



Title	Die Bedeutung der Reinen Rechtslehrer für die rechtstheoretische Auseinandersetzung mit Handlungsspielräumen der Verwaltung aus historischer Perspektive : Zungleich eine Ergänzung zu Matthias Jestaedts Aufsatz „Das doppelte Ermessensantlitz “
Author(s)	Takata, Michiko
Citation	Osaka University Law Review. 2016, 63, p. 216-223
Version Type	VoR
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/54628">https://hdl.handle.net/11094/54628</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

**Die Bedeutung der Reinen Rechtslehre für die rechtstheoretische  
Auseinandersetzung mit Handlungsspielräumen  
der Verwaltung aus historischer Perspektive  
– zugleich eine Ergänzung zu Matthias Jestaedts Aufsatz  
„Das doppelte Ermessensantlitz“**

*Michiko TAKATA\**

**Vorwort**

Seit geraumer Zeit lässt sich in der deutschen Staatsrechtslehre eine immer intensivere Auseinandersetzung mit der von Hans Kelsen entwickelten Reinen Rechtslehre beobachten<sup>1)</sup>. Die zu Beginn des 20. Jahrhunderts gegründete und zunächst in Vergessenheit geratene Reine Rechtslehre taucht heute in verschiedenen Bereichen des öffentlich rechtlichen Diskurses wieder auf<sup>2)</sup>. Dabei bedeutet die Rezeption nicht eine bloße Anwendung der von Kelsen gewonnenen Erkenntnisse auf die aktuellen Fragen des Rechts, sondern bietet die Reine Rechtslehre eine Reflektionsebene, die für die heutige Dogmatik nach wie vor eine gewisse Herausforderung darstellt<sup>3)</sup>.

Jestaedt hat in seinem Aufsatz anschaulich dargelegt, wie die Reine Rechtslehre auch für die deutsche Lehre des Verwaltungsermessens fruchtbar

---

\* jun.-Prof. Dr., Chukyo Universität Nagoya, Japan

- 1) Vgl. zur Wirkungsgeschichte und Rezeption der Kelsens Lehre *O. Lepsius*, Hans Kelsen und die Pfadabhängigkeit in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, 2013, S. 248ff.
- 2) Vgl. z.B. *U. Lembke*, Einheit aus Erkenntnis? Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, 2009; *S.-P. Hwang*, Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen. Eine institutionelle Analyse zur Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe im Umwelt- und Telekommunikationsrecht, 2013.
- 3) Das gilt übrigens nicht nur für die Reine Rechtslehre, sondern auch für Kelsens Demokratietheorie. Ein Überblick der Kelsens Arbeit findet sich etwa bei *H. Dreier*, Hans Kelsen (1881-1973): „Jurist des Jahrhunderts“?, in: Heinrichs/Franziki/Schmalz/Stolleis (Hrsg.), Deutschen Juristen jüdischer Herkunft, 1993, S. 704ff. [Jap. Übersetzung „Yudaya Sutsuji no doitsu Hôritsuka“ von I. Mori u.a., 2012].

gemacht werden kann. Sein rechtstheoretischen Erkenntnisse sollen im vorliegenden Beitrag noch durch eine rechtshistorische Perspektive ergänzt werden. Dabei soll die Frage untersucht werden, warum man sich in der rechtlichen Auseinandersetzung mit dem Verwaltungsermessen erst heute – bald 100 Jahre nach ihrer Entwicklung – auf die Reine Rechtslehre zurückbesinnt. Obwohl sich Kelsen in seinen Werken auch mit dieser Thematik näher beschäftigt hat, war seine Wirkung auf die deutsche Rechtslehre recht begrenzt<sup>4)</sup>. Eine nähere Untersuchung der Gründe für die steigende Beachtung der Reinen Rechtslehre in den letzten Jahrzehnten soll dazu beitragen, ihren Stellenwert für die heutige Verwaltungsrechtswissenschaft zu verdeutlichen.

## **I. Ablehnung der Reinen Rechtslehre in der Vergangenheit**

### **1. Die Reine Rechtslehre zu Zeiten der konstitutionellen Monarchie**

Kelsen hat sich mit der Frage des Verwaltungsermessens schon in seiner Habilitationsschrift „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ von 1911 auseinandergesetzt. Der Begriff des Verwaltungsermessens wurde zu Beginn des 20. Jahrhunderts im deutschsprachigen Raum intensiv diskutiert, was mit der Schaffung der Verwaltungsgerichte in Österreich sowie den deutschen Bundesländern seit Mitte des 19. Jahrhunderts zusammenhängt<sup>5)</sup>. In dem damaligen Diskurs ging es darum, das freie Ermessen, das nicht der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterlag, genauer zu definieren und von gebundenem und gerichtlich voll überprüfbarem Verwaltungshandeln abzugrenzen<sup>6)</sup>. Die damals herrschende Lehre hat sich dabei auf den funktionellen Unterschied zwischen Verwaltung und Rechtsprechung fokussiert: Die Diskussion bewegte sich in dem Spannungsfeld, dass die Verwaltung zwar einerseits ebenso wie die Rechtsprechung strikt rechtlich gebunden sein sollte. Andererseits sollte sie aber auch nach „eigener Erwägung des Gemeinwohles, der Billigkeit, der Zweckmäßigkeit“ handeln dürfen<sup>7)</sup>. Dahinter steckte die Vorstellung, dass die Verwaltung aufgrund ihres funktionellen Unterschieds zu den Gerichten anders als

---

4) Vgl. *U. Held-Daab*, Das freie Ermessen. Von den vorkonstitutionellen Wurzeln zur positivistische Auflösung der Ermessenslehre, 1996, S. 250ff.

5) Näher dazu *W. Riefner*, Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Jeserich/Pohl/von Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. III, 1984, S. 913ff.

6) Nach *Riefner*, a.a.O. (Fn. 5), S. 921f. war in Preußen und den ihm folgenden Ländern auch das Ermessensproblem aus der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts tendenziell nicht ausgeschlossen.

7) *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1924, S. 99.

diese „an sich frei“ war, soweit ihr rechtliche Schranken nicht gesetzt wurden<sup>8)</sup>.

Kelsen hat diese Vorstellung von Verwaltung als eine Art vorrechtlich begründete Staatsgewalt kritisiert und folgende zwei Thesen aufgestellt<sup>9)</sup>: Erstens gibt es keinen qualitativen, sondern nur einen quantitativen Unterschied zwischen dem gebundenen Akt und dem freien Ermessen der Verwaltung. In dem einen ist die Verwaltung rechtlich strikt gebunden und in dem anderen Fall hat sie auch einen gewissen Spielraum für ihr Handeln. Zweitens ist auch die Unterscheidung zwischen einer rechtlich gebundenen Rechtsprechung und einer grundsätzlich frei handelnden Verwaltung zu kurz gegriffen. Wie Jestaedt in seinem Aufsatz richtig bemerkt, kann Ermessen vielmehr nicht nur in der Verwaltung, sondern auch bei gerichtlichen Entscheidungen eine Rolle spielen. Kelsen ging es darum, Verwaltungshandeln rechtlich zu determinieren. Ein völlig rechtsfreies Verwaltungsermessen lehnte er ab<sup>10)</sup>.

Damit scheint Kelsen zu Beginn des 20. Jahrhunderts seiner Zeit voraus gewesen zu sein. Damals stand der Freiraum der Verwaltung zur Durchsetzung staatlicher Ziele Vordergrund<sup>11)</sup>. Dementsprechend wurde seine Lehre – trotz ihrer heute unbestrittenen rechtstheoretischen Überlegenheit – von der damaligen Wissenschaft weitgehend ignoriert. Zusammenfassend passte die Reine Rechtslehre, die mit ihrer funktionalistischen Betrachtung des Verwaltungsermessens zur „Entmystifizierung des Staates“<sup>12)</sup> führen sollte, einfach

8) *Mayer*, a.a.O. (Fn. 7), S. 69. Vgl. auch *Held-Daab*, a.a.O. (Fn. 4), S. 223ff.

9) *H. Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1. Aufl., 1911, S. 505ff.

10) *Kelsen*, a.a.O. (Fn. 9), S. 506f. Kelsen fordert, dass jede staatliche Organtätigkeit „eine Relation zur Rechtsordnung“ haben muss, weil „jeder Akt eines Staatsorganes, sofern er ein Staatsakt ist, d. h. dem Staate zugerechnet werden soll, irgendwie, wenn auch durch eine noch so inhaltsarmen Blankettrechtssatz determiniert sein muß“.

11) Vgl. für die damals herrschende Lehre *R. von Laun*, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910, S. 55f. Von Laun hat zwar einerseits mit dem „gebundenen Ermessen“ die kategorische Unterscheidung zwischen der freien Verwaltung und der gebundenen Rechtsprechung etwas abgeschwächt, da nach seiner Auffassung „das handelnde Organ lediglich den gesetzlichen Willen zu vollführen hat“. Andererseits räumte er der Verwaltung – und nur dieser – ein „freies Ermessen“ ein, da sie ermächtigt sei, in solchen Fällen nach ihrer „eigenen pflichtmäßigen Ansicht und ihrem eigenen pflichtmäßigen Wollen selbst zu bestimmen, was der nächste, unmittelbare Zweck ihres Handelns sein soll“ (*ders.*, a.a.O. (Fn. 11), S. 62).

12) *Held-Daab*, a.a.O. (Fn. 4), S. 253.

nicht in die Zeit der konstitutionellen Monarchie, in der es weniger um eine Verrechtlichung staatlichen Handelns, sondern vielmehr um den materiellen Erhalt staatlicher Autorität ging.

## 2. Die Reine Rechtslehre im freiheitlich demokratischen Staat

Kelsen entwickelte später – von seinem Schüler Adolf Julius Merkl inspiriert – die Theorie vom Stufenbau der Rechtsordnung<sup>13)</sup>. In der ersten Auflage seines Werkes „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ hat Kelsen noch an dem Gedanken festgehalten, dass Rechtsetzung allein durch den Gesetzgeber ausgeübt werde und die Aufgabe der Verwaltung und der Rechtsprechung sich allein auf die Rechtsanwendung, also den Gesetzesvollzug, beschränke<sup>14)</sup>. Demgegenüber löste die Stufenbautheorie durch eine dynamische Betrachtung der Rechtsordnung, wie sie Jestaedt in seinem Aufsatz anschaulich beschreibt, die starre Trennung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung auf und ebnete den Weg für eine einheitliche Auffassung des Rechts<sup>15)</sup>. Demnach kann auf jeder Stufe der Rechtsordnung, also nicht nur bei der Gesetzgebung, sondern auch bei der Rechtsanwendung durch die Verwaltung oder durch die Rechtsprechung Recht gesetzt werden. In Kelsens „Allgemeine Staatslehre“ von 1925 wurde das Verwaltungsermessen folglich auch als ein notwendiger Konkretisierungsspielraum in einem dynamischen Rechtsgewinnungsprozess dargestellt<sup>16)</sup>.

Kelsens Lehre fand jedoch auch in der Weimarer Republik, in der man sich von dem Monarchie-Gedanken zu lösen begann, keine größere Beachtung<sup>17)</sup>. Das freie Ermessen als ein völlig rechtsfreies Verwaltungshandeln war noch fest etabliert, was sicherlich auch einer fehlenden rechtsmethodischen Auseinandersetzung geschuldet war<sup>18)</sup>. Außerdem war nach Kelsens Lehre nicht nur das freie

---

13) Vgl. hierzu A. J. Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 142, 171ff.

14) Kelsen selbst hat in seiner Vorrede zur zweiten Auflage der Hauptprobleme der Staatsrechtslehre auf die Unzulänglichkeiten der ersten Auflage hingewiesen. Vgl. Kelsen, a. a. O. (Fn. 9), 2. Aufl., 1923.

15) Zur dynamischen Betrachtung der Rechtsordnung: Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 229ff. [Jap. Übersetzung „Ippan Kokkagaku“ von S. Kiyomiya, 1971]; ders., Reine Rechtslehre, 1. Aufl., 1934, S. 62ff. [Jap. Übersetzung „Jyunsui Hôgaku“ von K. Yokota, 1935].

16) Kelsen, a. a. O. (Fn. 15), 1925, S. 242ff.

17) Held-Daab, a. a. O. (Fn. 4), S. 256.

18) Nach Held-Daab, a. a. O. (Fn. 4), S. 256. war der Methoden- und Richtungsstreit in der Weimarer Zeit eher auf den Staatsrecht begrenzt.

Ermessen, sondern auch das Gegenteil, nämlich ein vollständig gebundenes Verwaltungshandeln undenkbar<sup>19)</sup>. Dies führte zu dem Missverständnis, dass Kelsens Theorie zu einer Reduzierung der im Bereich der gebundenen Verwaltung immer bedeutsamer werdenden gerichtlichen Kontrolldichte führen könnte<sup>20)</sup>. Kelsen zielte mit seiner Lehre in diesem Fall jedoch nicht auf die Frage einer gerichtlichen Überprüfbarkeit ab, sondern allein auf die Frage, wie die Funktion der Verwaltung rechtstheoretisch erfasst werden kann. Die Frage, inwieweit das Verwaltungshandeln in concreto gerichtlich überprüfbar ist, stellt sich dann erst in einem zweiten Schritt.

Diese traditionelle Verkoppelung der rechtlichen Gebundenheit der Verwaltung mit der gerichtlichen Vollüberprüfbarkeit war auch die herrschende Meinung nach dem zweiten Weltkrieg. Im Bereich des freien Ermessens begann man zwischen dem Ermessen auf der Rechtsfolgenseite und dem unbestimmten Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandseite einer gesetzlichen Norm zu differenzieren<sup>21)</sup>. Ein wirklich freier, also der gerichtlichen Kontrolle entzogener Beurteilungsspielraum, wird jedoch als Ausnahme angesehen, da nach der herrschenden Meinung auch ein unbestimmter Rechtsbegriff grundsätzlich im vollen Umfang der gerichtlichen Überprüfung unterliegt<sup>22)</sup>. Verfassungsrechtlich findet dies eine Stütze in der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, die nach der herrschenden Auffassung eine umfassende gerichtliche Überprüfung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gebietet<sup>23)</sup>. Es liegt nahe, dass in diesem Umfeld, das sich vornehmlich auf die Frage der gerichtlichen Überprüfbarkeit des Verwaltungshandelns konzentriert, kein Platz für Kelsens Lehre war, nach der Recht auf jeder Daseinstufe eines Gesetzes also auch bei der Rechtsanwendung durch die Verwaltung gesetzt wird und die Verwaltung grundsätzlich bei jedem Rechtsanwendungsakt – also nicht nur bei ausdrücklich angeordnetem Ermessen oder unbestimmten Rechtsbegriffen – einen mehr oder weniger eigenen Handlungsspielraum haben kann.

---

19) Kelsen, a.a.O. (Fn. 9), S. 505f.

20) Vgl. Held-Daab, a.a.O. (Fn. 4), S. 168ff., 256.

21) Statt vieler nur O. Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97ff.

22) Dagegen sehr kritisch M. Jestaedt, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010, Rn. 10ff.

23) H. Schulze-Fielitz, Art. 19 IV, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., 2013, Rn. 116. Vgl. auch BVerfGE 15, 275 (282); 35, 263 (274); 51, 268 (284).

## II. Steigende Bedeutung der Reinen Rechtslehre in der Gegenwart

### 1. Wandel von der herrschenden Lehre

Der anfängliche Widerstand gegen die Reine Rechtslehre hat sich in den letzten Jahrzehnten deutlich verringert. Dies hängt damit zusammen, dass einen gewissen Wandel die oben erwähnte Dogmatik der herrschenden Meinung nur schwer vollzogen hat. Einerseits stößt das für den Beurteilungsspielraum entwickelte Regel-Ausnahme Prinzip in manchen Bereichen auf Anwendungsschwierigkeiten<sup>24)</sup>. Dies gilt insbesondere für das Umwelt- oder Wirtschaftsrecht, wo sich oft solche Regelungswerke finden, die Handlungsspielräume nicht nur in Form von Kann-Vorschrift oder unbestimmten Rechtsbegriffen eröffnen, sondern durch generelle Zielbestimmung gesteuert und final programmiert werden<sup>25)</sup>. Es liegt auf der Hand, dass die Verwaltung in solchen Fällen kaum einer gesetzlichen Bindung unterliegt<sup>26)</sup>. Andererseits gewinnt Vor dem Hintergrund der zunehmenden Europäisierung des Rechts der rechtsvergleichende Blick über die deutschen Grenzen hinaus immer mehr an Bedeutung. Dabei erweist sich die in der deutschen Lehre vertretene zweiteiligen Ermessensdogmatik als ein Modell, das in keinem anderen Land der EU zu finden ist<sup>27)</sup>.

---

24) Vgl. *F. Ossenbühl*, Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, in: FS für K. Redeker zum 70. Geburtstag, 1993, S. 60.

25) Ein Beispiel davon ist das Telekommunikationsgesetz (TKG), in dessen § 21 Abs. 1 Satz 1 die Zugangsverpflichtung zunächst in folgender Weise geregelt wird: „*die Bundesnetzagentur kann [...] verpflichten, anderen Unternehmen Zugang nach Maßgabe dieser Vorschrift zu gewähren [...]*“. In Satz 3 derselben Vorschrift heißt es dann aber weiter: „*Bei der Prüfung, ob und welche Zugangsverpflichtung gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 stehen, hat die Bundesnetzagentur insbesondere zu berücksichtigen [...]*“ (es werden mehrere Kriterien aufgelistet).“

26) In der Literatur und Rechtsprechung besteht Einigkeit, dass bei der Zugangsregulierung im TKG der Bundesnetzagentur ein Entscheidungsspielraum eingeräumt werden muss. Der Umfang dieses Entscheidungsspielraums ist aber umstritten. Ein Teil der Literatur vertritt die Auffassung, dass der Bundesnetzagentur ein umfassendes Regulierungsermessen zustehen müsse, das durch ihrer Gestaltungsaufgabe gerechtfertigt sei (vgl. *J. Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, 2006; *M. Eifert*, Die gerichtliche Kontrolldichte der Entscheidungen der Bundesnetzagentur, ZHR 174, 2010, S. 449ff.).

27) Vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, Kap. 2 Tz. 9 [Jap. Übersetzung „Gyôseihiiron no Kiso to Kadai“ von M. Ohta u.a., 2006]; *W. Hoffmann-Riem*, § 10 Eigenständigkeit der Verwaltung, in: ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2. Aufl., 2012, Rn. 66.

Dies alles trägt entscheidend dazu bei, dass die hergebrachte Ermessenslehre in zunehmendem Maße kritisch hinterfragt und auf den rechtstheoretischen Prüfstand gestellt wird<sup>28)</sup>. Hierbei entsteht Raum für eine (erneute) Auseinandersetzung mit Kelsens Reiner Rechtslehre, auf deren Basis die bislang herrschende starre Ermessensdogmatik durch einen mehr funktionalistischen Ansatz ersetzt werden kann.

## **2. Die Stellung der Reinen Rechtslehre in der heutigen Diskussion**

Wenngleich Kelsens Theorien im heutigen rechtswissenschaftlichen Diskurs einige Beachtung genießen, werden sie jedoch nicht in allen Punkten von den neueren wissenschaftlichen Strömungen übernommen.

Als Beispiel sei hier die normative Ermächtigungslehre<sup>29)</sup> genannt, die inzwischen in der Literatur beachtliche Unterstützung erfährt. Zwar sieht die normative Ermächtigungslehre – ähnlich wie die Reine Rechtslehre – in der Ermessensausübung eine Art der Rechtskonkretisierung<sup>30)</sup>. Andererseits legt sie dabei den Schwerpunkt auf die durch die Einräumung eines Ermessensspielraums reduzierte gerichtliche Kontrolle, fokussiert sich also auf das Verhältnis zwischen Verwaltung und Rechtsprechung<sup>31)</sup>. In der Reinen Rechtslehre hingegen, nach der auch auf der Stufe der Gesetzesanwendung Recht gesetzt wird, determiniert die Ermächtigung nur den Umfang, in dem der Gesetzgeber seine Rechtssetzungskompetenz auf die Verwaltung verlagert<sup>32)</sup>. Hier geht es also nicht um das Verhältnis zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, sondern um das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Verwaltung. Der gerichtliche Kontrollumfang spielt in diesem Zusammenhang zunächst keine Rolle.

Die normative Ermächtigungslehre unterscheidet also anders als die Reine Rechtslehre nicht zwischen den zwei Ebenen des Verwaltungsermessens, dem vorgabenfreien Raum im Verhältnis zum Gesetzgeber einerseits (Jestaedt nennt

---

28) Siehe unten 2.

29) Vgl. zur normativen Ermächtigungslehre insb.: *Schmidt-Aßmann*, Art. 19 Abs. 4, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 2003, Rn. 185f., sowie *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, §7 Rn. 34.

30) *Schmidt-Aßmann*, a.a.O. (Fn. 27), Kap. 4 Tz. 49.

31) *Schmidt-Aßmann*, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 180ff.

32) *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 197 [Jap. Übersetzung „Jyunsui Hōgaku“ von R. Nagao, 2014].



dies Selbstentscheidungskompetenz oder *Ermessen 1*), und den kontrollfreien Raum im Verhältnis zu dem Verwaltungsgericht andererseits (Jestaedt nennt dies Letztentscheidungskompetenz oder *Ermessen 2*)<sup>33)</sup>.

### Schlusswort

Die Reine Rechtslehre kann eine kritische Perspektive anbieten nicht nur für die bislang herrschende Lehre, die an der grundsätzlichen Unterscheidung von gebundener und Ermessensverwaltung festhält, sondern auch für die Auseinandersetzung mit den neueren Strömungen in der Verwaltungsrechtswissenschaft. Wie Jestaedt in seinem Aufsatz anschaulich darlegt, liegt die Bedeutung der Reinen Rechtslehre in der rechtstheoretischen Klarstellung, dass die Ermessensproblematik im Grunde nicht allein eine Frage der Letztentscheidungskompetenz und damit der Gewaltenteilung zwischen Verwaltung und Gericht ist, sondern vielmehr einheitlich auf allen Stufen der Rechtsanwendung zum Tragen kommt.

Diese Erkenntnis ist nicht nur für die deutsche, sondern auch für die japanische Ermessenslehre von ganz entscheidender Bedeutung, in der die Gewaltenteilung offen oder versteckt eine sehr gewichtige Rolle spielt, wohingegen die Rechtsanwendungsperspektive eher vernachlässigt wird<sup>34)</sup>. Dies ist ein Grund, warum Kelsens Ermessenslehre auch in Japan große Beachtung findet.

---

33) Bereits früher findet sich bei Jestaedt eine ähnliche Unterscheidung zwischen einer Konkretisierungsperspektive (=Ermessen1) und einer Kontrollperspektive (=Ermessen 2) (vgl. *Jestaedt*, a.a.O. (Fn. 22), Rn. 20ff.).

34) *R. Yamamoto*, Die japanische Ermessenslehre im Wandel, DÖV 2006, S. 849f. hat darauf hingewiesen, dass hinter der traditionellen Lehre in Japan „die Idee der scharfen Gewalten- und Funktionentrennung, die vor der Politisierung der Justiz warnt“, steckt.