

2. Teil: Entstehung und Entwicklung der ERIC-VO

Ziel des zweiten Teiles ist es, der Frage nachzugehen, wie die ERIC-VO vorbereitet wurde und schließlich in Kraft getreten ist. Dazu unter A.

Dabei ist zu klären, ob die gewählte oder eine andere Rechtsgrundlage eine rechtliche Basis für die ERIC-VO bilden kann und welche Folgen sich aufgrund der Wahl einer falschen Rechtsgrundlage ggf. ergeben. Dazu unter B.

Darüberhinaus ist nachzuvollziehen, welche Maßnahme die Kommission im Weiteren – auch mit Blick auf das System der Komitologie – zu ergreifen hatte. Dazu unter C.

A. Entstehungsgeschichte der ERIC-VO

§ 1 Initiative zur Einführung einer neuen Rechtsform

I. ESFRI Workshop und Arbeitsgruppe

Schon in seinen Anfängen hat sich ESFRI⁴⁰⁵ nicht nur um die Auswahl der für Europa notwendigen Forschungsinfrastrukturprojekte bemüht, sondern zudem mithilfe von Workshops bis hin zur Einsetzung von Arbeitsgruppen das Ziel verfolgt, auch die Rahmenbedingungen der Projekte zu verbessern.

Am 23. März und am 14. Dezember 2006 hat ESFRI in Zusammenarbeit mit der Kommission zwei Workshops durchgeführt, die sich jeweils dem Thema „Rechtsformen für Forschungsinfrastrukturen von paneuropäischem Interesse“ gewidmet haben. Schwerpunkt des ersten Workshops bildete eine Analyse der Vor- und Nachteile der vorhandenen nationalen Rechtsformen (GmbH, Verein und Stiftung) sowie der internationalen Abkommen. Der zweite Workshop bezog sich auf eine Analyse der auf europäischer Ebene bestehenden Rechtsformen.

Insgesamt wurden internationale Abkommen aufgrund der Anwendbarkeit übergeordneten Rechts und damit verbundenen Vorrechten als vorteilhaft angesehen. Es wurde aber auch festgestellt, dass der Prozess der Grün-

405 Siehe zu ESFRI bereits oben, I. Teil, C.

dung solcher internationaler Organisationen häufig ein sehr langwieriger ist. Zudem wurde betont, dass viele der neu zu gründenden Forschungsinfrastrukturen „verteilte“ Forschungsinfrastrukturen⁴⁰⁶ seien, die wiederum neue Anforderungen stellen würden.

Im Hinblick auf nationale Rechtsformen wurde die Möglichkeit einer schnellen Gründung, deren Effektivität sowie die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung positiv bewertet, die fehlende Möglichkeit von Steuerbefreiungen jedoch negativ gesehen.

Vor diesem Hintergrund wurde schließlich die Möglichkeit der Schaffung einer neuen Rechtsform auf europäischer Ebene bzw. eine Fortentwicklung einer bereits vorhandenen in den Raum gestellt.

Die Ergebnisse dieser Workshops sind in zwei Berichten⁴⁰⁷ zusammengefasst worden.

Die von ESFRI einberufene Arbeitsgruppe zu der Thematik hat wenig später eine Machbarkeitsstudie⁴⁰⁸ zur Entwicklung einer europäischen Rechtsform für paneuropäische Forschungsinfrastrukturen vorgelegt. Darin wurde das ERIC bereits in vielen Bereichen so skizziert, wie es auch später realisiert worden ist. Abweichende Vorstellungen gab es nur insofern als es von den Mitgliedern der Arbeitsgruppe für möglich gehalten wurde, dass auch private Körperschaften und natürliche Personen Mitglieder eines ERICs werden könnten. Außerdem sollte der Status als paneuropäische Forschungsinfrastruktur auch einer nach nationalem Recht gegründeten Einheit auf Antrag verliehen werden können.

406 Zum Begriff der „verteilten“ Forschungsinfrastruktur vergleiche bereits oben, 1. Teil, B. § 1 III 1. b).

407 *Report of the Workshop on Legal forms of European research infrastructures* (March 2006): ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/esfri/docs/march-2006_en.pdf.
Summary of the Workshop on the most appropriate legal instruments for ERIs (Dec 2006): ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/esfri/docs/conclusions_2nd_legal_workshop_141206.pdf. Vgl. auch <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:2278:FIN:EN:PDF>.
Dort S. 6 und 7.

408 *Report of the Working Group on Feasibility study on the creation of a European legal instrument for Pan-European research infrastructures*, ESFRI FI07_044.

II. Aufgreifen der Thematik durch Kommission und Rat

Die Kommission hat das Thema im Jahre 2007, wie bereits dargelegt⁴⁰⁹ in dem Grünbuch: „Der Europäische Forschungsraum: neue Perspektiven“ aufgegriffen⁴¹⁰ und die Schaffung eines geeigneten Rechtsrahmens für Forschungsinfrastrukturen in einem Konsultationsprozess zur Diskussion gestellt.⁴¹¹ Zusätzlich wurde eine Expertengruppe eingesetzt. Diese hat in Bezug auf das spätere ERIC folgende Kriterien hervorgehoben: Das ERIC solle Rechtspersönlichkeit besitzen, damit es im eigenen Namen tätig werden kann; diese Rechtspersönlichkeit müsse von allen Mitgliedstaaten anerkannt werden; die Haftung des ERIC müsse beschränkt sein; Kooperation mit Industrie und oder Kommission müsse möglich sein; schließlich sollte das ERIC idealerweise über einige der Privilegien und Befreiungen verfügen, die auf nationaler Ebene gemeinnütziger Forschung zugestanden würde.⁴¹² Eine Umsetzung durch Schaffung von neuen internationalen Organisationen wäre zwar denkbar, jedoch sehr zeitaufwändig und mühsam. Daher sei ein neuer „easy-to-use“ Rechtsrahmen im Wege einer EU-Verordnung eine erwägenswerte Alternative. Als Rechtsgrundlage würde sich Art. 171 EGV anbieten. Nach Auffassung der Expertengruppe würde dieser Artikel der Kommission die Möglichkeit geben, gemeinsame Unternehmen zu gründen oder andere Strukturen, die für die Ausübung von Forschung der Union notwendig seien, zu errichten. Dabei wurde sogar die Meinung vertreten, dass Art. 171 EGV der Gemeinschaft die Möglichkeit geben würde, jedes rechtliche und steuerliche Hindernis für Forschungseinrichtungen aus dem Weg zu räumen, um Zusammenarbeit über Grenzen hinweg zu ermöglichen.⁴¹³

Basierend auf den Ergebnissen des Konsultationsprozesses und des Abschlussberichts der von der Kommission eingesetzten Expertengruppe hat

409 Siehe oben, I. Teil, A. § 1 II. 3.

410 FN 96, dort S. 15: „Ein weiteres Hindernis für die Schaffung neuer Formen gesamt-europäischer Infrastrukturen ist das Fehlen eines rechtlichen Rahmens für die Bildung entsprechender Partnerschaften.“

411 FN 96, Frage 12 auf Seite 16: „Sollte ein europäischer Rechtsrahmen erstellt werden, um insbesondere die Schaffung und den Betrieb neuer Formen von Forschungsinfrastrukturen von gesamteuropäischem Interesse, einschließlich elektronischer Infrastrukturen, zu erleichtern.“

412 *Developing World-class Research Infrastructures for the European Research Area (ERA)*, Report of the ERA Expert Group; dort S. 20f. Damit blieb die Expertengruppe an sich hinter der Forderung zurück, dem ERIC eine Mehrwertsteuerbefreiung wie bei internationalen Organisationen zu gewähren.

der Rat als Ergebnis seiner Tagung am 30. Mai 2008 in seinen Schlussfolgerungen⁴¹⁴ vom 3. Juni 2008 Mitgliedstaaten und Kommission aufgefordert, durch effektive *Governance Arrangements* einen rechtlichen Rahmen für europäischen Forschungsinfrastrukturen, ggf. unter Einbeziehung von Fachforen, wie ESFRI zu schaffen.

§ 2 Umsetzung

I. Entscheidung innerhalb des Konsultationsverfahrens

Da als Rechtsgrundlage für die ERIC-VO Art. 171 EGV (nunmehr Art. 187 AEUV) herangezogen worden ist, richtete sich das Verfahren konsequenterweise nach Art. 172 EGV (nunmehr Art. 188 AEUV), der lautet:

Artikel 188 AEUV (ex-Artikel 172 EGV)

Der Rat legt auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses die in Artikel 187 vorgesehenen Bestimmungen fest.

(...)

Danach entscheidet auf Vorschlag der Kommission der Rat. Dem Europäischen Parlament steht hier – anders als im Mitentscheidungsverfahren nach Art. 188 S. 2 AEUV – nur ein Anhörungsrecht zu.⁴¹⁵

Bei dem Verfahren nach Art. 188 S.1 AEUV handelt es sich um ein Konsultationsverfahren, einen Unterfall der besonderen Gesetzgebungsver-

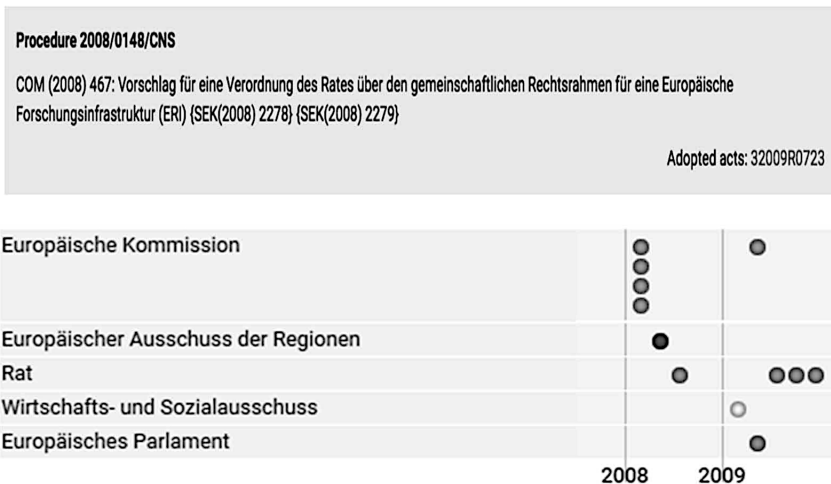
413 Ebenda, dort S.20: „The article also empowers the Community to remove any legal and fiscal obstacles for research institutions to enable collaboration beyond borders.“

414 Schlussfolgerungen des Rates (10231/08), zum Rechtsrahmen s. unter Nr. 12: „CALLS ON Member States and the Commission to establish effective governance arrangements for each of the five ERA initiatives already planned in 2008 (joint programming in research; European researchers' partnership; legal framework for European Research infrastructures; intellectual property management; and a wide opening of the ERA to the world) and others to follow, based on a partnership between the Member States and the Commission built on the principles set out in point (8) above and involving, as appropriate, relevant specialised for a such as European Technology Platforms, ESFRI, ESF, EUROHORCS, and other structures.“

415 *Pilniok*, in: Streinz, Art. 188 AEUV, Rn. 2. In der Literatur wird dies kritisch gesehen. Jedenfalls bei Schaffung „anderer Strukturen“ sei ebenfalls ein ordentliches Gesetzgebungsverfahren geboten, vgl. *Eikenberg*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 188 AEUV, Rn. 3.

fahren im Sinne des Art. 289 Abs. 2 AEUV. Neben dem Europäischen Parlament hat auch der Wirtschafts- und Sozialausschuss ein Anhörungsrecht.⁴¹⁶ Hingegen war die erfolgte Anhörung des Ausschusses der Regionen in Ermangelung einer gesetzlichen Vorgabe nur fakultativ. Der Rat entscheidet nach erfolgten Anhörungen mit qualifizierter Mehrheit, Art. 16 Abs. 3 EUV.

Die nachfolgende Abbildung zeigt den Gang des Verfahrens unter Beteiligung der Kommission, dem Ausschuss der Regionen, dem Rat, dem Wirtschafts- und Sozialausschuss sowie dem Europäischen Parlament in den Jahren 2008 bis 2009:⁴¹⁷



Quelle: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/HIS/?uri=CELEX%3A32009R0723>

II. Erster Entwurf der ERIC-VO

Am 25. Juli 2008 hat die Kommission unter Leitung von *Janez POTOČNIK* einen ersten Entwurf⁴¹⁸ der ERIC-VO zusammen mit einem begleitenden

⁴¹⁶ Eikenberg, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 188 AEUV, Rn. 3.

⁴¹⁷ Der Gang des Verfahrens lässt sich hier nachverfolgen: <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/printfiglobal.pdf?id=566943&l=en>.

⁴¹⁸ KOM (2008) 467 endg., 2008/0148 (CNS): *Proposal for a COUNCIL REGULATION on the Community legal framework for European Research Infrastructure (ERI)*, SEC (2008) 2278; SEC (2008) 2279.

Dokument⁴¹⁹ über eine durchgeführte Folgenabschätzung der vorgeschlagenen Maßnahme vorgelegt. Ergebnis der Folgenabschätzung war, dass von den vier erdachten Handlungsoptionen für die Kommission:

1. *Keine spezielle EU-Maßnahme zugunsten der Projekte,*
2. *Leichte Unterstützung im Sinne von Information,*
3. *Gründung von gemeinsamen Unternehmen nach festgestelltem Bedarf;*
4. *Schaffung eines neuen Rechtsinstrumentariums, speziell auf die Bedürfnisse Europäischer Infrastrukturkonsortien zugeschnitten.*

Option 4 als „die effektivste und effizienteste“ angesehen wurde, um „die strategischen Ziele des Vorschlags zu erreichen.“

Der von der Kommission vorgelegte Entwurf entsprach in weiten Teilen bereits der später verabschiedeten Fassung, enthielt aber auch einige abweichende Regelungen:

So war zunächst vorgesehen, dass der Name für die zu gründenden Konsortien lediglich „ERI“ sein sollte, als Abkürzung für „Europäische Forschungsinfrastruktur (EFI).“

Erheblich anders war auch die steuerrechtliche Regelung gestaltet. So sollte der Forschungsinfrastruktur der Status als internationale Organisation bzw. Einrichtung auf Basis der Mehrwertsteuersystem-Richtlinie (im folgenden MwStRL) – ebenso wie ihre Rechtspersönlichkeit – unmittelbar durch den Gründungsakt seitens der Kommission verliehen werden, ohne dass es hierfür eines nationalen Aktes bedürft hätte.⁴²⁰

Nach den Vorstellungen in diesem Entwurf wäre die Verleihung des Status einer internationalen Einrichtung im Sinne des Steuerrechts an keine weiteren Voraussetzungen als die Gründung gebunden gewesen (was von den Mitgliedstaaten jedoch nicht akzeptiert worden ist⁴²¹):

Die Fassung des Art. 6 Abs. 3 im Entwurfsstadium lautete:

Art. 6 Status of an ERI:

- (3) *The ERI is an international body within the meaning of Article 151(1) (b) of Directive 2006/112/EC, and an international organisation with-*

419 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Accompanying document to the Proposal for a COUNCIL REGULATION on the Community legal framework for a European Research Infrastructure (ERI) *IMPACT ASSESSMENT*, KOM (2008) 467, SEC (2008) 2279; zur Option 4 siehe S. 20f.

420 Zur Ablehnung dieses Vorschlags siehe unten, 2. Teil, A. § 2 IV.

421 Dazu nachfolgend unter 2. Teil, A. § 2 IV.

in the meaning of the second indent of Article 23(1) of Directive 92/12/EEC and of Article 15, point (c), of Directive 2004/18/EC.

Anmerkung:

Eine entsprechende Regelung findet sich jedoch bei den gemeinsamen Unternehmen:

F4E:

(4) Das gemeinsame Unternehmen gilt als internationale Einrichtung im Sinne von Artikel 151 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung 2006/112/EG und als internationale Einrichtung im Sinne von Artikel 23 Absatz 1 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 92/12/EWG, Artikel 22 Buchstabe c der Richtlinie 2004/17/EG und Artikel 15 Buchstabe c der Richtlinie 2004/18/EG.

Galileo:

Erwägungsgrund 12:„(...) Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte festgelegt werden, dass diese juristische Person, die keine wirtschaftlichen Ziele verfolgt und mit der Verwaltung eines öffentlichen Forschungsprogramms von europäischem Interesse betraut ist, als internationale Einrichtung im Sinne des Artikels 15 Absatz 10 zweiter Gedankenstrich der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern sowie des Artikels 23 Absatz 1 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 92/12/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 über das allgemeine System, den Besitz, die Beförderung und die Kontrolle verbrauchsteuerpflichtiger Waren zu betrachten ist.“

Der Entwurf wurde dem Rat und dem Europäischen Parlament durch die Kommission am 29. Juli 2008 übermittelt. Der Rat hat am 5. Sept. 2008 die Weiterleitung an den Ausschuss der Regionen und den Wirtschafts- und Sozialausschuss veranlasst.

III. Anhörungen

1. Anhörung des Ausschusses der Regionen

Am 26./27. Nov. 2008 hat sich zunächst der Ausschuss der Regionen in seiner Vollversammlung mit der Thematik *ERI* befasst und seine Stellungnahme zum Vorschlag der Kommission am 31. März 2009 vorgelegt:⁴²²

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Ausschuss die geplante Einführung eines gemeinschaftlichen Rechtsrahmens für gesamteuropäische Forschungsinfrastrukturen zum Wohle der Unterstützung ihrer Leistungsfähigkeit und Exzellenz begrüßt (vgl. 8.). Positiv bewertet er auch die geplanten Steuer- und Vergabeerleichterungen für die ERICs (vgl. 21.). Um die Bedeutung der Regionen hervorzuheben, schlägt er sogar vor, dass diese neben Mitgliedstaaten eine selbständige Rolle als Mitglieder von ERICs einnehmen sollten (vgl. 9.). Desweiteren regt er an, dass die Mitglieder mindestens aus drei unterschiedlichen Mitgliedstaaten kommen sollten (vgl. 10.). Zur Finanzierung der ERIC begrüßt er die Möglichkeit der Finanzierung durch das jeweilige Forschungsrahmenprogramm und durch Strukturfondsmittel. Ergänzend schlägt er eine Finanzierung durch private wie öffentliche Geldgeber in den Mitgliedstaaten vor (vgl. 11.). Er erkennt an, dass eine Rechtsform wie das ERIC bislang in der europäischen Forschungslandschaft fehlt (vgl. 14.), möchte aber gleichzeitig die bereits vorhandene Rechtsfigur des EVTZ⁴²³ in Erinnerung rufen: die ERI sollten zum Zwecke von Synergien auf den EVTZ abgestimmt werden; der EVTZ sei zudem neben der ERI ein weiteres Rechtsinstrument, um Forschungsinfrastrukturen einzurichten (vgl. 15./16.). Schließlich mahnt er an, dass es zukünftig zu einer besseren Verteilung der Forschungsinfrastrukturen in Europa kommen muss (17.).

Bewertung:

Die Empfehlung, dass mindestens drei Mitgliedstaaten erforderlich sein sollen, um ein ERIC zu gründen, wurde umgesetzt.⁴²⁴

Von juristischer Tragweite wäre wohl sonst nur der Vorschlag gewesen, dass neben Staaten und völkerrechtsfähigen internationalen Organisationen auch regionale und lokale Gebietskörperschaften Mitglieder eines ERICs werden können sollten. Dies hätte das ERIC dem EVTZ⁴²⁵ ähnlicher gemacht, der aber andererseits über keine Vorrechte verfügt, wie sie internationalen Organisationen eingeräumt werden.

Im Übrigen sieht der Ausschuss der Regionen die ERICs offenbar hauptsächlich aus europäischer und weniger aus der Sicht der Mitgliedsta-

422 Stellungnahme des Ausschusses der Regionen „Gemeinschaftlicher Rechtsrahmen für eine Europäische Forschungsinfrastruktur (ERI)“ und „Gemeinsame Planung der Forschungsprogramme“, ABl. C 76/6 vom 31.03.2009.

423 Zur Rechtsfigur des EVTZ und dessen Behandlung in dieser Arbeit siehe Überblick in FN 380.

424 Zur späteren Änderung gerade dieser Vorschrift siehe unten, 2. Teil, C. § 1.

425 Siehe zu den Mitgliedern des EVTZ oben, 1. Teil, D. § 3 I. 2.

ten/Sitzländer: Die ERICs werden durch die Kommission gegründet, in der Hauptsache durch europäische Gelder finanziert und sollten demzufolge auch in ausgewogener Weise, über Europa verteilt, errichtet werden. Solange es allerdings, wie bereits behandelt, die Mitgliedstaaten sind, die die ERICs maßgeblich finanzieren, entscheiden sie auch über deren jeweiligen Sitz.⁴²⁶

2. Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses

Am 14. Jan. 2009 hat sich der Wirtschafts- und Sozialausschuss mit dem Vorschlag der Kommission befasst. Die Stellungnahme wurde am 4. Aug. 2009 veröffentlicht.⁴²⁷

Darin äußert der Ausschuss die Meinung, dass das neue Rechtsinstrument sich günstig auf die Entscheidung zum Bau von neuen, gesamteuropäischen Forschungsinfrastrukturen auswirken und somit zur Erreichung des EFR und weiterer politischer Ziele (5.1, 5.3) sowie zur Verwirklichung des ESFRI Fahrplans beitragen wird (5.2).

Des Weiteren mahnt der Ausschuss insbesondere an, dass langfristig auch kleinere Länder an den Forschungsinfrastrukturen teilnehmen können müssen (5.4), hierfür allen Forschenden Zugang zu den Infrastrukturen gewährt werden soll (5.4), für die notwendige Mobilität der Mitarbeiter/innen Sorge zu tragen ist (5.4), die Zusammenarbeit mit der Industrie zu fördern und eine Erhöhung der Beiträge der Mitgliedstaaten und privater Investoren zugunsten der Forschung angestrebt werden muss (5.5, 5.6) sowie stärkere Synergien zwischen dem Forschungsrahmenprogramm und Strukturfonds erreicht werden müssen (5.9, 5.10).

In seinen „Besonderen Bemerkungen“ äußert sich der Ausschuss zudem positiv mit Blick auf die geplanten Steuerbefreiungen, da dem ERICs so ein Wettbewerbsvorteil gewährt werden würde (6.1). Schließlich empfahl er mit Blick auf die hohen Betriebskosten von Forschungsinfrastrukturen Möglichkeiten der Kofinanzierung durch die Union zu prüfen (6.2), ähnlich wie dies auch bei anderer Art von Infrastrukturen möglich sei (6.3) sowie ggf. Nutzungsgebühren zu erheben (6.3.1.) bei prinzipiell jedoch freiem Zugang

426 Nur ein ERIC hat bislang seinen Sitz in Osteuropa: ELI-ERIC, vgl. FN 24.

427 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Verordnung des Rates über den gemeinschaftlichen Rechtsrahmen für eine Europäische Forschungsinfrastruktur (ERI)“ KOM (2008) 467 endg. – 2008/0148 (CNS) (2009/C 182/08), vom 4. August 2009, ABl. C 182/40.

zu den Infrastrukturen (6.4) und unter Beachtung des geistigen Eigentums (6.5).

Bewertung:

Aus der Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses lässt sich einerseits dessen positive Grundhaltung gegenüber der geplanten Verordnung ablesen, andererseits die Sorge um die Finanzierbarkeit der ERICs. Aus diesem Grunde mahnt er u.a. auch die stärkere Nutzung durch Strukturfonds und die Prüfung der Möglichkeiten einer Kofinanzierung durch die Union an.

Auch der Wirtschafts- und Sozialausschuss möchte ausgleichende Maßnahmen, die es auch kleineren Ländern ermöglichen teilzunehmen. Ebenso sollen alle Forschenden Zugang erhalten. Die Realisierung der letzteren Forderungen erweist sich als schwierig, wenn es im Wesentlichen die Mitgliedstaaten sind, die die Finanzierung der ERICs tragen.

3. Anhörung des Europäischen Parlaments

Nach Vorbefassung durch den Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie fand am 18. Febr. 2009 eine Lesung⁴²⁸ zum Entwurf der ERIC-VO statt. Die Berichterstatterin hob in ihren einführenden Worten⁴²⁹ die Bedeutung der ERIC-VO zur Stärkung des EFR und der Wettbewerbsfähigkeit der Union hervor, betonte aber zugleich, dass das Parlament bei dieser Art von Initiative eine viel wichtigere Rolle hätte spielen sollen. Aufgrund der Eile der Maßnahmen und des Nichtvorhandenseins einer besser geeigneten Rechtsgrundlage würde der gegenwärtige Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) jedoch die Verwendung des Art. 171 EGV rechtfertigen. Dies würde aber umso mehr zeigen, dass ein neuer Vertrag so schnell wie möglich gebraucht würde.⁴³⁰ Die übrigen Abgeordneten schlossen sich dieser positiven Grundhaltung überwiegend an, betonten

428 <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20090218&secondRef=ITEM-024&language=EN&ring=A6-2009-0007>.

429 „Teresa Riera Madurell: (...) On this point I would like to say once again that in an initiative of this calibre, Parliament should have played a much more decisive role. However, the urgency of these measures and the absence of a better legal basis in the current Treaty sufficiently justify the use of Article 171, which does not take away from the fact that this is one more reason to proclaim the need to have a new Treaty as soon as possible. (...)“.

430 Zur Diskussion um die Rechtsgrundlage siehe unten, 2. Teil, B.

aber auch die offenen Fragen der Finanzierbarkeit und begrüßten daher Pläne der Nutzung von Strukturfondsmitteln und die Steuerbefreiung.

Am Tag darauf wurde der Vorschlag – wenn auch mit 58 Änderungsvorschlägen – insgesamt durch das Europäische Parlament gebilligt.⁴³¹ In den nur insgesamt fünf mündlichen Stimmerklärungen⁴³² gab eine Abgeordnete an, sie habe sich enthalten, da davon auszugehen sei, dass nicht alle Länder davon profitieren würden⁴³³; ein zweiter gab an, gegen den Entwurf gestimmt zu haben, da die Kontrolle über die Steuern weiterhin bei den Mitgliedstaaten liegen müsse.⁴³⁴

Anders als im Entwurf der Kommission vorgesehen und später auch beschlossen, hätte das Parlament u.a. folgendes gerne geregelt gesehen:

Die ausdrückliche Miteinbeziehung bereits vorhandener Forschungsinfrastrukturen zum Zwecke der Verbesserung (*Upgrade*) dieser (Änderungsvorschlag 1); die Verdeutlichung der Möglichkeit, dass die EU Mitglied von ERICs werden kann, unter Geltung der Haushaltsordnung der EU (Änderungsvorschläge 7, 46, 47, 55, 56); die Betonung der gewünschten Synergieeffekte mit Strukturfonds (Änderungsvorschläge 7, 8 und 20), eine regelmäßige Information über den Stand der ERICs im EFR und deren Bewertungen durch die Kommission an das Europäische Parlament (Änderungsvorschlag 15); zudem eine Übermittlung der Jahresberichte der ERICs durch die Kommission an das Europäische Parlament sowie Berichte über sonstige relevante Vorkommnisse (z.B. mögliche Rechtsverstöße seitens eines ERICs). Schließlich mahnte es strengere Gründungs Voraussetzungen

431 *Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 19. Februar 2009 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates über den gemeinschaftlichen Rechtsrahmen für eine Europäische Forschungsinfrastruktur (ERI) (KOM (2008) 0467 – C6-0306/2008 – 2008/0148(CNS)) (2010/C 76 E/19), A6-0007/2009; ABL. C 202 E /21 vom 27. August 2009.*

432 <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20090219+ITEM-010+DOC+XML+V0//DE>; Bericht: Riera Madurell (A6-0007/2009).

433 Ebenda: „Allerdings sind wir nicht damit einverstanden, dass die Einführung großangelegter Infrastrukturen nur in bestimmten Bereichen die Schaffung weiterer Gelegenheiten zur Erreichung hervorragender Forschungsergebnisse ermöglichen soll, was bedeutet, dass bestimmte Länder die Hauptbegünstigten dieses Prozesses sein werden. Wir wollen, dass jeder davon profitieren kann, selbst diejenigen, die keine Exzellenzzentren errichten können, um die Demokratisierung der Forschung in den vielfältigsten Bereichen zu gewährleisten. Deshalb haben wir beschlossen, uns zu enthalten.“

434 FN 431: „Die Kontrolle über die Besteuerungsgrundlagen ist eine fundamentale Angelegenheit der einzelnen Mitgliedstaaten. Daher habe ich gegen den Vorschlag der Kommission und den Bericht gestimmt.“

durch Vorlage einer Folgenabschätzung durch das ERIC (Änderungsvorschlag 29) sowie die Bereitstellung des für die Einrichtung und den Betrieb erforderlichen Personals und der Geldmittel durch die Mitglieder an (Änderungsvorschlag 30), sowie die Erbringung eines Nachweises über die sozioökonomischen Auswirkungen und über den Beitrag zu den Konvergenzziele der EU (Änderungsvorschlag 34) und Regelungen zu Patenten/geistigem Eigentum (Änderungsvorschläge 22, 53).

Bewertung:

Ähnlich wie in der Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses klingt auch beim Europäischen Parlament die Sorge um die Finanzierbarkeit der ERICs an. Als eine Methode der Stabilisierung hätte es das Europäische Parlament gerne gesehen, wenn die Möglichkeit einer Mitgliedschaft der EU – wie bei den gemeinsamen Unternehmen – auch bei den ERICs ausdrücklich vorgesehen worden wäre. Das Interesse des Europäischen Parlaments an ERICs zeigt sich auch insofern, als dass es regelmäßig über den Stand der ERICs informiert werden möchte. Die gewählte Rechtsgrundlage wurde vom Parlament als verfehlt angesehen, jedoch – mangels Alternative – im Ergebnis akzeptiert.

4. Weitere Entwicklung:

Die Kommission wurde vom Europäischen Parlament ersucht, den Entwurf unter Hinweis auf Art. 250 Abs. 2 EGV (nunmehr Art. 293 Abs. 2 AEUV) im noch laufenden Verfahren entsprechend abzuändern.

Diesem Ersuchen ist die Kommission nur bei einigen wenigen Änderungsvorschlägen nachgekommen: Angenommen wurde lediglich der Vorschlag des Europäischen Parlaments, innerhalb des Begutachtungsverfahrens durch die Kommission die Meinung unabhängiger Sachverständiger einzubeziehen, die sich auf dem Gebiet des jeweiligen ERICs auskennen (Änderungsvorschlag 37; nunmehr Art. 5 Abs. 2 ERIC VO).

Da dem Europäischen Parlament gemäß Art. 172 S. 1 EGV (nunmehr Art. 188 S. 1 AEUV) nur ein Recht auf Anhörung zusteht, nicht aber auf Mitentscheidung, war der Rat formal dazu berechtigt, sich im Ergebnis über die Änderungsvorschläge des Parlaments hinwegzusetzen.⁴³⁵

435 Siehe dazu bereits oben, 2. Teil, A. § 2 I.

IV. Verfahren im Rat

In der Sitzung des Rates vom 25. und 26. Sept. 2008 hat die Kommission zunächst den ursprünglichen Vorschlag zur ERIC-VO vorgestellt.⁴³⁶

Insgesamt viermal hat sich der Rat danach mit dem Thema ERIC-VO befasst. Bereits in der Sitzung vom 1./2. Dez. 2008 wurde die Problematik der Steuerbefreiung gesehen.⁴³⁷ Zudem sollte aus Sicht der Mitgliedstaaten sichergestellt werden, dass sie über ESFRI in die Einschätzung der wissenschaftlichen Exzellenz eingebunden sein sollten.

In der Sitzung vom 5./6. März 2009 haben mehrere Mitgliedstaaten, auch die Bundesrepublik Deutschland, insbesondere mit Blick auf die steuerrechtliche Regelung, Prüfvorbehalt eingelegt.⁴³⁸ Daraufhin hat der Rat beschlossen, den Beratenden Ausschuss für die Mehrwertsteuer (nachfolgend: MwSt.-Ausschuss)⁴³⁹ um eine Stellungnahme zu der von der Kommission vorgesehenen Steuerbefreiung kraft Verordnung zu bitten. Der MwSt.-Ausschuss hat dazu Leitlinien⁴⁴⁰ vorgelegt, in denen er folgenden Standpunkt äußert:

„To benefit from the exemption provided for in Articles 143 (g) and 151 (1)(b) of the VAT Directive, the ERI will need to be recognised as an international body by the host Member State.“

Dadurch hat sich der Ausschuss klar dafür ausgesprochen, dass die Entscheidung über die Anerkennung als internationale Organisation im Sinne des Steuerrechts formal nicht durch die Kommission vorgenommen werden darf, sondern vielmehr durch das spätere Sitzland erfolgen muss.⁴⁴¹

436 Mitteilung an die Presse, 2891 Tagung des Rates, 12959/1/08 REV 1.

437 Rat für Wettbewerbsfähigkeit, 1. und 2. Dezember 2008, 16580/08; dort Punkt 13.

438 Rat für Wettbewerbsfähigkeit, (17557/08), dort S. 10 Punkt 10, https://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/fc/105068.pdf.

Dazu auch unten, 2. Teil, A. § 2 V.

439 Zum weiteren Tätigwerden des MwSt.-Ausschusses siehe unten, 4. Teil, A. § 5 IV. 2. a).

440 Leitlinie des Mehrwertsteuerausschusses der Europäischen Kommission vom 22.04.2009, TAXUD/2423/09-615.

http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/vat/key_documents/vat_committee/guidelines-vat-committee-meetings_en.pdf. Zur rechtlichen Unverbindlichkeit der Leitlinien des MwSt.-Ausschusses: *Kokott*, § 1 Rn. 37, S. 13.

441 Anders wird dies allerdings bei den gemeinsamen Unternehmen selbst gehandhabt, vgl. z.B. Art. 1 Abs. 4 der Verordnung in FN 391: „4. The Joint Undertaking shall be

Auf diesen Leitlinien aufbauend wurde von der tschechischen Ratspräsidentschaft am 30. April 2009 ein Kompromissvorschlag⁴⁴² vorgelegt, der die Entscheidung über die Anerkennung formal bei den Mitgliedstaaten belässt. Diesem Vorschlag hat die Bundesrepublik Deutschland am 29. Mai 2009 während der Tagung des Rates zugestimmt⁴⁴³ und dadurch den Weg frei gemacht für die Verabschiedung der ERIC-VO.⁴⁴⁴

„The Council reached political agreement on a draft regulation on the legal framework for a European Research Infrastructure Consortium (ERIC), resolving the main outstanding issues of the tax provisions for the future ERICs.“⁴⁴⁵

Am 25. Juni 2009 wurde die ERIC-VO als Verordnung (EG) 723/ 2009⁴⁴⁶ durch den Rat angenommen.⁴⁴⁷ Sie wurde am 08. Aug. 2009 im Amtsblatt der Union veröffentlicht und ist gemäß Art. 21 ERIC-VO am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung, mithin am 28. Aug. 2009 in Kraft getreten.

considered as an international body (...)“ – Siehe dazu bereits oben, 2. Teil, A. § 2 II.
– Zur Thematik der Steuerbefreiung siehe unten, 4. Teil, A.

442 9951/09 RECH 155, Punkt 9.

443 Dazu im Einzelnen nachfolgend unter 2. Teil, A. § 2 V.

444 10396/09 Punkt 9: „Portugal und Spanien haben angekündigt, bei der Abstimmung gegen den Kompromiss zu stimmen. Die Niederlande gaben eine klarstellende Erklärung ab, wonach durch die Erklärung des Gastmitgliedstaates im Sinne des Art. 5 Abs. 1 d) ERIC-VO demonstriert werden müsse, dass dem ERIC die Mehrwertsteuerbefreiung, wie vom MwSt-Ausschuss bestätigt, eingeräumt werden wird.“

445 http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/intm/108158.pdf;

S. 19. Um Überschneidungen zu sonstigen europäischen Infrastrukturen, die sich eine andere Rechtsform geben, zu vermeiden, wurde der Name „ERI“ (= Europäische Forschungsinfrastruktur), was als Begriff sehr weit erschien, schließlich zu „ERIC“ abgeändert. *Moskovko, Astvaldsson/ Hallonsten*, S. 256, vermuten hinter der Ergänzung des „C“ für „Consortium“ zudem die Absicht der Kommission klarzustellen, dass die finanzielle Verantwortung bei den Mitgliedern des Konsortiums liegt, nicht aber bei der EU.

446 Siehe FN 1.

447 Die primärrechtliche Verankerung des EFR, zu dessen Zielen die ERIC-VO beitragen soll, erfolgte hingegen erst einige Monate später im Dezember 2009. Zu diesem Problem bereits oben, 1. Teil, A. § 1 II. 4., 1. Teil, A. § 3 IV.

V. Deutsche Beteiligung

Wie bereits oben beschrieben⁴⁴⁸, hat auch die Bundesrepublik Deutschland dem überarbeiteten Entwurf zur ERIC-VO schließlich zugestimmt. Dem vorausgegangen war das erforderliche nationale Verfahren:

Zunächst wurde der Kommissionsentwurf über die Bundesregierung/BMBF gemäß § 2 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBLG) am 1. August 2008 an den Bundesrat übermittelt.⁴⁴⁹ Am 22. Sept. 2008 erfolgte die Überweisung an den Bundestag gemäß § 93 Geschäftsordnung Bundestag.⁴⁵⁰ Der Bundesrat hat am 7. Nov. 2008 gemäß §§ 3 und 5 EUZBLG eine Stellungnahme beschlossen, derzufolge er „den beabsichtigten Regelungen zu den Steuerbefreiungen von Europäischen Forschungsinfrastrukturen (ERI) im Verordnungsvorschlag (Ergänzung AO: wonach die Kommission autonom den Status als Internationale Einrichtung im Sinne des Steuerrechts hätte feststellen können sollen) aus formalen und inhaltlichen Gründen kritisch gegenüber“ -stand sowie die Auffassung vertrat, „dass die beabsichtigte Verordnung formal keine ausreichende Rechtsgrundlage für eine Umsatzsteuerbefreiung von ERI bilden“ könne. Folglich „lehnt(e) (er) eine pauschale Befreiung von der Umsatzsteuer sowie von weiteren Steuern auch aus Wettbewerbs- und Gleichheitsgründen ab.“⁴⁵¹ Am 30. Jan. 2009 wurde im Bundestag beschlossen, im Falle der ERIC-VO, wie beantragt, zu verfahren.⁴⁵² Infolgedessen kam es zu dem oben⁴⁵³ bereits erwähnten Prüfvorbehalt gegenüber der zunächst vorgesehenen steuerrechtlichen Regelung. Im Ringen um einen politischen Kompromiss hat die Bundesrepublik Deutschland dem Kompromissvorschlag schließlich im Mai 2009 zugestimmt.⁴⁵⁴

VI. Bewertung

Zutreffend ist, dass die Steuerhoheit formal bei den Mitgliedstaaten liegt. Allerdings können unter den Voraussetzungen des Art. 113 AEUV Harmo-

448 Siehe oben, 2. Teil, A. § 2 IV.

449 01.08.2008 – BR-Drucksache 539/08.

450 22.09.2008 – BT-Drucksache 16/10286, Nr. A.

451 <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2008/0539-08B.pdf>.

452 <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP16/153/15343.html>.

453 Siehe oben, 2. Teil, A § 2 IV.

454 Siehe oben, 2. Teil, A § 2 IV.

nierungsmaßnahmen ergriffen werden. Ausdruck dieser Harmonisierung ist die MwStRL, auf deren Basis internationalen Einrichtungen bzw. Organisationen Steuerbefreiungen eingeräumt werden können. Dem Wortlaut der Regelungen nach liegt die Entscheidung darüber bei den Mitgliedstaaten. Jedoch wurde in Bezug auf die gemeinsamen Unternehmen insofern eine Fiktion vorgenommen, derzufolge das gemeinsame Unternehmen ab Inkrafttreten der Entscheidung als internationale Organisation im Sinne dieser Vorschriften gilt, ohne dass es einer Handlung durch das Sitzland bedarf. Dies hat bislang zu keinen Beanstandungen geführt. Das Einschreiten der Mitgliedstaaten im Falle der ERIC-VO zeigt bereits, dass es sich bei Art. 187 AEUV um keine geeignete Rechtsgrundlage für die ERIC-VO handelt. Anders als bei den gemeinsamen Unternehmen, soll die finanzielle Hauptverantwortung bei den Mitgliedstaaten liegen, was je nach Art und Umfang der Forschungsinfrastruktur erheblichere Auswirkungen auf die nationalen Steuerhaushalte haben kann. Insofern ist die Fiktion des Vorliegens einer internationalen Organisation, wie sie der Art. 187 AEUV für gemeinsame Unternehmen ermöglicht, für ERICs, nicht ohne weiteres selbstverständlich und wurde daher von den Mitgliedstaaten beanstandet. Allerdings ist die nunmehr gefundene Kompromisslösung, wonach die Entscheidung der Anerkennung als internationale Organisation formal bei dem Sitzland bleibt, diesem faktisch aber keinen echten Entscheidungsspielraum läßt, im Ergebnis nicht überzeugend und Konsequenz der falschen Rechtsgrundlage.⁴⁵⁵

Ebenso sollte die Kommission nicht autonom über die Exzellenz von Projekten entscheiden dürfen, sondern soll unabhängige Experten einbinden. Soweit es sich um ESFRI Projekte handelt, kann davon ausgegangen werden, dass die Feststellung im Wege des ESFRI *Roadmap* Prozesses⁴⁵⁶ erfolgt ist. Da die ERIC-VO aber auch Projekten außerhalb des *ESFRI Roadmap* Prozesses offensteht, müssen/dürfen die unabhängigen Experten

455 Vgl. Art. 5 Abs. 1 d) ERIC-VO: „eine Erklärung des Gastmitgliedstaats, der zufolge das ERIC ab dem Zeitpunkt seiner Gründung als internationale Einrichtung im Sinne von Artikel 143 Buchstabe g und Artikel 151 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 2006/112/EG und als internationale Organisation im Sinne von Artikel 23 Absatz 1 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 92/12/EWG anerkannt wird.“ Zu der Umsetzung dieser Regelungen siehe unten, 4. Teil, A. § 2. – Zur Problematik der falschen Rechtsgrundlage nachfolgend unter 2. Teil, B. – Zur anderslautenden Regelung bei Gemeinsamen Unternehmen siehe oben, 2. Teil, A. § 2 II.

456 Dazu 1. Teil, B. § 2; 1. Teil, C. § 2 IV. 5. a).

nicht zwingend ESFRI Delegierte sein (so nun auch in der Umsetzung: Art. 5 Abs. 2 ERIC-VO).

Insgesamt hat sich der Rat sehr stark auf die Steuerproblematik sowie die Einbindung ESFRIs in den Gründungsprozess fokussiert. Dabei hat er sich zugleich über Bedenken und entsprechende Vorschläge des Europäischen Parlaments und der Ausschüsse hinweggesetzt, die mit Blick auf die bessere Finanzierbarkeit der ERICs die Möglichkeit einer Beteiligung der Kommission an den ERICs als sinnvoll angesehen haben.

Das Übergehen dieser Bedenken war möglich, weil das Europäische Parlament auf Basis der gewählten Rechtsgrundlage des Art. 171 EGV nur angehört werden musste, nicht aber mitentscheiden konnte. Die Frage, ob das Europäische Parlament nicht auf Basis einer passenderen Rechtsgrundlage hätte mitentscheiden müssen, wurde somit gar nicht aufgeworfen.⁴⁵⁷

Abschließend sei auch nochmals angemerkt, dass es aus rechtlicher Sicht zu beanstanden ist, dass die ERIC-VO, die der Verwirklichung des EFR dienen soll, verabschiedet worden ist, ohne dass der EFR selbst bereits primärrechtlich verankert war.⁴⁵⁸ Daran zeigt sich zum einen die für den Bereich der „wissenschaftspolitischen Europäisierung“⁴⁵⁹ typischen Kompetenzproblematik⁴⁶⁰ der Union, zum anderen aber auch die enorme Eile und der politische Druck, der beim Zustandekommen der ERIC-VO herrschte. Dies sollte aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit nicht der Normalfall werden, sondern Mitgliedstaaten und Union zu animieren, adäquate Rechtsgrundlagen zu verabschieden und nur auf deren Basis zu agieren.

B. Rechtsgrundlage der ERIC-VO

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob die gewählte Rechtsgrundlage dazu geeignet war, auf diese die ERIC-VO zu stützen.

457 Zur Rechtsgrundlage siehe nachfolgend, 2. Teil, B.

458 Dazu bereits oben, 1. Teil, A. § 1 II. 2. d) und FN 100.

459 Zum Begriff oben, Einleitung und FN 38.

460 Dazu oben, 1. Teil, A. § 4 V.

§ 1 Reichweite der gewählten Rechtsgrundlage Art. 171 EGV (Art. 187 AEUV)

Als Rechtsgrundlage für die ERIC-VO wurde, wie bereits erwähnt⁴⁶¹, Art. 171 EGV (nunmehr Art. 187 AEUV) herangezogen. Dieser lautet:

Art. 171 EGV

„Die Union kann gemeinsame Unternehmen gründen oder andere Strukturen schaffen, die für die ordnungsgemäße Durchführung der Programme für Forschung, technologische Entwicklung und Demonstration der Union erforderlich sind.“

Voraussetzung dieser Rechtsgrundlage ist demnach zum einen, dass es sich bei der ERIC-VO um ein „gemeinsames Unternehmen“ oder eine „andere Struktur“ handelt, zum anderen muss die ERIC-VO zur Durchführung von Programmen für Forschung, technologische Entwicklung und Demonstration der Union erforderlich sein.

I. Strukturen

Eine Definition, was unter „gemeinsamen Unternehmen“ oder „anderen Strukturen“ zu verstehen ist, ist im AEUV nicht vorhanden, woraus *Trute/Pilniok*⁴⁶² zunächst folgern, dass hier eine „Generalklausel“ geschaffen worden ist, „die erhebliche Gestaltungsspielräume eröffnet.“ Die Formulierung „oder andere Strukturen“ könnte darauf hindeuten, dass das „Unternehmen“ als ein Unterfall des Begriffs „Strukturen“ zu verstehen ist.

1. Gemeinsame Unternehmen

Insofern ist zu untersuchen, was unter einem *Unternehmen* und nachfolgend was unter einem *gemeinsamen Unternehmen* zu verstehen ist; ferner ist darauf einzugehen, ob dieser Begriff bereits in einem anderen Unionsbereich verwendet worden ist und schließlich, ob unter den Begriff auch ein bloßer Rechtsrahmen, wie ihn die ERIC-VO darstellt, subsumiert werden kann.

461 Dazu oben, 2. Teil, A. § 1 II. und § 2 I.

462 *Pilniok*, in: Streinz, Art. 187 AEUV, Rn. 2.

a) Unternehmensbegriff

Auch eine Legaldefinition für den Begriff des *Unternehmens* findet sich im AEUV nicht.⁴⁶³ Von Relevanz ist der Begriff insbesondere im europäischen Kartellrecht (Art. 101 AEUV) oder bei den Vorgaben zu *öffentlichen* und speziellen weiteren *Unternehmen* gemäß Art. 106 AEUV, steht also im Kontext des europäischen Wettbewerbsrechts. In der Rechtsprechung wird ein einheitlicher, funktionaler Unternehmensbegriff zugrunde gelegt.⁴⁶⁴ Danach ist unter einem Unternehmen „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“⁴⁶⁵ zu verstehen. Der Unternehmensbegriff setzt sich demnach aus der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ und der „ausübenden Einheit“ zusammen. Dabei ist die „wirtschaftliche Tätigkeit“ sehr weit zu verstehen und umfasst „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.“⁴⁶⁶ Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es insofern nicht an.⁴⁶⁷ Auch das Anbieten eines Zugangs zur Nutzung von Forschungsinfrastrukturen kommt mithin prinzipiell als wirtschaftliche Tätigkeit in Form einer Dienstleistung in Betracht. Der relevante Markt ist die *scientific community* bzw. potenziell auch Nutzer aus der Industrie. Hinsichtlich des Merkmals der „Einheit“ wird zunächst betont, dass an das Maß der organisatorischen Verselbständigung“ keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind.⁴⁶⁸ Eine eigene Rechtspersönlichkeit und eine Ausgliederung sollen insofern entbehrlich sein. Ein Unternehmen kann schließlich auch aus mehreren juristischen Personen bestehen sowie als öffentliches Unternehmen zu qualifizieren sein.⁴⁶⁹ Im Falle der ERIC-VO sollen – basierend auf dieser – eine Vielzahl neuer Einheiten in Form von juristischen Personen gegründet werden. Schließlich muss es sich bei den Einheiten um „ausübende“ handeln. Hieran fehlt es in Bezug auf die ERIC-VO. Diese stellt lediglich die Grundlage für erst zu

463 Kühling, in: Streinz: Art. 106 AEUV, Rn. 6. Anders der EAGV, dazu sogleich unter 2. Teil, B. § 1 I. 1. c).

464 Khan/ Suh, in: Geiger/Khan/ Kotzur, Art. 101 AEUV, Rn. 9. Für den Forschungsbereich insb. mit Blick auf die Wettbewerbsfähigkeit bestätigend: Eikenberg, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 187 AEUV, Rn. 12.

465 EuGH, Slg. 1991, 1979 = NJW 1991, S. 2891, Rn. 21 – Höfner und Elser; EuGH C-205/03 P, Slg. 2006, I-6295 Rn. 25 – FENIN.

466 Wouters; EuGH C-222/04, Slg. 2006, I-289 Rn. 108 – Sparkasse Florenz.

467 Khan/ Suh, in: Geiger/Khan/Kotzur, Art. 101 AEUV, Rn. 9.

468 Kühling, in: Streinz: Art. 106 AEUV, Rn. 14.

469 Weiß, in: Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 25.

einem späteren Zeitpunkt möglicherweise zu gründende Einheiten dar. Die ERIC-VO selbst ist damit keine „ausübende Einheit.“ Es fehlt hier mithin schon an einem Unternehmen.

b) Gemeinsames Unternehmen

Weiterhin sieht Art. 187 AEUV vor, dass es sich um ein *gemeinsames* Unternehmen handeln muss. Auch an diesem Merkmal können in Bezug auf die ERIC-VO Zweifel bestehen.

Wie zuvor bei dem Begriff Unternehmen ist auch in Bezug auf das Merkmal „gemeinsam“ festzustellen, dass der AEUV hierzu keine Definition enthält. Festzuhalten ist aber, dass bei allen, bislang auf der Grundlage des Art. 187 AEUV gegründeten gemeinsamen Unternehmen die Union selbst, *gemeinsam* mit den Mitgliedstaaten Mitglied dieses Unternehmens wird, wie bereits an den Beispielen *Galileo*, *F4E*⁴⁷⁰ oder den Gemeinsamen Forschungsstellen⁴⁷¹ und Technologieinitiativen ersichtlich ist.⁴⁷² Hingegen soll dies bei der ERIC-VO in der Regel gerade nicht der Fall sein, wie in Erwägungsgrund (6) auch ausdrücklich klargestellt wird:

Erwägungsgrund (6)

Anders als eine gemeinsame Technologieinitiative (GTI), die als gemeinsames Unternehmen gegründet wird, bei dem die Gemeinschaft Mitglied ist und zu dem sie Finanzbeiträge leistet, sollte ein Konsortium für eine europäische Forschungsinfrastruktur (nachstehend „ERIC“ genannt) nicht als Gemeinschaftseinrichtung im Sinne von Artikel 185 der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates vom 25. Juni 2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften (im Folgenden als „Haushaltsordnung“ bezeichnet) konzipiert werden, sondern als juristische Person, bei der die Gemeinschaft nicht notwendigerweise Mitglied ist und zu der sie keine Beiträge im Sinne von Artikel 108 Absatz 2 Buchstabe f der Haushaltsordnung leistet.

Es fehlt mithin auch am Merkmal der Gemeinsamkeit in Bezug auf die ERIC-VO.

470 Dazu oben, I. Teil, D. § 3 II. 1. und 2.

471 Kotzur, in: Geiger/ Khan/ Kotzur, Art. 187 AEUV, Rn. 1.

472 Dazu im Überblick Godt, Dausen/ Ludwigs, N., Rn. 73.

c) Anlehnung an den EAGV

Dieses Ergebnis könnte zudem durch einen Vergleich zu den Regelungen im EAGV bestätigt werden.

Der EAGV enthielt bereits lange vor dem AEUV Regelungen zu „gemeinsamen Unternehmen“ in den Art. 46 ff. EAGV. Der Begriff stand ursprünglich im Kontext zu Unternehmen, die für die Entwicklung der Kernindustrie als relevant angesehen wurden.⁴⁷³ Art. 196 b) EAGV enthält zudem eine Legaldefinition des Begriffs „Unternehmen.“

Artikel 196

Im Sinne dieses Vertrags bedeutet, soweit nichts anderes darin bestimmt ist, (...)

- b) „Unternehmen“: *jedes Unternehmen oder jede Einrichtung, die ihre Tätigkeit ganz oder teilweise in den Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet ausübt, das in dem entsprechenden Kapitel dieses Vertrags bezeichnet ist; die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Stellung der Unternehmen und Einrichtungen spielt dabei keine Rolle.*

Sowohl durch die Legaldefinition als auch durch die Formulierung in Art. 46 EAGV wird deutlich, dass das einzelne, jeweils tätig werdende Unternehmen selbst gemeint ist, nicht hingegen ein in dessen Vorfeld angesiedelter übergreifender Prozess der Etablierung eines Rechtsrahmens.

Art. 46 EAGV

- (1) *Jeder Plan zur Errichtung eines gemeinsamen Unternehmens, der von der Kommission, einem Mitgliedstaat oder einer anderen Seite ausgeht, wird von der Kommission geprüft. Hierzu holt die Kommission die Stellungnahme der Mitgliedstaaten sowie aller öffentlichen oder privaten Stellen ein, die nach ihrer Auffassung in der Lage sind, ihr Aufschlüsse zu erteilen.*
- (2) *Die Kommission übermittelt dem Rat jeden Plan zur Errichtung eines gemeinsamen Unternehmens mit ihrer begründeten Stellungnahme. Bejaht sie die Notwendigkeit des geplanten gemeinsamen Unternehmens, so unterbreitet sie dem Rat Vorschläge über*
- a) *den Standort,*

⁴⁷³ Lorenzmeier, in: Vedder/ Heintschel von Heinegg, Art. 187 AEUV, Rn. 2; Pilniok, in: Streinz, Art. 187 AEUV, Rn. 1; Mönig, in: Lenz/Borchardt, Art. 187 AEUV, Rn. 3 und 6.

- b) die Satzung,
- c) den Umfang und die Zeitfolge der Finanzierung,
- d) die etwaige Beteiligung der Gemeinschaft an der Finanzierung des gemeinsamen Unternehmens,
- e) die etwaige Beteiligung eines dritten Staates, einer zwischenstaatlichen Einrichtung oder eines Angehörigen eines dritten Staates an der Finanzierung oder Geschäftsführung des gemeinsamen Unternehmens,
- f) die vollständige oder teilweise Gewährung der in Anhang III dieses Vertrags genannten Vergünstigungen.

Sie fügt einen eingehenden Bericht über den gesamten Plan bei.

Innerhalb dieser Regelung nimmt die Kommission eine sehr dominante Rolle ein, da sie über Notwendigkeit der Errichtung eines gemeinsamen Unternehmens entscheidet und ihr ein Vorschlagsrecht bezüglich Standort, Finanzierung und Beteiligung der Gemeinschaft zukommt. Ganz anders die Rolle der Kommission innerhalb der auf Basis derselben Rechtsgrundlage erlassenen ERIC-VO: über Satzung, Standort etc. entscheiden allein die Mitglieder des ERICs, die Kommission ist lediglich Empfängerin des Antrags auf Gründung eines ERICs durch die Mitgliedstaaten.⁴⁷⁴

Eine Meinung⁴⁷⁵ in der Literatur betont, dass der Begriff des „gemeinsamen Unternehmens“ im Sinne des AEUV unabhängig von dem EAGV interpretiert werden müsste, da es sich um zwei selbständige Verträge handelt. Danach wären die Hinzuziehung der EAGV Regelungen zur Auslegung nicht zulässig. Zutreffend daran ist, dass AEUV und EAGV prinzipiell unabhängig voneinander sind. Jedoch wurde die Idee des „gemeinsamen Unternehmens“ im AEUV ganz bewusst aus dem EAGV übernommen, weshalb sich grundsätzlich doch Parallelen ziehen lassen, jedenfalls so weit dadurch nicht Spezifika des jeweiligen Vertrags außer Acht gelassen werden.

Letztlich kann die Frage, ob der EAGV zum Zwecke der Auslegung des AEUV hinzugezogen werden darf oder nicht, offenbleiben, da sich bereits aus dem Wortsinn des Art. 187 AEUV und dem Vergleich zu anderen bislang auf Basis des Art. 187 AEUV gegründeten gemeinsamen Unternehmen der Schluss gezogen werden konnte, dass es sich dabei um Einrichtungen

474 Dazu unten, 3. Teil, A.

475 Lorenzmeier, in: Vedder/ Heintschel von Heinegg, § 187 AEUV, Rn. 2.

handeln muss, deren gemeinsame Gründung durch Kommission und Mitgliedstaaten sich unmittelbar durch Beschluss der Union vollzieht.

d) Schaffung eines Rechtsrahmens

Ziel der ERIC-VO ist es, nicht ein einzelnes ERIC zu gründen, sondern vielmehr zunächst einen allgemeinen Rechtsrahmen für deren spätere Gründung zu schaffen.

Artikel 1 Gegenstand

Mit dieser Verordnung wird ein Rechtsrahmen mit den Anforderungen und Verfahren für die Gründung eines Konsortiums für eine europäische Forschungsinfrastruktur (nachstehend als „ERIC“ bezeichnet) sowie den Wirkungen einer solchen Gründung festgelegt.

Mit Beschluss der ERIC-VO wurden mithin nicht etwa bereits ein oder mehrere einzelne ERICs gegründet, sondern vielmehr zunächst nur die grundsätzliche Möglichkeit dazu eröffnet. Insofern entspricht die ERIC-VO somit der EVTZ-VO oder nach nationalem Recht etwa dem GmbHG oder dem AktG.

e) Zwischenergebnis

Die ERIC-VO, die lediglich einen Rechtsrahmen für erst nachfolgend durch separaten Rechtsakt zu gründende, juristische Personen bietet, lässt sich hierunter daher nicht subsumieren. Die Etablierung eines Rechtsrahmens stellt (noch) keine Gründung eines Unternehmens dar, sondern schafft erst die grundsätzliche Möglichkeit dazu.

2. Schaffung anderer Strukturen

Somit müsste durch die ERIC-VO eine „andere Struktur“ im Sinne des Art. 187 AEUV ge- „schaffen“ worden sein. Im Gegensatz zu den gemeinsamen Unternehmen, handelt es sich bei den „anderen Strukturen“ um eine „Neuschöpfung der EEA“, die nicht aus dem EAGV übernommen worden

ist.⁴⁷⁶ Die ERIC-VO stellt den bislang einzigen Anwendungsfall dieser 2. Alternative des Art. 187 AEUV dar.⁴⁷⁷

a) Auslegung des Begriffs

aa) Zielsetzung des Verordnungsgebers

Tatsächlich wird in Erwägungsgrund (3) der ERIC-VO ausgeführt, dass „die Entwicklung neuer Strukturen gefördert muss, indem ihre (= die der Forschungsinfrastrukturen, AO) Gründung und ihr Betrieb auf Ebene der Gemeinschaft durch einen geeigneten Rechtsrahmen erleichtert werden sollten.“

bb) Wortlaut

Der Begriff des *Schaffens* von Strukturen im Vergleich zur *Gründung* von Unternehmen, deutet zunächst darauf hin, dass Struktur auch etwas anderes sein kann, als eine zu gründende juristische Person.

Einigkeit besteht in der Literatur insoweit, als dass der Begriff „Strukturen“ sowohl „Organisationen“ als auch „Verfahren“ meint.⁴⁷⁸ Während der Begriff „Organisation“ – ähnlich wie zuvor das „Unternehmen“ – eher auf die rechtliche Einheit selber als auf einen möglichen Rahmen dafür abstellt, so kann – allein dem Wortlaut nach – zumindest nicht von vorne herein ausgeschlossen werden, dass „Verfahren“ auch einen Rechtsakt der Union umfasst, der zunächst nur den rechtlichen Rahmen für eine Rechtsform bildet.

Einige Meinungen⁴⁷⁹ in der Literatur gehen vor diesem Hintergrund offenbar davon aus, dass der Unterschied zwischen den gemeinsamen Un-

476 Eikenberg, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 187 AEUV, Rn. 2.

477 Darauf macht Eikenberg, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 187 AEUV, Rn. 34 aufmerksam, der bezüglich der ERIC-VO kommentiert, dass die Vorschrift hinsichtlich der „Strukturen“ nach 22 Jahren erstmals einen Anwendungsfall gefunden hat.

478 Mönig: in Lenz/Borchardt, Art. 187 AEUV, Rn. 9; Lorenzmeier, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Art. 187 AEUV, Rn. 3; Pilniok in: Streinz, Art. 187 AEUV, Rn. 5 spricht von „institutionellen Arrangements.“

479 Ohne kritische Auseinandersetzung mit dem Strukturbegriff auch Hilf, in: von der Groeben/ Schwarze/ Hatje, Art. 187 AEUV, Rn. 11, die aus der Tatsache, dass die Union nicht zwingend Mitglied eines ERIC wird, folgert, dass dieser Umstand nur

ternehmen und den anderen Strukturen lediglich in der Tatsache bestehen würde, dass bei den anderen Strukturen die Union selbst nicht Mitglied werden muss. Insofern wird die Einordnung der ERIC-VO als andere Struktur nicht weiter hinterfragt. Dieser Meinung ist aber entgegenzuhalten, dass es folglich nicht eines eigenständigen Begriffs wie der der Struktur bedürft hätte. Vielmehr hätte somit nur das gemeinsame Unternehmen von einem nur mitgliedstaatgetragenen Unternehmen abgegrenzt werden müssen, ohne den zusätzlichen Begriff der Struktur einzuführen.

cc) Systematische Auslegung

Letztlich nicht eindeutig zu beantworten ist, ob es sich bei dem Begriff der anderen Struktur im Verhältnis zu den gemeinsamen Unternehmen um einen Oberbegriff handelt, der die gemeinsamen Unternehmen miteinschließt. Für diese Annahme spricht zunächst die oben gezeigte Weite des Begriffs der Strukturen, sowie der Zusatz des Wortes „andere.“ Nicht ganz ausgeschlossen werden kann aber auch die Annahme, dass es sich bei den „Strukturen“ im Verhältnis zu den „gemeinsamen Unternehmen“ um etwas gänzlich anderes im Sinne eines *Aliuds* handeln soll.

dd) Auslegung mit Blick auf die Rechtsfolgen

Mit Blick auf die Tatsache, dass im Weiteren nicht mehr zwischen beiden Begriffen differenziert wird, kann hingegen davon ausgegangen werden, dass eine Differenzierung auch hinsichtlich ihrer jeweiligen Eingriffsintensität nicht geboten ist, sie sich also insoweit in etwa entsprechen sollen. Die Schaffung einer EU-Verordnung als Struktur, die Basis für – erst später zu gründende – Rechtspersönlichkeiten in Form von ERICs sein wird, lässt eine Vergleichbarkeit mit unmittelbar über die Rechtsgrundlage gegründeten rechtlichen Einheiten jedoch grundsätzlich vermissen.

Sie könnte aber gleichwohl insofern gegeben sein, als dass die ERIC-VO im Vergleich zu den gemeinsamen Unternehmen sogar als weniger intensiver Eingriff gewertet werden könnte, da damit noch keine Entscheidung der Mitgliedstaaten über die Beteiligung an dem später zu gründenden einzelnen ERIC verbunden ist.

der Bildung eines „gemeinsamen Unternehmens“ widersprechen würde, offenbar nicht aber einer „anderen Struktur.“ *Mellein*, in: Schwarze, Art. 187 AEUV, Rn. 4, die es jedoch gänzlich unterlässt, sich mit dem Begriff „Struktur“ auseinanderzusetzen.

Durch einen solchen Ansatz würde allerdings verkannt, dass durch die ERIC-VO selbst zwar noch keine juristische Person gegründet wird, jedoch weitreichende andere Rechtsfolgen, insbesondere im steuer- wie vergaberechtlichen Bereich eintreten⁴⁸⁰, hinsichtlich derer die Mitgliedstaaten zu einem späteren Zeitpunkt keine weiteren Einflussmöglichkeiten mehr haben. Insbesondere haben alle Mitgliedstaaten gegründeten ERICs – unabhängig von einer etwaigen Mitgliedschaft an dem jeweiligen ERIC – steuerliche Vergünstigungen einzuräumen.⁴⁸¹

ee) Zwischenergebnis

Mit Blick auf die grundsätzlich zu erstrebende Vergleichbarkeit der rechtlichen Tragweite der Gründung eines gemeinsamen Unternehmens und der Schaffung einer anderen Struktur ist eine Auslegung, derzufolge die ERIC-VO als eine solche „andere Struktur“ zu verstehen ist, abzulehnen.

b) Verfahren von Maßnahmen nach Art. 187 AEUV

Diese, an den Begriff des „gemeinsamen Unternehmens“ letztlich angepasste Auslegung des Begriffs der „Strukturen“, könnte zudem durch die Einbeziehung der nach Art. 187 AEUV erforderlichen Beschlussfassung, die in Art. 188 S. 1 AEUV geregelt ist, bestätigt werden: Danach legt der Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses die in Art. 187 AEUV vorgesehenen „Bestimmungen“ fest.

aa) Bloße Anhörung des Europäischen Parlaments

Zwar ist der Begriff „Bestimmungen“ für sich genommen, ein weiter Begriff, unter welchen ohne weiteres auch eine Rechtsverordnung subsumiert werden könnte. Dies wird zudem durch Art. 188 S. 2 AEUV bestätigt, der ebenfalls den Begriff „Bestimmungen“ verwendet und sich insofern auf Akte nach Art. 183, 184 und 185 AEUV bezieht (z.B. die Beteiligungsregelungen nach Art 183 AEUV, die, wie die ERIC-VO in Form einer EU

480 Dazu unten, 3. Teil, C.

481 Dazu unten, 3. Teil, C und 4. Teil.

Verordnung ergehen, und ein ordentliches Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 294 AEUV erfordern).

Aus der Tatsache, dass Art. 188 S. 1 AEUV nur die Anhörung des Europäischen Parlaments und der Ausschüsse vorschreibt, nicht aber die Durchführung eines ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens, folgert *Mönig*⁴⁸², dass es bei Entscheidungen nach Art. 187 AEUV lediglich um „nachgelagerte, praktische Fragen zur Durchführung von bereits beschlossenen Programmen gehen soll und nicht um Formen forschungspolitischer Zusammenarbeit von EU und MS wie bei Art. 184 und 185.“ Bei der Schaffung einer EU-Verordnung, die zunächst die notwendige rechtliche Basis für die erst zu einem späteren Zeitpunkt zu gründenden Einheiten darstellt, handelt es sich aber gerade nicht um die Umsetzung bereits feststehender Vorgaben, sondern vielmehr um deren erstmalige Verankerung.

Demnach ergeben sich ernste Zweifel daran, ob die ERIC-VO als „andere Struktur“ gemäß Art. 187 AEUV verstanden werden kann.

bb) Vergleich des ERIC mit dem EVTZ hinsichtlich der Rechtsgrundlage

Eine weitere Bestätigung könnten diese Zweifel durch einen Vergleich mit dem EVTZ⁴⁸³ erhalten. Diese, ebenfalls über eine Verordnung⁴⁸⁴ eingeführte Rechtsform, stellt – wie das ERIC auch – „ein fakultatives europarechtliches Rahmenwerkzeug“⁴⁸⁵ zur Ermöglichung einer staatenübergreifenden Zusammenarbeit dar. Mitglieder können, wie beim ERIC u.a. die Mitgliedstaaten selbst sein. Der EVTZ besitzt, wie auch das ERIC gemäß Art. 1 Abs. 3 und 4 der ihm zugrunde liegenden Verordnung⁴⁸⁶ Rechtspersönlichkeit und in jedem Mitgliedstaat die weitestgehende Rechts- und Geschäftsfähigkeit.

Unterschiede zwischen dem EVTZ und dem ERIC bestehen jedoch hinsichtlich des Zwecks, der beim EVTZ auf grenzüberschreitende Zusam-

482 *Mönig*, in: Lenz/Borchardt, Art 187 AEUV, Rn 5; ebenso *Lorenzmeier*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg; Art. 187 AEUV, Rn. 5. *Hilf*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV Art. 187 AEUV, Rn. II. – Als „nachgelagert“ in diesem Sinne können z.B. die Exekutivagenturen eingeordnet werden, die zwar eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, jedoch lediglich ausgelagerte Verwaltungsaufgaben der Kommission durchführen und dabei von dieser überwacht werden (VO (EG) Nr. 58/03, ABl. 2003 L II, S. 1, ABl. 2008 L 9, S. 15, ABl. 2008 L II, S. 9).

483 Zum EVTZ siehe bereits oben, I. Teil, D. § 3 I. 2.

484 Siehe FN 379.

485 *Pechstein/Deja*, EuR 2011, S. 357.

486 Siehe FN 384.

menarbeit gerichtet ist, also auf die Zusammenarbeit zwischen Nachbarstaaten. Zudem können beim EVTZ – im Unterschied zum ERIC – auch Gebietskörperschaften und Körperschaften des öffentlichen Rechts Mitglieder werden. Anders als das ERIC, genießt der EVTZ keinerlei Vorrechte, wie etwa die Befreiung von Mehrwert- und Verbrauchssteuern sowie Erleichterungen bei Ausschreibungen.

Gibt es somit durchaus Ähnlichkeiten in der rechtlichen Konstruktion des EVTZ bzw. sind die Rechtsfolgen einer ERIC Gründung mit Blick auf die eingeräumten Vorrechte sogar weitergehend als die des EVTZ, so sollten auch die Voraussetzungen für das Zustandekommen der Verordnungen vergleichbar sein. Dies zumal die Zuständigkeiten der Union im Bereich der Struktur- und Kohäsionspolitik, zu der der EVTZ gehört, weiter gehen als im Bereich der Forschung: Gemäß Art. 4 Abs. 2 c) AEUV liegt ein echter Fall geteilter Zuständigkeiten vor, d.h. sobald die Union in dem Bereich tätig geworden ist, entfaltet dies für die Mitgliedstaaten gemäß Art. 2 Abs. 2 AEUV eine Sperrwirkung.⁴⁸⁷ Der, der EVTZ-Verordnung zugrunde liegende ex-Art. 159 Absatz 3 EGV (nunmehr Art. 175 Abs. 3 AEUV) sieht jedoch – anders als Art. 188 S. 1 AEUV das Erfordernis eines ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens im Sinne des Art. 294 AEUV vor, soweit „spezifische Aktionen“ erforderlich erscheinen. Für den Forschungsbereich, der der Union tendenziell weniger Kompetenzen einräumt, sollten daher bei vergleichbaren Maßnahmen zumindest ähnliche Anforderungen bestehen. Das in Art. 188 S. 1 AEUV lediglich vorgesehene Beschlussverfahren erscheint daher nicht adäquat.

cc) Fazit

Demzufolge müsste auch die ERIC-VO auf eine Rechtsgrundlage gestützt werden können, die das ordentliche Gesetzgebungsverfahren vorsieht, was auf Art. 187 AEUV jedoch nicht zutrifft.

487 Anders im Forschungsbereich, in dem die Union und die Mitgliedstaaten über „parallele Zuständigkeiten“ verfügen, d.h. die Mitgliedstaaten dürfen auch dann eigenständig Maßnahmen ergreifen, wenn die Union bereits tätig geworden ist. Siehe zu den „parallelen Kompetenzen“ bereits oben, 1. Teil, A. § 2.

c) Gebot weiterer Auslegung angesichts fehlenden EU-Gesellschaftsrechts

Fraglich kann noch sein, ob in Anbetracht eines fehlenden Gesellschaftsrechts auf Unionsebene nicht ggf. doch eine weitere Auslegung der „anderen Strukturen“ geboten ist. Wie sich gezeigt hat⁴⁸⁸, besteht ein großer Bedarf einer übergeordneten, europäischen Rechtsform. Wäre die ERIC-VO im Jahre 2009 nicht verabschiedet worden, so hätte es alternativer Rechtsformen auf nationaler Ebene bedürft. In einigen wenigen Fällen wäre es eventuell zur Gründung einer völkerrechtsfähigen internationalen Organisation gekommen. Anzunehmen ist, dass deren Gründung sehr viel länger gedauert hätte. Im Ergebnis wäre wohl eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsformen entstanden, was wiederum eventuell deren Zusammenarbeit behindert hätte.

Ein solcher, rein an dem tatsächlichen Bedarf orientierter Ansatz birgt aber die Gefahr in sich, die Entwicklung verzerrter Lösungsansätze zu befeuern, die sich einseitig einer Lösung zuwenden, dabei aber Bedenken außer Acht lassen, wie etwa die Thematik der Finanzierungsverantwortung für die ERICs.⁴⁸⁹ Weiterhin kann eine zu weite Auslegung einer Rechtsgrundlage spätestens dann nicht überzeugen, wenn an sich alternative Rechtsgrundlagen zur Verfügung gestanden hätten.⁴⁹⁰

d) Zwischenergebnis

Nach der Systematik handelt es sich bei der ERIC-VO um keine „andere Struktur“ im Sinne des Art. 187 AEUV. Weiterhin erscheint Art. 187 AEUV auch mit Blick auf das gemäß Art. 188 S. 1 AEUV vorgesehene bloße Beschlussverfahren in Anbetracht der Rechtswirkungen des ERICs als keine angemessene Rechtsgrundlage. Zu diesem Ergebnis kommen auch *Trute/Pilniok*⁴⁹¹ unter Hinweis auf den gesellschaftsrechtlichen Regelungs-

488 Siehe dazu Einleitung und I. Teil, D.

489 Zu den insofern seitens des Europäischen Parlaments vorgetragenen Bedenken siehe 2. Teil, A. § 2 III. 3.

490 Dazu nachfolgend unter 2. Teil, B. § 2.

491 *Pilniok*, in: Streinz, Art. 187 AEUV, Rn. 9. Zusätzlich wird darauf hingewiesen, dass die Union – anders als bei gemeinsamen Unternehmen – „nicht selbst an diesen Strukturen beteiligt ist.“ Als zwischenstaatliche Einrichtung wäre eine Beteiligung der Union an ERICs jedoch zumindest denkbar, aber jedenfalls keinesfalls zwingend.

charakter der ERIC-VO. *Eikenberg*⁴⁹² geht von einem „atypischen Einzelfall“ und „keinem Präzedenzfall für die Delegation und Verlagerung von Durchführungsaufgaben“ aus. *Lorenzmeier*⁴⁹³, *Mönig*⁴⁹⁴, *Godt*,⁴⁹⁵ *Ruffert*⁴⁹⁶ und *Kotzur*⁴⁹⁷ lassen die ERIC-VO bei der Kommentierung zu Art. 187 AEUV gänzlich unerwähnt.⁴⁹⁸

II. Zur ordnungsgemäßen Durchführung von Programmen für Forschung, technologische Entwicklung und Demonstration der Union erforderlich

Stellt die ERIC-VO nach der hier vertretenen Auffassung schon keine „andere Struktur“ im Sinne des Art. 171 EGV (Art. 187 AEUV) dar, so soll gleichwohl noch auf die Frage eingegangen werden, inwieweit die ERIC-VO als „zur ordnungsgemäßen Durchführung von Programmen für Forschung, technologische Entwicklung und Demonstration der Union erforderlich“ betrachtet werden kann.

1. Programmbezug

Ausweislich des Wortlauts des Art. 171 EGV / Art. 187 AEUV muss das Unternehmen/ die Struktur damit nicht notwendigerweise im Kontext des FRP selbst stehen; ein Bezug zu anderen Programmen für Forschung, technologische Entwicklung und Demonstration der Union ist ausreichend.⁴⁹⁹

Der Programmbezug zum FRP ist schon dadurch gegeben, dass Forschungsinfrastrukturen, wie gesehen⁵⁰⁰ zu den berechtigten Antragstellern innerhalb der FRPs zählen, speziell der *spezifischen Programme*: In Erwä-

492 *Eikenberg*, EuR 2015, S. 818f.: „ein eher untypischer Einzelfall, der nicht direkt auf die Durchführung eines Unionsprogrammes abzielt“, woraus *Eikenberg* – anders als bei anderen Regelungen des Art. 179 ff. AEUV aber nicht den Schluss zieht, dass man die Vorschrift ändern solle.

493 *Lorenzmeier*, in: Vedder/ Heintschel von Heinegg, Art. 187 AEUV, Rn. 3.

494 *Mönig*, in: Lenz/Borchart, Art. 187 AEUV, Rn. 9 -14.

495 *Godt*, in: Dausen/Ludwigs, N., Rn. 73 ff.

496 *Ruffert*, in: Calliess/ Ruffert, Art. 187 AEUV, Rn. 8 -10.

497 *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, Art. 187. AEUV, Rn. 2 - 4.

498 Im Hinblick auf die Rechtsgrundlage hingegen unkritisch: *Mellein*, in: Schwarze, Art. 187 AEUV, Rn. 6 sowie *Moskovko/Astvaldsson/Hallonsten*, S. 256.

499 *Pilniok*, in: Streinz, Art. 187 AEUV, Rn. 2 sieht die Norm daher sogar als „Grundlage für die Schaffung programmübergreifender Strukturen der Forschungsförderung. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 187 AEUV, Rn. 1.

500 Dazu oben, I. Teil, B. § 3 II. 2.

gungsgrund (2) der ERIC-VO wurde daher auch auf das zum Zeitpunkt der Verabschiedung der ERIC-VO laufende spezifische Programm „Kapazitäten“ Bezug genommen.

- (2) *Die Unterstützung und Weiterentwicklung von Forschungsinfrastrukturen in Europa ist nach wie vor ein aktuelles Ziel der Gemeinschaft, was sich jüngst im Beschluss Nr.1982/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 über das Siebte Rahmenprogramm der Europäischen Gemeinschaft für Forschung, technologische Entwicklung und Demonstration (2007 bis 2013) (4) und insbesondere in der Entscheidung 2006/974/EG des Rates vom 19. Dezember 2006 über das spezifische Programm „Kapazitäten“ (5) niederschlug.*

Mit Blick auf die ERICs außerhalb der *ESFRI Roadmap* ist festzustellen, dass der Programmbezug zu EU Programmen nicht zwingend ist.

2. Erforderlichkeit

Weiterhin muss die Struktur für die Durchführung der Programme erforderlich sein. Ob die ERIC-VO tatsächlich erforderlich ist, um EU-Programme durchzuführen, kann zweifelhaft sein. Nach der gegenwärtigen Konstruktion stellt das ERIC vielmehr eine neue Rechtsform dar, die es den Mitgliedstaaten – gerade unter Ausschluss einer Unionsbeteiligung – ermöglichen soll, gemeinsam eine Forschungsinfrastruktur zu betreiben. *Pilniok* ordnet das ERIC daher konsequenterweise „außerhalb der Programme“ ein.⁵⁰¹

Richtigerweise ist das ERIC nicht als Durchführungsinstrument von EU-Programmen zu verstehen, sondern weitergehend als Gesellschaftsform innerhalb des EFR⁵⁰², wenngleich die Union die ERICs letztlich aber auch als *Service Provider* innerhalb des FRP sehen möchte.⁵⁰³

501 *Pilniok*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 38 Rn. 36: „Wissenschaftsrecht außerhalb der Programme“ im Gegensatz zu „Indirekte Mittelverwaltung durch gemeinsame Unternehmen“ (ebenda, Rn. 27).

502 Zur Einordnung des ERIC innerhalb des EFR siehe oben, I. Teil A., 2. Teil, B. § 2 I. 2. – Zur Widersprüchlichkeit im Rahmen der Antragsvoraussetzungen des ERICs insofern siehe unten, 3. Teil, A. § 2 II. 1.

503 Dazu oben, I. Teil, B. § 3 II. 4.

3. Zwischenergebnis

Weder ist im Hinblick auf die ERICs ein zwingender Bezug zu EU-Programmen gegeben noch sind sie als zu deren Durchführung erforderlich anzusehen.

Sinnvoller erscheint es daher, das ERIC innerhalb des EFR anzusiedeln, sowie auch von dessen Erforderlichkeit für den EFR auszugehen.⁵⁰⁴ Allerdings kann die ERIC-VO gleichwohl nicht auf Art. 187 AEUV gestützt werden, da sie kein gemeinsames Unternehmen oder eine, diesem vergleichbare andere Struktur darstellt.

Die dennoch erfolgte Zugrundelegung des Art. 187 AEUV lässt das ERIC seiner Wahrnehmung nach in die Nähe von gemeinsamen Unternehmen rücken, die allerdings anders als die ERICs in der finanziellen Hauptverantwortung der Kommission liegen.⁵⁰⁵

III. Weiterentwicklung des Potenzials des Art. 187 AEUV

Fraglich kann weiter sein, ob Art. 187 AEUV – unter der Annahme eines sich dynamisch fortentwickelnden europäischen Wissenschaftsrechts dahingehend weiterentwickelt werden sollte, dass auf ihn auch die Schaffung eines Rechtsrahmens gestützt werden kann.

1. Absicht des Verordnungsgebers

Ein solches Verständnis legt die von der Kommission im Erwägungsgrund (5) gewählte Formulierung nahe, der zufolge „es nun an der Zeit (ist), das Potenzial von Art. 171 des Vertrages voll aus(zu)schöpfen und weiterzuentwickeln und einen Rahmen zu schaffen (...)“. Dabei deutet die Wortwahl „Weiterentwicklung“ durch den Verordnungsgeber darauf hin, dass sich dieser bei Heranziehung des damaligen Art. 171 EGV durchaus dessen bewusst war, dass diese Rechtsgrundlage nicht nur *angewandt*, sondern gleichsam fortentwickelt werden sollte. Für einen entsprechenden Bedarf und die erforderliche Legitimation könnte zudem angeführt werden, dass

504 Zur Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes siehe oben, 1. Teil, D. § 3 IV. – Zur Prüfung der Notwendigkeit für die Verwirklichung des EFR innerhalb des Art. 182 Abs. 5 AEUV siehe unten, 2. Teil, B. § 2 I. 2.

505 Dazu oben, 1. Teil, D. § 3 II.

die Initiative zu der Verordnung letztlich von einem, in erster Linie von dem, von den Mitgliedstaaten getragenen ESFRI Forum ausgegangen ist.⁵⁰⁶

2. Bedarf einer Rechtsfortbildung

Was seitens des Verordnungsgebers als „Weiterentwicklung“ bezeichnet wird, kann indes einer Rechtsfortbildung entsprechen. Grundlage einer Rechtsfortbildung können die Vertragsziele der Union sein.⁵⁰⁷ Die Vertragsziele selbst stellen keine Kompetenzen der Union dar, sie können aber „kompetenzkonkretisierend“ wirken und folgen dabei „Funktionserfordernissen“ (insbesondere des Binnenmarktes).⁵⁰⁸ Gemäß Art. 3 Abs. 3 UA 1 S. 3 EUV gehört es zu den Zielen der Union, den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt zu fördern. Wie in Erwägungsgrund (5) der ERIC-VO zum Ausdruck kommt, bedarf es nach Auffassung des Verordnungsgebers dringend einheitlicher „Regeln für die Gründung, die Finanzierung und den Betrieb solcher (= der der wissenschaftlichen Forschungsinfrastrukturen, AO) Strukturen, um diese „im Wettbewerb mit den globalen Partnern der Gemeinschaft“ zu stärken.⁵⁰⁹ Hierfür bedarf es aus Sicht des Verordnungsgebers einer „Weiterentwicklung“ des „Potenzials“ des Art. 187 AEUV.

3. Grenzen der Kompetenzausübung

a) Ausweitung des Begriffs der Struktur

Allerdings sind dabei die unionsrechtlichen Grenzen zu beachten.⁵¹⁰ So können die Vertragsziele zwar in die jeweiligen Ermächtigungsnormen einwirken; sie können im Ergebnis jedoch nicht das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gemäß Art. 5 Abs. 2 EUV aushebeln.

Die ERIC-VO stellt mit ihren deutlichen Unterschieden zu den gemeinsamen Unternehmen und ihren damit einhergehenden weitreichenden Rechtsfolgen für die nationalen Rechtsordnungen⁵¹¹ im Verhältnis zu den

506 Dazu oben, 2. Teil, A. § 1 I.

507 Müller-Graff, in: Dausen/ Ludwigs, A., Rn. 181.

508 Müller-Graff, in: Dausen/ Ludwigs, A., Rn. 182.

509 Erwägungsgrund (5) der ERIC-VO, FN 1.

510 Müller-Graff, in: Dausen/ Ludwigs, A., Rn. 183.

511 Dazu unten, 3. Teil, C., 4. und 5. Teil.

gemeinsamen Unternehmen nicht nur eine weiterentwickelte Form der Kooperation dar, sondern bewegt sich auf einer übergeordneten Ebene (außerhalb der bloßen Durchführung der EU-Programme), die einer speziellen Befugnis bedarf.

b) Implizit gedeckte Rahmensetzung

Aus dem gleichen Grund ist auch die Möglichkeit einer implizit gedeckten Rahmensetzung abzulehnen. Sie würde bedeuten, dass die Berechtigung, ein ERIC zu gründen, zugleich die Erlaubnis umfasst, für dieses (vorab) einen Rahmen zu schaffen. Aufgrund der strukturellen Unterschiede zwischen dem ERIC und den gemeinsamen Unternehmen scheidet auch ein solcher Ansatz aus.

4. Art. 352 AEUV

In einem solchen Fall, in welchem ein Tätigwerden der Union zur Erreichung ihrer Ziele erforderlich erscheint, die dafür notwendigen Befugnisse jedoch noch nicht vorgesehen sind, ist das Verfahren nach Art. 352 AEUV (zum damaligen Zeitpunkt noch Art. 308 EGV) zu beachten, das eine solche Kompetenzerweiterung nur durch einstimmigen Beschluss des Rates und mit Zustimmung des Europäischen Parlaments vorsieht. Diese Vorgabe ist gerade auch im Bereich der „wissenschaftspolitischen Europäisierung“ zu beachten, die keinesfalls eine ordnungsgemäße Verankerung im jeweiligen Rechtssystem (z.B. durch Schaffung weiterer Rechtsgrundlagen) entbehrlich macht.⁵¹² Die Vorschrift des Art. 352 AEUV ist im Sinne einer zulässigen „vertragsimmanenten Fortentwicklung des Unionsrecht“ eng auszulegen, um eine Verlagerung der Kompetenz-Kompetenz auf die Union zu verhindern.⁵¹³

Weiterhin ist die Subsidiarität der Vorschrift zu beachten, soweit eine anderweitige Befugnis vorhanden ist.⁵¹⁴ Zwar ergibt sich hier, wie gesehen, eine andere Befugnis nicht schon aus einer, den *effet utile* beachtenden

512 Lindner, S. 7.

513 Khan, in: Geiger/ Khan/ Kotzur, Art. 352 AEUV, Rn. 1.

514 Khan, in: Geiger/ Khan/ Kotzur, Art. 352 AEUV, Rn. 13.

weiten Auslegung des Art. 187 AEUV.⁵¹⁵ Jedoch war im Zeitpunkt der Beratungen zu der ERIC-VO bereits der neu geschaffene Art. 182 Abs. 5 AEUV zumindest im Entwurfstadium vorhanden und wurde wenig später auch verabschiedet. Dieser ist daher vorrangig zu prüfen.⁵¹⁶ Insofern muss Art. 352 AEUV zurücktreten.

IV. Konsequenzen der Wahl der falschen Rechtsgrundlage

Nach Auffassung des EuGHs ist die Gültigkeit eines Rechtsaktes grundsätzlich zu vermuten.⁵¹⁷ Dabei soll der Rechtsakt auch dann Rechtswirkung entfalten können, wenn er fehlerhaft ist. Dies gilt bis zu seiner Aufhebung. Demnach wäre die ERIC-VO gegenwärtig als gültig anzusehen.

Eine Ausnahme besteht allerdings für den Fall, dass „Rechtsakte offenkundig mit einem derart schweren Fehler behaftet sind, dass die Gemeinschaftsrechtsordnung ihn nicht tolerieren kann.“⁵¹⁸ In einem solchen Fall ist der Rechtsakt von Anfang an „rechtlich inexistent.“ Mit Blick auf die „Schwere der Folgen, die mit der Feststellung der Inexistenz eines Rechtsaktes der Gemeinschaftsorgane verbunden sind“, soll sich aus „Gründen der Rechtssicherheit“ ergeben, dass diese Feststellung allerdings auf ganz außergewöhnliche Fälle beschränkt sein muss. Steht fest, dass die Kommission tatsächlich beschlossen hat, den verfügbaren Teil einer Entscheidung anzunehmen, unabhängig davon, mit welchen Fehlern diese Entscheidung auch behaftet gewesen sein mag, und wenn im Übrigen die Zuständigkeits- und Formfehler betreffend das Verfahren für den Erlass der Entscheidung nicht derart schwerwiegend sind, dass diese als rechtlich inexistent betrachtet werden müsste⁵¹⁹, ist von der Gültigkeit des Rechtsaktes auszugehen.

Im Gegensatz zu der EuGH Entscheidung, in der Streitgegenstand die rechtliche Existenz einer mit Formfehlern behafteten Entscheidung der Kommission gemäß Art. 85 EWG Vertrag war, geht es hier um eine EU-Verordnung, die auf einer falschen Rechtsgrundlage erlassen worden ist. Eine fehlerhafte Rechtsgrundlage ist grundsätzlich als schwerer Fehler einzustufen. Schwerer jedenfalls als ein Formfehler o.ä. Mit Blick auf den Umstand, dass mittlerweile 26 ERICs gegründet sind, ist jedoch anzunehmen,

515 Dazu oben, 2. Teil, B. § 1 III. 1.-3.

516 Dazu sogleich unter 2. Teil, B. § 2.

517 EuGH, Kommission./BASF, Urteil vom 15.06.1994, Rs. C-137/92 P, Rn. 48; Oppermann/Classen/Nettesheim, § 11, Rn. 98.

518 EuGH, Kommission./BASF, Urteil vom 15.06.1994, Rs. C-137/92 P, Rn. 49.

519 Ebenda, Rn. 50f.

dass der EuGH hier aus Gründen der Rechtssicherheit die Feststellung der Inexistenz der ERIC-VO vermeiden würde, zumal davon ausgegangen werden kann, dass die Kommission an ihr festhalten wollen würde. Der entsprechende Spielraum des EuGH und anderen Unionsgerichten lässt sich Art. 264 Abs. 2 AEUV entnehmen. Ein „schwerer Fall“ wäre aus Sicht des EuGH wohl auch dann nicht anzunehmen, wenn sich tatsächlich eine andere Rechtsgrundlage für die ERIC-VO im AEUV finden ließe, so dass unterstellt werden könne, dass sie jedenfalls primärrechtlich zu verankern ist.

§ 2 Alternative Rechtsgrundlage

Fraglich ist daher, ob die ERIC-VO auf eine andere Rechtsgrundlage gestützt werden kann. Zur Ermittlung der Rechtsgrundlage ist auf Inhalt und Hauptziel der Verordnung abzustellen.⁵²⁰

Durch die ERIC-VO wird, wie gesehen⁵²¹, ein Rechtsrahmen für paneuropäische Forschungsinfrastrukturen auf Ebene des Unionsrechts etabliert. Ziel ist es, den Aufbau und Betrieb der Forschungsinfrastrukturen zu ermöglichen, ohne dass die Mitgliedstaaten eine völkerrechtsfähige internationale Organisation gründen oder auf eine nationale Rechtsform ausweichen müssen. Zur Erleichterung des Betriebs sollen bestimmte Vorrechte eingeräumt werden.⁵²²

Potenzielle Nutzer des Rechtsrahmens sind jedenfalls die durch das jeweilige Forschungsrahmenprogramm in ihrer Vorbereitungsphase finanzierten Infrastrukturprojekte, die zumeist vorab von ESFRI identifiziert und auf die *ESFRI Roadmap* aufgenommen worden sind. Daneben soll die ERIC-VO aber auch Infrastrukturprojekten außerhalb der ESFRI Roadmap offenstehen.⁵²³ Paneuropäische Forschungsinfrastrukturen sind aus Sicht der Union eine der wesentlichen Elemente des EFR.⁵²⁴

520 EuGH, Urteil vom 2. 5. 2006, Rs. C-436/03: Für die Ermittlung der Rechtsgrundlage, die dem Erlass eines Rechtsakts zugrunde zu legen ist, ist auf dessen Inhalt und Hauptziel abzustellen.

521 Dazu oben, Einleitung.

522 Dazu oben, 2. Teil, A. § 1 II.

523 Dazu unten, 3. Teil, A. § 2 II. 1.

524 Dazu oben, 1. Teil, A. § 1 II. 1.

I. Voraussetzungen des Art. 182 Abs. 5 AEUV

Vom jetzigen Zeitpunkt betrachtet kann hierfür als Rechtsgrundlage nunmehr der durch den Vertrag von Lissabon⁵²⁵ eingeführte Art. 182 Abs. 5 AEUV⁵²⁶ herangezogen werden. Dieser regelt:

Art. 182 Abs. 5 AEUV

- (5) *Ergänzend zu den in dem mehrjährigen Rahmenprogramm vorgesehenen Aktionen erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen, die für die Verwirklichung des Europäischen Raums der Forschung notwendig sind.*

1. Maßnahme

Anders als der Begriff „Unternehmen“⁵²⁷ ist der Terminus „Maßnahmen“ ein sehr weit zu verstehender Begriff, der nicht notwendigerweise nur zu gründende Rechtseinheiten selbst erfassen würde, sondern ohne weiteres auch den zuvor zu schaffenden Rechtsrahmen. Hierunter fallen Beschlüsse, Richtlinien, aber auch Verordnungen.⁵²⁸ Insofern deckt sich der Begriff der „Maßnahme“ mit demjenigen in Art. 114 AEUV.⁵²⁹

2. Notwendigkeit für den EFR

Art. 182 Abs. 5 AEUV setzt voraus, dass die Maßnahme für die Verwirklichung des EFR notwendig sein muss.

Hilf macht in diesem Zusammenhang auf die nur begrenzte Überprüfbarkeit der Notwendigkeit aufgrund „fehlender Konturierung“ des EFR aufmerksam: die Frage müsse daher „letztlich forschungspolitisch“ beantwortet werden.⁵³⁰

525 Dazu oben I. Teil, A. § 4 II.

526 *Mönig*, in: Lenz/Borchardt, Art. 187 AEUV, Rn. 5.

527 Siehe dazu oben, 2. Teil, B. § 1. I. 1.

528 *Eikenberg*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 182 AEUV, Rn. 77.

529 *Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur, Art. 114 AEUV, Rn. 17: „Als „Maßnahme“ kommen (...) alle Rechtsakte gemäß Art. 288 AEUV in Betracht.“

Wie bereits oben⁵³¹ ausgeführt, hat die Kommission in dem im Jahr 2007 vorgelegten Grünbuch „Der Europäische Forschungsraum: neue Perspektiven“⁵³² das Fehlen eines geeigneten Rechtsrahmens für Forschungsinfrastrukturen im Hinblick auf das Ziel eines EFR feststellt.⁵³³ Der ERIC Rechtsrahmen dient den Mitgliedstaaten dabei, innerhalb der Union gemeinsam Forschungsinfrastrukturen aufzubauen und zu betreiben.⁵³⁴

3. Reichweite der Regelung

Fraglich ist jedoch, ob Art. 182 Abs. 5 AEUV eine Rechtsgrundlage für eine Maßnahme, die legislative Wirkung entfaltet, bilden kann. Nach *Pilniok* stellt Art. 182 Abs. 5 AEUV „erstmalig eine forschungspolitische Rechtsetzungskompetenz“ der Union dar.⁵³⁵ Der EFR ist nicht nur primärrechtlich in Art. 179 AEUV verankert, sondern hat durch Art. 182 Abs. 5 AEUV zudem legislative Bedeutung erlangt.⁵³⁶

Einschränkungen könnten sich jedoch aufgrund seiner systematischen Stellung ergeben: So wird aus dem Umstand, dass diese Regelung in Absatz 5 vier vorhergehenden Absätzen folgt, die sich mit dem Zustandekommen des jeweiligen Forschungsrahmenprogramms befassen, gefolgert, dass die Absätze 1 bis 4 eine „Konzentrationswirkung“ entfalten und auf Absatz 5 daher jedenfalls keine Maßnahmen mit finanziellen Auswirkungen gestützt werden können.⁵³⁷ Teils wird sogar gefordert, dass auf Art. 182 Abs. 5 AEUV nur nachgelagerte Zusätze zum Rahmenprogramm erfolgen können

530 *Hilf*, in: von der Groeben/ Schwarze, Art. 182 AEUV, Rn. 44.

531 Dazu oben, I. Teil, A. § 1 II. 3.

532 Siehe dazu FN 96.

533 Siehe dazu FN 96, dort S. 15: „Ein weiteres Hindernis für die Schaffung neuer Formen gesamteuropäischer Infrastrukturen ist das Fehlen eines rechtlichen Rahmens für die Bildung entsprechender Partnerschaften.“

534 *Pilniok*, in: Terhechte: Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 38 Rn. 36: „Die Forschungsinfrastruktur stand bei der Realisierung des Europäischen Forschungsraums von vorneherein im Fokus der Union.“ *Mönig*, in: Lenz/Borchardt, Art. 182 AEUV, Rn 30, mit Hinweis darauf, dass Art 182 Abs. 5 AEUV als Rechtsgrundlage auch insofern von Vorteil wäre, als dass sie – anders als Art 187 AEUV – keinen Bezug zu EU-Programmen voraussetzt, somit also einen breiteren Anwendungsbereich eröffnet. – Dazu auch, 2. Teil, B. § 1 II. 2. – Zur Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes siehe oben, I. Teil, D. § 3 IV.

535 *Pilniok*, in: Streinz, Art. 182 AEUV, Rn. 16.

536 *Eikenberg*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 182 AEUV, Rn. 77.

537 *Pilniok*, in: Streinz, Art. 182 AEUV, Rn. 16.

sollen.⁵³⁸ Dem widerspricht *Pilniok* in der Annahme, dass mit Hilfe dieser Regelung auch Maßnahmen ergriffen werden könnten, die über die Forschungsförderung (Art. 182 -185 AEUV) und ihren Organisationsformen (Art. 187 AEUV) hinausgehen.⁵³⁹ Zum selben Ergebnis kommt auch *Eikenberg*: Art. 182 Abs. 5 AEUV sei für solche „regulatorischen“ Maßnahmen jenseits der Forschungsförderung gedacht, die durch das Forschungsrahmenprogramm nicht erreicht werden könnten⁵⁴⁰, wie sich auch aus der Formulierung „ergänzend zu den in dem mehrjährigen Rahmenprogramm vorgesehenen Aktionen“ entnehmen lässt. Weitere Argumente für die Annahme eines weiteren Spielraums sind, dass der Art. 182 Abs. 5 AEUV explizit auf den EFR Bezug nimmt und dass für die zu ergreifenden Maßnahmen das ordentliche Gesetzgebungsverfahren vorgesehen ist, welches für bloß nachgelagerte Entscheidungen gerade nicht erforderlich wäre.⁵⁴¹

Auch Kommission und Mitgliedstaaten gehen prinzipiell davon aus, dass Art. 182 Abs. 5 AEUV eine Rechtsgrundlage für weitergehende gesetzgeberische Maßnahmen bilden kann. Bislang hat die Kommission jedoch keinen Gebrauch von der Regelung gemacht, sondern, in Umsetzung der „offenen Methode der Koordinierung“⁵⁴² und in Anbetracht der parallelen Kompetenzen⁵⁴³ eher auf koordinierte nationale Maßnahmen der Mitgliedstaaten gesetzt.⁵⁴⁴ Dies entspricht auch der Haltung des Rates: Rechtsvorschriften seien „das letzte Mittel.“⁵⁴⁵ Die Bundesregierung steht gesetzgeberischen

538 *Lindner*, S. 50: „nur ergänzende Maßnahmen im Bereich der Forschungsförderung durch die Gemeinschaft selbst“; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 182 AEUV, Rn. 11 mit FN 35 spricht von einem „Ausscheren aus der strikten Programmsteuerung“. *Hilf*, in: von der Groeben/Schwarze/ Hatje, Art. 182 AEUV, Rn. 42-45: „eher unter als beigeordnete Maßnahmen.“

Für eine weitere Auslegung hingen: *Pilniok*, in: *Streinz*, Art. 182 AEUV, Rn. 16.

539 *Pilniok*, in: *Streinz*, Art. 182 AEUV, Rn. 16.

540 *Eikenberg*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 182 AEUV, Rn. 81-82. In diesem Sinne auch *Kotzur*, in: *Geiger/Khan/ Kotzur*, Art. 182 AEUV, Rn. 8: „Der besonderen Dynamik dieses Raumes wird damit Rechnung getragen.“

541 So bei der Gründung der gemeinsamen Unternehmen auf Basis des Art. 187 AEUV. Dazu oben, 2. Teil, B. §1 I. 1.

542 Dazu oben, 1. Teil, A. § 2 II.

543 Dazu oben, 1. Teil, A. § 4 IV.

544 *Eikenberg*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Eikenberg*, Art. 182 AEUV, Rn. 87, FN 6 mit Hinweis auf S. 10 des zweiten Fortschrittsberichts der Kommission v. 2014 (KOM (2014) 575 endg.): „Different options might be considered to foster the development of ERA, including the legislative options if need be, based on the new ERA-related provisions in the Treaty on the Functioning of the European Union.“

545 Schlussfolgerungen des Rates vom 25.2.2014 (Dok. 6945/14), Nr. 2 auf S. 3.

Maßnahmen mit Blick auf die Diversität der Forschungssysteme der Mitgliedstaaten sogar gänzlich ablehnend gegenüber.⁵⁴⁶

Hier würde es allerdings darum gehen, eine bereits beschlossene gesetzgeberische Maßnahme auf eine andere Rechtsgrundlage zu stellen.

4. Zwischenergebnis

Die Einführung eines europäischen Rechtsrahmens für Forschungsinfrastrukturen im Wege einer Verordnung könnte auf Art. 182 Abs. 5 AEUV gestützt werden. Wie gesehen⁵⁴⁷, kann diese Maßnahme auch nicht durch ein koordiniertes Vorgehen der Mitgliedstaaten ersetzt werden, so dass eine „regulatorische“ Maßnahme innerhalb des EFR durchaus gerechtfertigt ist.

II. Weiteres Verfahren

1. Ordentliches Gesetzgebungsverfahren

Art. 182 Abs. 5 AEUV sieht die Durchführung eines ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens vor, welches nicht nur die Anhörung des Europäischen Parlaments (so aber die bislang gewählte Rechtsgrundlage des Art. 187 iVm. Art. 188 S. 1 AEUV), sondern gemäß Art. 294 AEUV ein echtes Verfahren der Mitentscheidung des Parlaments beinhaltet.

2. Aufhebung des fehlerhaften Rechtsaktes

Wie bereits oben⁵⁴⁸ festgestellt worden ist, gilt für Rechtsakte der Union grundsätzlich die Gültigkeitsvermutung. Weiterhin ist davon auszugehen, dass der EuGH hier mit Blick auf die Rechtssicherheit keinen besonders

546 BMBF, „Strategie der Bundesregierung zum Europäischen Forschungsraum, 2014, S. 4: „Harmonisierende gesetzliche Maßnahmen auf europäischer Ebene hält die Bundesregierung demgegenüber für den falschen Weg. Sie wären für die Diversität der Forschungssysteme und -kulturen in Europa, die den für wissenschaftliche Höchstleistungen und Exzellenz notwendigen Wettbewerb fördert, abträglich. Zusätzliche Regulierung führt auch zu zusätzlicher Bürokratie und Einschränkung von Gestaltungsmöglichkeiten, die für die Entwicklung der Wissenschaft von essenzieller Bedeutung sind.“

547 Dazu bereits oben, 1. Teil, D. § 3 IV.

548 Siehe oben, 2. Teil, B. § 1 IV.

schweren Fall annehmen würde. Andernfalls müsste angenommen werden, dass die bereits vorhandenen 26 ERICs von Anfang an, also *ex tunc*, als nichtig angesehen und rückabgewickelt werden müssten.

Da die fingierte Gültigkeit des Rechtsaktes aber nur bis zu dessen Aufhebung gilt, steht fest, dass der Rechtsakt aufzuheben und durch einen neuen, gültigen Rechtsakt, eine EU-Verordnung gestützt auf Art. 182 Abs. 5 AEUV zu ersetzen ist.

Fraglich kann noch sein, wie sich der Umstand auswirkt, dass im Zeitpunkt der Verabschiedung der ERIC-VO die Rechtsgrundlage des Art. 182 Abs. 5 AEUV noch nicht existent war. Insofern ist zu berücksichtigen, dass der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art 267 AEUV sogar anordnen kann, dass die umstrittenen Bestimmungen solange weiter anzuwenden sind, bis eine Neuregelung erlassen ist (EuGH Rs. 300/86, *van Landschoot*, Slg. 1988, 3443 Rn. 24). Hieraus ist zu schließen, dass von der Fortgeltung der auf einer fehlerhaften Rechtsgrundlage erlassenen Verordnung erst recht retrospektiv für die Zeit bis zu dem bereits in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt der Neuregelung ausgegangen werden kann.

III. Stellungnahme

Es ist anzunehmen, dass die Nachholung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens der ERIC-VO und den ERICs zugute käme: Das bislang nur angehörte Europäische Parlament, aber auch die Ausschüsse, hatten zahlreiche Änderungsvorschläge⁵⁴⁹, die sich insbesondere auf die Stärkung der finanziellen Stabilität der ERICs, ggf. durch Beteiligung der Kommission bezogen. Diese Änderungsvorschläge wurden jedoch vom Rat überwiegend nicht umgesetzt.⁵⁵⁰ Diese Bedenken könnten im Wege des Gesetzgebungsverfahrens erneut diskutiert und in nunmehr angemessener Weise berücksichtigt werden. Dabei sollte auch die Verantwortlichkeit für die ERICs zwischen der Kommission und den beteiligten Staaten deutlicher herausgearbeitet werden.⁵⁵¹

549 Dazu bereits oben, 2. Teil, A. § 2 III.

550 Dazu 2. Teil, A. § 2 IV.

551 Bislang wird das ERIC durch Beschluss der Kommission gegründet, dazu unten, 3. Teil, B. Die Kommission übernimmt aber keine finanzielle Verantwortung, dazu 3. Teil, D. § 8 und 3. Teil, E. § 9.

§ 3 Exkurs: Keine Überschreitung verfassungsrechtlicher Integrationsgrenzen

Ergänzend ist die Frage aufzuwerfen, wie sich die Bezugnahme auf den noch nicht primärrechtlich verankerten EFR sowie die Zugrundelegung einer falschen Rechtsgrundlage auf nationaler Ebene auswirken. Ein insofern denkbar erscheinender *Ultra-vires*-Verstoß ist im Ergebnis abzulehnen:

Der sich aus Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG (*lex specialis* zu Art. 24 GG) als Ausdruck der „Europafreundlichkeit“ des Grundgesetzes⁵⁵² ergebene prinzipielle Integrationsauftrag⁵⁵³ der Bundesrepublik wird zwar durch das vom BVerfG im *Lissabon*-Urteil entwickelte Konzept der „Integrationsverantwortung“ flankiert.⁵⁵⁴ Dieser zufolge wird den gesetzgebenden Körperschaften, soweit sie an neu zu schaffenden Unionsrecht mitwirken, das keines weiteren Ratifikationsverfahrens bedarf, eine besondere Verantwortung aufgegeben, die den Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 GG genügen müssen. Die Einhaltung dieser Anforderungen kann gegebenenfalls in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren überprüft werden (*Ultra-vires*-Kontrolle).⁵⁵⁵ Darin prüft das BVerfG, ob „Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“ (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 EUV) „in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten.“⁵⁵⁶ Dabei muss der Verstoß (möglicherweise auch durch den EuGH selbst⁵⁵⁷) „hinreichend qualifiziert“, also „offensichtlich“ sein, somit zu einer „strukturell bedeutsamen Verschiebung zu Lasten der Mitgliedstaaten“ führen und „innerstaatlich nicht ausgeglichen werden“ können.⁵⁵⁸

Ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip wurde bereits weiter oben abgelehnt.⁵⁵⁹ Die Zugrunderegung einer falsche Rechtsgrundlage stellt

552 BVerfGE 123, 267, 347; ferner *Wollenschläger*, in: Dreier, Art. 23 GG, Rn. 38.

553 BVerfGE 123, 267, 356; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 23 GG, Rn. 10.

554 BVerfGE 58, 1, 37; 89, 155, 183f., 187; 123, 267f., 356.

555 BVerfGE 123, 267 - 437, Rn. 241; 154, 17, 152, Rn. 110.

556 BVerfGE 58, 1, 30f.; 75, 223, 235, 242; 89, 155, 188: dort zum sogenannten ausbrechenden Rechtsakt.

557 BVerfGE 154, 17.

558 BVerfGE 126, 286, 304; 134, 266 Rn. 37; 142, 123 Rn. 147 f; 151, 202, Rn. 151, 153; 154, 17, 90 Rn. 110; Urteil vom 6.12.2022, 2 BvR 547/21 - 2 BvR 798/21, Rn. 129; *Wollenschläger*, in: Dreier, Art. 23 GG, Rn. 176; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 23 GG, Rn. 43.

559 Siehe oben, I. Teil, D. § 3 IV.

zwar per se, ebenso wie die Bezugnahme auf den zu diesem Zeitpunkt noch nicht kodifizierten EFR, einen Verstoß dar. Mit Blick auf die vorhandene alternative Rechtsgrundlage und die zeitnahe Aufnahme des EFR als Primärziel ist es dabei aber jedenfalls nicht zu einer schwerwiegenden kompetenzrechtlichen Verschiebung zu Lasten der Mitgliedstaaten gekommen. Ebenso verhält es sich im Hinblick auf eine potentielle Gültigkeitsvermutung des EuGH mit Blick auf die ERIC-VO aus Gründen der Rechtssicherheit und des Bestandschutzes. Solche Überlegungen sind auch in der deutschen Rechtstradition bekannt und von daher aus Sicht des BVerfG nicht zu beanstanden.⁵⁶⁰

C. Weitere Entwicklung der ERIC-VO

§ 1 Erste Änderung der ERIC-VO

I. Ursprüngliche Fassung

Durch die Verordnung (EU) Nr. 1261/2013 des Rates⁵⁶¹ ist die ERIC-VO im Jahr 2013 bereits einmal geändert worden.

Die erste Fassung der ERIC-VO sah in Art. 9 Abs. 2 vor, dass es für die Gründung eines ERICs mindestens dreier Mitgliedstaaten bedürfe. Weiterhin sollten diese über die Mehrheit der Stimmrechte in der Mitgliederversammlung verfügen. Die ursprüngliche Fassung lautete:

Artikel 9 Kriterien für die Zusammensetzung

- (2) *Ein ERIC muss zumindest drei Mitgliedstaaten als Mitglieder haben. Weitere Mitgliedstaaten können einem ERIC jederzeit zu in der Satzung festgelegten fairen und angemessenen Bedingungen als Mitglieder sowie zu in der Satzung festgelegten Bedingungen als Beobachter ohne Stimmrecht beitreten. Weitere assoziierte Länder und Drittländer, die keine assoziierten Länder sind, sowie zwischenstaatliche Organisationen können im Einklang mit den Bedingungen und Verfahren für die Erlangung des Mitgliedsstatus gemäß der Satzung ebenfalls beitreten, wenn die in Artikel 12 Buchstabe a genannte Mitgliederversammlung zustimmt.*

⁵⁶⁰ Vgl. § 44 VwVfG; Maurer/ Waldhoff, § 10 Rn. 85 ff.

⁵⁶¹ VERORDNUNG (EU) Nr. 1261/2013 DES RATES vom 2. Dezember 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 723/2009 über den gemeinschaftlichen Rechtsrahmen für ein Konsortium für eine Europäische Forschungsinfrastruktur (ERIC); ABL. L 326/1.

- (3) *Die Mitgliedstaaten verfügen gemeinsam über die Mehrheit der Stimmrechte in der Mitgliederversammlung.*

Hierdurch sollte der Einfluss der Mitgliedstaaten und somit der Union gegenüber assoziierten oder anderen Drittstaaten in dem, dem Unionsrecht unterliegenden ERIC gesichert werden, vgl. Erwägungsgründe (13), (14) der ERIC-VO: Sicherung der „Gemeinschaftsdimension.“⁵⁶²

- (13) *Zu den Mitgliedern eines ERIC sollten zumindest drei Mitgliedstaaten gehören; zudem können ihm assoziierte Länder und sonstige qualifizierte Drittländer sowie zwischenstaatliche Sonderorganisationen beitreten.*
- (14) *In Anbetracht der Gemeinschaftsdimension dieser Verordnung sollten die Mitgliedstaaten gemeinsam die Mehrheit der Stimmrechte in der Mitgliederversammlung eines ERIC innehaben.*

Die zwingende Stimmmehrheit der Mitgliedstaaten hat in der Folge die assoziierten Länder davon abgehalten, sich an ERICs zu beteiligen. Norwegen trug sich damals schon mit dem Gedanken, sogar Sitzland zweier ERICs zu werden. Damit verbunden war die Zusage größerer finanzieller Beiträge, die sich nach damaliger Gesetzeslage in den Stimmrechten nicht angemessen hätten widerspiegeln können.⁵⁶³

II. Jetzige Fassung

Mit dem Ziel, bis Ende 2015 mindestens 60 % der *ESFRI Roadmap* Projekte implementiert zu haben, sah sich die Kommission schließlich veranlasst, auf politischen Druck, dem Ansinnen Norwegens durch Vorlage eines Änderungsvorschlags Rechnung zu tragen.

Nach Durchführung eines erneuten Konsultationsverfahren nach Art. 187, 188 AEUV wurde Art. 9 Abs. 2 und 3 der ERIC-VO dahingehend geändert, dass von den erforderlichen drei Gründungsmitgliedern eines ERICs nur noch eines ein Mitgliedstaat sein muss; die anderen beiden Staaten können nunmehr auch assoziierte Länder sein. Weiterhin ist geregelt,

562 Vgl. auch die *Practical guidelines* (2010), S. 19: „In order to ensure a sufficient EU dimension (...).“

563 Vgl. *Begründung für den Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 723/2009 des Rates über den gemeinschaftlichen Rechtsrahmen für ein Konsortium für eine europäische Forschungsinfrastruktur (ERIC)*; KOM (2012) 682 endg., 1. Kontext des Vorschlags, 3., 4. und 5. UA.

dass Mitgliedstaaten und assoziierte Länder zusammen zwingend über die Stimmmehrheit in der Mitgliederversammlung verfügen müssen.⁵⁶⁴

Artikel 9 Kriterien für die Zusammensetzung – neue Fassung:

- (2) *Zu den Mitgliedern eines ERIC müssen ein Mitgliedstaat und zwei weitere Länder, die entweder Mitgliedstaat oder assoziiertes Land sind, gehören. Weitere Mitgliedstaaten oder assoziierte Länder können einem ERIC jederzeit zu in der Satzung festgelegten fairen und angemessenen Bedingungen als Mitglieder sowie zu in dieser Satzung festgelegten Bedingungen als Beobachter ohne Stimmrecht beitreten. Drittländer, die keine assoziierten Länder sind, sowie zwischenstaatliche Organisationen können im Einklang mit den Bedingungen und Verfahren für die Erlangung des Mitgliedsstatus gemäß der Satzung ebenfalls beitreten, wenn die in Artikel 12 Buchstabe a genannte Mitgliederversammlung zustimmt.*
- (3) *Die Mitgliedstaaten oder assoziierten Länder verfügen gemeinsam über die Mehrheit der Stimmrechte in der Mitgliederversammlung. Für ein ERIC mit Sitz in einem Mitgliedstaat erfordern Vorschläge für Änderungen seiner Satzung die Zustimmung der Mehrheit der Mitgliedstaaten, die Mitglieder dieses ERIC sind.*

Übersehen wurde dabei allerdings, dass auch der Wortlaut der Erwägungsgründe (13), (14) entsprechend auf die Neureglung anzupassen ist. Diese Beweggründe sollten im Rahmen der Nachholung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens neu gefasst werden.

Bewertung

Im Ergebnis hat man sich dazu entschlossen, das Interesse an ERICs und die Bereitschaft zu Investitionen der assoziierten Länder zu würdigen und diese daher hier mit den Mitgliedstaaten gleichzustellen, auch wenn es immerhin noch eines Mitgliedstaates für eine wirksame ERIC Gründung bedarf.

Dieses Vorgehen ist zwar nicht dazu geeignet, für assoziierte Länder weiterhin einen Anreiz zu schaffen, Vollmitglied der Union zu werden; wohl aber können dadurch Redundanzen vermieden, die Ausbreitung von ERICs in Europa gefördert und zusätzliche finanzielle Mittel für diese gesichert

⁵⁶⁴ Siehe dazu unten, 3. Teil, D. § 7 IV.

werden. Mittlerweile gibt es zwei ERICs mit Sitz in Norwegen: ECCSEL⁵⁶⁵ und CESSDA.⁵⁶⁶

Weiterhin „benachteiligt“ sind Drittstaaten. Dies ist aus Unionssicht jedoch konsequent, hat aber andererseits Überlegungen über ein „International Research Infrastructure Consortium (IRIC)“ ausgelöst.⁵⁶⁷

§ 2 Weitere Kommissionsmaßnahmen: Berichte und Expertengruppe

I. Berichtspflicht gemäß Art. 19 ERIC-VO

Gemäß Art. 19 ERIC-VO war die Kommission gegenüber dem Europäischen Parlament und dem Rat dazu verpflichtet, spätestens bis zum 27. Juli 2014 einen (ersten) Bericht über die Anwendung der ERIC-VO vorzulegen sowie eventuelle Änderungsvorschläge zu unterbreiten.

II. Umsetzung durch die Kommission

Die Kommission hat mittlerweile bereits zwei Berichte über die Anwendung der ERIC-VO veröffentlicht.

Der erste Bericht⁵⁶⁸ ist fristgerecht am 14. Juli 2014 veröffentlicht worden. Der zweite Bericht⁵⁶⁹ ist am 6. Juli 2018 erschienen.

Beide Berichte haben eine ähnliche Struktur, die zunächst betont, welche entscheidende Lücke die Rechtsform des ERICs in der europäischen Forschungslandschaft geschlossen hat. Nachfolgend wird berichtet, wie viele und welche ERICs es mittlerweile gibt und wer die beteiligten Länder sind. Dann wird auf die Rolle der Kommission und ihre bislang vorgenommenen

⁵⁶⁵ Siehe dazu oben, FN 17.

⁵⁶⁶ Siehe dazu oben, FN 18.

⁵⁶⁷ Siehe dazu unten, 2. Teil, F.

⁵⁶⁸ *BERICHT DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DEN RAT über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 723/2009 des Rates vom 25. Juni 2009 über den gemeinschaftlichen Rechtsrahmen für ein Konsortium für eine europäische Forschungsinfrastruktur (ERIC) vom 14.7.2014*, KOM (2014) 460 endg.

⁵⁶⁹ *BERICHT DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DEN RAT Zweiter Bericht der Kommission über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 723/2009 des Rates vom 25. Juni 2009 über den gemeinschaftlichen Rechtsrahmen für ein Konsortium für eine europäische Forschungsinfrastruktur (ERIC) vom 06.07.2018*, KOM (2018) 523 endg.

Tätigkeiten eingegangen, sowie auch auf den ERIC Ausschuss⁵⁷⁰ und den Austausch mit den einzelnen ERICs.

Als notwendige Verbesserung wird die Beschleunigung des Antragsverfahren im Wege der frühzeitigen Einbeziehung aller Beteiligten vor allem der nationalen Ministerien genannt. Schließlich werden einzelne Themen angesprochen, die aus Sicht der Kommission innerhalb der Mitgliedstaaten noch optimiert werden müssen bzw. eventuell auch einer Lösung auf europäischer Lösung bedürfen, ohne dass jedoch eine konkrete Änderung der ERIC-VO vorgeschlagen wird. Zu diesen Themen zählen: die uneinheitliche Art der Registrierung der ERICs in den Ländern (Handelsregister oder Vereinsregister) sowie damit eventuell verbundene Schwierigkeiten⁵⁷¹; die Steuerbefreiung, inkl. der Frage, ob auch Sachleistungen der ERIC Mitglieder von der Steuerbefreiung profitieren können⁵⁷²; Status der Beschäftigten, inkl. Gehaltsskalen, Einkommenssteuer und Personalkosten⁵⁷³; das Ausmaß einer zulässigen auch wirtschaftlichen Tätigkeit von ERICs mit Blick auf mögliche Service (inkl. *Spin offs*, Technologie Transfer)⁵⁷⁴; die bessere Nutzung von Strukturfondsmitteln⁵⁷⁵ sowie die Möglichkeit der Schaffung eines globalen Rechtsrahmens für Forschungsinfrastrukturen (*IRIC*).⁵⁷⁶

III. Bewertung

Bei den Berichten handelt es sich zum einen um eine Art Sachstandsbericht in puncto ERICs, zum anderen um einen Tätigkeitsbericht der Kommission. Bei den schließlich angesprochenen offenen Punkten geht es um „politische“ Forderungen, die das ERIC in seiner Wirkung noch effektiver machen soll. Die Kommission möchte ein europäisches Register voranbringen, ohne dass der tatsächliche Nutzen auf nationaler Ebene bereits nachgewiesen wäre.⁵⁷⁷ Die Steuerbefreiung auch für Sachleistungen an das ERIC ist hoch umstritten.⁵⁷⁸ Der Status der Beschäftigten und mögliche

570 Dazu unten, 2. Teil, D.

571 Dazu unten, 5. Teil, B. § 3 I.

572 Dazu unten, 4. Teil, A. § 5 II. 1.

573 Dazu unten, 3. Teil, E. § 2 V. und § 3.

574 Dazu unten, 3. Teil, E. § 1 II. 2.

575 Zu den entsprechenden Forderungen im Konsultationsverfahren oben, 2. Teil, A. § 2 III.

576 Dazu unten, 2. Teil, F.

577 Zur Registrierung der ERICs in Deutschland siehe unten, 5. Teil, B. § 2 II. 2., § 3 I.

578 Dazu unten, 4. Teil, A. § 5.

Privilegien sind sicherlich populäre Themen; jedoch gibt es keinerlei Anknüpfungspunkte in der bisherigen Fassung der ERIC-VO. Vielmehr wurde im Entstehungsprozess⁵⁷⁹ der ERIC-VO klar zum Ausdruck gebracht, dass die ERICs nur einige der Vorteile internationaler Organisationen erhalten sollen; diese sind auf eine Bevorzugung des ERICs gerichtet, nicht aber auf dessen Beschäftigte. Auch die Ausweitung der Möglichkeiten wirtschaftlicher Tätigkeiten der ERICs ist gewünscht. Mit Blick auf den Status des ERICs als internationale Einrichtung/Organisation im Sinne des Steuer- und Vergaberechts, muss es hier aber klare Grenzen geben, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Die bessere Nutzung von Strukturfondsmitteln ist bereits im Gründungsprozess der ERIC-VO von verschiedenen Seiten angesprochen worden⁵⁸⁰; die Umsetzung unterliegt jedoch großen praktischen Schwierigkeiten, da die Strukturfondsmittel eigene Zeitpläne haben und europäisch wie national anderen Zuständigkeiten unterliegen. Schließlich sind Strukturfondsmittel grundsätzlich nicht dazu geeignet, Betriebskosten zu finanzieren. Der Rechtsrahmen für ein globales ERIC übersteigt den Rahmen der ERIC-VO und muss an anderer Stelle diskutiert werden.⁵⁸¹

In den thematisierten Bereichen hat sich bislang wenig getan, was zum einen mit den tatsächlichen Hindernissen, zum anderen mit der oben bereits beschriebenen Zurückhaltung der Kommission und der Mitgliedstaaten im Bereich gesetzgeberischer Maßnahmen zu tun hat.⁵⁸²

Nicht angesprochen wird in beiden Berichten die verfehlte Rechtsgrundlage.⁵⁸³

579 Dazu oben, 2. Teil, A. § 1.

580 Insbesondere von den Ausschüssen und dem Parlament. Dazu oben, 2. Teil, A. § 2 III. 1-3.

581 Dazu unten, 2. Teil, F.

582 Siehe dazu 1. Teil, A. § 6.

583 Dazu oben, 2. Teil, B.

IV. Expert Group ERIC

1. Einberufung

Im Jahr 2020 hat die Kommission entschieden, eine Expertengruppe⁵⁸⁴ ERIC (*Expert Group ERIC, EGERIC*) einzusetzen, die bis Ende Juli 2021 einen Bericht vorlegen sollte. Die Ergebnisse dieser Arbeitsgruppe wird die Kommission in ihrem nächsten Implementierungsbericht berücksichtigen, den sie bis 2022 dem Rat vorlegen muss.⁵⁸⁵

Ausweislich der Leistungsbeschreibung (*terms of references*)⁵⁸⁶ dieser Expertengruppe ist es deren Aufgabe, die Umsetzung der ERIC-VO zu bewerten (unter Einbeziehung von *Success Stories, Lessons Learned, Added Value*-Analysen, Hindernissen und Lösungsvorschlägen), bewährte Verfahren zur Befreiung von der Mehrwertsteuer für Sachleistungen zu ermitteln, die Beteiligung von Drittländern und internationalen Organisationen an ERIC und die finanzielle Tragfähigkeit von ERICs und nationaler Investitionen zu untersuchen sowie einen Ausblick auf die Implementierung der ERICs und deren Bedeutung in der Zukunft zu geben. Zusammengefasst ist die Expertengruppe somit damit beauftragt, den Ist-Zustand der Implementierung der ERIC-VO zusammen zu tragen und zu analysieren.

2. Ergebnisse der Arbeitsgruppe

Anfang September 2021 hat die Arbeitsgruppe ihren Bericht als Entwurf veröffentlicht. Die Ergebnisse wurden auf einem von der Kommission veranstalteten Workshop u.a. mit Vertretern der ERICs und des ERIC Ausschusses⁵⁸⁷ diskutiert. Der auf Basis dieser Diskussion finalisierte Entwurf wurde am 19. Oktober 2021 im ERIC Ausschuss vorgestellt. Im Ergebnis hat

584 <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupId=3722&news=1>; Grundlage für die Finanzierung dieser Experten-
gruppe ist: 2020 Arbeitsprogramm 2018-2020 „Forschungsinfrastrukturen“, Andere
Aktionen, I“Externe Expertise“, Punkt 6.

585 Schlussfolgerungen des Rates vom 30. November 2018 (14989/18), siehe S. 6, dort:
Nr. 7.; „invites the Commission to present the next ERIC implementation Report by
2022.“ Bis dato, 31.12.2022 liegt dieser Bericht noch nicht vor. Nachtrag: Den Bericht
hat die Kommission am 14.08.2023 vorgelegt,
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023DC0488>.

586 Siehe FN 584.

587 Siehe dazu unten, 2. Teil, D.

die Arbeitsgruppe in Bezug auf die Implementierung folgende Probleme festgestellt:⁵⁸⁸

- ein Mangel an Übersicht und Governance über die ERICs sowohl auf Seiten der Kommission als auch der Regierungen (der Mitglied- und Drittstaaten);
- ungünstige Beschäftigungsbedingungen, die „diskriminierend“ gegenüber anderen „EU-Institutionen“ seien;
- eine nicht ausreichende Implementation der Mehrwertsteuerbefreiung (insb. mit Bezug auf die Sach- (*In-kind*) Leistungen);
- ein nicht ausreichendes *Commitment* der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Aktivitäten der verteilten Infrastrukturen;
- Ambiguität bei der Beteiligung von ERICs in EU-Projekten und Partnerschaften;
- Keine effektive Zusammenarbeit zwischen Zentrum und Peripherie bei ERICs und auf Regierungsebene;
- Formale Hindernisse bei der Beteiligung von Drittstaaten.

Zur Behebung dieser Mängel werden folgende Maßnahmen empfohlen:

- eine verbesserte *Governance* innerhalb des EFR, die es ermöglicht, die Kapazitäten des „ERIC System“ besser auszuschöpfen;
- die Einrichtung eines Registers auf Basis gesammelter und standardisierter Daten unter Einbeziehung des ERIC Ausschusses⁵⁸⁹, ESFRI und des ERIC Forums⁵⁹⁰;
- Integration von Zentrum zur Peripherie sollte unterstützt werden, insbesondere durch Anerkennung der Leistungen von beteiligten Universitäten;
- Angleichung der Beschäftigungsbedingungen an diejenigen von EU-Institutionen;
- Zukunftsfähigkeit der ERICs sollte durch Langzeitplanung der öffentlichen Mittel, volle Nutzung der Steuerbefreiung und faire Beteiligungen der ERICs an Partnerschaften erreicht werden;
- Anerkennung des ERIC Forums in seiner bedeutenden Rolle als „key-enabler.“

588 *European Commission, Directorate-General for Research and Innovation, Assessment on the implementation of the Eric Regulation, 2021, <https://data.europa.eu/doi/10.2777/747211>.*

589 Dazu unten, 2. Teil, D.

590 Dazu unten, 2. Teil, E.

3. Stellungnahme

Die Empfehlungen der Expertenarbeitsgruppe gehen weit über das hinaus, was bislang in den bisher veröffentlichten Implementierungsberichten⁵⁹¹ gefordert worden war. Durch Einsetzung einer Expertenarbeitsgruppe, deren Mitglieder aus der *scientific community* stammen, hat sich die Kommission (und mit ihr die Mitgliedstaaten) nun selbst unter den Druck gesetzt, u.U. größere Veränderungen mit Blick auf die ERIC-VO voranzubringen. Jedoch bleibt abzuwarten, wie der bis 2022 seitens der Kommission zu erstellende dritte Implementierungsbericht aussehen wird.⁵⁹² Insgesamt setzt man weiterhin darauf, dass es mehr darum geht, die Möglichkeiten der ERIC-VO voll auszuschöpfen, als sie notgedrungen ändern zu müssen. Die geforderte „Registrierung“, die vorzugsweise von den ERICs selbst vorgenommen werden soll, kann wohl nicht als behördlicher Vorgang zu verstehen sein.⁵⁹³ Neu ist, dass zur Umsetzung der ERIC-VO die Notwendigkeit der Einführung eines „ERIC Systems“, also einer übergeordneten Governance gefordert wird, einer Art Selbstverwaltung der ERICs. Die Dauerthematik der zu instabilen Förderung wird genauer beleuchtet: als neuer Aspekt wird dabei die mangelnde Sichtbarkeit und Förderung der beteiligten Universitäten an verteilten Infrastrukturen herausgestellt, die zur Instabilität des ganzen ERICs führen kann. Erneut wird auch auf die Beschäftigungsverhältnisse der ERICs eingegangen. Neu ist insofern aber, dass eine Angleichung der Konditionen an diejenigen anderer „EU Institutionen“ gefordert wird, insbesondere die der gemeinsamen Unternehmen⁵⁹⁴ – nicht zuletzt auch mit Blick darauf, dass die ERIC-VO auf derselben Rechtsgrundlage basiert wie diese.⁵⁹⁵ Dabei wird aber (eventuell wissentlich) außer Acht gelassen, dass während des Entstehungsprozesses der ERIC-VO eine bewusste Entscheidung gewesen ist, dass den ERICs nur in einem beschränkten Umfang die Vorteile internationaler Organisationen

591 Dazu zuvor unter, 2. Teil, C. § 2 II.-III.

592 Siehe FN 585.

593 Die Kommission hat das Thema mittlerweile innerhalb des neuen *Horizon Europe* Arbeitsprogramms 23/24 für Forschungsinfrastrukturen aufgenommen (Annex 3 *Horizon Europe Work Programme 2023/24*) und spricht diesbezüglich von einem aufzubauenden „*observatory*“. Siehe FN 291.

594 Dazu bereits oben, 1. Teil, D. § 3 II. – Zu den Beschäftigtenverhältnissen im Kontext der ERIC Implementierungsberichte siehe bereits oben, 2. Teil, C. § 2 II.

595 Dazu bereits oben, 2. Teil, B. § 1.

ingeräumt werden sollten.⁵⁹⁶ Wird nun aber eine Gleichstellung mit „EU Institutionen“ gefordert, so wäre zunächst einmal zu klären, wer Adressat dieser Forderung ist: Die Mitgliedstaaten als Hauptfinanzierer der ERICs oder aber die Union, die allein über die Einräumung von EU Privilegien entscheiden kann. Die Annäherung an gemeinsame Unternehmen würde zudem erneut die Frage einer Beteiligung der Union aufwerfen.⁵⁹⁷

4. Nachtrag: Dritter Implementierungsbericht zur ERIC-VO

In dem am 14.08.2023 erschienenen dritten Implementierungsbericht der Kommission über die Anwendung der ERIC-VO (COM 2023) 488 final hat sich die Kommission mit Blick auf die zuvor von der Expertenarbeitsgruppe erarbeiteten Verbesserungsvorschläge nur sehr zurückhaltend und vage geäußert: So heißt es dort etwa zusammenfassend auf Seite 2: (...) „Die langfristigen Finanzierungsrahmen der ERIC müssen auf wirksame Synergien zwischen allen möglichen Finanzierungsquellen auf EU-, nationaler und regionaler Ebene aufbauen. (...) Durch die Harmonisierung der Beschäftigungsbedingungen sollten die Länder, die Mitglieder eines ERIC sind, etwas gegen den Mangel an Karriereaussichten für ERIC-Mitarbeitende unternehmen. Eine bessere Definition der Tätigkeiten von ERIC würde dazu beitragen, die Mehrwertsteuerbefreiung anzuwenden, und transnationale Investitionen erleichtern. (...)“

Tatsächlich sind Kommission und Mitgliedstaaten also keinesfalls die gewünschte Annäherung des ERIC an EU-Institutionen mitgegangen. Die Verbesserung der Karriereaussichten der ERIC-Mitarbeitenden wird in die Hände der Mitglieder der ERIC gelegt, wobei nicht klar ist, was diese allein durch Harmonisierung erreichen können sollen. Die Finanzierung der ERICs wird nunmehr tendenziell als gemeinsame Aufgabe, allerdings keinesfalls im Sinne eines festen *Commitments* formuliert, sondern eher in einer Ansammlung unterschiedlicher Finanzierungsquellen. Die Steuerproblematik wird nur angerissen. Es bleibt abzuwarten, welchen Mehrwert der Bericht entfalten können wird.

⁵⁹⁶ Dazu bereits oben, 2. Teil, A. § 1 I.

⁵⁹⁷ Dazu bereits oben, 2. Teil, B. § 1 I. 1. b).

§ 3 Practical guidelines

In den Jahren 2010⁵⁹⁸ und 2015⁵⁹⁹ hat die Kommission sog. *Practical Guidelines* herausgebracht. Dabei handelt es sich um eine Art Kommentierung, der insbesondere neuen ERIC Antragstellern Orientierung mit Blick auf das Antragsverfahren und das Verfassen der ERIC Satzung geben soll.

Während die erste Fassung noch wie ein juristischer Kommentar mit Kommentierung pro Artikel der ERIC-VO aufgebaut war, wurde dieser Aufbau in der zweiten Fassung aufgegeben und nach Themen aufgegliedert. Anders als es sonst bei juristischen Kommentaren der Fall ist, handelt es sich bei den *practical guidelines* um ein offizielles Dokument der Kommission. Soweit darin bestimmte Verfahren oder Ansichten der Kommission beschrieben sind, können diese für die Kommission bindend sein. Gemäß dem Grundsatz „*patere legem quam ipse fecisti*“, der auch vom EuGH anerkannt⁶⁰⁰ ist und im deutschen Recht dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung⁶⁰¹ entspricht, kann sie ein grundsätzlich bestehendes Ermessen unter Umständen mit Blick auf den Gleichheitsgrundsatz nur eingeschränkt ausüben. Im Wesentlichen fasst die Kommission in der Kommentierung das zusammen, was im Zuge der bis jetzt erfolgten ERIC Gründungen an Erfahrungen gesammelt werden konnte.

Zusätzlich enthalten die *Practical guidelines* eine Mustersatzung. Die Anwendung der Mustersatzung ist keinesfalls zwingend, zumal gerade die Flexibilität ein Vorteil der ERICs sein soll. Mit Blick auf die zu erwartende Beschleunigung des Antragprozesses sollte man sie jedoch jedenfalls in die Überlegungen miteinbeziehen.

Die für 2020 vorgesehene Neuauflage der *Practical guidelines* hat sich coronabedingt verzögert und konnte bislang nicht fertig gestellt werden. Bei der Erstellung bezieht die Kommission den ERIC Ausschuss⁶⁰² und das ERIC Forum ein.⁶⁰³ Beabsichtigt ist es, die *Practical guidelines* auf die operationelle Phase der ERICs auszudehnen. Ob es hierzu kommt, bleibt

598 <https://www.yumpu.com/en/document/read/37087490/eric-european-commission-europa>.

599 <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c6647f05-874e-4cdd-af70-22ade4759930>.

600 EuGH 70/74 vom 26. Juni 1975, S. 801.

601 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 27.

602 Siehe dazu unten, 2. Teil, D.

603 Siehe dazu unten, 2. Teil E.

abzuwarten. An sich hat die Kommission in dieser Phase nur eine untergeordnete Rolle.⁶⁰⁴

D. Der ERIC Ausschuss

Auf der Ebene der Durchführung von Rechtsakten der Union können prinzipiell die Kommission und die Mitgliedstaaten beteiligt sein. Bei Inkrafttreten der ERIC-VO galt zunächst noch Art. 202, 3. Spiegelstrich, Art. 211, 3. Spiegelstrich EGV, wonach der Rat die Kommission zur Durchführung von Vorschriften ermächtigen konnte. Gemäß Art. 202, 3. Spiegelstrich Satz 2 kann der Rat dabei, bestimmte Modalitäten für die Ausübung dieser Befugnisse festlegen. Diese betreffen insbesondere die Zusammenarbeit innerhalb des Ausschusses (*Komitologie*), in denen Vertreter der Mitgliedstaaten unter dem Vorsitz der Kommission sitzen und die Kommission bei der Durchführung von Rechtsakten unterstützen bzw. kontrollieren.

§ 1 Rechtsgrundlage

I. ERIC-VO

Vor diesem Hintergrund ist Art. 20 Abs. 1 ERIC-VO zu verstehen, demzufolge die Kommission bei der Durchführung der ihr nach der ERIC-VO zukommenden Aufgaben von einem Verwaltungsausschuss⁶⁰⁵ unterstützt wird. In Art. 20 Abs. 2 ERIC-VO wird auf die Artikel 4 und 7 des Beschlusses 1999/468/EG⁶⁰⁶ verwiesen, der auf Art. 202, 3. Spiegelstrich Satz 2 basiert.

604 Dazu unten, 3. Teil, E. § 5.

605 Bezeichnung in englischer Sprache: *Committee for the implementation of the regulation on the Community Legal Framework for a European Infrastructure Consortium*.

606 BESCHLUSS DES RATES vom 28. Juni 1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse (1999/468/EG), L 184/23;
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999D0468&from=DE>.

II. Komitologie - Beschluss 1999/468/EG

1. Einordnung des ERIC Ausschusses

In Art. 4 des Beschlusses 1999/468/EG ist das Verwaltungsverfahren geregelt. Art. 4 Abs. 3 des Beschlusses regelt, dass für den Fall, dass der Ausschuss sich nicht einem Vorschlag der Kommission anschließt, das Europäische Parlament bis zu drei Monate – wegen Art. 20 Abs. 2 ERIC-VO zwei Monate – Zeit hat, einen ggf. anderslautenden Beschluss zu fassen. Das bedeutet umgekehrt, dass der Ausschuss als Verwaltungsausschuss die Möglichkeit hat, eine von der Kommission vorgeschlagene Maßnahme zu verzögern und eine Entscheidung durch das Europäische Parlament zu erzwingen.

2. Kompetenz des Ausschusses

Damit ist der in Art. 20 Abs. 1 ERIC-VO geregelte Ausschuss vom Ursprung nach und im System der Komitologie ein Verwaltungsausschuss.⁶⁰⁷ Diesem steht es zu, Anträge auf Gründungen von ERICs kritisch zu prüfen. Das Europäische Parlament kann sich dieser Haltung anschließen und somit die Gründung eines ERIC entgegen dem Vorschlag der Kommission endgültig ablehnen. Der Kommission ist es so verwehrt, beispielsweise ein ERIC, an dem vornehmlich sie ein Interesse hat, zu erzwingen. Zudem kann überprüft werden, ob es sich um eine echte Infrastruktur oder nur um ein Netzwerk handelt.⁶⁰⁸ Soweit es sich bei den ERIC Antragstellern um Projekte handelt, die von der *ESFRI Roadmap* stammen, ist es eher unwahrscheinlich, dass das Projekt im Rahmen der Prüfung durch den Ausschuss auch nochmal wissenschaftlich hinterfragt wird. Anders verhält es sich ggf., wenn Projekte nicht von der *ESFRI Roadmap* stammen.

607 Zur Terminologie vgl. Art. 4 Abs. 1 des Beschlusses 1999/468/EG.

608 Zur Abgrenzung siehe unten, 3. Teil, A. § 2 1. b).

III. Verordnung (EU) Nr. 182/2011

Mit dem Vertrag von Lissabon⁶⁰⁹ wurde das System der Komitologie reformiert. Anstelle des Art. 202 EGV ist Art. 291 Abs. 1 AEUV getreten. Dieser regelt in seinem Absatz 1, dass es im Sinne der Subsidiarität grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten ist, alle zur Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Bedarf es jedoch einheitlicher Durchführungsbestimmungen, dann werden die Durchführungsbefugnisse nach Art. 291 Abs. 2 AEUV der Kommission übertragen, die gemäß Art. 291 Abs. 3 AEUV nunmehr auf Basis einer Verordnung mit den Mitgliedstaaten innerhalb eines Ausschusses zusammenarbeitet.

1. Notwendigkeit einer neuen Einordnung des ERIC Ausschusses

Gemäß Art. 12 der „Verordnung (EU) Nr. 182/2011 vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren“⁶¹⁰ wurde der Beschluss 1999/468/EG in Umsetzung des Lissabon Vertrags aufgehoben. Aus Vereinfachungsgründen wird fortan nur noch zwischen überprüfenden und beratenden Ausschüssen unterschieden, vgl. Erwägungsgrund (8) der Verordnung.

Gemäß Art. 2 Abs. 3 der Verordnung wird grundsätzlich das Beratungsverfahren zum Erlass von Durchführungsrechtsakten angewendet. Nur in den Art. 2 Abs. 2 der Verordnung vorgesehenen Fällen von allgemeiner Tragweite oder in Einzelfällen wie zum Beispiel bei Programmen mit wesentlichen Auswirkungen, Art. 2 Abs. 2 i) oder der Besteuerung, Art. 2 Abs. 2 v) findet das Prüfverfahren Anwendung. Obgleich der Bereich der Forschung hier nicht explizit erwähnt ist, ergibt sich doch aus Art. 13 Abs. 1 b) der Verordnung, demzufolge Verweise auf Art. 4 des außer Kraft getretenen Beschlusses sich nunmehr auf Art. 5 der Verordnung und somit auf das Prüfverfahren beziehen, dass der ERIC Ausschuss nunmehr zu den überprüfenden Ausschüssen zählt.

609 In Abgrenzung zu Art. 3, der das Beratungsverfahren beinhaltet, sowie Art. 5, der das Regelungsverfahren zum Gegenstand hat.

610 VERORDNUNG (EU) Nr. 182/2011 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren; ABL L 55/13.

2. Konsequenzen im Falle einer Nichteinigung/ Kompetenz des Ausschusses

Im Falle einer abweichenden Stellungnahme des Ausschusses ist nunmehr ein Berufungsausschuss vorgesehen.

Im Fall einer abweisenden Stellungnahme auch des Berufungsausschusses darf die Kommission den Durchführungsrechtsakt nicht beschließen.

Somit kommt dem Ausschuss auch unter Geltung der neuen Verordnung im Bedarfsfalle die Möglichkeit zu, die Gründung eines neuen ERICs zu verhindern. Anders als zuvor kann dies sogar geschehen, ohne dass das Europäische Parlament involviert wird.

Das Europäische Parlament ist aus diesem Prozess nunmehr herausgenommen, ist jedoch fortlaufend zu unterrichten (Art. 10 der Verordnung) und kann sich jederzeit von sich aus in Verfahren einschalten, Art. 11 der Verordnung.

§ 2 ERIC Ausschuss in der Praxis

Der ERIC Ausschuss hat seit seiner Einrichtung bereits in nahezu 40 Sitzungen getagt. Im November 2023 hat die 39. Sitzung stattgefunden.

E. Vom ERIC Netzwerk zum ERIC Forum

§ 1 Initiative der Kommission

Auf Initiative der Kommission fand am 13. Juni 2014 das erste ERIC Netzwerk-Treffen in Brüssel statt. Damit verfolgte die Kommission verschiedene Zwecke: Zunächst wollte sie sich auf Basis eines zuvor verschickten Fragebogens⁶¹¹ einen Eindruck davon verschaffen, inwieweit die ERICs bei ihrer Implementierung auf nationaler Ebene auf Probleme stoßen; des Weiteren war mit dieser Initiative auch die Absicht verbunden, die ERICs

611 Inhaltlich ging es dabei um Fragen zu Registrierung, Steuerbefreiung, Versicherungen, Budget, Berichts-, Personal- und Beschaffungswesen. – *Moskovko/ Astvaldsson/ Hallonsten*, S. 261, bezeichnen das ERIC Forum als „*informal interest grouping of these novel creations that advocate for their own visibility and recognition.*“ – Zudem: „...the ERIC Forum where best practices are shared and collaborative work undertaken to solve common challenges.“, in: *Big science*, S. 150.

zum Zwecke des Erfahrungsaustauschs untereinander besser in Kontakt zu bringen, um so langfristig die Kommission zu entlasten. Schließlich bestand zudem von Anfang an der Plan, langfristig eine *Governance* aufzubauen, die u.a. der Kommission einen Ansprechpartner als ERIC Vertreter bietet statt mehr als 20 einzelne ERICs.

Die Initiative ist auf fruchtbaren Boden gefallen: seit dem ersten Treffen wurden ERIC Netzwerktreffen zunächst im Halbjahresturnus bei CERIC-ERIC in Triest, SHARE-ERIC in München, CLARIN-ERIC und EATRIS-ERIC in Amsterdam, ECRIN-ERIC in Paris, ICOS-ERIC in Helsinki, BBMRI-ERIC in Graz, INSTRUCT-ERIC in Oxford, Lifewatch-ERIC in Sevilla sowie CESSDA-ERIC in Oslo – jeweils auch unter Beteiligung der Kommission, nationaler Ministerien und weiterer Gäste – organisiert.

Inhaltlich ging es bei den Treffen zum einen um den gewünschten Erfahrungsaustausch, zum anderen aber auch zunehmend um Überlegungen, wie man die ERICs wirkungsvoll nach außen vertreten kann.

§ 2 Auf dem Weg zum ERIC Forum

Schon während des Treffens in Amsterdam war eine Gruppe von Freiwilligen bestimmt worden, die Wege ermitteln sollten, in welcher Form sich das ERIC Netzwerk sinnvoll organisieren könnte. Während des Treffens bei ICOS-ERIC in Helsinki und nachfolgend wurde ein *Memorandum of understanding* (MoU) über die Gründung des „ERIC Forums“ von allen ERIC Direktoren unterzeichnet, das seitdem die Grundlage für die Zusammenarbeit der ERICs bildet. In Oxford hat sich zudem über erste interne Regelungen verständigt.

§ 3 ERIC Forum Implementierungsprojekt

Unterstützung hat das ERIC Forum durch ein EU-Projekt (*INFRASUPP*) erhalten. Es ist Anfang 2019 gestartet und hatte eine Laufzeit von vier Jahren. Sechs verschiedene Arbeitspakete sahen neben der Koordinierung, die Arbeit an einem dauerhaften *Governance* Modell für das Forum vor, sowie die Erarbeitung von gemeinsamen Lösungen in den operationellen Bereichen wie *Human Resources*, Finanzen, Verwaltung, Beschaffung, Steuerbefreiung, Evaluation, *Key Performance Indicators*, sozioökonomischer *Impact*, harmonisiertes Berichtswesen, interne und externe Kommunikati-

on und *Outreach* Aktivitäten. Diese Tätigkeiten waren nicht nur dazu geeignet, das Forum in seinem Aufbau und seinen Aktivitäten zu unterstützen, sondern, wie beabsichtigt, auch die Kommission zu entlasten.

§ 4 ERIC Forum Governance

Die nunmehr beschlossene Governance für das ERIC Forum sieht einen *Chair* und einen *Vice-Chair* vor, die zusammen mit Vertretern aus den übrigen wissenschaftlichen Bereichen ein *Executive Board* bilden. Alle ERICs zusammen bilden die Mitgliederversammlung. Die Mitgliedschaft steht jedem gegründeten ERIC auf Basis des MoU offen. Kommission, *ESFRI*, nationale Ministerien und ERIC Antragsteller haben Beobachterstatus.

§ 5 Bewertung und Ausblick

Das ERIC Forum ist geeignet, den Erfahrungsaustausch zwischen den ERICs und zukünftigen ERICs zu sichern. Es kann der wachsenden Zahl von ERICs im Geflecht von immer neuen Gruppierungen innerhalb des EFR und darüber hinaus eine Stimme geben.

In seiner Rolle steht es zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten, darf insofern nicht zum Spielball werden. Im neuen Arbeitsprogramm⁶¹² Forschungsinfrastrukturen ist ein Nachfolge-*Call* vorgesehen, der dem ERIC-Forum einerseits das finanzielle Überleben sichert, es andererseits aber vor die schwierige Aufgabe stellt, einige der im *EGERIC Report*⁶¹³ vorgeschlagenen Maßnahmen im Auftrag der Kommission umsetzen zu müssen. Die dort genannten Ziele, wie eine europäische Registrierung und eine Angleichung der Beschäftigungsverhältnisse finden sich im *Call*-Text jedoch nur noch andeutungsweise.⁶¹⁴ Es bleibt abzuwarten, inwieweit sich das „ERIC-System“ in Zukunft selbst verwalten kann, oder aber Mitgliedstaaten und Kommission tätig werden müssen.⁶¹⁵

612 Zum Arbeitsprogramm, siehe FN 291; dort S. 121 ff: *Other Actions not subject to calls for proposals; Grants to identified beneficiaries; 1. Coordination and Monitoring of the European Research Infrastructure Consortia (ERICs).*

613 Zum *EGERIC Report* siehe oben, 2. Teil, C. § 2 IV.

614 Zu den Beschäftigungsverhältnissen, siehe unten 3. Teil, E. § 3. Zu Fragen der Registrierung siehe unten 5. Teil, B. § 2, II. 2, § 3 I. Zur Registrierung beim EVTZ und der EWIV und dem Nichterfordernis bei den gemeinsamen Unternehmen und internationalen Organisationen siehe unten, 3. Teil, B. § 3.

F. Internationales Konsortium für Forschungsinfrastrukturen

Ende 2014 hat die Kommission in verschiedenen Gremien⁶¹⁶, darunter insbesondere das GSF („Global Science Forum“), die OECD, die GSO („Group of Senior Officials“) angeregt, über die Möglichkeit der Einführung eines IRIC⁶¹⁷ nachzudenken. Damit wurde der Zweck verfolgt, das „ERIC Instrument“ für Drittstaaten, die sich vor allem an der vorrangigen Geltung des EU Rechts stören könnten, attraktiver zu machen. Dies würde die Schaffung einer Rechtsgrundlage voraussetzen, auf der ein solches internationales Konsortium geschaffen werden könnte. In Betracht käme es, wie bei der ERIC-VO, eine Art Rahmen zu beschließen, dem interessierte Staaten beitreten könnten. Diese müssten die Rechtspersönlichkeit des *IRIC* anerkennen und bereit sein, steuerliche und weitere Vorrechte zu gewähren. Die Vorrechte müssten weitergehen als bei dem ERIC, bei dem aufgrund der Einbindung in die Union ohnehin schon Grundfreiheiten, wie Personenverkehrsfreiheit und Niederlassungsfreiheit gegeben sind. Anstelle der Gerichtsbarkeit des EuGHs müsste eine zwischenstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit treten.

Offenbar aufgrund mangelnden Interesses der angesprochenen Staaten an einem solchen Rahmen, der die Gründung einer Vielzahl internationaler *Consortia* ermöglichen können sollte, hat die GSO im Jahr 2015 angekündigt, das Thema nicht weiter verfolgen zu wollen, weil der mutmaßliche Aufwand in keinem Verhältnis zum erwarteten Nutzen stehen würde.⁶¹⁸

Für den Bereich der internationalen Kooperation bleibt es somit bei den bisherigen Instrumentarien, insbesondere der Gründung völkerrechtsfähiger internationaler Organisationen.⁶¹⁹

615 Vgl. dazu die Stellungnahme in 2. Teil, C. § 2 IV. 3.

616 Zu diesen Gremien siehe auf der Übersichtsseite der Kommission: https://research-and-innovation.ec.europa.eu/strategy/strategy-2020-2024/our-digital-future/european-research-infrastructures/international-cooperation-research-infrastructure-dimension_en.

617 Dazu schon oben, 2. Teil, C. § 1 II., § 2 II.

618 "Due to the complexity and political sensitivity of the issue, the GSO will not further explore the possibility of setting up an International legal framework for RIs. The issue of the legal framework of International RIs will be addressed, as appropriate, and when so decided, if a specific requirement were to arise in the frame of the other activities/policies being dealt by the Group.", aus: *Group of Senior Officials on Global Research Infrastructures Progress Report 2015*, S. 20. http://www.gsogri.org/wp-content/uploads/2019/12/gso_progress_report_2015_final.pdf.

G. Konsortien für europäische Digitalinfrastrukturen

§ 1 „ERIC Modell“ zur Bewältigung der Herausforderungen der Digitalisierung

Einen neuen Ansatz stellt es dar, das Modell der Rechtsform des ERIC auch außerhalb des Forschungsbereich nutzbar machen zu wollen: So hat die Kommission im September 2021 den Entwurf eines Beschlusses vorgelegt, der neben anderen Maßnahmen die Einführung und Nutzung sog. Konsortien für europäische Digitalinfrastrukturen (*European Digital Infrastructure Consortium, EDIC*) für Mehrländerprojekte vorsieht.⁶²⁰ Die Maßnahme steht im Kontext des Politikprogramms für 2030 „Weg in die digitale Dekade“ und soll auf Art. 173 Abs. 3 AEUV (Wettbewerbsfähigkeit der Industrie) gestützt werden. In diesem Bereich ist es auch schon zuvor zur Gründung von gemeinsamen Unternehmen gekommen, denen entweder der Art. 187 AEUV oder die Art. 45-51 EAGV zugrunde gelegt wurden.⁶²¹ Zukünftig soll das EDIC – neben anderen Durchführungsmechanismen, zu denen ausdrücklich auch das ERIC gehört – dort eine Lücke schließen, wo Mitgliedstaaten auch außerhalb des Forschungsbereichs zusammenarbeiten möchten (Art. 11 Abs. 4 des Beschlusses). Im Beschluss sind bereits zahlreiche Projekte genannt, die mit Hilfe von EDICs durchgeführt werden

619 Siehe dazu oben, I. Teil, D. § 1 II.

620 KOM (2021) 574 endg., vom 15.09.2021, S. 32 ff., *Chapter 5, Art. 15 ff.* Am 8.12.2022 hat der Rat das „2030 policy programme ‚Path to the Digital Decade‘“ angenommen: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/08/path-to-the-digital-decade-council-adopts-key-policy-programme-for-eu-s-digital-transformation/>. Am 19.12.2022 wurde der Beschluss veröffentlicht: Beschluss (EU) 2022/2481 des europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über die Aufstellung des Politikprogramms 2030 für die digitale Dekade, L 323/4, dort Art. 11 ff.

Zudem liegt nun vor: Konsortium für eine europäische Chip-Infrastruktur (ECIC) im Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Rahmens für Maßnahmen zur Stärkung des europäischen Halbleiter-Ökosystems (Chip-Gesetz) (KOM (2022) 46) sowie Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen Beitrag der Kommission zur europäischen Verteidigung (KOM (2022) 60), dort S. 8 Bezug auf das ERIC wegen Mehrwertsteuerbefreiung und gemeinsamen Procurement.

621 Bieber/Kotzur, § 29 Rn. 3, 5.

könnten.⁶²² Konsequenz der gewählten Rechtsgrundlage des Art. 173 AEUV war das Erfordernis der Durchführung eines ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens gemäß Art. 173 Abs. 3 AEUV zur Annahme des Beschlusses.

§ 2 Gemeinsamkeiten der EDICs mit den ERICs

Die Struktur des EDIC weist große Ähnlichkeit zum ERIC auf: So soll es bei diesem ebenfalls um eine staatenübergreifende Zusammenarbeit gehen: der Beschluss sieht in Art. 15 Abs. 1 vor, dass mindestens drei Mitgliedstaaten an einem Mehrländerprojekt/EDIC beteiligt sein müssen.⁶²³ Diese stellen einen Antrag auf Gründung eines EDICs bei der Kommission (Art. 16 Abs. 1 a) des Entwurfs). Die Gründung eines EDIC erfolgt auf Antrag der Mitgliedstaaten durch Beschluss der Kommission (Art. 14 Abs. 1a), Abs. 3 a) des Beschlusses). Mit Inkrafttreten des Beschlusses soll auch das EDIC in allen Mitgliedstaaten die weitestgehende Rechts- und Geschäftsfähigkeit erhalten (Art. 13 Abs. 3, Abs. 4 des Beschlusses) und ist vom Sitzmitgliedstaat zuvor als internationale Organisation bzw. Einrichtung im Sinne des Art. 143 Buchstabe g und Art. 151 Abs. 1 Buchstabe b der Richtlinie 2006/112/EG sowie des Art. 12 Abs. 1 Buchstabe b der RL 2008/118/EG anzuerkennen (Art. 14 Abs. 1 d) des Beschlusses). So, wie auch das ERIC, muss das EDIC zumindest eine Mitgliederversammlung sowie ein Exekutivorgan haben (Art. 16 des Beschlusses). Ähnlichkeiten weisen auch die Vorschriften zur Satzung, Haftung, dem anwendbaren Recht, der Auflösung, zur Berichterstattung und Kontrolle sowie hinsichtlich eines einzurichtenden Ausschusses auf (Art. 13-21 des Beschlusses).

622 Erwägungsgrund 13 des Beschlusses, FN 620: Dazu zählen die Europäische Blockchaininfrastruktur, Vorbereitung der europaweiten Einführung von 5G Korridoren, vernetzte öffentliche Verwaltung, gemeinsame europäische Dateninfrastrukturen und -dienste etc.

623 Dies entspricht der ERIC-VO allerdings in ihrer ursprünglichen Fassung. – Drittländer können an einem EDIC teilnehmen, wenn sie mit der Union über ein Programm assoziiert sind, Art. 11 Abs. 3 des Beschlusses.

§ 3 Abweichungen im Vergleich zu ERICs

Regelungen über das EDIC sollen – im Gegensatz zur ERIC-VO – im Wege eines Beschlusses eingeführt werden, nicht durch Verordnung.⁶²⁴ Aufgrund der gewählten Rechtsgrundlage des Art. 173 AEUV muss dieser Beschluss gemäß Art. 173 Abs. 3 AEUV im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens angenommen werden.

Anders als bei dem ERIC ist das EDIC, wie bereits erwähnt, nicht auf die Durchführung von Forschung, konkret den Aufbau und Betrieb einer Forschungsinfrastruktur gerichtet. Eher unspezifisch regelt Art. 13 Abs. 1 des Beschlusses, dass Ziel eines EDICs die Durchführung eines Mehrländerprojekts im Kontext einer Digitalinfrastruktur ist. Die Art der Projekte wird, anders als beim ERIC, bereits von der Kommission vorgeschlagen (s. Annex 2 des Entwurfs).⁶²⁵ Der „Projektcharakter“ des EDICs zeigt sich auch daran, dass es keine Regelungen hinsichtlich eigener Mitarbeiter enthält. Gemäß Art. 15 Abs. 4 des Entwurfs soll neben Mitgliedstaaten und internationalen Organisationen auch eine Mitgliedschaft von „privaten Einrichtungen“ in Betracht kommen können. Nicht geregelt ist, ob die Mitglieder eines EDIC sich durch sie repräsentierende Einheiten vertreten lassen können. Ebenso gibt es keine Verweisung auf Richtlinie 2014/24/EU, derzufolge das EDIC berechtigt wäre, sich eigene Vergaberegelungen zu geben.⁶²⁶

Die Kommission kann gemäß Art. 12 Abs. 4 des Entwurfs „Orientierungen“ für die Gründung eines EDICs geben, sowie gemäß Abs. 5 „Dienste und Ressourcen“ iSd Art. 8 Abs. 6 (u.a. technische Unterstützung, Sachkenntnis, Koordination), bereitstellen. Anders als bei ERICs, kann die Kommission ausdrücklich – über zentral verwaltete Unionsprogramme – finanzielle Beiträge zu Mehrländerprojekten leisten, wodurch sie allerdings zugleich ein Vetorecht in der Mitgliederversammlung erhält (Art. 16 Abs. 2 des Beschlusses).

624 Gemäß Art. 288 AEUV können auch Beschlüsse – wie Verordnungen – gemäß Art. 288 AEUV in allen ihren Teilen verbindlich sein.

625 Siehe FN 620.

626 Siehe zu dieser Möglichkeit beim ERIC: 3. Teil, C. § 1 II. 3.

§ 4 Stellungnahme

Die vorgesehene Rolle der Kommission ist beim EDIC potentiell gewichtiger als beim ERIC: So ist die Kommission nicht nur Herrin des Antragsverfahrens; zudem kann sie auch selbst Vorschläge für Projekte machen, Orientierungen geben und finanzielle Beiträge leisten. Dadurch erhält sie inhaltlichen Einfluß auf das EDIC bis hin zu Vetorechten. Das bringt das EDIC in die Nähe der gemeinsamen Unternehmen⁶²⁷ und führt ggf. zu größerer finanzieller Stabilität im Vergleich zum ERIC.

Im Vergleich zum ERIC wirkt das EDIC in vielen Bereichen (zB. Beschäftigung, Vergaberegungen) „lückenhaft“, wobei unklar ist, ob die Notwendigkeit mancher Regelungen bislang übersehen worden ist, oder aber der eher projektartige Charakter des EDICs im Vergleich zu ERICs bewusst gewollt ist.

Erneut könnte die „Verpflichtung“ des Sitzmitgliedstaates, das EDIC als internationale Organisation/ Einrichtung im Sinne des Steuerrechts anzuerkennen, zum Problem werden.⁶²⁸ Allerdings nähert sich das EDIC mit Blick auf die beabsichtigte, auch finanzielle Beteiligung der Kommission wiederum mehr an die gemeinsamen Unternehmen an, so dass es an sich in Betracht gekommen wäre, die Anerkennung als internationale Organisation im Sinne des Steuerrechts wie bei den gemeinsamen Unternehmen zu fingieren. – Kritisch gesehen werden könnte zudem die Möglichkeit der Beteiligung privater Einrichtungen. Gemäß Art. 173 Abs. 3 UA 2 AEUV sind Wettberbsverzerrungen zu vermeiden.

Nach nunmehr erfolgter Verabschiedung des Beschlusses ist damit zu rechnen, dass EDICs in ähnlicher Anzahl wie ERICs entstehen könnten, wodurch der Bedarf an Formen der Zusammenarbeit auf zwischenstaatlicher Ebene im Kontext der Union weiter untermauert werden wird.

Ausblick

Besonderes Augenmerk zu legen ist auch auf den Vorschlag für ein Konsortium für eine europäische Chip-Infrastruktur, (KOM (2022) 46) nach dem Vorbild des ERIC und die vorgeschlagene Orientierung an dem ERIC im Bereich der europäischen Verteidigung, (KOM (2022) 60). Bei der weiteren

627 Zu diesen siehe bereits 1. Teil, D. § 3 II. und 2. Teil, B.

628 Dazu oben, 2. Teil, A. § 2.

Konkretisierung dieser Projekte sollten die mit dem ERIC gewonnenen Erfahrungen und das Wissen um seine Defizite unbedingt einfließen.

