

## **Grundkurs Öffentliches Recht III**

### **Allgemeines Verwaltungsrecht**

Mittwoch, den 21. Mai 2003 /

Dienstag, den 27. Mai 2003

---

Der Verwaltungsakt ist ein Homunculus, eine Handlungsform, die aus vielfältigen Standardisierungsgründen des Allgemeinen Verwaltungsrechts zweckmäßig ist. Ich möchte diesem Homunculus heute etwas mehr Farbe geben, indem ich Arten von Verwaltungsakten unterscheide. Ich beginne mit der Unterscheidung von gebundenen und Ermessensverwaltungsakten, die mir zugleich die Gelegenheit gibt, Ihnen mit dem Ermessen eine weitere Zentralkategorie rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts vorzustellen.

#### **I. Gebundene und Ermessensverwaltungsakte**

##### **1. Die begriffliche Unterscheidung**

Von einem gebundenen Verwaltungsakt spricht man, wenn der Erlass dieses Verwaltungsaktes die zwingende Rechtsfolge einer verwaltungsrechtlichen Norm ist. Ein Beispiel ist die Baugenehmigung. Diese ist gemäß § 62 I BerlBauO zu erteilen, wenn das Vorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht. Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen vor, nämlich Übereinstimmung eines beantragten Bauvorhabens mit den gesetzlichen Anforderungen, die an Bauvorhaben gestellt werden, so ist die Rechtsfolge, die Erteilung der beantragten Baugenehmigung und damit der Erlass eines Verwaltungsaktes, zwingend. Gebundene Verwaltungsakte zeichnen sich also dadurch aus, dass die Rechtsfolge "Verwaltungsakt" unmittelbar an das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen anknüpft.

Anders bei den Ermessensverwaltungsakten. Hier ist zwischen den Tatbestand und den Eintritt einer Rechtsfolge, hier den

Erlass eines Verwaltungsakts, etwas Drittes eingefügt: das Ermessen. Beispiel für eine Ermessensnorm ist § 17 I des Allgemeinen Gesetzes zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin (ASOG). Die Ordnungsbehörden und die Polizei können danach die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren. An dieser Norm fällt zunächst auf, dass in ihr 2 Merkmale aus der Definition des Begriffes "Verwaltungsakt" auftauchen, nämlich "Maßnahme" und "Einzelfall", und in der Tat sind die Maßnahmen, von denen § 17 I ASOG spricht, typischerweise Verwaltungsakte. Allerdings stehen diese Verwaltungsakte im Ermessen von Polizei und Ordnungsbehörden. Das heißt, dass, wenn der Tatbestand erfüllt ist, wenn also eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im einzelnen Falle vorliegt, die Rechtsfolge, nämlich der Erlass derjenigen Maßnahmen, die notwendig zur Gefahrenabwehr sind, nicht rechtlich zwingend ist. Der Eintritt der Rechtsfolge steht vielmehr im Ermessen der Behörde. Das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen ist bei Ermessensnormen also wohl eine notwendige, wenn auch noch keine hinreichende Bedingung für den Eintritt der Rechtsfolge. Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen vor, bewirkt dies juristisch nicht den Eintritt der Rechtsfolge; es bewirkt nur, dass der Behörde ein Ermessen eröffnet ist, ob und in welcher Weise sie Rechtsfolgen herbeiführen will.

Der Unterschied zwischen gebundenen Verwaltungsakten und Ermessensverwaltungsakten tritt deutlich hervor, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der Rechtsnorm vorliegen, auf die ein Verwaltungsakt gestützt wird. In dem einen Fall ist die Rechtsfolge "Verwaltungsakt" dann zwingend, in dem anderen Fall steht diese Rechtsfolge im Ermessen der Behörde.

Der Unterschied zwischen Ermessensverwaltungsakten und gebundenen Verwaltungsakten kommt dagegen nicht zum Tragen,

wenn schon die tatbestandlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, die das Gesetz aufstellt, auf welches der Verwaltungsakt gestützt werden soll. In diesem Fall ist das Ergebnis gleich: Der Verwaltungsakt - egal ob gebundener oder Ermessensverwaltungsakt - darf nicht ergehen. Das Ermessen als zusätzliches und unterscheidendes Element kommt nicht zum Tragen, weil es erst eröffnet wird, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Die Unterscheidung zwischen gebundenen und Ermessensverwaltungsakten ist wichtig für die Maßstäbe, die bei der rechtlichen Überprüfung dieser Verwaltungsakte anzuwenden sind:

(1) Sowohl gebundene wie Ermessensverwaltungsakte müssen darauf überprüft werden, ob sie im Einklang mit den tatbestandlichen Voraussetzungen der Rechtsnorm stehen, auf die sie gestützt werden.

(2) Ist dies der Fall, müssen Ermessensverwaltungsakte zusätzlich darauf überprüft werden, ob die Behörde von ihrem Ermessen einen fehlerfreien Gebrauch gemacht hat. Bei Ermessensverwaltungsakten muss ein zusätzlicher Prüfungsschritt eingelegt werden. Zusätzlich zu den tatbestandlichen Voraussetzungen, die ein Gesetz für einen Verwaltungsakt aufstellt, muß dann, wenn diese tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind, die Ausübung des Ermessens überprüft werden. Diese Zusammenhänge kommen in § 114 VwGO in dem Wort "auch" zum Ausdruck. In der Parallelnorm zu § 114 VwGO im VwVfG, in § 40, fehlt dieses Wort zwar; in der Sache meint diese Norm aber nichts anderes.

Die Unterscheidung zwischen gebundenem Verwaltungsakt und Ermessensverwaltungsakt ist damit begrifflich erklärt. Fraglich ist nun, wann wir es mit Ermessensverwaltungsakten zu tun haben, wann also ein Ermessen eröffnet ist, welche rechtliche Wirkung die Eröffnung von Ermessen hat und welche rechtlichen Anforderungen an die Betätigung dieses Ermessens gestellt werden. Die Antwort auf diese Fragen kann man nur

in den Gesetzen finden, auf deren Grundlage die jeweiligen Verwaltungsakte erlassen werden.

## **2. Die normative Fundierung von Bindung und Ermessen der Verwaltungsbehörden**

Ob ein Verwaltungsakt ein gebundener oder ein Ermessensverwaltungsakt ist, muss durch die Interpretation der gesetzlichen Grundlagen ermittelt werden.

Ermessensverwaltungsakte sind gegeben, wenn das Gesetz ausdrücklich von "pflichtgemäßem Ermessen" spricht oder von einer Entscheidung "nach Ermessen". So besagt § 12 I ASOG: "Die Ordnungsbehörden und die Polizei treffen ihre Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen." Vor allem wird Ermessen begründet durch Formulierungen wie "kann", "darf", "ist berechtigt", "ist befugt", soweit diese auf Behörden bezogen sind.

Gesetzlich gebundene Verwaltung liegt dagegen vor bei Formulierungen wie "muss", "hat zu", "ist zu erteilen", "darf nicht versagt werden".

Eine Zwischenstufe zwischen Ermessen und Bindung markieren die Soll-Vorschriften. Wenn die Behörde unter bestimmten Voraussetzungen tätig werden soll, so ist sie dazu in der Regel verpflichtet; nur in Ausnahmefällen kann sie von einem Tätigwerden absehen. Soll-Vorschriften bedeuten also für den Regelfall gebundene Verwaltung, nur im Ausnahmefall eröffnen sie Ermessen.

In ganz wenigen Fällen führt der Gesetzeswortlaut in die Irre und handelt es sich um eine gebundene Verwaltungsentscheidung, obwohl der Wortlaut auf Ermessen hindeutet. Diese Fälle lassen sich durch Gesetzesinterpretation recht klar identifizieren. So können nach § 35 II BauGB im Außenbereich sonstige Vorhaben im

Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt. Das Ermessen soll es der Bauverwaltung hier ermöglichen, Belange des Einzelfalles, die das abstrakte Gesetz nicht berücksichtigen kann, zur Geltung zu bringen und gegeneinander abzuwägen. Wenn dieser Auftrag aber in gleicher Weise schon durch den gesetzlichen Tatbestand erteilt wird ("öffentliche Belange"), dessen Erfüllung das Ermessen erst eröffnet, dann bleibt für die Ermessensbetätigung nichts mehr übrig. Der Fall, dass ein Außenbereichsvorhaben keinerlei öffentlichen Belang beeinträchtigt (so der Tatbestand) und trotzdem legitime Ermessensgesichtspunkte vorliegen, die eine Ablehnung rechtfertigten, ist nicht denkbar. Legitimer Ermessensgesichtspunkt kann nämlich nur ein öffentlicher Belang sein. Solche öffentlichen Belange sind bei der Subsumtion unter § 35 II BauGB aber schon im Tatbestand zu berücksichtigen. Für das Ermessen bleibt nichts übrig. § 35 II BauGB ist deshalb entgegen dem Wortlaut eine Muss-Vorschrift.

Eine weitere, schwer einzuordnende Vorschrift ist § 227 AO. "Die Finanzbehörden können Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis ... erlassen, wenn deren Einziehung nach Lage des einzelnen Falles unbillig wäre; ..." Hierzu *Maurer, VerwR*, § 7 Rn. 50. Diese Vorschrift nennt man mit einem in der Wissenschaft gebräuchlichen, ihre rechtliche Problematik verdeutlichenden Begriff eine Koppelungsvorschrift, denn es werden ein unbestimmter Rechtsbegriff auf der Tatbestandsseite und behördliches Ermessen gekoppelt.

### **3. Die rechtlichen Wirkungen der Eröffnung von Ermessen**

Ermessen vermittelt der Verwaltung Entscheidungsspielräume. Diese können in zwei Richtungen eröffnet werden. Die Behörde kann einmal entscheiden, ob sie überhaupt tätig werden will. Die Alternative besteht hier zwischen Tun und Nichts-Tun.

Ein solches Ermessen nennt man Entschließungsermessen.

Es gibt weiters die Möglichkeit, dass das Ermessen der Behörde eine Auswahl zwischen mehreren Handlungsoptionen gestattet, die Auswahl also nicht zwischen Nichtstun und Tun, sondern zwischen Tun A, Tun B usw. Man spricht dann von einem Auswahlermessen.

Ob das Ermessen, was eine Norm eröffnet, ein Entschließungsermessen, ein Auswahlermessen oder eine Kombination aus beidem ist, muss jeweils durch Auslegung dieser Norm ermittelt werden.

Eine Norm, die ein Entschließungsermessen gewährt, ist § 13 I Versammlungsg. "Die Polizei kann eine Versammlung in geschlossenen Räumen nur dann und unter Angabe des Grundes auflösen", wenn einer von mehreren Auflösungsgründen vorliegt. Ist dies der Fall, hat die Polizei ein Wahlrecht zwischen Untätigkeit und Auflösung. Eine Auswahl zwischen mehreren Handlungsoptionen wird vom Wortlaut der Norm nicht eröffnet. Danach hat die Polizei, so sie überhaupt handeln will, nur die Option der Auflösung.

Eine Norm, die nur ein Auswahlermessen gewährt, ist ein Gebührentatbestand, der für die Vornahme einer bestimmten Amtshandlung eine Gebühr vorsieht und deren Höhe innerhalb eines gesetzlich fixierten Rahmens in das Ermessen der Verwaltung stellt. Dass für die Vornahme der Amtshandlung überhaupt eine Gebühr zu erheben ist, ist der Verwaltung durch das Gesetz zwingend vorgegeben. Ein Ermessen besteht nur hinsichtlich der Gebührenhöhe. Hier hat die Verwaltung in dem Bereich zwischen der gesetzlichen Unter- und Obergrenze die Auswahl.

Eine Norm, die sowohl ein Entschließungs- als auch ein Auswahlermessen gewährt, ist § 15 I Versammlungsg. Danach kann die zuständige Behörde eine Versammlung verbieten oder

von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn hier nicht näher interessierende Voraussetzungen vorliegen. Die Behörde hat also ein doppeltes Wahlrecht. Sie kann untätig bleiben oder handeln, und wenn sie handelt, hat sie die Wahl zwischen Verbot und Auflage.

#### **4. Die rechtlichen Grenzen des Ermessens**

Wenn von Wahlrecht gesprochen wird, so ist damit kein Belieben, keine Willkür gemeint. Auch die Ermessensbetätigung unterliegt rechtlichen Bindungen und Schranken. Nur innerhalb der vom Recht gezogenen Grenzen ist die Verwaltung frei. Ermessen ist rechtlich begrenzte und dirigierte Entscheidungsfreiheit. Willkür gibt es im Verwaltungsrecht nicht. Auch wenn eine Behörde zwischen mehreren Gesamtschuldern die Auswahl hat, wenn also ein Auswahlermessen besteht, muss die Behörde diese Auswahl nach sachlichen Gesichtspunkten treffen, anders als ein privatrechtlicher Gläubiger, der nach Belieben zwischen Gesamtschuldern auswählen darf.

Ob die rechtlichen Grenzen des Ermessens eingehalten werden, ist eine Rechtsfrage, die von den Verwaltungsgerichten überprüft werden kann. Nur innerhalb der rechtlich dem Ermessen gezogenen Grenzen, ist die Verwaltung frei. Ob sie insoweit in Ausübung ihres Ermessens jeweils die beste Lösung trifft, ist eine Frage der sog. Zweckmäßigkeit, die von den Verwaltungsgerichten nicht überprüft wird, möglicherweise aber von übergeordneten Verwaltungsinstanzen. Der Unterschied von Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit als Prüfungsmaßstäbe wird deutlich bei einem Vergleich von § 113 I mit § 68 I 1 VwGO.

Fraglich ist nun, welche Gesichtspunkte es sind, unter denen die Gerichte die Rechtmäßigkeit behördlicher Ermessensbetätigung nachprüfen. Erste Hinweise geben die inhaltlich im wesentlichen übereinstimmenden §§ 40 VwVfG,

114 VwGO. Danach prüfen die Gerichte, ob die Grenzen des Ermessens überschritten sind oder ob von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht wird. Entsprechend dieser Zweiteilung unterscheidet man zwei Gruppen sog. Ermessensfehler: die Ermessensüberschreitung ("die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten") und den Ermessensfehlgebrauch (= Ermessensmissbrauch) ("in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise"). Im Gesetz nicht genannt ist ein dritter, die Liste abschließender Ermessensfehler: der Ermessensnichtgebrauch.

Ermessensnichtgebrauch liegt vor, wenn die Verwaltung ein ihr zustehendes Ermessen nicht betätigt, etwa aus Nachlässigkeit oder weil sie irrtümlich annimmt, sie sei zum Handeln verpflichtet. Die Verwaltung ist also verpflichtet, ein ihr eingeräumtes Ermessen - entweder durch Entscheidung im Einzelfall oder durch typisierende Regelung in einer Ermessensrichtlinie, also einer Verwaltungsvorschrift - auszuüben. Ein Verwaltungsakt, der unter Verstoß gegen diese Pflicht zustande kommt, ist rechtswidrig. In der Praxis bereitet es allerdings Probleme, einen Ermessensnichtgebrauch nachzuweisen. Anhaltspunkte liefert die Begründung des Verwaltungsaktes (§ 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG).

Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn die Behörde eine nicht mehr im Rahmen ihres Ermessens liegende Rechtsfolge anordnet. Der Lehrbuchfall hierzu ist die Erhebung einer Verwaltungsgebühr von 60 Euro, wenn für die gebührenpflichtige Verwaltungshandlung nach der Gebührenordnung nur eine Gebühr zwischen 20 und 50 Euro verlangt werden darf. Praktisch häufiger sind die Fälle, dass die Behörde sich zwar innerhalb eines gesetzlichen Entscheidungsrahmens hält, aber verkennt, dass dieser Rahmen im Einzelfall aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben eingeengt ist. So gibt § 15 I VersammlungsG dann, wenn die Durchführung einer Versammlung die öffentliche Sicherheit

unmittelbar gefährdet, der zuständigen Behörde grundsätzlich ein Recht, zu wählen, ob sie die Versammlung auflöst oder von Auflagen abhängig macht. Dieses Wahlrecht entfällt aber, wenn im Lichte des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Verbot nicht erforderlich ist, vielmehr Auflagen als mildere Mittel ausreichen, um die Gefahr für die öffentliche Sicherheit abzuwehren. Wenn die Behörde dann trotzdem die Versammlung auflöst, liegt eine Ermessensüberschreitung vor. Abstrakt betrachtet liegt die Auflösung der Versammlung zwar im Rahmen ihres Ermessens; konkret betrachtet ist dies aber nicht der Fall, weil das Ermessen aufgrund der Umstände des Einzelfalls reduziert ist.

Damit bin ich bei einem wichtigen Unterfall der Ermessensüberschreitung: der Ermessensreduzierung auf Null. Diese liegt vor, wenn der gesetzlich eröffnete Rahmen eines Auswahl- und insbesondere auch eines Entschließungsermessens aufgrund der Umstände des Einzelfalles und / oder durch verfassungsrechtliche Vorgaben so weit eingeschränkt ist, dass nur eine einzige Verhaltensweise als Ergebnis pflichtgemäßer Ermessensbetätigung erscheint. Ein Beispiel ist die Verpflichtung der Polizei, gegen schwerwiegende Straftaten einzuschreiten, wenn sie im Einzelfall in der Lage ist, diese zu verhindern. § 17 I ASOG legt es in das Ermessen der Polizei, bei Gefahren für die öffentliche Sicherheit einzuschreiten. Dieses Ermessen ist aber auf Null reduziert im Sinne einer Pflicht zum Tätigwerden, wenn z.B. ein Ausländer in der Nähe einer Polizeiwache von Rechtsradikalen verprügelt wird und es Polizeibeamten, die das Geschehen beobachten, ohne Weiteres möglich ist, zum Schutz des Verprügelten tätig zu werden. In dieser Situation schrumpft zumindest das polizeiliche Entschließungsermessen zusammen und nur eine Alternative, das Einschreiten, ist rechtmäßig. Ein anderes Beispiel ist die Selbstbindung der Verwaltung durch Verwaltungsvorschriften. Wenn die Verwaltung ihr Ermessen aufgrund einer

ermessensdirigierenden Verwaltungsvorschrift in einer Mehrzahl von Fällen in einer bestimmten Weise ausgeübt hat, muss sie bei einem weiteren Fall genauso entscheiden, es sei denn, sie kann einen sachlichen Grund für die Abweichung geltend machen. Ist dies nicht der Fall, so wird ihr Ermessen durch Art. 3 I GG auf Null reduziert. Voraussetzung ist allerdings, dass die bisherige Verwaltungspraxis rechtmäßig war. Art. 3 I GG gibt keinen Anspruch auf Fehlerwiederholung; es gibt keine Gleichheit im Unrecht.

Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn die Behörde sich nicht ausschließlich vom Zweck der Ermessensnorm leiten lässt, insbesondere sachwidrige und verfassungswidrige Gesichtspunkte in ihre Entscheidung einfließen lässt. So liegt ein Ermessensmissbrauch vor, wenn die Behörde eine Versammlung, deren Durchführung die öffentliche Sicherheit unmittelbar gefährden würde, nicht deswegen verbietet, sondern vielmehr deshalb, weil sie die auf der Versammlung vertretenen politischen Ansichten behindern will. Legitime Ermessensgesichtspunkte bei dieser Auflösungsentscheidung sind dagegen die Überlegung, welche Beeinträchtigungen von der Versammlung für den Straßenverkehr, für Passanten und Anwohner, etc. ausgehen und welches Ausmaß diese annehmen, die Frage, ob die Polizei genügend Kräfte zur Verfügung hat, um eine Auflösungsverfügung tatsächlich durchzusetzen, weiterhin die Frage, ob eine Auflösung nur zu einer weiteren Eskalation der Gewalt führt. Ein anderes Beispiel für einen Ermessensmissbrauch ist die Versagung einer Sondernutzungserlaubnis für die Aufstellung eines Zeitschriftenkiosks auf öffentlichen Straßen mit der Begründung, dort würden vorwiegend jugendgefährdende Schriften angeboten. Im Unterschied zum zuvor genannten Fall, in dem die Ablehnung politischer Ansichten das Handlungsmotiv der Behörden war, ist die Bekämpfung jugendgefährdender Schriften grundsätzlich Aufgabe der Behörden. Allerdings dient das Instrument der Sondernutzungserlaubnis nicht diesem Zweck, sondern der Sicherheit und Leichtigkeit der Benutzung öffentlicher

Straßen. Nur zu diesem und zu keinem anderen Zweck ist die Benutzung öffentlicher Straßen zu anderen Zwecken als der Fortbewegung genehmigungsbedürftig.

#### **5. Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt**

Die Unterscheidung von gebundenen Verwaltungsakten und Ermessensverwaltungsakten möchte ich abschließend an einem Gegensatzpaar verdeutlichen, dass im Baurecht, im Wirtschafts- und Umweltverwaltungsrecht immer wieder eine Rolle spielt. Das ist der Gegensatz zwischen präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt. Beiden Rechtsinstituten ist gemeinsam, dass sie eine gesetzliche Grundlage erfordern. Weiterhin ist ihnen gemeinsam, dass diese Rechtsgrundlage zwei Funktionen hat, nämlich 1., ein Verhalten grundsätzlich zu verbieten, und 2., die Aufhebung des gesetzlichen Verbots durch Verwaltungsakt zu erlauben. So enthalten alle Landesbauordnungen Vorschriften, dass bestimmte bauliche Anlagen genehmigungspflichtig sind. Das heißt negativ, dass ihre Errichtung verboten ist, solange keine Genehmigung vorliegt. Gleichzeitig enthalten die Landesbauordnungen Vorschriften, die besagen, dass eine Genehmigung zu erteilen ist, wenn der baulichen Anlage keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Das Zusammenspiel der beiden Vorschriften kann man als Verbot mit Genehmigungsvorbehalt bezeichnen.

Der Begriff des Verbotes mit Genehmigungsvorbehalt ist dabei Oberbegriff zu den Begriffen präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt. Der Unterschied zwischen beiden liegt darin, dass beim präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt die Erlaubnis ein gebundener Verwaltungsakt ist und dass beim repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt die Befreiung ein Ermessensverwaltungsakt ist.

Dieser Unterschied sei an zwei Beispielen verdeutlicht. Ein Beispiel für ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist die schon erwähnte Baugenehmigung. Hier dient das Verbot des Bauens ohne Bauerlaubnis dem Zweck, vorab zu prüfen, ob ein Bauvorhaben mit Vorschriften des öffentlichen Rechts vereinbar ist. Trifft das zu, besteht ein Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung. Grundlage für diesen Anspruch ist Art. 14 I GG, der materielle Baufreiheit gewährt. Zweck des Genehmigungsverfahrens ist es, vor der Realisierung eines Bauvorhabens, das in der Regel mit hohen Kosten verbunden ist, dessen Legalität verbindlich festzustellen.

Ein Beispiel für ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt ist § 3 des Gesetzes über befriedete Bezirke. Danach kann der Bundesminister des Innern Ausnahmen von dem Verbot von Versammlungen unter freiem Himmel innerhalb des befriedeten Bannkreises um die Gesetzgebungsorgane des Bundes zulassen. Solche Versammlungen sind zum Schutz der Freiheit parlamentarischer Willensbildung grundsätzlich verboten. Ein grundrechtlicher Anspruch auf Genehmigung aus Art. 8 I GG besteht nicht, da selbst ein vollständiges Verbot von der Grundrechtsschranke des Art. 8 II GG gedeckt wäre. Infolgedessen steht die Gewährung einer Ausnahme im Ermessen des Bundesministers des Innern ("kann").

An den beiden Beispielen wird deutlich, dass der juristische Unterschied zwischen präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt eng mit den Zwecken zusammenhängt, denen die Verbote dienen. Das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist nicht Ausdruck grundsätzlicher Missbilligung des zunächst verbotenen Verhaltens. Das Verbot soll nur sicherstellen, dass vorweg, also bevor das zu genehmigende Vorhaben ins Werk gesetzt wird, von der zuständigen Behörde geprüft werden kann, ob im Einzelfall gegen rechtliche Vorschriften verstoßen wird. Ist das nicht der Fall, stehen dem zu genehmigenden Verhalten keine

rechtlichen Hindernisse entgegen. Die Genehmigung ist dann zu erteilen. Das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gleicht einer Schranke, die nach Kontrolle hochgezogen wird und werden muss, wenn die Kontrolle keinen Anlass zu Beanstandungen gibt. Ein Bauvorhaben, das den baurechtlichen Vorschriften entspricht, ist auch vor der Erteilung der Genehmigung materiell rechtmäßig. Das Genehmigungserfordernis dient allein dem Zweck, der Behörde die Gelegenheit zu geben, diese materielle Rechtmäßigkeit festzustellen. Hat die Behörde sich davon überzeugt, hat sie die Genehmigung zu erteilen mit der Folge, dass das zunächst nur materiell rechtmäßige Vorhaben nach Wegfall des Verbots auch formell rechtmäßig wird.

Dagegen ist das repressive Verbot mit Befreiungsvorbehalt Ausdruck einer grundsätzlichen Missbilligung eines Verhaltens durch den Gesetzgeber. Anders als die Bebauung eines Grundstücks ist das Sichversammeln innerhalb der Bannmeile grundsätzlich unerwünscht. Die behördliche Befreiung von dem Verbot ist deshalb keine bloße Unbedenklichkeitsbescheinigung im Sinne der behördlichen Bestätigung der von Gesetzes wegen bestehenden materiellen Legalität, sondern eine im Einzelfall gewährte Ausnahme. Während bei dem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt die Erlaubnis die grundrechtliche Freiheit wiederherstellt, die im Interesse einer Präventivkontrolle vorläufig eingeschränkt war, ist die Befreiung bei dem Verbot mit Befreiungsvorbehalt eine konstitutive Erweiterung des Rechtskreises des Bürgers, indem ein Verhalten, das grundsätzlich verboten ist und auch grundrechtlich verboten werden darf, ausnahmsweise erlaubt wird.