

## **Einführungsfall 1** (Sachverhalt)

Mitten im heißesten Sommer ändert die Bundesregierung die auf das Außenwirtschaftsgesetz (AWG) gestützte Außenwirtschaftsverordnung (AWV). Von nun an dürfen Maschinen zur Herstellung von Insektenbekämpfungsmitteln in bestimmte Staaten am persischen Golf nur noch mit Ausfuhrgenehmigung geliefert werden. Um zügig zu einer Entscheidung zu gelangen und um eine anstrengende Sitzung im stickigen Sitzungssaal der Bundesregierung zu vermeiden, greift man auf ein Umlaufverfahren nach § 20 II GOBReg zurück, und zwar auf die jahrzehntelanger Staatspraxis entsprechende Variante des Einwendungsausschlußverfahrens: Der Beschlußentwurf des federführenden Ministers wird den übrigen Bundesministern mit dem Hinweis zugeleitet, beim Ausbleiben eines Widerspruchs innerhalb einer bestimmten Frist gelte die Zustimmung als erteilt. Nachdem die Frist abgelaufen ist, ohne daß sich auch nur ein Minister geäußert hat, wird die Beschlußfassung festgestellt.

Die Landesregierung des Landes L trifft ihre Beschlüsse auch bei 37° im Schatten nur in gemeinschaftlicher Sitzung. Sie bezweifelt, daß Umlaufverfahren überhaupt den Anforderungen gerecht werden könnten, die sich aus Art. 80 I GG für das Zustandekommen von Rechtsverordnungen des Kollegialorgans Bundesregierung ergeben. Das Einwendungsausschlußverfahren jedenfalls sei verfassungswidrig, denn hier sei nicht einmal sichergestellt, daß die Mehrzahl der Regierungmitglieder den Beschlußentwurf tatsächlich zur Kenntnis nehme. Bei der Änderung der AWV beständen doch wohl ernsthafte Zweifel an der Teilnahme der Minister am Entscheidungsprozeß, hätten die meisten von ihnen es doch bei der Sommerhitze vorgezogen, wie andere Bürger auch an den Badeseen zu gehen, statt Aktenberge abzuarbeiten.

Die Landesregierung ist der Ansicht, der Bundesregierung müsse eine Lehre erteilt werden. Auf der Suche nach dem geeigneten Mittel erfährt sie, daß sich in der Staatskanzlei Praktikanten aufhalten, die schon die Vorlesungen Staatsrecht I und Staatsrecht II gehört und sogar an einer Arbeitsgemeinschaft im Staatsrecht teilgenommen haben. Von denen möchte sie jetzt wissen, ob und ggf. wie sie gegen die Änderung der AWV erfolgreich vor dem Bundesverfassungsgericht vorgehen kann. Was werden die Praktikanten ihr - richtigerweise - antworten?

§ 20 GOBReg lautet:

"(1) Die Bundesregierung faßt ihre Beschlüsse in der Regel in gemeinschaftlicher Sitzung.

(2) Ist die mündliche Beratung einer Angelegenheit nicht erforderlich, so soll der Staatssekretär des Bundeskanzleramtes die Zustimmung der Mitglieder der Bundesregierung auf schriftlichem Wege einholen (Umlaufsache). ..."

## Einführungsfall 1 (Besprechung)

**THEMA:** Beschlußfassung in der Bundesregierung (Umlaufverfahren); Rechtsverordnung; abstrakte Normenkontrolle.

### LÖSUNGSSKIZZE:

Einleitungssätze: Die Praktikanten werden der Landesregierung möglicherweise antworten, daß sie in einem abstrakten Normenkontrollverfahren nach Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG erfolgreich vor dem BVerfG gegen die Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vorgehen kann. Dann müßte hier ein Antrag der Landesregierung auf abstrakte Normenkontrolle zulässig und begründet sein.

#### A. Zulässigkeit eines Antrags im abstrakten Normenkontrollverfahren<sup>1</sup>

- Vorüberlegung: Zuständigkeit des BVerfG zur Entscheidung über Klagen der abstrakten Normenkontrolle (Rechtsweg zum BVerfG): (+), nach Art. 93 I Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6 BVerfGG (nicht: §§ 76 ff.!)
  - sollte in der Lösungsniederschrift nicht als eigenständiger Prüfungspunkt erwähnt werden
- I. *Der Normenkontrolle unterliegender Prüfungsgegenstand:* (+) ("Bundesrecht")
  - Prüfungsgegenstand ist hier eine Rechtsverordnung, nämlich die ÄnderungsVO zur AWV
    - Die Regierung beschließt den Erlaß einer ÄnderungsVO; mit deren Inkrafttreten wird der Text der geänderten Rechtsverordnung (der AWV) abgeändert.<sup>2</sup>
  - der Begriff "Bundesrecht" steht für alle Rechtsnormen und damit auch für Rechtsverordnungen
- II. *Antragsberechtigung der Landesregierung:* (+)
  - nach Art. 93 I Nr. 2 GG, § 76 BVerfGG
- III. *Antragsgrund ("Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel über die Vereinbarkeit...")*
  - hier: nach § 76 Nr. 1 BVerfGG: die Landesregierung hält die ÄnderungsVO wegen förmlicher Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz (Art. 80 I GG) für nichtig.
- IV. *Klarstellungsinteresse:* (+)
  - auch wenn Landesregierung hier vor allem "eine Lehre erteilen" will: die Regelungen in der AWV sind für die Exportwirtschaft von großer Bedeutung; außerdem ist es bisher umstritten, ob das Einwendungsausschlußverfahren als Verfahren der Beschlußfassung zu Rechtsverordnungen der Bundesregierung verfassungsrechtlich zulässig ist
- V. *Schriftform wäre (!) einzuhalten; Antrag wäre (!) zu begründen (§ 23 I BVerfGG)*
  - muß in Lösungsniederschrift nicht unbedingt erwähnt werden

Ergebnissatz zur Zulässigkeitsprüfung: Ein Antrag der Landesregierung in einem abstrakten Normenkontrollverfahren wäre zulässig.

#### B. Begründetheit eines Antrags im abstrakten Normenkontrollverfahren

- Einleitungssatz zur Begründetheitsprüfung:

Der Antrag im abstrakten Normenkontrollverfahren wäre begründet, wenn die ÄnderungsVO zur AWV förmlich oder sachlich nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist (vgl. den Wortlaut des Art. 93 I Nr. 2 GG).
- Überleitung zur Problemdiskussion:<sup>3</sup>

Anhaltspunkte, die auf eine materielle Verfassungswidrigkeit schließen lassen, sind nicht ersichtlich. Insbesondere verletzt der Erlaß der ÄnderungsVO nicht den Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes, denn die Vorschriften im AWG, die zum Erlaß der AWV ermächtigen, ermächtigen gleichzeitig zu deren Änderung auf dem Verordnungswege. Die ÄnderungsVO könnte aber wegen eines Verfah-

<sup>1</sup> Beachte: die Zulässigkeitsprüfung ist kurz zu halten. Die hier aufgelisteten Prüfungspunkte müssen in der Lösungsniederschrift nicht unbedingt mit eigenen Überschriften versehen werden.

<sup>2</sup> Der Text einer Änderungsverordnung ist dieser Funktion entsprechend abgefaßt (Beispiele: "Hinter § 5 AWV wird ein § 5a mit folgendem Wortlaut eingefügt: ...").

<sup>3</sup> Beachte: Da hier keine ernsthaften Zweifel an der materiellen Verfassungsmäßigkeit und an der Einhaltung von Zuständigkeits- und Formvorschriften bestehen, empfiehlt es sich, in der Lösungsniederschrift in Form einer solchen Überleitung unmittelbar auf das einzige Problem des Falles hinzuweisen.

rensfehlers formell verfassungswidrig sein, nämlich wegen der Anwendung eines Verfahrens der Beschlußfassung, das den Anforderungen des Art. 80 I GG an Rechtsverordnungen der Bundesregierung nicht gerecht wird. Zwar ist das Verfahren der Verordnungsgebung im Grundgesetz nicht im einzelnen geregelt, doch setzt Art. 80 I GG voraus, daß die Verordnung von dem Organ erlassen wird, dem das Parlament gem. Art. 80 I die Rechtsetzungsbefugnis übertragen hat. Das bedeutet nicht nur, daß die Befugnis keinem anderen Organ überlassen werden darf. Verlangt wird vielmehr auch, daß das ermächtigte Organ in einer Weise tätig wird, die es erlaubt, ihm den Verordnungsbeschluß zuzurechnen. Ein Beschluß, der dem nicht entspricht, verstößt gegen Art. 80 I GG.<sup>4</sup>

- **Problemdiskussion:**

Rechtsverordnungen, zu denen der Gesetzgeber die Bundesregierung ermächtigt hat, müssen also auf eine Art und Weise zustande kommen, die es erlaubt, sie der Bundesregierung als Kollegialorgan zuzurechnen. Das bedeutet nicht, daß sie unbedingt in gemeinschaftlicher Sitzung der Regierungsmitglieder beschlossen werden müssen. Es ist grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden, wenn die Zustimmung der Regierungsmitglieder - wie in § 20 II GOBReg vorgesehen - auf schriftlichem Wege in einem sogenannten Umlaufverfahren eingeholt wird, denn auch dabei handelt es sich um ein Beschlußverfahren. Damit sind allerdings an das Umlaufverfahren die gleichen grundsätzlichen Anforderungen zu stellen wie an die Beschlußfassung in der Sitzung. Auch hier kann nur dann von einer *Entscheidung des Kollegialorgans Bundesregierung* gesprochen werden, wenn alle Regierungsmitglieder Gelegenheit zur Mitwirkung an der Entscheidung erhalten haben (*Information*), eine hinreichende Zahl von ihnen tatsächlich an der Beschlußfassung teilgenommen hat (*Quorum*) und eine Mehrheit von diesen der Vorlage zugestimmt hat (*Majorität*).<sup>5</sup>

Von der Teilnahme eines Regierungsmitglieds ist nur dann auszugehen, wenn eine *schriftliche Stellungnahme* vorliegt. Ein Schweigen kann hier auch die Folge einer Nichtbeteiligung sein (etwa weil der Minister tatsächlich am Badeseeweiht... ) und darf nicht mit dem Schweigen in der Sitzung gleichgesetzt werden. Aus diesem Grunde kann beim Ausbleiben eines Widerspruchs nicht einfach eine Zustimmung unterstellt werden. Das Einwendungsausschlußverfahren führt also nicht zu einer Entscheidung, die der Bundesregierung als Kollegialorgan zugerechnet werden könnte.<sup>6</sup> - Etwas anderes ergibt sich im übrigen auch nicht daraus, daß das Einwendungsausschlußverfahren jahrzehntelang praktiziert wurde: Eine langjährige Staatspraxis kann Verstöße gegen die Verfassung nicht legitimieren, denn die Staatspraxis ist Gegenstand und nicht Maßstab der verfassungsrechtlichen Beurteilung.<sup>7</sup>

- **Abschlußsatz zur Problemdiskussion:** Das hier gewählte Einwendungsausschlußverfahren wird den Anforderungen, die sich aus Art. 80 I GG an Rechtsverordnungen der Bundesregierung (als Kollegialorgan) ergeben, nicht gerecht.
- **Ergebnissatz zur Begründetheitsprüfung:** Das Zustandekommen der ÄnderungsVO beruht auf einem Verfahrensfehler und ist daher formell verfassungswidrig. Ein Antrag der Landesregierung in einem abstrakten Normenkontrollverfahren wäre auch begründet.

**Schlußsatz mit Gesamtergebnis:** Die Praktikanten werden der Landesregierung - richtigerweise - antworten, daß sie in einem abstrakten Normenkontrollverfahren nach Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG erfolgreich gegen die Änderung der AWW vorgehen kann.

## **VERTIEFUNGSHINWEIS:**

Zu einem ähnlichen Fall siehe BVerfG 91, 148; zur abstrakten Normenkontrolle siehe *Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl. 2001, Rdnr. 115 ff.

Weitere Informationen zur Veranstaltung finden Sie unter [www.uni-greifswald.de/~lo6/schmitz.htm](http://www.uni-greifswald.de/~lo6/schmitz.htm). Für Fragen, Anregungen und Kritik bin ich dienstags und mittwochs in der Domstraße 20, Raum 309/311, Tel. 86-2151/50, sowie unter Tel. 0551-39.46.37 oder E-mail [tshmit1@gwdg.de](mailto:tshmit1@gwdg.de) erreichbar.

(Datei: Fall 1 (RegSys))

<sup>4</sup> So ausdrücklich BVerfG NJW 1995, 1538 = BVerfGE 91, 148.

<sup>5</sup> BVerfG NJW 1995, 1537 (1538 f.).

<sup>6</sup> BVerfG NJW 1995, 1537 (1538 f.).

<sup>7</sup> BVerfG NJW 1995, 1537 (1539 f.).

## **A. Zulässigkeit eines Antrags im abstrakten Normenkontrollverfahren**

### **I. Der Normenkontrolle unterliegender Prüfungsgegenstand**

### **II. Antragsberechtigung der Landesregierung**

### **III. Antragsgrund**

### **IV. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen**

- Klarstellungsinteresse
- Schriftform, Begründung (§ 23 I BVerfGG)

## **B. Begründetheit eines Antrags im abstr. Normenkontrollverfahren**

### **• Einleitungssatz**

### **• Überleitung zur Problemdiskussion**

- ausnahmsweise nicht: "1) Formelle Verfassungsmäßigkeit  
2) Materielle Verfassungsmäßigkeit"

### **• Problemdiskussion**

- Umlaufverfahren nach § 20 II GOBReg grundsätzlich unbedenklich
- Einwendungsausschlußverfahren unzulässig, weil kein Nachweis der effektiven Beteiligung der Regierungsmitglieder (→ Quorum)

### **• Ergebnissatz**

## **Gesamtergebnis**