

## Verbot mit Erlaubnisvorbehalt – Verbot mit Dispensvorbehalt

Von Wiss. Ass. Christoph Gusy, Hagen

*Verbote mit Erlaubnisvorbehalt und Verbote mit Dispensvorbehalt nehmen in der gesamten Rechtsordnung an Zahl zu. Diese Tendenz wirft eine Fülle von Rechtsfragen auf. Unter welchen Voraussetzungen ist die Einführung solcher Normen zulässig? Hier sind verfassungsrechtliche Fragen insbesondere aus dem Grundrechtsbereich zu erörtern. Welche Anforderungen gelten für die Erlaubniserteilung? Besondere Bedeutung kommt hier der verwaltungsrechtlichen Ermessenslehre zu. Nach welchen Grundsätzen sind die Genehmigungsverfahren durchzuführen? Die staats- und verwaltungsrechtliche Erörterung dieser Frage steckt noch in den Anfängen: die Verfahrensnormen des BVwVfG geben jedoch einige Hinweise. Bei der Beantwortung aller dieser Fragen kommt der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einige Bedeutung zu.*

### Inhaltsübersicht

- I. Die Grundrechtliche Problematik der Erlaubnispflichten
- II. „Präventive“ und „repressive“ Verbote
- III. Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt
  1. Die gebundene Erlaubnis
  2. Die Ermessensentscheidung
- IV. Das Verbot mit Dispensvorbehalt
- V. Das Genehmigungsverfahren

### I. Die grundrechtliche Problematik der Erlaubnispflichten

Erlaubnispflichten nehmen nicht erst in jüngster Zeit an Zahl ständig zu. Einzelne Tätigkeiten wie die Durchreise von Ausländern (§§ 2 I, 5 III AusG), die Inbetriebnahme technischer Anlagen, etwa schon eines Kraftfahrzeuges (§§ 18 ff. StVZO), oder die Aufnahme einzelner Gewerbe (§§ 30 ff. GewO) bedürfen der behördlichen Zustimmung. Der Grund für diese Entwicklung liegt darin, daß die Instrumente nachträglicher Kontrolle und Sanktion gegenüber Rechtsverstößen häufig nicht ausreichen. Sie stoßen vielfach auf vollendete Tatsachen, die sich nur unter erheblichen Schwierigkeiten – etwa bei der Schädigung von Arbeitnehmern durch unzuverlässige Gewerbetreibende – oder überhaupt nicht – etwa im Fall von Personenschäden durch schadhafte Kraftfahrzeuge – rückgängig machen lassen. In einem differenzierten, störungsanfälligen Gemeinwesen, das auf planende Steuerung angewiesen ist, ist demnach die staatliche Reaktion auf vorgegebene Sachverhalte häufig nicht mehr ausreichend, vielmehr erscheint oft die vorgängige Kontrolle zum Schutze der Allgemeinheit oder der Rechte Dritter unentbehrlich.

Andererseits schützen solche Verfahren nicht nur Rechtspositionen, sie schränken zugleich die Freiheit des Betroffenen ein. Ohne Erlaubnis ist sein Vorhaben untersagt. Dabei sind die Grundrechte, die Freiheit zur Selbstbestimmung garantieren sollen, darauf angelegt, dem Träger einen bestimmten Bereich „offenzuhalten“. Ob und in welcher Weise er von den ihm dadurch eingeräumten Möglichkeiten Gebrauch macht, ist im Rahmen der dazu erlassenen verfassungsgemäßen Gesetze in seine freie Entscheidung gestellt. Genehmigungspflichten greifen demnach in die Freiheitsrechte ein, und zwar umso intensiver, je mehr Teilbereiche der grundrechtlich garantierten Freiheit von ihnen umfaßt werden.

So betrifft das Erfordernis der Baugenehmigung nur einen Teil der Eigentumsfreiheit, das herkömmliche Prüfungs- und Anerkennungsverfahren für Kriegsdienstverweigerer schließt demgegenüber das ganze Grundrecht aus Art. 4 III 1 GG ein. Mit der Einführung eines Genehmigungserfordernisses wird zwar die grundrechtlich verbürgte Freiheit nicht aufgehoben; ob der Einzelne jedoch von ihr Gebrauch machen kann, ist nicht ausschließlich in seine Entscheidung gestellt, sondern zumindest auch an eine Mitwirkung staatlicher Stellen gebunden. Vor der Erteilung der Erlaubnis und im Falle ihrer Versagung ist das jeweilige Grundrecht in bezug auf die Ausübbarkeit der gewährleisteten Freiheit, soweit diese vom Zustimmungserfordernis umfaßt ist, außer Funktion gesetzt. Daneben wirft die Begründung von Erlaubnispflichten bei der Ausübung der jeweiligen Freiheit verfahrensrechtliche Probleme auf. Der Bürger kann nicht aus eigener Entscheidung frei handeln, sondern ist vielmehr gezwungen, erst ein staatliches Verfahren in Gang zu setzen. In diesem Verfahren muß er den Nachweis erbringen, daß er Inhaber des geltend gemachten Rechts ist, will er nicht eine negative Entscheidung in Kauf nehmen. Somit verschiebt sich zu seinem Nachteil die Beweislast, da bei Erlaß eines nachträglichen Verbotes der Staat „beweispflichtig“ wäre<sup>1)</sup>.

Erlaubnispflichten sind somit gegenüber den Grundrechten ambivalent. Sie schränken die Freiheit des Betroffenen ein, schützen jedoch zugleich die Rechte Dritter. Sie sind daher nur nach Maßgabe der Grundsätze des Übermaßverbotes zulässig<sup>2)</sup>. Ihre Einführung ist als Grundrechtseinschränkung stets nur zur Verfolgung eines Zwecks zulässig, welcher der ungehinderten Betätigung der grundrechtlich geschützten Freiheit vorgeht. Dabei ist das Gewicht der durch eine unkontrollierte Freiheitsausübung gefährdeten legitimen öffentlichen und privaten Interessen auf Verfassungsebene gegenüber den jeweiligen Grundrechten in Rechnung zu stellen. Nur wenn das Bedürfnis nach planender Gestaltung durch den Staat dem Freiheitsschutz vorgeht, ist die Genehmigungspflicht zulässig.

Das Bedürfnis nach Effektivität oder Ökonomie der Verwaltung vermag einen solchen Freiheitseingriff regelmäßig nicht zu legitimieren. Das öffentliche Interesse rechtfertigt ein Erlaubnisverfahren nur, wenn es nicht nur die Grundrechtseinschränkung als solche, sondern gerade die vorgängige Kontrolle erfordert<sup>3)</sup>. Absolut unzulässig ist die Einführung einer Genehmigungspflicht, sofern das einschlägige Grundrecht diesbezüglich ein Verbot statuiert. Solche Verbotsnormen sind Art. 5 I 3 GG als Verbot der (Vor-) Zensur, Art. 8 I GG („... ohne Anmeldung oder Erlaubnis...“) und Art. 21 I 2 GG. Die meisten Grundrechte enthalten jedoch ein solches Verbot nicht, hier ist die Genehmigungspflicht nach Maßgabe der Erfordernisse des Einzelfalles zulässig.

Die Bedeutung der Grundrechte erschöpft sich jedoch nicht mit den genannten Anforderungen an die Begründung von Erlaubnisverfahren. Vielmehr erstreckt sie sich auch auf die Ausgestaltung der materiell-rechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen und des Verfahrens. Die Ausgestaltung der exekutiven Handlungsmaßstäbe und Kontrollverfahren ist somit gleichfalls an den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu orientieren. Insbesondere erfordert das Übermaßverbot, daß das Genehmigungsverfahren den Gefahren angepaßt ist, denen es begegnen soll<sup>4)</sup>. Diese Verfahrensdimension der Freiheitsrechte ist in jüngerer

1) Dazu näher Gallwas, BayVBl. 1966, 310 ff.

2) Hierzu Grabitz, AöR 1973, 568 ff.; Wittig, DÖV 1968, 817 ff.

3) Schwabe, JuS 1973, 133, 135 f.

4) BVerfGE 20, 150, 155.

ster Zeit Gegenstand vielfältiger Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts geworden<sup>5)</sup>). Dabei wurden die rechtsstaatlichen Anforderungen, der Umfang sowie die Art und Weise der Sachaufklärung die Hinweis- und Beratungspflicht gegenüber den Beteiligten, das rechtliche Gehör und die Würdigung der Beweismittel und Indizien konkretisiert.

## II. „Präventive“ und „repressive“ Verbote

Die traditionelle Dogmatik orientierte die Anforderungen an Erlaubnispflichten an der Unterscheidung zwischen dem „präventiven“ und dem „repressiven“ Verbot<sup>6)</sup>). Danach dient das präventive Verbot nicht dem Zweck, die unter Verbot gestellte Tätigkeit, also z. B. das Errichten von Bauwerken, zu unterbinden, sondern soll lediglich bewirken, daß die an eine Erlaubnis gebundene Tätigkeit einer wirksamen, vorherigen Kontrolle durch die Verwaltungsbehörden unterstellt wird. Dementsprechend sollte durch die Erlaubnis nichts positiv verliehen werden, sondern nur die „natürliche Handlungsfreiheit“ des Bürgers wieder hergestellt werden. Dem stand das repressive Verbot gegenüber. Es sollte die verbotene Tätigkeit verhindern. Von dieser Absicht stellt der Dispens eine Befreiung „als Ausnahme“ dar.

Eine Betrachtung der Wirkung solcher Erlaubnispflichten zeigt jedoch, daß insoweit keine Unterschiede bestehen. Sowohl „präventive“ wie „repressive“ Normen enthalten ein Verbot, das unter bestimmten Voraussetzungen aufgehoben wird. Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen der Verbotsnorm vor, so ist unter diesen Umständen das Vorhaben untersagt; liegen dagegen die Voraussetzungen des Erlaubnistatbestandes vor, so ist unter diesen Umständen das Vorhaben gestattet. Insoweit gleichen sich beide Normen. Übereinstimmung besteht auch, was die Zielsetzung angeht. Die Verbotsnormen knüpfen jeweils an einen als gefährlich qualifizierten Sachverhalt die Rechtsfolge der Unzuverlässigkeit. Ob dieser Sachverhalt im Einzelfall vorliegt, soll durch die zuständige Behörde im Erlaubnisverfahren geprüft werden. Besteht die Gefährlichkeit oder Sozialschädlichkeit nicht oder wird sie durch andere Gründe überwogen, so greifen die Erlaubnistatbestände ein; die Verwaltung erteilt in diesem Fall eine Genehmigung. Dabei weist die Zielrichtung beider Arten von Normen keine grundsätzlichen Unterschiede auf. Beide Typen wollen ein Verhalten unterbinden, dessen Gefährlichkeit festgestellt ist oder dessen Ungefährlichkeit nicht ermittelt werden konnte, so daß keine Erlaubnis erteilt wurde; dagegen wollen sie ungefährliches Verhalten durchaus zulassen.

Das zeigt deutlich ein **Beispiel**<sup>7)</sup>: Die Straßenverkehrszulassungsordnung (StZVO), die nach traditioneller Ansicht ein „präventives“ Verbot für die Inbetriebnahme von Kraftfahrzeugen enthält, will durchaus verhindern, daß gefährliche Fahrzeuge am Verkehr teilnehmen. Nur wenn festgestellt ist, daß ein Fahrzeug alle Voraussetzungen erfüllt, die seine hinreichende Sicherheit gewährleisten sollen, ist es zuzulassen. Somit kommt der Norm durchaus zugleich auch Verbotscharakter zu. Dagegen hat das „repressive“ Verbot nicht stets Verhinderungsfunktion. So soll durchaus nicht unterbunden werden, daß etwa die Begleiter von Geldtransporten Waffen mit sich führen. Dieses ist im Einzelfall durchaus erwünscht und in diesen Fällen auch erlaubt.

Somit unterscheiden sich „präventive“ und „repressive“ Verbote weder ihrer Wirkung noch ihres Inhalts nach. Beide Typen von Normen wollen gefährliche Zustände oder Verhaltensweisen verbinden und ungefährliche gestatten. Die frühere Entgegensetzung hatte ihren Grund wohl darin, daß bei dem präventiven Verbot überwiegend auf die unschädliche und rechtmäßige Betätigung abgestellt wurde, beim repressiven Verbot hingegen das im Einzelfall Schädliche in den Vordergrund gerückt wurde. So

entstand der Eindruck eines Gegensatzes zwischen einem nur der Kontrolle dienenden und einem unterdrückenden Verbot<sup>8)</sup>.

Die Unzulänglichkeit der traditionellen Unterscheidung zeigt jedoch nur, daß die Abgrenzung nicht an dem Verbot der ungenehmigten Tätigkeit ansetzen kann. Sie ist vielmehr bei der Verknüpfung zwischen Verbotsnormen und Erlaubnistatbestand zu suchen. Nach der Formulierung der gesetzlichen Erlaubnispflichten ist das Verbot der Regelfall, hingegen die Zulässigkeit des Vorhabens nur durch vorherige Erlaubnis im Einzelfall herbeizuführen. Entscheidend für die Abgrenzung sind dabei die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung. Hierbei kennen die Gesetze je nach ihrem Zweck erhebliche Unterschiede.

## III. Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt liegt stets vor, wenn ein Verbot zum Schutze von Belangen Dritter oder der Allgemeinheit nach behördlicher Prüfung *wegen überwiegender privater Belange des Antragstellers* aufgehoben werden kann. Der Grund für eine solche Gesetzgebungstechnik ist die Allgemeinheit eines Gesetzes, das aufgrund typisierender Betrachtung nur allgemeine Regeln aufstellen, jedoch Ausnahmen zumeist nicht hinreichend kennen und daher nicht entsprechend berücksichtigen kann. Dementsprechend resultieren viele Ausnahmen aus der jeweiligen Besonderheit des Einzelfalles, wenn etwa das Verbot für die Durchsetzung der öffentlichen Interessen aus besonderen Gründen zu einschneidend ist (das gilt etwa, wenn eine Nebenbestimmung zur Genehmigung ausreicht), oder wenn das durch den Eingriff betroffene Privatinteresse ausnahmsweise besonders schutzwürdig ist oder wenn die durch das Verbot geschützten Interessen im Einzelfall kaum oder gar nicht tangiert werden oder wenn gegenüber der typischen Interessenkonstellation weitere öffentliche oder private Belange hinzutreten (etwa: Ladenschlußzeiten würden die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln gefährden<sup>9)</sup>). Die Berücksichtigung solcher Fälle in den Gesetzen wird durch das Übermaßverbot, insbesondere den Grundsatz der Erforderlichkeit, den Organen der Legislative zur Pflicht gemacht. Das gilt sicherlich in dem Fall, wenn „Art und Umfang des Verbotes . . . nicht der tatsächlichen Situation, für die es geschaffen wurde, adäquat“ ist<sup>10)</sup>. Wann ein solcher Fall vorliegt, ist jedoch nicht immer eindeutig. Sicherlich ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, jedes Verbot mit einer Ausnahmebestimmung für den Fall vorzusehen, daß die Gefahr, deren Realisierung entgegengewirkt werden soll, im Einzelfall nicht vorliegt<sup>11)</sup>. Sofern jedoch ein Verbot ein Grundrecht in besonders schwerwiegender Weise tangiert oder aber von dem Sachverhalt, den die Verbotsnorm voraussetzt, ungewöhnlich häufig Ausnahmen auftreten, ist der Gesetzgeber zur Statuierung von Ausnahmen verpflichtet. Das gilt insbesondere dann, wenn die Gefahr nur gering ist oder nur zu bestimmten, näher abgrenzbaren Zeiten auftritt<sup>12)</sup>. Dabei darf jedoch die Gestaltungsfreiheit der

5) BVerfGE 42, 64, 72 ff.; 46, 325, 333 ff.; BVerfG, DÖV 1979, 129 ff.; 13, DöV 1980, 447 ff.

6) Darstellung nach Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., 1977, S. 267 f.

7) Nach Schwabe, a.a.O., S. 134.

8) So auch Bachof in Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte III, I, 1958, S. 221; Wolf/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, S. 406; Schwabe, a.a.O.

9) Zu dieser Konstellation auch Schwabe, a.a.O., S. 136 f.

10) BVerfGE 40, 371, 383.

11) Anders aber Dürig in Mauns/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 1, Rdnr. 81.

12) So der in Anm. 10 erwähnte Fall des BVerfG.

Legislative nicht zu sehr eingeschränkt werden. Nur dann, wenn tatsächlich derselbe Zweck mit einem weniger einschränkenden Mittel erreicht werden kann und dieses Mittel nicht mit ungewöhnlich großen Schwierigkeiten oder Anforderungen verbunden ist, ist ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt geboten. Die Vermeidung von Härtefällen, welche durch allgemeine gesetzliche Verbotstatbestände entstehen können, ist nicht in jedem Fall ein verfassungsrechtlich geschützter Belang.

### 1. Die gebundene Erlaubnis

Die Voraussetzungen für die Genehmigungserteilung sind in den einzelnen Gesetzen unterschiedlich umschrieben. Die „gebundene Erlaubnis“ wird dadurch charakterisiert, daß an das Vorliegen eines näher umschriebenen Sachverhaltes zwingend eine bestimmte Rechtsfolge geknüpft wird. Umschreibt das Gesetz zwingend und abschließend die Voraussetzungen der Genehmigungserteilung oder der Versagung, so ist die Verwaltungsentcheidung „gebunden“. Ein solcher Fall liegt stets vor, wenn eine Norm nach der Statuierung der Erlaubnispflicht formuliert: „Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn . . .“ (so § 3 II AtG) oder umgekehrt anordnet: „Die Konzession ist nur dann zu versagen, wenn . . .“ (so § 30 I GewO). Hat in einem solchen Fall die Genehmigungsbehörde das Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen festgestellt, so kann sie nur eine einzige rechtmäßige Entscheidung treffen; sie darf also weder eine Entscheidung völlig unterlassen noch eine andere Willensbildung vornehmen. In diesem Fall hat der Bürger ein subjektives Recht auf die Erteilung der Erlaubnis<sup>13</sup>). Die Pflicht des Gesetzgebers zur Schaffung eines solchen Anspruchs ergibt sich aus dem Übermaßverbot. Soll das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt den in der Verbotsnorm bezeichneten Gefahren begegnen und sieht es dementsprechend, sofern diese im Einzelfall nicht vorliegen oder durch sonstige Belange überwogen werden, eine Erlaubnis vor, so würde die Verweigerung einer Genehmigung zu einer nicht erforderlichen Grundrechtsbeeinträchtigung führen, die rechtswidrig wäre. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, ist die Legislative zur Statuierung eines subjektiven Rechts auf Erlaubnis verpflichtet. Der Wortlaut der Verbote mit Erlaubnisvorbehalt steht dieser Auslegung auch regelmäßig nicht entgegen, im genannten Beispiel des § 3 II AtG legt er eine solche Deutung sogar nahe, im anderen Fall ist er im Wege eines Umkehrschlusses zu ermitteln. Der Antragsteller kann vor dem Verwaltungsgericht Verpflichtungsklage auf Erteilung der Erlaubnis erheben.

### 2. Die Ermessensentscheidung

In vielen Fällen räumt der Gesetzgeber der Verwaltung bezüglich der Erlaubniserteilung jedoch Ermessen ein. Solche Normen knüpfen an einen bestimmten Tatbestand nicht eine einzige, sondern mehrere mögliche Rechtsfolgen<sup>14</sup>). Unter diesen Alternativen hat die Verwaltung für den Einzelfall rechtmäßige Entscheidung zu stellen. Der Grund für die Einräumung dieser Entscheidungsmöglichkeiten liegt darin, daß der Gesetzgeber die abschließende Abwägung zwischen den kollidierenden Belangen nicht selbst vornehmen konnte, weil etwa die auftretenden Sachverhalte zu vielfältig oder zu wenig voraussehbar waren oder weil die Entscheidung der Behörden an der Würdigung vielschichtiger Umstände des Einzelfalles orientiert sein sollten. Aufgabe der Verwaltung ist es dabei, im Einzelfall die legitimen öffentlichen und privaten Belange zu ermitteln und gegeneinander abzuwägen. Dabei stellen die jeweiligen Normen die Entscheidung kei-

neswegs frei, vielmehr unterliegt die Exekutive umfänglichen rechtlichen Bindungen („gebundenes“, „pflichtgemäßes“ Ermessen).

Diese können sich schon aus der Formulierung der gesetzlichen Vorschriften ergeben. Sind Ermessensnormen als „Soll-Bestimmungen“ ausgestaltet, so hat die damit verknüpfte („gesollte“) Rechtsfolge den Regelfall darzustellen. Nur wenn ausnahmsweise untypische konkurrierende Interessen überwiegen, kann von dieser Regel abgewichen werden. Das gilt auch bei Formulierungen wie „in der Regel“. Hier ist die Bindung der Verwaltung vergleichsweise strikt<sup>15</sup>).

**Beispiel<sup>16</sup>:** Nach § 70 I BSHG soll Personen mit eigenem Haushalt Hilfe zur Weiterführung des Haushaltes gewährt werden, wenn keiner der Haushaltsangehörigen den Haushalt führen kann und die Weiterführung des Haushaltes geboten ist. Regelmäßig ist hier nur die ausdrücklich genannte Entscheidung richtig, d. h. Hilfeleistung bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen; nur in Ausnahmefällen darf die Leistung versagt werden, wenn etwa geeignetes Personal fehlt.

Geringer ist die Bindung bei „Kann“-Vorschriften. Hier hat der Gesetzgeber ebenso wie bei „Darf“-Vorschriften keine eigene Präferenzregelung getroffen. Dabei ist die legislative Interessenwertung jedoch gelegentlich aus dem systematischen Zusammenhang der Norm zu entnehmen. Das ist der Fall, wenn eine Entscheidung unter bestimmten Voraussetzungen als gebundene, unter anderen Voraussetzungen als Ermessensentscheidung ergeht. Soweit sie als gebundene Entscheidung zu treffen ist, hat der Gesetzgeber seine Interessenwertung deutlich gemacht. Ist für die Ermessensentscheidung eine vergleichbare Interessenlage festzustellen, hat die Verwaltung diejenige Rechtsfolge anzuwenden, die als gebundene Entscheidung ergehen müßte.

**Beispiel:** Nach § 31 I WaffenG ist die Waffenbesitzkarte unter bestimmten Voraussetzungen zu versagen, sie kann gemäß § 31 III WaffenG darüber hinaus auch in anderen Fällen versagt werden. Drohen hier Nachteile von der Intensität, wie sie in Absatz I aufgezeigt sind, so hat die Verwaltung die Erlaubnis zu versagen.

Die allgemeinen Grundsätze des gebundenen Ermessens sind in § 40 BVwVfG (§ 39 SGB-AT, § 114 VwGO) niedergelegt. Danach hat die zuständige Behörde ihr Ermessen überhaupt auszuüben (Verbot des „Ermessensmangels“). Voraussetzung dafür ist, daß sie die erforderlichen Zustände des Einzelfalles aufklärt und auf dieser Grundlage ihre Entscheidung in unvoreingenommener Weise trifft. Das gilt nicht nur bei derjenigen Ermessensentscheidung, für welche dieses ausdrücklich angeordnet ist, sondern für alle Ermessensentscheidungen. Daneben hat die Behörde die zulässigen äußeren Grenzen des Ermessens zu beachten (Verbot der „Ermessensüberschreitung“). Sie darf daher keine Entscheidung fällen, welche nicht durch die zu Grunde liegende Norm legitimiert wird. Weder darf sie eine andere Rechtsfolge anordnen, als die Norm vorsieht, noch darf sie Rechtsfolgen anordnen, obwohl die Tatbestandsvoraussetzungen dafür nicht vorliegen. Schließlich ist das Ermessen an den Zweck der jeweiligen Norm gebunden (Verbot des „Ermessensfehlgebrauchs“). Die zuständige Stelle muß demnach zunächst den Zweck der Vorschrift ermitteln und sodann dessen Relevanz für den vorliegenden Fall prüfen. Hier gilt das Gebot der bestmöglichen Verwirklichung des Normzwecks. Bei der Ermessensausübung dürfen nur sachliche Gesichtspunkte zur Verwirklichung des Normziels herangezogen werden; unzulässig sind insbesondere persön-

13) BVerfGE 20, 150, 155; Dürig, AöR 1956, 117, 149 f.

14) Differenzierung bei *Erichsen/Martens*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 1979, S. 165.

15) *Wolf/Bachof*, a.a.O., S. 196.

16) Nach *Seewald*, Jura 1980, 178.

liche Motive des Amtswalters oder aber das Verlangen von wirtschaftlichen Gegenleistungen, welche sich nicht im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Zwecksetzung der begehrten Genehmigung halten (Kopplungsverbot)<sup>17)</sup>.

Neben diesen Bindungen hat die Exekutive auch die allgemeinen Ermessensrichtlinien aus dem Verfassungsrecht und dem einfachen Gesetzesrecht zu beachten. Eine solche stellt etwa § 2 II SGB-AT dar, nach der in § 3 ff. SGB-AT genannten Rechte bei der Auslegung der Vorschriften SGB und der Ermessensausübung zu beachten sind<sup>18)</sup>. Aus dem Verfassungsrecht kommt insbesondere dem Übermaßverbot Bedeutung zu. Es erfordert, daß das im Einzelfall eingesetzte Mittel zur Erreichung des konkreten Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist<sup>19)</sup>. Diese Erwägungen hat die Behörde anhand der konkreten öffentlichen und privaten Belange im Einzelfall anzustellen. Daneben kommt auch den verfassungsrechtlichen Gleichheitssätzen Bedeutung zu, sie verpflichten die Behörde zu einer einheitlichen Ermessensausübung. Von einer gefestigten Praxis darf nur aus sachlich einleuchtenden Gründen abgewichen werden<sup>20)</sup>. Auch Verfassungsgrundsätze wie die Sozialstaatsklausel sind bei der Ermessensausübung zu beachten.

Das Verwaltungsermessen wird so gebunden und dadurch reduziert. Vielfach wird nur eine einzige Scheidung rechtmäßig sein. Insofern ist es unzutreffend, von einem „Ermessensspielraum“ zu sprechen. Im Einzelfall kommt der Behörde kein „Spielraum“ zu. Der Bürger hat ein subjektives Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung<sup>21)</sup>. Dieser Anspruch kann sich bei reduziertem Ermessen zu einem Anspruch auf Genehmigungserteilung verdichten. Besondere Bedeutung erlangt bei Ermessensentscheidungen die Begründungspflicht gemäß § 39 I BVwVfG. Die zuständigen Stellen sind zur Offenlegung ihrer Gründe für die Entscheidung im Einzelfall verpflichtet; diese ermöglicht die gerichtliche Überprüfung<sup>22)</sup>.

Trotz der vielfältigen Bindungen wurde die Ermessensausübung der Verwaltung früher gelegentlich als rechtswidriger Eingriff in die Freiheitsrechte angesehen. Ausgehend von dem Satz des Bundesverfassungsgerichts, der Grundrechtsschutz dürfe nicht dem „freien Ermessen“ der Exekutive unterliegen<sup>23)</sup>, wurde festgestellt, die Freiheitsrechte dürften nicht zur Disposition der Exekutive stehen<sup>24)</sup>. Vielmehr müsse der Gesetzgeber die der staatlichen Einwirkung offenliegende Rechtssphäre selbst abgrenzen und dürfe diese Bestimmung nicht der Verwaltung, die „an seiner Stelle“ handle, übertragen. Diese Lehre übersieht, daß die Einräumung des Ermessens häufig einen milderen Eingriff darstellt als ein völliges Verbot. Insofern ist sie unter dem Aspekt des Übermaßverbotes geradezu geboten<sup>25)</sup>. Sie weist jedoch zutreffend darauf hin, daß die Sozialgestaltung durch Ermessen ein Problem der Gewaltentrennung zwischen Legislative und Exekutive darstellt. Zwar ist heute allgemein anerkannt, daß auch der Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat eine eigene Gestaltungsbefugnis zusteht, die sich aus Art. 20 II GG ergibt<sup>26)</sup>, daß jedoch alle „wesentlichen Fragen“ vom Gesetzgeber selbst entschieden werden müssen<sup>27)</sup>. In diesem Rahmen müssen Handlungsaufträge an die Exekutive allen Anforderungen des Grundgesetzes genügen. Hierzu zählt bei Ermessensformen insbesondere das Bestimmtheitsgebot<sup>28)</sup>, welches erfordert, daß der Gesetzgeber selbst die Maßstäbe der Exekutiveninteressenabwägung festlegt. Die Konkretisierung muß um so stärker sein, je gravierender das Gesetz in Freiheitsrechte eingreift. Bloße Blankettermächtigungen, welche pauschal auf „öffentliche Belange“ oder „Belange der Allgemeinheit“ verweisen, sind demnach unzulässig, sofern sie sich nicht aus systematischen Zusammenhän-

gen näher konkretisieren lassen. Erst recht ist ein Gesetz verfassungswidrig, bei dem ein solcher Hinweis völlig fehlt. Auf diese Weise wird der Forderung, der Gesetzgeber müsse selbst die Rechtssphäre des Individuums umgrenzen, genügt.

Macht eine Ermessensnorm zur Voraussetzung der Genehmigungserteilung, daß „öffentliche Belange nicht entgegenstehen“ (so etwa § 2 II AuslG, s. auch § 35 II BBauG), so ist bei der Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals bereits die Relevanz öffentlicher Belange zu prüfen. Sofern solche im Einzelfall nicht einschlägig sind, bleibt für die Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen bei der Ermessensausübung kein Raum mehr, da öffentliche Belange tangiert sind und somit der Freiheitsschutz des Bürgers notwendig überwiegt. In diesen allerdings in der Praxis sehr seltenen Fällen reduziert sich das Ermessen auf Null; der Bürger hat einen Anspruch auf die beantragte Genehmigung<sup>29)</sup>.

#### IV. Das Verbot mit Dispensvorbehalt

Ein „Dispens“ liegt vor, wenn gemäß genereller gesetzlicher Ermächtigung Befreiung von zwingenden Vorschriften gewährt wird, die nicht unter speziellen Ausnahmevorschriften stehen<sup>30)</sup>. Diese Definition legt die Annahme nahe, das Charakteristikum des Verbotes mit Dispensvorbehalt bestehe in der Natur der Ausnahmevorschrift als „spezielle“ bzw. „generelle“ Regelung. Wesentlich bedeutsamer ist für die Praxis jedoch ein anderer Unterschied. Der Dispens gestattet Ausnahmen von Verbotsvorschriften nicht aus Gründen eines überwiegenden privaten Interesses, sondern *ausschließlich aufgrund öffentlicher Belange*<sup>31)</sup>. Von der Verbotsnorm soll nur unter der Voraussetzung abgewichen werden, daß sie überwiegenden öffentlichen Interessen entgegensteht. Demnach ist – anders als bei dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt – bei der Entscheidung über einen Genehmigungsantrag hier nicht zwischen öffentlichen und privaten Interessen abzuwägen, sondern ausschließlich öffentliche Interessen sind zu berücksichtigen. Läßt das Verbot mit Dispensvorbehalt somit keine Berücksichtigung individueller Belange zu, so stellt sich aus der Perspektive des Betroffenen als völliges Verbot seines Vorhabens dar, sofern nicht Belange außerhalb seiner Sphäre eine Durchbrechung legitimieren. Eine solche Verbotsnorm ist daher nur zulässig, sofern eine völlige Untersagung ohne Ausnahme zulässig wäre. Nur unter dieser Voraussetzung ist sie mit den Grundrechten des Betroffenen vereinbar; andernfalls erforderte das Übermaßverbot die Schaffung eines Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt, das den individuellen Belangen Rechnung trägt<sup>32)</sup>. Voraussetzung der Rechtmäßigkeit eines solchen Verbotes ist,

17) Dazu *Erichsen/Martens*, a.a.O., S. 167 m.w.N.

18) *Seewald*, a.a.O., S. 179.

19) Dazu im Polizeirecht etwa *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, *Gefahrenabwehr I*, 1977, S. 154 ff.

20) Ausführlich hierzu *Erichsen/Martens*, a.a.O., S. 167 f.

21) *Wolf/Bachof*, a.a.O., S. 202 m.w.N.

22) S. dazu *Lorenz*, *Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie*, 1973, S. 267 ff.

23) BVerfGE 20, 150, 157.

24) *Rupp*, NJW 1966, 2037, 2039, dort auch zum folgenden.

25) S. dazu oben vor 1.

26) Grundlegend *Böckensförde/Grawert*, AöR 1970, 1, 25.

27) BVerfGE 49, 89, 126 ff. m.w.N.

28) Dazu *Gusy*, DVBl. 1979, 575 m.w.N.

29) *Erichsen*, *Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I*, 1977, S. 100.

30) *Wolf/Bachof*, a.a.O., S. 407.

31) *Ossenbühl*, DÖV 1968, 618, 625.

32) S. o. III vor 1.

daß es gesetzlich angeordnet ist und nach Verbots- wie Erlaubnistatbeständen den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes Rechnung trägt.

Gebundene Erlaubnisse sind insoweit selten. Sie setzen voraus, daß eine Erlaubnis zu erteilen ist, sofern öffentliche Belange dies erfordern. In einem derartigen Fall ist die zuständige Behörde verpflichtet, die Genehmigung zu erteilen. Der Betroffene hat jedoch keinen Anspruch auf die Genehmigungserteilung, da sie nicht in seinem Interesse erfolgt<sup>31</sup>). Er hat nur einen Anspruch auf die Durchführung eines Genehmigungsverfahrens.

Beispiel für eine solche Norm ist § 6 II AtG. Danach „ist die Genehmigung zu erteilen“, wenn ein Bedürfnis für eine Aufbewahrung besteht. Das Bedürfnis ist stets ein öffentlicher Bedarf nach Aufbewahrung von Kernbrennstoffen, niemals die private Notwendigkeit des Antragstellers.

Wesentlich häufiger ist die Ermessensentscheidung. Auch hier stellen die Grundsätze der Ermessensbindung den wesentlichen Abgrenzungsfaktor vom Verbot mit Dispensvorbehalt gegenüber denjenigen mit Erlaubnisvorbehalt dar. Hier dürfen in die Abwägung bei der Entscheidung der Behörde nur öffentliche Belange aufgenommen werden, die Berücksichtigung privater Interessen ist unzulässig. Dabei sind einerseits diejenigen öffentlichen Belange, welche durch das Verbotsgesetz geschützt werden sollen, andererseits solche Interessen, deren Verwirklichung die Erlaubnisnorm dient, zu berücksichtigen. Überwiegend letztere, so kann die Erlaubnis erteilt werden. Dieses geschieht jedoch niemals in privatem Interesse; der Dispensvorbehalt tangiert den Grundrechtsschutz überhaupt nicht<sup>31</sup>). Der Bürger hat daher weder einen Anspruch auf fehlerfreie Ausübung der Entscheidungskompetenz der Behörden noch einen Anspruch auf die Erteilung der Erlaubnis; ihm kommt nur ein Recht auf Durchführung des Erlaubnisverfahrens zu.

Der Ausschluß solcher Ansprüche geschieht gelegentlich schon im Gesetz selbst. Ein Beispiel hierfür ist § 6 I KWG: Diese Vorschrift stellt klar, daß die Normen des Kriegswaffengesetzes ein Verbot mit Dispensvorbehalt und keinen Erlaubnisvorbehalt enthalten.

Folglich kann der Bürger auf die Erteilung eines Dispenses nicht klagen; er kann nur Klage auf die Durchführung des Genehmigungsverfahrens erheben.

Als dritte Kategorie neben dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und dem Verbot mit Dispensvorbehalt wird gelegentlich das *Verbot mit Befreiungsvorbehalt* genannt<sup>33</sup>). Im Gegensatz zum Dispensvorbehalt soll dieses auf einem „speziellen Ausnahmeverbehalt“ beruhen. Wesentlich bedeutsamer als diese Qualifikation ihrer gesetzlichen Grundlage ist jedoch die Frage, welche Grundsätze für die Erlaubniserteilung gelten. Hier sind einheitliche Maximen nicht erkennbar.

Sofern der Befreiungsvorbehalt eine bloße Rahmenvorschrift darstellt, die lediglich auf einen Erlaubnistatbestand in anderen Normen verweist, so ist auf deren Inhalt und Zweck abzustellen.

Ein Beispiel ist § 31 I BBauG. Ob hier bei der Abweichung von den Festsetzungen des Bebauungsplans nach den Grundsätzen über den Erlaubnisvorbehalt oder denjenigen über den Dispensvorbehalt zu verfahren ist, richtet sich nach dem Inhalt der Befreiungstatbestände des Bebauungsplans, der durch Auslegung im Einzelfall zu ermitteln ist.

Sofern die Befreiungsvorschrift selbst den Genehmigungstatbestand enthält, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob dieser öffentlichen oder privaten Belangen zu dienen bestimmt ist. Hinderlich ist dabei vielfach die auffällige Unbestimmtheit dieser Normen.

Vgl. etwa § 60 VII LBauONW: „Ausnahmen können gestattet werden“, oder § 3 BannmeilenG. Die Verfassungsmäßigkeit solcher Vorschriften ist durchaus zweifelhaft.

Dabei ist insbesondere der aus der Entstehungsgeschichte jeweils herleitbare Gesetzeszweck zu berücksichtigen. Je nach den derart ermittelten Grundsätzen ist die Ermessensbindung an den Maßstäben des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt oder des Verbots mit Dispensvorbehalt zu orientieren.

## V. Das Genehmigungsverfahren

Das Genehmigungsverfahren ist ebenso wie das Genehmigerfordernis selbst den Gefahren anzupassen, zu deren Verhütung es geschaffen ist<sup>34</sup>). Es ist auf Antrag durchzuführen. Der Antragsteller hat darauf ein subjektives Recht. Die Ausgestaltung des Verfahrens hat seinen Zweck wie den besonderen Anforderungen der Materie adäquat zu sein. Das gilt insbesondere für die Dauer des Verfahrens<sup>35</sup>); es darf sich nicht derart langwierig hinziehen, daß es grundsätzlich geeignet ist, das Vorhaben zu verhindern.

Wesentlich bedeutsamer ist zumeist die Regelung der Beweisanforderungen<sup>36</sup>). Begründung und Ausgestaltung jeder Rechtsbeziehung bringen die Notwendigkeit des Erhalts von Informationen vom jeweils anderen Teil mit sich. Im Genehmigungsverfahren erlangen sowohl die Fragen der Beweislast als auch die Grenzen staatlicher Informationserhebung Bedeutung. Diese Fragen sind bislang wenig geklärt.

Im Verwaltungsverfahren besteht keine formelle Beweislast, vielfach wird jedoch die materielle Beweislast „nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts“ dem Antragsteller auferlegt<sup>37</sup>). Dabei darf jedoch bei dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt die grundrechtlich garantierte Freiheitsausübung nicht an unerfüllbaren Beweisanforderungen scheitern. Können stringente Beweise wegen der Besonderheit der Materie nicht beschafft werden, so sind die Anforderungen an die Beweismittel derart herabzusetzen, daß sie dem beantragten Vorhaben keine unüberwindlichen Hindernisse entgegenseetzen. Sind keine Beweismittel erreichbar, so darf der Antragsteller nur mit einer Darlegungslast belastet werden. Dabei hat nicht jede seiner Einlassungen die Vermutung ihrer Rechtmäßigkeit für sich, vielmehr steht es den Staatsorganen frei, den Gegenbeweis zu erbringen. Gelingt das nicht, so sind die Angaben des Antragstellers als wahrheitsgemäß zu behandeln.

Der Umfang des staatlichen Tatsachenermittlungsrechts wird durch den Gegenstand des Genehmigungsverfahrens und das Übermaßverbot begrenzt. Gegenstand der Erhebung dürfen nur solche Tatsachen sein, die im Verfahren Relevanz erlangen. Schon bei der Bestimmung der relevanten Tatsachen ist dem Interesse des Antragstellers an der Wahrung seiner Privatsphäre Rechnung zu tragen. Den Behörden ist es nicht gestattet, im Genehmigungsverfahren gewonnene Informationen ohne eigenständige gesetzliche Grundlagen an andere staatlichen Stellen weiterzuleiten<sup>38</sup>).

Im übrigen bedarf das Verwaltungsverfahren ebenso wie die einschlägigen Vorschriften der *Verwaltungsverfahrensgesetze* dringend weiterer Klärung zu dieser Materie.

33) Etwa von *Wolf/Bachof*, a.a.O., S. 407.

34) BVerfGE 20, 150, 155.

35) Hierzu ausführlich *Kloppfer*, JZ 1979, 209 ff., der allerdings den Schwerpunkt auf das gerichtliche Verfahren legt.

36) Hierzu näher *Gusy*, JuS 1979, 254, 256 f.

37) BVerfGE 30, 358, 361; 48, 53, 54, 58.

38) Dazu *Gusy*, DÖV 1980, 431, 433 ff.