

Rechtsgutachten zur Illegalität des Europäischen Verteidigungsfonds

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, LL.M. (EUI)
Fachbereich Rechtswissenschaft
Universität Bremen



Vereinte Europäische Linke • Nordische Grüne Linke

FRAKTION IM EUROPÄISCHEN PARLAMENT



GUE/NGL
www.guengl.eu

www.sabine-loesing.de

Rechtsfragen der Einrichtung des Europäischen Verteidigungsfonds (EVF)

Rechtsgutachten im Auftrag der Fraktion der GUE/NGL im EP

Zusammenfassung:

- (1) **Die von der Kommission gewählten Art. 173 Abs. 3, Art. 182 Abs. 4, Art. 183 und Art. 188 Abs. 2 AEUV bieten keine hinreichende Rechtsgrundlage für die Einrichtung des Europäischen Verteidigungsfonds (EVF).** Diese Bewertung zur fehlenden Rechtsgrundlage ist unabhängig davon, ob man den Hauptzweck des EVF in der Förderung der Verteidigungsfähigkeit bzw. der strategischen Verteidigungs- Autonomie der Union sieht, wie es die Begründung der EVF-VO nahelegt, ob man das in der Verordnung angegebene Ziel der integrierten Förderung von Industrie und FTE-Maßnahmen im Verteidigungssektor als authentisches Hauptziel des EVF unterstellt oder ob man eine Kombination von drei Hauptzwecken (Förderung von Verteidigung, Industrie- und FTE) zugrunde legt. In keinem Fall trägt die angegebene Rechtsgrundlage die Einrichtung des EVF.
- (2) **Art. 42 Abs. 3 UA 2 und Art. 45 Abs. 1 lit. d und lit. e EUV sind die *leges speciales* für die spezifische Förderung von europäischer Verteidigungsindustrie sowie von FTE-Maßnahmen im Bereich der Verteidigung.** Ausschließlich unter Beachtung dieser *leges speciales* können spezifische Förderprogramme, die eine integrierte Förderung von Verteidigungsindustrie und verteidigungsbezogenen FTE-Maßnahmen bezwecken und die der Förderung eine eigene institutionelle Struktur geben, eingerichtet werden.
- (3) Da die speziellen Regelungen des EUV die für den EVF vorgesehenen Aufgaben der Europäischen Verteidigungsagentur zuweisen, **sperrt Art. 40 EUV die Inanspruchnahme von Kompetenztiteln des AEUV für die spezifische Förderung von Verteidigungsindustrie und verteidigungsbezogenen FTE-Maßnahmen und die Einrichtung eines darauf bezogenen Komitologie-Ausschusses.**
- (4) Eine Finanzierung der verteidigungsbezogenen Fördermaßnahmen aus dem allgemeinen Haushalt der EU scheidet aus. Die operativen Ausgaben im Zusammenhang mit der Durchführung der GASP, die wie im Fall des EVF aufgrund von Maßnahmen mit militärischen oder verteidigungspolitischen Bezügen entstehen, gehen nach **Art. 41 Abs. 2 UA 1 EUV grundsätzlich nach dem Bruttosozialprodukt-Schlüssel zulasten der Mitgliedstaaten.**
- (5) Gegen die kompetenzwidrige Errichtung des EVF steht der **Rechtsweg zum EuGH und auch zum BVerfG** offen. Der EuGH kann von privilegiert Klageberechtigten (EP, Rat, KOM, Mitgliedsstaaten) im Wege der **Nichtigkeitsklage** nach Art. 263 AEUV angerufen werden, ohne ein spezifisches Interesse vorweisen zu müssen. Nichtprivilegierte Klageberechtigte – wie einzelne Unternehmen, ggf. auch Forschungsinstitutionen und von Fördermaßnahmen anderweitig Betroffene – müssen jeweils ein spezifisches Klageinteresse vorweisen. Auch eine **Subsidiaritätsklage** zum EuGH – nach Art. 8 Subsidiaritätsprotokoll als Unterfall der Nichtigkeitsklage konzipiert – ist zulässig. Die Voraussetzungen richten sich nach nationalem Recht (in Deutschland Art. 23 Abs. 1a S. 2 GG i.V.m. § 12 IntVG). Da durch die Errichtung des EVF in evidenter Weise zentrale Kompetenznormen des Unionsrechts und damit auch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 23 GG verletzt werden, kann auch das BVerfG im Wege des **Organstreits und der Verfassungsbeschwerde** mit der **ultra vires-Rüge** angerufen werden. Auch ein Eilverfahren vor dem BVerfG mit dem Ziel, die deutsche Vertretung im Rat zu einer Ablehnung des VO-Vorschlages und zur Ergreifung weiterer Maßnahmen gegen die Einrichtung des EVF zu verpflichten, ist möglich.

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt und Fragestellung	2
B. Rechtsgutachten	4
I. Unionsrechtmäßigkeit der Einrichtung des EVF	4
1. Zwecke des EVF	5
a) Industrie- und Forschungszwecke.....	5
b) Verteidigungs- und Sicherheitszwecke	6
c) Haupt- und Nebenzwecke	8
aa) Hauptzweck: Verteidigung.....	8
bb) Hauptzweck: Industrie- und Forschungsförderung	10
cc) Zwischenergebnis: Haupt- und Nebenzwecke	10
2. Rechtsgrundlagen für die Einrichtung des EVF	11
a) Kompetenz bei kombinierten Hauptzwecken der Verteidigungs- sowie der Industrie- und Forschungsförderung.....	11
b) Kompetenz bei Hauptzweck Verteidigungspolitik.....	14
aa) Keine Kompetenzgrundlage für die Errichtung eines Fonds in den Regeln der GASP ..	14
bb) Umfang des Finanzierungsverbots aus Art. 41 Abs. 2 UA 1 EUV	14
cc) Zwischenergebnis.....	17
c) Kompetenz bei Hauptzweck Industrie- und FTE-Förderung im Verteidigungssektor	17
aa) Konzentrationsfunktion des Art. 182 Abs. 1 S. 1 AEUV.....	18
bb) Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art 45 Abs. 1 lit d) und e) EUV als <i>leges speciales</i> ?	19
(1) Wortlaut: Unterstützungsmöglichkeit für FET-Maßnahmen in Bezug auf GASP-Politikbereiche durch Art. 179 Abs. 1 AEUV	22
(2) Genese: Verhältnis von GASP und AEUV	26
(3) Telos: Differenzierte Teilnahme in der Europäischen Verteidigungsagentur	28
(4) Systematik: Aufgaben der Europäischen Verteidigungsagentur	29
(5) Zwischenergebnis.....	31
3. Konsequenzen der Einordnung der EVF-VO als GASP-Maßnahme	31
a) Sperrwirkung des Art. 40 EUV.....	31
b) Finanzierungsverbot aus Art. 41 Abs. 2 EUV.....	32
II. Rechtliche Durchsetzungsmöglichkeiten	32
1. EuGH	32
2. BVerfG	33

A. Sachverhalt und Fragestellung

1. Die Einrichtung eines Europäischen Verteidigungsfonds (EVF) wurde erstmals im Entwurf für einen Europäischen Verteidigungs-Aktionsplan vom 30. November 2016 durch die EU-Kommission vorgeschlagen.¹ In der Umsetzung dieses Vorhabens wurden in einem ersten Schritt für Verteidigungsforschung bis Ende 2019 insgesamt 90 Mio. Euro bereitgestellt. Daneben haben Rat und Europäisches Parlament (EP) am 18. Juli 2018 den Verordnungsentwurf zur „Einrichtung des Europäischen Programms zur industriellen Entwicklung im Verteidigungsbereich

¹ Kommission, Europäischer Verteidigungs-Aktionsplan, 30.11.2016, COM(2016) 950 final.

zwecks Förderung der Wettbewerbsfähigkeit und der Innovation in der Verteidigungsindustrie der Union“ (EDIDP) beschlossen und dieses Programm mit 500 Mio. EUR für die Jahre von 2019 bis 2020 ausgestattet.²

2. Der nunmehr vorgelegte Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung des Europäischen Verteidigungsfonds (EVF-VO)³ ist der jüngste Vorstoß im Hinblick auf den Ausbau der verteidigungspolitischen Kapazitäten in der EU. In den Jahren 2021 bis 2027 sollen aus dem Haushalt der Union 13 Mrd. Euro bereitgestellt und über den Fonds zugewiesen werden. Als Grundlage für den Erlass der EVF-VO benennt der Vorschlag kombinierte Kompetenzgrundlagen im AEUV. Er bemüht eine integrierte Gesamtkompetenz aus den Titeln „Industrie“ und „Forschung, technologische Entwicklung und Raumfahrt“. Die Kommission formuliert das wie folgt: „Der Fonds stützt sich auf die Titel ‚Industrie‘ und ‚Forschung, technologische Entwicklung und Raumfahrt‘ (Artikel 173, 182, 183 und 188) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) [...] Da der Europäische Verteidigungsfonds auf die Förderung der Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit der technologischen und industriellen Basis der europäischen Verteidigung abzielt, indem verteidigungsbezogene FuE-Tätigkeiten unterstützt werden, rechtfertigen Ziel und Inhalt des Fonds die Wahl von Artikel 173 AEUV als Rechtsgrundlage. Verteidigungsbezogene Forschungsmaßnahmen sind ebenfalls ein integraler Bestandteil des Europäischen Verteidigungsfonds. Auch Ziel und Inhalte dieser Maßnahmen rechtfertigen Artikel 182 AEUV als zusätzliche Rechtsgrundlage für diese Maßnahmen.“⁴
3. Im Hinblick auf die Tragfähigkeit des Unionsrechts für die Realisierung des EVF stellt sich die Frage, ob die Vorschriften der GASP im konkreten Fall des finalen Vorschlags zur Errichtung des EVF die Inanspruchnahme der im VO-Vorschlag genannten Rechtsgrundlagen des AEUV sperren. Dieser bislang in der Diskussion nicht hinreichend thematisierten Frage, also dem Verhältnis der Vorschriften der GASP – insbesondere Art. 42 und 45 EUV – zu den Artikeln 173, 182, 183 und 188

² ABI. EU 2018 L 200/30.

³ Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung des Europäischen Verteidigungsfonds, 13.6.2018, COM(2018) 476 final.

⁴ Ebd., S. 6.

AEUV, ist das vorliegende Gutachten gewidmet. Es werden zwei miteinander zusammenhängende Fragen untersucht: (1) *Sperren die Normen der GASP, d.h. insbesondere die Art. 42 und 45 EUV, im Hinblick auf die Einrichtung des EVF die Inanspruchnahme der Artikel 173, 182, 183 und 188 AEUV?* (2) *Gibt es – sollte die Unionskompetenz für die Errichtung des EVF nicht wie geplant gegeben sein – eine Klagemöglichkeit gegen den EVF und, wenn ja, für wen bzw. für welches Organ?*

B. Rechtsgutachten

I. Unionsrechtmäßigkeit der Einrichtung des EVF

4. Der EuGH besteht bei der Wahl der Rechtsgrundlage in ständiger Rechtsprechung darauf, dass diese nach objektiven und nachprüfbaren Kriterien zu erfolgen hat. Ziel und Inhalt des Rechtsaktes kommt dabei eine besondere Bedeutung zu: „Nach ständiger Rechtsprechung muss die Wahl der Rechtsgrundlage für einen Rechtsakt der Gemeinschaft auf objektiven und gerichtlich nachprüfbaren Umständen beruhen, zu denen das Ziel und der Inhalt des Rechtsakts gehören.“⁵ Eine der Funktionen der nach Art. 296 Abs. 2 AEUV erforderlichen Begründungspflicht für Gesetzgebungsakte liegt in diesem Zusammenhang darin, die Überprüfung der Wahl der Rechtsgrundlage zu ermöglichen. Die Frage der Einhaltung der Begründungspflicht ist hierbei „nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht nur anhand des Wortlauts des angefochtenen Rechtsakts, sondern auch anhand seines Kontextes und der Umstände des Einzelfalls und insbesondere des Interesses zu beurteilen, das die Adressaten oder andere durch den Rechtsakt unmittelbar oder individuell betroffenen Personen an Erläuterungen haben können.“⁶
5. Die Wahl der Rechtsgrundlage hängt vom Zweck der Maßnahme ab. Hat ein Rechtsakt mehrere Zwecke und berührt er mehrere mögliche Rechtsgrundlagen, muss sich die Wahl der Rechtsgrundlage nach dem Hauptzweck richten. So hat der EuGH anlässlich der Überprüfung des Rahmenabkommens über Partnerschaft und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Republik der Philippinen im Bereich Entwicklungszusammenarbeit von Art. 208 AEUV und Art.

⁵ EuGH, Urt. v. 6.11. 2008 – C-155/07 (Parlament/Rat), Rn. 35.

⁶ EuGH, Urt. v. 18.6.2015 – C-508/13 (Estland/Parlament u. Rat), Rn. 61.

21 EUV entschieden, dass eine Maßnahme, die zur wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung von Entwicklungsländern beiträgt, trotzdem „nicht unter die Politik im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit [fällt], wenn ihr Hauptzweck in der Umsetzung einer anderen Politik besteht.“⁷

6. Neben der objektiven und nachprüfaren Ermittlung des Hauptzweckes, der die Wahl der Rechtsgrundlage determiniert, ist der *lex specialis*-Grundsatz zu beachten. Dieser Grundsatz ist Ausfluss des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 EUV und dient der Wahrung der vertraglichen Kompetenzordnung. Die vertragswidrige Mischung von Sachbereichen führt dementsprechend zur Verletzung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung.⁸
7. Zur Wahrung der Kompetenzordnung und zur Vermeidung kompetenzwidriger Gemengelagen scheidet die Wahl einer allgemeinen Kompetenzgrundlage aus, wenn der spezifische Zweck im Vertrag spezifisch geregelt ist. Im Duktus des EuGH: „Im Übrigen ist der betreffende Rechtsakt, wenn der Vertrag eine spezifischere Bestimmung enthält, die als Rechtsgrundlage für ihn dienen kann, auf diese Bestimmung zu stützen.“⁹

1. Zwecke des EVF

8. Für eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit der für die EVF-VO gewählten Kompetenzgrundlage ist daher zunächst zu bestimmen, was die Zwecke der EVF-VO sind (hierzu a) und wie, sofern mit der VO mehrere Zwecke verfolgt werden, diese Zwecke gewichtet sind (hierzu b).

a) Industrie- und Forschungszwecke

9. Ausweislich des Art. 3 Abs. 1 EVF-VO besteht das „allgemeine Ziel des Fonds [...] darin, die Wettbewerbsfähigkeit, Effizienz und Innovationsfähigkeit der

⁷ EuGH, Urt. v. 11.6.2014 – C-377/12 (KOM/Rat), Rn. 44.

⁸ Siehe Lindner, Die Europäisierung des Wissenschaftsrechts, Tübingen 2009, S. 66.

⁹ EuGH, Urt. v. 6.11. 2008 – C-155/07 (Parlament/Rat), Rn. 35.

europäischen Verteidigungsindustrie zu steigern, indem Kooperationsmaßnahmen und grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Rechtsträgern aus der gesamten Union, auch von KMU und Unternehmen mit mittlerer Kapitalisierung, ebenso gefördert wird wie eine bessere Nutzung des industriellen Potenzials von Innovation, Forschung und technologischer Entwicklung in jeder Phase des industriellen Zyklus.“

10. Der Text der EVF-VO integriert damit zwei unterschiedliche Zwecke, indem auf der einen Seite durch Tätigkeiten wie etwa die Bereitstellung von Finanzmitteln für Unternehmen zum Zwecke des "*Testens*", des "*Eignungsnachweises*" und der "*Zertifizierung*" von Verteidigungsprodukten, -komponenten und -technologien eine Förderung der industriellen Entwicklung im Verteidigungssektor erfolgt. Auf der anderen Seite sieht die EVF-VO zahlreiche Maßnahmen vor, die als FTE-Förderung einzustufen sind, weil sie Förderung verteidigungsspezifischer Forschung und dbzgl. technologischer Entwicklung vorsehen. Insbesondere die in Art. 11 EVF-VO genannten förderfähigen Maßnahmen dienen i.d.S. der Förderung von Forschung und technologischer Entwicklung im Verteidigungssektor. Die Zwecke der Förderung von Industrie und FTE-Maßnahmen im Bereich der Verteidigung sind miteinander verwoben. Keiner der beiden Zwecke ist dem anderen vorrangig. Die EVF-VO dient beiden Zwecken gleichermaßen.

b) Verteidigungs- und Sicherheitszwecke

11. Daneben dient die EVF-VO auch der europäischen Verteidigung. Den Verteidigungsbezug trägt der Fonds bereits im Namen. Nach Art. 1 der EVF-VO wird kein Europäischer Fonds zur Förderung von Industrie und Forschung eingerichtet, sondern eben ein „Europäischer Verteidigungsfonds“. Die Industrie- und FTE-Förderung, die im Rahmen des EVF betrieben werden soll, dient einem spezifischen Zweck, der Förderung im Bereich der Verteidigung. So legaldefiniert Art. 2 Ziff. 11 der EVF-VO den Begriff der förderungsfähigen Forschungsmaßnahmen als „jede Maßnahme, die aus Forschungstätigkeiten mit ausschließlicher Konzentration auf Verteidigungsanwendungen besteht“. Und Art. 2 Ziff. 4 EVF-VO definiert die zu fördernde „disruptive Technologie für die

Verteidigung“ als „eine Technologie, deren Anwendung eine radikale Veränderung der Verteidigungstheorie und -praxis bewirken kann.“

12. Diese verteidigungsbezogenen Ziele der EVF-VO ergeben sich auch aus dem materiellen Gehalt der EVF-VO. Nach Art. 3 Abs. 1 EVF-VO soll der Fonds einen „Beitrag zur strategischen Autonomie der Union“ leisten. Und Art. 3 Abs. 2 lit. b) EVF-VO präzisiert in sachlicher Hinsicht, dass es hierbei um eine strategische Autonomie im Verteidigungssektor geht. Denn Art. 3 Abs. 2 lit. b) EVF-VO stellt klar, dass der Fonds zur Autonomie der Union beitragen soll, indem er Kooperationsprojekte fördert, „die mit den von den Mitgliedstaaten im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik vereinbarten Prioritäten der Verteidigungsfähigkeiten im Einklang“ stehen.
13. Zudem bevorzugt Art. 14 Abs. 3 lit. a) EVF-VO Maßnahmen im Rahmen der PESCO durch einen sog. „PESCO-Bonus“ und bindet also auch hier die Förderung durch den Fonds an Verteidigungszwecke zurück, indem statuiert wird: „Für eine Maßnahme, die im Rahmen der durch den Beschluss (GASP) 2017/2315 des Rates vom 11. Dezember 2017 eingerichteten Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit entwickelt wurde, kann ein um zusätzliche 10 Prozentpunkte erhöhter Finanzierungssatz gewährt werden.“ Die Kommission kaschiert diese enge Verknüpfung nicht: „Es ist“, schreibt sie in der Begründung zur EVF-VO, „eine enge Verknüpfung zwischen dem Fonds und den im Rahmen der geplanten Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit im Bereich der Verteidigung (PESCO) durchgeführten Projekten vorgesehen. Die als förderfähig eingestuften Projekte erhalten einen „PESCO-Bonus“ in Form eines höheren Finanzierungssatzes.“¹⁰
14. Eine Verzahnung des Fonds mit Verteidigungszwecken findet auch durch die Ausgestaltung der Förderungsvoraussetzungen statt. Über diese wird die Industrie- und FTE-Förderung an Verteidigungsinteressen rückgebunden. So ist es nach Art. 13 Abs. 1 lit. d) EVF-VO ein Gewährungskriterium für die Förderung durch den Fonds, ob die zu fördernden Maßnahmen einen „Beitrag zur Wahrung der Sicherheits- und Verteidigungsinteressen der Union“ leisten.

¹⁰ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung des Europäischen Verteidigungsfonds, 13.6.2018, COM(2018) 476 final, S. 4.

15. Auch Art. 13 Abs. 2 EVF-VO stellt den Bezug zu den Sicherheits- und Verteidigungsinteressen der EU her, indem als Präzisierung des Gewährungskriteriums „Beitrag zur Wahrung der Sicherheits- und Verteidigungsinteressen der Union“ festgelegt wird, dass „regionale und internationale Prioritäten berücksichtigt werden [können], insbesondere um unnötige Doppelarbeit zu vermeiden, sofern sie den Sicherheits- und Verteidigungsinteressen der Union dienlich sind und keinen Mitgliedstaat von der Teilnahme ausschließen.“

c) Haupt- und Nebenzwecke

16. Fraglich ist nun, wie diese Zwecke – auf der einen Seite integrierte industrie- und FTE-bezogene Zwecke im Verteidigungssektor und auf der anderen Seite der Zweck der Förderung der Verteidigung selbst – zu gewichten sind. Die EVF-VO, die Begründung der Verordnung und der Kontext des Erlasses der VO ergeben ein widersprüchliches Bild:

aa) Hauptzweck: Verteidigung

17. So spricht auf der einen Seite viel dafür, die Förderung der Verteidigung als den finalen Hauptzweck des EVF einzustufen. Bereits die Benennung des Fonds („Verteidigungsfonds“) akzentuiert die Verteidigung und nicht die Industrie- und FTE-Förderung. Auch die starke inhaltliche Bindung der zu fördernden Maßnahmen an strategische Verteidigungsinteressen spricht für diesen Befund. Der VO-Vorschlag lässt insgesamt deutlich erkennen, dass die Entwicklung der verteidigungspolitischen Schlüsseltechnologien kein Selbstzweck ist. Es geht nicht um ein Wachstum in der unionalen Industrie an sich, zur Steigerung der globalen Wettbewerbsfähigkeit, zur Schaffung von Arbeitsplätzen oder zur Attraktivitätssteigerung des Wirtschaftsstandorts, wie dies üblicherweise bei Maßnahmen nach Art. 173 Abs. 3 AEUV der Fall ist. Es geht auch nicht um eine Förderung von FTE-Maßnahmen an sich, sondern um ihrerseits zweckgebundene Forschung, wenn bspw. Art. 2 Ziff. 11 der EVF-VO, wie bereits benannt, klarstellt, dass als förderungsfähige Forschungsmaßnahme „jede Maßnahme, die aus

Forschungstätigkeiten mit ausschließlicher Konzentration auf Verteidigungsanwendungen“ bezeichnet wird.

18. Die Begründung der EVF-VO formuliert insofern durchaus vielsagend, dass die Maßnahmen der Industrie- und FTE-Förderung nicht Zweck, sondern lediglich Mittel zum Zweck sind. In der Formulierung der Kommission in der Begründung der EVF-VO: „Sicherheit zu gewährleisten, das bedeutet in der Welt von heute, sich Bedrohungen zu stellen, die nicht an Grenzen Halt machen. Kein Land kann sie alleine bewältigen. Die Union muss mehr Verantwortung für den Schutz ihrer Interessen, ihrer Werte und der europäischen Lebensart übernehmen und dabei die NATO ergänzen und mit ihr zusammenarbeiten. Die (vom Europäischen Rat im Jahr 2016 gebilligten) Bemühungen zur Erfüllung der Zielvorgaben der Union in den Bereichen Sicherheit und Verteidigung werden dazu beitragen. Die Europäische Union muss ihre strategische Autonomie verbessern, wenn sie für die Bedrohungen von morgen gewappnet sein und ihre Bürgerinnen und Bürger schützen will. *Dafür* bedarf es der Entwicklung von Schlüsseltechnologien in kritischen Bereichen und des Ausbaus der strategischen Fähigkeiten, um sich die Technologieführerschaft zu sichern.“¹¹ Hier wird deutlich, dass die Entwicklung von Schlüsseltechnologien nicht der Hauptzweck ist, sondern nur ein Mittel zum Zweck, bestenfalls ein Zwischenzweck, eine Voraussetzung des eigentlichen Zwecks („dafür“), den die Kommission selbst darin sieht, dass die Europäische Union „ihre strategische Autonomie verbessern [muss], wenn sie für die Bedrohungen von morgen gewappnet sein und ihre Bürgerinnen und Bürger schützen will.“¹²

19. Konsequenterweise wird in der VO-Begründung auch bei der Antwort auf die Frage der Grundrechtsbetroffenheit nicht etwa darauf abgestellt, dass den Grundrechten durch eine Förderung von Industrie- und FTE-Maßnahmen gedient wird, sondern es werden Verteidigungszwecke als die eigentliche *ratio* der EVF-VO benannt, indem unverblümt formuliert wird: „Durch die Erhöhung der Sicherheit für die Bürgerinnen und Bürger der EU werden auch ihre Grundrechte geschützt.“¹³

¹¹ Ebd., S. 7, meine Hervorhebung.

¹² Ebd.

¹³ Ebd., S. 13.

20. Und auch die im Rahmen des EVF entstehenden Kosten werden im Finanzbogen nicht den Sachbereichen Industrie oder FTE zugewiesen, sondern es findet sich im Finanzbogen die Zuweisung: „1.2. Politikbereich(e) (*Cluster*) Sicherheit und Verteidigung.“¹⁴

21. Kurzum: Es gibt im Inhalt und der Begründung der EVF-VO deutliche Indizien, dass die in der VO geregelte Industrie- und Forschungsförderung nur ein Mittel zum eigentlichen Zweck der Verteidigungsförderung darstellt und dass der Hauptzweck der EVF-VO darin liegt, die strategische Autonomie der EU im Bereich der Verteidigung zu gewährleisten.

bb) Hauptzweck: Industrie- und Forschungsförderung

22. Dieser deutlichen und objektiven Hinweise, dass der Hauptzweck der EVF-VO im Bereich der Verteidigung liegt, zum Trotz, behauptet die Kommission, dass die Zielbestimmung in der VO – Förderung von Industrie- und FTE-Maßnahmen im Verteidigungssektor – authentisch sein und den finalen Hauptzweck der EVF-VO darstellen soll. Folgt man dieser Ansicht, stellen nicht Zwecke der Verteidigung, sondern die beiden untrennbar miteinander verbundenen Zwecke der Förderung von Industrieförderung und FTE im Bereich der Verteidigung die Hauptzwecke der EVF-VO dar.

cc) Zwischenergebnis: Haupt- und Nebenzwecke

23. Es gibt deutliche Indizien im Inhalt der EVF-VO und ihrer Begründung, dass der Hauptzweck der VO nicht im Bereich der Industrie- und FTE-Förderung, sondern im Bereich der Verteidigungsförderung liegt. Zugleich gibt es rechtliche Bewertungen, die die im Hinblick auf die EVF-VO bezogenen Industrie- und FTE-Komponenten für überwiegend halten.

24. Eine Streitentscheidung kann an dieser Stelle unterbleiben, wenn es rechtlich unerheblich ist, ob (a) die Verteidigung als ein weiterer Hauptzweck neben die beiden Hauptzwecke Industrie- und FTE-Förderung im Verteidigungssektor tritt, ob

¹⁴ Ebd., Finanzbogen, S. 2.

(b) der alleinige Hauptzweck der EVF-VO in der Verteidigung liegt oder ob (c) die Kommission zutreffend geltend macht, dass Industrie- und FTE-Förderung die beiden integrierten und alleinigen Hauptzwecke der EVF-VO im Verteidigungssektor darstellen.

2. Rechtsgrundlagen für die Einrichtung des EVF

25. Daher ist im Folgenden zu untersuchen, ob sich die Bewertung der Rechtmäßigkeit der Einrichtung des EVF je nach zu Grunde gelegtem Hauptzweck unterscheidet. Dafür ist zunächst (a) zu fragen, ob die VO auf die doppelte Rechtsgrundlage von Normen der GASP (Art. 41, 42 und Art. 45 EUV) und des AEUV (Art. 173 Abs. 3, Art. 182 Abs. 4, Art. 183 und Art. 188 Abs. 2 AEUV) gestützt werden kann. Sodann ist (b) zu prüfen, ob das Unionsrecht eine Kompetenz für die Errichtung des EVF auch für den Fall vermittelt, dass dessen Hauptzweck im Bereich der GASP zu verorten ist. In einem dritten Schritt (c) ist zu untersuchen, wie sich die Kompetenzlage darstellt, falls der EVF seinen Hauptzweck tatsächlich in der Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit, Effizienz und Innovationsfähigkeit der europäischen Verteidigungsindustrie und der Förderung von FTE-Maßnahmen auf dem Gebiet der Verteidigung hätte.

a) Kompetenz bei kombinierten Hauptzwecken der Verteidigungs- sowie der Industrie- und Forschungsförderung

26. Sofern davon auszugehen wäre, dass die EVF-VO insgesamt drei Hauptzwecke miteinander so verbindet, dass keiner dieser Zwecke den alleinigen Hauptzweck darstellt, könnte die VO möglicherweise sowohl auf die von der Kommission als Rechtsgrundlage für die integrierte Industrie- und FTE-Förderung genannten Art. 173 Abs. 3, Art. 182 Abs. 4, Art. 183 und Art. 188 Abs. 2 AEUV als auch auf die hinsichtlich der Verteidigung einschlägigen Art. 41, 42 und Art. 45 EUV gestützt werden. Das setzt voraus, dass eine solche Verbindung unterschiedlicher Rechtsgrundlagen grundsätzlich möglich und im konkreten Fall zulässig wäre.

27. Dass kombinierte Rechtsgrundlagen grundsätzlich nicht ausgeschlossen sind, entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH.¹⁵ Darauf stützt sich auch der VO-Entwurf, indem er mit Art. 173 Abs. 3 AEUV eine Rechtsgrundlage zur Industrieförderung mit Rechtsgrundlagen des XIX. Titels (FTE) des AEUV kombiniert. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen Kombination ist nach der Rechtsprechung des EuGH in inhaltlicher Hinsicht, dass der jeweilige Akt „nach seinem Inhalt und seiner Zielsetzung Komponenten aufweist, die untrennbar miteinander verbunden sind [...], ohne dass eine Zielsetzung oder Komponente auszumachen wäre, der hauptsächliche oder vorherrschende Bedeutung zukäme.“¹⁶
28. Unterstellt man im Hinblick auf die EVF-VO, dass eine solche untrennbare Verbindung der drei Zwecke Verteidigung, Industrie und FTE gegeben ist, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob die Kombination der Rechtsgrundlagen im konkreten Fall zulässig ist. Der EuGH hält die Verbindung unterschiedlicher Rechtsgrundlagen für „ausgeschlossen, wenn die für die beiden Rechtsgrundlagen jeweils vorgesehenen Verfahren miteinander unvereinbar sind.“¹⁷ Es fragt sich also, ob die Rechtsetzungsverfahren miteinander vereinbar sind.
29. Für Maßnahmen nach den Art. 41, 42 und 45 EUV sind jeweils einstimmige Ratsbeschlüsse notwendig. Denn nach Art. 42 Abs. 4 EUV wird die Einstimmigkeit für den Bereich der GASP im Allgemeinen und für die Ausgestaltung der inhaltlichen Arbeit der Europäischen Verteidigungsagentur vorausgesetzt, wobei eine lediglich qualifizierte Mehrheit für die Festlegung von Rechtsstellung, Sitz und Funktionsweise der Agentur nach Art. 45 Abs. 2 EUV verlangt wird – wie in GASP/2015/1835 des Rates vom 12.10.2015 geschehen. Sofern die EVF-VO der GASP unterfällt und es nicht lediglich um technische Fragen der Errichtung der Verteidigungsagentur geht, ist der Beschluss über die EVF-VO also einstimmig im Rat zu fassen, wobei nach Art. 31 Abs. 1 UA 2 EUV jedes Mitglied die Möglichkeit einer „konstruktive[n] Enthaltung“ hat.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 25.2.1999 – C-164-165/97 (Parlament/Rat), Rn. 14; i.d.S. auch EuGH, Urt. v. 6.11.2008 – C-155/07 (Parlament/Rat), Rn. 72.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 6.11.2008 – C-155/07 (Parlament/Rat), Rn. 72.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 25.2.1999 – C-164-165/97 (Parlament/Rat), Rn. 14; i.d.S. auch EuGH, Urt. v. 6.11.2008 – C-155/07 (Parlament/Rat), Rn. 72.

30. Andererseits sehen die Art. 173 Abs. 3 und Art. 183 i.V.m. Art. 188 Abs. 2 AEUV die Anwendung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens vor. Wieder anders verlangt Art. 182 Abs. 4 AEUV die Anwendung eines besonderen Gesetzgebungsverfahrens, das lediglich die Anhörung des Europäischen Parlaments erfordert. Hinsichtlich der Ratsbeteiligung ist jeweils nach der Grundregel des Art. 16 Abs. 3 EUV ein Beschluss mit qualifizierter Mehrheit vorgesehen.
31. Im Hinblick auf die Vereinbarkeit des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens nach Art. 173 Abs. 3 und Art. 183 i.V.m. Art. 188 Abs. 2 AEUV einerseits und der Anwendung des besonderen Gesetzgebungsverfahrens nach Art. 182 Abs. 4 AEUV andererseits könnte man daran denken, über die Anwendung der strengen Anforderungen der Art. 173 Abs. 3 und Art. 183 i.V.m. Art. 188 Abs. 2 AEUV (Zustimmung des Europäischen Parlaments) eine Kompatibilität der Verfahren im Fall der EVF-VO zu begründen.
32. Eine solche Kombination ist allerdings bei Maßnahmen unmöglich, die sowohl auf die GASP als auch auf Vorschriften des AEUV gestützt werden. Aufgrund der grundsätzlichen Trennung von AEUV und GASP, die auch in der wechselseitigen Inkompatibilitätsnorm des Art. 40 EUV zum Ausdruck kommt, scheidet eine Vermischung der beiden Kompetenzgrundlagen aus. Es darf, so formuliert es die Kommentarliteratur, „keine ‚Misch-Akte‘ geben, die sich gleichzeitig auf eine Kompetenz im Rahmen der GASP und einer sonstigen Unionspolitik stützen [...]. Entsprechend muss auch die Finanzierung eindeutig zuzuordnen sein.“¹⁸
33. Eine doppelte Rechtsgrundlage, die Art. 173 Abs. 3, Art. 182 Abs. 4, Art. 183 und Art. 188 Abs. 2 AEUV und die GASP miteinander verbindet, ist unzulässig, weil die jeweiligen Verfahrensvorschriften unvereinbar sind. Die Verfahrensvorschriften von GASP und AEUV sind, so auch die Rechtsprechung des EuGH, inkompatibel.¹⁹ GASP-Maßnahmen sind nicht als AEUV-Maßnahmen umsetzbar und *vice versa*.²⁰

¹⁸ Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 41 EUV Rn. 8.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-130/10 (Parlament/Rat), Rn. 42 ff.

²⁰ EuGH, Urt. v. 20.5.2008 – C-91/05 (Kommission/Rat), Rn. 77.

34. Selbst wenn man unterstellt, dass mit der EVF-VO mehrere Zielsetzungen zugleich verfolgt werden bzw. dass die VO mehrere Komponenten (Verteidigungs-, Industrie- und FTE-Förderung) umfasst, die untrennbar miteinander verbunden sind, ohne dass die eine gegenüber der anderen nebensächlich ist, verhindern infolgedessen die Unterschiede der nach den Art. 173 Abs. 3, Art. 182 Abs. 4, Art. 183 und Art. 188 Abs. 2 AEUV einerseits und der nach den Art. 41, 42 und Art. 45 EUV andererseits anwendbaren Verfahren, dass diese Bestimmungen kumuliert werden können, um als doppelte Rechtsgrundlage für einen Rechtsakt wie die EVF-VO zu dienen.²¹

b) Kompetenz bei Hauptzweck Verteidigungspolitik

35. Möglicherweise könnte die EVF-VO jedoch allein auf Rechtsgrundlagen der GASP gestützt werden – unterstellt, ihr Hauptzweck läge auf dem Gebiet der Verteidigung. Das setzt voraus, dass die EVF-VO inhaltlich mit den Art. 41, 42 und Art. 45 EUV im Einklang steht.

aa) Keine Kompetenzgrundlage für die Errichtung eines Fonds in den Regeln der GASP

36. Hierbei ist zum einen in institutioneller Hinsicht problematisch, dass die Art. 42 Abs. 3 UA 3 und Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV die Förderung der industriellen und technologischen Basis des Verteidigungssektors und der Forschung auf dem Gebiet der Verteidigungstechnologie der Europäischen Verteidigungsagentur als Aufgabe zuweisen.²² In Art. 41 Abs. 3 EUV ist zwar ein Anschubfonds für die Durchführung militärischer Maßnahmen vorgesehen. Allerdings gibt es innerhalb der Regelungen des GASP keine Grundlage für die Errichtung eines Fonds mit paralleler Aufgabenbeschreibung zur Europäischen Verteidigungsagentur.

bb) Umfang des Finanzierungsverbots aus Art. 41 Abs. 2 UA 1 EUV

37. Fraglich ist, ob die in der EVF-VO eingerichtete Finanzierungsstruktur zudem den Vorgaben des Art. 41 Abs. 2 UA 1 EUV widerspricht. Die in Art. 4 EVF-VO

²¹ Vgl. die Argumentation in EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-130/10 (Parlament/Rat), Rn. 49.

²² Ausf. Eisenhut, Europäische Rüstungskooperation, Baden-Baden 2010, S. 288 ff.

vorgesehene Fördersumme von 13 Mrd. Euro wird dem Unionshaushalt entnommen. Der Fonds soll nach Art. 8 Abs. 1 EVF-VO in direkter Mittelverwaltung gemäß der Haushaltsordnung von der Kommission durchgeführt werden.

38. Das könnte den Finanzregeln der GASP widersprechen. Nach Art. 41 Abs. 2 UA 1 EUV gehen die „operativen Ausgaben“ im Zusammenhang mit der GASP zu Lasten der Union, allerdings gehen die „Ausgaben von Maßnahmen mit militärischen und verteidigungspolitischen Bezügen“ zu Lasten der Haushalte der Mitgliedsstaaten. Fraglich ist, ob zu den operativen Ausgaben mit verteidigungspolitischen Bezügen lediglich militärische Maßnahmen i.S.d. Art. 42 und 43 EUV zu zählen sind oder ob darunter alle Maßnahmen nach Titel V Kapitel 2 des EUV, die militärische und verteidigungspolitische Bezüge haben, fallen.

39. Problematisch ist hierbei zunächst der Begriff der „Maßnahme“. So wird in der Literatur behauptet, dass Art. 41 Abs. 2 UA 1 EUV nur solche „Maßnahmen“ betreffe, die im Zusammenhang mit Militäroperationen stünden, weil im Zusammenhang mit Maßnahmen in Art. 42 Absatz 1 auf zivile und militärische Krisenbewältigungsoperationen abgestellt werde. Daher könne nur bei solchen Maßnahmen, die sich von nicht-maßnahmen-förmigen sonstigen Handlungsformen im Rahmen der GASP unterscheiden sollen, von „Maßnahmen“ i.S.d. Art. 41 EUV gesprochen werden.²³ Diese Auffassung findet im Wortlaut der Verträge keinerlei Bezugspunkt. Es ist schon falsch, dass Art. 42 Abs. 1 EUV von „Maßnahmen“ spricht – der verwendete Begriff ist „Operationen“ – und es ist auch falsch, dass nicht an anderer Stelle in den GASP-Regeln von „Maßnahmen“ gesprochen wird. So verwendet gerade die Aufgabenzuweisung in Art. 42 Abs. 3 EUV im Hinblick auf die Europäische Verteidigungsagentur den Begriff der „Maßnahme“ und weist der Agentur die Aufgabe zu, „Maßnahmen“ (das exakt ist der verwendete Begriff) zur Forschungs- und Industrieförderung zu ergreifen. Unzweifelhaft handelt es sich also bei den Maßnahmen der Europäischen Verteidigungsagentur um Maßnahmen i.S.d. Art. 41 Abs. 2 UA 1 EUV.

²³ Vgl. Brauneck, EU-Verteidigungsbinnenmarkt durch mehr EU-weite Rüstungsausschreibungen?, DVBI 2017, 1257 ff. (1259), freilich ohne jede eigene Begründung und lediglich unter Verweis auf WD des Deutschen Bundestages, WD 4-3000-090/15 vom 16.6.2015.

40. Fraglich ist sodann, ob diese Ausgaben auch „operative Ausgaben“ darstellen. Art. 41 EUV regelt die Ausgaben der GASP nicht nur partiell, sondern vollumfänglich. Die Norm unterscheidet auf einer ersten Stufe zwischen Verwaltungsausgaben und operativen Ausgaben und auf einer zweiten Stufe bei letzteren zwischen solchen „mit militärischen und verteidigungspolitischen Bezügen“ und sonstigen Ausgaben. Verwaltungsausgaben unterscheiden sich hierbei von den operativen Ausgaben dadurch, dass sie nicht die Durchführung der Maßnahmen selbst betreffen, sondern die im Zusammenhang damit entstehenden Verwaltungskosten. Die in Art. 4 EVF-VO vorgesehene Fördersumme des EVF von 13 Mrd. Euro ist insoweit die Summe, die „für die Durchführung“ (so Art. 4 Abs. 1 EVF-VO) bereitgestellt wurde. Es handelt sich daher unzweifelhaft um operative Ausgaben.

41. Diese operativen Ausgaben für Maßnahmen im Rahmen der GASP müssten schließlich Maßnahmen „mit militärischen und verteidigungspolitischen Bezügen“ darstellen. Wenn dem so ist, verbietet Art. 41 Abs. 2 UA 1 EUV die Finanzierung aus dem Unionshaushalt. Was militärische und verteidigungspolitische Bezüge i.S.d. Art. 41 Abs. 2 UA 1 EUV sind, ist in den Verträgen nicht eigens definiert. Beide „Bezüge“ werden aber in der Aufgabenbeschreibung der Europäischen Verteidigungsagentur explizit hergestellt, indem in Art. 42 Abs. 3 und Art. 45 EUV festgelegt wird, dass die Agentur zur Optimierung der „militärischen Fähigkeiten“ und zur Stärkung der „Basis des Verteidigungssektors“ unterstützend tätig wird. Die Maßnahmen der Agentur haben insofern auch „militärische und verteidigungspolitische Bezüge“, denn mit dem Begriff „Bezug“ ist ein Zusammenhang hergestellt, der denkbar weit ist. Verlangt ist nicht ein militärischer oder verteidigungspolitischer Hauptzweck der Maßnahme, sondern hinreichend ist bereits ein vager „Bezug“ – in der englischen Fassung heißt es „*implications*“ – der Maßnahme zu diesem Bereich. Das ist bei den Maßnahmen der Verteidigungsagentur ganz offensichtlich gegeben. Dass auch die EU-Vertragsparteien davon ausgingen, dass es sich bei den operativen Maßnahmen im Rahmen des Art. 45 EUV um Maßnahmen „mit verteidigungspolitischen Bezügen“ handelt, wird im Übrigen auch aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 des Protokolls zur Position Dänemarks deutlich, wo u.a. in Bezug auf die Aufgabenzuweisung an die Europäische Verteidigungsagentur in Art. 45 EUV formuliert ist, dass „sich

Dänemark nicht an der Ausarbeitung und Durchführung von Beschlüssen und Maßnahmen der Union [beteiligt], die verteidigungspolitische Bezüge haben.“

42. Die Sperrwirkung des Art. 41 Abs. 2 UA 1 EUV ist damit nicht auf die Einsatzkosten nach den Art. 42 und 43 EUV beschränkt, sondern bezieht sich auf alle Maßnahmen im Rahmen der GASP, die militärische und verteidigungspolitische Bezüge haben. Auch Maßnahmen, die der Förderung von Industrie und FTE-Maßnahmen auf dem Gebiet der Verteidigung nach Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV dienen, sind „operative Maßnahmen mit verteidigungspolitischen Bezügen“ i.S.d. Art. 41 Abs. 2 UA 1 EUV.²⁴

43. Operative Ausgaben gehen, sofern es militärische oder verteidigungspolitische Bezüge gibt, zu Lasten der Mitgliedsstaaten nach Bruttosozialproduktschlüssel. Die Mitgliedsstaaten können einen anderen Verteilungsschlüssel beschließen. Das setzt einen einstimmigen Beschluss nach Art. 41 Abs. 2 UA 2 EUV i.V.m. Art. 31 Abs. 1 EUV voraus. Eine Finanzierung der Maßnahmen über den Unionshaushalt ist aber von Art. 41 EUV untersagt.

cc) Zwischenergebnis

44. Auch wenn man unterstellt, dass mit der EVF-VO der alleinige Hauptzweck Verteidigung verfolgt wird, kann die EVF-VO nicht auf die Art. 41, 42 und Art. 45 EUV gestützt werden, weil die Normen die Errichtung eines Fonds mit paralleler Aufgabenbeschreibung zur Europäischen Verteidigungsagentur und die Finanzierung der operativen Ausgaben des Fonds über den Unionshaushalt nicht tragen.

c) Kompetenz bei Hauptzweck Industrie- und FTE-Förderung im Verteidigungssektor

45. Schließlich ist zu fragen, wie sich die Kompetenzlage darstellt, falls der EVF seinen Hauptzweck tatsächlich in der Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit, Effizienz und

²⁴ Vgl. Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 41 EUV Rn. 5: „Die Regelung der Finanzierung der operativen Ausgaben (Abs. 2) entspricht der bisherigen Lage. Operativ sind solche Ausgaben, die bei der Durchführung einer nach Titel V Kapitel 2 beschlossenen Maßnahme anfallen“.

Innovationsfähigkeit der europäischen Verteidigungsindustrie und der Förderung von FTE-Maßnahmen auf dem Gebiet der Verteidigung hätte, wie die Kommission dies behauptet. Die Kommission benennt für diesen Fall die Art. 173 Abs. 3, Art. 182 Abs. 4, Art. 183 und Art. 188 Abs. 2 AEUV als gemeinsame Rechtsgrundlage. Es fragt sich einerseits, (aa) ob die Anwendung dieser kombinierten Grundlage auf die EVF-VO den Voraussetzungen des AEUV entspricht und andererseits, (bb) ob nicht die Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit d) und e) EUV als *leges speciales* die Anwendung der allgemeinen industrie- und FTE-bezogenen Normen des AEUV sperren.

aa) Konzentrationsfunktion des Art. 182 Abs. 1 S. 1 AEUV

46. Wenn man unterstellt, dass die Art. 173 Abs. 3, Art. 182 Abs. 4, Art. 183 und Art. 188 Abs. 2 AEUV trotz der unterschiedlichen Gesetzgebungsverfahren, die die Normen indizieren, als eine gemeinsame Rechtsgrundlage für den EVF betrachtet werden können, die zum einen die institutionelle Errichtung eines Fonds tragen und zum anderen über Art. 173 AEUV (Industrie) und die Normen des XIX. Titels (FTE-Förderung) zwei unterschiedliche Politikfelder als gemeinsame Rechtsgrundlage kombinieren, weil die EVF-VO hier einen untrennbaren Zusammenhang konstituiert,²⁵ bleibt als weiteres zentrales Rechtsproblem der gewählten Kompetenzgrundlage, dass nach Art. 182 Abs. 1 S. 1 AEUV das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses ein mehrjähriges Rahmenprogramm aufzustellen haben, in dem „alle Aktionen der Union zusammengefasst werden.“

47. Die insofern im AEUV verankerte Konzentrationsmaxime verlangt, dass das Forschungsrahmenprogramm (RP) alle Maßnahmen im Bereich der Forschungsförderung zusammenfasst. Die EVF-VO wäre in diesem Sinn ein Zusatzprogramm als Durchführungsprogramm nach Art. 184 AEUV. Das bleibt allerdings bislang sowohl in der EVF-VO als auch im Entwurf des RP unbeachtet, denn der Vorschlag für das RP sieht in Art. 5 Abs. 2 für den EVF gerade die Nichteinbeziehung in das RP vor: „Diese Verordnung gilt nicht für das in Artikel 1

²⁵ Diese Fragen sind außerhalb des Untersuchungsbereichs des vorliegenden Gutachtens.

Absatz 3 Buchstabe b genannte Spezifische Programm mit Ausnahme dieses Artikels und des Artikels 1 Absätze 1 und 3 sowie des Artikels 9 Absatz 1.²⁶

48. Die Grundzüge der Tätigkeiten des EVF sind im RP daher gerade nicht hinreichend genannt. Die EVF-VO kann – ihre Vereinbarkeit mit den GASP-Normen unterstellt – insofern erst dann wirksam auf die von der Kommission gewählten Rechtsgrundlagen gestützt werden, wenn deren Ziele in der RP-VO verankert worden sind. Die Empfehlung des Deutschen Bundesrates im Hinblick auf den EVF, die Förderlinien „Horizont Europa“ und EVF getrennt zu halten,²⁷ ist daher jedenfalls dann nicht umsetzbar, wenn es bei den gewählten Rechtsgrundlagen und der vorgeschlagenen Finanzierungs- und Institutionenstruktur des EVF bleibt. Denn die Wahl der Rechtsgrundlagen zwingt dazu, dass die Konzentrationsmaxime in Art. 182 Abs. 1 S. 1 AEUV Beachtung finden muss.

bb) Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV als *leges speciales*?

49. Dass die spezifische Förderung von verteidigungsbezogenen FTE-Maßnahmen nach Art. 182 Abs. 1 S. 1 AEUV im Forschungsrahmenprogramm als Teil der Maßnahmen nach Titel XIX des AEUV dargestellt werden kann und muss, setzt aber wiederum voraus, dass die Verträge eine Einbindung der spezifischen Förderung von Industrie- und FTE-Fördermaßnahmen im Verteidigungssektor überhaupt zulassen. Problematisch ist hier insbesondere, dass die Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV die Förderung der industriellen und technologischen Basis des Verteidigungssektors und der Forschung auf dem Gebiet der Verteidigungstechnologie der Europäischen Verteidigungsagentur als

²⁶ Vorschlag für eine Verordnung des EP und des Rates über das Rahmenprogramm für Forschung und Innovation „Horizont Europa“ sowie über die Regeln für die Beteiligung und die Verbreitung der Ergebnisse, COM(2018) 435 final.

²⁷ Deutscher Bundesrat, Empfehlungen, 292/1/18 v. 8.10.2018, Ziff. 4: „Der Bundesrat schlägt vor, dass eine verteidigungsorientierte Forschung aufgrund ihrer besonderen Sensibilität sowie ihrer speziellen Erfordernisse und Zielsetzungen strikt von „Horizont Europa“ getrennt werden und die Dotierung entsprechender Haushaltslinien nicht zu Lasten des Spezifischen Programms von „Horizont Europa“ erfolgen sollte, und fordert die Kommission auf, dies auch zu realisieren.“ Die hier eingeforderte „strikte Trennung“ ist im Rahmen des XIX. Titels des AEUV gerade nicht möglich. Die strikte Trennung kann nur bei Ausgestaltung der verteidigungsbezogenen FTE-Förderung nach den GASP-Regeln realisiert werden.

Aufgabe zuweisen.²⁸ Diese Regeln des EUV könnten im Hinblick auf Maßnahmen nach Art. 173 Abs. 3 AEUV (Industrieförderung) und nach dem XIX. Titel des AEUV (FTE-Förderung) als *leges speciales* zu betrachten sein – mit der Folge, dass auf den AEUV im Fall der EVF-VO nicht zurückgegriffen werden kann. Denn nach dem EuGH bewirkt die Einschlägigkeit einer *lex specialis*, dass auf allgemeine Kompetenzgrundsätze nicht zurückgegriffen werden kann, dass also die „allgemeinen Grundsätze daher keine Anwendung finden.“²⁹

50. Die Unionsgerichte lehnen das Vorliegen einer *lex specialis* in der Regel ab, wenn sich zwei autonome Rechtsbereiche im Hinblick auf einen Rechtsakt überschneiden und beide abstrakt-generelle Regeln für die konkrete Situation vorsehen. So hat das EuG in der Frage des Verhältnisses von Steuerharmonisierung und Beihilfe auf der abstrakten Ebene das Vorliegen einer *lex specialis* abgelehnt, denn beide Regelungsbereiche seien „two autonomous bodies of rules and [...] the first cannot be regarded as *lex specialis* in relation to the second.“³⁰

51. Auf die Errichtung des EVF übertragen, ist in der Konsequenz zu sehen, dass die Regeln der GASP und die Regeln des AEUV abstrakt betrachtet zwar zwei autonome Rechtsbereiche mit unterschiedlichen Verfahren und Voraussetzungen bilden, dass sich aber im Hinblick auf den EVF nicht lediglich zwei abstrakte Normbereiche kreuzen, sondern dass mit Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV für den Bereich der *spezifisch* verteidigungsbezogenen Industrie- und FTE-Förderung sehr spezielle Normen vorliegen, die nur unter einer Bedingung als *leges speciales* ausscheiden, nämlich dass ihr Spezialitätscharakter wiederum in den Verträgen selbst aufgehoben würde.

52. In Frage kommt hierbei, dass in der Unterstützungspflicht aus Art. 179 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit der Ausschließlichkeitsnorm des Art. 179 Abs. 3 AEUV eine

²⁸ Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV lauten insofern: „(d) die Forschung auf dem Gebiet der Verteidigungstechnologie zu unterstützen, gemeinsame Forschungsaktivitäten sowie Studien zu technischen Lösungen, die dem künftigen operativen Bedarf gerecht werden, zu koordinieren und zu planen; (e) dazu beizutragen, dass zweckdienliche Maßnahmen zur Stärkung der industriellen und technologischen Basis des Verteidigungssektors und für einen wirkungsvolleren Einsatz der Verteidigungsausgaben ermittelt werden, und diese Maßnahmen gegebenenfalls durchzuführen.“

²⁹ EuGH, Urt. v. 30.4.2014 – C-280/13 (Barclays Bank), Rn. 44.

³⁰ EuG, 7.12.2017 – C-323/16 P (Eurallumina/Kommission), Rn. 56.

solche Aufhebung des Spezialitätsgrundsatzes zu finden ist. Art. 179 Abs. 3 AEUV verlangt, dass alle Maßnahmen der Union „aufgrund der Verträge“ auf dem Gebiet der Forschung und der technologischen Entwicklung einschließlich der Demonstrationsvorhaben nach Maßgabe dieses Titels beschlossen und durchgeführt werden. Die Passage „aufgrund der Verträge“ könnte nun wiederum bedeuten, dass auch forschungsbezogene Maßnahmen auf dem Gebiet der Verteidigung und spezifische Verteidigungsforschungsförderungsmaßnahmen unter Art. 179 Abs. 3 AEUV zu subsumieren sind, der *lex specialis*-Charakter der Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV für verteidigungsbezogene Maßnahmen also abzulehnen wäre. In der Literatur wird insoweit davon ausgegangen, dass zwischen der Ausschließlichkeit der Unionskompetenz nach Art. 179 Abs. 3 AEUV und den Regelungen im Rahmen der GASP (Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV) „zurzeit ein ungelöster Konflikt“ bestehe.³¹

53. Dieser Konflikt kann freilich nur soweit bestehen, wie der Regelungsbereich des Art. 179 Abs. 3 AEUV reicht, d.h. soweit es sich um FTE-Maßnahmen handelt. Sofern die EVF-VO auch Maßnahmen umfasst, die nicht dem XIX. Titel unterfallen, sondern die auf Art. 173 Abs. 3 AEUV gestützt werden,³² ist Art. 179 Abs. 3 AEUV von vorneherein nicht einschlägig und kann daher auch keine Rückausnahme vom *lex specialis*-Grundsatz vermitteln. Denn Art. 173 Abs. 3 AEUV hat gerade keinen solchen Ausschließlichkeitsanspruch, sondern sieht im Gegensatz dazu in Art. 173 Abs. 3 UA 1 AEUV eine Querschnittsklausel vor, nach der die Union durch die Politik und die Maßnahmen, die sie aufgrund anderer Bestimmungen der Verträge durchführt, zur Erreichung der Ziele des Art. 173 Abs. 1 AEUV, d.h. der Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der Industrie, beiträgt. Die GASP hat daher eine Unterstützungsfunktion (auch) für die Industriepolitik, aber eine GASP-Maßnahme, die (auch) Industriepolitik darstellt, kann nicht auf Art. 173 Abs. 3 AEUV gestützt werden. Die Bereiche der EVF-VO, die auf das Testen von Produkten (Art. 11 Abs. 3 lit. f) EVF-VO), auf die Erstellung von Eignungsnachweisen für Produkte (Art. 11 Abs. 3 lit. g) EVF-VO) oder die Zertifizierung von Produkten (Art. 11 Abs. 3 lit. h)

³¹ Groeben, in: von der Groeben/Schwarze/Hilf, 7. Aufl., 2015, AEUV Art. 179 Rn. 58; vgl. auch Eikenberg, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 64. EL Mai 2018, AEUV, Art. 179 Rn. 128, der von „Klärungsbedarf“ im Hinblick auf Art. 45 EUV spricht.

³² Zur inhaltlichen Verbindung der beiden Bereiche siehe obere Rn. 9-10.

EVF-VO) gerichtet sind, unterfallen dem Feld der Industrieförderung und nicht dem XIX. Titel. Für diese Teile der EVF-VO bilden die Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV zweifelsohne die *leges speciales*. Mit anderen Worten: „Dem bereits besprochenen Querschnittscharakter der Industriepolitik ist eine Überschneidung der Industriepolitik mit den Zielen anderer Politikfelder immanent. So finden sich zum Beispiel in Art. 42 Abs. 3 UA 2 und Art. 45 Abs. 1 lit. e) EUV unter den Aufgaben der Europäischen Verteidigungsagentur die Ermittlung von Maßnahmen und deren Durchführung zur Stärkung der industriellen Basis des Verteidigungssektors. Insofern sind die Vorschriften nach EUV als *leges speciales* anzusehen, da dieser Bereich der Industrieförderung gerade nicht ‚vergemeinschaftet‘ worden ist.“³³ Ein Rückgriff auf Art. 173 Abs. 1 AEUV scheidet im Hinblick auf die industriebezogenen Gehalte der EVF-VO von vorneherein aus.

54. Allerdings fragt sich, ob Art. 179 Abs. 3 AEUV evtl. zumindest für die Teile der EVF-VO, die auf Art. 182 Abs. 4, Art. 183 und Art. 188 Abs. 2 AEUV gestützt werden, eine Rückausnahme vom *lex specialis*-Grundsatz vermitteln kann. Dafür ist die Norm im Hinblick auf ihren Wortlaut, ihre Entstehungsgeschichte, ihren Sinn und Zweck (*telos*) und die Systematik auszulegen:

(1) Wortlaut: Unterstützungsmöglichkeit für FET-Maßnahmen in Bezug auf GASP-Politikbereiche durch Art. 179 Abs. 1 AEUV

55. Sofern Art. 179 Abs. 3 AEUV die Ausschließlichkeitsfunktion des XIX. Titels des AEUV auf „alle Maßnahmen der Union aufgrund der Verträge auf dem Gebiet der Forschung und der technologischen Entwicklung“ erstreckt, bezieht die Norm über den Begriff der „Verträge“ explizit den EUV mit ein. Denn die Legaldefinition des Begriffs „Verträge“ findet sich in Art. 1 Abs. 2 AEUV und umfasst sowohl EUV als auch AEUV. Das Trennungsprinzip von GASP und supranationalem Unionsrecht, wie es auch in Art. 40 EUV zum Ausdruck kommt, wird in Art. 179 Abs. 1 AEUV ein weiteres Mal scheinbar durchbrochen, indem die Union dort darauf verpflichtet wird, „alle Forschungsmaßnahmen zu unterstützen, die aufgrund anderer Kapitel der Verträge für erforderlich gehalten werden.“ Der Verweis auf „andere Kapitel“ in

³³ Lock, § 6 Industrie-, Technologie- und Forschungspolitik, in: Wegener (Hg.), Europäische Querschnittspolitiken, Baden-Baden 2014, Rn. 70.

den „Verträgen“ ist insofern auch ein Verweis auf die GASP. Regelungstechnisch sind „Kapitel“ in den Verträgen eine Gliederungsebene unterhalb der „Teile“. Im EUV finden sich lediglich im V. Teil zwei Kapitel – beide sind bezogen auf die GASP, nämlich „Kapitel 1: Allgemeine Bestimmungen über das auswärtige Handeln der Union“ und „Kapitel 2: Besondere Bestimmungen über die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik“. Indem Art. 179 Abs. 1 AEUV die „Kapitel“ der „Verträge“ in Bezug nimmt, werden auch die allgemeinen und besonderen Bestimmungen der GASP in Bezug genommen.

56. Die Unterstützungspflicht in Art. 179 Abs. 1 AEUV ist anders als bei der Querschnittsregelung des Art. 173 Abs. 3 AEUV nicht als immanente Pflicht im jeweils korrespondierenden Politikfeld konzipiert, sondern auf Forschungsmaßnahmen bezogen, die „aufgrund anderer Kapitel der Verträge für erforderlich gehalten werden.“ Die Forschungsnotwendigkeit beruht auf Nützlichkeitsabwägungen, die aus dem Politikfeld herrühren. Bei der GASP sind hier vielfältige Forschungsfragen denkbar. Wie, das wäre eine mögliche Fragestellung, können bei der Umsetzung des GASP-Kapitels in den Art. 23 ff. EUV die Grundsätze des Kapitels 1, also der Art. 21 und 22 EUV, zu Demokratie und Menschenrechten usw. realisiert werden?

57. Tatsächlich finden solche Forschungsmaßnahmen bereits statt. Das Rahmenprogramm nutzt den FTE-Kompetenztitel und seinen Ausschließlichkeitsanspruch gegenüber den GASP-Kapiteln, indem es FTE-Aktivitäten auch in GASP-Politikfeldern fördert. Die Forschung wird insoweit „in fünf Cluster zusammengefasst (,Gesundheit‘, ,inklusive und sichere Gesellschaft‘, ,Digitalisierung und Industrie‘, ,Klima, Energie und Mobilität‘, ,Lebensmittel und natürliche Ressourcen‘), auf die globalen politischen Prioritäten und die politischen Prioritäten der Union abgestimmt (Ziele für eine nachhaltige Entwicklung)“ und nutzt „Zusammenarbeit und Wettbewerbsfähigkeit als treibende Kraft.“³⁴

58. Solche Querbezüge und Überschneidungen sind auch nach dem Wortlaut des Art. 179 Abs. 3 AEUV durchaus möglich. Denn die Norm klinkt sich in abstrakter Weise

³⁴ Vorschlag für eine Verordnung des EP und des Rates über das Rahmenprogramm für Forschung und Innovation „Horizont Europa“ sowie über die Regeln für die Beteiligung und die Verbreitung der Ergebnisse, COM(2018) 435 final, S. 12.

auch in die GASP-Kapitel ein. Forschungspolitik nach dem XIX. Titel des AEUV kann daher alle GASP-Politiken unterstützen und die Ausschließlichkeitsnorm des Art. 179 Abs. 3 AEUV bezieht sich hierbei auf alle Maßnahmen, die auf Grundlage des AEUV durchgeführt werden. Der Normtext sagt allerdings nichts dazu, ob diese Befugnisse aus dem XIX. Titel des AEUV auch die spezifische Verteidigungsforschung umfassen oder ob die Art. 42 Abs. 3 UA 3 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV hier als *leges speciales* anzusehen sind. Für diese Abgrenzung bleibt es bei den allgemeinen Regeln.

59. Für deren Ausdeutung ist von Relevanz, dass der Wortlaut Art. 45 Abs. 2 S. 4 EUV selbst einen Hinweis gibt, wie die Verträge die Rolle der Europäischen Verteidigungsagentur im Institutionengefüge hinsichtlich ihrer Aufgabe definieren, die „Forschung auf dem Gebiet der Verteidigungstechnologie zu unterstützen, gemeinsame Forschungsaktivitäten sowie Studien zu technischen Lösungen, die dem künftigen operativen Bedarf gerecht werden, zu koordinieren und zu planen“ (so Art. 45 Abs. 1 lit. d)). Denn Art. 45 Abs. 2 S. 4 EUV formuliert: „Die Agentur versieht ihre Aufgaben erforderlichenfalls in Verbindung mit der Kommission.“ Die Verträge reagieren daher auf den Koordinierungsbedarf zwischen den Aufgaben der Verteidigungsagentur und den AEUV-Maßnahmen dadurch, dass sie es der Europäischen Verteidigungsagentur ermöglichen, erforderlichenfalls mit der Kommission zusammenzuarbeiten.³⁵ Schon der Wortlaut der Norm schließt aus, dass über den AEUV eine institutionelle Struktur implementiert wird, die die Aufgaben der Europäischen Verteidigungsagentur übernimmt und in deren Entscheidungsprozesse die Europäische Verteidigungsagentur nicht so eingebunden ist, dass sie „ihre Aufgaben versehen kann“.

60. Insoweit ermöglicht auch Art. 179 Abs. 1 AEUV nicht die Durchführung spezifischer Fördermaßnahmen oder gar die Etablierung konkurrierender Institutionen und Fonds im Sektor Verteidigungsforschung, sondern reduziert die Aufgabe der Kommission im XIX. Titel des AEUV darauf „Forschungsmaßnahmen zu unterstützen“. Die Maßnahmen nach Art. 179 Abs. 1 AEUV haben dementsprechend eine unterstützende Funktion, sofern sie „andere Kapitel der Verträge“ betreffen. Das berechtigt nicht dazu, eigene Verfahren und

³⁵ Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 45 Rn. 4.

Entscheidungsorganisationen einzusetzen, die zu den in anderen Kapiteln eingesetzten Agenturen und Institutionen in Konkurrenz treten.

61. Dieser Wortlautbefund zu den Art. 179 AEUV und den Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) und Art. 45 Abs. 4 EUV bedeutet insgesamt, dass der in Art. 28 EVF-VO geregelte Beobachterstatus der Europäischen Verteidigungsagentur im Rahmen des EVF den in Art. 45 Abs. 2 S. 4 EUV genannten Voraussetzungen offensichtlich nicht genügt. Die Stellung der Kommission in der EVF-VO geht zudem weit über eine Unterstützungsfunktion, die Art. 179 Abs. 1 AEUV für Maßnahmen nach dem XIX. Titel des AEUV auf dem Gebiet anderer Kapitel der Verträge vorsieht, hinaus. Und auch Art. 179 Abs. 3 AEUV führt hier zu keiner anderen Bewertung, denn Maßnahmen nach den Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV sind vom Ausschließlichkeitsanspruch des Art. 179 Abs. 3 AEUV ausgenommen. Die Aufgaben der Europäischen Verteidigungsagentur werden unabhängig von Titel XIX. des AEUV erbracht, auch weil sich die Entscheidungsverfahren im Hinblick auf Forschungsprogramme im Rahmen der GASP von denen des AEUV unterscheiden und Misch-Akte in diesem Zusammenhang verboten sind.³⁶

62. Um das Ergebnis der Wortlautinterpretation zusammenzufassen: Die Einbindung der Europäischen Verteidigungsagentur in die Arbeit des EVF ist in der EVF-VO unzureichend. Die dort vorgesehene Aufgabenteilung steht nicht im Einklang mit der Zuständigkeitsordnung der Verträge. Die der Europäischen Verteidigungsagentur in der EVF-VO zugewiesene Rolle als Beobachterin im Programmausschuss genügt den unionsrechtlichen Anforderungen nicht, da diese Rolle die der Agentur übertragene Zuständigkeit nicht angemessen widerspiegelt, zur Ermittlung von Maßnahmen zur Stärkung der industriellen und technologischen Basis des Verteidigungssektors beizutragen, wenn die Verteidigungsagentur lediglich als Beobachterin und unter der Aufsicht der Kommission im Rahmen der Ausschussverfahren fungiert. Die Wortlautinterpretation der Art. 179 AEUV i.V.m. den Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV führt demnach zu dem Ergebnis, dass die Einrichtung des EVF in der EVF-VO nicht mit den *leges*

³⁶ Ausf. obere Rn. 29-33 und untere Rn. 66.

speciales für den Bereich der Verteidigungsforschung in der GASP in Einklang zu bringen ist.

(2) Genese: Verhältnis von GASP und AEUV

63. Auch eine historische Auslegung erweist, dass die EVF-VO im Hinblick auf die Kompetenzen der Europäischen Verteidigungsagentur durch die Einrichtung eines Fonds mit Parallelzuständigkeiten die Grenzen des vertraglich Möglichen überschreitet.
64. Die Ausweitung der Unterstützungspflicht auf Forschungsmaßnahmen, die im Rahmen der GASP entstehen, wurde erst mit dem Lissabon-Vertrag vorgenommen. Wo Art. 179 Abs. 1 AEUV nunmehr die Unterstützungspflicht auf „andere Kapitel der Verträge“ statuiert, sah Art. 130f Abs. 1 EGV in der Fassung des Maastricht-Vertrages vor, dass alle Forschungsmaßnahmen zu unterstützen sind, „die aufgrund anderer Kapitel dieses Vertrages für erforderlich gehalten werden“. Das gleiche Bild bei Art. 179 Abs. 3 AEUV: Während die Norm im Lissabon-Vertrag dazu verpflichtet, dass alle „Maßnahmen der Union aufgrund der Verträge“ auf dem Gebiet der Forschung und der technologischen Entwicklung einschließlich der Demonstrationsvorhaben nach Maßgabe dieses Titels beschlossen und durchgeführt werden, bezog sich Art. 130f Abs. 3 EGV (Maastricht) auf alle „Maßnahmen der Gemeinschaft aufgrund dieses Vertrags“.
65. Die zunächst einmal redaktionellen Änderungen in Form der Ersetzung des Begriffs „Vertrag“ durch „Verträge“ haben den Hintergrund, dass der Lissabon-Vertrag die Säulenstruktur des Maastricht-Vertrages durch eine neue Vertragsarchitektur abgelöst hat. In dieser hat der EUV maßgebliche eigene Gehalte und ist nicht länger auf eine dienende Funktion beschränkt. Dementsprechend sieht nunmehr auch Art. 40 EUV eine wechselseitige Inkommensurabilität von AEUV und EUV vor und betont hierdurch die Eigenständigkeit des EUV und damit der GASP gegenüber dem AEUV. Anders als Art. 47 a.F. EUV, der bei doppelter Zweckverfolgung im Zweifel den Vorrang des Gemeinschaftsrechts etablierte, sieht Art. 40 EUV bei Überschneidungen wechselseitige Unvereinbarkeiten vor. Für die *lex specialis*-Frage ist im Rahmen des historischen Arguments hierbei von Relevanz, dass die Erweiterung auf „die Verträge“ in Art. 179 AEUV im Kontext der

Aufwertung der GASP als autonomer Politikbereich im Lissabon-Vertrag steht. Der EuGH hatte im Hinblick auf Art. 47 a.F. EUV noch entschieden, dass die Union daran gehindert ist, „eine Maßnahme, die rechtsgültig auf der Grundlage des EG-Vertrags erlassen werden könnte, gestützt auf den EU-Vertrag zu erlassen“. Die Union könne „nicht auf eine unter die GASP fallende Rechtsgrundlage zurückgreifen, um Bestimmungen zu erlassen, die auch in eine Zuständigkeit fallen, die nach dem EG-Vertrag der Gemeinschaft zugewiesen ist.“³⁷

66. Einen solchen automatischen Vorrang des supranationalen Rechts des AEUV gibt es nach der Einführung des Art. 40 EUV nicht mehr. Eine Maßnahme, die wie im vorliegenden Fall eine Komponente hat, die sowohl dem XIX. Titel des AEUV als auch den Art. 42 Abs. 3 UA 3 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV als Teil der GASP unterfällt, ist nicht schon allein deshalb auf die Normen des AEUV zu stützen, weil diesen Normen der generelle Vorrang gegenüber dem EUV zukommt. Zwar ist eine „parallele kompetentielle Konstellation [...] auch heute vorstellbar. Sie läßt sich jedoch nicht parallel lösen. Allerdings verlangt Art. 40, die Frage, auf welche Befugnisse eine Maßnahme zu stützen und damit nach welchen Verfahren sie zu erlassen ist, eindeutig zu beantworten. Daher ist es ausgeschlossen, eine Maßnahme zugleich auf Ermächtigungen aus dem Bereich der GASP und einer sonstigen Unionspolitik zu stützen.“³⁸

67. Für das Verhältnis von Art. 179 AEUV und Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV bedeutet das zweierlei: (1) Die Unterstützungspflicht, die in Art. 179 Abs. 1 AEUV nunmehr auf die „Verträge“ bezogen wird, hat eine dienende Funktion. Maßnahmen nach dem XIX. Titel des AEUV ersetzen nicht Maßnahmen nach anderen Kapiteln, sondern unterstützen die dort eingesetzten Institutionen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben. (2) Der Ausschließlichkeitsanspruch des Art. 179 Abs. 3 AEUV, der im Zuge einer redaktionellen Anpassung an die neue Vertragsstruktur nunmehr auch hinsichtlich von GASP-Maßnahmen entstanden ist, vermag solche Aufgaben nicht zu umfassen, die der Europäischen Verteidigungsagentur zugewiesen sind. Denn für diese Aufgaben hat der Lissabon-Vertrag zeitgleich mit der redaktionellen Anpassung in Art. 179 AEUV eine eigene spezielle Lösung geschaffen. Die Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d)

³⁷ EuGH, Urt. v. 20.5.2008 – C-91/05 (Kommission/Rat), Rn. 77.

³⁸ Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 40 Rn. 11.

und e) EUV sind, das bestätigt die historische Interpretation, gegenüber der generellen Regel des Art. 179 AEUV als *leges speciales* einzustufen.

(3) Telos: Differenzierte Teilnahme in der Europäischen Verteidigungsagentur

68. Diese Deutung entspricht auch dem *Telos* des Gefüges aus Art. 179 AEUV und Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV. Die Konzentrationswirkung der Forschungsförderung mit Ausschließlichkeitsanspruch im XIX. Titel des AEUV hat die wichtige Funktion, die Forschungsförderung vor einer sektoriellen Parzellierung zu schützen. Das war bereits die Ausgangslage in Art. 130f EGV (Maastricht), die dann durch eine redaktionelle Normanpassung in Art. 179 AEUV übernommen und im Geltungsanspruch auf die Verträge, damit auch den EUV und darin eingeschlossen die GASP, erweitert worden ist. Zugleich aber wurde mit dem Lissabon-Vertrag nicht nur der EUV und damit auch die GASP als eigenständiger Bereich gestärkt, sondern es wurde auch eine sehr spezifische Regelung für die Förderung spezifischer Forschung im Verteidigungssektor eingeführt, die diesen Bereich wiederum von anderen Bereichen der GASP unterscheidet und damit auch separiert.

69. Das hat seinen Grund vor allem darin, dass eine differenzierte Teilnahme an der Europäischen Verteidigungsagentur ermöglicht werden sollte.³⁹ Dänemark beteiligt sich nach Art. 5 des Protokolls zur Position Dänemarks nicht an Maßnahmen der Europäischen Verteidigungsagentur und auch im Übrigen ist es den Staaten freigestellt, sich an einzelnen Maßnahmen der Agentur zu beteiligen oder nicht zu beteiligen.⁴⁰ Die Regelungen der Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV reagieren auf diese Situation. Indem die spezifische Verteidigungsforschung nicht vergemeinschaftet, sondern im Rahmen der GASP angesiedelt wurde, war es möglich den nationalen Differenzierungswünschen nachzukommen. Zugleich ermöglicht es die Ansiedlung der Verteidigungsforschung im Rahmen der Europäischen Verteidigungsagentur, den

³⁹ Zum Hintergrund siehe Ziff. 64 ff. des Schlussberichts der Gruppe VIII „Verteidigung“ des Europäischen Konvents, CONV 461/02 vom 16.12.2002.

⁴⁰ Ausf. Eisenhut, Europäische Rüstungskooperation, Baden-Baden 2010, S. 288 ff.

Besonderheiten im Hinblick auf Geheimschutz und Sicherheitsinteressen bei der Forschung im Verteidigungssektor Rechnung zu tragen.⁴¹

70. Ziel der Regelungen in Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV ist es insgesamt, diesen Bereich spezifischer Verteidigungsforschung von den allgemeinen Rahmenbedingungen auszunehmen. Anders als bei Art. 346 Abs. 1 lit. b) AEUV, der es dem jeweiligen Mitgliedsstaat ermöglicht, im Rahmen der Verträge eine „Ausnahme von Maßnahmen [zu] ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen“, schließen die Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV die spezifische Verteidigungsforschung vom Regelungsbereich der allgemeinen Forschungsregeln institutionell und substantiell als *lex specialis* aus.⁴² Dies geschieht regelungstechnisch, indem die Europäische Verteidigungsagentur mit der Aufgabe der spezifischen Förderung von Verteidigungsforschung betraut wird. Die Kommission erhält nach Art. 179 Abs. 1 AEUV eine sachlich und institutionell unterstützende Rolle. Die Europäische Verteidigungsagentur, bei der die Aufgabe der Verteidigungsforschungsförderung angesiedelt ist, ist berufen, mit der sie unterstützenden Kommission nach Art. 45 Abs. 2 S. 4 EUV erforderlichenfalls zusammenzuarbeiten. Die EVF-VO widerspricht diesen Grundsätzen und ist mit dem Telos der Aufgabenverteilung in den Verträgen im Hinblick auf die Verteidigungsforschung unvereinbar.

(4) Systematik: Aufgaben der Europäischen Verteidigungsagentur

71. Wortlaut, Genese und Telos der Verbindung von Art. 179 AEUV und Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV indizieren das systematische Ergebnis: Die Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV sind als *leges*

⁴¹ Das in der oberen Fn. 27 genannte Desiderat des Deutschen Bundesrates nach einer strikten Trennung von ziviler Forschung im Rahmen des „Horizont“-Programms und („aufgrund ihrer besonderen Sensibilität sowie ihrer speziellen Erfordernisse und Zielsetzungen“) verteidigungsbezogener Forschung im Rahmen des EVF ist unter dem Regime des XIX. Titels des AEUV für den EVF nicht umsetzbar – entspricht aber der gesetzlichen Ausgestaltung, die u.a. aus genau diesem Grund die spezifisch verteidigungsbezogene Forschung der Europäischen Verteidigungsagentur den GASP-Regeln zuweist.

⁴² Siehe auch Lock zum *lex specialis*-Charakter gegenüber Art. 173 AEUV: Lock, § 6 Industrie-, Technologie- und Forschungspolitik, in: Wegener (Hg.), Europäische Querschnittspolitiken, Baden-Baden 2014, Rn. 70.

speciales die Ausgangsnormen für die Ermittlung der Möglichkeit einer auf den AEUV gestützten Verteidigungsforschungsförderung. Danach sind zwar durchaus Berührungspunkte im Rahmen der Durchführung der Rahmenprogramme zu Bereichen der GASP möglich, auch zu verteidigungspolitischen Fragen. Ein *spezifisches* Programm zur Förderung von FTE-Maßnahmen im Verteidigungssektor ist aber unzulässig. Die *leges speciales* schließen Regelungen aus, die wie in Art. 28 EVF-VO durch die Einrichtung eines Komitologie-Ausschusses zu konkurrierenden Förderorganisationen im Bereich der Förderung der Verteidigungsforschung und Parallelstrukturen für spezifische Verteidigungsforschung auf der Grundlage allgemeiner Kompetenztitel führen. Die Kommission darf in diesem Zusammenhang lediglich eine unterstützende Funktion haben, die der Europäischen Verteidigungsagentur bei ihrer Aufgabenerfüllung sekundiert. Sie darf diese Aufgaben nicht selbst übernehmen und dadurch die Europäische Verteidigungsagentur im Binnenmarkt durch eigene Strukturen ersetzen und die Agentur auf eine Beobachterfunktion reduzieren. Genau das passiert aber, wenn man nach Art. 8 EVF-VO den EVF der direkten Mittelverwaltung durch die Kommission unterstellt, die nach Art. 58 Abs. 1 lit. c) der Haushaltsordnung den Fonds verwaltet, und die Entscheidungen von einem Komitologie-Ausschuss vorbereiten lässt, in dem die Europäische Verteidigungsagentur nach Art. 28 EVF-VO nur Beobachtungsstatus hat.

72. Die Europäische Verteidigungsagentur ist nach den Verträgen nicht die Beobachterin von Maßnahmen zur Förderung der Verteidigungsforschung, sondern sie ist die maßgebliche Institution zur Durchführung dieser Maßnahmen, weil die Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV insoweit *leges speciales* zu den generellen Normen der Forschungsförderung darstellen. Als solche gehen diese Normen den allgemeinen Kompetenztiteln aus dem XIX. Titel des AEUV vor, weil für sie konkret gilt, was der EuGH abstrakt formuliert hat, als er darauf hingewiesen hat, „dass besondere Bestimmungen nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* in den Situationen, die sie spezifisch regeln sollen, allgemeinen Bestimmungen vorgehen“.⁴³

⁴³ EuGH, 22.4.2016 – T-60/06 RENV II und T-62/06 RENV II (Italienische Republik/Kommission), Rn. 81.

(5) Zwischenergebnis

73. Die Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV sind zum einen *leges speciales* für die Sachmaterien in der EVF-VO, die die Kommission unter den Kompetenztitel für Industrieförderung nach Art. 173 Abs. 3 AEUV subsumiert.⁴⁴ Aber auch für die Teile in der EVF-VO, die FTE-Maßnahmen darstellen, sind die Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV *leges speciales*, weil der Ausschließlichkeitsanspruch aus Art. 179 Abs. 3 AEUV für spezifische Verteidigungsforschung nicht gilt.

74. Die EVF-VO widerspricht den Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV. Selbst dann, wenn man unterstellt, dass der Hauptzweck der EVF-VO wie von der Kommission angegeben, in der Förderung von Industrie- und FTE-Maßnahmen im Verteidigungssektor besteht, kann die EVF-VO nicht auf Art. 173 Abs. 3 AEUV und die Normen des XIX. Titels des AEUV gestützt werden.

3. Konsequenzen der Einordnung der EVF-VO als GASP-Maßnahme

a) Sperrwirkung des Art. 40 EUV

75. Da die speziellen Regelungen des EUV die für den EVF vorgesehenen Aufgaben der Europäischen Verteidigungsagentur zuweisen, sperrt Art. 40 Abs. 2 EUV die Inanspruchnahme von Kompetenztiteln des AEUV für die Förderung von Verteidigungsindustrie und verteidigungsbezogenen FTE-Maßnahmen. Das gilt unabhängig davon, ob man (a) davon ausgeht, dass die EVF-VO die Zwecke Verteidigung, Industrieförderung (im Verteidigungssektor) und FTE-Förderung (im Verteidigungssektor) untrennbar kombiniert, oder ob man (b) den Hauptzweck des EVF in der Förderung der Verteidigungsfähigkeit bzw. der strategischen Verteidigungs-Autonomie der Union sieht – wie es die Begründung des VO-Entwurfs nahelegt – oder ob man (c) das in der Verordnung angegebene Ziel der integrierten Förderung von Industrie und FTE-Maßnahmen im Verteidigungssektor als authentisches Hauptziel des EVF unterstellt.

⁴⁴ Hierzu obere Rn. 53.

b) Finanzierungsverbot aus Art. 41 Abs. 2 EUV

76. Eine Finanzierung der verteidigungspolitischen Fördermaßnahmen aus dem allgemeinen Haushalt der EU scheidet wegen der GASP-Finanzregeln aus. Die operativen Ausgaben im Zusammenhang mit der Durchführung der GASP, die wie im Fall des EVF aufgrund von Maßnahmen mit militärischen oder verteidigungspolitischen Bezügen entstehen,⁴⁵ gehen nach Art. 41 Abs. 2 UA 1 EUV grundsätzlich nach dem Bruttosozialprodukt-Schlüssel zulasten der Mitgliedstaaten. Daher ist eine andere Finanzierungsstruktur für Maßnahmen aus der GASP ausgeschlossen.

77. Das schließt zwar nicht aus, dass Maßnahmen, die auf einer Kompetenzgrundlage außerhalb der GASP gründen, eine von Art. 41 Abs. 2 UA 1 EUV abweichende Finanzstruktur haben können. Da aber die Art. 42 Abs. 3 UA 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. d) und e) EUV als *leges speciales* spezifischer Industrie- und FTE-Förderung im Verteidigungssektor den Rückgriff auf allgemeine Kompetenztitel des AEUV für diese Förderung ausschließen, ist auch eine von der GASP-Finanzierung unabhängige Finanzierung für diese Aufgaben nicht möglich. Denn insoweit gilt: „Die Kompetenz bestimmt die Finanzquelle“.⁴⁶

II. Rechtliche Durchsetzungsmöglichkeiten

78. Gegen die kompetenzwidrige Errichtung des EVF in der EVF-VO steht der Rechtsweg zum EuGH und auch zum BVerfG offen.

1. EuGH

79. Der EuGH kann von privilegiert Klageberechtigten (Europäisches Parlament, Rat, Kommission, Mitgliedsstaaten) im Wege der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV angerufen werden, ohne dass diese ein spezifisches Interesse vorweisen müssen.

⁴⁵ Hierzu siehe oben Rn. 37-43.

⁴⁶ Rat der Europäischen Union, I-Punkt-Vermerk vom 24. 11. 1999 über allgemeine Kriterien zur Abgrenzung der Gemeinschaftszuständigkeit von der Zuständigkeit der Europäischen Union im Rahmen der GASP (13314/99), Anlage, Punkt II. A.

Nichtprivilegierte Klageberechtigte – wie einzelne Unternehmen, ggf. auch Forschungsinstitutionen und anderweitig von Fördermaßnahmen Betroffene – müssen jeweils ein spezifisches Klageinteresse vorweisen. Zwar sind die Vorschriften der GASP von einer Rechtskontrolle durch den EuGH ausgenommen. Art. 24 Abs. 1 UA 2 EUV macht hierbei aber eine Rückausnahme im Hinblick auf Art. 40 EUV. D.h. gerade in Bezug auf die hier streitentscheidende Frage, ob die wechselseitige Unvereinbarkeit von AEUV und GASP-Regeln Beachtung gefunden hat, ist dem EuGH die Jurisdiktion zugewiesen.

80. Auch eine Subsidiaritätsklage zum EuGH – nach Art. 8 Subsidiaritätsprotokoll als Unterfall der Nichtigkeitsklage konzipiert – ist zulässig. Die konkreten Voraussetzungen richten sich jeweils nach nationalem Recht (in Deutschland Art. 23 Abs. 1a S. 2 GG i.V.m. § 12 IntVG), das allerdings die Effektivität dieses unionsrechtlich eingerichteten Verfahrens nicht einschränken darf. Die Frist für die Einlegung beträgt zwei Monate. In Deutschland kann nach § 12 IntVG ein Viertel der Mitglieder des Bundestages eine Subsidiaritätsklage initiieren, auch der Bundesrat kann eine solche Klage erheben. Die Klage ist nicht abhängig von einer vorherigen Subsidiaritätsrüge. Der Prüfungsumfang des EuGH erstreckt sich nicht lediglich auf die Vereinbarkeit des Rechtsaktes mit dem Subsidiaritätsprinzip, sondern im Rahmen der Subsidiaritätsklage prüft der Gerichtshof die Schrankentrias des Art. 5 EUV umfassend, d.h. insbesondere auch die Beachtung des im vorliegenden Fall betroffenen Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung.⁴⁷

2. BVerfG

81. Da durch die Errichtung des EVF in evidenter Weise zentrale Kompetenznormen des Unionsrechts und damit auch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 23 GG verletzt werden, kann auch das BVerfG im Wege des Organstreits und der Verfassungsbeschwerde mit der *ultra vires*-Rüge angerufen werden. Möglich ist auch ein Eilverfahren vor dem BVerfG mit dem Ziel, die deutsche Vertretung im Rat zu verpflichten, den VO-Vorschlag abzulehnen und – sofern dies

⁴⁷ Ausf. zu den Voraussetzungen der Subsidiaritätsklage siehe Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 12 EUV, Rn. 27-38.

allein nicht erfolgführend ist, weil eine Einstimmigkeit nach den von der Kommission gewählten Rechtsgrundlagen im Rat nicht vorgeschrieben ist – ggf. weitere Maßnahmen gegen die Einrichtung des EVF zu ergreifen.

82. Die *ultra vires*-Rüge hat das Bundesverfassungsgericht auf evidente und qualifizierte Verstöße tragender Rechtsgrundsätze reduziert.⁴⁸ Bei der EVF-VO – sollte sie so wie geplant beschlossen werden – handelt es sich um einen i.d.S. qualifizierten und evidenten Verstoß gegen tragende Prinzipien der Verträge. Das Bundesverfassungsgericht hat im Lissabon-Urteil die klare Trennung von GASP und supranationalem Recht als zentralen Grundsatz der Architektur der Verträge betont, indem es festgehalten hat: „Die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik, einschließlich der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik, unterfällt auch nach dem Vertrag von Lissabon nicht dem supranationalen Recht (vgl. Art. 24 Abs. 1, Art. 40 EUV-Lissabon; Art. 2 Abs. 4 AEUV und die der Schlussakte zum Vertrag von Lissabon beigefügte Erklärung Nr. 14 zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik).“⁴⁹ Gegen diesen tragenden Grundsatz verstößt die EVF-VO. Es handelt sich auch um eine erheblich ins Gewicht fallende Verletzung, die auch offenkundig und damit hinreichend qualifiziert i.S.d. Rechtsprechung des BVerfG ist.

83. Die kompetentielle Umdeklaration, die die Kommission im Fall der EVF-VO versucht, indem sie eine evidentenmaßen in die GASP fallende Regelung auf supranationales Recht des AEUV stützt, ist ein qualifizierter Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Die Kommission umgeht damit offensichtlich rechtswidrig eine differenzierte Regelung in der GASP, um einen Bereich zu supranationalisieren, den die Verträge bewusst nicht supranationalisiert haben. Lässt man dies zu, schafft man die Möglichkeit für „ein beliebiges bereichsübergreifendes Auswechseln der Kompetenzgrundlagen gewissermaßen

⁴⁸ BVerfGE 126, 286 (303): „Ersichtlich ist ein Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur dann, wenn die europäischen Organe und Einrichtungen die Grenzen ihrer Kompetenzen in einer das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung spezifisch verletzenden Art überschritten haben (Art. 23 Abs. 1 GG), der Kompetenzverstoß mit anderen Worten hinreichend qualifiziert ist [...] Dies bedeutet, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fällt.“

⁴⁹ BVerfGE 123, 267 (426).

im Sinne von Kompetenzrochaden [...] – damit würde das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung faktisch obsolet, da in einer komplexen und vernetzten Lebenswirklichkeit alles mit allem irgendwie zusammenhängt.“⁵⁰

⁵⁰ Lindner, Die Europäisierung des Wissenschaftsrechts, Tübingen 2009, S. 42.