

# Neuere Entwicklungen der japanischen Rechtsprechung zum Verwaltungsermessen

## Kritische Überlegungen zum „fachlich-technischen Ermessen“

Michiko TAKATA\*

- I. Einleitung
- II. Grundlagen der japanischen Ermessenslehre
  - 1. Fehlen der verfassungsrechtlichen Perspektive
  - 2. Entwicklung der Lehre innerhalb des Verwaltungsrechts
- III. Neuere Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs
  - 1. Entwicklung der Rechtsprechung
  - 2. Beispielsfälle
- IV. Überlegungen zur Entwicklung der Rechtsprechung
  - 1. Bedeutung des Verfassungsrechts in der deutschen Lehre
  - 2. Analyse der japanischen Rechtsprechung
- V. Fazit

### I. EINLEITUNG

Der vorliegende Beitrag behandelt die neueren Entwicklungen der japanischen Rechtsprechung zum Verwaltungsermessen, insbesondere zu einem in der japanischen Lehre anerkannten Ermessenstyp, und zwar dem sogenannten „fachlich-technischen Ermessen“. Das fachlich-technische Ermessen wurde in der japanischen Literatur und Rechtsprechung nach dem Zweiten Weltkrieg als eine Kategorie des Verwaltungsermessens entwickelt.<sup>1</sup> Seither kann man diese Figur des Ermessens fast in jedem Lehrbuch

---

\* Dr. iur., Inhaberin der Professur für Öffentliches Recht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Städtischen Universität Ōsaka.

Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den die Verfasserin auf der Summer School „Einführung in das Japanische Recht“ am 25. Mai 2019 an der Universität Augsburg gehalten hat. Für wertvolle Hinweise bei der Überarbeitung des Skripts bedanke ich mich bei meinem wissenschaftlichen Betreuer in Deutschland, *Prof. Dr. Christian Bumke*. Mein besonderer Dank gilt auch *Anna Katharina Suzuki-Klasen* und *Katharina Doll* für aufschlussreiche Anmerkungen und Kommentare.

1 Ein führender Vertreter der Lehre vom „fachlich-technischen Ermessen“ war der sehr bedeutende Verwaltungsrechtswissenschaftler *Jirō Tanaka* (1906–1982). Vgl. J. TANAKA, *Gyōsei-hō sōron* [Allgemeines Verwaltungsrecht] (Tōkyō 1957) 289 ff. Seine Lehre galt nach dem Zweiten Weltkrieg als herrschende Meinung im japani-

des allgemeinen Verwaltungsrechts finden.<sup>2</sup> Dagegen gab es aber auch Kritik von Seiten der Verwaltungsrechtswissenschaft. Der Anerkennung eines solchen abstrakten Konzepts wurde vorgeworfen, dass es einen sehr weitreichenden Ermessensspielraum der Verwaltung eröffnen könne.<sup>3</sup> In diesem Zusammenhang ist es bemerkenswert, dass der japanische Oberste Gerichtshof (OGH) in den letzten Jahren neue Kriterien für das fachlich-technische Ermessen entwickelt hat: In seinen neueren Entscheidungen begnügt sich der OGH nicht mit der Feststellung des fachlich-technischen Charakters der Entscheidung, sondern er fragt auch nach den konkreteren Gründen, aus denen der Verwaltung ein solches Ermessens eingeräumt wurde.<sup>4</sup> Die vorliegende Untersuchung berichtet über diese Entwicklung in der Rechtsprechung und diskutiert, wie sie zu bewerten ist.

Dazu ist es hilfreich, die deutsche Ermessenslehre zum Vergleich heranzuziehen. Denn in Deutschland ist ein solcher Ermessenstyp, der der Verwaltungsbehörde einen derart umfangreichen Spielraum zugesteht, nicht bekannt.<sup>5</sup> Dieser Unterschied geht meiner Auffassung nach auf die unterschiedliche Bedeutung des Verfassungsrechts im Verwaltungsrecht in beiden Ländern zurück: In Japan reflektieren die verwaltungsrechtlichen Rechtsfiguren und Institutionen deutlich weniger die verfassungsrechtliche Perspektive als in Deutschland.<sup>6</sup> Dies gilt insbesondere auch für die Ermes-

---

schen Verwaltungsrecht. Vgl. auch R. YAMAMOTO, Die japanische Ermessenslehre im Wandel, Die öffentliche Verwaltung (2006) 850. Zur Rechtsprechung, die auf das fachlich-technische Ermessen zu sprechen kommt, siehe unten III.

- 2 Etwa N. HARADA, *Gyōsei-hō yōron* [Allgemeine Lehre des Verwaltungsrechts] (7. geänderte Aufl., 2011) 409; K. UGA, *Gyōsei-hō gaisetsu I (gyōsei-hō sōron)* [Grundriss des Verwaltungsrechts I (Allgemeines Verwaltungsrecht)] (6. Aufl., Tōkyō 2017) 325 f.; S. NAKAHARA, *Kihon gyōsei-hō* [Grundlagen des Verwaltungsrechts] (3. Aufl., Tōkyō 2018) 131 f., 137 f.
- 3 Stellvertretend S. MIYATA, *Senmon gijutsuteki sairyō ni tsuite* [Zum fachlich-technischen Ermessen], in: DERS., *Gyōsei sairyō to sono tōsei mitsudo* [Das Verwaltungsermessen und dessen Kontrolldichte] (1. ergänzte Aufl., Tōkyō 2012) 341 ff.; T. FUJITA, *Jiyū sairyō-ron no shosō – Sairyō shobun no shihō shinsa o megutte* [Die verschiedenen Aspekte zur Theorie des freien Ermessens – Über die gerichtliche Überprüfung der Ermessensverfügung], *Nihon Gakushi'in Kiyō* [Berichte der Japanischen Akademie] 70 (2015) 76 ff.
- 4 Siehe unten III.2.
- 5 Zum grundsätzlichen Unterschied zwischen der deutschen und der japanischen Ermessenslehre YAMAMOTO (Fn. 1) 848 ff.
- 6 Näher dazu R. YAMAMOTO, Das japanische Verwaltungsrecht und sein Verhältnis zur Konstitutionalisierung, in: Trute u. a. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts* (Tübingen 2008) 899 ff. Vgl. auch K. KANBASHI, *Gyōsei-hō to kenpō* [Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht], in: Okada u. a. (Hrsg.), *Gendai gyōsei-hō no kiso riron* [Grundlegende Theorie des gegenwärtigen Verwaltungsrechts] (Tōkyō 2016) 60 ff.; K. DOLL, Einführung in das japanische

senslehre. In Deutschland wird aufgrund der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG von den Verwaltungsgerichten gefordert, dass sie die Verwaltungstätigkeit in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachprüfen.<sup>7</sup> Nach diesem verfassungsrechtlichen Grundsatz stellt der Gestaltungsspielraum der Verwaltung stets eine Ausnahme dar, die verfassungsrechtlich gegenüber der Rechtsschutzgarantie zu rechtfertigen ist. Im Gegensatz dazu hat sich in Japan keine entsprechend strenge Regel dafür entwickelt, so dass die gerichtliche Überprüfung ohne weiteres beschränkt werden kann.<sup>8</sup> Es erscheint aber zweifelhaft, ob die japanische Verfassung tatsächlich zu dem Umfang und der Intensität der gerichtlichen Kontrolle schweigt und auf die Ausgestaltung der Ermessenslehre überhaupt nicht einwirken kann.

Im Folgenden werden zuerst die Grundlagen der japanischen Ermessenslehre dargestellt (II.). Danach werden zwei Entscheidungen des OGH vorgestellt, anhand derer sich das neue Verständnis der Rechtsprechung anschaulich aufzeigen lässt (III.). Anschließend wird diese Entwicklung mit der deutschen Lehre verglichen, in der verfassungsrechtliche Überlegungen von großer Bedeutung für den Umgang mit dem Verwaltungsermessen sind (IV.). Schließlich werden die gewonnenen Einsichten in einer eigenen These zusammengefasst (V.).

## II. GRUNDLAGEN DER JAPANISCHEN ERMESSENSLEHRE

Eine besondere Eigenschaft der japanischen Ermessenslehre im Vergleich zur deutschen besteht darin, dass der Verwaltung gewöhnlich ohne weitere Begründung ein Ermessen bei ihren Entscheidungen eingeräumt wird. Dies liegt vor allem daran, dass sich die japanische Ermessenslehre traditionell

---

Verwaltungsrecht, in: Kaspar/Schön (Hrsg.), Einführung in das japanische Recht (Baden-Baden 2017) 183.

7 Das Bundesverfassungsgericht hat schon 1963 deutlich erörtert, „der durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistete Rechtsweg muss die vollständige Nachprüfung des Verwaltungsakts in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht durch Gericht ermöglichen“ (BVerfG, 5.2.1963, BVerfGE 15, 275 [282]). Siehe auch BVerfG, 27.10.1999, BVerfGE 101, 106 (123); BVerfG, 18.1.2000, BVerfGE 101, 397 (407); BVerfG, 20.2.2001, BVerfGE 103, 142 (156); BVerfG, 5.12.2001, BeVerfGE 104, 220 (231 f.); BVerfG, 18.7.2005, BVerfGE 113, 273 (310); BVerfG, 13.06.2007, BVerfGE 118, 168 (207); vgl. auch die Literatur in Fn. 48.

8 Vgl. YAMAMOTO (Fn. 1) 849 f. Zur geringeren Bedeutung des Verfassungsrechts für den gerichtlichen Rechtsschutz im Allgemeinen. L. KÖDDERITZSCH, Rechtsschutz gegen die Verwaltung in Japan, ZJapanR/J.Japan.L. 5 (1998) 34; H. MURAKAMI, Der effektive Rechtsschutz im japanischen Verwaltungsprozessrecht – Bedeutung und Grenzen der Reform 2004, in: Baumeister u.a. (Hrsg.), FS für Schenke zum 70. Geburtstag (2011) 1036; DOLL (Fn. 6) 183.

wenig mit den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen behördlicher Entscheidungen auseinandergesetzt hat.

### 1. *Fehlen der verfassungsrechtlichen Perspektive*

Dabei sehen die einschlägigen Regelungen der japanischen Verfassung von 1947 (JV) gar nicht so anders als die Bestimmungen des Grundgesetzes aus. Art. 76 Abs. 1 JV schreibt vor, dass „alle rechtsprechende Gewalt bei einem Obersten Gerichtshof und den nach Gesetz errichteten unteren Gerichten liege“. Damit wurde das Verwaltungsgericht, das unter der früheren Meiji-Verfassung von 1889 ein Teil der Verwaltung war, abgeschafft.<sup>9</sup> Neben der Straf- und Zivilgerichtsbarkeit fällt demnach auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.<sup>10</sup> Dies wird in Abs. 2 des Art. 76 JV dahingehend weiter ergänzt, dass Sondergerichte verboten sind und die Verwaltungsbehörden die rechtsprechende Gewalt nicht als letzte Instanz ausüben dürfen. Außerdem wird neben diesen kompetenzrechtlichen Regelungen in Art. 32 JV ein Grundrecht auf den Rechtsweg garantiert.<sup>11</sup> Es handelt sich um eine mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG vergleichbare Bestimmung, die den Einzelnen davor schützt, dass sein Recht durch Maßnahmen der öffentlichen Gewalt verletzt wird, ohne dass ihm die Möglichkeit eröffnet wird, gegen die Maßnahme gerichtlichen Schutz zu suchen.

Aufgrund dieser Regelungen würde es naheliegen, dass die behördliche Entscheidung – nicht anders als in Deutschland – durch Gerichte umfassend überprüft werden muss. Aber ein solcher Grundsatz über den Umfang und

---

9 Art. 61 der Meiji-Verfassung sah die Zuständigkeit von Verwaltungsgerichten für einen Rechtsstreit vor, welcher durch rechtswidrige Verwaltungsverfügungen verletzte Rechte betraf. Die Funktion des Verwaltungsgerichts wurde aber als Selbstkontrolle innerhalb der Verwaltung eingestuft. Zur damaligen h.M. vgl. T. MINOBE, *Kenpō satsuyō* [Grundzüge des Verfassungsrechts] (5. geänderte Aufl., Tōkyō 1932) 578 ff. Außerdem konnte das Verwaltungsgericht seine Aufgabe nur im begrenztem Umfang gewährleisten: Nach der Verwaltungsprozessordnung (*Gyōsei saiban-hō*, Gesetz Nr. 48/1890) gab es nur ein einziges Verwaltungsgericht in Tōkyō. Dieses war die erste und letzte Instanz, da die Berufung oder die Revision zu anderen Gerichten nicht erlaubt wurde. Zudem wurde seine Kompetenz nach dem Enumerationsprinzip auf die Sachen beschränkt, die ausdrücklich in einem Gesetz (Gesetz Nr. 106/1890) aufgeführt wurden. Näher zum damaligen Verwaltungsgericht vgl. M. NORO, *Der Einfluss des deutschen Rechts auf das japanische Verwaltungsprozesssystem*, in: Jehle u. a. (Hrsg.), *Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht* (Göttingen 2008) 142 ff.

10 Zur grundlegenden Reformierung der Justizordnung nach dem Zweiten Weltkrieg vgl. H.-P. MARUTSCHKE, *Einführung in das japanische Recht* (2. Aufl., München 2009) 65 ff.

11 Art. 32 JV bestimmt, dass „niemand des Rechts auf gerichtliche Entscheidung beraubt werden darf“.

die Intensität der gerichtlichen Kontrolle wurde aus dem Verfassungsrecht nicht abgeleitet. Das ist auf den grundlegenden Umstand zurückzuführen, dass in dem rechtswissenschaftlichen Dialog im Bereich des öffentlichen Rechts in Japan das Verwaltungsrecht und das Verfassungsrecht gänzlich isoliert von einander diskutiert werden. Die für die deutsche Diskussion typische Verknüpfung verwaltungsrechtlicher und verfassungsrechtlicher Fragen und Themen findet in Japan allenfalls punktuell statt. Die verfassungsrechtliche Perspektive wird in die verwaltungsrechtlichen Rechtsfiguren und Institutionen nur hineingetragen, wenn es um die materiellen Grundrechte geht.<sup>12</sup> Demgegenüber wird bei den einfachrechtlichen Rechtsfragen die verfassungsrechtliche Perspektive ausgeblendet, so dass das Verwaltungsermessen nicht als ein verfassungsrechtliches Thema angesehen wird und umgekehrt im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Durchdringung verfassungsrechtliche Aspekte übergangen werden.<sup>13</sup>

## 2. *Entwicklung der Lehre innerhalb des Verwaltungsrechts*

Die japanische Ermessenslehre hat sich dementsprechend ausschließlich im Rahmen des einfachen Verwaltungsrechts entwickelt. Überdies baute die herrschende Lehre nach dem Zweiten Weltkrieg auf einer eigenartigen Vorstellung von der verfassungsrechtlich ausgeformten Gewaltengliederung auf. Nach diesem Verständnis führte die Zuordnung der Verwaltungsgericht-

---

12 Dies liegt an dem japanischen Gerichtssystem, in dem die verfassungsrechtlichen Fragen nicht vom Verfassungsgericht, sondern von den ordentlichen Gerichten und nur im Rahmen eines Straf-, Zivil-, oder Verwaltungsprozesses behandelt werden können (akzessorische Überprüfung der Verfassungskonformität). Dabei ist eine verfassungsrechtlich begründete Klage erst dann zulässig, wenn nicht nur die Grundrechte des Klägers verletzt werden, sondern auch die jeweiligen prozessrechtlichen Voraussetzungen erfüllt werden (Klagebefugnis, Klageart, Klagefrist usw.). Seit den Neunzigerjahren wurde insbesondere dem Verwaltungsprozessgesetz von Verfassungsrechtlern vorgeworfen, dass durch seine strikten Regeln der Grundrechtsschutz gestört werde. Vgl. S. MATSUI, *Saiban o ukeru kenri* [Grundrecht auf eine richterliche Entscheidung] (Tōkyō 1993) 174 ff.; T. MUNESUE, *Kihon-ken sosho no kahi* [Zur Möglichkeit der Grundrechtsbeschwerde], in: ders., *Jinken-ron no shin-kōsei* [Die neue Struktur der Menschenrechtslehre] (neue unveränderte Aufl., Tōkyō 2008) 285 ff. Sie interessieren sich deshalb grundsätzlich für die Zuständigkeitsvoraussetzungen, aber nicht für die Kontrolldichte, obwohl die Letztere auch als eine verfassungsrechtliche Frage zu verstehen ist.

13 In den letzten Jahren findet sich allerdings eine Tendenz in der Rechtsprechung, bei der Auslegung und Anwendung des Verwaltungsrechts die Wertentscheidung der Grundrechte zu berücksichtigen und sie zu einem Instrument der Ermessenskontrolle zu machen. Dazu vgl. M. TAKATA, Die grundrechtliche Kontrolle der Verwaltung und Grundrechtsschutz in Japan, *Ritsumeikan Law Review* 35 (2017) 31 ff. Diese Tendenz ist aber nur auf Ausnahmefälle beschränkt.

barkeit zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht zu der Annahme, dass wie alle übrigen gerichtlich zu kontrollierenden Vorgänge auch behördliche Maßnahmen im vollen Umfang einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen wurden. Vielmehr betonten die Vertreter der herrschenden Meinung die Grenze, die zwischen der rechtsprechenden und vollziehenden Gewalt bestehe.<sup>14</sup> Die behördliche Gestaltungstätigkeit sollte im Hinblick auf die komplexen und komplizierten Aufgaben und Herausforderungen des modernen Gemeinwesens vor den Einzelfalllösungen durch Gerichte bevorzugt werden.<sup>15</sup> Von daher war es nur ein kleiner und naheliegender Schritt, dass die herrschende Lehre aufgrund ihrer gewaltenteilenden Überzeugungen die Kategorie des fachlich-technischen Ermessens aufstellte. Denn nur die Verwaltung verfüge über das erforderliche Wissen für eine erfolgreiche zukunftsorientierte und kontinuierliche Gestaltung des Gemeinwesens.<sup>16</sup>

Diese Vorstellung von der Gewaltenteilung der herrschenden Lehre, die einseitig auf die Überlegenheit der Funktionalität der Verwaltung fokussiert war, wurde zwar im Laufe der Zeit vielfach kritisch hinterfragt, so dass sie heutzutage auch kaum noch Unterstützung findet.<sup>17</sup> Trotzdem blieb der Gedanke erhalten, dass die Letztentscheidungskompetenz je nach Fall flexibel entweder der Verwaltungsbehörde oder dem Gericht eingeräumt werden solle.<sup>18</sup> Als entscheidend für die Zuordnung wurde dabei angesehen,

---

14 J. TANAKA, *Shihō-ken no genkai. Toku ni gyōsei-ken to no kankei* [Die Grenze der rechtsprechenden Gewalt besonders im Verhältnis zur vollziehenden Gewalt], in: ders., *Shihō-ken no genkai* [Die Grenze der rechtsprechenden Gewalt] (Tōkyō 1976) 1 ff.

15 TANAKA (Fn. 14) 12 ff.

16 Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass in Japan traditionell ein starkes Vertrauen der Bevölkerung in die vollziehende Gewalt besteht. Nach FUJITA (Fn. 3) 78 war dieses Gefühl im japanischen öffentlichen Recht, anders als im deutschen, auch nach dem Zweiten Weltkrieg bis Mitte der 1960er Jahre dominant und hat zum Gedanken der Überlegenheit der vollziehenden gegenüber der rechtsprechenden Gewalt geführt.

17 Ein großer Wendepunkt war die Novelle des Verwaltungsprozessgesetzes 2004 (VwPG, *Gyōsei jiken soshō-hō*, Gesetz Nr. 139/1962). Um die Kontrollfunktion der Gerichte gegen die Verwaltung zu verstärken und die Rechte des Bürgers effektiv zu schützen, wurden die Regelungen im VwPG umfassend geändert. Z.B. wurde die Klagebefugnis erweitert, die Verpflichtungsklage wurde als neuer Klageart ergänzt und die Voraussetzungen des vorläufigen Rechtsschutzes wurden gelockert. Als Überblick vgl. M. KOBAYAKAWA (Hrsg.), *Kaisei gyōsei jiken soshō-hō kenkyū* [Studie zum geänderten Verwaltungsprozessgesetz] (Tōkyō 2005); NORO (Fn. 9) 150 ff.; MURAKAMI (Fn. 8) 1029 ff.

18 Zum Beispiel äußert YAMAMOTO (Fn. 1) 850 die Meinung: „Zusammenfassend ist der ‚funktionale‘ Gedanke des Ermessens nicht an sich zu beanstanden, jedoch muss die Funktionalität wirklich gewährleistet sein, d. h. es müssen die gesamten Vorbe-

welche Seite aus organisatorischen, prozeduralen oder inhaltlichen Gründen besser geeignet ist, die abschließende Entscheidung zu treffen. In den letzten Jahren wird sogar die Meinung vertreten, dass eine solche „funktionsadäquate Aufgabenzuweisung“ als Teil des verfassungsrechtlichen Konzepts der Gewaltenteilung anzusehen sei.<sup>19</sup> Es ist aber durchaus fraglich, ob die japanische Verfassung dieses Konzept wirklich aufgenommen hat.<sup>20</sup> Außerdem fielen nach diesem Funktionsansatz die fachlich-technische Entscheidungen fast immer in die Letztzuständigkeit der Verwaltung, da diese insoweit funktionell betrachtet den Gerichten überlegen sein dürfte.<sup>21</sup> Auf dieses Problem soll später näher eingegangen werden.

### III. NEUERE RECHTSPRECHUNG DES OBERSTEN GERICHTSHOFS

#### 1. Entwicklung der Rechtsprechung

Nun wird der Blick auf die Rechtsprechung gerichtet. Früher teilten die Gerichte die Position der herrschenden Meinung und gestanden der Verwaltung ohne weiteres ein umfangreiches Ermessen zu.<sup>22</sup> Diese Haltung hat sich aber in den letzten Jahrzehnten geändert: Neben den charakteristischen

---

dingungen und sowohl die Leistungsfähigkeit des Verwaltungs- als auch des Gerichtsverfahrens bilanziert werden, ohne allein die Grenzen der Justiz zu betonen.“

- 19 R. YAMAMOTO, *Nihon ni okeru sairyō-ron no hen'yō* [Die japanische Ermessenslehre im Wandel], *Hanrei Jihō* 1933 (2006) 12. Zum entsprechenden Gedanken in Deutschland vgl. E. SCHMIDT-ASSMANN, Einleitung, in: Schoch/ders./Pietzner (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung* (München 2009) Rn. 56 f. Vgl. auch BVerfG, 18.12.1984, BVerfGE 68, 1 (86).
- 20 Skeptisch gegenüber dem Konzept der funktionsadäquaten Aufgabenzuweisung H. SHIONO, *Gyōsei-hō I (Gyōsei-hō sōron)* [Verwaltungsrecht I (Allgemeines Verwaltungsrecht)] (6. Aufl., Tōkyō 2015) 144; M. KOBAYAKAWA, *Sairyō mondai to hōritsu mondai* [Ermessensprobleme und Rechtsprobleme], in: *Hōgaku Kyōkai Hyaku Shūnen Kinen Ronbun-shū 2* [Festschrift zum 100. Gründungstag der Rechtswissenschaftlichen Gesellschaft 2] (Tōkyō 1983) 355 ff.
- 21 T. FUJITA, *Gyōsei-hō sōron* [Allgemeines Verwaltungsrecht] (Tōkyō 2013), warnt vor der zunehmenden Tendenz in der Literatur, die Verwaltung als Gestaltungstätigkeit zu begreifen und die Rechtsprechung auf ihre Verfahrenskontrolle zu beschränken. Dagegen betont er zutreffend, dass die Bindung der Verwaltung an materielle Gesetze und ihre nachträgliche Kontrolle durch Gerichte immer noch von Bedeutung ist. S. AKAMA, *Senmon gijutsuteki sairyō to kagaku gijutsu ni kansuru gyōsei no yūsenteki handan-ken no ronri* [Das fachlich-technische Ermessen als Theorie für die administrative Beurteilungsprärogative über technologische Fragen], *Aoyama Hōgaku Ronshū* 53 (2011) 69 weist auch darauf hin, dass die Auseinandersetzung mit dem Recht und der Rechtsanwendung in der Diskussion nach dem Zweiten Weltkrieg deutlich weniger geworden ist.

Momenten, die die behördliche Entscheidung kennzeichnen, werden die verschiedenen konkreten Gründe beurteilt, um die Reichweite des Ermessens festzulegen. Dabei werden unter anderem die Mittel der Verwaltungsverfügung, und zwar entweder der Eingriffs- oder der Leistungsverwaltung, und der Wortlaut des Gesetzes berücksichtigt.<sup>23</sup>

Diese Entwicklung prägt auch die Rechtsprechung über die fachlich-technische Entscheidung. Es ist deshalb nach Auffassung der Rechtsprechung für die Annahme eines behördlichen Ermessens nicht mehr ausreichend, dass die Entscheidung einen fachlich-technischen Charakter hat. Im Folgenden wird diese Entwicklung anhand zweier Entscheidungen des OGH vorgestellt.

## 2. Beispielfälle

### a) Fall 1: Genehmigung für das Kernkraftwerk Ikata<sup>24</sup>

Zuerst wird das sogenannte *Ikata-Urteil* von 1992 diskutiert. In dem Fall ging es um die Genehmigung für den Bau eines Kernkraftwerks. Ein Energiekonzern in Shikoku, die Shikoku Electric Power Company, plante, einen Reaktor in der Stadt Ikata in der Präfektur Ehime zu bauen, und stellte 1973 einen Antrag auf Genehmigung beim Beklagten, dem nach dem Gesetz<sup>25</sup> dafür zuständigen Premierminister.<sup>26</sup> Der Beklagte erteilte die Genehmigung für die Anlage. Dagegen legten die Kläger, die Einwohner von Ikata und seiner Umgebung waren, Widerspruch ein. Da das Verfahren erfolglos war, stellten sie beim Gericht den Antrag, die Genehmigung aufzuheben. Nach Auffassung der Kläger war die Sicherheitsüberprüfung des Reaktors fehlerhaft, so dass mit der Erteilung der Genehmigung durch den

---

22 Zum Beispiel räumte der OGH im Urteil v. 1.7.1958, Minshū 12, 1612, für die Erteilung der Genehmigung für das Bohren nach Thermalwasser dem zuständigen Gouverneur einen Ermessensspielraum ein, weil eine fachlich-technische Entscheidung notwendig ist, wenn zu beurteilen ist, ob ein Genehmigungsantrag für den Schutz sowie die angemessene Nutzung der heißen Quellen verweigert werden soll. Vgl. auch OGH, 24.5.1967, Minshū 21, 1043.

23 So hat ein ehemaliger wissenschaftliche Mitarbeiter des OGH die Tendenz der neueren Rechtsprechung erklärt; Y. KAWAKAMI, *Sairyō shobun to shihō shinsa* [Ermessensverfügung und ihre gerichtliche Überprüfung] Hanrei Jihō 1932 (2006) 11 f.

24 OGH, 29.10.1992, Minshū 46, 1174.

25 *Kaku-genryō busshitsu, kaku-nenryō busshitsu oyobi genshi-ro no kisei ni kansuru hōritsu*, abk. *Genshi-ro tō kisei-hō* [Gesetz betreffend die Regulierung von nuklearen Rohstoffen, Kernbrennstoffen sowie Kernreaktoren], Gesetz Nr. 166/1957.

26 Nach dem *Genshi-ro tō kisei-hō* in der vor dem 25.11.1977 geltenden Fassung muss jemand, der ein Kernkraftwerk errichten möchte, beim Premierminister einen Antrag auf Genehmigung stellen (Art. 23 Abs. 1). Dabei darf der Premierminister diesen erst dann genehmigen, wenn die im Art. 24 Abs. 1 genannten Kriterien erfüllt sind.



Beklagten die Gefahr drohte, dass ihre Rechte auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Eigentum usw. verletzt würden.

Die erste<sup>27</sup> und auch die zweite Instanz<sup>28</sup> lehnten den Antrag der Kläger ab. Die Kläger legten dagegen Revision ein.

Der Revisionsantrag der Kläger wurde vom OGH abgewiesen. Dabei räumte der OGH dem für die Genehmigung zuständigen Premierminister einen Ermessensspielraum ein. Bemerkenswert sind hier die Gründe dafür: Nachdem der Gerichtshof erwähnt hatte, dass die Sicherheitsprüfung des Reaktors „eine umfassende Beurteilung ist, der höchst wissenschaftliche und fachlich-technische Kenntnisse aus verschiedenen Fächern zugrunde liegen“, führte er weiter an, dass nach dem einschlägigen Gesetzestext „der Premierminister bei der Erteilung der Genehmigung die Stellungnahme des Kernkraftausschusses anhören und beachten muss“.<sup>29</sup> Der Kernkraftausschuss ist ein Gremium, das beim Büro des Premierministers angesiedelt ist.<sup>30</sup> In dem Ausschuss gab es eine Fachkommission zur Überprüfung der Reaktorsicherheit, die nicht nur mit Staatsbediensteten der Behörden, sondern auch mit Wissenschaftlern und Praktikern mit Fachwissen besetzt war.<sup>31</sup> Der OGH achtete bei der Anerkennung des Ermessens besonders darauf, dass dieses spezielle Organ an dem Entscheidungsvorgang in der Verwaltungsbehörde beteiligt war.<sup>32</sup> Schließlich entschied er, dass die gerichtliche Überprüfung auf die Frage beschränkt sei, ob die Sicherheitsprüfung an einem schwerwiegenden Fehler oder Mangel leide, und dass sich die Verwaltungsentscheidung insgesamt als nachvollziehbar beurteilen lasse.

Nach der schweren Atomkatastrophe in Fukushima wird man die damalige Entscheidung in einem kritischen Licht sehen wollen.<sup>33</sup> Trotzdem

---

27 Distriktgericht (DG) Matsuyama, 25.4.1978, Hanrei Jihō 891 (1978) 38.

28 Obergericht (OG) Takamatsu, 14.12.1984, Hanrei Jihō 1136 (1984) 3.

29 Art. 24 Abs. 2 *Genshi-ro tō kisei-hō* a.F.

30 Der Kernkraftausschuss (*Genshi-ryoku I'in-kai*) wurde 1956 nach dem *Genshi-ryoku kihon-hō* (Grundgesetz für Kernenergie, Gesetz Nr. 186/1955) gegründet, um die Kernenergiepolitik demokratisch zu betreiben. Ihm wurde die Kompetenz zugestanden, über die Forschung, die Entwicklung sowie die Nutzung der Kernenergie zu planen, zu diskutieren und zu entscheiden.

31 Die Fachkommission zur Überprüfung der Reaktorsicherheit (*Genshi-ro Anzen Senmon Shinsa-kai*) wurde 1961 mit der Änderung des *Genshi-ryoku i'in-kai setchi-hō* (Gesetz zur Gründung des Kernkraftausschusses, Gesetz Nr. 88/1955) gegründet. Sie wurde später unter den Kernkraftsicherheitsausschuss (*Genshi-ryoku Anzen I'in-kai*) gezogen, als er 1978 als ein selbständiges Gremium für die Sicherheitsregulierung der Kernenergie vom Kernkraftausschuss getrennt wurde. Der Kernkraftsicherheitsausschuss wurde 2012 abgeschafft. Näher dazu siehe unten Fn. 33.

32 Deutlich etwa bei SHIONO (Fn. 20) 143.

33 Nach der Atomkatastrophe in Fukushima 2011 wurde das bisherige System für die Sicherheitsregulierung der Kernenergie komplett reformiert. Die Kriterien für die

bleibt die Entscheidung mit Blick auf das traditionelle Verständnis bemerkenswert, denn das Gericht begnügte sich eben nicht mit einem pauschalen Hinweis, sondern entwickelte sehr viel strengere Anforderungen für die Anerkennung des Ermessens.<sup>34</sup>

b) *Fall 2: Anerkennung als Opfer der Minamata-Krankheit*<sup>35</sup>

Bei dem zweiten Beispiel, einem Urteil aus dem Jahr 2013, hat der OGH trotz des fachlich-technischen Charakters der Entscheidung das behördliche Ermessen sogar verneint. In dem Fall ging es um die Anerkennung als Opfer der *Minamata-Krankheit*. Die *Minamata-Krankheit* ist eine chronische Vergiftung durch Methylquecksilberverbindungen, die in der Stadt Minamata in der Präfektur Kumamoto auftrat.<sup>36</sup> Die Ursache waren die Abwässer aus der Acetaldehyd-Fabrik des Chemiekonzerns Chisso. Zahlreiche Einwohner litten seit den Fünfzigerjahren an schweren Schädigungen des Gehirns sowie des zentralen Nervensystems und starben möglicherweise, weil sie Fische und Muscheln aus der Bucht von Minamata gegessen hatten. 1969 wurde eine Einrichtung etabliert, die für Gesundheitsschädigungen durch Umweltverschmutzungen, zu denen auch die *Minamata-Krankheit* zählte, finanzielle Unterstützung leistete.<sup>37</sup> Der Anspruch auf diese Leistung steht aber nach

---

Reaktorsicherheit sind strenger geworden, und die Kompetenz der Sicherheitsregulierung wurde ausschließlich an eine neu gegründete selbstständige Behörde des Umweltministeriums, und zwar den Kernkraftregulierungsausschuss (*Genshi-ryoku Kisei I'in-kai*), überlassen. Siehe dazu K. SHIMOYAMA, *Genshi-ryoku anzen kisei soshiki kaikaku to sono arikata ni kansuru ichi-kōsatsu* [Einige Überlegungen zur Reform der Organisation der Sicherheitsregulierung von Kernkraftwerken, und wie sie gestaltet werden sollte] *Hōsei Ronshū* (Nagoya University) 255 (2014) 634 ff.

34 Das *Ikata*-Urteil hatte einen großen Einfluss auf die spätere Rechtsprechung über die fachlich-technische Entscheidung der Verwaltung. Vgl. OGH, 29.8.1997, *Minshū* 51, 2921. Insbesondere für die Fälle über die Sicherheit der Kernenergie vgl. OG Nagoya (Zweigstelle Kanazawa), 27.1.2003, *Hanrei Jihō* 1818 (2003) 3; OGH, 30.5.2005, *Minshū* 59, 671; DG Kanazawa, 24.3.2006, *Hanrei Jihō* 1930 (2006) 25; DG Fukui, 14.4.2015, *Hanrei Jihō* 2290 (2015) 13.

35 OGH, 16.4.2013, *Minshū* 67, 1115.

36 Nach dem *Minamata*-Fall in Kumamoto ereignete sich Mitte der 1960er Jahre ein ähnlicher Fall einer Vergiftung mit Methylquecksilber aus einer Acetaldehyd-Fabrik auch in der Präfektur Niigata (sog. Niigata-Minamata-Krankheit oder zweite Minamata-Krankheit).

37 Die rechtliche Grundlage des Systems lag in einem Gesetz, *Kōgai ni kakaru kenkō higai no kyūsai ni kansuru tokubetsu sochi-hō* [Gesetz über die speziellen Hilfsmaßnahmen für die Gesundheitsschädigung durch Umweltverschmutzung], Gesetz Nr. 90/1969. Das Gesetz wurde 1974 von einem neuen Gesetz abgelöst, das *Kōgai kenkō higai hoshō-hō*, abk. *Kōken-hō* [Gesetz über den finanziellen Ausgleich für die Gesundheitsschädigung durch die Umweltverschmutzung], Gesetz Nr. 111/1973 heißt.

dem Gesetz nur jemandem zu, der durch den Gouverneur der Präfektur als Opfer der Umweltverschmutzung anerkannt worden ist. Die Klägerin hatte mehrmals beim Beklagten, dem Gouverneur der Präfektur Kumamoto, einen Antrag auf die Anerkennung als Opfer der Minamata-Krankheit gestellt. Alle Anträge wurden aber abgelehnt.<sup>38</sup> Da das Widerspruchsverfahren erfolglos war, hatte die Klägerin beim Gericht die Klage erhoben.<sup>39</sup> Dabei hatte sie die Zurücknahme der bisherigen Ablehnungsentscheidungen und zudem die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Anerkennung der Klägerin als Opfer der Minamata-Krankheit beantragt.<sup>40</sup>

Während die Klage in der ersten Instanz Erfolg hatte,<sup>41</sup> scheiterte die Klägerin in der zweiten Instanz.<sup>42</sup> Wieder kam es auf die Rechtsauffassung des OGH im Revisionsverfahren an.

Bei der Anerkennung als Opfer der Minamata-Krankheit geht es vornehmlich um die Frage, ob die Symptome des Antragstellers vom verseuch-

---

38 In der Verwaltungspraxis war eine amtliche Mitteilung bei der Anerkennung als Opfer von Bedeutung, die 1977 durch den Zuständigen in der damaligen Umweltbehörde erteilt wurde. Vgl. *Kōten-sei minamata-byō no handan jōken ni tsuite* [Zu den Bedingungen für die Anerkennung der erworbenen Minamata-Krankheit], Kanhogyō Nr. 262/1977. Nach ihr sollte das Opfer normalerweise nicht nur ein Symptom, sondern eine Kombination mehrerer Symptome wie Gefühlsstörungen in den Händen oder Füßen, Ataxie, Gleichgewichtsstörungen oder Gesichtsfeldeinschränkungen aufweisen. Damit wurde der Antrag von jemandem, der wie die Klägerin nur an Gefühlsstörungen litt, grundsätzlich abgelehnt. Vgl. dazu T. ŌTSUKA, *Minamata-byō no gainen (byōzō) ni kansuru hōteki mondai ni tsuite* [Über die rechtlichen Probleme des Begriffs Minamata-Krankheit (Krankheitsbild)], *Hōgaku Kyōshitsu* 376 (2012) 42 f.

39 Seit langem haben diejenigen Erkrankten, welche die gesetzliche Finanzhilfe nicht erhalten konnten, gegen Chisso oder den Staat Japan sowie die Präfektur Kumamoto Klagen auf Schadenersatz erhoben. Dabei haben sie behauptet, dass die Kriterien der amtlichen Mitteilung 1977 für die Anerkennung der Krankheit zu streng seien. Zu diesem Vorwurf haben die Gerichte unterschiedliche Meinungen geäußert. 2004 hat das OG Ōsaka aber ausgeführt, dass jemand, der nur an Gefühlsstörungen leidet, auch als Opfer anerkannt werden müsse (OG Ōsaka, 27.4.2001, Hanrei Jihō 1761 (2001) 3). Dem hat der OGH zugestimmt (OGH, 15.10.2004, Minshū 58, 1802). Allerdings wurde die amtliche Mitteilung danach noch aufrechterhalten, sodass die Kriterien zur Anerkennung der Minamata-Krankheit zwischen Verwaltung und Rechtsprechung unterschiedlich blieben; vgl. ŌTSUKA (Fn. 38) 43 f. Im vorliegenden Fall ging das Gericht anders als bei einer Schadenersatzklage direkt auf die Frage ein, ob das Krankheitsbild der Verwaltung richtig ist.

40 Neben dem Verfahren in Ōsaka erhob auch eine Klägerin in Kumamoto eine Klage auf Anerkennung als Opfer der Minamata-Krankheit. Der OGH traf an demselben Tag eine ähnliche Entscheidung (OGH, 16.4.2013, Shūmin 243 (2013) 329).

41 DG Ōsaka, 16.7.2010, Hanrei Chihō Jichi 341 (2010) 36.

42 OG Ōsaka, 12.4.2012, Shōmu Geppō 59, 209 Fall 2. Da die Klägerin im März 2013 gestorben war, nahm ihr Kind als Rechtsnachfolger das Verfahren auf.

ten Meereswasser verursacht wurden. Um diesen Kausalzusammenhang bestätigen zu können, ist nicht medizinisches, sondern auch epidemiologisches Fachwissen erforderlich. Dafür wurde ein Beratungsausschuss errichtet, der aus Sachverständigen, Ärzten und Juristen besteht.<sup>43</sup> Nach dem Gesetz muss der Gouverneur bei der Anerkennung der Gesundheitsschädigung die Stellungnahme des Ausschusses anhören. In Anbetracht dieser Punkte hatte die zweite Instanz, das Obergericht Ōsaka, dem Beklagten einen Ermessensspielraum zugestanden. Das Gericht war der Auffassung, dass dem Beklagten nach den Grundsätzen des *Ikata*-Urteils ein Gestaltungsspielraum zustand. Der OGH hob jedoch die Entscheidung des Obergerichts auf. Im Fall Minamata lehnte er die Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle ab, weil die Anerkennung der Krankheit nur „ein Akt [ist], bei dem objektiv bestimmte Tatsachen in der Gegenwart oder Vergangenheit festzustellen“ sind. Aufgrund dieser Auffassung gelangte er zum Ergebnis, dass die Gerichte selber beurteilen können, „ob es den Kausalzusammenhang zwischen den konkreten Symptomen und den schädlichen Stoffen im Einzelfall gibt oder nicht“.<sup>44</sup>

In dem Urteil hat der OGH unterstrichen, dass nicht bei allen fachlich-technischen Verwaltungsentscheidungen ein Ermessen anzuerkennen ist, selbst wenn ein spezielles, sachverständiges Organ an dem Entscheidungsvorgang beteiligt ist. Über den Unterschied zum *Ikata*-Urteil, in dem aufgrund der Beteiligung des Kernkraftausschusses an der Entscheidung dem Premierminister ein Ermessensspielraum eingeräumt wurde, lässt sich vermuten, dass die Sicherheitsprüfung des Reaktors sich nicht auf die objektive Feststellung von vergangenen oder gegenwärtigen Tatsachen beschränkt, sondern auch Prognosen über die Zukunft umfasst.<sup>45</sup> Außerdem hängt vieles

---

43 Art. 4 Abs. 1 und 2 *Kōken-hō*. Der Beratungsausschuss, *Kōgai Kenkō Higai Nintei Shinsa-kai* [Ausschuss zur Überprüfung über die Anerkennung der Gesundheitsschädigung durch Umweltverschmutzung], besteht in allen Präfekturen oder großen Städten, in denen es durch die Regierungsverordnung als umweltverschmutzt bestimmte Orte (*seirei shitei toshi*) gibt.

44 Der OGH hat die amtliche Mitteilung 1977 nicht gänzlich ignoriert oder für falsch erklärt, sondern insoweit ihre Bedeutung bestätigt, als sie nur die typischen Fälle der Minamata-Krankheit erfasse und damit nicht darauf abzielt, die atypischen Fälle wie den, dass man nur Gefühlsstörungen hat, auszuschließen. Kritisch dagegen aber T. SHIMAMURA, *Kōgai kenkō higai no hoshō tō ni kansuru hōritsu tō ni okeru minamata-byō no gainen (2)* [Über den Begriff Minamata-Krankheit im Gesetz über den finanziellen Ausgleich für die Gesundheitsschädigung durch Umweltverschmutzung (Teil 2)], *Hōgaku Kyōshitsu* 397 (2013) 47.

45 T. SHIMAMURA, *Kōgai kenkō higai no hoshō tō ni kansuru hōritsu tō ni okeru minamata-byō no gainen (1)* [Über den Begriff Minamata-Krankheit im Gesetz über den finanziellen Ausgleich für die Gesundheitsschädigung durch Umweltverschmutzung (Teil 1)], *Hōgaku Kyōshitsu* 396 (2013) 43 f.

von den als maßgeblich erachteten Grenzwerten ab, und diese lassen sich nicht objektiv bestimmen.<sup>46</sup>

#### IV. ÜBERLEGUNGEN ZUR ENTWICKLUNG DER RECHTSPRECHUNG

Die neuere Rechtsprechung findet große Unterstützung in der Literatur, denn auch dort mehren sich die Stimmen, nach denen das Vorliegen oder Nichtvorliegen des Verwaltungsermessens vorsichtiger beurteilt werden soll.<sup>47</sup> Allerdings fehlt es dabei an der gebotenen theoretischen Reflektion, insbesondere an einer eingehenden verfassungsrechtlichen Betrachtung, denn nur aus ihr lassen sich verlässliche Kriterien für die Einräumung behördlicher Gestaltungsspielräume entwickeln. Es ist ein entscheidender Mangel der OGH-Rechtsprechung, dass der OGH bislang die Einbeziehung dieser Perspektive versäumt hat. Im Folgenden wird deshalb versucht, sich mit Hilfe der deutschen Ermessenslehre mit diesen Aspekten zu befassen, da in Deutschland das Verfassungsrecht für den Umgang mit behördlichem Ermessen eine große Rolle spielt.

##### 1. Bedeutung des Verfassungsrechts in der deutschen Lehre

Wie bereits eingangs erwähnt, wird die vollständige Überprüfung der behördlichen Entscheidung durch Verwaltungsgerichte in Deutschland als ein verfassungsrechtlicher Grundsatz angesehen.<sup>48</sup> Die Auslegung und Anwendung der Rechtsbegriffe auf der Tatbestandseite, auch wenn sie gesetzlich nicht eindeutig bestimmt sind, fällt grundsätzlich in die Zuständigkeit des

---

46 SHIMAMURA (Fn. 45) 43 weist auch darauf hin, dass es keine „absolute Sicherheit“ gibt, so dass bei der Überprüfung der Reaktorsicherheit auch „die Grenze der gesellschaftlichen Zumutbarkeit“ berücksichtigt werden müsse.

47 Vgl. S. TAKAHASHI, *Gyōsei sairyō-ron ni kansuru jakkan no kōsatsu* [Mehrere Überlegungen zur Ermessenslehre], in: FS für H. Minami zum 70. Geburtstag (1999) 339 ff.; zuletzt auch O. NISHIGAMI, *Sairyō handan ni okeru senmon kikan no ichi* [Zur Stellung des sachverständigen Organs in Ermessensentscheidungen], *Hōgaku Zasshi* (Osaka City University) 62 (2016) 422 f.

48 Vgl. W.-R. SCHENKE, Art. 19 Abs. 4, in: Kahl u. a. (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (Heidelberg 2009) Rn. 491; H.-J. PAPIER, §177 Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VIII (3. Aufl., Heidelberg 2010) Rn. 68; F. SCHOCH, § 50 Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Hoffmann-Riem u. a. (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. III (2. Aufl., München 2013) Rn. 258 ff.; H. SCHULZE-FIELITZ, Art. 19 Abs. 4, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. I (3. Aufl., Tübingen 2013) Rn. 116; P. M. HUBER, Art. 19 Abs. 4, in: v. Mangoldt u. a. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar* Bd. I (7. Aufl., München 2018) Rn. 508 ff.

Verwaltungsgerichts.<sup>49</sup> Deshalb kommt bei unbestimmten Rechtsbegriffen nur ganz ausnahmsweise die Annahme eines Beurteilungsspielraums in Betracht.<sup>50</sup> Im Unterschied dazu wird die Verwaltung bezüglich der Ermessensausübung durch den Gesetzgeber dazu ermächtigt, indem dieser auf die Begriffe „kann“ oder „soll“ zurückgreift.<sup>51</sup> Nach diesem Regel-Ausnahme-Prinzip wurde in der Rechtsprechung des BVerwG lange Zeit der Beurteilungsspielraum auf einige wenige Fälle beschränkt, und zwar Prüfungsentscheidungen, prüfungsähnliche Entscheidungen insbesondere im Schulbereich, beamtenrechtliche Beurteilungen und wertende Entscheidung von Gremien, die mit Sachverständigen und Interessenvertretern besetzt sind.<sup>52</sup>

In den letzten Jahrzehnten wird aber neben diesen traditionellen Fallgruppen über die allgemeinen Kriterien für den Beurteilungsspielraum diskutiert.<sup>53</sup> Die Entwicklung solcher Kriterien ist deswegen notwendig, weil in Gesetzestexten immer mehr unbestimmte Rechtsbegriffe auftreten; dies gilt insbesondere für das Umwelt- oder Wirtschaftsrecht.<sup>54</sup> In diesem

---

49 BVerfG, 16.10.1957, BVerfGE 7, 129 (154); BVerfG, 28.6.1983, BVerfGE 64, 261 (279); BVerfG, 17.4.1991, BVerfGE 84, 34 (49 f.).

50 Zu den unbestimmten Rechtsbegriffen und den Beurteilungsspielräumen vgl. H. MAURER/C. WALDHOFF, § 7 – Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, in: ders./ders., Allgemeines Verwaltungsrecht (19. Aufl., München 2017) Rn. 26 ff.; H. A. WOLFF, § 114 – Nachprüfung von Ermessensentscheidungen, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung (5. Aufl., Baden-Baden 2018) Rn. 286 ff.; S. DETTERBECK, § 8 – Ermessen, Beurteilungsspielraum und unbestimmter Rechtsbegriff, in: ders., Allgemeines Verwaltungsrecht (17. Aufl., München 2019) Rn. 348 ff.

51 Die Unterscheidung zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum geht auf die Diskussion in der Mitte der 1950er Jahre zurück. Vgl. O. BACHOF, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 97 ff.; C. H. ULE, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: GS für W. Jellinek (München 1955) 309 ff.

52 MAURER/WALDHOFF, (Fn. 50) Rn. 37 ff. Die Fälle der Beurteilungsspielraums werden aber nach der Literatur unterschiedlich klassifiziert. Vgl. auch WOLFF (Fn. 50) Rn. 316 ff.; DETTERBECK (Fn. 50) Rn. 362 ff.

53 M. EIFERT, Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung: Ermessen, Beurteilungsspielräume sowie Planungsentscheidungen und ihre gerichtliche Kontrolle, Zeitschrift für das Juristische Studium 2008, 340, räumt einerseits die Entlastungsfunktion der Fallgruppen bei der Anerkennung des Beurteilungsspielraums ein, spricht aber andererseits auch von deren Problem, dass „für die einzelnen Normen [...] die Auslegung dann letztlich durch die Zuordnung zu Fallgruppen ersetzt [wird]“. Vgl. auch DERS., Die gerichtliche Kontrolldichte der Entscheidungen der Bundesnetzagentur, Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 174 (2010) 460.

54 Vgl. F. OSSENBÜHL, Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, in: FS für Redeker zum 70. Geburtstag (München 1993) 60. Zuletzt auch W. KAHL/M. BURS, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht (Teil I), Deutsches Verwaltungsblatt 2016, 1157 f.; U. RAMSAUER,

Zusammenhang ist die sogenannte normative Ermächtigungslehre mittlerweile herrschend geworden, nach welcher der behördliche Beurteilungsspielraum nur durch gesetzgeberische Ermächtigung angenommen werden soll.<sup>55</sup> Auch das BVerfG hat in seinen jüngeren Entscheidungen den Grundgedanken der normativen Ermächtigungslehre aufgegriffen und für die Annahme eines behördlichen Beurteilungsspielraums verlangt, dass sich dieser „ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben oder durch Auslegung hinreichend deutlich zu ermitteln“ sein müsse.<sup>56</sup> Zwar ist die ausdrückliche Ermächtigung durch Gesetze selten, aber bei der Ermittlung der Ermächtigung durch Auslegung<sup>57</sup> sollen nach der Literatur und Rechtsprechung die folgenden Merkmale zu berücksichtigen sein: die Eigenart des betroffenen Sachbereichs, die Struktur der potentiell ermächtigenden Norm, die Dichte des in ihr angelegten behördlichen Entscheidungsprogramms, welches komplexe Wertungs- und Prognosenotwendigkeiten beinhalten kann, sowie die besondere organisatorische und verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Aufgabenerfüllung.<sup>58</sup> Dabei bilden die Besonderheiten des Sachbereichs, z. B. „hohe Komplexität oder besondere Dynamik der geregelten Materie“, immer den Ausgangspunkt, an die behördliche Letztentscheidungskompetenz zu denken.<sup>59</sup> Jedoch können sie allein nicht zur Rücknahme der ge-

---

Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland 2019, 162.

- 55 Zur normativen Ermächtigungslehre vor allem vgl. E. SCHMIDT-ASSMANN, Art. 19 Abs. 4, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar (München 2014) Rn. 184 ff. Vgl. auch R. WAHL, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte. Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1991, 410 ff.; M. JESTAEDT, § 11 Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (15. Aufl., Berlin 2016) Rn. 34 ff; MAURER/WALDHOFF (Fn. 50) Rn. 33 f.
- 56 BVerfG, 31.5.2011, BVerfGE 129, 1 (22 f.).
- 57 Kritiker der normativen Ermächtigungslehre betrachten allerdings skeptisch, ob eine – nicht vermeintliche – Ermächtigung durch den Gesetzgeber bei der Auslegung wirklich entnommen werden kann; vgl. z. B. F. OSSENBÜHL, § 10 Rechtliche Gebundenheit und Ermessen der Verwaltung, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (12. neu bearbeitete Aufl., Berlin 2002) Rn. 33; R. POSCHER, Geteilte Missverständnisse. Theorie der Rechtsanwendung und des Beurteilungsspielraums der Verwaltung – zugleich eine Kritik der normativen Ermächtigungslehre, in: FS für Wahl zum 70. Geburtstag (Berlin 2011) 549 ff.; WOLFF (Fn. 50) 306.
- 58 A. PROELSS, Das Regulierungsermessen. Eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, Archiv des öffentlichen Rechts 136 (2011) 414 f. Vgl. auch T. V. DANWITZ, Die gerichtliche Kontrolle der Entgeltregulierung im Post- und Telekommunikationsrecht, Deutsches Verwaltungsblatt 2003, 1412; J.-P. SCHNEIDER, § 22 Rechtsschutz im Regulierungsverwaltungsrecht, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht (Tübingen 2010) Rn. 23.
- 59 BVerfG, 17.4.1991, BVerfGE 84, 34 (50).

richtlichen Überprüfung führen.<sup>60</sup> Der Beurteilungsspielraum kann nicht aus einem solchen abstrakten Grund der Verwaltung eingeräumt werden, sondern er muss mit konkreten und sachgerechten Gründen gerechtfertigt werden.<sup>61</sup> Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in der deutschen Lehre von den behördlichen Gestaltungsspielräumen das Verfassungsrecht, und zwar Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, als Argumentationslastregel fungiert, um zu gewährleisten, dass die Abweichung von dem Grundsatz der gerichtlichen Vollkontrolle stets hinreichend begründet werden muss.<sup>62</sup>

## 2. *Analyse der japanischen Rechtsprechung*

In Japan war lange Zeit eine Tendenz vorherrschend, dass ein umfangreicher Ermessensspielraum aus einem abstrakten Grund zugestanden wurde. Dies lag daran, dass der verfassungsrechtliche Grundsatz der vollständigen Überprüfung durch das Gericht nicht anerkannt war und stattdessen die funktionsadäquate Kompetenzverteilung zwischen Verwaltung und Rechtsprechung als wünschenswert angesehen wurde. Aber die bisherige Tendenz ist aus der verfassungsrechtlichen Perspektive fraglich, denn auch die japanische Verfassung dürfte, wie das deutsche Grundgesetz, voraussetzen, dass die Verwaltungsentscheidung grundsätzlich im vollen Umfang der gerichtlichen Kontrolle untergeordnet werden muss. Das liegt umso näher, als in beiden Verfassungen das Rechtsstaatsprinzip eingeführt und dessen Gedanke in den einzelnen verfassungsrechtlichen Regelungen konkretisiert wurde.<sup>63</sup>

Wenn dem so ist, muss die Kategorie des fachlich-technischen Ermessens in der japanischen Lehre als verfassungsrechtlich äußerst fragwürdig erscheinen. Schon früher wurde sie von einigen Autoren kritisiert, weil das

---

60 Vgl. WAHL (Fn. 55) 411; F. GONSIOR, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse. Behördenorganisation und Verwaltungsverfahren als Mittel zur Kompensation materiell-rechtlicher Defizite am Beispiel der Bundesnetzagentur im Telekommunikationsrecht (Tübingen 2018) 107.

61 BVerfG, 31.5.2011 (Fn. 56) 22 f., 31 f., forderte auch einen hinreichend gewichtigen, tragfähigen Sachgrund für das behördliche Letztentscheidungsrecht.

62 SCHULZE-FIELITZ (Fn. 48) Rn. 128.

63 Allerdings ist es nicht so einfach, den materiellen Grund dafür zu erklären, dass die Gerichte die administrativen Entscheidungen grundsätzlich vollständig kontrollieren können. Nach POSCHER (Fn. 57) 532 leidet die deutsche Lehre bisher häufig am „*deus ex machina*“, soweit sie die gerichtliche Vollkontrolle einfach so begründen will, dass „Art. 19 Abs. 4 GG eine umfassendere Kontrolle fordert“. Bemerkenswert ist in diesem Punkt die Lehre von FUJITA (Fn. 3) 79 ff., die auf das spezielle Verfahren der Gerichte fokussiert ist. Er definiert das Gerichtsverfahren als Lösung des Konflikts zwischen beiden Parteien. Hier müsse das Gericht die Behauptungen der Parteien unabhängig davon umfassend überprüfen, ob die vorliegende Sache einen fachlich-technischen Charakter habe. Vgl. auch POSCHER (Fn. 57) 536 ff.



Gericht auch in der Lage sei, sich mit den fachlich-technischen Fragen auseinanderzusetzen.<sup>64</sup> Dieser Vorwurf kann jetzt verfassungsrechtlich bestätigt werden. Zwar ist allgemein gesprochen die Erkenntnis zutreffend, dass die Verwaltungsbehörden besser in der Lage sind, Fachwissen zu generieren, als ein Gericht dies zu tun vermag. Aber dies gilt nicht immer. Der fachlich-technische Charakter der Entscheidung ist deshalb ein zu grobes Kriterium, um das Vorliegen des Verwaltungsermessens bejahen zu können. Wenn diese Kategorie für die Beschränkung der gerichtlichen Überprüfung trotzdem verwendet wird, so widerspricht sie dem verfassungsrechtlich garantierten Grundsatz der vollständigen gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen.

Vor diesem Hintergrund ist die neuere Rechtsprechung des OGH positiv einzuschätzen. Denn sie bricht mit dem überkommenen Verständnis des fachlich-technischen Ermessens. In der heutigen Gesellschaft entwickelt sich zwar die Technologie immer stärker, und dementsprechend wird das Fachwissen immer komplizierter. Dies führt aber nicht einfach zu einer Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle, weil dieses Phänomen nicht nur für das Gericht, sondern auch für die Behörde eine Herausforderung darstellt. Wichtig ist vielmehr, sorgfältig zu überlegen, welche Elemente ausnahmsweise eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle rechtfertigen können.<sup>65</sup>

## V. FAZIT

Aus den bisherigen Überlegungen können Schlüsse darauf gezogen werden, dass der fachlich-technische Charakter der Entscheidung bei der Anerkennung des Ermessens nicht entscheidend ist, sondern nur eine heuristische Bedeutung hat. Die Entwicklung der neueren Rechtsprechung sollte daher weiterverfolgt werden. Dabei ist es schwierig, die äußerst unterschiedlichen Kriterien, die bisher von den Gerichten vertreten wurden, wie die Wertungs- und Prognosenotwendigkeiten oder eine besondere Verfahrens- und Organisationsgestaltung, plausibel zu ordnen.<sup>66</sup> Dies bleibt eine wichtige Aufgabe.

---

64 Allgemein dazu MIYATA (Fn. 3) 351; FUJITA (Fn. 3) 76 f. Besonders zur Einräumung eines Verwaltungsermessens bei der Sicherheitsprüfung des Kernkraftwerks H. TAKAGI, *Gijutsu kijun to gyōsei tetsuzuki* [Technische Vorschriften und Verwaltungsverfahren] (Tōkyō 1995) 3 ff.

65 In der Literatur finden sich schon einige Untersuchungen, die das fachlich-technische Ermessen konkretisieren. Zum Beispiel teilt MIYATA (Fn. 3) 351 ff. die bisherigen Fälle in drei Kategorien ein, und zwar in die normalen, hohen und extrem hohen Grade des fachlich-technischen Wissens, und schlägt jeweils unterschiedliche Kriterien für die Einräumung des Ermessens vor.

66 Hierzu schlägt z.B. GONSIOR (Fn. 60) 108 ff. vor, Erkennungsmerkmale und Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen von administrativen Letztentscheidungsbefugnissen zu

## ZUSAMMENFASSUNG

Das „fachlich-technische Ermessen“ wurde in der Literatur und Rechtsprechung zum japanischen Verwaltungsrecht nach dem Zweiten Weltkrieg als eine Kategorie des Verwaltungsermessens entwickelt. An diesem recht abstrakten Konzept gab es aber auch Kritik, da befürchtet wurde, dass es einen sehr weitreichenden Ermessensspielraum der Verwaltung eröffnen könne. In diesem Zusammenhang ist es bemerkenswert, dass der japanische Oberste Gerichtshof in den letzten Jahren neue Kriterien für das fachlich-technische Ermessen entwickelt hat: In seinen neueren Entscheidungen begnügt sich der Gerichtshof nicht mit der Feststellung des fachlich-technischen Charakters der Entscheidung, welche generell die Einräumung eines weitreichenden Ermessens als Folge hätte, sondern er fragt nach den konkreten Gründen, nach denen der Verwaltung ein Ermessen im individuellen Fall einzuräumen ist.

In der vorliegenden Abhandlung wird diese Entwicklung der Rechtsprechung dargestellt und diskutiert, wie sie zu bewerten ist. Dabei erscheint es sinnvoll, die deutsche Ermessenslehre zum Vergleich heranzuziehen, denn in Deutschland ist es aufgrund der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht erlaubt, der Verwaltung einen dem japanischen „fachlich-technischen Ermessen“ vergleichbaren unangemessen umfangreichen Spielraum einzuräumen. Im Gegensatz dazu hat sich in Japan wegen der getrennt geführten Diskussionen zum Verwaltungs- und zum Verfassungsrecht jedoch keine strenge Regel für die Handhabung von Ermessensspielräumen entwickelt. Da aber die japanische Verfassung zu dem Umfang und der Intensität der gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung nicht schweigt, sollte auch die Ermessenslehre die verfassungsrechtlichen Vorgaben in den Blick nehmen und die Einräumung von Ermessen nach verfassungsrechtlichen Maßstäben ausgestalten. Auch wenn dies aus den Urteilsbegründungen nicht hervorgeht, erscheint es klar, dass die neuere Entwicklung der japanischen Rechtsprechung auch verfassungsrechtlich geboten ist.

## SUMMARY

The notion of “professional-technical discretion” was developed in both academic literature and case law after World War II as a category of administrative discretion. However, there was also criticism of such an abstract concept because it could give administrative authorities a very wide margin of discretion. In this context, it is noteworthy that in recent years the Japanese Supreme

---

trennen. Nach ihm könne eine finale Normstruktur oder eine schwache materielle Regelungsdichte die einfachrechtliche Grundlage für administrative Letztentscheidungsbefugnisse darstellen, aber die Absenkung der gerichtlichen Kontrolldichte nicht rechtfertigen, während die besonderen Organisations- und Verfahrensregelungen eine Doppelstellung haben.

*Court has developed new criteria for professional-technical discretion: in its recent opinions the Supreme Court has expressed its dissatisfaction with administrative rulings that simply announce the technical nature of a decision and generally call for broad discretion; the Court has instead asked for specific reasons why the administration is to be granted such discretion in the individual case at hand.*

*This paper gives an overview of the relevant court decisions and considers how these developments should be evaluated. In doing so, it makes sense to refer to the German doctrine of discretion as a basis for comparison, as the constitutional right to legal remedies in the German Constitution (Grundgesetz) (Article 19 paragraph 4 sentence 1) does not allow for an extensive scope of administrative discretion similar to “professional-technical discretion”. By contrast, Japanese law has not developed a strict rule on the existence of discretion because academic treatment in the fields of administrative law and constitutional law occurs in an isolated and unintegrated manner. As, however, the Japanese Constitution is not silent on the scope and intensity of judicial review, the doctrine of administrative discretion should take constitutional requirements into consideration, and the admission of discretion should be structured in accordance with constitutional standards. Although not discussed in court decisions, it seems apparent that the recent line of court rulings in Japan is required also from a constitutional perspective.*

*(The Editors)*