

# Die grundrechtliche Kontrolle der Verwaltung und Grundrechtsschutz in Japan

TAKATA Michiko\*

## I. Einleitung

Es ist im modernen Verfassungsstaat unstreitig, dass alle Staatsgewalt, also auch die vollziehende Gewalt, an die Verfassung und damit auch an die Grundrechte gebunden ist. Dies ist in Art. 98 der japanischen Verfassung von 1947 (JV) festgelegt, danach diese Verfassung die oberste Norm in der innerstaatlichen Rangordnung sei und alle andere Normen und staatliche Akte nicht wirksam seien, wenn sie den verfassungsrechtlichen Bestimmungen entgegenstehen.<sup>1)</sup>

Jedoch fehlte es in Japan lange Zeit an einer systematischen und rechtsdogmatischen Auseinandersetzung mit Art. 98 und seiner Bedeutung für das Handeln der Verwaltung. Vielmehr bestand seit jeher ein gewisses wissenschaftliches Vakuum zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht<sup>2)</sup>: Während sich die Verfassungsrechtler im Zusammenhang mit Grundrechten vornehmlich mit der Frage des Grundrechtseingriffs durch Gesetz beschäftigen, konzentrieren sich die Verwaltungsrechtler auf die Konformität des Verwaltungshandelns mit dem einfachen Gesetzesrecht.<sup>3)</sup> In den letzten Jahren hat sich aber diese Situation dahingehend verändert, dass die Rechtsprechung begonnen hat, die Wirkung der Grundrechte auf das Verwaltungshandeln zu analysieren. Diese Entwicklung findet in der Rechtswissenschaft zwar allgemein Zustimmung, wirft jedoch gleichzeitig viele Fragen auf.

Im Folgenden sollte zuerst diese neuere japanische Entwicklung des Grundrechts-

---

\* Prof. Dr. Michiko Takata, Juristische Fakultät, Chukyo Universität, Nagoya.

1) Zur Geschichte der japanischen Verfassungen seit dem 19. Jahrhundert vgl. *M. Ôishi*, *Nihon Kempô Shi* [Japanische Verfassungsgeschichte], 2. Aufl., 2005, S. 45ff.; *H.-P. Marutschke*, Einführung in das japanische Recht, 2. Aufl., 2009, S. 27ff.

2) Insbesondere seit dem zweiten Weltkrieg ist die wissenschaftliche Kommunikation zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrechtlern in Japan eher gering. Vgl. *K. Kambashi*, *Gyôseihô to Kempô* [Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht], M. Okada u.a. (Hrsg.), *Gendaigyôseihô no Kisoriron*, 2016, S. 60ff.

3) Vgl. *G. Shishido*, *Sairyôron to Jinkenron* [Die Ermessens- und Grundrechtstheorie], *Kôhō Kenkyū* Nr. 71, 2009, S. 100; *Y. Watanabe*, *Kempô jyô no Kenri to Gyôsei Sairyô Shinsa* [Grundrechte in der gerichtlichen Überprüfung des Verwaltungsermessens], Hasebe u.a. (Hrsg.), FS für K. Takahashi zum 70. Geburtstag, 2013, S. 327.

schutzes in Bezug auf die grundrechtliche Kontrolle der Verwaltung dargestellt werden (unten II.). Danach wird einmal der Blick auf die Diskussion in der deutschen Literatur und Rechtsprechung geworfen, wo auf die Bedeutung der Grundrechtsbindung der Verwaltung intensiv eingegangen wird (III.). Zum Schluss wird es deutlich, was wir vom deutschen Recht lernen können (IV.).

## II. Neuere Entwicklung des Grundrechtsschutzes in Japan

### A. Ein ungeklärtes Thema: Grundrechtsbindung der Verwaltung

Abschnitt III (Art. 10 bis 40) der JV enthält einen umfangreichen Katalog von Grundrechten. Dass diese keine reinen Programmsätze sind, sondern für jede Form staatlicher Gewaltausübung unmittelbar gelten, ist außer Frage. Jedoch fehlt es in Japan an einer intensiveren Auseinandersetzung mit der konkreten Ausprägung der Grundrechtsbindung der Verwaltung. Einerseits ist in der Verfassungsrechtswissenschaft mit diesem Thema kaum beschäftigt im Gegensatz zur Grundrechtsbindung der Legislative.<sup>4)</sup> Dahinter steht eine Annahme, dass das Verwaltungshandeln in den Grenzen des verfassungsmäßigen einfachen Gesetzes automatisch Verfassungskonformität bedeute. Unter dieser Voraussetzung würde es überflüssig, die Verfassungsmäßigkeit der Exekutive neben der der Legislative zu fragen.<sup>5)</sup> Andererseits ist es in der Verwaltungswissenschaft tendenziell übersehen, dass die Verwaltung nicht nur an das einfache Gesetz, sondern auch an das Verfassungsrecht, sprich die Grundrechte gebunden ist. Dies mag daran liegen, dass die Verwaltung als Grundlage ihres Handelns statt auf das eher ferne und übergeordnete Verfassungsrecht, die näherliegende einfachgesetzliche Regelungen zurückgreift.<sup>6)</sup> Deshalb bleibt die Frage bislang noch ungeklärt, ob und wie die Grundrechte bei der Rechtsanwendung durch Verwaltung funktionieren sollen.

### B. Mittelbare Grundrechtsanwendung in der Rechtsprechung des OGH

Dementsprechend haben sich auch die japanische Gerichte bisher mit der Frage nach der Grundrechtsbindung der Verwaltung nicht beschäftigt,<sup>7)</sup> obwohl sie auf Grund des Art.

---

4) Siehe oben Fn. 3.

5) So z.B. *M. Kimizuka*, *Hôreiiken* [Verfassungswidrigkeit des Gesetzes im Ganzen], *Yokohama Law Review* Bd. 20 Nr. 3, 2012, S. 35ff. Dagegen ist aber *N. Ashibe*, *Kempô Soshô no Riron to Gijyutsu* [Theorie und Praxis des Verfassungsprozesses], *Kôhō Kenkyū* Nr. 37, 1976, S. 42ff.

6) *Kambashi*, a.a.O. (Fn. 2), S. 62 nennt diesen Gedanken das Prinzip des „Vorzugs der Gesetzesanwendung“ oder der „Subsidiarität der Verfassungsanwendung“. Siehe auch das Gespräch zwischen Verwaltungs- und Verfassungsrechtler in *Gyôseiho*. *Kempô tonô Kyôtsûten to Sôiten* [Gemeinsamkeit und Unterschied vom Verwaltungs- mit dem Verfassungsrecht], *Hôgaku Kyôshitsu* Nr. 396, 2012, S. 11ff. [das Gespräch zwischen H. Harada und E. Sasada]

7) In einigen Gerichtsentscheidungen wurden zwar durchaus Grundrechte angesprochen, sie haben jedoch keine große Rolle gespielt. Zur Rechtsprechung bis zu den 1980er Jahren vgl. *Watanabe*, *Kihonken to Gyôsei Sairyô Shinsa* [Grundrechte und die Kontrolle des Verwaltungsermessens], in: *ders./Shishido/* ↗

81 JV die Verfassungskonformität nicht nur von Gesetzen, sondern auch von Verordnungen oder Verwaltungsakten überprüfen können.<sup>8)</sup>

Jedoch gab es nun in der neueren Rechtsprechung einige Entscheidungen, in denen bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungshandeln die Grundrechte bei der Auslegung und Anwendung der einfachen Gesetze intensiv berücksichtigt wurden.<sup>9)</sup> Als ein typisches Beispiel gilt hier das Urteil des obersten Gerichtshofs (OGH) vom 8. März 1996 zu nennen.<sup>10)</sup> In dem Fall ging es darum, dass ein Schüler, der den Zeugen Jehovas angehörte, im Zuge einer Disziplinarstrafe von der öffentlichen technischen Fachschule verwiesen wurde, weil er aus Glaubensgründen nicht an einer Kampfsportübung (*Kendō*) im obligatorischen Sportunterricht teilgenommen hatte.

Zwar steht dem Schulpräsidenten bei der Verhängung von Disziplinarstrafen ein weitgehender Verwaltungsermessens zu, der auch den Schulverweis mit umfasst. Der OGH hat jedoch die in diesem Fall gewählte Disziplinarstrafe wegen Ermessensüberschreitung für rechtswidrig erklärt. Hierzu hat der OGH ausgeführt, dass die schweren Folgen eines Schulverweises für den betroffenen Schüler besondere Zurückhaltung beim Einsatz dieser Maßnahme verlange.<sup>11)</sup> Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme sei aber auch die Religionsfreiheit des Schülers zu berücksichtigen<sup>12)</sup>, da ihn die gewählte Disziplinarmaßnahme in eine Zwangslage versetze, sich entweder gegen seinen Glauben zu entscheiden oder die Schule zu verlassen.<sup>13)</sup>

### C. Unterschiedliche Reaktionen in der Literatur

Dieses Urteil wurde in der Literatur grundsätzlich als ein Meilenstein in der Anerkennung und Fortentwicklung des Grundrechtsschutzes gesehen.<sup>14)</sup> Zwar war die objektive Dimension der Grundrechte, also die grundrechtliche Ausstrahlungswirkung auch

---

↘ Matsumoto/Kudō, *Kempō*, Bd. I (Grundrechte), S. 90ff.

8) In Art. 81 JV ist dies wie folgt geregelt: Der Oberste Gerichtshof ist die letzte Instanz der Gerichte, die über die Verfassungsmäßigkeit aller Gesetze, Verordnungen, Bestimmungen oder staatlicher Akten entscheiden. Zur Interpretation dieses Artikels vgl. auch unten Fn. 21.

9) Vgl. auch das OGH, Urteil v. 16. 1. 2012, Hanji Nr. 2147, S. 127ff.

10) OGH, Urteil v. 8. 3. 1996, Minsyū Bd. 50 Nr. 3 S. 469ff.

11) *Y. Kawakami* (juristischer Mitarbeiter des OGH in diesem Fall), *Hōsōjihō* Bd. 51 Nr. 3, S. 790f. hat darauf hingewiesen, dass beim Schulverweis wegen dessen schweren Folge das Verwaltungsermessens reduziert werden solle. Zum japanischen System des juristischen Mitarbeiter (*chōsakan*) vgl. *Marutschke*, a.a.O. (Fn. 1), S. 70.

12) Religionsfreiheit ist in Art. 20 Abs. 1 JV gewährleistet. Aber im vorliegenden Fall wird die Artikelnummer in den Urteilsgründen nicht erwähnt.

13) *T. Watari*, *Gyōsei Sairyō no Tōsei* [Rechtliche Kontrolle des Verwaltungsermessens], in: H. Takagi/K. Uga (Hrsg.), *Gyōsei hō no Sōten*, 2014, S. 120 weist darauf hin, dass die Glaubensfreiheit als ein besonders wichtiges Grundrecht zu einer hohen gerichtlichen Kontrolldichte gegenüber dem Verwaltungshandeln führte.

14) *Watanabe*, a.a.O. (Fn. 7), S. 327; *T. Harashima*, *Doitsu Gyōsei Saibansho no Kempō Handan no Kōsatsu* (1) [Verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts], *Handai Hōgaku* Bd. 64 Nr. 5, 2015, 1289f.

damals bereits in Japan anerkannt.<sup>15)</sup> Sie beschränkte sich jedoch auf das Verhältnis zwischen Privatpersonen, also auf die mittelbare Drittwirkung bei Generalklauseln oder sonstigen unbestimmten Rechtsbegriffen des Zivilrechts.<sup>16)</sup> Das Urteil des OGH hat jedoch eine neue Entwicklung angestoßen, den in den Grundrechten enthaltenen Wertentscheidungen auch im Verwaltungsrecht zu Geltung zu verschaffen und sie zu einem Instrument der Verwaltungskontrolle zu machen. Dies ist für Japan besonders beachtlich, da der Verwaltung hier bislang traditionell ein besonders weitgehender Gestaltungsspielraum eingeräumt wurde.<sup>17)</sup>

Andererseits wird diese neuere Entwicklung in der Rechtsprechung nicht ohne Einschränkung gefeiert. Zuerst ist es vorgeworfen, dass der OGH seine Argumentation aus dem oben erwähnten Urteil nicht konsequent weiterverfolgt hat. So hat der OGH in einem anderen Urteil vom 7. Februar 2006 die Grundrechte nicht erwähnt, obwohl die in dem entschiedenen Fall angegriffene Ermessensentscheidung die Grundrechte, also Versammlungsfreiheit betroffen hat.<sup>18)</sup> Vielmehr hat der OGH eine Ermessensüberschreitung angenommen, ohne weiter auf die Grundrechtsrelevanz einzugehen. In dieser Hinsicht werden vielfach eine ausdrückliche und auch intensivere Auseinandersetzung mit den Grundrechten in der Rechtsprechung gefordert.<sup>19)</sup> Außerdem behaupten einige Autoren sogar, dass die Gerichte Grundrechte nicht nur mittelbar bei der Auslegung und Anwendung der einfachen Gesetze anwenden sollen, sondern Verwaltungshandeln immer direkt auf die Verletzung von Grundrechten überprüfen sollen.<sup>20)</sup> Dies gelte insbesondere deshalb, da die Verwaltung, anders als Privatpersonen, unmittelbar an die Grundrechte gebunden sei.

Zwar mag dies manchen willkürlich erscheinende Verhalten mit dem Grundverständnis der japanischen Gerichte bezüglich der Überprüfung von Grundrechtsverletzungen zu erklären sein: Nach der herrschenden Meinung und Rechtsprechung wird nicht nur dem Obersten Gerichtshof, sondern auch den Instanzgerichten die Befugnis eingeräumt, neben

---

15) Das Thema Drittwirkung der Grundrechte wird in Japan unter dem Einfluss des deutschen Verfassungsrechts schon seit langem diskutiert. Vgl. S. *Taguchi*, Shijinsōgo no Kankei ni okeru Jinken no Hoshō [Grundrechtsschutz zwischen Privatpersonen], *Kōhō Kenkyū* Nr. 26, 1964, S. 59ff.; T. *Munesue*, Jinkenron no Shinkōsei [Neustrukturierung der Grundrechtstheorie], neue unveränderte Aufl., 2008, S. 1ff.

16) OGH, Urteil v. 12. 12. 1974, *Minsyū* Bd. 27 Nr. 11 S. 1536ff.; Urteil v. 19. 7. 1974, *Minsyū* Bd. 28 Nr. 5 S. 790ff. Vgl. auch *Marutschke*, a.a.O. (Fn. 1), S. 57f.

17) Zur traditionellen Auffassung zum Verwaltungsermessens vgl. J. *Tanaka*, Shihōken no Genkai—tokuni Gyōseiken tonō Kankei [Die Grenze der rechtsprechende Gewalt—besonders im Verhältnis zur vollziehenden Gewalt—], in: *ders.* Shihōken no Genkai, 1976, S. 1ff. Zur Entwicklung der Ermessenslehre vgl. R. *Yamamoto*, Die japanische Ermessenslehre im Wandel, *DÖV* 2006, S. 848ff.

18) OGH, Urteil v. 7. 2. 2006, *Minsyū* Bd. 60 Nr. 2 S. 401ff. In dem Fall ging es um die Ablehnung des Antrags auf die Nutzung einer öffentlichen Schule für die Versammlung der Lehrgewerkschaft.

19) *Harashima*, *Doitsu Gyōsei Saibansho no Kempō Handan no Kōsatsu* (2), S. 1815ff.

20) *Shishido*, a. a. O. (Fn. 3), S. 106f; H. *Nagata*, *Kempō to Gyōsei Sairyō* [Verfassungsrecht und Verwaltungsermessens], *Hōritsu Jihō* Bd. 85 Nr. 2, 2013, S. 52f.

der allgemeinen Gerichtsbarkeit auch Verfassungsgerichtsbarkeit auszuüben.<sup>21)</sup> Einige Stimmen in der Literatur vertreten jedoch die Auffassung, dass die Gerichte Verfassungsrecht immer nur dann heranzuziehen hätten, wenn dies für die Falllösung absolut unerlässlich ist.<sup>22)</sup> Auch wenn hier keine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Auffassung stattfinden soll, muss dem jedoch entgegengehalten werden, dass Gerichte zur Gewährleistung eines lückenlosen Grundrechtsschutzes grundsätzlich immer prüfen sollten, ob angegriffenes Verwaltungshandeln Grundrechte berührt. Vor diesem Hintergrund ist es umso wichtiger, die Funktionen und die Reichweite der Grundrechte mit Blick auf Verwaltungshandeln genauer zu untersuchen. In dieser Hinsicht lohnt es sich sehr, einen Blick auf das deutsche Recht zu werfen, wo man sich schon seit langem mit der Grundrechtsbindung der Verwaltung systematisch und rechtsdogmatisch auseinandergesetzt hat.

### III. Grundrechtsbindung der Verwaltung in Deutschland

#### A. Grundrechte als Abwehrrechte

Der Vorrang der Verfassung und ihre Bindungskraft an alle staatliche Gewalten, also auch die vollziehende Gewalt sind im Grundgesetz deutlich festgestellt. So steht in Art. 20 Abs. 3 GG fest, dass die vollziehende Gewalt nicht nur mit dem Gesetz, sondern auch mit dem „Recht“, also auch der Verfassung gebunden ist. Dies ist in Art. 1 Abs. 3 GG zusätzlich für die Grundrechte bestätigt. Nach diesem Artikel seien die Grundrechte für die vollziehende Gewalt „unmittelbar geltendes Recht“.

Bemerkenswert ist es aber auch, dass es in Deutschland nicht nur verfassungsrechtliche Regelungen, sondern auch eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Funktion und Bedeutung der Grundrechte mit Blick auf die Verwaltung gibt.<sup>23)</sup> So erfüllen die Grundrechte klassisch eine Funktion als Abwehrrechte, die dem Einzelnen seine

---

21) Der OGH hat schon früh klargestellt, dass er einem sogenannten US-amerikanischen Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit folgt (OGH, Urt. v. 8. 10. 1952, Minsyû Bd. 6 Nr. 9 S. 783ff.), was grundsätzliche Zustimmung in der Literatur gefunden hat: Vgl. *Ashibe/Takahashi*, Kempô [Verfassungsrecht], 6. Aufl., 2016, 378ff. Zum Unterschied zwischen dem US-amerikanischen, dem österreichischen und dem deutschen Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit vgl. *M. Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: ders./Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 96ff. [Jap. Übersetzung „Ekkyôsuru Shihô“ von H. Suzuki u.a., 2014].

22) Zur sogenannten Brandeis's Rules im US-amerikanischen Recht vgl. *Ashibe*, Kempô Soshô no Riron [Theorie des Verfassungsprozesses], 1973, S. 43ff. (freilich gegen eine strikte Anwendung dieser Regel in Japan).

23) Besonders nach dem zweiten Weltkrieg wurde im deutschen öffentlichen Recht die verfassungsrechtliche Prägung des Verwaltungsrechts bekräftigt. In dem Zusammenhang wird die Abhandlung von Fritz Werner mit dem Titel „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ häufig zitiert (DVBl 1959, S. 527ff.). Zu ihr bildet es einen Kontrast, dass Otto Mayer im Vorwort zur 3. Auflage seines Lehrbuchs „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“ geschrieben hat (Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1924).

Freiheit gegenüber der Verwaltung gewährleisten sollen. Wenn eine Verwaltungsbehörde in den Schutzbereich eines Grundrechts eingreifen möchte, muss sie ihre Eingriffstätigkeit rechtfertigen.<sup>24)</sup> Zu dieser Rechtfertigung gehört zuerst der Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes: Nach ihm muss sich die Behörde bei jedem Eingriff in Grundrechte auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlagen stützen. Des Weiteren unterliegt sie dabei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, d.h., ihr Handeln muss einem gesetzmäßigem Zweck dienen, zur Zweckerreichung geeignet und in ihrer Ausgestaltung und Reichweite auch erforderlich sein.<sup>25)</sup>

Natürlich spielen Grundrechte nicht immer eine direkte Rolle bei der Überprüfung von Verwaltungshandeln. Nach der herrschenden Meinung werden vielmehr die einfachen Gesetze vorrangig herangezogen, wenn aus beiden Rechtsquellen dieselbe Rechtsfolge abgeleitet werden kann (sogenannter Anwendungsvorrang).<sup>26)</sup> Stützt die Verwaltung ihre angegriffene Maßnahme auf ein verfassungswidriges Gesetz, wird zudem zunächst das dieses Gesetz am Maßstab der Verfassung überprüft und nicht das Verwaltungshandeln. Jedoch ist es in den Situationen noch sinnvoll, nach der Grundrechtsverletzung durch Verwaltung zu fragen, in denen das Verwaltungshandeln sich nicht im bloßen Gesetzesvollzug erschöpft und bei formaler Einhaltung des verfassungsmäßigen einfachen Gesetzes verfassungswidrig handeln kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Verwaltung durch das einfache Gesetz ein Ermessen oder Beurteilungsspielraum eingeräumt wird.<sup>27)</sup> Mit anderen Worten dienen die Grundrechte als Definitions- und Kontrollmechanismen gegenüber der Verwaltung, die verhindern sollen, dass einfachgesetzliche Freiräume zu Rechtsfreiräumen werden.

## B. Die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte

Dass die Grundrechte über die abwehrrechtliche Funktion hinaus auch eine objektive Wertordnung darstellen, ist in der Literatur und Rechtsprechung in Deutschland weitgehend anerkannt. Diese Entwicklung hat zuerst im Bereich des Zivilrechts, und zwar mit dem Lüth-Urteil begonnen, dass die Grundrechtswirkung als sogenannte mittelbare Grundrechtsbindung auf die Beziehung zwischen Privatpersonen erweitert wurde.<sup>28)</sup> Dagegen hat die

---

24) Über diesen sogenannten rechtsstaatlichen Verteilungsgrundsatz schon C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 5. unveränderte Aufl., 1970, S. 126f. [Jap. Übersetzung „Kempōron“ von T. Abe u.a., 1974].

25) T. Kingreen/R. Poscher, *Grundrechte*. Staatsrecht II, 32. Aufl., 2016, Rn. 285ff. [Jap. Übersetzung von der 15. Aufl. von B. Pieroth und B. Schlink „Gendai Doitsu Kihonken“ von Nagata u.a., 2001].

26) Dazu näher vgl. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl., § 4 Die Rechtsquellen des Verwaltungsrechts Rn. 58; D. Ehlers, § 5 Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, in Erichsen/ders. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., 2005, Rn. 3. Vgl. auch R. Wahl, *Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts*, NVwZ 1984, S. 401ff. [Jap. Übersetzung „Kempō no Yūi“ von Koyama, 2012, S. 251ff.]

27) Vgl. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003, S. 210.

28) BVerfGE 7, 198 (205ff.). [Jap. Übersetzung von einem Teil des Urteils „Doitsu no Kempō Hanrei“ von Forschungsgesellschaft für deutsches Verfassungsrecht (FdV) Japan, 2003, S. 157ff.]

objektivrechtliche Dimension der Grundrechte in der Beziehung zwischen Verwaltung und Bürger keine große Bedeutung.<sup>29)</sup> Hier steht die Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte im Vordergrund. Die Realisierung der Freiheit in einem materiellen Sinne, darauf die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte zielt, wurde zuerst unter dem Thema vom sogenannten faktischen oder mittelbaren Eingriff in Grundrechte diskutiert.<sup>30)</sup>

Zum Teil finden sich aber auch einige Entscheidungen vom Bundesverwaltungsgericht, in denen die objektive Dimension der Grundrecht in Betracht gezogen wurde, also eine fehlerfreie Ermessensentscheidung als materielle Voraussetzungen der Freiheitsausübung geboten<sup>31)</sup> oder sogar bei der Auslegung und Anwendung der Gesetze die Werte der Grundrechte berücksichtigt wurden. Ein gutes Beispiel, das mit dem oben erwähnten japanischen Urteil vergleichbar ist,<sup>32)</sup> ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. August 1993.<sup>33)</sup> In dem Fall ging es darum, dass sich eine Schülerin aus Gründen ihres islamischen Glaubens vom koedukativ erteilten Sportunterricht befreien lassen wollte.

In seinem Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht zunächst ausgeführt, dass in diesem Fall die durch Art. 4 Abs. 1 GG geschützte Glaubensfreiheit der Klägerin einerseits und der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag nach Art. 7 Abs. 1 GG andererseits gegenüberstehen und gegeneinander abgewogen werden müssen. Die beiden grundsätzlich durch das Grundgesetz geschützten Positionen seien im Wege einer „praktischen Konkordanz“ auszugleichen. Während das Berufungsgericht entschieden hatte, dass es einer Befreiung der Klägerin nicht bedarf, da diese mit entsprechend weitgeschnittener Kleidung oder mit Kopftuch am Sportunterricht teilnehmen könne, hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass allein eine vollständige Befreiung der Klägerin vom Sportunterricht dem Grundrecht ihrer Glaubensfreiheit hinreichend Rechnung trägt.<sup>34)</sup>

Dies zeigt, dass das Gericht die Reichweite der betroffenen Grundrechte sowie dessen Gewicht im vorliegenden Fall genau festgestellt und sie in seiner Abwägung entsprechend berücksichtigt hat. So ist es in Deutschland seit langem anerkannt, dass sich das Verwaltungshandeln immer auch an den Grundrechten messen lassen muss. Zwar ist die Intensität der Grundrechtsbetoffenheit des jeweiligen Verwaltungshandelns Fall zu Fall

---

29) J. Masing, § 7 Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2. Aufl., 2012, Rn. 52.

30) Vgl. Poscher, a.a.O. (Fn. 27), S. 211. Zu faktischen und mittelbaren Eingriffen vgl. Kingreen/Poscher, a.a.O. (Fn. 25), Rn. 252ff.

31) Z.B. BVerwGE 91, 135 (139f.). Zur Bedeutung der Grundrechte in der Ermessensfehlerlehre vgl. Maurer, a.a.O. (Fn. 26), § 7 Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff Rn. 23.

32) Im oben genannten Fall des OGH ging es allerdings um den Schulverweis als Disziplinarstrafe, während die Klägerin hier die Befreiung von einer Unterrichtsveranstaltung gefordert hat.

33) BVerwGE 94, 82.

34) Im Gegensatz dazu hat das Bundesverwaltungsgericht 2013 in einem ähnlichen Fall entschieden, dass einer Schülerin muslimischen Glaubens die Teilnahme am koedukativen Schwimmunterricht in einer muslimischen Bekleidungs Vorschriften entsprechenden Badebekleidung zumutbar sei (BVerwGE 147, 362).

unterschiedlich.<sup>35)</sup> Die Grundrechte fungieren aber jedenfalls neben dem Gesetz als ein effektives Mittel, der Ausübung der vollziehenden Gewalt Schranken zu setzen.

### C. Hintergrund der intensiven Auseinandersetzung mit Grundrechten

Zusammenfassend ist in Deutschland die Auseinandersetzung mit der Grundrechtsbindung der Verwaltung insgesamt intensiver als in Japan. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass es in Deutschland - anders als in Japan - spezielle Organe zur Überprüfung der verfassungsmäßigen Ausübung staatlicher Gewalt gibt: die Landesverfassungsgerichte der einzelnen Bundesländer, aber auch insbesondere das Bundesverfassungsgericht. Zur Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts gehört nicht nur die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einfachgesetzlicher Normen, sondern auch die Prüfung, ob Verwaltungshandeln die Grundrechte verletzt.<sup>36)</sup>

Die Auseinandersetzung mit Grundrechten findet in Deutschland jedoch nicht nur auf der Ebene des Bundesverfassungsgerichts statt, sondern auch bereits auf der instanzgerichtlichen Ebene. So sind die Instanzgerichte verpflichtet, bei Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der für den zu entscheidenden Fall relevanten Gesetze diese Frage dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen, falls eine verfassungskonforme Auslegung dieser Gesetze nicht möglich ist.<sup>37)</sup> In gleichem Maße wird aber auch das streitgegenständliche Verwaltungshandeln selbst am Maßstab der Grundrechte gemessen. Dies geschieht unter anderem auch deshalb, da es mit dem Bundesverfassungsgericht eine übergeordnete Instanz gibt, an die sich der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unterlegene Bürger wenden kann, um im Wege einer Verfassungsbeschwerde Grundrechtsverletzungen geltend zu machen. Den verwaltungsgerichtlichen Urteilen droht somit immer die Gefahr der Aufhebung durch das Bundesverfassungsgericht, wenn Grundrechte nicht angemessen berücksichtigt wurden und nicht in die Urteilsfindung mit eingeflossen sind. Dies gilt wie oben beschrieben nicht für die Gerichte in Japan.

Allerdings finden sich in der Literatur verschiedene Meinungen zu dieser Entwicklung in den Rechtsprechungen. Hier kann zuerst eine schon lange Diskussion über die Grundrechtsfunktion genannt werden, also ob die Grundrechte ausschließlich als Abwehrrechte verstanden werden soll.<sup>38)</sup> Dazu gibt es in der deutschen Verwaltungsrechtswissen-

---

35) C. Bumke, Rechtsprechungsanalyse. Verfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in den Jahren 2003 bis 2011, Die Verwaltung 2012, S. 83ff., unterscheidet nach der Intensität der verfassungsrechtlicher Bindungen eine verfassungsorientierte, verfassungsgebundene und verfassungskonforme Auslegung.

36) Nach § 90 des Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) ist Gegenstand der Verfassungsbeschwerde die Grundrechtsverletzung durch „die öffentliche Gewalt“. [Jap. Übersetzung des Gesetzes „Renzō Kempō Saibanshōhō“ von M. Shiyake u.a. 2003] Vgl. auch BVerfGE7, 198 (207).

37) Über die Verpflichtung zur verfassungskonformen Auslegung vom vorlegenden Gericht vgl. BVerfGE22, 373 (377).

38) Statt vieler nur vgl. B. Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, S. 457ff. Vgl. auch ders., Genri toshiteno Kihonken? ↗



schaft neuerdings eine Auffassung, nach ihr die Konzentrierung auf die Grundrechte die Aufgabenerfüllung durch Verwaltung gefährden kann. Da die Verwaltungspraxis nicht allein das subjektive Recht im Blick habe, sondern darüber hinausgehende vielschichtige Ziele und Interessen zu berücksichtigen seien, führte die Überprüfung von Verwaltungshandeln unmittelbar am Maßstab der Grundrechte zu einer übermäßigen Subjektivierung und Individualisierung der gerichtlichen Prüfung.<sup>39)</sup> Inwieweit sich diese Meinung in Deutschland durchsetzen wird und ob sie letztlich zu abweichenden Ergebnissen führt, bleibt abzuwarten.

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Was wir in Japan von dem System in Deutschland lernen können ist zunächst einmal die konsequente Auseinandersetzung der Verwaltungsgerichte mit möglicherweise vorliegenden Grundrechtseingriffen durch Verwaltungshandeln. Zwar ist auch in Deutschland der Umfang der Auseinandersetzung mit Grundrechten in verwaltungsgerichtlichen Urteilen von Fall zu Fall unterschiedlich. Die Methode der Prüfung einer möglichen Grundrechtsverletzung ist jedoch rechtsdogmatisch ausentwickelt.

Die Implementierung einer solchen Prüfungsmethodik ist in Japan umso wichtiger, da es hier gerade keine übergeordneten Verfassungsgerichte gibt. Der faktische Druck auf die japanische Gerichte, sich in ihren Urteilsbegründungen ausdrücklich auch mit möglichen Grundrechtsverletzungen zu beschäftigen, fehlt.

Schließlich gelten die in der neueren Verwaltungsrechtslehre in Deutschland zum Teil geäußerten Bedenken hinsichtlich einer übermäßigen Subjektivierung und Individualisierung des Verwaltungsrechts durch eine übermäßige Anwendung der Grundrechte vorläufig nicht für die Rechtslage in Japan. Mangels übergeordneter verfassungsgerichtlicher Instanz gilt es hier vielmehr, den Gerichten ihre Rolle als verfassungs- und grundrechtsschützende Organe der Rechtsprechung zu verdeutlichen. Sie haben sich also umso mehr mit der Grundrechtsrelevanz von Verwaltungshandeln zu beschäftigen und dies auch entsprechend in ihren Urteilsbegründungen deutlich zu machen. Nur so kann umfassender Grundrechtsschutz gewährleistet werden und sich darüber hinaus eine verlässliche Rechtsanwendungssystematik entwickeln.

---

↘ [Grundrechte als Prinzipien?], *Handai Hôgaku* Bd. 42 Nr. 1, 1992, S. 245ff. [Jap. Übersetzung von B. Takada und K. Matsumoto]

39) E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., 2004, Kap. 2 Rn. 64f. [Jap. Übersetzung „Gyôseiho Riron no Kiso to Kadai“ von M. Ohta, 2006]