezug auf das japanische Recht möchte ich hier nur auf Grundrechtsbindung etwas ausführlicher eingehen.

Hinsichtlich der Grundrechtsbindung gibt es einen erheblichen Unterschied zwischen Deutschland und Japan. Die Grundrechtsbindung (gemäß Art. 1 Abs. 3 GG in Deutschland) trifft in beiden Rechtsordnungen in gleicher Weise ausschließlich die staatlichen Organe. Mit der Abgabe der Erfüllungsverantwortung durch den Staat verändert sich aber die Rechtsbeziehung zwischen dem Endverbraucher (also Volk) und dem neuen Erbringer der ursprünglich staatlich erbrachten Leistungen. Das Vertragsverhältnis zwischen dem Endverbraucher und dem jeweiligen privaten Unternehmen könnte nicht grundrechtlich geprägt sein, da es im Ausgangspunkt um die privatautonome Gestaltungsfreiheit der privaten Unternehmen geht. In Deutschland veränderte sich aber in jüngerer Zeit die Grundrechtslehre rapide und nachhaltig. Nach der herrschenden Lehre trifft die Grundrechtsschutzpflicht den Gesetzgeber (und die regulierende Behörde). Dies bedeutet, dass staatliche Stellen die Grundrechte der Endverbraucher auch aktiv regulativ vor rechtswidrigen Eingriffen durch die Dienstleistungserbringung durch private Unternehmen schützen müssen.

Es geht hier nicht zuletzt um das sogenannte Verhältnismäßigkeitsprinzip. Bei der Eingriffsabwehr dominiert das „Übermaß-

verbot“, für den Bereich der Schutzpflichten hingegen nur das „Untermaßverbot“. Obwohl der Gesetzgeber weite Entscheidungsspielräume genießt, spielt die Grundrechtsschutzpflichtlehre eine bestimmende Rolle, um Grundrechtsverstöße der privaten Unternehmen und Gesetzgeber zu kontrollieren.

Dem gegenüber ist die japanische Verfassungsrechtslehre immer noch nicht reif für die Grundrechtsschutzpflichtlehre, nach der der Staat pflichtig ist, vor Eingriff der Dritter gegen Grundrecht des Volkes zu wehren. Der traditionelle Konstitutionalismus gilt sehr stark. In Japan lassen sich die genauen Inhalte und die Konsequenzen der Übertragung der öffentlichen Dienstleistungen durch Privatisierung kaum präzise greifen. Das gilt auch für Rechtsverstöße. Es bedarf unter Umständen der Diskussion über die Notwendigkeit eines aktiven regulativen Grundrechtsschutzes in Bezug auf die Privatisierung.

4-2. Ohne Regulierungsrecht als Privatisierungsfolgenrecht nur eine Flucht ins Privatrecht? Systematische Defizite in der Regulierung. Wir brauchen „Stellschrauben zur normativen Steuerung von Privatisierungsprozessen und Privatisierungsfolgen

Bisher haben wir die „Raison d'être der öffentlichen Verwaltung und Staat“ auf der Verfassungsebene betrachtet. Betrachten wir nun die Ebene des einfachen Gesetzes. Die Privatautonomie sollte für ein wettbewerbliches System der Leistungserbringenden fruchtbar gemacht werden. Der Staat sieht sich nun berufen, einen Wettbewerb zu gewährleisten. Die rechtsstaatliche Bindungsform würde nicht mehr als Ausgangspunkt dienen. Hier möchte ich auf neue Formen rechtsstaatlicher Kontrolle (Regulierung und Regulierungsrecht als Privatisierungsfolgenrecht) hinweisen. Regulierung und Regulierungsrecht, die nicht nur einen funktionierenden Wettbewerb, sondern die Wahrung rechtsstaatlicher Mindeststandards herstellen, sind in Japan kaum zu erkennen.

Wir sehen in Japan, ebenso wie in Deutschland, umfassende Privatisierungsphänomene. Aufgrund der Finanzknappheit kann der Staat nicht mehr durch seine eigenen Behörden alle öffentlichen Dienstleistungen erbringen. Er muss versuchen, ähnliche Effekte durch Regulierung der neu hinzugekommenen Akteure zu erzielen. Besonders im Gebiet der klassischen Daseinsvorsorge ist die Privatisierung sehr weit fortgeschritten. An die ursprünglich staatliche oder gemeindliche Aufgabe der Daseinsvorsorge ist die private Erbringung von Dienstleistungen getreten. Die Aufgabenmonopole des Staats sind zusammengebrochen. Die Gründe dafür waren die fehlenden rechtlichen Barrieren für derartige Privatisierungen, die grundsätzliche Effizienzvermutung zu Gunsten des privaten Sektors und die Erwartung kostengünstigerer Dienstleistungen durch Private. Wir müssen aber die Konflikte zwischen wettbewerblichen Effizienz und sozialstaatlicher Anforderung erkennen. Der Staat muss nun regulative Anstrengungen unternehmen, um diese Konflikte aufzulösen; z.B. durch Kontrolle der Entgelte der Privaten, die Sicherstellung der Transparenzpflichten gegenüber Wettbewerbern und Endverbrauchern, und der Konkretisierung des Sozialstaatsgebots usw.

4-2-1. Regulierungsrecht in Deutschland

Wie schon gesagt, der Staat muss zwar durch Regulierung der neu hinzugekommenen Akteure die ähnlichen Effekte erbringen, aber unter Beachtung einer fortbestehenden marktadäquaten Rationalität. Um die Regelungen zu implementieren, muss die implementierende Behörde erhebliche Spielräume wegen der Komplexität der ökonomischen Effekte und des mit den Regulierungen verfolgten Zielbündels haben. Im Zusammenhang mit dieser Aufgabe wird in Deutschland von „Regulierung und Regulierungsrecht“ gesprochen. Und die implementierende Behörde wird als Regulierungsbehörde bezeichnet.

Nach Professor Veith Mehde⁴: Der Staat entzieht sich also nicht etwa einer Verantwortung - er nimmt sie nur in anderer Form wahr.

Regulierung kann somit als ein typisches Phänomen des Gewährleistungsstaats bezeichnet werden.

Bedenkt man wie die Rechtsordnung durch Privatisierung geprägt ist (z.B. im Bereich der ursprünglich staatlichen bzw. öffentlich-rechtlich organisierten Verwaltung oder Infrastruktur), dann erscheint es verständlich, dass das Regulierungsrecht bestimmte sozialstaatliche, gegebenenfalls aber auch von Grundrechten gewährleistete Standards ins einfache Recht transformiert, um private Unternehmen an diese Standards zu binden.

Professor Mehde geht weiterhin davon aus, dass mit dem Begriff der Regulierung nicht nur die gesetzgeberische Bewältigung der Veränderungen im Bereich der Infrastruktur beschrieben wird, sondern die Anforderungen an das Verhalten der Marktteilnehmer im Allgemeinen formuliert werden. Die Regulierung von Märkten sorgt einerseits für deren Funktionsfähigkeit und verhindert andererseits, dass das marktadäquate Eigeninteresse der Marktteilnehmer zu negativen Auswirkungen, wie etwa die Ausbeutung von schwächeren Marktteilnehmern führt. Regulierung findet in diesem Sinne auch außerhalb der privatisierten Dienstleistungen und Infrastrukturen statt.

4-2-2. Das systematische Defizit der „Regulierung“ bzw. des „Regulierungsrechts“ in Japan

Ich sehe systematische Defizite in der „Regulierung“ bzw. im „Regulierungsrecht“ in Japan. Wie kann man die öffentlichen Dienstleistungen durch Private ohne ein solches Regulierungsrecht als Privatisierungsfolgenrecht kontrollieren oder steuern? Hier liegt meiner Ansicht nach ein Grund für die Flucht ins Privatrecht in Japan.

4 Veith Mehde, Privatisierung des Rechtsstaats-Staatliche Infrastruktur, Nomos Verlag, 2008. Im folgenden Teil verlasse ich mich eine Menge über diese Literatur von Mehde.

Seit Anfang 1980er Jahre erfolgten bis zum heutigen Tag mehrere Privatisierungswellen; z.B. die Privatisierung der öffentlichen Telefon und Telegraphie-Unternehmen (1984), der staatlichen Monopolsellschaft für Tabak (1985), der Japanische Staatsbahn (1987) und der Post (2007). Professor Suzuki hat über die Privatisierung der Post referiert.

Ich möchte mich im Folgenden auf Ausführungen zur Form der staatlichen Einflussnahme auf Dienstleistungen durch Private beschränken. Wie wir gesehen haben, erfolgt dies in Deutschland durch das Regulierungsrecht, in Japan hingegen wird die Eigentümerstellung des Staats eingesetzt, um die private Diensterbringung zu kontrollieren und das obwohl keine Vorschriften wie Art. 87d, 87e, 87f GG existieren. Der Staat hat sich einen bestimmten Eigenkapitalanteil, mitunter sogar einen Anteil von 100 Prozent, erhalten. Auf diese Weise kann er als Aktionär oder gar als Mehrheitseigentümer einer Aktiengesellschaft eine größere Einflussnahme geltend machen. Beispiele sind der Narita Flughafen AG, die Tokio Wertpapierbörse usw.

Zwar schützt Art. 29 JV Privateigentum gegenüber dem Staat. Das Eigentum ist aber in diesen Fällen von einem Ausdruck individueller Lebensgestaltung zu einem Einflussnahmeinstrument des dem Gemeinwohl verpflichteten Staats geworden. Der Mechanismus der Einflussnahme ist damit an dieser Stelle nicht die legislative oder exekutive Kompetenz, sondern die wirtschaftliche Macht des Eigentümers. Auch insoweit rückt hier ein Instrumentarium aus dem Zivilrecht in den Mittelpunkt staatlicher Aufgabenwahrnehmung. Wie ist dieser Mechanismus zu bewerten?⁵ Brauchen wir „Stellschrauben“ zur normativen Steuerung von Privatisierungsprozessen und Privatisierungsfolgen? Das wäre der Ausgangspunkt aus dem das Regulierungsrecht konstruiert werden müsste.

5 Mehde, S.26 ff.

4-2-3. Regulierungsrecht in der Gegenwart Japans

Soweit ich sehe, gibt es in Japan wenig Regulierungsrecht im eigentlichen Sinn. Doch bedeutet dies nicht, dass keine Regulierung oder kein Regulierungsrecht zu finden ist. Man kann vielmehr Regulierungsinstitute im „Gesetz für Finanzinstrumente und Finanztransaktionen“ finden. Man kann dieses Gesetz ausnahmsweise „Regulierungsrecht“ nennen. Nach diesem Gesetz kontrolliert die „Agentur für Finanzdienstleistungen“ (Financial Services Agency) die Finanzinstrumente und Finanztransaktionen durch Regulierung.

Unter dieser Agentur für Finanzdienstleistungen betreibt die „Tokio Wertpapierbörse“ (Tokyo Stock Exchange, Incorporated) die selbstregulierende Organisation „Tokio Wertpapierbörse Regulierung“ (Tokyo Stock Exchange Regulation). Die „Tokio Wertpapierbörse Regulierung“ ist als Regierungsbehörde anzusehen. In dieser nicht abschließenden Studie können keine weiteren Beispiele gezeigt werden.

4-2-4. Regulierungsrecht in der Zukunft Japans

Privatisierung wurde in Japan also immer im Zusammenhang mit „Deregulierung“ gefördert. Die „Deregulierung“ entwickelte sich von der „wirtschaftlichen Deregulierung“, durch den Einstieg auf dem freien Markt, bis zur „sozialen Deregulierung“ in den Bereichen der medizinischen Versorgung, der Bildung usw. Eine Vielzahl Privatisierungsförderungsgesetze ermöglichen die Eröffnung des Marktes für öffentliche Dienste. Dem korrespondieren in Japan allerdings nur wenige Privatisierungsfolngengesetze.

Die rechtsstaatliche Bindung sollte auch im Zeitalter der Privatisierung unter Einhaltung einer minimalen Regulierung der Rechtsstaatlichkeit (rechtsstaatliche Mindeststandards) gelten. Es gibt keinen anderen Weg, aber die Möglichkeit der rechtlichen Kontrolle in „öffentlichen und privaten gemischten administrativen Systems der Zusammenarbeit“ zu erkunden.

Je nach Art und Grad der Öffentlichkeit (also öffentlichen

Dienstleistungen, hoheitlichen Befugnissen usw.) ist die Organisation, das Verfahren oder der Governance-Mechanismus der Privaten gesetzlich vorzuschreiben. Das ist die grundlegende Voraussetzung, damit der Staat in privatrechtlicher Form Aufgaben übernehmen kann und eine der wichtigsten Aufgaben des Regulierungsrechts.

Es geht außerdem um die Organisation der Regulierungsbehörde; z.B. die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde, der Grundsatz des Verbots des ministerialfreien Raumes⁶, weil die Verantwortlichkeit des Ministers gegenüber dem Parlament eine zentrale Rolle spielt, um die sachlich-inhaltliche Legitimität und Legitimation der Verwaltungsentscheidung zu gewährleisten. Ohne solche Einflussmöglichkeit auf die jeweilige Behörde bleibt die ministerielle Verantwortlichkeit eine Hülle ohne Inhalt.

In diesem Zusammenhang muss man erneut an die „Raison d’être der öffentlichen Verwaltung und Staat“ und die Möglichkeit der rechtsstaatlichen Kontrolle als seine Ausdrucksform erinnern. Es ist jedenfalls alles mit dem Verständnis des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips verbunden.

4-3. Qualifikation oder Status von Beamten und Privatisierung der hoheitlichen Befugnisse: Vergleich von Deutschland und Japan

Die Wahrnehmung hoheitlicher Tätigkeiten durch Beamte ist in Art. 33 Abs. 4 GG ausdrücklich vorgeschrieben: Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.

In der japanischen Verfassung gibt es keine entsprechende Vorschrift.

6 Mehde, S.41.

Trotzdem hat das Oberste Gericht über das „Zugangsrecht der ausländischen Einwohner zu jedem öffentlichen Amt“ in Kommunen am 26.11.2005 entschieden, dass ausländische Einwohner, selbst wenn sie dauerhaft in Japan residieren, kein „Zugangsrecht zu jedem öffentlichen Amt“ in Kommunen haben. Begründet wird dies damit, dass nur Beamte die öffentliche Gewalt ausüben können. Diese Beamten werden als „die öffentlichen machtausübenden Lokalbeamten“ benannt. Und nur eine Person, die die japanische Staatsangehörigkeit besitzt, kann wiederum „öffentliche machtausübende[r] Lokalbeamte[r]“ werden. Das oberste Gericht sah dies als Selbstverständlichkeit („Das wäre ja selbstverständlich“). Aus diesem Grund nennt man diese Theorie „Selbstverständlichkeitslehre über Beamte“. Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse bedeutet die Bildung des Staatswillens bzw. der Öffentlichkeit. Solche öffentliche Gewalt darf nicht auf andere Person als öffentlich Bedienstete (Beamten) übertragen werden.

Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist heute jedoch wie oben dargestellt in vielen Fällen in Japan schon privatisiert. Verschiedenste hoheitsrechtliche Befugnisse werden durch Private ausgeübt, die auch unzählige Ausländer einstellen. Ausländer, die bei solchen Privaten arbeiten, üben logischerweise öffentliche Gewalt aus. Wie geht das? Nach meiner Ansicht ist es insgesamt inkonsequent.

4-4. Fazit -PPP (Public-Private-Partnership) in der Zivilgesellschaft? „PuPuP (Public-Public-Partnership) statt PPP“? Oder Zukunftsthema Re-Etatisierung, Re-kommunalisierung?

Nach Professor Hartmut Bauer⁷ ist ein „Verwaltungskooperationsrecht“,

7 Vgl. Hartmut Bauer, Neue Tendenzen des Verwaltungsrechts im Zeitalter der Privatisierung, TAIWAN LAW JOURNAL 203, 2012, S. 21 ff., ders., Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, DÖV 2012, S. 329 ff. Auch ders., Publizisierung – Begriff-

in dessen Fokus die kooperative Aufgabenerledigung im verantwortungsteilenden Zusammenwirken von öffentlichen und privaten Rechtsträgern steht, dringend notwendig. Denn wenn sich die Kooperationstendenz weiter entwickelt, wird Vertragsgestaltung zum Dreh- und Angelpunkt geglückter Privatisierung und damit zu einer Erfolgsbedingung der Kooperation von öffentlicher Hand und Privaten. Diese Kooperation wird daher einer Vertragsgestaltungslehre und eines Verwaltungskooperationsrechts bedürfen. Das Gesetz über die Zusammenarbeit zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung und Privaten in Schleswig-Holstein enthält in der Tat detaillierte Vorgaben für die Vertragsgestaltung. Dazu gehören auch Vertragsklauseln zur Sicherung des Einflusses der öffentlichen Hand mit entsprechenden Aufsichts- bzw. Überwachungsbefugnissen sowie Mindestinhaltsklauseln, die sich an dem Leitgedanken der dauerhaften und sozialverträglichen Qualitäts- und Leistungserbringung orientieren und überdies vorausschauend die Rechtsfolgen bei einer Beendigung der Öffentlich Privaten Partnerschaft regeln.

Wenn der Lebenszyklus jeder PPP früher oder später aus verschiedenen Gründen beendet werden sollte, könnte die öffentliche Hand durch „Re-Etatisierung und Re-kommunalisierung“ eine Aufgabe ganz oder teilweise wieder in eigener Verantwortung wahrnehmen. Das Thema „Re-Etatisierung und Re-kommunalisierung“ müsste in der Zukunft notwendige und unverzichtbare Alternativ- und Komplementäroptionen zur (Re-)Privatisierung sein.

„Kommunal vor Privat“ oder „Privat vor Staat“. Das wäre das wiederholende, fortwährende Problem.

Die Raison d'être der öffentlichen Verwaltung und Privatisierung der staatlichen Aufgaben müsste dann in eine neue Phase in Deutschland und Japan diskutiert werden.

※ *Dieser Aufsatz wurde eigentlich dem Vierten internationalen Thyssen-Symposium "Öffentliche und private Unternehmen - rechtliche Vorgaben und Bedingungen" (12.-16. September 2013, Nanjin) beigetragen. Danach habe ich den etwas korrigiert. Ich möchte diesen erneuten Beitrag respektvoll den emeritierten Professoren widmen.*