

# Grundfreiheiten und Grundrechte im EWR-Recht

*Carl Baudenbacher*

## Übersicht

- I. Vorbemerkungen
- II. Institutionen des EWR und Zuständigkeiten
- III. Judizielle Homogenität
- IV. Hauptverfahrensarten des EFTA-Gerichtshofs
  1. Allgemeines
  2. Vertragsverletzungsverfahren
  3. Vorabentscheidungsverfahren
- V. Direktwirkung, Vorrang, EWR-konforme Auslegung, Staatshaftung, Rechtsnatur des EWR-Rechts und Auslegungsmethoden
- VI. Allgemeine Bemerkungen zu den Grundfreiheiten
  1. Weitgehende Inhaltsgleichheit von EWR-Recht und EU-Recht
  2. Verhältnis Grundfreiheiten – allgemeines Diskriminierungsverbot
  3. Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf die Steuersysteme der EWR / EFTA-Staaten
  4. Verhältnis der Grundfreiheiten zueinander
- VII. Freiheit des Warenverkehrs
  1. Erfasste Produkte und Ursprungsregeln
  2. Zölle, Abgaben und Steuern
    - 2.1 Allgemeines
    - 2.2 EWR-Fallrecht
  3. Staatliche Handelsmonopole
    - 3.1 Allgemeines
    - 3.2 EWR-Fallrecht

- 4. Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung
  - 4.1 Allgemeines
  - 4.2 EWR-Fallrecht
    - 4.2.1 Staatliche Alkoholmonopole
    - 4.2.2 Staatliches Lizenzsystem für den Verkauf und die Vermietung von Videos
    - 4.2.3 Vermarktung fortifizierter Lebensmittel
    - 4.2.4 Beschlagnahme verunreinigter Tierfuttermittel
    - 4.2.5 Eingriff in den spezifischen Schutzgegenstand eines Urheberrechts
    - 4.2.6 Verbot des sichtbaren Auslegens von Tabakerzeugnissen
- VIII. Arbeitnehmerfreizügigkeit
  - 1. Allgemeines
  - 2. EWR-Fallrecht
    - 2.1 Verordnung EWG Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige
      - 2.1.1 Sozialversicherung von Wanderarbeitnehmern
      - 2.1.2 Pensionsansprüche von Wanderarbeitnehmern
      - 2.1.3 Anspruch von Wanderarbeitnehmern auf besondere Ergänzungszulage für Eltern
      - 2.1.4 Exportfähigkeit von Hilflosenentschädigung
    - 2.2 Indirektes Wohnsitzerfordernis für Anwälte, Patentanwälte, Rechnungsprüfer, Treuhänder und Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung von Banken
    - 2.3 Aufenthaltsrecht für Familienangehörige von daueraufenthaltsberechtigten EWR-Staatsangehörigen
    - 2.4 Zulassung von Medizinerinnen, die aus einem anderen EWR-Staat zuwandern
- IX. Dienstleistungsfreiheit
  - 1. Allgemeines
  - 2. EWR-Fallrecht
    - 2.1 Grenzüberschreitende Fernsehwerbung

- 2.2 Isländische Flugsteuern
- 2.3 Norwegisches Werbeverbot für alkoholische Getränke
- 2.4 Pflicht des dienstleistungserbringenden europäischen Rechtsanwalts, einen Einvernehmensanwalt beizuziehen («Gouvernantenklausel»)
- 2.5 Übernahme der Kosten für ärztliche Behandlung im EWR-Ausland
- X. Niederlassungsfreiheit
  - 1. Allgemeines
  - 2. EWR-Fallrecht
    - 2.1 Wohnsitzerfordernisse für gewerberechtliche Geschäftsführer, qualifizierte Verwaltungsräte, Banker, Rechtsanwälte, Patentanwälte, Rechnungsprüfer und Treuhänder
    - 2.2 Single practice-Regel für Mediziner im liechtensteinischen Recht
    - 2.3 Staatliche Glücksspielmonopole
    - 2.4 Heimfall des Eigentums an norwegischen Wasserfällen und an den dazugehörigen Kraftwerken
    - 2.5 Berechnung der maximalen Steuergutschrift für im Ausland bezahlte Körperschaftssteuer
- XI. Kapitalverkehrsfreiheit
  - 1. Allgemeines
  - 2. EWR-Fallrecht
    - 2.1 Diskriminierende Abgeltungssätze auf Staatsgarantien für Darlehen von ausländischen Verleihern
    - 2.2 Beschränkungen des Verkehrs mit landwirtschaftlichen Grundstücken
    - 2.3 Diskriminierende Besteuerung von outbound dividends
    - 2.4 Ausschluss von Mitteln ausländischen Ursprungs von der Prozesskostensicherheit
    - 2.5 Pflicht eines ausländischen Klägers zum Erlag von Prozesskostensicherheit
    - 2.6 Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit zwischen EU-Mitgliedstaaten und EWR / EFTA-Staaten wegen eines «anderen rechtlichen Rahmens»

2.7. Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit wegen  
Störungen im Funktionieren des Kapitalmarkts und  
der Zahlungsbilanz eines EWR/EFTA-Staates

XII. EWR-Grundrechte

## I. Vorbemerkungen

Bei Inkrafttreten des EWR-Akommens (EWRA) haben die teilnehmenden EFTA-Staaten die vier Grundfreiheiten, das allgemeine Diskriminierungsverbot, das Wettbewerbs- und Beihilferecht sowie grosse Teile des sekundären Wirtschaftsrechts der EU übernommen. Die Grundfreiheiten sind im EWR-Hauptabkommen geregelt, das seit 1994 unverändert geblieben ist. EWR-Grundrechte werden im EWRA nur am Rande angesprochen. Sie sind aber durch Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs anerkannt. Viele wichtige Fragen wie z. B. Ursprungsregeln, Vereinfachung von Grenzformalitäten und bestimmte institutionelle Aspekte werden in Protokollen normiert. Das Sekundärrecht, v. a. Richtlinien, Verordnungen und Entscheidungen, sind in Anhängen zum EWR-Hauptabkommen enthalten. Das relevante Sekundärrecht wird laufend aufdatiert. Das EWR-Abkommen ist für Liechtenstein am 1. Mai 1995 in Kraft getreten und seine Vorschriften sind aufgrund der Praxis des Staatsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs der *Di- rektwirkung* fähig.<sup>1</sup>

EWR-Recht entsteht aus dem EU-Recht. Daher ist es sinnvoll, am Anfang der einzelnen Abschnitte die *EU-rechtlichen Grundlagen* kurz darzustellen. Das heisst aber nicht, dass die Rechtslage im EWR-Recht notwendigerweise mit der des EU-Rechts identisch ist. Zwar besagt Art. 6 EWRA, dass die Bestimmungen des EWRA, soweit sie mit den entsprechenden Bestimmungen der EU-Verträge sowie der aufgrund dieser Verträge erlassenen Rechtsakte in ihrem wesentlichen Gehalt inhaltsgleich sind, bei ihrer Durchführung und Anwendung im Einklang mit den einschlägigen Entscheidungen auszulegen sind, welche der Gerichtshof der Europäischen Union *vor dem 2. Mai 1992* erlassen hat. Die Vorschrift bindet nicht nur den EFTA-Gerichtshof und die EFTA-Überwachungsbehörde (EFTA Surveillance Authority ESA), sondern alle Instanzen, welche EWR-Recht auszulegen haben, das heisst auch nationale Verwaltungsbehörden und nationale Gerichte der EWR/EFTA-Staaten und der EU-Staaten und, *last but not least*, den EuGH

1 Vgl. Gutachten des Staatsgerichtshofs 1995/14, LES (1996) 122; Urteil des Staatsgerichtshofs als Verfassungsgerichtshof, StGH 1998/60, ZBl (1999) 585; Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Nr. 2005/94 vom 9. Februar 2006, Rz. 21 ff.

selbst. Art. 3 Abs. 2 ÜGA bestimmt sodann, dass die EFTA-Überwachungsbehörde und der EFTA-Gerichtshof bei der Auslegung und Anwendung des EWR-Abkommens und des ÜGA die in den nach dem 2. Mai 1992 ergangenen Entscheidungen des EuGH zu inhaltsgleichen Bestimmungen des EU-Rechts dargelegten Grundsätze gebührend berücksichtigen werden. Man muss sich aber vor der Vorstellung hüten, dass Rechtsprechung eines anderen Gerichts gleichsam mechanisch übernommen werden kann. Der EFTA-Gerichtshof hat das Recht und die Pflicht, in jedem Fall zu prüfen, ob er Rechtsprechung des EuGH befolgt oder nicht. Die Garantie, einen gemeinsamen, unabhängigen Gerichtshof zu haben, der gerade in kritischen Fällen genau hinschaut, war und ist aus der Sicht der EFTA-Staaten ein wesentliches Element des EWR. Ein eigener Richter ist mit den Verhältnissen im betreffenden Land vertraut. Der EFTA-Gerichtshof ist eine Institution, die (genau wie die EFTA-Überwachungsbehörde) die Souveränität der EWR/EFTA-Staaten schützt. Die Erfahrung der ersten 18 Jahre lehrt sodann, dass der EFTA-Gerichtshof in der Mehrzahl seiner Fälle mit *neuen Rechtsfragen* befasst ist, die sich dem EuGH noch nicht gestellt haben.<sup>2</sup> Es ist auch denkbar, dass sich der EFTA-Gerichtshof mit einer Rechtsprechung des EuGH konfrontiert sieht, die aufgrund wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder technischer Entwicklungen als überholt erscheint.<sup>3</sup> Schliesslich stimmt das EWR-Recht *nicht in jeder Beziehung* mit dem EU-Recht überein. Wichtige Politiken der EU wie z. B. die gemeinsame Agrarpolitik oder die gemeinsame Aussenhandelspolitik sind nicht Teil des EWR.

## II. Institutionen des EWR und Zuständigkeiten

3

Das EWR-Abkommen kennt EU-Institutionen, EFTA-Institutionen und EWR-Institutionen. EU-Institutionen und EFTA-Institutionen bilden ein *Zwei-Pfeiler-System*. Die Rechtsdurchsetzung liegt auf EU-Seite in den Händen von Europäischer Kommission und EuGH, auf EFTA-

2 Unten Abschnitt III.

3 Vgl. Rs. E-3/00 *ESA v Norway* («*Kellogg's*»), 2000–2001 EFTA Court Report, 73; dazu unten Abschnitt VII.4.2.3.

Seite von EFTA-Überwachungsbehörde (ESA) und EFTA-Gerichtshof. Die wichtigste EWR-Institution ist der aus Vertretern der EU und der EWR/EFTA-Staaten bestehende Gemeinsame EWR-Ausschuss, der gemäss Art. 98 EWRA die Kompetenz hat, neues EU-Recht qua Änderung der Anhänge zum Abkommen in den EFTA-Pfeiler zu übernehmen. Nach Art. 99 ff. EWRA haben die EFTA-Staaten bei der Schaffung neuen EWR-relevanten EU-Rechts ein *gestaltendes Mitwirkungsrecht*, von dem in der Praxis reger Gebrauch gemacht wird. Sie haben auch ein (kollektives) Recht, die Übernahme neuer EWR-relevanter EU-Gesetzgebung in den EFTA-Pfeiler zu verhindern (oft «Veto»-Recht genannt). Gegebenenfalls würden die Vorschriften des *betreffenden Anhangs*, welche von der Nichtübernahme berührt werden, als vorläufig ausser Kraft gesetzt gelten (Art. 102 Abs. 2 und 5 EWRA). Zu einem solchen *Opting out* ist es erst im Jahre 2011 zum ersten Mal gekommen.<sup>4</sup>

Zur Entscheidung von Rechtssachen, welche die Überwachungstätigkeit der ESA betreffen, und von Rechtssachen, die ihren Ursprung in einem der drei EWR/EFTA-Staaten haben, ist allein der EFTA-Gerichtshof zuständig, der *EWR-Recht* anzuwenden hat. Die Entscheidung von Rechtssachen, welche die Überwachungstätigkeit der Europäischen Kommission betreffen, und von Rechtssachen, die ihren Ursprung in einem der 27 EWR/EU-Staaten haben und das *EU-Recht* betreffen, obliegt dem EuGH. Der EuGH ist sodann zuständig für die Entscheidung von Fällen, welche die Überwachungstätigkeit der Europäischen Kommission betreffen, und von Rechtssachen, die ihren Ursprung in einem der 27 EWR/EU-Staaten haben und das *EWR-Recht* betreffen.

4 \_\_\_\_\_

### III. Judizielle Homogenität

Homogenität der Rechtsprechung in beiden EWR-Pfeilern soll gewährleistet werden durch die oben genannten Auslegungsregeln, durch Vorschriften, welche der Europäischen Kommission und den EU-Mitgliedstaaten das Recht geben, an Verfahren vor dem EFTA-Gerichtshof teilzunehmen, ebenso wie umgekehrt den EWR/EFTA-Staaten und der

5 \_\_\_\_\_

4 Vgl. dazu Knut Almestad, Reflections on the Postal Services Directive and the EEA Review, in: Judicial Protection in the European Economic Area, Stuttgart 2012.

ESA an Verfahren vor dem EuGH, und durch das in Art. 106 EWRA verankerte System des Informationsaustausches. Letztlich wird die Homogenität durch das Streitbeilegungsverfahren nach Art. 105 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 111 ff. EWRA gesichert. Zu einem solchen Verfahren ist es aber noch nie gekommen.

6

Die Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs fusst auf der des EuGH. Die politisch wichtige Unterscheidung zwischen altem und neuem Fallrecht des EuGH wurde in der Praxis weitgehend relativiert. Des Weiteren schliesst der Terminus «Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften» in den Artikeln 6 EWRA und 3 Abs. 2 ÜGA auch das Gericht der EU ein.<sup>5</sup> Das alles heisst aber nicht, dass der EFTA-Gerichtshof der Rechtsprechung des EuGH zu parallelem EU-Recht automatisch folgt.

7

In der Mehrzahl der Fälle hat sich der EFTA-Gerichtshof allerdings mit *neuen Rechtsfragen* zu befassen, die vom EuGH weder nach dem inhaltsgleichen EU-Recht noch nach EWR-Recht entschieden worden sind (sog. *Going First*-Konstellation). Der EuGH ist durch keine Norm des geschriebenen Rechts verpflichtet, die Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs zu berücksichtigen. Indes kann man eine solche Obliegenheit aus dem Homogenitätsziel des EWRA ableiten. EuGH-Präsident Vassilios Skouris hat anlässlich des Symposiums zum zehnjährigen Bestehen des EFTA-Gerichtshofs am 21. Oktober 2004 ausgeführt, dass «ignoring EFTA Court precedents would simply be incompatible with the overriding objective of the EEA agreement which is homogeneity».<sup>6</sup> Der EuGH nimmt denn auch in seiner Rechtsprechung auf die Spruchpraxis des EFTA-Gerichtshofs Bezug. Dasselbe gilt für das Gericht. Für Generalanwälte ist die Einbeziehung der Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs Routine geworden. Hier darf der Hinweis nicht fehlen, dass der EFTA-Gerichtshof seinerseits regelmässig auf Schlussanträge der Generalanwälte verweist. Auch nationale Gerichte

5 Vgl. Rs. E-2/94 Scottish Salmon Growers Association, 1994-1995 EFTA Court Report, 59, Rz. 13; Rs. E-2/02 Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v ESA, 2003 EFTA Court Report, 52, Rz. 39 und 40.

6 Vassilios Skouris, The ECJ and the EFTA Court under the EEA Agreement: A Paradigm for International Cooperation between Judicial Institutions, in: Carl Baudenbacher et al. (eds.), The EFTA Court Ten Years On, Oxford and Portland 2005, 123 und 125.



von EU-Mitgliedstaaten haben das Fallrecht des EFTA-Gerichtshofs als Inspirationsquelle genutzt.<sup>7</sup>

#### IV. Hauptverfahrensarten des EFTA-Gerichtshofs

##### 1. Allgemeines

Nach Art. 108 Abs. 2 EWRA soll der EFTA-Gerichtshof insbesondere zuständig sein für (a) Klagen wegen des die EFTA-Staaten betreffenden Überwachungsverfahrens, (b) Rechtsmittel gegen Entscheidungen der EFTA-Überwachungsbehörde in Wettbewerbssachen, und (c) die Beilegung von Streitigkeiten zwischen zwei oder mehr EFTA-Staaten. Das ÜGA hat diesen Katalog nicht nur konkretisiert, sondern auch erheblich erweitert. Die wichtigsten Verfahrensarten sind das Vertragsverletzungsverfahren, das Vorabentscheidungsverfahren und das Nichtigkeitsverfahren.

Die Frage stellt sich, ob sich der *Homogenitätsgrundsatz* auch auf prozessuale Aspekte bezieht. Nach Art. 3 Abs. 1 ÜGA ist der EFTA-Gerichtshof nicht gehalten, bei der Interpretation des Hauptteils dieses Abkommens den Überlegungen des EuGH zu Parallelvorschriften des Unionsrechts zu folgen. Trotzdem hat er in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Überlegungen, welche den EuGH zu seiner Auslegung von Wendungen des Unionsrechts geführt haben, *relevant* sind, wenn diese Wendungen mit den zu interpretierenden

8

9

---

7 Vgl. zum judiziellen Dialog Carl Baudenbacher, *The EFTA Court, the ECJ, and the Latter's Advocates General – a Tale of Judicial Dialogue*, in: *Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, edited by Anthony Arnull, Piet Eckhout and Takis Tridimas, Oxford 2008, 90 ff.; Allan Rosas, *Methods of Interpretation – Judicial Dialogue*, in: Carl Baudenbacher / Erhard Busek (eds.), *The Role of International Courts*, Heidelberg 2008, 185 ff.; Alberto Alemanno, *A Tale of Inter-Judicial Dialogue and Jurisprudential Cross-Fertilization: The Precautionary Principle in EU, EEA and WTO Law*, in: Carl Baudenbacher (ed.), *Dialogue Between Courts in Times of Globalization and Regionalization. International Dispute Resolution Volume 2*, Stuttgart 2010, 27 ff. Zum Dialog mit den Generalanwälten zuletzt Schlussanträge von Generalanwalt Niilo Jääskinen vom 24. November 2011 in Rs. C-39/10 *Kommission v Estland*; Rs. E-1/11, *Norwegian Appeal Board for Health Personnel – appeal from A*, Urteil vom 15. Dezember 2011, noch nicht in Report.

inhaltsgleich sind.<sup>8</sup> In seiner neueren Rechtsprechung spricht der Gerichtshof in diesem Zusammenhang von «*procedural homogeneity*».<sup>9</sup>

## 2. Vertragsverletzungsverfahren

10

Nach Art. 31 ÜGA kann die ESA gegen einen EFTA-Staat, der nach ihrer Auffassung gegen eine Verpflichtung aus dem EWR-Abkommen oder aus dem ÜGA verstossen hat, eine mit Gründen versehene Stellungnahme abgeben. Kommt der Staat dieser Stellungnahme innerhalb der von der ESA gesetzten Frist nicht nach, so kann diese den EFTA-Gerichtshof anrufen. Art. 31 ÜGA ist inhaltsgleich mit Art. 258 AEUV. Gemäss Art. 33 EWRA haben die betroffenen EFTA-Staaten die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, um dem Urteil des EFTA-Gerichtshofs zu entsprechen. Vorschriften wie Art. 260 Abs. 2 und 3 AEUV, die erst durch den Vertrag von Maastricht, d. h. nach Unterzeichnung des EWRA geschaffen wurden, fehlen im ÜGA. Aufgrund der Grösse des EFTA-Pfeilers stellt die Umsetzung von Urteilen des EFTA-Gerichtshofs aber kaum ein Problem dar. Immerhin ist es in Einzelfällen in den Mitgliedstaaten zu Debatten gekommen und der EFTA-Gerichtshof hat unlängst Norwegen aufgrund einer zweiten Vertragsverletzungsklage der ESA zum zweiten Mal verurteilt. Norwegen hatte das erste Urteil des EFTA-Gerichtshofs nicht umgesetzt. Der EFTA-Gerichtshof erwähnte die Loyalitätspflicht der EWR/EFTA-Staaten gemäss Art. 3 EWRA und hob hervor, dass Vertragsverletzungsentscheidungen nach Art. 33 ÜGA genau wie nach Art. 260(1) AEUV für die EFTA-Staaten verbindlich sind. Er betonte weiter die Bedeutung der prozeduralen Homogenität. Dass das ÜGA, im Gegensatz zum AEUV, keine Strafzahlungen bei Nichtumsetzung eines solchen Urteils vorsieht, heisse nicht, «that the obligation on EFTA States to comply with the

8 Rs. E-2/94 Scottish Salmon Growers Association, 1994-1995 EFTA Court Report, 59; Rs. E-2/02 Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v ESA, 2003 EFTA Court Report, 52, Rz. 38-40; verb. Rs. E-5/04, Rs. E-6/04 und Rs. E-7/04 Fesil and Finnjord, 2005 EFTA Court Report, 117, Rz. 53.

9 Rs. E-13/10 Aleris Ungplan AS v ESA, Beschluss vom 31. Januar 2011, noch nicht in Report, Rz. 24; Beschlüsse des Präsidenten des EFTA-Gerichtshofs vom 15. Februar 2011 in Rs. E-15/10 Posten Norge AS v ESA, Rz. 8, und vom 25. März 2011 in Rs. E-14/10 Konkurrenten.no AS v ESA, Rz. 9.

judgments of the EFTA Court is less strict than the equivalent obligation on EU Member States to comply with the judgments of the ECJ».<sup>10</sup> Schliesslich wies der EFTA-Gerichtshof auf seine ständige Rechtsprechung zur EWR-Staatshaftung hin.<sup>11</sup>

### 3. Vorabentscheidungsverfahren

Gemäss Art. 34 ÜGA erstellt der EFTA-Gerichtshof auf Antrag eines Gerichts eines EFTA-Staates «Gutachten» über die Auslegung des EWR-Abkommens. Bei der Interpretation des Begriffs des *vorlageberechtigten Gerichts* hat sich der EFTA-Gerichtshof im Sinne der prozessualen Homogenität grundsätzlich an der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 267 AEUV orientiert, ist dabei aber flexibel vorgegangen. So hat er in Rs. E-1/94 *Restamark* als erster Gerichtshof im EWR auf die Voraussetzung eines streitigen Verfahrens vor der nationalen Instanz verzichtet,<sup>12</sup> ein Schritt, den der EuGH knapp drei Jahre später in der Rs. C-54/96 *Dorsch Consult* ebenfalls vollzog.<sup>13</sup> Als vorlageberechtigte Stellen wurden in der bisherigen Rechtsprechung neben den ordentlichen Gerichten der «Tullilautakunta», eine Appellationskommission in der finnischen Zollverwaltung, der norwegische Marktrat, die Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht des Fürstentums Liechtenstein und die norwegische Beschwerdeinstanz für Gesundheitsberufe akzeptiert.<sup>14</sup>

Von der durch Art. 34 Abs. 3 ÜGA eingeräumten Möglichkeit, durch interne Gesetzgebung das Vorlagerecht auf letztinstanzliche Gerichte zu beschränken, hat keiner der drei EWR/EFTA-Staaten Ge-

11 \_\_\_\_\_

12 \_\_\_\_\_

10 Rs. E-18/10 *ESA v Norway*, Urteil vom 28. Juni 2011, noch nicht in Report, Rz. 28.

11 A. a. O. Zur Staatshaftung unten Abschnitt V.

12 Rs. E-1/94 *Restamark*, 1994-1995 EFTA Court Report, 15.

13 Rs. C-54/96 *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft v Bundesbaugesellschaft Berlin*, Slg. 1997, I-4961.

14 Rs. E-1/94 *Restamark*, 1994-1995 EFTA Court Report, 15; verb. Rs. E-8/94 und Rs. E-9/94 *Mattel/Lego*, 1994-1995 EFTA Court Report, 113; Rs. E-4/04 *Pedical A/S v Directorate for Health and Social Affairs*, 2005 EFTA Court Report, 1; Rs. E-4/09 *Inconsult Anstalt v Finanzmarktaufsicht*, 2009-2010 EFTA Court Report, 86; Rs. E-1/11 *Norwegian Appeal Board for Health Personnel – appeal from A*, Urteil vom 15. Dezember 2011, noch nicht in Report.

brauch gemacht.<sup>15</sup> Hingegen sieht das *isländische EWR-Gesetz* vor, dass Vorlagebeschlüsse eines Instanzgerichts an den Obersten Gerichtshof weitergezogen werden können.<sup>16</sup> Seit rund 10 Jahren hat der Regierungsadvokat praktisch jede Vorlageentscheidung angefochten und der Oberste Gerichtshof hat die Fragen gefiltert, z. T. entfernt oder Vorlagen gar nicht zugelassen. In der Rs. C-21-/06 *Cartesio* hat der EuGH demgegenüber im EU-Recht die Freiheit der nationalen Instanzgerichte, eine Frage vorzulegen, betont.<sup>17</sup> Diese Rechtsprechung ist nach der genannten Praxis des EFTA-Gerichtshofs zur *prozessualen Homogenität* zu beachten.<sup>18</sup>

13

Eine Bestimmung nach dem Vorbild des Art. 267 Abs. 3 AEUV, der ein nationales Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, zur Vorlage verpflichtet, enthält Art. 34 ÜGA nicht. Die meisten letztinstanzlichen Gerichte der EWR/EFTA-Staaten, nicht aber der liechtensteinische Verwaltungsgerichtshof, sind bisher davon ausgegangen, dass sie bei der Entscheidung, ob sie vorlegen wollen oder nicht, frei sind.<sup>19</sup> Aus Liechtenstein hat der EFTA-Gerichtshof bislang sechs Vorlagen des Verwaltungsgerichtshofs erhalten, der auch bezüglich Begründung von Vorlagebeschlüssen eine führende Stellung im EFTA-Pfeiler einnimmt. Der Oberste Gerichtshof und der Staatsgerichtshof haben aber noch nie vorgelegt.

14

In der neueren Literatur wird mit guten Gründen die Auffassung vertreten, letztinstanzliche Gerichte seien bei der Entscheidung darüber,

15 Österreich ist der einzige EWR/EFTA-Staat, der das Vorlagerecht auf den Verfassungsgerichtshof, den Verwaltungsgerichtshof, den Obersten Gerichtshof, andere zur Sachentscheidung in zweiter oder letzter Instanz zuständige Gerichte, die unabhängigen Verwaltungssenate sowie die Kollegialbehörden im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Bundesverfassungsgesetz beschränkte (Art. 6 des EWR-Bundesverfassungsgesetzes, öBGBL. 115/1993). Kritisch dazu der ehemalige österreichische Richter am EFTA-Gerichtshof Kurt Herndl, *Der EFTA-Gerichtshof und Österreich – ein Beispiel für nützliche Zusammenarbeit?*, in: Afmælisrit Thor Vilhjálmsson, Reykjavík 2000, 247, 252 f.; vgl. auch Carl Baudenbacher, *Zur Rolle österreichischer Akteure in Verfahren des EFTA-Gerichtshofs betreffend Liechtenstein*, in: *Festschrift für Willibald Posch*, Wien 2011, 35 ff.

16 Gesetz Nr. 2/1993 über den EWR.

17 Rs. C-21/06 *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641.

18 Vgl. Abschnitt III.

19 Vgl. für Liechtenstein das zweite Dr. Tschannett-Urteil des OGH vom 5. Juni 2008, CO.2004.2-38.

ob sie vorlegen oder nicht, keineswegs frei. Danach verstösst ein nationales letztinstanzliches Gericht, das ohne sachliche Gründe auf eine Vorlage verzichtet, gegen das in Art. 3 EWRA verankerte *Loyalitätsgebot*.<sup>20</sup> Das ÜGA muss im Lichte des höherrangigen EWRA interpretiert werden. Dass Art. 3 EWRA auch die nationalen Gerichte bindet, steht ausser Frage.<sup>21</sup> Zu beachten ist auch, dass das EWRA auf dem Prinzip der *Reziprozität* beim Zugang zur europäischen Justiz fusst.<sup>22</sup> EWR / EFTA-Bürger und Wirtschaftsakteure profitieren von der Vorlagepflicht der letztinstanzlichen Gerichte im EU-Pfeiler.<sup>23</sup> Die letztinstanzlichen Gerichte der EWR/EFTA-Staaten dürfen daher nur dann von einer Vorlage absehen, wenn *kein vernünftiger Zweifel* über die richtige Auslegung der in Rede stehenden EWR-rechtlichen Normen besteht.<sup>24</sup> Dabei ist natürlich neben der Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshof die des EuGH zum parallelen EU-Recht oder zum EWR-Recht relevant. Abzulehnen ist allerdings die Auffassung, auf eine Vorlage an den EFTA-Gerichtshof könne immer dann verzichtet werden, wenn es Rechtsprechung des EuGH gibt, weil der Fall dann einfach unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung zu entscheiden sei. Das kann nur dort gelten, wo die Relevanz einer klaren Rechtsprechung des EuGH unzweideutig ist.

---

20 Vgl. Skúli Magnússon, Málkot ákvarðana um að leita ráðgefandi álits EFTA-dóms-tólsins frá sjónarhóli EES-réttar, Úlfliótur, 1. ed. (2009), 5, 14–15; ders., On the Authority of Advisory Opinions. Reflections on the Functions and the Normativity of Advisory Opinions of the EFTA Court, in: Europaráttslig Tidskrift 2010, 528, 538 ff.; Anton Schäfer, Die Prozesskostensicherheit – eine Diskriminierung?, in: LJZ 1/06, 17, 32; Carl Baudenbacher, The EFTA Court in Action – Five Lectures, Stuttgart 2010, 21 f.; ders., Some Thoughts on the EFTA Court’s Phases of Life, in: Judicial Protection in the European Economic Area, Stuttgart 2012 (im Druck); Sigurður Líndal and Skúli Magnússon, Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins – Megindrættir, Reykjavík 2011, 156; Georges Baur, Kohärente Interpretationsmethode als Instrument europarechtskonformer Rechtsanwendung – eine rechtspolitische Skizze, in: 25 Jahre Liechtenstein-Institut (1986–2011), Schaan 2011, 47, 65; John Temple Lang, The Duty of National Courts to provide Access to Justice in the EEA, in: Judicial Protection in the European Economic Area, Stuttgart 2012 (im Druck).

21 Vgl. dazu statt vieler Sven Norberg et al., The European Economic Area, EEA Law: A Commentary on the EEA Agreement, Stockholm 1993, 101.

22 Begründungserwägung 4 der Präambel zum EWRA.

23 Vgl. dazu das auf Vorlage des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs ergangene Urteil des EuGH in Rs. C-452/01 Margarethe Ospelt und Schlössle Weissenberg Familienstiftung, Slg. 2003, I-9743.

24 Vgl. dazu CILFIT-Urteil des EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415, Rz. 17 ff.

Sobald aber Anhaltspunkte für die Annahme bestehen, dass das EWR-Recht mit dem der EuGH-Rechtsprechung zugrundeliegenden EU-Recht *nicht inhaltsgleich* ist, dass EuGH-Rechtsprechung aufgrund wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder technischer *Entwicklungen* überholt sein könnte oder dass die Rechtssache *besondere Merkmale* aufweist, welche sie von bereits entschiedenen Rechtssachen unterscheidet, ist eine solche Folgerung nicht sachgerecht. Im Zweifel ist eine Vorlage an den EFTA-Gerichtshof schon im Blick auf die Souveränität der EWR/EFTA-Staaten geboten. Der EFTA-Gerichtshof muss nicht in erster Linie wegen seiner Spezialisierung und seiner Expertise angerufen werden, sondern aus *Rechtsgründen*. Wenn nationalen Höchstgerichten erlaubt würde, nach Belieben Alleingänge zu machen, so bestände die *Gefahr der Fragmentierung* und *Renationalisierung* des EWR-Rechts. Für den (seltenen) Fall, dass der EFTA-Gerichtshof eine Vorabentscheidung erlässt und der EuGH vor der Entscheidung des Falles durch das nationale Gericht in einem vergleichbaren Fall zu einem anderen Ergebnis kommt, wird man annehmen müssen, dass das nationale Gericht dem EFTA-Gerichtshof nochmals vorzulegen hat. In der Liechtensteiner Literatur ist die Auffassung vertreten worden, der EFTA-Gerichtshof sollte das Vorlagerecht als eine Vorlagepflicht der nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten auslegen. «Die Möglichkeit, dass ein nationales Gericht dem EFTA-Gerichtshof eine Frage zur Auslegung vorlegen ‹kann›, wird dann zum ‹muss›.»<sup>25</sup>

15

Schliesslich wurde die Frage gestellt, ob die *ESA* gegen einen EWR/EFTA-Staat vorgehen könnte, dessen letztinstanzliche Gerichte von Vorlagen systematisch absehen.<sup>26</sup> Dass ein systematisches Agieren anders zu bewerten ist als ein gelegentliches, kann nicht bezweifelt werden. Es genügt, auf das dialektische Prinzip des Umschlagens von Quantität in Qualität hinzuweisen.<sup>27</sup> Notfalls sollte eine Änderung des ÜGA ins Auge gefasst werden.<sup>28</sup>

25 Anton Schäfer, Die Prozesskostensicherheit – eine Diskriminierung?, in: LJZ 1/06, 17, 32.

26 Vgl. Halvard H. Fredriksen, The two EEA Courts – a Norwegian perspective, in: Judicial Protection in the European Economic Area, Stuttgart 2012 (im Druck).

27 Vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Vorlesungen. Ausgewählte Nachschriften und Manuskripte 7, Hamburg 1989, 170 (im Kapitel Griechische Philosophie, 1. Teil).

28 Vgl. Johannes Gasser, Individualrechtsschutz im EWR, Vaduz 2003, V.

Die Entscheidungen des EFTA-Gerichtshofs nach Art. 34 ÜGA unterscheiden sich in ihrer normativen Qualität klar von den Schlussanträgen der Generalanwälte am EuGH. Ein nationales Gericht, welches dem Spruch des EFTA-Gerichtshofs die Gefolgschaft verweigerte, brächte seinen Staat in den Zustand der Vertragsverletzung, der die ESA zur Eröffnung eines entsprechenden Verfahrens veranlassen könnte.<sup>29</sup> Vorabentscheidungen des EFTA-Gerichtshofs sind deshalb in ihrer *Normativität* kaum schwächer als Vorabentscheidungen des EuGH, auch wenn sie sich theoretisch von den letzteren unterscheiden. Insbesondere erwachsen Vorabentscheidungen des EFTA-Gerichtshofs, genau wie die des EuGH, in *Rechtskraft*.<sup>30</sup> Der EFTA-Gerichtshof trägt dieser *sui generis*-Natur dadurch Rechnung, dass er seine Entscheide nach Art. 34 ÜGA im Rubrum als «Urteil» und im Dispositiv als «Gutachten» bezeichnet.

16

Nach Art. 36 ÜGA ist der EFTA-Gerichtshof sodann für Klagen zuständig, die ein EFTA-Staat gegen eine *Entscheidung der ESA* wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung des ÜGA, des EWRA oder einer anderen bei deren Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmissbrauch erhebt. Jede natürliche oder juristische Person kann unter den gleichen Voraussetzungen gegen die an sie ergangenen Entscheidungen sowie gegen diejenigen Entscheidungen Klage erheben, die sie, obwohl sie als an eine andere Person gerichtete Entscheidung ergangen sind, *unmittelbar* und *individuell betreffen*. Ist die Klage begründet, so wird die angefochtene Entscheidung der ESA für nichtig erklärt, und diese hat die sich aus dem Urteil ergebenden Massnahmen zu ergreifen (Art. 38 ÜGA). Der EFTA-Gerichtshof hatte sich mehrfach mit der Frage zu befassen, ob Unternehmen klagebefugt sind, die nicht Adressaten einer Entscheidung der ESA waren. Konkret ging es zumeist darum, ob die sog. *Plaumann*-Rechtsprechung des EuGH aus dem Jahr 1963 übernommen werden sollte. Nach dieser Formel ist ein Nicht-Adressat einer Entscheidung nur dann *individuell betroffen*, «wenn die Entscheidung ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis

17

29 Vgl. Henrik Bull, *The EEA Agreement and Norwegian Law*, in: *European Business Law Review* 1994, 291, 296.

30 Rs. E-6/01 *CIBA Speciality Chemicals Water Treatment Ltd and Others v The Norwegian State*, 2002 EFTA Court Report, 281, Rz. 13.

aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten». <sup>31</sup> Die Firma Plaumann war durch eine Entscheidung der Kommission, welche einen Antrag Deutschlands, die Erhebung des niedrigeren deutschen anstelle des gemeinsamen Zolls auf Clementinen zu genehmigen, abgelehnt hatte, nur in ihrer Eigenschaft als Importeurin betroffen, d. h. im Hinblick auf eine kaufmännische Aktivität, die jederzeit durch jedermann ausgeübt werden konnte. Daher war Plaumann nicht klagebefugt. In einigen Fällen hat der EFTA-Gerichtshof eine Tendenz gezeigt, im Zweifel pragmatisch und *liberal vorzugehen*. In der neuesten Rechtsprechung hat er aber aus Gründen der prozessualen Homogenität im Wesentlichen die Linie des EuGH übernommen. <sup>32</sup> Für die Zukunft könnte relevant sein, dass Art. 263 Abs. 4 AEUV neu bestimmt:

«Jede natürliche oder juristische Person kann unter den Bedingungen nach den Absätzen 1 und 2 gegen die an sie gerichteten oder sie unmittelbar und individuell betreffenden Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie *unmittelbar betreffen* und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, Klage erheben.» <sup>33</sup>

## V. Direktwirkung, Vorrang, EWR-konforme Auslegung, Staatshaftung, Rechtsnatur des EWR-Rechts und Auslegungsmethoden

18

Die Unionsrechtsordnung unterscheidet sich von völkerrechtlichen Verträgen durch ihre supranationale Rechtsnatur und durch die Geltung der durch *Richterrecht* geschaffenen sog. Verfassungsprinzipien Direktwirkung, Vorrang und Staatshaftung. <sup>34</sup> Das EWRA enthält dazu einige rudimentäre Vorschriften, die sich zum Teil zu widersprechen scheinen.

31 Rs. 25/62 Firma Plaumann und Co. v Kommission, Slg. 1963, 213, 238.

32 Rs. E-5/07 Private Barnehagers, 2008 EFTA Court Report, 62, Rz. 45–53.

33 Hervorhebung hinzugefügt.

34 Vgl. Rs. 26/62 van Gend en Loos, Slg. 1963, 1 und 25; Rs. 6/64 Costa v ENEL, Slg. 1964, 1251; verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 Francovich, Slg. 1991, I-5357; dazu statt vieler Ulrich Haltern, Europarecht. Dogmatik im Kontext, 2. Aufl., Tübingen 2007, §§ 6–8.



Die *Präambel* zum EWRA betont an mehreren Stellen, dass der EWR homogen und dynamisch sein soll, dass der Einzelne durch die Ausübung und die gerichtliche Geltendmachung der ihm verliehenen Rechte eine zentrale Rolle spielen soll und dass dabei angemessene Mittel auf der Grundlage der Gleichheit und Gegenseitigkeit zur Verfügung stehen müssen (Begründungserwägungen 4, 8, 15). Auf der anderen Seite bestimmt Art. 7 EWRA, dass die EWR/EFTA-Staaten mit einer dualistischen Verfassung auch Verordnungen in innerstaatliches Recht umzusetzen haben. Und Protokoll 35 zur Durchführung der EWR-Vorschriften besagt, dass von keiner Vertragspartei verlangt wird, einem Organ des Europäischen Wirtschaftsraums *Gesetzgebungsbefugnisse* zu übertragen. Für Fälle von Konflikten zwischen umgesetzten EWR-Bestimmungen und sonstigen gesetzlichen Bestimmungen verpflichten sich die EFTA-Staaten, nötigenfalls eine gesetzliche Bestimmung des Inhalts einzuführen, dass die EWR-Bestimmungen diesfalls *Vorrang* haben.

In der *Lehre* war die Frage, ob die genannten Prinzipien auch Teil des EWR-Rechts geworden sind, von Anfang an umstritten. Autoren aus EU-Staaten, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein nahmen an, dass diese Prinzipien, möglicherweise in leicht abgewandelter Form, auch Teil des EWR-Rechts seien. Die meisten Beobachter aus den nördlichen Staaten vertraten hingegen die Gegenmeinung.<sup>35</sup>

Der EFTA-Gerichtshof war bereits in seinem ersten Fall, E-1/94 *Restamark*, mit der Frage konfrontiert, ob sich das Homogenitätsgebot auch auf diese Grundsätze bezieht.<sup>36</sup> Nach seiner ständigen Rechtsprechung sind die Vorschriften des EWRA zu einem grossen Teil auf den Schutz der Rechte der *Einzelnen und Wirtschaftsakteure* gerichtet. Das gute Funktionieren des EWRA hänge davon ab, dass sich diese vor den nationalen Gerichten auf ihre Rechte berufen können.<sup>37</sup> Vorschriften des

19

20

35 Nachweise bei Carl Baudenbacher, *The EFTA Court in Action. Five Lectures*, Stuttgart 2010, 34 f.

36 Rs. E-1/94 *Restamark*, 1994-1995 EFTA Court Report, 15.

37 Rs. E-7/97 *Erla María Sveinbjörnsdóttir v The Government of Iceland*, 1998 EFTA Court Report, 95, Rz. 49; Rs. E-1/01 *Hörður Einarsson v The Icelandic State*, 2002 EFTA Court Report, 1, Rz. 49; Rs. E-4/01 *Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State*, 2002 EFTA Court Report, 240, Rz. 28; Rs. E-6/01 *CIBA Speciality Chemicals Water Treatment Ltd and Others v The Norwegian State*, 2002 EFTA Court Report, 281, Rz. 33; Rs. E-2/02 *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v ESA*, 2003 EFTA Court Report, 52, Rz. 36; Rs. E-2/03

EW-Rechts, die in die Rechtsordnungen der EWR/EFTA-Staaten *umgesetzt* wurden, sind der Direktwirkung fähig sind und haben gegebenenfalls Vorrang vor konfligierendem nationalem Recht. Man mag von Quasi-Direktwirkung und Quasi-Vorrang sprechen. Das folgt nicht aus nationalem Recht, sondern aus EWR-Recht.<sup>38</sup> Des weiteren sind die nationalen Gerichte verpflichtet, innerstaatliche Vorschriften so weit wie möglich im Einklang mit dem EWR-Recht auszulegen.<sup>39</sup> Hingegen hat der EFTA-Gerichtshof Direktwirkung und Vorrang im unionsrechtlichen Sinn für das EWR-Recht verworfen.<sup>40</sup> Das Gericht der EU ist sogar einen Schritt weitergegangen und hat in Rs. T-115/94 *Opel Austria /. Rat der EU* entschieden, dass Art. 10 EWRA Direktwirkung entfaltet.<sup>41</sup> Entscheidend ist, dass der EFTA-Gerichtshof in seinem Grundsatzurteil vom 10. Dezember 1998 in der Rs. E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* entschieden hat, das Prinzip der *Staatshaftung* sei Teil des EWR-Rechts.<sup>42</sup> Die Voraussetzungen für die Verantwortlichkeit des Staates im konkreten Fall sind dieselben wie im Unionsrecht: Verstoss eines mitgliedstaatlichen Organs gegen eine Norm des EWR-Rechts, welche dem Einzelnen Rechte verleihen will, hinreichende Qualifiziertheit des Verstosses, Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoss und dem Scha-

---

Ákærvaldið (The Public Prosecutor) v Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson and Helgi Már Reynisson, 2003 EFTA Court Report, 185, Rz. 28; Rs. E-1/07 Strafverfahren gegen A, 2007 EFTA Court Report, 245, Rz. 37; Rs. E-5/10 Dr. Kottke v Präsidial Anstalt und Sweetyle Stiftung, 2009-2010 EFTA Court Report, 331, Rz. 26.

38 Rs. E-1/94 Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark, 1994–1995 EFTA Court Report, 15, Rz. 77–81; Rs. E-1/01 Hörður Einarsson v The Icelandic State, a. a. O., Rz. 52–54. Das Gegenargument der norwegischen Regierung wurde vom EFTA-Gerichtshof zurückgewiesen; vgl. zur norwegischen Position Rs. E-1/94 Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark, Report for the Hearing, 1994–1995 EFTA Court Report, 35, Rz. 93.

39 Rs. E-1/07 Strafverfahren gegen A, 2007 EFTA Court Report, 246, Rz. 39; vgl. auch Rs. E-4/01 Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State, 2002 EFTA Court Report, 240, Rz. 28.

40 Rs. E-4/01 Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State, a. a. O., Rz. 28; Rs. E-1/07 Strafverfahren gegen A, a. a. O., Rz. 39.

41 Rs. T-115/94 Opel Austria GmbH gegen Rat der Europäischen Union, Slg. 1997, II-39, Rz. 102.

42 Rs. E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir v The Government of Iceland, 1998 EFTA Court Report, 95.

den.<sup>43</sup> Der EFTA-Gerichtshof beantwortet die erste Frage in der Regel selbst und überlässt die Beantwortung der zweiten und dritten Frage dem nationalen Gericht. Er hat aber die zweite Frage auch schon selbst beantwortet.<sup>44</sup> Der *EuGH* hat das *Sveinbjörnsdóttir*-Urteil des EFTA-Gerichtshofs in seiner Entscheidung C-140/97 *Rechberger* zustimmend zitiert.<sup>45</sup> Das *EU-Gericht* hatte bereits zwei Jahre zuvor in Rs. T-115/94 *Opel Austria* auf den hohen Integrationsgrad des EWRA, die Inhaltsgleichheit der Vorschriften mit dem EU-Recht, die Homogenitätsregeln und das Bestehen eines zentralen Überwachungs- und Gerichtsmechanismus hingewiesen.<sup>46</sup> Die EWR-Staatshaftung ist von den *Höchstgerichten* aller drei derzeitigen EWR/EFTA-Staaten und vom schwedischen Obersten Gerichtshof (in einem Fall, dessen Fakten sich während der EWR/EFTA-Mitgliedschaft Schwedens zugetragen hatten) akzeptiert worden.<sup>47</sup>

In den bislang vom EFTA-Gerichtshof entschiedenen Fällen ging es um *legislatives Unrecht*. In der Rs. E-4/01 *Karlsson* stellte der Gerichtshof fest, dass *administratives Unrecht* ebenfalls erfasst ist.<sup>48</sup> In der Rs. E-2/10 *Kolbeinsson* strich der Oberste Gerichtshof Islands die Frage des Distriktsgerichts Reykjavík, ob Haftung auch für sein eigenes (*judizielles*) Unrecht bestehe, aus dem Vorlagebeschluss heraus. Der EFTA-Gerichtshof stellte trotzdem unter Hinweis auf das *Köbler*-Urteil des *EuGH* fest, dass die Verletzung des EWR-Rechts in jedem Fall offenkundig sein müsste, wenn man die Staatshaftung für falsche Anwendung von EWR-Recht durch Gerichte bejahen wollte.<sup>49</sup> In der Literatur ist da-

21

43 Rs. E-4/01 Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State, a. a. O., Rz. 25 und 37–48.

44 Ibid. Rz. 38 ff., 46.

45 Rs. C 140/97 Walter Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hofmeister u. a. v Republik Österreich, Slg. 1999, I-3499, Rz. 39.

46 Rs. T-115/94 Opel Austria GmbH gegen Rat der Europäischen Union, a. a. O., Rz. 107 und 108.

47 Isländischer Oberster Gerichtshof vom 16. Dezember 1999 Sveinbjörnsdóttir, No. 236/1999, H 1999 4916; Norwegischer Oberster Gerichtshof Finanger II, Rt. 2005, 1365; Schwedischer Oberster Gerichtshof Fälle T-2593/01 und T-2595/01 Susanne Wäkerås Andersson und Ulla-Brith Andersson v Schwedischen Staat, in: NJA 2004, 662; Liechtensteinischer Verwaltungsgerichtshof Urteil 2005/94 vom 9. Februar 2006, Rz. 31; Liechtensteinischer Oberster Gerichtshof vom 7. Mai 2010, Urteil CO.2004.2-46.

48 Rs. E-4/01 Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State, a. a. O., Rz. 33.

49 Rs. E-2/10 Kolbeinsson, Urteil vom 10. Dezember 2010, Rz. 77.

raus geschlossen worden, der EFTA-Gerichtshof habe die Relevanz der Köbler-Rechtsprechung für den EFTA-Pfeiler anerkannt.<sup>50</sup>

22

Zur *Rechtsnatur des EWRA* hat der EFTA-Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung festgestellt, es handle sich um ein internationales Abkommen *sui generis*, das eine eigene, von den Rechtsordnungen der EWR/EFTA-Staaten zu unterscheidende Rechtsordnung enthalte. Zwar weise das EWRA nicht denselben Integrationsgrad auf wie die EU-Verträge, doch gingen Anwendungsbereich und Zielsetzung über das hinaus, was bei einem völkerrechtlichen Vertrag üblich ist.<sup>51</sup> Der hohe Integrationsgrad unterscheide das EWRA insbesondere von den bilateralen Freihandelsabkommen, welche die damaligen EFTA-Staaten 1972 mit der damaligen EWG abschlossen. Die EWR-Rechtsordnung werde charakterisiert durch den EWR-Binnenmarkt, den Schutz der Rechte von Einzelnen und Wirtschaftsakteuren und einen institutionellen Rahmen, der effektive Überwachung und gerichtliche Kontrolle gewährleistet.<sup>52</sup> Der EFTA-Gerichtshof verwies dabei auf die Urteile des *Gerichts der EU* in der Rs. T-115/94 *Opel Austria ./. Rat der Europäischen Union* und des EuGH in der Rs. C-452/01 *Margarethe Ospelt und Schlössle Weissenberg Stiftung*.<sup>53</sup>

23

Dass das EWR-Recht dem Unionsrecht viel näher steht als dem Völkerrecht, schlägt sich in den Auslegungsmethoden nieder. Der EFTA-Gerichtshof folgt grundsätzlich den gleichen Maximen wie der

50 Ólafur Jóhannes Einarsson, Hæstiréttur og EES-samningurinn – Samningsbrotamál og skaðabótaábyrgð (Der Oberste Gerichtshof und das EWR-Abkommen – Vertragsverletzungsverfahren und Haftung), in: Úlfjótur (isländische juristische Zeitschrift) 4. tbl. 2011; vgl. zur EWR-Staatshaftung für judikatives Unrecht bereits Kai Krüger, Action for damages due to bad procurement: on the intersection between EU/EEA law and national law, with special reference to the Norwegian experience, in: Public Procurement Law Review 2006, 211, 216 f.; Halvard Haukeland Fredriksen, Statlig erstatningsansvar for nasjonale domstolers brudd på EOS-retten (State liability for breach of the EEA Agreement by national courts), in: Lov og Rett 2006, 485 ff.

51 Ständige Rechtsprechung, vgl. Rs. E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir v The Government of Iceland, 1998 EFTA Court Report, 59, Rz. 59.

52 Rs. E-2/03 Ákærvaldið (The Public Prosecutor) v Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson and Helgi Már Reynisson, 2003 EFTA Court Report, 185, Rz. 28.

53 Vgl. Rs. T-115/94 Opel Austria GmbH gegen Rat der Europäischen Union, Slg. 1997, II-39 und Rs. C-452/01 Margarethe Ospelt und Schlössle Weissenberg Familienstiftung, Slg. 2003, I-9743.

EuGH. Er hat insbesondere das Prinzip des *effet utile* anerkannt und ist, falls es die Umstände erfordern, auch zu dynamischer Auslegung bereit. Letzteres bezieht sich auch auf *Going first*-Fälle.<sup>54</sup>

## VI. Allgemeine Bemerkungen zu den Grundfreiheiten

### 1. Weitgehende Inhaltsgleichheit von EWR-Recht und EU-Recht

EWR-Recht und EU-Recht sind im Bereich der Grundfreiheiten weitgehend inhaltsgleich. Trotzdem haben die Regierungen der EWR/EFTA-Staaten den EFTA-Gerichtshof in einer Reihe von Fällen aufgefordert, *Unterschiede* zwischen EWR-Recht und EU-Recht in Ziel und Kontext bzw. im Anwendungsbereich anzuerkennen. Dabei wurde stets argumentiert, dass die Grundfreiheiten im EWR aufgrund des geringeren Integrationsgrades in stärkerem Masse beschränkt werden dürften als in der EU. Der EFTA-Gerichtshof hat solchen Ansinnen keine Folge gegeben.<sup>55</sup> Auch Versuche, den EFTA-Gerichtshof zur Anerkennung einer *de-minimis*-Regel oder einer Spürbarkeitsvoraussetzung bei den Grundfreiheiten zu bewegen, blieben erfolglos.<sup>56</sup> Die Auslegung von Vorschriften des EWR-Abkommens betreffend die Grundfreiheiten, welche den Wortlaut von Vorschriften des AEUV wiedergeben, unter-

24

54 Vgl. dazu Carl Baudenbacher, Zur Auslegung des EWR-Rechts durch den EFTA-Gerichtshof, in: Gerda Müller/Eilert Osterloh/Torsten Stein (Hrsg.), Festschrift für Günter Hirsch, München 2008, 27 ff.; vgl. zum Prinzip der Effektivität im Besonderen Rs. E-4/01 Arnulf Clauder, Urteil vom 26. Juli 2011, noch nicht in Report, Rz. 34, 46 und 48; Rs E-1/11 Dr. A., Urteil vom 15. Dezember 2011, noch nicht in Report, Rz. 74.

55 Nachweise bei Carl Baudenbacher, Governments before the EFTA Court, in: Festschrift til Claus Gulmann, Kopenhagen 2006, 23 ff., 30 f.; vgl. auch Rs. E-2/06 ESA v Norway (Norwegian Waterfalls), 2007 EFTA Court Report, 163, Rz. 58 ff.; im gleichen Sinne und ebenfalls erfolglos schon der Rat in Rs. T-115/94 Opel Austria GmbH v Rat der Europäischen Union, Slg. 1997, II-39, Rz. 62, 105.

56 Nachweise bei Carl Baudenbacher, Governments before the EFTA Court, a. a. O., 31 f.; die Behauptung, eine Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit setze eine spürbare Auswirkung nationaler Massnahmen auf den grenzüberschreitenden Kapitalverkehr voraus, wurde von der isländischen Regierung in Rs. E-1/00 State Debt Management Agency v Íslandsbanki-FBA, 2000-2001 EFTA Court Report, 8, Rz. 27/28 und Report for the Hearing, a. a. O., Rz. 45, geltend gemacht.

liegt *vermutungsweise* dem Homogenitätsgrundsatz.<sup>57</sup> Probleme haben sich allerdings bei der *Kapitalverkehrsfreiheit* ergeben, weil das EU-Recht in diesem Punkt nach der Unterzeichnung des EWRA geändert worden ist.<sup>58</sup>

## 2. Verhältnis Grundfreiheiten – allgemeines Diskriminierungsverbot

25

Art. 4 EWRA enthält, wie Art. 18 AEUV, ein generelles *Verbot der Diskriminierung* aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Die Vorschrift hat Direktwirkung. Diskriminierungen nach Art. 4 EWRA können, wie solche nach Art. 18 AEUV, gerechtfertigt werden.<sup>59</sup> Allerdings findet Art. 4 EWRA nur dann Anwendung, wenn kein spezifisches Diskriminierungsverbot einschlägig ist. Spezifische Diskriminierungsverbote sind v. a. verankert in den Grundfreiheiten und im Verbot diskriminierender Besteuerung.<sup>60</sup>

26

In seinem Urteil in der Rs. E-5/10 *Dr. Kottke*, in der es um die Zulässigkeit der Regelung der neuen liechtensteinischen Zivilprozessordnung zur *Prozesskostensicherheit* eines im Ausland wohnhaften Klägers ging, hat sich der EFTA-Gerichtshof ausschliesslich auf Art. 4 EWRA gestützt.<sup>61</sup> Nach § 57 ZPO hat ein Kläger ohne Wohnsitz in Liechtenstein auf Antrag des Beklagten solche Sicherheit zu leisten, wenn nicht durch Staatsverträge etwas anderes festgelegt ist. Der Gerichtshof entschied, eine Vorschrift wie die vorliegende enthalte eine mittelbare Dis-

57 Rs. E-2/06 *ESA v Norway* (Norwegian Waterfalls), 2007 EFTA Court Report, 163, Rz. 59.

58 Vgl. Abschnitt XI.1.

59 Vgl. zum EU-Recht Torsten Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, Tübingen 2004, 104 m.w.N.

60 Vgl. Rs. E-5/98 *Fagtnú ehf v Byggingarnefnd Borgarholtsskóla, íslenska ríkinu, Reykjavíkur og Mosfellsbær*, 1999 EFTA Court Report, Rz. 51 (Warenverkehrsfreiheit); Rs. E-1/00 *State Debt Management Agency v Íslandsbanki-FBA*, 2000-2001 EFTA Court Report, 8, Rz. 35 und 36 (Kapitalverkehrsfreiheit); Rs. E-10/04 *Paolo Piazza v Paul Schurte AG*, 2005 EFTA Court Report, 76, Rz. 31 (Kapitalverkehrsfreiheit); Rs. E-7/07 *Seabrokers AS v The Norwegian State v/l Skattedirektoratet*, 2008 EFTA Court Report, 172, Rz. 27 (Niederlassungsfreiheit); Rs. E-1/01 *Hörður Einarsson v The Icelandic State*, 2002 EFTA Court Report, 1, Rz. 38 (diskriminierende Besteuerung); allgemein Rs. E-5/10 *Dr. Kottke v Präsidial Anstalt und Sweetyte Stiftung*, 2009-2010 EFTA Court Report, 329, Rz. 18–20.

61 *Ibid.* Rz. 20.

kriminierung, da sie es Angehörigen anderer EWR-Staaten im Verhältnis zu den Angehörigen des fraglichen Staates erschwere, eine Zivilklage vor den Gerichten dieses Staates zu erheben. Allerdings stellte er auch fest, dass eine nationale Vorschrift wie § 57 ZPO grundsätzlich geeignet ist, ein legitimes öffentliches Interesse zu verfolgen. Dem Argument der ESA, es könne allein im Hinblick auf die Beitreibung von Gerichtskosten gerechtfertigt sein, ausschliesslich gebietsfremde Kläger zum Erlag einer Prozesskostensicherheit zu verpflichten, nicht aber im Hinblick auf die Beitreibung der Verfahrenskosten der Parteien, folgte der Gerichtshof nicht. Er entschied aber, dass eine nationale Vorschrift wie die in Rede stehende aus Gründen des *öffentlichen Interesses* gerechtfertigt sein kann. Dazu muss die Diskriminierung erforderlich und verhältnismässig sein. Unter dem zuletzt genannten Gesichtspunkt darf die Sicherheitsleistung z. B. nicht ausser Verhältnis zu den zu erwartenden Kosten des Beklagten stehen, nicht unangemessen hoch und nicht binnen einer sehr kurzen Frist geschuldet sein.<sup>62</sup>

### 3. Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf die Steuersysteme der EWR/EFTA-Staaten

Umstritten war anfänglich die Frage, ob die Grundfreiheiten auf die Steuersysteme der EWR/EFTA-Staaten Anwendung finden. Die finnische Regierung stellte sich in der Rs. 1/94 *Restamark* auf den Standpunkt, dass ein staatliches Importmonopol für alkoholische Getränke im EWR-Recht hingenommen werden sollte. «[S]ince the harmonization of taxation is not included in the EEA Agreement, it is for each Contracting Party to choose its own method of fiscal control over alcoholic products in sale in its territory. As a consequence, some obstacles to trade resulting in particular from different methods of ensuring the collection of taxes are inevitable and cannot be regarded as incompatible with the Agreement.»<sup>63</sup> Das gleiche Argument wurde von anderen Regierungen im Zusammenhang mit anderen Steuern vorgetragen. Der

27

62 Kritisch dazu Christian Kohler, Liechtenstein, *cautio iudicatum solvi* und Lugano-Übereinkommen: No End of a Lesson?, in: *European Law Reporter* 2011, 46 ff.

63 Vgl. Rs. E-1/94 *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, Report for the Hearing, 1994-1995 EFTA Court Report, 35, Rz. 59.

EFTA-Gerichtshof hat dazu in ständiger Rechtsprechung Folgendes festgestellt: Im Allgemeinen unterstehen die Steuersysteme der EWR/EFTA-Staaten dem EWR-Recht nicht. Die EFTA-Staaten haben aber ihre Gesetzgebung so auszugestaltet, dass sie mit den Vorschriften des EWR-Abkommens, insbesondere den *Grundfreiheiten* und dem *Beihilferecht* vereinbar ist.<sup>64</sup>

#### 4. Verhältnis der Grundfreiheiten zueinander

28

Was das Verhältnis der Grundfreiheiten zueinander im EU-Recht angeht, so gibt es in der Rechtsprechung des EuGH keine eindeutige Linie. Grundsätzlich können mehrere Grundfreiheiten nebeneinander greifen. Bei solcher *kumulativer Anwendung* wird der Schutz durch die am weitesten reichende Grundfreiheit bestimmt. Ein Sonderproblem könnte sich bei der Dienstleistungsfreiheit stellen. Nach Art. 57 Abs. 1 AEUV sind Dienstleistungen «Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen». Daraus könnte man ein Rangverhältnis ableiten. Der EuGH hat diese Auffassung aber in der Rs. C-452/04 *Fidium Finanz AG ./ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* verworfen.<sup>65</sup> Auch der EFTA-Gerichtshof geht für das EWR-Recht grundsätzlich von der kumulativen Anwendbarkeit mehrerer Grundfreiheiten aus. In den Rs. E-1/06 *ESA ./ Norwegen* («Gaming Machines») und E-3/06 *Ladbrokes* hat er die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit nebeneinander angewandt.<sup>66</sup> Die Rs. 2/06 *ESA ./ Norwegen* («Norwegian Waterfalls») und

64 Vgl. Rs. E-6/98 *The Government of Norway v ESA*, 1999 EFTA Court Report, 74, Rz. 34 (Beihilferecht); Rs. E-1/01 *Hörður Einarsson v The Icelandic State*, 2002 EFTA Court Report, 1, Rz. 17 (diskriminierende Besteuerung); Rs. E-1/03 *ESA v Iceland*, 2003 EFTA Court Report, 143, Rz. 26 (Dienstleistungsfreiheit); Rs. E-1/04 *Fokus Bank ASA*, 2004 EFTA Court Report, 11, Rz. 20 (Kapitalverkehrsfreiheit); vgl. auch zur Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit Rs. E-7/07 *Seabrokers AS v The Norwegian State v/l Skattedirektoratet*, 2008 EFTA Court Report, 172.

65 Rs. C-452/04 *Fidium Finanz AG v Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, Slg. 2006, I-9521, Rz. 32.

66 Vgl. Rs. E-1/06, *ESA v The Kingdom of Norway*, 2007 EFTA Court Report, 8; Rs. E-3/06, *Ladbrokes Ltd. v The Government of Norway, Ministry of Culture and*



E-7/07 *Seabrokers AS ./ Norwegian State* wurden sowohl nach der Kapitalverkehrsfreiheit als auch nach der Niederlassungsfreiheit beurteilt.<sup>67</sup> In der Rs. 1/09 *ESA ./ Liechtenstein* prüfte der EFTA-Gerichtshof die parallele Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit und der Arbeitnehmerfreizügigkeit.<sup>68</sup> Immerhin gibt es Fälle, in denen beide EWR-Gerichtshöfe zum Ergebnis gekommen sind, dass eine von zwei Freiheiten der anderen gegenüber völlig zweitrangig ist, weshalb sie zurückzutreten hat. Diese *Schwerpunkt Betrachtung* war in der EuGH-Rechtsprechung bereits seit 1994 angelegt.<sup>69</sup> Sie ist vom EFTA-Gerichtshof in der Rs. E-1/00 *Íslandsbanki* weiterentwickelt worden, ein Umstand, auf den der EuGH in *Fidium Finanz* ausdrücklich hingewiesen hat.<sup>70</sup>

## VII. Freiheit des Warenverkehrs

### 1. Erfasste Produkte und Ursprungsregeln

Entgegen einer weit verbreiteten Meinung hat das EWR-Abkommen keine Zollunion, sondern eine (gehobene) *Freihandelszone* geschaffen. Nach Art. 8 Abs. 2 EWRA finden die Art. 10 bis 14 nur auf Ursprungswaren der Vertragsparteien Anwendung. Und soweit nichts anderes bestimmt ist, gelten diese Vorschriften gemäss Art. 8 Abs. 3 EWRA lediglich für (a) Waren, die unter die Kapitel 25 bis 97 des Harmonisierten Systems der Weltzollorganisation zur Bezeichnung und Kodierung der Waren fallen, mit Ausnahme der in Protokoll 2 aufgeführten Erzeugnisse, und für (b) Waren, die in Protokoll 3 aufgeführt sind, vorbehaltlich der dort getroffenen Sonderregelungen. Das Gericht der EU stellte

29

---

Church Affairs, The Government of Norway, Ministry of Agriculture and Food, 2007 EFTA Court Report, 7 und 85.

67 Vgl. Rs. E-2/06 *ESA v Norway* (Norwegian Waterfalls), 2007 EFTA Court Report, 163; Rs. E-7/07 *Seabrokers AS v The Norwegian State v/l Skattedirektoratet*, 2008 EFTA Court Report, 171.

68 Rs. E-1/09 *ESA v Liechtenstein*, 2009-2010 EFTA Court Report 56, Rz. 34.

69 Vgl. zuletzt Rs. C-452/04 *Fidium Finanz AG v Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, Slg. 2006, I-9521, Rz. 32.

70 Vgl. den Hinweis auf Rs. E-1/00 *State Management Debt Agency v Íslandsbanki-FBA*, 2000-2001 EFTA Court Report, 8, Rz. 32 in Rs. C-452/04 *Fidium Finanz AG v Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, a. a. O., Rz. 34.

in der bereits zitierten Rs. T-115/94 *Opel Austria* ./ Rat fest, in Österreich hergestellte Getriebe seien unstreitig Ursprungswaren der Vertragsparteien, die unter die Kapitel 25 bis 97 des Harmonisierten Systems fielen.<sup>71</sup> Umgekehrt bedeutet die Regelung des Art. 8 Abs. 3 EWRA, dass der Grossteil der Agrarprodukte, v. a. die in den Kapiteln 1 bis 24 des Harmonisierten Systems genannten Erzeugnisse, vom Anwendungsbereich des EWRA ausgenommen ist.<sup>72</sup> Der Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken fällt aber in den sachlichen Geltungsbereich des EWRA. In der Rs. C-452/01 *Margarethe Ospelt* hat die österreichische Regierung in diesem Zusammenhang erfolglos geltend gemacht, «die Landwirtschaft» sei vom EWR nicht erfasst.<sup>73</sup>

30

Nach der Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs fallen *Spirituosen* unter Kapitel 22 des Harmonisierten Systems, sind aber in der Tabelle I zu Protokoll 3 EWRA genannt. Daher handelt es sich gemäss Art. 8 Abs. 3 Bst. b EWRA um Erzeugnisse, auf welche die Bestimmungen des EWRA einschliesslich der Art. 11 und 16 Anwendung finden.<sup>74</sup> *Wein* fällt demgegenüber unter die Überschrift Nr. 22.04 des Harmonisierten Systems und wird in keiner Liste zu Protokoll 3 EWRA aufgeführt. Er ist deshalb vom allgemeinen Anwendungsbereich des EWRA *ausgeschlossen* und fällt insbesondere nicht unter Art. 11 EWRA.<sup>75</sup> Nach Art. 8 Abs. 2 EWRA findet Art. 16 EWRA jedoch auf Wein Anwendung. Die Vorschrift ist nämlich in ihrer Anwendbarkeit nicht auf Produkte beschränkt ist, welche ihren Ursprung in den EWR-Staaten haben.<sup>76</sup> Des Weiteren hat der EFTA-Gerichtshof Art. 11 von Protokoll 3 zum EWRA trotz bestimmter Unklarheiten dahin ausgelegt, dass Art. 11 EWRA auf *Bier* Anwendung findet. Jede andere Auslegung hätte

71 Rs. T-115/94 *Opel Austria GmbH gegen Rat der Europäischen Union*, Slg. 1997, II-39, Rz. 99.

72 Rs. E-4/04 *Pedichel A/S v Directorate for Health and Social Affairs*, 2005 EFTA Court Report, 1, Rz. 23–29.

73 Rs. C-452/01 *Margarethe Ospelt und Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, Slg. 2003, I-9743, Report for the Hearing, I-8.

74 Rs. E-1/94 *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, 1994-1995 EFTA Court Report, 15.

75 Rs. E-4/04 *Pedichel A/S v Directorate for Health and Social Affairs*, 2005 EFTA Court Report, 1, Rz. 33–40.

76 Rs. E-1/94 *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, 1994-1995 EFTA Court Report, 15; Rs. E-1/97 *Fridtjof Frank Gundersen v Oslo Kommune*, 1997 EFTA Court Report, 108.

dazu geführt, dass zahlreiche Produkte, die in der Liste I zu Protokoll 3 EWRA aufgeführt sind, nicht oder erst später vom EWRA erfasst würden. Vielmehr wären nach Art. 11 von Protokoll 3 EWRA gewisse Vorschriften der bilateralen Freihandelsabkommen EU-EFTA-Staaten anzuwenden gewesen. Eine solche Sachlage wäre insbesondere mit Art. 120 EWRA nicht vereinbar gewesen.<sup>77</sup> In der Rs. E-6/07 *HOB vfn ehf. v Faxaflóahafnir sf.* stellte der EFTA-Gerichtshof fest, dass die Artikel 10, 11 und 14 EWRA gemäss den Listen I und II zu Protokoll 3 EWRA in Verbindung mit Art. 8 Abs. 3 Bst. b EWRA und Art. 1 von Protokoll 3 EWRA auf *Bier* und *Spirituosen* anwendbar sind. Da aber Artikel 8 Abs. 3 Bst. a EWRA nicht auf Kapitel 22 des Harmonisierten Systems verweist, finden die Artikel 10, 11 und 14 EWRA keine Anwendung auf *Wein*.<sup>78</sup> In der Rs. E-9/00 *ESA ./ Norwegen* entschied der EFTA-Gerichtshof schliesslich, dass Getränke, die unter der Bezeichnung «*Alcopops*» verkauft werden, unter Artikel 11 und 16 EWRA fallen, wenn sie auf Bier- oder Spirituosenbasis hergestellt wurden. Sie fallen nur unter Art. 16 EWRA, wenn sie auf Weinbasis hergestellt wurden.<sup>79</sup>

*Fisch und Krustentiere* fallen unter Kapitel 3 des Harmonisierten Systems. Sie sind damit vom Anwendungsbereich des EWRA grundsätzlich ausgenommen. Art. 20 EWRA besagt aber, dass die Bestimmungen und Regelungen über Fisch und andere Meereserzeugnisse in Protokoll 9 niedergelegt sind. Tatsächlich enthält Protokoll 9 Bestimmungen über den *Handel* mit Fisch.<sup>80</sup>

31

## 2. Zölle, Abgaben und Steuern

### 2.1 Allgemeines

Art. 10 EWRA verbietet *Ein- und Ausfuhrzölle* und *Abgaben gleicher Wirkung* zwischen den Vertragsparteien. Das Verbot gilt unbeschadet der Regelungen des Protokolls 5 zu dem Abkommen auch für Fiskal-

32

77 Rs. E-6/96 *Tore Wilhelmsen AS v Oslo commune*, 1997 EFTA Court Report, 53.

78 Rs. E-6/07 *HOB vfn ehf. v Faxaflóahafnir sf.*, 2008 EFTA Court Report, 128, Rz. 24.

79 Rs. E-9/00 *ESA v Norway*, 2002 EFTA Court Report, 72.

80 Vgl. Rs. E-2/03 *Ákærvaldið (The Public Prosecutor) v Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson and Helgi Már Reynisson*, 2003 EFTA Court Report, 185; C-286/02 *Bellio F.lli Srl v Prefettura di Treviso*, Slg. 2004, I-3465, Rz. 33.

zölle. Der EuGH legt die Parallelvorschrift des Art. 28 AEUV streng aus. Entscheidend ist nicht der Zweck einer Abgabe, sondern ihre Wirkung. Der Begriff der Abgaben gleicher Wirkung wird weit verstanden.<sup>81</sup> Art. 14 EWRA übernimmt das in Art. 110 AEUV verankerte *Verbot diskriminierender Besteuerung*. In der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 110 AEUV haben v. a. die Fragen im Vordergrund gestanden, ob Waren als gleichartig anzusehen sind und ob eine unterschiedliche Besteuerung geeignet ist, inländische Produktionen mittelbar zu schützen.<sup>82</sup>

## 2.2 EWR-Fallrecht

33

Der EFTA-Gerichtshof hatte bislang keine Gelegenheit, sich zu Art. 10 EWRA zu äussern. Hingegen hat das Gericht der EU in Rs. T-115/94 *Opel Austria ./. Rat der EU* entschieden, eine – auch noch so geringe – den in- oder ausländischen Waren *wegen ihres Grenzübertritts* einseitig auferlegte finanzielle Belastung stelle, wenn sie kein Zoll im eigentlichen Sinne ist, unabhängig von ihrer Bezeichnung und der Art ihrer Erhebung eine Abgabe gleicher Wirkung im Sinne von Art. 10 EWRA dar. Insoweit berief sich das Gericht auf das Urteil des EuGH in Rs. 3/69 *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders*.<sup>83</sup> Gestützt darauf entschied es, dass die Wiedereinführung eines Zollsatzes von 4,9 % auf von General Motors Austria hergestellte Kraftfahrzeug-Schaltgetriebe mit Ursprung in Österreich im Sinne von Protokoll Nr. 3 zum Abkommen eine Abgabe gleicher Wirkung im Sinne des Artikels 10 EWRA sei. Es brauche nicht geklärt zu werden, ob sie als Einfuhrzoll im eigentlichen Sinn anzusehen sei.<sup>84</sup>

34

In zwei Fällen hat sich der EFTA-Gerichtshof mit Art. 14 EWRA befasst. In Rs. E-1/01 *Einarsson* entschied er, dass eine Vorschrift des isländischen Rechts, nach der Bücher in isländischer Sprache einem sehr viel *tieferen Mehrwertsteuersatz* unterlagen als Bücher in anderen Sprachen, den Tatbestand der verbotenen diskriminierenden Besteuerung im Sinne von Art. 14 Abs. 2 EWRA erfüllte. Die Einladung der isländischen

81 Vgl. Ulrich Haltern, *Europarecht. Dogmatik im Kontext*, 2. Aufl., Tübingen 2007, Rz. 1436 ff. mit umfassendem Rechtsprechungsnachweis.

82 Vgl. die Nachweise bei Cordula Stumpf, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 90 EGV, Rz. 9 ff., 21 ff.

83 Rs. 3/69, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders*, Slg. 1969, 211, Rz. 18.

84 Rs. T-115/94 *Opel Austria GmbH gegen Rat der Europäischen Union*, Slg. 1997, II-39, Rz. 99, 121 und 122.

und der norwegischen Regierung, die durch den Vertrag von Amsterdam in den EG-Vertrag eingefügten Bestimmungen betreffend den Schutz der Kultur (jetzt Art. 167 Abs. 4 AEUV) im Sinne einer Rechtfertigung analog anzuwenden, wies der EFTA-Gerichtshof zurück.<sup>85</sup> In Rs. E-6/07 *HOB vín II* wurde eine Gebühr, die nicht aus Anlass der Grenzüberquerung von Gütern einseitig auferlegt, sondern aufgrund der *Inanspruchnahme von Hafendienstleistungen* erhoben wurde, als Steuer qualifiziert. Da die Steuer auf die umgeschlagenen Güter *unabhängig von ihrer Herkunft* erhoben wurde, diskriminierte sie importierte alkoholische Getränke nicht gegenüber lokal hergestellten alkoholischen Getränken.

### 3. Staatliche Handelsmonopole

#### 3.1 Allgemeines

Art. 16 EWRA ist die Parallelvorschrift zu Art. 37 AEUV. Sein Abs. 1 verpflichtet die Vertragsparteien, ihre staatlichen Handelsmonopole so umzuformen, dass jede Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der EG-Mitgliedstaaten und der EFTA-Staaten ausgeschlossen ist. Als Handelsmonopol definiert Art. 16 Abs. 2 EWRA alle Einrichtungen, durch welche die zuständigen *Behörden der Vertragsparteien* unmittelbar oder mittelbar die Einfuhr oder die Ausfuhr zwischen den Vertragsparteien rechtlich oder tatsächlich kontrollieren, lenken oder merklich beeinflussen. Die Verpflichtung aus Art. 16 Abs. 1 EWRA ist am Tag des *Inkrafttretens des EWRA*, d. h. am 1. Januar 1994, wirksam geworden. Die Aufrechterhaltung des finnischen und des isländischen Staatsmonopols für den Import alkoholischer Getränke über diesen Tag hinaus wurde deshalb vom EFTA-Gerichtshof als Verletzung von Art. 16 EWRA qualifiziert.<sup>86</sup>

Was das Verhältnis von Art. 37 AEUV zu Art. 34 AEUV angeht, so hat der EuGH schon früh und seither in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass nationale Bestimmungen über das *Bestehen* und die *Funktionsweise* des Monopols an Artikel 37 zu messen sind. Die Auswirkun-

35

36

85 Rs. E-1/01 *Hörður Einarsson v The Icelandic State*, 2002 EFTA Court Report, 1.

86 Rs. E-1/94 *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, 1994-1995 EFTA Court Report, 15; Rs. E-4/01 *Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State*, 2002 EFTA Court Report, 240, Rz. 19, 23.

gen der anderen Bestimmungen der nationalen Regelung, die sich von der Funktionsweise des Monopols trennen lassen, auf den innergemeinschaftlichen Handel sind dagegen nach Artikel 30 zu beurteilen.<sup>87</sup>

37

In seinem Grundsatzurteil in der Rs. 59/75 *Pubblico Ministero ./ Manghera* hat der *EuGH* im Hinblick auf das italienische Staatsmonopol für den Import von Tabakwaren festgestellt, «dass die in Absatz 1 aufgestellte Verpflichtung die Beachtung der Grundregel des freien Warenverkehrs im gesamten Gemeinsamen Markt sicherstellen soll, und zwar insbesondere durch die Beseitigung der Zölle und Abgaben gleicher Wirkung im Handel zwischen den Mitgliedstaaten. Dieses Ziel würde nicht erreicht werden, wenn in einem Mitgliedstaat mit einem Handelsmonopol der freie Verkehr mit aus den anderen Mitgliedstaaten kommenden Waren gleicher Art wie die dem Monopol unterliegenden nicht gesichert wäre.»<sup>88</sup> Gestützt darauf befand der *EuGH*, nach Art. 37 Abs. 1 AEUV sei jedes staatliche Handelsmonopol in der Weise umzuformen, dass das ausschliessliche Recht zur *Einfuhr* aus den anderen Mitgliedstaaten entfällt.<sup>89</sup> Schliesslich bemerkte der *EuGH*, dass Art. 37 Abs. 1 AEUV *unmittelbar anwendbar* ist und subjektive Rechte der Einzelnen begründet, welche die nationalen Gerichte zu wahren haben.<sup>90</sup>

### 3.2 EWR-Fallrecht

38

Der EFTA-Gerichtshof wurde als erster Gerichtshof im EWR mit den Fragen der Vereinbarkeit staatlicher Import- und Einzelhandelsmonopole für alkoholische Getränke mit Art. 16 EWRA befasst. In der Rs. E-1/94 *Restamark* stellte er im Blick auf das finnische staatliche *Importmonopol* für alkoholische Getränke fest, ein Staatsunternehmen, das über das exklusive Recht verfügt, bestimmte Güter in einen Staat einzuführen, und in dessen Ermessen es demzufolge fällt, über die Belieferung des inländischen Marktes mit diesen Gütern zu entscheiden, könne auch deren Preis festlegen. Das laufe auf eine *Diskriminierung* sowohl der Export-

87 Rs. 91/75, *Miritz*, Slg. 1976, 217, Rz. 5 und 7; Rs. 120/78, *REWE Zentral AG* («*Cassis de Dijon*»), Slg. 1979, 649, Rz. 7; Rs. 91/78, *Hansen*, Slg. 1979, 935, Rz. 9 und 10; Rs. C-189/95 Strafverfahren gegen *Harry Franzén*, Slg. 1997, I-5909, Rz. 35 f.

88 Rs. 59/75 *Pubblico Ministero v Flavia Manghera and Others* Slg. 1976, 91, Rz. 9 und 12.

89 *Ibid.* Antwort 1.

90 *Ibid.* Rz. 15 und 12 und Antwort 2.

teure aus anderen EWR-Staaten als auch der Konsumenten im betreffenden Staat hinaus und verstosse deshalb gegen Art. 16 EWRA. Insoweit bezog sich der Gerichtshof auf EuGH Rs. 59/75 *Manghera* zum italienischen staatlichen Tabakimportmonopol.<sup>91</sup> In Rs. E-4/01 *Karlsson* befand der EFTA-Gerichtshof auch im Falle Islands, dass ein staatliches Importmonopol für alkoholische Getränke mit Art. 16 EWRA unvereinbar ist. Er stellte überdies fest, dass ein EWR / EFTA-Staat, der an einem solchen Monopol festhält, einem potenziellen Importeur nach den Grundsätzen der *EWR-Staatshaftung* schadenersatzpflichtig werden kann.<sup>92</sup>

In der Rs. E-6/96 *Wilhelmsen*<sup>93</sup> urteilte der EFTA-Gerichtshof, dass die Vorschriften, welche dem norwegischen Staatsmonopol *Vinmonopolet* das ausschliessliche Recht zum *Einzelverkauf von Bier* mit mehr als 4,75 Volumenprozent Alkohol einräumen, ein integrierender Bestandteil der Bestimmungen sind, welche das System ausmachen. Angesichts der Tatsache, dass Vinmonopolets Bierauswahl aus zehn inländischen und sieben ausländischen Marken bestand, fügte er hinzu, dass ein staatliches Einzelhandelsmonopol in der Praxis in der Lage ist, Produkte aus anderen Ländern zu diskriminieren. Ob die Produktauswahl auf Faktoren wie höhere Transportkosten für ausländisches Bier und lokale Vorlieben fusste oder ob sie das Ergebnis einer diskriminierenden Handhabung des Einzelhandelsmonopols war, hatte das nationale Gericht zu klären. Dieses habe zu prüfen, ob die Auswahlmethode geeignet war, den *fehlenden Marktmechanismus* so weit wie möglich zu ersetzen.

In der Rs. E-1/97 *Gundersen*<sup>94</sup> war über die EWR-Konformität einer Bestimmung des norwegischen Rechts zu entscheiden, nach der Wein mit einem Alkoholgehalt von mehr als 2,5 Volumenprozent nur vom Staatsmonopol verkauft werden durfte. Bier mit einem Alkoholgehalt von weniger als 4,75 % durfte hingegen ausserhalb des Monopols gehandelt werden. Der EFTA-Gerichtshof urteilte, dass zwischen Wein und mittelstarkem Bier ein zumindest partielles *Wettbewerbsverhältnis* bestehe. Alkoholische Getränke mit dem gleichen Alkoholgehalt wür-

39

40

91 Rs. E-1/94 *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, 1994-1995 EFTA Court Report, 15, Rz. 66 ff.

92 Rs. E-4/01 *Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State*, 2002 EFTA Court Report, 240

93 Rs. E-6/96 *Tore Wilhelmsen AS v Oslo kommune*, 1997 EFTA Court Report, 53.

94 Rs. E-1/97 *Fridtjof Frank Gundersen v Oslo Kommune*, 1997 EFTA Court Report, 108.

den rechtlich verschieden behandelt, was eine Verletzung von Art. 16 EWRA begründe.

41

In der Rechtssache E-9/00 *ESA./. Norwegen*<sup>95</sup> entschied der EFTA-Gerichtshof, Norwegen habe dadurch gegen Art. 16 EWRA verstossen, dass es *zwei Formen des Einzelhandelsverkaufs* beibehielt, wobei Bier mit einem Alkoholgehalt von zwischen 2,5 und 4,75 Volumenprozent, das hauptsächlich im Inland hergestellt wurde, ausserhalb des staatlichen Monopols verkauft werden durfte, während andere Fertiggetränke mit dem gleichen Alkoholgehalt, die meist aus anderen EWR-Staaten importiert wurden, nur durch das Monopol verkauft werden durften.

#### 4. Mengenmässige Einfuhrbeschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung

##### 4.1 Allgemeines

42

Nach den Art. 11 und 12 EWRA sind mengenmässige Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Massnahmen gleicher Wirkung zwischen den Vertragsparteien unter Vorbehalt der in Art. 13 EWRA genannten Rechtfertigungsgründe verboten. Gemäss Art. 13 EWRA stehen die Art. 11 und 12 EWRA Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverbote oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Vertragsparteien darstellen. Die Art. 11, 12, und 13 EWRA *entsprechen* den Art. 34, 35 und 36 AEUV. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH haben die zuletzt genannten Vorschriften *Direktwirkung* und *Vorrang*.<sup>96</sup>

95 Rs. E-9/00 *ESA v Norway*, 2002 EFTA Court Report, 72.

96 Rs. 251/78 *Denkavit*, Slg. 1979, 3369, Rz. 3; Rs. 83/78 *Pigs Marketing Board*, Slg. 1978, 2347, Rz. 66 f.



Im Jahre 1974, d. h. in der Frühzeit der Integration, hat der EuGH dem Begriff «Massnahmen gleicher Wirkung» wie mengenmässige Beschränkungen in der Rs. 8/74 *Staatsanwaltschaft ./ Benoit und Gustave Dassonville* eine denkbar weite Auslegung gegeben.<sup>97</sup> Danach ist «[j]ede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, [...] als Massnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Beschränkung anzusehen».<sup>98</sup> Der EuGH gab allerdings einen Hinweis, dass sinnvolle Beschränkungen möglicherweise aus dem Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV herausfallen.<sup>99</sup> In der Rs. 120/78 *Rewe-Zentral AG ./ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* entschied der EuGH, dass eine inländische und ausländische Waren *unterschiedslos* betreffende deutsche Regelung, welche die Verkehrsfähigkeit alkoholischer Getränke von einem Mindestalkoholgehalt abhängig machte, unter das Verbot des Art. 34 AEUV fällt, wenn das fragliche Erzeugnis aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführt wird, in dem es rechtmässig hergestellt und in Verkehr gebracht wurde.<sup>100</sup> Er stellte aber auch fest, dass Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, hinzunehmen sind, «soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes».<sup>101</sup> Die, wie sich später zeigen sollte, im Gegensatz zu der Aufzählung in Art. 36 AEUV *nicht abschliessende Liste zwingender Erfordernisse* wurde dogmatisch an Art. 34 AEUV festgemacht. Allerdings können die zwingenden Gründe des Gemeinwohls nur angerufen werden zur Verteidigung unterschiedslos anwendbarer Massnahmen. Der EuGH betonte aber auch, dass Hemmnisse, die sich aus nationalen Bestimmungen ergeben, nur dann hinzunehmen sind, wenn sie notwendig sind, um zum Schutz zwingender Erfordernisse gerecht zu werden.<sup>102</sup>

97 Rs. 8/74 *Staatsanwaltschaft / Benoit und Gustave Dassonville*, Slg. 1974, 837.

98 *Ibid.* Rz. 5.

99 *Ibid.* Rz. 6.

100 Rs. 120/78, *REWE Zentral AG («Cassis de Dijon»)*, Slg. 1979, 649, Rz. 14 und 15.

101 *Ibid.* Rz. 8.

102 *Ibid.* Rz. 8.

44

Die in Art. 36 AEUV niedergelegten *Rechtfertigungsgründe* erlauben den Mitgliedstaaten die Beibehaltung von Handelsregelungen, welche den zwischenstaatlichen Handel beschränken. Die Vorschrift wird vom EuGH in ständiger Rechtsprechung als Ausnahmeregel eng ausgelegt. Die Aufzählung hat abschliessenden Charakter.<sup>103</sup> Allerdings dürfen Beschränkungen gemäss Art. 36 Satz 2 AEUV weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen. Es ist also auch hier eine Verhältnismässigkeitsprüfung anzustellen. Nationale Massnahmen, welche zwischen eingeführten und einheimischen Waren *unterscheiden*, können nach traditioneller Auffassung nur nach Art. 36 AEUV, nicht aber gestützt auf zwingende Erfordernisse gerechtfertigt werden.<sup>104</sup>

45

In den verbundenen Rechtssachen C-267/91 und C-268/91 *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard* schränkte der EuGH die Dassonville-Formel ein. Danach sind nationale Bestimmungen, welche bestimmte *Verkaufsmodalitäten* beschränken oder verbieten und die für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren, nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne der Dassonville-Rechtsprechung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern.<sup>105</sup> Der Fall *Keck* betraf ein nationales Verbot des Verkaufs zu einem Verlustpreis. Die Dassonville-Formel findet also nur noch auf *warenbezogene Vorschriften* Anwendung.

#### 4.2 EWR-Fallrecht

46

Der EFTA-Gerichtshof hatte sich mit Massnahmen gleicher Wirkung von EWR/EFTA-Staaten zu befassen, welche den Schutz der *Gesundheit und des Lebens von Menschen und Tieren*, den Schutz von *Immaterialgüterrechten* und *kulturpolitische Anliegen* betrafen. In der Sache

103 Vgl. Rs. 46/76 Bauhuis, Slg. 1977, 5, Rz. 12 und 15.

104 Vgl. Christiaan Timmermans, Creative Homogeneity, in: Martin Johansson et al. (eds.), *A European for all seasons: Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg*, Brussels 2006, 471, 472.

105 Verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097.

stellt er v. a. darauf ab, ob eine nationale Regelung geeignet ist, den *Marktzugang* für Produkte aus anderen EWR-Staaten stärker zu beschränken als für inländische Produkte.<sup>106</sup> Gegenüber der *Keck*-Rechtsprechung hat der Gerichtshof aber eine gewisse Zurückhaltung an den Tag gelegt.<sup>107</sup>

Auch sonst hat der EFTA-Gerichtshof eigene Akzente gesetzt. In seinem Grundsatzurteil in der Rs. E-3/00 *ESA ./ Norwegen* («*Kellogg's*») hat er nicht nur neue Rechtsfragen beurteilt, sondern den Unionsgerichten entscheidende Hinweise für die Entwicklung ihrer Rechtsprechung in vielen Gebieten gegeben. Auch in den Rs. E-1/98 *Astra Norge*, in der es um den Eingriff in den Bestand eines nationalen Urheberrechts ging, und E-5/96 *Nille*, wo u. a. die Frage, ob eine diskriminierende Anwendung einer Verkaufsmodalität aus kulturpolitischen Gründen gerechtfertigt werden konnte, hatte der Gerichtshof Neuland zu betreten. Der EuGH hat in der Rs. C-286/02 *Bellio F.lli* ein wichtiges Urteil zur Rechtfertigung einer Einschränkung der EWR-Warenverkehrsfreiheit zum Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier erlassen.<sup>108</sup>

47

#### 4.2.1 Staatliche Alkoholmonopole

In Rs. E-1/94 *Restamark* entschied der EFTA-Gerichtshof, dass eine nationale Regelung, welche einem Staatsunternehmen das ausschliessliche Recht, alkoholische Getränke zu verkaufen, einräumt oder eine *Importlizenz* vorschreibt, auch wenn die letztere automatisch gewährt wird, nicht mit Art. 11 EWRA vereinbar ist. Eine Rechtfertigung fiel ausser Betracht.<sup>109</sup> In Rs. E-6/96 *Wilhelmsen*<sup>110</sup> befand er, eine norwegische

48

106 Vgl. verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, a. a. O., Rz. 17.

107 Vgl. Rs. E-6/96 *Wilhelmsen*, 1997 EFTA Court Report, 63, Rz. 50; Rs. E-5/96 *Ullensaker kommune und Others v Nille AS*, 1997 EFTA Court Report, 30, Rz. 28. In der Rs. E-4/04 *Pedicel*, Slg. 2005, 1 wurde *Keck* nicht erwähnt; anders hingegen in Rs. E 16/10 *Philip Morris Norway AS and The Norwegian State, represented by the Ministry of Health and Care Services*, Urteil vom 15. September 2011, noch nicht in Report, Rz. 44 ff.

108 Vgl. Rs. E-3/00 *ESA v Norway («Kellogg's»)*, 2000-2001 EFTA Court Report, 73; Rs. E-1/98 *The Norwegian Government, represented by the Royal Ministry of Social Affairs and Health v Astra Norge AS*, EFTA Court Report 1998, 140; Rs. E-5/96 *Ullensaker kommune und Others v Nille AS*, 1997 EFTA Court Report, 30; Rs. C 286/02 *Bellio F.lli v Prefettura di Treviso*, Slg. 2004, I-3465.

109 Rs. E-1/94 *Restamark*, 1994-1995 EFTA Court Report, 15, Rz. 56 ff.

110 Rs. E-6/96 *Tore Wilhelmsen AS v Oslo kommune*, 1997 EFTA Court Report, 53.

Vorschrift, die den *Einzelhandel mit Bier* mit mehr als 4,75 Volumenprozent Alkohol dem staatlichen Alkoholhandelsmonopol *Vinmonopole* vorbehalten, könne zu einer Diskriminierung zwischen ausländischen und einheimischen Bieren führen. Als entscheidend wurde die Frage angesehen, ob die nationale Gesetzgebung den *Marktzugang* für Produkte aus anderen EWR-Staaten stärker beschränke als für inländische Produkte.<sup>111</sup> In der Rs. E-9/00 *ESA./ Norwegen*<sup>112</sup> urteilte der Gerichtshof, Norwegen habe Art. 11 EWRA dadurch verletzt, dass es restriktivere Massnahmen hinsichtlich der Bewilligung des Ausschanks von Fertiggetränken mit einem Alkoholgehalt von zwischen 2,5 und 4,75 Volumenprozent, die meist aus anderen EWR-Staaten importiert wurden, anwandte als für Bier mit dem gleichen Alkoholgehalt, das hauptsächlich im Inland hergestellt wurde.

49

In der Rs. E-4/04 *Pedical*, die das *Werbeverbot* für alkoholische Getränke in Norwegen betraf,<sup>113</sup> stellte der EFTA-Gerichtshof fest, Art. 11 EWRA garantiere Waren aus anderen EWR-Staaten den *Marktzutritt*. Es reiche aus, dass die fragliche Massnahme sich möglicherweise auf den Handel auswirke. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass das Werbeverbot eine grössere Auswirkung auf Produkte aus anderen EWR-Staaten haben könnte. Was eine mögliche *Rechtfertigung* anlangt, so befand der Gerichtshof, es sei Sache der Abkommensparteien, über das Mass an Schutz zu entscheiden, den sie der öffentlichen Gesundheit gewähren wollen, und mit welchen Mitteln der Schutz erreicht werden soll. Allerdings müssen sie sich dabei an die Schranken halten, welche das EWR-Abkommen setzt, und sie müssen insbesondere den Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* beachten.

#### 4.2.2 Staatliches Lizenzsystem für den Verkauf und die Vermietung von Videos

50

In der Rs. E-5/96 *Nille* stuft der EFTA-Gerichtshof ein norwegisches Gesetz, nach dem Lizenzen für den Verkauf und die Vermietung von Videos nur an spezialisierte Händler mit Fachwissen vergeben werden durften, als *Verkaufsmodalität* ein, die aus dem Anwendungsbereich des Art. 11

111 Verb. Rs. C-267/91 and Rs. C-268/91, Keck und Mithouard, a. a. O.

112 Rs. E-9/00 *ESA v Norway*, 2002 EFTA Court Report, 72.

113 Rs. E-4/04 *Pedical A/S v Directorate for Health and Social Affairs*, 2005 EFTA Court Report, 1.

EWRA herausfiel.<sup>114</sup> Eine möglicherweise diskriminierende Anwendung der Verkaufsmodalität könne nur nach den *geschriebenen Ausnahmvorschriften* des Art. 13 EWRA, nicht aber aufgrund von zwingenden Erfordernissen gerechtfertigt werden. Eine Rechtfertigung aus *kulturpolitischen Gründen* sei nicht möglich.<sup>115</sup> Damit blieb der EFTA-Gerichtshof in diesem Punkt auf der gleichen dogmatischen Linie wie in *Restamark*.

#### 4.2.3 Vermarktung fortifizierter Lebensmittel

Ein bedeutendes Urteil zur Warenverkehrsfreiheit ist in Rs. E-3/00 *ESA ./. Norwegen* («*Kellogg's*») ergangen.<sup>116</sup> Norwegen hatte 1997 als einziger der damals 18 EWR-Staaten die Einfuhr und den Verkauf von *Kellogg's* Cornflakes, welche mit bestimmten *Vitaminen* und mit *Eisen* fortifiziert waren und in anderen EWR-Staaten legal hergestellt und verkauft wurden, aus Gründen des Schutzes der menschlichen Gesundheit verboten. ESA machte eine Verletzung von Art. 11 EWRA geltend.

Der EuGH hatte in der Rs. 174/82 *Officier van Justitie im Arrondissement de's-Hertogenbosch ./. Société Sandoz B.V.* entschieden, «dass das Gemeinschaftsrecht einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, nach der es verboten ist, in einem anderen Mitgliedstaat rechtmässig in den Verkehr gebrachte Lebensmittel, denen Vitamine zugesetzt worden sind, ohne vorherige Genehmigung in den Verkehr zu bringen, sofern das Inverkehrbringen gestattet wird, wenn der Zusatz von Vitaminen einem echten Bedürfnis, insbesondere im Hinblick auf Technologie oder Ernährung entspricht».<sup>117</sup> Der EFTA-Gerichtshof wies das Argument der norwegischen Regierung, zur Rechtfertigung des Verkaufsverbots reiche der Nachweis des *Fehlens eines Ernährungsbedürfnisses* für die Fortifizierung in der norwegischen Bevölkerung, zurück. Die Regierung hatte vorgetragen, sie Sorge durch die Abgabe fortifizierter Produkte an Schulkinder selbst dafür, dass die Bevölkerung genug Mineralien und Eisen bekommen. Der EFTA-Gerichtshof entschied jedoch weiter, dass

51

52

114 Rs. E-5/96 *Ullensaker kommune and Others v Nille AS*, 1997 EFTA Court Report, 30.

115 Ibid. Rz. 30–37. Anders EuGH in verb. Rs. C-34/95, Rs. C-35/95 und Rs. C-36/95 *Konsumentenombudsmannen v De Agostini (Svenska) Förlag AB und TV Shop i Sverige AB*, Slg. 1997, I-3843, Rz. 40.

116 Rs. E-3/00 *ESA v Norway* («*Kellogg's*»), 2000-2001 EFTA Court Report, 73.

117 Rs. 174/82 *Officier van Justitie im Arrondissement de's-Hertogenbosch v Société Sandoz B.V.*, Slg. 1983, 2445.

sich eine Regierung bei der Entscheidung über ein Vermarktungsverbot von fortifizierten Produkten angesichts des Fehlens einer Harmonisierung auf das *Vorsorgeprinzip* berufen kann. Danach genügt der Nachweis, dass mit Bezug auf das in Frage stehende Risiko in der Wissenschaft Unsicherheit besteht. In offensichtlicher Anlehnung an die Mitteilung der Kommission vom 2. Februar 2000 zur Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips (KOM[2000] 1 endg.), die wiederum von der Entscheidung des WTO Appellate Body im *Beef Hormones*-Fall beeinflusst war,<sup>118</sup> stellte der EFTA-Gerichtshof fest, dass sich solche Massnahmen auf wissenschaftliche Nachweise stützen müssen und dass sie verhältnismässig, nicht-diskriminierend, transparent und konsistent mit ähnlichen bereits getroffenen Massnahmen sein müssen. Eine korrekte Anwendung des Vorsorgeprinzips setze erstens die Identifikation potenziell negativer Folgen für die Gesundheit voraus und zweitens eine umfassende, sich auf neueste wissenschaftliche Erkenntnisse stützende Evaluation der Gesundheitsrisiken. Das Vorsorgeprinzip könne willkürliche Entscheidungen nie und die Verfolgung des Ziels eines Null-Risikos nur unter ganz ausserordentlichen Umständen rechtfertigen. Da die norwegische Fortifizierungspolitik inkonsistent war und nicht auf einer umfassenden Beurteilung der Gesundheitsrisiken fusste, erkannte der EFTA-Gerichtshof auf einen Verstoss gegen Art. 11 EWRA.

53

Das Kellogg's-Urteil hat die *Rechtsprechung des EuGH* und des *Gerichts* entscheidend beeinflusst. In seiner Grundsatzentscheidung in der Rs. C-192/01 *Kommission ./. Dänemark* übernahm der EuGH die Position des EFTA-Gerichtshofs zum Stellenwert des Fehlens eines Ernährungsbedürfnisses und schloss sich diesem auch bezüglich des Vorsorgeprinzips und dessen Anwendungsvoraussetzungen vollumfänglich an. Die Fakten waren ähnlich wie in Kellogg's.<sup>119</sup> Generalanwalt Mischo empfahl dem EuGH, bei der *Sandoz*-Rechtsprechung zu bleiben, aber die Kommission machte mit Erfolg geltend, dass das Urteil des EFTA-Gerichtshofes als Element der Rechtsentwicklung zu betrachten sei. Seit dem Urteil Sandoz in der Rechtssache 174/82 hätten sich die Methoden

118 Vgl. Alberto Alemanno, A Tale of Inter-judicial Dialogue and Jurisprudential Cross-fertilization: the Precautionary principle in EU, EEA and WTO Law, in: Baudenbacher (ed.), *Dialogue Between Courts*, a. a. O., 27 ff.

119 EuGH C-192/01 *Kommission v Dänemark*, Slg. 2003, I-9693; Vgl. Rs. E-3/00 *ESA v Norway* («*Kellogg's*»), 2000-2001 EFTA Court Report, 73.

für die Feststellung der Gesundheitsrisiken weiterentwickelt. Der Spruch des EFTA-Gerichtshofs reflektiere diese Entwicklung.<sup>120</sup> Damit hat der EuGH seine *Sandoz*-Rechtsprechung aufgrund der *Kellogg's*-Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs geändert.<sup>121</sup> Der EuGH und das Gericht stützten sich auch auf das *Kellogg's*-Urteil bei der Anwendung des Vorsorgeprinzips auf die Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen und auf die Fortifizierung von Tierfuttermittel mit Antibiotika sowie beim Kampf gegen BSE.<sup>122</sup>

In E-4/04 *Pedidel* wollte das nationale Gericht u. a. wissen, ob das Vorsorgeprinzip zur Rechtfertigung eines *Werbeverbots für alkoholische Getränke* angerufen werden kann. Der EFTA-Gerichtshof entschied, im Fall eines Alkoholwerbeverbots könne das Prinzip nicht angewandt werden, weil die Auswirkungen übermäßigen Alkoholkonsums auf die menschliche Gesundheit nicht ungewiss seien. Die Ungewissheit der Werbewirkung auf den Alkoholkonsum bestehe nicht in einem Gebiet, das die Anrufung des Vorsorgeprinzips erlauben würde.<sup>123</sup> Der EuGH hatte bislang keine Gelegenheit, zu diesen Fragen Stellung zu nehmen.

54

#### 4.2.4 Beschlagnahme verunreinigter Tierfuttermittel

In der Rs. C-286/02 *Bellio F.lli Srl ./. Prefettura di Treviso* hatte die italienische Firma Bellio eine Partie Fischmehl aus Norwegen eingeführt, die anschliessend von einem italienischen Hersteller von Schweinefutter

55

120 Schlussanträge von Generalanwalt Mischo, in Rs. C-192/01 *Kommission v Dänemark*, Slg. 2003, I-9693, Rz. 79.

121 Rs. C-192/01 *Commission v Denmark*: ECJ overrules its older case-law with reference to EFTA Court's judgment, <[www.pict-pcti.org/research/systemic\\_issues/news.html](http://www.pict-pcti.org/research/systemic_issues/news.html)>; Marco M. Slotboom, Do public health measures receive similar treatment in European Community and World Trade Organization law?, in: *Journal of World Trade* 37 (2003) n. 3, 553, 585; Marco Bronckers, Exceptions to Liberal Trade in Foodstuffs: The Precautionary Approach and Collective Preferences, in: *The EFTA Court Ten Years On*, a. a. O., 105.

122 EuGH Rs. C-236/01 *Monsanto Agricoltura Italia*, Slg. 2003, I-8105; Rs. C-286/02 *Bellio F.lli*, Slg. 2004, I-3465; Rs. T-13/99 *Pfizer Animal Health*, Slg. 2002, II-3305; Rs. T-70/99 *Alpharma*, Slg. 2002, II-3495; Generalanwalt Mischo in Rs. C-192/01 *Kommission v Dänemark*, a. a. O., Rz. 39 ff.; Generalanwalt Alber in Rs. C-236/01 *Monsanto Agricoltura Italia*, Slg. 2003, I-8105; Generalanwalt Poiares Maduro in Rs. C-41/02 *Kommission v Niederlande*, Slg. 2004, I-11375; Generalanwalt Mischo in Rs. C-95/01 *Greenham and Abel*, Slg. 2004, I-1333; EuGH C-486/02 *Bellio F.lli*, Slg. 2004, I-3465.

123 Rs. E-4/04 *Pedidel A/S v Directorate for Health and Social Affairs*, 2005 EFTA Court Report, 1, Rz. 60.

erworben wurde. Proben ergaben, dass das Mehl *Tierknochenmaterial ungeklärter Herkunft* enthielt, worauf das Fischmehl beschlagnahmt wurde. Das Tribunale Treviso ersuchte den EuGH um die Auslegung der Entscheidung des Rates 2000/766 über Schutzmassnahmen in Bezug auf die transmissiblen spongiformen Enzephalopathien und die Verfütterung von tierischem Protein und der Entscheidung der Kommission 2001/9 über Kontrollmassnahmen zur Umsetzung der Ratsentscheidung. Art. 2 Abs. 1 der Entscheidung des Rates 2000/766 bestimmte, dass die Mitgliedstaaten die Verfütterung von verarbeiteten tierischen Proteinen an Nutztiere, die zur Nahrungsmittelproduktion gehalten, gemästet oder gezüchtet werden, untersagen. Das Verbot galt aber gemäss Art. 2 Abs. 2 nicht für die Verwendung von *Fischmehl* zur Verfütterung an andere Tiere als Wiederkäuer. Gemäss Art. 1 Abs. 1 der Kommissionsentscheidung 2001/9 durften die Mitgliedstaaten die Verfütterung von Fischmehl an Nichtwiederkäuer nur unter bestimmten Bedingungen zulassen. Beide Entscheidungen waren Teil des EWR-Rechts.

56

Aufgrund von Protokoll 9 EWRA betreffend den Handel mit Fisch war Art. 13 EWRA einschlägig. Der *Vorrang* der von der Union abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge vor abgeleitetem Gemeinschaftsrecht gebiete, dieses nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit diesen Verträgen auszulegen.<sup>124</sup> In der Sache entschied der EuGH, die Art. 2 Abs. 2 erster Gedankenstrich der Entscheidung 2000/766 und Art. 1 Abs. 1 der Entscheidung 2001/9 seien so auszulegen, dass sie das auch nur zufällige Vorhandensein von anderen nicht erlaubten Stoffen in Fischmehl, das für die Herstellung von Futtermitteln für andere Tiere als Wiederkäuer verwendet wird, nicht zulassen.<sup>125</sup> Die *Ausnahmen vom freien Warenverkehr* seien gestützt auf Richtlinien erlassen worden, die in Anhang I des EWRA aufgenommen worden seien. Angesichts des Ziels des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung seien die Entscheidungen weit und die darin enthaltene Ausnahme für Fischmehl eng auszulegen. Die Vernichtung sei in Art. 3 Abs. 1 der Entscheidung des Rates 2000/766 vorgesehen. Zur Berechtigung dieser Bestimmungen im Hinblick auf Art. 13 EWRA stellte der EuGH fest, da beim gegenwärtigen Stand der wissenschaftlichen Forschung noch Unsicherheiten be-

124 Rs. C-286/02 Bellio F.lli Srl v Prefettura di Treviso, a. a. O., Rz. 33.

125 Ibid. Rz. 56.



ständen, sei es mangels Harmonisierung Sache der Vertragsparteien, unter Berücksichtigung des EWR-Rechts zu bestimmen, in welchem Umfang sie den Schutz der Gesundheit von Menschen gewährleisten wollen. Bei der Feststellung, welches Ausmass der Gefahr sie für angemessen hält, verfüge jede Vertragspartei über ein Ermessen. Unter solchen Umständen könne sich eine Partei auf das *Vorsorgeprinzip* berufen, wonach der Nachweis ausreiche, dass in Bezug auf die fragliche Gefahr eine massgebende wissenschaftliche Unsicherheit bestehe. Das Ermessen unterliege allerdings der Nachprüfung durch den Richter. Der EuGH bezog sich dabei und bezüglich der Anwendungsvoraussetzungen des *Vorsorgeprinzips* vollumfänglich auf das *Kellogg's*-Urteil des EFTA-Gerichtshofs.<sup>126</sup> Gestützt darauf kam er zum Ergebnis, die in Frage stehenden Massnahmen seien im Rahmen kohärenter Rechtsvorschriften ergangen, sie seien auf Empfehlung von Fachleuten erlassen worden, die über die massgebenden wissenschaftlichen Daten verfügten, gälten ohne Unterschied für jegliches Fischmehl und seien auch nicht unverhältnismässig. Damit seien sie durch den Schutz der Gesundheit von Menschen und Tieren im Sinne von Art. 13 EWRA *gerechtfertigt*. Das Urteil ist aus der Sicht von Bürgern und Unternehmen in EWR / EFTA-Staaten auch deshalb wichtig, weil es einen Pfeilerübergreifenden Vorgang betrifft.

#### 4.2.5 Eingriff in den spezifischen Schutzgegenstand eines Urheberrechts

Der EuGH hat seit den 1970er Jahren den Konflikt zwischen den Grundfreiheiten und den (nationalen) Immaterialgüterrechten mit Hilfe des *Erschöpfungsgrundsatzes* gelöst. Danach ist das aus dem Schutzrecht fliessende Vertriebsrecht erschöpft, wenn der Inhaber oder ein anderer mit seiner Zustimmung das Produkt in einem anderen Mitgliedstaat in Verkehr gebracht hat. Der Schutzrechtsinhaber kann sich gegen einen Re-Import der Waren in den Staat, in dem das Schutzrecht besteht, nicht zur Wehr setzen.<sup>127</sup> In der Rs. E-1/98 *Astra Norge* urteilte der EFTA-Gerichtshof, dass ein offizieller Händler sich nicht auf ein nationales *Ur-*

57

126 Rs. E-3/00 *ESA v Norway* («*Kellogg's*»), 2000-2001 EFTA Court Report, 73., Rz. 57-60.

127 Vgl. zum Patentrecht Rs. 15/74 *Sterling Drug*, Slg. 1974, 1147; zum Markenrecht Rs. 16/74 *Centrafarm v Winthrop*, Slg. 1974, 1183; zum Urheberrecht verb. Rs. 55/80 und 57/80, *Musik-Vertrieb membran* und *K-tel International*, Slg. 1981, 147, Rz. 9.

*heberrecht an einem Beipackzettel* (summary of product characteristics, SPC) berufen kann, um Parallelimporte von Pharmazeutika zu beschränken. Wenn der Direktimporteur eines parallel importierten Produkts den SPC nicht herausgibt, müsse der Parallelimporteur seinen eigenen SPC ausarbeiten. Eine solche Beschränkung würde das Bewilligungsverfahren verteuern und deshalb eine *Massnahme gleicher Wirkung* wie eine quantitative Importbeschränkung für Medizinprodukte im Sinne von Art. 11 EWRA darstellen. Damit hat der EFTA-Gerichtshof in das *Vervielfältigungsrecht*, das zum Bestand des nationalen Urheberrechts zählt, eingegriffen.

#### 4.2.6 Verbot des sichtbaren Auslegens von Tabakerzeugnissen

58

2009 erliess Norwegen ein Gesetz, welches das sichtbare Auslegen von Tabakerzeugnissen untersagt. Ausgenommen sind nur spezialisierte Tabakgeschäfte. Das multinationale Tabakunternehmen Philip Morris erhob gegen das Verbot des sichtbaren Auslegens Klage vor dem Bezirksgericht Oslo, das dem EFTA-Gerichtshof die Frage zur Vorabentscheidung vorlegte, ob Art. 11 des EWRA dahingehend auszulegen sei, dass ein allgemeines Verbot des sichtbaren Auslegens von Tabakerzeugnissen eine Massnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Beschränkung des freien Warenverkehrs darstellt. Für den Fall, dass eine solche Beschränkung zu bejahen sei, fragte das nationale Gericht, welche Kriterien entscheidend wären um festzustellen, ob das Verbot, das das Ziel verfolgt, den Tabakkonsum zu reduzieren, für den Schutz der öffentlichen Gesundheit geeignet und erforderlich ist.

59

Mit Urteil vom 15. September 2011<sup>128</sup> entschied der EFTA-Gerichtshof, es liege dann eine Massnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Beschränkung im Sinne von Artikel 11 EWR vor, wenn das Verbot die Vermarktung von Produkten aus anderen EWR-Staaten tatsächlich stärker betrifft als importierte Waren, die bis vor kurzem noch in Norwegen hergestellt wurden. Ob das der Fall ist oder nicht, sei vom nationalen Gericht zu beurteilen.

60

Unter Gesichtspunkten der Rechtfertigung führte der Gerichtshof aus, eine Gesetz wie das vorliegende diene eindeutig dem in Artikel 13

---

128 Rs. E-16/10 Philip Morris Norway AS and The Norwegian State, represented by the Ministry of Health and Care Services, Urteil vom 15. September 2011, noch nicht in Report.

EWR anerkannter Schutz der Gesundheit. Eine solche Massnahme erscheine mangels eines überzeugenden Beweises des Gegenteils zumindest auf lange Sicht *geeignet*, den Tabakkonsum im fraglichen EWR-Staat einzuschränken. Hingegen sei es Sache der nationalen Behörden, nachzuweisen, dass die Regelung *erforderlich* ist, um das erklärte Ziel zu erreichen, und dass das Ziel nicht durch weniger einschneidende Verbote oder Beschränkungen oder Verbote oder Beschränkungen mit geringeren Auswirkungen auf den Handel im EWR erreicht werden kann.

## VIII. Arbeitnehmerfreizügigkeit

### 1. Allgemeines

Art. 28 EWRA bestimmt:

61

«(1) Zwischen den EG-Mitgliedstaaten und den EFTA-Staaten wird die Freizügigkeit der Arbeitnehmer hergestellt.

(2) Sie umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der EG-Mitgliedstaaten und der EFTA-Staaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.

(3) Sie gibt – vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen – den Arbeitnehmern das Recht,

a) sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben;

b) sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der EG-Mitgliedstaaten und der EFTA-Staaten frei zu bewegen;

c) sich im Hoheitsgebiet eines EG-Mitgliedstaats oder eines EFTA-Staates aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben;

d) nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines EG-Mitgliedstaats oder eines EFTA-Staates zu verbleiben.

(4) Dieser Artikel findet keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung.

(5) Die besonderen Bestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer sind in Anhang V enthalten.»

62

Die Absätze 1–4 der Vorschrift reproduzieren den Wortlaut von Art. 45 AEUV. Art. 20 EWRA hat damit die gleiche rechtliche Tragweite wie Art. 45 AEUV.<sup>129</sup> Art. 29 EWRA reproduziert die relevanten Teile des Wortlaut von Art. 48 AEUV. Nach der Vorschrift stellen die Vertragsparteien auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit gemäss Anhang VI für Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätige sowie deren Familienangehörige insbesondere zweierlei sicher: die *Zusammenrechnung* aller nach den verschiedenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften berücksichtigten Zeiten für den Erwerb und die Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs sowie für die Berechnung der Leistungen und die *Zahlung der Leistungen* an Personen, die in den Hoheitsgebieten der Vertragsparteien wohnen.

63

Nach der Rechtsprechung des EuGH hat Art. 45 AEUV *Direktwirkung*.<sup>130</sup> Im Gegensatz zu den Vorschriften über den freien Warenverkehr bindet die Norm nicht nur die Staaten, sondern auch private Akteure. Sie ist somit auch horizontal anwendbar.<sup>131</sup> Art. 45 Abs. 2 AEUV erfasst sowohl offene oder unmittelbare als auch versteckte oder mittelbare Diskriminierungen. Anders als die Vorschriften über die Freiheit des Warenverkehrs, des Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassung, die «Beschränkungen» untersagen, handelt die Vorschrift von einem *Diskriminierungsverbot*. Der EuGH hat aber in der Rs. C-415/93 *Bosman* klargestellt, dass Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen, unter Art. 45 AEUV fallen, «auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden».<sup>132</sup> Das heisst, dass auch solche Beschränkungen erfasst sind, die Inländer und Ausländer *unterschiedslos* treffen. Diskriminierende Behinderungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit können aus Gründen der öf-

129 Vgl. dazu auch die Schlussanträge von Generalanwalt Niilo Jääskinen vom 24. November 2011 in Rs. C-39/10 *Kommission v Estland*, noch nicht in Slg., Rz. 89.

130 Rs. C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL gegen Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA gegen Jean-Marc Bosman u. a. und Union des associations européennes de football (UEFA) gegen Jean-Marc Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rz. 93.

131 *Ibid.*; C-281/98 *Roman Angonese gegen Cassa di Risparmio di Bolzano SpA.*, Slg. 2001, I-4139.

132 *Ibid.* Rz. 96.

fentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt werden (Art. 45 Abs. 3 AEUV), nichtdiskriminierende Behinderungen, die einen berechtigten Zweck verfolgen, aus *zwingenden Gründen des Allgemeininteresses*. Im zweiten Fall muss die Anwendung der Regeln überdies geeignet sein, die Verwirklichung des verfolgten Zweckes zu gewährleisten, und sie darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Zweckes erforderlich ist.<sup>133</sup> Die *Keck*-Einschränkung ist nicht auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit anwendbar. In der Rs. C-415/93 *Bosman* stellte der EuGH fest, dass die Regeln für die Wechsel von Fußballprofis zwischen Vereinen «den *Zugang* der Spieler zum Arbeitsmarkt in den anderen Mitgliedstaaten unmittelbar beeinflussen und somit geeignet sind, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen. Sie können daher nicht den Regelungen über die Modalitäten des Verkaufs von Waren gleichgestellt werden, die nach dem Urteil *Keck* und *Mithouard* nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 des Vertrages fallen».<sup>134</sup>

## 2. EWR-Fallrecht

Der EFTA-Gerichtshof hat in seiner bisherigen Rechtsprechung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit zumeist neue Rechtsfragen beurteilt. Er hat sich dabei v. a. mit der Sozialversicherungsverordnung des Rates EWG 1408/71 befasst. Die Art. 28 und 29 EWRA haben nur am Rande eine Rolle gespielt.

64

### 2.1 Verordnung EWG Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige

#### 2.1.1 Sozialversicherung von Wanderarbeitnehmern

In der Rs. E-3/04 *Tsomakas u. a.* hatte die zuständige norwegische Behörde den Antrag griechischer Matrosen auf Befreiung von der Pflicht

65

133 Ibid. Rz. 104, mit Hinweis auf die Urteile in Rs. C-19/92 *Dieter Kraus v Land Baden-Württemberg*, Slg. 1993, I-1663, Rz. 32 und Rs. C-55/94 *Reinard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Slg. 1995, I-4165, Rz. 37.

134 Rs. C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL gegen Jean-Marc Bosman u. a.*, a. a. O., Rz. 103.

zum Beitrag in die norwegische Sozialversicherung mit der Begründung abgelehnt, weil die griechischen Behörden das sog. Formblatt E 101 nicht ausgestellt hätten, komme das Recht des *Flaggenstaates* (Norwegen) und nicht das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts (Griechenland) zur Anwendung. Das Formular hätte bestätigt, dass die Seeleute griechischem Sozialversicherungsrecht unterstanden. Der EFTA-Gerichtshof entschied, dass die EWR-Staaten in einem solchen Fall gemäss dem in Art. 3 EWRA verankerten Grundsatz der *loyalen Zusammenarbeit* verpflichtet sind, die korrekte Anwendung der Rechtswahlregeln in Titel II der Verordnung EWG Nr. 1408/71 zu gewährleisten. Der Flaggenstaat (Norwegen) musste daher prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Flaggenstaatsprinzip erfüllt sind, und zu diesem Zweck sämtliches Beweismaterial einschliesslich nicht offizieller Erklärungen berücksichtigen. Das sei u. a. durch die *Arbeitsnehmerfreizügigkeit* geboten.<sup>135</sup>

#### 2.1.2 Pensionsansprüche von Wanderarbeitnehmern

66

In der Rs. 4/07 *Jon Gunnar Porkelsson ./. Gildi-lífeyrissjóður* hatte ein isländischer Seemann, der nacheinander in Island und in Dänemark arbeitete, an Bord eines dänischen Fischerbootes einen Unfall erlitten. Dem Verunfallten wurde von seinem früheren isländischen Pensionsfonds ein Anspruch auf Pensionszahlung entsprechend seinen *aufgelaufenen Punkten* und aufgrund einer Beurteilung des Verlustes der Arbeitsfähigkeit zuerkannt. Ein Anspruch auf eine Erwerbsunfähigkeitsrente auf der Basis von *hochgerechneten Punkten* (Pensionspunkte, die er bei dem beklagten Pensionsfonds hätte sammeln können, wenn er Mitglied dieses Pensionsfonds geblieben wäre und in Island bis zur Erreichung des Rentenalters weitergearbeitet hätte) wurde ihm mit der Begründung verweigert, er habe während mindestens 6 der dem Unfall vorangegangenen 12 Monate keine Prämien an den Beklagten bezahlt. Der Gerichtshof stellte fest, die Verordnung 1408/71 koordineiere Leistungen der sozialen Sicherheit, soweit sie auf nationaler Ebene bestehen, hinsichtlich der Personenkategorien, die von der Verordnung erfasst werden, unabhängig davon, ob diese Leistungen auf hochgerechneten oder aufgelaufenen

---

135 Rs. E-3/04 *Tsomakas Athanaios and Others v The Norwegian State*, 2004 EFTA Court Report, 95.

Rechten fussen. Folglich fallen Pensionen, die auf hochgerechneten Rechten fussen, grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 29 EWRA und der Verordnung. Nach Art. 45 Abs. 5 der Verordnung müssen Beiträge, die im Sozialversicherungssystem eines anderen EWR-Staates geleistet wurden, berücksichtigt werden, wie wenn sie an den zuständigen isländischen Fonds geleistet worden wären.<sup>136</sup>

### 2.1.3 Anspruch von Wanderarbeitnehmern auf besondere Ergänzungszulage für Eltern

Rs. E-3/05 *ESA ./. Norwegen* war die erste erfolglose Vertragsverletzungsklage der ESA. Nach norwegischem Recht hatten Eltern, die *mit ihren Kindern* im Kreis Finnmark oder in einer von sieben Gemeinden im Kreis Troms lebten, Anspruch auf eine Ergänzungszulage, das sog. «Finnmark supplement». Der EFTA-Gerichtshof befand, dass das Erfordernis des Wohnsitzes in einem bestimmten Gebiet indirekt diskriminierend war, da es sich v. a. zu Lasten von Wanderarbeitnehmern auswirkte. Die Diskriminierung war aber dadurch gerechtfertigt, dass sie die *nachhaltige Besiedlung eines Gebietes* begünstigte, das aufgrund von harten klimatischen Bedingungen und weiten Distanzen unter Landflucht litt.<sup>137</sup>

67

### 2.1.4 Exportfähigkeit von Hilflosenentschädigung

Das unter mehreren Aspekten wichtigste Urteil zur Verordnung EWG Nr. 1408/71 erliess der EFTA-Gerichtshof in Rs. E-5/06 *ESA ./. Liechtenstein*. Die Ausrichtung der steuerfinanzierten liechtensteinischen *Hilflosenentschädigung* war von einem inländischen Wohnsitz abhängig. Die Entschädigung war im Anhang IIa zur Verordnung EWG Nr. 1408/71 des Rates als besondere nicht beitragsabhängige Geldleistung aufgeführt, die für nicht exportfähig erklärt werden kann. Der Verwaltungsgerichtshof hatte die Klage einer in Österreich wohnhaften Österreicherin auf Zuerkennung von Hilflosenentschädigung unter *Verzicht auf eine Vor-*

68

136 Rs. E-4/07 *Jon Gunnar Porkelsson v Gildi-lifeyrissjóour*, 2008 EFTA Court Report, 3.

137 Rs. E-3/05 *ESA v The Kingdom of Norway*, 2006 EFTA Court Report, 102. Vgl. zur Bedeutung von Klima und Geographie allgemein Christian Müller-Graff, *The Impact of Climate, Geography and other Non-Legal Factors on EC Law and EEA Law*, in: *The EFTA Court Ten Years on*, a. a. O., 55–70.

*lage an den EFTA-Gerichtshof* abgewiesen, worauf die ESA Vertragsverletzungsklage gegen Liechtenstein erhob. Der EFTA-Gerichtshof befand, dass die Auflistung in Anhang IIa nur eine notwendige, aber keine ausreichende Voraussetzung dafür ist, dass eine bestimmte Leistung als nicht exportfähig zu betrachten ist. Da die Entschädigung als «Leistung bei Krankheit» im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Bst. a der Verordnung anzusehen war, konnte sie nicht einem Wohnsitzerfordernis unterworfen werden.

## 2.2 Indirektes Wohnsitzerfordernis für Anwälte, Patentanwälte, Rechnungsprüfer, Treuhänder und Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung von Banken

69

In der Rs. 1/09 *ESA ./.* *Liechtenstein* stellte der EFTA-Gerichtshof fest, dass Regeln des liechtensteinischen Rechts, nach denen Anwälte, Patentanwälte, Rechnungsprüfer und Treuhänder «aufgrund ihres Wohnsitzes» in der Lage sein mussten, ihre Aufgaben tatsächlich und regelmäßig zu erfüllen, und die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung von Banken «aufgrund ihres Wohnsitzes» in der Lage sein mussten, ihre Funktion und ihre Aufgaben tatsächlich und einwandfrei zu erfüllen, mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbare Beschränkungen darstellten.<sup>138</sup> Die EFTA-Überwachungsbehörde (ESA) machte überdies, unterstützt von der Europäischen Kommission, geltend, dass Liechtenstein auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit verletzt habe, weil bestimmte Mitglieder der Geschäftsführung von Banken als *Arbeitnehmer* im Sinne des *Art. 28 EWRA* angesehen werden könnten. Der Gerichtshof wies die Klage der ESA in diesem Punkt ab. Er stellte fest, dass die Positionen eines CEO, und eines Mitglieds der Geschäftsleitung einer Sitzgesellschaft und eines Mitglieds des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung von Banken in seiner bisherigen Rechtsprechung als unter die Niederlassungsfreiheit fallend angesehen wurden.<sup>139</sup>

## 2.3 Aufenthaltsrecht für Familienangehörige von daueraufenthaltsberechtigten EWR-Staatsangehörigen

70

Nach Artikel 16 der Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mit-

138 Rs. E-1/09 *ESA v Liechtenstein*, 2009-2010 EFTA Court Report, Rz. 45.

139 *Ibid.* Rz. 34.



gliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, haben EWR-Staatsangehörige, die sich rechtmässig fünf Jahre lang ununterbrochen in einem EWR-Staat aufgehalten haben, das Recht, dort auf Dauer zu verbleiben. Ein deutscher Staatsangehöriger mit einem dauerhaften Aufenthaltsrecht (Niederlassungsbewilligung) in Liechtenstein hatte eine deutsche Staatsangehörige geheiratet und bei den zuständigen Behörden Antrag auf Erteilung einer Familiennachzugsbewilligung gestellt. Der Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, der Beschwerdeführer habe das Vorhandensein ausreichender finanzieller Mittel für sich und seine Ehefrau ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfe nicht nachgewiesen. Auf Vorlage des Verwaltungsgerichtshofs entschied der EFTA-Gerichtshof in Rs. E-4/01 *Arnulf Clauder*,<sup>140</sup> Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 2004/38 sei dahingehend auszulegen, dass ein daueraufenthaltsberechtigter EWR-Staatsangehöriger, der Rentner ist und Sozialhilfeleistungen im Aufnahme-EWR-Staat in Anspruch nimmt, einen Anspruch auf Familiennachzug selbst dann geltend machen kann, wenn auch der Familienangehörige Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen wird. Ein Nachweis ausreichender finanzieller Mittel müsse nicht erbracht werden. Der EFTA-Gerichtshof hat damit eine Lücke in der Richtlinie geschlossen. Der EuGH hatte bislang keine Gelegenheit, sich zu dem Problem zu äussern. In seinem Antrag auf Vorabentscheidung liess der Verwaltungsgerichtshof durchblicken, dass er geneigt war, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht unabhängig vom Nachweis ausreichender Existenzmittel anzunehmen. Er wies auch darauf hin, dass die deutsche Bundesregierung eine «Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU» erlassen hat, nach der eine Person in der Lage des Beschwerdeführers das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel nachzuweisen hat.

#### 2.4 Zulassung von Medizinern, die aus einem anderen EWR-Staat zuwandern

In Rs. E-1/11 legte die norwegische Beschwerdeinstanz für Gesundheitsberufe dem EFTA-Gerichtshof die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Behörden der Mitgliedstaaten aufgrund der Richtlinie 2005/36/EG oder aufgrund anderer Bestimmungen des EWR-Rechts

71

<sup>140</sup> Rs. E- 4/11 *Arnulf Clauder*, Urteil vom 26. Juli 2011, 2011 EFTA Court Report, 216.

berechtigt sind, innerstaatliche Rechtsvorschriften, nach denen Antragstellern mit unzureichender beruflicher Qualifikation die Zulassung als Arzt verweigert oder nur mit Einschränkungen erteilt werden darf, auf einen zugewanderten Angehörigen eines anderen Mitgliedstaates anzuwenden, der die Anforderungen der Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen für eine unbeschränkte Zulassung als Arzt formal erfüllt, wenn die Berufserfahrung des Antragstellers in Norwegen eine unzureichende berufliche Qualifikation hat erkennen lassen. Die Faktenlage war nicht klar. Der Hinweis darf aber nicht fehlen, dass Norwegen in der Vergangenheit in Verletzung der Richtlinie Ärzte, welche ihre medizinische Ausbildung in einem anderen EWR-Staat abgeschlossen hatten, zu einem 18 Monate dauernden Praktikum verpflichtet hatte. Auch Dr. A. war einer solchen Trainingsperiode unterworfen worden. Nachdem Norwegen dieses System abgeschafft hatte, stellte die ESA am 14. September 2011 ein Vertragsverletzungsverfahren ein.<sup>141</sup> In der Sache entschied der EFTA-Gerichtshof, dass die Ausbildung, die ein Mediziner in einem anderen EWR-Staat genossen hat, nach der Richtlinie 2005/36/EG im Aufnahmemitgliedstaat automatisch zu anerkennen ist, dass aber der Aufnahmemitgliedstaat ausreichende Sprachkenntnisse verlangen darf. Weiter darf der Aufnahmemitgliedstaat die Zulassung zur Berufsausübung aussetzen oder widerrufen, wenn Informationen über die fehlende persönliche Befähigung zur Ausübung des Arztberufes vorliegen. Hier kommt das EWR-Primärrecht ins Spiel. Allerdings muss ein solcher Schritt objektiv gerechtfertigt und verhältnismässig sein und er darf nur gemacht werden, wenn ein einheimischer Arzt unter den gleichen Umständen ebenfalls so behandelt würde. Die Behauptung der norwegischen Behörden, Dr. A. zeige wenig Einsicht in ihr eigenes Verhalten, wurde als diskretionäre Beurteilung eingestuft, die mit dem Ziel der Richtlinie nur vereinbar ist, wenn sie substantiiert wird.<sup>142</sup>

---

141 ESA PR(11)63: Internal market: Norway removes turnus-obligation for doctors educated in other EEA States, <<http://www.eftasurv.int/press—publications/press-releases/internal-market/nr/1525>>.

142 Rs. E-1/11 Dr. A., Urteil vom 15. Dezember 2011, 2011 EFTA Court Report, 484.

## IX. Dienstleistungsfreiheit

### 1. Allgemeines

Art. 36 EWRA bestimmt:

72

«(1) Im Rahmen dieses Abkommens unterliegt der freie Dienstleistungsverkehr im Gebiet der Vertragsparteien für Angehörige der EG-Mitgliedstaaten und der EFTA-Staaten, die in einem anderen EG-Mitgliedstaat beziehungsweise einem anderen EFTA-Staat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, keinen Beschränkungen.

(2) Die besonderen Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr sind in den Anhängen IX bis XI enthalten.»

Art. 37 EWRA bestimmt:

73

«Dienstleistungen im Sinne dieses Abkommens sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit unterliegen.

Als Dienstleistungen gelten insbesondere:

- a) gewerbliche Tätigkeiten,
- b) kaufmännische Tätigkeiten,
- c) handwerkliche Tätigkeiten,
- d) freiberufliche Tätigkeiten.

Unbeschadet des Kapitels 2 kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt.»

Die beiden Vorschriften reproduzieren den Wortlaut der Art. 56 und 57 AEUV. Nach Art. 39 EWRA, der dem Art. 62 AEUV nachgebildet ist, finden mehrere Artikel des Kapitels über die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit auf die Dienstleistungsfreiheit Anwendung. Das gilt u. a. für Art. 33 EWRA, nach dem eine besondere Regelung für Ausländer vorgesehen werden darf, wenn sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt ist.

74

75

Nach der Rechtsprechung des EuGH entfaltet die Dienstleistungsfreiheit im EU-Recht *Direktwirkung* und hat *Vorrang*.<sup>143</sup> Sie enthält nicht nur ein Verbot offener und versteckter Diskriminierungen, sondern auch ein Beschränkungsverbot, erfasst also auch unterschiedslos anwendbare Massnahmen.<sup>144</sup> Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung hat der EuGH in der Rs. C-384/93 *Alpine Investments* abgelehnt.<sup>145</sup> Nach Art. 62 i. V. m. Art. 52 AEUV können diskriminierende oder beschränkende Massnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sein. Nach der Rechtsprechung des EuGH können nationale Regelungen auch durch zwingende nichtwirtschaftliche Gründe des *Allgemeininteresses* gerechtfertigt sein, wenn sie in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, geeignet sind, das verfolgte Ziel zu gewährleisten, und im Hinblick auf den verfolgten Zweck verhältnismässig sind.<sup>146</sup>

## 2. EWR-Fallrecht

76

Mit der Dienstleistungsfreiheit im EWR-Recht hat sich bislang nur der EFTA-Gerichtshof befasst. Die meisten Fälle enthielten neue Rechtsfragen. Besondere Bedeutung hat dabei das Urteil in den verb. Rs. E-8/94 und E-9/94 *Mattel/Lego*. Im isländischen Flugsteuerfall erhielt der EFTA-Gerichtshof Gelegenheit, zur Frage Stellung zu nehmen, ob geringfügige Beschränkungen aus dem Anwendungsbereich einer Grundfreiheit herausfallen.

### 2.1 Grenzüberschreitende Fernsehwerbung

77

In den verbundenen Rechtssachen E-8/94 und E-9/94 *Forbrukerombudet ./. Mattel Scandinavia A/S* und *Lego Norge A/S*<sup>147</sup> hatte der britische Rundfunksender TV 3 Tochtergesellschaften in Dänemark, Schweden

143 Rs. 33/74 van Binsbergen, Slg. 1974, Rz. 24, 27, und Rs. 34/67 Lueck, Slg. 1968, 364.

144 Rs. 33/74 van Binsbergen, Slg. 1974, 1299.

145 Rs. C-384/93 *Alpine Investment v Minister van Financiën* Slg. 1995, I-1141, Rz. 36–38.

146 Rs. C-55/94 *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rz. 37; vgl. auch Rs. C-19/92, *Kraus*, Slg. 1993, I-1663, Rz. 32.

147 Verb. Rs. E-8/94 und Rs. E-9/94 *Mattel/Lego*, 1994-1995 EFTA Court Report, 113.

und Norwegen, die Fernsehwerbung aus dem Vereinigten Königreich in die entsprechenden Länder ausstrahlten. Im Herbst 1993 wurden Produkte von *Lego*, der Herstellerin der bekannten Würfel, und von *Mattel*, der Herstellerin der Barbiepuppe, auf TV 3 Norwegen beworben. Der Marktrat legte dem EFTA-Gerichtshof die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Anwendung nationaler Vorschriften des *Empfangsstaates*, nach welchen es einem Werber verboten werden kann, in einer spezifisch auf Norwegen ausgerichteten Sendung einen Werbespot zu verwenden, der gezielt Kinder anspricht, mit der Richtlinie des Rates 89/552/EWG vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität vereinbar war. Weiter wollte die vorlegende Instanz wissen, ob Art. 36 EWRA die Anwendung nationaler Vorschriften des Empfangsstaates ausschliesst, nach denen es einem Werber verboten werden kann, in einer Sendung, die spezifisch auf Norwegen ausgerichtet ist, einen Werbespot zu verwenden, der gezielt Kinder anspricht. Drittens stellte der Marktrat die Frage, ob die Anwendung der in Rede stehenden norwegischen Vorschriften mit den Art. 11 und 13 EWRA betreffend mengenmässige Importbeschränkungen vereinbar war.

Zur ersten Frage stellte der EFTA-Gerichtshof in seinem Urteil vom 16. Juni 1996 unter Bezugnahme auf das Urteil des EuGH in der Rs. C-412/93 *Leclerc-Siplec*<sup>148</sup> fest, das Hauptziel der Richtlinie sei es, die Freiheit zu garantieren, Fernsehsendedienstleistungen zu erbringen. Dazu sei ein übergeordnetes Prinzip der Aufteilung der Verantwortlichkeiten eingeführt worden, das oft als *Sendestaatsprinzip* bezeichnet werde. Danach habe der Sendestaat sicherzustellen, dass Sendeunternehmen unter seiner Hoheit die Bestimmungen der Richtlinie einhalten, der Empfangsstaat müsse hingegen die Freiheit des Empfangs garantieren. Gestützt darauf beantwortete der Gerichtshof die erste Frage dahin, dass die Richtlinie ein *Verbot*, eine Werbung zu zeigen, die in einem Fernsehprogramm eines in einem anderen EWR-Staat niedergelassenen Sendeunternehmens enthalten war, *ausschliesst*, wenn das eine Folge eines allgemeinen nationalen Verbots von Werbung ist, die sich gezielt an Kinder richtet. Allerdings könne sich der Empfangsstaat auf die Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der

148 Rs. C-412/93 *Leclerc-Siplec v TF1 und M6*, Slg. 1995, I-179.

Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über *irreführende* Werbung berufen. Der bei der Feststellung, ob eine Werbung irreführend ist oder nicht, anzulegende Massstab sei bei an Kinder gerichteter Werbung strenger als in normalen Fällen. Der EFTA-Gerichtshof stützte sich dabei auf eine Begründungserwägung in der Präambel zur Fernsehrichtlinie, welche die Anwendung bestehenden Konsumentenschutzrechts vorbehält. Angesichts dieses Ergebnisses befand der EFTA-Gerichtshof, dass die beiden anderen Fragen zum EWR-Primärrecht nicht zu beantworten waren.

79

Zwei Jahre danach hatte sich der EuGH in den verb. Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 *Konsumentenombudsmannen ./. De Agostini (Svenska) Förlag AB und TV Shop i Sverige AB* mit praktisch identischen Rechtsproblemen zu befassen.<sup>149</sup> Das schwedische Marktgericht hatte die Fälle am 30. August 1994 beim EFTA-Gerichtshof anhängig gemacht, die Vorlagen aber nach dem EU-Beitritt Schwedens am 8. Februar 1995 zurückgezogen.<sup>150</sup> Der EuGH stellte, wie der EFTA-Gerichtshof, auf das der Richtlinie zugrundeliegende *Sendestaatsprinzip* ab. Er kam aber unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Urteil des EFTA-Gerichtshofs auch zum Schluss, dass die Fernsehrichtlinie die Anwendung der *Richtlinie 84/450/EWG* nicht ausschliesse.<sup>151</sup> Generalanwalt Jacobs hatte dem EuGH vorgeschlagen, dem EFTA-Gerichtshof in diesem Punkt nicht zu folgen.<sup>152</sup>

## 2.2 Isländische Flugsteuern

80

In Rs. E-1/03 *ESA ./. Island*<sup>153</sup> besteuerte das isländische Lufttransportgesetz Flüge von Island in andere EWR-Staaten höher als Flüge innerhalb Islands und nach Grönland und nach den Färöer-Inseln. Der EFTA-Gerichtshof stellte fest, Art. 36 EWRA räume Einzelnen und

149 Vgl. verb. Rs. C-34/95, Rs. C-35/95 und Rs. C-36/95 *Konsumentenombudsmannen v De Agostini (Svenska) Förlag AB und TV Shop i Sverige AB*, Slg. 1997, I-3843, Rz. 40.

150 Rs. E-4/94 *Konsumentenombudsmannen v De Agostini (Svenska) Förlag AB*, 1994-1995 EFTA Court Report, 89; Rs. E-5/94 *Konsumentenombudsmannen v TV-shop I Sverige AB*, 1994-1995 EFTA Court Report, 91.

151 Verb. Rs. C-34/95, Rs. C-35/95 und Rs. C-36/95 *Konsumentenombudsmannen v De Agostini (Svenska) Förlag AB und TV Shop i Sverige AB*, a. a. O., Rz. 38 und 40.

152 Ibid. Rz. 85 ff.

153 Rs. E-1/03 *ESA v Iceland*, 2003 EFTA Court Report, 143.

Wirtschaftsunternehmen ein Recht auf *Marktzugang* ein, das jede auch noch so geringfügige ungerechtfertigte Beschränkung ausschliesse. Die Luftpassagiersteuer war direkt zu zahlen und beeinflusste den Reisepreis und die Transportkosten automatisch. Da sie damit den Zugang zu Inlandflügen gegenüber Flügen in andere EWR-Staaten begünstigte, kam der Gerichtshof zum Schluss, dass eine Beschränkung im Sinne von Art. 36 EWRA und Art. 3 Abs. 1 der Verordnung EWG Nr. 2408/92 des Rates vom 23. Juli 1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs vorlag. Der Gerichtshof anerkannte, dass die Sicherstellung des Zugangs zu medizinischer, kultureller und kommerzieller Infrastruktur für die Bewohner der äusseren Regionen Islands und die *Verhinderung der Landflucht* Gründe des öffentlichen Interesses sind, die im Prinzip eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen können. Island konnte aber nicht beweisen, dass der unterschiedliche Steuersatz zur Verwirklichung der genannten Ziele des Gemeinwohls *erforderlich* war.

### 2.3 Norwegisches Werbeverbot für alkoholische Getränke

In der Rs. 1/04 *Pedidel* stellte der EFTA-Gerichtshof bei der Beurteilung der Wirkungen eines Werbeverbots für andere alkoholische Getränke als Wein fest, dass die *Dienstleistungsfreiheit* u. a. das Zurverfügungstellen von Werbefläche und von Zeit an potentielle Werber und die Vermittlung der kommerziellen Botschaften an das Publikum umfasse. Ein allgemeines Werbeverbot für alkoholische Getränke beschränke das Recht von Presseunternehmen, die auf dem Territorium des betreffenden EWR-Staates niedergelassen sind, in ihren Publikationen potenziellen Interessenten aus anderen EWR-Staaten Werbefläche anzubieten. Angesichts der internationalen Natur des Werbemarktes für die fraglichen Produkte behindert es den *Marktzugang* sowohl für die Erbringer als auch für die Empfänger der in Frage stehenden Dienstleistungen. Unter dem Aspekt der Rechtfertigung gemäss Art. 33 EWRA stellte der Gerichtshof fest, es sei Sache der EWR-Staaten, über das Mass an Schutz zu entscheiden, den sie der öffentlichen Gesundheit gewähren wollen, und mit welchen Mitteln der Schutz erreicht werden soll. Sie müssen aber die Schranken beachten, welche das EWR-Abkommen zieht, und sie müssen insbesondere den Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* beachten. Eine Dienstleistung wie Werbung, die untrennbar mit dem

Verkauf von Wein verbunden ist, sei deshalb vom Anwendungsbereich des Art. 36 EWRA, der Parallelvorschrift zu Art. 56 AEUV, ausgeschlossen, weil auch die Warenverkehrsfreiheit keine Anwendung finde. Die gegenteilige Auffassung von ESA und Kommission verwarf der Gerichtshof.<sup>154</sup>

2.4 Pflicht des dienstleistungserbringenden europäischen Rechtsanwalts, einen Einvernehmensanwalt beizuziehen («Gouvernantenklausel»)

82 In der Rs. E-1/07 *Strafverfahren gegen A* entschied der EFTA-Gerichtshof auf Vorlage des liechtensteinischen Landgerichts, dass eine Vorschrift wie Art. 57a des liechtensteinischen Rechtsanwaltsgesetzes, nach der ein dienstleistungserbringender europäischer Rechtsanwalt einen Einvernehmensanwalt nach § 49 des liechtensteinischen Rechtsanwaltsgesetzes beiziehen musste, mit der in Art. 36 Abs. 1 EWRA verankerten Dienstleistungsfreiheit und mit der Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte insoweit unvereinbar ist, als sie die Beiziehung eines nationalen Anwalts in Fällen *ohne Anwaltszwang* verlangt.<sup>155</sup>

2.5 Übernahme der Kosten für ärztliche Behandlung im EWR-Ausland

83 In den Verbundenen Rechtssachen E-11/07 und E-1/08 *Olga Rindal und Therese Slinning ./. Norwegischer Staat* entschied der EFTA-Gerichtshof, dass EWR-Staaten unter bestimmten Bedingungen Ansprüche von Patienten auf Kostenersatz für Krankenhausbehandlung im EWR-Ausland *einschränken* können. Die beiden Klägerinnen im Ausgangsverfahren waren nach Deutschland bzw. Dänemark gereist, um sich in dortigen Krankenhäusern behandeln zu lassen. Der norwegische Staat weigerte sich, für die Kosten aufzukommen, mit der Begründung, die Behandlung im Ausland sei nicht medizinisch anerkannt gewesen, sondern als *experimentelle* bzw. nicht hinreichend dokumentierte Behand-

154 Rs. E-4/04 *Pedicec A/S v Directorate for Health and Social Affairs*, 2005 EFTA Court Report, 1, Rz. 34 ff.

155 Rs. E-1/07 *Strafverfahren gegen A.*, 2007 EFTA Court Report, 248.



lung anzusehen. Der EFTA-Gerichtshof entschied, es sei mit dem EWR-Recht vereinbar, die Kostenübernahme für nicht anerkannte Behandlungsmethoden im Ausland abzulehnen, wenn es keinen Anspruch auf solche Behandlung im Inland gibt. Das gelte jedenfalls dann, wenn eine solche Behandlung vom Heimatstaat nicht gewährt wird oder der Staat sie nur im Rahmen eines Forschungsprojektes oder ausnahmsweise in Einzelfällen anbietet. Der Gerichtshof führte weiter aus, ein allgemeiner Vorrang der Behandlung durch das nationale öffentliche Gesundheitswesen stelle, wenn ein Patient ansonsten einen Anspruch auf die fragliche Behandlung im Ausland hat, eine *Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs* dar. Sie könne durch das Ziel, eine ausgewogene, allen zugängliche ärztliche und klinische Versorgung aufrechtzuerhalten, gerechtfertigt werden, solange der Staat die Behandlung innert medizinisch *angemessener* Frist sicherstellt, und unter der Voraussetzung, dass die Behandlung im Inland *gleichermaßen wirksam* ist wie die Behandlung, um die der Patient im Ausland nachsucht.<sup>156</sup>

## X. Niederlassungsfreiheit

### 1. Allgemeines

Art. 31 EWRA lautet:

«(1) Im Rahmen dieses Abkommens unterliegt die freie Niederlassung von Staatsangehörigen eines EG-Mitgliedstaats oder eines EFTA-Staates im Hoheitsgebiet eines dieser Staaten keinen Beschränkungen. Das gilt gleichermaßen für die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines EG-Mitgliedstaats oder eines EFTA-Staates, die im Hoheitsgebiet eines dieser Staaten ansässig sind. Vorbehaltlich des Kapitels 4 umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Ge-

84

---

156 Vgl. dazu Orla Lynskey, Putting the Brakes on Patient Mobility: Defining the Limits of the Freedom to Travel to Receive Medical Services, in: European Law Reporter 2009, 246 ff.

sellschaften im Sinne des Artikels 34 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.

(2) Die besonderen Bestimmungen über das Niederlassungsrecht sind in den Anhängen VIII bis XI enthalten.»

85 Die Vorschrift übernimmt in wesentlichen Teilen den Wortlaut von Art. 49 AEUV. Art. 32 EWRA reproduziert den Wortlaut von Art. 51 Satz 1 AEUV. Danach findet das Kapitel über die Niederlassungsfreiheit auf Tätigkeiten, die im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei keine Anwendung.

86 Nach Art. 33 EWRA beeinträchtigen dieses Kapitel und die aufgrund desselben getroffenen Massnahmen nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine besondere Regelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Die Vorschrift reproduziert den Wortlaut des Art. 52 Abs. 1 AEUV.

87 Artikel 34 EWRA stellt die nach den Rechtsvorschriften eines EU-Mitgliedstaats oder eines EFTA-Staates gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmässigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der EU-Mitgliedstaaten oder der EFTA-Staaten sind. Als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschliesslich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen. Die Vorschrift entspricht Art. 54 AEUV.

88 Schliesslich bestimmt Artikel 35 EWRA, dass Artikel 30 auf die Niederlassungsfreiheit Anwendung findet. Danach treffen die Vertragsparteien die erforderlichen Massnahmen gemäss Anhang VII zur gegenseitigen Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen sowie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Vertragsparteien über die Aufnahme und Ausübung von Erwerbstätigkeiten durch Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätige. Die Vorschrift entspricht Art. 53 Abs. 1 AEUV.

89 Dass Art. 49 AEUV *Direktwirkung* hat, wurde vom EuGH bereits 1974 in der Rechtssache 2/74 *Reyners gegen Belgischen Staat* entschied-

den.<sup>157</sup> Unstreitig ist auch, dass die Niederlassungsfreiheit sowohl offene oder unmittelbare als auch *versteckte* oder mittelbare Diskriminierungen erfasst. Art. 49 AEUV steht weiter nationalen Massnahmen entgegen, die zwar *unterschiedslos* anwendbar, aber geeignet sind, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit durch Gemeinschaftsangehörige zu behindern oder ganz zu verunmöglichen.<sup>158</sup> Die *Keck*-Formel findet im Bereich der Niederlassungsfreiheit keine Anwendung. Eine *Rechtfertigung* nationaler Massnahmen kommt auch hier unter zwei Gesichtspunkten in Betracht: Nach der eng auszulegenden Ausnahmevorschrift von Art. 52 Abs. 1 AEUV können beschränkende Massnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sein. Gemäss der Rechtsprechung des EuGH können Beschränkungen aber auch durch *zwingende Gründe des Allgemeininteresses* gerechtfertigt sein, wenn es sich nicht um diskriminierende Massnahmen handelt und diese im Hinblick auf den verfolgten Zweck verhältnismässig sind.<sup>159</sup>

## 2. EWR-Fallrecht

Der Grossteil der vom EFTA-Gerichtshof entschiedenen Rechtssachen zur Niederlassungsfreiheit bezieht sich auf *Liechtenstein*. Aufgrund seiner geographischen Grösse war das Land bemüht, die Tätigkeit EWR-ausländischer Manager, Verwaltungsräte, Mediziner, Rechtsanwälte, Patentanwälte, Rechnungsprüfer und Treuhänder einzuschränken. Der Glaube, man könne die entsprechenden Regeln beibehalten, mag zum positiven Ausgang der beiden EWR-Abstimmungen vom Dezember 1992 und vom April 1995 beigetragen haben. In neuerer Zeit hat die norwegische Gesetzgebung betreffend staatliche Glücksspielmonopole, Heimfall des Eigentums an Wasserfällen und Konzernbesteuerung eine Rolle gespielt. In den zuletzt genannten Fällen hat der EFTA-Gerichtshof zahlreiche *neue Rechtsfragen* beantwortet.

90

157 Rs. 2/74 Jean Reyners v Belgian State, Slg. 1974, 631, Rz. 32.

158 Rs. C-169/07 Hartlauer Handelsgesellschaft mbH v Wiener Landesregierung und Oberösterreichische Landesregierung, Slg. 2009, I-1721.

159 Ibid. Rz. 44; verb. Rs. C-171/07 und Rs. C-172/07 Apothekerkammer des Saarlandes u. a., Slg. 2009, I-4171, Rz. 25.

2.1 Wohnsitzerfordernisse für gewerberechtliche Geschäftsführer, qualifizierte Verwaltungsräte, Banker, Rechtsanwälte, Patentanwälte, Rechnungsprüfer und Treuhänder

91

In der Rs. E-3/98 *Rainford-Towning*<sup>160</sup> qualifizierte der EFTA-Gerichtshof eine Vorschrift des liechtensteinischen Gewerbegesetzes, nach der ein Geschäftsführer seinen Wohnsitz im Inland haben musste, als *indirekte Diskriminierung*, die Art. 31 EWRA widerspricht. In Rs. E-2/01 *Dr. Franz Martin Pucher*<sup>161</sup> bezeichnete er das in Art. 180a Abs. 1 des Personen- und Gesellschaftsrechts vom 20. Januar 1926 (PGR; LR 216.0) verankerte Wohnsitzerfordernis für wenigstens ein zur Geschäftsführung und Vertretung befugtes Mitglied der Verwaltung einer Verbandsperson (juristischen Person) als indirekte Diskriminierung und damit als *Beschränkung* der Niederlassungsfreiheit. Das Argument der Fürstlichen Regierung, das Wohnsitzerfordernis sei aus Gründen der öffentlichen Ordnung, insbesondere der Gewährleistung des *Funktionierens und des guten Rufes* des liechtensteinischen Finanzdienstleistungssektors gerechtfertigt, akzeptierte der Gerichtshof nicht. Auf der gleichen Linie wurde in Rs. E-8/04 *ESA v Liechtenstein*<sup>162</sup> eine Vorschrift des *liechtensteinischen Bankengesetzes*, nach der mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrates und ein Mitglied der Geschäftsleitung ihren Wohnsitz in Liechtenstein haben mussten, als versteckte Diskriminierung und damit als Verletzung der Niederlassungsfreiheit beurteilt. In der Folge schlug die liechtensteinische Regierung dem Landtag die Abschaffung des Wohnsitzerfordernisses im Bankengesetz und ähnlicher Wohnsitzerfordernisse für Rechtsanwälte, Patentanwälte, Rechnungsprüfer und Treuhänder in den entsprechenden Gesetzen vor. Im *Gesetzgebungsverfahren* setzte sich aber ein Antrag durch, die oben genannten Regeln einzuführen. Auf erneute Klage von ESA erkannte der EFTA-Gerichtshof erneut auf eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit. Die Beschränkungen konnten *nicht* durch legitime, im öffentlichen Interesse liegende Ziele *gerechtfertigt* werden.<sup>163</sup>

160 Rs. E-3/98 Herbert Rainford-Towning, 1998 EFTA Court Report, 205.

161 Rs. E-2/01 Dr. Franz-Martin Pucher, 2002 EFTA Court Report, 4.

162 Rs. E-8/04 ESA v the Principality of Liechtenstein, 2005 EFTA Court Report, 46.

163 Rs. E-1/09 ESA v Liechtenstein, 2009-2010 EFTA Court Report, 46.

## 2.2 Single practice-Regel für Mediziner im liechtensteinischen Recht

Nach der in der liechtensteinischen Medizinalverordnung verankerten *Single Practice-Regel* durften in Liechtenstein praktizierende Ärzte und Zahnärzte nicht mehr als eine Praxis unterhalten. Drei österreichische Mediziner beantragten 1996 und 1997 die Erteilung von Konzessionen zur Führung von Praxen in Liechtenstein. Sanitätskommission und Regierung lehnten die Anträge mit der Begründung ab, eine Konzession könne nicht erteilt werden, solange die Antragsteller ihre Praxen in Österreich nicht aufgegeben und darüber schriftliche Bestätigungen der Voralberger Ärztekammer beigebracht hätten. Die ESA stellte am 10. April 2000 in einer *mit Gründen versehenen Stellungnahme* nach Art. 31 Abs. 2 ÜGA fest, dass «by preventing nationals having a practice in another EEA State from establishing themselves as doctors or dentists in Liechtenstein, Liechtenstein has failed to fulfil its obligations under Article 31 of the EEA Agreement on freedom of establishment».<sup>164</sup> Parallel dazu fochten die Ärzte die Verfügung der Regierung bei der Verwaltungsbeschwerdeinstanz (heute: Verwaltungsgerichtshof) an, der dem EFTA-Gerichtshof die Frage der EWR-Konformität der Single-Practice-Regel zur *Vorabentscheidung* vorlegte. Die ESA sistierte daraufhin ihr Vertragsverletzungsverfahren und unterbreitete in den Vorabentscheidungsverfahren E-4/00 *Dr. Brändle*, E-5/00 *Dr. Mangold* und E-6/00 *Dr. Tschannett* schriftliche Stellungnahmen.<sup>165</sup> Der EFTA-Gerichtshof entschied am 14. Juni 2001 in allen drei Fällen, die besagte Regel werde unterschiedslos angewandt und enthalte keine offene Diskriminierung. Trotzdem stelle sie eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. Der Zwang, eine etablierte Praxis aufzugeben, mache es für Ausländer weniger attraktiv, sich in Liechtenstein niederzulassen, und beeinträchtige deren *Zugang zum entsprechenden Markt*. Das Argument der Fürstlichen Regierung, die Regel sei durch überwiegende Gründe des Allgemeininteresses, insbesondere die Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts des liechtensteinischen Sozialversicherungssystems, die Nachhaltigkeit eines allen offenstehenden Gesundheitssystems

164 Dec. No. 73/00/COL.

165 Rs. E-4/00 Dr. Johann Brändle, Rs. E-5/00 Dr. Josef Mangold, Rs. E-6/00 Dr. Jürgen Tschannett, 2000-2001 EFTA Court Report, 123, 163 und 203.

und die Erhaltung der hohen Qualität der in Liechtenstein erbrachten medizinischen Leistungen gerechtfertigt, wurde wegen *fehlender Verhältnismässigkeit* nicht akzeptiert.<sup>166</sup>

93

In der Folge klagte einer der österreichischen Ärzte, *Dr. Jürgen Tschannett*, gegen den Staat Liechtenstein auf Ersatz des entgangenen Gewinns nach den Regeln über die *EWR-Staatshaftung*. Das Fürstliche Obergericht entschied im Grundsatz zu seinen Gunsten. Der *Oberste Gerichtshof* wies die Klage aber mit der Begründung ab, die Regierung treffe kein Verschulden. Die Inkompatibilität der Single Practice-Regel mit dem EWR-Recht sei nicht im Voraus bekannt gewesen.<sup>167</sup> Der *Staatsgerichtshof* hob den Spruch des OGH mit Urteil vom 3. Juli 2007 auf.<sup>168</sup> Am 5. Juni 2008 entschied der OGH erneut gegen den Kläger, diesmal mit dem Argument, die Verletzung des EWR-Rechts sei nicht hinreichend qualifiziert gewesen. Den Antrag des Klägers auf Vorlage an den EFTA-Gerichtshof lehnte der OGH mit der überraschenden Begründung ab, der Staatsgerichtshof habe ihm und nicht dem EFTA-Gerichtshof den Auftrag zur Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen erteilt.<sup>169</sup> Eine Beschwerde des Klägers bei der *ESA* blieb erfolglos.<sup>170</sup> Am 24. Juni 2009 hob der Staatsgerichtshof auch das zweite Urteil des OGH auf.<sup>171</sup> Mit Urteil vom 7. Mai 2010 änderte der OGH – in neuer Zusammensetzung – seine Rechtsprechung und entschied, dass die Single Practice-Regel v. a. im Lichte der schon bei ihrem Erlass bestehenden Rechtsprechung des EuGH *widerrechtlich* war. Auf ein Verschulden komme es nicht an.<sup>172</sup>

166 Rs. E-4/00 Dr. Johann Brändle, a. a. O., Rz. 37; Rs. E-5/00 Dr. Josef Mangold, a. a. O., Rz. 30; Rs. E-6/00 Dr. Jürgen Tschannett, a. a. O., Rz. 36.

167 Beschluss, Oberster Gerichtshof, CO.2004.2-25 (7. Dezember 2006), *Jus & News* 137 (Januar 2007).

168 Urteil des Staatsgerichtshofs als Verfassungsgerichtshof, StGH 2007/15, <[www.stgh.li](http://www.stgh.li)>.

169 Urteil CO.2004.2-38.

170 Case No 65251, Schreiben der ESA vom 16. Dezember 2008 (Event No 493158) und vom 6. Mai 2009 (Event No. 512079).

171 Urteil des Staatsgerichtshofs als Verfassungsgerichtshof, StGH 2008/87, <[www.stgh.li](http://www.stgh.li)>. Der Verwaltungsgerichtshof hatte demgegenüber in einer Entscheidung vom 9. Februar 2006 in einem obiter dictum festgestellt, dass er der Staatshaftungsrechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs folgt (VGH 2005/94, Rz. 31).

172 Urteil CO.2004.2-46.

### 2.3 Staatliche Glücksspielmonopole

In der Rs. 1/06 *ESA ./.* *Norwegen* («*Gaming Machines*») hatte Norwegen Private vom *Betrieb von Spielautomaten* ausgeschlossen und dem Staatsunternehmen Norsk Tipping per Gesetz das entsprechende Exklusivrecht eingeräumt. Auf Beschwerde privater Betreiber, die damit vom Markt entfernt wurden, eröffnete ESA ein Vertragsverletzungsverfahren und parallel dazu beschritten die Privaten den Gerichtsweg. Im Oktober 2004 gab die ESA eine mit Gründen versehene Stellungnahme ab; einige Tage danach entschied das Stadtgericht Oslo, dass das Monopol das EWR-Recht verletze. Im August 2005 wurde dieses Urteil vom Appellationsgericht aufgehoben. Vor dem Obersten Gerichtshof beantragten die privaten Betreiber die Vorlage an den EFTA-Gerichtshof. Die norwegische Regierung drängte den Obersten Gerichtshof, von einer Vorlage abzusehen. Als der Oberste Gerichtshof die *Vorlage* mit der erstaunlichen Begründung *verweigerte*, die sich stellenden Rechtsfragen seien klar, erhob die ESA Vertragsverletzungsklage. Daraufhin entschied die Appellationskommission des Obersten Gerichtshofs, die sich gegen die Vorlage ausgesprochen hatte, mit zwei gegen eine Stimme, das Verfahren bis zum Urteil des EFTA-Gerichtshofs auszusetzen, der als «final arbiter» die autoritative Antwort auf Fragen des EWR-Rechts gebe.<sup>173</sup> Der Gerichtshof erkannte auf eine Verletzung der EWR-Vorschriften über die *Niederlassungsfreiheit* und die *Dienstleistungsfreiheit*. Unter Rechtfertigungsgesichtspunkten stellte er fest, dass die EWR-Staaten zwar frei sind, die Ziele ihrer Politik betreffend Spiel und Wette und das anzustrebende Schutzniveau festzulegen. Die Beschränkungen müssen aber berechnete Ziele verfolgen und verhältnismässig sein. Sie sind nur akzeptabel, wenn sie durch das Bestreben motiviert sind, die Spielgelegenheiten zu reduzieren, und wenn die Finanzierung von sozialen Aktivitäten nur eine nützliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der Beschränkungspolitik darstellt. Im Blick auf das Gebot der *Konsistenz* führte der Gerichtshof aus, dass ein Staat, der sich entschlossen hat, die Spielsucht durch die Reduktion der Spielgelegenheiten zu bekämpfen, indem er das Betreiben von Spielautomaten einem Staatsmonopol vorbehält, nicht gleichzeitig Massnahmen wie extensive Werbung unter-

173 Order of the Appeals Committee of the Høyesterett of 5 December 2005 in HR-2005-01895-U (Case Number 2005/1320).

stützen oder tolerieren darf, welche zu einer Zunahme der Spielgelegenheiten führen. Überdies muss eine konsistente und systematische Politik zur Bekämpfung der Spielsucht nach Inkrafttreten des Gesetzes auch eine *effektive Kontrolle* der Aktivitäten des Inhabers des Exklusivrechts umfassen. Da das neue Gesetz noch nicht in Kraft getreten war, mochte der Gerichtshof sich nicht auf die Annahme stützen, dass die öffentliche Kontrolle und die Durchsetzung der politischen Linie diesen Erfordernissen nicht entsprechen werden.<sup>174</sup> Das bedeutet, dass der Gerichtshof ein Stück weit ein *Solange-Urteil* erlassen hat.<sup>175</sup>

95

In Rs. E-3/06 *Ladbrokes* hatten die norwegischen Behörden dem grössten Buchmacher und Glücksspielunternehmen der Welt die Bewilligung zum *Anbieten verschiedener Spiele und Wetten* in Norwegen verweigert. Auf Vorlage des Stadtgerichts Oslo stellte der EFTA-Gerichtshof auch hier fest, dass ein System, das einem Staatsunternehmen das Exklusivrecht zum Anbieten von Spielen und Wetten erteilt und Privaten den Marktzugang verweigert, eine Beschränkung der *Niederlassungsfreiheit* und der *Dienstleistungsfreiheit* im EWR darstellt. Unter dem Aspekt der Rechtfertigung akzeptierte er die Ziele der Bekämpfung der Spielsucht und des Verbrechens als legitim. Und er betonte, dass die Gesetzgebung des betreffenden Staates dazu eine genuine Verminderung der Spielgelegenheiten anstreben muss. Das Motiv der Finanzierung mildtätiger Aktivitäten oder öffentlicher Belange stellt an sich keinen Rechtfertigungsgrund dar. Das Ziel, zu verhindern, dass Glücksspiele eine Quelle des privaten Gewinns werden, kann nur dann eine Rechtfertigung sein, wenn die Gesetzgebung auf einem moralischen Bedenken fusst. Wenn aber ein Staatsmonopol das Recht hat, eine Palette von Spielgelegenheiten zu offerieren, so kann man nicht sagen, dass die fragliche Gesetzgebung legitime Ziele verfolgt. Soweit hingegen die norwegische Gesetzgebung berechtigte Anliegen verfolgt, muss das nationale

174 Rs. E-1/06, *ESA v The Kingdom of Norway*, 2007 EFTA Court Report, 8.

175 Die *Solange*-Technik geht auf das deutsche Bundesverfassungsgericht zurück, das im sog. *Solange I*-Beschluss ausgeführt hat, *solange* das Gemeinschaftsrecht keinen Grundrechtskatalog enthalte, sei nach Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH die Vorlage an das BVerfG unter bestimmten Voraussetzungen zulässig und geboten (BVerfGE 37, 271). In *Solange II* anerkannte das BVerfG das Bestehen eines wirksamen Grundrechtsschutzes auf Gemeinschaftsebene und stellte fest, *solange* das so sei, seien solche Vorlagen nicht mehr zulässig (BVerfG 73, 339).



Gericht die Verhältnismässigkeit der Massnahme prüfen. Zwar seien die EWR-Staaten frei, das angestrebte Schutzniveau festzulegen, doch wäre die Politik *inkonsistent*, wenn ein Staat Massnahmen ergriffe, erleichterte oder tolerierte, welche den verfolgten Zielen zuwiderliefen. Im Kontext des Glücksspielgesetzes sind es v. a. die Marketingaktivitäten und die Entwicklung neuer Glücksspiele durch Norsk Tipping, auf die es bei der Beurteilung der Konsistenz ankommt. Das nationale Gericht muss auch prüfen, ob Norsk Tipping *weniger wirtschaftliche Anreize* hat, die anwendbaren Regeln zu brechen, oder weniger an einer aggressiven Marketingstrategie interessiert ist als ein kommerzieller Betreiber, der unter einem Lizenzsystem operiert.

#### 2.4 Heimfall des Eigentums an norwegischen Wasserfällen und an den dazugehörigen Kraftwerken

Nach norwegischem Recht konnten private und ausländische Eigentümer eine Konzession zum Betreiben von Wasserfällen für die Stromproduktion nur mit *zeitlicher Begrenzung* erwerben. Ihre Eigentumsrechte an den Wasserfällen und an den Kraftwerken fielen nach einer gewissen Zeit entschädigungslos an den Staat (Heimfall, norwegisch: «Hjemfall»). Norwegischen öffentlichen Unternehmen wurden solche Konzessionen ohne zeitliche Begrenzung (und demzufolge ohne Heimfall) eingeräumt. In dem von der ESA angestregten Verfahren argumentierte die norwegische Regierung umsonst, die Vorschriften über das System des Heimfalls lägen ausserhalb des Anwendungsbereichs des EWRA.<sup>176</sup> Auch das Argument, wonach das norwegische Gesetz keine Beschränkung der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit darstelle, wenn man die Art. 31 und 40 EWRA zusammen mit dem in Art. 125 EWRA verankerten Vorbehalt zugunsten der Eigentumsordnungen der EWR-Staaten lese, akzeptierte der Gerichtshof nicht. Er erkannte auf eine Verletzung der in Art. 31 EWRA garantierten *Niederlassungsfreiheit* und der in Art. 40 EWRA gewährleisteten *Kapitalverkehrsfreiheit* in Form einer *indirekten Diskriminierung*. Die norwegische Gesetzgebung wirke sich negativ auf Investitionen privater und ausländischer Unternehmen aus, wobei faktisch vor allem ausländische Unternehmen benachteiligt

96

176 Rs. E-2/06 ESA v Norway (Norwegian Waterfalls), 2007 EFTA Court Report, 163, Rz. 60.

seien.<sup>177</sup> Die *Sicherung der Energieversorgung* und der *Umweltschutz* wurden als legitime Ziele akzeptiert. Hingegen gingen die norwegischen Vorschriften über das hinaus, was zur Zielerreichung geeignet und erforderlich war. Der Staat verfüge während der Zeit vor dem Heimfall über keine Kontrollrechte, die er nicht schon aufgrund seiner hoheitlichen Stellung habe. Norwegen habe *nicht* nachgewiesen, dass öffentliches Eigentum *erforderlich* ist, um die Ziele der Sicherung der Energieversorgung und des Umweltschutzes durchzusetzen. In Krisensituation hätten die Zentralbehörden das Recht, allen Produzenten, auch den Privaten, Vorschriften zu machen.<sup>178</sup>

97

In der Lehre wurde betont, dass der EFTA-Gerichtshof in seinem *Hjemfall*-Urteil als erster Gerichtshof im EWR den Grundsatz des Verbots der *indirekten Diskriminierung* auf die Kapitalverkehrsfreiheit angewendet hat.<sup>179</sup> Auch mit Bezug auf Art. 125 EWRA wurde bemerkt, dass der EFTA-Gerichtshof Neuland betreten hat. Der EuGH hatte sich in den *Golden Share*-Fällen einer Auseinandersetzung mit dieser Vorschrift enthalten.<sup>180</sup>

## 2.5 Berechnung der maximalen Steuergutschrift für im Ausland bezahlte Körperschaftssteuer

98

In Rs. E-7/07 *Seabrokers AS ./. Norwegischer Staat*<sup>181</sup> entwickelte und betrieb Seabrokers über diverse Tochtergesellschaften *gewerbliche Immobilien*. Diese Geschäftstätigkeit war mit hohen Zinsausgaben für Hypothekarkredite verbunden. Operativ getrennt unterhielt das Unternehmen eine Niederlassung in Aberdeen, Grossbritannien, deren einzige Geschäftstätigkeit die *Schiffsmaklerei* war. Diese Niederlassung hatte

177 Ibid. Rz. 52 und 53.

178 Ibid. Rz. 82 ff.

179 Christa Tobler, Erstmals ausdrücklich indirekte Diskriminierung im Recht der Kapitalverkehrsfreiheit. Zur Rs. E-2/06 EFTA-Überwachungsbehörde – Norwegen (Heimfall von Wasserfällen), in: Jus & News 2008, 55–63; dies., Umgekehrte Konvergenz im Recht zur Kapitalverkehrsfreiheit anhand eines Beispiels aus dem Energierecht, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2007/2008, Bern 2008, 297 ff.

180 Vgl. Sven Norberg et al., The European Economic Area, EEA Law: A Commentary on the EEA Agreement, Stockholm 1993, 298 m.w.N.

181 Rs. E-7/07 *Seabrokers AS v The Norwegian State v/l Skattedirektoratet*, 2008 EFTA Court Report, 174.

nur sehr geringe Zinsausgaben für die laufende Geschäftstätigkeit. Seabrokers AS zahlte im fraglichen Zeitraum auch konzerninterne Beiträge an seine norwegischen Tochterunternehmen, um dort entstandene Verluste zu decken. Bei der Erstellung der Bilanz ordnete Seabrokers die Hypothekarzinsen und die konzerninternen Verlustbeiträge der Geschäftstätigkeit in Norwegen zu. Infolgedessen entfiel praktisch der gesamte Gewinn des Unternehmens auf die Geschäftstätigkeit in Grossbritannien. Der Gewinn wurde nach dem dortigen Steuersatz von 30 % besteuert. Nach dem Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Norwegen und Grossbritannien hatte ein in Norwegen ansässiges Unternehmen Anspruch auf eine *Steuerzugschrift* für in Grossbritannien bezahlte Steuern. Diese Steuerzugschrift war nach norwegischem Recht auf den Teil der norwegischen Steuer begrenzt, der auf den im Ausland erzielten Gewinn entfiel. Der Steuersatz in Norwegen betrug 28 %. Für die Berechnung des im Ausland erzielten Gewinns galt als Grundsatz, dass Einnahmen und Ausgaben dem Land zugeordnet wurden, in dem sie entstanden. Ausgaben, die keiner speziellen Geschäftstätigkeit zugeordnet werden konnten, wurden anteilig zum Nettoeinkommen angerechnet. Zinsausgaben sollten stets anteilig zum Nettoeinkommen angerechnet werden. Auf dieser Grundlage ordneten die norwegischen Steuerbehörden sowohl die Zinskosten als auch die konzerninternen Verlustbeiträge anteilig dem Nettoeinkommen der britischen Niederlassung zu. Durch die daraus resultierende *Doppelbesteuerung* erhöhte sich die globale Steuerlast von Seabrokers um fast 40 % verglichen mit der Situation, in der Seabrokers einzig Niederlassungen in Norwegen gehabt hätte. Der EFTA-Gerichtshof entschied, dass Norwegen, das im Verfahren von Deutschland unterstützt wurde, die Niederlassungsfreiheit verletze. Ein Unternehmen, das eine Niederlassung in einem anderen EWR-Staat habe und sich im Hinblick auf bestimmte Kosten in einer *objektiv vergleichbaren Situation* wie ein ausschliesslich im Inland tätiges Unternehmen befinde, dürfe nicht infolge seiner Niederlassung im Ausland schlechter gestellt werden. Das war nach den Feststellungen des Gerichtshofs dann der Fall, wenn die fraglichen Kosten objektiv ausschliesslich der inländischen Tätigkeit des Unternehmens zuzuordnen waren.

## XI. Kapitalverkehrsfreiheit

### 1. Allgemeines

99

Artikel 40 EWRA bestimmt:

«Im Rahmen dieses Abkommens unterliegt der Kapitalverkehr in bezug auf Berechtigte, die in den EG-Mitgliedstaaten oder den EFTA-Staaten ansässig sind, keinen Beschränkungen und keiner Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnortes der Parteien oder des Anlageortes. Die Durchführungsbestimmungen zu diesem Artikel sind in Anhang XII enthalten.»

100

Die Vorschrift hat die wesentlichen Elemente des Wortlauts des Art. 67 EWG-Vertrag in der *Vor-Maastricht-Fassung* übernommen. Art. 67 EWGV bestimmte, dass die Mitgliedstaaten untereinander während einer Übergangszeit alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs in Bezug auf in der Gemeinschaft ansässige Berechtigte beseitigen, «soweit es für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist». Die Vorschrift war daher nach der Rechtsprechung des EuGH der direkten Wirkung nicht fähig.<sup>182</sup> Art. 40 EWRA kennt die genannte Einschränkung nicht. Die Kapitalverkehrsrichtlinie (Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages) ist gemäss Punkt 1 von Anhang XII Teil des EWR-Rechts. Nach Art. 1 der Richtlinie beseitigen die Mitgliedstaaten unbeschadet der nachstehenden Bestimmungen die Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Gebietsansässigen in den Mitgliedstaaten. Zur Erleichterung der Durchführung der Richtlinie wird der Kapitalverkehr entsprechend der Nomenklatur in Anhang I gegliedert. Art. 1 der Richtlinie wurde vom EuGH in Verbindung mit Art. 4 in den verb. Rs. C-358/93 und C-416/93 *Strafverfahren gegen Aldo Bordessa u. a.* für *unmittelbar anwendbar* erklärt.<sup>183</sup> Die Verträge von Maastricht führten zu einer Änderung des Art. 67 EWG-Vertrag. Art. 73b des EG-Vertrages gab in der Sache den Inhalt von Art. 1 der Richtlinie 88/361/EWG wieder. Im Vertrag von Amster-

182 Rs. 203/80 *Strafverfahren gegen Guerrino Casati*, Slg. 1981, 2595.

183 Verb. Rs C-358/93 und Rs. C-416/93 *Strafverfahren gegen Aldo Bordessa u. a.*, Slg. 1995, I-361, Rz. 35.

dam wurde Art. 73b zu Art. 56 EG unnummeriert, nach dem Vertrag von Lissabon ist die Vorschrift in Art. 63 AEUV enthalten. Sie lautet:

- «(1) Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.  
(2) Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.»

Die Kapitalverkehrsfreiheit hat im EU-Recht *Direktwirkung*.<sup>184</sup> Sie enthält nicht nur ein Diskriminierungsverbot, wobei offene und versteckte Diskriminierungen erfasst sind, sondern auch ein Beschränkungsverbot. Verboten sind damit auch nationale Massnahmen, die für grenzüberschreitende und innerstaatliche Kapitalbewegungen *ohne Unterschied* gelten.<sup>185</sup> Sowohl diskriminierende als auch nicht-diskriminierende Massnahmen können aus den in Art. 65 AEUV genannten Gründen *gerechtfertigt* sein. Nach der Rechtsprechung des EuGH können Beschränkungen aber auch durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, wenn die Massnahme nicht diskriminierend und im Hinblick auf den angestrebten Zweck verhältnismässig ist.<sup>186</sup>

Da das EWR-Abkommen in die nationalen Rechtssysteme der EWR/EFTA-Staaten umgesetzt wurde und auch die Richtlinie 88/361/EWG gemäss Anhang XII Teil des EWR-Rechts ist, ist die Kapitalverkehrsfreiheit auch im EWR-Recht *direkt wirksam*. Nach der Änderung der unionsrechtlichen Vorschriften zur Kapitalverkehrsfreiheit im Maastrichter Vertrag stellte sich die Frage, ob die *Inhaltsgleichheit* mit dem EWR-Recht gegeben war. EFTA-Gerichtshof und EuGH haben hier in einer Serie von Urteilen Klarheit geschaffen.<sup>187</sup> In seiner neu-

101

102

184 Verb. Rs. C-163/94, Rs. C-164/94 und Rs. C-250/94 Strafverfahren gegen Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez und Figen, Slg. 1995, I-4821, Rz. 40–48.

185 Peter von Wilmowsky, Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Berlin 2009, 407 f.

186 Rs. C-334/02 *Kommission v Frankreich*, Slg. 2004, I-2229, Rz. 28.

187 Rs. E-1/00 *Íslandsbanki*, 2000-2001 EFTA Court Report, 8; Rs. C-452/01 *Margarethe Ospelt und Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, Slg. 2003, I-9743, Rz. 32, und Schlussanträge von Generalanwalt Geelhoed; Rs. E-1/04 *Fokus Bank ASA*, 2004 EFTA Court Report, Rz. 23; Rs. C-452/04 *Fidium Finanz AG v Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, Slg. 2006, I-9521.

esten Rechtsprechung stellt der EuGH routinemässig fest, dass Art. 40 Anhang XII EWRA dieselbe rechtliche Tragweite hat wie die Bestimmungen des Art. 63 AEUV.<sup>188</sup>

## 2. EWR-Fallrecht

103

In der Sache hat der EFTA-Gerichtshof mehrfach Neuland betreten. Besondere Bedeutung kommt dem Urteil in der Rs. E-1/04 *Fokus Bank* zu. In Rs. 10/04 *Piazza* hat der EFTA-Gerichtshof sodann eine *Lücke* im EWR-Abkommen gefüllt, indem er die in Art. 58 EG (heute: Art. 65 AEUV) genannten Rechtfertigungsgründe als auch im EWR-Recht anwendbar erklärt hat.<sup>189</sup>

### 2.1 Diskriminierende Abgeltungssätze auf Staatsgarantien für Darlehen von ausländischen Verleihern

104

In Rs. E-1/00 *Íslandsbanki*<sup>190</sup> entschied der EFTA-Gerichtshof, dass Art. 40 EWRA einen EWR-Staat daran hindert, Regeln beizubehalten, nach denen Kreditnehmer, die in den Genuss einer Staatsgarantie kommen, auf Darlehen von ausländischen Verleihern *höhere Garantiegebühren* an das Finanzministerium zu bezahlen haben als auf Darlehen von inländischen Verleihern.

188 Rs. C-521/07 *Kommission v Niederlande*, Slg. 2009, I-4873, Rz. 33; Rs. C-540/07 *Kommission v Italien*, Slg. 2009, I-10983, Rz. 69, und Schlussanträge von Generalanwalt Kokott, Rz. 70; Rs. C-72/09 *Établissements Rimbaud v Directeur général des impôts, Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence*, Urteil vom 28. Oktober 2010, noch nicht in Slg., Rz. 22.

189 Rs. E-10/04 *Paolo Piazza v Paul Schurte AG*, 2005 EFTA Court Report, 76, Rz. 39. Die in Art. 65 AEUV genannten Gründe berühren nicht die Anwendung der steuerrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten, wonach Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohn- oder Kapitalanlageort unterschiedlich zu behandeln sind. Ebenfalls unberührt bleibt auch das Recht der Mitgliedstaaten, unerlässliche Massnahmen zu ergreifen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften, insbesondere auf dem Gebiet des Steuerrechts und der Aufsicht über Finanzinstitute, zu verhindern. Den Mitgliedstaaten bleibt es überlassen, die Einführung von Meldeverfahren für den Kapitalverkehr zwecks administrativer oder statistischer Information vorzusehen oder Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind, zu ergreifen.

190 Rs. E-1/00 *State Debt Management Agency v Íslandsbanki-FBA*, 2000-2001 EFTA Court Report, 8.

## 2.2 Beschränkungen des Verkehrs mit landwirtschaftlichen Grundstücken

Dass Bürger und Unternehmen aus EWR/EFTA-Staaten im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV im EU-Pfeiler des EWR breiten Zugang zum EuGH haben, ist in der Rs. C-492/01 *Margarethe Ospelt* deutlich geworden.<sup>191</sup> Die Liechtensteinerin Margarethe Ospelt hatte ein ihr gehörendes landwirtschaftliches Grundstück mit Schloss in Vorarlberg mit notarieller Urkunde einer im Fürstentum Liechtenstein ansässigen Stiftung gewidmet, deren Erstbegünstigte sie war. Obwohl die Stiftung erklärte, sie wolle die Grundstücke denselben Landwirten wie bisher verpachten, verweigerten die vorarlbergischen Behörden die Erteilung der erforderlichen Genehmigung. Auf Vorlage des Verwaltungsgerichtshofs anerkannte der EuGH, dass das fragliche Gesetz im *Allgemeininteresse* liegende Ziele verfolgte, indem es die Erhaltung der landwirtschaftlichen Bevölkerung, die Wahrung einer die Entwicklung lebensfähiger Betriebe sowie die harmonische Pflege des Raumes und der Landschaft ermöglichenden Aufteilung des Grundeigentums sowie die Förderung einer vernünftigen Nutzung der verfügbaren Flächen unter Bekämpfung des Drucks auf den Grundstücksmarkt und unter Vorbeugung gegen natürliche Gefahren anstrebte. Es fehle aber, wie die liechtensteinische Regierung zutreffend vorgetragen habe, an der *Erforderlichkeit*, da die fraglichen Ziele auch mittels weniger einschneidender Massnahmen erreicht werden könnten.<sup>192</sup>

105

## 2.3 Diskriminierende Besteuerung von outbound dividends

In der Rs. E-1/04 *Fokus Bank* wurden von norwegischen Gesellschaften ausgeschüttete Dividenden nach dem norwegischen Gesellschaftssteuergesetz bei der Gesellschaft und bei den Aktionären besteuert. Um diese sogenannte wirtschaftliche Doppelbesteuerung zu vermeiden, wurde in Norwegen wohnhaften Aktionären eine Steuergutschrift in dem Sinne gewährt, dass die Dividenden nur bei der Gesellschaft besteuert wurden. Im Ausland wohnhafte Aktionäre kamen nicht in den Genuss dieser Gutschrift. Stattdessen unterlagen sie einer *Quellensteuer*, für welche die aus-

106

191 Rs. C-452/01 Margarethe Ospelt und Schlössle Weissenberg Familienstiftung, Slg. 2003, I-9743.

192 Ibid. Rz. 52.

schüttende Gesellschaft haftbar war. Der Gerichtshof stellte fest, dass EWR-Staaten im Rahmen bilateraler Doppelbesteuerungsabkommen frei sind, die Anknüpfungskriterien zur Aufteilung der Steuerhoheit festzulegen, bedeute nicht, dass sie bei der Ausübung dieser Steuerhoheit EWR-Recht missachten dürften. Art. 40 EWRA räume Einzelnen und Wirtschaftsakteuren ein Recht auf *Marktzugang* ein. Die unterschiedliche Behandlung wurde als *Beschränkung* dieses Rechts eingestuft, da sie gebietsabwesende Aktionäre davon abhalten könne, Kapital in norwegischen Gesellschaften zu investieren, und norwegische Gesellschaften daran hindern könne, Kapital ausserhalb Norwegens aufzunehmen. Die unterschiedliche Behandlung stelle aber auch eine *Diskriminierung* dar. Mögliche Steuervorteile im Heimatstaat könnten die Diskriminierung und Beschränkung nicht aufwiegen. Eine EWR-Vertragspartei könne ihre Verpflichtung, sich an das EWR-Recht zu halten, nicht auf eine andere Vertragspartei abschieben, indem sie sich darauf verlässt, dass diese die Diskriminierung und die Nachteile, welche durch die Gesetzgebung der ersten Vertragspartei verursacht werden, wiedergutmacht. Ebenso verlange der allgemeine Rechtsgrundsatz der *Rechtssicherheit*, dass die Beantwortung der Frage, ob einem im Ausland wohnhaften Aktionär eine Steuergutschrift gewährt wird oder nicht, nicht davon abhängen darf, ob eine Gutschrift bezüglich Dividendenzahlungen im Heimatstaat gegeben wird. Der Versuch der norwegischen Regierung, die Verletzung von Art. 40 EWRA zu rechtfertigen, scheiterte. Aktionäre mit Wohnsitz und solche ohne Wohnsitz in Norwegen befanden sich in einer objektiv *vergleichbaren Lage*. Wenn Ausnahmen von der Kapitalverkehrsfreiheit vorliegend mit der Begründung zugelassen würden, dass die Kohäsion des internationalen Steuersystems geschützt werden muss, so liefe das darauf hinaus, dass bilaterale Steuerverträge Vorrang vor dem EWR-Recht hätten. Schliesslich gab die Entstehungsgeschichte Anlass zur Annahme, dass der wahre Zweck des Gesellschaftssteuergesetzes der Schutz des *norwegischen Steueraufkommens* war, ein rein wirtschaftlicher Zweck.<sup>193</sup>

107

Das Urteil *Fokus Bank* hat in Lehre, politischer Öffentlichkeit und Rechtsprechung ein *grosses Echo* hervorgerufen.<sup>194</sup> Nationale Gerichte

193 Rs. E-1/04 Fokus Bank ASA, 2004 EFTA Court Report, 11.

194 Vgl. Axel Cordewener, Körperschaftsteueranrechnung für Gebietsfremde versus Kapitalverkehrsfreiheit. Zum Gutachten des EFTA-Gerichtshofs in Sachen Fokus



von EU-Staaten haben sich veranlasst gesehen, dem EuGH die Frage zu stellen, ob die Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs ins Unionsrecht zu übernehmen sei.<sup>195</sup> Der *EuGH* hat in den Rs. C-374/04 *Test Claimants in Class IV*, Rs. C-170/05 *Denkavit* und Rs. C-379/05 *Amurta* entschieden, die Möglichkeit könne nicht ausgeschlossen werden, dass ein Mitgliedstaat die Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Vertrag durch den Abschluss eines *Doppelbesteuerungsabkommens* mit einem anderen Mitgliedstaat sicherstellt.<sup>196</sup> In den Rs. C-540/07 *Kommission ./. Italien* und C-487/08 *Kommission ./. Spanien* hat er sich aber ein gutes Stück auf die *Fokus Bank*-Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs hinbewegt, indem er den Vorbehalt angebracht hat, dafür sei erforderlich, dass es die *Anwendung* des Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung erlaubt, die Wirkungen der sich aus dem nationalen Recht ergebenden unterschiedlichen Behandlung auszugleichen. Die unterschiedliche Behandlung von an gebietsfremde Aktionäre ausgeschütteten Dividenden einerseits und an gebietsansässige Aktionäre ausgeschütteten Dividenden andererseits entfalle nämlich nur dann, «wenn die nach den nationalen Rechtsvorschriften erhobene Quellensteuer auf die in dem anderen Mitgliedstaat geschuldete Steuer in dem Umfang angerechnet werden kann, in dem aufgrund des nationalen Rechts eine unterschiedliche Behandlung besteht».<sup>197</sup> In C-487/08 *Kommission ./. Spanien* hat der EuGH darauf hingewiesen, dass sich die Kommission auf Fokus Bank gestützt hat.<sup>198</sup>

---

Bank ASA: Wie drei Richter aus Island, Liechtenstein und Norwegen auszogen, die EU-Staaten das Fürchten zu lehren!, in: Finanz-Rundschau Ertragssteuerrecht, 2005, 345 ff.; Barry Larking, Fokus Bank: The End of Withholding Tax as We Know It?, in: EC Tax Review 2005/2, 69 ff.; Ben J.M. Terra and Peter J. Wattel, European Tax Law, 4th edition, The Hague 2005, 128 f.; Frederik Zimmer, Beyond Fokus Bank: EFTA Court vs. ECJ Jurisprudence, in: Tax Notes International, 49, 13, 1121 ff.; Süddeutsche Zeitung vom 25. April 2005.

195 Vorlagebeschluss des Gerichtshof te Amsterdam in Rs. C-379/05 *Amurta*, Slg. 2007, I-9569 und Rs. C-284/06 *Burda*, Slg. 2008,, I-4571.

196 Rs. C-374/04 *Test Claimants in Class IV*, Slg. 2006, I-11673, Rz. 71; Rs. C-379/05 *Amurta*, a. a. O., Rz. 79.

197 Rs. 540/07 *Kommission v Italien*, Slg. 2009, I-10983, Rz. 37; Rs. C-487/08 *Kommission v Spanien*, Slg. 2010, I-4843, Rz. 59.

198 *Ibid.* Rz. 17.

## 2.4 Ausschluss von Mitteln ausländischen Ursprungs von der Prozesskostensicherheit

108

In Rs. E-10/04 *Piazza*<sup>199</sup> urteilte der EFTA-Gerichtshof, dass eine Vorschrift wie die des damaligen § 56 der liechtensteinischen Zivilprozessordnung (ZPO), welche alle Mittel der Sicherheit für Prozesskosten, die aus anderen EWR-Staaten stammten, ausschloss, die in Art. 40 EWRA verankerte Kapitalverkehrsfreiheit verletzte. Die vorgelegte Frage war indes nur eine Nebenfrage. Das *Hauptproblem* des liechtensteinischen Rechts bestand darin, dass Personen ohne festen Wohnsitz in Liechtenstein, die als Kläger oder Rechtsmittelwerber auftraten, nach § 57 Abs. 1 ZPO dem Beklagten oder Rechtsmittelgegner auf dessen Verlangen für die Prozesskosten Sicherheit zu leisten hatten, sofern nicht durch Staatsvertrag etwas anderes festgesetzt war. Der liechtensteinische Staatsgerichtshof hatte bislang in ständiger Rechtsprechung entschieden, die Regelung sei EWR-konform.<sup>200</sup> Die Europäische Kommission empfahl dem EFTA-Gerichtshof, über das Vorlageersuchen des nationalen Gerichts hinauszugehen und die Frage der EWR-Verträglichkeit von § 57 Abs. 1 ZPO ebenfalls zu prüfen. Der Gerichtshof stellte fest, eine Vorschrift wie die vorliegende laufe auf eine *Beschränkung* des freien Kapitalverkehrs hinaus, da sie Kläger in Gerichtsverfahren daran hindere, Sicherheitsmittel aus anderen EWR-Staaten beizubringen. Nationale Vorschriften, welche die Kapitalverkehrsfreiheit im EWR beschränken, könnten, wie im Unionsrecht, aus Gründen wie den in *Art. 58 EG* (heute Art. 65 AEUV) vorgesehenen oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden.<sup>201</sup> Unter Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten anerkannte der Gerichtshof, dass die Vollstreckung einer ausländischen Sicherheit schwierig sein kann, da sie oftmals mit Kosten und Komplikationen verbunden ist, die bei der Vollstreckung einer inländischen Sicherheit nicht entstehen. Im Falle von Liechtenstein, welches das *Lugano-Übereinkommen* nicht ratifiziert habe, könne das in besonderem Mass zutreffen. Doch entbinde ein solcher Umstand die Vertragsparteien nicht von der Erfüllung ihrer Pflichten nach dem EWRA. Der vollständige Ausschluss jeglicher Sicherheiten aus anderen

199 Rs. E-10/04 Paolo Piazza v Paul Schurte AG, 2005 EFTA Court Report, 76.

200 Urteil des Staatsgerichtshof als Verfassungsgerichtshof, StGH 2002/37, Urteil vom 17. Februar 2003, in LES 2005, 3.

201 Rs. E-10/04 Paolo Piazza v Paul Schurte AG, 2005 EFTA Court Report, 76, Rz. 39.

EWR-Staaten sei *unverhältnismässig* und stelle einen Verstoß gegen Art. 40 EWRA dar. Damit hielt sich der EFTA-Gerichtshof an die Vorlagefrage, er zitierte aber das Vorbringen der Kommission im Sitzungsbericht.<sup>202</sup> Das sollte Folgen haben.

## 2.5 Pflicht eines ausländischen Klägers zum Erlag von Prozesskostensicherheit

In Rs. E-4/08 *Claudia Sebjanic ./. Christian Peters* legte das *Landgericht* mit Beschluss vom 3. Juli 2008 dem EFTA-Gerichtshof u. a. die Frage nach der Vereinbarkeit des § 57 Abs. 1 ZPO mit dem EWRA, insbesondere mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 4 EWRA, zur Vorabentscheidung vor. In einem Urteil vom 30. Juni 2008 hob der *Staatsgerichtshof* das ganze Kapitel zur Prozesskostensicherheit in der ZPO wegen Unvereinbarkeit mit dem EWR-Recht auf. Er berief sich auf das *Piazza*-Urteil des EFTA-Gerichtshofs und das Plädoyer der Kommission in diesem Fall und stellte fest, die Rechtslage sei nun klar.<sup>203</sup> Als der vorlegende Landrichter in *Sebjanic* vom Urteil des OGH erfuhr, zog er das Vorabentscheidungsersuchen am 10. Juli 2008 zurück<sup>204</sup> und wies den Kautionsantrag mangels gesetzlicher Grundlage ab. In der Folge erliess der Landtag eine neue ZPO. In Rs. E-5/10 entschied der EFTA-Gerichtshof gestützt auf Art. 4 EWRA, dass der neue § 57 ZPO unter bestimmten Voraussetzungen aus Gründen des öffentlichen Interesses gerechtfertigt sein kann.<sup>205</sup>

109

## 2.6 Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit zwischen EU-Mitgliedstaaten und EWR/ EFTA-Staaten wegen eines «anderen rechtlichen Rahmens»

In jüngster Zeit hat der EuGH den EU-Mitgliedstaaten die Befugnis zuerkannt, die EWR-Kapitalverkehrsfreiheit im Verkehr mit den EWR/ EFTA-Staaten deswegen einzuschränken, weil der durch die Richtlinie

110

202 Rs. E-10/04 Paolo Piazza v Paul Schurte, 2005 EFTA Court Report, 70, und Report for the Hearing, Rz. 84 ff.

203 Urteil des Staatsgerichtshofs als Verfassungsgerichtshof, StGH 2006/94, <www.stgh.li>.

204 Rs. E-8/07 Celina Nguyen v Staten v/Justis- og politidepartementet, 2008 EFTA Court Report, 229.

205 Rs. E-5/10 Dr. Joachim Kottke v Präsidial Anstalt und Sweetyle Stiftung, 2009-2010 EFTA Court Report, 331, Rz. 26 f.

77/799 geschaffene Rahmen der *Zusammenarbeit zwischen den Steuerbehörden* der Mitgliedstaaten zwischen den letzteren und den Behörden der EWR / EFTA-Staaten dann nicht bestehe, wenn kein Abkommen zur gegenseitigen Amtshilfe abgeschlossen worden sei. Die Rechtsprechung, die sich auf Beschränkungen der Ausübung der Verkehrsfreiheiten innerhalb der EU beziehe, könne nicht in vollem Umfang auf den Kapitalverkehr zwischen Mitgliedstaaten und EWR / EFTA-Staaten übertragen werden, «da sich dieser in einen anderen rechtlichen Rahmen» einfüge.<sup>206</sup> Nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 77/799 hätten die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten einander alle Auskünfte zu erteilen, die für die korrekte Festsetzung der Einkommens- und Vermögenssteuern geeignet sein können. Der damit geschaffene rechtliche Rahmen schreibe den automatischen und den spontanen Auskunftsaustausch, eine beschleunigte Übermittlung, die Hinzuziehung von Bediensteten der Staaten, Konsultationen und einen Erfahrungsaustausch vor. Die Ausnahmevorschrift des Art. 8 der Richtlinie 77/799 stelle eine eng auszulegende Ausnahme dar. Die Mitgliedstaaten seien nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verpflichtet, den mit der Richtlinie 77/799 eingeführten Auskunftsaustausch wirksam zu handhaben.<sup>207</sup>

## 2.7 Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit wegen Störungen im Funktionieren des Kapitalmarkts und der Zahlungsbilanz eines EWR / EFTA-Staates

111

In Rs. E-3/11 *Pálmi Sigmarsson ./. The Central Bank of Iceland* erlies der EFTA-Gerichtshof am 14. Dezember 2011 das erste Urteil im EWR zu Kapitalverkehrsrestriktionen, welche aufgrund der Finanzkrise von 2008 erlassen wurden. Island hatte unter Berufung auf Art. 43 Abs. 2 (Störungen im Funktionieren des Kapitalmarkts) und 4 (Bedrohung der Zahlungsbilanz als Folge eines Ungleichgewichts der Gesamtzahlungsbilanz oder der Art der zur Verfügung stehenden Devisen) EWRA den Transfer von isländischen Kronen aus dem Ausland nach Island unter-

206 Rs. C-540/07 *Kommission v Italien*, Slg. 2009, I-10983, Rz. 69; C-72/09 *Établissements Rimbaud v Directeur général des impôts, Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence*, Urteil vom 28. Oktober 2010, noch nicht in Slg., Rz. 22; vgl. Rs. C-101/05 *Skatteverket v A*, Slg. 2007, I-11531.

207 Kritisch zum Rimbaud-Urteil des EuGH Georg Gorton, Für ELISA, aber nicht für Liechtenstein, in: *European Law Reporter* 2010, 336 ff.

sagt. Ein Isländer hatte den Erlös aus dem Verkauf seiner englischen Wohnung in London in isländische Kronen umgetauscht und die isländischen Behörden hatten seinen Antrag auf Gewährung einer Ausnahme vom Transferverbot abgelehnt. Der EFTA-Gerichtshof befand, dass ein EFTA-Staaten in einem solchen Fall über ein weites Ermessen verfügt, da es um komplexe Beurteilungen verschiedener makroökonomischer Faktoren gehe. In Island habe in der fraglichen Zeit eine kritische Situation bestanden. Allerdings seien die allgemeinen Grundsätze des EWR-Rechts wie *Verhältnismässigkeit* und *Rechtssicherheit* zu beachten. Vorliegend gebe es aber keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Prinzipien nicht beachtet wurden. Auf ein entsprechendes Vorbringen des Klägers stellte der EFTA-Gerichtshof fest, aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit folge, dass das Abweichen von einer Grundfreiheit nur so lange dauern darf, wie es erforderlich ist.<sup>208</sup>

## XII. EWR-Grundrechte

Der EuGH hat schon früh, wenngleich nicht ganz freiwillig, auf die Europäische Menschenrechtskonvention und auf die Urteile des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs Bezug genommen.<sup>209</sup> In der Zwischenzeit ist diese Rechtsprechung in der Grundrechte-Charta der EU kodifiziert. Das EWR-Abkommen enthält lediglich in Begründungserwägung 1 seiner Präambel einen Hinweis auf Menschenrechte.

Der EFTA-Gerichtshof hat, ohne auf diese Grundlage oder auf die Spruchpraxis des EuGH zum EU-Recht Bezug zu nehmen, bei der ersten sich bietenden Gelegenheit deutlich gemacht, dass das EWR-Recht Grundrechte enthält und dass die Konvention und die Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs dabei eine wichtige Rolle spielen. In Rs. E-8/97 *TV 1000*<sup>210</sup> hatte der EFTA-Gerichtshof das der

112

113

208 Rs. E-3/11 *Pálmi Sigmarsson v The Central Bank of Iceland*, Urteil vom 14. Dezember 2011, noch nicht in Report.

209 Vgl. Rs. 44/79 *Hauer v Rheinland-Pfalz*, Slg. 1979, 3727; Rs. 63/83 *Regina v Kent Kirk*, Slg. 1984, 2689; Rs. 222/84 *Johnston v Chief Constable of the RUC*, Slg. 1986, 1651.

210 Rs. E-8/97 *TV 1000 Sverige AB v The Norwegian Government*, 1998 EFTA Court Report, 68.

Fernsehrichtlinie 89/552/EWG vom 3. Oktober 1989 zugrundeliegende Sendestaatsprinzip im Kontext der grenzüberschreitenden Sendung von *hardcore*-pornographischen Filmen auszulegen. Er bezog sich sowohl auf die in Art. 1 der Konvention garantierte *Freiheit der Meinungsäußerung* als auch, hinsichtlich der Schranken dieser Freiheit, auf das Grundsatzurteil des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs im Fall *Handyside*.<sup>211</sup> In Rs. E-2/02 *Bellona*<sup>212</sup> hielt der Gerichtshof im Zusammenhang mit einer gegen eine Beihilfeentscheidung der ESA gerichteten Nichtigkeitsklage fest, dass der *Zugang zu den (europäischen) Gerichten* ein grundlegendes Element der EWR-Rechtsordnung darstellt, das aber den Bedingungen und Beschränkungen unterworfen ist, die aus dem EWR-Recht folgen.

114

Das bislang wichtigste Urteil mit Grundrechtsbezug erliess der EFTA-Gerichtshof in Rs. E-2/03 *Ásgeirsson*.<sup>213</sup> Einer der drei Angeklagten vor dem nationalen Gericht hatte vor dem EFTA-Gerichtshof geltend gemacht, die Vorlage des Falles führe zu einer Verlängerung des Strafverfahrens und verletze dadurch das in Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention garantierte *Recht auf ein faires Verfahren* innerhalb angemessener Frist. Der EFTA-Gerichtshof entschied, dass die Vorschriften des EWR-Abkommens und die Verfahrensvorschriften des ÜGA im Lichte der Grundrechte auszulegen sind und dass die Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Urteile des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs wichtige Quellen für die Bestimmung der Reichweite dieser Rechte sind. Im Blick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK führte der EFTA-Gerichtshof aus, der Europäische Menschenrechtsgerichtshof habe im Fall *Pafitis* festgestellt, dass die durch eine Vorlage an der EuGH entstandene Verzögerung (in casu

---

211 EGMR, *Handyside v Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 7. Dezember 1976, Serie A, Nr. 24.

212 Rs. E-2/02 *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v ESA*, 2003 EFTA Court Report, 52, Rz. 36; bestätigt in Rs. E-5/10 *Dr. Joachim Kottke v Präsidial Anstalt und Sweetyle Stiftung*, 2009-2010 EFTA Court Report, 331, Rz. 26; Rs. E-3/11 *Pálmi Sigmarsson v The Central Bank of Iceland*, Urteil vom 14. Dezember 2011, noch nicht in Report, Rz. 29.

213 Rs. E-2/03 *Ákærvaldið (The Public Prosecutor) v Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson and Helgi Már Reynisson*, 2003 EFTA Court Report, 185; vgl. neuerdings Rs. E-15/10 *Posten Norge v ESA*, Urteil vom 18. April 2012, noch nicht in Report.

zwei Jahre und sieben Monate) bei der Beurteilung der Dauer eines Verfahrens nicht berücksichtigt werden konnte.<sup>214</sup> Das Gleiche müsse hinsichtlich des Verfahrens nach Art. 34 ÜGA gelten. Im vorliegenden Fall hatte die Zeitverzögerung nur etwas mehr als fünf Monate betragen.

In Rs. E-4/11 *Arnulf Clauder* bestätigte der Gerichtshof seine Grundrechtsrechtsprechung und wies darauf hin, dass alle EWR-Staaten Vertragsparteien der EMRK sind, in deren Artikel 8 Absatz 1 das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verankert ist. Er stellte weiter fest, dass dieses Recht in der Europäischen Union durch Artikel 7 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantiert wird.<sup>215</sup> Damit hat er zum ersten Mal auf die Charta Bezug genommen.

214 Pafitis and others v Greece, Urteil vom 26. Februar 1998, Reports 1998-I, Rz. 95.

215 Rs. E-4/01 *Arnulf Clauder*, Urteil vom 26. Juli 2011, noch nicht in Report, Rz. 49; vgl. auch Rs. E-12/10 EFTA-Überwachungsbehörde v Island, Urteil vom 28. Juni 2011, noch nicht in Report, Rz. 60.

