



Walter Hallstein-Institut
für Europäisches Verfassungsrecht

Humboldt-Universität zu Berlin

WHI - PAPER 02/2013

**Die Entwicklung des gerichtlichen Rechtsschutzes
im Außenwirtschaftsrecht**

Steffen Hindelang, Berlin*

*Prof. Dr., LL.M. (Sheffield), Inhaber der Juniorprofessur für Staats- und Verwaltungsrecht mit internationalen Bezügen, Freie Universität Berlin.

Die Entwicklung des gerichtlichen Rechtsschutzes im deutschen Außenwirtschaftsrecht

Effektiver Rechtsschutz und Administrative Letztentscheidung nach dem deutschen Außenwirtschaftsgesetz und der europäischen Dual-use Verordnung im Bereich des Ausfuhrrechts

Steffen Hindelang*

A.	Einleitung	2
B.	Unbestimmte Rechtsbegriffe und Beurteilungsspielräume im Rahmen des § 7 I AWG	6
I.	„Erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen“ i.S.d. § 7 I Nr. 3 AWG	8
II.	Gefahrenbegriff	9
III.	Beurteilungsspielraum – Gefahrenprognose	9
1.	Auch fernliegende Gefahrenzusammenhänge genügen	9
2.	Minimum: Tatsachen, die die behördlichen Schlussfolgerungen plausibel erscheinen lassen	11
3.	Vorwirkung des Beurteilungsspielraums auf die Tatsachenfeststellung	12
4.	Die grundrechtliche Position des Ausführers und kompetenzrechtliche Erwägungen	13
a)	Auswärtige Gewalt	13
b)	Art. 12, 14 GG	15
c)	Institut der Selbstbindung der Verwaltung	19
IV.	Bewertung	23
C.	Behördliche Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume im Rahmen des Art. 13 I 1, 12 Dual-use Verordnung	24
I.	„Überlegungen der nationalen Außen- und Sicherheitspolitik“ i.S.d. Art. 12 I c) Dual-use VO	28
II.	Ordnungsrechtlicher Gefahrenbegriff?	31
III.	„Ermessen“	32
1.	Tatsachenermittlung und -bewertung	32
2.	„Ermessensausfall“	33
3.	Die grundrechtliche Position des Ausführers und kompetenzrechtliche Erwägungen	33
IV.	Bewertung	34
D.	Abschließende Betrachtung	35

* Prof. Dr., LL.M. (Sheffield), Inhaber der Juniorprofessur für Staats- und Verwaltungsrecht mit internationalen Bezügen, Freie Universität Berlin, Kontakt: mail@steffenhindelang.de. Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den der Verfasser anlässlich des 17. Außenwirtschaftsrechtstages Münster 2012 gehalten hat und ist in: *Dirk Ehlers/Jörg Philipp Terhechte/Hans-Michael Wolfgang/Jan Schröder* (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des Rechtsschutzes und der Streitbeilegung im Außenwirtschaftsrecht, Verlag Wirtschaft und Recht, Oktober 2013, Seite 9-53 erschienen.. Der Verfasser dankt herzlich Frau *Jansen* und Herrn *Schreiber*, wissenschaftliche Mitarbeiterin bzw. studentischer Mitarbeiter ebenda, für die Unterstützung bei Recherche und Redaktion des Beitrags. Für ihre Diskussionsbereitschaft während des Abfassens dieses Beitrags bin ich Frau Dr. *Berger*, Freie Universität Berlin, Herrn RD *Barowski*, dessen Referentin Frau *List*, beide Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, Eschborn, sowie Herrn Dr. *Weith*, Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Berlin und dem *RW Kreis* zu Dank verpflichtet.

A. Einleitung

[9]** Der gerichtliche Rechtsschutz im deutschen Außenwirtschaftsrecht führt ein Schattendasein. Entscheidungen sind selten. Das war in den knapp drei Dekaden nach Inkrafttreten des AWG im Jahre 1961¹ nicht anders als heute.² Dies kann zweierlei bedeuten: gerichtlicher Rechtsschutz im deutschen Außenwirtschaftsrecht ist regelmäßig unnötig oder aber er ist weitestgehend unmöglich. Vermutlich tragen beide Varianten Wahrheit in sich. Deren jeweiligen genauen Gehalt kann und möchte dieser Beitrag jedoch nicht wägen. Denn dies würde nicht nur einer intensiven Studie der wirtschaftlichen Gegebenheiten und Zwänge des Außenhandels, sondern auch einer verwaltungswissenschaftlichen Untersuchung der behördlichen Praxis im vorgenannten Wirtschaftszweig bedürfen.³ Vielmehr soll die *Entwicklung* des Rechtsschutzes [10] der letzten zwei Dekaden nachgezeichnet werden, was ein deduktives Vorgehen anhand einer kritischen Analyse der einzelnen gerichtlichen Entscheidungen nahelegt. Während diese Entscheidungen verschiedene, mit Blick auf die Entwicklung des gerichtlichen Rechtsschutzes im deutschen Außenwirtschaftsrecht durchaus diskussionswürdige Problembereiche aufgreifen⁴, kommt doch einem dieser Bereiche eine zentrale Bedeutung für das hier behandelte Thema zu: Im Zentrum vorliegender Darstellung soll der Umgang der Gerichte

** Die Seitenzahlen in eckigen Klammern im Text geben jene im Sammelband wieder.

¹ *Kuss* hat für die Periode 1961 bis 1989 für den gesamten, also nicht nur die Ausfuhr betreffenden Anwendungsbereich des AWG 36 Entscheidungen gezählt. Vgl. *Kuss*, Verw 22 (1989), 55, 56.

² Vernachlässigt man die Entscheidungen im Bereich des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts wegen eines Verstoßes gegen ein außenwirtschaftsrechtliches Verbot, so zählt man seit 1990 grob zwei Dutzend *berichtete* Entscheidungen zum Ausfuhrrecht – also ungefähr eine Entscheidung pro Jahr.

³ Im Jahre 2011 erteilten die zuständigen Behörden des Bundes 17.586 (Einzel-)Ausfuhrgenehmigungen für Rüstungsgüter einschließlich Kriegswaffen im Wert von 5,4 Mrd. €. 30,6 Prozent des letztgenannten Wertes fielen auf Kriegswaffen. 105 Anträge im Wert von 24,8 Mio. € wurden insgesamt abgelehnt. Vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie* (Hrsg.), Bericht der Bundesregierung über ihre Exportpolitik für konventionelle Rüstungsgüter im Jahre 2011 - Rüstungsexportbericht 2011, 2012, 18 ff. Diese Zahlen sind aber dahin zu qualifizieren, dass die Zahl der Ablehnungen nicht jene Anträge enthält, die vor Entscheidung zurückgezogen worden sind. Zudem werden erfahrungsgemäß Anträge durch Unternehmen nur dann gestellt, wenn diese sich relativ sicher sind, dass auch eine Genehmigung erfolgt. Vgl. auch in diesem Zusammenhang *Dichtl*, BB 1994, 1726, 1729. Beide Umstände erklären den sehr niedrigen Prozentsatz von ablehnenden Bescheiden in Höhe von 0,6 Prozent. Zudem ist zu beachten, dass diese Zahlen nicht die Dual-use Güter erfassen. Für den Bereich der Dual-use Güter liefert die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Paul Schäfer, u.a., Bundestagsdrucksache 17/3973 einige Anhaltspunkte. Im Jahr 2009 wurden 6874 Genehmigungen im Wert von 4,1 Mrd. € erteilt und 43 Anträge im Wert von 16,8 Mio. € abgelehnt. Dieses Zahlenmaterial ist gleichermaßen zu qualifizieren wie vorgenannter Rüstungsexportbericht. Zur Praxis *Davis*, *The Regulation of Arms and Dual-Use Exports Germany, Sweden and the UK*, 2002, 175 f.

⁴ Thematisiert wurde die Vereinbarkeit von Vorschriften der AWV mit der Verordnungsermächtigung im AWG (hierzu BVerwGE 89, 121, 130 ff.), die Vereinbarkeit des AWG mit dem GG (hierzu VG Köln, Urteil vom 11.11.1999, Az. 1 K 6937/96, Rz. 29 ff. (juris); BVerfGE 91, 148, 164 ff. (jeweils Vereinbarkeit des AWG mit Art. 12 und 14 GG); BVerwGE 89, 121, 130 ff.; BVerfGE 91, 148, 162, 165 ff. (jeweils Vereinbarkeit der Verordnungsermächtigungen im AWG mit Art. 80 GG); BVerfGE 110, 33 (Vereinbarkeit des AWG mit Art. 10 GG)) und die Vereinbarkeit des AWG mit dem Unionsrecht (hierzu etwa EuGH, Rs. C-70/94, Slg. 1995, I-3189 - Werner; EuGH, Rs. C-83/94, Slg. 1995, I-3231 - Leifer; VG Frankfurt, Urteil vom 15.5.1997, Az. 1 E 3692/94 (V) = ZfZ 1998, 424; VGH Kassel, Beschluss vom 10.1.2000, Az. 8 UE 5098/96, Rz. 34-36 (juris); VG Köln, Urteil vom 11.11.1999, Az. 1 K 6937/96, Rz. 39 ff. (juris)). Vor allen Dingen im Rahmen strafrechtlicher Verfahren wurde die hinreichende Bestimmtheit der Normen des AWG thematisiert (hierzu BVerfG, Beschluss vom 25.10.1991, Az. 2 BvR 374/90 = NJW 1992, 2624, 2624; BVerfG, Beschluss vom 21.07.1992; Az. 2 BvR 858/92 = NJW 1993, 1909; BGHSt 53, 128, 132; BGHSt 54, 275, 303 ff.) Für die Frage, ob die Auslegung des § 34 II Nr. 3 AWG durch die Strafgerichte auf § 7 I Nr. 3 AWG bzw. § 2 II AWG übertragen werden kann siehe *Ricke*, *Präventive Maßnahmen bei der Ausfuhr von Gütern*, 2011, 170 ff.

mit behördlichen *Beurteilungs- und Ermessensspielräumen* stehen, die im Bereich des Außenwirtschaftsrechts im erheblichen Umfang eingeräumt wurden.

Die Signifikanz von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen für die Frage des gerichtlichen Rechtsschutzes im deutschen Außenwirtschaftsrecht lässt sich bereits erahnen, kontrastiert man nur jene Verfahren aus dem Teilbereich des Ausfuhrrechts, in deren Zentrum die gerichtliche Überprüfung behördlichen Handelns im Rahmen von anerkannten Beurteilungs- und Ermessensspielräumen standen mit solchen Verfahren, die Normen betrafen, die der [11] Behörde keine entsprechenden Spielräume gewährten. Klagen, welche sich gegen die von der Behörde vorgenommene Auslegung von Normen ohne Ermessens- und Beurteilungsspielraum richteten – ganz im Gegensatz zu denen mit einem solchen Spielraum – waren tendenziell deutlich erfolgreicher.⁵

[12] In der Dichte gerichtlicher Kontrolle von behördlichen Beurteilungs- und Ermessensspielräumen – grundsätzlich unabhängig davon, ob jene durch deutsches oder europäisches Recht eingeräumt werden – spiegelt sich nicht nur die Gewaltenteilung zwischen Exekutive und

⁵ Im Bereich des Ausfuhrrechts betreffen Beurteilungs- und Ermessensspielräume regelmäßig die Genehmigungsfähigkeit der Ausfuhr. Bei Normen, die die Genehmigungsbedürftigkeit einer Ausfuhr regeln, haben die Gerichte keine Beurteilungs- und Ermessensspielräume anerkannt. Der offensichtlich größere Erfolg der Kläger, die die Genehmigungsbedürftigkeit einer Ausfuhr rügten, liegt darin begründet, dass sich regelmäßig mit Listung bestimmter Wirtschaftsgüter in einer der Ausfuhrlisten die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers (allg. hierzu *Maunz*, in: ders./Dürig, Grundgesetz, 65. EL 2012, Art. 80 Rz. 34.) mit Blick auf die Genehmigungsbedürftigkeit bereits konkretisiert hat. (Anders hinsichtlich der Regelungstechnik etwa bei § 7 I AWG i.V.m. § 5c AWV, wo sich die Genehmigungspflicht im Augenblick der Mitteilung der Behörde konkretisiert. Hervorzuheben ist aber, dass für § 5c AWV das OLG Köln explizit einen Beurteilungsspielraum der Behörde verneint hat: OLG Köln, Urteil vom 20.01.2000, Az. 7 U 84/99, Rz. 28 = NVwZ 2000, 594, 595 f.). Jene die Genehmigungsbedürftigkeit auslösenden Tatbestände sind hinsichtlich ihres Norminhalts derart verdichtet und spezifiziert, dass regelmäßig kein Raum für einen weiteren Beurteilungsspielraum der ausführenden Behörde bleibt (so auch von *Bogdandy*, *VerwArch* 83 (1992), 53, 75). Bei der Frage, ob ein Wirtschaftsgut unter eine bestimmte Position bzw. unter eine bestimmte Definition in einer Ausfuhrliste fällt, reklamieren die Gerichte daher regelmäßig eine *gerichtliche* Letztentscheidungskompetenz und überprüfen die Auslegung der rechtlichen Norm durch die Behörde vollständig. So verhielt es sich etwa, wenn die Ausfuhr eines Wirtschaftsguts nur dann einer Genehmigungspflicht unterstellt ist, wenn dieses „*besonders für militärische Zwecke konstruiert oder geändert wurde*“ (vgl. VGH Hessen, Urteil vom 14.10.2009, Az. 6 A 2113/08, Rz. 51 ff. (juris); siehe auch VGH Hessen, Beschluss vom 10.01.2000, Az. 8 UE 5098/96, Rz. 37 ff. (juris); VG Frankfurt, Urteil vom 10.10.1996, Az. 1 E 251/94 = AW-Prax 1997, 173, 174; Vgl. OLG Köln, Urteil vom 20.01.2000, Az. 7 U 84/99, Rz. 28 (juris) = NVwZ 2000, 594, 595 f.; BGHSt 55, 11, 28 ff.). Zunächst stellten die Gerichte fest, dass die Auslegung der vorgenannten Merkmale „*nicht allein oder überwiegend anhand der Vorstellung des Herstellers vorgenommen werden darf (sog. subjektiver Ansatz). Der militärische Zweck eines Guts muss vielmehr aus seiner objektiven Beschaffenheit oder Konstruktion erkennbar werden. Dem beabsichtigten Verwendungszweck ist allenfalls als weiteres Kriterium für die Auslegung Bedeutung beizulegen. Die Vorstellungen des Konstrukteurs oder Erbauers als subjektive Auslegungskomponenten haben zurückzutreten, wenn die Bauartspezifika und andere objektive Gesichtspunkte die militärische Nutzbarkeit sowie eine besondere oder ausschließliche Konstruktion für militärische Zwecke im Sinne der Regelungen der Ausfuhrlisten von vornherein nahelegen*“ (vgl. VGH Hessen, Urteil vom 14.10.2009, Az. 6 A 2113/08, Rz. 52 (juris), unter Verweis auf BGHSt 51, 262). Dies vorausgeschickt überprüften die Gerichte sodann vollumfänglich, ob das jeweilige Ausfuhrgut unter die vorgenannte Definition fiel (vgl. VGH Hessen, Urteil vom 14.10.2009, Az. 6 A 2113/08, Rz. 51 ff. (juris); siehe auch VGH Hessen, Beschluss vom 10.01.2000, Az. 8 UE 5098/96, Rz. 37 ff. (juris); VG Frankfurt, Urteil vom 10.10.1996, Az. 1 E 251/94 = AW-Prax 1997, 173, 174). Bestehen Zweifel, ob ein Ausfuhrgut technisch unter eine bestimmte Position in einer Ausfuhrliste fällt, ist notfalls Beweis zu erheben. (VGH Hessen, Urteil vom 19.3.1990, Az. 8 UE 811/88, Rz. 33 (juris)). Eine ähnliche Vorgehensweise ist auch im Rahmen der Dual-use VO zu erkennen. Auch hier reklamieren Gerichte für sich ein vollumfängliches Prüfungsrecht hinsichtlich der Frage, ob die Ausfuhr eines Wirtschaftsgutes einer Genehmigungspflicht nach Anhang I zu Art. 3 I Dual-use VO (VO 428/2009/EG) unterfällt (vgl. VG Frankfurt, Urteil vom 12.5.2005, Az. 1 E 4785/03).

Judikative wider, sondern auch das (Spannungs-)Verhältnis zwischen effektivem Rechtsschutz und administrativer Funktionsfähigkeit, steht doch eine Verlagerung des Letztentscheidungsrechts von der Judikative auf die Exekutive im Raum.⁶ Die mit Verlagerung der Letztentscheidungskompetenz auf die Verwaltung einhergehende Einschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes ist nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn es zur Sicherung der administrativen Funktionsfähigkeit unabdingbar ist, bzw. anderes gewendet, wenn die Rechtsprechung ihrerseits an Funktionsgrenzen stößt. Solche Grenzen sollen im Bereich des auswärtigen Handelns bestehen, zu denen das Außenwirtschaftsrecht unzweifelhaft Berührungspunkte aufweist. Allerdings verbietet sich jede pauschale Betrachtungsweise. Eine Rücknahme gerichtlicher Kontrolle muss jeweils im Einzelfall durch Auslegung der entsprechenden Norm im Lichte des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz, ergänzend heranzuziehenden anderen einschlägigen Grundrechten und den bereits angesprochenen staats- bzw. unionsorganisationsrechtlichen Gesichtspunkten der horizontalen Kompetenzverteilung gerechtfertigt werden. Auf eine gerichtliche Kontrolle kann nur dort verzichtet werden, wo das Grundgesetz bzw. die Unionsverfassung es nicht verlangt, dass das materielle Recht das Verhalten der Behörde vollständig determiniert.⁷

Angesichts der Weite des Themas werden sich nachstehende Ausführungen hinsichtlich ihres Untersuchungsgegenstandes beschränken müssen. Aus dem deutschen Außenwirtschaftsrecht – was freilich als geschlossenes Regelungssystem so gar nicht mehr existiert⁸ – soll die durch

⁶ Vgl. allg. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 65. EL 2012, Art. 19 IV Rz. 188 ff. m.w.N.; spezifisch zur ausfuhrrechtlichen Genehmigung *Weith*, Die exportkontrollrechtliche Ausfuhrgenehmigung unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsverwaltungsrecht und Aspekten der Gefahrenprävention, 2009, 82 ff.; in Bezug auf das europäische Wirtschaftsrecht *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), Verfahren und Rechtsschutz im europäischen Wirtschaftsrecht, 2010, 124, 124 f. Aus sehr grundlegenden Erwägungen kritisch mit dem herrschenden Verständnis *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 2. Aufl. 1991, 177 ff., insb. 212, 219 ff.

⁷ Näher hierzu unten B. und C.

⁸ Die Gemeinsame Handelspolitik (Art. 206 ff. AEUV) und Zollunion (Art. 28 ff. AEUV) sind Bereiche ausschließlicher Unionskompetenz (Art. 2 I, Art. 3 I a) und e) AEUV). Internationale Abkommen und andere völkerrechtliche Akte der Union sowie das autonome Unionsrecht umspannen mittlerweile ein weites Spektrum des materiellen und Teile des verfahrensrechtlichen Außenwirtschaftsrechts. Als Beispiel für internationale Abkommen sind zuvorderst die Übereinkommen im Rahmen der WTO zu nennen. Aber auch im Bereich des internationalen Investitionsschutzes werden demnächst Verträge mit Drittstaaten oder internationalen Organisationen durch die Europäische Union ausgehandelt werden. Vgl. *Hindelang/Maydell*, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 2010, 11 ff; *Hindelang*, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg.), Die Gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union „nach Lissabon“, 2011, 157 ff. Weitreichend hat die Union auch von ihrer Kompetenz zum Erlass autonomen Außenwirtschaftsrechts Gebrauch gemacht: im Bereich des Ausfuhrrechts sind insbesondere die Ausfuhr- (VO 1061/2009/EG) sowie die Dual-use Verordnung (VO 428/2009/EG) zu nennen. Auf dem Felde des Einfuhrrechts fällt der Blick u. a. auf den Zollkodex (VO 2913/92/EWG), die Einfuhr VO 260/2009/EG, die Antidumping VO 1225/2009/EG und die Antisubventions VO 597/2009/EG sowie auf das Recht der Schutzmaßnahmen (insb. VO 625/2009/EG); näher dazu Herrmann/Weiß/Ohler (Hrsg.), Welthandelsrecht, 2. Aufl. 2007; *Boysen/Oeter*, in: Schule/Zulegg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 32.

In Anbetracht der Fülle europäischer Regelungen und des grundsätzlichen Vorrangs des Unionsrechts vor nationalem Recht verbleibt dem deutschen Gesetzgeber nur wenig eigener Spielraum. Formal betrachtet verfügt Deutschland mit dem AWG und der dazugehörigen AWW, mit dem KrWaffKontrG und anderen Gesetzen über eine beachtliche Anzahl von materiellen außenwirtschaftsrechtlichen Vorschriften. Nicht wenige in diesen Gesetzen enthaltene Vorschriften sind jedoch aus europäischer Perspektive kompetenzrechtlich fragwürdig und werden ohnehin durch das Unionsrecht verdrängt (näher hierzu *Tietje*, in: ders. (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2009, § 15 Rz. 94 ff.).

die Verwaltungsgerichte [13] ausgeübte Kontrolldichte des durch § 3 I 1 iVm § 7 I AWG⁹ vermittelten behördlichen Beurteilungsspielraums (hierzu B.) sowie des durch Art. 13 I 1 iVm Art. 12 Dual-use Verordnung gewährten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums (hierzu C.) bei der Genehmigung der Güterausfuhr nachgezeichnet und kritisch beleuchtet werden. Letztere Vorschriften entstammen zwar dem Unionsrecht. Dem „deutschen Außenwirtschaftsrecht“ sollen sie im Rahmen dieser Betrachtung dennoch „zugeschlagen“ werden, da explizite [14] europäische Normen für das Wie des Gebrauchs des Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums nicht existieren und daher grundsätzlich hierfür zunächst deutsches Verwaltungsrecht zur Anwendung kommt. Freilich ist dieses Wie der Ausübung des Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums stark unionsrechtlich determiniert, was eine Darstellung neben der gerichtlichen Kontrolldichte des Beurteilungsspielraums im Rahmen des § 3 I 1 iVm § 7 I AWG lohnenswert erscheinen lässt.

Jeweils anhand einer Analyse einschlägiger Gerichtsentscheidungen soll sich der Entwicklung des Umfangs der gerichtlich ausgeübten Kontrolldichte bei Beurteilungs- und Ermessensspielräumen in einem Dreierschritt genähert werden: Welche gerichtlichen Vorgaben werden für die ausfüllungsbedürftigen Begrifflichkeiten in der jeweiligen Norm (hierzu B. I. bzw. C. I.) gemacht, insbesondere welche Ansprüche werden seitens des Gerichts für den jeweiligen Gefahrenbegriff (in einem weiteren Sinne) formuliert (hierzu B. II. bzw. C. II.) und wie geht es mit den auf der Grundlage vorgenannter Maßgaben behördlich angestellten Beurteilungen, Bewertungen und Ermessenserwägungen um (hierzu B. III. bzw. C. III.). Hieraus lassen sich – vom Besonderen zum Allgemeinen kommend – bestimmte Muster hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolldichte der behördlichen Beurteilungs- bzw. Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume jeweils für die deutsche (hierzu B. IV.) und die europäische Rechtsgrundlage (hierzu C. IV.) gewinnen, die dann in eine abschließende Gesamtbewertung (hierzu D.) zusammengeführt werden.

Eine eigenständige Bedeutung kommt dem deutschen Außenwirtschaftsrecht nur noch punktuell zu. Insbesondere im Anwendungsbereich des KrWaffKontrG ist noch eine originär innerstaatliche Kompetenz verwirklicht. Zudem enthalten europäische Vorschriften sog. Rückermächtigungen bzw. Öffnungsklauseln zum Erlass von Ausfuhrbeschränkungen (vgl. Art. 10 der Ausfuhr-VO; Art. 8 I Dual-use VO). Eine etwas größere Rolle spielt das deutsche Außenwirtschaftsrecht jedoch beim indirekten Verwaltungsvollzug im europäischen Verwaltungsverbund und bei der Strafbewährung einer Zuwiderhandlung gegen europäisches Außenwirtschaftsrecht. Der Verwaltungsvollzug des deutschen wie europäischen materiellen Außenwirtschaftsrechts – mit Ausnahme des bei der Kommission angesiedelten Eigenverwaltungsverfahrens etwa im Bereich des Antidumping- und Antisubventionsrechts sowie im Bereich des Rechts der Schutzmaßnahmen – erfolgt ausschließlich durch nationale Behörden. Hierfür greifen sie teilweise auf europäisches Verwaltungsverfahrenrecht – etwa in Form des Zollkodexes – oder auf nationales Verfahrensrecht zurück. Freilich ist daran zu erinnern, dass die Ausübung bestehender nationaler Handlungskompetenzen an die durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union entwickelten Grundsätze des europäischen Verwaltungsrechts – namentlich an das Gleichwertigkeits- und Effektivitätsgebot – rückgebunden ist. Näher hierzu etwa *Tietje* (Fn. 8), § 15 Rz. 7 ff., siehe auch *Bryde*, in: Schmidt (Hrsg), *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Besonderer Teil 2, 1996, 485, 496; *Hohmann*, *Angemessene Außenhandelsfreiheit im Vergleich*, 2002, 213 ff.

⁹ In Verbindung mit den die Genehmigungsbedürftigkeit anordnenden Bestimmungen aus der AWW. Die Bundesregierung hat am 15.8.2012 einen Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Außenwirtschaftsrechts (EMod-AWG 2012) verabschiedet, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Gesetz/awg-modernisierungsgesetz,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>, zuletzt besucht am 17.11.2012. Die im Text genannten Vorschriften finden sich im Gesetzesentwurf unter § 8 I 1 i.V.m. § 4 I wieder.

B. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Beurteilungsspielräume im Rahmen des § 7 I AWG

§ 7 I AWG¹⁰ erlaubt es, Rechtsgeschäfte und Handlungen im Außenwirtschaftsverkehr zu beschränken, um essentielle Sicherheits- und außenpolitische Interessen Deutschlands zu wahren. Im Einzelnen sind Eingriffe möglich, um

- wesentliche Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleisten (Nr. 1),
- eine Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker zu verhüten (Nr. 2),
- zu verhüten, dass die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich gestört werden (Nr. 3) und
- um die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland im Sinne von Artikel 52 und 65 Absatz 1 AEUV zu gewährleisten (Nr. 4).

[15] Absatz 2 des § 7 AWG enthält in Konkretisierung des Absatzes 1¹¹ eine Aufzählung bestimmter Wirtschaftsgüter diesbezüglich außenwirtschaftsbezogene Handlungen und Rechtsgeschäfte insbesondere beschränkt werden können.¹²

Zum Schutz der vorgenannten Rechtsgüter können zum einen Rechtsverordnungen – vgl. § 2 I AWG – erlassen werden, die regelmäßig die Genehmigungsbedürftigkeit der Ausfuhr eines bestimmten Wirtschaftsgutes anordnen. Diese werden zusammengefasst in der Außenwirtschaftsverordnung und den dazugehörigen Listen.¹³ Ist für ein bestimmtes Wirtschaftsgut aufgrund einer Rechtsverordnung nach Art. 7 I, 2 I, 27 AWG die Ausfuhr genehmigungsbedürftig, so *ist* nach § 3 I 1 AWG eine Genehmigung zu erteilen, wenn die Vornahme des Rechtsgeschäfts die in § 7 I AWG genannten Rechtsgüter nicht oder nur unwesentlich gefährdet.¹⁴ Nach Satz 2 der soeben zitierten Vorschrift *kann* eine Genehmigung erteilt werden, wenn in einer Abwägung das volkswirtschaftliche Interesse¹⁵ an der Ausfuhr die damit verbundene Beeinträchtigung der in § 7 I AWG aufgeführten Rechtsgüter überwiegt. Das AWG erlaubt zudem zum Schutz der in § 7 I AWG aufgezählten Rechtsgüter den Außenwirtschaftsverkehr beschränkende Einzelfallentscheidungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi), § 2 II AWG.¹⁶

¹⁰ Entspricht § 4 I Nr. 1-4 EMod-AWG 2012 (Fn. 9).

¹¹ Vgl. *Sauer*, in: Hohmann/John (Hrsg.), *Ausfuhrrecht*, 2002, § 7 AWG Rz. 23; entspricht mit Änderungen § 5 EMod-AWG 2012 (Fn. 9).

¹² Umstritten hierbei ist, ob es – trotz eindeutigen Wortlauts („insbesondere“) – verfassungsrechtlich geboten ist, die Vorschrift als abschließend zu begreifen. So etwa *Ipsen*, *Außenwirtschaft und Außenpolitik*, 1967, 37 ff.; A.A. OLG Hamburg, Beschluss vom 17. November 1975, Az. 2 Ss 45/74 OWi = ZfZ 1976, 55, 56; *Sauer* (Fn. 11), § 7 AWG Rz. 23.

¹³ Vgl. etwa für die Warenausfuhr die §§ 5, 5c, 5d und 7 AWV.

¹⁴ Näher hierzu etwa *Ehrlich*, in: Bieneck (Hrsg.), *Handbuch des Außenwirtschaftsrechts*, 2. Aufl. 2005, § 16 Rz. 7 ff.

¹⁵ Vgl. hierzu VG Frankfurt, Urteil vom 15.5.1997, Az. 1 E 3692/94 (V) = ZfZ 1998, 424, 429.

¹⁶ Siehe hierzu VG Köln, Urteil vom 11.11.1999, Az. 1 K 6937/96; entspricht § 6 I EMod-AWG 2012 (Fn. 9).

Bei den in § 7 I AWG genannten Rechtsgütern handelt es sich um (hochgradig¹⁷) unbestimmte Rechtsbegriffe, die die Verwaltung sowohl bei Erteilung der Ausfuhrgenehmigung nach § 3 I 1 AWG also auch bei Untersagung der Ausfuhr nach § 2 II AWG zunächst auszulegen hat. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe muss jedoch nicht in jedem Falle einen negativen Einfluss auf den Rechtsschutz des Wirtschaftsteilnehmers haben, der sich gegen die von der Verwaltung vorgenommene Interpretation wendet.

Grundsätzlich ist die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltung in vollem Umfang einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich. Das ge-[16]-bietet schon Art. 19 IV GG, der eine tatsächlich wirksame gerichtliche Überprüfung des Verwaltungshandelns verlangt. Sie beschränkt sich keinesfalls auf eine bloße Vertretbarkeitsprüfung hinsichtlich der durch die Verwaltung vorgenommenen Feststellungen und Wertungen. Bei unbestimmten Rechtsbegriffen besteht gerade kein der gerichtlichen Letztentscheidungskompetenz entzogener Ermessensspielraum der Verwaltung.¹⁸

*Ausnahmsweise*¹⁹ wird der Verwaltung jedoch hiervon abweichend ein eigener, gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum eingeräumt.²⁰ Der Verwaltung kommt dann eine originäre Konkretisierungsbefugnis des Tatbestandes einer Norm zu, die mit einer Rücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte einhergeht.²¹ Im Umfang dieser Konkretisierungsbefugnis wird schlussendlich die Letztentscheidungsbefugnis in der Sache vom Gericht auf die Behörde verlagert. Gerechtfertigt wird eine damit verbundene Einschränkung des Art. 19 IV GG²² durch Funktionsgrenzen der Rechtsprechung und der Ausgestaltungsbedürftigkeit des Verhältnisses zwischen Exekutive und Judikative.²³

Wann und in welchem Umfang eine Verlagerung einer Letztentscheidungskompetenz vom Gericht auf die Verwaltung erfolgen soll, kann nicht pauschal beantwortet werden. Allein mit der Offenheit des Gesetzes lässt sich jedenfalls kein gerichtsfreier Beurteilungsspielraum begründen.²⁴ Vielmehr besteht nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts ein solcher nur dann, wenn sich ein Beurteilungsspielraum normativ im Wege der Auslegung der einschlägi-

¹⁷ Insb. hins. § 7 I Nr. 3 AWG ist immer wieder die ausreichende verfassungsrechtliche Bestimmtheit der Norm angezweifelt worden. Vgl. oben Fn. 4; siehe auch *Sauer* (Fn. 11), § 7 AWG Rz. 18.

¹⁸ Grds. hierzu BVerfGE 84, 34 = NJW 1991, 2005; BVerfGE 84, 59 = NJW 1991, 2008; BVerwG NVwZ 1995, 788; BVerwGE 92, 132; siehe auch *Aschke*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, Edition 17 2012, § 40 Rz. 25; *Decker*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO, Edition 23 2012, § 114 Rn. 32 ff.; für Beispiele für unbestimmte Rechtsbegriffe ohne Beurteilungsspielraum siehe *Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl. 2010, § 114 Rz. 303 f.

¹⁹ BVerfGE 64, 261, 279; BVerwGE 15, 128, 130; 16, 116, 129 f.; 23, 194, 200 f.; 24, 60, 64; 26, 65, 74; 29, 279, 279 f.

²⁰ BVerfGE 61, 82, 111; BVerwGE 59, 213, 215 ff.; siehe auch *Aschke* (Fn. 18), § 40 Rz. 26.

²¹ Näher hierzu *Wolff* (Fn. 18), § 114 Rz. 286 m.w.N.; zur Entwicklung der Lehre vom Beurteilungsspielraum *ders.*, Rz. 288 ff.

²² Die grundsätzliche „Einschränkbarkeit“ von Art. 19 IV GG durch die Einräumung eines Beurteilungsspielraums der Verwaltung ist weitestgehend anerkannt. Lediglich hinsichtlich der Begründung divergieren die Ansichten. Manche meinen, die Einräumung eines Beurteilungsspielraums beschränke den durch Art. 19 IV GG verbürgten Zugang zu den Gerichten (lediglich) hinsichtlich der Kontrolldichte. Andere wiederum sehen die Einräumung eines Beurteilungsspielraums als nicht erfasst an vom Schutzbereich des Art. 19 IV GG. Näher m.w.N. *Wolff* (Fn. 18), § 114 Rz. 293.

²³ BVerwGE 106, 263, 267.

²⁴ *Aschke* (Fn. 18), § 40 Rz. 103.

gen Norm herleiten lässt.²⁵ Diese Interpretation hat im Lichte von Art. 19 IV GG und den ergänzend heranzuziehenden Freiheitsgrundrechten [17] zu erfolgen, die insgesamt die Grenzen eines Beurteilungsspielraums formen.²⁶

Ob und in welchem Umfang der Behörde nun im Rahmen von § 7 I AWG ein gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zukommt, soll nachfolgend anhand der Rechtsprechung kritisch nachvollzogen werden. Hierbei wird im Schwerpunkt auf § 7 I Nr. 3 AWG einzugehen sein, da diesem auch in der Judikatur eine dominierende Rolle zukam.

I. „Erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen“ i.S.d. § 7 I Nr. 3 AWG

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1999 hatte das Verwaltungsgericht (VG) Köln die Rechtmäßigkeit einer Einzeluntersagung nach § 2 II, 7 I Nr. 3 AWG zu beurteilen. Das BMWi als zuständige Behörde untersagte die an sich nicht genehmigungsbedürftige²⁷ Ausfuhr von demilitarisierten, nicht fahrbereiten Lkw aus Beständen der ehemaligen Nationalen Volksarmee der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) nach Nordkorea, da eine Genehmigung zu einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen im Sinne des § 7 I Nr. 3 AWG führen würde.²⁸ Das VG Köln beanstandete die Entscheidung des BMWi nicht.

Unter Bezugnahme auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 25. Oktober 1991²⁹ war nach Auffassung des VG Köln „eine erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen dann anzunehmen, wenn die Bundesrepublik Deutschland durch ein Außenhandelsgeschäft in eine Lage verbracht würde, die es ihr ernsthaft erschweren würde, ihre außenpolitischen Interessen wirksam zu vertreten“.³⁰ Damit scheint es in seiner Definition des Begriffs leicht von der des VG Frankfurt a.M. in seiner Entscheidung vom 15. Mai 1997 abzuweichen. Dort vertrat das VG Frankfurt a.M. die Auffassung, dass nur dann eine Störung erheblich sei, wenn diese zu *anhaltenden oder tiefgreifenden* Störungen der diplomatischen Beziehungen führt. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn ein außenwirtschaftliches Geschäft zu einer international starken diplomatischen Missbilligung Deutschlands führt und die Glaubhaftigkeit und Zuverlässigkeit insbesondere bei befreundeten Staaten in Frage stellt.³¹ Ob mit der stärkeren [18] Ausdifferenzierung von „ernsthaft“ in „anhaltend oder tiefgreifend“ jedoch mehr Kontur gewonnen ist, bleibt zweifelhaft, wird doch ein unbestimmter Begriff durch zwei andere ersetzt. Sicher scheint nur zu sein, dass Verstimmungen im außenpolitischen Tagesgeschäft nicht von § 7 I Nr. 3 AWG erfasst werden.³²

²⁵ BVerwGE 38, 105, 109; 51, 104, 110; 59, 213, 215; 72, 195, 199; siehe auch BVerfGE 129, 1 = NVwZ 2011, 1062, 1064 f.

²⁶ Wolff (Fn. 18), § 114 Rz. 297.

²⁷ Dies wurde auch durch das BAFA in einem sog. Nullbescheid festgestellt. VG Köln, Urteil vom 11.11.1999, Az. 1 K 6937/96, Rz. 2 (juris).

²⁸ VG Köln, Urteil vom 11.11.1999, Az. 1 K 6937/96, Rz. 5 (juris).

²⁹ BVerfG, Beschluss vom 25.10.1991, BvR 374/90 = NJW 1992, 2624, 2624.

³⁰ VG Köln, Urteil vom 11.11.1999, Az. 1 K 6937/96, Rz. 23 (juris).

³¹ VG Frankfurt, Urteil vom 15.5.1997, Az. 1 E 3692/94 = ZfZ 1998, 424, 428. Die Entscheidung betraf die Genehmigung der Erbringung von Dienstleistungen.

³² So auch das VG Frankfurt in einer neueren Entscheidung wo es feststellte, dass eine „schwerwiegende Störung der auswärtigen Beziehung“ nicht bereits bei jeder vermuteten oder tatsächlichen negativen Reaktion irgendeines Staates angenommen werden kann. Vielmehr muss ein Rechtsgeschäft es der Bundesrepublik Deutschland „un-

II. Gefahrenbegriff

Für die Annahme einer *Gefahr* einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen iSv §§ 2 II, 7 I Nr. 3 AWG ließ das VG Köln eine *hinreichende Wahrscheinlichkeit* einer Störung durch die Genehmigungserteilung genügen. Eine mit Gewissheit unmittelbar bevorstehende oder gar schon eingetretene Störung ist nicht notwendig.³³ Ähnlich umschreibt dies das VG Frankfurt in einer Entscheidung aus dem Jahr 1996 im Rahmen der Prüfung der Versagung einer Transitgenehmigung. Letzteres bejahte eine Gefahr bei *drohender oder schon eingetretener* erheblicher Störung.³⁴ Zusammenfassen ließe sich dies in einer ordnungsrechtlichen Terminologie derart, dass für eine Untersagung der Ausfuhr eine abstrakte Gefahr nicht genügt, einer gegenwärtigen es jedoch auch nicht bedarf. Notwendig und hinreichend ist somit eine konkrete Gefahr.³⁵

III. Beurteilungsspielraum – Gefahrenprognose

1. Auch fernliegende Gefahrenzusammenhänge genügen

Ob im Rechtsstreit vor dem VG Köln eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für eine erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen anzunehmen war, wurde durch das Gericht (lediglich) im Rahmen einer *Plausibilitätskontrolle* [19] geprüft³⁶, komme doch der Regierung im Bereich der auswärtigen Beziehungen eine Einschätzungsprärogative zu.³⁷ Zur Begründung der verminderten Kontrolldichte beruft sich das VG Köln auf einen Beschluss des BVerfG, der für §§ 2 II, 7 I AWG ausdrücklich einen Beurteilungsspielraum der Behörde anerkannte.³⁸ Die durch die Behörde angeführten Gründe müssen nach Auffassung des VG Köln daher nur „*hinreichend deutlich erkennen lassen, aufgrund welcher Umstände die Beklagte zu Ihrer Einschätzung gekommen ist*“.³⁹ Die Einschätzung darf nicht „*offenkundig falsch [sein], auf fehlerhaften Annahmen beruhen oder [von] sachfremde[n] Erwägungen getragen werden*“.⁴⁰

Hierbei ließ das VG Köln genügen, dass die Behörde vortrug, dass Südkorea bereits wegen eines vorangegangenen ähnlichen Geschäfts gegenüber der Bundesregierung protestierte, die

möglich [machen] oder ernsthaft [erschweren], der Wahrung ihrer Interessen an den Beziehungen zu anderen Staaten und internationalen Organisationen gerecht zu werden. Dies [sei] insbesondere dann der Fall, wenn die Bundesrepublik Deutschland aufgrund der Ausfuhr international starke Missbilligung erfährt und ihr guter Ruf als verlässlicher Partner mit [einem] effektive[n] Exportkontrollsystem in Zweifel gezogen wird.“ Vgl. VG Frankfurt, Urteil vom 27.5.2010, Az. 1 K 536/10.F, Rz. 31 (juris); siehe auch *Sauer* (Fn. 11) § 7 AWG Rz. 16.

³³ VG Köln, Urteil vom 11.11.1999, Az. 1 K 6937/96, Rz. 23 (juris).

³⁴ VG Frankfurt, Urteil vom 10.10.1996, Az. 1 E 251/94, AW-Prax 1997, 173, 174.

³⁵ Zum Gefahrenbegriff im Außenwirtschaftsrecht siehe *Ehrlich* (Fn. 14), § 16 Rz. 13; einen ordnungsrechtlichen Gefahrenbegriff befürwortend von *Bogdandy* (Fn. 5), 69 f. Kritisch zum ordnungsrechtlichen Gefahrenbegriff *Sauer* (Fn. 11), § 3 AWG Rz. 10; ausdrücklich für Einzeleingriffe nach § 2 II AWG die Notwendigkeit einer konkreten Gefahr bejahend *Hohmann*, in: ders./John (Hrsg.), Ausfuhrrecht, 2002, § 2 AWG Rz. 8 f. Siehe auch *Weith* (Fn. 6), 139 ff.

³⁶ VG Köln, Urteil vom 11.11.1999, Az. 1 K 6937/96, Rz. 25 (juris). Siehe auch *Wegner/Weith/Ehrlich*, Grundzüge der Exportkontrolle, 2006, 228 ff.

³⁷ Hierzu sogleich unter B. III. 4. a).

³⁸ VG Köln, Urteil vom 11.11.1999, Az. 1 K 6937/96, Rz. 23 (juris); vgl. zur Anerkennung einer Einschätzungsprärogative auch BVerfG, Beschluss vom 25. Okt. 1991, BvR 374/90 = NJW 1992, 2624, 2624.

³⁹ VG Köln, Urteil vom 11.11.1999, Az. 1 K 6937/96, Rz. 27 (juris).

⁴⁰ *Idem*.

Beziehungen zu den Vereinigten Staaten von Amerika würden unter dem neuen Geschäft leiden und dass nach Erkenntnis des Bundesnachrichtendienstes, des Bundesministeriums der Verteidigung und des Bundesamtes für Wehrtechnik und Beschaffung⁴¹ eine militärische Verwendung der Lkw trotz Demilitarisierung nicht auszuschließen sei.

Das Gericht führte zudem aus, dass die Einschätzung der Behörde umso mehr nicht zu beanstanden sei, „als die Bundesrepublik Deutschland zuvor bereits wegen Zulieferung deutscher Firmen an die irakische Rüstungsindustrie und nach Libyen in die internationale Kritik geraten ist“.⁴² Diese Erwägungen stehen offenkundig in keiner unmittelbaren Beziehung zur streitgegenständlichen Ausfuhr nach Nordkorea. Gleichwohl können sie nach Auffassung des Gerichts die Untersagung der Genehmigung mittragen.

Die zulässige „Berücksichtigung der auswärtigen Beziehungen insgesamt“⁴³ lässt freilich manche Ausführer mit der kaum selbst aufzulösenden Ungewissheit zurück, ob nicht womöglich „sein“ nächstes Ausfuhrgeschäft genau jenes Geschäft ist, welches das berühmte Fass „zum Überlaufen“ [20] bringt und folglich zum Schutz des in § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG genannten Rechtsgutes untersagt werden müsse.⁴⁴ Diese Ungewissheit betrifft zuvorderst diejenigen Ausführer, deren Ausfuhr nicht genehmigungsbedürftig ist und dies – wie im Falle der dargestellten Entscheidung des VG Köln – womöglich auch noch mit einem Nullbescheid durch die zuständige Behörde festgestellt wurde. Im Vergleich zu Gütern, die einer Genehmigungspflicht unterfallen, ist es für den zuvor genannten Ausführer tendenziell weniger vorhersehbar, dass schlussendlich eine Untersagung der Ausfuhr erfolgt. Ist ein Wirtschaftsgut gerade *nicht* als Kriegs- und strategisches Gut in einer Ausfuhrliste genannt und lässt es sich auch nicht ohne weiteres in den Katalog von Rechtsgeschäften und Handlungen in Bezug auf Kriegs- und strategische Güter in § 7 II AWG einordnen, stellt sich für den Ausführer konkret die Frage, in welchem Rahmen und in welcher Tendenz von der ultima ratio⁴⁵ Ermächtigungsnorm des § 2 II iVm § 7 I Nr. 3 AWG Gebrauch gemacht wird. Die Versagung der Ausfuhr entspringt einer komplexen, dem steten Wandel unterworfenen geopolitischen Analyse, die vom Einzelnen regelmäßig nicht oder nur unvollständig antizipiert werden kann. Ob die den Tatbeständen der §§ 2 II, 7 I Nr. 3 AWG immanenten Limitierungen – insb. die Voraussetzung einer „erheblichen“ Störung in § 7 I Nr. 3 AWG sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip – *für sich allein* dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügen, wurde bisher vom Bundesverfassungsgericht offengelassen.⁴⁶ Zweifelhaft würde dies zumindest dann erscheinen, wenn eine Untersagung der Ausfuhr *allein* aus globalen, nicht unmittelbar im Zusammenhang mit der konkreten Ausfuhr stehenden Erwägungen begründet werden würde.

⁴¹ Mittlerweile aufgegangen im Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr.

⁴² VG Köln, Urteil vom 11.11.1999, Az. 1 K 6937/96, Rz. 27 (juris).

⁴³ BVerfG, Beschluss vom 25. Okt. 1991, BvR 374/90 = NJW 1992, 2624, 2624; auf das sich das VG Köln ohne es zu zitieren wohl bezieht. Siehe auch VG Frankfurt, Urteil vom 10.10.1996, Az. 1 E 251/94, AW-Prax 1997, 173, 174.

⁴⁴ Die Möglichkeit der Einholung einer Zusicherung i.S.d. § 38 VwVfG würde das Problem kaum mildern, da die auswärtigen Beziehungen insgesamt ständigem Wandel unterliegen.

⁴⁵ Hierzu *Hohmann* (Fn. 35), § 2 AWG Rz. 12. Siehe auch *Wegner/Weith/Ehrlich* (Fn. 36), 231 f.

⁴⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 25. Okt. 1991, BvR 374/90 = NJW 1992, 2624, 2624.

2. Minimum: Tatsachen, die die behördlichen Schlussfolgerungen plausibel erscheinen lassen

Ein weiterer Mosaikstein wird der Rechtsprechung zu § 7 I Nr. 3 AWG durch eine Entscheidung des VG Frankfurt a.M. aus dem Jahr 2010⁴⁷ hinzugefügt. Die Klägerin greift die Verweigerung einer Ausfuhrgenehmigung von Gewehren an. Diese wurde von der Behörde verweigert, da der unstreitig genehmigungsbedürftige Export der Gewehre eine Gefahr der erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland darstellen würde.

Das Gericht gewährt der Behörde zwar bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen“ im Sinne [21] des § 7 I Nr. 3 AWG eine Einschätzungsprärogative und begründet dies wieder mit der Zugehörigkeit des Außenwirtschaftsrechts zum Bereich der auswärtigen Gewalt⁴⁸, in dem allgemein ein breiter Raum politischen Ermessens eingeräumt sei.⁴⁹ Im konkreten Fall jedoch kommt das Gericht zum Ergebnis, dass die Behörde den *Rahmen* der gerichtlich nicht nachprüfaren Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs überschritten hat.

Hinsichtlich der streitgegenständlichen Gewehre wurde seitens der Behörde vorgetragen, dass eine Ausfuhrgenehmigung die Beziehungen zur EU bzw. deren Mitgliedstaaten schwer belasten würde. Die Gewehre würden nicht nur von der Ausfuhrliste (AL) zu § 5 AWV erfasst, sondern sind auch in der Gemeinsamen Militärgüterliste der EU, die auf Grundlage von Art. 12 des Gemeinsamen Standpunkts 2008/944/GASP erlassen wurde, genannt. In dieser Liste finden sich Militärtechnologie und -güter, deren Export durch die Mitgliedstaaten der EU in bestimmte Regionen der Welt als politisch besonders sensibel eingestuft wird und mithin diesbezüglich ein gemeinsames Vorgehen der Mitgliedstaaten der EU sinnvoll erscheint.

Das Gericht stimmt der Behörde insoweit zu, dass eine Nichtbeachtung des Gemeinsamen Standpunkts 2008/944/GASP zu einer Gefahr einer erheblichen Störung der diplomatischen Beziehungen iSd § 7 I Nr. 3 AWG führen kann.⁵⁰ Dies setzt freilich voraus, dass eine Ausfuhr dem Gemeinsamen Standpunkt 2008/944/GASP und den dort formulierten Exportkontrollzielen, die hier „Kriterien“ (Art. 2 des GS 2008/944/GASP) genannt werden, entgegensteht, was die Mitgliedstaaten zu prüfen haben.

Im vorliegenden Fall berief sich die Behörde auf das Risiko, dass das Ausfuhrgut nach Erreichen des Ziellandes zu einem unerwünschten Endverwender gelangen könnte (Art. 2 Kriterium 7 des GS 2008/944/GASP).

Die Behörde hatte es jedoch unterlassen „*anhand konkreter tatsächlicher Umstände nachvollziehbar [zu machen], dass ein solches Risiko im Hinblick auf die streitbefangene Ausfuhr tatsächlich besteht*“.⁵¹ Allein der Umstand, dass die Ware eine bestimmte objektive Beschaffen-

⁴⁷ VG Frankfurt, Urteil vom 27.5.2010, Az. 1 K 536/10.F.

⁴⁸ Hierzu sogleich unter B. III. 3. a).

⁴⁹ VG Frankfurt, Urteil vom 27.5.2010, Az. 1 K 536/10.F, Rz. 31 (juris).

⁵⁰ VG Frankfurt, Urteil vom 27.5.2010, Az. 1 K 536/10.F, Rz. 32 (juris).

⁵¹ VG Frankfurt, Urteil vom 27.5.2010, Az. 1 K 536/10.F, Rz. 35 (juris).

heit aufweist, rechtfertigt noch nicht die Annahme eines Risikos der unerwünschten Weitergabe bzw. Endverwendung. Die Behörde hatte es folglich versäumt, etwa durch Einschaltung des Auswärtigen Amtes oder der Geheimdienste, den entsprechenden Sachverhalt für die Annahme einer konkreten Gefahr zu ermitteln und ist somit bei ihrer Entscheidung von einer unzutreffenden bzw. nicht hinreichend ermittelten Tatsachengrundlage ausgegangen.⁵²

[22] Betrachtet man diese Entscheidung im Vergleich zu der zuvor geschilderten des VG Köln, so kann man zunächst erkennen, dass mit Bezugnahme auf das europäische Exportkontrollregime des GS 2008/944/GASP – gleiches wird für internationale Exportkontrollregime gelten müssen – der gerichtlichen Überprüfung stärkere Konturen verliehen werden. Durch das von dem Gemeinsamen Standpunkt vorgegebene Kriterienraster werden die durch die Behörde vorgetragene(n) Tatsachen für das Gericht mit Blick auf ihre Relevanz vorstrukturiert, da nur die Tatsachen für eine Gefahrenprognose herangezogen werden können, die sich auch (zumindest) entfernt auf die Kriterien des GS beziehen. Darüber hinaus führt die Entscheidung des VG Frankfurt a.M. die Minimalanforderung an den Tatsachenvortrag seitens der Behörde vor Augen: Notwendig ist jedenfalls, dass ihrerseits überhaupt Tatsachen vorgetragen werden, die eine konkrete Gefahr zumindest plausibel erscheinen lassen.

3. Vorwirkung des Beurteilungsspielraums auf die Tatsachenfeststellung

Gelingt es der Behörde Tatsachen vorzutragen, die eine konkrete Gefahr für die Rechtsgüter des § 7 I AWG plausibel erscheinen lassen, so ist damit noch nichts dazu gesagt, ob jener Tatsachenvortrag vollständig ist oder ob die vorgetragene(n) Tatsachen auch der Realität entsprechen.

Nicht selten handelt es sich um Sachverhalte aus geheimdienstlichen oder sonstigen vertraulichen Quellen. Will der Ausführer diesen entgegentreten, so muss er – zumindest nach Auffassung des Hessischen Oberverwaltungsgerichts – plausibel und substantiell vortragen, warum die von der Behörde zugrunde gelegten Tatsachen nicht der Wahrheit entsprechen sollen.⁵³ „Im Übrigen [seien] die Voraussetzungen eines Anspruchs im Verwaltungsprozess regelmäßig von demjenigen darzulegen, der den Anspruch geltend [mache ...]. Lassen sich die Anspruchsvoraussetzungen nicht beweisen, geht das zu [...] Lasten [des Ausführers].“⁵⁴

Ob diese Feststellung unter genügender Beachtung der Untersuchungsmaxime⁵⁵ des § 86 I VwGO und unter Berücksichtigung grundrechtlicher [23] Positionen des Ausführers⁵⁶ in dieser Pauschalität tragbar ist, sei hier dahingestellt.⁵⁷ Auf einer praktischen Ebene wird es dem

⁵² VG Frankfurt, Urteil vom 27.5.2010, Az. 1 K 536/10.F, Rz. 35 ff. (juris).

⁵³ VGH Hessen, Beschluss vom 10.01.2000, Az. 8 UE 5098/96, Rz. 49 ff. (juris). Der Beschluss betraf noch nicht einmal die Frage der erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen, sondern jene, ob ein Ausfuhrgut besonders für militärische Zwecke konstruiert sei; mithin einen Bereich, wo der Behörde kein Beurteilungsspielraum zukommt.

⁵⁴ VGH Hessen, Beschluss vom 10.01.2000, Az. 8 UE 5098/96, Rz. 52 (juris); nuancierter OLG Köln, Urteil vom 20.01.2000, Az. 7 U 84/99, Rz. 28 (juris) = NVwZ 2000, 594, 595.

⁵⁵ Hierzu allgemein Breunig, in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO, Edition 23 2012, § 86 Rz. 15 ff.

⁵⁶ Hierzu unten unter B. III. 4.

⁵⁷ Allgemein zur „Beweislast“ im Verwaltungsprozess Terhechte, in: Fehling/Kastner (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2010, § 108 VwGO Rz. 16 ff. m.w.N. Siehe auch Vierhaus, Beweisrecht im Verwaltungsprozess, 2011.

Ausführer regelmäßig mangels eigener nachrichtendienstlichen Kapazitäten schwerfallen, die durch Geheimdienste und andere Behörden zusammengestellten Dossiers durch einen *substantiellen* Vortrag anderer Tatsachen zu erschüttern. Soweit durch die Behörde überhaupt Tatsachen vorgetragen werden und diese die Gefahreinschätzung der Behörde plausibel erscheinen lassen, werden sie vom Gericht regelmäßig nicht in Frage gestellt.⁵⁸ Aus den veröffentlichten Entscheidungen lässt sich jedenfalls nicht nachvollziehen, dass Gerichte bisher von Zeugenbeweis und Sachverständigengutachten zur Verifizierung der zugrunde gelegten Tatsachen bei Bestimmung einer Gefahr für die in § 7 I AWG genannten Rechtsgüter substantiellen Gebrauch gemacht hätten.⁵⁹ Eine Ausnahme ist insoweit die Entscheidung des VG Frankfurt vom 15. Mai 1997, in der das Gericht in Erwägung zog, eine weitere Sachaufklärung hinsichtlich der von der Behörde vorgetragenen, das Gericht aber nicht überzeugenden Tatsachen, die eine Gefahr für die in § 7 I Nr. 2 AWG genannten Rechtsgüter stützen sollten, vorzunehmen. In eine solche Sachaufklärung musste es schlussendlich jedoch nicht eintreten, da es eine Gefahr für die auswärtigen Beziehungen (§ 7 I Nr. 3 AWG) als gegeben ansah. Um hier die von der Behörde vorgetragenen Tatsachen zu verifizieren, prüfte es die vorgetragenen Tatsachen nicht nur auf ihre Plausibilität, sondern mittels Zeugen und selbst Stellungnahmen ausländischer Regierungen auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit.⁶⁰

Sieht man jedoch von dieser Entscheidung ab, so scheint die aus dem Beurteilungsspielraum fließende *Entscheidungsprärogative* in Tendenz bereits *auf die Auswahl und Darstellung des Sachverhalts auszustrahlen*, was bisher höchstrichterlich nur ausnahmsweise und bei behördlichen Entscheidungsprärogativen im Zusammenhang mit beruflichen Beurteilungen ausdrücklich anerkannt wurde.⁶¹ [24]

4. Die grundrechtliche Position des Ausführers und kompetenzrechtliche Erwägungen

a) Auswärtige Gewalt

Umfangreiche Ausführungen zu den grundrechtlichen Positionen des Ausführers und den in Ausgleich zu bringenden, durch das Außenwirtschaftsrecht geschützten Gemeinwohlinteressen sind selten in den verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen. Solche könnten jedoch nicht zuletzt eine Rechtfertigung für die Anerkennung einer beschränkten behördlichen Letztentscheidungskompetenz liefern⁶², die in den einzelnen Entscheidungen regelmäßig unter Zitierung eines Beschlusses des BVerfG aus dem Jahre 1991 mit einem pauschalen Hinweis auf den *Bereich der auswärtigen Gewalt* mehr behauptet als begründet wurde.⁶³ Das BVerfG

⁵⁸ Epping, Die Außenwirtschaftsfreiheit, 1998, 396, insb. Fn. 651, 653. Epping geht hier auf eine nicht veröffentlichte Entscheidung des VG Frankfurt, Urteil vom 25.01.1996, Az. 1 E 1218/93 (3) ein, die belegen soll, dass – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerfG – „die von der Exekutive der Beurteilung zugrundgelegten Tatsachen insoweit grundsätzlich in vollem Umfang und generell – d.h. nicht beschränkt auf den Prognosebereich – gerichtlich überprüfbar sind.“ (Epping, 396).

⁵⁹ Zur zurückhaltenden Praxis vor 1989 siehe Kuss (Fn. 1), 71 f.

⁶⁰ VG Frankfurt, Urteil vom 15.5.1997, Az. 1 E 3692/94 = ZfZ 1998, 424, 427 ff.

⁶¹ BVerwGE 60, 246 = VerwRspr 1981, 306; siehe auch Wolff (Fn. 18), § 114 Rz. 356 m.w.N.

⁶² Grds. hierzu Wolff (Fn. 18), § 114 Rz. 297 m.w.N.

⁶³ Siehe z. B. VG Köln, Urteil vom 11.11.1999, Az. 1 K 6937/96, Rz. 23 (juris); VG Frankfurt, Urteil vom 27.5.2010, Az. 1 K 536/10.F, Rz. 31 (juris).

fürhte dort aus: „Bei der Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe [- gemeint sind die in § 7 I AWG -] kommt zwar der Bundesregierung eine Einschätzungsprärogative zu, dies ist aber von Verfassungswegen nicht zu beanstanden, denn die auswärtigen Beziehungen gehören zu einem Bereich, in dem der Bundesregierung von Verfassungswegen allgemein ein breiter Raum politischen Ermessens eingeräumt ist“.⁶⁴

Ob jedoch gerade die argumentative Heranziehung der Einschätzungsprärogative der Bundesregierung auf dem Felde der auswärtigen Beziehungen zur Begründung einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle im Bereich des AWG taugt, ist zweifelhaft, handelt es sich bei der Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung gerade nicht um den vorgesezten Raum des nicht justiziablen Regierungsvorbehalts nach Art. 65 GG⁶⁵, sondern um ein gesetzlich geregeltes Genehmigungsverfahren einer Bundesoberbehörde.⁶⁶ Es bedarf vielmehr einer nuancierten Betrachtung.

Grundsätzlich ist eine Rücknahme gerichtlicher Kontrolle und damit eine Einschränkung des Art. 19 IV GG im Bereich des Ausfuhrrechts nur in dem Umfang gerechtfertigt, als die materiellrechtliche Bindung der Instanz – also der Behörde – deren Verhalten gerichtlich überprüft werden soll, selbst wiederum eingeschränkt ist. Die gerichtliche Kontrolle endet also dort, wo die Verfassung – insbesondere die Grundrechte – es als unbedenklich [25] erachtet, dass das materielle Recht das Verhalten der Behörde nicht vollständig determiniert.⁶⁷

Freilich weist das Außenwirtschaftsrecht Berührungspunkte zu den auswärtigen Beziehungen des Bundesrepublik Deutschland auf. Bei der Gestaltung auswärtiger Beziehungen, die notwendigerweise mehr als einen Akteur umfassen, geht es um „Abgleich und Abstimmung, um Koordination und Kooperation, um gegenseitige Überzeugung, Interessenabgleich und Kompromissbildung“⁶⁸. Nationales Außenwirtschaftsrecht stellt dagegen den Versuch dar, auswärtige Beziehungen einer einseitigen Ordnung zu unterwerfen, die zwangsläufig nicht das Ganze fassen kann, sondern auf den Willen der Gegenseite aufzulaufen droht.⁶⁹ Die Vielfalt auswärtiger Gegebenheiten, die Schnelligkeit, die Fluidität der Entwicklung auswärtiger Beziehungen erschwert zudem den Gebrauch der Rechtsform.⁷⁰ Folglich trägt eine (einseitige) Entscheidung, die Ausfuhr zu untersagen oder aber auch zu genehmigen, unzweifelhaft immer vielfältiges außenpolitisches Konfliktpotential in sich.

Allerdings handelt es sich beim Außenwirtschaftsrecht um *innerstaatliches hoheitliches Handeln*, was sich lediglich *faktisch* auf die auswärtigen Beziehungen eines Staates auswirkt. Will man der These des Primats der Politik⁷¹, die einer rechtlichen Einhegung auswärtiger Gewalt

⁶⁴ BVerfG NJW 1992, 2624; sehr kritisch zum Konstrukt der „auswärtigen Gewalt“ Pernice, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 2006, Band II, Art. 59 Rz. 15 ff.; siehe auch Röben, Außenverfassungsrecht, 2007.

⁶⁵ Hierzu schon Maurer, Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43 (1985), 135, 151 ff.

⁶⁶ Kuss (Fn. 1), 67; später auch von Bogdandy (Fn. 5), 75 f.

⁶⁷ BVerfGE 129, 1 = NVwZ 2011, 1062, 1064 f.; Aschke (Fn. 18), § 40 Rz. 103.

⁶⁸ Nettesheim, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 65. EL 2012, Art. 59 Rz. 216.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ von Ranke, Politisches Gespräch, 1924.

und ihrer gerichtlichen Kontrolle ablehnend gegenübersteht, nicht das Wort reden⁷², dürfte klar sein, dass jedweder Bezug administrativen Handelns zur auswärtigen Gewalt nicht eine Grundrechtsbindung aufheben kann. Allerdings ist es ebenso geboten, die funktionalen Gegebenheiten der auswärtigen Beziehungen und „*die Kosten einer ‚Verrechtlichung der Außenpolitik‘ in den Blick zu nehmen und argumentativ zu berücksichtigen*“⁷³. Sachgerecht erscheint es daher, die vielfältigen Formen und Kontexte der Ausübung auswärtiger Gewalt hinsichtlich des Umfangs der Grundrechtsbindung differenziert zu betrachten.⁷⁴ So sind etwa an den Einsatz deutscher Hoheitsträger außerhalb des deutschen Hoheitsgebietes andere Anforderungen zu stellen als an innerstaatliche Maßnahmen mit Relevanz für die auswärtigen Beziehungen. Zu den letzteren gehören, wie bereits ausgeführt, auch Maßnahmen im Bereich des Außenwirtschafts- bzw. Aus-[26]-fuhrrechts. Im Allgemeinen sind deutsche Hoheitsträger hier umfassend an die Grundrechte gebunden. Dies verlangt schon der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Art. 20 III GG.⁷⁵ Jede andere Sichtweise würde hier zu einer nicht hinnehmbaren Beschränkung der Grundrechte führen, wirken sich doch innerstaatliche Entscheidungen deutscher Hoheitsträger aufgrund einer immer weiter fortschreitenden Globalisierung aller Lebensbereiche in vielfältiger und kaum noch vorhersehbarer Weise auf die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland aus.⁷⁶

b) Art. 12, 14 GG

Als gesichert dürfte heute insoweit gelten, dass der Ausführer sich regelmäßig auf die von Art. 12 I GG geschützte Gewerbefreiheit als eine Dimension der Berufsfreiheit berufen kann.⁷⁷ In der Regel wird es sich bei der in die Ausfuhrfreiheit eingreifenden staatlichen Maßnahme um eine Berufsausübungsregel handeln.⁷⁸ In verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen spiegelt sich die grundrechtliche Position des Ausführers gelegentlich in der „altväterlichen Ermahnung“ wider, dass die Behörde bei Ihrer Entscheidung auch das durch die „Ausfuhrfreiheit“ geschützte individuelle Interesse des Ausführers zu berücksichtigen habe.⁷⁹ Et-

⁷² Dem deutschen Recht ist ein solches Primat fremd. Hierzu *Tomuschat*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), 7, 49 f.

⁷³ *Nettesheim* (Fn. 68), Art. 59 Rz. 219; ähnlich *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Art. 1 III Rz. 44 ff.

⁷⁴ Hierzu näher *Nettesheim* (Fn. 68), Art. 59 Rz. 222 ff.

⁷⁵ *von Bogdandy* (Fn. 5), 75.

⁷⁶ *Nettesheim* (Fn. 68), Art. 59 Rz. 223.

⁷⁷ So etwa *Hohmann* (Fn. 35), § 1 AWG Rz. 4, 6 ff.; *ders.* (Fn. 8), 431 ff.; für bestimmte Bereiche, etwa staatliche Maßnahmen ohne berufsregelnde Tendenz oder nicht-EU ausländische juristische Personen. *Epping* (Fn. 58), 68 ff.; *Starck*, FS Knöpfle, 1996, 317, 317 f.

⁷⁸ BVerfGE 12, 281, 293 ff.; 18, 353, 361 ff.

⁷⁹ Vgl. etwa VG Frankfurt, Urteil vom 05.12.1996, Az. 1 E 3838/93 = AW-Prax 1997, 201, 202 (allerdings im Bereich der europäischen Dual-use Verordnung); VG Frankfurt, Urteil vom 23.9.1999, Az. 1 E 2005/97 = AW-Prax 2000, 272, 273; *Hohmann* (Fn. 8), 431 berichtet von einer Entscheidung des VG Frankfurt, Urteil vom 25.01.1996, Az. 1 E 1218/93 (nicht veröffentlicht), in der das Gericht entschied, dass der Kläger im konkreten Fall aus Art. 12 GG und § 3 I AWG einen Anspruch auf Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung habe. In Entscheidungen, in denen die Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage des §§ 2 II, 7 I AWG gerügt wurde, finden sich zudem gelegentlich Anhaltspunkte zur grundrechtlichen Situation des Ausführers. So führt etwa das VG Köln im einem Urteil aus dem Jahre 1999 aus, dass ein Eingriff in Art. 12 GG gerechtfertigt sei, da es sich bei den §§ 2 II, 7 I Nr. 3 AWG lediglich um eine Berufsausübungsregelung handeln würde, die von vernünftigen Gemeinwohlinteressen getragen sei. Vgl. VG Köln, Urteil vom 11.11.1999, Az. 1 K 6937/96, Rz. 30 (juris), ohne allerdings die gleichlaufende ältere Entscheidung BVerwGE 89, 121, 132 f. zu erwähnen.

was nuancierter drückt dies das Oberlandesgericht Köln aus, das „auf die Wertentscheidung des Gesetzgebers in § 1 AWG [verweist], wonach der Außenhandel grundsätzlich frei ist, während sich die Beschränkung nach § 5 c AWV als Ausnahme von diesem Grundsatz darstellt.“⁸⁰ Das OLG Köln betont damit das im AWG ange-[27]-legte Regel-Ausnahme-Verhältnis⁸¹, was als weitestgehend deklaratorische Wiederholung der grundrechtlichen Verbürgungen im Bereich des Ausfuhrrechts verstanden werden kann.⁸²

Im Falle einer Rücknahme einer einmal erteilten Genehmigung kann es zudem zu einer Beeinträchtigung bestehender Verträge – also obligatorischer Ansprüche als Folge von eingesetzter Arbeit und aufgewandtem Kapital⁸³ – kommen. Ob dem VG Köln darin gefolgt werden kann, dass Art. 14 GG hier schon tatbestandlich nicht einschlägig sei, da in einem außenwirtschaftlichen Vertrag schon keine von Art. 14 GG geschützte Eigentumsposition vorliege, kann bezweifelt werden.⁸⁴ Allein aus dem Umstand, dass jener Vertragstypus mit dem „Risiko der Untersagung“ behaftet und daher angeblich in sich „labil“⁸⁵ sei, kann nicht geschlossen werden, dass eine Position nicht vom Eigentumsgrundrecht geschützt sei.⁸⁶ Richtig ist lediglich, dass die Genehmigung an sich – da sie als solche nicht durch eigene Leistung erworben wurde – nicht durch Art. 14 I GG geschützt ist.⁸⁷ Ansonsten sind die Vorschriften des AWG und der AWV zur Steuerung des Außenhandels als klassische Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums anzusehen, die freilich in ihrer konkreten Anwendung den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen müssen.⁸⁸

Auf Rechtfertigungsebene ist zu berücksichtigen, dass Zielsetzung und Anliegen der Exportkontrolle im Bereich von Militär- oder Dual-use-Gütern Bestandteil einer gemeinwohlorientierten Politik sind. Diese Zielsetzungen und Anliegen können damit als Rechtfertigungsgründe herangezogen werden.⁸⁹ Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der in § 7 I AWG aufgeführten Anliegen führt das BVerfG aus: „Die nach [§ 7 I] Nr. 1 und 2 [AWG] [28] verfolgten Zwecke betreffen Staatsziele von staatspolitisch evident hohem Rang. [⁹⁰ ...] Das staatspolitische Interesse der Bundesrepublik Deutschland am Schutz ihrer auswärtigen Beziehungen steht [...] ebenfalls außer Frage. Es handelt sich um ein in der Verfassung genanntes Schutzgut, das in der Obhut des Bundes steht (Art. 32 I GG). Die Ermächtigung nach § 7 I Nr. 3

⁸⁰ OLG Köln, Urteil vom 20.01.2000, Az. 7 U 84/99, Rz. 28 (juris) = NVwZ 2000, 594, 595.

⁸¹ Siehe auch zur in *dubio pro libertate* Auslegung Hohmann (Fn. 35), § 1 AWG Rz. 17.

⁸² Näher zur Frage der konstitutiven oder deklaratorischen Freiheitsverbürgung Hohmann (Fn. 35), § 1 AWG Rz. 6 ff. m.w.N.

⁸³ Dolde, RIW 1992, 517, 522 m.w.N.; Häde, BayVBl 1991, 485, 489 m.w.N.

⁸⁴ Hohmann (Fn. 8), 435 f.; allgemein siehe BVerfGE 27, 326, 343.

⁸⁵ VG Köln, Urteil vom 11.11.1999, Az. 1 K 6937/96, Rz. 32 (juris); verweisend auf *Papier*, in Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 65. EL 2012, Art. 14 Rz. 105, wobei letzterer ausführt: „Ist die öffentlich-rechtliche Rechtsposition des Gewerbetreibenden, die essentiell ist für die (Fort)Führung des Betriebes, in dieser Weise mit einem Widerrufsvorbehalt, einer Fristbestimmung oder der normativen Möglichkeit nachträglicher Anordnungen behaftet und deswegen beschränkt, so ist auch das darauf aufbauende Privateigentum am Gewerbebetrieb in dieser Hinsicht von vornherein labil und im Verhältnis zu seinen verwaltungsrechtlichen Grundlagen akzessorisch.“

⁸⁶ Epping (Fn. 58), 90 f.

⁸⁷ von Bogdandy (Fn. 5), 88; allg. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rz. 19; Epping (Fn. 58), 100 f.

⁸⁸ von Bogdandy (Fn. 5), 88; Hohmann (Fn. 8), 447.

⁸⁹ Diesen Gedanken allgemein formulierend Nettessheim (Fn. 68), Art. 59 Rz. 223.

⁹⁰ Hinsichtlich § 7 I Nr. 2 AWG vgl. etwa Art. 26 GG.

*AWG soll nicht nur dazu dienen, die gemeinsamen Interessen der Bundesrepublik Deutschland mit befreundeten Staaten zu wahren [...], sondern setzt die Bundesrepublik Deutschland in die Lage, auf diese Weise ihre eigenen Interessen im Verkehr mit allen anderen Staaten durchzusetzen“.*⁹¹

Auch wenn die vorgenannten Verfassungsgüter im Vergleich zur Ausfuhrfreiheit durchaus von signifikantem Gewicht sind, darf der abstrakt hohe verfassungsrechtliche Rang der vorgenannten Rechtsgüter nicht dazu führen, dass das Grundrecht der Ausfuhrfreiheit und das darauf fußende einfachgesetzliche Regel-Ausnahme-Verhältnis im AWG aufgrund eines ausufernden Beurteilungsspielraums zu rein rhetorischen Referenzpunkten verkommen und stattdessen ausschließlich „von der Beschränkung her“ gedacht wird.⁹² [29] Dies gilt natürlich unabhängig davon, wie man den Beurteilungsspielraum in § 7 I AWG begründen möchte. Also unabhängig davon, ob man einerseits annehmen möchte, dass im Rahmen der §§ 3 I 1, 7 I AWG eine den Beurteilungsspielraum der Verwaltung rechtfertigende *Prognoseentscheidung*⁹³ über die Entwicklung der internationalen Sicherheitslage oder über die Auswirkungen einer Exportentscheidung auf die diplomatischen Beziehungen der Bundesrepublik Deutsch-

⁹¹ BVerfG, Beschluss vom 25.10.1991, Az. 2 BvR 374/90 = NJW 1992, 2624, 2624; BVerfG, Beschluss vom 17.03.1999, Az. 2 BvR 1565/97 = NJW 1999, 3325, 3325.

⁹² An dieser Stelle sei vergleichend darauf hingewiesen, dass sich etwa die grundrechtliche Situation des Ausführers im Bereich der Kriegswaffen aufgrund von Art. 26 GG deutlich schwächer darstellt als im Anwendungsbe-
reich des AWG. Näher *Pietsch*, in Hohmann/John (Hrsg.), *Ausfuhrrecht*, 2002, Einführung Kriegswaffenkontrollgesetz, 2041 Rz. 20 ff. Ebenso ist die grundrechtliche Situation eines Auskunftersuchenden nach dem IFG, dessen Antrag nach § 3 Nr. 1 a) IFG abgelehnt wird, da das Bekanntwerden der Information nachteilige Auswirkungen auf die internationalen Beziehungen haben kann, deutlich schwächer ausgestaltet. Vgl. allgemein für einen Überblick zur verfassungsrechtlichen Stellung des Auskunftersuchenden *Ziekow/Debus/Musch*, Evaluation des Gesetzes zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes – Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG) im Auftrag des Innenausschusses des Deutschen Bundestages, 2012, S. 49 ff. abrufbar unter http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Analysen_und_Gutachten/Gutachten_IFG.pdf (zuletzt abgerufen am 22.11.2012). Zum Prognosespielraum im Rahmen des § 3 Nr. 1 a) IFG siehe BVerwG, Urteil vom 29. 10. 2009 - 7 C 22/08 = NVwZ 2010, 321. Es besteht kein verfassungsrechtlicher Anspruch gegen den Staat auf voraussetzungslosen Informationszugang oder Schaffung neuer Informationsquellen. Vgl. BVerfGE 119, 309, 319. Derjenige, dem nach der Rechtsordnung ein Bestimmungsrecht über die Zugänglichkeit und die Art der Zugangseröffnung eingeräumt wird, entscheidet vielmehr weitestgehend über den Zugang. Vgl. BVerfGE 103, 44, 60 f.; BVerwG, Beschluss vom 18.7.2011 – 7 B 14/11 = NVwZ 2011, 1072. Ebenso deutlich schwächer ist die grundrechtliche Position eines Einbürgerungswilligen, der sich erfolglos auf seinen Einbürgerungsanspruch nach § 10 I StAG beruft. Vgl. allgemein zur vorgenannten Vorschrift *Hailbronner*, in: ders./Renner/Maaßen (Hrsg.), *Staatsangehörigkeitsrecht*, 5. Aufl. 2010, § 10 Rz. 8 ff. Allenfalls ähnlich stellt sich die Situation im Passwesen dar. Passbeschränkende Maßnahme nach § 7 I Nr. 1 PassG zur Vermeidung von Gefahren für die innere oder äußere Sicherheit oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland greifen jedenfalls in das durch Art. 2 I GG gewährleistete Recht auf Ausreisefreiheit ein. Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 07.12.2004, Az. 1 S 2218/03. Näher zum PassG *Wache*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, 190. EL 2012, Vorbemerkungen zum PassG Rz. 2.; siehe auch *Durner*, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, 65. EL 2012, Art. 11 Rz. 98 ff.

⁹³ Eine Prognoseentscheidung wird angenommen, wenn aufgrund anerkannter Erfahrungssätze von feststellbaren Tatsachen auf den wahrscheinlichen Eintritt oder Nichteintritt eines künftigen Sachverhalts geschlossen werden soll. Vgl. Kopp/Schenke (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 18. Aufl. 2012, § 114 VwGO, Rz. 37, *Wolff* (Fn. 18), § 114 Rz. 317. Allein der Umstand, dass eine Vorschrift von der Verwaltung eine Prognose verlangt, rechtfertigt jedoch noch nicht die Annahme eines Beurteilungsspielraums, wie das Polizeirecht vor Augen führt. Vgl. BVerwGE 106, 351, 357. Vielmehr bedarf es eines zusätzlichen Elements, etwa Prognosefreiräume mit überindividueller politischer Natur, näher *Wolff* (Fn. 18), § 114 Rz. 319, 321 m.w.N.

land zu fällen ist.⁹⁴ Aber auch der andererseits für eine Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte bemühte *Gedanke der eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten eines Gerichts* im Bereich der auswärtigen Beziehungen aufgrund außerrechtlich-politischer Freiräume⁹⁵ muss die grundrechtliche Wertung ausreichend widerspiegeln. Denn der grundgesetzlich garantierten Ausfuhrfreiheit kommt nur soweit eine Substanz zu, wie das Verfahren zu ihrer Durchsetzung selbige besitzt.

Die Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte ist daher vornehmlich durch erhöhte Ansprüche an das Verwaltungsverfahren – insb. hinsichtlich Anhörung, Ermittlung, Aufklärung und Begründung der Entscheidung – auszugleichen⁹⁶, die von Gerichtswegen überwacht werden müssen.

Ob die verwaltungsgerichtliche Praxis dafür Sorge trägt, dass die gesteigerten Anforderungen an das Verfahren durch eine entsprechende gerichtliche Kontrollintensität verwirklicht werden, kann mit Blick auf die Judikatur der letzten Jahre nicht klar beantwortet werden. Problematisch erscheint insofern, dass die von der Behörde angeführten Gründe nur hinreichend deutlich erkennen lassen müssen, aufgrund welcher Umstände sie zu ihrer Einschätzung gekommen ist.⁹⁷ Gerichte haben, wie bereits oben dargestellt⁹⁸, bisher nur zurückhaltend Beweiserhebungen zur *Verifizierung* der von der [30] Behörde vorgetragene und ihrer Gefahreinschätzung nach §§ 3 I 1, 7 I AWG zugrunde gelegten Tatsachen durchgeführt. Will man aber die grundrechtliche Ausgangssituation im Ausfuhrrecht nicht mittels eines weiten Beurteilungsspielraums einebnen, verbietet sich eine Vorwirkung des Beurteilungsspielraums auf die Auswahl und Darstellung des Sachverhalts seitens der Behörde. Vielmehr ist eine uneingeschränkte gerichtliche Kontrolle einer vollständigen und methodengerechten Sachverhaltsermittlung zu fordern. Notfalls sind vorgetragene Tatsachen mittels einer Beweisaufnahme zu verifizieren. Die volle gerichtliche Kontrolle des Sachverhalts muss einhergehen mit strikten Anforderungen an die behördliche Begründungspflicht. Dass die Behörde zur Begründung ihrer Entscheidung regelmäßig auf geheimdienstliche und andere vertrauliche Quellen zurückgreift, darf nicht dazu führen, dass dem Ausführer tragende Gründe der Entscheidung vorenthalten werden und sich die ohnehin bestehende faktische Informationsasymmetrie noch weiter verstärkt. Nur eine möglichst umfassende Substantiierung seitens der Behörde ermöglicht dem Ausführer für ihn günstige Umstände und Beweismittel nachzuschieben. Angesichts der Bedeutung der Begründung für die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit ist mit Blick auf etwaige Geheimhaltungsinteressen eine restriktive Auslegung des § 39 II Nr. 4 VwVfG angezeigt.⁹⁹

⁹⁴ Für eine auf Gleichheitssatz und Willkürverbot eingeschränkte gerichtliche Überprüfung *Zeidler*, in: Schulz (Hrsg.), Außenwirtschaftsrecht, Kommentar 1965/66, § 3 AWG Rz. 10d; ähnlich *Ehrlich* (Fn. 14), § 16 Rz. 16; ablehnend *von Bogdandy* (Fn. 5), 76 f.

⁹⁵ Hierzu speziell im Außenwirtschaftsrecht *von Bogdandy* (Fn. 5), 76 f.; allgemein *Wolff* (Fn. 18), § 114 Rz. 350 m.w.N.

⁹⁶ *Wahl*, NVwZ 1991, 409, 415 ff.; *von Bogdandy* (Fn. 5), 78.

⁹⁷ VG Köln, Urteil vom 11.11.1999, Az. 1 K 6937/96, Rz. 27 (juris).

⁹⁸ Siehe oben B. III. 3.

⁹⁹ *von Bogdandy* (Fn. 5), 70 f.

c) Institut der Selbstbindung der Verwaltung

Neben der Rolle, die Freiheitsrechten in der Bestimmung der gerichtlichen Kontrolldichte von Beurteilungsspielräumen zukommt, darf zudem der allgemeine Gleichheitssatz nicht aus dem Blick geraten¹⁰⁰, wenn man davon ausgeht, dass für dessen Anwendung neben den Freiheitsrechten Raum bleibt.¹⁰¹ Der Gleichheitssatz spielt nach herrschendem Verständnis nicht nur bei behördlichen Ermessensentscheidungen, sondern auch bei der Eröffnung von Beurteilungsspielräumen und deren gerichtlicher Kontrolle eine entscheidende Rolle.¹⁰² Isoliert betrachtet mag die Versagung einer Ausfuhrge-[31]-nehmung den Rahmen des eingeräumten Beurteilungsspielraums durchaus einhalten, jedoch gerade im Vergleich zu anderen Ausführern als „ungerecht“ empfunden werden. Hier folgt aus dem Institut der Selbstbindung der Verwaltung die Fehlerhaftigkeit bzw. Gleichheitssatzwidrigkeit einer Entscheidung, wenn sich eine unterschiedliche Behandlung von zwei vergleichbaren Fällen nicht sachlich begründen lässt.¹⁰³ Die Behörde bindet sich durch die Art und Weise des Ausfüllens ihres Beurteilungsspielraums in parallelen Fällen nach außen gegenüber dem Bürger „selbst“¹⁰⁴ und engt damit die Bandbreite ihres Beurteilungsspielraums ein.¹⁰⁵

Sollte es neben den sehr allgemein gehaltenen „*Politischen Grundsätzen der Bundesregierung für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern*“¹⁰⁶ und den in dem *Gemeinsamen Standpunkt 2008/944/GASP des Rates vom 8. Dezember 2008 betreffend gemeinsame Regeln für die Kontrolle der Ausfuhr von Militärtechnologie und Militärgütern*¹⁰⁷ ent-

¹⁰⁰ Im Bereich des Ausfuhrrechts sind aus jüngerer Zeit wenige (veröffentlichte) Entscheidungen bekannt, in denen Gerichte den Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) thematisierten. Eine Ausnahme bildet etwa die Entscheidung des VG Frankfurt, Urteil vom 17.02.2005, Az. 1 E 7512/03, Rz. 21 (juris), die die Frage der Zulässigkeit der Verweigerung eines sog. „Nullbescheides“ als eine mögliche Verletzung des Gleichheitssatzes behandelte. Zudem wurde die Möglichkeit der Überprüfung der Behördenentscheidung anhand des Gleichheitssatzes im Rahmen der Kontrolle der Ermessensausübung im Anwendungsbereich der Dual-use VO durch das VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 46 (juris) zumindest angesprochen; sie blieb aber mangels entsprechenden Klägervortrags ohne Erfolg.

¹⁰¹ Grundsätzlich kritisch zur Anwendung des Gleichheitssatzes und des Instituts der Selbstbindung der Verwaltung in solchen Fällen *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 2. Aufl. 1991, 118; siehe für eine Darstellung des „klassischen Verständnisses“ und einen Vorschlag einer Fortentwicklung auch *Remmert*, Jura 1994, 728 ff.

¹⁰² *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 65. EL 2012, Art. 3 Rz. 428, 436.

¹⁰³ Allgemein den Gleichheitssatz als Teil des gerichtlichen Prüfprogramms erwähnend aber sich nicht weiter damit auseinandersetzend *Sauer* (Fn. 11), § 3 AWG Rz. 22.

¹⁰⁴ Tatsächlich bindet natürlich der Gleichheitssatz die Behörde. Für eine kritische Sicht auf das herrschende Verständnis des Instituts der Selbstbindung der Verwaltung vgl. Fn. 101.

¹⁰⁵ *Dürig/Scholz* (Fn. 102), Art. 3 Rz. 430 m.w.N. Siehe auch *Wegner/Weith/Ehrlich* (Fn. 36), 226 f.

¹⁰⁶ Politische Grundsätze der Bundesregierung für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern vom 19. Januar 2000, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/A/aussenwirtschaftsrecht-grundsaeetze.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>; siehe auch VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 47 (juris), welches im Rahmen der Ermessensausübung auf der Grundlage des Art. 13 I 1 Dual-use VO ausführt: „Hierbei ist zu beachten, dass die politischen Grundsätze der Bundesregierung als ermessensleitende Verwaltungsrichtlinien einzuordnen sind und den der Bundesregierung eingeräumten Entscheidungsspielraum bzgl. einzelner Exportvorhaben konkretisieren (vgl. Pietsch, in Hohmann/John, Ausfuhrrecht, Teil 5 Anhang 2, Rdnr. 2). Die Richtlinien besitzen keine unmittelbare Außenwirkung. Sie unterliegen daher auch keiner eigenständigen richterlichen Auslegung wie Rechtsnormen. Entscheidend ist lediglich, wie die zuständigen Behörden die Richtlinien im maßgeblichen Zeitpunkt in ständiger Praxis handhaben und in welchem Umfang sie infolgedessen durch den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden sind.“

¹⁰⁷ ABl. L 335 vom 13.12.2008, 99.

haltenen Kriterien noch weitere Verwaltungsvorschriften mit Außenwirkung geben¹⁰⁸, [32] die den in § 7 I AWG gewährten Beurteilungsspielraum näher ausgestalten und damit eine bestimmte Genehmigungspraxis ausformen helfen, so gebieten nicht nur rechtsstaatliche Erwägungen – zuvorderst Rechtssicherheit und Rechtsklarheit – sondern auch Art. 19 IV GG deren *Veröffentlichung*.¹⁰⁹ Nur durch Kenntnis der Verwaltungsvorschriften wird es dem Ausführer möglich, eine bestimmte Verwaltungspraxis vor Gericht darzulegen und gegebenenfalls ein unbegründetes Abweichen hiervon seitens des BAFA oder des BMWi unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten zu rügen.

Sollten neben den bereits oben erwähnten, in ihrer Selbstbindungswirkung äußerst beschränkten Verwaltungsvorschriften keine weiteren existieren, so fragt sich, wie sich der Gleichbehandlungsgrundsatz bei von Beurteilungsspielräumen determinierten Entscheidungen im Ausfuhrrecht praktisch verwirklichen lässt. Die Analyse der jüngeren Rechtsprechung zeigte, dass ein Ausführer bei Klagen, die die behördliche Einschätzung der Genehmigungsfähigkeit rügen – also im Wesentlichen die Frage der Gefahrenprognose betreffend – kaum erfolgreich war. „Isolierte“ Plausibilitätsprüfungen der Gerichte führten regelmäßig zum Ergebnis, dass die behördliche [33] Entscheidung nicht zu beanstanden sei. Eine vergleichende Prüfung der

¹⁰⁸ Beide vorgenannten Dokumente werden von dem BAFA explizit als „*Konkretisierung der Kriterien des § 7 AWG für den Rüstungsbereich*“ benannt. Vgl. Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (Hrsg.), Handbuch der deutschen Exportkontrolle (Haddex), Online-Ausgabe Stand 10/2012, Rz. 400. Zudem führt das BAFA unter Rz. 398 folgende Anhaltspunkte zur Konkretisierung der unbestimmten Tatbestandsmerkmale des § 7 I AWG auf: „*Ob die [in Art. 7 I AWG] genannten Kriterien [- etwa die Sicherheit oder die auswärtigen Beziehungen -] durch die beabsichtigte Lieferung gefährdet oder gar gestört werden, ist von vielen Faktoren abhängig.*“ Beispielhaft werden von dem BAFA genannt: „*Verwendung der Güter: geplante Verwendung der Güter für militärische oder zivile Zwecke, mögliche weitere Verwendungen, Plausibilität der angegebenen Verwendung, Verwendung für aggressiven oder defensiven Rüstungsbereich bzw. Infrastruktur und Logistik, Industriebereich (Kerntechnik, Telekommunikation, Raumfahrt); Endverbleib: Bestimmungsland, Mitgliedschaft des Bestimmungslandes in der EU, NATO, OECD oder Kontrollregimes, Länderliste K, politische Situation im Land und in der Region (Frieden, Sicherheit, Stabilität), Achtung der Menschenrechte, Möglichkeit von Reexporten und Gefahr von Umgehungsausfuhren, Lieferung an Händler oder Endverbraucher, militärischer, staatlicher oder ziviler Empfänger; Ausfuhrart: vorübergehende oder endgültige Ausfuhr, Umfang der Lieferung; Güter: Rohstoff, Vorprodukt, Endprodukt oder Technologie, Erstlieferung oder Ersatzteile, Gebrauchs- oder Verbrauchsmaterialien, upgrading von Waren, weltweite Verfügbarkeit.*“

Daneben erwähnt das Haddex (Fn. 108) ganz allgemein noch sog. *Frühwarnschreiben der Bundesregierung* (Haddex (Fn. 108), Rz. 39), *Runderlasse Außenwirtschaftsrecht* (Haddex (Fn. 108), Rz. 41) und „*andere Bekanntmachungen des BAFA*“ (Haddex (Fn. 108), Rz. 42). Soweit ersichtlich enthalten diese Dokumentationen jedoch keine näheren Ausführungen zu ergangenen Entscheidungen des BAFA, allgemeine Einschätzungen hinsichtlich der von der Behörde unterstellten Gefährdungslagen in bestimmten Exportländern oder erläutern auch nicht näher die Methodik, wie das BAFA zu seinen Einschätzungen hinsichtlich der Sicherheitsgefährdung oder der Gefahr der erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen gelangt.

Anders mag das womöglich hinsichtlich der vom LG Hamburg, Urteil vom 08.06.2011, Az. 618 KLS 2/11, 618 KLS 2/2011, Rz. 101 (juris) angesprochenen sog. *Erlasslage* sein. Hierbei handelt es sich um zwischen dem BAFA, dem Bundeswirtschaftsministerium und dem Auswärtigen Amt abgestimmte Entscheidungskriterien, die allerdings der Öffentlichkeit bisher nicht zugänglich gemacht werden.

¹⁰⁹ Allgemein zur Veröffentlichungspflicht von Verwaltungsvorschriften, die ermessenslenkend sind: *Schmidt-Aßmann* (Fn. 6), Art. 19 IV Rz. 250 ff.; *Kiefer*, LKRZ 2007, 212, 215 m.w.N. Die für die ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften geltenden Überlegungen sind auch auf solche, die den Beurteilungsspielraum ausfüllen, übertragbar. Vgl. *Dürig/Scholz* (Fn 102), Art. 3 Rz. 428, 436; siehe auch *Bonk/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Aufl. 2008, § 1 Rz. 214. Für die Rechtsprechung vgl. BVerwGE 104, 220, 224; 122, 264 Rz. 24 ff. = NVwZ 2005, 602, 604.

behördlichen Entscheidung am Maßstab des Art. 3 I GG spielte soweit ersichtlich keine entscheidende Rolle.¹¹⁰

Dieser Befund überrascht jedoch kaum, trifft der Ausfühler doch im Gegensatz zu rein inländischen Sachverhalten auf erhebliche Hürden, eine gleichheitswidrige Verwaltungspraxis der Behörde substantiiert darzulegen.¹¹¹ Im (sicherlich etwas hinkenden) Vergleich etwa zur Erteilung von Baugenehmigungen, deren Inhalte sich anschaulich in der Außenwelt manifestieren, kann der Ausfühler nur schwer oder gar nicht handgreifliche Folgen einer gleichheitswidrigen, von der behördlichen Praxis abweichenden Entscheidung einer dritten Person gegenüber vergleichend heranziehen, da diese Folgen – bildlich gesprochen – über die ganze Welt verteilt werden.

Hinzu kommt die äußerst geringe Anzahl von Gerichtsverfahren im Bereich des Ausfuhrrechts, was offensichtlich mit der praktischen Bedeutung des Außenhandels für die Bundesrepublik Deutschland kontrastiert.¹¹² Man mag die geringe Konfliktneigung der Ausfühler als Folge der Verwaltungspraxis des BAFA beschreiben, dem es offenbar hervorragend gelingt, Gemeinwohl- und Privatinteressen in Ausgleich zu bringen.¹¹³ Allerdings ist auch zu bedenken, dass es in der Bundesrepublik Deutschland – abgesehen von bestimmten Sonderfällen¹¹⁴ – nur eine Genehmigungsbehörde¹¹⁵ für Ausfuhren nach dem AWG gibt, deren Entscheidungen sich zudem in weiten, nur bedingt gerichtlich überprüfbaren Beurteilungsspielräumen bewegen. Dies kann auf einer Rechtswirklichkeitsebene durchaus Auswirkungen auf die Klagenneigung haben. Aus dem Umstand fehlender weiterer Genehmigungsbehörden folgt auch, dass es zu keinem gerichtlichen Diskurs unter Gerichten und Obergerichten, wie er in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts üblich ist, kommen kann, da regelmäßig die Rechtsauffassung des VG Frankfurt a.M. und (sehr selten) die des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs für die Frage der Rechtmäßigkeit der Ausfuhrentscheidung maßgeblich ist.¹¹⁶ Ebenso mag eine Erklärung für die geringe [34] Anzahl an Gerichtsentscheidungen darin liegen, dass eine außergerichtliche Streitbeilegung den zeitlichen Zwängen des Außenhandelsgeschäfts eher gerecht wird.¹¹⁷ Allerdings wird der Umstand, dass im Geschäftlichen „Zeit gleich Geld“ ist, mehr oder minder auch im Binnenhandel seine Gültigkeit beanspruchen dürfen. Jedenfalls führt die geringe Anzahl an Gerichtsverfahren dazu, dass auch hieraus sich kein einheitliches

¹¹⁰ Siehe oben Fn. 100.

¹¹¹ Das Problem der Darlegungslast veranschaulicht die Entscheidung des VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 46 (juris), allerdings im Bereich der Ermessensausübung bei der Erteilung der Genehmigung nach der Dual-use VO.

¹¹² Zur volkswirtschaftlichen Bedeutung des Außenhandels für die Bundesrepublik Deutschland siehe Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch 2012, 411 ff., abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Publikationen/StatistischesJahrbuch/StatistischesJahrbuch2012.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt: 22.11.2012).

¹¹³ Vgl. oben Fn. 3.

¹¹⁴ Vgl. etwa § 2 II AWG.

¹¹⁵ Das BAFA ist zudem auch Widerspruchsbehörde nach § 73 I 1 Nr. 2 VwGO.

¹¹⁶ Für eine kritische Analyse der Frage, ob die Auslegung des § 34 II Nr. 3 AWG durch die Strafgerichte auf § 7 I Nr. 3 AWG bzw. § 2 II AWG übertragen werden kann siehe *Ricke* (Fn. 4), 170 ff.

¹¹⁷ *Ehrlich* (Fn. 14), § 18 Rz. 1. Größere Unternehmen mögen in bestimmten Fällen noch die Möglichkeit haben, eine Ausfuhrgenehmigung bei den entsprechenden Behörden gleichzeitig in mehreren Mitgliedstaaten der EU zu beantragen.

Bild einer behördlichen Praxis in der Ausfüllung des Beurteilungsspielraums des § 7 I AWG zusammenfügen lässt.¹¹⁸

Insgesamt kann wohl nicht von der Hand gewiesen werden, dass die soeben beschriebenen Tatsächlichkeiten mit Blick auf die Sicherung eines *effektiven* Rechtsschutzes für den Ausführer einen unbefriedigende Befund liefern: das Institut der Selbstbindung der Verwaltung versagt im hier beschriebenen Regelungsbereich des AWG als ein den Behördenspielraum gleichheitsrechtlich strukturierendes und gleichzeitig diesen einhegendes Instrument.

Allerdings kann man sich in diesem Zusammenhang – losgelöst von der subjektiven Rechtsstellung des Ausführers¹¹⁹ – fragen, ob nicht eine gesetzgeberische Regelungs- und Überwachungspflicht¹²⁰ derart besteht, dass entsprechende gesetzliche Maßnahmen ergriffen werden, den Ausführer überhaupt in die Möglichkeit zu versetzen, eine Abweichung von einer bisher gleichförmigen Verwaltungspraxis vor Gericht substantiiert vortragen zu können. In diesem Zusammenhang wäre an eine gesetzliche Fixierung einer datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten genügende und Geheimhaltungsinteressen wahrende Pflicht zur Veröffentlichung von Einzelentscheidungen des BAFA zur Gefahreinschätzung im Rahmen der §§ 3 I 1, 7 I AWG – etwa hinsichtlich Ausfuhrgut, Zielland, Empfänger, tragender sicherheits- oder außenpolitischer Argumente für oder gegen eine Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung¹²¹ – zu denken. Anhand der veröffentlichten [35] Entscheidungen könnte die Substantiierung einer gleichförmigen Verwaltungspraxis vor Gericht gelingen und ggf. ein Gleichheitsverstoß gerügt werden.

Abgesehen vom hohen organisatorischen Aufwand seitens der Behörde stellt sich jedoch die grundsätzliche Frage, ob mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip und Art. 19 IV GG ein gesetzgeberisches Tätigwerden mit dem Ziel der Fixierung einer beschränkten Pflicht zur Veröffentlichung von Verwaltungsentscheidungen überhaupt gefordert werden kann. Zwar ist die Verlautbarung staatlicher Akte mit Außenrechtsrelevanz ein elementares Gebot des Rechtsstaats. Anknüpfend an die unterschiedlichen Steuerungstechniken der Norm und des Einzelaktes bedürfen grundsätzlich nur Normen einer Veröffentlichung gegenüber der Allgemeinheit. Einzelakte sind lediglich individuell bekanntzugeben.¹²² Allerdings kommt auch der Summe der Einzelakte ab dem Zeitpunkt der Verfestigung zu einer gleichförmigen Verwaltungspraxis als Grundlage für das Institut der Selbstbindung der Verwaltung eine Steuerungstechnik zu, die über den Einzelfall hinausreicht. Das Institut soll bei der Ausübung einer behördlichen

¹¹⁸ Aufgrund der geringen Anzahl an Gerichtsentscheidungen fehlt weitestgehend auch ein wichtiger Katalysator für einen öffentlichen Diskurs über die rechtliche Regelung der Ausfuhr.

¹¹⁹ Siehe allg. zu Auskunfts-, Aufklärungs- und Belehrungspflichten seitens der Behörde *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Aufl. 2008, § 25 Rz. 10.

¹²⁰ Ebenso wäre daran zu denken, ob sich nicht die gesetzgeberische Regelungs- und Überwachungspflicht auch auf die „*Ausformung eines sich aus anderen Rechtsnormen ergebenden Auskunftsrechts [auswirkt] und ... ferner für die Ausübung des Ermessens bei der Auskunftserteilung*“ [BVerwG, Urteil vom 20.02.1990, Az. 1 C 42/83, Rz. 11 (juris)] zugunsten des Ausführers zu beachten ist.

¹²¹ Die stark endempfängerbezogene Beurteilung der Ausfuhr erschwert sicherlich die Vergleichbarkeit verschiedener Ausfuhrgenehmigungen, macht sie aber nicht unmöglich.

¹²² Vgl. § 41 I VwVfG, der den Regelfall der Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes betrifft. Jene Vorschrift verbietet es jedoch auch nicht, anderen als den dort genannten Personen den Einzelakt bekanntzugeben. *Stelkens/Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Aufl. 2008, § 41 Rz. 21; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 6), Art. 19 IV Rz. 250; siehe auch *Hirte*, NJW 1986, 1698, 1700 m.w.N.

Einschätzungsprärogative die gleiche Behandlung von sachlich gleich gelagerten Fällen sichern. Eine gerichtliche Überprüfung dieser Praxis anhand des Gleichheitssatzes wird aber nur dann möglich sein, wenn ein irgendwie geartetes Verwaltungshandeln gegenüber Dritten durch den Kläger zumindest substantiiert vorgetragen werden kann. Die Besonderheiten des Außenwirtschaftsrechts – einerseits die enorme Weite des Beurteilungsspielraums im Rahmen des § 7 I AWG sowie andererseits die „geringe Sichtbarkeit der behördlichen Praxis“ in der mit verhältnismäßigen Mitteln wahrnehmbaren Umgebung des Ausführers sowie eine nahezu inexistente Rechtsprechungstätigkeit – können unter Berücksichtigung des Rechtsstaatsprinzips und des Art. 19 IV GG die gesetzliche Fixierung einer begrenzten eigenständigen Veröffentlichungspflicht von anonymisierten behördlichen Entscheidungen seitens der Behörde zumindest denkbar erscheinen lassen. Dass der Verfassungsordnung eine begrenzte Veröffentlichungspflicht von Einzelakten nicht fremd ist, verdeutlicht schon die Pflicht zur Veröffentlichung bestimmter Gerichtsentscheidungen. Sicherlich lassen sich nicht alle diese Pflicht stützenden Gesichtspunkte auf Verwaltungsentscheidungen übertragen, aber der Gedanke einer Kontrolle der stattfindenden Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse ist auch hier zentraler Bestandteil [36] der Argumentation.¹²³ Das Bundesverwaltungsgericht hat zur Veröffentlichungspflicht für Gerichtsentscheidungen ausgeführt: „Der Bürger muss zumal in einer zunehmend komplexen Rechtsordnung zuverlässig in Erfahrung bringen können, welche Rechte er hat und welche Pflichten ihm obliegen; die Möglichkeiten und Aussichten eines Individualrechtsschutzes müssen für ihn annähernd vorhersehbar sein.“¹²⁴ Eine beschränkte gesetzliche Veröffentlichungspflicht der Behörde im Rahmen ihrer Entscheidungspraxis zu § 7 I AWG könnte ebenso – solange es hier insbesondere an hinreichend konkretisierenden Verwaltungsvorschriften und ebenso an einer hinreichenden Anzahl an veröffentlichten Judikaten fehlt – die Vorhersehbarkeit der Möglichkeiten und Aussichten des Individualrechtsschutzes deutlich steigern und den Zerfall einer Norm aufgrund ihrer unbestimmten Tatbestandsmerkmale verhindern. Zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie Persönlichkeitsrechten wären Entscheidungen konsequent zu anonymisieren. Geheimhaltungsinteressen von an der Entscheidung beteiligten Behörden und Ämtern sind hinreichend zu berücksichtigen.¹²⁵ Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass bestimmte, seitens der Behörde in einem Bescheid niedergelegte Tatsachen oder Begründungsstränge zu diplomatischen Verstimmungen führen, jedoch wohnt auch einer pauschalen Ablehnung eines bestimmten Geschäfts eine solche Gefahr inne. Mithin ist ein *pauschaler* Hinweis auf mögliche diplomatische Verstimmungen nicht geeignet, gegen eine beschränkte Veröffentlichungspflicht zu streiten.

IV. Bewertung

Versucht man eine Bewertung der dargestellten, insgesamt bisher freilich eher fragmentarisch gebliebenen Rechtsprechung, so zeigt sich zwar, dass Kläger nur im Ausnahmefall erfolgreich waren, wenn sie die durch die Behörde vorgenommene Beurteilung einer Gefahrensituation für die in § 7 I AWG genannten Rechtsgüter rügten. Allerdings – was wenig tröstlich für ei-

¹²³ BVerwG NJW 1997, 2694, 2695 m.w.N.; dazu Anm. Tiedemann, NVwZ 1997, 1187; siehe auch Hirte (Fn. 122), 1700.

¹²⁴ BVerwG NJW 1997, 2694, 2695.

¹²⁵ Hinsichtlich des Umfangs siehe von Bogdandy (Fn. 5), 71.

nen schlussendlich vor Gericht doch unterliegenden Ausführer sein mag – hat sich die gerichtliche Kontrolldichte des unzweifelhaft im Kontext des § 7 I AWG bestehenden Beurteilungsspielraums im Vergleich zu früheren Entscheidungen aus den Jahren vor 1989 tendenziell erhöht. Während *Kuss* im Jahre 1989 nicht von einer einzigen Entscheidung zu berichten wusste, „in der das Grundrecht auf außenwirtschaftliche Betätigung überhaupt nur erwähnt, geschweige denn das Spannungsverhältnis zur streiterheblichen Beschränkung zu seinen Gunsten gelöst worden wäre“¹²⁶, so werden heute [37] doch die grundrechtlichen Positionen des Ausführers durch die Gerichte zumindest pauschal in Bezug genommen. Ob aus diesem Verweis jedoch im Rahmen der Entscheidung immer die notwendigen Konsequenzen gezogen werden, bleibt fraglich. Gerichte haben bisher nicht ersichtlich die Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte bei Beurteilung der Gefahrensituation für die in § 7 I AWG aufgezählten Rechtsgüter durch erhöhte Anforderungen an das Verwaltungsverfahren auszugleichen versucht. Insofern problematisch erscheint im Rahmen des § 7 I Nr. 3 AWG eine Vorwirkung des gerichtsfesten Beurteilungsspielraums auf die Auswahl und Darstellung des die Genehmigungsversagung tragenden Sachverhalts. Soweit die Behörde überhaupt Tatsachen vorträgt, die die gewonnene Gefahrenprognose plausibel erscheinen lassen, wird regelmäßig dieser Tatsachenvortrag gerichtlich nicht weiter hinterfragt. Die Erschütterung des Behördenvortrags seitens des Klägers – der hierzu substantiiert vortragen muss – begegnet zudem hohen praktischen Hürden und wird zudem durch relativ niedrige Anforderungen an die behördliche Begründungspflicht erschwert, da dem Kläger Anknüpfungspunkte für ein substantiiertes Entgegentreten genommen werden.

Eine Kontrolle der Behördenentscheidungen am Maßstab des Gleichheitssatzes – obwohl durchaus durch die Gerichte thematisiert – scheitert zuvorderst an der mangelnden Existenz oder öffentlichen Kenntnis von Verwaltungsvorschriften, die den Beurteilungsspielraum präzisieren. Hinzu kommt, dass es dem Ausführer kaum gelingen wird, Beispiele anderweitiger Behördenpraxis vor Gericht substantiiert vorzutragen, da diese – bildlich gesprochen – über die ganze Welt verstreut sind. Die hierdurch und aufgrund des Fehlens einer nennenswerten Anzahl an Judikaten stark eingeschränkte Vorhersehbarkeit der Möglichkeiten und Aussichten eines Individualrechtsschutzes könnte durch eine beschränkte, Geheimhaltungsinteressen genügende, gesetzlich fixierte Veröffentlichungspflicht für Einzelentscheidungen der Behörde im Rahmen ihrer Entscheidungspraxis zu § 7 I AWG entgegengewirkt werden.

C. Behördliche Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume im Rahmen des Art. 13 I 1, 12 Dual-use Verordnung

Während die Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung nach §§ 3 I 1, 7 I AWG eine gebundene Entscheidung darstellt, kann im Rahmen des § 3 I 2 AWG eine Genehmigung erteilt werden, wenn dies trotz einer Gefahr für die in § 7 I AWG genannten Rechtsgüter im volkswirtschaft-

¹²⁶ *Kuss* (Fn. 1), 58.

lichen Interesse liegt.¹²⁷ [38] Soweit ersichtlich spielte jedoch diese Ermessensvorschrift in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung bisher keine erhebliche Rolle.¹²⁸

Häufiger war jedoch die Ausübung des behördlichen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums bei der Entscheidung über die Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung im Rahmen des Art. 13 I 1 Dual-use VO¹²⁹ Gegenstand gerichtlicher Erörterung. Nach Art. 13 I 1 Dual-use VO können die Mitgliedstaaten in Übereinstimmung mit der Verordnung die Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung verweigern, oder eine bereits erteilte Genehmigung für ungültig erklären, aussetzen, abändern, zurücknehmen oder widerrufen. Bei der Entscheidung haben die Mitgliedstaaten nach Art. 12 I Dual-use VO u.a. die folgenden sachdienlichen Erwägungen zu berücksichtigen:

- die Verpflichtungen und Bindungen, die jeder Mitgliedstaat als Mitglied der jeweiligen internationalen Nichtverbreitungsregime und Ausfuhrkontrollvereinbarungen oder durch die Ratifizierung einschlägiger internationaler Verträge übernommen hat;
- ihre Verpflichtungen im Rahmen von Sanktionen, die aufgrund eines vom Rat festgelegten Gemeinsamen Standpunkts oder einer vom Rat verabschiedeten Gemeinsamen Aktion oder aufgrund einer Entscheidung der OSZE oder aufgrund einer verbindlichen Resolution des VN-Sicherheitsrats verhängt wurden;
- Überlegungen der nationalen Außen- und Sicherheitspolitik, einschließlich der Aspekte, die vom Gemeinsamen Standpunkt 2008/944/GASP des Rates vom 8. Dezember 2008 betreffend gemeinsame Regeln für die Kontrolle der Ausfuhr von Militärtechnologie und Militärgütern erfasst werden;
- Überlegungen über die beabsichtigte Endverwendung und die Gefahr einer Umlenkung.

Trennt unionsrechtliche Dogmatik auch nicht streng zwischen tatbestandlichem Beurteilungsspielraum und rechtsfolgenseitigem Ermessen¹³⁰, so [39] soll hier gleichwohl der Klarheit der Darstellung halber angelehnt an die deutsche Terminologie von einem Ermessen gesprochen werden¹³¹, räumt doch Art. 13 I 1 Dual-use VO der nationalen Behörde auf Rechtsfolgenseite einen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum ein.

Genauso wie im nationalen Recht ist bei Einräumung eines Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums durch den Unionsgesetzgeber das Spannungsverhältnis zwischen effektivem

¹²⁷ Näher zu den Voraussetzungen der Genehmigungserteilung nach § 3 I 1 AWG *Sauer* (Fn. 11), § 36 AWG Rz. 12 f.; *Ehrlich* (Fn. 14), § 16 Rz. 18 ff.

¹²⁸ Siehe aber VG Frankfurt, Urteil vom 15.05.1997, Az. 1 E 3692/94 (V) = ZfZ 1998, 424 für den Bereich der Erbringung von Dienstleistungen. Die Klägerin konnte nicht darlegen, dass ihr Geschäft eine entsprechende volkswirtschaftliche Bedeutung hatte. Letzteres müsse die gesamtwirtschaftlichen Belange der Preisstabilität, eines hohen Beschäftigungsstandards, außenwirtschaftlichen Gleichgewichts oder eines stetigen und angemessenen Wirtschaftswachstums wesentlich (sic!) berühren. Ebenso wird § 3 I 2 AWG im Sachverhalt erwähnt aber nicht weiter diskutiert in VG Frankfurt, Urteil vom 27.05.2010, Az. 1 K 536/10.F, Rz. 4 (juris).

¹²⁹ Vgl. etwa VG Frankfurt, Urteil vom 05.12.1996, Az. 1 E 3838/93 (3); VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02; VG Frankfurt, Urteil vom 14.05.2009, Az. 1 K 2533/08.F.

¹³⁰ Vgl. *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, 280 ff. m.w.N.

¹³¹ Vgl. für eine solche terminologische Qualifizierung etwa VG Frankfurt, Urteil vom 5.12.1996, Az. 1 E 3838/93 (3) = AW Prax 1997, 201, 202; VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 32 (juris); siehe auch *Wolffgang*, DVBl. 1996, 277, 284; *Weith* (Fn. 6), 128 ff.

Rechtsschutz und behördlichem Letztentscheidungsrecht aufzulösen. Grundsätzlich gilt: Soweit der Ausführender mit einer seine Rechte verletzenden hoheitlichen Maßnahme der Unionsgewalt belastet wird, muss ihm auch nach dem Unionsrecht effektiver Rechtsschutz¹³² gewährt werden (vgl. Art. 19 I UA 1 EUV, Art. 47 GRC). Dies folgt bereits aus dem Rechtsprinzip, auf dem die Union gegründet ist.¹³³ Vollziehen Mitgliedstaaten das Unionsrecht, was der Regelfall ist, so sind sie nicht frei in der Gestaltung des Verwaltungsverfahrens- und Prozessrechts mittels dessen der Einzelne zunächst seinen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz verwirklichen soll.¹³⁴ Vielmehr verlangen das vorgenannte Rechtsprinzip sowie der Effektivitätsgrundsatz, dass unionsrechtliche Anforderungen an nationales Verwaltungsverfahrens- und Prozessrecht gestellt werden.¹³⁵ Die grundsätzlich bestehende Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten wird hierdurch qualifiziert.¹³⁶

Der Gerichtshof hat vielfältige Anforderungen an die nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten und an die *Art und Weise der gerichtlichen Kontrolle* bei der Anwendung des Unionsrechts formuliert.¹³⁷ Für den hier relevanten Fall, dass das Unionsrecht dem Mitgliedstaat bzw. dessen Behörde ein Ermessen einräumt, hat der EuGH entschieden, dass grundsätzlich das mit dem Ermessen verbundene behördliche Letztentscheidungsrecht als Ausdruck unionaler Gewaltenteilung durch die Gerichte zu respektieren sei.¹³⁸ Das hat zur Folge, dass das Gericht seine Entscheidung nicht an die Stelle der Behörde setzen darf, sondern nur die Einhaltung der Ermessensgrenzen – die korrekte Sach-[40]-verhaltsermittlung, offensichtlich fehlerhafte Würdigung der Tatsachen und den Ermessensnichtgebrauch bzw. -missbrauch – überwacht.¹³⁹

Wann das Unionsrecht ein die gerichtliche Kontrolldichte reduzierendes Ermessen einräumt, ist durch Auslegung der entsprechenden Norm zu ermitteln.¹⁴⁰ Bereits in Bezug auf die Rechtslage vor Erlass der Dual-use VO hat der EuGH zu erkennen gegeben, „*dass die zuständigen nationalen Behörden je nach den Umständen über einen gewissen Ermessensspielraum verfügen, wenn sie Maßnahmen treffen, die sie für erforderlich halten, um die öffentliche Sicherheit eines Mitgliedstaats [...] zu gewährleisten.*“¹⁴¹ Auch wenn die gesetzliche Situation, die diesem Judikat zugrunde liegt, nicht vollkommen vergleichbar zu der heutigen ist¹⁴², so ist ihm gleichwohl der Gedanke zu entnehmen, dass auch die Europäischen Gerichte

¹³² EuGH, Rs. 222/84, Slg. 1986, I-1651 Rz. 17 ff. – Johnston.

¹³³ *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, 306, 309 ff.

¹³⁴ Nunmehr auch explizit in Art. 19 I UA 1 S. 2 EUV; siehe auch EuGH, Rs. C-213/89, Slg. 1990, I-2433 – Factortame I; EuGH, Rs. C-13/01, Slg. 2003, I-8679 Rn. 50, 56 – Safalero; siehe auch *Pache* (Fn. 133), 329 ff. m.w.N.; zum Außenwirtschaftsrecht *Ehrlich* (Fn. 14), § 17 Rz. 26 f.

¹³⁵ Näher *Pache* (Fn. 133), 306 ff.

¹³⁶ *Gundel*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 20 Rz. 45.

¹³⁷ Näher *Pache* (Fn. 133), 306 ff.

¹³⁸ Näher *Pache* (Fn. 133), 389 ff. m.w.N.

¹³⁹ Für das Ausfuhrrecht *Ehrlich* (Fn. 14), § 16 Rz. 32.

¹⁴⁰ Bspw. EuG, Rs. T-464/04, Slg. 2006, II-2289 Rz. 327 - Impala; EuG, Rs. T-102/96, Slg. 1999, II-753 Rz. 164 f. - Gencor; EuGH, Rs. C-68/94 u. C-30/95, Slg. 1998, I-1375 Rz. 223 f. – SCPA/EMC; EuGH, Rs. C-12/03 P, Slg. 2005, I-987 Rz. 20 – Tetra Laval. Zur Herleitung von Ermessensspielräumen im Unionsrecht allgemein *Pache* (Fn. 133), 391 ff. m.w.N.

¹⁴¹ EuGH, Rs. C-83/94, Slg. 1995, I-3231 Rz. 35 - Leifer.

¹⁴² Diese Entscheidung erging noch zu VO 2603/69/EWG, dessen Art. 11 lautete: „*Unbeschadet anderer Vorschriften der Gemeinschaft steht diese Verordnung der Einführung oder Anwendung mengenmäßiger Ausfuhrbeschränkungen durch die Mitgliedstaaten nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen*

nicht gewillt sind, „der Entscheidungsfreiheit der nationalen Exportkontrollbehörden Zügel anzulegen“¹⁴³.

Freilich entbindet die unionsrechtliche Einräumung von Entscheidungs- und Gestaltungsspielräumen nicht von der Beachtung (unionaler) verfahrensrechtlicher Garantien. „Zu diesen Garantien gehören insbesondere die Verpflichtung des zuständigen Organs, sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalles zu untersuchen, das Recht des Betroffenen, seinen Standpunkt zu Gehör zu bringen, und das Recht auf eine [41] ausreichende Begründung der Entscheidung.“¹⁴⁴ Nur so kann sichergestellt werden, dass Gerichte in die Lage versetzt werden zu überprüfen, ob die für die Wahrnehmung des eingeräumten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums relevanten sachlichen und rechtlichen Umstände vorgelegen haben. In Tendenz scheint sogar die vom EuGH geforderte Kontrollintensität hinsichtlich der korrekten Ermittlung der Tatsachen und der Einhaltung der Verfahrensvorschriften zuzunehmen, je weiter der Ermessensspielraum der Behörde gefasst ist.¹⁴⁵

Vollzieht die nationale Behörde Unionsrecht, so hat sie zudem bei Ausübung des unionsrechtlich eingeräumten Ermessens die Unionsgrundrechte zu beachten.¹⁴⁶ Der Ausführer kann sich auch im Unionsrecht grds. auf die *Ausfuhrfreiheit*¹⁴⁷ als Ausprägung des Rechts auf freie Berufsausübung¹⁴⁸ (vgl. auch Art. 15 I GRC) berufen.¹⁴⁹ Sekundärrechtlich hat diese Freiheit ihren Niederschlag in Art. 1 der Verordnung 1061/2009 zur Festlegung einer gemeinsamen Ausfuhrregelung gefunden.¹⁵⁰ Auch das *Recht auf Eigentum*¹⁵¹ (vgl. auch Art. 17 GRC) ist

Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind.“ Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine Rechtfertigungsvorschrift für Eingriffe in die europäische Ausfuhrfreiheit aufgrund nationalen Rechts. Die Dual-use VO ermächtigt heute nach deren Art. 13 I zum Eingriff in die europäische Ausfuhrfreiheit aufgrund europäischen Rechts, wobei die Behörden bei der Ermessensabwägung nationale außen- und sicherheitspolitische Belange einstellen können.¹⁴³ Reuter, RIW 1996, 719, 721; im Ergebnis auch einen Ermessensspielraum – allerdings unter Hinweis auf BVerfG, Beschluss vom 25.10.1991, NJW 1992, 2624, dass nicht zur Dual-use VO, sondern zum AWG judizierte – anerkennend VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 32 (juris); VG Frankfurt, Urteil vom 14.5.2009, Az. 1 K 2533/08.F, Rz. 26 (juris).

¹⁴⁴ EuGH, Rs. C-269/90, Slg. 1991, I-5469 Rz. 14 – TU München/Hauptzollamt München-Mitte; EuGH, Rs. C-405/07 P, Slg. 2008, I-8301 Rz. 55 f. – Niederlande/Kommission, beide Entscheidungen allerdings für den Vollzug durch Unionsorgane; für den mitgliedstaatlichen Vollzug vgl. bspw. EuGH, Rs. C-379, 380/08, Slg. 2010, I-2007 Rz. 61 – ERG. Die mitgliedstaatlichen Behörden haben die unionsrechtlichen Grundsätze der Überprüfung eines Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums zu beachten, müssen jedoch nicht über deren Schutzgehalt hinausgehen: vgl. EuGH, Rs. C-120/97, Slg. 1999, I-223 Rz. 34, 36 – Upjohn; siehe auch BVerwGE 131, 41, 46 f.

¹⁴⁵ Pache (Fn. 133), 397 m.w.N.

¹⁴⁶ Grds. zur Beachtung der Unionsgrundrechte im Rahmen des indirekt unmittelbaren Vollzugs von Unionsrecht EuGH, Rs. C-2/92, Slg. 1994, I-955 Rz. 16 – Bostock; EuGH, Rs. C-63/93, Slg. 1996, I-569 Rz. 29 – Duff; siehe auch Ehlers, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 14 Rz. 51; Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2010, Art. 51 Rz. 28.

¹⁴⁷ Bspw. EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Rz. 78 ff. – Deutschland/Rat; näher Ehrlich (Fn. 14), § 17 Rz. 34; siehe auch Tietje (Fn. 6), § 15 Rz. 48; a.A. GA Jacobs, in: EuGH, Rs. C-124/95, Slg. 1997, I-81, Rz. 65 – Centro-COM.

¹⁴⁸ Allgemein zur Berufsfreiheit Ruffert, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 16.3.

¹⁴⁹ Zur Berücksichtigung der Unionsgrundrechte im Rahmen der Genehmigungserteilung allgemein Karpenstein/Hohmann, in: Hohmann/John (Hrsg.), Ausfuhrrecht, 2002, Anhang III zum Dual-use Beschluss Rz. 6; Karpenstein, in: Hohmann/John (Hrsg.), Ausfuhrrecht, 2002, § 9 EG-Dual-Use-VO von 1994 Rz. 15; Ehrlich (Fn. 14), § 16 Rz. 45 ff. Siehe auch Epping (Fn. 58), 567 ff.

¹⁵⁰ Näher Ehrlich (Fn. 14), § 17 Rz. 33 f.

mit Blick auf laufende Vertragsbeziehungen im Unionsrecht allgemein gewährt.¹⁵² Ebenso kennt das Unions-[42]-recht den *Gleichheitssatz*¹⁵³ (vgl. auch Art. 20 GRC).¹⁵⁴ Diese Freiheiten und der Gleichheitssatz sind jedoch nicht uneingeschränkt gewährleistet.¹⁵⁵ Sie sind zur Verfolgung legitimer Ziele verhältnismäßigen Beschränkungen zugänglich bzw. erlauben Differenzierungen. Eine Schranke für o.g. Freiheiten stellt die Dual-use VO dar, die in ihrem Art. 3 für bestimmte Güter eine Genehmigungspflicht vorsieht.¹⁵⁶ Zu berücksichtigen ist ferner, dass im Gegensatz zu § 3 I 1 AWG im Rahmen der Dual-use VO gerade keine gebundene, sondern eine Ermessensentscheidung durch die Behörde getroffen wird, was in Tendenz für eine geringere Akzentuierung des freiheitlichen Gedankens durch den europäischen Gesetzgeber im Rahmen der Dual-use VO spricht. Dies kann jedoch nichts daran ändern, dass aufgrund der grundrechtlichen Verbürgungen eine Beschränkung der Ausfuhr stets rechtfertigungsbedürftig ist, was sich wiederum in der Darlegungs- und Beweislastverteilung niederschlagen muss.¹⁵⁷

An der Pflicht zur Beachtung unionaler verfahrensrechtlicher Garantien und der Grundrechte ändert sich auch dann nichts, wenn man der zutreffenden Auffassung ist, dass für deutsche Behörden, die in Anwendung der Dual-use VO Verwaltungsakte erlassen, in Ermanglung einer spezifischen unionsrechtlichen Regelung grundsätzlich § 40 VwVfG einschließlich der entsprechenden Ermessensfehlerlehre gilt.¹⁵⁸ Zweck der Einräumung von Ermessen und Grenzen dessen Gebrauchs sind nämlich zuvorderst der angewandten europäischen Ermessensnorm und darüber hinaus dem übrigen Unionsrecht zu entnehmen. Soweit § 40 VwVfG, die entsprechende prozessuale Norm des § 114 VwGO oder ganz allgemein die deutsche Ermessensfehlerlehre im Widerspruch zum Unionsrecht steht, werden die entsprechenden nationalen Regeln und Normen verdrängt. Das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte, und die sonstigen rechtsstaatlichen Anforderungen können dann nur insoweit Berücksichtigung finden, als nationales Recht nicht durch Europarecht verdrängt wird.¹⁵⁹ [43]

I. „Überlegungen der nationalen Außen- und Sicherheitspolitik“ i.S.d. Art. 12 I c) Dual-use VO

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 ging das VG Frankfurt näher auf die gerichtliche Kontrolldichte der behördlichen Ermessensausübung bei Genehmigung einer Ausfuhr nach der Dual-use VO ein. Hierzu führte es aus, dass bei der Bewertung bzw. Gewichtung der in

¹⁵¹ Allgemein zur Eigentumsrecht *Calliess*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, §16.4.

¹⁵² Näher *Ehrlich* (Fn. 14), § 17 Rz. 31 f.

¹⁵³ Näher *Huster*, EuR 2010, 325 ff.

¹⁵⁴ Näher *Ehrlich* (Fn. 14), § 17 Rz. 36 f.

¹⁵⁵ Vgl. etwa bspw. EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-5039, Rz. 78 m.w.N. – Deutschland/Rat

¹⁵⁶ Siehe hierzu auch die Ausführungen des VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 23 ff. (juris); zudem stellt die Dual-use VO ein *lex specialis* zur Ausfuhr VO dar, vgl. *Tietje* (Fn. 6), § 15 Rz. 85.

¹⁵⁷ *Tietje* (Fn. 6), § 15 Rz. 51; siehe allgemein zur Beweislast *Karpenstein* (Fn. 149), Art. 9 EG-Dual-use VO 1994 Rn. 21 ff.

¹⁵⁸ *Wolfgang* (Fn. 131), 284; *Karpenstein* (Fn. 149), Art. 9 EG-Dual-use VO 1994, Rn. 20; a.A. *Ehrlich* (Fn. 14), § 16 Rz. 30 ff. m.w.N., der unmittelbar eine unionsrechtliche Ermessensfehlerlehre anwenden möchte.

¹⁵⁹ Vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/ders. (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Aufl. 2008, § 40 Rz. 11 m.w.N.

Art. 12 Dual-use VO¹⁶⁰ genannten ermessenslenkenden außen- und sicherheitspolitischen Erwägungen¹⁶¹ der zuständigen Behörde „*ein Spielraum einzuräumen ist*“.¹⁶² Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist allerdings, dass das ansonsten sehr wohl die europarechtliche Überlagerung des Verfahrens- und Prozessrechts erkennende Gericht zum Beleg seiner Aussage auf das Bundesverfassungsgericht, welches sich zum deutschen AWG, aber nicht zur Dual-use VO äußerte, verwies.¹⁶³

Im Rahmen des Art. 12 I 1 c) Dual-use VO, der es erlaubt, bei der Ermessensausübung Überlegungen der nationalen Außen- und Sicherheitspolitik zu berücksichtigen, wurden durch das Verwaltungsgericht „*alle tatsächlichen oder vermeintlichen Erfordernisse, die die Mitgliedstaaten als in ihrem außen- oder Sicherheitsinteresse gerechtfertigt ansehen*“¹⁶⁴, akzeptiert.

Vergleicht man die durch das Gericht vorgenommene Qualifikation dieser außen- und sicherheitspolitischen Interessen mit jenen im Kontext des § 7 I AWG, so wird deutlich, dass im Rahmen der Dual-use VO die gerichtliche Überprüfung der behördlichen Entscheidung noch großzügiger gerät. Bei § 7 I AWG wird eine *konkrete Gefahr* für *wesentliche* Sicherheitsinteressen [44] oder die Gefahr einer *erheblichen* Störung der auswärtigen Beziehungen verlangt. In der Abwägung im Kontext der Dual-use VO genügen *alle* tatsächlichen oder *vermeintlichen* Erfordernisse der Außen- und Sicherheitspolitik. Die unterschiedliche Qualifikation liegt im Wesentlichen im Vergleich zu § 7 I AWG (noch) weiter gefassten, (noch) unbestimmteren Art. 12 Dual-use VO¹⁶⁵, was aufgrund eines noch größeren Umfangs abwägungsfähiger öffentlicher Interessen unvermeidlich (negative) Folgen für den Rechtsschutz des Ausführers hat. Im Wesentlichen wird „*anstelle eines Schutzgutes ein interner administrativer Vorgang zum Eingriffskriterium gemacht*“¹⁶⁶, was die Frage der hinreichenden Bestimmtheit der Norm vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Rechtsicherheit aufwirft.¹⁶⁷ Der EuGH verlangt von

¹⁶⁰ Die Entscheidung basiert noch auf der Vorgängervorschrift des Art. 8 Dual-use VO 1994.

¹⁶¹ Anders *Karpenstein* (Fn. 149), Art. 9 EG-Dual-use VO Rz. 8, 19, der meint, dass es sich bei Art. 13 I, 12 Dual-use VO um eine Kombination von Beurteilungs- und Ermessensspielraum (im Sinne der deutschrechtlichen Terminologie) handeln würde.

¹⁶² VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 32 (juris).

¹⁶³ VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 32 (juris); An anderer Stelle verweist das Gericht auf den Schlussantrag des GA Darmon in EuGH, Rs. 241/87, Slg. 1990, I-1797 Rz. 66 ff. – *Maclaine Watson*, der sich rechtsvergleichend mit den „*Lösungen [die] die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten im Bereich der richterlichen Kontrolle der auswärtigen Beziehungen bereitstellen*“ (Ibid., Rz. 66), befasste. Allerdings muss hierzu gesagt werden, dass es sich im konkreten Verfahren um ein gemischtes Abkommen der Union und der Mitgliedstaaten handelte, für das die gerichtliche Zuständigkeit des EuGH durch andere Organe in Zweifel gezogen wurde, da der Bereich der auswärtigen Beziehungen „gerichtsfrei“ sei; siehe zur Frage der Anwendung der deutschen oder europarechtlichen Ermessensfehlerlehre auch *Wolfgang* (Fn. 131), 284; *Karpenstein* (Fn. 149), Art. 9 EG-Dual-use VO 1994 Rn. 20; gegen die Anwendung der deutschen Ermessensfehlerlehre *Ehrlich* (Fn. 14), § 16 Rz. 30 ff. m.w.N.; siehe auch *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999, 453, der grds. bei indirekt unmittelbarem Verwaltungsvollzug die europäische Ermessensfehlerlehre anwenden möchte.

¹⁶⁴ Vgl. VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 46 (juris).

¹⁶⁵ Diesen Befund zur Dual-use VO 1994 liefernd *Karpenstein/Hohmann* (Fn. 149), Anhang III zu Dual-use-Beschluss Rz. 8. Interessant ist insofern die Einschätzung des BAFA, dass glaubt, im Rahmen des § 7 I AWG sei derselbe Entscheidungsmaßstab anzuwenden wie bei einer Entscheidung im Kontext der Dual-use VO. Vgl. *Haddex* (Fn. 108), 397.

¹⁶⁶ *Karpenstein/Hohmann* (Fn. 149), Anhang III zum Dual-use-Beschluss Rz. 3.

¹⁶⁷ Ebenso kritisch *Kreuzer*, ZfZ 1997, 148, 150; *Karpenstein/Hohmann* (Fn. 149), Anhang III zum Dual-use-Beschluss, Rz. 3.

einer Eingriffsgrundlage, dass sie „klar und deutlich ist, damit [der Rechtsunterworfenen] seine Rechte und Pflichten eindeutig erkennen kann und somit seine Vorkehrungen treffen kann.“¹⁶⁸

Im konkreten Zusammenhang kommt noch hinzu, dass das VG Frankfurt auch die *Anforderungen an die behördliche Begründungspflicht* reduzieren möchte. Hinsichtlich der Berücksichtigung der Belange des Ausführers wollte es das Gericht genügen lassen, dass die Behörde in ihrem Bescheid *pauschal* erkennen ließ, dass sie die Interessen des Ausführers berücksichtigt habe. Ein ausdrückliches Eingehen auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und mithin eine Begründung des Abwägungsergebnisses wurde der Behörde nicht abverlangt, obwohl der Ausführer – sicherlich nicht überaus detailreich – gesamtwirtschaftliche und individuelle wirtschaftliche Erwägungen vortrug.¹⁶⁹

Erachtet man es für grundsätzlich richtig, dass mit der Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte *erhöhte* Ansprüche an das Verwaltungsverfahren einhergehen¹⁷⁰, da die „*Verfahrensrichtigkeit ... zur notwendigen Voraussetzung der sachlichen Richtigkeit solcher Entscheidungen*“¹⁷¹ wird, so sind die vorstehend dargelegten Erwägungen des VG Frankfurt vor dem Hintergrund des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz (vgl. auch Art. 47 I GRC¹⁷²) nur bedingt befriedigend.

[45] Dem VG Frankfurt ist freilich zuzugestehen, dass nach herrschender Ansicht in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit nur relativ niedrige Anforderungen an die behördliche Begründungspflicht i.S.d. § 39 I VwVfG zu stellen sind und es prinzipiell genügen soll, wenn sich die Ermessensausübung aus den sonstigen Umständen ergibt.¹⁷³ Wie der Ausführer aber vorliegend bei einer bloßen Feststellung, dass seine Belange berücksichtigt worden sind, erkennen soll, ob es „*von Nutzen ist, vor Gericht zu gehen*“¹⁷⁴ bleibt freilich unbeantwortet. Womöglich wäre es hier hilfreich gewesen, die entsprechende Rechtsprechung des EuGH zu konsultieren, die besagt: „*Die Begründung muss den Betroffenen und gegebenenfalls dem Richter die Feststellung der Umstände ermöglichen, aufgrund deren die [Behörde] zu dem Schluss gelangt ist, die erforderlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung seien gegeben, damit die Stichhaltigkeit dieser Erwägungen sowohl in tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht nachgeprüft werden können.*“¹⁷⁵

¹⁶⁸ EuGH, Rs. 169/80, Slg. 1981, 1931, Rz. 17 - Gondrand und Garancini; EuGH, Rs. C-143/93, Slg. 1996, I-431, Rz. 27 - Van Es Douane Agenten.

¹⁶⁹ Vgl. VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 48 (juris).

¹⁷⁰ *Wahl* (Fn. 96), 415 ff.; *von Bogdandy* (Fn. 5), 78.

¹⁷¹ *Hatje* (Fn. 6), 132.

¹⁷² Allg. hierzu *Jarass*, in: ders., Charta der EU Grundrechte, 2010, Art. 47 Rz. 49 m.w.N.

¹⁷³ Siehe *Tiedemann*, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 17. Edition, § 39 Rz. 41 ff m.w.N.; *Stelkens*, in: ders./Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. 2008, § 39 Rz. 28.

¹⁷⁴ EuGH, Rs. 222/86, Slg. 1987, 4097 Rz. 15 – Heylens; EuGH, Rs. C-75/08, Slg. 2009, I-3799, Rz. 59 - Mellor; EuGH, Rs. C-182/10, noch nicht veröffentlicht, Rz. 55 - Solvay.

¹⁷⁵ EuGH, Urteil vom 15. Juli 1960, Verb. Rs. 36, 37, 38-59 und 40-59 - Ruhrkohlenverkaufsgesellschaften, "Präsident", "Geitling", "Mausegatt", und I. Nold KG gegen Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Slg. 1960, 887, 921; allerdings in Bezug auf die damalige Hohe Behörde. Zur Begründungspflicht allgemein Vgl. *Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, 1990.

II. Ordnungsrechtlicher Gefahrenbegriff?

Im Rahmen der Überprüfung der Behördenentscheidung am Maßstab des europarechtlich determinierten § 114 VwGO¹⁷⁶ wendete sich das VG Frankfurt in der bereits bemühten Entscheidung aus dem Jahr 2003 sodann Art. 12 I a) Dual-use VO zu, welcher verlangt, dass im Rahmen der Ermessensentscheidung die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten als Mitglieder internationaler Nichtverbreitungsregime zu berücksichtigen sind. Im konkreten Fall war das Kontrollregime der *Nuclear Suppliers Group* (NSG)¹⁷⁷ herangezogen worden, was ihren Mitgliedern empfiehlt, keine Ausfuhrgenehmigung zu erteilen, wenn ein unakzeptables Risiko der Umlenkung oder Abzweigung von Nukleargütern besteht. Die Beurteilung, *ob* von einer abzuwendenden Gefahr im Kontext eines bestimmten Nichtverbreitungsregimes auszugehen und *in welchem Umfang* diese zu berücksichtigen ist, [46] unterfällt nach Ansicht des Gerichts „als Gefahrenprognoseentscheidung ... dem Bereich des gerichtsfreien Bewertungsspielraums der zuständigen Behörde“.¹⁷⁸ Zur Qualität der Gefahr bzw. des Risikos machte das Gericht jedoch in diesem Zusammenhang keine konkreten Ausführungen.

Etwas deutlicher wird es jedoch im Kontext der Überprüfung der Einlassung des BAFA zu einer möglichen Umlenkungsgefahr im Sinne von Art. 12 I d) Dual-use VO, die es lediglich einer *Willkürkontrolle*¹⁷⁹ unterzog. Der Behörde soll es – zumindest nach den etwas knapp ausfallenden, womöglich verkürzten Ausführungen des Gerichts – erlaubt sein, *aus der bloßen Verwendungsmöglichkeit* des Ausfuhrgutes für nukleare Zwecke *auf die Gelegenheit des Weiterschlebens* des Ausfuhrgutes zu schließen. Letzterer Umstand soll dann als eine der Genehmigung entgegenstehende Ermessenserwägung eingestellt werden können. Diese Überlegung – wollte das Gericht tatsächlich so verstanden werden – würde etwas überraschen, wohnt doch jedem Dual-use Ausfuhrgut gerade auch diese Gelegenheit, also die abstrakte Gefahr einer nicht erwünschten Verwendung, inne. Würde man den durch das Gericht gebilligten Gedanken der Behörde konsequent weiterverfolgen, würde jedes Dual-use Ausfuhrgut bereits mit einer gegen seine Ausfuhr sprechenden Erwägung belastet sein. Nach dem Charakter der Dual-use Verordnung als Ausnahme vom Grundsatz der primär- und sekundärrechtlich verankerten Außenhandelsfreiheit¹⁸⁰ muss der bloßen Möglichkeit der missbräuchlichen Verwendung jedoch noch ein weiteres Element hinzutreten; zumindest ein Mehr als die durch die bloße technische Verwendungsmöglichkeit begründete *abstrakte* Gefahr für die durch die Dual-use VO geschützten Rechtsgüter. Auch der EuGH scheint ein „Mehr“ als nur die in der möglichen schädlichen Verwendung begründete abstrakte Gefahr verlangen zu wollen. In der Rechtssache *Leifer* führte er aus „*Wenn die Ausfuhr der Dual-use-Güter eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit eines Mitgliedstaats mit sich bringt, können diese Maßnahmen vorsehen, dass derjenige, der eine Ausfuhrgenehmigung beantragt, den Beweis für die zivile Nutzung dieser Waren zu erbringen hat und dass die Genehmigung im Hinblick auf die besonde-*

¹⁷⁶ Zu den unionsrechtlichen Einflüssen VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 32 ff. (juris).

¹⁷⁷ Abrufbar unter <http://www.nuclearsuppliersgroup.org/Leng/02-guide.htm>, zuletzt besucht am 17.11.2012.

¹⁷⁸ Vgl. VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 45 (juris).

¹⁷⁹ „...erscheint es auch nicht etwa willkürlich...“ Vgl. VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 45 (juris).

¹⁸⁰ So wohl auch VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 23 f. (juris); VG Frankfurt, Urteil vom 14.5.2009, Az. 1 K 2533/08.F, Rz. 22 f. (juris).

*ren Umstände, unter anderem die politische Lage im Bestimmungsland, auch verweigert werden kann, wenn diese Waren objektiv für eine militärische Verwendung geeignet sind.*¹⁸¹ In einer späteren Entscheidung des VG Frankfurt aus dem Jahr 2009 werden dann auch ausführlich zu der politischen Lage im Ausfuhrland seitens des Gerichts Ausführungen gemacht, die erkennen lassen, dass es sich um eine konkrete Gefahr [47] handeln muss, wobei die zur Verweigerung der Genehmigung der Ausfuhr notwendige Gefahrennähe dem Ermessen der Behörde unterliegt.¹⁸²

Bewertet man die vorstehenden Ausführungen der Gerichte zu Art. 12 I Dual-use VO, so ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass Art. 12 Dual-use VO *allein* hinsichtlich der Problematik der Umlenkung eines Dual-use Gutes explizit von „Gefahr“ spricht. Insbesondere bei den sachdienlichen Erwägungen mit Blick auf die nationale Außen- und Sicherheitspolitik wird lediglich von „Überlegungen“ gesprochen, die eine Übertragung des ordnungsrechtlichen Begriffs der konkreten Gefahr in den Anwendungsbereich der Dual-use VO fraglich erscheinen lässt.¹⁸³ Jedoch gebieten der bereits oben angesprochene Grundsatz der Rechtssicherheit, das Verhältnismäßigkeitsprinzip,¹⁸⁴ aber auch die für den Ausführer streitende Grundrechte eine hinreichende Konturierung des Ermessensspielraums der Eingriffsvorschrift. So ist etwa für Art. 12 I c) Dual-use VO eine konkrete Gefahr für die außen- und sicherheitspolitischen Interessen im Falle der Genehmigung der Ausfuhr zu fordern. Gleiches gilt auch für die anderen Varianten des Art. 12 Dual-use VO. Damit wird ein konkretes Schutzgut anstelle eines administrativen Vorgangs („Überlegungen“) gesetzt.¹⁸⁵

III. „Ermessen“

1. Tatsachenermittlung und -bewertung

In einer Entscheidung des VG Frankfurt aus dem Jahr 2009 wird im Rahmen der Überprüfung der Ermessensbetätigung seitens der Behörde u.a. die Frage der Tatsachenermittlung und -bewertung aufgeworfen. Die der Abwägung zwischen dem Exportinteresse des Ausführers und dem öffentlichen Interesse zugrundeliegenden Tatsachen beruhen auf einer Stellungnahme des Bundesnachrichtendienstes. Während die Ausfuhr gleichartiger Güter bereits zuvor von dem BAFA genehmigt wurde, beruhte die streitgegenständliche Verweigerung der Ausfuhrgenehmigung auf einer geänderten Einschätzung der politischen Situation im Zielland. Hierzu führte das Gericht aus: *„Wenn auch die Grundlage für die geänderte Einschätzung, nämlich die intensivierten Handelsbeziehungen der CN zu Pakistan eher dürftig ist, unterliegt diese geänderte Einschätzung dem Bewertungsspielraum der Beklagten.*¹⁸⁶

¹⁸¹ [Hervorhebung hinzugefügt.] EuGH, Rs. C-83/94, Slg. 1995, I-3231 Rz. 35 - Leifer.

¹⁸² VG Frankfurt, Urteil vom 14.05.2009, Az. 1 K 2533/08.F, Rz. 34 ff. (juris).

¹⁸³ *Karpenstein/Hohmann* (Fn. 149), Anhang III zum EG-Dual-Use-Beschluss von 1994 Rz. 6. Siehe auch *Wegner/Weith/Ehrlich* (Fn. 36), 231 f.

¹⁸⁴ Grds. skeptisch hinsichtlich der Wirksamkeit des den Ermessensspielraum der Behörde beschränkenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes *Karpenstein* (Fn. 149), Art. 9 EG-Dual-use VO 1994 Rz. 17 f.

¹⁸⁵ Im Ergebnis so auch *Weith* (Fn. 6), 118, 244.

¹⁸⁶ VG Frankfurt, Urteil vom 14.5.2009, Az. 1 K 2533/08.F, Rz. 39 (juris).

[48] Damit zieht sich das Gericht bei der Kontrolle der vorgetragenen Tatsachen¹⁸⁷ auf eine *Plausibilitätsprüfung* zurück. An der *Zuverlässigkeit* der Tatsachen – also ob tatsächlich „intensivere Handelsbeziehungen“ zwischen dem Zielland und einem Drittland bestehen – möchte das Gericht nicht zweifeln. Auch wenn das Gericht selbst einräumt, dass die vorgetragenen Tatsachen „eher dürftig“ sind, so verbannt es die Frage nach der *Relevanz* der Tatsachen für die Abwägung der Interessen doch schlussendlich in den Bereich des Bewertungsspielraums der Behörde. Der Rückzug auf eine reine Plausibilitätsprüfung der vorgetragenen Tatsachen mag aus der Perspektive des Ausführers hinsichtlich der Erfolgswahrscheinlichkeit einer Klage, die sich gegen die behördliche Bewertung der *Genehmigungsfähigkeit* einer Ausfuhr richtet, ernüchternd sein. Das gerichtliche Vorgehen erscheint jedoch auch aus einem weiteren Grund bedenklich. Ähnlich wie im Rahmen des europäischen Wettbewerbsrechts und dem dort angewandten sog. „more economic approach“¹⁸⁸ droht sich das Gericht sicherheitspolitischen Analysen, politikwissenschaftlichen Modellen und geheimdienstlichen Lageeinschätzungen auszuliefern. Will es keine Relevanzprüfung der vorgetragenen Tatsachen vornehmen, droht die Garantie des effektiven Rechtsschutzes leerzulaufen.¹⁸⁹

2. „Ermessensausfall“

Ein Urteil des VG Frankfurt aus dem Jahr 1996 gehört zu den eher seltenen Fällen, in denen der Ausfühler mit einer Rüge der behördlichen Beurteilung der *Genehmigungsfähigkeit* der Ausfuhr obsiegte. Die Behörde verkannte, dass ihr im Rahmen der Dual-use VO¹⁹⁰ ein Ermessen seitens des Normgebers eingeräumt wurde. Der Verwaltungsakt wurde daher aufgrund eines Ermessensnichtgebrauchs aufgehoben.¹⁹¹ [49]

3. Die grundrechtliche Position des Ausführers und kompetenzrechtliche Erwägungen

Mit gleichem Urteil wies das VG Frankfurt auch explizit auf die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Ausfuhrfreiheit bei der Entscheidung über die Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung hin.¹⁹² Auch in späteren Entscheidungen finden sich derartige Ermahnungen.¹⁹³ Dass

¹⁸⁷ Zu den Anforderungen des EuGH an die Tatsachenfeststellung und –würdigung siehe *Rausch*, Die Kontrolle der Tatsachenfeststellungen und –würdigungen durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1994, 182.

¹⁸⁸ Hierzu näher *Hatje* (Fn. 6), 134 f.

¹⁸⁹ Im Bereich des Wettbewerbsrechts wurde diese Gefahr bereits erkannt und der EuGH leitete in Teilen eine Korrektur seiner Rechtsprechung ein. Vgl. bspw. EuGH, Rs. C-12/03 P, Slg. 2005, I-987 Rz. 39 – Tetra Laval; Aber siehe auch EuGH, Rs. C-379, 380/08, Slg. 2010, I-2007 Rz. 60 m.w.N.: „Wenn insoweit die zuständige Behörde im Rahmen der ihr mit der Richtlinie übertragenen Aufgabe komplexe Wertungen vornehmen muss, erfasst das Ermessen, über das sie verfügt, in bestimmtem Umfang auch die Feststellung des ihrem Vorgehen zugrunde liegenden Sachverhalts.“ Inwieweit die dahinterstehenden grundsätzlichen Überlegungen auch auf den Bereich der Außenwirtschaftsbeziehungen übertragbar sind oder aus Rechtsschutzerwägungen gar übertragen werden müssen, bedarf weiterer kritischer Erörterung durch deutsche wie europäische Gerichte.

¹⁹⁰ Die Entscheidung wurde noch auf Grundlage der alten VO (EWG) 3381/94 getroffen. Die Einräumung eines Ermessensspielraums erfolgte durch Art. 9 II Dual-use VO 1994, der im wesentlichen Art. 13 I 1 der aktuellen Dual-use VO entspricht.

¹⁹¹ VG Frankfurt, Urteil vom 05.12.1996, Az. 1 E 3838/93 (3) = AW Prax 1997, 201, 202.

¹⁹² VG Frankfurt, Urteil vom 05.12.1996, Az. 1 E 3838/93 (3) = AW Prax 1997, 201, 202.

¹⁹³ VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 23 ff. (juris).

die Ausfuhrfreiheit jedoch in den gerichtlichen Erwägungen eine signifikante Rolle gespielt hätte, kann zumindest den Urteilsgründen selbst nicht entnommen werden.¹⁹⁴

Eine etwas stärkere Rolle in den gerichtlichen Erwägungen spielt der Gleichheitssatz. Im Rahmen des Art. 12 I 1 c) Dual-use VO werden durch das VG Frankfurt als tatsächliche oder vermeintlichen Erfordernisse, die die Mitgliedstaaten als in ihrem außen- oder Sicherheitsinteresse gerechtfertigt ansehen,¹⁹⁵ auch *Die politischen Grundsätze der Bundesregierung für den Export von Kriegswaffen und sonstige Rüstungsgüter*¹⁹⁶ herangezogen. Nach Auffassung des Gerichts sind sie als ermessensleitende Verwaltungsvorschriften einzustufen, deren praktische Anwendung am Gleichheitssatz des Art. 3 I GG zu messen ist.¹⁹⁷ Freilich gelang es dem Ausführer nicht, Umstände substantiiert darzulegen, die auf eine mögliche Ungleichbehandlung hinwiesen. Ob diese Unfähigkeit im konkreten Fall begründet war oder ob die bereits oben¹⁹⁸ im Zusammenhang mit der Diskussion des behördlichen Beurteilungsspielraums angesprochenen, mit der Darlegungslast verbundenen strukturellen Schwierigkeiten hierfür ursächlich sind, kann aus dem Urteil nicht entnommen werden.¹⁹⁹ [50]

IV. Bewertung

Auch im Rahmen der Dual-use VO bestätigt sich zunächst wieder die bereits hinsichtlich des AWG gewonnene Einschätzung, dass Klagen, die sich gegen die von der Behörde verneinte Genehmigungsfähigkeit einer Ausfuhr richten, nur im Ausnahmefall erfolgreich waren. Jedoch scheint sich vorliegend der Fall sogar noch etwas verschärfter darzustellen. Kennzeichnend für die gerichtliche Überprüfung ist hier der im Vergleich zum AWG noch weitere Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum der Behörde in Rahmen der Anwendung der kaum Konturen aufweisenden ermessenslenkenden Kriterien in Art. 12 Dual-use VO.²⁰⁰ Kommt es nicht gerade zu einem vollständigen Ermessensnichtgebrauch durch die Behörde, besteht nur eine geringe Erfolgswahrscheinlichkeit des Ausführers, mit seiner Klage durchzudringen. Aufgrund der *bereichsspezifisch* ausdifferenzierten Ausgestaltung des Umfangs des durch das Unionsrecht gewährten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums und fehlender expliziter Entscheidungen des EuGH im Bereich der Dual-use VO kann schwerlich vorausgesagt werden, ob die durch die Gerichte gewährten sehr weiten Spielräume einer Überprüfung durch den EuGH vor dem Hintergrund der Gewährung effektiven Rechtsschutzes standhalten würden. Vielmehr scheinen sich die Gerichte hier in einem Graubereich zu bewegen, der Schlüsse in beide Richtungen zulässt. Ein verstärkter Rückgriff auf bereits oben im Zusammenhang mit

¹⁹⁴ Vgl. oben C. I.

¹⁹⁵ Vgl. VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 46 (juris).

¹⁹⁶ Politische Grundsätze der Bundesregierung für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern vom 19. Januar 2000, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/A/aussenwirtschaftsrecht-grundsaeetze.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>, zuletzt besucht am 17.11.2012.

¹⁹⁷ Vgl. VG Frankfurt, Urteil vom 08.5.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 47 (juris). Nach hier vertretener Auffassung sind nationale Grundrechte insoweit anwendbar als grds. eine deutsche Ermessensfehlerlehre einschließlich des Gebots der verfassungskonformen Ermessensbetätigung (vgl. BVerfGE 49, 168, 184) Anwendung findet. Nur wenn diese nicht mit unionsrechtlichen Grundsätzen der Ausübung von Beurteilungs- und Entscheidungsspielräumen vereinbar ist, wird sie durch letztere und die Unionsgrundrechte verdrängt.

¹⁹⁸ Vgl. oben B. III. 4. c).

¹⁹⁹ Das Gericht führte aus: „*Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.*“ Vgl. VG Frankfurt, Urteil vom 08.05.2003, Az. 1 E 3273/02, Rz. 47 (juris).

²⁰⁰ Siehe auch *Karpenstein* (Fn. 149), Art. 9 EG-Dual-Use-VO von 1994 Rz. 8.

der Erörterung des AWG angestellten Überlegungen hinsichtlich des Gleichheitssatzes könnte dem Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum der Behörde mehr Kontur verleihen und den Rechtsschutz effektivieren.

D. Abschließende Betrachtung

Eingangs wurde auf das Schattendasein, das der gerichtliche Rechtsschutz im Bereich des deutschen Ausfuhrrechts seit jeher fristete, verwiesen. Es steht zu befürchten, dass sich hieran – zumindest für den Bereich des Ausfuhrrechts – nichts geändert hat und sobald auch nichts ändern wird.

Auch wenn man davon ausgehen möchte, dass die zuständige Behörde besonders sorgfältig und gewissenhaft öffentliche und private Belange abwägt und gerichtliche Auseinandersetzungen den zeitlichen Zwängen des Außenhandels nicht entsprechen, so hat die Analyse der Rechtsprechung der letzten Jahre doch gezeigt: die großzügige Einräumung von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen im Bereich des Ausfuhrrechts und deren gerichtliche Kontrolldichte tragen zum bereits bemühten Bild [51] des Schattendaseins gerichtlichen Rechtsschutzes nicht unwesentlich bei. Die gerichtliche Kontrolle der behördlichen Ausfüllung dieser Spielräume erfolgt außerordentlich zurückhaltend. So wundert es nicht, dass einem Ausführer, der die behördliche Einschätzung der *Genehmigungsfähigkeit* der Ausfuhr rügte, vor Gericht selten Erfolg beschieden war,²⁰¹ denn gerade hier waren den Behörden durch den Gesetzgeber signifikante Beurteilungs- und Ermessensspielräume eingeräumt worden.²⁰²

Will man die Jurisprudenz der letzten zwanzig Jahre in einen größeren zeitlichen Zusammenhang stellen und geht von *Kuss* Befund aus dem Jahr 1989 aus, der damals auf der Grundlage der Rechtsprechung aus drei Dekaden attestierte, dass „*die Gerichte ihrem verfassungsrechtlichen Rechtsschutzauftrag auf dem Gebiet des Außenwirtschaftsrechts bislang nicht in dem gebotenen Umfang nachgekommen sind*“²⁰³, so zeigt sich – zumindest für den hier untersuchten Ausschnitt der Beurteilungs- und Ermessensspielräume im Ausfuhrrecht – heute doch ein differenziertes Bild. Einerseits geraten im Gegensatz zu früheren Zeiten²⁰⁴ heute zwar häufiger die Grundrechtspositionen des Ausführers in den Blick gerichtlicher Erwägungen. Allerdings kann man auch bei diesem durchaus positiven Wandel und bei allem Fragmentarischen, das man der Analyse aufgrund der wenigen Entscheidungen zuschreiben muss, nicht die Augen davor verschließen, dass sich diese Positionen nur in äußersten Ausnahmefällen gegen öffentliche Belange durchsetzen konnten. Eine stärkere argumentative Auseinandersetzung mit den grundrechtlichen Verbürgungen des Ausführers in den Urteilsgründen könnte hier einer Umkehrung des in den Grundrechten und im einfachen Recht angelegten Regel-Ausnahme-Verhältnis entgegenwirken.

²⁰¹ Siehe oben Fn. 5.

²⁰² Der mangelnde Erfolg von Rügen der behördlichen Einschätzung der *Genehmigungsfähigkeit* steht im Gegensatz zur Rüge der behördlichen Entscheidung bezüglich der *Genehmigungsbedürftigkeit* der Ausfuhr. Hier war der Kläger deutlich erfolgreicher.

²⁰³ *Kuss* (Fn. 1), 74.

²⁰⁴ *Kuss* konnte im Jahre 1989 nicht eine einzige Entscheidung entdecken, „*in der das Grundrecht auf außenwirtschaftliche Betätigung überhaupt nur erwähnt, geschweige denn das Spannungsverhältnis zur streiterheblichen Beschränkung zu seinen Gunsten gelöst worden wäre.*“ Vgl. *Kuss* (Fn. 1), 58.

Eine deutsch- als auch EU-verfassungsrechtlich angezeigte stärkere gerichtliche Kontrolle des behördlichen Verfahrens insbesondere hinsichtlich der Begründungspflicht, aber auch mit Blick auf die Vollständigkeit bzw. Auswahl und Richtigkeit der der Entscheidung zugrunde gelegten Tatsachen, würde den Ausführer häufig erst hinreichend ertüchtigen, sein Recht auf effektiven Rechtsschutz wahrzunehmen. Offensichtlich besteht eine Informationsasymmetrie zwischen Behörde und Ausführer, was die in die Gefahrenprognose bzw. in die Abwägung eingestellten außen- und [52] sicherheitspolitischen Erwägungen betrifft, stammen letztere doch häufig aus vertraulichen oder gar geheimdienstlichen Quellen.

Aber auch noch hinsichtlich eines weiteren Umstands bestehen deutliche Informationsdefizite seitens des Ausführers. Die „Berufung“ auf das Institut der Selbstbindung der Verwaltung scheidet regelmäßig, da ihm Erkenntnisse über Entscheidungen der Behörde in parallel gelagerten Fällen fehlen. Zum einen fehlen *detaillierte* Verwaltungsvorschriften.²⁰⁵ Zum anderen manifestiert sich die ausfuhrrechtliche Behördenpraxis, anders als bei der dem Nachbarn erteilten Baugenehmigung, „in allen Teilen der Welt“. Ob sich durch unternehmerische Marktbeobachtung ausreichende Erkenntnisse zur Darlegung einer eventuell uneinheitlichen Behördenpraxis gewinnen lassen, kann bezweifelt werden. Mangels veröffentlichter Verwaltungsvorschriften, die den Beurteilungs- und Ermessensspielräumen nachhaltig eine Kontur geben könnten und einer kaum vorhandenen Judikatur, ist unter dem Gesichtspunkt einer gesetzgeberischen Regelungs- und Überwachungspflicht zur Sicherung eines effektiven Rechtsschutzes in einer *ultima ratio* eine gesetzliche Fixierung einer dem Datenschutz und staatlichen sowie privaten Geheimhaltungsinteressen genügenden behördenseitigen Pflicht zur Veröffentlichung von Einzelentscheidungen anzudenken.

Gelten soeben dargestellte Beobachtungen und Schlussfolgerungen weitgehend sowohl für die gerichtliche Kontrolldichte von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen im Rahmen des AWG als auch der Dual-use VO, so lassen sich zwischen beiden Regelungen auch Unterschiede erkennen, wenn auch nur graduelle. In Tendenz lässt sich formulieren, dass im Rahmen des AWG der behördliche Spielraum enger gefasst ist als im Bereich der Dual-use VO. Letztes liegt darin begründet, dass die einen behördlichen Entscheidungsspielraum gewährenden Vorschrift in der Dual-use VO noch unbestimmter und weiter gefasst ist, als die im AWG. Die Verwaltungsgerichte haben hieraus nicht die Schlussfolgerung gezogen, die Kontrolldichte im Rahmen der Dual-use VO mit Blick auf den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und seine Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm zu intensivieren. Vielmehr geht mit einer gesteigerten Unbestimmtheit der Norm ein wachsender Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum einher. Dies hat wiederum die nämlichen Folgen auf den Umfang des dem Ausführer gewährten Rechtsschutzes.

Nimmt man all dies zusammen, lässt sich nicht der Eindruck vermeiden, dass der in der Einleitung zitierte Befund von *Kuss* auch im Jahre 2013 in einem nicht unerheblichen Umfang noch Geltung beansprucht: Die Verwaltungsgerichte bewegen sich in ihrem fortwährenden Balanceakt zwi-[53]-schen der Sicherung effektiven Rechtsschutzes und der Gewährleistung administrativer Funktionsfähigkeit an der Grenze dessen, was hinsichtlich der gebotenen Ge-

²⁰⁵ Zumindest sind solche nicht veröffentlicht. Vgl. Fn. 108.

währung eines effektiven Rechtsschutzes grundgesetzlich bzw. EU-verfassungsrechtlich gerade noch zulässig erscheint. Gelegentliche Überschreitungen dieser Grenze bleiben hierbei nicht aus.