

Europäische Regulierung und nationale Souveränität. Praxisfragen zur Übernahme europäischen Rechts ausserhalb der EU¹

Peter Bussjäger/Christian Frommelt²

1. Ausgangslage

Das heutige Europa lässt sich am besten als ein System differenzierter Integration beschreiben. Den Kern bildet die Europäische Union (EU) mit ihren derzeit noch 28 Mitgliedstaaten. Durch das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWRA)³ sind die EU und ihre Mitgliedstaaten mit den drei Mitgliedern der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) Island, Liechtenstein und Norwegen verbunden, während das vierte EFTA-Mitglied, die Schweiz, durch zahlreiche sektorale Abkommen – die sogenannten bilateralen Abkommen – am europäischen Integrationsprozess partizipiert. Die einzelnen Integrationsmodelle unterscheiden sich sowohl hinsichtlich des funktionalen Geltungsbereichs als auch hinsichtlich der an die gemeinsamen Institutionen abgetretenen nationalstaatlichen Kompetenzen.

Sowohl aus rechts- als auch politikwissenschaftlicher Sicht passt dieses System differenzierter Integration nicht in die gängigen Schablonen der Staatstheorie. So bildet die EU einen Staatenverbund, der sich von traditionellen Konföderationen durch eine Rechtsordnung unterscheidet, die nicht nur durch die Mitgliedstaaten generiert wird, sondern autopoietisch.⁴ Dieser sich durch die Ziele und Prinzipien der europäischen Integration und dem daran geknüpften Handeln der EU-Organe selbst erzeugenden Rechtsordnung steht der nationale Souveränitätsanspruch der EU-Mitgliedstaaten diametral gegenüber, welche als «Herren der Verträge» die EU-Organe erst zur Ausübung supranationaler Zuständigkeiten ermächtigen. Der Souveränitätskonflikt, wie er paradigmatisch im «Lisabon-Urteil» des deutschen Bundesverfassungsgerichts⁵ zum Ausdruck gelangt, ist in der EU im Grunde noch immer ungelöst.

Dieser Konflikt ist im EWR durch dessen intergouvernementale Konzeption abgemildert. Nichtsdestotrotz genießt in Liechtenstein das EWRA und das in seinen Anhängen und Protokollen enthaltene EWR-Recht nach Lehre und Rechtsprechung⁶ auf Grund seines materiell verfassungsändernden Charakters Vorrang auch vor dem Verfassungsrecht. Dem EWR-Recht entgegen stehendes Landesrecht ist vom Staatsgerichtshof nach dessen Judikatur gestützt auf Art 18 StGHG⁷ als «EWR- bzw. verfassungswidrig» aufzuheben.⁸

Die in den EWR übernommenen EU-Rechtsakte bedürfen allerdings, und dies ist der massgebliche Unterschied gegenüber der Wirkung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten der Union, unter bestimmten Voraussetzungen einer Transformation als Staatsverträge durch Landtagsbeschluss gemäss Art 8 Abs 2 der liechtensteinischen Verfassung.^{9,10} Zuvor muss der EWR-Rechtsetzungsprozess, der in den Art 97–104 EWRA geregelt ist, durchlaufen werden.¹¹ Dabei ist die Beschlussfassung im Gemeinsamen EWR-Ausschuss bestehend aus Vertretern der EU sowie Vertretern Islands, Liechtensteins und Norwegens, wesentlich. Der Gemeinsame EWR-Ausschuss entscheidet einstimmig, womit jeder EWR/EFTA-Staat ein Vetorecht gegen die Übernahme eines neuen EU-Rechtsaktes in das EWRA besitzt. Die Beschlussfassung des Gemeinsamen EWR-Ausschusses macht den betreffenden EU-Rechtsakt sowie allfällige EWR-spezifische Anpassungen zu diesem Rechtsakt für alle Vertragsparteien vorbehaltlich der verfassungsrechtlichen Zustimmung in den einzelnen EWR/EFTA-Staaten (d. h. durch deren nationale Parlamente) völkerrechtlich verbindlich.¹² Welche Rechtsakte in Liechtenstein der verfassungsrechtlichen Zustimmung unterliegen, hat der Staatsgerichtshof in StGH 1995/14¹³ grundlegend präzisiert, insbesondere

¹ Die Tagung «Europäische Regulierung und nationale Souveränität» fand am 21. März 2017 am Liechtenstein-Institut in Barenden statt. In diesem Beitrag werden die wesentlichen Ergebnisse der Tagung, ergänzt um weiterführenden Anmerkungen, dargestellt.

² Peter Bussjäger ist Mitglied des Staatsgerichtshofes und Forschungsbeauftragter Recht am Liechtenstein-Institut in Barenden und ist dort Mitarbeiter am Online-Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung www.verfassung.li (Email: peter.bussjaeger@liechtenstein-institut.li). Christian Frommelt ist Forschungsbeauftragter Politik im Liechtenstein-Institut (Email: christian.frommelt@liechtenstein-institut.li).

³ Abkommen vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum, LGBL 1995 Nr. 68 LR 0.110.

⁴ EuGH Rs C-6/64 *Costa v ENEL*. Siehe dazu auch Bussjäger/Heissl, Nationaler Souveränitätsanspruch versus autonome Rechtsordnung? Integrationsschranken im Spannungsverhältnis zur Vorrangjudikatur des EuGH, ÖJZ 2008/8, 307 ff; Bussjäger, Föderale Systeme. Über Entstehung, Scheitern und Erfolg von Föderalismus (2017), 43.

⁵ BVerfG 30.06.2009, 2BvE 2/08 ua = EuGRZ 2009, 339 ff; siehe auch Bussjäger, Föderale Systeme, 44.

⁶ Dazu näher Bussjäger, Einführende Bemerkungen zur liechtensteinischen Verfassung, in: Liechtenstein-Institut (Hrsg.): Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung, Online-Kommentar, Barenden 2016, www.verfassung.li (Stand: 31. August 2015, zuletzt abgerufen am: 25. April 2017), Rz 143.

⁷ Gesetz vom 27. November 2003 über den Staatsgerichtshof, LGBL 2004 Nr. 32 LR 173.10.

⁸ So der Spruch in StGH 2006/94.

⁹ Verfassung des Fürstentums Liechtenstein vom 5. Oktober 1921, LGBL 1921 Nr. 15 LR 101.

¹⁰ Dazu Bussjäger, Art 8 LV, Kapitel VIII., in: Liechtenstein-Institut (Hrsg.): Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung, Online-Kommentar, Barenden 2016, www.verfassung.li (Stand: 31. August 2015, zuletzt abgerufen am: 25. April 2017).

¹¹ Dazu näher Entner-Koch, Liechtenstein im «EWR-Rechtsetzungsprozess», in: Bruha/Pällinger/Quaderer (Hrsg.), Liechtenstein – 10 Jahre im EWR, LPS 40, Schaan 2005, 81 ff.

¹² Entner-Koch, EWR-Rechtsetzungsprozess, 90.

¹³ LES 1996, 119.

zählen dazu solche, die liechtensteinisches Gesetzesrecht ändern.¹⁴

Die Weiterentwicklung des EWR-Rechts kann also nur mit Zustimmung jedes EWR/EFTA-Staates und deren Parlamente erfolgen. Auch die Gerichte bleiben unabhängig. Trotz oder vielleicht gerade wegen dieser verfassungsrechtlich und völkerrechtlich wenig spektakulären Rechtslage¹⁵ werden die praktischen Probleme, die sich den EWR/EFTA-Staaten stellen, kaum weniger. Dies war Gegenstand der zu Beginn dieses Beitrags angesprochenen Tagung des Liechtenstein-Instituts.

2. Zwei-Pfeiler-Struktur des EWR im Spannungsfeld von intergouvernementaler und supranationaler Integration

Christian Frommelt, Forschungsbeauftragter Politik am Liechtenstein-Institut, beleuchtete in seinem Beitrag «Zwei-Pfeiler-Struktur des EWR im Spannungsfeld von intergouvernementaler und supranationaler Integration» zunächst die Zwei-Pfeiler-Struktur des EWR sowie die Verfahren zur Übernahme von EU-Recht in das EWRA. Um die Homogenität im EWR zu sichern, wurden die Verfahren zur Übernahme von EU-Recht in das EWRA mehrfach angepasst. Mit dem *simplified procedure* und dem *fast-track procedure* wurden auch zwei neue Verfahren eingeführt, welche eine effizientere Übernahme von EU-Rechtsakten in den Bereichen Veterinärwesen, Pflanzenschutz und Lebensmittel (*simplified procedure*) respektive von EU-Rechtsakten ohne konkreten Anpassungsbedarf (*fast-track procedure*) sicherstellen sollten.

Seit dem Inkrafttreten des EWRA hat sich aber auch die Kompetenzverteilung zwischen den einzelnen Organen der Zwei-Pfeiler-Struktur des EWR sowie zwischen den Mitgliedstaaten und den EWR-Organen verändert. Insbesondere EU-Rechtsakte, welche Entscheidungskompetenzen an dezentrale EU-Agenturen delegierten, erwiesen sich dabei als Herausforderung für die institutionelle Struktur des EWR und erforderten EWR-spezifische Lösungen, welche üblicherweise im jeweiligen Übernahmebeschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses festgehalten wurden. Wie *Frommelt* in seinem Referat ausführte, hat dies durchaus zu einer Beschneidung der Entscheidungsautonomie der EWR/EFTA-Staaten gegenüber der ESA sowie einzelner EU-Agenturen geführt. Im Falle der Europäischen Agentur für Flugsicher-

heit (EASA)¹⁶ führte dies gar zur faktischen Aufhebung der Zwei-Pfeiler-Struktur, da die EASA die Kompetenz besitzt, rechtlich verbindliche Entscheidungen für die EWR/EFTA-Staaten zu treffen.

Veränderungen zeigen sich auch in der Zusammensetzung des EWR-Rechts. So werden immer mehr Entscheidungen und Verordnungen in das EWRA übernommen, während der Anteil an Richtlinien stetig zurückgeht. Urheber dieser Verordnungen und Entscheidungen ist dabei meist die Europäische Kommission. Im Unterschied dazu stammte das bei Inkrafttreten des EWRA im EWR geltende EU-Recht vor allem vom Rat der EU. Zudem ist die Anzahl der jährlich übernommenen EU-Rechtsakte stark angestiegen. Damit hat sich in den vergangenen 20 Jahren auch der Anteil des in das EWRA übernommenen EU-Rechts am gesamthaft durch die EU erlassenen Sekundärrecht stetig erhöht. Diese Entwicklungen zeigen, dass sich der Spielraum der EWR/EFTA-Staaten und deren Einflussmöglichkeiten auf die EU-Rechtsetzung seit Inkrafttreten des EWRA eher verringert hat, während die politische und wirtschaftliche Abhängigkeit von der EU gestiegen ist.

Statistiken zum EWR-Recht zeigen, dass nur etwa 13 Prozent der EU-Rechtsakte bei der Übernahme in das EWRA an den spezifischen Geltungsbereich und die institutionelle Struktur des EWR angepasst werden bzw. dass den EWR/EFTA-Staaten aufgrund spezifischer Bedingungen und Interessen Sonderregeln gewährt werden. Der Anteil der Beschlüsse des Gemeinsamen EWR-Ausschusses, die nach den innerstaatlichen Vorschriften einer besonderen Genehmigung (z.B. für Liechtenstein einer Genehmigung durch den Landtag gemäss Art 8 Abs 2 IV) bedürfen, beträgt derzeit etwa 11 Prozent.

Ziel des EWR ist die Schaffung eines homogenen und dynamischen Wirtschaftsraums zwischen den EWR/EFTA- und den EU-Staaten. Damit dieses Ziel auch erreicht werden kann, muss das EWR-relevante EU-Recht identifiziert werden, zeitnah und vollständig in das EWRA übernommen werden sowie schliesslich fristgerecht und korrekt durch die EWR/EFTA-Staaten im Rahmen der nationalen Rechtsordnung umgesetzt und angewendet werden. Diese Homogenität ist als Zielsetzung unbestritten und auch Voraussetzung für das gute Funktionieren des EWR. Allerdings hat sich in der Praxis gezeigt, dass die Homogenität oft mühsam erkämpft werden muss. Am Beispiel der Dauer des Übernahmeprozesses zeigte *Frommelt*, dass die Übernahme von rein technischen EU-Rechtsakten durch entsprechende Anpassungen der EWR-Verfahren beschleunigt werden konnte, während bei den übrigen Rechtsakten teils starke Verzögerungen auftreten. Hauptursache für diese Verzögerungen ist die Prüfung der Kompatibilität dieser EU-Rechtsakte mit der institutionellen Struktur sowie dem funktionalen Geltungsbereich des EWRA und die sich daraus ergebenden Verhandlungen über EWR-spezifische Anpassungen. Seit dem Inkrafttreten des EWRA kamen lediglich 20 Prozent der in das EWRA übernommenen EU-Verordnungen und

¹⁴ Der Genehmigung des Landtages unterliegen gemäss StGH 1995/14, Erw. 2.3, jedenfalls folgende Beschlüsse des Gemeinsamen EWR-Ausschusses (siehe auch Bussjäger, Art 8 LV, Kapitel VIII., Rz 111):

- Rechtsakte, die liechtensteinisches Gesetzesrecht ändern; betreffen Rechtsakte jedoch Sachbereiche, deren Regelung innerstaatlich zur Gänze der Regierung zusteht, ist keine parlamentarische Genehmigung erforderlich.
- Rechtsakte, die eine Beteiligung des Fürstentums Liechtenstein an Programmen mit finanziellen Auswirkungen bzw. Rückwirkungen vorsehen, die innerstaatlich dem Referendum unterstehen.
- In den Anwendungsbereich des Art 8 Abs 2 IV fallen grundsätzlich nur rechtsverbindliche Rechtsakte, nämlich Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen i.S. von Art 7 EWRA. Entschliessungen, Empfehlungen, Mitteilungen u.dgl. bedürfen daher keiner Genehmigung durch den Landtag.

¹⁵ Das EWR-Recht wird im Grunde wie jedes andere Staatsvertragsrecht transformiert.

¹⁶ Verordnung (EG) Nr. 1592/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2002 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Zivilluftfahrt und zur Errichtung einer Europäischen Agentur für Flugsicherheit.

Richtlinien gleichzeitig in der EU und den EWR/EFTA-Staaten zur Anwendung. In den übrigen Fällen führten die Übernahmeverzögerungen zu unterschiedlichen Rechtsstandards für die EU- und die EWR/EFTA-Staaten. Der Bereich der Finanzdienstleistungen hat dabei gezeigt, dass dies den Zugang der Unternehmen aus den EWR/EFTA-Staaten zum EU-Binnenmarkt stark beeinträchtigen könnte.

3. Praxisbeispiele: Die Übernahme europäischen Finanzaufsichtsrechts in den EWR

Welche Herausforderungen neue Entwicklungen im EU-Recht für den EWR bedeuten, wird am Praxisbeispiel der Übernahme des Europäischen Finanzaufsichtssystems in das EWRA deutlich.

a) Der Fall Norwegen

Die Implementierung von EWR-Recht fällt in einem Staat, der, wie Liechtenstein, einem monistischen Verständnis¹⁷ von Völkerrecht und nationalem Recht verpflichtet ist, wohl leichter als in einem solchen mit dualistischer Auffassung, wie Norwegen oder Island.¹⁸

Dies zeigte der Beitrag «Norway and the European Supervisory Authorities for financial services» von *Halvard Haukeland Fredriksen*, Professor an der Universität Bergen, auf. Der herrschenden Interpretation von Art 26 der norwegischen Verfassung,¹⁹ wonach das norwegische Parlament (Storting) mit einfacher Mehrheit Staatsverträge beschliessen kann, steht das Verfahren gemäss Art 115 der Verfassung entgegen.²⁰ Nach letzterer Bestimmung kann das Storting nur mit einer Dreiviertelmehrheit eine internationale Organisation mit der Wahrnehmung von Hoheitsrechten betrauen. Eine solche Kompetenzübertragung ist zudem nur möglich, wenn Norwegen der betreffenden internationalen Organisation als vollwertiges Mitglied angehört. Diese Bestimmung findet allerdings keine Anwendung, wenn es sich um eine internationale Organisation handelt, deren Entscheidungen in Norwegen ausschliesslich unter dem völkerrechtlichen Aspekt bedeutsam sind. Art 115 wurde bisher erst ein einziges Mal genutzt, und zwar im Jahr 1992, als das Storting das EWRA ratifizierte. Dies bedeutet allerdings nicht, dass

Norwegen seither keine Entscheidungskompetenzen an internationale Organisationen übertragen hat. So verwies *Fredriksen* in seinem Referat auf mehrere Beispiele, in welchen Norwegen im Rahmen des EWRA unter Berufung auf eine sogenannte ungeschriebene «de minimis» Ausnahme von Art 115 der norwegischen Verfassung Entscheidungskompetenzen mit einfacher Parlamentsmehrheit an eine EU-Agentur übertrug, obwohl Norwegen kein formelles Mitglied dieser EU-Agentur war.

In den meisten Fällen handelte es sich dabei um sehr technische und damit wenig politisierte Bereiche wie zum Beispiel Luftfahrtsicherheit.²¹ Im Unterschied dazu war die Übernahme der drei Europäischen Finanzaufsichtsbehörden, also der Europäischen Bankenaufsicht (EBA)²², der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA)²³ sowie der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA)²⁴ in das EWRA deutlich stärker politisiert. Alle drei Behörden verfügen über die Kompetenz, rechtlich verbindliche Entscheidungen gegenüber privaten Akteuren zu beschliessen. Um den in den EWR/EFTA-Staaten ansässigen Unternehmen weiterhin einen diskriminierungsfreien Zugang zum europäischen Binnenmarkt für Finanzdienstleistungen zu bieten, mussten die EWR/EFTA-Staaten das relevante EU-Finanzaufsichtsrecht in das EWRA übernehmen. Einer unmittelbaren Geltung der Entscheidungen der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden in Norwegen stehen jedoch die eingangs genannten Bestimmungen der norwegischen Verfassung entgegen. Hoheitsrechte können demnach nur der EFTA-Überwachungsbehörde (ESA) oder dem EFTA-Gerichtshof übertragen werden, nicht aber EU-Organen. Entsprechend war eine Übernahme nur mit EWR-spezifischen Anpassungen möglich.

Als für Norwegen einzig mögliche verfassungskonforme Lösung ergab sich daher, dass formell nicht die Europäischen Finanzaufsichtsbehörden, sondern die ESA solche Entscheidungen trifft.²⁵ Um die Homogenität des EWR-Rechts zu gewährleisten, erfolgen die Entscheidungen der ESA allerdings ausschliesslich auf Grundlage eines Entwurfs der entsprechenden Europäischen Aufsichtsbehörde. Im Gegenzug erhalten die ESA sowie

¹⁷ Nach dem monistischen Verständnis sind Völkerrecht und Landesrecht Teile eines einheitlichen Regelungssystems. Vgl. Thüerer, Liechtenstein und die Völkerrechtsordnung, Archiv des Völkerrechts 1998/2, 98 (109); Bussjäger, Einführende Bemerkungen, Rz 129.

¹⁸ Das dualistische Verständnis bedeutet die grundsätzliche Trennung von Völkerrecht und Landesrecht (Thüerer, Liechtenstein, 109; «Völkerrecht und Landesrecht sind nicht nur verschiedene Rechtsteile, sondern auch verschiedene Rechtsordnungen (...). Sie sind zwei Kreise, die sich höchstens berühren, niemals schneiden.» (Triepel, Völkerrecht und Landesrecht [1899], 111; siehe auch Schweisfurth, Völkerrecht (2006), 195, Rz 4 f).

¹⁹ Siehe <https://www.stortinget.no/en/In-English/About-the-Storting/The-Constitution/>.

²⁰ Vgl. dagegen Art 8 Abs 2 LV, der Staatsverträge, mit denen «über Staatshoheitsrechte (...) verfügt» wird, an die (blosse) Zustimmung des Landtages knüpft. Die Bestimmung deckt die Übertragung einzelner Hoheitsrechte, darunter auch Rechtsetzungsbefugnisse auf andere Staaten oder auf supranationale Organisationen ab (siehe auch Bussjäger, Art 8 LV, Rz 53 ff; Hoop, Die Auswärtige Gewalt nach der Verfassung des Fürstentums Liechtenstein (1995), 228.

²¹ Siehe Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 179/2004, LBGBl. 2005 Nr. 109.

²² Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission.

²³ Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/79/EG der Kommission.

²⁴ Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/77/EG der Kommission.

²⁵ Siehe die Beschlüsse Nr. 203/2016 und 205/2016 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses, LBGBl. 2016 Nr. 301 bis 307.

die EWR/EFTA-Staaten einen umfassenden Zugang zu den diversen Ausschüssen und Gremien der drei Europäischen Finanzaufsichtsbehörden – allerdings ohne Stimmrecht. In der Praxis verfügt die ESA weder über die Kapazitäten noch über sonstige konkrete Möglichkeiten, diese Entwürfe zu hinterfragen, auch wenn dies rechtlich möglich wäre. Als Rechtsschutzinstanz ist der EFTA-Gerichtshof vorgesehen, was für diesen zwar keine völlig neue Position wäre.²⁶ Da die Entscheidungen der ESA von der entsprechenden EU-Aufsichtsbehörde vorbereitet wurden, stellt sich allerdings die Frage, ob ein solcher Entwurf vom EFTA-Gerichtshof überhaupt aufgehoben werden kann und ob die inhaltliche Entscheidung nicht dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) unterliegt.

Insgesamt dauerte es fast sechs Jahren, bis eine für alle Vertragsparteien akzeptable Lösung zur Übernahme der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden in das EWRA gefunden werden konnte. Aus Sicht des norwegischen Verfassungsrechts ist die Lösung aber wenig überzeugend, da formell zwar die ESA zuständig ist (und damit Art 26 zur Anwendung kommt), de facto aber Entscheidungskompetenzen an eine EU-Behörde delegiert wurden (und deshalb Art 115 zur Anwendung hätte kommen müssen). Eine Änderung der norwegischen Verfassung, die eine Übertragung von Hoheitsrechten auf EU-Organe erlauben würde, hat bisher nicht die erforderliche Mehrheit gefunden. Die nächsten Herausforderungen stehen nach Auffassung *Fredriksens* deshalb schon vor der Tür, wenn es darum geht, die Rolle und die Funktionen der Europäischen Datenschutzbehörde in den EWR zu implementieren.

b) Die Implementierung in Liechtenstein

Die Implementierung des Europäischen Finanzaufsichtsrechts stiess in Liechtenstein aus den eingangs genannten Gründen auf weniger offensichtliche verfassungsrechtliche Probleme als in Norwegen und Island. Professor *Nicolas Raschauer* von der Universität Liechtenstein verwies darauf, dass per 31. Dezember 2016 8773 EU-Rechtsakte in Liechtenstein gültig waren, ein überzeugender Beweis für die enge Anbindung des Landes an das europäische Recht.²⁷ Fast 200 EU-Rechtsakte auf dem Gebiet der Finanzdienstleistungen sind noch in das EWRA zu übernehmen. Dabei ist zwischen Level-I-,

Level-II- und Level-III-Rechtsakten zu unterscheiden, die wie folgt zu präzisieren sind. Der Begriff Level-I-Rechtsakte meint Basisrechtsakte, erlassen durch das Europäische Parlament und den Rat der EU auf Vorschlag der Europäischen Kommission, im Rahmen des ordentlichen EU-Rechtsetzungsverfahrens gemäss Art 294 AEUV. Ihr Ziel ist die Vollendung des Binnenmarktes für Finanzdienstleistungen (Art 26 AEUV).

Level-II-Rechtsakte sind demgegenüber solche, die von der Europäischen Kommission im Sinne von «Delegierten Rechtsakten» oder «Durchführungsrechtsakten» erlassen werden und Ergänzungen sowie Änderungen nicht wesentlicher Vorschriften oder technische Präzisierungen der Basisrechtsakte enthalten. Der Entwurf solcher Rechtsakte wird dabei meist durch die drei Europäischen Finanzaufsichtsbehörden erstellt. Diese Rechtsakte sind in der Regel in den EU-Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar. Im EWR gelten sie erst ab Übernahme in das nationale Recht. Die Kundmachung erfolgt im Landesgesetzblatt.

Nicht in das EWRA übernommen werden dagegen die sogenannten Level-III-Rechtsakte, nämlich die Leitlinien der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden.

Für Liechtenstein stellt sich als besondere Herausforderung, dass zahlreiche EU-Rechtsakte im Bereich der Finanzdienstleistungen bis heute nicht in das EWRA übernommen wurden. Angesichts der existenziellen Bedeutung dieser Rechtsvorschriften für den liechtensteinischen Finanzmarkt – sie stellen den Zugang zum europäischen Markt her – schritt der liechtensteinische Gesetzgeber zu einer autonomen «Vorübernahme» von verschiedenen EU-Rechtsakten.²⁸ *Raschauer* verwies in diesem Zusammenhang auf das aus Art 67 Abs 2 LV²⁹ resultierende Kundmachungsproblem: Ist eine autonome Kundmachung von EU-Rechtsakten im Wege einer spezialgesetzlichen Verweispublikation verfassungskonform? *Raschauer* nannte hierbei auch StGH 2015/81,³⁰ in welchem der Staatsgerichtshof die konkrete Verweisungsnorm als verfassungskonform bestätigte.

²⁶ Der EFTA-Gerichtshof ist gemäss Art 108 Abs 2 EWRA u.a. zuständig für Rechtsmittel gegen Entscheidungen der EFTA-Überwachungsbehörde in Wettbewerbssachen. Gemäss Art 36 Abs 2 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofes können auch natürliche oder juristische Personen Klage gegen eine Entscheidung der EFTA-Überwachungsbehörde wegen den in Abs 1 angeführten Gründen, wenn sie gegen diese ergangen sind oder sie unmittelbar und individuell betreffen, einreichen (vgl. *Baudenbacher*, Grundfreiheiten, 789).

²⁷ Zu beachten ist allerdings, dass sich die Angabe von *Raschauer* auf die insgesamt seit 1994 in das EWRA übernommenen EU-Rechtsakte bezieht, wovon etliche Rechtsakte zwischenzeitlich aufgehoben wurden. So waren Anfang März 2017 etwas über 5000 EU-Rechtsakte im EWR in Kraft. Über 40 Prozent dieser Rechtsakte gelten aber nicht für Liechtenstein aufgrund von verschiedenen Ausnahmebestimmungen. Siehe *Frommelt*, In Search for Effective Differentiated Integration, PhD Thesis, April 2017, Zürich.

²⁸ Siehe etwa das Gesetz über die Abänderung des Bankengesetzes, LGBl. 2014 Nr. 348, das in Kapitel III. eine spezielle Verweiskundmachung enthält.

²⁹ Nach dieser Bestimmung kann u.a. für die in Liechtenstein aufgrund von Staatsverträgen anwendbaren Rechtsvorschriften eine Kundmachung in vereinfachter Form, wie insbesondere eine Verweispublikation auf ausländische Rechtssammlungen, eingerichtet werden.

³⁰ LES 2016, 86 mit Anmerkung von *Ungerank*.

Die Kriterien des Staatsgerichtshofes sind allerdings streng.³¹ Immerhin erlaubt es dieser vom Staatsgerichtshof akzeptierte «lichtensteinische Weg»³² in Einzelfällen, bis zur Übernahme eines EU-Rechtsaktes in den EWR Zeit zu gewinnen. Langfristig betrachtet es *Raschauer* allerdings als fraglich, ob dieser Modus Operandi auf jeden neuen EU-Finanzmarktakt anwendbar ist. Die Problematik bleibt also virulent.³³

4. Rechtsübernahme in den bilateralen Verträgen Schweiz–EU

Der Fall Schweiz ist wiederum besonderer Art, wie von *Matthias Oesch*, Professor für Öffentliches Recht, Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Zürich, im Referat «Die Übernahme von EU-Recht im Rahmen der bilateralen Verträge Schweiz-EU»³⁴ gezeigt wurde. Die bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU sind grundsätzlich statisch ausgestaltet. Ein EU-Rechtsakt, welcher qua Verweis Bestandteil eines bilateralen Abkommens wird und damit «vervölkerrechtlich» auch im Verhältnis zur Schweiz verbindlich ist, gilt in der Fassung, welche zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens in der EU einschlägig ist. Anders ausgedrückt wird EU-Recht in der Regel im Rahmen der bilateralen Abkommen nicht übernommen, sondern EU- und Schweizer Recht werden für gleichwertig erklärt. Die faktische Notwendigkeit und gängige Praxis im EWR, EU-Rechtsakte buchstäblich und zeitnah zu übernehmen, findet deshalb keine institutionelle Entsprechung in den bilateralen Abkommen. Eine der wenigen Ausnahmen ist die Assoziierung zu den Schengen- und Dublin-Abkommen, in welcher sich die Schweiz zu einer dynamischen Übernahme von EU-Rechtsakten verpflichtet. Trotz der statischen Konzeption der bilateralen Abkommen wer-

den die darin enthaltenen Verweise auf EU-Sekundärrecht regelmässig überprüft und gegebenenfalls durch Beschlüsse des durch das jeweilige Abkommen eingesetzten Gemischten Ausschusses aktualisiert.

Als ein Beispiel für eine solche nicht zwingende aber de facto notwendige Aktualisierung nannte *Oesch* die «Übernahme» der Richtlinie über die Anerkennung beruflicher Qualifikationen.³⁵ Im Unterschied dazu hat sich die Schweiz trotz Druck der EU bisher geweigert, die sogenannte Unionsbürgerschaftsrichtlinie³⁶ zu übernehmen. Die EU hat deshalb bereits mehrfach eine Überarbeitung der bilateralen Abkommen im Sinne eines institutionellen Rahmenabkommens EU–Schweiz gefordert, welches unter anderem einen Mechanismus zur dynamischen Weiterentwicklung des bilateralen Rechts enthalten soll. Besonderes Augenmerk verdient in diesem Zusammenhang aus Schweizer Sicht die Frage, ob dabei die demokratischen Rechte in der Schweiz respektiert werden.

Bereits heute ist die tatsächliche Wahlfreiheit der Schweiz wegen der Verknüpfung der verschiedenen Abkommen durch die sogenannte Guillotine-Klausel in den Bilateralen Abkommen I (1999) eingeschränkt. Die Guillotine-Klausel besagt, dass die sieben Abkommen des ersten Pakets bilateraler Abkommen automatisch aufgehoben werden, wenn eines dieser sieben Abkommen gekündigt wird. Diese Verknüpfung verschiedener Abkommen und Politikbereiche ist der Preis, den die Schweiz dafür bezahlt, in einzelnen Politikbereichen und von den Grundfreiheiten profitieren zu können, ohne sich institutionell den Regeln der EU zu unterwerfen.

Welche Probleme allerdings im Falle eines solchen institutionellen Rahmenabkommens entstehen können, zeigt bereits die Schengen/Dublin-Assoziierung. Diese wird für die Schweiz weitem als bedeutsam und vorteilhaft erachtet. Bei der Verbrechensbekämpfung und beim Umgang mit Migration ist es zunehmend schwieriger, autonom Antworten auf Herausforderungen zu finden und Probleme zu lösen; ein Rückschritt zum Status quo ante scheint kaum ratsam. Ein solcher drohte allerdings bei der Abstimmung vom 17. Mai 2009 über die Einführung der biometrischen Pässe: Gegen die Weiterentwicklung des Besitzstandes der Schengen-Assoziierung durch den «Bundesbeschluss vom 13. Juni 2008 über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft betreffend die Übernahme der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 über biometrische Pässe und Reisedokumente» war das Referendum ergriffen worden. Ein Erfolg des Referendums hätte wohl dazu geführt, dass die Schweiz die Schengen-Assoziierung aufkündigen hätte müssen. Mit

³¹ Nach Auffassung von StGH 2015/081, Erw. 6.2 muss die vereinfachte Kundmachung die Ausnahme bilden. Eine solche kann vorliegen, «wenn sich die verwiesenen Rechtsvorschriften nicht an die Allgemeinheit, sondern nur an einen beschränkten Kreis von Fachleuten wenden (vgl. Art 11 Abs 1 Bst. b KmG). Denn in diesen Fällen wird den zentralen Funktionen der Gesetzespublikation (siehe Erw. 5), wie insbesondere dem Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit, grundsätzlich auch mit einer lediglich vereinfachten Kundmachung Genüge getan. So sind im gegenständlichen Fall die im Amtsblatt der Europäischen Union publizierten und im Internet jederzeit zugänglichen CRD IV und CRR für die mit den entsprechenden Vorschriften befassten Finanzfachleute leicht auffindbar. Eine lediglich vereinfachte Kundmachung ist somit angemessen und zumutbar. Hinzu kommt, dass sich die verwiesenen EU-Rechtsakte an einen beschränkten Adressatenkreis richten und dass es sich schliesslich bei der vorliegenden vereinfachten Kundmachung um eine zeitlich befristete Übergangslösung handelt.»

³² Wie sich in der Diskussion zeigte, beschritt der norwegische Gesetzgeber auch schon ähnliche Wege.

³³ Unklar ist auch, inwieweit eine autonome Umsetzung durch einen EWR/EFTA-Staaten dessen Marktteilnehmern überhaupt einen Zugang zum EU-Binnenmarkt garantieren kann. So hat die Europäische Kommission bereits im Jahr 2012 festgehalten, dass sie eine autonome Umsetzung von EU-Rechtsakten, deren Übernahme in das EWRA sich verzögert, als nicht für vereinbar mit dem aktuellen EWR-Recht erachtet. Siehe European Commission, A review of the functioning of the European Economic Area, Commission Staff Working Document, Brussels, 7.12.2012.

³⁴ Siehe hierzu <https://www.eda.admin.ch/dea/de/home/bilaterale-abkommen/ueberblick.html>.

³⁵ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

³⁶ In der Schweiz wird statt Unionsbürgerschaftsrichtlinie meist der Begriff der Freizügigkeitsrichtlinie verwendet: Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG.

der noch ausstehenden Übernahme der Neufassung der «Feuerwaffenrichtlinie»³⁷ in den Schengen-Besitzstand droht ein erneutes Referendum innerhalb der nächsten zwei Jahre.

Bundesrat und Parlament sind sich dieser Sachzwänge durchaus bewusst. *Oesch* spricht dabei von einem unauf lösbaren Spannungsverhältnis zwischen der Teilnahme am Binnenmarkt und der Wahrnehmung der direktdemokratischen Rechte in der Schweiz. Ein solches Spannungsverhältnis besteht bereits heute, würde im Falle eines institutionellen Rahmenabkommens aber weiter erhöht.

5. Zusammenfassende Schlussfolgerungen

In der Diskussion zeigte sich, dass die Art, wie Juristinnen und Juristen die Herausforderungen des EWR diskutieren, stark davon geprägt ist, wie die Fragestellungen durch die nationalen Behörden in den Materialien dargestellt werden und mit welchen aus dem nationalen Recht bereits bekannten Mechanismen (z.B. bei der Anwendung von «sperrigen» Verfassungsbestimmungen) Lösungen gesucht werden. In vielen Themenbereichen spielt bei der schleppenden Übernahme von EU-Recht in das EWRA eine Rolle, ob die betroffenen lokalen Akteure wirtschaftliche Beziehungen in ganz Europa pflegen (möchten) oder auf einzelne Nachbarstaaten konzentriert sind, mit denen sich informell Lösungen eingespielt haben.

Die Veranstaltung untermauerte, dass der EWR für Liechtenstein ein wichtiges Instrument darstellt, um Zugang zu europäischen Märkten zu erhalten. Sie zeigte aber auch, dass das System des EWR mit seiner Zwei-Pfeiler-Architektur an der Grenze seiner Leistungsfähigkeit angelangt ist. Es besteht ein steter Druck, EU-Rechtsakte möglichst rasch zu übernehmen, obwohl die in diesen Rechtsakten geregelten institutionellen Anforderungen oftmals nicht mit der institutionellen Struktur des EWRA kompatibel sind. Daraus ergeben sich demokratietheoretische und rechtsstaatliche Probleme. Dass es der liechtensteinische Landtag gemäss Verfassung theoretisch in der Hand hat, durch Verweigerung der Zustimmung zu einem EWR-Rechtsakt dessen Anwendung in Liechtenstein zu verhindern, ist ein wesentliches Element des Demokratieprinzips in Liechtenstein. Dieses wird aber durch den Druck, der insbesondere auch vonseiten der betroffenen Wirtschaftskreise ausgeübt wird, für die der Zugang zu den europäischen Märkten von existenzieller Bedeutung ist, unterhöhlt.

Auf der anderen Seite ist das ungleichzeitige Inkrafttreten von Rechtsakten ein grosses Problem insbesondere für die Finanzwirtschaft. Der EWR erweist sich für die Bewältigung von Problemkonstellationen als schwerfälliges Instrument. Die Kompetenzen der einzelnen Institutionen des EFTA-Pfeilers sowie ihr Zusammenspiel mit den Institutionen der EU oder der EWR/EFTA-Staa-

ten sind genauso wenig abschliessend definiert wie der funktionale Geltungsbereich des EWRA. Hinzu kommt das Fehlen von «political leadership». Nichtsdestotrotz ist den Vertragsparteien bisher stets eine Einigung gelungen, ohne dass das Hauptteil des EWRA oder die Verfassungen in den EWR/EFTA-Staaten angepasst werden mussten. Diese Flexibilität ist wohl vor allem das Resultat der geringen Politisierung des EWRA in den EWR/EFTA-Staaten sowie deren grosses Interesse am Erhalt des EWR. Die EWR/EFTA-Staaten profitieren bis anhin aber auch davon, dass die EU den Funktionsdefiziten des EWR wenig Aufmerksamkeit schenkte.

Erschwerend tritt hinzu, dass die politischen und wirtschaftlichen Prioritäten der EWR/EFTA-Staaten Liechtenstein, Island und Norwegen verschieden sind. Sie sind jedoch wegen der Verpflichtung, mit einer Stimme zu sprechen (Art 93 Abs 2 EWRA), auf ein gutes Einvernehmen angewiesen. Ein weiteres Problem ist die ungenügende Einbindung der EWR/EFTA-Staaten in den Rechtsetzungsprozess der EU. Zwar können die EWR/EFTA-Staaten in zahlreichen Ausschüssen der EU mitwirken, verfügen dabei aber nicht über ein Stimmrecht. Zudem haben sie keinen Zugang zu Ausschüssen des Europäischen Parlaments oder des Rats der EU.

Auch Rechtsschutzfragen sind bei Weitem noch nicht gelöst. Die Verfassungskonformität der gewählten Konstruktion wird vor allem davon abhängen, ob es ein taugliches Rechtsschutzsystem gibt, das gegen Entscheidungen welcher europäischer Organe auch immer zur Verfügung steht. Damit kommen auch auf den EFTA-Gerichtshof neue Herausforderungen zu.

Dank viel Pragmatismus ist es den EWR/EFTA-Staaten gelungen, die Funktionsweise des EWR zu sichern. Grundlegende institutionelle Schwächen in der Zwei-Pfeiler-Struktur wurden dabei aber genauso wenig behoben wie die verfassungsrechtlichen Probleme in den EWR/EFTA-Staaten. Der eingangs genannte, dem europäischen Integrationsprozess immanente Konflikt zwischen einer institutionellen Eigendynamik und dem Festhalten an der nationalstaatlichen Entscheidungshoheit hat sich deshalb im EWR in den vergangenen Jahren weiter verschärft und es stellt sich die berechtigte Frage, wann die Anpassungsfähigkeit des EWR an seine Grenzen stösst.

³⁷ Richtlinie (EU) 2017/... des Europäischen Parlaments und des Rates vom ... zur Änderung der Richtlinie 91/477/EWG des Rates über die Kontrolle des Erwerbs und des Besitzes von Waffen (definitive Version der Richtlinie noch nicht veröffentlicht). Siehe <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2017-0068&language=DE&ring=A8-2016-0251>.