

# Fortgeschrittenenhausarbeit: Profit, Moral und die rechtlichen Grenzen der Kriegswaffenexportkontrolle – Teil 2\*

Von Prof. Dr. **Christoph Herrmann**, LL.M., Wiss. Mitarbeiter **Herbert Rosenfeldt**, Passau\*\*

*Die anspruchsvolle und umfangreiche Hausarbeit beschäftigt sich aus zweierlei Perspektive mit dem Recht der Kriegswaffenexportkontrolle. Der erste, staatsrechtlich bestimmte Teil fordert die Bearbeitenden dazu auf, die verfassungsrechtlichen Grenzen einer verschärften Exportkontrolle in der prozessualen Einkleidung einer unionsrechtlich modifizierten Verfassungsbeschwerde zu eruieren. In der Begründetheit sind die Reichweite der Berufsfreiheit und die Prüfung des Art. 26 Abs. 2 GG i.V.m. dem Gewaltenteilungsgrundsatz (dazu maßgeblich BVerfG, Urt. v. 21.10.2014 – 2 BvE 5/11) von besonderem Gewicht. Im zweiten Teil werden anhand einer verweigerten Ausfuhrgenehmigung nach KrWaffKG der systematische Umgang mit unbekanntem Normen eingeebnet und Grundsätze des Verwaltungs(prozess)rechts wie der Ermessensfehlerlehre wiederholt. Dabei ist ebenfalls auf unionale Grundfreiheiten und Grundrechte einzugehen. Beide Teile der Hausarbeit lassen sich getrennt auch als eigenständige Examensklausuren mittleren Schwierigkeitsgrades bearbeiten.*

## 2. Teil: Verwaltungsgerichtliche Klagen

Die K-KG erhebt verwaltungsgerichtliche Klage mittels dreier nachgeschalteter Anträge. Diese haben Aussicht auf Erfolg, wenn die Sachurteilsvoraussetzungen gegeben und die Anträge begründet sind.

### A. Beseitigung des Widerrufs

#### I. Sachurteilsvoraussetzungen

##### 1. Verwaltungsrechtsweg

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO setzt in Ermangelung einer aufdrängenden Sonderzuweisung zunächst das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit voraus. Dazu müssten die streitentscheidenden Normen öffentlich-rechtlicher Art sein, mithin Hoheitsträger einseitig berechtigen oder verpflichten bzw. ein Subordinationsverhältnis regeln.<sup>1</sup>

Der angegriffene Bescheid stützt sich auf die §§ 7, 6 KrWaffG, die die Genehmigungsbehörde einseitig dazu be-

rechtigen, eine zu Exportzwecken erteilte Transportgenehmigung<sup>2</sup> zu widerrufen. Das Ausfuhrgenehmigungsverfahren berechtigt den Staat, das wirtschaftliche Tätigwerden im Bereich des Kriegswaffenhandels in Hinblick auf vorrangige staatliche Interessen zu kontrollieren und auszugestalten. Die Norm ist somit dem öffentlichen Recht zuzuordnen und die Streitigkeit öffentlich-rechtlich.

Eine verfassungsrechtliche Streitigkeit setzt voraus, dass der Kern der Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art ist und Kläger und Beklagter unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Rechtsträger sind (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).<sup>3</sup> Die K-KG kann sich hier zwar ggf. auf Grundrechte des Grundgesetzes berufen, den Kern des Rechtsstreits bildet allerdings das im KrWaffG einfachgesetzlich geregelte Ausfuhrgenehmigungsverfahren. Jedenfalls nimmt die K-KG selbst nicht unmittelbar am Verfassungsleben teil. Die Streitigkeit ist damit auch nicht verfassungsrechtlicher Art.

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist ebenso wenig ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet.

##### 2. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren (§ 88 VwGO). Die Anfechtungsklage ist nach § 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO statthaft, wenn die K-KG die Aufhebung eines sie belastenden Verwaltungsaktes begehrt. Vorliegend wendet sie sich mit dem ersten Antrag gegen den Widerruf der Ausfuhrgenehmigung, dessen Aufhebung sie begehrt. Der Widerruf ist als actus contrarius der Genehmigung selbst eine hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen trifft (§ 35 S. 1 VwVfG).<sup>4</sup>

Die Bedenken, die gegen die Statthafteit einer sog. isolierten Anfechtungsklage vorgetragen werden,<sup>5</sup> greifen hier nicht durch. Es bedarf bei Erfolg der Anfechtungsklage keiner zusätzlichen Verpflichtungsklage, um das Rechtsschutzziel der K-KG, nämlich die Ausfuhr der Kettenpanzer, zu realisieren. Denn durch die Beseitigung des Widerrufs lebt die ursprüngliche Genehmigung wieder auf.

Die Aufhebung des Bescheids vom 9.7.2015 wird vorliegend in Form einer statthafte Anfechtungsklage beantragt.

\* Fortsetzung von *Herrmann/Rosenfeldt*, ZJS 2016, 207.

\*\* Der Autor *Herrmann* ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Passau; der Autor *Rosenfeldt* ist wiss. Mitarbeiter ebendort. Die Hausarbeit wurde im Rahmen der Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene im Wintersemester 2015/16 an der Juristischen Fakultät der Universität Passau gestellt.

<sup>1</sup> Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschl. v. 6.10.2014 – 7 C 14.1372, Rn. 10; die verschiedenen Abgrenzungstheorien werden in der Praxis nicht trennscharf angewandt, vgl. *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 29. Lfg., Stand: 2015, § 40 Rn. 218 ff., 229 m.w.N.

<sup>2</sup> So die nach der Gesetzessystematik korrekte Terminologie, vgl. *Zähe*, Der Staat 44 (2005), 463 (475); im Folgenden verkürzt: Ausfuhrgenehmigung.

<sup>3</sup> *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 11 Rn. 49 f.; *Ehlers/Schneider* (Fn. 1), § 40 Rn. 136 f.

<sup>4</sup> *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 16. Aufl. 2015, § 49 Rn. 5a; *Pottmeyer*, Kriegswaffenkontrollgesetz, 2. Aufl. 1994, § 7 Rn. 32.

<sup>5</sup> *Hufen* (Fn. 3), § 14 Rn. 19-21.

### 3. Klagebefugnis

Anfechtungsklagebefugt ist nach § 42 Abs. 2 1. Var. VwGO, wer geltend machen kann, durch den streitgegenständlichen Verwaltungsakt möglicherweise in eigenen Rechten verletzt zu sein. Dies dürfte vorliegend zumindest nicht ausgeschlossen sein.<sup>6</sup>

Der K-KG wurde durch den Widerruf der Genehmigung das Recht entzogen, das beantragte Exportgeschäft tatsächlich durchzuführen. Das Kriegswaffengesetz beruht auf einem Herstellungs- und Transportverbot mit Genehmigungsvorbehalt. Die erteilte Genehmigung verlieh der K-KG demnach ein subjektives Recht auf den Export des Kettenpanzers, das durch den Widerruf möglicherweise verletzt ist. Eines Rückgriffes auf das Auffanggrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG („Adressatentheorie“) bedarf es deswegen nicht.

Die K-KG ist klagebefugt.

### 4. Vorverfahren

Fraglich ist, ob die K-KG Widerspruch gegen den Widerruf hätte erheben müssen. Die Möglichkeit, Verwaltungsakte oberster Bundesbehörden in einem Vorverfahren zu überprüfen, besteht nach § 68 Abs. 1 S. 1, S. 2 1. Var. VwGO nicht. Den Widerruf erließ die Bundesregierung, die aus dem Bundeskanzler und den Bundesministern besteht (Art. 62 GG). Dabei handelt es sich um oberste Bundesorgane,<sup>7</sup> gegen deren Entscheidung ein Widerspruch unstatthaft wäre. Die ordnungsgemäße Durchführung eines Vorverfahrens ist damit auch keine Klagevoraussetzung.

### 5. Klagefrist und -form

Die Klagefrist beträgt einen Monat nach Bekanntgabe des Bescheids (§ 74 Abs. 1 S. 2 VwGO) und berechnet sich gem. § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB. Sie beginnt mit dem Tag der Bekanntgabe zu laufen, dieser Tag wird jedoch nicht mitgerechnet. Die Klagefrist endet nach § 188 Abs. 2 BGB mit demjenigen Tag des nächsten Monats, der seiner Zahl nach dem Tag der Bekanntgabe entspricht.<sup>8</sup> Die Bundesregierung hat die Genehmigung am 9.7.2015 widerrufen. Selbst mit einer unterstellten Bekanntgabe an die K-KG am selben Tag wurde die Monatsfrist mit Klageerhebung am 16.7.2015 eingehalten.<sup>9</sup>

Die Klageerhebung erfolgte formgerecht schriftlich und begründet (§§ 81, 82 Abs. 1 VwGO).

<sup>6</sup> BVerwG, Urt. v. 20.3.1964 – VII C 10.61 = BVerwGE 18, 154 (157); BVerwG, Urt. v. 17.6.1993 – 3 C 3/89 = BVerwGE 92, 313 (316) – und st. Rspr.

<sup>7</sup> *Dolde/Porsch*, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 1), § 68 Rn. 15.

<sup>8</sup> *Brink*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 36. Ed., Stand: 2016, § 74 Rn. 21.

<sup>9</sup> Das Fehlen einer Rechtsbehelfsbelehrung unterstellt kann vertretbar auch von einer (selbstredend gewährten) Jahresfrist im Sinne des § 58 Abs. 2 VwGO ausgegangen werden.

### 6. Weitere Sachentscheidungsvoraussetzungen

Das Verwaltungsgericht ist gemäß § 45 VwGO sachlich zuständig. Die Bundesregierung erlässt den angegriffenen Bescheid, sodass nach § 3 Berlin/Bonn-Gesetz i.V.m. § 52 Nr. 2 S. 1 VwGO, § 1 Abs. 1 AGVwGO Berlin das VG Berlin zuständig ist.

Die klagende K-KG ist nach § 61 Nr. 1 2. Var. VwGO beteiligten- und nach § 62 Abs. 1 Nr. 3 VwGO prozessfähig durch ihre nach materiellem (österreichischem) Recht vertretungsbefugten Komplementäre.

Die Bundesrepublik Deutschland ist nach § 61 Nr. 1 2. Var. VwGO beteiligtenfähig und wird im Prozess durch die Bundesregierung, diese durch die den Beschluss tragenden Bundesministerien, gesetzlich vertreten (§ 62 Abs. 3 VwGO).

## II. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet (§ 78 Abs. 1 VwGO), der Bescheid der Bundesregierung rechtswidrig und die K-KG dadurch in ihren Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

### 1. Richtiger Beklagter

Richtiger Beklagter ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO bei der Anfechtungsklage der Rechtsträger der Behörde, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat. Vorliegend hat die Bundesregierung als Kollegialorgan den Bescheid erlassen (§ 11 Abs. 1 KrWaffG, Art. 62 GG). Damit ist eine Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland zu erheben.<sup>10</sup> Ausreichend ist dabei nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 a.E. VwGO jedoch, dass die Klage – wie vorliegend geschehen – gegen die Bundesregierung als handelnde Behörde gerichtet ist.

### 2. Rechtswidrigkeit des Bescheids

#### a) Rechtsgrundlage

Die Bundesregierung hat die Genehmigung nach § 7 Abs. 1 KrWaffG widerrufen. Diese spezialgesetzliche Regelung geht den allgemeineren §§ 48 f. VwVfG auch insofern vor, als sie nicht zwischen der Aufhebung rechtmäßiger und rechtswidriger Verwaltungsakte differenziert.<sup>11</sup>

Allerdings setzt die Aufhebung eines Verwaltungsaktes die Wirksamkeit desselben voraus.<sup>12</sup> Der Widerruf im Sinne des KWKG setzt somit eine wirksame Ausfuhrgenehmigung voraus. Daran könnte bereits in Hinblick auf den erfolgten Widerspruch des KWKA nach § 10a Abs. 2 S. 2 KrWaffG gezweifelt werden, nach dem die Genehmigung als nicht erteilt gilt. Doch die erfolgte Gesetzesänderung wurde durch das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig (vgl. Bearbeitervermerk) und damit nichtig erklärt (§ 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG), sodass von ihrer Rechtsunwirksamkeit ex

<sup>10</sup> *Pottmeyer* (Fn. 4), § 7 Rn. 32.

<sup>11</sup> *Pottmeyer* (Fn. 4), § 7 Rn. 3 f.

<sup>12</sup> *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 11 Rn. 16; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 38.

tunc auszugehen ist.<sup>13</sup> Somit steht fest, dass der KWKA und seine Handlungen von Anfang an unwirksam waren und keine Auswirkungen auf die Genehmigung haben konnten.

#### b) Formelle Rechtmäßigkeit

Der Widerruf müsste formell rechtmäßig sein, also von der zuständigen Behörde in einem ordnungsgemäßen Verfahren formgerecht erlassen worden sein.

Mit der Bundesregierung hat die nach § 11 Abs. 1 KrWaffG zuständige Behörde gehandelt. Fraglich ist, ob die K-KG hätte angehört werden müssen und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben. Mangels abschließender Regelung im KrWaffG findet das allgemeine Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG Anwendung, das wiederum in § 28 Abs. 1 VwVfG ein grundsätzliches Anhörungserfordernis aufstellt.<sup>14</sup> Danach hätte die K-KG angehört werden müssen, was vor dem Erlass des Widerrufs nicht geschehen ist. Die Bundesregierung hat der K-KG jedoch später Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben und darauf erwidert, womit der Verfahrensfehler nach § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG geheilt ist. Eine Heilung dieses Verfahrensfehlers wäre darüber hinaus noch bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens möglich.<sup>15</sup>

Besondere Formvorschriften waren nicht einzuhalten.

Der Widerruf erfolgte damit formell rechtmäßig.

#### c) Materielle Rechtmäßigkeit

Nach § 7 Abs. 1 KrWaffG kann die Ausfuhrgenehmigung jederzeit widerrufen werden. Der Widerruf ist somit an keine Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft. Die Behörde hat darüber außerhalb der zwingenden Widerrufsgründe nach § 7 Abs. 2, § 6 Abs. 3 KrWaffG, die nicht vorliegen, nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.

Die Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens hat sich an Sinn und Zweck des KrWaffG zu orientieren und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten (§ 40 VwVfG). Das Ermessen muss betätigt worden sein (ansonsten Ermessensnichtgebrauch), es muss die aufklärungsbedürftigen Gesichtspunkte berücksichtigen und sachbezogene Erwägungen anstellen (ansonsten Ermessensdefizit) und die Maßnahme darf nicht unverhältnismäßig oder gleichheitswidrig wirken (sonst Ermessensüberschreitung).<sup>16</sup> Überschreitet die Behörde diese Ermessensgrenzen, handelt sie ermessensfehlerhaft und damit im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Prü-

fungsmaßstabs nach § 114 S. 1 VwGO auch rechtswidrig. Das Verwaltungsgericht wird mithin keine eigenen Ermessenserwägungen anstellen, sondern den Widerruf auf Ermessensfehler überprüfen.

Teilweise wird bereits bestritten, dass Antragstellern von Genehmigungen nach dem KrWaffG überhaupt ein (einklagbares) Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zusteht. Diese Meinung beruft sich auf den Wortlaut des § 6 Abs. 1 KrWaffG („kein Anspruch“) und darauf, dass Art. 26 Abs. 2 GG ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt darstelle. Mit dem Argument, es dürfe aus rechtsstaatlichen Gründen keine völlig ermessensfreie Verwaltungstätigkeit geben, die gerichtlich nicht überprüft werden könnte, lässt sich dieser Meinung trefflich entgegen treten.

In Hinblick auf die grundsätzlich freie Widerrufbarkeit der Genehmigung (§ 7 Abs. 1 KrWaffG), auf die ohnehin kein Anspruch besteht (§ 6 Abs. 1 KrWaffG), wird jedoch unzweifelhaft deutlich, dass das KrWaffG eine restriktive Kontrolle von Kriegswaffen bezweckt. Dabei sind die von Art. 26 GG geschützten öffentlichen Belange (völkerrechtliches Friedensgebot, innere und äußere Sicherheit,<sup>17</sup> exekutive Eigenverantwortung, dazu siehe oben 1. Teil B. II. 3. b bb) und die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Es bedarf daher entweder besonderer öffentlicher Interessen oder besonderer privater Gründe für die Erteilung der Genehmigung.<sup>18</sup> An Ablehnung oder Widerruf der Genehmigung sind entsprechend geringe Anforderungen zu stellen; der Gesetzgeber räumt insofern der Behörde einen sehr weiten Spielraum ein.<sup>19</sup>

Vorliegend begründet die Bundesregierung den Widerruf mit dem fehlenden Deutschlandbezug der K-KG. Damit nimmt die Behörde Bezug auf ein Regelbeispiel der in § 6 Abs. 2 KrWaffG aufgeführten fakultativen Versagungsgründe (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 lit. a KrWaffG). Der gesetzlichen Wertung, dass Nicht-Deutschen im Sinne des Grundgesetzes keine Genehmigung erteilt werden kann, trägt die Bundesregierung im Rahmen des Widerrufs jedenfalls nicht sachfremd Rechnung. Dies gilt selbst für den Fall, dass ihr diese Tatsache bereits zum Genehmigungszeitpunkt bekannt war.<sup>20</sup> In Anbetracht des Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV, der mitgliedstaatliche Maßnahmen den Handel mit Kriegsmaterial betreffend (worunter laut Bearbeitervermerk auch der Kampfpanzer „Bruno 3B8+“ fällt) von der Einhaltung des Unionsrechts befreit, kann in dieser Erwägung der Bundesregierung auch keine unionsrechtswidrige Diskriminierung erblickt werden.

Ferner führt die Bundesregierung ein durch kritische Berichterstattung geändertes gesamtstaatliches Interesse an. Auch die öffentliche Meinung kann die Bundesregierung unproblematisch in die Entscheidung über eine derartige sicher-

<sup>13</sup> Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2015, § 95 Rn. 44.

<sup>14</sup> Dieser entfaltet insofern eine rechtsstaatlich gebotene „Lückenschließungsfunktion“ bei belastender Verwaltungstätigkeit, vgl. Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 12), § 28 Rn. 9-12.

<sup>15</sup> Mangels expliziter Sachverhaltsangaben erscheint es vertretbar, die rechtzeitige ordnungsgemäße Anhörung gleichermaßen zu unterstellen. Jedenfalls sollte § 28 Abs. 1 VwVfG Erwähnung finden.

<sup>16</sup> Ramsauer, Die Assessorprüfung im öffentlichen Recht, 7. Aufl. 2010, § 37 Rn. 20-28.

<sup>17</sup> Pathe/Wagner, in: Bieneck (Hrsg.), Handbuch des Außenwirtschaftsrechts mit Kriegswaffenkontrollrecht, 2. Aufl. 2005, § 34 Rn. 1, 4 f.

<sup>18</sup> BVerwG, Urt. v. 16.9.1980 – I C 1.77, Rn. 62.

<sup>19</sup> Pathe/Wagner (Fn. 17), § 40 Rn. 14, 24; Pietsch, in: Hohmann/John (Hrsg.), Ausfuhrrecht, 2002, § 7 Rn. 2.

<sup>20</sup> Pottmeyer (Fn. 4), § 7 Rn. 7.

heits- und außenpolitisch sensible und relevante Frage einstellen.

Des Weiteren stand die Entscheidung auch in Einklang mit den ermessensleitenden „Politischen Grundsätzen der Bundesregierung für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern vom 19. Januar 2000“<sup>21</sup>, bei denen es sich um eine intern geltende Verwaltungsvorschrift handelt, die die Ermessensausübung der Genehmigungsbehörden im Exportbereich allgemeinen Regeln unterwirft.<sup>22</sup> Auch andere Ermessensfehler sind nicht ersichtlich.

Die Bundesregierung handelte ermessensfehlerfrei. Der Widerruf war materiell rechtmäßig.

### III. Zwischenergebnis

Der Widerrufsbescheid vom 9.7.2015 ist rechtmäßig.

Der erste Antrag erfüllt die Sachurteilsvoraussetzungen, ist allerdings unbegründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

## B. Feststellung der Genehmigungsfreiheit

### I. Statthaftigkeit<sup>23</sup>

Mit dem zweiten Antrag begehrt die K-KG, die Genehmigungsfreiheit des Exportvorhabens gerichtlich festzustellen. Dafür könnte die allgemeine Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 S. 1 VwGO) statthaft sein, die auf das Bestehen eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist und ein Feststellungsinteresse voraussetzt. Ferner darf sie gem. § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO nicht subsidiär sein.

<sup>21</sup> Bundesanzeiger Nr. 19 v. 28.1.2000, S.1299; unter <http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/366862/publicationFile/3681/PolGrdsaeetzeExpKontrolle.pdf> (5.5.2016) abrufbar.

<sup>22</sup> Glawe, DVBl. 2012, 329 (331), *Kirchner*, DVBl. 2012, 336 (342); *Barowski/Kochendörfer/List*, in: Ehlers/Wolffgang (Hrsg.), *Recht der Exportkontrolle – Bestandsaufnahme und Perspektiven*, 2015, S. 157 (163); *Pottmeyer* (Fn. 4), § 6 Rn. 12-15; *Rüstungsexportbericht 2014*, S. 9 f., unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/ruestungsexportkontrolle,did=716882.html> (18.5.2016) abrufbar.

<sup>23</sup> Der Antrag wird laut Sachverhalt hilfsweise, d.h. unter der Bedingung gestellt, dass der Hauptantrag abgewiesen wird. Dies kann innerhalb der Statthaftigkeit kurz thematisiert werden, obgleich man das Problem innerhalb einer vollständigen Zulässigkeitsprüfung in der ordnungsgemäßen Klageerhebung verorten würde. Nach allgemeinen verwaltungsprozessualen Erwägungen, die sich auch auf die §§ 81 f. VwGO stützen lassen, muss die Klage unbedingt erhoben werden, d.h. sie darf nicht von außerprozessualen Bedingungen abhängig gemacht werden. Werden wie vorliegend mehrere Anträge in einer Klage hilfsweise für den Fall der Abweisung des Hauptantrags erhoben (innerprozessuale Bedingung), steht die unbedingte Klageerhebung jedoch außer Frage und der Sicherheit des Rechtsverkehrs ist genüge getan (vgl. *Hufen* [Fn. 3], § 18 Rn. 4). Die hilfsweise Antragstellung ist daher zulässig.

### 1. Konkretes Rechtsverhältnis

Die Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO setzt einen konkreten Sachverhalt voraus, auf den Rechtsnormen angewendet werden, aus denen sich eine rechtliche Beziehung zwischen den am Streit Beteiligten ergibt.<sup>24</sup> Die Klärung abstrakter Rechtsfragen hingegen ist unzulässig.

Die K-KG beehrte als Antragsteller in einem Genehmigungsverfahren nach KrWaffG eine Ausfuhrgenehmigung für ein konkretes Exportgeschäft. Die Bundesregierung hat als zuständige Genehmigungsbehörde darüber nach §§ 3 Abs. 3, Abs. 2, 11 Abs. 1 KrWaffG zu entscheiden. Dieser Genehmigungsvorbehalt ist im vorliegenden Fall umstritten. Ob die K-KG der Genehmigung bedarf, ist die mit konkreten Folgen verbundene Frage nach der Ausgestaltung des (negativen) Rechtsverhältnisses der Verfahrensbeteiligten.

Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis liegt damit vor.

### 2. Feststellungsinteresse

Die K-KG müsste ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung der Genehmigungsfreiheit des Exportvorhabens haben (§ 43 Abs. 1 VwGO). Durch dieses subjektive und zeitliche Erfordernis soll verhindert werden, dass die Gerichte funktionswidrig zu Auskunft- oder Gutachterstellen in Rechtsfragen werden. Ausreichend für die Zulässigkeit der Feststellungsklage ist jedes schutzwürdige, aus Eigenbetroffenheit des Klägers resultierende vernünftige Interesse, sei es rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Natur.<sup>25</sup>

Durch die Genehmigungspflichtigkeit des Vorhabens wird das wirtschaftliche Tätigwerden der K-KG erschwert. Diese hat ein wirtschaftliches Interesse an der Ausfuhr des Kriegspanzers, das ohne ein Genehmigungserfordernis befriedigt werden würde.

Das erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben.

### 3. Keine Subsidiarität

Fraglich ist, ob der Feststellungsantrag aufgrund seines subsidiären Charakters unstatthaft ist. Dies ist gemäß § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO der Fall, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann, sodass er durch eine andere Klageart Rechtsschutz im gleichen Umfang und mit derselben Wirkung erlangen kann oder erlangen konnte.<sup>26</sup> Den Rückgriff auf die Feststellungsklage will der Gesetzgeber dann verhindern, wenn für die Rechtsverfolgung ein unmittelbarer, sachnäheres und wirksameres Verfahren zur Verfügung steht, dessen besondere Voraussetzungen andernfalls umgangen werden.<sup>27</sup> Davon kann dann keine Rede sein, wenn die Feststellungsklage einen Rechtsschutz gewährleistet, der weiter reicht, als er mit der Gestaltungs- oder Leistungsklage erlangt werden kann.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> *Hufen* (Fn. 3), § 18 Rn. 4.

<sup>25</sup> *Stern/Blanke*, *Verwaltungsprozessrecht in der Klausur*, 9. Aufl. 2008, Rn. 463.

<sup>26</sup> *Hufen* (Fn. 3), § 18 Rn. 5.

<sup>27</sup> *Ramsauer* (Fn. 16), § 16 Rn. 8.

<sup>28</sup> BVerwG, Urt. v. 21.2.2008 – 7 C 43/07, Rn. 11.

In Betracht kommt hier erstens eine vorbeugende Unterlassungsklage, die dem durch die Bundesregierung ausgesprochenen Exportverbot vorbeugen soll. Zweitens könnte die BRD darauf verklagt werden, eine Genehmigung zu erteilen (dazu siehe unten C.). Schließlich könnte die K-KG den Widerruf der Genehmigung gerichtlich anfechten (siehe oben A.). Hinsichtlich der Unterlassungsklage und der Anfechtungsklage umgeht die K-KG keine besonderen Sachurteilsvoraussetzungen, da für die Unterlassungsklage solche nicht normiert und sie im Fall der Anfechtungsklage ohnehin erfüllt sind. Die Verpflichtungsklage würde scheitern, wenn die Genehmigung nicht erforderlich wäre. Auf eine nicht erforderliche Genehmigung besteht nämlich kein Anspruch, sodass diese Klage dann jedenfalls kostenpflichtig abzuweisen wäre. Eine vorbeugende Unterlassungsklage ist der K-KG darüber hinaus unbehilflich, da nach der gesetzlichen Ausgestaltung durch das KrWaffG ein positives Verhalten der Verwaltung erforderlich ist, damit die K-KG den Export durchführen kann. Schließlich geht der Feststellungsantrag über die abgelehnte Einzelgenehmigung hinaus, indem er es der K-KG ggf. ermöglichen würde, gleichgeartete Exportgeschäfte zukünftig genehmigungsfrei durchzuführen.

Die Feststellungsklage der K-KG ist somit nicht subsidiär (a.A. vertretbar).<sup>29</sup>

## II. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn das bestrittene Rechtsverhältnis nicht besteht. Vorliegend dürfte das beabsichtigte Exportgeschäft der K-KG nicht genehmigungspflichtig durch die Bundesregierung sein.

Nach der einfachgesetzlichen Ausgestaltung durch das KrWaffG und der Einordnung des „Bruno 3B8+“ als Kriegswaffe im Sinne dieses Gesetzes ist nach § 3 Abs. 3, Abs. 2 KrWaffG grundsätzlich eine Genehmigung für die inländische Beförderung der zum Export nach Saudi-Arabien bezweckten Charge erforderlich,<sup>30</sup> soweit nicht ausnahmsweise Genehmigungsfreiheit besteht. Dafür gibt es mehrere Anknüpfungspunkte.

<sup>29</sup> Während die Rechtsprechung das Subsidiaritätserfordernis u.a. in Hinblick auf mögliche Unterlassungs- und Leistungsklagen teleologisch beschränkt, vertritt die Literatur überwiegend eine strenge Auffassung dieser Klagevoraussetzung. Wer bei einer auch nur statthaften anderen Klage die Subsidiarität bejaht (vgl. *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow* [Hrsg.], *Verwaltungsgerichtsordnung*, 4. Aufl. 2014, § 43 Rn. 116; *Möstil*, in: *Posser/Wolff* [Fn. 8], § 43 Rn. 12), kann vorliegend dann nur noch mit dem umfassenderen Rechtsschutz durch die Feststellungsklage argumentieren.

<sup>30</sup> Nach a.A. stellt § 3 Abs. 3 KrWaffG einen echten Ausfuhrtatbestand dar, sodass der Export selbst genehmigungspflichtig ist, vgl. dazu m.w.N. *Holthausen*, *JZ* 1995, 284 und *Kirchner*, *DVBf.* 2012, 336 (339).

### 1. Genehmigung durch das BAFA

Fraglich ist, ob die Genehmigung nach dem KrWaffG entbehrlich ist, weil bereits eine Genehmigung nach § 8 Abs. 1 AWV durch das BAFA erteilt wurde.

Das Außenwirtschaftsrecht und das Kriegswaffenexportkontrollrecht sehen allerdings jeweils Genehmigungen vor, die sich nach Rechtsgrundlage, Voraussetzungen, erfassten Rechtsgütern und Genehmigungsbehörden unterscheiden. Eine Genehmigung nach AWG/AWV präjudiziert oder ersetzt nach § 6 Abs. 4 KrWaffG i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 1 AWG nicht die Entscheidung nach dem in Bezug auf Kriegswaffen einschlägigen, aber im Rechtssinne gerade nicht spezielleren KrWaffG.<sup>31</sup> Fällt das Exportgut sowohl unter Kriegswaffen (§ 1 KrWaffG i.V.m. der Kriegswaffenliste) als auch unter die genehmigungsbedürftigen Exportgüter nach der Ausfuhrliste (Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung), bedarf es beider Genehmigungen.<sup>32</sup>

Vorliegend ersetzt die Genehmigung durch das BAFA nicht die Genehmigung nach § 3 Abs. 3, Abs. 2 KrWaffG. Letztere ist demnach weiterhin erforderlich.

### 2. Positive Voranfrage als Vorbescheid

Eine Genehmigung des Exportvorhabens ist nicht mehr erforderlich, wenn die positive Beantwortung der Voranfrage als Vorbescheid im Sinne einer abschließenden Teilregelung oder Teilgenehmigung einzuordnen ist. Über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen entscheidet der Vorbescheid abschließend und verbindlich, ohne dass es einer gesonderten gesetzlichen Regelung bedarf.<sup>33</sup>

Der Zweck der Voranfrage im Kriegswaffenkontrollrecht, nämlich dem Exporteur von vorn herein vergebliche Aufwendungen zu ersparen, spricht nicht zwingend dafür, dass die positive Beantwortung abschließend verbindlich sein sollte. Denn zu diesem Zeitpunkt sind seine Bemühungen noch nicht vergeblich – wären sie dies, würde die Voranfrage negativ ausfallen. Der Wortlaut der Beantwortung, dass die Bundesregierung die Genehmigung vorbehaltlich einer wesentlichen Änderung der Umstände in Aussicht stelle, deutet eindeutig darauf hin, dass die Behörde zum Zeitpunkt der Beantwortung der Voranfrage gerade keine abschließende Entscheidung trifft.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas* (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, 206. Lfg., Stand: Januar 2016, Vorb. AWG Rn. 10; *Heinrich*, in: *Steindorf/Papsthart* (Hrsg.), *Waffenrecht*, 10. Aufl. 2015, Vorb. KWKG Rn. 7 m.w.N.

<sup>32</sup> *Kirchner*, *DVBf.* 2012, 336 (339); *Pottmeyer*, in: *Wolfgang/Simonsen/Rogmann* (Hrsg.), *AWR-Kommentar*, 46. Lfg., Stand: November 2015, Einl. KWKG Rn. 13f.

<sup>33</sup> *Maurer* (Fn. 12), § 9 Rn. 63.

<sup>34</sup> *BVerfG*, *Urt. v. 21.10.2014 – 2 BvE 5/11*, Rn. 161; *Pottmeyer* (Fn.4), § 9 Rn. 55; entsprechend auch das behördeneigene Verständnis der Bundesregierung, siehe *Rüstungsexportbericht 2014*, S. 9.; unklar *Zähe*, *Der Staat* 44 (2005), 462 (475), der von einer Bindungswirkung ausgeht, ohne dass der Genehmigungsantrag ersetzt werde.

Die positive Voranfrage macht die versagte Exportgenehmigung nicht entbehrlich.

### 3. Unionsrechtswidrigkeit des Genehmigungserfordernisses

Fraglich ist, ob das Genehmigungserfordernis des § 3 Abs. 3, Abs. 2 KrWaffG als solches unionsrechtswidrig ist. Verstößt § 3 Abs. 3, Abs. 2 KrWaffG gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht, wäre aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts<sup>35</sup> der von der K-KG beabsichtigte Export genehmigungsfrei.<sup>36</sup>

#### a) Verstoß gegen die Ausfuhrfreiheit

Der nationale Genehmigungsvorbehalt könnte gegen den Grundsatz der Ausfuhrfreiheit aus Art. 1 Verordnung (EU) 2015/479<sup>37</sup> verstoßen. Nach verbreiteter Ansicht stellt Art. 1 VO (EU) Nr. 2015/479 die Ausfuhrfreiheit lediglich deklaratorisch fest, da sie bereits aus den EU-Grundrechten und dem Bekenntnis der EU-Mitgliedstaaten zu liberaler Handelspolitik (Art. 206 AEUV) folge.<sup>38</sup> Danach ist die Ausfuhr von Handelswaren aus den EU-Mitgliedstaaten in Drittstaaten grundsätzlich vorbehaltlos gestattet.<sup>39</sup>

Allerdings erlaubt es Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV den Mitgliedstaaten, die für die Wahrung ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlichen Maßnahmen hinsichtlich des Handels mit Kriegswaffen zu treffen. Dieser Ausnahmetatbestand ist nach seinem Wortlaut, dass jeder Mitgliedstaat Maßnahmen ergreifen kann, denen die Vorschriften der Verträge dann nicht entgegenstehen, als Rechtfertigungsgrund, nicht als Bereichsausnahme vom Unionsrecht zu verstehen.<sup>40</sup> Den sachlichen Anwendungsbereich dieser umfassenden Derogationsbefugnis von der gemeinsamen Handelspolitik und damit auch von der Ausfuhrfreiheit gibt nach Art. 346 Abs. 2 AEUV eine durch den Rat festgelegte Liste vor.<sup>41</sup> Die nationalen Maßnahmen müssen zur Wahrung wesentlicher Sicherheitsinteressen erforderlich sein. Sie werden in Art. 346 Abs. 2 AEUV allerdings nicht konkretisiert und unterliegen der Einschätzungsprärogative des jeweiligen

Mitgliedstaates.<sup>42</sup> Dabei sind der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, das Unionsinteresse und zwingende Vorgaben des Unionsrechts im Rüstungsexportbereich zu beachten.<sup>43</sup>

Der Kampfpanzer „Bruno 3B8+“ fällt unter die Liste des Rates vom 15.4.1958 nach Art. 346 Abs. 2 AEUV. Vorliegend gewährleistet der Genehmigungsvorbehalt nach § 3 Abs. 3, Abs. 2 KrWaffG die Kontrolle der Bundesregierung über den Transport und Verbleib von Kriegswaffen, d.h. von Gegenständen, die Eingang in die Kriegswaffenliste gefunden haben, weil sie sich aufgrund ihrer objektiven Beschaffenheit dazu eignen, den Völkerfrieden mit großformatiger Gewaltanwendung zu stören.<sup>44</sup> Als solche stellen sie potentielle Bedrohungen der inneren und äußeren Sicherheit dar. Der Genehmigungsvorbehalt entspricht somit wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland und ist auf Grundlage des Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV ein gerechtfertigter Eingriff in die Ausfuhrfreiheit.

#### b) Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit

Weiterhin könnte der Genehmigungsvorbehalt gegen die Warenverkehrsfreiheit aus Art. 28, 34 f. AEUV, insbesondere gegen das Verbot von Ausfuhrbeschränkungen (Art. 35 AEUV) verstoßen.

Die Kampfpanzer sind handelbare körperliche Gegenstände mit Geldwert,<sup>45</sup> die aus Deutschland, einem Mitgliedstaat der EU stammen. Sie sind damit Waren im Sinne des Art. 28 Abs. 1 AEUV. Die Ausfuhrbeschränkung muss allerdings zwischen den Mitgliedstaaten, das heißt im Binnenmarkt bestehen. Beschränkungen der Warenausfuhr in Drittländer sind dagegen als Teil der Handelspolitik gemäß Art. 207 AEUV zu beurteilen.<sup>46</sup> Die K-KG möchte die Kampfpanzer aus dem Binnenmarkt hinaus nach Saudi-Arabien exportieren.

Der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ist somit nicht eröffnet.<sup>47</sup>

<sup>35</sup> *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Aufl. 2014, § 10 Rn. 32 f.

<sup>36</sup> Die Prüfung anhand höherrangigen Unionsrechts kann unproblematisch und mit dem gleichen Ergebnis auch innerhalb des 3. Antrags (siehe unten C. II. 2. c) erfolgen. Dort könnte dann auf das Genehmigungserfordernis und die verweigerte Genehmigung im Einzelfall abgestellt werden.

<sup>37</sup> Bis zum 16.4.2015: Verordnung (EG) Nr. 1061/2009.

<sup>38</sup> Vgl. *Hohmann*, in: *Hohmann/John* (Fn. 19), Art. 1 EG-AusfuhrVO v. 1969, Rn. 1 f. m.w.N.

<sup>39</sup> *Weiß*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 57. Lfg., Stand: August 2015, Art. 207 AEUV Rn. 145.

<sup>40</sup> *Dittert*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 346 AEUV Rn. 1-4; *Richter*, *Die Rüstungsindustrie im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 2007, S. 50-57.

<sup>41</sup> *Weiß* (Fn. 39), Art. 207 AEUV Rn. 146.

<sup>42</sup> *Kokott*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 346 AEUV Rn. 7.

<sup>43</sup> *Dittert* (Fn. 40), Art. 346 AEUV Rn. 25, 31 f.; dazu zählt etwa die Dual-Use-VO (Verordnung [EG] Nr. 428/2009), auf die laut Bearbeitervermerk allerdings nicht einzugehen war.

<sup>44</sup> *Epping*, *Kriegswaffenkontrolle*, 1993, S. 81.

<sup>45</sup> *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 36 AEUV Rn. 120.

<sup>46</sup> *Schroeder*, in: *Streinz* (Fn. 42), Art. 35 AEUV Rn. 2; *Streinz*, *Europarecht*, 9. Aufl. 2012, Rn. 1228.

<sup>47</sup> In Hinblick auf die Einordnung des § 3 Abs. 3, Abs. 2 KrWaffG als Ausfuhrbeförderungstatbestand (anknüpfend an einen innerdeutschen Transit zum Zwecke des Exports, nicht an die Ausfuhr selbst, vgl. *Pottmeyer* [Fn. 4], § 3 Rn. 131-149; a.A. *Heinrich* [Fn. 31], § 3 KWKG Rn. 4) kann ebenso argumentiert werden, dass es an einem Eingriff fehle, da das Genehmigungserfordernis nicht an einen Grenzübertritt anknüpft oder diesen erschwere.

## c) Verstoß gegen EU-Grundrechte

Die K-KG könnte durch den Genehmigungsvorbehalt in ihrer unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 EUGRCh verletzt sein.

Dazu müsste die EUGRCh Anwendung finden. Sie gilt gemäß Art. 51 Abs. 1 EUGRCh für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht. Darunter fallen nach der Rechtsprechung des EuGH mitgliedstaatliche Maßnahmen im Anwendungsbereich des Unionsrechts.<sup>48</sup> Dieser Anwendungsbereich ist bei hinreichendem Unionsrechtsbezug eröffnet.<sup>49</sup> Die K-KG kann sich grundsätzlich auf die ihr möglicherweise unionsrechtlich gewährte Ausfuhrfreiheit berufen (siehe oben a). Ein Unionsrechtsbezug ist damit vorhanden und der Anwendungsbereich des Unionsrechts, insbesondere auch der der EUGRCh, eröffnet.

Art. 16 EUGRCh schützt natürliche und juristische Personen in ihren auf eine gewisse Dauer angelegten und gegen Entgelt erbrachten selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeiten in allen Aspekten.<sup>50</sup> Das Exportgeschäft der K-KG ist eine solche unternehmerische Tätigkeit, die durch das Genehmigungserfordernis unmittelbar erschwert wird.<sup>51</sup>

Eingriffe lassen sich nach § 52 Abs. 1 EUGRCh auf Grundlage einer gesetzlichen Regelung in Hinblick auf dem Gemeinwohl dienende Ziele unter Beachtung der Wesensgehaltsgarantie und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen.<sup>52</sup> Vorliegend ist der Gesetzesvorbehalt durch § 3 Abs. 3, Abs. 2 KrWaffG gewahrt. Die Ziele des KrWaffG – kontrollierter Handel mit gefährlichsten Gütern zur Wahrung des Weltfriedens und der äußeren und inneren Sicherheit<sup>53</sup> – stellen gemeinwohlorientierte Ziele dar, denen sich insbesondere auch die Union verpflichtet hat (vgl. Art. 3 Abs. 1, 21 Abs. 1 und 2 EUV). Der Verhältnismäßigkeit wird jedenfalls dadurch Rechnung getragen, dass es sich nicht um ein Totalverbot handelt, sondern der Kriegswaffenexport unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist. Angesichts des Schutzes überragender Gemeinwohlüter greift der Genehmigungsvorbehalt verhältnismäßig in das Grundrecht der K-KG ein.<sup>54</sup>

<sup>48</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (Åkerberg Fransson) = NJW 2013, 1415 f. m. Anm. Streinz, JuS 2013, 568.

<sup>49</sup> Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, § 51 Rn. 30b.

<sup>50</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2013, Art. 16 Rn. 7-9.

<sup>51</sup> So noch zur Rechtslage vor Inkrafttreten der EUGRCh Ehlers/Pünder, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Verordnung (EWG) Nr. 2603/69 des Rates, Rn. 27 f.

<sup>52</sup> Jarass (Fn. 50), Art. 16 Rn. 18-24.

<sup>53</sup> Pathe/Wagner (Fn. 17), § 34 Rn. 1, 4 f.

<sup>54</sup> Alternativ ließe sich auch erneut Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV als primärrechtsübergreifender Rechtfertigungsgrund anführen und diesbezüglich nach oben verweisen. Dafür spricht auch, dass die in den Verträgen geregelten Charta-Rechte den Bedingungen und Grenzen der Verträge unterliegen (Art. 52 Abs. 3 EUGRCh).

Der Genehmigungsvorbehalt wahrt die unternehmerische Freiheit der K-KG aus Art. 16 EUGRCh.

## 4. Verfassungswidrigkeit des Genehmigungserfordernisses

Das Genehmigungserfordernis könnte gegen das Grundgesetz verstoßen und damit – nach verfassungsgerichtlicher Klärung – nichtig sein.

Allerdings ist laut Bearbeitervermerk von der Verfassungsmäßigkeit des KrWaffG mit Ausnahme der Neuregelungen betreffend den KWKA auszugehen. Im Übrigen spricht ganz grundsätzlich gegen die Zulässigkeit dieses Vorbringens, dass die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage damit zu einer kaschierten prinzipialen Normenkontrolle des formellen Gesetzgebers umfunktioniert wird, die allein dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten ist.<sup>55</sup>

Das Genehmigungserfordernis aus § 3 Abs. 3, Abs. 2 KrWaffG verstößt nicht gegen das Grundgesetz.

## III. Zwischenergebnis

Das Exportvorhaben der K-KG ist grundsätzlich und weiterhin genehmigungsbedürftig. Der als Feststellungsklage statthafte zweite Antrag ist somit unbegründet.

## C. Verpflichtung zur Genehmigungserteilung

## I. Statthaftigkeit

Der dritte, wiederum hilfsweise zulässige Antrag, die Bundesregierung zur Erteilung der Ausfuhrgenehmigung zu verpflichten, könnte als Verpflichtungsklage im Sinne des § 42 Abs. 1 2. Alt. VwGO statthaft sein. Dies setzt den begehrten Erlass eines Verwaltungsaktes (§ 35 S. 1 VwVfG) voraus, dessen Voraussetzungen in der Ausfuhrgenehmigung unproblematisch gegeben sind.<sup>56</sup> Als darin enthaltenes Minus ist in dem Antrag gleichzeitig die Klage auf Neubescheidung bei mangelnder Spruchreife zu sehen (§ 113 Abs. 5 S. 2 VwGO).<sup>57</sup>

Die Verpflichtungsklage ist statthaft.

## II. Begründetheit

Die Verpflichtungsklage ist gem. § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet, die Ablehnung des Verwaltungsaktes rechtswidrig war und die K-KG dadurch in ihren eigenen Rechten verletzt ist. Letzteres ist der Fall, wenn K einen Anspruch auf die Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung hat.

<sup>55</sup> Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 47. Lfg., Stand: 2015, § 90 Rn. 407.

<sup>56</sup> Pottmeyer (Fn. 4), § 6 Rn. 37; entsprechend hinsichtlich einer Transportgenehmigung das Ausgangsverfahren in BVerwG, Urt. v. 16.9.1980 – I C 1.77 = BVerwGE 61, 24.

<sup>57</sup> Ramsauer (Fn. 16), § 15 Rn. 1-3; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 21. Aufl. 2015, § 113 Rn. 201.

### 1. Richtiger Beklagter

Richtiger Beklagter ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO bei der Verpflichtungsklage der Rechtsträger der Behörde, die den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat. Vorliegend hätte die Bundesregierung den Bescheid erlassen (§ 11 Abs. 1 KrWaffG, Art. 62 GG). Damit ist eine Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland zu erheben. Ausreichend ist dabei nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 a.E. VwGO jedoch, dass die Klage – wie vorliegend geschehen – gegen die Bundesregierung als handelnde Behörde gerichtet ist.

### 2. Anspruch auf Erteilung der Exportgenehmigung

#### a) Generell kein Anspruch

Auf die Erteilung einer Genehmigung besteht grundsätzlich nach § 6 Abs. 1 KrWaffG gerade kein Anspruch, denn danach „gibt es keinen Lebenssachverhalt, bei dessen Vorliegen eine der nach den §§ 2 ff. KWKG erforderlichen Genehmigungen notwendig erteilt werden müsste. Vielmehr hängt es von einer zweckgerichteten Prüfung und Bewertung aller Umstände ab, ob im jeweiligen Einzelfall die erbetene Genehmigung abzulehnen ist, erteilt werden darf oder gar erteilt werden muss. Hierbei ist nach dem erkennbaren Zweck des in Art. 26 Abs. 2 S. 1 GG normierten Verbots mit Genehmigungsvorbehalt davon auszugehen, dass zur Kriegführung [...] bestimmte Waffen grundsätzlich nicht in die Hand von Privatpersonen gehören und eine Genehmigung nach dem Kriegswaffenkontrollgesetz deshalb nur erteilt werden darf, wenn nach den gesamten Umständen des Einzelfalls entweder besondere öffentliche Interessen die Erteilung der Genehmigung fordern oder wenn besondere private Gründe für die Erteilung der Genehmigung sprechen, und diese Genehmigung mit den durch das Verbot des Art. 26 Abs. 2 S. 1 GG geschützten öffentlichen Belangen vereinbar ist.“<sup>58</sup>

#### b) Anspruch aus positiver Voranfrage

Die am 10.6.2015 positiv beantwortete Voranfrage könnte als Zusicherung (§ 38 Abs. 1 S. 1 VwVfG) die einseitige Verpflichtung der Bundesregierung begründen, das beabsichtigte Exportgeschäft der K-KG zu genehmigen. Eine Zusicherung ist die behördenseitig erteilte verbindliche Zusage, einen bestimmten Verwaltungsakt zu erlassen. Die Zusicherung wird als hoheitliche Maßnahme einer Behörde nach § 35 S. 1 VwVfG einseitig vorgenommen.<sup>59</sup> Gleichzeitig bedarf es eines nach Auslegung entsprechend § 133 BGB unzweideutig zu erkennenden Bindungswillens des Zusichernden. Dies unterscheidet die Zusicherung von einer bloßen Absichtserklärung.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> BVerwG, Urt. v. 16.9.1980 – I C 1.77, Rn. 62; entgegen des hier gewählten direkten Zitats von den Bearbeitern sinngemäß oder paraphrasiert wiederzugeben.

<sup>59</sup> Tiedemann, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 30. Ed., Stand: 2016, § 38 Rn. 13-14; von Alemann/Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfisch (a.O.), § 35 Rn. 122.

<sup>60</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 12), § 38 Rn. 21.

Die Voranfrage bezieht sich auf die spätere Ausführungsgenehmigung, die selbst ein Verwaltungsakt ist (siehe oben C. I.). Sie wurde durch das Auswärtige Amt einseitig positiv beantwortet. Konsensuales Handeln lag damit nicht vor. Problematisch ist vorliegend der Bindungswille, da nach dem Wortlaut die Genehmigung lediglich in Aussicht gestellt wird. Unter Hinweis auf zukünftige Änderungen wird damit die Auskunft gegeben, dass das Vorhaben nach derzeitiger Sachlage grundsätzlich genehmigungsfähig ist. Das gesetzlich nicht geregelte Institut der Voranfrage gibt dem Exporteur eine erste Einschätzung, ob sich weitere Investitionen lohnen, ohne die Verwaltung hernach zu binden (a.A. vertretbar).<sup>61</sup>

#### c) Anspruch aus Verfassungs- oder Unionsrecht

Das Genehmigungserfordernis ist mit geltendem Unions- und Verfassungsrecht vereinbar (siehe oben 2. Teil B. II. 3. und 4.). Besondere Anhaltspunkte für eine unions- oder verfassungsrechtlich zwingend zu erteilende Genehmigung im vorliegenden Einzelfall sind nicht ersichtlich.<sup>62</sup>

#### d) Anspruch aus Ermessensreduzierung auf Null

In Frage käme eine Selbstbindung durch ständige Verwaltungspraxis. Eine durch interne Richtlinie fixierte Verwaltungspraxis der Behörde kann sich ermessensreduzierend auswirken und zu einem Anspruch auf Genehmigungserteilung führen. Die Richtlinie selbst wirkt nicht ohne weiteres im Außenverhältnis zwischen Verwaltung und Bürger, sondern besitzt nur interne Geltung. Insoweit sie aber eine ständige Verwaltungspraxis widerspiegelt, verbietet der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) eine willkürliche Abweichung im Einzelfall und führt diesbezüglich zu einer Selbstbindung auch im Außenverhältnis.<sup>63</sup> Innerhalb

<sup>61</sup> So im Ergebnis die ganz h.M., vgl. BVerfG, Urt. v. 21.10.2014 – 2 BvE 5/11, Rn. 161, Pottmeyer (Fn. 4), § 9 Rn. 55 und Harnischmacher/Ovie, in: Ehlers/Wolffgang (Fn. 22), S. 205 (209 Fn. 16); anders insbesondere zur Voranfrage nach AWG das VG Frankfurt, Urt. v. 1.11.2001 – 1 E 6167/00 (1); Bearbeiter, die von einer Zusicherung ausgehen, müssen – deren Schriftlichkeit unterstellt (§ 38 Abs. 1 S. 1 VwVfG) – sodann erörtern, ob sich die Sach- und Rechtslage aufgrund des KrWaffGÄndG oder der geänderten öffentlichen Meinung im Sinne des § 38 Abs. 3 VwVfG derart geändert hat, dass die Bindungswirkung entfällt.

<sup>62</sup> Entsprechend *Augsberg*, nach dem Grundrechtsschutz zwar grundsätzlich erhalten bliebe, dem Einzelnen als „rechtlicher Reflex“ jedoch von Verfassung wegen keine Rechtsposition zuweise (wiedergegeben bei *Stievers* Diskussion, in: Ehlers/Terhechte/Wolffgang/Schröder [Hrsg.], Aktuelle Entwicklungen des Rechtsschutzes und der Streitbeilegung im Außenwirtschaftsrecht, 2013, S. 207 ff. [209]).

<sup>63</sup> Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschl. v. 10.6.2014 – 10 ZB 12.2393, Rn. 23 m.w.N.; *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. 2015, § 6 Rn. 232-236; dies in Hinblick auf den Kriegswaffenexport



der Kriegswaffenexportkontrolle besorgen dies die „Politischen Grundsätze der Bundesregierung für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern vom 19. Januar 2000“.<sup>64</sup> Ermessensreduzierungen auf Null können danach z.B. bei Aufträgen innerstaatlicher Stellen und Nato-Partnern angenommen werden.<sup>65</sup> Die Entscheidungen der Bundesregierung entsprachen jedoch diesen Grundsätzen (vgl. Bearbeiterhinweis).

Eine Ermessensreduzierung auf Null liegt nicht vor. Ein Anspruch auf die Erteilung der Ausfuhrgenehmigung besteht nicht.

### 3. Anspruch auf Neubescheidung

In Frage käme als Minus schließlich ein Anspruch auf Neubescheidung. Dazu wird das Verwaltungsgericht die Bundesregierung nach § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO verpflichtet, wenn deren Unterlassen rechtswidrig war und Rechte der K-KG verletzt, der Bundesregierung aber Beurteilungs- oder Ermessensspielraum bezüglich der begehrten Entscheidung verbleibt.<sup>66</sup>

Vorliegend könnten mangels expliziter Tatbestandsvoraussetzungen der positiven Bescheidung nur Ermessensfehler die Rechtswidrigkeit der Ablehnung begründen. Die K-KG könnte dann zumindest einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung geltend machen.<sup>67</sup>

In Hinblick auf die Genehmigungsentscheidung hat der Gesetzgeber der Behörde einen sehr weiten Ermessensspielraum eingeräumt, wie an § 6 Abs. 1 KrWaffG deutlich wird.<sup>68</sup> Ermessensfehler umfassen Überschreitungen, Nichtgebrauch und Fehlgebrauch des Ermessens.<sup>69</sup>

Sachfremde Erwägungen hat die Bundesregierung nicht angestellt. Auch die „Politischen Grundsätze“ (siehe oben 2. d) wurden eingehalten.

Vorliegend verweist die Bundesregierung auf den fehlenden Deutschlandbezug des Antragstellers. Der fehlende Deutschlandbezug des Antragstellers wird als ein Regelbeispiel der fakultativen Versagungsgründe in § 6 Abs. 2 Nr. 2 lit. a KrWaffG geführt, von dem die Behörde aufgrund der österreichischen Staatsangehörigen als vertretungsbefugte Organe der K-KG auch zutreffend ausgeht. Die Bezugnahme auf die öffentliche Meinung und das gesamtstaatliche Interesse sind ebenfalls nicht sachfremd.

---

erwägend *Chr. Herrmann*, wiedergegeben bei *Sievers* (Fn. 62), S. 208.

<sup>64</sup> Bundesanzeiger Nr. 19 v. 28.1.2000, S. 1299; unter <http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/366862/publicationFile/3681/PolGrdsatzeExpKontrolle.pdf> (1.2.2016) abrufbar; entsprechend *Glawe*, DVBl. 2012, 329 (331), *Barowski/Kochendörfer/List* (Fn. 22), S. 163; *Pottmeyer* (Fn. 4), § 6 Rn. 12-15; Rüstungsexport 2014, S. 9 f.

<sup>65</sup> *Pottmeyer* (Fn. 4), § 6 Rn. 24-26.

<sup>66</sup> *Kopp/Schenke* (Fn. 57), § 113 Rn. 195.

<sup>67</sup> Zum diesbezüglichen Streitstand siehe oben A. II. 2. c).

<sup>68</sup> *Pathe/Wagner* (Fn. 17), § 40 Rn. 14 ff.

<sup>69</sup> *Maurer* (Fn. 12), § 7 Rn. 19; *Ramsauer* (Fn. 16), § 37 Rn. 20.

Die Bundesregierung hat den erneuten Antrag auf eine Ausfuhrgenehmigung somit ermessensfehlerfrei abgelehnt.

Ein Anspruch der K-KG auf Neubescheidung ihres Genehmigungsantrags besteht nicht.

### III. Zwischenergebnis

Der als Verpflichtungsklage statthafte dritte Antrag ist unbegründet.

### D. Ergebnis

Die Klage der K-KG hat insgesamt keine Aussicht auf Erfolg.