



LJZ

LIECHTENSTEINISCHE

JURISTEN-ZEITUNG

Eigentümer, Herausgeber und Verleger: Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR), Vaduz,
c/o Fürstliches Landgericht, FL-9490 Vaduz, Spaniagasse 1

Heft 1

März 2020

41. Jahrgang

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen Teil 1:

Beiträge zum Jubiläum «25 Jahre EWR»

Andrea Entner-Koch: Connecting Liechtenstein to Europe – ein facettenreiches Zusammenspiel.....	2
Sabine Monauni: Liechtenstein und die EU: Mehr als eine reine Wirtschaftsbeziehung.....	3
Henri Gétaz: Der Europäische Wirtschaftsraum: eine resiliente institutionelle Konstruktion.....	7
Bernd Hammermann: Liechtenstein: 25 Jahre EWR-Gerichtsbarkeit.....	11
Frank J. Büchel: Die Rolle der ESA im EWR.....	21
Christina Neier: Der EWR-Beschlussfassungsprozess in Recht und Praxis.....	26
Judith Schild: Die Herausforderungen für das EWR-System durch die «Agenturisierung» des Unionshandelns.....	34
Christian Frommelt: Ist die EWR-Mitgliedschaft ein Souveränitätsgewinn? Über ein Narrativ und dessen aktuelle Bedeutung.....	41
Halvard Haukeland Fredriksen: 25 years after Liechtenstein saved the EFTA Court: the case for reform.....	50
Georges Baur: Unmittelbare Wirkung und Vorrang im EWR: Schutz einer abstrakten Souveränität der EFTA-Staaten oder konkreter Rechtsschutz für Bürger und Unternehmen?.....	56
Sarah Schirmer: Die Durchsetzung des EU- und EWR-Beihilferechts vor nationalen Gerichten.....	65
Stefan Barriga/Esther Schindler: Die EWR-rechtliche Dimension des Brexit.....	75
Helen Lorez: Liechtenstein und der EWR-Finanzierungsmechanismus.....	82
Andreas Th. Müller: EWR-Recht und Extraterritorialität.....	91
Thomas Bischof: SOLVIT – Effiziente Problemlösung im EWR.....	97

Abhandlungen Teil 2:

Peter Bussjäger: Aktuelles aus der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes 2016 – 2019.....	104
Mathias Walch: Zum Missbrauch der Vertretungsmacht im Liechtensteinischen Stiftungsrecht.....	111
Rechtsprechungsübersicht.....	124
Mitteilungen.....	125
Fachliteratur.....	126
Amtliche Liechtensteinische Entscheidungssammlung (LES)	
Staatsgerichtshof.....	1
Verwaltungsgerichtshof.....	15
Fürstlicher Oberster Gerichtshof.....	20
Fürstliches Obergericht.....	45



Übersetzen
Dolmetschen
Sprachreisen

Interlingua

Language professionals



Interlingua Anstalt
Postfach 376
FL-9490 Vaduz
Telefon +423-232 13 74
Telefax +423-232 08 42
info@interlingua.li
www.interlingua.li

veillance Authority or an EFTA State is to be considered an act within the meaning of this provision.

4.6 Introducing an obligation to engage with the EFTA Court

A strengthening of the EFTA Court along the lines suggested here ought to be followed up by the introduction of an obligation on the highest courts of the EEA/EFTA States to make use of Article 34 SCA in cases where the legal situation lacks clarity. This will strengthen the standing of the EFTA Court, both within the EFTA-pillar and in the eyes of the EU, whilst at the same time preserving the partner-like relationship between it and the national courts.³⁸ An obligation to engage in a dialogue with the EFTA Court does not subordinate the national courts to it, and it does therefore not raise any questions related to transfer of judicial sovereignty.

It can be achieved by amending Article 34 SCA as follows:

4. Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of an EFTA State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the EFTA Court.

At the same time, the EEA/EFTA States could add another paragraph to Article 34 SCA to the effect that national courts are to pay 'due account' to an advisory opinion from the EFTA Court, thereby clarifying that they are neither binding nor to be ignored.

An obligation on the highest courts to make use of Article 34 SCA could be expected to increase the number of references also from other courts and tribunals of the EEA/EFTA States, something which again could help justify the costs involved in the suggested strengthening of the EFTA Court.

5. Conclusion

In light of the developments and challenges described in section 3 above, the reform proposals set out in this contribution will facilitate continued EU/CJEU trust in the institutional set up of the EEA, strengthen the relationship between the EFTA Court and the CJEU, relieve the EFTA Court of the undesirable task of indirect review of EU acts, strengthen the position of the EFTA Court within the EFTA pillar, consolidate the two-pillar structure and prevent *ex post* ECtHR review of EFTA Court decisions. It will cost some money, of course, but given all of the three EEA/EFTA States' clearly stated interest in the continued success of the EEA Agreement, and acknowledging the EFTA Court's key role in this regard, it will be money well spent.

Unmittelbare Wirkung und Vorrang im EWR: Schutz einer abstrakten Souveränität der EFTA-Staaten oder konkreter Rechtsschutz für Bürger und Unternehmen?

Georges Baur

I. Einführung

Man kann sich zu Recht fragen, wozu es schon wieder einen Beitrag zur Frage der unmittelbaren Wirkung und des Vorrangs von EWR-Recht in den EWR/EFTA-Staaten braucht. Was diese beiden Prinzipien im EU-Recht anbelangt, so sind die Publikationen dazu Legion.¹ Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) und die nationalen Gerichte haben sich immer wieder mit diesem Thema befasst, da seit der Weichenstellung in den Rs. *Van Gend en Loos*² vom 5. Februar 1963 (Unmittelbare Wirkung) bzw. *Costa/Enel*³ vom 15. Juli 1964 (Vorrang) immer neue Fallkonstellationen entstanden sind. Damit entstand jeweils neuer Diskussionsbedarf in der rechtswissenschaftlichen Literatur.

Sehr viel wurde auch zur unmittelbaren Wirkung und zum Vorrang hinsichtlich der Anwendung dieser Prinzipien im Rahmen des EWR-Abkommens (EWRA) geschrieben. Dies hat nicht zuletzt damit zu tun, dass es sich dabei um Prinzipien des EU-Rechts handelt, welche einerseits zur Sicherung der Homogenität im EWR notwendig sind, andererseits mit dem besonderen Charakter des EWR und seiner Zwitterstellung zwischen Völker- und Europarecht schwierig zu vereinbaren sind. Da das EWRA darauf beruht, dass von keiner Vertragspartei⁴ verlangt wird, «einem Organ des Europäischen Wirtschaftsraums Gesetzgebungsbefugnisse zu übertragen»,⁵ gibt es auch keine EWR-weite Festlegung auf den der EU-Rechtsordnung inhärenten Monismus,⁶ welcher Voraussetzung für eine unmittelbare Wirkung bzw. den Vorrang von EU-Recht ist. Dies erschwert die homogene Rechtsetzung und -anwendung auf nationaler Ebene zusätzlich, da Liechtenstein der monistischen Völkerrechtstheorie folgt, während Island und Norwegen sog. dualistische Staaten sind.⁷

Das EWRA ist dadurch gekennzeichnet, dass es in sich viele gegensätzliche Interessen und Prinzipien vereinigt

¹ Siehe etwa das Inhaltsverzeichnis bei *Kruis*, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis (2013) 682–707.

² EuGH C-26-62, *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1.

³ EuGH C- 6-64, *Costa/ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66.

⁴ Naturgemäss kann es sich dabei nur um die EFTA-Staaten handeln, da die EU-Mitgliedstaaten bereits im Rahmen der EU gebunden sind.

⁵ EWRA, Präambel zu Protokoll 35.

⁶ *Baur/Sánchez-Rydelski/Zatschler*, European Free Trade Association (EFTA) and the European Economic Area (EEA)² (2018) Rz. 214.

⁷ Das heisst vereinfacht, dass nach der monistischen Völkerrechtstheorie das Völkerrecht Teil der nationalen Rechtsordnung ist, während Völkerrecht nach der dualistischen Völkerrechtstheorie einen vom nationalen recht getrennten Rechtsbestand darstellt und deshalb zu seiner innerstaatlichen Gültigkeit zunächst einer Transformation bedarf. Siehe zum Ganzen: *Keller*, Rezeption des Völkerrechts (2003).

³⁸ See further Halvard Haukeland Fredriksen, «Judicial dialogue in the EFTA pillar of the EEA – developments and challenges», *Efta-Studies.org.*, 4 November 2019.

gen muss, so dass schon von der «Quadratur des Kreises» gesprochen wurde.⁸ Da die beiden vorgenannten Prinzipien ein Spannungsfeld aufbauen, erstaunt es nicht, dass über die Jahre ein Kleinkampf um die richtige Ansicht in dieser Frage getobt hat:⁹ Vorrang für den Vorrang und die unmittelbare Wirkung oder nationale Souveränität über alles? Während die einen, zumeist monistisch geprägt, vielleicht etwas salopp davon ausgingen, dass unmittelbare Wirkung und Vorrang auch im EWR selbstverständlich Anwendung fänden,¹⁰ sträubten sich vor allem die beiden nordischen EWR/EFTA-Staaten zum Teil heftig gegen irgendwelche Form von unmittelbarer Wirkung.¹¹ Dies ist keine Besonderheit der EFTA-Staaten. (National-) Staaten tendieren naturgemäss dazu, Widerstand gegen die unmittelbare Wirkung von Völker- oder EU-Recht zu leisten, da sie ihnen «scope for political manoeuvre» nimmt.¹²

Dabei geht oft vergessen, weshalb unmittelbare Wirkung und Vorrang überhaupt eine Rolle spielen, ganz abgesehen vom abstrakten Vertragsziel, Homogenität zu gewährleisten.¹³ Es geht um die Menschen und Unternehmen im Binnenmarkt und darum, dass sie sich vor einer für diesen zuständigen Behörde oder einem für diesen zuständigen Gericht gegen eine Verkürzung ihrer Rechte, die ihnen die Regeln des EWR verleihen, gegebenenfalls auch gegen ihren Heimatstaat, wehren können.

Vorab ist noch eine Bemerkung zur Terminologie anzubringen: Statt unmittelbare Wirkung («*direct effect*»), wird oft auch von unmittelbarer Anwendbarkeit oder Direktwirkung gesprochen. Wir halten uns hier an den Sprachgebrauch des EuGH.

Nachstehend sollen die Prinzipien unmittelbare Wirkung und Vorrang, wie sie vom EuGH entwickelt wurden, kurz dargestellt werden (II.). Dabei werden die beiden Prinzipien aus Gründen der Transparenz separat dargestellt, obwohl sie eng verbunden sind und sich zum Teil gegenseitig bedingen können.¹⁴ Dann soll auf die über ein Vierteljahrhundert dauernde Diskussion da-

rüber eingegangen werden, wie die Prinzipien «Keine Abgabe von Souveränitätsrechten» einerseits und «unmittelbare Wirkung und Vorrang» andererseits zu gewichten seien (III.). Dabei ist nochmal an die in der Präambel festgehaltenen Leitgedanken zu erinnern, welche für die Gewichtung der zuvor genannten gegensätzlichen Prinzipien wesentlich sind. Zum Abschluss wird der Stand der Dinge zusammengefasst und ein kurzer Ausblick gewagt (IV.).

II. Unmittelbare Wirkung und Vorrang in der EU...

1. Unmittelbare Wirkung

a. Allgemein

Mit unmittelbarer Wirkung ist im Unionsrecht der Grundsatz gemeint, wonach dieses dem Einzelnen bei angemessener Ausgestaltung des konkreten Rechtsakts Rechte verleihen kann, welche die Gerichte der Mitgliedstaaten der Europäischen Union anzuerkennen und durchzusetzen haben.

Die unmittelbare Wirkung ist in den Verträgen nicht ausdrücklich verankert. Dieser Grundsatz wurde erstmals vom EuGH in der Rechtssache *Van Gend en Loos* anerkannt.¹⁵ In der Folge hat der EuGH den Grundsatz der unmittelbaren Wirkung dahingehend erweitert, dass er praktisch auf alle möglichen Formen von EU-Rechtsvorschriften anwendbar ist, unter bestimmten Voraussetzungen selbst auf Richtlinien. Unmittelbare Wirkung ist anzunehmen, wenn ein Rechtsakt klar und unbedingt ist, zu seiner Wirksamkeit keines zusätzlichen Vollzugsakts bedarf und für dessen Anwendung kein weiterer Ermessensspielraum besteht.¹⁶

b. Arten unmittelbarer Wirkung

In *Van Gend en Loos*¹⁷ hat der EuGH entschieden, dass ein Bürger ein durch das Gemeinschaftsrecht gewährtes Recht gegen den Staat durchsetzen könne. Die Frage, ob Rechte gegen einen anderen Bürger durchgesetzt werden könnten, wurde in der Entscheidung nicht angesprochen. Dies hat er in der Rs. *Defrenne II*¹⁸ nachgeholt und entschieden, dass es zwei Arten unmittelbarer Wirkung gebe: vertikale unmittelbare Wirkung und horizontale unmittelbare Wirkung, wobei die Unterscheidung darauf beruht, gegen wen das Recht durchzusetzen ist.

Die vertikale unmittelbare Wirkung betrifft das Verhältnis zwischen EU-Recht und nationalem Recht, insbesondere die Verpflichtung des Staates zur Einhaltung von EU-Recht. Damit können sich die Bürger in Verfahren gegen den Staat oder gegen öffentliche Einrichtungen darauf berufen. Die horizontale unmittelbare Wirkung betrifft die Beziehung zwischen Einzelpersonen (einschliesslich Unternehmen). Wenn ein Rechtsakt des EU-Rechts horizontal direkt wirksam ist, können sich die Bürger bzw. (privatrechtlichen) Unternehmen darauf berufen, wenn sie gegeneinander rechtlich vorgehen.

⁸ *Gstöbl*, Successfully Squaring the Circle: Liechtenstein's Membership of the Swiss and European Economic Area, in *Hösl/Saetber* (Hrsg.), Free Trade Agreements and Customs Unions: Experiences, Challenges and Constraints (1997) 163-76.

⁹ *Bruha*, Is the EEA an Internal Market?, in *Müller-Graff/Selvig* (Hrsg.), EEA-EU Relations (1999), 114.

¹⁰ *Jacot-Guillarmod*, Préambule, objectifs et principes, in *Jacot-Guillarmod* (Hrsg.), Accord EEE/EWR-Abkommen/EEA Agreement (1992) 73; *Koller* in *Jacot-Guillarmod* 825.

¹¹ *Baudenbacher*, Was ist aus dem Gutachten des EuGH 1/91 geworden?, in LA Prinz Nikolaus von Liechtenstein (2007) 85-87.

¹² *Eeckhout*, The International Legal Order: Black holes, fifty shades of grey, or extending Van Gend en Loos?, in *EuGH* (Hrsg.), FS Van Gend en Loos (2013) 175.

¹³ Siehe zur überragenden Bedeutung des Homogenitätsprinzips im EWR z.B. *Wennerås* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder* Art 6 EWRA; *Frommelt*, In Search of Effective Differentiated Integration: Lessons from the European Economic Area (EEA), 95-101; *Baur*, Decision-Making Procedure and Implementation of New Law, in *Baudenbacher* (Hrsg.), Handbook of EEA Law (2016), 45-67 (51-52); *Holter*, Legislative Homogeneity, in *Baudenbacher* (Hrsg.) The Fundamental Principles of EEA Law, 1-17; *Speitler*, Judicial Homogeneity as a Fundamental Principle of the EEA, in *Baudenbacher*, Fundamental Principles, 19-33.

¹⁴ Siehe zum Verhältnis von unmittelbarer Wirkung und Vorrang *Kruis* 115 ff.

¹⁵ Fn. 2.

¹⁶ *Ruffert* in *Calliess/Ruffert* Art 1 AEUV Rz. 30.

¹⁷ Fn. 2

¹⁸ EuGH 43/75, *Defrenne II*, ECLI:EU:C:1976:56.

c. Welche Rechtsakte verleihen unmittelbare Wirkung?

Die unmittelbare Wirkung ist allgemein bei Bestimmungen des Primärrechts gegeben, wie dies in der Rs. *Van Gend en Loos* der Fall war. Sowohl vertikale als auch horizontale unmittelbare Wirkung sind möglich.

Verordnungen sind ebenfalls der unmittelbaren Wirkung fähig. Da Art 288 AEUV ausdrücklich vorsieht, dass Verordnungen «in allen ihren Teilen verbindlich und in allen Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar sind», schloss der EuGH, dass sie unmittelbar wirksam sind. Daher können sie «nach ihrer Rechtsnatur und ihrer Funktion im Rechtsquellensystem des Gemeinschaftsrechts (...) Rechte der Einzelnen begründen, die die nationalen Gerichte schützen müssen.»¹⁹ Eine Verordnung kann sowohl vertikal als auch horizontal direkt wirksam sein.²⁰ Dies gilt ebenso für Beschlüsse. Diese sind gemäss Art 288 Abs 4 AEUV «in allen ihren Teilen verbindlich» und unmittelbar wirksam, ausser sie seien nur an bestimmte Adressaten gerichtet.

Im Falle von Richtlinien ist die Rechtslage etwas komplizierter. In der Rs. *Grad* gegen Finanzamt Traunstein²¹, in der es um eine Mehrwertsteuersache ging, entschied der EuGH, dass eine Richtlinie unmittelbar wirksam sein könne, da sie die Verpflichtung auferlegte, ein gefordertes Ergebnis zu erzielen. Dies präziserte der EuGH in der Rs. *Becker*²², in der es ebenfalls um die Mehrwertsteuer ging, in dem er entschied, es könnten «sich die einzelnen [Personen] in Ermangelung von fristgemäss erlassenen Durchführungsmassnahmen auf Bestimmungen einer Richtlinie, die inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, gegenüber allen innerstaatlichen, nicht richtlinienkonformen Vorschriften berufen; einzelne können sich auf diese Bestimmungen auch berufen, soweit diese Rechte fest legen, die dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können.»

In der Rs. *Ratti*²³ wurde durch den EuGH jedoch festgestellt, dass eine Richtlinie keine unmittelbare Wirkung haben könne, wenn die Frist für deren Umsetzung nicht abgelaufen sei. Richtlinien seien nur dann unmittelbar wirksam, wenn der vorgeschriebene Zeitpunkt, zu dem der Mitgliedstaat sie hätte umsetzen müssen, abgelaufen sei. In Fällen, in denen der Mitgliedstaat die erforderlichen Rechtsvorschriften eingeführt, dies jedoch fehlerhaft getan habe, könne eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie möglicherweise gegeben sein, wie der EuGH in der Rs. *Verbond van Nederlandse Ondernemingen* entschieden hat.²⁴

Hinsichtlich der horizontalen unmittelbaren Wirkung von Richtlinien stellte der EuGH in der Rs. *Marshall*²⁵ fest, dass es eine solche nicht gebe. Er bestätigte dies in der Rs. *Faccini Dori*.²⁶ Im Gegensatz zu den primär-

rechtlichen Bestimmungen und Verordnungen könnten Richtlinien (in einem Rechtsstreit gegen eine andere Privatperson oder ein anderes Unternehmen) keine horizontale Wirkung entfalten. Dies ergibt sich laut EuGH grundsätzlich daraus, dass Richtlinien die klassische mittelbare Rechtsetzung der EU sei und deshalb an die Staaten gerichtet seien und Privaten aus deren mangelhaften Umsetzung keine Nachteile erwachsen könnten. Wollte man Einzelnen direkte Verpflichtungen auferlegen, stünden dafür als Instrument Verordnungen zur Verfügung.

Die Position des EuGH betreffend die horizontale unmittelbare Wirkung von Richtlinien ist umstritten. Zahlreiche Generalanwälte haben vor dem EuGH die Einführung der horizontalen direkten Wirkung befürwortet,²⁷ konnten den Gerichtshof jedoch bisher nicht überzeugen, seine Rechtsprechung zu ändern. In einer Reihe von Fällen hat der EuGH allerdings Wege gefunden, um diese Beschränkung der Anwendung einer Richtlinie zu vermeiden und dieser Wirksamkeit zu verleihen, wenn ihm dies angezeigt schien. So zeigt sich in der Rs. *Foster*²⁸ die Bereitschaft des Gerichtshofs, Einzelpersonen direkt Rechte aus einer Richtlinie zu übertragen. In diesem Fall entschied der EuGH, dass jede staatliche Organisation, verstaatlichte Firma oder im öffentlichen Sektor tätige Firma als öffentlich angesehen werden kann. Damit konstruiert der EuGH eine vertikale unmittelbare Wirkung, wenn eine «engere Betrachtung» des Sachverhalts im Lichte der Richtlinienbestimmungen darauf schliessen lässt, dass eine horizontale direkte Wirkung für die Anwendung erforderlich wäre. Damit greift er auf die Rs. *von Colson*²⁹ zurück, wo der EuGH die Praxis des «Einlesens einer Richtlinie in geltendes nationales Recht» eingeführt hat, um die Wirkung der Richtlinie zu verwirklichen, obwohl sie nicht Teil der nationalen Gesetzgebung ist. Ein weiteres Beispiel für diese Art kreativer Rechtsprechung ist die Rs. *Francovich*,³⁰ wo ein EU-Mitgliedstaat von einer Einzelperson wegen Nichtumsetzung einer Richtlinie und des daraus resultierenden Verlustes von Rechten ins Recht gefasst werden konnte. Diese Entscheidung ist im Übrigen auch für die Frage der Staatshaftung für durch Individuen auf Grund von fehlerhaft oder nicht umgesetzten Richtlinien erlittenen Schaden von Bedeutung.

Des Weiteren kann auch die Verpflichtung der EU-Mitgliedstaaten, das nationale Recht in Einklang mit dem EU-Recht auszulegen, zu einer indirekten horizontalen Wirkung in Bezug auf Richtlinien führen.³¹ An dieser Stelle sei noch auf die Rechtsprechung zu *Mangold*,³² *Quelle*³³ und *Kücükdevici*³⁴ hingewiesen, wo der EuGH die horizontale Wirkung nicht einmal mehr versteckt, obwohl ein formaler Wechsel in der Rechtsprechung wohl

¹⁹ EuGH C-253/00, *Munoz*, ECLI:EU:C:2002:497, Rz. 27.

²⁰ EuGH 43/71, *Politi*, ECLI:EU:C:1971:122, Rz. 9.

²¹ EuGH 9/70, *Grad*, ECLI:EU:C:1970:78.

²² EuGH 8/81, *Becker*, ECLI:EU:C:1982:7.

²³ EuGH 148/78, *Ratti*, ECLI:EU:C:1979:110.

²⁴ EuGH 51/76, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen*, ECLI:EU:C:1977:12.

²⁵ EuGH 152/84, *Marshall*, ECLI:EU:C:1986:84.

²⁶ EuGH C-91/92, *Faccini Dori*, ECLI:EU:C:1994:292.

²⁷ Siehe z.B. GA *Bot* zu Rs. C-569/16 und C-570/16, *Bauer und Brossonn*, ECLI:EU:C:2018:337, Rz. 45–46; sowie zu Rs C-619/16, *Kreuziger*, ECLI:EU:C:2018:339.

²⁸ EuGH C-188/89, *Foster*, ECLI:EU:C:1990:313.

²⁹ EuGH 14/83, *von Colson*, ECLI:EU:C:1984:153.

³⁰ EuGH C-6/90 und C-9/90, *Francovich*, ECLI:EU:C:1991:428.

³¹ *Biervert* in *Schwarze*, Art 288 AEUV Rz 30.

³² EuGH C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709.

³³ EuGH C-404/06, *Quelle*, ECLI:EU:C:2008:231.

³⁴ EuGH C-555/07, *Kücükdevici*, ECLI:EU:C:2010:21.

nicht stattgefunden hat.³⁵ Hier vermischen sich auch die Fragen nach unmittelbarer Anwendung und Vorrang. Diese Rechtsprechung wurde in der Literatur scharf kritisiert.³⁶

2. Vorrang

a. Allgemein

Nach dem Vorrangprinzip geht das EU-Recht den nationalen Gesetzen der Mitgliedstaaten vor. Das Vorrangprinzip gilt für alle verbindlichen europäischen Rechtsakte. Daher dürfen die Mitgliedstaaten keine nationale Regel anwenden, die dem europäischen Recht widerspricht. Auch der Vorrang ist ein Grundprinzip des EU-Rechts. Wie das Prinzip der unmittelbaren Wirkung ist es nicht in den Verträgen verankert, sondern wurde vom EuGH entwickelt. Wiederum steht der Rechtsschutz der Bürger und Unternehmen im Vordergrund: Das Vorrangprinzip stellt sicher, dass die Bürger durch EU-Recht einheitlich geschützt werden.

b. Definition

Der EuGH hat das Vorrangprinzip mit der Rs. *Costa/Enel*³⁷ vom 15. Juli 1964 im EU-Recht verankert. In dieser Rs. hat der Gerichtshof erklärt, dass die von EU-Institutionen erlassenen Rechtsakte in die Rechtssysteme der Mitgliedstaaten zu integrieren sind und dass sie verpflichtet sind, diese einzuhalten. Das EU-Recht hat daher Vorrang vor den nationalen Gesetzen. Wenn eine nationale Regelung gegen eine Bestimmung des EU-Rechts verstösst, müssen die Behörden der Mitgliedstaaten die europäische Bestimmung anwenden und das nationale Recht unangewendet lassen. Die deutsche Europarechtswissenschaft entwickelte die Theorie einer Unterscheidung zwischen Anwendungs- und Geltungsvorrang. Mit letzterem ist die Nichtigkeit einer dem EU-Recht widersprechenden Norm angesprochen. Der EuGH ist dieser Theorie aber nicht gefolgt: das nationale Recht wird nicht aufgehoben, dazu fehlt dem EuGH die Kompetenz. Zudem kann das dem EU-Recht widersprechende nationale Recht unter Umständen in anderen nicht EU-rechtlichen Zusammenhängen durchaus noch Geltung beanspruchen.³⁸

c. Geltungsbereich des Prinzips

Der Vorrang des europäischen Rechts vor den nationalen Gesetzen ist umfassend. Er gilt für alle verbindlichen europäischen Rechtsakte, unabhängig davon, ob es sich um Primär- oder Sekundärrecht handelt. Dem unionsrechtlichen Vorrang unterliegen alle nationalen Rechtsakte, unabhängig ihrer Art oder Herkunft. Natürlich betrifft dies auch die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten.

Der Gerichtshof hat zwar entschieden, dass auch nationale Verfassungen dem Vorrangprinzip unterliegen

sollten.³⁹ Daher wäre es Sache der nationalen Richter, die Bestimmungen einer Verfassung, die dem europäischen Recht widersprechen, nicht anzuwenden. Allerdings ist diese Frage in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten nicht unumstritten. So gibt es auch innerhalb der EU verschiedene Haltungen zu dieser Frage,⁴⁰ was hier aber nicht zu vertiefen ist.

d. Verantwortung für die Einhaltung des Grundsatzes

Die Verantwortung dafür, dass das Vorrangprinzip eingehalten wird liegt einerseits beim Gerichtshof. Er kann gegen Mitgliedstaaten entsprechend Sanktionen verhängen, wenn z.B. im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens eine Vorrangfrage zu entscheiden ist. Andererseits obliegt es aber auch dem nationalen Richter, sicherzustellen, dass das Vorrangprinzip eingehalten wird. Sollten Zweifel an der Umsetzung dieses Grundsatzes bestehen, so steht ihm das Vorabentscheidungsverfahren zur Verfügung. In seinem Urteil in der Rs. *Factortame I*⁴¹ vom 19. Juni 1990 hat der Gerichtshof entschieden, dass ein solcher Fall auch vorliege, wenn die nationalen Gerichte, welche im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens ihr Verfahren aussetzen und bis zur Beantwortung durch den EuGH einstweiligen Rechtsschutz gewähren, obwohl dies nach nationalem Recht nicht zulässig ist.

III. ... und im EWR

1. Allgemeine Grundsätze des EWR-Rechts, inspiriert von den EU-Verträgen

Das EWR-Abkommen bezweckt die Beteiligung der EFTA-Staaten am Binnenmarkt, indem ein dynamischer und homogener Europäischer Wirtschaftsraum errichtet wird, durch welchen «die weitestmögliche Verwirklichung der Freizügigkeit und des freien Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs (...)» angestrebt wird. Dies soll auf der Grundlage gemeinsamer Regeln, gleicher Wettbewerbsbedingungen und mit angemessenen Mitteln für deren Durchsetzung, auch auf gerichtlicher Ebene, erfolgen.⁴²

Daraus ergibt sich klar eine Bezugnahme auf das Binnenmarktrecht, also das Recht der EU. Schliesslich handelt es sich um ein Assoziationsabkommen gemäss Art 217 AEUV. So hat der EFTA-Gerichtshof (EFTAGH) die Rechtsprechung des EuGH über allgemeine Grundsätze in das EWR-Abkommen übertragen, die beispielsweise das berechnete Vertrauen und die Rechtssicherheit betreffen.⁴³ Dabei ist er zum Teil über den reinen Wortlaut des EWRA hinausgegangen und hat auf allgemeine Grundsätze des EU-Rechts zurückgegriffen. Er folgt damit einem Diktum Walter van Gervens wonach ein EWR-Rechtssystem, das solche allgemeinen Grundsätze nicht umfasst, ein Rechtssystem wäre, das in keiner

³⁵ Baur, Europarechtskonforme Rechtsanwendung, in FS Liechtenstein-Institut (2011) 47–65 (62).

³⁶ Siehe z.B. Bauer/Arnold, Auf «Junk» folgt «Mangold» – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht, NJW 2006, 6.

³⁷ EuGH C- 6-64, *Costa/ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66.

³⁸ Siehe zum ganzen *Hatje* in *Schwarze* Art 4 EUV Rz. 44 ff.; *Eblers* in *Schulze/Zuleeg* § 11 Rz. 39 ff.

³⁹ EuGH C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114.

⁴⁰ Siehe im Einzelnen *Kruis*, 57–62.

⁴¹ EuGH C-213/89, *Factortame I*, ECLI:EU:C:1990:257.

⁴² Präambel zum EWRA, Erwägung 4 und 5.

⁴³ EuGH E-5/04, E-6/04, und E-7/04, *Fesil*, EFTA Ct Rep 117.

Weise mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.⁴⁴ Wie nachstehend zu zeigen sein wird, steht auch der Vorbehalt, wonach die EWR/EFTA-Staaten nicht verpflichtet sind Gesetzgebungsbefugnisse auf EWR-Organen zu übertragen, einer Anwendung der allgemeinen Grundsätze des EU-Rechts im EWR nicht entgegen.⁴⁵ Deshalb und angesichts der überragenden Bedeutung des Grundsatzes der Homogenität⁴⁶ überrascht es nicht, dass wesentliche Grundsätze des EU-Rechts, wie die zu dessen Durchsetzung im EWR notwendigen Elemente der unmittelbaren Wirkung und des Vorrangs, wenn auch nicht in ihrer Reinform, Eingang in das EWR-Abkommen gefunden haben.

2. Auslegungshilfen

Bevor man die verschiedenen Argumente, die jeweils zu diesem Thema ausgetauscht wurden, einer Bewertung unterzieht, scheint es nicht uninteressant, einen Blick auf die Verhandlungen des EWRA und die Zeit der EU/EFTA-Freihandelszone davor zu werfen. Es soll auch daran erinnert werden, wer eigentlich durch das EWRA vor allem berechtigt wird. Dies ist umso wesentlicher, wenn (in der Rechtsprechung) vertreten wird, dass das EWRA eigenständig bzw. aus sich selbst auszulegen ist.⁴⁷

a. Natürliche und juristische Personen als primäre Begünstigte der Abkommensbestimmungen

Gewisse Positionsbezüge in der Literatur⁴⁸ und seitens von Regierungen⁴⁹ der EWR/EFTA-Staaten in Verfahren vor dem EFTAGH lassen zuweilen den Eindruck aufkommen, es ginge beim EWR-Abkommen und bei sich in diesem Zusammenhang ergebenden Rechtsfällen in erster Linie um die Sicherung oder sogar Rückgewinnung von Souveränität.⁵⁰

Dem steht der grosse Fortschritt des EWRA gegenüber den Freihandelsabkommen zwischen der EU und den EFTA-Staaten entgegen. Dieser besteht in der Rolle, «die der einzelne [sic!] im Europäischen Wirtschaftsraum durch die Ausübung der ihm durch dieses Abkommen verliehenen Rechte und durch die gerichtliche Geltendmachung dieser Rechte spielen wird.»⁵¹ Ein Ziel ist es, «(...) eine Gleichbehandlung der Einzelpersonen und Marktteilnehmer hinsichtlich der vier Freiheiten und der

Wettbewerbsbedingungen zu erreichen.»⁵² Aus den vorstehend zitierten Präambeln geht klar hervor, welche Bedeutung den Personen, ob natürliche oder juristische, ob einzelne Menschen oder Unternehmen, durch das EWRA zuerkannt wird.

b. Materialien

Aus den Materialien der Verhandlungen zum EWRA geht ganz klar hervor, dass sich die Vertragsparteien der gegenständlichen Problematik bewusst waren. Vor allem war ihnen klar, dass sich als Konsequenz der starken Stellung der «Einzelpersonen und Marktteilnehmer» auch die Frage von unmittelbarer Wirkung und Vorrang stellen muss, da diese aus dem EU-Recht stammenden Prinzipien erst die Durchsetzung individueller Rechtsansprüche aus dem EWR-Recht – gleich jenen in der EU – in einem entsprechenden Verfahren ermöglichen.⁵³ Dabei waren die dualistischen Staaten in den Abkommensverhandlungen bereit, weitgehende Zugeständnisse zu machen, wie z.B. Anpassungen des nationalen Verfahrensrechts, «to allow individuals to invoke rights under such provisions before courts or authorities competent to give rulings on the substance.»⁵⁴ Ein Dreivierteljahr später war die Diskussion in diesem Punkt noch immer nicht erschöpft. Nach wie vor bestand die EU auf der Klärung bestimmter Fragen, wie jene der unmittelbaren Wirkung nicht umgesetzter Richtlinien, des Vorrangs von EWR-Recht vor später ergangenem nationalem Recht sowie der Einführung einer «lex specialis» ins EWRA um im Falle eines Konflikts zwischen EWR- und nationalem Recht eine EWR-konforme Interpretation sicherzustellen.⁵⁵ Die erstgenannte Frage blieb seitens der dualistischen Staaten ungelöst, weil es nach ihrem System nicht möglich sei, sich auf nicht umgesetzte Rechtsakte zu stützen.⁵⁶ Wie nachstehend ausgeführt wird, hat sich daran in 25 Jahren wenig geändert. Allerdings ist es aufgrund dieses Mangels bis anhin auch nicht zu grösseren Krisen gekommen.

c. Vor dem EWR: Die unbefriedigende Lösung der EU-EFTA-Freihandelsabkommen

Um den Druck hinsichtlich der Übernahme von unmittelbarer Wirkung und Vorrang in das EWRA, den die EWG in den Verhandlungen zum EWR damals machte, zu verstehen, muss man sich die Situation davor unter dem Regime der Freihandelsabkommen (FHA) zwischen der damaligen EWG und den EFTA-Staaten kurz vergegenwärtigen. Es ist interessant festzustellen, dass auf der Grundlage dieser Freihandelsabkommen in den EFTA-Staaten keine unmittelbare Wirkung des entsprechenden EU-Rechts oder eine entsprechende Auslegung der Rechtsprechung des EuGH bestand, bzw. soweit sie noch gelten, wie insbesondere im Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz, noch immer besteht. Dies wurde durch die Rechtsprechung in einigen EFTA-Staaten, namentlich in der Schweiz und in Österreich deutlich gemacht. Im

⁴⁴ Van Gerven, The Genesis of EEA Law and the Principles of Primacy and Direct Effect, *Fordham Int. Law Journal* (1992/3) 955 (972–973).

⁴⁵ So auch *Bruba* in *Müller-Graff/Selvig* 97 (116).

⁴⁶ Siehe Fn. 13.

⁴⁷ Siehe *Fredriksen/Franklin*, Of Pragmatism and Principles: The EEA Agreement 20 Years on, *CML Rev* 52 (2015) 629–684 (662) mit Verweis auf die Rechtsprechung des EFTAGH.

⁴⁸ *Sejersted*, Between sovereignty and supranationalism in the EEA context, in *Müller-Graff/Selvig* (Hrsg.), *The European Economic Area – Norway's Basic Status in the Legal Construction of Europe*, (1997), 43–73 (43, 53).

⁴⁹ So z.B. die isländische Regierung in EFTAGH Rs. E-4/01, *Karlsson*, Report for the Hearing, Rz. 43–44 und die norwegische Regierung ebd., Rz. 51.

⁵⁰ Siehe, allerdings mit Bezug auf das Lugano Übereinkommen, z.B. *Kobler*, Homogeneity or renationalisation in the European Judicial Area?, in *EFTA Court* (Hrsg.), *The EEA and the EFTA Court* (2014) 237–249.

⁵¹ Präambel zum EWRA, Erwägung 8.

⁵² Präambel zum EWRA, Erwägung 15.

⁵³ Siehe z.B. HLNG/V/W 5/90 (unveröffentlicht), Rz. 7.

⁵⁴ HLNG/V/W 5/90, Annex IV, Appendix 2, Rz. 6 (c).

⁵⁵ HLNG/V 5/91 (unveröffentlicht), Rz. 11.

⁵⁶ HLNG/V 5/91, Annex VI, Rz. 10.

Gegensatz zur Position der EU, welche die unmittelbare Wirkung der von ihr abgeschlossenen Freihandelsabkommen vorsieht,⁵⁷ wurde die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmungen des Freihandelsabkommens von den nationalen Gerichten der EFTA-Staaten abgelehnt. Erstaunlicherweise war dies gerade in der Schweiz und in Österreich trotz ihres monistischen Völkerrechtsverständnisses und ihrer ansonsten völkerrechtsfreundlichen Haltung der Fall. Zu nennen ist zunächst der Fall *Adams*.⁵⁸ Herr Adams hatte seinen Arbeitgeber wegen illegaler Geschäftspraktiken angezeigt und war deswegen strafrechtlich verfolgt worden. Dagegen wehrte er sich mit dem Hinweis auf Art 23 (Wettbewerb und staatliche Beihilfen) des FHA, wonach gewisse Praktiken mit dem guten Funktionieren des Abkommens nicht vereinbar seien und er folglich illegales Verhalten zur Anzeige gebracht habe. Das Schweizer Bundesgericht stellte jedoch fest, dass Art 23 FHA lediglich Praktiken aufzähle, welche nicht mit den Bestimmungen des FHA vereinbar seien, ohne diese zu verbieten. Daraus ergäben sich folglich auch keine Rechtspflichten für Private. Kurz darauf entschied der österreichische OGH in der Rs. *Auströmechana*⁵⁹ in ähnlicher Weise. Ein weiterer Fall, der eindeutig von der Praxis des EuGH abwich, war der Fall *OMO*.⁶⁰ Der EuGH gestattet dem Inhaber eines Rechts an geistigem Eigentum (z. B. einer Marke), das Inverkehrbringen eines Produkts durch einen Wettbewerber nur solange zu blockieren, als der Markeninhaber das Produkt nicht zum ersten Mal auf den relevanten Markt (hier: die EU) gebracht hat. Das Schweizer Bundesgericht lehnte es jedoch ab, denselben Ansatz im Rahmen des FHA anzuwenden: Art 13 (mengenmässige Einfuhrbeschränkungen) und Art 22 (Grundsatz der aufrichtigen Zusammenarbeit) des Freihandelsabkommens unterlägen der autonomen Auslegung. Es gebe nichts, was eine entsprechende Anwendung der Rechtsprechung des EuGH trotz gleicher oder ähnlicher Formulierung im EU-Recht erlauben würde. Eine unmittelbare Wirkung der Bestimmungen des FHA sei nicht gegeben, daher könne der Markeninhaber Parallelimporte jederzeit verbieten. Es gab, vor allem in der Schweiz, wo das FHA noch voll in Geltung steht, weitere Rechtsprechung, welche die diese Ansicht bestätigten. Als Antwort auf diese Rechtsprechung entwickelte der EuGH seine sogenannte «Polydor-Doktrin», die nach seiner berühmten wegweisenden Entscheidung in der Rs. *Polydor*⁶¹ benannt ist. Dieser Fall betraf die Einfuhr von Schallplatten aus Portugal (damals noch EFTA-Staat) in das Vereinigte Königreich (damals bereits von der EFTA in die EWG übertreten). Der EuGH vertrat die Auffassung, dass trotz «der Ähnlichkeit der Bestimmungen von Art 14 Abs 2 und Art 23 des Freihandelsabkommens – hier zwischen der EWG und Portugal einerseits und denen der Art 30 und 36 des EWG-Vertrags andererseits» kein ausreichender Grund vorliege, die Rechtsprechung des EuGH auf das FHA anzuwenden. Eine solche Unterscheidung sei erforder-

lich, da der Geltungsbereich dieser Rechtsprechung im Lichte der «Ziele und Tätigkeiten der Gemeinschaft» festgelegt werden müsse, nämlich der Vereinigung der «nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt mit den Merkmalen eines Binnenmarktes».⁶²

Es ist unschwer zu erkennen, dass die damalige Weigerung der EFTA-Staaten, den Bestimmungen des FHA unmittelbare Wirkung zuzuerkennen und sie im Sinne einer gewissen Homogenität auszulegen, auch die heutige Haltung der EU im Zusammenhang mit den Verhandlungen über ein Institutionelles Abkommen (InstA) mit der Schweiz beeinflusst. Die EU will vermeiden, dass die Homogenität zumindest in jenen Bilateralen Abkommen, die dem InstA unterliegen unterschiedlich ausgelegt wird.⁶³

3. Unmittelbare Wirkung im EWR

a. Im Allgemeinen

Der EWR ist strukturell dadurch gekennzeichnet, dass er hinsichtlich der Institutionen auf einem Zwei-Pfeiler-Modell aufbaut. Das heisst, dass die EU-Institutionen: EuGH, Kommission, EAD, usw. auf der EFTA-Seite gespiegelt werden: EFTAGH, EFTA-Überwachungsbehörde, Ständiger Ausschuss, usw. Demzufolge ist auch die Anwendung der Prinzipien pfeilerweise zu beantworten. So wird im EU-Pfeiler des EWRA die Frage nach der Auswirkung des EWR-Abkommens auf die Rechtsordnung der EU-Mitgliedstaaten nach den allgemeinen Grundsätzen des EU-Rechts beurteilt. Infolgedessen können Bestimmungen des EWR-Rechts in den EU-Mitgliedstaaten unmittelbare Wirkung haben,⁶⁴ da der Ansatz des EU-Rechts, wie erwähnt, monistisch ist. Dies setzt die Rechtsprechung fort welche der EuGH schon unter den FHA zwischen der EU und den EFTA-Staaten angewendet hatte.⁶⁵

Im EFTA-Pfeiler war die Rechtsprechung des EFTAGH in dieser Frage ziemlich konsistent, indem sie versuchte, das vorstehend genannte Gleichgewicht zu bewahren zwischen dem funktionalen Anspruch auf Homogenität und dem vor allem von den beiden nordischen Staaten verteidigten Anspruch, keine Souveränitätsrechte übertragen zu müssen.⁶⁶ Dies anerkannte der EFTAGH zwar als Prämisse mit Verweis auf den Wortlaut von Art 7 EWRA und Protokoll 35 EWRA,⁶⁷ doch verlangte er auch, dass «sie die im nationalen Recht anerkannten Auslegungsme-

⁶² EuGH, *Polydor* Rz. 16.

⁶³ Siehe insbesondere das Kapitel 2: Allgemeine Grundsätze für die Sicherstellung des ordnungsgemässen Funktionierens der Bereiche des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt i.V.m. Art 17 (Vorrang des InstA vor den diesem unterstellten Abkommen), sowie die Gemeinsame Erklärung EU-Schweiz zu den Handelsabkommen (Revision des FHA): https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/accord-inst-Projet-de-texte_de.pdf (Stand 20.2.2020).

⁶⁴ EuG T-115/94, *Opel Austria*, ECLI:EU:T:1997:3.

⁶⁵ Siehe z.B. EuGH C-104/81, *Kupferberg*, ECLI:EU:C:1982:362.

⁶⁶ *Baur*, Preliminary rulings in the EEA, in *EFTA Court* (Hrsg.), The EEA and the EFTA Court (2014) 171.

⁶⁷ EFTAGH E-9/97, *Sveinbörnsdóttir*, [1998] EFTA Ct Rep 95, Rz. 63; EFTAGH E-4/01, *Karlsson*, [2002] EFTA Ct Rep 240, Rz. 28; EFTAGH E-1/07, *Strafverfahren gegen A* [2007] EFTA Ct Rep 246., Rz. 40.

⁵⁷ EuGH 104/81, *Kupferberg*, ECLI:EU:C:1982:362.

⁵⁸ BGer, *Adams*, BGE 104 IV 175.

⁵⁹ OGH 4 Ob 340/78, *Auströmechana*, ÖBl 1980, 25.

⁶⁰ BGer, *OMO*, BGE 105 II 49.

⁶¹ EuGH 270/80, *Polydor*, ECLI:EU:C:1982:43.

thoden so weit wie möglich anwenden [müssen], um das von der einschlägigen EWR-Norm angestrebte Ergebnis zu erreichen.»⁶⁸ Letztlich kam dabei eine sog quasi-unmittelbare Wirkung⁶⁹ heraus, deren Einhaltung aber bei den EWR/EFTA-Staaten liegt. Das heisst, es liegt an den nationalen Gerichten und Behörden, EWR-Konformität soweit wie möglich zu gewährleisten.

Aufgrund des monistisch geprägten Völkerrechtssystems⁷⁰ stellt dies für Liechtenstein kein Problem dar, weil die unmittelbare Wirkung von EWR-Recht mittlerweile sowohl in Rechtsprechung⁷¹ als auch rechtswissenschaftlicher Literatur⁷² unbestritten ist.

Anders verhält es sich in den beiden dualistischen Staaten Norwegen und Island. In beiden Staaten wurden Gesetze⁷³ zur Umsetzung des EWR-«Hauptteils»⁷⁴ eingeführt. Die einschlägige Literatur ist der Überzeugung, dass sich die fehlende unmittelbare Wirkung zusammen mit einer grundsätzlich völkerrechtsfreundlichen Haltung damit in Norwegen ziemlich gut ausgleichen lasse, womit das erstgenannte Defizit als solches an Bedeutung verliere.⁷⁵ Letztlich komme die norwegische Praxis der EU-rechtlichen unmittelbaren Wirkung ziemlich nahe, wenn nicht methodisch, so doch im Resultat.⁷⁶

Grössere Bedenken bestehen jedoch im Hinblick auf Island, dessen Oberster Gerichtshof «does sometimes come across as a more principled defender of dualism and thus less willing to remedy deficient implementation of EEA obligations through dynamic interpretation of national law than its Norwegian counterpart.»⁷⁷ Diese Haltung zeigte sich z.B. auch in der nervösen Reaktion der isländischen Politik⁷⁸ auf den eher unerwarteten Einstieg des EuGH in die Diskussion in seinen Urteilen in den Rs. *Vereinigtes Königreich/Rat* und *Fonnship*. In der ersten Entscheidung erläuterte der EuGH: «Insbesondere sieht Art 7 Buchst. a des EWR-Abkommens in Bezug auf eine Verordnung der Union ausdrücklich vor, dass ein derartiger Rechtsakt «als solcher» in das innerstaatliche Recht der Vertragsparteien übernommen wird, d. h. ohne dass es hierzu einer Umsetzungsmassnahme bedarf.»⁷⁹ In der zweiten E ergänzte der Gerichtshof: «Die Bestimmun-

gen der Verordnung Nr. 4055/86 sind nach Art 7 Bst. a EWR-Abkommen sowie seines Anhangs XIII integraler Bestandteil der Rechtsordnung sämtlicher EWR-Vertragsstaaten.»⁸⁰ Damit scheint der EuGH – allerdings ohne sich näher mit der Sache und im Besonderen mit der bisherigen Rechtsprechung des EFTAGH auseinanderzusetzen – die Ansicht zu vertreten, dass die Rechtsakte auch in der EFTA-Säule des EWR unmittelbar gälten. Aus der Perspektive der dualistischen EFTA-Staaten wäre dies in der Tat eine dramatische Schlussfolgerung. Nicht ohne Grund wurden diese Passagen in den Entscheidungen des EuGH in Island und Norwegen als auf einem Missverständnis basierend angesehen.⁸¹ Zwar bestimmt Art 7 Bst a EWRA: «Ein Rechtsakt, der einer EWG-Verordnung entspricht, wird als solcher in das innerstaatliche Recht der Vertragsparteien übernommen», doch bezieht sich diese Bestimmung nur darauf, dass ein derartiger Rechtsakt *inbaltlich* unverändert zu übernehmen ist. Art 7 EWRA besagt nämlich auch: «Rechtsakte (...) sind für die Vertragsparteien verbindlich und Teil des innerstaatlichen Rechts oder in innerstaatliches Recht umzusetzen (...).» Der letzte Halbsatz macht deutlich, dass hinsichtlich der *formalen* Übernahme durchaus auf die beiden Völkerrechtssysteme Monismus und Dualismus Rücksicht genommen wird. Dass sie «Teil des innerstaatlichen Rechts» sind trifft demnach auf das monistische Liechtenstein zu, während sie in den beiden dualistischen Staaten Island und Norwegen «in innerstaatliches Recht umzusetzen sind.» Damit ist die Transformation in nationales Recht gemeint. Der EFTAGH blieb folglich auch nach den beiden Entscheidungen des EuGH bei seiner Rechtsprechung.⁸²

b. Nicht bzw. falsch umgesetzte Rechtsakte

Wie bereits vorstehend bemerkt, ist die Frage nach der unmittelbaren Wirkung im EWR, soweit sie zumindest funktional gewährleistet ist, eher theoretischer Natur. Zu einem echten Problem kann die fehlende unmittelbare Wirkung im EWR, verglichen mit ihrer Anwendung in der EU, dann werden, wenn es sich um nicht – und wohl auch nicht richtig – umgesetzte Rechtsakte handelt.

In der Rechtsliteratur wurde lange diskutiert, ob nicht umgesetzte EWR-Vorschriften in gleicher Weise wie im EU-Recht unmittelbare Auswirkungen haben könnten. Einige Autoren argumentierten, dass der Grundsatz der direkten Wirkung nicht in das EWR-Abkommen über-

⁶⁸ EFTAGH E-1/07.

⁶⁹ *Fredriksen*, Europäische Vorlageverfahren, 41 mit Verweis auf EFTAGH 1/97, E-1/94, *Restamark* [1994–1995] EFTA Ct Rep 15.

⁷⁰ StGH 1995/14, *Gutachten EWR*, LES 1996, 122.

⁷¹ Siehe zur Entwicklung der Diskussion *Baur*, Europarechtskonforme Rechtsanwendung, 51–55, sowie StGH 2013/196, 2.3.2; StGH 2011/200, 2.1; VGH 2013/93, 4 c).

⁷² Siehe z.B. *A. Battliner*, Practical Issues Regarding the Application of EEA Law through the Eyes of a National Judge, in *EFTA Court* (Hrsg.), *The EEA and the EFTA Court* (2014) 96–99.

⁷³ Isländisches Gesetz Nr. 2/1993 und norwegisches Gesetz Nr. 109/1992.

⁷⁴ *Fredriksen/Franklin*, Of Pragmatism and Principles, 629 (664): «main part», wohl im Sinne des EWRA samt der Hauptprinzipien der vier Freiheiten.

⁷⁵ *Fredriksen/Franklin*, 629 (665).

⁷⁶ Dies 665 f.

⁷⁷ Dies 667.

⁷⁸ Nach Bekanntwerden der Entscheidung EuGH C-431/11, *UK v. Council*, ECLI:EU:C:2013:589, hielt die isländische Regierung eine Krisensitzung ab um die Auswirkungen der E auf ihre EWR-Mitgliedschaft zu analysieren.

⁷⁹ EuGH C-431/11, *UK v. Council*, Rz 54.

⁸⁰ EuGH C-83/13, *Fonnship*, ECLI:EU:C:2014:201, Rz. 24.

⁸¹ So z.B. *Bull*, «Shall be Made Part of the Internal Legal Order: The Legislative Approaches», in *EFTA Court* (Hrsg.), *The EEA and the EFTA Court* (2014) 201–213, 211: «based on a misunderstanding» sowie *Björgvinsson*, Fundamental Rights in EEA Law, *EFTA Court* (Hrsg.), *The EEA and the EFTA Court* (2014) 2861–280, 265: «simply misunderstood».

⁸² Siehe z.B. EFTAGH E-15/14, *EFTA Surveillance Authority v. Iceland*, EFTA Ct Rep [2015] 40, Rz. 32.

nommen worden sei.⁸³ Eine ähnliche Ansicht scheint der EuGH in seinem Gutachten 1/91⁸⁴ zum EWR-Abkommen vertreten zu haben, in der er erklärte, es gehe aus dem Protokoll 35 zum EWR-Abkommen hervor, dass die Vertragsparteien die Grundsätze der unmittelbaren Wirkung und des Vorrangs nicht anerkannten. Allerdings bezweifelt Carl Baudenbacher zu Recht, ob das Gutachten 1/91 angesichts der seither ergangenen Rechtsprechung und der sehr integrierten Position der drei EWR/EFTA-Staaten in Bezug auf den Binnenmarkt überhaupt noch als Referenz taugt. Zudem argumentierten unter Anderem zwei ehemalige EFTAGH-Richter, dass der Grundsatz der unmittelbaren Wirkung und des Vorrangs auch im EWR gelten müsste, wenn das Gleichgewicht zwischen Rechten und Pflichten im Rahmen des EWR-Abkommens aufrechterhalten und das Homogenitätsziel nicht gefährdet werden solle, wenn auch möglicherweise in leicht modifizierter Form, um sie an den EWR anzupassen.⁸⁵

Der EFTAGH folgte in der Rechtssache *Karlsson*⁸⁶ der traditionalistischen Auffassung.⁸⁷ Gestützt auf den Wortlaut von Art 7 EWRA und Protokoll 35 EWRA, wonach das EWR-Recht keine Übertragung von Gesetzgebungsbefugnissen vorsehe, entschied er, das EWR-Recht schreibe nicht vor, dass sich Einzelpersonen und Wirtschaftsteilnehmer direkt vor nationalen Gerichten auf nicht umgesetzte EWR-Vorschriften berufen können. Folglich sei es Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der EFTA-Staaten, zu entscheiden, welche Auswirkungen sie auf nicht umgesetzte EWR-Vorschriften in ihrem internen Rechtssystem hätten.

Wiederum spielt dies in Liechtenstein keine Rolle, da sich die dort praktizierte «nationale unmittelbare Wirkung» bzw. der Vorrang⁸⁸ von EWR-Recht auch auf solche Fälle erstreckt. Dies gilt auch für nicht oder unrichtig umgesetzte Richtlinien, sofern «(1.) das betreffende, dem Marktbürger zugedachte Recht sich ausreichend klar und ohne weiteres aus der gemeinschaftsrechtlichen Norm ergibt und (2.) der Mitgliedstaat seine Verpflichtung verletzt hat, die gemeinschaftsrechtliche Norm umzusetzen und so dafür zu sorgen, dass der Marktbürger in den Genuss des betreffenden Rechts kommen kann.»⁸⁹

In den beiden dualistischen EWR/EFTA-Staaten Island und Norwegen scheint es diesbezüglich jedoch keine klare Antwort zu geben.⁹⁰ Mehr als EWR-konforme Interpretation und das Loyalitätsprinzip von Art 3 EWRA scheint den dortigen Gerichten nicht zu Gebote zu stehen.⁹¹

Womit lassen sich die EWR/EFTA Staaten gegebenenfalls anderweitig überzeugen? Ein effektives Mittel scheint die Staatshaftung zu sein, welche der EFTAGH mit der Rs. *Sveinbjörnsdóttir*⁹² und gegen den erbitterten Widerstand der dualistischen Staaten⁹³ eingeführt hat. Ganz allgemein scheint er eine wirksame Staatshaftung in Fällen zu befürworten, in denen eine Partei wegen des Fehlens einer unmittelbaren Wirkung, wie sie in der EU gegeben ist, einen Verlust erleidet.⁹⁴ Zudem hat der EFTAGH auch ein Recht für natürliche und juristische Personen eingeführt, zu Unrecht erhobene, das heisst gegen EWR-Recht verstossende, Gebühren zurückzufordern.⁹⁵

Sollte sich allerdings die Umsetzungsqualität in den EWR/EFTA-Staaten spürbar verschlechtern und insbesondere in den dualistischen EWR/EFTA-Staaten Individuen und Unternehmen die Wahrung ihrer Rechte aus dem EWRA erschwert oder gar verunmöglicht werden, so könnte die EU die Angelegenheit gemäss Art 105 EWRA vor den Gemeinsamen EWR-Ausschuss bringen und dann ggf. eine Streitschlichtung gemäss Art 111 anstreben. Dies geht wiederum nur, falls die EWR/EFTA-Staaten zustimmen. Aus diesem Grund ist es dann wahrscheinlicher, dass die EU ihrerseits politische Gegenmassnahmen ergreifen und die Zustimmung zu neuen Beschlüssen des Gemeinsamen EWR-Ausschusses zur Weiterentwicklung des EWR-Rechts verweigern könnte. Man wäre also möglicherweise mit einer Erosion des Rechtsbestands im EWR und letztlich des Zugangs der EWR/EFTA-Staaten zum EU-Binnenmarkt konfrontiert.

3. Vorrang im EWR

Im EU-Pfeiler haben EWR-Rechtsakte als Teil des EU-Rechts, wie erwähnt, Vorrang vor widersprüchlichen nationalen Vorschriften und vor sekundärem EU-Recht.⁹⁶

Komplizierter wird die Frage wiederum im EFTA-Pfeiler. Natürlich hängt die Frage nach dem Vorrang von EWR-Recht eng mit jener nach der unmittelbaren Wirkung zusammen, da sie sich gegenseitig bedingen und es sich in beiden Fällen um die Wirkung von EU-Prinzipien in den EWR/EFTA-Staaten handelt, jedoch ohne die dazu notwendigen Befugnisse auf die koordinierende höhere Ebene zu übertragen. Auch hier kann die Frage der Aus-

⁸³ *Bull*, EØS-avtalen – litt om avtalens struktur og om prinsippene for gjennomføring i norsk rett, *Lov og Rett* (1992) 583 (595); *Arnesen*, Statslig Styning og EØS-retlige skranker (1996) 24; *Müller-Graff*, EEA-Agreement and EC Law: A comparison in Scope and Content, in *Müller-Graff/Selvig* (Hrsg.), *The European Economic Area*, 17 (35) sowie *Barents*, The Court of Justice and the EEA Agreement: Between Constitutional Values and Political Realities, in *Stuyck/Looijestijn-Clearie* (Hrsg.), *The European Economic Area EC-EFTA* (2000), 57 (64).

⁸⁴ EuGH Gutachten 1/91, ECLI:EU:C:1991:490.

⁸⁵ *Sevón/Johansson*, The Protection of the Rights of Individuals under the EEA Agreement, *ELRev* (1999) 373 (385); *Norberg*, Perspectives on the Future Development of the EEA, in *Björgvinsson* (Hrsg.), *FS Thor Vilhjálmsson* (2000), 367 (374); *Bernitz*, Om EES-avtalet. Bakgrund, utformning och tolkning, in *Rösen* (Hrsg.), *EES-avtalet i svensk rätt*, (1993), 7 (26) sowie *van Gerven*, The Genesis of EEA Law and the Principles of Primacy and Direct Effect, 955 (972).

⁸⁶ EFTAGH E-4/01.

⁸⁷ *Baur/Sánchez-Rydelski/Zatschler*, Rz. 218.

⁸⁸ Siehe nachstehend 3.

⁸⁹ VGH 2005/94, LES 2006, 300 Rz. 29.

⁹⁰ *Dystland/Finstad/Sørebø* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder* Art 7 EWRA Rz. 60 f.

⁹¹ *Bull*, Legislative Approaches, 201 (211 f).

⁹² EFTAGH E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, [1998] EFTA Ct Rep 95.

⁹³ EFTAGH E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, Report for the Hearing, [1998] EFTA Ct Rep, 126, 128 und 129.

⁹⁴ *Fredriksen/Franklin*, 629 (668 f) gestützt auf die Judikatur in EFTAGH E-2/12, *HOB-vín*, [2012] EFTA Ct Rep 1092, Rz. 120, und EFTAGH E-7/12, *Schenker (No 2)*, [2013] EFTA Ct Rep 356, Rz. 120.

⁹⁵ EFTAGH E-7/13, *Creditinfo Lánstraust*, [2013] EFTA Ct Rep 970, Rz. 43.

⁹⁶ EuG T-115/94, *Opel Austria*, ECLI:EU:T:1997:3.

wirkung des EWR-Rechts in den EFTA-Staaten nicht unter Rückgriff auf allgemeine Grundsätze des EU-Rechts gelöst werden, sondern muss gemäss Rechtsprechung auf der Grundlage des EWR-Rechts und des internen Rechts jedes EFTA-Staates entschieden werden. In diesem Zusammenhang ist das Protokoll 35 zum EWR-Abkommen über die Durchführung der EWR-Vorschriften von besonderem Interesse. Die Präambel des Protokolls 35 zum EWR-Abkommen wiederholt das Ziel des Abkommens, nämlich auf der Grundlage gemeinsamer Regeln einen homogenen EWR zu erzielen, ohne dass eine Vertragspartei verpflichtet sei, einem Organ des EWR Gesetzgebungsbefugnisse zu übertragen. Deshalb müsse diese Homogenität durch nationale Verfahren erreicht werden.⁹⁷ Der einzige Artikel des Protokolls 35 zum EWR-Abkommen sieht Folgendes vor:

«Für Fälle möglicher Konflikte zwischen durchgeführten EWR-Bestimmungen und sonstigen gesetzlichen Bestimmungen verpflichten sich die EFTA-Staaten, nötigenfalls eine gesetzliche Bestimmung des Inhalts einzuführen, dass in diesen Fällen die EWR-Bestimmungen vorgehen.»

Daraus ergibt sich also im Falle eines Widerspruchs zwischen den umgesetzten EWR-Vorschriften und den nationalen Rechtsvorschriften, dass Einzelpersonen und Wirtschaftsteilnehmer berechtigt sein müssen, auf nationaler Ebene alle Rechte geltend zu machen, die sich aus den Bestimmungen des EWR-Abkommens als solche ergeben oder ergeben haben und in die jeweilige nationale Rechtsordnung übernommen wurden, wenn sie unbedingt und hinreichend genau sind.⁹⁸ Der Anwendungsbereich des Protokolls 35 zum EWR-Abkommen ist jedoch ziemlich begrenzt. Das im Rahmen dieses Protokolls übernommene Engagement der EFTA-Staaten bezieht sich nur auf die EWR-Vorschriften, die bereits in nationales Recht umgesetzt («durchgeführt»; «*implem-
ted*») wurden. Darüber hinaus erstreckt sich dies nicht auf alle Bestimmungen im Hauptteil des EWR-Abkommens, sondern nur auf diejenigen Bestimmungen, die so gestaltet sind, dass Rechte entstehen, die Einzelpersonen und Wirtschaftsteilnehmer vor nationalen Gerichten geltend machen können, und somit nur auf Bestimmungen, die bedingungslos und hinreichend genau sind.⁹⁹

IV. Zusammenfassung

Der Abkommenstext des EWRA wird, aufgrund von Protokoll 35 zum EWR-Abkommen und der Tatsache, dass es – in Island und Norwegen per Gesetz – in nationales Recht übernommen wurde, in der Praxis den gleichen Status erhalten, den das EU-Recht in den EU-Mitgliedstaaten hat. Was die Bestimmungen des EWR-Abkommens anbelangt, welche die Bestimmungen des AEUV über die vier Freiheiten, Wettbewerb und staatliche Beihilfen

widerspiegeln, ist bei der täglichen Anwendung im EWR kein wesentlicher Unterschied zur EU zu spüren. Zusammenfassend reduziert sich die Problematik der in den EWR/EFTA-Staaten als Ganzes lediglich eingeschränkt gültigen (EU-rechtlichen) Prinzipien der unmittelbaren Wirksamkeit und des Vorrangs von EWR-Rechtsakten somit darauf, ob ein Konflikt zwischen EWR-Recht und dem EWR-Recht widersprechenden nationalen Bestimmungen vorliegt oder ob EWR-Rechtsakte nicht in nationales Recht übernommen wurden. Liechtenstein kann sich hier mit EWR-konformer Rechtsanwendung behelfen. Diese kann selbst auf nicht ins Landesrecht umgesetzte Richtlinien zurückgreifen. Vor allem in den dualistischen Rechtssystemen Islands und Norwegens müssen bei Nichtübernahme von Verordnungen oder dazu geeigneten Richtlinien ins nationale Recht die Rechte des Einzelnen jedoch mit Hilfe der EWR-konformen Auslegung der nationalen Bestimmungen, insofern diese eben möglich ist, und ersatzweise der Staatshaftung durchgesetzt oder kompensiert werden.¹⁰⁰ Soweit die durch die Rechtsprechung des EFTAGH reflektierte pragmatische Lösung, welche den Vorbehalt der Übertragung legislativer Kompetenzen unberührt lässt und allfällige Rechtsschutzdefizite in Kauf zu nehmen gewillt ist.

Dennoch muss auch die folgende eher dogmatische Grundsatzfrage gestellt werden: Sind die beiden in Frage stehenden Prinzipien, wenn auch nur funktional aber möglicherweise mit der Konsequenz, dass der Vorbehalt der Übertragung legislativer Kompetenzen fallweise beiseitegeschoben wird, Teil des EWR-Rechts? Diese lässt sich nach der hier vertretenen Ansicht folgendermassen beantworten: Aufgrund des ausdrücklichen Abkommensziels, Bürgern und Unternehmen einen direkten Zugang zum Recht zu gewähren, der Vorgeschichte und den Verhandlungen zum EWRA fällt die Vermutung im Zweifel zu Gunsten einer zumindest (quasi-)unmittelbaren Wirkung und eines (Quasi-) Vorrangs des EWR-Rechts aus, welche aber auf alle Fälle von Umsetzungsvergangen anzuwenden sind. Insofern ist auch aus diesem Grund einer konsequenten und spürbaren Staatshaftung das Wort zu reden, falls die vorgenannten Rechte verletzt werden. Die rechtlich einfachere und finanziell günstigere, politisch aber schwieriger zu realisierende Alternative dazu dürfte sein, dass der EFTAGH oder nationale Gerichte, zumindest in Fällen wo der Schutz der Rechte von Bürgern und Unternehmen das Fehlen von Gesetzgebungsbefugnissen überwiegt, den Vorrang von EWR-Recht feststellen und bei Vorliegen der entsprechenden Bedingungen auch dessen unmittelbare Wirkung bzw. den Vorrang anerkennen.¹⁰¹

⁹⁷ «In Anbetracht der Tatsache, dass dieses Abkommen auf die Errichtung eines homogenen Europäischen Wirtschaftsraums abzielt, der auf gemeinsamen Regeln beruht, ohne dass von einer Vertragspartei verlangt wird, einem Organ des Europäischen Wirtschaftsraums Gesetzgebungsbefugnisse zu übertragen sowie in Anbetracht der Tatsache, dass dies folglich durch nationale Verfahren erreicht werden muss —»

⁹⁸ EFTAGH E-1/94, *Restamark* [1994–1995] EFTA Ct Rep 15.

⁹⁹ EFTAGH E-1/01, *Einarsson* [2002] EFTA Ct Rep 1.

¹⁰⁰ EFTAGH E-1/07, *Strafsache A* [2007] EFTA Ct Rep 246.

¹⁰¹ So schon *Norberg*, 20 Years On: Some Reflections on the European Economic Area Judicial Mechanism, in *Cardonnel/Rosas/Wahl* (Hrsg.), FS Lindh (2012), 57–76 (75 f.).