



BAUDENBACHER KVERNBERG
LAWYERS & ADVISORS
ZÜRICH | OSLO | STAVANGER | BRUSSELS

Prof. Dr. Dr. h.c. Carl Baudenbacher
Visiting Professor LSE
Präsident des EFTA-Gerichtshofs 2003-2017
o. Prof. em. HSG

Ein kritischer Blick auf den EWR

Stiftung für Staatsrecht und Ordnungspolitik, Private Universität im Fürstentum Liechtenstein (UFL), 24. April 2023

Embargo: 24.4.23, 18.30

I. Einleitung

Das multilaterale EWR-Abkommen, das 2024 30 Jahre alt wird, ist das am weitesten gehende Integrationsabkommen, welches die EU je abgeschlossen hat. Vertragsparteien sind derzeit die Union und ihre nach dem Brexit 27 Mitgliedstaaten und die drei EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen. Das EWRA bezweckt die Ausdehnung des Binnenmarktes auf die drei genannten EFTA-Staaten.

Das Recht in beiden Pfeilern, dem EU-Pfeiler und dem EFTA-Pfeiler, ist inhaltsgleich. Die EWR/EFTA-Staaten haben bei seiner Schaffung ein gestaltendes Mitspracherecht. Aber sie unterstehen nicht der Überwachung durch die Europäische Kommission und der Rechtsprechungshoheit des EuGH.

Die Quintessenz des EWR ist vielmehr, wie der erste Präsident der ESA, *Knut Almestad*, bei der Feier zur Eröffnung des EFTA-Gerichtshofs am 4. Januar 1994 gesagt hat, die Tatsache, dass die EWR/EFTA-Staaten ihre eigene, unabhängige Überwachungsbehörde und ihren eigenen, unabhängigen Gerichtshof haben.

Liechtenstein ist damit der einzige Kleinstaat, der am europäischen Tisch sitzt, bei der Gesetzgebung, der Überwachung und der Rechtsprechung. Beim viel grösseren Andorra ist es wie beim armen Lazarus im Lukasevangelium; es muss nehmen, was vom Tisch der EU abfällt.

II. Die Protagonisten

Wenn *Knut Almestad* mit seiner Feststellung von der Quintessenz recht hatte – und er hatte recht –, so hängt das gute Funktionieren des Abkommens wesentlich davon ab, ob die richtigen Leute in die ESA und den EFTA-Gerichtshof gewählt werden.

Ich war viele Jahre Gastprofessor an der *University of Texas*, und bin grundsätzlich ein Anhänger der amerikanischen Denkschule des „*legal realism*“. Danach genügt es nicht, abstrakte Rechtsregeln zu betrachten, man muss auch das soziale und politische Umfeld in den Blick nehmen. Dazu gehören die Menschen, welche mit den Regeln umgehen. Eigentlich leuchtet das jedem ein: Ein Richter, der selber fünf Mal geschieden ist, wird sich in einem Scheidungsprozess wahrscheinlich anders verhalten als einer, der sich nie hat scheiden lassen oder der gar nie verheiratet war.

Im EWR-Recht geht es aber nicht um Monogamie oder Polygamie. Es geht darum, ob ein Mitglied der ESA bzw. des EFTA-Gerichtshofs über ausreichendes wirtschaftsrechtliches Verständnis verfügt, ob die Person daran glaubt, dass Marktwirtschaft grundsätzlich gute Ergebnisse liefert, ob sie von der Regierung, die sie nominiert hat, unabhängig und gleichzeitig in der Lage ist, ihren Kollegen die historischen, juristischen, wirtschaftlichen und kulturellen Besonderheiten ihres Landes zu vermitteln. Es geht vor allem auch darum, ob ein College Member bzw. ein Richter oder eine Richterin meinungsstark ist und sich in der Beratung durchsetzen kann.

Ich habe stets gesagt, dass der Richter des kleinsten Landes am kleinsten Gerichtshof der Welt über vier P's verfügen muss: Er muss Prestige und Power haben, Präsenz zeigen und das Protokoll beherrschen. Nach dem Protokoll ist er oder sie den Kollegen des grossen EuGH gleichgestellt.

III. Inhomogenität des EFTA-Pfeilers

Das grösste Problem des EWR ist die Inhomogenität des EFTA-Pfeilers. Ich verrate kein Geheimnis, wenn ich sage, dass Norwegen viel zahlt und sich nicht selten als «Supermacht» geriert und gelegentlich dazu neigt, Personen für die ESA und den EFTA-Gerichtshof zu nominieren, die ihrer Regierung treu ergeben sind. Das geht in erster Linie, aber nicht nur, auf Kosten norwegischer Bürger und Unternehmen. Natürlich gibt es auch Ausnahmen.

Nun müssen die beiden anderen EWR/EFTA-Staaten einem solchen Vorschlag zustimmen. Natürlich ist es für die Regierung eines Landes von der Grösse Liechtensteins schwierig, nein zu sagen. Aber ein wenig genauer hinschauen als in der Vergangenheit sollte man im Interesse der Sache und im eigenen Interesse schon. Wir haben während der COVID-Krise erlebt, dass Richter, z.B. in Deutschland, den

Regierenden gegenüber sehr willfährig waren. Das gefährdet die Gewaltenteilung und kann leicht ins Wirtschaftsrecht überschwappen.

Max Weber hat diejenigen, welche das Recht verwalten, Politiker, Richter, Beamte, auch Rechtsanwälte, als «Rechtsstab» bezeichnet. Es genügt nicht, wenn sich der Liechtensteiner EWR-Rechtsstab auf die Fälle konzentriert, welche das eigene Land betreffen und dann selbstzufrieden feststellt, dass alles in bester Ordnung ist weil man von der ESA in Ruhe gelassen wird. Man sollte sich auch an Fällen beteiligen, die einen nicht direkt betreffen. Das Argument von den «fehlenden Ressourcen» überzeugt nicht.

Der sog. NAV-Skandal, der derzeit die norwegische Politik und die Justiz beschäftigt, muss auch hierzulande interessieren. Seit fast 30 Jahren hat die Wohlfahrtsbehörde NAV das EWR-Recht systematisch verletzt, indem sie die Auszahlung von Leistungen von der physischen Anwesenheit der Berechtigten – Norweger und EWR-Ausländer – auf norwegischem Boden abhängig gemacht hat. Ich lege offen, dass meine schweizerisch-norwegische Kanzlei Opfer dieser Politik - es geht wohl um über 100'000 Menschen - vor norwegischen Gerichten vertritt.

IV. Transparenz

Sven Svedman, ESA-Präsident von 2015 bis 2017, hat zutreffend festgestellt, mit je drei Mitgliedern seien die Institutionen des EFTA-Pfeilers zwar nicht schwach, aber verwundbar. Umso wichtiger ist es, dass bei der Bestellung der Akteure Transparenz herrscht. Dass die College Members in Hinterzimmern bestimmt werden, geht eigentlich nicht. Man muss sich auch fragen, warum Norwegen stets mit Erfolg das ESA-Präsidium für sich beansprucht.

Was den EFTA-Gerichtshof angeht, so ist es höchste Zeit, dass, wie in der EU, ein unabhängiges internationales Panel geschaffen wird, das die von den Regierungen präsentierten Kandidaten auf Ihre Befähigung und ihre Unabhängigkeit prüft. Wir haben gerade erlebt, dass der norwegische Regierungsadvokat im Verbund mit dem Büro des Premierministers mit allen Mitteln versucht hat, den EFTA-Gerichtshof mit einem «*political appointee*» aufzufüllen. Der EFTA-Gerichtshof besteht faktisch seit Mitte 2022 aus zwei Richtern, einem Richter, der nur noch auf der Lohnliste steht, aber nicht mehr aktiv ist, und einem Ersatzrichter. Das muss doch auch in den anderen beiden Hauptstädten interessieren.

V. Vorteile Liechtensteins

Wie der frühere Kings College-Direktor und heutige Osloer Professor *Mads Andenas* gesagt hat, gibt es in der internationalen Justiz ein juristisches und ein diplomatisches Paradigma. Aber ein Richter, der glaubt, in jedem zweiten Fall die nationale Karte spielen zu müssen, verliert seine Glaubwürdigkeit.

In meiner Zeit sind mehrere für Liechtenstein wesentliche Urteile ergangen: (1) In E-5/10 *Dr. Kottke* haben wir gegen den Widerstand von ESA und der Europäischen Kommission und entgegen dem Fallrecht des EuGH entschieden, dass die Anordnung einer aktorischen Kautions nur dann unzulässig ist, wenn sie unverhältnismässig ist. (2) In E-15/15 und E-16/15 *Swiss Life* und *Vienna Life* haben wir gegen das Plädoyer von ESA und der Europäischen Kommission geurteilt, dass der Kauf von Lebensversicherungen aus zweiter Hand nicht den Verbraucherschutznormen des EWR-Rechts untersteht. (3) In den Rechtssachen E-3/13 und E-20/13 *Olsen* hat der EFTA-Gerichtshof gegen den Widerstand Norwegens, des Vereinigten Königreichs und Frankreichs den Liechtensteiner Trust anerkannt. Der EuGH ist uns in C-646/15 *Panayi* gefolgt. (4) In E-4/09 *Inconsult* hat ein *Liechtensteiner* Richter dem EFTA-Gerichtshof Gelegenheit gegeben, zur Frage Stellung zu nehmen, ob eine Webseite einen dauerhaften Datenträger darstellt. Das ist ein Urteil von gesamteuropäischer Bedeutung.

Die Liechtensteiner Volkswirtschaft hat aber auch von den zahlreichen von der Regierung verlorenen Urteilen profitiert, welche den Wettbewerb im Land gestärkt haben.

VI. Einfluss auf die EU

Der EFTA-Gerichtshof hat zwischen 1994 und 2017 mehr als 200 Urteile zu strittigen Fragen gefällt. Sie führten zu weit über 250 Zitaten durch den EuGH, seine Generalanwälte und das Gericht der EU in etwa 170 Fällen. Das ist eine ziemlich gute Erfolgsbilanz für ein Gericht, das nach kurzer Zeit von fünf auf drei Richter verkleinert wurde. Der EFTA-Gerichtshof hatte mit seiner Rechtsprechung einen überproportionalen Einfluss auf den EuGH.

Natürlich ist ein solcher judizieller Dialog für die Richter eines kleinen Gerichts eine schöne Sache. Aber darum geht es nicht. Wichtiger ist, dass der EFTA-Gerichtshof in zentralen Fragen des europäischen Wirtschaftsrechts tendenziell marktorientierter entschieden hat als der EuGH.

Seit 2018 ist dieser judizielle Dialog praktisch zum Erliegen gekommen. Der EFTA-Gerichtshof hat damit seinen Einfluss auf den EuGH verloren.

Lobenswert ist die Politik der ESA, sich an bedeutenden Fällen vor dem Gericht der EU und dem EuGH zu beteiligen. Die EWR/EFTA zeigt auf diese Weise Flagge.

VII. Schluss

Insgesamt bin ich der Auffassung, dass der EWR eine Zukunft hat. *C'est le provisoire qui dure!* Zwar stellt die Gesetzgebungsmaschinerie der EU ein Land von der Grösse Liechtensteins vor Probleme. Aber wie die Alternative aussehen könnte, macht die Schweiz vor. In Bern hat man den EWR immer schlecht geredet und nun ist

man dabei, sich in einem «Rahmenabkommen» der faktischen Überwachung durch die supranationale EU-Kommission und dem Auslegungsmonopol, d.h. der Rechtsprechungshoheit, des EuGH, zu unterwerfen. Diese Organe sind nicht neutral; sie haben die DNA der EU. Damit begäbe sich die Schweiz institutionell in die Gesellschaft der post-sowjetischen Republiken in Ost-Europa und der Staaten Nordafrikas. Dass sich ein Staat einem extraterritorialen Gericht unterwirft, ist ein Hauptmerkmal eines ungleichen Vertrages («*unequal treaty*»). Hinzu kommt, dass Konflikte nur als zwischenstaatliche Auseinandersetzungen begriffen werden. Bürger und Unternehmen befinden sich, anders als im EWR, in einer Bittstellerposition gegenüber Bern.

Wie gesagt, war der «Great State of Texas» viele Jahre meine zweite Heimat, wo man mit Schusswaffen umzugehen weiss. Am 29. März 2023 hat Helvetia's Aussenminister einen Hüftschuss abgegeben indem er ankündigte, dass seine Regierung formelle Verhandlungen mit der EU über den Abschluss eines solchen neokolonialen Vertrages aufnehmen werde. Man glaubt es kaum, aber in der Schweiz sind nach dreissig Jahren des europapolitischen Herumeierns immer noch Hüftschüsse möglich. Allerdings weiss auch jeder Texaner, dass sie eigentlich nur im Film treffen.

Liechtenstein ist mit seiner EWR-Mitgliedschaft besser dran als sein Zollvertragspartner. Das Fürstentum ist Risiken eingegangen und ist prozessorientiert vorgegangen. Das hat sich ausbezahlt. Man gehört zu einem «Club» und wird nicht als Sonderling angesehen. Es ist aber nichts garantiert und dem EWR muss Sorge getragen werden. Die Besetzung der ESA und des EFTA-Gerichtshofs ist dabei von entscheidender Bedeutung.