LJZ
LIECHTENSTEINISCHE
JURISTEN-ZEITUNG

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

Heft 1 | März 2020 | 41. Jahrgang

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen Teil 1:
Beiträge zum Jubiläum «25 Jahre EWR»

Andrea Entner-Koch: Connecting Liechtenstein to Europe – ein facettenreiches Zusammenspiel 2

Sabine Monauni: Liechtenstein und die EU: Mehr als eine reine Wirtschaftsbeziehung 3

Henri Gétaz: Der Europäische Wirtschafsraum: eine resiliente institutionelle Konstruktion 7

Bernd Hammermann: Liechtenstein: 25 Jahre EWR-Gerichtsbarkeit 11

Frank J. Büchel: Die Rolle der ESA im EWR 21

Christina Neier: Der EWR-Beschlussfassungsprozess in Recht und Praxis 26

Judith Sild: Die Herausforderungen für das EWR-System durch die «Agenturisierung» des Unionshandelns 34

Christian Frommelt: Ist die EWR-Mitgliedschaft ein Souveränitätsgewinn? Über ein Narrativ und dessen aktuelle Bedeutung 41

Halvard Haukeland Fredriksen: 25 years after Liechtenstein saved the EFTA Court: the case for reform 50

Georges Baur: Unmittelbare Wirkung und Vorrang im EWR: Schutz einer abstrakten Souveränität der EFTA-Staaten oder konkreter Rechtschutz für Bürger und Unternehmen? 56

Sarah Schirmer: Die Durchsetzung des EU- und EWR-Beihilferechts vor nationalen Gerichten 65

Stefan Barriga/Esther Schindler: Die EWR-rechtliche Dimension des Brexit 75

Helen Lorez: Liechtenstein und der EWR-Finanzierungsmechanismus 82

Andreas Th. Müller: EWR-Recht und Extraterritorialität 91

Thomas Bischof: SOLVIT – Effiziente Problemlösung im EWR 97

Abhandlungen Teil 2:

Peter Bussjäger: Aktuelles aus der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes 2016 – 2019 104

Mathias Walch: Zum Missbrauch der Vertretungsmacht im Liechtensteinischen Stiftungsrecht 111

Rechtsprechungsübersicht 124

Mitteilungen 125

Fachliteratur 126

Amtliche
Liechtensteinische Entscheidungssammlung (LES)

Staatsgerichtshof 1

Verwaltungsgerichtshof 15

Fürstlicher Oberster Gerichtshof 20

Fürstliches Obergericht 45



Liechtensteinische Juristenzeitung (LJZ):
Für die Redaktion bestimmte Zuschriften und Manuskripte, Besprechungsexemplare und Zeitschriften sind an die Schriftleitung, FL-9490 Vaduz, Spaniagasse 1, zu richten. Die Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR) behält sich das ausschliessliche Recht der Vervielfältigung und Verbreitung der zum Abdruck gelangenden Beiträge sowie ihre Verwendung für fremdsprachige Ausgaben vor. Für den Inhalt der einzelnen Abhandlungen trägt ausschliesslich der Autor die Verantwortung.

Druck: Gutenberg AG, FL-9494 Schaan

ISSN 1029–1776

Bezugsbedingungen:
Das Jahresabonnement der Liechtensteinischen Juristenzeitung (LJZ), umfassend vier Hefte, Inhaltsverzeichnis, Einbanddecke und Volltext-Suche auf der Homepage www.juristenzeitung.li, beträgt ab 01.01.2014 CHF 160.– zuzüglich Versandkosten.

Abonnements können beim Sekretariat der Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR), Frau Pamela Begle, c/o Obergericht, FL-9490 Vaduz, Spaniagasse 1, Telefon +423/236 71 83, E-Mail: pamela.begle@gerichte.li, bestellt werden.

Anzeigenaufträge werden vom Sekretariat der Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR), FL-9490 Vaduz, Spaniagasse 1, entgegengenommen.

LJZ

LIECHTENSTEINISCHE JURISTEN-ZEITUNG

Offizielles Mitteilungsorgan
der Vereinigung
Liechtensteinischer Richter (VLR)

2020

41. Jahrgang

Vorab

Vorab informieren wir in Zukunft an dieser Stelle über Neues, Bemerkenswertes, Interessantes in Kürze.

Wechsel in der LES-Redaktion: *Dieter Santner* (ihm gebührt Dank und Anerkennung!) scheidet zufolge Pensionierung als Berufsrichter mit dieser Ausgabe aus der Redaktion aus, *Jürgen Nagel* folgt ihm nach.

Mit 01.01.2020 – ein erster Anlauf vor fast 30 Jahren scheiterte (vgl. BuA 2019/37, 8) – ist das **Notariatsgesetz**, LGBl 2019 Nr 306, in Kraft getreten. Der Gründungsvorstand der Notariatskammer (Art 81 Abs 1 NotarG) und die Mitglieder der Prüfungskommission für Notare (Art 73 Abs 1 NotarG) wurden von der Regierung bereits bestellt. Diese für Liechtenstein neue Tätigkeit als Notar (kein Pflichtnotariat; kein Notar als Gerichtskommissär in Verlassenschaftssachen) darf aber erst aufgenommen werden, wenn sämtliche Massnahmen zur Errichtung der Notariatskammer getroffen und die erforderlichen Richtlinien erlassen wurden. Dieser Zeitpunkt wird von der Regierung im LGBl kundgemacht werden (Art 81 Abs 5 NotarG).

Interessante Vorabentscheidungsersuchen aus Liechtenstein beschäftigen den **EFTA-Gerichtshof**: Das Fürstliche Obergericht (E-10/19 *Bergbahn Aktiengesellschaft Kitzbühel v Meleda Anstalt*) möchte Art 30 der **4. Geldwäscherei-Richtlinie** ausgelegt haben: Was bedeutet es, *angemessene Angaben* zum wirtschaftlichen Eigentümer einholen zu müssen, genügt die blosse Informationserteilung oder müssen (auch wenn es sich um eine im EWR domizilierte Gesellschaft handelt und das Organ Rechtsanwalt ist) die zugrundeliegenden Dokumente vorgelegt werden, muss gegebenenfalls (zur Informationserlangung) auf eigenes Risiko und eigene Kosten geklagt werden? Nicht minder spannend erscheint die Vorlage der Beschwerdekommission für Verwaltungsangelegenheiten (E-11/19 *Adpublisher AG v J* und E-12/19 *Adpublisher AG v K*): Sieht die **DSGVO** ein anonymes Beschwerdeverfahren vor und ist Kostenersatz bei Obsiegen (auch im zweiseitigen Rechtsmittelverfahren) ausgeschlossen? Die vollständigen Vorlagefragen sind abrufbar unter www.eftacourt.int. Erwähnenswert: Von den 13 im vergangenen Jahr beim EFTA-Gerichtshof angefallenen Verfahren geht fast die Hälfte (sechs) auf Vorabentscheidungsersuchen aus dem Fürstentum Liechtenstein, dem kleinsten der drei EWR/EFTA-Staaten, zurück.

Eine **neue Professur** (Wirtschaftsstrafrecht, Compliance und Digitalisierung) wird ab 01.09.2020 am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität die bestehenden Lehrstühle (Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht, ex Prof. *Schurr*; Bank- und Finanzmarktrecht, Prof. *Raschauer*) ergänzen. Die Bewerbungsfrist ist im Januar abgelaufen.

Jürgen Nagel/Uwe Öhri/Wilhelm Ungerank

Abhandlungen

Beiträge zum Jubiläum «25 Jahre EWR»

Connecting Liechtenstein to Europe – ein facettenreiches Zusammenspiel

Andrea Entner-Koch*

Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen)[1] wurde von der Europäische Union, der damaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, verhandelt, um die wirtschaftlich erfolgreichen EFTA-Staaten auch ohne EU-Mitgliedschaft näher an sich zu binden. Für die damaligen EFTA-Staaten war aus politischen und/oder verfassungsrechtlichen Vorgaben eine EU-Mitgliedschaft – zumindest zu diesem Zeitpunkt – keine Option. Allerdings sprengte die angestrebte enge Anbindung an die EU durch die Anwendung der vier Grundfreiheiten und dem gleichberechtigten Zugang zum EU-Binnenmarkt klar den Rahmen eines klassischen Freihandelsabkommens. Daher musste ein neuer Weg gefunden werden, dessen Ergebnis schlussendlich das EWR-Abkommen als «internationales Abkommen sui generis» mit eigenen Institutionen war[2].

Aber was ist denn nun «sui generis» am EWR-Abkommen? Sind das die speziellen EWR/EFTA-Institutionen, wie die EFTA-Überwachungsbehörde und der EFTA-Gerichtshof, seine Dynamik und der allgegenwärtige Homogenitätsgedanke des EWR-Abkommens? Oder seine Regelungsbreite und Regelungstiefe? Sicher ist «sui generis» die mit der engen Anbindung und dem gleichberechtigten Zugang zum EU-Binnenmarkt einhergegangene Errichtung von parallelen EWR/EFTA-Institutionen mit gespiegelten Kompetenzen der EU-Kommission und des Gerichtshofs der Europäischen Union. Diese institutionelle Lösung war ein Novum für die EU und muss auch als grosses Zugeständnis der EU gewertet werden. Im derzeitigen Kontext wäre eine solche Lösung nicht mehr denkbar und muss auch klar als Produkt seiner Zeit verstanden werden.

Die Autorinnen und Autoren der nachfolgenden Beiträge zu 25 Jahre EWR widmen sich dem «sui generis» in seinen vielschichtigen Ausprägungen und den verschieden Facetten des EWR-Abkommens und seiner Institutionen mit Stand vom 22. Februar 2020. Dabei wird der Bogen von den Autorinnen und Autoren von den Anfängen des EWR-Abkommens, seiner Anpassungsfähigkeit, seiner völkerrechtlichen Verankerung und Wirkung auf den Einzelnen, bis hin zur Wirkung auf die politischen Entscheidungsprozesse in Liechtenstein gespannt.

Das «daily EEA-life», das sich in den letzten 25 Jahren doch beträchtlich verändert und weiterentwickelt hat, wird ebenso beschrieben. Die sich in der Praxis stellenden Herausforderungen werden beleuchtet und konkrete Vorschläge für Verbesserungen gemacht. Die für das Funktionieren und die Glaubwürdigkeit des EWR-Abkommens wichtigen Institutionen, wie die EFTA-Überwachungsbehörde und der EFTA-Gerichthof, informieren über ihre Funktionsweise und ihre Perspektive des EWR-Abkommens.

Ebenso wird der EWR-Finanzierungsmechanismus dargestellt, dessen Ziel neben der Stärkung der wirtschaftlichen schwächeren EU-Staaten auch die Stärkung der gemeinsamen europäischen Werte, wie z.B. Rechtsstaatlichkeit, ist.

In dieser Zusammenstellung darf natürlich nicht fehlen, welche Fragen sich im EWR-Kontext des Austritts des Vereinigten Königreiches aus dem EWR gestellt haben und wie diese schlussendlich gelöst werden konnten.

Als krönender Abschluss wird das EU-weite (und kostenlose) Problemlösungs-Netzwerk SOLVIT beschreiben, an dem Liechtenstein, wie auch Island und Norwegen gleichberechtigt teilnimmt und sicher stellt, dass die Landesbürger und liechtensteinische Unternehmungen im EU-Binnenmarkt von den Grundfreiheiten des EWR-Abkommens profitieren können.

Das EWR-Abkommen hat gezeigt, dass es in der Lage war, all die Veränderungen der EU, sei es in der geographischen Ausdehnung bzw. Schrumpfung oder in der Kompetenzerweiterung, bravourös zu meistern. Ein Bestehen über 25 Jahre hinweg wäre ohne das Zusammenspiel und dem politischen Wunsch aller involvierten Akteure auf EU- und EWR/EFTA-Seite zum Gelingen dieses Abkommens beitragen zu wollen und auch so manchen Kompromiss zu schliessen, nicht möglich gewesen. Es bleibt daher zu hoffen, dass dieser Wille auch noch in den kommenden Jahren vorhanden sein wird.

---

* *Dr. iur. Andrea Entner-Koch, LL.M. (Brügge) ist Leiterin der Stabsstelle EWR der Liechtensteinischen Landesverwaltung; www.sewr.llv.li.*

[1] Abkommen vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum, LGBl 1995 Nr 68.

[2] Siehe Gutachten des EFTA-Gerichtshofs, Rs E-9/97, *Erla María Sveinbjörnsdóttir*, [1998] EFTA Ct. Rep. 97, Rn 59.

Liechtenstein und die EU: Mehr als eine reine Wirtschaftsbeziehung

Sabine Monauni*

«Das EWR-Abkommen ist keine kurzfristige Transaktion, sondern eine langfristige Partnerschaft, zu der jeder seinen Beitrag leistet und aus der jeder seinen Nutzen zieht. In einer Welt von wiederauflebendem Nationalismus und Autoritarismus, in der geopolitische Spannungen echte Bedrohungen für unsere Bürgerinnen und Bürger erzeugen, standen Sie [EWR/EFTA-Staaten] fest auf der Seite der Weisheit, der Rechtsstaatlichkeit, der Zusammenarbeit und der tieferen Integration unserer Nationen. Dafür möchte ich Ihnen heute danken.»[1]

Donald Tusk, EU-Ratspräsident (2014–2019)

I. Jubiläum: 25 Jahre EWR-Mitgliedschaft

Am 1. Mai 2020 jährt sich Liechtensteins EWR-Beitritt zum 25. Mal. Was ursprünglich als «Wartesaal» für die EU-Mitgliedschaft konzipiert war, gilt heute als erfolgreiches und langfristiges Modell für europäische Staaten, die der EU nicht beitreten wollen oder können. Dabei hat die EU im letzten Vierteljahrhundert tiefgreifende Transformationen durchlaufen, die sich auch in Änderungen der EU-Verträge widerspiegeln. Hinzu kamen existentielle Krisen im Bereich Wirtschafts- und Währungsunion sowie Migration, die bis heute die Solidarität innerhalb der EU auf die Probe stellen. Nichtsdestotrotz hat sich das EWR-Abkommen[2] als robust und gleichzeitig flexibel genug erwiesen, um diesen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Dies vor allem dank viel Pragmatismus und Flexibilität von Seiten der Vertragsparteien. Und auch heute noch ist das EWR-Abkommen Massstab für Kooperations- und Assoziierungsabkommen, welche die EU mit Drittstaaten in der Nachbarschaft ausverhandelt.

Zweifelsohne ist die EWR-Mitgliedschaft für Liechtenstein eine Erfolgsgeschichte. Sie ist nicht nur Ausdruck einer souveränen Aussenpolitik, sondern trägt auch massgeblich zum Erfolg des Wirtschaftsstandorts Liechtenstein bei. Der Brexit und die globalen Machtverschiebungen bringen das europäische Modell der Nachkriegsjahre jedoch unter Druck mit der Folge, dass die EU ihre Interessen mit allen Mitteln zu schützen versucht. Eine solide Grundlage für die Zusammenarbeit mit der EU ist daher mehr denn je von Bedeutung. Welche Konsequenzen es hat, wenn eine solche Grundlage fehlt, zeigen die laufenden Diskussionen der EU mit der Schweiz und dem Vereinigten Königreich. Der Brexit wird nicht nur die EU als solche verändern, sondern auch das Verhältnis der EU zu ihren engsten Partnern – insbesondere den EWR/EFTA-Staaten Liechtenstein, Island und Norwegen – neu ausrichten. Das Jubiläumsjahr bietet einen guten Anlass, um das Ausmass der Beziehungen Liechtenstein-EU zu würdigen sowie Chancen und Risiken aktueller europapolitischer Entwicklungen zu reflektieren.

II. Der Binnenmarkt – Herzstück der EWR-Kooperation

1. Binnenmarkt als Daueraufgabe

Der europäische Binnenmarkt ist der grösste gemeinsame Wirtschaftsraum der Welt. Er ist der Wohlstandsmotor für Europa und das Herzstück der EWR-Kooperation. Liechtenstein hat dabei ein besonderes Interesse an einem gut funktionierenden Binnenmarkt. Denn gerade kleine und exportstarke Volkswirtschaften profitieren in besonderem Masse vom freien Handel in der EU. Doch die Verwirklichung eines einheitlichen Marktes, in dem Waren, Dienstleistungen, Kapital und Personen frei zirkulieren können, bleibt eine politische Daueraufgabe. Noch heute gehören Marktzugangshürden zwischen den EU-Staaten bzw. EWR-Staaten zum Alltag der Unternehmen. Komplizierte Verwaltungsverfahren und Fragmentierung schrecken vor allem junge, innovative Unternehmen davon ab, in Europa Fuss zu fassen. Als Folge bleibt Europas Start-up Szene gegenüber den USA und China im Rückstand. Das Potential des Binnenmarkts ist somit bei weitem noch nicht ausgeschöpft.[3]

Vor diesem Hintergrund verabschiedeten die drei EWR/EFTA-Staaten Liechtenstein, Island und Norwegen im September 2019 eine gemeinsame Stellungnahme zum «Binnenmarkt post-2019», in welcher sie an die neue EU-Führungsriege appellieren, dem Binnenmarkt auch in den kommenden Jahren hohe Priorität beizumessen.[4] Dies findet Widerhall im Arbeitsprogramm der EU-Kommission für 2020, welches wichtige Massnahmen enthält, um den Binnenmarkt voranzutreiben und an neue Gegebenheiten wie die Digitalisierung anzupassen.[5] Dabei geht es nicht nur darum, neue und bessere Regulierungen zu schaffen, sondern auch bestehende Regeln einheitlich und konsequent anzuwenden. Der Erfolg der EU wird im Wesentlichen davon abhängen, ob die Mitgliedstaaten der EU bereit sind, in einen zukunftsfähigen Binnenmarkt zu investieren. Als gleichberechtigter Partner im EWR ist Liechtenstein ebenfalls gefordert, hierzu seinen Beitrag zu leisten.

2. Dynamische Rechtsübernahme

Ein homogener EWR-Binnenmarkt kann nur funktionieren, wenn die gleichen Spielregeln für alle Beteiligten gelten («level playing field»). Das setzt voraus, dass der EWR-Rechtsbestand fortlaufend an relevante Entwicklungen in der EU angepasst wird. Der EWR weist dabei eine besonders hohe Dynamik auf. In den letzten 25 Jahren haben die EWR/EFTA-Staaten insgesamt rund 10.000 EU-Rechtsakte in das EWR-Abkommen inkorporiert; allein im Jahr 2019 waren es mehr als 700 Rechtsakte. Dabei hat sich Liechtenstein in der Vergangenheit

---

* Sabine Monauni, lic. iur. HSG, LL.M. (Brügge), Botschafterin an der Liechtensteinischen Mission bei der EU in Brüssel.

1 Rede von Präsident Donald Tusk vom 22. März 2019 anlässlich des 25. Jahrestags des EWR-Abkommens.

2 Abkommen vom 2. Mai 1995 über den Europäischen Wirtschaftsraum, LGBl. 1995 Nr. 68.

3 Commission Staff Working Document, Single Market Performance Report 2019, SWD (2019) 444 final.

4 EEA EFTA Commment on priorities for the Single Market beyond 2019, 18.09.2019, abrufbar auf: www.efta.int.

5 Vgl. Arbeitsprogramm der Kommission für 2020: Eine Union, die mehr erreichen will, COM(2020) 37 final.

mit konstant hohen Umsetzungsraten und einer relativ geringen Anzahl von Vertragsverletzungsverfahren als äusserst verlässlicher Partner bewiesen.[6] Doch die hohe Regulierungsdichte beansprucht nicht nur die Kapazität von Staat und Verwaltung, sondern in besonderem Masse auch kleine und mittelständische Unternehmen, was vor allem vom hiesigen Gewerbe besonders beklagt wird. Mit Blick auf die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen wird sich die EU diesem Thema nicht entziehen können. Die von der Von der Leyen-Kommission versprochene Bürokratiebremse («One In, One Out») ist daher aus liechtensteinischer Sicht sehr zu begrüssen.[7]

Vor allem der Finanzsektor steht weiterhin im Fokus der EU-Regulierung. Die in 2011 neu eingerichteten EU-Finanzaufsichtsagenturen sollen Europa zwar künftig vor weiteren Finanzkrisen schützen, gleichzeitig wurde damit aber auch eine zusätzliche Regulierungskompetenz auf EU-Seite geschaffen, die als solche im EWR-Abkommen nicht vorgesehen war. Mehr als sechs Jahre dauerte es folglich bis die Ausweitung der europäischen Finanzaufsichtsstruktur im EWR verabschiedet werden konnte. Das im EWR-Abkommen verankerte «Einstimmigkeitsprinzip» entpuppte sich dabei als besonderer Stolperstein. Die verzögerte EWR-Übernahme verursachte dem liechtensteinischen Finanzplatz grosse Rechtsunsicherheiten und führte zeitweilig zum Verlust von Geschäftsopportunitäten. Dank gemeinsamer Anstrengungen, auf EFTA- und EU-Seite, konnte jedoch 2019 der EWR-Backlog im Finanzdienstleistungsbereich drastisch reduziert werden. Im Hinblick auf die Bedeutung des Sektors für Liechtenstein ist der rechtzeitigen EWR-Übernahme in diesem Bereich weiterhin höchste Priorität geschuldet.

3. Mitgestaltung

Die Mitbestimmung der EWR/EFTA-Staaten beruht zum einen auf einem Mitspracherecht bei der Ausarbeitung neuer EU-Rechtsakte, dem sogenannten *Decision-Shaping*. Und zum anderen auf der Möglichkeit, bereits beschlossene EU-Rechtsakte bei der EWR-Übernahme anzupassen. Wobei Letzteres im Einklang mit dem Homogenitätsziel erfolgen muss und sich daher in der Praxis auf Anpassungen technischer oder institutioneller Natur beschränkt. Das *Decision-Shaping* ist daher von zentraler Bedeutung, wenn es darum geht den Entscheidungsprozess auf europäischer Ebene mitgestalten zu wollen. Es findet in den zahlreichen Fachausschüssen der EU-Kommission statt, zu denen auch die EWR/EFTA-Staaten eingeladen sind und entsprechend ihre Anliegen einbringen können. Die Zusammenarbeit mit den beiden europäischen Mitgesetzgebern – dem EU-Parlament und dem EU-Ministerrat – erfolgt hingegen ausschliesslich auf informeller Basis. So etwa im Rahmen der zweimal jährlich stattfindenden Treffen des Gemeinsamen EWR-Parlamentarierausschuss oder bei informellen EU-Ministertreffen, zu denen die EWR/EFTA-Staaten von der jeweiligen Ratspräsidentschaft eingeladen werden, sofern die besprochenen Themen von Relevanz für den Binnenmarkt sind.

Die jährlichen Treffen zwischen den Finanz- und Wirtschaftsministern der EFTA (inklusive Schweiz) und der EU im sogenannten EFTA-Ecofin nehmen eine besondere Rolle ein. Ursprünglich als Plattform für den wirtschafts- und währungspolitischen Meinungs- und Informationsaustausch vorgesehen (Art 46 EWR-Abkommen), widmet sich dieses Forum in jüngster Zeit vor allem finanzmarktpolitischen Themen, die auch eine spezielle Bedeutung für den EWR haben. Besonders erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die politische Einigung, die im EFTA-Ecofin vom 14. Oktober 2014 zwischen der EU und den EWR/EFTA-Staaten hinsichtlich der Übernahme der Europäischen Finanzaufsichtsstruktur in den EWR erzielt wurde.[8] Darüber hinaus nutzt Liechtenstein diese Treffen regelmässig, um offene Punkte in der Steuerkooperation anzusprechen.

4. Streitschlichtung

Anders als in klassischen Freihandelsinstrumenten erfolgt die Rechtsdurchsetzung im EWR nicht in politischen Streitbeilegungsgremien, sondern durch unabhängige Institutionen. Die Praxis hat gezeigt, dass ein effektiver Rechtsschutz der Schlüssel für eine erfolgreiche EWR-Kooperation ist. Tatsächlich musste das Streitbeilegungsverfahren gemäss Art 111 EWR-Abkommen, das die Befassung des Gemeinsamen EWR-Ausschusses vorsieht, in den 25 Jahren EWR-Geschichte kein einziges Mal von den Vertragsparteien angerufen werden. Dass «eigene» Behörden für die Überwachung und Kontrolle der EWR-Verpflichtungen in den EWR/EFTA-Staaten zuständig sind, während EU-Behörden die entsprechenden Aufgaben in der EU übernehmen, ist Wesensmerkmal der Zwei-Pfeiler-Struktur und Folge davon, dass die EWR/EFTA-Staaten keine Souveränität an die EU abgetreten haben. Die EFTA-Institutionen haben sich während all der Jahre als äusserst robust und effizient erwiesen. Die EFTA-Überwachungsbehörde und der EFTA-Gerichtshof geniessen hohes Ansehen und Respekt sowohl in den EWR/EFTA-Staaten als auch in der EU. Angesichts der wirkmächtigeren EU-Institutionen ist das institutionelle Gefüge des EWR dennoch besonders schützenswert, indem insbesondere die EFTA-Institutionen mit ausreichenden Kapazitäten und Know-How ausgestattet werden. Mit Blick auf den Trend in der EU, zentrale Überwachungsaufgaben an hochspezialisierte Agenturen zu delegieren, werden auch in Zukunft kluge EWR-Lösungen gefragt sein, die sowohl dem Homogenitätsziel als auch der Zwei-Pfeiler-Struktur ausreichend Rechnung tragen.

---

[6] EFTA Surveillance Authority, Internal Market Scoreboards, abrufbar auf: http://www.eftasurv.int/press--publications/scoreboards/internal-market-scoreboards.

[7] Durch die «One In, One Out» – Regel soll sichergestellt werden, dass bei Einführung neuer Belastungen durch die EU dafür gesorgt ist, dass die Unternehmen – insbesondere KMU – durch Streichung gleichwertiger Verwaltungskosten in demselben Politikbereich entlastet werden.

[8] Siehe Schlussfolgerungen des Rates der Finanz- und Wirtschaftsminister der EU und den dem EWR angehörenden EFTA-Staaten, 14. Oktober 2014, 14178/1/14 Rev 1.

III. Zusammenarbeit ausserhalb des Binnenmarkts

1. Schengen/Dublin-Assoziierung

Seit 2011 erstreckt sich die Zusammenarbeit zwischen Liechtenstein und der EU auch auf die Bereiche Schengen und Dublin.[9] Als Folge profitiert Liechtenstein vom erleichterten Reiseverkehr und von einer verstärkten Sicherheitskooperation im Schengenraum.[10] Die «Erstankunftsregel»[11] des Dublin-Systems hat wiederum massgeblich dazu beigetragen, dass Liechtenstein in der Vergangenheit von Asylsuchenden weitgehend abgeschirmt wurde. Seit der Migrationskrise 2015 ist dieses System jedoch in Frage gestellt. Einzelne Schengen-Länder, u.a. Deutschland und Österreich, haben seitdem wieder Personenkontrollen an den Binnengrenzen eingeführt, um so die illegale Migration einzudämmen. Das Prinzip der offenen Grenzen im Schengenraum ist somit nicht mehr im vollen Umfang gewährleistet. Ein möglicher Ausweg aus dieser Situation liegt zum einen in einem verbesserten Schutz der Schengen-Aussengrenzen[12], zum anderen in mehr Solidarität bei der Aufnahme und Verteilung von Migrantinnen und Migranten. Während beim Aussengrenzschutz während der letzten Jahre grosse Fortschritte erzielt wurden, u.a. auch mit Beiträgen aus Liechtenstein[13], bleibt Europa bei der Solidaritätsfrage weiterhin gespalten. Die Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems ist seit Jahren blockiert. Liechtenstein anerkennt die Vorteile von Schengen/Dublin und setzt sich daher an den entsprechenden EU-Debatten für konstruktive und nachhaltige Lösungen ein.

Im Rahmen der Schengen/Dublin-Assoziierung treten Liechtenstein sowie die anderen assoziierten Staaten Island, Norwegen und die Schweiz jeweils mit eigener Stimme auf. Auch die Übernahme von Schengen/Dublin-Weiterentwicklungen erfordert keine Einstimmigkeit, sondern erfolgt für jeden dieser Staaten separat auf Grundlage des jeweiligen Assoziierungsabkommens. Aufgrund der historisch gewachsenen Zusammenarbeit im Bereich Polizei und Inneres findet jedoch in der Praxis eine enge Abstimmung zwischen Liechtenstein und der Schweiz statt. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Teilnahmebedingungen an Schengen/Dublin-relevanten EU-Agenturen oder EU-Programmen[14], wo die Interessen der assoziierten Staaten in der Regel gleichgelagert sind, sodass ein gemeinsames Vorgehen gegenüber der EU gewählt wird. Als Beispiel sei hier die Vereinbarung zur Teilnahme an der Europäischen IT-Agentur (eu-LISA) erwähnt, welche die vier assoziierten Staaten gemeinsam mit der EU abgeschlossen haben.[15] Die Teilnahme an eu-LISA ist insofern speziell, als hier den assoziierten Staaten – und somit Nicht-EU-Mitgliedern – zum ersten Mal bedingt Stimmrechte gewährt wurden (Art 2 Abs 2 der Vereinbarung). Zwar beschränken sich diese auf unverbindliche Standpunkte in den Beratenden Ausschüssen der Agentur, dennoch könnte dies unter Umständen als Präjudiz für die Teilnahme an Agenturen im EWR herangezogen werden.

Die Dynamik in Schengen/Dublin ist bei weitem nicht so hoch wie im EWR. Die Schengen/Dublin-Übernahme beläuft sich im Schnitt auf 20–30 Rechtsakte pro Jahr.[16] Unterschiede gibt es auch beim *Decision-Shaping*. Bei der Ausarbeitung neuer Schengen/Dublin-Rechtsakte ist Liechtenstein nicht nur berechtigt in den Ausschüssen der EU-Kommission teilzunehmen, sondern wird auch zu zahlreichen Sitzungen der Arbeitsgruppen des Rates eingeladen. Liechtenstein ist zudem auf Botschafterebene im Ausschuss der Ständigen Vertreter (Coreper) und auf Ministerebene im formellen Justiz- und Innenministerrat vertreten. Somit ist der Zugang zu den politischen Entscheidungsprozessen im Rahmen der Schengen/Dublin-Kooperation wesentlich ausgeprägter als im EWR. Allerdings bleibt die im EWR vorgesehene Möglichkeit, bei der Rechtsübernahme Anpassungen vorzunehmen oder einseitig Schutzmassnahmen zu erlassen (Art 112 EWR-Abkommen), im Schengen/Dublin-Kontext verwehrt. Die Nicht-Übernahme von Schengen/Dublin-Acquis führt daher automatisch zur Kündigung der Verträge.

2. Aussenpolitik und Sanktionen

Bei der Unterzeichnung des EWR-Abkommens äusserten die Vertragsparteien den Wunsch, in Bereichen der Aussenpolitik enger zusammenzuarbeiten.[17] Seither werden in Brüssel regelmässig aussenpolitische Dialoge zwischen den EWR/EFTA-Staaten und der EU geführt.[18] Angesichts der geopolitischen Herausforderungen, mit denen sich Europa konfrontiert sieht, hat sich diese Art der Zusammenarbeit in den letzten Jahren deutlich intensiviert. Spürbar wird dies vor allem in einer Zu-

---

[9] Siehe LGBl. 2011 Nr. 131 bzw. LGBl. 2011 Nr. 132.

[10] Zum Schengenraum gehören heute 22 EU-Staaten sowie die vier assoziierten Staaten Island, Liechtenstein, Norwegen und die Schweiz. Die EU-Staaten Rumänien, Bulgarien, Kroatien und Zypern wollen Schengen demnächst beitreten.

[11] Nach dieser Regelung ist grundsätzlich der Staat für die Prüfung des Asylantrags zuständig, wo der Asylsuchende zuerst einreist. Somit liegt die Verantwortung hauptsächlich bei den Staaten mit Schengen-Aussengrenzen, konkret bei den Mittelmeeranrainerstaaten.

[12] Gemäss der neuen Frontex-Verordnung (Verordnung (EU) 2019/1896) soll die EU-Grenzschutzbehörde bis 2027 bis zu maximal 10.000 Beamte aufgestockt werden.

[13] Liechtenstein beteiligt sich an der Europäischen Agentur für Grenz- und Küstenwache (Frontex) und finanziert u.a. einen schweizerischen Grenzschutzbeamten für den Einsatzpool von Frontex.

[14] Europäische Agentur für Grenz- und Küstenwache (Frontex); Europäisches Unterstützungsbüro für Asylfragen (EASO); Europäische Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (eu-LISA); Fonds für die innere Sicherheit (ISF).

[15] Abgeschlossen am 8. November 2018, Inkrafttreten für Liechtenstein am 1. März 2020, LGBl. 2020 Nr. 60.

[16] Verglichen mit bis zu 700 EWR-Rechtsakten pro Jahr; siehe Kapitel II. 2.

[17] Siehe Erklärung der Regierungen der EG-Mitgliedstaaten und der EFTA-Staaten über den politischen Dialog, Schlussakte zum Abkommen vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum (LGBl. 1995 Nr. 68).

[18] Diese finden entweder am Rande des EWR-Rates auf Aussenministerebene statt oder auf hoher Beamtenebene mit Vertretern des Europäischen Auswärtigen Dienstes.

nahme von EU-Erklärungen zu aktuellen weltpolitischen Ereignissen, welchen sich Liechtenstein in der Regel anschliesst (sog. EU-Alignments) und dadurch seine Unterstützung für die Ziele und Werte der EU zum Ausdruck bringt. Im Jahr 2019 wurde Liechtenstein 94 Mal von der EU für ein Alignment angefragt. Das entspricht einer Verdoppelung der Anfragen im Vergleich zu den jeweiligen Jahren 2015 - 2017. 2018 gab es insgesamt 74 Alignmentanfragen. Die Zusammenarbeit mit der EU findet nicht nur in Brüssel statt, sondern auch im Rahmen der Vereinten Nationen, des Europarates und der OSZE und speziell in Bereichen wie Stärkung der Rechtsstaatlichkeit, Achtung der Menschenrechte und internationale Strafjustiz. Die EU würdigt die Zusammenarbeit mit Liechtenstein als konstruktiv und möchte diese in Zukunft weiter intensivieren.[19]

Ebenso wichtig ist der Nachvollzug von Wirtschaftssanktionen der EU als Reaktion auf Völkerrechtsverletzungen durch Drittstaaten. Beispielhaft sind hier die Sanktionen der EU gegen Russland im Zusammenhang mit der Ukraine-Krise, die sowohl Handelsverbote wie auch Finanzsperren gegenüber bestimmten Einzelpersonen enthalten und die Liechtenstein auf Grundlage des Gesetzes vom 10. Dezember 2008 über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen[20] umgesetzt hat. Anders als die rechtsverbindlichen UNO-Sanktionen vollzieht Liechtenstein EU-Sanktionen auf freiwilliger Basis, wobei dem Handlungsspielraum Liechtensteins aufgrund der Zollunion mit der Schweiz gewisse Grenzen gesetzt sind. Insgesamt hat Liechtenstein 19 EU-Sanktionsregime in der Vergangenheit umgesetzt und damit verhindert, dass zur Umgehung von EU-Sanktionen Geschäfte über Liechtenstein abgewickelt werden.

3. Steuerkooperation

Im Steuerdossier waren die Beziehungen zwischen Liechtenstein und der EU lange Zeit belastet. Aus Sicht der EU war Liechtenstein eine intransparente Steueroase und wurde daher regelmässig auf Steuerlisten der EU sowie ihrer Mitgliedstaaten als nicht-kooperatives Land aufgeführt. Grundsätzlich fällt die Steuerpolitik ausserhalb des Anwendungsbereichs des EWR. Allerdings hat der EFTA-Gerichtshof bereits im Jahr 1999 festgehalten, dass die EWR/EFTA-Staaten ihre Steuerhoheit in Einklang mit dem EWR-Recht ausüben müssen.[21] Darunter fallen insbesondere das Diskriminierungsverbot (Art 4 EWR-Abkommen) sowie die vier Grundfreiheiten, insbesondere die Niederlassungs- und Kapitalfreiheit. Allerdings ist der EuGH in seinem Urteil *Établissements Rimbaud* vom 28. Oktober 2010 (C-72/09) zum Schluss gekommen, dass der fehlende Steuerinformationsaustausch zwischen Liechtenstein und der EU eine steuerrechtliche Ungleichhandlung von Gesellschaften mit Sitz in Liechtenstein rechtfertigen kann. Konkret ging es um die Besteuerung einer Immobilie in Frankreich, die im Eigentum einer liechtensteinischen Gesellschaft stand.

Mit dem Inkrafttreten des Abkommens über den automatischen Informationsaustausch[22] zwischen Liechtenstein und der EU am 1. Januar 2016 ist diese Rechtsprechung jedoch hinfällig geworden. Am 2. Oktober 2018 hielten die EU-Wirtschafts- und Finanzminister ausserdem fest, dass Liechtenstein sämtliche Grundsätze und Kriterien des EU-Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung anwendet und somit von der «grauen» Liste der EU gestrichen werden kann. In Folge haben verschiedene EU-Staaten ihre Steuerbeschränkungen gegenüber liechtensteinischen Wirtschaftsakteuren aufgehoben. Das Thema Steuerkonformität bleibt jedoch weiterhin Thema in den Beziehungen Liechtenstein-EU. Zurzeit steht die EU unter grossem politischem und medialem Druck, eine Lösung für eine faire und wirksame Besteuerung der digitalen Wirtschaft zu finden. Da es der EU aufgrund der fehlenden Handlungsfähigkeit im Steuerbereich (Einstimmigkeitserfordernis) nicht gelungen ist, eine Einigung auf europäischer Ebene zu erzielen, hat sich das Thema auf die globale Ebene verlagert. Die aktuelle Diskussion innerhalb der G20/OECD offenbart die Komplexität einer weltweiten Lösung und es ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht abschätzbar, in welcher Form die Reform des internationalen Steuerrechts erfolgen bzw. welche Auswirkungen diese auf den Investitionsstandort Liechtenstein haben wird. Klar ist, dass eine globale Lösung in jedem Fall vorzuziehen ist. Eine europäische oder mitunter nationale Lösung würde den Handelskonflikt mit den USA noch weiter verschärfen und zu einer Fragmentierung des internationalen Steuersystems führen.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die Beziehungen zwischen Liechtenstein und der EU können heute als sehr gut und dynamisch bezeichnet werden. Dabei geht die Zusammenarbeit längst über den Binnenmarkt hinaus und betrifft auch Bereiche wie Schengen/Dublin, Aussenpolitik und die Steuerkooperation. Liechtenstein gilt als verlässlicher und konstruktiver Partner in Europa und als Vorzeigemodell für andere europäische Kleinstaaten wie Andorra, San Marino und Monaco, die ebenfalls eine Annäherung an die EU suchen. Doch das europäische Integrationswerk, das seit Jahrzehnten für Frieden und Wohlstand in Europa sorgt, steht heute unter einem enormen Druck von Aussen und von Innen. Der Brexit, die getrübten Beziehungen mit den USA sowie ein politisch und wirtschaftlich erstarktes China stellen die EU vor grosse Herausforderungen. Klar ist, dass die EU in Zukunft geschlossener und souveräner auftreten muss, wenn sie weiterhin eine gewichtige Stimme auf der Weltbühne sein will. Das bedeutet auch, dass sie mehr denn je auf Allianzen mit gleichgesinnten Partnern angewiesen sein wird, insbesondere in strategischen Bereichen wie der Aussen- und Sicherheitspolitik, aber auch wenn es darum geht, gesamteuropäische Lösungen für die Migrationsfrage zu finden. Dabei ist zu hoffen, dass trotz oder gerade wegen den geopoliti-

[19] Siehe Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen EU-Liechtenstein, 13. Dezember 2018, 15561/18, 5.

[20] LGBl. 2009 Nr. 41.

[21] Vgl. EFTA-Gerichtshof E-6/98, Norway v EFTA Surveillance Authority [1999] EFTA Ct. Rep. 74, para. 34.

[22] Abkommen zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und der Europäischen Union über den automatischen Austausch von Informationen über Finanzkonten zur Förderung der Steuerehrlichkeit bei internationalen Sachverhalten (LGBl. 2005 Nr. 111).

schen Ambitionen der neuen EU-Kommission das Fundament der europäischen Wettbewerbsfähigkeit, nämlich der Binnenmarkt, nicht vernachlässigt wird. Die EWR/EFTA-Staaten, die seit über 25 Jahren den erweiterten Binnenmarkt mitgestalten, können hierzu einen wichtigen Beitrag leisten.

Der EWR ist aufgrund seiner Reichweite und seines Umfangs eines der wichtigsten Abkommen, die Liechtenstein je abgeschlossen hat. Er bleibt bis heute die weitreichendste und tiefste Form europäischer Integration nach der EU-Mitgliedschaft. Diese privilegierte Partnerschaft gilt es aufrechtzuerhalten und womöglich auszubauen. Doch alternative Kooperations- und Integrationsmodelle, wie das Rahmenabkommen Schweiz-EU oder das zukünftige Freihandelsabkommen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich, sind am Horizont sichtbar und werden sich über kurz oder lang auch auf die Zusammenarbeit im EWR auswirken. Im gesamteuropäischen Interesse ist es wünschenswert, dass sich die unterschiedlichen Integrationsmodelle nicht gegenseitig rivalisieren, sondern eine produktive Dynamik untereinander auslösen. In diesem sich verändernden Umfeld ist die liechtensteinische Aussenpolitik gefordert, mit Mut und Weitsicht die nächsten 25 Jahre erfolgreiche EWR-Geschichte zu schreiben.

Der Europäische Wirtschafsraum: eine resiliente institutionelle Konstruktion

Dr. Henri Gétaz*

1) Einleitung

2020 feiert Liechtenstein seine 25-jährige Beteiligung am Europäischen Wirtschaftsraum, kurz EWR. Für die übrigen am EWR beteiligten Staaten trat der EWR bereits Anfang 1994 in Kraft. Die 16-monatige Verzögerung war nötig geworden, um die Folgen der Ablehnung des EWRs durch das Schweizer Stimmvolk für das Verhältnis Schweiz-Liechtenstein-EWR zu evaluieren und sich daraus ergebende Herausforderungen zu lösen. Um Liechtenstein einen EWR-Beitritt unter Beibehalt der engen Beziehungen und insbesondere der Zollunion mit der Schweiz zu ermöglichen, wurde innert kürzester Zeit das Konzept der «doppelten» oder «parallelen Verkehrsfähigkeit» von Produkten entwickelt. Dieses Konstrukt ermöglicht Liechtenstein, auf seinem Territorium sowohl EWR- wie auch Zollvertragsregeln auf Produkte anzuwenden und ebnete – nach einer weiteren positiv verlaufenen Volksabstimmung – 1995 den Weg in den EWR. Diese «out of the box» Lösung der parallelen Verkehrsfähigkeit war ein Vorzeichen dessen, was auch heute noch das prägende Merkmal der EWR-Zusammenarbeit darstellt: wenn es einen gegenseitigen politischen Willen gibt, findet sich auch ein Weg.

2019 zelebrierten die EWR-Mitgliedstaaten das 25-jährige Bestehen des EWR-Abkommens[1] (EWRA). Am 22. März 2019 trafen sich die 28 Staats- und Regierungschef der EU im Rahmen des Europäischen Rats mit den Regierungschefs der drei EWR/EFTA-Staaten, Liechtenstein, Island und Norwegen, zur Feier von einem Vierteljahrhundert fruchtbarer Zusammenarbeit. Zu diesem Anlass verabschiedeten die Regierungschefs der der EWR/EFTA-Staaten eine gemeinsame Erklärung und bekräftigten dabei ihr Bekenntnis zu den Werten der Demokratie, der individuellen Freiheit, des Rechtsstaats sowie der offenen Wirtschaft und Gesellschaft. Sie hielten dabei fest, dass «*during the last 25 years, Europe has undergone profound changes. The positive spirit of cooperation has allowed for adaptations and pragmatic solutions to meet our common challenges. Taking stock of these achievements, we reconfirm our support for the EEA Agreement as the cornerstone of our relations with the European Union.*»

Wie die Regierungschefs der drei EWR/EFTA-Staaten feststellen, haben sich Europa, und mit ihr die EU und die EFTA-Staaten im vergangenen Vierteljahrhundert stark verändert. Der EWR besteht aber immer noch und erfüllt nach wie vor weitgehend die Erwartungen der beteiligten Staaten an ihre gegenseitigen Beziehungen.

Damit erweist sich der EWR als besonders resistentes und anpassungsfähiges Konstrukt. Dies ist eine bemer-

---

* Dr. Henri Gétaz ist Generalsekretär der EFTA. Er bedankt sich an dieser Stelle bei Herrn lic. iur. Pascal Schafhauser, LL.M., stellvertretender Generalsekretär der EFTA, für die nützlichen und wertvollen Anregungen zu diesem Beitrag.

[1] Abkommen vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum, LGBl. 1995 Nr. 68.

kenswerte Leistung, die auch mit Blick auf die Zukunft die beteiligten Staaten zuversichtlich stimmen sollte. Weshalb es so ist, hat wohl viel mit dem positiven Geist und dem Lösungswillen zu tun, der damals bereits die Entstehung der parallelen Verkehrsfähigkeit ermöglichte.

2) EFTA und die EWG/EG/EU- damals und heute

Der EWR ist im Kontext der EU-EFTA-Beziehungen der 80er Jahren entstanden. Damals waren diese Beziehungen charakterisiert von den Bestrebungen der sieben EFTA-Staaten, die seit 1972 bestehenden Freihandelsbeziehungen in Richtung binnenmarktähnlicher Verhältnisse auszubauen. Dies sollte allerdings in pragmatischer Weise geschehen, anhand sektorieller Einzelabkommen und ohne gemeinsamen institutionellen Überbau.

Seitens der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) hatte die Europäische Kommission unter Leitung von Präsident Delors in dieser Zeit ihr ehrgeiziges Vorhaben zur Schaffung eines voll integrierten Binnenmarkts mit klaren Zielvorstellungen eingeleitet: «*Die Vollendung des einheitlichen Binnenmarkts setzt voraus, dass die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft alle Arten von Schranken abschaffen, ihre Regeln harmonisieren, ihre Rechtsvorschiften und ihre Steuerstrukturen angleichen, ihre Zusammenarbeit im monetären Bereich ausbauen und die erforderlichen flankierenden Massnahmen treffen, um zu erreichen, dass die europäischen Unternehmen zusammenarbeiten*».

Vor dem Hintergrund dieses ambitionierten einheitlichen Binnenmarkts und den von der Kommission und den EFTA-Staaten erwünschten binnenmarktähnlichen Verhältnissen, erwies sich die Methode der pragmatischen sektoriellen Zusammenarbeit als unzulänglich. Die EWG und die EFTA-Staaten einigten sich deshalb darauf, eine strukturierte Form der Assoziation auf der Grundlage der Prinzipien der Homogenität und der Dynamik zu vereinbaren. Die Grundzüge des EWR waren gelegt.

Während der materielle Geltungsbereich des EWR – der Binnenmarkt – und das Ziel – die Beteiligung der EFTA-Staaten daran – eine klare gemeinsame Schnittmenge zwischen der EWG und den EFTA-Staaten darstellten, bestand die Herausforderung in der Überbrückung der unterschiedlichen institutionellen Ausgangslagen: Die EWG als supranationales Gebilde mit dem politischen Ziel des «ever closer Europe», und die EFTA-Staaten, für welche Beziehungen mit der EWG jenseits des klassischen Völkerrechts nicht denkbar waren.

Die Lösung wurde mit den institutionellen Gegebenheiten des EWR gefunden, basierend auf den Prinzipien der Homogenität und der Dynamik, sowie spezifischen Institutionen, welche eine einheitliche Umsetzung der Regeln gewährleisten sollten. Zu diesem Zweck war ursprünglich sogar ein gemeinsamer EWR-Gerichtshof vorgesehen. Dieses Vorhaben wurde jedoch vom Europäischen Gerichtshof im Rahmen einer gutachterlichen Stellungnahme verworfen und die Parteien einigten sich stattdessen auf die nach wie vor geltende Zwei-Pfeiler-Struktur des Abkommens.

Das politische Umfeld

Europa befand sich damals im kalten Krieg. Obwohl die Wende kurz bevorstand, konnte sie niemand vorhersehen. Ein Beitritt zur EWG stand deshalb für die sieben neutralen EFTA-Staaten nicht zur Diskussion und die Zwölfergemeinschaft ihrerseits befand sich nach den Erweiterungswellen von 1973 (UK, DK, IR), 1981 (GR) und 1986 (ES, PT) in einer Phase der Vertiefung der Integration. Weitere Erweiterungsrunden standen nicht zur Diskussion.

Vor diesem Hintergrund war der EWR von Anfang an als dauerhaftes Instrument zur Einbindung von sieben EFTA-Staaten in das Binnenmarktsprojekt der 12 EWG-Staaten konzipiert worden.

Heute ist der kalte Krieg überwunden, der eiserne Vorhang gefallen, und die EU auf weitere 16 Staaten Westeuropas (drei ehemalige EFTA-Staaten), Mittelosteuropas und Südeuropas ausgeweitet worden. Mit dem Austritt des Vereinigten Königreichs umfasst sie heute noch 27 Mitgliedsstaaten.

Das Gleichgewicht im EWR hat sich somit mit der Zeit stark verschoben und heute stehen den drei EFTA-Staaten 27 EU-Staaten gegenüber. Sinn und Zweck des EWRs sind jedoch geblieben. Allerdings dient der EWR nicht mehr der Überwindung unterschiedlicher politischer Ausgangslagen aufgrund des kalten Krieges unter ansonsten ähnlich aufgestellten Staaten, sondern der Einbindung von drei gleichgesinnten EFTA-Staaten in die Binnenmarkzusammenarbeit unter 27 EU-Staaten.

Während sich bei den EFTA-Staaten institutionell nicht viel veränderte, hat sie die EU in der Zwischenzeit institutionell massiv weiterentwickelt. Während der Entstehung des EWRs in den 80er und Anfang der 90er Jahre beruhte die EWG noch auf den ursprünglichen Römer-Verträgen sowie auf der einheitlichen europäischen Akte, welche die Grundlage für die Vollendung des Binnenmarkts darstellte. Im Anschluss daran durchlief die EU mit den Verträgen von Maastricht (1993), Amsterdam (1999), Nizza (2003) und Lissabon (2009) vier institutionelle Erneuerungen und wurde von der EWG über die EG zur EU. Sie hat dabei die Zusammenarbeit ihrer Mitgliedsstaaten nicht nur auf die Wirtschafts- und Währungsunion, die innere Sicherheit, Migration sowie Aussen- und Sicherheitspolitik ausgeweitet, sondern alle Bereiche der europäischen Zusammenarbeit auch unter ein einziges institutionelles Dach gesetzt, die gemeinschaftlichen Entscheidungskompetenzen erweitert und mit einer neuen Mitentscheidungskompetenz im Gesetzgebungsverfahren die Rolle des Europäischen Parlaments massiv gestärkt.

Europa hat sich also in den 25 Jahren des Bestehens des EWRs tiefgreifend verändert. Der EWR ist heute nicht mehr das, was es ursprünglich war, denn es gibt heute das Europa der 80er/90er nicht mehr. Dennoch funktioniert der EWR heute nach wie vor zur grossen Zufriedenheit der beteiligten Staaten.

3) Der EWR in Theorie und Praxis

Institutionnell stellt der EWR ein Konstrukt dar, das eine umfassende Beteiligung der EWR/EFTA-Staaten am Europäischen Binnenmarkt unter gleichzeitiger Wahrung der Homogenitätsansprüche der EU sowie der Autonomieansprüche der EFTA-Staaten ermöglichen soll. Wesentliche Merkmale dieser einzigartigen Konstruktion sind wie erwähnt die Bekenntnisse zum Prinzip der Homogenität

und der dynamischen Weiterentwicklung sowie die sogenannte Zwei-Pfeiler-Struktur.

Zur Verwirklichung eines gemeinsamen Binnenmarktes ist Homogenität in Bezug auf das anwendbare Recht, seiner Umsetzung und Anwendung sowie seiner Interpretation und Auslegung erforderlich. Diese Erfordernisse werden im Rahmen der Zwei-Pfeiler-Struktur des EWR erfüllt, indem der EFTA-Pfeiler im Wesentlichen die Befugnisse der EU-Organe widerspiegelt: Die EFTA-Überwachungsbehörde (ESA) stellt ähnlich wie die EU-Kommission die korrekte Umsetzung und Anwendung des EWR-Rechts in den EFTA-Staaten sicher, während sich der EFTA-Gerichtshof für die einheitliche Auslegung des EWR-Rechts in den EFTA-Staaten verantwortlich zeichnet. Dabei berücksichtigt der EFTA-Gerichtshof die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH). Vorab stellt der gemeinsame, von den EFTA-Staaten und der EU bestückte, EWR-Ausschuss durch die Übernahme von EU-Rechtsakten die Rechtsweiterentwicklung im EWR sicher.

Diese Struktur gewährleistet, dass die EWR/EFTA-Staaten nur an Entscheidungen der Institutionen des EFTA-Pfeilers gebunden sind, womit das Erfordernis der völkerrechtlichen Autonomie der EFTA-Staaten gewahrt bleibt.

In letzter Konsequenz bietet erst das Streitbeilegungsverfahren und die Möglichkeit der Suspendierung von Teilen des EWR-Abkommens eine rechtliche Garantie für die Homogenität im gemeinsamen Binnenmarkt. In der Geschichte des EWR ist es allerdings nie zu einer solchen Situation gekommen. Der Grund liegt in der ausgesprochenen Zusammenarbeitskultur unter den EU- und den EWR/EFTA-Institutionen.

Die Arbeit der Zwei-Pfeiler-Organe des EWR wird von einem gemeinsamen Parlamentarierausschuss, dem Abgeordnete aus den (EWR)/EFTA Staaten sowie dem Europaparlament angehören, sowie einem Konsultativauschuss der Sozialpartner begleitet, womit die Verankerung des EWR in den nationalen Parlamenten und Zivilgesellschaften unterstützt wird.

Die Zwei-Pfeiler-Struktur des EWR hat sich über die Jahre als überaus funktions- und anpassungsfähig erwiesen: Den signifikanten Entwicklungen der EU in den letzten 25 Jahren zum Trotz hat sich die Funktionsweise der EWR-Institutionen nicht wesentlich geändert, mit Ausnahme der Integration zahlreicher neuer EU-Agenturen in die Zwei-Pfeiler-Struktur des EWR. Veränderungen und Entwicklungen seitens der EU konnten stets in die bestehenden institutionellen Strukturen und Mechanismen des EWR eingefügt werden. Wie schon zu Beginn des EWR mit der parallelen Verkehrsfähigkeit konnte auch dies nur aufgrund der Kombination von starker politischer Bekenntnis der EU und EWR/EFTA-Staaten zu den zentralen Prinzipen der Homogenität und der dynamischen Entwicklung einerseits, und gestützt darauf einer Kultur von partnerschaftlicher Zusammenarbeit, gekennzeichnet durch gegenseitigen Respekt und Lösungswillen, andererseits, erreicht werden.

Im Bereich der Rechtsentwicklung ist es über die Jahre dem Gemeinsamen EWR-Ausschuss gelungen, ohne wesentliche Abweichung einen homogenen Rechtsbestand im EWR beizubehalten. Zur Zeit des Inkrafttretens des EWR bestand das relevante Binnenmarktrecht aus 1.875 Rechtsakten. Heute sind es ca. 6.000 Rechtsakte, wobei im Laufe der letzten 25 Jahre mehr als 11.000 Rechtsakte übernommen wurden, wovon zahlreiche mittlerweile nicht mehr anwendbar sind. Materiell gesehen fallen die grösste Anzahl von Rechtsakten in die Bereiche Technische Vorschriften, Normen, Prüfung und Zertifizierung oder Veterinärwesen und Pflanzenschutz. An Bedeutung zugenommen haben aber auch Regeln über den Arbeitsmarkt und soziale Aspekte, Verkehr, Umweltschutz, und seit 2008 vor allem Finanzdienstleistungen und Energie, um nur einige zu nennen.

In all diesen Bereichen prägt das EWR-Recht das soziale und wirtschaftliche Umfeld in den EWR/EFTA-Staaten massgeblich mit. Auch wenn die Entwicklung des EWR-Rechts nicht immer ohne innenpolitische Debatten, manchmal Kontroversen, geschieht, kommen die EWR/EFTA-Staaten damit relativ gut zurecht und sehen insgesamt die gesicherte Beteiligung am europäischen Binnenmarkt als klaren Gewinn. Dass dem so ist hat nicht zuletzt auch mit dem guten Funktionieren des sog. «decision shaping», also der Beteiligung der EWR/EFTA-Staaten am europäischen Gesetzgebungsverfahren, zu tun. Die Stimme der EWR/EFTA-Staaten wird in Brüssel gehört und ernst genommen. Und auch wenn gemäss EWR-Vertrag die drei EFTA-Staaten mit einer Stimme sprechen, können auch einzelne EFTA-Staaten spezifische nationale Anliegen mit den EU-Institutionen diskutieren und wenn ihre Interessen massgeblich und glaubwürdig tangiert sind, erfolgreich länderspezifische Lösungen finden. Gerade weil sich die EU und die EFTA-Länder über die Eckwerte ihrer Beziehung einig sind und künftiges EU-Recht über den EWR ebenfalls für die EWR/EFTA-Staaten gilt, sind Eingaben der EWR/EFTA-Staaten besonders glaubwürdig.

Im Bereich der Rechtsanwendung und ihrer Überwachung durch die eigens dafür geschaffene EFTA-Überwachungsbehörde (ESA) hat sich eine Praxis der vertrauensvollen Zusammenarbeit und des gegenseitigen Respekts entwickelt, die ebenfalls massgeblich zum erfolgreichen Funktionieren des EWR beigetragen hat. Die ESA konnte sich als von den EFTA-Staaten unabhängige Behörde etablieren, ist gleichzeitig aber konstruktiver Partner derselben in Fragen der Umsetzung und Anwendung des EWR-Rechts. Ein zentraler Erfolgsfaktor ist dabei die Qualität der Zusammenarbeit und das gegenseitige Vertrauen, insbesondere auch im Verhältnis zur EU-Kommission.

Diese praktischen Aspekte der Arbeit der ESA prägen das Funktionieren des EWR fast mehr als die Buchstaben des Abkommens. So zum Beispiel wurde zwischen den EWR/EFTA-Staaten und der EU vereinbart, dass Entscheidungen der europäischen Finanzmarktbehörden nicht direkt an Operateure der EWR/EFTA-Staaten, sondern im Entwurf an die ESA gerichtet werden. Diese trifft dann die formellen, an die Operateure in den EFTA-Staaten gerichteten Entscheidungen, sodass die Entscheidungsautonomie des EFTA-Pfeilers gewahrt ist. Auf dem Papier mag diese Lösung Fragen in Bezug auf die tatsächliche Autonomie des EFTA-Pfeilers aufwerfen. In der Praxis werden aber die Beschlussentwürfe der Europäischen Behörden zusammen mit Vertretern der ESA erarbeitet und vereinbart. Das Verfahren der formellen Verabschie-

dung des Beschlusses wird somit vorwiegend zur Formsache. Dies ist aber wiederum nur möglich, weil die Beziehungen zwischen den EWR/EFTA-Staaten und der EU auf einem grundsätzlichen Konsens beruhen und von gegenseitigem Respekt und Vertrauen charakterisiert sind.

Neben der EFTA-Überwachungsbehörde ist der EFTA-Gerichtshof letztinstanzlich für die Auslegung der EWR-Regeln in den EWR/EFTA-Staaten zuständig. Auch hier hat sich zwischen den Institutionen der beiden Pfeiler – dem EFTA-Gerichtshof und dem EuGH– eine gute Zusammenarbeit und ein Verhältnis des Vertrauens sowie des gegenseitigen Respekts etabliert. Dies ist äusserst wichtig für das gute Funktionieren und insbesondere die Homogenität im heute dreissig Länder umfassenden EWR. Zwar gelten die Urteile in erster Linie innerhalb des jeweiligen Pfeilers, entwickeln aber nicht selten direkte Auswirkungen auf Staaten oder Akteure im anderen Pfeiler. Aus diesem Grunde ist es unerlässlich, dass Urteile des «kleineren» EFTA-Gerichtshofes auch von den EU-Institutionen sowie den EU-Staaten anerkannt und respektiert werden. Als ein eindrückliches Beispiel sei hier der ICESAVE-Fall[2] erwähnt, in dem der EFTA-Gerichtshof entgegen den Argumentationen u.a. der EU-Kommission und weiterer EU-Mitgliedstaaten eine Staatshaftung von Island für eine im Jahr 2008 kollabierte isländische Bank verneinte, was auch Auswirkungen auf Kunden in EU-Staaten wie dem Vereinten Königreich oder den Niederlanden hatte. Dieses Urteil des EFTA-Gerichtshofes, mit Auswirkungen weit über Island hinaus, wurde von den unterlegenen Parteien anerkannt und respektiert, was sicherlich nicht zuletzt auf das gute Ansehen des EFTA-Gerichtshofes und dessen Arbeit zurückzuführen ist.

4) Der EWR im Kontext der europäischen Nachbarschaft

Als Bindeglied zwischen EFTA und EU ist der EWR integrierender Bestandteil der europäischen Konstruktion. Er gilt als Beitrag zur Errichtung eines auf Frieden, Demokratie und Menschrechte gegründeten Europas und gründet auf der Anerkennung der privilegierten Beziehungen zwischen den EU- und EFTA-Staaten, welche auf Nachbarschaft, gemeinsamen Werten und einer europäischen Identität beruhen.

Im Rückblick war der EWR über die letzten zweieinhalb Jahrzehnten eine einzigartige Errungenschaft im europäischen Kontext. Zwar wurden durch die EU-Erweiterung – und damit im Gleichschritt die Erweiterung des EWRs – weitere 16 Staaten in die europäische Zusammenarbeit eingebunden. Dies erfolgte allerdings durch die Übernahme des Modells der EU-Mitgliedschaft durch diese Staaten. Die Stellung der EWR-Staaten als privilegierte, am Binnenmarkt beteiligte europäische Partner blieb dabei im Grundsatz unberührt.

Heute steht Europa vor einer neuartigen Herausforderung in Bezug auf ihre Beziehungen zu europäischen Partnerstaaten: mit dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU soll eine neue enge Partnerschaft entstehen. Für die Beziehungen der Schweiz mit der EU steht ein neues institutionelles Fundament zur Diskussion. Die sog. Mikrostaaten Andorra, Monaco und San Marino diskutieren eine engere Einbindung in den europäischen Binnenmarkt. Und politisch etwas anders gelagert, aber in praktischer Hinsicht mit gewissen Parallelen, steht für den EU-Beitritt der Westbalkanstaaten ein neuer Ansatz zur Diskussion, wonach diese sich in voneinander unabhängigen Schritten an der europäischen Zusammenarbeit beteiligen könnten.

Mit dem Entstehen dieses neuen Bündels von Beziehungen werden neue Formen der Einbindung in die Europäische Zusammenarbeit entstehen. Der Ausbau der EU-Beziehungen zu diesen Staaten dürfte, sofern sie auf Elementen des Binnenmarkts und Bereichen der europäischen Zusammenarbeit beruhen, neue und ähnlich geartete Beziehungen zwischen den EWR/EFTA-Staaten und diesen Staaten nach sich ziehen.

Während der EWR für all diese Staaten eine relevante Bezugsgrösse ist, dürfte dieses Abkommen allerdings seine Einzigartigkeit bewahren. Zwar handelt es sich bei diesen Partnerstaaten ebenfalls um europäische Staaten. Es ist jedoch die erklärte Absicht des Vereinigten Königreichs, mit dem Austritt aus der EU auch aus dem europäischen Binnenmarkt und insbesondere der Personenfreizügigkeit auszutreten. Sollte dereinst das Verhältnis Schweiz-EU institutionell auf ein neues Fundament gestellt werden, das in Sachen Homogenität und Dynamik Ähnlichkeiten mit dem EWR aufweist, besteht seitens der Schweiz kein Appetit auf eine volle Binnenmarktbeteiligung. Den Westbalkanstaaten geht es im Gegensatz zu den EWR/EFTA-Staaten langfristig um einen Beitritt zur EU selbst und mit den europäischen Mikrostaaten steht zwar eine umfassende Binnenmarktbeteiligung zur Diskussion, deren institutionelle Stellung aber aufgrund ihrer staatlichen Strukturen und besonderen Beziehungen zu ihren unmittelbaren Nachbarn einzigartig bleiben dürfte.

5) Schluss

Der Erfolg des EWR ist massgeblich auf dem soliden gemeinsamen Willen der EU und EWR/EFTA-Staaten zurückzuführen, diese erfolgreiche Beziehung zu pflegen und weiter zu entwickeln. Dies wiederum ist das Ergebnis eines starken Konsens über die Eckwerte dieser Beziehung, einer gemeinsamen Europäischen Identität, der gegenseitigen Bekenntnis zu den europäischen Grundwerten und zum Prinzip eines gemeinsamen, umfassenden, dynamischen und homogenen europäischen Wirtschaftsraumes, der auch Solidarität durch substantielle finanzielle Beiträge umfasst. Diese Gemeinsamkeiten der EWR/EFTA-Staaten und der EU untermauern eine privilegierte Beziehung, die in dieser Art einzigartig ist und den EWR in den ersten 25 Jahren als solide, und flexible Konstruktion zugleich werden liess. Vor dem Hintergrund eines sich in der Entstehung befindenden neuen Beziehungsgefüges in Europa gilt es, dieses gemeinsame Bekenntnis der EU und EWR/EFTA-Staaten zu bekräftigen und die einzigartige Zusammenarbeit erfolgreich fortzusetzen.

---

[2] EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 28. Januar 2013, E-16/11, Icesave.

Liechtenstein: 25 Jahre EWR-Gerichtsbarkeit

Bernd Hammermann*

Übersicht

Einleitung
1. Grundprinzipien des EWRA
2. Grundfreiheiten im EWR
2.1 Wohnsitzerfordernis
2.2 Single Practice Rule
2.3 Protokoll 15 EWRA und sektorale Anpassungen
2.4 Der liechtensteinische Trust im EWR
2.5 Unterscheidung nach Staatsangehörigkeit
2.6 Kapitalverkehrsfreiheit
2.7 Staatliche Beihilfen
3. EWR-Sekundärrecht
3.1 Sozialversicherungsrecht
3.2 Finanzmarktrecht
3.3 Ergänzende Schutzzertifikate
4. Verfahrensfragen
4.1 Was ist ein Gericht?
4.2 Was ist entscheidungsrelevant?
4.3 Was bedeutet Unabhängigkeit?
5. Schlussbemerkung

Einleitung

Seit dem 1. Mai 1995 ist Liechtenstein auf EFTA-Seite – neben Island und Norwegen – Mitglied im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Das EWR-Abkommen[1] (EWRA) sieht die Übernahme der Grundfreiheiten der Europäischen Union (EU) auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts, des freien Personen-, Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs, des Wettbewerbsrechts sowie der sog. horizontalen und flankierenden Politiken vor. Dies ermöglicht die Teilnahme Liechtensteins am europäischen Binnenmarkt mit wenigen Ausnahmen.[2]

Die Partizipation am Binnenmarkt und damit die Übernahme von Rechten und Pflichten bedingt ein System, welches die Einhaltung der vertraglichen Bestimmungen sichert. Hierzu sieht Art 108 des EWRA die Schaffung eines EFTA-Gerichtshofs (EFTA-GH) sowie in Art 109 die Errichtung der EFTA-Überwachungsbehörde (ESA) vor. Letztere kontrolliert primär die EWR-konforme Umsetzung des EWR-Acquis in Liechtenstein, Island und Norwegen (sog. EWR/EFTA-Staaten).[3] Der EFTA-GH ist zuständig für Klagen gegen die EWR/EFTA-Staaten betreffende Überwachungsverfahren, für Rechtsmittel gegen Entscheidungen der ESA sowie Beilegung von Streitigkeiten zwischen EWR/EFTA-Staaten (s. Art 108 Abs 2 EWRA). Unter den weiteren Aufgaben, welche dem Gerichtshof in Art 34 ff. ÜGA[4] übertragen wurden, nimmt die Erstellung von Gutachten (sog. Advisory Opinion)[5] über die Auslegung des EWR-Abkommens eine besondere Stellung ein.[6]

Seit seiner Errichtung am 1. Januar 1994 hat der EFTA-GH rund 300 Entscheidungen gefällt.[7] Darunter finden sich 33 gutachterliche Stellungnahmen aufgrund von Vorlageersuchen von liechtensteinischen Gerichten bzw. Kommissionen und 21 Vertragsverletzungsklagen gegen das Land Liechtenstein. Dieser Beitrag fokussiert sich auf einzelne Entscheidungen des EFTA-GH mit direktem oder indirektem Bezug zu Liechtenstein aber auch des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) und des Gerichts der Europäischen Union (EuG).[8] Dabei standen neben Grundprinzipien des EWRA Fragen diverser Grundfreiheiten im Vordergrund. Des Weiteren werden Entscheidungen betr. dem EWR-Sekundärecht wie auch Verfahrensrecht angesprochen.[9]

1. Grundprinzipien des EWRA

In einer Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 2003 betr. eines Grunderwerbs durch eine liechtensteinische Stiftung im Land Vorarlberg[10], hielt dieser zum einen als Hauptzweck des EWR die möglichst umfassenden Verwirklichung der Grundfreiheiten im gesamten EWR fest, sodass der EU-Binnenmarkt auf die EWR/EFTA-Staaten ausgeweitet wird.[11] Zum anderen stellt er im nämlichen Urteil klar, dass es Aufgabe des EuGH ist, darüber zu wachen, dass die Bestimmungen des EWRA, die im Wesentlichen mit denen der Gemeinschaftsordnung iden-

---

* Dr. Bernd Hammermann ist Richter am EFTA Gerichtshof, Luxembourg.

1 Abkommen vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum, LGBl. 1995 Nr. 68.

2 Nicht vom EWRA mitumfasst sind insb. die Bereiche Landwirtschaft, Fischerei, direkte und indirekte Besteuerung, Handelspolitik, Zollunion, Wirtschafts- und Währungsunion.

3 Zu den Aufgaben der ESA mit Sitz in Brüssel, s. Büchel/Lewis, 113 ff.

4 Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofes (ÜGA, LGBl. 1995 Nr. 72); Fundstelle: https://www.gesetze.li/konso/pdf/1995072000?version=23; https://www.efta.int/legal-texts/the-surveillance-and-court-agreement/agreement-annexes-and-protocols (zuletzt 21.02.2020).

5 Verschiedentlich wird hierfür auf deutsch – in Anlehnung an das Verfahren nach Art 267 AEUV vor dem EuGH auch der Begriff «Vorabentscheidungsverfahren» oder «Vorlageverfahren» verwendet, obwohl es sich gerade eben um Gutachten handelt. Dennoch wird in einer allfälligen Nichtbefolgung einer gutachterlichen Stellungnahme durch das nationale Gericht eine Vertragsverletzung gesehen, so Baudenbacher (2012), Rz. 16. Von einer «systemimmanente(n) rechtliche(n) Bindungswirkung» spricht Wille, 702. Zur Frage der Rechtswirkung der Gutachten des EFTA-GH in den EWR/EFTA-Staaten s. Christiansen, Rz. 28 f.

6 Generell zu den Aufgaben des EFTA-GH s. Baudenbacher (2016), 139 ff.

7 S. entsprechende Statistik auf https://eftacourt.int/wp-content/uploads/2018/12/Statistics_EFTA_Court__as_of_October_2017__004_.pdf (zuletzt 21.02.2020).

8 Diese Gerichte werden hier unter dem Begriff «EWR-Gerichtsbarkeit» zusammengefasst. Zum einst angedachten EWR-Gerichtshof s. EuGH, Gutachten 1/91, EU:C:1991:490. Dazu s. Epiney, 275 ff.; Baudenbacher (2005), 29; ders., (2007), 73 ff.

9 Einen erweiterten Überblick mit Stand 2016 findet sich bei Enter-Koch/ Bischof, 241 ff.

10 Angesichts der Problematik der Anerkennung liechtensteinischer besonderen Gesellschaftsformen im Ausland (hierzu z.B. Jakob/Studen, 15 ff.; zur Stiftung insbesondere, s. Hess, 1 ff.), wird dies seitens des EuGH nicht thematisiert.

11 EuGH, Urteil in C-452/01 Margarethe *Ospelt* und Schlössle Weissenberg Familienstiftung, EU:C:2003:493, Rz. 29.

tisch sind, innerhalb der EU-Mitgliedstaaten einheitlich ausgelegt werden.[12]

Die Teilnahme am Binnenmarkt wäre aber verkürzt, wenn Staatsangehörige und Wirtschaftsbeteiligte von EWR/EFTA-Staaten oder EU-Mitgliedstaaten nicht gleichen Zugang zu den jeweiligen Gerichten hätten. Der wirksame gerichtliche Rechtsschutz ist daher ein wesentliches Element des Rechtssystems des EWR.[13] Dies betonte der EFTA-GH im Urteil *Beatrix Koch*, in welchem es um Fragen des Verbraucherschutzes im Rahmen des Abschlusses fondsgebundener Lebensversicherungen mit einem liechtensteinischen Versicherungsunternehmen ging.

Dass bei verschiedenen möglichen Auslegungen einer EWR-Vorschrift derjenigen der Vorzug zu geben ist, die die praktische Wirksamkeit der Bestimmung wahrt, stellte der EFTA-GH im Urteil *Clauder* heraus.[14] So legte der EFTA-GH dort Art 16 der Freizügigkeitsrichtlinie[15] in einer Art und Weise aus, gemäss der ein dauerhaft aufenthaltsberechtigter EWR-Staatsangehöriger in Liechtenstein, der Rentner ist und Sozialhilfeleistungen dort in Anspruch nimmt, einen Anspruch auf Familiennachzug selbst dann geltend machen kann, wenn auch der Familienangehörige Sozialhilfeleistungen in Liechtenstein in Anspruch nehmen wird. Zudem ist zu beachten, dass alle EWR-Staaten Vertragsparteien der EMRK sind. Nach ständiger Rechtsprechung sind die Bestimmungen des EWRA im Lichte der Konventionsrechte auszulegen.[16]

In der *Strafsache gegen A* ging es um die Auslegung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte in Liechtenstein.[17] Seitens des Fürstlichen Landgerichts wurde im Vorlageverfahren eine grundsätzliche Frage zur Rechtsnatur des EWRA gestellt: Verlangt das EWRA, dass die Bestimmungen einer Richtlinie, die in das Abkommen übernommen wurden, direkt anwendbar sind und Vorrang vor einer nationalen Rechtsvorschrift geniessen, welche die entsprechende EWR-Vorschrift nicht korrekt in das nationale Recht umgesetzt hat?[18] In seiner Antwort an das Landgericht zitiert der EFTA-GH zunächst die Entscheidung *Sveinbjörnsdóttir*[19], in der er festgehalten hat, dass das EWRA ein internationaler Vertrag eigener Art ist, der eine eigenständige Rechtsordnung enthält. Die Integrationstiefe des EWRA geht weniger weit als die des AEUV (ehemals EGV), aber der Anwendungsbereich und die Zielsetzung des EWRA gehen über das hinaus, was für ein völkerrechtliches Abkommen üblich ist.

Dabei hat das EWRA ein besonderes System von Mitteln und Mechanismen zur Erreichung der oben genannten Ziele geschaffen: Art 7 EWRA normiert, dass die übernommenen Rechtsakte verbindlich und Teil des innerstaatlichen Rechts bzw. in innerstaatliches Recht umzusetzen sind. Protokoll 35 EWRA verpflichtet die EWR/EFTA-Staaten, nötigenfalls eine gesetzliche Vorschrift des Inhalts einzuführen, dass nach ihrem nationalen Recht umgesetzte EWR-Bestimmungen in Fällen eines möglichen Konflikts mit sonstigen gesetzlichen Bestimmungen diesen gegenüber Vorrang haben. Zudem verpflichtet Art 3 EWRA die nationalen Gerichte, innerstaatlichen Vorschriften, vor allem Bestimmungen, die speziell zum Zweck der nationalen Umsetzung von EWR-Vorschriften ergangen sind, soweit wie möglich im Einklang mit dem EWR-Recht auszulegen. Weder aus Art 7 EWRA noch aus Protokoll 35 EWRA kann abgeleitet werden, dass das EWRA eine Übertragung von Gesetzgebungsbefugnisse mit sich bringt.[20] Dies bedeutet auch, dass das EWR-Recht nicht verlangt, dass nicht umgesetzte EWR-Bestimmungen Vorrang vor entgegenstehenden nationalen Vorschriften haben. Dies greift auch für den Fall nicht, dass die entsprechenden EWR-Bestimmungen nicht ordnungsgemäss in nationales Recht umgesetzt wurden.[21] Die Verpflichtung aus Art 7 EWRA bedingt zudem, dass die Umsetzungsnorm dem Erfordernis der Rechtsklarheit und -sicherheit entspricht. Nur so kann der Rechtsunterworfene seine Rechte wahrnehmen, wie es der EFTA-GH in einem Klageverfahren der ESA gegen Liechtenstein hinsichtlich eines in einem Gewerbegesetz vorgesehenen Bewilligungsverfahren als nicht gegeben sah.[22]

2. Grundfreiheiten im EWR

Im Mittelpunkt der Mehrheit der Urteile des ETFA-GH stehen Fragen im Zusammenhang mit den EWR-Grundfreiheiten. Mit Bezug auf Liechtenstein stand vor allem die Personenfreizügigkeit und das Niederlassungsrechts zur Diskussion. Als Stichwörter dazu seien das Wohnsitzerfordernis, die Single Practice Rule und Protokoll 15 EWRA angeführt.

2.1 Wohnsitzerfordernis

1998 wurde im Zusammenhang mit der Erteilung einer Gewerbebewilligung seitens der Verwaltungsbeschwerdeinstanz (VBI, nunmehr Verwaltungsgerichtshof) erstmalig aus Liechtenstein um ein Gutachten über die Auslegung des EWRA gem. Art 34 ÜGA der EFTA-GH ersucht. Konkret wollte die VBI wissen, ob das im liechtensteinischen Recht bestehende Erfordernis, wonach ein Geschäftsführer einer dort eingetragenen juristischen Person seinen Wohnsitz in Liechtenstein haben muss, mit dem EWRA und insbesondere mit den Art 31 ff. EWRA konform geht. Der EFTA-GH nutzte die Vorlagefrage, um die Relevanz der Rechtsprechung des EuGH zum Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit für die Auslegung des EWRA darzulegen. Dies erfolgte als Re-

---

[12] S. *Ospelt*, oben zitiert, Rz. 29. Beispiel der Durchsetzung des EWRA gegenüber einem EU-Mitgliedstaat: EuGH, Urteil in Rs. C-521/07 Kommission v Königreich der Niederlande, EU:C:2009:360, Rz. 32.

[13] S. E-2/02 Bellona v ESA [2003] EFTA Ct. Rep. 52, Rz. 36; E-11/12 Beatrix Koch, Lothar Hummel und Stefan Müller v Swiss Life (Liechtenstein) AG [2013] EFTA Ct. Rep. 272, Rz. 117.

[14] E-4/11 Arnulf Clauder [2011] EFTA Ct. Rep. 216, Rz. 48.

[15] 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; sie wird auch als «Unionsbürgerrichtlinie» bezeichnet.

[16] Arnulf Clauder, oben zitiert, Rz. 49 m.w.N.

[17] E-1/07 Strafverfahren gegen A [2007] EFTA Ct. Rep. 246.

[18] S. E-1/07 Strafverfahren gegen A, oben zitiert, Rz. 33.

[19] E-9/97 Sveinbjörnsdóttir [1998] EFTA Ct. Rep. 95, Rz. 59.

[20] S. E-4/01 Karlsson [2002] EFTA Ct. Rep. 240, Rz. 28.

[21] E-1/07 Strafverfahren gegen A, oben zitiert, Rz. 38 ff.

[22] E-19/15 ESA v Liechtenstein [2016] EFTA Ct. Rep. 437, Rz. 62.

aktion auf das Vorbringen seitens Liechtensteins, dass infolge der wesentlichen Unterschiede zwischen der Rechtsordnung der EU einerseits und dem EWR andererseits, der Anwendungsbereich der entsprechenden – gleichlautenden – Bestimmungen in Art 49 AEUV (ehemals Art 52 EGV) und Art 31 EWRA nicht derselbe sei.[23] In seiner Antwort verwies der EFTA-GH zunächst auf die Zielsetzung des EWRA, die Schaffung eines dynamischen und homogenen EWR, auf den vierten[24] und fünfzehnten Erwägungsgrund[25] des Abkommens sowie auf dessen Art 6 und Art 3 Abs 2 ÜGA. Darauf basierend kommt er zum Schluss, dass Unterschiede zwischen dem EWRA und der Gemeinschaftsordnung bestehen und es daher nicht auszuschliessen sei, dass solche Differenzen unter besonderen Umständen zu Unterschieden in der Auslegung führen könnten.[26] Er hält aber fest, dass bei parallelen Bestimmungen ohne Vorliegen spezifischer Umstände, der Homogenität Vorrang eingeräumt werden sollte.[27] In der Sache stellt er fest, dass das Wohnsitzerfordernis eine nach Art 31 EWRA verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstellt. Diese Diskriminierung kann gerechtfertigt werden durch verhältnismässige Massnahmen, die einen legitimen Zweck verfolgen oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit. Zudem wird dies auch nicht durch die Bezugnahme Liechtensteins auf Protokoll 15 EWRA, Art 112 EWRA oder auf die ‹Erklärung des EWR-Rates zur Freizügigkeit›[28] gerechtfertigt.[29] Weitere «Wohnsitzerfordernisse» im Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR)[30], Bankengesetz[31], Gesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG)[32], Gesetz über die Wirtschaftsprüfer und Revisionsgesellschaften (WPRG), Rechtsanwalts-, Treuhänder- und Patentanwaltsgesetz[33] wurden entsprechend später ebenfalls abgelehnt.

Dass Wohnsitzerfordernisse auch in der EU relevant sein können, zeigt folgender Fall: Der Kläger war Anwalt mit österreichischer Staatsangehörigkeit, mit der Befugnis zur Vertretung vor dem Österreichischen Patentamt und betrieb ein Patentbüro mit Geschäftssitz in Liechtenstein. Er begehrte gemäss Art 93 Abs 2 lit. b der Verordnung Nr. 207/2009[34] die Eintragung als zugelassener Vertreter in die Liste beim Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO). Das EUIPO lehnte seinen Antrag mit der Begründung ab, dass er nicht die Voraussetzungen eines Geschäftssitzes in der Union gemäss des genannten Artikels der Verordnung erfülle. Denn nach der Auslegung der Verordnung durch das EUIPO beziehe sich der Begriff «Gemeinschaft» nicht auf den EWR und sei nicht mit Art 36 Abs 1 EWRA vereinbar.

Das EuG erteilte dieser Argumentation des EUIPO eine klare Absage und wies zunächst ausdrücklich auf den Zweck des EWRA hin, den innerhalb des Unionsgebietes verwirklichten Binnenmarkt auf die EWR/EFTA-Staaten auszuweiten[35] und zudem auf die Wichtigkeit der einheitlichen Auslegung von Art 36 Abs 1 EWRA und Art 56 AEUV.[36] Die Art der Auslegung durch die EUIPO stellt laut EuG eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar[37], weil die Pflicht eines bereits beim anderen Patentamt eines anderen Mitgliedstaates zugelassenen Patentanwalts, eine berufliche Niederlassung im Aufnahmemitgliedstaat zu begründen oder einen Zustellungsbevollmächtigen zu benennen, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt.[38] Eine Rechtfertigung der nationalen Massnahmen war im vorliegenden Fall nicht gegeben.[39]

2.2 Single Practice Rule

Gegenstand dreier am gleichen Tag verkündeter Entscheidungen[40] des EFTA-GH war die 1996 eingeführte sog. «Single Practice Rule»: Gemäss der Verordnung vom 17. Dezember 1996 betreffend die Abänderung der Verordnung über die medizinischen Berufe, durfte ein Arzt

---

[23] E-3/98 Herbert Rainford-Towning [1998] EFTA Ct. Rep. 205, Rz. 15.

[24] «… (EWR zu errichten), der auf gemeinsamen Regeln … beruht … und der auf der Grundlage der Gleichheit und Gegenseitigkeit sowie eines Gesamtgleichgewichts der Vorteile, Rechte und Pflichten der Vertragsparteien verwirklicht wird.»

[25] «…eine einheitliche Auslegung und Anwendung dieses Abkommens und der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen, die in ihrem wesentlichen Gehalt in dieses Abkommen übernommen werden,…»

[26] E-3/98 Herbert Rainford-Towning, oben zitiert, Rz. 21.

[27] E-3/98 Herbert Rainford-Towning, oben zitiert, Rz. 21.

[28] S. Abl. 1995 Nr. L 86, 80. In dieser Erklärung anerkennt der EWR-Rat, dass «Liechtenstein ein sehr kleines bewohnbares Gebiet ländlichen Charakters mit einem ungewöhnlich hohen Prozentsatz an ausländischen Gebietsansässigen und Beschäftigen hat», und «das vitale Interesse Liechtensteins an der Wahrung seiner nationalen Identität hat».

[29] Es ist auffällig, dass sich Liechtenstein im ersten Verfahren vor dem Gerichtshof bereits auf Protokoll 15, Art 112 EWRA (Schutzklausel) und die Freizügigkeitserklärung berufen hat. Die «Nagelprobe für den EWR» stellte sich früh, s. Regierung des Fürstentums Liechtenstein (1999), 5.

[30] E-2/01 Dr. Franz Martin Pucher [2002] EFTA Ct. Rep. 44. Die EWR-Konformität von Art 180a PGR stellte der StGH bereits 1999 in Frage, s. StGH 1998/56, Erw. 2.8.

[31] E-8/04 ESA v Liechtenstein [2005] EFTA Ct. Rep. 46. Das Argument Liechtensteins, die Gesetzgebung betreffe nur 34 Personen und habe daher keinen spürbaren Effekt auf die Niederlassungsfreiheit, wurde seitens des Gerichtshofs verworfen.

[32] E-5/06 ESA v Liechtenstein [2007] EFTA Ct. Rep. 296.

[33] E-1/09 ESA v Liechtenstein [2009–2010] EFTA Ct. Rep. 46. Hier ging es nicht um ein «inländisches Wohnsitzerfordernis» also solches. Im Nachgang zum Fall *Herbert Rainford-Towning* bzw. *Pucher* wurde das Erfordernis eines Wohnsitzes durch die gesetzliche Anforderung «aufgrund ihres Wohnsitzes in der Lage sein müssen, ihre Funktion und ihre Aufgaben tatsächlich und einwandfrei zu erfüllen» ersetzt. Zur Begründung s. Regierung des Fürstentums Liechtenstein (2007), 8 ff.

[34] Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke.

[35] EuG, Urteil in T-527/14 Paul Rosenich v. beim Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum, EU:T:2017:487, Rz. 57.

[36] EuG, Urteil in T-527/14 Paul Rosenich v. beim Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum, oben zitiert, Rz. 61.

[37] EuG, Urteil in T-527/14 Paul Rosenich v. beim Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum, oben zitiert, Rz. 68.

[38] EuG, Urteil in T-527/14 Paul Rosenich v. beim Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum, oben zitiert, Rz. 67.

[39] EuG, Urteil in T-527/14 Paul Rosenich v. beim Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum, oben zitiert, Rz. 82.

[40] E-4/00 Dr Johann Brändle [2000–2001] EFTA Ct. Rep. 123; E-5/00 Dr Josef Mangold [2000–2001] EFTA Ct. Rep. 163; E-6/00 Dr Jürgen Tschannett [2000–2001] EFTA Ct. Rp. 203.

nicht mehr als eine Einzel- oder Gemeinschaftspraxis führen, gleichwie an welchem Ort. Eine Konzessionserteilung bedingte die vorgängige Aufgabe einer bisherigen Praxis – in allen drei Fällen ging es um Praxen in Österreich. Seitens Liechtensteins wurde u.a. erneut vorgetragen, dass die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit nicht unmittelbar übertragbar auf die Auslegung von Art 31 EWRA sei. Die grundlegenden Unterschiede zwischen der Zielsetzung und ihrer jeweiligen Anwendungsbereiche der Gemeinschaftsordnung und des EWRA stünden dem entgegen. Das Argument der möglichen Unterschiede im Anwendungsbereich und der Ziele zwischen den beiden Abkommen verkennt der EFTA-GH nicht.[41] Jedoch habe Liechtenstein keine spezifischen Umstände aufgezeigt, die den Gerichtshof zwingen würden, die entsprechende Rechtsprechung des EuGH unberücksichtigt zu lassen.[42] Auch unter dem ausdrücklichen Hinweis auf die Erklärung des EWR-Rates über die Freizügigkeit, kommt der EFTA-GH zum Schluss, dass die «Single Practice Rule» eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Sinne von Art 31 EWRA darstellt, die nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann.[43]

2.3 Protokoll 15 EWRA und sektorale Anpassungen

Ein zentrales Bedürfnis im Vorfeld zum Beitritt zum EWR war es, im Bereich des freien Personenverkehrs geeignete Massnahmen für Liechtenstein zu finden. Massnahmen, welche die speziellen Bedingungen des Landes, die Kleinheit und den Einwanderungsdruck berücksichtigen würden, obwohl es sich bei der Personenfreizügigkeit um eine der Grundfreiheiten des EWRA handelte. Daher vereinbarten die Vertragsparteien im ursprünglichen EWRA mittels des sog. Protokoll 15 EWRA für Liechtenstein eine lediglich stufenweise Liberalisierung der Personenverkehrsvorschriften.[44] Gleichzeitig wurde eine Neuüberprüfung («Review») des Protokolls 15 EWRA vor dessen Ablauf am 1. Januar 1998 vorgesehen.[45] Ab dem 1. Januar 2000[46] bzw. 1. Januar 2007[47] traten weitere Änderungen des Protokolls 15 EWRA (sowie sektorale Anpassungen in Anhang V und VIII) in Kraft, mit denen eine «stärkere Verankerung der liechtensteinischen Sonderlösung im Personenverkehr erreicht werden [konnte], ohne die bestehenden Quoten zu erhöhen».[48]

Wie oben erwähnt, wurde bereits im ersten Vorlageverfahren Liechtensteins Protokoll 15 EWRA thematisiert.[49] Anlass zur inhaltlichen Auseinandersetzung mit Protokoll 15 EWRA und den relevanten sektoralen Anpassungen in Anhang V und VIII gab aber erst eine Entscheidung im Jahre 2019 in der Rechtssache E-2/19 *D und E*[50]: D ist die Mutter der minderjährigen E, beide sind deutsche Staatsangehörige. D liess sich 2016 vom Vater von E scheiden. Bis Anfang 2018 hatten D und E ihren Wohnsitz in Deutschland. Im Mai 2017 heiratete D den Drittstaatsangehörige F, der seit 1999 in Liechtenstein wohnhaft ist. D erhielt auf Antrag eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs als Ehepartnerin von F. Seit Februar 2018 hat D ihren Wohnsitz bei F in Liechtenstein und geht einer Vollzeitbeschäftigung in Liechtenstein nach. Im März 2018 beantragte D, ihre Tochter E im Rahmen des Familiennachzuges nach Liechtenstein nachziehen zu können. Das Gesuch wurde vom zuständigen Amt wie auch später von der Regierung abgewiesen. Die Begründung der Ablehnung beruht auf dem Umstand, dass D ihr Aufenthaltsrecht in Liechtenstein von einem Drittstaatsangehörigen selbst ableite. Daher werde D selbst als Drittstaatsangehörige angesehen und könne daher nicht mehr Rechte übertragen, als sie selbst habe. Somit könne einem minderjährigen Kind, wie E, keine Aufenthaltsbewilligung zum Zwecke des Familiennachzuges erteilt werden.

In dem vom Verwaltungsgerichtshof an den EFTA-GH gerichteten Vorlagefrage ging es im Kern um die Frage, ob eine EWR-Staatsangehörige aus der Freizügigkeitsrichtlinie ein Aufenthaltsrecht in Liechtenstein ableiten kann, wenn es sich bei dieser Person um einen abhängigen Familienangehörigen einer EWR-Staatsangehörigen mit einer gültigen Aufenthaltsbewilligung in Liechten-

---

[41] S. E-2/97 Mag Instruments v California Trading Company Norway [1997] EFTA Ct. Rp. 127, Rz. 25 ff.

[42] E-4/00 Dr. Johann Brändle, oben zitiert, Rz. 7.

[43] E-4/00 Dr. Johann Brändle, oben zitiert, Rz. 40. Liechtenstein hat in der Folge als befristete Sofortmassnahme einen Zulassungsstopp für Ärzte erlassen, s. Regierung des Fürstentums Liechtenstein (2001), 4 ff.

[44] S. Schafhauser P, 35 ff.

[45] S. Regierung des Fürstentums Liechtenstein (1999), 5 ff.

[46] Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses über die Änderung der Anhänge VIII (Niederlassungsrecht) und V (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) des EWR-Abkommens, LGBl. 2000 Nr. 97. Aufgrund des Ablaufs der ursprünglichen Übergangslösung am 1. Januar 1998, löste die Liechtensteinische Regierung Ende 1997 einseitig die Schutzklausel gem. Art 112 EWRA aus. Diese wurde mit der Verordnung vom 16. Dezember 1997 über die Anwendung von Schutzmassnahmen im Bereich des Freien Personenverkehrs im Europäischen Wirtschaftsraum (LGBl. 1997 Nr. 216) umgesetzt. Kritisch zur Anrufung der Schutzklausel Prange, 159 f.; s. auch die ‹Erklärung der Regierung Liechtensteins zur besonderen Lage des Landes› in der Schlussakte des EWRA (LGBl. 1995 Nr. 68–300); mit der Schutzklausel befasst sich der StGH in StGH 1998/56.

[47] Diese erfolgte im Zusammenhang mit dem Übereinkommen zur EWR-Erweiterung im Jahre 2004 (s. ABl. 2004 L 130, 3).

[48] S. Regierung des Fürstentums Liechtenstein (2005), 114. Seitens der EU wurde während den Verhandlungen eine Erhöhung der Quote um 20% thematisiert, s. Kieber-Beck, 135.

[49] E-3/98 Herbert Rainford-Towning, oben zitiert, Rz. 45 ff.

[50] E-2/19 D und E, Urteil vom 13. November 2019; veröffentlich auf https://eftacourt.int/download/2-19-judgment-2/?wpdmdl=6341 (zuletzt 21.02.2020).

stein handelt, selbst wenn diese Aufenthaltsbewilligung nicht auf der Basis der sektoralen Anpassungen, sondern aufgrund des nationalen Rechts gewährt wurde.[51]

Ausgehend von den Bestimmungen der Freizügigkeitsrichtlinie hält der EFTA-GH in seiner Entscheidung zunächst fest, dass «…E rein aufgrund des Wortlauts der Richtlinie in ihrer Eigenschaft als Familienangehörige von D gemäss Art 7 Absatz 1 Buchstabe d ein Aufenthaltsrecht in Liechtenstein zustehen [müsste].»[52] Der EFTA-GH verweist im Anschluss daran auf die spezifischen Ausnahmeregelung in den sektoralen Anhänge V und VIII, die Liechtenstein berechtigen, ein auf vorherige Bewilligungen beruhendes System für den Aufenthalt in Liechtenstein sowie zahlenmässig jährliche Beschränkungen vorzusehen. Da die sektoralen Anpassungen besondere Voraussetzungen für den Aufenthalt in Liechtenstein definieren, hängt die Beantwortung der Vorlagefrage grundsätzlich von den in den sektoralen Anpassungen festgelegten Voraussetzungen ab.

Bei der Prüfung dieser Voraussetzungen hält der EFTA-GH zunächst fest, dass die sektoralen Anpassungen Liechtenstein nicht verpflichten, EWR-Staatsangehörigen ausserhalb des Systems der sektoralen Anpassungen Aufenthaltsbewilligungen zu erteilen. Andererseits können die sektoralen Anpassungen nicht in der Art und Weise interpretiert werden, dass EWR-Staatsangehörige, denen Liechtenstein auf Basis anderer rechtlichen Vorschriften die Bewilligung zum Aufenthalt erteilt hat und sich in Liechtenstein aufhalten, in der Ausübung ihrer EWR-Rechte behindert werden. Dies würde zur Schaffung zweier Kategorien von in Liechtenstein sich aufhaltenden EWR-Staatsangehörigen führen. Dafür findet sich in den sektoralen Anpassungen keine Rechtsgrundlage. Daher erlauben es die Anhänge V und VIII des EWRA, dass Familienangehörige von EWR-Staatsangehörigen, die über eine gültige Aufenthaltsbewilligung verfügen und sich in Liechtenstein aufhalten, das Recht gemäss der Freizügigkeitsrichtlinie, den EWR-Staatsangehörigen nach Liechtenstein zu begleiten oder ihm nachzuziehen, auch wenn die Aufenthaltsbewilligung des EWR-Staatsangehörigen in Liechtenstein ausserhalb des in den sektoralen Anpassungen vorgesehen Systems gewährt wurde.[53]

An dieser Stelle kann festgehalten werden, dass der EFTA-GH diese Einschränkung des freien Personenverkehrs, einer Grundfreiheit, in Bezug auf Liechtenstein ohne Wenn und Aber akzeptiert hat. Der Forderung der Parteien nach einer Auslegung im Lichte der Grundrechte kam er nicht nach.[54]

2.4 Der liechtensteinische Trust im EWR

In einem aus Norwegen stammenden Vorlageersuchen ging es um die Anwendung norwegischer Steuerregeln auf norwegische Begünstigte eines liechtensteinischen Trusts. Die Frage stellt sich, ob diese Regelungen die Niederlassungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit nach Art 31 bzw. 40 des EWRA verletzen.[55] In seiner Beantwortung hielt der Gerichtshof fest, dass ein liechtensteinischer Trust unter bestimmten Voraussetzungen sowohl von der Niederlassungs- als auch der Kapitalverkehrsfreiheit des EWRA profitieren kann.[56] Somit kann sich ein liechtensteinischer Trust auf die EWR-Grundfreiheiten berufen.[57]

2.5 Unterscheidung nach Staatsangehörigkeit

Art 4 EWRA verbietet jegliche unterschiedliche Behandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Die Nicht-Diskriminierung stellt ein allgemeines Prinzip des EWRA dar.[58] Dabei gilt Art 4 EWRA als Auffangrecht gegenüber den Regeln der Grundfreiheiten (sog. ‹gap-filling›-Funktion).[59] Mögliche Diskriminierungen stellten sich im Zusammenhang mit Vorschriften Liechtensteins zur Sicherung von Prozesskosten im Zivilverfahrensrecht (prozessualen Sicherheitsleistung bzw. aktorische Kaution) und den Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen dar. Hierzu ergingen drei Entscheidungen des EFTA-GH:

Gegenstand des *ersten* Verfahrens[60] war die gesetzliche Normierung (§ 56 ZPO a.F.), dass nur die unbefristete und unbedingte Garantie einer Bank in Liechtenstein als zulässiges Sicherungsmittel galt. Der EFTA-GH sah darin einen Verstoss gegen die Kapitalverkehrsfreiheit[61], da diese ZPO-Vorschrift Sicherheitsleistungen aus anderen EWR-Vertragsstaaten unterband. Die Stellungnahme der EU-Kommission im Verfahren gaben aber dem Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein (StGH) Anlass, die bisherige Rechtsprechung zur aktorischen Kaution zu überdenken. Der StGH verweist auf den Umstand, dass die liechtensteinischen Kautionsregelungen ausländische Staatsangehörige faktisch wesentlich stärker trifft als Einheimische. Daraus leitet der StGH eine mittelbare Diskriminierung der geltenden ZPO-Regelung ab und hob §§ 56 bis 62 ZPO als EWR-rechts- bzw. verfassungswidrig auf.[62]

In einem *zweiten* Vorabentscheidungsverfahren[63] stellte sich die Frage, ob Art 4 EWRA die Auferlegung von Prozesskostensicherheiten für Kläger verbiete, die in einem anderen EWR-Mitgliedstaat ihren Wohnsitz haben, wenn Kläger mit Wohnsitz in Liechtenstein davon befreit sind und ob eine solche Regelung dennoch mit dem

---

[51] S. die Zusammenfassung der Fragestellung durch den Gerichtshof, E-2/19 D und E, oben zitiert, Rz. 45.

[52] S. E-2/19 D und E, oben zitiert, Rz. 48.

[53] S. E-2/19 D und E, oben zitiert, Rz. 58.

[54] S. Report for the Hearing in Case E-2/19, verfügbar auf: https://eftacourt.int/download/2-19-report-for-the-hearing-2/?wpdmdl=6134 (zuletzt 21.02.2020), Argumente der Regierung Norwegens, Rz. 48 und ESA, Rz. 54.

[55] E-3/13 und E-20/13 Fred. Olsen and Others v Norwegen [2014] EFTA Ct. Rep. 400.

[56] E-3/13 und E-20/13 Fred. Olsen and Others v Norwegen, oben zitiert, Rz. 103 und 125. S. dazu Frick/Baur, 270 ff.

[57] Eine EWR-widrige Diskriminierung im Steuerrecht für den liechtensteinischen Trust moniert Frick, 234 ff. Generalanwalt Bot differenziert in dieser Hinsicht klar zwischen Gesellschaften mit Sitz in Liechtenstein oder in der Schweiz, s. Schlussantrag vom 11.09.2007 in der Rs. C-101/05, EU:C:2007:493, Fn 43.

[58] S. E-16/11 ESA v Island [2013] EFTA Ct. Rep. 4, Rz. 204.

[59] Falch, Rz. 9.

[60] E-10/04 Paolo Piazza und Paul Schurte AG [2005] EFTA Ct. Rep. 76.

[61] Die Bestimmungen des Kapitalfreiverkehrs gehen im Anlassfall dem allgemeinen Diskriminierungsverbot als lex specialis vor, s. E-10/04 Paolo Piazza und Paul Schurte AG, oben zitiert, Rz. 31, 49.

[62] Urteil vom 30.06.2008, StGH 2006/94, Erw. 2.3 f. Kritik zur bisherigen Rechtsprechung in dieser Frage bei Schäfer, 17 ff.

[63] E-5/10 Dr. Joachim Kottke v Präsidial Anstalt und Sweetyle Stiftung [2009–2010] EFTA Ct. Rep. 320.

EWRA vereinbar sei, wenn sie ausländische Kläger von der Sicherheitsleistung befreit, sofern in deren Wohnsitzstaat die Exekution des Urteils über den Ersatz von Prozesskosten möglich sei. Aufgrund der allgemeinen Natur der liechtensteinischen Regelung prüfte der EFTA-GH diese ausschliesslich nach Art 4 EWRA. Er erkannte an, dass mangels EWR-rechtlichen Bestimmungen, es Sache der einzelner EWR-Staaten sei, das Verfahrensrecht für die Klagen zu regeln. Dabei dürfen diese verfahrensrechtlichen Bestimmungen weder zu einer Diskriminierung führen noch die vom EWR-Recht garantierten Grundfreiheiten beschränken. In seiner Entscheidung kommt der EFTA-GH zum Schluss, dass die nationalen Vorschriften zur Prozesskostensicherheit eine mittelbare Diskriminierung im Sinne von Art 4 EWR darstellen. Er akzeptierte jedoch, dass diese aus Gründen des öffentlichen Interessens gerechtfertigt werden können, wenn die nationalen Bestimmungen im Hinblick auf das Erreichen des angestrebten Zwecks sowohl erforderlich als auch verhältnismässig sind.[64]

Im *dritten* Verfahren[65] stand § 53a der liechtensteinischen Jurisdiktionsnorm zur Debatte: Diese Vorschrift verlieh nur liechtensteinischen Staatsangehörigen das Recht, aufgrund einer Gerichtsstandsvereinbarung im Ausland nur dann verklagt werden zu können, wenn diese Gerichtsstandsvereinbarung vorher öffentlich beurkundet wurde. Der EFTA-GH sah in der konkreten Norm einen Verstoss gegen die Dienstleistungsfreiheit – wiederum als lex specialis zum allgemeinen Diskriminierungsverbot in Art 4 EWRA.[66]

2. Kapitalverkehrsfreiheit

Fragen zur Freiheit des Kapitalverkehrs mit Bezug auf Liechtenstein wurden wiederholt an den EFTA-GH wie auch EuGH gerichtet. Wie oben angeführt, hat der EFTA-GH Diskriminierungen im Bereich der Prozesskostensicherheit anhand der Kapitalverkehrsfreiheit gemessen. Der EuGH musste sich u.a. mit nachfolgenden drei Fällen mit der Kapitalverkehrsfreiheit im EWR befassen:

Im *ersten* Fall[67] ging es um den Verkauf eines Grundstücks in Vorarlberg der liechtensteinischen Staatsangehörigen Frau Ospelt an die liechtensteinische Schlössle Weissenberg Familienstiftung. Die für den Verkauf notwendige grundverkehrsbehördliche Genehmigung wurde mit der Begründung abgelehnt, dass die Voraussetzungen für den Erwerb durch Ausländer nicht erfüllt seien. Im Beschwerdeweg trat schliesslich der österreichische Verfassungsgerichthof mit seiner Vorlagefrage an den EuGH heran. In seiner Entscheidung hielt der EuGH fest[68], dass bei Beschränkungen beim Erwerb von Grundstücken durch EWR-Staatsangehörige die nämlichen Regelungen wie im Unionsrecht zur Anwendung gelangen, d.h. EU-Bürger und EWR/EFTA-Staatsangehörige können sich auf die nämlichen Rechte aus der Freiheit des Kapitalverkehrs berufen.

Gegenstand eines *zweiten* Falles[69] war ebenfalls der Erwerb einer Wohnliegenschaft im Land Vorarlberg durch zwei liechtensteinische Staatsangehörige, welche beide zum Zeitpunkt des Erwerbs ihren Wohnsitz in Liechtenstein hatten. Die auch hier notwendige Grunderwerbsbewilligung wurde mit der Begründung verwehrt, dass für den Erwerb eines Zweitwohnsitzes durch Ausländer aufgestellte Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Mittels einer Vorlagefrage wollte der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg in Erfahrung bringen, ob die anwendbaren Regelungen zum Erwerb von Zweitwohnsitzen mit den Bestimmungen des EWR-Vertrags über die Kapitalverkehrsfreiheit in Widerspruch stehen und daher von den innerstaatlichen Behörden nicht zu beachten seien. In seinem Beschluss bejahte der EuGH den Widerspruch zum EWR-Vertrag. Daher sei die entsprechende nationale Regelung von den nationalen Behörden nicht zu beachten.[70]

Im *dritten* Fall[71] ging es um die Besteuerung einer französischen Liegenschaft, die im Eigentum einer liechtensteinischen Gesellschaft stand. Die liechtensteinische Gesellschaft wehrte sich gegen die unterschiedliche Besteuerung im Vergleich zu juristischen Personen, deren Sitz sich in einem Staat befand, der mit Frankreich ein Amtshilfeabkommen zur Bekämpfung der Steuerhinterziehung und -flucht geschlossen hat oder deren Sitz ihrer tatsächlichen Geschäftsführung sich in Frankreich befindet. Die Cour de cassation legte dem EuGH die Frage vor, ob die streitige Steuerregel Art 40 EWRA entgegensteht. Unter Anführung der Rechtssache *ELISA*[72] hält der EuGH zunächst fest, dass eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit vorliegt. Nach Auffassung der französischen Regierung sei die Regelung gerechtfertigt, da sie die Bekämpfung von Steuerhinterziehung bezwecke. Bei der Beurteilung dieses Rechtfertigungsgrundes verweist der EuGH zunächst auf seine Rechtsprechung, dass die Bekämpfung der Steuerhinterziehung nur dann gerechtfertigt sei, wenn sie auf rein künstliche Gestaltungsfragen abziele, die auf eine Umgehung des Steuerrechts gerichtet seien. Mit Verweis auf das Urteil *Kommission v. Italien*[73] führte der EuGH dann weiter aus, dass die Rechtsprechung betr. die Beschränkung der Ausübung der Grundfreiheiten innerhalb der Union, sich nicht im vollen Umfang auf die Kapitalverkehrsfreiheit zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten übertragen lasse, da sich

---

[64] E-5/10 Dr. Joachim Kottke v Präsidial Anstalt und Sweetyle Stiftung, oben zitiert, Rz. 52.

[65] E-13/11 Grandville Establishment v Volker Anhalt, Melanie Anhalt und Jasmin Barbaro, geb. Anhalt [2012] EFTA Ct. Rep. 400.

[66] E-13/11 Grandville Establishment v Volker Anhalt, Melanie Anhalt und Jasmin Barbaro, geb. Anhalt, oben zitiert, Rz. 54.

[67] *Ospelt*, oben zitiert.

[68] S. *Ospelt*, oben zitiert, Rz. 32.

[69] EuGH, Beschluss in Rs. C-476/10 projektart Errichtungsgesellschaft mbH, Eva Maria Pepic, Herbert Hilbe, EU:C:2011:422.

[70] EuGH, Beschluss in Rs. C-476/10 projektart Errichtungsgesellschaft mbH, Eva Maria Pepic, Herbert Hilbe, oben zitiert, Rz. 51. Bemerkenswert ist die Feststellung in der Rz. 37: «Insoweit sind die EFTA-Staaten, die Vertragsstaaten des EWR-Abkommens sind, nämlich von anderen Staaten wie die Schweizerische Eidgenossenschaft zu unterscheiden, die das Vorhaben eines integrierten wirtschaftlichen Ganzen mit einem einheitlichen Markt, gestützt auf gemeinsame Regeln für seine Mitglieder, abgelehnt und es vorgezogen haben, in bestimmten Bereichen bilaterale Vereinbarungen mit der Union und ihren Mitgliedstaaten abzuschliessen.»

[71] EuGH, Urteil in C-72/09 Établissements Rimbaud, EU:C:2010:645.

[72] EuGH, Urteil in C-451/05 ELISA, EU:C:2007:594.

[73] EuGH, Urteil in C-540/07 Kommission v. Italien, EU:C:2009:717.

diese in einem anderen Rechtsrahmen vollzieht. Aufgrund der Nichtübernahme der Richtlinie 77/799[74] in den EWR bestehe zwischen den zuständigen Behörden eines Mitgliedstaates und eines Drittstaates keine Verpflichtung zur gegenseitigen Amtshilfe. Den französischen Steuerbehörden sei es verunmöglicht, von den liechtensteinischen Behörden die notwendigen Auskünfte zu erhalten, um eine wirksame Überprüfung der Angaben der steuerpflichtigen Gesellschaft vorzunehmen. Die Ungleichbehandlung der liechtensteinischen Gesellschaft steht somit nicht im Widerspruch zu Art 40 EWRA.[75]

2.7 Staatliche Beihilfen

Schon früh wurden die steuerrechtlichen Sondervorschriften für Holding- und Sitzgesellschaften in Liechtenstein mit Blick auf das im EWR geltende Beihilfeverbot als «Untiefen» bezeichnet.[76] Der Gegenstand zweier Verfahren wegen des Verstosses gegen die Beihilferegeln gaben aber andere Regeln Anlass.

Das *erste* Verfahren betraf die Besteuerung von Captives (Eigenversicherungsgesellschaften) gemäss dem liechtensteinischen Steuergesetz. Das Land Liechtenstein und die betroffene Versicherungsgesellschaft fochten eine Entscheidung der ESA vor dem EFTA-GH an, welche die auf Captives anwendbaren Steuervorschriften (u.a. reduzierte Kapitalsteuer) als staatliche Beihilfe einstufte. Der EFTA-GH stützte die Entscheidung der ESA, indem er die von 1998 bis Ende 2010 geltenden Steuerregeln für Captives als mit dem EWR unvereinbar qualifizierte.[77]

Im *zweiten* Verfahren ein Jahr später stand das Steuerregime für Anlagegesellschaften zur Diskussion. Während der Periode 1996 – 2006 waren gewisse Anlagegesellschaften von der Ertragssteuer befreit, im Unterschied zu den sonstigen im Inland tätigen juristische Personen, die neben der Ertragssteuer auch einer Kapitalbesteuerung unterlagen. Gegen die Entscheidung der ESA, welche die Steuerbefreiung als widerrechtliche staatliche Beihilfe einstufte und das Land Liechtenstein zur Rückforderung der Beihilfe aufforderte, reichte das Land Liechtenstein und eine betroffene Anlagegesellschaft wiederum Klage beim EFTA-GH ein. In seinem Urteil stützte der EFTA-GH erneut die Entscheidung der ESA vollumfänglich.[78]

3. EWR-Sekundärrecht

Neben dem Primärrecht im EWR-Hauptabkommen und den Protokollen, kommen in der Praxis des EFTA-GH die in den Anhängen I-XXII zum EWRA von den EWR/EFTA-Staaten zu übernehmenden EU-Rechtsakten eine wichtige Rolle zu (sog. EWR-Sekundärecht).[79] Rund zweidrittel der mit Bezug auf Liechtenstein ergangenen Entscheidungen betrafen Auslegungsfragen des anwendbaren Sekundärrechts. Nachfolgend soll anhand von Vorabentscheidungsverfahren liechtensteinischer Gerichte aus dem Sozialversicherungs- und Finanzmarktrecht beispielhaft der Dialog zwischen Vaduz und Luxembourg dargestellt werden.

3.1 Sozialversicherungsrecht

Der Gegenstand dreier Vorlagefragen betraf das Sozialversicherungsrecht:

In E-13/15 *Bautista* wollte das Fürstliche Obergericht wissen, ob die Feststellungen des ausländischen Trägers am Wohnort des Antragstellers im Verfahren gegen den liechtensteinischen leistungspflichtigen Träger verbindlich sind. Der EFTA-GH kam zu dem Schluss, dass die anwendbare Bestimmung[80] den Leistungsempfänger nicht daran hindern, die Feststellungen der ausländischen Träger in Frage zu stellen.[81]

Ob es auch dem (liechtensteinischen) leistungspflichtigen Träger erlaubt sei, die vom ausländischen Träger am Wohnort des Beschwerdeführers gemachten Feststellungen im nationalen Verwaltungsverfahren in Frage zu stellen, war Inhalt einer Vorlagefrage wiederum des Fürstlichen Obergerichts in E-24/15 *Waller*. Der EFTA-GH hielt fest, dass die nämliche Bestimmung wie im Anlassfall *Bautista* dem leistungspflichtigen Träger verbiete, die ärztlichen Feststellungen des Trägers des Aufenthalts- oder Wohnorts im Verwaltungsverfahren zu bezweifeln. Diese Bindungswirkung verpflichtet sämtliche Behörden, einschliesslich der Gerichte. Die Zulassung einer solchen Prüfung würde die Wirksamkeit der EWR-Regeln untergraben.[82]

---

[74] Richtlinie 77/799/EWG des Rates vom 19. Dezember 1977 über die gegenseitige Amtshilfe zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern.

[75] EuGH, Urteil in C-72/09 Établissements Rimbaud, oben zitiert, Rz. 52. Das Urteil vom 28.10.2010 geht nicht auf den Umstand ein, dass im September 2009 zwischen Frankreich und Liechtenstein ein Abkommen über den Informationsaustausch in Steuersachen geschlossen wurde (LGBl. 2010 Nr. 358). Liechtenstein hat dies im Verfahren vor dem EuGH vorgetragen, s. Hosp/Langer, 164; Kritik auch bei Gorton, 339, der im Urteil eine «politische» Komponente erblickt: «Die EWR/EFTA-Staaten sollten dazu veranlasst werden, Amtshilfeabkommen mit den EU-Staaten abzuschliessen.». Laut Baur, 235, neigt die EU dazu aufgrund von unterschiedlichen Rechtsregeln sogleich Marktzugangsbeschränkungen gegenüber von Unternehmen aus EWR/EFTA-Staaten im Vergleich zu solchen aus der EU anzuwenden. Gemäss Frick/Baur, 274, stellt sich der EFTA-GH in E-3/13 und E-20/13 Fred. Olsen and Others v Norwegen, oben zitiert, gegen die Ansicht des EuGH in der Rechtssache *Rimbaud*.

[76] Vgl. Baudenbacher (1992), 53.

[77] E-4/10, E-6/10 und E-7/10 Liechtenstein, REASSUR AG und Swisscom RE AG v ESA [2011] EFTA Ct. Rep. 16.

[78] E-17/10 und E-6/11 Liechtenstein und VTM Fundmanagement AG v ESA [2012] EFTA Ct. Rep. 114; Baur, 234, verweist nun zurecht auf den Umstand, dass die neue liechtensteinische Steuergesetzgebung auf die Übereinstimmung mit den Beihilferegeln im Rahmen eines institutionellen Verfahrens von der ESA bewilligt, und somit Rechtssicherheit erzielt wurde.

[79] Die hier gemachte Unterscheidung zwischen «Primär-« und «Sekundärrecht» orientiert sich an der Gemeinschaftsrechtsordnung, s. Oesch, Rz. 403. S. auch Regierung des Fürstentums Liechtenstein (1992), 17 ff.

[80] Art 87 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

[81] E-13/15 Abuelo Insua Juan Bautista und Liechtensteinischen Invalidenversicherung [2015] EFTA Ct. Rep. 720, Rz. 43.

[82] E-24/15 Walter Waller und Liechtensteinische Invalidenversicherung [2016] EFTA Ct. Rep. 527, Rz. 32, 41.

Die dritte Vorlagefrage[83] betraf die Anwendbarkeit der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 betr. den Anspruch auf Sachleistungen.[84] Der Kläger C war in Liechtenstein über 20 Jahre erwerbstätig und schliesslich aufgrund einer Erkrankung Bezüger einer Invalidenrente. Er ist in Liechtenstein krankenversichert mit freier Arztwahl. Im Jahre 2003 nahm er seinen Wohnsitz in Spanien unter Beibehaltung der liechtensteinischen Krankenversicherung. Bis 2017 bezog er daher auf Kosten seiner liechtensteinischen Krankenversicherung weitere Sachleistungen. Im Jahre 2017 verfügte die Krankenversicherung, dass er nach einer Übergangsfrist künftig sämtliche in Spanien bezogenen Sachleistungen beim spanischen Träger zur Erstattung geltend machen müsse. Rechnungen, welche vom spanischen Träger nicht beglichen würden, sollten bei der liechtensteinischen Krankenversicherung eingereicht werden. Das vorliegende Fürstliche Landgericht ersuchte den EFTA-GH um die Klärung der Frage, ob die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 für die Erbringung von Sachleistungen wie im Anlassfall Regelungen vorsieht, wenn der spanische Träger die Erbringung von Sachleistungen ablehnt, weil diese nicht in den Leistungsumfang seines Sozialversicherungssystems fallen. Der Gerichtshof legte dar, dass im vorliegenden Fall der Rentner gemäss Art 24 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 einen Anspruch auf Sachleistungen auf Rechnung des zuständigen Trägers (hier: die liechtensteinische Krankenversicherung) in dem EWR-Staat hat, nach dessen Rechtsvorschriften die Rente bezahlt wird. Zudem hielt der EFTA-GH fest, dass der Rentner berechtigt ist, Erstattungsanträge direkt beim zuständigen Träger einzureichen, und zwar insbesondere, wenn die Erstattung vom Wohnsitzstaat abgelehnt wurde.[85]

3.2 Finanzmarktrecht

Im Fall *Inconsult*[86] ging es um die Kriterien, nach denen eine Internet-Website als «dauerhafter Datenträger» gemäss der Richtlinie 2002/92/EG[87] angesehen werden kann. Diese Frage stellte sich in einem anhängigen Verfahren vor der Beschwerdekommission der Finanzmarktaufsicht zwischen der Inconsult Anstalt und der Finanzmarktaufsicht des Fürstentums Liechtenstein (FMA). Letztere bemängelte die Verletzung von Informationspflichten gegenüber Versicherungsnehmern. Diese hatten laut den einschlägigen Normen einen Anspruch auf Informationen schriftlich auf Papier oder auf einem anderen «dauerhaften Datenträger». Dafür legte der EFTA-GH für eine Internet-Website folgende Kriterien zu Grunde: a) kann der Verbraucher dort seine persönlichen Informationen speichern, b) kann er diese dort zu Informationszwecken über einen angemessenen Zeitraum abrufen und c) ist die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Daten möglich?[88] Dieser Ansatz des EFTA-GH wurde in der Folge auch vom EuGH bzw. dessen Generalanwälten aufgegriffen.[89]

Die Auslegung von Richtlinien auf dem Gebiet der Lebensversicherungen war Gegenstand zweier Vorlagefragen in den Fällen *Beatrix Koch*[90] bzw. *Hagedorn und Armbruster*[91] durch das Fürstliche Landgericht bzw. den Fürstlichen Obersten Gerichtshof an den EFTA-GH. Die Fragen richteten sich auf Beratungs- bzw. Informationspflichten, das Recht auf Entschädigung bei Pflichtverletzungen wie nach den anwendbaren Regeln bei der Übertragung von fondsgebundenen Lebensversicherungen.

Weitere gutachterliche Stellungnahmen seitens des EFTA-GH auf Vorlagen aus Liechtenstein im Finanzmarktrecht betrafen die Anforderungen an den Informationsaustausch zwischen Finanzmarktaufsichtsbehörden[92], die Anwendbarkeit der Sorgfaltspflichten gemäss der Dritten-Geldwäsche-Richtlinie[93], die Bestimmung eines Rechtsanwaltes im Rahmen einer Rechtsschutzversicherung[94] und den Anwendungskreis der E-Geld-Richtlinie.[95]

3.3 Ergänzende Schutzzertifikate

Aber auch der EuGH hatte eine Vorlagefrage aus dem Sekundärrecht mit Bezug auf Liechtenstein zu entscheiden: Im Zusammenhang mit der Verordnung Nr. 1768/98 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel[96] stellten ein englisches sowie ein luxemburgisches Gericht jeweils die Vorlagefrage nach dem Zeitpunkt des Beginns der Laufzeit eines Zertifikates, welches im Rahmen der regionalen Union zwischen der Schweiz und Liechtenstein durch eine Schweizer Behörde erteilt wird. Der EuGH verwies auf das EWRA, welches in den sektoralen Anpassungen für Liechtenstein zwei Arten von Genehmigungen für das Inverkehrbringen von Arzneimittel vorsieht. Eine Variante sieht die

---

[83] Urteil vom 14. Mai 2019, E-2/18 C v Concordia Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung AG, Landesvertretung Liechtenstein; veröffentlich auf https://eftacourt.int/download/2-18-judgment-2/?wpdmdl=6052 (zuletzt 21.02.2020).

[84] Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

[85] Urteil vom 14. Mai 2019, E-2/18 C v Concordia Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung AG, Landesvertretung Liechtenstein, oben zitiert, Rz. 58.

[86] E-4/09 Inconsult Anstalt v Finanzmarktaufsicht [2009–2010] EFTA Ct. Rep. 86.

[87] S. Art 2 Nr. 12 der Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung.

[88] E-4/09 Inconsult, oben zitiert, Rz. 32.

[89] EuGH, Urteil in C-49/11 Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer, EU:C:2012:419, Rz. 45; Generalanwalt Bobek in Rs. C-373/15 BAWAG PSK AG v Verein für Konsumenteninformation, EU:C:2016:695, Rz. 45, 51.

[90] E-11/12 Beatrix Koch, oben zitiert.

[91] E-15/15 und E-16/15 Franz-Josef Hagedorn v Vienna-Life Lebensversicherung AG und Rainer Armbruster v Swiss Life (Liechtenstein) AG [2016] EFTA Ct. Rep. 347.

[92] E-23/13 Hellenic Capital Market Commission (HCMC) [2014] EFTA Ct. Rep. 88.

[93] E-26/15 und E-27/15 Strafsache gegen B. und B. v Finanzmarktaufsicht [2016] EFTA Ct. Rep. 740.

[94] E-21/16 Pascal Nobile v DAS Rechtsschutz-Versicherungs AG [2017] EFTA Ct. Rp. 554.

[95] E-9/17 Edmund Falkenhahn AG v Finanzmarktaufsicht [2018] EFTA Ct. Rep. 153.

[96] Verordnung (EWG) Nr. 1768/92 des Rates vom 18. Juni 1992 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats. Diese Verordnung wurde durch die Verordnung (EG) Nr. 469/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009 über das ergänzende Schutzzertifikat für Arzneimittel abgelöst.

automatische Anerkennung Schweizer Genehmigungen in Liechtenstein vor. Daher stellt eine derartige Genehmigung für ein Arzneimittel eine «erste» Genehmigung für das Inverkehrbringen im Sinne der Verordnung Nr. 1768/92 im EWR dar. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die in der Schweiz erteilten Genehmigungen für das Inverkehrbringen, nicht den Verkehr mit dem zugelassenen Arzneimittel im EWR mit Ausnahme Liechtensteins regeln. Vergleichbare Genehmigungen von einem Mitgliedstaat erlauben ebenso wenig den freien Vertrieb des Erzeugnisses auf dem Markt der anderen Mitgliedstaaten.[97]

4. Verfahrensfragen

4.1 Was ist ein Gericht?

Gemäss Art 34 ÜGA kann ein Gericht eine Frage über die Auslegung des EWRA dem EFTA-GH vorlegen. Bereits die allererste Gerichtssache vor dem EFTA-GH im Jahre 1994 betraf u.a. die Auslegung des Begriffs «Gericht».[98] Auch im Zusammenhang mit Vorlagefragen aus Liechtenstein, wurde verschiedentlich dieser Begriff thematisiert. Im Fall *Inconsult* trat die Beschwerdekommission der FMA mit Fragen an den EFTA-GH heran. Im Urteil prüfte der EFTA-GH, ob die Beschwerdekommission ein Gericht im Sinne von Art 34 ÜGA ist. Er listet hierzu folgende Kriterien auf: Gesetzliche Grundlage der vorlegenden Einrichtung, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, Anwendung von Rechtsnormen, Unabhängigkeit und, je nach Lage des Falls, streitiges und mit einem Gerichtsverfahren vergleichbares Verfahren. Er kommt bei der Überprüfung zum Schluss, dass die Beschwerdekommission der FMA eine rechtsprechende Funktion ausübt und ein Gericht im Sinne von Art 34 ÜGA darstellt.[99]

Im Verfahren *Hellenic* wurde die Frage aufgeworfen, ob der zuständige Richter des Verwaltungsgerichtshofes, der ein Amtshilfeersuchen nach Art 27a - 27e Finanzmarktaufsichtsgesetz prüft, eine Vorlagefrage an den EFTA-GH stellen darf. Der EFTA-GH stellt fest, dass gegen die Entscheidungen des Richters des Verwaltungsgerichtshofes keine Rechtsmittel eingelegt werden können. Daher komme dem Verwaltungsgerichtshof im Verfahren nach Art 27g Finanzmarktaufsichtsgesetz für die Zwecke von Art 34 ÜGA eine Tätigkeit mit Rechtsprechungscharakter zu. Zudem würde es dem Zweck des Art 34 ÜGA zuwiderlaufen, bei Zweifeln einen Antrag auf Vorabentscheidung für unzulässig zu erklären.[100]

4.2 Was ist entscheidungsrelevant?

Die Vorlagefälle *Granville Establishment* und *Beatrix Koch* seitens des Fürstlichen Landgerichts gaben dem EFTA-GH die Gelegenheit, verschiedene Feststellungen im Zusammenhang mit dem Vorabentscheidungsverfahren gemäss Art 34 ÜGA zu machen: Zum einen ist bei vorgelegten Fragen zu vermuten, dass diese entscheidungsrelevant sind.[101] Daher ist der EFTA-GH bei Fragen betreffend die Auslegung des EWR-Rechts grundsätzlich zu einer Entscheidung verpflichtet. Dies gilt dann nicht, wenn die Auslegungsfrage offensichtlich nicht in Bezug zum Sachverhalt oder dem Gegenstand des Anlassverfahrens steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der vorgelegten Fragen notwendig sind.[102] Der Gerichtshof verweist dabei auf den Umstand, dass Art 34 ÜGA ein Instrument zur Gewährleistung einer einheitlichen Auslegung des EWR-Rechts und zur Unterstützung der Gerichte der EWR/EFTA-Staaten in Rechtssachen darstellt, in denen die Anwendung von Vorschriften des EWR-Rechts erforderlich ist.[103]

Dies trifft auch zu, wenn nationale Rechtsvorschriften zwar rein innerstaatliche Sachverhalte regeln, die nicht unter das EWR-Recht fallen, aber dieselben oder vergleichbare Lösungen betreffen wie das EWR-Recht, um Verzerrungen des Wettbewerbsrechts zu verhindern. Es liegt im Interesse des EWRA, künftige Unterschiede bei der Auslegung zu verhindern. Aus dem EWR-Recht übernommenen Vorschriften oder Begriffe sollten daher unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden, einheitlich ausgelegt werden. Es ist Sache des nationalen Gerichts, die genaue Tragweite dieser Verweisung auf des EWR-Recht im nationalen Recht zu beurteilen.[104]

4.3 Was bedeutet Unabhängigkeit?

Die Frage nach der Unabhängigkeit der Richter des EFTA-GH stellte der Gerichtshof von sich aus im Verfahren *Inconsult*: Auf entsprechende Anfrage des EFTA-GH bestätigte die FMA, deren Entscheidung Gegenstand des anhängigen Rechtsstreits war, dass Herr M., Präsident des Aufsichtsrats der FMA, ebenfalls Mitglied des EFTA-Rechnungsprüfungsausschusses sei, der für die Prüfung der Jahresabschlüsse des EFTA-GH das zuständigen Gremiums ist. Diese Beziehung zwischen einer der Parteien vor dem nationalen Gericht und dem EFTA-GH könnte Bedenken hinsichtlich der Unparteilichkeit der Richter aufwerfen (s. Art 15 der Satzung des EFTA-GH). Nachdem aber der Jahresabschluss 2008 bereits genehmigt wurde und Herr M. nicht mit der Prüfung des Jahresabschlusses 2009 befasst sein würde, kam der Gerichtshof zum Schluss, es lägen keine ausreichenden Gründe vor, dass sich die Richter gemäss Art 15 der Satzung des Gerichtshofs *en banc* für befangen erklären müssten.[105]

---

[97] EuGH, Urteil C-207/03 Novartis u.a., EU:C:2005:245, Rz. 28 ff. Bestätigt im Urteil C-617/12 Astrazeneca AB gegen Comptroller General of Patents, EU:C:2014:28. S. nun die Ergänzungsvereinbarung zum Notenaustausch vom 11. Dezember 2001 zwischen der Schweiz und Liechtenstein betreffend die Geltung der schweizerischen Heilmittelgesetzgebung in Liechtenstein über die Zulassung von Arzneimitteln mit neuen Wirkstoffen vom 6. Mai 2015, LGBl. 2015 Nr. 140.

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

[99] E-4/09 Inconsult, oben zitiert, Rz. 23 f.

[100] E-23/13 Hellenic, oben zitiert, Rz. 34, 39.

[101] E-13/11 Granville, oben zitiert, Rz. 20.

[102] E-11/12 Beatrix Koch, oben zitiert, Rz. 50 f.

[103] E-13/11 Granville, oben zitiert, Rz. 21.

[104] E-21/16 Nobile, oben zitiert, Rz. 25.

[105] E-4/09 Inconsult, oben zitiert, Rz. 8 f.

Die Rechtssache *Nobile*[106] erlaubte es schliesslich dem Gerichtshof grundsätzliche Ausführungen zur Unabhängigkeit von Richtern zu machen. Das Fürstliche Obergericht stellte im Anlassfall einerseits Fragen nach der Auslegung der Richtlinie 87/344/EG (Solvabilität II).[107] Zum anderen fragte das nationale Gericht nach der Rechtmässigkeit der Zusammensetzung des Gerichtshofs. In einem separaten Verfahren klärte der Gerichtshof diese Frage ab und stellte in einer Entscheidung vom 14. Februar 2017 die Rechtmässigkeit seiner Zusammensetzung fest.[108]

Für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Zusammensetzung des Gerichtshofs, insbesondere hinsichtlich seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, ging der EFTA-GH von folgenden drei wichtigen Faktoren aus: *Erstens* ist der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit einer der Grundwerte der Rechtspflege.[109] *Zweitens* ist es von entscheidender Bedeutung, dass die Richter nicht nur unabhängig und fair sind, sondern auch so erscheinen müssen. *Drittens* setzt die Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit voraus, dass die einschlägigen Regeln für die Ernennung von Richtern strikt eingehalten werden müssen.[110] Jeder andere Ansatz kann zur Aushöhlung des öffentlichen Vertrauens in den Gerichtshof führen und damit seinen Anschein von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit untergraben.[111]

5. Schlussbemerkung

Die Teilnahme des Landes am EWR ging an den Gerichten in Liechtenstein nicht vorbei. Im Gegenteil: Liechtensteinische Gerichte haben eine Vielzahl von Vorlagefragen an den EFTA-GH gerichtet. Dies kann mit der Vielfalt an Rechtsfragen am ‹forum Liechtenstein› als Industrie- und Finanzplatz begründet werden. Ein weiterer Grund liegt möglicherweise im Umstand, dass die Ausbildung eines grösseren Anteils der Richterinnen und Richter in Österreich – und damit in einem EU-Land – erfolgte. In jedem Fall kann festgehalten werden, dass der justizielle Dialog zwischen den liechtensteinischen Gerichten und dem EFTA-GH positiv zu bewerten ist, und die liechtensteinische Richterschaft einen erheblichen Beitrag zur Rechtsentwicklung im EWR leistet und geleistet hat.

[106] E-21/16 Nobile, oben zitiert.

[107] Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II).

[108] Entscheidung E-21/16 Nobile, Rz. 23; Fundstelle: https://eftacourt.int/download/21-16-decision-of-the-court/?wpdmdl=1417 (zuletzt 21.02.2020).

[109] S. Art 2 und 15 des Statuts des Gerichtshofs und Art 3 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs; Fundstelle: https://eftacourt.int/the-court/statute/ (zuletzt 21.02.2020).

[110] S. Art 30 ÜGA.

[111] Entscheidung E-21/16 Nobile, oben zitiert, Rz. 16. Die *Nobile*-Entscheidung wird in EG, T-639/16 P – FV/Rat EU:T:2018:22, Rz. 75 sowie vom EGMR in *Case of Guðmundur Andri Ástráðsson v Iceland* (Application no. 26374/18), Rz. 64 f. zitiert; ausführlich zum Anlassfall *Nobile* und die Rechtmässigkeit der Zusammensetzung, s. Baudenbacher (2019), 393 ff.

Literatur

Baudenbacher C (1992), Der Finanzplatz Liechtenstein im EWR: Rechtliche und rechtspolitische Aspekte, in: LJZ 2/1992, 45 ff.

Baudenbacher C (2005), Der Beitrag des EFTA-Gerichtshofs zur Schaffung eines dynamischen und homogenen EWR, in: Bruha T/Pállinger Z/Quaderer R (Hrsg.), Liechtenstein – 10 Jahre im EWR, LPS Bd. 10, Schaan, 27 ff.

Baudenbacher C (2007), Was ist aus dem Gutachten des EuGH 1/91 geworden?, in: Baur G (Hrsg.), Europäer – Botschafter – Mensch. Liber Amicorum für Prinz Nikolaus von Liechtenstein, Schaan, 79 ff.

Baudenbacher C (2012), Grundfreiheiten und Grundrechte im EWR-Recht, in: Kley A und Vallender KA (Hrsg.), Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, Schaan, 775 ff.

Baudenbacher C (2016), The EFTA Court: Structure and Task, in: Baudenbacher C (Ed.), The Handbook of EEA Law, 2016, 139 ff.

Baudenbacher C (2019), Judicial Independence. Memoirs of an European Judge, Cham.

Baur G (2012), 20 Jahre nach der EWR-Abstimmung 1992: Eine aussenpolitische Bilanz, in: Jus&News 2012/3, 227 ff.

Büchel F/Lewis X (2016), The EFTA Surveillance Authority, in: Baudenbacher C (Ed.), The Handbook of EEA Law, 113 ff.

Christiansen P (2018), Art 34 SCA, in: Arnesen F/Fredriksen H H/Graver H P/Mestad O/Vedder C, Agreement on the EAA. A Commentary, Baden-Baden.

Enter-Koch A/Bischof T (2016), Liechtenstein EEA Coordination Unit, in: Baudenbacher C (Ed.), The Handbook of EEA Law, 241 ff.

Epiney A (1992), La Cour de justice des Communautés européennes et l´Éspace économique européen, in: SZIER 3/92, 275 ff.

Falch I (2018), Art 4 EWRA, in: Arnesen F/Fredriksen H H/Graver H P/Mestad O/Vedder C, Agreement on the EAA. A Commentary, Baden-Baden.

Frick M (2013), Der Trust in der Praxis des liechtensteinischen Rechts, in: Schumacher H/Zimmermann W (Hrsg.), 90 Jahre Fürstlicher Oberster Gerichtshof, Festschrift für Gert Delle Karth, Wien, 217 ff.

Frick M/Baur G (2014), Trusts, Stiftungen und ihre steuerliche Akzeptanz im europäischen Umfeld – der ‹Schneehuhn›-Fall, in: ELR 11/2014, 270 ff.

Gorton G (2010), Für ELISA, aber nicht für Liechtenstein, in: ELR 11/2010, 336 ff.

Hess H (2007), Die liechtensteinische Stiftung und die Grundfreiheiten des EWR-Abkommens, in LJZ 1/2007, 1 ff.

Hosp Th/Langer M (2010), EuGH: Urteil in der Rs Rimbaud – Mögliche Auswirkungen auf das Fürstentum Liechtenstein, in: ZFS 2010/4, 161 ff.

Jakob D/Studen G (2011), Die liechtensteinische Stiftung in der aktuellen deutschen Zivilrechtsprechung, in: liechtenstein-journal, 1/2011, 15 ff.

Kieber-Beck R (2004), Vertiefung und Erweiterung der europäischen Integration – die liechtensteinische Sicht, in: LJZ 4/2004, 134 ff.

Oesch M (2019), Europarecht, Bd. 1, 2.A., Bern.

Prange H (2000), Liechtenstein im Europäischen Wirtschaftsraum, LPS Bd. 29, Vaduz.

Regierung des Fürstentums Liechtenstein (1992), Bericht und Antrag an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992, Nr. 46/1992.

Regierung des Fürstentums Liechtenstein (1999), Bericht und Antrag an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Lösung Personenverkehr im EWR (1. Teil), Nr. 150/1999.

Regierung des Fürstentums Liechtenstein (2001), Bericht und Antrag an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Schaffung eines Gesetzes über befristete Sofortmassnahmen im Gesundheitswesen, Nr. 85/2001.

Regierung des Fürstentums Liechtenstein (2005), Bericht und Antrag an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend 10 Jahre Mitgliedschaft des Fürstentums Liechtenstein im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), Nr. 102/2005.

Regierung des Fürstentums Liechtenstein (2007), Bericht und Antrag an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Abschaffung der Wohnsitzerfordernisse für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit, Nr. 32/2007.

Schäfer A (2006), Die Prozesskostensicherheit – eine Diskriminierung?, in: LJZ 1/2006, 17 ff.

Schafhauser P (2008), Personenverkehr in Liechtenstein: Unde venit – Status quo – quo vadis? Ein Abriss der Entwicklung des Personenverkehrs, in: Jus&News, 2008/1, 25 ff.

Wille H (2015), Die liechtensteinische Staatsordnung, LPS Bd. 57, Schaan.

Die Rolle der ESA im EWR

Frank J. Büchel, Mitglied des Kollegiums der EFTA-Überwachungsbehörde, Brüssel

1. Einleitung

Das EWR-Abkommen (EWRA) erweitert den Binnenmarkt der Europäischen Union (EU) auf die drei EWR-EFTA-Staaten Island, Norwegen und Liechtenstein und bildet damit den weltweit grössten Binnenmarkt. Seit mehr als 25 Jahren überwacht und setzt die EFTA-Überwachungsbehörde (nachfolgend wie in der englischen Arbeitssprache der Behörde «ESA» genannt) als «Hüterin der Verträge» die Bestimmungen des EWRA in diesen drei Staaten durch.

Ähnlich wie die EU hat sich der EWR in den 25 Jahren seines Bestehens kontinuierlich weiterentwickelt – er ist dynamisch – und umfasst starke soziale und menschliche Dimensionen. Der EWR ist mehr als nur ein besonders ehrgeiziges Freihandelsabkommen, denn es geht um Menschen, nicht nur um grosse Unternehmen. Im EWR kann der Einzelne seine Rechte individuell und direkt durchsetzen. Die ESA leistet ihren Beitrag, dass Bürger und Unternehmen von den Möglichkeiten und Rechten des EWRA profitieren können. Einer der Schlüsselfaktoren für diese Entwicklung des EWR sind die gemeinsamen Werte und ein hohes Mass an gegenseitigem Vertrauen zwischen den Vertragsparteien, das nicht zuletzt auf dem institutionellen Unterbau gründet.

Glaubwürdige Institutionen sind für die Entwicklung und den Erfolg regelbasierter internationaler Systeme entscheidend. Gerade kleine Länder wie Liechtenstein sind darauf angewiesen, dass die gemeinsamen Regeln von allen Vertragsparteien gleichförmig eingehalten werden. Dies ist von noch grösserer Bedeutung in Zeiten, in denen der Multilateralismus und seine Institutionen selbst unter Druck stehen. Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass Liechtenstein und dessen jeweiligem Kollegiumsmitglied besondere Vertragstreue und ein Interesse an einer starken, unabhängigen und unparteiischen Überwachungsbehörde zugeschrieben wird.

2. Errichtung und Kollegium

Die ESA wurde 1992 als internationale Organisation mit Rechtspersönlichkeit nach Massgabe von Art 108 EWRA und Art 4 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofes (ÜGA) von den EWR-EFTA-Staaten eingesetzt. Nachdem sie ihre Tätigkeit im Jahr 1994 zunächst in Genf aufgenommen hatte, zog sie nach dem Ausscheiden Österreichs, Finnlands und Schwedens aus dem EWR im Jahr 1995 an ihren derzeitigen Sitz in Brüssel.

Die ESA besteht formell aus einem Kollegium mit drei Mitgliedern (Art 7 ÜGA) und wird von diesem geleitet. Jeder EWR-EFTA-Staat kann ein Mitglied vorgeschlagen, das einvernehmlich für eine Amtszeit von vier Jahren ernannt wird (Art 9 Abs 2 ÜGA). Die Staaten vereinbaren ebenfalls unter sich den Präsidenten für eine Amtszeit von zwei Jahren (Art 12 ÜGA). Beide Ämter sind erneuerbar. Während der Präsident bestimmte Exekutivfunktionen ausübt und allgemein die ESA als Ganzes nach

aussen vertritt, bleibt er *primus inter pares*. Er hat bei den Beratungen des Kollegiums die gleiche Stimme und das ÜGA sieht keine weiteren Einzelbefugnisse vor. Alle Befugnisse kommen primär dem Kollegium als Kollektivorgan zu. Die ESA gibt sich ihre eigene Geschäftsordnung (Art 13 ÜGA).

Die Mitglieder des Kollegiums sind bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben völlig unabhängig und dürfen von keiner Seite Anweisungen einholen oder entgegennehmen (Art 8 Abs 1 ÜGA), insbesondere von dem Staat, der sie ernennt. Jeder EWR-EFTA-Staat hat sich darüber hinaus ausdrücklich in Art 8 Abs 1 Satz 3 ÜGA verpflichtet, diesen Grundsatz nicht nur zu respektieren, sondern auch nicht zu versuchen, die Kollegiumsmitglieder bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu beeinflussen. Angesichts der gängigen Praxis, Mitglieder des Kollegiums aus dem Auswärtigen Amt oder anderen Zweigen der nationalen Verwaltung zu ernennen, zu denen sie normalerweise nach Ablauf ihrer Ernennung zurückkehren, ist die strikte Einhaltung dieser Unabhängigkeitsbestimmung von grösster Bedeutung für die Integrität und Glaubwürdigkeit der ESA. Mitglieder des Kollegiums können vom EFTA-Gerichtshof auf Antrag der ESA nur dann aus dem Amt entfernt werden, wenn sie die Voraussetzungen für ihre Ernennung nicht mehr erfüllen oder eines schwerwiegenden Fehlverhaltens für schuldig befunden werden (Art 11 ÜGA).

Alle formellen Entscheidungen der ESA werden vom Kollegium in wöchentlichen Sitzungen getroffen, sofern sie nicht ausdrücklich delegiert wurden (Art 15 Abs 1 ÜGA). Die Geschäftsordnung sieht folgendes vor: Zwei Mitglieder sind beschlussfähig. Wenn nicht einstimmig, werden Entscheidungen mit einfacher Mehrheit getroffen. Die Sitzungen des Kollegiums sind nicht öffentlich und seine Beratungen sind und bleiben vertraulich. Entscheidungen im schriftlichen Verfahren sind die Ausnahme. Wiederholte Aufgaben von untergeordneter Bedeutung wurden in einer Reihe von Bereichen an ein verantwortliches Kollegiumsmitglied delegiert, unter voller Wahrung der kollegialen Verantwortung. Gemäss Absprache trägt jedes Kollegiumsmitglied eine besondere Verantwortung für und führt die tägliche Aufsicht über eine oder mehrere Abteilungen oder Kompetenzbereiche.

Die Entscheidungen des Kollegiums sind gemäss Art 16 ÜGA hinreichend zu begründen und gemäss Art 18 ÜGA zu veröffentlichen. Darüber hinaus ist es derzeit üblich, die Protokolle der Kollegiumsversammlungen sowie ein Register wichtiger Dokumente online auf der Website der ESA zu veröffentlichen. Der Zugang zu weiteren Dokumenten der ESA ist auf Anfrage und im Einklang mit den Bestimmungen für den Zugang zu Dokumenten möglich. Öffentliche Dokumente werden in einer Online-Datenbank gespeichert.

3. Organisation

Die ESA beschäftigt derzeit rund 80 Mitarbeiter[1], die sowohl aus EWR-EFTA-Staaten als auch aus verschiedenen EU-Mitgliedstaaten rekrutiert werden. Das Fachpersonal besteht überwiegend aus Juristen, ergänzt durch Mitarbeiter mit anderen Berufsqualifikationen wie Ökonomen und Tierärzte für die Inspektionen im Bereich der Lebensmittelsicherheit. Mitarbeiter und anderes Personal werden nach Massgabe einer entsprechenden Vorgabe durch die EWR-EFTA-Staaten für eine feste Amtszeit von 3 Jahren eingestellt und können einmal verlängert werden. Die ständige Abwanderung, die durch dieses System verursacht wird, ist die grösste fortwährende interne Herausforderung für die ESA.

Die ESA ist administrativ in vier Abteilungen gegliedert: Die Direktion für Binnenmarktangelegenheiten (Internal Market Affairs – IMA) und die Direktion für Wettbewerb und staatliche Beihilfen (Competition and State Aid – CSA) werden von der Abteilung für Rechts- und Exekutivangelegenheiten (Legal and Executiv Affairs – LEA) ergänzt und von der Verwaltungsabteilung unterstützt (Administration – ADM).

Die interne Arbeitssprache der ESA ist Englisch und die gesamte Kommunikation mit den EWR-EFTA-Staaten erfolgt in dieser Sprache. Art 20 ÜGA erlaubt Einzelpersonen und Unternehmen aber mit der ESA in einer der offiziellen EWR-Amtssprachen zu kommunizieren. Die ESA unterhält keinen eigenen Übersetzungsdienst. Die Kommunikation in einer anderen Sprache als Englisch kann zu Verzögerungen führen.

4. Die Bedeutung und Rolle der ESA

Das EWR-Abkommen erweitert den Binnenmarkt der Europäischen Union um die drei EWR-EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen. Es schafft einen dynamischen und homogenen Europäischen Wirtschaftsraum, der auf gemeinsamen Bestimmungen und Bedingungen für den Wettbewerb und die Kontrolle staatlicher Beihilfen basiert. Dem EWR liegt ein Zwei-Pfeiler-Modell zugrunde, gemäss dem die Überwachung und Durchsetzung der von den EWR-EFTA-Vertragsstaaten eingegangen Verpflichtungen im EFTA-Pfeiler einer eigenständigen, unabhängigen Institution, der EFTA-Überwachungsbehörde, übertragen wurde (Art 109 Abs 1 EWRA). Die Europäische Kommission (nachfolgend «Kommission») überwacht die Einhaltung im EU-Pfeiler. Interessanter Weise wurde die ESA von den EWR-EFTA-Staaten in Art 5 Abs 2 Bst. c ÜGA ebenfalls mit der Überwachung der *«Anwendung des EWR-Abkommens durch die anderen Vertragsparteien jenes Abkommens»*, also der EU und deren Mitgliedstaaten, beauftragt. In der Praxis ist dies jedoch kaum von Bedeutung, könnte aber für die EWR-EFTA-Staaten durchaus ein interessantes Instrument sein.

Das EWRA unterliegt somit der Selbstkontrolle mit eigenen Institutionen (die ESA und der EFTA-Gerichtshof), wodurch es sich grundlegend von anderen Freihandelsabkommen unterscheidet. Es ist eine Besonderheit, dass in einem internationalen Abkommen die Verantwortung für die Einrichtung und den Betrieb des Durchsetzungs-

[1] Einschliesslich temporärer Mitarbeiter und Praktikanten.

mechanismus den Mitgliedern selbst überlassen bleibt. Die ESA ist natürlich unabhängig von den EWR-EFTA-Staaten, dennoch ist es eine Tatsache, dass sie sich ausschliesslich aus Vertretern dieser Staaten ohne Vertretung der Gegenpartei, der EU, zusammensetzt.

Der ESA kommt somit für das Vertrauen der Vertragsgegenseite, der EU bzw. deren Mitgliedsstaaten, eine zentrale Rolle zu. Glaubwürdigkeit und Vertrauen sind folglich die höchsten Güter und Leitlinien der ESA. Die unabhängige Wahrnehmung dieser Aufgabe bildet nicht nur die Grundlage von Homogenität und Rechtssicherheit im EWR, sondern für das Funktionieren und den Fortbestand des Abkommens als solchem.

5. Wie die ESA ihre Rolle erfüllt

Die ESA handelt bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unabhängig (Art 108 Abs 1 EWRA und Art 4 ÜGA) von anderen Institutionen oder Staaten und unterliegt nur der gerichtlichen Kontrolle durch den EFTA-Gerichtshof in Luxemburg. Auf der Grundlage von Art 6 ÜGA und gemäss den Bestimmungen des EWRA kann die ESA alle erforderlichen Informationen, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich sind, von den EWR-EFTA-Staaten und den dort ansässigen Unternehmen anfordern.

Art 5 Abs 2 Bst. a ÜGA räumt der ESA die allgemeine Befugnis ein, Entscheidungen und andere Massnahmen in den im EWRA und im ÜGA spezifisch vorgesehenen Fällen zu treffen.

In einem dynamischen Abkommen mit einer Überwachungsstruktur mit zwei Pfeilern bleibt die kohärente und homogene Anwendung des gemeinsamen Rechtsrahmens im gesamten EWR (vgl. Art 1 EWRA) eine inhärente Herausforderung. Das EWRA erkennt diese Herausforderung an und sieht in Art 109 Abs 2 EWRA eine Verpflichtung sowohl für die ESA als auch für die Kommission vor, *«in Fragen der Überwachungspolitik und in Einzelfällen zusammenzuarbeiten, Informationen auszutauschen und sich gegenseitig zu konsultieren»*. Mit Ausnahme des Wettbewerbsbereichs ist diese Zusammenarbeit weitgehend unstrukturiert und bedarf seitens der ESA der fortwährenden Aufmerksamkeit und Anstrengung. Es ist positiv festzuhalten, dass es in den letzten 25 Jahren zu keinen wesentlichen Meinungsverschiedenheiten zwischen den beiden Überwachungsbehörden gekommen ist.

Die ESA ist somit zusammen mit dem EFTA-Gerichthof die Hüterin der homogenen Anwendung des gemeinsamen Binnenmarktrechts im EFTA-Pfeiler. Die beiden Institutionen sind Teil derselben Wertschöpfungskette und letztlich bei der Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben aufeinander angewiesen. Ein etablierter Dialog zwischen den Institutionen zeugt von dieser Erkenntnis.

Die Durchsetzungskompetenzen und -verfahren der ESA sind nach denjenigen der Kommission gestaltet (vgl. Art 108 Abs 1 EWRA). Allerdings verfügt die ESA über keine Gesetzgebungsbefugnisse oder politische Funktionen und ist daher ein reines Überwachungsorgan. Gemäss der allgemeinen Regel in Art 1 Abs 2 von Protokoll 1 zum ÜGA kommt der ESA für die der Kommission im EU-Sekundärrecht übertragenen Funktionen eine entsprechende Funktion im EFTA-Pfeiler zu.

Die fortschreitende Dezentralisierung von Regulierungs- und Exekutivfunktionen der Kommission an selbständige Agenturen in der EU verkompliziert die Überwachungslandschaft und stellt die Flexibilität des EWRA und die Verfassungstraditionen der EWR-EFTA-Staaten, insbesondere von Island und Norwegen, vor Herausforderungen. Nach einem langwierigen politischen Prozess konnte für die Europäischen Agenturen im Finanzdienstleistungsbereich – der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde, der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde und der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung – eine Lösung gefunden werden, die sowohl die Zwei-Pfeiler-Struktur des EWRA wie auch die Verfassungen der EWR-EFTA-Staaten respektiert.

Es bleibt zu hoffen, dass die in diesem Bereich gefundene Lösung mit der EU als Blaupause für die zukünftige Übernahme weiterer dezentralisierter Funktionen in das EWRA dient. Der ESA bleibt bei diesem Ansatz die formelle Entscheidungskompetenz gegenüber nationalen Behörden und Unternehmen in den EWR-EFTA-Staaten vorbehalten, während grob gesprochen alle nicht in einer formellen Entscheidung mündenden Aufgaben direkt von der in Frage stehenden Agentur auch im EFTA-Pfeiler ausgeübt werden. Die wesentlichen Vorteile eines One-Stop-Shops bzw. des Einbezugs des Expertenwissens der Agentur bleiben dadurch und durch den engen Kontakt mit der ESA, insbesondere im Hinblick auf die Ausarbeitung eines Entwurfs durch die Agentur, der gegebenenfalls als Grundlage für einen formellen Entscheid der ESA dient, gewahrt.

Entscheidend für das spätere reibungslose und effektive Funktionieren dieses Lösungsansatzes ist es, dass die ESA, der in Folge die Verantwortung für die Durchführung übertragen wird, bereits bei der Übernahme der entsprechenden EU-Rechtsakte in das EWRA beratend eingebunden wird.

6. Zuständigkeiten

6.1 Binnenmarkt

Der EWR erweitert den Kernbereich des EU-Binnenmarktes auf Island, Liechtenstein und Norwegen. Die Hauptaufgabe der ESA besteht darin, sicherzustellen, dass die EWR-EFTA-Staaten ihren Verpflichtungen aus dem Abkommen nachkommen, indem sie die gemeinsamen Binnenmarktregeln *(EWR-Acquis)* vollständig, korrekt und rechtzeitig in ihre innerstaatliche Rechtsordnung umsetzen und diese Regeln korrekt anwenden. Art 109 Abs 1 EWRA und Art 22 ÜGA beauftragen die ESA, die Anwendung der Bestimmungen des EWRA und des ÜGA zu überwachen. Die ESA überwacht kontinuierlich die rechtzeitige Umsetzung der neu in den EWR aufgenommenen Rechtsakte. Die Überwachungs- und Durchsetzungsfunktion und -verfahren der ESA gegenüber den EWR-EFTA-Staaten ähneln weitgehend denen der Kommission, mit der sie zusammenarbeitet.

Die ESA schützt Einzelpersonen und Unternehmen bei der Ausübung ihrer Rechte auf den freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Kapital und Personen im EFTA-Pfeiler des EWR. Neben den vier Freiheiten, die die Eckpfeiler des Binnenmarkts sind, ist die ESA be-

fugt in einer Reihe verwandter Bereiche tätig zu werden, darunter beispielsweise Lebensmittelsicherheit, Verkehr, öffentliches Beschaffungswesen, Umwelt und Energie.

Ein wesentlicher weiterer Aspekt des EWRA ist, dass Einzelpersonen direkt durchsetzbare Rechte eingeräumt werden. Dies stellt eine echte Machtübertragung an die Bevölkerung der EWR-Staaten dar. Diese durchsetzbaren Rechte gelten für alle, unabhängig davon, ob sie in EWR-Raum von ihren Freiheitsrechten Gebrauch gemacht haben oder nicht. Sie schützen Arbeitnehmer und Verbraucher und setzen Sozial- und Ernährungsstandards auch für Bürger, die ihr Heimatland nie verlassen.

Wenn die ESA der Ansicht ist, dass ein EWR-EFTA-Staat einer Verpflichtung aus dem EWRA nicht nachgekommen ist, kann sie ein förmliches Vertragsverletzungsverfahren gemäss Art 31 ÜGA einleiten. Die Eröffnung eines Vertragsverletzungsverfahrens bietet Gelegenheit für einen formelleren Dialog mit dem betreffenden Staat. Es sei darauf hingewiesen, dass nur der EFTA-Gerichtshof einen Verstoss gegen das EWR-Recht feststellen kann. Folglich zeigt die Tatsache, dass ein Vertragsverletzungsverfahren eröffnet wurde, bis der Gerichtshof ein solches Urteil fällt, nur, dass nach Ansicht der ESA der betreffende Staat seinen Verpflichtungen aus dem EWR nicht nachgekommen ist.

Vertragsverletzungsfälle können in zwei Kategorien unterteilt werden. Die erste Kategorie bezieht sich auf Fälle, in denen die EWR-Bestimmungen nicht eingehalten oder nicht ordnungsgemäss angewendet wurden und die entweder aufgrund von Beschwerden oder auf Initiative der ESA eröffnet wurden. Diese Fälle betreffen beispielsweise Situationen, in denen die ESA nach Bestätigung der Umsetzung einer Richtlinie durch einen EWR-EFTA-Staat zu einem späteren Zeitpunkt zu dem Schluss gelangt, dass die nationalen Rechtsvorschriften nicht vollständig den Anforderungen der einschlägigen Richtlinie entsprechen oder dass der EWR-EFTA-Staat die Binnenmarktregeln, d.h. die Grundsätze der Freizügigkeit, auf andere Weise nicht einhält.

Die Nichteinhaltung kann entweder aus einer Handlung oder einer Unterlassung jeglicher Emanation des Staates bestehen, auf die die Nichteinhaltung zurückzuführen ist, d.h. auf zentraler, regionaler oder lokaler Ebene. Die ESA handelt von sich aus oder aufgrund einer von einer Einzelperson oder einem Unternehmen bei ihr eingereichten Beschwerde und ergreift die Massnahmen, die sie als notwendig und angemessen erachtet. Sie geniesst dabei einen sehr weiten Ermessensspielraum.

Die zweite Kategorie von Fällen betrifft die verspätete Umsetzung, d.h. Richtlinien und Verordnungen[2], die in das EWRA übernommen worden sind, wurden nur teilweise oder gar nicht innerhalb der vereinbarten Fristen in die nationale Rechtsordnung eines EWR-EFTA-Staates umgesetzt. Vertragsverletzungsfälle in dieser Kategorie sind im Allgemeinen eindeutig und daher selten Gegenstand rechtlich komplizierter Streitigkeiten zwischen der ESA und dem betreffenden Staat.

Es steht der ESA frei, Verstösse von sich aus oder auf Beschwerde zu verfolgen. Jeder, sei er formell oder individuell betroffen oder nicht, kann eine Beschwerde bei der ESA einreichen, wenn er ein nationales Gesetz oder eine Verwaltungspraxis oder -massnahme Islands, Liechtensteins oder Norwegens oder einer Emanation, die einem dieser Staaten zuzurechnen ist, als unvereinbar mit einer Bestimmung oder einem Grundsatz des EWR-Rechts ansieht.

Wenn ein EWR-EFTA-Staat die Anforderungen des EWR-Rechts nicht erfüllt, hat die ESA die Befugnis, den betreffenden Staat aufzufordern (Art 31 Abs 1 ÜGA), die Zuwiderhandlung einzustellen und kann den Fall erforderlichenfalls, wenn der Staat der Aufforderung nicht fristgerecht nachkommt, gemäss Art 31 Abs 2 ÜGA zur Entscheidung an den EFTA-Gerichtshof verweisen.

Der ESA fehlt eine ähnliche Befugnis wie die der Kommission in Art 260 AEUV, die durch den Vertrag von Lissabon eingeführt wurde, den Gerichtshof aufzufordern, einen Mitgliedstaat mit einer Geldstrafe zu belegen. Folglich ist die ESA auf die Loyalität und Zusammenarbeit (Art 3 EWRA) der EWR-EFTA-Staaten angewiesen, wenn es darum geht, deren Verpflichtungen aus dem EWRA durchzusetzen. Darum ist es von grösster Bedeutung, dass die Achtung der EWR-Institutionen gewahrt bleibt, insbesondere in einer Situation, in der der EFTA-Gerichtshof eine Vertragsverletzung endgültig festgestellt hat. Es liegt deshalb im Interesse der Wahrung des EWR als solchem und der Glaubwürdigkeit seiner Institutionen im Besonderen, dass die Urteile des EFTA-Gerichtshofs vollständig und zeitgerecht befolgt werden. Geschieht dies nicht, ist es an der ESA den betreffenden EWR-EFTA-Staaten für einen gesonderten Verstoss gegen diese in Art 33 ÜGA stipulierte Verpflichtung zur Rechenschaft zu ziehen.

6.2 Wettbewerb und Staatliche Beihilfen

Das EWRA enthält Bestimmungen über Wettbewerb und staatliche Beihilfen, die weitgehend denen im EU-Pfeiler entsprechen. So enthalten die Art 53 bis 60 EWRA Bestimmungen über restriktive Praktiken, Missbrauch einer beherrschenden Stellung, Konzentrationen und betreffend Unternehmen, denen vom Staat besondere oder ausschliessliche Rechte eingeräumt wurden. Die Bestimmungen betreffend die Kontrolle staatlicher Beihilfen sind in den Art 61 bis 64 EWRA niedergelegt.

Art 58 EWRA skizziert den allgemeinen Grundsatz, dass die ESA und die Kommission zusammenarbeiten sollten, um eine einheitliche Überwachung der Wettbewerbsregeln im EWR zu gewährleisten. Detaillierte Regeln für die Zusammenarbeit der ESA und der Kommission auf dem Gebiet des Wettbewerbs sind im Protokoll 23 zum EWRA enthalten. Diese sollen eine homogene Auslegung und Anwendung der geltenden Regeln gewährleisten. Die ESA und die Kommission können sich gegenseitig auffordern, in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet Inspektionen für die andere Behörde durchzuführen, um ihre Untersuchung gemäss Art 8 des Protokolls 23 zum EWRA voranzutreiben.

---

[2] Die Umsetzung von Verordnungen in Liechtenstein stellt in der Regel kein besonderes Problem dar, da sie gemäss der monistischen Rechtstradition mit Publikation des Beschlusses des Gemeinsamen EWR-Ausschusses und eines Verweises auf die deutschsprachige Fassung der Verordnung im EU-Amtsblatt Direktwirkung entfalten.

Die Kompetenzverteilung zwischen der ESA und der Kommission in den Bereichen Wettbewerb und staatliche Beihilfen ist in einer Reihe komplexer Bestimmungen festgelegt. Das praktische Ergebnis dieser Bestimmungen ist, dass die ESA im Bereich des Wettbewerbs selten zuständig für die Beurteilung horizontaler Absprachen oder abgestimmter Verhaltensweisen ist, die mehrere EWR-Staaten umfassen, und es ist höchst unwahrscheinlich, dass ihr die Zuständigkeit für eine Konzentration mit einer EWR-EFTA-weiten Dimension allein zukommt.

Die ESA ist gemäss Art 56 Abs 1 Bst. a EWRA für Fälle zuständig, die unter das Verbot restriktiver Praktiken in Art 53 EWRA fallen, sofern diese nur Auswirkungen auf den Handel zwischen EWR-EFTA-Staaten zeitigen. In der Praxis fallen folglich die meisten grossen Kartellfälle, an denen ein Unternehmen aus einem EWR-EFTA-Staat beteiligt ist, in die Zuständigkeit der Kommission. Wenn jedoch die Auswirkungen auf den Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten oder auf den Wettbewerb innerhalb der EU nicht spürbar sind, übt die ESA die Zuständigkeit für den Fall gemäss Art 56 Abs 3 EWRA aus.

In Bezug auf Fälle des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung, die unter Art 54 EWRA fallen, ist die ESA gemäss Art 56 Abs 2 EWRA für die Fälle zuständig, in denen die beherrschende Stellung nur in den EWR-EFTA-Staaten besteht. Die Kommission ist dagegen für Fälle verantwortlich, in denen der Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten und der Wettbewerb in der EU erheblich beeinträchtigt werden.

Der EWR basiert somit auf dem One-Stop-Shop-Prinzip: entweder ist die Kommission oder die ESA, aber nicht beide, für die Bearbeitung eines bestimmten Falls zuständig.

Bei den staatlichen Beihilfen ist die Situation etwas anders. Gemäss Art 1 von Teil I des Protokolls 3 zum ÜGA ist die ESA befugt, die von den EWR-EFTA-Staaten gewährten staatlichen Beihilfen zu überprüfen.

7. Ressourcen und Prioritäten

Die der ESA zur Verfügung stehenden Ressourcen sind gerade in jüngerer Zeit nicht im Einklang mit den neu der Behörde übertragenen Aufgaben, der gesteigerten Komplexität und des zunehmenden Technisierungs- und Spezialisierungsgrades bestehender Aufgabenbereiche gewachsen. Beispiele hierfür sind etwa die Untersuchung und Verfolgung wettbewerbswidriger Praktiken, der Finanzdienstleistungsbereich, Telekommunikation oder Energie. Zunehmend viele Ressourcen werden in Bereichen absorbiert, wo die ESA auf Initiative oder im Interesse eines EWR-EFTA-Staates tätig werden muss. Beispiele hierfür sind Ausnahmeersuchen im Transport oder Lebensmittelsicherheitsbereich oder die Kontrolle staatlicher Beihilfen.

Intern pauschal als «Managementaufgaben» bezeichnete Tätigkeiten, die sich nicht auf bestimmte Streitigkeiten oder «Fälle» im traditionellen Sinne beziehen, aber für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes gleichermassen unverzichtbar sind, sind stetig gewachsen und absorbieren heute wohl deutlich mehr als die Hälfte der ESA zur Verfügung stehenden Ressourcen, und sicherlich mehr als die wenigen sichtbaren Fälle von Streitigkeiten oder Meinungsverschiedenheiten, die die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit auf sich ziehen. Es ist die zuverlässige und zeitnahe Ausführung dieser Managementaufgaben, die dafür sorgt, dass sich die Räder in vielen Bereichen des Binnenmarkts reibungslos drehen. Und darauf ist die ESA stolz, zum grossen Teil, weil es niemand merkt.

Diese Aufgaben umfassen eine breite Palette von Verfahren aus den Schnellwarnsystemen RAPEX und RASFF für Produkte und Lebensmittel, die ein ernstes Risiko für die Verbraucher darstellen, zu Verfahren zur Anerkennung von Berufsqualifikationen und zu wichtigen Regulierungsfunktionen im Bereich Telekommunikation, Finanzdienstleistungen, Energie und Verkehr, um nur einige zu nennen.

Die Qualität und Natur der Vertragsverletzungsverfahren hat sich über die letzten 25 Jahre verändert. Reine Nicht- oder Spätumsetzungsverfahren hat die ESA weitgehend rationalisiert. Die Komplexität und die Dimensionen von Vertragsverletzungsverfahren, denen systemische oder systematische Falschanwendungen von EWR-Recht zu Grunde liegen, ist stark gewachsen.

All diese Entwicklungen zwingen die ESA Prioritäten zu setzen, deren Grenzen die Glaubwürdigkeit und das Vertrauen als effektive Aufsichtsbehörde markieren.

Die ESA verfügt in ihren zu beaufsichtigenden Mitgliedsstaaten über keine Aussenstellen und hat keine Mitarbeiter vor Ort. Neben dem Mitverfolgen der zeitgerechten und korrekten nationalen Umsetzung neuer oder geänderter Rechtsakte im EWR, ist sie vor die Herausforderung gestellt, die korrekte Umsetzung und insbesondere Anwendung des bestehenden EWR-Rechtsbestandes zu überwachen. Neben der Mitverfolgung allgemeiner Entwicklungen im EWR und der Prioritäten der Kommission, dem Lesen von Zeitungsberichten und sonstigen Informationsquellen, kommen Beschwerden von Einzelpersonen und Unternehmen besondere Bedeutung zu. Beschwerden sind eine wichtige Informationsquelle und schärfen den Fokus der ESA bei ihrer Überwachungstätigkeit.

Da die ESA kein Gericht oder Beschwerdeinstanz ist, liegt es nicht in ihrem Zuständigkeitsbereich, in Einzelfällen Recht zu schaffen. Sie wird in der Regel nur dann tätig, wenn Hinweise darauf bestehen, dass einer Beschwerde im Einzelfall eine systematische Fehlanwendung des EWR-Rechts durch einen EWR-EFTA-Staat oder eine mangelhafte Umsetzung eines EWR-Rechtsaktes zu Grunde liegt.

Manchmal tritt eine Häufung von Individualbeschwerden auf, die auf einen Missstand hinweisen. Schwieriger ist es, beim Auftreten isolierter und zeitversetzter Fälle auf allfällige zu Grunde liegende systemische oder systematische Mängel zu schliessen. Eine aktuelle Herausforderung besteht darin, zu versuchen, die intelligente Überwachung zu verbessern, indem Muster und zugrundeliegende systemische Probleme und Gemeinsamkeiten scheinbar isolierter Fälle miteinander verbunden werden. Dem vermehrten Schutz von Individualrechten soll dabei besondere Bedeutung zukommen.

Die Durchsetzung durch die ESA kann dann gerade sehr wichtig sein, wenn es für sich genommen um eine kleinere Einschränkung handelt oder die schwächsten Mitglieder der Gesellschaft betroffen sind, die nicht über

die Energie und Ressourcen für eine private Durchsetzung verfügen.

Der Zusammenarbeit und Konsultation mit der Kommission, die in Art 109 Abs 2 EWRA in Einzelfällen sowie grundsätzlichen Belangen vorgesehen ist, kommt bei der Setzung der Überwachungsprioritäten eine hohe Bedeutung zu, namentlich etwa in Bereichen wie der Lebensmittelsicherheit, der Sicherheit des Luftverkehrs oder anderen technischen Bereichen.

Ein unabhängiger Überwachungsmechanismus kann besonders wichtig sein, wenn es um grundlegende Werte der Gesellschaft wie Umweltstandards oder den allgemeinen Gesundheitsschutz oder um Rechtsstaatlichkeit geht.

In einigen Bereichen wie den staatlichen Beihilfen und öffentlichen Aufträgen liegt der Nutzen einer unabhängigen Aufsicht wie der der ESA und der Kommission auf der Hand. Dies liegt daran, dass in diesen Bereichen die Interessen des Staates und der wichtigsten privaten Akteure in der Regel aufeinander abgestimmt sind, so dass eine private Durchsetzung weniger wahrscheinlich ist.

Die ESA geht grundsätzlich davon aus, dass eine effiziente Durchsetzung am besten durch einen offenen und strukturierten Dialog im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens mit dem betreffenden Mitgliedsstaaten erreicht werden kann. Als letztes Mittel, wenn es an der glaubwürdigen Bereitschaft zur konstruktiven Lösungsfindung innerhalb akzeptabler Fristen mangelt, bleibt der ESA die Klage vor dem EFTA-Gerichtshof.

Dem Loyalitätsgebot in Art 3 EWRA sollten die EWR-EFTA-Staaten deshalb gesteigerte Bedeutung und Aufmerksamkeit zumessen.

Der EWR-Beschlussfassungsprozess in Recht und Praxis

Christina Neier*

1. Einleitung

Seit Inkrafttreten des EWR-Abkommens[1] (EWRA) für Liechtenstein vor 25 Jahren wurden rund 9.000 EU-Rechtsakte durch einen Beschluss des Gemeinamen EWR-Ausschusses in dessen Anhänge aufgenommen und damit zu EWR-Recht erklärt. Der EWR-Beschlussfassungsprozess entpuppte sich in dem vergangenen Vierteljahrhundert als Schlüssel zum Erfolg. Dabei wurde sich nicht am Wortlaut des EWR-Abkommens verbissen. Vielmehr verlangten rechtliche und politische Herausforderungen Pragmatismus auf allen Seiten. Allerdings divergieren Recht und Praxis in Folge mitunter. Dies aufzuzeigen ist Ziel vorliegenden Beitrages. Zudem soll dieser dazu beitragen, den Rechtsunterworfenen in Liechtenstein den EWR-Beschlussfassungsprozess näher zu bringen. Hierfür wird der Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses als Handwerksinstrument des EWR näher beleuchtet (2.), die Frage der Verfahrensdauer aufgeworfen (3), einen Einblick in die einzelnen Verfahrensschritte ermöglicht (4.) sowie das Inkrafttreten und die Publikation der Beschlüsse erläutert (5.). Ein kurzes Fazit rundet den Beitrag ab (6.).

2. Der Übernahmebeschluss als EWR-Handwerksinstrument

Ziel des EWR-Abkommens ist ein dynamischer und homogener Europäischer Wirtschaftsraum (Präambel Nr. 4 EWRA). Ein solcher Europäischer Wirtschaftsraum verlangt, dass in den EWR/EFTA-Staaten Liechtenstein, Island und Norwegen dasselbe Binnenmarktrecht gilt wie in den EU-Mitgliedstaaten. Die dynamische Ausrichtung des EWR-Abkommens ist unabdingbar für die Homogenität des EWR. Jede Fortentwicklung des EU-Rechts bedarf daher einer Übernahme in das EWR-Abkommen. Dabei war der EWR-Rechtssetzungsprozess einer der umstrittensten Aspekte im Rahmen der Verhandlungen des EWR-Abkommens. Auf der einen Seite stand die Europäische Gemeinschaft mit dem unumstösslichen Ziel, ihre Entscheidungsautonomie nicht zu gefährden. Auf der anderen Seite verlangten die EWR/EFTA-Staaten ein Mitentscheidungsrecht bei jenen Rechtsakten, die schliesslich auch für sie anwendbar sein werden.[2] Der Kompromiss findet sich in Art 97–104 EWRA: Die EWR/EFTA-Staaten haben beim EU-Rechtssetzungsprozess kein Stimmrecht (keine *decision making power*), aber immerhin ein Mit-

---

* Dr. iur. Christina Neier, juristische Mitarbeiterin der Stabsstelle EWR der Liechtensteinischen Landesverwaltung (bis Februar 2020).

1 Abkommen vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum, LGBl 1995 Nr 68.

2 *Norberg* u.a., EEA Law: A Commentary on the EEA Agreement 1993, 129; m.w.N. *Gittermann*, Das Beschlussfassungsverfahren des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum: ein Modell für die Integration der mittel- und osteuropäischen Staaten in die Europäische Union? 1998, 10 ff.; *Fenger/Sánchez Rydelski/van Stiphout*, European Free Trade Association (EFTA) and the European Economic Area 2012, 56 f.

gestaltungsrecht (*decision shaping power*). Zudem wird das EU-Recht nicht automatisch zu EWR-Recht. Vielmehr bedarf es einer expliziten Übernahme des EU-Rechtsaktes in das EWR-Abkommen durch einen Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses.

Als Rechtsgrundlage für das EWR-Übernahmeverfahren dient insbesondere Art 98 EWRA. Demnach werden die Anhänge des EWR-Abkommens sowie die dort aufgezählten Protokolle durch einen Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses (auch sogenannter EWR-Übernahmebeschluss) abgeändert. Der Gemeinsame EWR-Ausschuss fasst gemäss Art 93 EWRA die Beschlüsse durch Einvernehmen zwischen der Europäischen Union und den EWR/EFTA-Staaten, welche jeweils mit einer Stimme sprechen (*Single-Voice*-Prinzip).[3] Dabei bildet jeder Beschluss einen eigenen völkerrechtlichen Vertrag zwischen den Vertragsparteien des EWR-Abkommens.[4] Diese völkerrechtlichen Verträge werden durch das in Art 98 EWRA vorgesehene vereinfachte Beschlussverfahren abgeschlossen.[5] Aus diesem Grund ist im Zusammenhang mit den EWR-Übernahmebeschlüssen auch die Rede von «völkerrechtliche[n] ‹Mini-Verträgen›»[6].

Der Übernahmebeschluss ist das Handwerksinstrument des EWR. Mit diesem Instrument wird die Homogenität des EWR gewahrt, indem fortlaufend EU-Recht übernommen wird – so waren es in den letzten fünf Jahren jährlich etwa rund 500 Rechtsakte. Zugleich bietet dieses Instrument für die EWR/EFTA-Staaten die Möglichkeit, den EU-Rechtsakt im Hinblick auf die Spezifika des EWR-Abkommens und der EWR/EFTA-Staaten anzupassen. Die Möglichkeit zur Anpassung eines EU-Rechtsaktes im Rahmen des Übernahmebeschlusses gleicht das fehlende Mitentscheidungsrecht der EWR/EFTA-Staaten bei Erlass des EU-Rechtsaktes zumindest etwas aus. Für die EWR/EFTA-Staaten gilt ein EU-Rechtsakt im Lichte des entsprechenden Beschlusses des Gemeinsamen EWR-Ausschusses. In der Rechtsanwendung ist daher ein EU-Rechtsakt immer zusammen mit dem jeweiligen EWR-Übernahmebeschluss zu lesen.

3. Die zentrale Frage der Verfahrensdauer

Für die Rechtsanwendung von zentraler Bedeutung ist die Frage nach der Verfahrensdauer: Wie lange dauert das EWR-Übernahmeverfahren und wann ist der Rechtsakt im EWR-Abkommen und sohin auch für Liechtenstein anwendbar? Es versteht sich von selbst, dass die Antwort auf diese Frage für die Rechts- und Planungssicherheit unabdingbar ist. In der Praxis fällt es jedoch aufgrund der grossen Anzahl der am EWR-Übernahmeverfahren teilnehmenden Akteuren und den verschiedentlich auftretenden rechtlichen und politischen Probleme mitunter schwer, eine Vorhersage über die konkrete Verfahrensdauer zu treffen.

Aus rechtlicher Sicht sieht das EWR-Abkommen in Art 102 Abs 1 vor, dass der Gemeinsame EWR-Ausschuss Übernahmebeschlüsse «so bald wie möglich nach Erlass der entsprechenden neuen Rechtsvorschriften durch die Gemeinschaft» fasst. Damit sollen die Vorschriften im gesamten EWR «gleichzeitig angewendet werden», was der «Gewährleistung der Rechtssicherheit und der Homogenität» dient. Das EWR-Abkommen zielt demnach auf ein gleichzeitiges Inkrafttreten des Rechtsaktes in den EU-Mitgliedstaaten und den EWR/EFTA-Staaten ab. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Abkommens war vorgesehen, dass die Europäische Gemeinschaft den finalen Rechtsakt den EWR/EFTA-Staaten übermittelt und dieser auf die Agenda der nächsten Sitzung des Gemeinsamen EWR-Ausschusses gesetzt wird.[7] In der Praxis wird von diesem Grundsatz bzw. von dieser Vorstellung allerdings zum Teil beträchtlich abgewichen.[8] Wenngleich die grosse Mehrheit von Rechtsakten innerhalb weniger Monate nach deren Erlass in der EU für die EWR/EFTA-Staaten in Kraft tritt, gibt es Beispiele grosser zeitlicher Divergenz. So trat etwa die Verordnung (EG) Nr 713/2009 (Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, *ACER*)[9] für die EWR/EFTA-Staaten erst zehn Jahre nach deren Erlass in der EU in Kraft. Des Weiteren wurden die Richtlinie 2008/6/EG (3. Postmarktrichtlinie)[10] und das Telekommunikationspaket aus dem Jahr 2009[11] bis heute nicht in das EWR-Abkommen übernommen. Politische Schwierigkeiten in manchen EWR/EFTA-Staaten sowie Uneinigkeit mit der EU hinsichtlich des EWR-Übernahmebeschlusses stehen dabei im Hintergrund.

---

[3] Siehe hierzu auch *Neier/Entner-Koch*, Herausforderungen im Rahmen des EWR-Übernahmeverfahrens, EuR Beiheft 1 2020, 69 (69 ff.) (in Erscheinung).

[4] Siehe hierzu EFTA-Gerichtshof, Rs E-6/01, *CIBA and Others v The Norwegian State*, [2002] EFTA Ct. Rep. 281, Rn 33, sowie Gutachten des StGH, StGH 1995/14, Rn 2.2: «Beschlüsse des Gemeinsamen EWR-Ausschusses über die Änderung der Anhänge des EWR-Abkommens haben den Charakter völkerrechtlicher Verträge»; hierzu auch *Wille*, Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum und seine Auswirkungen auf das liechtensteinische Verfassungsund Verwaltungsrecht, in *Bruha/Pállinger/Quaderer* (Hrsg.), Liechtenstein – 10 Jahre im EWR: Bilanz, Herausforderungen, Perspektiven 2005, 108 (113).

[5] Im Gegensatz zum Rest des EWR-Abkommens, welches nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts abgeändert wird; siehe hierzu *Sejersted*, Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context – On the Legal Dynamis of the EEA Agreement, in *Müller-Graff/Selvig* (Hrsg.), The European Economic Area: Norway's Basic Status in the Legal Construction of Europe 1997, 43 (48); *Dystland/Finstad/Sørebø*, in *Arnesen* u.a. (Hrsg.), Agreement on the European Economic Area: A Commentary 2018, Art 98 EEA Agreement Rn 2.

[6] *Bruha*, Staats- und völkerrechtliche Grundfragen einer EWR-Mitgliedschaft Liechtensteins, LJZ 1992, 3 (16); siehe hierzu auch *Gittermann* (Fn 2), 29.

[7] *Norberg* u.a (Fn 2), 142.

[8] Siehe bereits die Anmerkung von *Sejersted* (Fn 5), 49, im Jahr 1997: «So far, the Joint Committee has had problems fulfilling this expectation.»

[9] VO (EG) Nr 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, ABl 2009 L Nr 211, 1.

[10] RL 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.2.2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft, ABl 2008 L Nr 52, 3.

[11] Unter anderem VO (EG) Nr 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und des Büros, ABl 2009 L Nr 337, 1.

Mit guten Gründen kann argumentiert werden, dass ein späteres Inkrafttreten des Rechtsaktes für die EWR/EFTA-Staaten als für die EU-Mitgliedstaaten dem EWR-Übernahmeverfahren inhärent ist.[12] So besagt bereits Art 102 EWRA, dass Beschlüsse zur Übernahme neuer EU-Rechtsakte erst «nach Erlass» in der EU gefasst werden können. Sofern zwischen Erlass und Inkrafttreten des Rechtsaktes in der EU ein entsprechender Zeitraum liegt, ist das zeitgleiche Inkrafttreten des Rechtsaktes im gesamten EWR zumindest theoretisch möglich. Treten die Rechtsakte allerdings wenige Tage nach deren Publikation im Amtsblatt der EU in Kraft (vgl. in diesem Zusammenhang auch die Tendenz zum Erlass von EU-Verordnungen anstelle von EU-Richtlinien), ist dies so gut wie ausgeschlossen.[13] Schliesslich muss jeder einzelne EWR-relevante[14] EU-Rechtsakt daraufhin überprüft werden, ob aus EWR-rechtlicher Sicht eine Anpassung desselben erforderlich ist. Entsprechende Verfahren auf nationaler sowie EFTA- und EU-Ebene müssen durchgeführt werden.

Die Erforderlichkeit EWR-rechtlicher Anpassungen war auch der Grund für die verzögerte Übernahme der Verordnungen zum Europäischen System der Finanzaufsicht und den damit entstandenen Rückstau in der Übernahme neuer Finanzmarktrechtsakte in das EWR-Abkommen (sogenannter *backlog*). Neue EU-Rechtsakte – insbesondere jene zur Gründung von EU-Agenturen – stellen die EWR/EFTA-Staaten immer wieder vor grossen Herausforderungen, welche nicht nur von EWR-rechtlicher, sondern auch von verfassungsrechtlicher Natur sein können.[15] Es braucht seine Zeit, diese Probleme rechtlich und politisch zu lösen. Gemäss dem *Single-Voice*-Prinzip des EWR-Abkommens haben die EU-Seite und die EWR/EFTA-Staaten jeweils nur mit einer Stimme zu sprechen und daher zunächst für eine Einigung in den eigenen Reihen zu sorgen, bevor eine Vereinbarung mit der Gegenseite geschlossen werden kann. Dabei bestimmt ganz einfach der langsamste Partner das Tempo.

Dauert das Verfahren zur Übernahme eines neuen EU-Rechtsaktes in das EWR-Abkommen zu lange, ist in der EU und in den EWR/EFTA-Staaten ein unterschiedlicher Rechtsrahmen anwendbar.[16] Mithin ist das Primärziel des homogenen Wirtschaftsraums gefährdet.[17] In diesem Sinne wies der Rat der Europäischen Union in den vergangenen Jahren in seinen Schlussfolgerungen zum EWR wiederholt darauf hin, wie wichtig die EWR-Übernahme der in der EU bereits in Kraft getretenen Rechtsakte für die Homogenität und Rechtssicherheit im Binnenmarkt ist.[18] In seinen letzten Schlussfolgerungen aus dem Jahr 2018 anerkannte der Rat schliesslich die Anstrengungen im Bereich der Finanzdienstleistungen. Aufgrund eines erhöhten Ressourceneinsatzes auf allen Seiten und eines regelmässigen Austausches zwischen den EWR/EFTA-Staaten und der EU-Kommission gelang es, den Rückstau in diesem Bereich – zumindest teilweise – zu verringern. Das Jahr 2019 stellte hierbei ein Rekordjahr dar: Ganze 274 EU-Rechtsakte wurden im Finanzdienstleistungsbereich in das EWR-Abkommen übernommen. Nichtsdestotrotz muss es Ziel der nächsten Jahre bleiben, den noch ausstehenden Rückstand zu reduzieren und neue Rechtsakte alsbald nach deren Erlass in der EU in das EWR-Abkommen zu übernehmen, um Marktzugang und Rechtssicherheit zu gewährleisten.

4. Einblick in die Verfahrensschritte

Im Folgenden gilt es, die Schritte des EWR-Übernahmeverfahrens überblicksartig darzulegen. Damit soll nicht zuletzt aufgezeigt werden, welch abgestimmte Prozessschritte das EWR-Übernahmeverfahren zwischen den EWR/EFTA-Staaten einerseits und gemeinsam mit der EU-Seite andererseits erfordert.

a) Decision Shaping

Die EWR/EFTA-Staaten dürfen in der Vorbereitungsphase des EU-Rechtssetzungsprozesses mitwirken. Eine frühzeitige Einbindung der EWR/EFTA-Staaten ist nicht zuletzt unerlässlich, um das zeitnahe Inkrafttreten des EU-Rechtsaktes im gesamten EWR zu sichern.[19] Gemäss Art 99 EWRA hat die EU-Kommission den Rat von Sachverständigen der EWR/EFTA-Staaten einzuholen, sobald sie einen Vorschlag für einen neuen EWR-relevanten Rechtsakt ausarbeitet. Dies geschieht informell. Das EWR-Abkommen legt weder Art noch Weise der Einbindung fest; diese muss aber gemäss Art 99 EWRA jedenfalls in gleicher Weise erfolgen wie im Hinblick auf die Sachverständigen der EU-Mitgliedstaaten.[20] In dieser Informations- und Konsultationsphase arbeiten die EWR/

---

[12] Siehe hierzu auch *Dystland/Finstad/Sørebø* (Fn 5), Art 102 EEA Agreement Rn 6.

[13] Vgl. etwa kürzlich die VO (EU) 2019/2175 («ESAs Review»), ABL 2019 L Nr 334, 1, die am 27. Dezember 2019 im Amtsblatt der EU publiziert wurde und grösstenteils am 1. Januar 2020 in Kraft trat. Siehe hierzu etwa auch *Fredriksen/Franklin*, Of Pragmatism and Principles: The EEA Agreement 20 Years On, Common Market Law Review 2015, 629 (657, 659 f.).

[14] Zur immer öfter auftretenden Frage der EWR-Relevanz eines Rechtsaktes und der damit einhergehenden Verzögerung in der Übernahme siehe *Helgadóttir/Einarsdóttir*, Iceland and the EEA, in *Arnesen* u.a. (Fn 5), Rn 39.

[15] Siehe btr. EU-Agenturen und EWR/EFTA-Staaten *Neier/Entner-Koch* (Fn 3), 69 (81 ff.); *Bekkedal*, Third State Participation in EU Agencies: Exploring the EEA Precedent, Common Market Law Review 2019, 381.

[16] Für eine ausführliche Analyse hierzu siehe *Frommelt*, In Search of Effective Differentiated Integration: Lessons from the European Economic Area (EEA) 2017, 169 ff.

[17] *Helgadóttir/Einarsdóttir* (Fn 14), Rn 29.

[18] Siehe die Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 20. Dezember 2012, Rn 28, die Schlussfolgerungen des Rates zu einem homogenen erweiterten Binnenmarkt und den Beziehungen der EU zu nicht der EU angehörenden westeuropäischen Ländern vom 16. Dezember 2014, Rn 32 f., vom 14. Dezember 2016, Rn 42, und vom 13. Dezember 2018, Rn 27; siehe überdies Commission Staff Working Paper, A review of the functioning of the European Economic Area, SWD(2012) 425 final, 6 ff.

[19] *Baur*, Decision-Making Procedure and Implementation of New Law, in *Baudenbacher* (Hrsg.), The Handbook of EEA Law 2016, 45 (56). In diese Richtung wurde auch im Rahmen der Verhandlungen des EWR-Abkommens argumentiert, siehe *Reymond*, Institutions, Decision-Making Procedure and Settlement of Disputes in the European Economic Area, Common Market Law Review 1993, 449 (452).

[20] *Dystland/Finstad/Sørebø* (Fn 5), Art 99 EEA Agreement Rn 3.

EFTA-Staaten und die EU «nach Treu und Glauben zusammen» (Art 99 Abs 4 EWRA). Schliesslich haben die EWR/EFTA-Staaten gemäss Art 100 EWRA auch bei der Ausarbeitung neuer Entwürfe für Rechtsakte der EU-Kommission ein Mitwirkungsrecht.[21]

In den EWR/EFTA-Staaten wird ein EU-Rechtsakt bereits auf Vorschlagsebene von den nationalen Fachexperten auf allfällige Schwierigkeiten hin überprüft. In Liechtenstein werden zudem die EWR-Kontaktpersonen – hiermit sind insbesondere die liechtensteinischen Interessensverbände gemeint – über öffentliche Konsultationen und neue Vorschläge der EU-Kommission unterrichtet, damit die Marktteilnehmer frühzeitig über neue Entwicklungen in der EU-Rechtssetzung informiert sind. Ausserdem besteht für die EWR/EFTA-Staaten zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit zum *decision shaping*, in dem der relevanten Dienststelle auf EU-Seite[22] ein *EEA EFTA Comment* übermittelt wird.[23] Mit einer solchen Stellungnahme können die EWR/EFTA-Staaten ihre Zustimmung zu einem Vorschlag kundtun, aber auch – und hierfür scheint dieses Instrument noch wichtiger zu sein – eine allfällige Kritik anbringen. Die EU-Seite wird begrüsst, sich zu diesen Kommentaren zu äussern. Der konkrete Einfluss eines *EEA EFTA Comment* auf den Rechtssetzungsprozess der EU ist gleichwohl schwer abzuschätzen. Je konkreter und klarer eine Stellungnahme ausfällt, desto höher dürfte die Wahrscheinlichkeit für dessen Berücksichtigung sein. Der Zeitpunkt für die Übermittlung eines Kommentars an die EU-Seite ist überdies entscheidend für die Wirkung. Schliesslich gilt es anzuerkennen, dass die Mitarbeit von nationalen Fachexperten in Arbeitsgruppen der EU-Kommission ohnehin am ertragreichsten zu sein scheint. Diese Treffen sind ein wichtiger Ort zur Einflussnahme und dienen dem Informationsaustausch auf Expertenebene.

b) Beschlussfassung

Sobald die EU einen neuen EWR-relevanten[24] Rechtsakt erlassen hat, sind nach Art 102 Abs 1 EWRA die EWR/EFTA-Staaten hierüber zu informieren. In der Praxis konsultiert das EFTA-Sekretariat[25] täglich das Amtsblatt der EU und identifiziert neue EWR-relevante Rechtsakte des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der EU-Kommission. Das Verfahren zur Übernahme der neuen EU-Rechtsakte in das EWR-Abkommen wurde auf EFTA-Seite im Jahr 2014 mit dem Ziel eines effizienteren Beschlussfassungsprozesses überarbeitet und gestrafft.[26] Das Standardverfahren gestaltet sich dabei auf EFTA-Seite sowie auf Seiten der EU wie folgt:[27]

- Für jeden EWR-relevanten EU-Rechtsakt verschickt das EFTA-Sekretariat innerhalb einer Woche nach Publikation im EU-Amtsblatt eine sogenannte *Standard Procedure Form* (auch *Standard Sheet* genannt) mit einer ersten Einschätzung des Rechtsaktes an die EFTA-Arbeitsgruppe (*EFTA Working Group*). Die EFTA-Arbeitsgruppen setzen sich aus Fachexperten der drei EWR/EFTA-Staaten zusammen.[28] In der liechtensteinischen Landesverwaltung gibt es rund 100 EWR-Fachexperten, welche Liechtensteins Interessen in den verschiedenen Arbeitsgruppen vertreten.
- Innerhalb von 16 Wochen ist die *Standard Procedure Form* von den nationalen Fachexperten auszufüllen, indem Informationen insbesondere zu(r) a) EWR-Relevanz des Rechtsaktes, b) im Rechtsakt enthaltene Verweise auf nicht in das EWR-Abkommen übernommene EU-Rechtsakte, c) Drittstaatenbestimmungen und d) Strafrechtsbestimmungen als auch e) Hinweise auf allfällig erforderliche Anpassungen im EWR-Übernahmebeschluss angeführt werden. In Liechtenstein wird die *Standard Procedure Form* von der zuständigen Fachexpertin bzw. dem zuständigen Fachexperten bearbeitet und durch die Stabsstelle EWR überprüft. In der Praxis wird die Frist von 16 Wochen zur Rücksendung der *Standard Procedure Form* nicht immer von allen drei EWR/EFTA-Staaten eingehalten, was zu Verzögerungen im Beschlussfassungsprozess führt.

---

[21] Siehe hierzu auch Erklärung Nr 29 der Europäischen Gemeinschaft zur Schlussakte des EWR-Abkommens. Gemäss Art 101 EWRA haben Sachverständige aus den EWR/EFTA-Staaten auch in anderen als die von Art 100 EWRA erfassten Ausschüsse ein Beteiligungsrecht, sofern dies dem guten Funktionieren des EWR-Abkommens dienlich ist; diese Ausschüsse sind in Protokoll 37 aufgeführt.

[22] In der Regel dem Europäischen Auswärtigen Dienst (EEAS) und der zuständigen Generaldirektion der EU-Kommission sowie – sofern ein Vorschlag durch die EU-Kommission bereits angenommen wurde – den zuständigen Ausschüssen und Gremien im Europäischen Parlament und im Rat.

[23] Siehe eine Übersicht aller *EEA EFTA Comments* unter https://www.efta.int/eea/eea-efta-comments (so wurden etwa seit 2015 insgesamt 46 *EEA EFTA Comments* verfasst und der EU übermittelt).

[24] Die Kennzeichnung des Rechtsaktes mit «Text von Bedeutung für den EWR» ist ein Indiz, aber nicht entscheidend für die EWR-Relevanz, welche sich aus dem Anwendungsbereich des EWRA ergibt.

[25] Das EFTA-Sekretariat mit Sitz in Brüssel wird im EWRA selbst nicht genannt, spielt aber eine bedeutende koordinierende und unterstützende Rolle im Laufe des EWR-Übernahmeverfahrens; siehe für dessen Aufgabenbereich auch Art 8 des Abkommens betreffend einen Ständigen Ausschuss der EFTA-Staaten vom 2. Mai 1992, LGBl 1995 Nr 74, sowie Art 22 der Entscheidung des Ständigen Ausschusses der EFTA-Staaten Nr 1/94/SC vom 10. Januar 1994, letzteres abrufbar unter https://www.efta.int/eea/eea-institutions/standing-committee.

[26] Entscheidung des Ständigen Ausschusses der EFTA-Staaten Nr 1/2014/SC vom 8. Mai 2014, abrufbar unter https://www.efta.int/eea/eea-institutions/standing-committee.

[27] Siehe hierzu auch das *Webtool* «So wird EU-Recht zu EWR-Recht» unter https://eealaw.efta.int/de/.

[28] Für eine Übersicht über die EFTA-Arbeitsgruppen und Subkomitees siehe https://www.efta.int/eea/eea-institutions/standing-committee.

- Nachdem die *Standard Procedure Forms* von den drei Staaten retourniert wurden, erarbeitet das EFTA-Sekretariat auf Grundlage der in diesen enthaltenen Angaben einen Entwurf für einen EWR-Übernahmebeschluss (*draft JCD*). Je nachdem, ob der Entwurf Anpassungen des Rechtsaktes enthält, stehen dem EFTA-Sekretariat hierfür eine oder vier Wochen zur Verfügung.
- Die nationalen Fachexperten der zuständigen EFTA-Arbeitsgruppe überprüfen den *draft JCD* und haben hierfür zwei Wochen Zeit. In Liechtenstein ist auf dieser Ebene auch die Stabsstelle EWR involviert. Sofern ein EU-Rechtsakt aus EWR-rechtlicher Sicht besonders schwierig zu beurteilen ist und verschiedene Anpassungen im Beschluss aufgenommen werden müssen, wird die Frist von zwei Wochen häufig überschritten.[29] Weitere Zeit nimmt es in Anspruch, wenn sich die Fachexperten aus den drei Staaten hinsichtlich der erforderlichen Anpassungen uneinig sind und entsprechender Diskussionsbedarf besteht.
- Nachdem auf *Working Group*-Ebene schliesslich eine Einigung erzielt werden konnte, wird der *draft JCD* mit einer Frist von zwei Wochen an das zuständige Subkomitee zur Freigabe geschickt. Die fünf Subkomitees sind eine Untergruppe des Ständigen Ausschusses bestehend aus Vertretern der drei EWR/EFTA-Staaten.[30] Liechtenstein wird in den Subkomitees durch die Stabsstelle EWR vertreten. Da die Stabsstelle EWR von Anfang an in den Beschlussfassungsprozess eingebunden ist, kann der Entwurf in der Regel ohne weitere Verzögerungen freigegeben werden.
- Nach Freigabe durch das Subkomitee wird der *draft JCD* – in der Regel jeweils mittwochs – an den Europäischen Auswärtigen Dienst übermittelt. Dieser koordiniert die dienststellenübergreifende Konsultation mit den zuständigen Generaldirektionen und dem Rechtsdienst der EU-Kommission. Nach Art 1 Abs 2 Verordnung (EG) Nr 2894/94[31] ist die EU-Kommission ermächtigt, den Standpunkt der EU festzulegen, sofern die EWR-Übernahmebeschlüsse «eine einfache Ausdehnung von Gemeinschaftsrechtsakten auf den EWR gegebenenfalls mit technischen Anpassungen zum Gegenstand haben». Enthält allerdings ein Beschluss «über technische Anpassungen hinausgehende Änderungen», bedarf es gemäss Art 1 Abs 3 der Verordnung die Zustimmung des Rates.[32] Es liegt allein in der Entscheidung der EU, ob ein Beschluss von der Kommission freigegebenen werden kann oder die Genehmigung durch den Rat erforderlich ist. Letzteres hat zur Folge, dass sich die Dauer des EWR-Übernahmeverfahrens um drei bis sechs Monate verlängert. Denn der *draft JCD* ist für den Prozess im Rat in alle EU-Amtssprachen zu übersetzen.
- Sofern der *draft JCD* auf EU-Seite Fragen aufwirft oder vorgeschlagene Anpassungen abgelehnt werden, haben Diskussionen mit den EWR/EFTA-Staaten auf Ebene der zuständigen Arbeitsgruppe oder des Subkomitees stattzufinden. Dabei kann sich je nach Fall in relativ kurzer Zeit eine Einigung abzeichnen oder – im schlechtesten Fall – Diskussionen über Jahre hinziehen. Kenntnisse des EWR-Abkommens, Kooperationsbereitschaft und Pragmatismus auf beiden Seiten spielen hier eine entscheidende Rolle.
- Konnte zwischen der EU- und der EFTA-Seite Einigung über einen *draft JCD* erzielt werden, erscheint dieser auf der Tagesordnung der nächstfolgenden Sitzung des Gemeinsamen EWR-Ausschusses. Den EWR/EFTA-Staaten und der EU steht es offen, Anmerkungen zur Liste der zur Übernahme bereiten Rechtsakte einzubringen, insbesondere wenn sie für die Unterzeichnung eines Beschlusses aufgrund nationaler bzw. interner Prozesse noch nicht bereit sind.[33] In Liechtenstein erfolgen die Anmerkungen nach Rücksprache mit den Fachexperten durch die Stabsstelle EWR.
- Schliesslich unterzeichnet der Gemeinsame EWR-Ausschuss die Übernahmebeschlüsse.[34] Der Gemeinsame EWR-Ausschuss setzt sich aus Vertretern der EWR/EFTA-Staaten[35] und des Europäischen Auswärtigen Dienstes zusammen und trifft sich sechs bis acht Mal im Jahr (wenngleich Art 94 EWRA grundsätzlich monatliche Treffen vorsieht).[36]

In Abkehr zu diesem Standardverfahren kommen auf der EFTA-Seite noch zwei weitere Verfahrensarten zur Anwendung: zum einen das vereinfachte Verfahren (*simplified procedure*), das im Bereich Veterinärwesen und Lebensmittelrecht die Anwendbarkeit von EU-Rechtsakten ohne Übernahme in das EWR-Abkommen *qua* Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses vorsieht;[37]

---

[29] Für Beispiele von EWR-Übernahmebeschlüssen mit besonders vielen Anpassungen siehe Beschlüsse Nr 199–201/2016 vom 30. September 2016 und Nr 154/2018 vom 10. Juli 2018 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses.

[30] Vgl. Art 5 Abs 1 des Abkommens betreffend einen Ständigen Ausschuss (Fn 25).

[31] VO (EG) Nr 2894/94 des Rates vom 28. November 1994 mit Durchführungsvorschriften zum Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl 1994 L Nr 305, 6.

[32] M.w.H. *Neier/Entner-Koch* (Fn 3), 69 (71 f.); EFTA Bulletin, Legal Notes by the EFTA Secretariat on the EEA Agreement: The Two-Pillar Structure, Adaptation Texts (2019), 38 ff., abrufbar unter https://www.efta.int/publications.

[33] Siehe hierzu auch *Baur* (Fn 19), 45 (62), wobei das dort beschriebene Verfahren mittlerweile nochmals gestrafft wurde und grundsätzlich nur noch einmal eine Rückmeldung eingebracht werden kann.

[34] Siehe jeweils zeitnah nach der Sitzung des Gemeinsamen EWR-Ausschusses die unterzeichneten EWR-Übernahmebeschlüsse unter https://www.efta.int/legal-texts/eea/list-of-adopted-joint-committee-decisions-jcds.

[35] Vertreter der EWR/EFTA-Staaten treffen sich jeweils vor dem Treffen des Gemeinsamen EWR-Ausschusses im Ausschuss der Ständigen Vertreter (*Standing Committee*), siehe hierzu das Abkommen betreffend einen Ständigen Ausschuss der EFTA-Staaten (Fn 25).

[36] Der halbjährliche Sitzungsplan des Gemeinsamen EWR-Ausschusses ist abrufbar unter https://www.efta.int/eea/eea-institutions/eea-joint-committee.

[37] Siehe Punkt 3 Bst. b, Punkt 7 Bst. a, Punkt 8 Bst. a und Punkt 13 Bst. a der Einführungsbemerkungen zu Anhang I Kapitel I EWRA sowie Beschlüsse Nr 134/2007 vom 26. Oktober 2007 und Nr 210/2019 vom 27. September 2019 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses. Die Liste der Veterinärrechtsakte, die unter das *simplified procedure* fallen, ist abrufbar unter https://www.efta.int/legal-texts/eea/veterinary-acts-subject-to-simplified-procedures.

zum anderen das beschleunigte Verfahren (*Fast-track procedure*), wonach bei Rechtsakten ohne weiteren Schwierigkeiten, ohne Anpassungsbedarf und ohne verfassungsrechtlichen Anforderungen gemäss Art 103 EWRA sogleich ein *draft JCD* an die EWR/EFTA-Staaten verschickt wird, ohne dass zuvor die – der *Standard Procedure Form* ähnelnden – *Fast-track Procedure Form* retourniert werden muss.[38]

Im Übrigen sieht der Beschluss des Ständigen Ausschusses aus dem Jahr 2014 vor, dass die EWR/EFTA-Staaten in dringenden Fällen von diesen festgelegten Verfahrensschritten abweichen können. So kommt es in der Praxis beispielsweise vor, dass ein Entwurf eines EWR-Übernahmebeschlusses ausnahmsweise vor Freigabe auf Subkomitee-Ebene informell an die EU übermittelt wird. Dies eröffnet die Möglichkeit, bereits auf Ebene der Fachexperten auf EFTA- und EU-Seite umstrittene Anpassungen im Beschluss zu diskutieren. Von Zeit zu Zeit werden auch die Fristen für Rückmeldungen aus den drei Staaten verkürzt, um in dringenden Fällen den Prozess zu beschleunigen.

Schliesslich besteht die Möglichkeit, dass der Gemeinsame EWR-Ausschuss bei Dringlichkeit Übernahmebeschlüsse im schriftlichen Verfahren annimmt.[39] Hierfür ist die Zustimmung sowohl der drei EWR/EFTA-Staaten als auch der EU erforderlich. Ein schriftliches Übernahmeverfahren fand etwa im April 2019 im Rahmen des *Brexit* statt, damit die *No-Deal*-Rechtsakte der EU auch für die EWR/EFTA-Staaten fristgerecht vor einem allfälligen Austritt des Vereinigten Königreichs ohne Abkommen zur Anwendung gelangen.[40]

c) Uneinigkeit

Das EWR-Abkommen enthält auch Regelungen für den Fall, dass die Vertragsparteien hinsichtlich der Übernahme eines EU-Rechtsaktes keine Einigung erzielen können. Grundsätzlich haben die Parteien zwar alles zu unternehmen, um Einvernehmen zu erzielen (Art 102 Abs 2 EWRA). Sollte dies jedoch nicht möglich sein, kann der Gemeinsame EWR-Ausschuss nach Art 102 Abs 4 EWRA innerhalb von sechs Monaten[41] sonstige erforderliche Beschlüsse erfassen und sogar die Gleichwertigkeit der Rechtsvorschriften vorsehen. Werden solche Beschlüsse nicht fristgerecht gefasst, treten nach einer weiteren sechsmonatigen Frist die von den neuen Vorschriften berührten Teile der Anhänge des EWR-Abkommens ausser Kraft – sofern der Gemeinsame EWR-Ausschuss nichts anderes beschliesst (Art 102 Abs 5 EWRA).[42] In einem Arbeitspapier der EU-Kommission aus dem Jahr 2012 machte diese deutlich, dass der Teil des EWR-Rechts, der suspendiert wird, negative Auswirkungen auf die EWR/EFTA-Staaten haben muss und die Ausserkraftsetzung nicht zu deren Gunsten ausfallen darf.[43]

In der Praxis kam es noch nie zu einer Ausserkraftsetzung des EWR-Rechts, wobei ein solcher Schritt allerdings bereits zwei Mal kurz bevorstand.[44] So berief sich die EU-Kommission im Rahmen der Übernahme der Richtlinie 2004/38/EG (Unionsbürgerschafts- bzw. Freizügigkeitsrichtlinie)[45] auf den Streitbeilegungsmechanismus des Art 102 EWRA. Zahlreiche Diskussionen folgten; die EU drohte mit der Ausserkraftsetzung der EWR-Freizügigkeitsbestimmungen.[46] Nachdem die Richtlinie schliesslich im Dezember 2007 – mehr als dreieinhalb Jahre nach deren Erlass in der EU – in das EWR-Abkommen übernommen wurde,[47] blieb es jedoch bei einer Drohung. Auch bei der Richtlinie 2001/97/EG (Zweite Geldwäschereirichtlinie)[48] konnte eine Ausserkraftsetzung von Teilen des EWR-Abkommens noch verhindert werden. Diese Beispiele haben nichtsdestoweniger aufgezeigt, welch grossen Druck die Regeln des Art 102 EWRA auf die Vertragsparteien ausüben können. Eine Einigung steht ganz im Vordergrund. Nicht nur die wirtschaftlichen Nachteile einer Suspendierung von Teilen des EWR-Rechts würden überwiegen, auch die Folgen für die künftige Zusammenarbeit sind nicht zu unterschätzen. In diesem Sinne erklärten die Vertragsparteien bereits im Rahmen der Verhandlungen des EWR-Abkommens: «suspension is not in the interest of the good functioning of the Agreement and all efforts should be made to avoid it»[49].

5. Inkrafttreten und Publikation des Übernahmebeschlusses

Ein Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses ist für die Vertragsparteien ab dem Zeitpunkt seines Inkraft-

---

[38] Die Liste jener Kategorien von Rechtsakten, die Gegenstand dieses beschleunigten Verfahrens sind, wird nach Konsultation der EFTA-Arbeitsgruppe vom Subkomitee angenommen und kann bei Bedarf abgeändert werden (vgl. Anhang 2 des EFTA Bulletin (Fn 32)). Darüber hinaus kann dieses Verfahren bei Bedarf auch für Rechtsakte, die nicht auf dieser Liste vermerkt sind, angewendet werden.

[39] Art 4 Entscheidung Nr 1/94 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses vom 8. Februar 1994, abrufbar unter https://www.efta.int/eea/eea-institutions/eea-joint-committee.

[40] Siehe Beschlüsse Nr 99–106/2019 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses.

[41] Nach *Baur* (Fn 19), 45 (71), müssen die Vertragsparteien explizit zum Ausdruck bringen, wann diese Frist zu beginnen läuft.

[42] Siehe hierzu *Baur* (Fn 19), 45 (71 ff.); siehe zudem die Anmerkungen zu Art 102 Abs 6 EWRA in der Schlussakte des EWRA.

[43] Commission Staff Working Document 2012 (Fn 18).

[44] Siehe hierzu auch *Baur* (Fn 19), 45 (73 ff.); *Dystland/Finstad/Sørebø* (Fn 5), Art 102 EEA Agreement Rn 36.

[45] RL 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, ABl 2004 L Nr 158, 77.

[46] Siehe ausführlich zu den Diskussionen auf EFTA-Seite und mit der EU *Jónsdóttir*, Can the EFTA states say «no»? Article 102 and the incorporation of the Citizenship Directive into the EEA Agreement, in *Guðmundsson/Ómarsdóttir* (Hrsg.), Rannsóknir í félagsvísindum X. Félagsráðgjafardeild og Stjórnmálafræðideild 2009, 307 (310 ff.).

[47] Beschluss Nr 158/2007 vom 7. Dezember 2007 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses, der nach Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen gemäss Art 103 EWRA allerdings erst am 1. März 2009 in Kraft trat.

[48] RL 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Dezember 2001 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl 2001 L Nr 344, 76.

[49] Anmerkung zu Art 111 EWRA in der Schlussakte des EWRA; siehe hierzu *Norberg* u.a (Fn 2), 146.

tretens verbindlich (Art 104 EWRA). Das Datum des Inkrafttretens wird im Beschluss selbst festgelegt. In der Regel treten die Beschlüsse am Tag nach ihrer Annahme durch den Gemeinsamen EWR-Ausschuss in Kraft, sofern keiner der drei EWR/EFTA-Staaten verfassungsrechtliche Anforderungen im Sinne des Art 103 EWRA angemeldet hat. Gelegentlich wird das Inkrafttreten des Beschlusses mit dem Inkrafttreten eines anderen Beschlusses verknüpft, um das zeitgleiche Inkrafttreten der beiden Beschlüsse zu sichern (damit etwa Durchführungsrechtsakte der Kommission nicht vor dem diesen zugrundeliegenden Basisrechtsakt des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anwendung gelangen).[50]

Die EWR/EFTA-Staaten haben weder der Europäischen Union noch dem Gemeinsamen EWR-Ausschuss Rechtssetzungsbefugnisse übertragen. Deren Verfassung kann daher vorsehen, dass die Übernahme von EU-Rechtsakten in das EWR-Abkommen nur unter bestimmten Bedingungen erfolgen darf.[51] Aus diesem Grund treten nach Art 103 EWRA Beschlüsse des Gemeinsamen EWR-Ausschusses erst nach Erfüllung allfälliger verfassungsrechtlicher Anforderungen in Kraft. Welche Beschlüsse verfassungsrechtlichen Anforderungen im Sinne des Art 103 EWRA unterliegen, hängt – selbstredend – von den Verfassungen der EWR/EFTA-Staaten ab und ist damit in Island, Liechtenstein und Norwegen unterschiedlich zu beurteilen. In der Sitzung des Gemeinsamen EWR-Ausschusses hat jeder Staat zu informieren, für welche der zu unterzeichnenden Beschlüsse ein Verfahren nach Art 103 EWRA durchzuführen ist.[52] Damit ist erst am Tag der Unterzeichnung bekannt, ob ein Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses sogleich am nächsten Tag oder nach Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen in Kraft tritt.

In Liechtenstein bestimmen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen nach Art 8 Abs 2 LV.[53] In seinem Gutachten 1995/14 vom 11. Dezember 1995 legte der Staatsgerichtshof fest, welche Beschlüsse des Gemeinsamen EWR-Ausschusses dem Landtag zur Zustimmung im Sinne des Art 8 Abs 2 LV vorgelegt werden müssen: Hierzu zählen Beschlüsse, mit denen EU-Rechtsakte übernommen werden, die liechtensteinisches Gesetzesrecht ändern (wobei «ändern» im weiten Sinne zu verstehen ist und sowohl die Einführung, Änderung als auch Aufhebung von Gesetzesrecht erfasst[54]), sowie EU-Rechtsakte, die eine Beteiligung Liechtensteins an Programmen mit finanziellen Auswirkungen vorsehen, die innerstaatlich dem Referendum unterstehen. Im Umkehrschluss müssen Beschlüsse, die keiner Gesetzesänderung bedürfen, nicht dem Landtag unterbreitet werden. Dies gilt ebenso etwa für Beschlüsse mit Durchführungs- und Delegationsrechtsakte der EU-Kommission sowie mit Rechtsakten, die lediglich Fristen verlängern.[55]

In der Praxis informiert die Stabsstelle EWR vor jeder Sitzung des Gemeinsamen EWR-Ausschuss die EWR/Schengen-Kommission des Landtages[56] mittels eines von den nationalen Fachexperten vorbereiteten Formblatts über die zur Übernahme bereiten EU-Rechtsakte. Dieses Formblatt enthält neben Informationen zum Rechtsakt einen Vorschlag im Hinblick darauf, ob der Beschluss einem Vorbehalt gemäss Art 103 EWRA im Sinne des Gutachtens des Staatsgerichtshofs unterliegt.[57] Hierüber entscheidet schliesslich die EWR/Schengen-Kommission des Landtages. Nach Unterzeichnung durch den Gemeinsamen EWR-Ausschuss befasst sich – nach einer Vorprüfung durch die Aussenpolitische Kommission des Landtages[58] – der Landtag mit den einem 103er-Verfahren unterliegenden Übernahmebeschlüssen auf Grundlage eines Berichts und Antrags der Regierung[59], wobei bislang noch nie einem Beschluss die Zustimmung verwehrt wurde. Auf die Zustimmung durch den Landtag folgen eine 30-tägige Referendumsfrist und die Unterzeichnung durch den Erbprinzen. Damit ist das Verfahren nach Art 103 EWRA in Liechtenstein abgeschlossen.

Die Bestimmung des Art 103 EWRA sieht für die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen eine Frist von sechs Monaten ab Unterzeichnung des Beschlusses vor. Bereits bei Unterzeichnung des Abkommens erklärten die EWR/EFTA-Staaten, sich nach besten Kräften um die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen zu bemühen.[60] Allerdings wird in der Praxis die sechsmonatige Frist nicht immer eingehalten; das heisst, es

---

[50] Siehe beispielhaft Beschlüsse Nr 167/2019 vom 14. Juni 2019 und Nr 306/2019 vom 13. Dezember 2019 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses.

[51] *Dystland/Finstad/Sørebø* (Fn 5), Art 103 EEA Agreement Rn 2; vgl. auch *Norberg* u.a (Fn 2), 146.

[52] Die Liste aller EWR-Übernahmebeschlüsse, welche verfassungsrechtlichen Anforderungen im Sinne des Art 103 EWRA unterliegen, ist abrufbar unter https://www.efta.int/Legal-Text/EEA-Agreement-1327.

[53] Zur verfassungsrechtlichen Situation in Norwegen siehe *Dystland/Finstad/Sørebø* (Fn 5), Art 103 EEA Agreement Rn 3, und in Island siehe *Helgadóttir/Einarsdóttir* (Fn 14), Rn 35.

[54] Vgl. hierzu *Bussjäger*, in Liechtenstein-Institut (Hrsg.), Kommentar zur Liechtensteinischen Verfassung. Online-Kommentar 2016, Art 8 LV Rn 112. Des Weiteren ist anzumerken, dass auch jene EWR-Übernahmebeschlüsse einer Zustimmung durch den Landtag bedürfen, mit welchen ein Rechtsakt in das EWRA übernommen wird, der in Liechtenstein bereits vor dessen EWR-rechtlichen Wirkung in nationales Gesetz umgesetzt wurde (sogenannte «Vorabumsetzung»), siehe beispielhaft Bericht und Antrag Nr 2/2019 der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend den Beschluss Nr 214/2018 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses.

[55] Siehe hierzu auch *Bruha/Gey-Ritter*, Kleinstaat und Integration: Liechtenstein im europäischen Integrationsprozess und in der Welthandelsordnung, Archiv des Völkerrechts 1998, 154 (168 f.).

[56] Vgl. Art 69 Abs 2 Geschäftsordnung vom 19. Dezember 2012 für den Landtag des Fürstentums Liechtenstein, LGBl 2013 Nr 9.

[57] Hierzu auch *Entner-Koch*, Liechtenstein im «EWR-Rechtsetzungsprozess», in *Bruha/Pállinger/Quaderer* (Fn 4), 81 (90); *Frommelt*, Liechtenstein and the EEA, in *Arnesen* u.a. (Fn 5), Rn 37.

[58] Vgl. Art 67 Geschäftsordnung des Landtages (Fn 56).

[59] Siehe beispielhaft Bericht und Antrag Nr 104/2019 der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend den Beschluss Nr 125/2019 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses.

[60] Siehe die Erklärung der Regierungen der EFTA-Staaten zu Art 103 Abs 1 EWRA, beigefügt der Schlussakte des EWRA.

wird eine Verspätung der Notifikation betreffend die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen angemeldet. Gründe für die Verspätung können rechtlicher oder politischer Natur sein. In diesem Stadium des Prozesses zeigt sich wiederum, dass die EWR/EFTA-Staaten in einem Boot sitzen: Solange einer der drei Staaten den Abschluss des Verfahrens nach Art 103 EWRA nicht notifiziert hat, kann der Übernahmebeschluss auch für die beiden anderen nicht in Kraft treten.

Von Seiten der EU werden Verzögerungen bei den Notifikationen des Öfteren moniert.[61] In den Treffen auf Subkomitee-Ebene müssen Island, Liechtenstein und Norwegen regelmässig die Gründe für eine verspätete Notifikation darlegen. Je länger die Sechsmonatsfrist überschritten wird, desto grösser ist der Druck seitens der EU – aber auch seitens der beiden anderen EWR/EFTA-Staaten, wenn für diese das Inkrafttreten eines Beschlusses dringlich ist. Art 103 Abs 2 EWRA sieht zwar vor, dass der Beschluss vorläufig angewendet wird, wenn eine Mitteilung betreffend die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht innerhalb der Sechs-Monats-Frist vorliegt.[62] Allerdings können die Vertragsparteien mitteilen, dass eine vorläufige Anwendung nicht möglich ist – und eine solche Mitteilung ist ständige Praxis.[63] Ebenso wenig wird die Regelung des Art 103 Abs 2 letzter Satz EWRA in der Realität verwirklicht, wonach ein Monat nach der Mitteilung der verspäteten Notifikation ohne vorläufiger Anwendung bzw. der Nichtratifikation eines Beschlusses der Ausserkraftsetzungsmechanismus des Art 102 Abs 5 EWRA wirksam wird.[64] Bislang haben die EWR/EFTA-Staaten früher oder später noch für alle EWR-Übernahmebeschlüsse den Abschluss der verfassungsrechtlichen Anforderungen nach Art 103 EWRA notifiziert.[65] Die Beschlüsse treten sodann – sofern nichts anderes vereinbart[66] – am ersten Tag des zweiten Monats nach der letzten Notifikation in Kraft (Art 103 Abs 1 Unterabs. 2 EWRA).

Zum Zwecke der Transparenz werden Beschlüsse des Gemeinsamen EWR-Ausschusses in allen Amtssprachen der EU – sohin auch in Deutsch – im EU-Amtsblatt publiziert.[67] In Liechtenstein sind die EWR-Übernahmebeschlüsse überdies im Landesgesetzblatt zu finden.[68] Dabei werden jene Beschlüsse, die Gesetzesrecht ändern und sohin einem Verfahren gemäss Art 103 EWRA unterliegen, jedenfalls spätestens mit deren Inkrafttreten publiziert. Bei den anderen Beschlüssen kann es aufgrund Verzögerungen im Übersetzungsprozess auf EU-Seite zu einer späteren Veröffentlichung kommen.[69] Der Wortlaut des Rechtsaktes wird in der EWR-Rechtssammlung kundgemacht;[70] allerdings soll künftig die Kundmachung durch eine vereinfachte Publikation mit einem direkten Verweis auf das Amtsblatt der EU erfolgen.[71] Das elektronische EWR-Register enthält die Anhänge des EWR-Abkommens und die Titel und Nummern der darin aufgenommenen Rechtsakte sowie Verweise auf den jeweiligen EWR-Übernahmebeschluss und die Kundmachung im Landesgesetzblatt.[72]

6. Fazit

Die Erfahrungen der letzten 25 Jahre haben die Robustheit des EWR-Abkommens demonstriert. Der Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses ist dabei Dreh- und Angelpunkt des Erfolgs – ein flexibles Handwerksinstrument, das sich in der Praxis bewährt hat. Mit dem EWR-Übernahmebeschluss wird die Homogenität des Europäischen Binnenmarktes gesichert, indem EU-Rechtsakte fortlaufend zu EWR-Recht erklärt werden.[73] Allerdings ist die Homogenität unmittelbar gefährdet, dauert das Verfahren zur Übernahme neuer Rechtsakte in das EWR-Abkommen zu lange. Auch wenn für einen Grossteil der Rechtsakte eine angemessene Verfahrensdauer gewährleistet ist, vermehrten sich in den letzten Jahren die Fälle grosser zeitlicher Divergenz hinsichtlich des Inkrafttretens von Rechtsakten in der EU und in den EWR/EFTA-Staaten. Die teils geringe Vorhersehbarkeit des Datums des Inkrafttretens von EWR-Übernahmebeschlüssen stellt überdies eine Herausforderung für die Rechtsanwendung dar. Es muss das Ziel der nächsten Jahre bleiben, mit der EU-Rechtssetzung Schritt zu halten. Die Zukunft des EWR wird schliesslich im Wesentlichen davon abhängen, ob alle Vertragsparteien die Spielregeln des EWR-Abkommens einhalten.

---

[61] Siehe etwa Commission Staff Working Document 2012 (Fn 18), Punkt 2.3; Schlussfolgerungen des Rates vom 16. Dezember 2014 (Fn 18), Rn 33.

[62] Zur vorläufigen Anwendung ausführlicher *Baur* (Fn. 19), 45 (64 f.).

[63] Siehe hierzu allerdings das Urteil des EFTA-Gerichtshofs, Rs E-17/11, *Aresbank*, [2012] EFTA Ct. Rep. 916, Rn 71–77, wonach eine nach der Sechs-Monats-Frist eingegangene Mitteilung betreffend verspätete Notifikation die vorläufige Anwendung des EWR-Beschlusses nicht heilt.

[64] Siehe hierzu *Dystland/Finstad/Sørebø* (Fn 5), Art 103 EEA Agreement Rn 13.

[65] Eine Liste der noch ausstehenden Notifikationen nach Art 103 EWRA ist abrufbar unter https://www.efta.int/Legal-Text/EEA-Agreement-1327.

[66] Siehe etwa die Beschlüsse Nr 198–201/2016, 93/2017, 78/2019, 84/2019, 20/2020 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses, in welchen festgelegt wurde, dass der Beschluss am Tag nach der letzten Notifikation in Kraft tritt.

[67] Vgl. hierzu *Blanchet/Piipponen/Westman-Clément*, The Agreement on the European Economic Area (EEA): A Guide to the Free Movement of Goods and Competition Rules 1994, 34.

[68] Art 3 Bst. k Kundmachungsgesetz vom 17. April 1985, LGBl 1985 Nr 41.

[69] Die Beschlüsse können allerdings jederzeit auf der EFTA-Website aufgefunden werden, siehe https://www.efta.int/legal-texts/eea/adopted-joint-committee-decisions und https://www.efta.int/eea-lex.

[70] Siehe als Rechtsgrundlagen Art 67 Abs 3 LV, Art 4–7 Gesetz vom 22. März 1995 über die Umsetzung und Kundmachung der EWR-Rechtsvorschriften, LGBL 1995 Nr 99, und Verordnung vom 31. Mai 1995 über die EWR-Rechtssammlung, LGBL 1995 Nr 146; m.w.H. *Entner-Koch* (Fn 57), 81 (91).

[71] Siehe Vernehmlassungsbericht der Regierung betreffend die Abänderung der Verfassung und des Gesetzes über die Umsetzung und Kundmachung der EWR-Rechtsvorschriften vom 29. Oktober 2019.

[72] Das EWR-Register ist abrufbar unter https://www.llv.li/inhalt/1353/ewr-register.

[73] Die dynamische Natur des EWR-Abkommens als einen wichtigen Faktor für dessen Erfolg anerkennen auch *Fredriksen/Franklin* (Fn 13), 629 (631).

Die Herausforderungen für das EWR-System durch die «Agenturisierung» des Unionshandelns

Judith Sild[1]

1. Ausgangslage – Grundsätze des EU- und EWR-Vollzugs

Das EWR-Abkommen (EWRA) hat eine lange Geschichte hinter sich. Von seiner Unterzeichnung im Jahre 1992 und seinem Inkrafttreten 1994 (bzw für Liechtenstein 1995) haben sich die Rechtslandschaft und die Vollziehungsstrukturen eingehend gewandelt. In den letzten 25 Jahren seit Inkrafttreten des EWRA wurden die Anhänge des Abkommens um viele (tausend) Rechtsakte ergänzt; Protokolle wurden angepasst. Der EWR-Acquis veränderte sich in dieser Zeit stark. Die «Grundfesten» blieben jedoch gleich. Aufgrund des völkerrechtlichen Charakters des EWRA fehlt dem Abkommen grundsätzlich die der Europäischen Union (EU) innewohnende Supranationalität.[2] Ausgeglichen wurde dies durch die sog Zwei-Pfeiler-Struktur, in deren Rahmen die Aufgaben der Europäischen Kommission als «Vollziehungsbehörde» der – nunmehr – EU in der Regel von der EFTA-Überwachungsbehörde nach Art 108 EWRA und Art 4 Abkommen zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofes (ÜGA) wahrgenommen werden. Insbesondere kommen der EFTA-Überwachungsbehörde direkte Exekutivbefugnisse im Bereich des Beihilfen- und Vergaberechts sowie des Wettbewerbsrechts zu.[3] Art 109 Abs 1 EWRA verdeutlicht die spiegelbildlichen Aufgaben der beiden Behörden. Ergänzend bestimmt Protokoll 1 zum EWRA die EFTA-Überwachungsbehörde bzw den Ständigen Ausschuss als massgebende EWR-/EFTA-Instanz in Angelegenheiten, die der Europäischen Kommission seitens der EU zustehen.

2. Aufkommen der Fachagenturen im EU-Verwaltungsverbund

Bereits vor Unterzeichnung des EWRA existierten diverse Agenturen in der Rechtsordnung der damaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG).[4] Deren Tätigkeiten erschöpften sich aber vor allem in einer unterstützenden Funktion für die Europäische Kommission und standen diesen Agenturen keine hoheitlichen Befugnisse zu.[5] Zeitgleich zu den Verhandlungen zum EWRA folgte in den 1990ern eine zweite Welle von Agenturgründungen, denen zum grössten Teil Koordinations- und Kooperationsaufgaben zukamen. Erstmals wurden jedoch auch Agenturen mit begrenzten Entscheidungskompetenzen geschaffen.[6] Eine besondere Regelung, wie solche Agenturen im EWR zu handhaben sind, schien zum damaligen Zeitpunkt noch nicht notwendig.

Seit den 2000er Jahren übertrug der europäische Gesetzgeber verstärkt direkte Eingriffsbefugnisse und sogar die Kompetenz zum Erlass nicht-legislativer Rechtsakte auf Unionsagenturen.[7] Diese dritte Generation von Unionsagenturen übernimmt damit in weiten Teilen Aufgaben für die Europäische Kommission. Folglich kommt der Gleichklang zwischen Europäischer Kommission und EFTA-Überwachungsbehörde ins Wanken, was das EWR-Zwei-Pfeiler-System vor besondere Herausforderungen stellt. Der vorliegende Beitrag kategorisiert anhand massgeblicher EU-Agenturen die Art der Übernahme in den EWR und beleuchtet, welche Auswirkungen und potentielle Spannungen sich dadurch für das institutionelle Gefüge des EWR ergeben.[8]

3. Kompetenzen der Unionsagenturen

Vorab ist festzuhalten, dass Unionsagenturen in der EU-Rechtsordnung äusserst divers ausgestaltet sind. Neben etwa unverbindlichen Koordinierungs- und Informationsaufgaben sind mehrere Agenturen in ihrem Tätigkeitsspektrum auf Vorbereitungshandlungen beschränkt.[9] Diese rechtlich nicht bindenden Befugnisse stellen in der Regel keine Gefahr für das institutionelle Gefüge des EWR dar. Hervorzuheben ist zwar der Erlass von rechtlich unverbindlichen Leitlinien, denen etwa im Finanzmarktbereich – nicht zuletzt aufgrund der «Bemühungsanordnung» in Art 16 der Gründungsverordnungen der EU-Finanzaufsichtsbehörden[10] – eine «Quasi-Ver-

---

[1] Dr. Judith Sild ist Assistenzprofessorin am Propter Homines Lehrstuhl für Bank- und Finanzmarktrecht des Instituts für Wirtschaftsrecht, Universität Liechtenstein. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen neben dem Öffentlichen Wirtschaftsrecht vor allem im EWR-/EU-Recht und im Völkerrecht. Stand der berücksichtigten Rechtslage: Februar 2020. Nachfolgende Änderungen konnten nicht mehr berücksichtigt werden.

[2] Zur Frage der Supranationalität von EWR-Recht ua *Dystland/Finstad/Sørebø*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), Agreement on the European Economic Area (2018) Art 7 Rn 35 ff.

[3] Siehe Protokoll 2 bis 4 ÜGA.

[4] Die EWG wurde erst mit dem Vertrag von Maastricht 1993 in die Europäische Gemeinschaft (EG) umbenannt. Seit dem Vertrag von Lissabon im Jahre 2009 ist nun von der EU zu sprechen.

[5] Sie werden als «Agenturen der ersten Generation» bezeichnet, siehe mit Beispielen *Orator*, Möglichkeiten und Grenzen der Errichtung von Unionsagenturen (2017) 68 f; *Michel*, Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen (2015) 100.

[6] So etwa das Gemeinschaftliche Sortenamt, generell *Orator*, Möglichkeiten und Grenzen der Errichtung von Unionsagenturen (2017) 69 f; *Michel*, Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen (2015) 100 f.

[7] Siehe *Orator*, Möglichkeiten und Grenzen der Errichtung von Unionsagenturen (2017) 70 f; *Michel*, Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen (2015) 101 ff.

[8] Klarzustellen ist, dass bei Übernahme eines Rechtsaktes durchaus verschiedene Varianten zum Zuge kommen können, je nach konkreter Aufgabe der Agentur. Darauf kann im Folgenden nicht mehr gesondert eingegangen werden.

[9] Siehe die ausführliche Auflistung bei *Orator*, Möglichkeiten und Grenzen der Errichtung von Unionsagenturen (2017) 102 ff.

[10] Dieser lautet: «Die zuständigen Behörden und Finanzinstitute unternehmen alle erforderlichen Anstrengungen, um diesen Leitlinien und Empfehlungen nachzukommen.» Zu den Gründungsvoraussetzungen siehe FN 38.

bindlichkeit» zukommt. Formal gesehen fehlt ihnen aber der rechtlich durchsetzbare Befolgungsanspruch.[11]

Einschneidender ist der Fall, wenn Agenturen rechtlich verbindliche Beschlüsse gegenüber nationalen Behörden oder sogar gegenüber Personen bzw Finanzintermediären erlassen können und so direkt in den jeweiligen Mitgliedstaaten «hoheitlich» tätig werden.[12] Dies stellt einen Eingriff in die Souveränität der Staaten dar, der sich für die EU-Mitgliedstaaten durch die Supranationalität der EU-Gründungsverträge ergibt; im völkerrechtlich ausgestalteten EWR-/EFTA-Raum aber zumindest eines zusätzlichen Aktes sowie besonderer Bestimmungen bedarf und gerade in Island und Norwegen auch verfassungsrechtlich problematisch ist.

4. Übernahme in den EWR

Da die EU-Fachagenturen durch Sekundärrecht gegründet werden,[13] hängt ihre Massgeblichkeit für den EWR, wie bei anderen materiellen Rechtsakten, von ihrer Übernahme – konkret vom Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses[14] – ab. Diesem Beschluss geht ein weitgehend politisches Tauziehen voraus. Aufgrund der Fülle der Agenturkompetenzen in der EU und der individuellen Zuschreibung zur jeweilig konkreten Einrichtung gibt es bis dato kein einheitliches Vorgehen. Die Beurteilung erfolgt daher immer einzelfallbezogen. Dabei kann man grob drei Varianten identifizieren: 1) einen kompletten «Verzicht» auf die Zwei-Pfeiler-Struktur; 2) die Anwendung einer «Ein-Pfeiler-Lösung»; sowie 3) die Übernahme in die Zwei-Pfeiler-Struktur, weitgehend aber mit Einbezug der EU-Organe.

Jede dieser Lösungen ermöglicht den drei EWR-/EFTA-Staaten den Zugang zum EU-Binnenmarkt und ist damit aus diesem Blickwinkel als gerechtfertigt anzusehen. Dennoch birgt jede Übernahmevariante spezielle Herausforderungen für das Gefüge des EWR.

4.1. «Verzicht» auf die Zwei-Pfeiler-Struktur

Durch den Abschluss des EWRA haben die EWR-/EFTA-Staaten in gewissen Bereichen einer «Quasi-supranationalen-Figur» zugestimmt.[15] Materien, die vom EWRA abgedeckt sind, sollten im Sinne der Homogenität zwischen EU- und EWR-/EFTA-Seite grundsätzlich im Rahmen der Zwei-Pfeiler-Struktur, dh durch ein Gremium dieses Systems, behandelt werden.[16] Dieser Grundsatz wird vor allem bei Tätigwerden einer EU-Agentur des Öfteren durchbrochen.

Mit der Verordnung (EG) Nr 726/2004[17] wurde die Europäische Arzneimittel-Agentur (European Medicines Agency – EMA) errichtet. Ihr kommt eine besondere Rolle beim Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu, als sie ein Gutachten über einen Zulassungsantrag erstattet, auf dessen Grundlage die Kommission dann eine verbindliche Entscheidung für den gesamten EU-Raum erlässt.[18] Nach dem EWR-Übernahmebeschluss Nr 61/2009 wurde die Kompetenz zum Erlass von darauf aufbauenden Entscheidungen, die auch im EWR verbindlich sein sollen, nicht der EFTA-Überwachungsbehörde übertragen. Stattdessen haben die EWR-/EFTA-Staaten, respektive ihre jeweiligen nationalen Aufsichtsbehörden in diesem Bereich, innerhalb von 30 Tagen nach Erlass der Kommissionsentscheidung, eine «entsprechende Entscheidung» zu erlassen. Die EFTA-Überwachungsbehörde kontrolliert sodann die Umsetzung dieser Entscheidungen in den EWR-/EFTA-Staaten.[19]

Die Behörden der EWR-/EFTA-Staaten sind damit materiell und zeitlich ebenso an das Gutachten der EMA «gebunden» und haben damit *de facto* Souveränitätsrechte an die EU übertragen.[20] Diese «Rückkoppelung» dient zwar dem Prinzip der Homogenität, weil jede Entscheidung auf das Gutachten der EMA zurückzuführen ist.[21] Allerdings kann die Zuweisung auf die nationale Ebene «in zweiter Instanz» zu unterschiedlichen Ergebnissen

---

[11] Zum *Comply-or-Explain-Mechanismus* aber *Sild*, EWR-Finanzmarktrecht, EuR-Beiheft 1/2020 (im Erscheinen). Generell zu Leitlinien vor allem *B. Raschauer*, «Leitlinien» europäischer Agenturen, ÖZW 2013, 34 ff; ebenso *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung (2018) 64 ff; *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien als Handlungsform der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden (2017) 1 ff; *Wörner*, Rechtlich weiche Verhaltenssteuerungsformen Europäischer Agenturen als Bewährungsprobe der Rechtsunion (2017) 1 ff.

[12] Auch etwa in Form von Inspektionen oder durch die Verhängung von Geldstrafen.

[13] Dies als Unterscheidungsmerkmal hervorhebend *Orator*, Möglichkeiten und Grenzen der Errichtung von Unionsagenturen (2017) 47 f.

[14] Und potentiell der nationalen Parlamente der EWR-/EFTA-Staaten im Falle der Auslösung des Art-103-EWRA-Verfahrens.

[15] Wiederum *Dystland/Finstad/Sørebø*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), Agreement on the European Economic Area (2018) Art 7 Rn 35 ff. Der EFTA-GH betont in E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, Rn 59, dass das EWRA zwar nicht die gleiche Intensität wie die Gründungsverträge der EG besitzt, aber dennoch einen völkerrechtlichen Vertrag *sui generis* darstellt. Weitergehend zu den Auswirkungen, insbesondere der Wirkung von EWR-Recht im nationalen Recht, siehe für Liechtenstein *Bussjäger*, Rechtsfragen des Vorrangs und der Anwendbarkeit von EWR-Recht in Liechtenstein, LJZ 2006, 140 ff.

[16] Vgl *Tynes*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), Agreement on the European Economic Area (2018) Art 109 Rn 7.

[17] VO (EG) Nr. 726/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl L 2004/136, 1 (EMA-VO).

[18] Art 10 EMA-VO. Die Europäische Kommission weicht nur in Ausnahmefällen und unter Einhaltung eines strengen Prozederes vom Gutachten der EMA ab. Siehe dazu etwa *Orator*, Möglichkeiten und Grenzen der Errichtung von Unionsagenturen (2017) 145 f.

[19] Anhang Z 1 EWR-Übernahmebeschluss Nr 61/2009.

[20] Kritisch auch *Fredriksen/Franklin*, Of Pragmatism and Principles: The EEA Agreement 20 years on, CMLR 2015, 629 (677).

[21] Darüber hinaus agiert die EFTA-Überwachungsbehörde als im EWR-/EFTA-Raum einheitliche Kontrollinstanz, die zusätzlich für Kohärenz sorgen soll.

führen. Wird nämlich gegen die Entscheidung der nationalen Behörde das jeweils innerstaatlich vorgesehene Rechtsmittel erhoben, so ist der nationale Instanzenzug einzuschlagen. Die nationalen Gerichte beurteilen den formellen Zulassungsakt der nationalen Behörde, gleichzeitig jedoch die materielle Aussage der Kommission bzw der EMA. Es besteht indessen keine Möglichkeit für Behörden oder Gerichte der EWR-/EFTA-Staaten, die inhaltliche Richtigkeit oder Gültigkeit im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) klären zu lassen.[22] Ebenfalls sind die nationalen Gerichte nicht verpflichtet, den EFTA-Gerichtshof, der zumindest für eine einheitliche Auslegung im EWR-/EFTA-Raum sorgen könnte, anzurufen (Art 34 ÜGA).[23] In der Konsequenz kann dies zu divergierenden Rechtslagen führen, wenn etwa ein Gericht eines EWR-/EFTA-Staates einen «nachvollzogenen» Beschluss der nationalen Behörde aufhebt. Umgekehrt gibt es auch keine Art «Wiederaufnahmegrund» in den nationalen Verfahren, wenn der EuGH in einem EU-Verfahren die Kommissionsentscheidung aufhebt. Die nationalen Behörden sind aber wohl verpflichtet, bei einer neuen Entscheidung der Kommission diese innert der angegebenen Frist wiederum nachzuvollziehen. In der Zwischenzeit hat die «materiell falsche» Entscheidung in den EWR-/EFTA-Staaten Bestand.

4.2. Anwendung einer «Ein-Pfeiler-Lösung»

Die Übernahme der Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Agentur für Flugsicherheit (European Aviation Safety Agency – EASA)[24] gestaltet sich ganz anders. Die EASA ist nämlich hinsichtlich genau abgegrenzter Aufgaben[25] ermächtigt, direkt in den EWR-/EFTA-Staaten tätig zu werden. Unter anderem kann sie Inspektionen in den betroffenen EWR-/EFTA-Staaten und in diesen ansässigen Unternehmen vornehmen (Art 54 und 55 EASA-VO). Sie agiert daher unmittelbar in dem Hoheitsgebiet der EWR-/EFTA-Staaten und greift damit – zulässigerweise – in deren Souveränität ein. Überdies erlässt die EASA verbindliche Zulassungsspezifikationen, die im gesamten EWR-Raum gültig sind.

Die Übernahmevariante der EASA nimmt eine Sonderstellung ein, als hier in weiten Teilen auf die Zwei-Pfeiler-Struktur verzichtet wurde und die EWR/EFTA-Staaten direkte Befugnisse der EASA akzeptierten. Rein unter dem Aspekt der Homogenität ist diese Variante vorbehaltslos zu befürworten. Dies gilt umso mehr, als auch der Rechtsschutz, soweit es Akte der EASA anlangt, einheitlich zum EuGH führt.[26] Unternehmen aus den EWR-/EFTA-Staaten steht in diesem Falle also der Weg zum EuGH offen.

Ein Ergebnis, das vor dem Hintergrund der norwegischen und isländischen Verfassungsstruktur lange unmöglich schien. Insbesondere die norwegische Verfassung verbietet die Übertragung von Souveränitätsrechten an eine internationale Organisation, bei der Norwegen nicht Mitglied ist, rigoros.[27] Das norwegische Parlament bediente sich in diesem Fall jedoch offenbar einer ungeschriebenen «*De-minimis*-Ausnahme» und argumentierte, dass die Auswirkungen auf die norwegische Rechtsordnung minimal seien.[28] Die EASA erlasse ja lediglich «technische Entscheidungen» und darüber hinaus haben – so die EFTA ausdrücklich – *«all Member States […] a common interest in having safe aircraft[s]»*.[29] Ebenso muss natürlich das Ziel der Binnenmarktangleichung all diesen Überlegungen zugrundeliegen.

Gerade das öffentliche Interesse ist unbestritten. Fraglich ist jedoch, wie weit bzw wann diese Ausnahme in Anspruch genommen werden kann. So ist dem Schutz des EWR-Finanzplatzes und der Konsumenten vor «unsicheren» Finanzprodukten[30] oder vor unterkapitalisierten

---

[22] Dieser ist aufgrund seines Auslegungs- und Verwerfungsmonopols allein berechtigt, über die Gültigkeit eines Unionsrechtsaktes zu befinden; siehe *Sild*, EWR-Finanzmarktrecht, EuR-Beiheft 1/2020 (im Erscheinen) mwN.

[23] Dazu auch *Fredriksen/Franklin*, Of Pragmatism and Principles: The EEA Agreement 20 years on, CMLR 2015, 629 (677).

[24] VO (EG) Nr. 216/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Zivilluftfahrt und zur Errichtung einer Europäischen Agentur für Flugsicherheit, zur Aufhebung der RL 91/670/EWG des Rates, der VO (EG) Nr. 1592/2002 und der RL 2004/36/EG, ABl L 2008/79, 1 (EASA-VO). Diese wurde durch die EWR-Übernahmebeschlüsse Nr 163/2011 bis 165/2011 in den EWR übernommen.

[25] Art 17 und 18 EASA-VO.

[26] Lediglich bei einzelnen Aufgaben, die der EFTA-Überwachungsbehörde übertragen wurden (zB die Verhängung von Geldbussen und Zwangsgeldern) ist der EFTA-Gerichtshof zuständig. Siehe Anhang Z 3 lit k und l EWR-Übernahmebeschlüsse Nr 163/2011 bis 165/2011.

[27] Siehe etwa *Fredriksen/Franklin*, Of Pragmatism and Principles: The EEA Agreement 20 years on, CMLR 2015, 629 (678) mit Verweis auf Art 115 der norwegischen Verfassung. Aber auch das isländische Recht enthält ein gleichgelagertes Verbot, siehe *Helgadóttir/Einarsdóttir*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), Agreement on the European Economic Area (2018) Island and the EEA, Rn 40.

[28] *Fredriksen/Franklin*, Of Pragmatism and Principles: The EEA Agreement 20 years on, CMLR 2015, 629 (678). Grundsätzlich dazu *Finstad,* in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), Agreement on the European Economic Area (2018) Norway and the EEA, Rn 32.

[29] EFTA Bulletin Juni 2019, Legal Notes by the EFTA Secretariat on the EEA Agreement – The Two Pillar Structure, Rn 114, https://www.efta.int/sites/default/files/publications/bulletins/efta_bulletin_legal_notes.pdf (zuletzt abgerufen am 28.2.2020).

[30] Vgl hierzu etwa das Verbot binärer Optionen durch die ESMA: Beschluss (EU) 2018/795 der ESMA vom 22. Mai 2018 über ein vorübergehendes Verbot der Vermarktung, des Vertriebs und des Verkaufs binärer Optionen an Kleinanleger in der Union in Übereinstimmung mit Artikel 40 der VO (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl L 2018/136, 31. Dieses Verbot wurde regelmässig, zuletzt bis 2. Juli 2019, verlängert: Beschluss (EU) 2019/509 der ESMA vom 22. März 2019 über die Verlängerung des vorübergehenden Verbots der Vermarktung, des Vertriebs und des Verkaufs binärer Optionen an Kleinanleger, ABl L 2019/85, 19.

Banken[31] angesichts der letzten Finanzkrise und deren Auswirkungen ebenso ein überwiegendes gemeinsames Interesse zuzuschreiben. Und dass die Vorschriften in diesem Bereich ebenfalls grossteils technischer Natur sind, beweist bereits ein kurzer Blick in die Kapitaladäquanzverordnung (CRR). Allerdings scheitert es wohl an der Bedeutung des Finanzmarktbereichs und der Fülle der von der EU und der EU-Agenturen erlassenen Regeln, die mit bestem Gewissen nicht mehr als minimal angesehen werden können.[32]

Dennoch akzeptierte Norwegen auch in einem weiteren – überaus bedeutenden – Bereich die Verschiebung von Souveränitätsrechten auf eine EU-Einrichtung. Mit der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)[33] richtete der EU-Gesetzgeber neben einem «One-stop-shop-Prinzip»[34] einen Europäischen Datenschutzausschuss ein. Dieser entscheidet im Falle von Streitigkeiten zwischen nationalen Aufsichtsbehörden mit verbindlichem Beschluss (Art 70 iVm Art 65 DSGVO). Bei der Übernahme der DSGVO in den EWR blieb diese Kompetenz in Bezug auf die EWR-/EFTA-Staaten unangetastet. Die Beschlüsse des Europäischen Datenschutzausschusses ergehen daher auch mit bindender Wirkung gegenüber EWR-/EFTA-Aufsichtsbehörden.[35] Die EFTA-Überwachungsbehörde ist lediglich zu informieren und gegebenenfalls anzuhören.[36]

Dass die bewusste Übertragung von Souveränitätsrechten in einem solch sensiblen Bereich wie dem Datenschutz mit der *De-minimis*-Regel in Norwegen vereinbar ist, überrascht auf den ersten Blick. Allerdings dürfte in diesem Fall ausschlaggebend gewesen sein, dass die Beschlüsse des Europäischen Datenschutzausschusses nur an die nationalen Aufsichtsbehörden gerichtet sind und keine Privatpersonen als Adressaten in Betracht kommen. Dies wird insbesondere in der Gemeinsamen Erklärung der Vertragsparteien im EWR-Übernahmebeschluss betont. Daneben halten die Vertragsparteien darin fest, dass die mit diesem Beschluss getroffene Lösung keine Präzedenzwirkung zeitigen soll.[37] Das führt zu einem Ergebnis, dass zwar der Homogenität im EWR-Raum und dem Rechtsschutz dient, dem es jedoch aufgrund des politischen Ermessens an der Vorhersehbarkeit mangelt. Insbesondere ist fraglich, ob man der EWR-Struktur und der Autorität der EWR-Gremien durch das Zulassen direkter Eingriffsrechte von EU-Agenturen im Anwendungsbereich des EWRA nicht einen Bärendienst erweist.

4.3. Übernahme in die Zwei-Pfeiler-Struktur

Prominentestes Beispiel für die grundsätzliche Beibehaltung der Zwei-Pfeiler-Struktur durch das EWR-Übernahmeverfahren bilden die drei Europäischen Finanzaufsichtsbehörden (EBA, EIOPA und ESMA)[38]. Diese drei Agenturen besitzen weitreichende Befugnisse verbindliche Beschlüsse an Individuen und Marktteilnehmer[39] sowie an nationale Aufsichtsbehörden zu erlassen.[40]

Die Übernahme der EU-Finanzaufsichtsbehörden war zum einen aufgrund ihres «Leistungsspektrums» und zum anderen wegen der enormen Bedeutung des Finanzsektors für die EWR-/EFTA-Staaten herausfordernd. Aus

---

[31] Dazu die ausführlichen Vorschriften im Zuge von «Basel III»: RL 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der RL 2002/87/EG und zur Aufhebung der RL 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl L 2013/176, 338 (CRD IV) sowie der VO (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der VO (EU) Nr. 646/2012, ABl L 2013/176, 1 (CRR).

[32] Allein im Regelungsspektrum der zuvor genannten – selbst schon umfassenden – CRD IV/CRR sind zusätzlich noch rund 100 Durchführungs- und delegierte Rechtsakte der Kommission sowie zahlreiche Leitlinien und Empfehlungen der zuständigen EBA in Kraft.

[33] VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 2016/119, 1.

[34] Die massgebenden Entscheidungsbefugnisse vor allem im grenzüberschreitenden Bereich liegen nunmehr bei der jeweiligen nationalen Aufsichtsbehörde, Art 56 DSGVO; dazu EFTA Bulletin Juni 2019, Legal Notes by the EFTA Secretariat on the EEA Agreement – The Two Pillar Structure, Rn 72, https://www.efta.int/sites/default/files/publications/bulletins/efta_bulletin_legal_notes.pdf (zuletzt abgerufen am 28.2.2020).

[35] Ebenso ausdrücklich die «Gemeinsame Erklärung der Vertragsparteien» im EWR-Übernahmebeschluss Nr 154/2018. Zusätzlich sieht die DSGVO in Art 45 die direkte Wirkung von Gleichwertigkeitsbeschlüssen der Kommission gegenüber Drittstaaten vor. Im EWR-/EFTA-Raum wurde hierbei die Möglichkeit geschaffen, in einem Übergangszeitraum bis zur Entscheidung des Gemeinsamen EWR-Ausschusses die Geltung dieser Entscheidung einzelstaatlich für anwendbar zu erklären; so Art 1 lit e EWR-Übernahmebeschluss Nr 154/2018. An diesem Beispiel ist die Flexibilität der einzelfallbezogenen Übernahme deutlich erkennbar.

[36] Art 1 lit l und m EWR-Übernahmebeschluss Nr 154/2018.

[37] «Gemeinsame Erklärung der Vertragsparteien» in EWR-Übernahmebeschluss Nr 154/2018. Diese Aussage findet sich auch in anderen Übernahmebeschlüssen, siehe zB Erklärung der EFTA-Staaten zu Beschluss Nr. 163/2011 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses zur Übernahme der EASA: *«Die Aufnahme dieser Verordnung berührt nicht die institutionellen Lösungen in Bezug auf künftige Rechtsakte, mit denen Befugnisse zur Verhängung von Sanktionen übertragen werden.»*

[38] VO (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), ABl L 2010/331, 12, engl European Banking Authority (EBA); VO (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), ABl L 2010/331, 48, engl European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA); VO (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), ABl L 2010/331, 84, engl European Securities and Markets Authority (ESMA).

[39] Auch wohl deswegen gab es hier keine *De-minimis*-Ausnahme von Norwegen.

[40] Siehe Art 17 (Verletzung von Unionsrecht), Art 18 (Massnahmen im Krisenfall), Art 19 (Streitbeilegung) sowie Art 9 Abs 5 (Verbot von Finanztätigkeiten) der Gründungsverordnungen der EU-Finanzaufsichtsbehörden (Fn 38). Darüber hinaus werden in verschiedensten EU-Finanzmarktrechtsakten weitere Befugnisse zum Erlass verbindlicher Entscheidungen auf die EU-Finanzaufsichtsbehörden übertragen.

langen politischen Verhandlungen gingen schliesslich im Oktober 2014 politische Schlussfolgerungen[41] hervor, die wiederum zwei Jahre später in formale Übernahmebeschlüsse mündeten.[42] Demnach setzen die europäischen Aufsichtsbehörden weiterhin «Massnahmen unverbindlicher Natur» für den gesamten EWR, die Leitlinienkompetenz verbleibt damit in der Hand der EU-Agenturen. Die EFTA-Überwachungsbehörde übernimmt demgegenüber die Aufgabe, verbindliche Beschlüsse in Bezug auf Aufsichtsbehörden und Marktteilnehmer in den EWR-/EFTA-Staaten zu fassen.[43] Insofern entspricht diese Lösung der Zwei-Pfeiler-Struktur des EWR.

Ein kleiner «Schönheitsfehler» bleibt hingegen. Denn die EFTA-Überwachungsbehörde erlässt Beschlüsse nur aufgrund von Entwürfen, die die jeweils zuständige EU-Finanzaufsichtsbehörde erarbeitet hat. Dies dient einerseits der Sicherung und der «Einbeziehung des Sachverstands» der EU-Finanzaufsichtsbehörden[44] sowie dem von der EU verfolgten Konzept einer einheitlichen Aufsicht über die einzelnen Finanzsektoren. Andererseits wahrt diese Konstruktion die Kohärenz im EWR-Raum und ist damit als Ausdruck des Homogenitätsprinzips zu verstehen.[45] Allerdings beeinträchtigt dieser Prozess einmal mehr die Autorität der EFTA-Überwachungsbehörde. Zwar wird ihr formal mit Art 3 UAbs 2 Protokoll 8 ÜGA die «volle Unabhängigkeit» zugesichert; ihr kommt damit prinzipiell ein Verwerfungsrecht zu. Die EFTA-Überwachungsbehörde befindet sich aber dennoch in einer Situation, in der sie *de facto* die Vorarbeiten der EU-Finanzaufsichtsagenturen zu übernehmen hat.[46] Gleichzeitig verläuft der Rechtsschutz nicht in der – sachlich am nähesten gelegenen – EU-Schiene mit dem Verwerfungsmonopol des EuGH, sondern ist der EFTA-Gerichtshof für Beschwerden gegen Beschlüsse der EFTA-Überwachungsbehörde zuständig. Dies gewährleistet immerhin innert der EWR-/EFTA-Staaten eine konsistente Auslegung und Anwendung des EWR-Rechts, dient hingegen nicht dem erklärten Ziel einer einheitlichen und kohärenten Finanzaufsicht im EWR-Raum.

Dennoch scheint sich diese Variante als für alle Parteien annehmbarer Kompromiss herauszukristallisieren. Ähnlich verfuhren die EU und die EWR-/EFTA-Staaten bei der Übernahme der Gründungsverordnung der Europäischen Energieagentur (ACER)[47]. Auch hier gehen die verbindlichen Entscheidungskompetenzen auf die EFTA-Überwachungsbehörde über, die ihren Beschluss jedoch wiederum auf Grundlage eines Entwurfs der ACER erlässt.[48] Die Konsequenzen jener Agentur sind ähnlich gelagert zu jenen der Agenturen im Finanzmarktsektor.

5. Zwischenfazit

Diese Einzellfallübernahmen dienen zwar der Flexibilität und ermöglichen eine pragmatische Herangehensweise. Neben dem offensichtlich auseinanderfallenden Rechtsschutz und der Unvorhersehbarkeit bestehen jedoch noch weitere Defizite.

5.1. Auslegungsdivergenzen

Aus den verschiedenen Varianten der Übernahme von EU-Rechtsakten in den EWR-Acquis folgen, wie oben ausgeführt, verschiedene Rechtsschutzwege. So kann je nach Verfahren der nationale Instanzenzug oder der Weg zum EFTA-Gerichtshof bzw zum EuGH einzuschlagen sein. In jedem Fall wird der materielle Entscheidungsgehalt aber von der EU-Agentur bestimmt bzw vorgegeben. Da der EuGH allerdings nicht zwangsläufig involviert ist, kann es zu Auslegungsdivergenzen zwischen der EU-, der EWR-/EFTA- und der nationalen Rechtsschutzschiene kommen.

Für diesen Fall sehen einige Übernahmebeschlüsse einen Verweis auf den Streitbeilegungsmechanismus des Art 111 EWRA vor.[49] Dieser kann jedoch nicht als gleichwertiger Ersatz für das Fehlen eines Instanzenzuges zum EuGH angesehen werden. Denn es handelt sich dabei vielmehr um einen politischen Schlichtungsmechanismus und die Anrufung an den EuGH – als letztentscheidungsbefugte Instanz – scheint in den Regel nicht realistisch.[50] Abweichende Ansichten können die Folge sein und sind diese auch nicht mit den bestehenden Rechtsinstrumenten zu lösen.

5.2. Zeitfrage

Nicht zu verschweigen ist weiters, dass solche massgeschneiderten Verfahren durchaus zeitintensiv und von einer politischen Volatilität geprägt sind. Man bedenke nur, dass die Beschlüsse zur Übernahme der europäi-

---

[41] Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen – Tagung der Finanz- und Wirtschaftsminister der EU und der dem EWR angehörenden EFTA-Staaten vom 14. Oktober 2014, 14178/1/14 REV 1, http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14178-2014-REV-1/de/pdf (zuletzt abgerufen am 28.2.2020).

[42] EWR-Übernahmebeschlüsse Nr 199/2016 (EBA), Nr 200/2016 (EIOPA) und Nr 201/2016 (ESMA). Zusätzlich wurde Art 25a sowie Protokoll 8 in das ÜGA aufgenommen, um der EFTA-Überwachungsbehörde die erforderlichen Kompetenzen zuzuschreiben. Näher dazu *Sild*, EWR-Finanzmarktaufsicht, EuR-Beiheft 1/2020 (im Erscheinen).

[43] ErwGr 4 EWR-Übernahmebeschlüsse Nr 199/2016, Nr 200/2016 und Nr 201/2016.

[44] Ein zusätzlicher Hinweis für die überaus technisch und fachlich komplexe Gestaltung der Materie.

[45] Siehe ua ErwGr 5 EWR-Übernahmebeschlüsse Nr 199/2016, Nr 200/2016 und Nr 201/2016.

[46] Vgl *Bjørgan*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), Agreement on the European Economic Area (2018) Art 25a Agreement on ESA and EFTA-Court, Rn 4; ähnlich *Fredriksen*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), Agreement on the European Economic Area (2018) Art 111 Rn 4; zuvor bereits in *Fredriksen/Franklin*, Of Pragmatism and Principles: The EEA Agreement 20 years on, CMLR 2015, 629 (679): *«premise that the EFTA Surveillance Authority will rubber-stamp the draft decisions it receives from the EU agencies»*.

[47] VO (EG) Nr. 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, ABl L 2009/211, 1, engl Agency of the Cooperation of Energy Regulators (ACER).

[48] Art 1 Z 1 lit b EWR-Übernahmebeschluss Nr 93/2017.

[49] Vgl Art 1 lit d EWR-Übernahmebeschlüsse Nr 199/2016, Nr 200/2016 und Nr 201/2016; Art 1 Z 1 lit b sublit v, Art 1 Z 3 lit h sublit v, Art 1 Z 5 lit d sublit v EWR-Übernahmebeschluss Nr 93/2017.

[50] Vgl *Sild*, EWR-Finanzmarktrecht, EuR-Beiheft 1/2020 (im Erscheinen); *Fredriksen*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), Agreement on the European Economic Area (2018) Art 111 Rn 3 ff.

schen Finanzagenturen sechs Jahre benötigten, derjenige für die europäische Energieagentur sogar acht.[51] Bis zur Herstellung einer EU-konsistenten Rechtslage im EWR herrscht in den EWR-/EFTA-Staaten ein Ungleichgewicht. Sie müssen nationalstaatlich entscheiden, wie sie mit dieser Regelungslücke umgehen; zB ob ihre nationalen Aufsichtsbehörden sich dennoch an den Leitlinien ihrer europäischen «Partner» orientieren. Eine Verbindlicherklärung von Rechtsakten oder Beschlüssen der jeweiligen EU-Agentur kommt demgegenüber einzelstaatlich nur schwer in Betracht.

Besonders gravierend ist diese Pendenz dann, wenn in der EU bereits eine neue Rechtslage hergestellt wurde. Dies wird am Beispiel der ACER oder der EASA augenscheinlich. Der Beschluss Nr 93/2017 des Gemeinsamen Ausschusses in Bezug auf die ACER bedurfte einer Genehmigung nach Art 103 EWRA, weshalb ihre Gründungsverordnung erst im Herbst 2019 in den EWR übernommen wurde.[52] Zu diesem Zeitpunkt war die gegenständliche Gründungsverordnung in der EU aber bereits ausser Kraft gesetzt und durch eine Neufassung ersetzt.[53] Ähnlich die Rechtslage bei der EASA, deren im EWR übernommene Gründungsverordnung (EWR-Übernahmebeschlüsse Nr 163/2011 bis 165/2011) wurde in der EU bereits im Herbst 2018 durch die Verordnung (EU) 2018/1139[54] abgelöst.

5.3. Ausgleich «Decision-shaping»

Um die Bindung der EFTA-Überwachungsbehörde an die Entwürfe der jeweiligen EU-Agentur bei Beibehaltung der Zwei-Pfeiler-Struktur zu rechtfertigen, sollen der EFTA-Überwachungsbehörde bzw den nationalen Aufsichtsbehörden die gleichen Rechte und Pflichten wie den nationalen EU-Aufsichtsbehörden verliehen werden.[55] Am Beispiel der EU-Finanzaufsichtsbehörden bedeutet dies, dass den nationalen Aufsichtsbehörden und der EFTA-Überwachungsbehörde ein Sitz im Rat der Aufseher (Board of Supervisors), der das allein entscheidungsbefugte Organ der EU-Agenturen ist, zukommt.[56] Die Beteiligung am Entscheidungsprozess wird daher als Ausgleich für die Koppelung an die Entscheidungsentwürfe der EU-Agenturen gesehen.[57] Diese Lösung hinkt aber, denn es werden eben nicht die gleichen Rechte und Pflichten verliehen. Gerade das entscheidende Stimmrecht steht den EWR-/EFTA-Vertretern nicht zu.[58] Auch wenn der informelle Einfluss nicht zu unterschätzen ist, wird dennoch formal eine Entscheidung übernommen, an der kein EWR-/EFTA-Vertreter beteiligt war. Die Frage nach der demokratischen Legitimität drängt sich damit unweigerlich auf.

6. Homogenitätsgrundsatz versus staatliche Souveränität

Letztlich geht es in diesen Fällen immer um eine klassische völkerrechtliche Fragestellung. Wie weit sind die betroffenen Staaten bereit, Souveränitätsrechte abzugeben. Dabei sind sie in einem gewissen Rahmen an den im EWRA begründeten Homogenitätsgrundsatz gebunden. Dennoch lässt dieser genügend Spielraum, um einzelfallbezogen zu agieren. Dass diese Situation zu einem gewissen *«cherry-picking»* führt, ist evident. Die Konsequenz ist auf der politischen Ebene zu ziehen. Die EU und die EU-Mitgliedstaaten entscheiden am Ende, ob und bis zu welchem Umfang sie diese Vorgehensweise akzeptieren. Denn jede Einzelfalllösung bedarf sowohl der Zustimmung der EU als auch entscheidet die EU und ihre Mitgliedstaaten über die Gleichwertigkeit der EWR-/EFTA-Staaten und deren Zugang zum EU-Binnenmarkt, falls Rechtsakte, insbesondere jene über die Einrichtung

---

[51] Immer gerechnet ab Veröffentlichung des jeweiligen Gründungsrechtsaktes im EU-Amtsblatt.

[52] In Liechtenstein siehe LGBl 2019.240. Vor allem in Island stiess die Übernahme auf verfassungsrechtliche Schwierigkeiten, siehe EFTA Bulletin Juni 2019, Legal Notes by the EFTA Secretariat on the EEA Agreement – The Two Pillar Structure, Rn 69 Fn 38, https://www.efta.int/sites/default/files/publications/bulletins/efta_bulletin_legal_notes.pdf (zuletzt abgerufen am 28.2.2020).

[53] VO (EU) 2019/942 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 zur Gründung einer Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, ABl L 2019/158, 22.

[54] VO (EU) 2018/1139 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2018 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Zivilluftfahrt und zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Flugsicherheit sowie zur Änderung der VO (EG) Nr. 2111/2005, (EG) Nr. 1008/2008, (EU) Nr. 996/2010, (EU) Nr. 376/2014 und der RL 2014/30/EU und 2014/53/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, und zur Aufhebung der VO (EG) Nr. 552/2004 und (EG) Nr. 216/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates und der VO (EWG) Nr. 3922/91 des Rates, ABl L 2018/212, 1.

[55] Vgl Art 1 lit a EWR-Übernahmebeschlüsse Nr 199/2016, Nr 200/2016 und Nr 201/2016. Ebenso ErwGr 4 EWR-Übernahmebeschluss Nr 154/2018.

[56] Auch weiterhin wird dieses Gremium zuständig sein. Die von der Europäischen Kommission initiierte Reform der EU-Finanzaufsichtsagenturen sah zwar grundsätzlich in Fällen der Verletzung von Unionsrecht und der Streitbeilegung einen Übergang der Entscheidungshoheit auf ein – den Verwaltungsrat ersetzendes und mit unabhängigen Personen besetztes – Direktorium vor. Dies sollte die Unabhängigkeit der Agenturen von den nationalen Interessen sichern, was für die EWR-/EFTA-Staaten und die EFTA-Überwachungsbehörde einen zusätzlichen Einflussverlust bedeutet hätte. Diese organisatorisch-strukturelle Änderung setzte sich im Gesetzgebungsprozess jedoch nicht durch. Siehe VO (EU) 2019/2175 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2019 zur Änderung der VO (EU) Nr. 1093/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), der VO (EU) Nr.1094/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), der VO (EU) Nr. 1095/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), der VO (EU) Nr. 600/2014 über Märkte für Finanzinstrumente, der VO (EU) 2016/1011 über Indizes, die bei Finanzinstrumenten und Finanzkontrakten als Referenzwert oder zur Messung der Wertentwicklung eines Investmentfonds verwendet werden, und der VO (EU) 2015/847 über die Übermittlung von Angaben bei Geldtransfers, ABl L 2019/334, 1.

[57] Ähnliches gilt auch für die Inanspruchnahme der «*De-minimis*-Ausnahme» in Norwegen, *Finstad,* in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), Agreement on the European Economic Area (2018) Norway and the EEA, Rn 32.

[58] Mehr ist aufgrund der Autonomie der Unionsrechtsordnung EU-rechtlich nicht möglich, dazu *Müller*, Unionsrechtliche Grenzen der Beteiligung von Drittstaaten an Entscheidungen der Union, EuR-Beiheft 1/2020 (im Erscheinen).

der Agenturen zum Zwecks des Standardsettings und der Aufsicht, nicht rechtzeitig oder gar nicht umgesetzt wurden. Diese Vorgehensweise kommt einem Drahtseilakt gleich.

7. Flucht ins Völkerrecht?

Aufgrund der begrenzten rechtlichen Möglichkeiten innerhalb des EWRA, sind andere Lösungsvarianten zumindest anzudenken. Charmant mutet die Möglichkeit einer völkerrechtlichen Vereinbarung zwischen der EU und den drei EWR-/EFTA-Staaten an, in der die Beteiligung und die Wirkung von Rechtshandlungen einer EU-Agentur zwischenstaatlich geregelt werden.

Man nehme hier als Beispiel die «Vereinbarung zwischen der Europäischen Union einerseits und dem Königreich Norwegen, der Republik Island, der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein andererseits zur Beteiligung dieser Staaten an der Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts».[59] Darin wird neben der organisatorischen Beteiligung der betreffenden Nicht-EU-Mitgliedstaaten (mit zumindest beschränktem Stimmrecht) auch die Zuständigkeit des EuGH festgehalten (Art 2 und 7). Die Agentur und die zugrundeliegende Verordnung[60] stützen sich jedoch auf den Schengen-Besitzstand und damit auf Materien des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, womit das EWRA grundsätzlich nicht anwendbar ist.

Damit wird klar, dass eine derartige völkerrechtliche Vereinbarung nur in Bereichen ausserhalb des Anwendungsbereichs des EWRA denkbar ist. Es stellt keine Alternative für etwa die obenstehenden Agenturbeispiele dar.[61]

8. Conclusio

Aufgrund fehlender Bestimmungen im EWRA zur Handhabung von Agenturen und Einrichtungen der EU bleibt die Entscheidungshoheit der EWR-/EFTA-Staaten und der EU immer auf den Einzelfall bezogen. Zu berücksichtigen ist, dass das Ziel einer grösstmöglichen homogenen Rechtslage mit der Zwei-Pfeiler-Struktur nicht optimal erreicht werden kann. Jede der dargelegten Zwischenlösungen hat Vor- und Nachteile. Rechtsschutztechnisch sind die unterschiedlichen Rechtsschutzwege problematisch hervorzuheben. Der Ausgleich der Beteiligung der EFTA-Überwachungsbehörde und der nationalen Aufsichtsbehörden in den Entscheidungsgremien der jeweiligen EU-Agentur kann nicht wirklich als Rechtfertigung für die starre Bindung der EFTA-Überwachungsbehörde an die materiellen Vorgaben der EU-Agenturen dienen. Der Umweg der Betrauung der EU-Agenturen über den völkerrechtlichen Weg funktioniert nur im engen Rahmen ausserhalb des Anwendungsbereichs des EWRA und ist daher nicht als ganzheitlicher Ansatzpunkt zu verstehen.

Damit bleibt, dass solange die EU den Trend der Agenturisierung weiterverfolgt und sich die Vertragsparteien nicht auf einen einheitlichen und für sie verfassungskonformen Weg geeinigt haben, den Herausforderungen nur mit dem bisher an den Tag gelegten Pragmatismus entgegengetreten werden kann. Deutlich wird aber einmal mehr, dass es nach 25 Jahren an der Zeit ist, sich zu einer Anpassung des EWRA und des ÜGA an die neuen Gegebenheiten zu bekennen.

---

[59] LGBl 2020.064.

[60] VO (EU) Nr. 1077/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl L 2011/286, 1. Diese Verordnung ist allerdings wiederum in der EU bereits ausser Kraft getreten und wurde ersetzt durch die VO (EU) 2018/1726 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 über die Agentur der Europäischen Union für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (eu-LISA), zur Änderung der VO (EG) Nr. 1987/2006 und des Beschlusses 2007/533/JI des Rates sowie zur Aufhebung der VO (EU) Nr. 1077/2011, ABl L 2018/295, 99.

[61] Auch wenn im Rahmen der «Übernahme» der EU-Finanzagenturen das ÜGA erweitert werden musste, um der EFTA-Überwachungsbehörde in diesem Bereich eine Zuständigkeit zuzuschreiben, ist das Finanzmarktrecht doch eindeutig vom EWRA umfasst. Siehe *Sild*, EWR-Finanzmarktrecht, EuR-Beiheft 1/2020 (im Erscheinen).

Ist die EWR-Mitgliedschaft ein Souveränitätsgewinn? Über ein Narrativ und dessen aktuelle Bedeutung

Christian Frommelt

I. Einführung

In der öffentlichen und politischen Diskussion über den europäischen Integrationsprozess spielen Narrative eine wichtige Rolle. Ein Narrativ ist eine «sinnstiftende Erzählung, die Einfluss hat auf die Art, wie die Umwelt wahrgenommen wird»[1]. Gerade so komplexe Organisationen wie die Europäische Union (EU) und der Europäische Wirtschaftsraum (EWR) verlangen stark nach Narrativen, welche ihnen Bedeutung und damit Legitimität verleihen. Die Verwendung von strategischen Narrativen kann dabei Form und Inhalt politischer Entwicklung beeinflussen, indem diese ein Bild der Rolle des eigenen Landes in den internationalen Beziehungen vermitteln sowie eine Einschätzung der internationalen Ordnung insgesamt.[2]

Auch in der liechtensteinischen Europapolitik gibt es prägende Narrative. Ein Beispiel für ein solches Narrativ ist die Aussage, dass die Mitgliedschaft Liechtensteins im EWR die Souveränität Liechtensteins stärkte. Dieses Narrativ findet sich in diversen Reden und Interviews von liechtensteinischen Politikerinnen und Politikern.[3] Auch in der breiten Bevölkerung geniesst dieses Narrativ grosse Unterstützung. So stimmten in einer im November 2014 durchgeführten Umfrage über die EWR-Mitgliedschaft Liechtensteins[4] 54 Prozent der befragten liechtensteinischen Stimmberechtigten der Aussage zu, dass die EWR-Mitgliedschaft die Souveränität Liechtensteins gestärkt habe, während lediglich 25 Prozent der befragten Personen diese Aussage ablehnten. Aus Anlass des 25-Jahr-Jubiläums wurden Liechtensteinerinnen und Liechtensteiner im Februar 2020 erneut zu ihrer Einstellung zum EWR befragt.[5] Mit 56 Prozent lag die Zustimmung zur Aussage, dass die EWR-Mitgliedschaft für Liechtenstein ein Souveränitätsgewinn bedeutet habe, sogar leicht höher als fünf Jahre davor. Lediglich 11 Prozent der befragten Personen stimmten der Aussage nicht zu.

Bemerkenswert ist, dass das Narrativ des Souveränitätsgewinns explizit an die EWR-Mitgliedschaft gekoppelt ist und sich nicht generell auf die Teilnahme Liechtensteins am europäischen Integrationsprozess bezieht. So wurden die liechtensteinischen Stimmberechtigten im November 2014 auch gefragt, ob sie sich im Falle einer EU-Mitgliedschaft Liechtensteins davor fürchten würden, dass Liechtenstein an Souveränität verlieren würde. Über 60 Prozent der befragten Personen stimmten dieser Aussage zu. Die Deutung einer EU-Mitgliedschaft als Souveränitätsverlust für Liechtenstein wurde bei der jüngsten Umfrage von Februar 2020 bestätigt. So stimmten beispielsweise lediglich 17 Prozent der Liechtensteinerinnen und Liechtensteiner der Aussage zu, dass Liechtenstein durch eine EU-Mitgliedschaft mehr Einfluss in Europa gewinnen würde, während 59 Prozent der befragten Personen diese Aussage ablehnten.

Das Narrativ der EWR-Mitgliedschaft als Souveränitätsgewinn mag zwar weit verbreitet sein, es ist aber auch nicht ganz unbestritten. So hielt Regierungschef Adrian Hasler in seiner Eröffnungsrede zum Festakt 20 Jahre EWR im Mai 2015 fest, dass Liechtenstein durch die EWR-Mitgliedschaft als Preis für den diskriminierungsfreien Marktzugang in die EU «Einschränkungen» in der «gesetzgeberischen Autonomie und somit beim souveränitätspolitischen Spielraum» in Kauf nehmen müsse.[6] Nicht nur von punktuellen Einschränkungen des souveränitätspolitischen Spielraums, sondern von einer «Erosion der demokratischen Rechte» sprach die Partei der Demokraten pro Liechtenstein (DpL) im Sommer 2019 in einem Zeitungsbeitrag.[7] Liechtenstein werde demnach «immer mehr […] durch Brüssel fremdbestimmt» und damit von einer zu «Überregulierung» neigenden EU.[8]

Dieser Beitrag untersucht deshalb in gebotener Kürze, wie sich die EWR-Mitgliedschaft Liechtensteins auf dessen Souveränität ausgewirkt hat und welche Rolle dem Narrativ des Souveränitätsgewinns in der liechtensteinischen Europapolitik zukommt. Dabei wird aufgezeigt, dass die Deutung der EWR-Mitgliedschaft als Souveränitätsgewinn durchaus zutreffend ist. Dafür sprechen insbesondere die durch die EWR-Mitgliedschaft erzielte gleichberechtigte Vertretung Liechtensteins in den Institutionen des EWR/EFTA-Pfeilers, die Streuung der wirtschaftlichen und politischen Abhängigkeiten durch die parallele Mitgliedschaft in der Zollunion mit der Schweiz und im EWR sowie die durch die EWR-Mitgliedschaft geförderte Professionalisierung der Verwaltung und der Exekutive insgesamt. Im Beitrag wird aber auch argumentiert, dass ein solcher Souveränitätsgewinn sich nicht exklusiv auf die EWR-Mitgliedschaft beschränkt, sondern aus der aktiven Teilnahme Liechtensteins am europäischen Integrationsprozess resultiert. Entsprechend kann das Narrativ des Souveränitätsgewinns nicht im Sinne einer Abgrenzung von EU- und EWR-Mitgliedschaft ausgelegt werden.

Dieser Beitrag gliedert sich wie folgt: Nach diesen einleitenden Bemerkungen wird im zweiten Kapitel der Begriff der Souveränität und dessen unterschiedliche Verwendung über Zeit und nach Disziplin erläutert. Daran anknüpfend werden die Prinzipien, Prozesse und Institutionen des EWR dem im vorigen Kapitel präsentierten Souveränitätsbegriff gegenübergestellt. Kapitel IV thematisiert das Rechtsetzungsverfahren im EWR, während sich Kapitel V mit dem Konflikt zwischen Homogenität und Differenzierung auseinandersetzt. In Kapitel VI er-

---

[1] *Wikipedia*, Narrativ (Sozialwissenschaften), https://de.wikipedia.org/wiki/Narrativ_(Sozialwissenschaften) (Stand 28.2.2020).

[2] *Miskimmon*, Strategische Narrative deutscher Europapolitik, Aus Politik und Zeitgeschichte, 52/2015, 23.

[3] Siehe z. B. Klaus Tschütscher, «EWR ist eine riesige Erfolgsgeschichte», Interview mit der NZZ am Sonnstag, 13.05.2012, sowie Aurelia Frick, «Wie gut ist der EWR wirklich?», Vortrag am Europa-Institut der Universität Zürich, 19.05.2016.

[4] *Frommelt,* 20 Jahre EWR-Abkommen: Wie stehen die Liechtensteinerinnen und Liechtensteiner heute zum EWR? Ergebnisse einer repräsentativen Umfrage, LI Aktuell 2/2015.

[5] *Frommelt,* 25 Jahre EWR-Abkommen, Einstellung der liechtensteinischen Bevölkerung zum EWR (i.Ersch.).

[6] Hasler, Eröffnungsrede Festakt 20 Jahre EWR am 11.5.2015.

[7] *Lie-Zeit,* Nr. 77, August 2019, 28.

[8] Fn 7.

folgt eine Einordnung der Auswirkungen des EWR auf die Souveränität Liechtensteins. Kapitel VII schliesst den Beitrag mit dem Verweis auf die immer noch dominante Stellung, aber diffuse Verwendung des Souveränitätsbegriffs in der europapolitischen Debatte und thematisiert die Frage, was dies für die künftige Europapolitik Liechtensteins bedeuten könnte.

II. Souveränitätsbegriff

Wohl kaum ein politischer und völkerrechtlicher Begriff ist in der breiten Öffentlichkeit so bekannt wie der Begriff der Souveränität. Dennoch lässt sich der Begriff nur sehr schwer fassen. Im Allgemeinen versteht man unter Souveränität den nach innen und aussen konstituierenden Herrschaftsanspruch eines Staates. Dieser macht den territorial definierten Staat zu einem in seinem Handeln unabhängigen, gegenüber anderen Staaten prinzipiell gleichen und freien Subjekt wie auch zum wesentlichen Akteur im internationalen System.[9] Historisch hat sich der «Souveränitätsbegriff nach innen um demokratische Legitimation, Partizipation und inhaltliche Auflagen (z. B. Pflicht zur Sozialstaatlichkeit, Rechtsstaatlichkeit)» stetig erweitert.[10] Zugleich wurde der Begriff nach aussen durch das an Bedeutung gewinnende Völkerrecht und andere Quellen des internationalen Rechts ergänzt.

Der Souveränitätsbegriff gilt in den internationalen Beziehungen heute vielerorts als «ordnungs- wie realpolitisch überholt».[11] Die Kritik am Souveränitätsbegriff lässt sich vor allem an den beiden Grössen «Gleichheit» und «Unabhängigkeit» festmachen. So kann der Grundsatz der Staatengleichheit nicht darüber hinwegtäuschen, dass die aussenpolitische und wirtschaftliche Macht der Staaten ungleich ist. Ein weiteres Faktum ist, dass internationale Verflechtungen und Abhängigkeiten oftmals transnationale Lösungen verlangen, womit die nationalstaatliche Handlungsfähigkeit relativiert wird. So geht gerade im europäischen Kontext mit der Stärkung der transnationalen Steuerungsfähigkeit und Gestaltungsmacht oftmals eine Teilung der nationalstaatlichen Souveränität einher, indem Entscheidungen aus Gründen der Effizienz nicht länger einstimmig, sondern nach jeweils zu bestimmenden Mehrheitserfordernissen erfolgen.

Auf den ersten Blick scheint somit der moderne, in seiner eigenen politischen Gestaltungsmacht stark eingeschränkte und durchsetzungsschwach gewordene Staat längst nicht mehr souverän. Allerdings lässt sich auch argumentieren, dass es sich «bei dem Begriff der Souveränität um einen funktionalen Begriff» [12] handelt, dessen Aufgabe und Bedeutung immer im zeitgenössischen Kontext zu betrachten sind. Ähnliches konstatierte das Bundesverfassungsgericht Deutschlands in seinem berühmten «Lissabon-Urteil» aus dem Jahr 2009, indem es in Anlehnung an das deutsche Grundgesetz Souveränität als «völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit» interpretiert und sich explizit «von einer selbstgenügsamen und selbstherrlichen Vorstellung souveräner Staatlichkeit» des westfälischen Systems distanziert.[13]

Obwohl das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil eine gewisse Wandlung des Souveränitätskonzepts feststellt, bleibt die eigentliche Substanz der Souveränität seiner Auffassung nach jedoch erhalten. Die Souveränität finde demnach stets in der «Unabhängigkeit von fremdem Willen» seine «konstitutionellen Grundlagen».[14] Zentrales Prinzip sei dabei der Grundsatz der «Kompetenz-Kompetenz» der Mitgliedstaaten als «Herren der Verträge»[15] und deren Recht, Verträge zu kündigen und aus internationalen Organisationen austreten zu können.[16]

Während das Bundesverfassungsgericht den Begriff der Souveränität noch deutlich von dem Begriff der Autonomie abgrenzt, suchen andere Autorinnen und Autoren explizit eine Vermengung der beiden Begriffe Autonomie und Souveränität. Gstöhl definiert Autonomie als die Fähigkeit, die gesetzten Ziele nationaler Politik tatsächlich zu erreichen.[17] Autonomie ist also nichts anderes als die effektive Handlungsfähigkeit eines Staates. Zugleich differenziert Gstöhl zwischen der formellen, völkerrechtlichen Souveränität und einer operationellen Souveränität. Bei Letzterer handelt es sich um einen relativen Begriff, «definiert als die rechtliche Handlungsfreiheit (d. h. Kompetenzen in der Rechtsetzung, Rechtsumsetzung und Rechtsdurchsetzung) eines Staates, welche durch internationale Abkommen beschränkt werden kann».[18]

Die legislative Souveränität – also die Kompetenz der Rechtsetzung – ist dann eingeschränkt, wenn eine Institution ausserhalb eines Staats bzw. über einem Staat die Kompetenz besitzt, innerhalb des entsprechenden Staates Recht zu setzen.[19] Die gerichtliche Souveränität wiederum ist eingeschränkt, wenn ein übergeordneter Gerichtshof für die nationalen Gerichte verbindliche Urteile sprechen kann. Die exekutive Souveränität schliesslich ist eingeschränkt, wenn eine überstaatliche Behörde Entscheidungen erlassen kann, welche für nationale Organe bindend sind. Gerade das supranationale EU-Recht wirkt auf allen genannten Ebenen. Folglich steht ausser Frage, dass eine EU-Mitgliedschaft die operationelle Souveränität ihrer Mitgliedstaaten substanziell einschränkt.

Ein Verlust operationeller Souveränität kann aber durch die Mitbestimmung an transnationalen Entscheidungsprozessen ausgeglichen werden. Die Mitbestimmung wird umso wichtiger, je stärker die Interdependenz eines Staates gegenüber einem Regime ist. Anders ausgedrückt, je stärker ein Staat von der Problemlösungskapazität eines Regimes abhängt, umso wichtiger wird die direkte Mitwirkung an der Problemlösung. Dadurch

---

[9] *Seidelmann*, Souveränität, in *Nohlen/Schultze* (Hrsg.), Lexikon der Politikwissenschaft (2004), 867.

[10] *Hillgruber*, Die Souveränität der Staaten: Grundlage und Geltungsbedingung des Völkerrechts, in Der Staat, 53/3 (2014), 486.

[11] *Seidelmann*, Souveränität, in *Woyke* (Hrsg.), Handwörterbuch Internationale Politik (2007), 395.

[12] *Schuppert*, Souveränität – Überholter Begriff, wandlungsfähiges Konzept oder «born 1576, but still going strong»?, in *Stein/Buchstein/Offe* (Hrsg.), Souveränität, Recht, Moral. Die Grundlagen politischer Gesellschaft, 252.

[13] *BVerfG* 30.06.2009, 2BvE 2/08 ua = EuGRZ 2009, 339 ff.

[14] Fn 12.

[15] Fn 13.

[16] Fn 10.

[17] *Gstöhl*, Flexible Integration für Kleinstaaten? Liechtenstein und die Europäische Union 2007, LPS Bd. 33, 18ff.

[18] Fn 17, 18.

[19] Für die hier beschriebene Dreiteilung des Souveränitätsbegriffs siehe *Graver/Fossum*, Squaring the Circle on Brexit – Could the Norway model work? (2018).

lässt sich auch das vermeintliche Paradoxon auflösen, dass ein Souveränitätsverzicht zu einem Souveränitätsgewinn führen kann, indem Einschränkungen der operationellen Souveränität gegen Mitbestimmung eingetauscht werden.[20]

Die parallele Verwendung der sich teils abgrenzenden, teils aber auch bedingenden Begriffe Souveränität, Autonomie und Interdependenz verwirrt meist mehr, als dass sie Klärung bringt. Studien zur öffentlichen Meinung in der EU verzichten deshalb meist gänzlich auf einen Definitionsversuch nationalstaatlicher Souveränität. Vielmehr wird es als gegeben erachtet, dass Personen, welche mehr nationale Kontrolle fordern und die nationale Identität bewahren wollen, in der Europäischen Integration einen Verlust nationalstaatlicher Souveränität sehen. Die Kritik an der Angemessenheit des Souveränitätsbegriffs kann deshalb auch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Stärkung der supranationalen Kompetenzen der EU zu einer Politisierung der Europäischen Integration geführt hat. Die effizienzorientierte und funktionale Integrationslogik der letzten Jahrzehnte wird dabei immer stärker durch genuine gesellschaftliche Interessen an der Bewahrung der nationalen Identität und Selbstbestimmung unterminiert. Für die Analyse der Europäischen Integration ist der Begriff der Souveränität deshalb immer noch von zentraler Bedeutung – allerdings weniger als analytischer denn als perzipierter Begriff.

Auch zur Klärung der eingangs gestellten Frage, ob das Narrativ einer Stärkung der Souveränität Liechtensteins durch die EWR-Mitgliedschaft angemessen sei, ist das Begriffsverständnis von Souveränität nicht entscheidend. Dies hängt damit zusammen, dass die Rahmenbedingungen der liechtensteinischen Souveränitäts- und Europapolitik durch die Kleinststaatlichkeit und Historie Liechtensteins sehr spezifisch sind. Bevor diese Bedingungen dargestellt werden, wird in den nächsten beiden Kapiteln jedoch zuerst die grundsätzliche Stellung des Souveränitätsbegriffs im EWR beleuchtet.

III. Souveränität und EWR

Treiber der Verhandlungen über das EWR-Abkommen war der Wunsch der EFTA-Staaten nach einem gemeinsamen Wirtschaftsraum, der sowohl die EU- als auch die EFTA-Staaten umfasst.[21] Zwar verfügten die EFTA-Staaten bereits ab den 1970er-Jahren über bilaterale Freihandelsabkommen mit der EU sowie teils weitere sektorale Abkommen. Angesichts der von der EU geplanten Vollendung des Binnenmarktes fürchteten sich die EFTA-Staaten jedoch vor negativen wirtschaftlichen Externalitäten und einer politischen Marginalisierung.[22]

Gemeinsam war allen EFTA-Staaten, dass die Sorge über die Preisgabe der nationalstaatlichen Selbstbestimmung und der Wunsch nach der Wahrung der nationalen Identität die wirtschaftlichen Anreize europäischer Integration sowie Effizienzüberlegungen bisweilen in den Hintergrund rückten. Die Motive hierfür unterscheiden sich je nach Staat, wobei in der Literatur Aspekten wie der nationalen Geschichte oder gewissen Spezifika des politischen Systems ein grosser Einfluss auf die nationale Haltung gegenüber Europa beigemessen wird.[23] Die Sorge über eine Preisgabe nationalstaatlicher Selbstbestimmung und Identität widerspiegelte sich auch in den Prioritäten der EFTA-Staaten für die Verhandlungen mit der EU. Kritische Punkte waren unter anderen der Geltungsbereich des künftigen Abkommens, der finanzielle Beitrag der EFTA-Staaten zum wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt der EU oder die Möglichkeit von permanenten Ausnahmen vom angestrebten gemeinsamen Rechtsbestand. Zudem sollte das angestrebte Abkommen mit der EU dem Grundsatz der intergouvernementalen Kooperation folgen.[24]

Als eine der grössten Herausforderungen kristallisierte sich rasch die Suche nach einem institutionellen Rahmen heraus. Die EFTA-Staaten wollten jegliche politische Integration vermeiden, die ihre Souveränität durch Mehrheitsentscheidungen oder durch die Einsetzung supranationaler Institutionen schwächen würde. Auch forderten die EFTA-Staaten ein Mitspracherecht bei der Entscheidungsfindung der EU für EWR-relevante Politiken. Im Unterschied dazu war die EU bestrebt, ein «Trittbrettfahren» und «Rosinenpicken» der EFTA-Staaten im Binnenmarkt zu verhindern. Mit den sogenannten Interlaken-Prinzipien stellte die EU klar, dass sie die Integrität ihrer Rechtsordnung und die Autonomie ihrer Entscheidungsprozesse mit aller Konsequenz schützen möchte.[25]

Die EU hatte sich in den Verhandlungen über den EWR weitgehend durchgesetzt.[26] So folgt das endgültige EWR-Abkommen einem globalen Ansatz, der alle vier Grundfreiheiten, das Wettbewerbsregime und verschiedene horizontale und flankierende Politiken umfasst. Die EFTA-Staaten mussten auch den *acquis communautaire* der EU als rechtliche Grundlage des EWR akzeptieren. Ausnahmen waren, wenn überhaupt, nur für einen begrenzten Zeitraum möglich. Zudem konnten sich die Vertragsparteien nicht auf einen gemeinsamen Entscheidungsmechanismus für EWR-Regeln einigen. Zwar können die EFTA-Staaten an gewissen Phasen des EU-Entscheidungsprozesses partizipieren, jedoch stets ohne Stimmrecht. Auch dient diese Teilnahme weniger der Einbringung der nationalen Interessen der EFTA-Staaten als der Steigerung der Effizienz mit Blick auf die nachgelagerte Übernahme des EWR-relevanten EU-Rechts in das EWR-Abkommen sowie daran anknüpfend deren Umsetzung in nationales Recht. Schliesslich erhielten die EFTA-Staaten kein Initiativrecht für neue EWR-Rechtsakte.

---

[20] Gstöhl, Souveränität und Abhängigkeit, Ein aussenpolitisches Konzept für Liechtenstein, in *Liechtenstein-Institut* (Hrsg.) Gestern – Heute – Morgen: Perspektiven auf Liechtenstein (i. Ersch.).

[21] *Rye*, EFTA's quest for free trade in Western Europe (1960-92): Slow train coming, in *EFTA Secretariat* (Ed.), The European Economic Area. Past, present and future. EFTA Bulletin July 2015.

[22] *Leuffen/Rittberger/Schimmelfennig*, Differentiated Integration: Explaining Variation in the European Union (2013), 118.

[23] *Frommelt*, In Search of Effective Differentiated Integration: Lessons from the European Economic Area (EEA), 2017.

[24] *Gstöhl*, EFTA and the European Economic Area or the Politics of Frustration, in Cooperation and Conflict (1994) 29(4).

[25] *De Clercq*, Speech at the EC-EFTA Ministerial Meeting, Interlaken, 20.5.1987.

[26] Fn 24, 355.

Gemäss Gstöhl folgt aus dem Verhandlungsergebnis «a substantial loss of ‹operational sovereignty› for the EFTA countries», ohne dass diesen im Gegenzug zufriedenstellende «voice opportunities» eingeräumt worden wären.[27] Dies mag ein Grund dafür gewesen sein, dass Finnland, Österreich und Schweden bereits ein Jahr nach dem Inkrafttreten des EWR-Abkommens der EU beitraten. In der politikwissenschaftlichen Literatur zum EWR wird die EWR-kritische Einschätzung mehrheitlich geteilt. So konstatiert z. B. Eriksen mit Blick auf die prominente Stellung des Homogenitätsprinzips im EWR, dass im EWR die Homogenität die Souveränität übertrumpfe («homogeneity trumps sovereignty»).[28] An anderer Stelle wird der EWR als «legalisierte Hegemonie» («legalized hegemony»)[29], als «semi-colonial»[30] und als «hierarchical setting, in which EEA EFTA members have subordinated themselves to ‹foreign rule› by the EU»[31] charakterisiert. Zugleich werden die EWR/EFTA-Staaten als «Fax-Demokratien» («fax democracy»)[32] bezeichnet und die Bürgerinnen und Bürger der EWR/EFTA-Staaten als «second-rate Europeans»[33].

Diese wenig schmeichelhaften Umschreibungen des EWR stehen in einem eklatanten Widerspruch zur Wahrnehmung des EWR in den drei EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen. So zeigen Daten aus Meinungsumfragen, dass sowohl in Norwegen als auch in Liechtenstein mehr als zwei Drittel der Bevölkerung den EWR als ein gutes Abkommen erachten, während eine EU-Mitgliedschaft in beiden Staaten nur auf sehr wenig Unterstützung stösst.[34] Auch lässt sich in beiden Staaten feststellen, dass die Bevölkerung mit Blick auf die nationalen Interessen überzeugt ist, im EWR über mehr Spielraum zu verfügen, als dies in der EU der Fall wäre.[35]

Wie lässt sich dieser Widerspruch aus öffentlicher Wahrnehmung des EWR-Abkommens und dessen wissenschaftlicher Einordnung erklären? Zu diesem Zweck werden im folgenden Abschnitt die Institutionen und Prozesse des EWR genauer beleuchtet.

IV. Rechtsetzung im EWR

Die Debatte über die Auswirkungen der EWR-Mitgliedschaft auf die Souveränität der EWR/EFTA-Staaten lässt sich am besten an der dem EWR innewohnenden Ambiguität festmachen. Das Ziel des EWR-Abkommens ist die Schaffung eines homogenen und dynamischen Wirtschaftsraums. Dies verpflichtet die EWR/EFTA-Staaten zu einer kontinuierlichen Übernahme des EWR-relevanten EU-Rechts. Diese Übernahme hat möglichst zeitnah nach der Verabschiedung des entsprechenden EU-Rechtsaktes durch die EU-Institutionen zu erfolgen. Ebenso soll die Übernahme vollständig erfolgen, das heisst, es sollen möglichst keine spezifischen Ausnahmen für einen einzelnen EWR/EFTA-Staat oder die EWR/EFTA-Staaten insgesamt eingeräumt werden. Die Homogenitätsverpflichtung beschränkt sich aber nicht nur auf die Übernahme, sondern erfasst auch die Umsetzung von EWR-Recht in nationales Recht sowie dessen Anwendung und Auslegung. Folglich erstreckt sich das Ziel der Homogenität über den ganzen Politikkreislauf des EWR.

Die Zielsetzung der Homogenität kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass der institutionelle Rahmen des EWR auf zwei unterschiedlichen Pfeilern aufbaut, und dass den Institutionen im EFTA- und im EU-Pfeiler bisweilen unterschiedliche Integrationsprinzipien und -absichten zugrunde liegen. Eine Konsequenz hieraus waren die in Teilen bis heute andauernde Auseinandersetzung über allgemeine Grundsätze des EWR-Rechts. Hat das EWR unmittelbare Geltung? Hat es Vorrang gegenüber nationalem Recht? Kann ein EWR/EFTA-Staat für falsch umgesetztes EWR-Recht haften? Besteht eine Pflicht bei Rechtsfällen mit EWR-Bezug, den EFTA-Gerichtshof um ein Gutachten anzusuchen? Und sind dessen Gutachten verbindlich? Alle genannten Fragen sind unmittelbar mit der Debatte über die operationelle Souveränität der EWR/EFTA-Staaten als Mitglieder des EWR verknüpft. Von Interesse ist dabei nicht nur, wie stark der EWR die operationelle Souveränität der EWR/EFTA-Staaten einschränkt, sondern vor allem, wie stark sich die nachgewiesenen Einschränkungen im EWR von denjenigen eines EU-Mitgliedstaates unterscheiden und ob die Einschränkungen schon zu Beginn der EWR-Mitgliedschaft absehbar waren oder ein Resultat der dynamischen Homogenitätsverpflichtung sind.

Da die genannten Fragen in der Literatur reichlich Beachtung fanden, werden sie in diesem Beitrag nicht weiter erörtert.[36] Basierend auf dem aktuellen Forschungsstand kann jedoch festhalten werden, dass sich die Homogenitätsverpflichtung und damit das Streben nach einer möglichst reibungslos funktionierenden Zusammenarbeit in den meisten Fällen gegen die Souveränitätsvorbehalte der EWR/EFTA-Staaten durchsetzte. Folglich sehen sich die EWR/EFTA-Staaten mit Blick auf die Rechtsanwendung und -auslegung innerhalb des Geltungsbereichs des EWR-Abkommens mit vergleichbaren Einschränkungen der operationellen Souveränität konfrontiert, wie wir sie aus der EU kennen.

Auch im Bereich der Rechtsetzung ist der EWR geprägt von einer gewissen souveränitätspolitischen Am-

---

[27] Fn 24, 333.

[28] *Eriksen*, Political differentiation and the problem of dominance: Segmentation and hegemony, in European Journal of Political Research (2018).

[29] *Pederson*, European Union and the EFTA countries: Enlargement and Integration (1994), 70.

[30] *Tovias*, Exploring the «Pros» and «Cons» of Swiss and Norwegian Models of Relations with the European Union: What Can Israel Learn from the Experiences of These Two Countries?, in Cooperation and Conflict, 41 (2).

[31] *Lavenex/Lehmkuhl/Wichmann*, Modes of External Governance: A Cross-national and Cross-sectoral Comparison. Journal of European Public Policy, 2009, 16(6), 818.

[32] *Eliassen/Sitter*, The Quiet European: Norway's Quasi-Membership of the European Union. Report 1/2004.

[33] Fn 28.

[34] NUPI, Analyse: Holdninger til EØS-avtalen etter 25 år: Stor oppslutning, men lite kunnskap, 2019; Fn 5.

[35] So sagen sechs von zehn befragten Personen in Norwegen, dass Norwegen im EWR mehr Spielraum habe als in der EU. In Liechtenstein sind nicht einmal zwei von zehn Personen der Meinung, dass Liechtenstein als EU-Mitglied an Einfluss in Europa gewinnen würde.

[36] Siehe u. a. *Baur* in dieser Ausgabe.

biguität. Eine eigentliche EWR-Rechtsetzung gibt es nicht. Zwar verpflichtet das EWR-Abkommen die EWR/EFTA-Staaten, kontinuierlich neues EWR-relevantes EU-Recht in das EWR-Abkommen zu übernehmen. Da die EWR/EFTA-Staaten aber beim Erlass des EWR-relevanten EU-Rechts über kein Stimmrecht verfügen, erscheint es auf den ersten Blick nicht angemessen, von einer eigenen EWR-Rechtsetzung zu sprechen. Andererseits gibt es sowohl innerhalb des EFTA-Pfeilers als auch in den einzelnen EWR/EFTA-Staaten unterschiedliche Verfahren, wie EWR-relevantes EU-Recht in das EWR-Abkommen übernommen werden kann. Auch können sich die Vertragsparteien im Rahmen des Übernahmeverfahrens auf EWR-spezifische Anpassungen und Ausnahmen zu einem EU-Rechtsakt einigen. Folglich lässt sich argumentieren, dass es sich beim Übernahmeverfahren um eine Art Rechtsetzung handelt. Für die Bewertung der Auswirkungen der EWR-Mitgliedschaft auf die operationelle Souveränität der EWR/EFTA-Staaten ist diese Unterscheidung durchaus relevant, da eine nach dem immer gleichen Verfahren ablaufende und damit stets zum gleichen Ergebnis führende Übernahme eine viel stärkere Einschränkung der operationellen Souveränität bedeuten würde als eine in der Dauer und im Umfang divergierende Übernahme.

Die zentralen Bestimmungen zur Übernahme von neuem EWR-relevantem EU-Recht in das EWR-Abkommen finden sich im Hauptteil des EWR-Abkommens. Diese Bestimmungen haben seit der Unterzeichnung des EWR-Abkommens im Jahr 1992 keine substanziellen Änderungen erfahren. Dennoch lassen sich im heutigen EWR-Abkommen verschiedene neue Entscheidungsverfahren und -regeln erkennen, die so im ursprünglichen Abkommen nicht vorgesehen waren. Dazu zählen insbesondere das im Jahr 2001 für Rechtsakte in den Bereichen Veterinärwesen und Pflanzenschutz eingeführte vereinfachte Verfahren («Simplified Procedure»)[37] sowie das im Jahr 2014 eingeführte Schnellverfahren («Fast-track Procedure»)[38] für Rechtsakte ohne sogenannte horizontale Herausforderungen. Das Ziel beider Verfahren ist eine Steigerung der Entscheidungseffizienz des EWR durch eine weitgehende Automatisierung der Rechtsübernahme. In der Konsequenz bedeutet dies aber auch, dass die operationelle Souveränität der EWR/EFTA-Staaten im Bereich der Rechtsetzung eingeschränkt wird.[39]

Das Simplified Procedure und das Fast-track Procedure tragen wesentlich zu einer effizienten Administration des EWR-Abkommens bei. In den allermeisten Bereichen des EWR-Abkommens gilt aber weiterhin das sogenannte Standardverfahren.[40] Dieses sieht vor, dass sich die EWR/EFTA-Staaten zuerst auf eine gemeinsame Position betreffend die Übernahme eines Rechtsaktes einigen und diese dann mit einer Stimme (‹one voice›) in den gemeinsamen EWR-Institutionen gegenüber der EU vertreten. Dieses Verfahren gibt faktisch jedem EWR/EFTA-Staat ein Veto-Recht gegen die Übernahme eines neuen EU-Rechtsaktes in das EWR-Abkommen. Des Weiteren sieht das Standardverfahren vor, dass jeder EWR/EFTA-Staat im Gemeinsamen EWR-Ausschuss einen Zustimmungsvorbehalt (‹constitutional requirements›) vorbringen kann, wonach der betreffende Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses erst in Kraft tritt, wenn das nationale Parlament des jeweiligen EWR/EFTA-Staates diesem Beschluss zugestimmt hat.

Das Standardverfahren folgt dem Grundsatz der intergouvernementalen Zusammenarbeit und vermeidet somit eine Kompetenzübertragung von den EWR/EFTA-Staaten auf supranationale Institutionen. Aus Sicht der Governance-Forschung vollzieht sich das Standardverfahren jedoch in einem hierarchischen Setting, da eine allfällige Nicht-Übernahme eines EWR-relevanten EU-Rechtsaktes nicht ohne Konsequenz bliebe, sondern die von der Nicht-Übernahme betroffenen Teile des EWR-Abkommens suspendiert werden können. Da der Zugang zum EU-Binnenmarkt für die EWR/EFTA-Staaten viel wichtiger ist als für die EU die Teilnahme der EWR/EFTA-Staaten an ebendiesem, liegt dem EWR eine Machtasymmetrie zugunsten der EU zugrunde. Folglich stärkt das genannte hierarchische Setting bei der Übernahme von neuem EU-Recht in das EWR-Abkommen vor allem die EU.

Frommelt unterscheidet in Anlehnung an die Governance-Forschung in der EU[41] insgesamt fünf verschiedene Entscheidungsmechanismen.[42] Drei dieser fünf Mechanismen gehen über die rein intergouvernementale Zusammenarbeit hinaus, indem sie eine Kompetenzübertragung entweder an die EFTA-Überwachungsbehörde oder an eine EU-Institution bedingen. Ein Beispiel für Letzteres findet sich im Bereich der Luftverkehrssicherheit, wonach Entscheidungen der Europäischen Agentur für Flugsicherheit (EASA) sich direkt an die EWR/EFTA-Staaten richten können. Tabelle 1 listet die einzelnen Mechanismen auf. Die Einschränkungen der operationellen Souveränität der EWR/EFTA-Staaten sind bei der intergouvernementalen Zusammenarbeit ohne drohende Suspendierung am geringsten und bei der Delegation der Entscheidungshoheit an ein Organ im EU-Pfeiler am stärksten.

---

[37] *Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses*, Nr. 101/2001; *EFTA-Sekretariat*, Simplified Procedure, https://www.efta.int/legal-texts/eea/veterinary-acts-subject-to-simplified-procedures (Stand 8.3.2020).

[38] *EFTA-Sekretariat*, Handbook on EEA EFTA procedures, 2016.

[39] Mit Blick auf das Fast-track Procedure gilt jedoch, dass die EWR/EFTA-Staaten letztlich selbst entscheiden können, welche Rechtsakte nach diesem Verfahren übernommen werden.

[40] Im Jahr 2015 wurden 51 Prozent der Rechtsakte im Standardverfahren übernommen, 37 Prozent nach dem Fast-track Procedure und 12 Prozent basierend auf dem Simplified Procedure, Fn 24.

[41] *Börzel*, Mind the gap! European integration between level and scope, in Journal of European Public Policy, 2005, 12(2).

[42] *Frommelt*, The institutional framework of the European Economic Area: A flexible but highly complex two-pillar system, in Gstöhl/Phinnemore, The Proliferation of Privileged Partnerships between the European Union and its Neighbours (2019), 56–58.

Modus	Beispiel
Intergouvernementale Kooperation ohne drohende Suspendierung bei Nicht-Übernahme	Flankierende Politiken (Protokoll 31, EWRA)
Intergouvernementale Kooperation mit drohender Suspendierung bei Nicht-Übernahme	Standardverfahren
Delegation der Entscheidungshoheit an die EFTA-Überwachungsbehörde	Entscheidungen und Notifizierungen im Bereich des Emissionshandels (Anhang XX, EWRA)
Delegation der Entscheidungshoheit an die EFTA-Überwachungsbehörde basierend auf EU-Entwurf	Gewisse Entscheidungen im Rahmen des Europäischen System der Finanzaufsicht (Anhang IX, EWRA)
Delegation der Entscheidungshoheit an Organ im EU-Pfeiler	Simplified Procedure (Anhang I, EWRA), gewisse Entscheidungen EASA (Anhang XIII, EWRA)

Tabelle 1: Entscheidungsmechanismen im EWR

Die verschiedenen Entscheidungsmechanismen zeigen, dass das in den Verhandlungen zum EWR-Abkommen für die EWR/EFTA-Staaten so wichtige Prinzip der intergouvernementalen Zusammenarbeit zwischenzeitlich mehrfach durchbrochen wurde. Für die EWR/EFTA-Staaten waren neue Entscheidungsmechanismen eine Notwendigkeit, um die Funktionsfähigkeit des EWR-Abkommens zu sichern. Die Vorgaben hierfür orientierten sich in den meisten Fällen unmittelbar an dem in das EWR-Abkommen zu übernehmenden EU-Recht. Die neuen Entscheidungsmechanismen sind bisweilen aber durchaus im Interesse der EWR/EFTA-Staaten, konnte so doch ein kostspieliger Aufbau eigener Institutionen vermieden werden. Auch handelt es sich meist um sehr technische und deshalb souveränitätspolitisch wenig relevante Berichte.

Mit Blick auf die diesem Beitrag zugrunde liegende Fragestellung nach dem Ausmass der Einschränkungen der operationellen Souveränität der EWR/EFTA-Staaten durch die EWR-Mitgliedschaft lässt sich festhalten, dass die Einschränkungen im Zeitverlauf zugenommen haben. Nichtsdestotrotz bleibt die Abkehr vom Prinzip der intergouvernementalen Zusammenarbeit im EWR die Ausnahme.

Im folgenden Kapitel wird die Verflechtung zwischen den Verfahren zur Übernahme von EU-Recht in das EWR-Abkommen und den Mitwirkungsmöglichkeiten der EWR/EFTA-Staaten am EU-Entscheidungsprozess thematisiert. Auch wird dargestellt, welchen Spielraum die EWR/EFTA-Staaten bei der Übernahme von EWR-relevantem EU-Recht tatsächlich haben.

V. Zwischen Homogenität und Differenzierung

Die EWR/EFTA-Staaten sind durch das sogenannte Decision-Shaping in den Rechtsetzungsprozess der EU eingebunden. Decision-Shaping beschreibt «the process of contributing to and influencing policy proposals up until they are formally adopted».[43] Tatsächlich handelt es sich aber – mit Ausnahme der Komitologie – eher um ein Policy-Shaping als um Decision-Shaping, da sich die Mitwirkung der EWR/EFTA-Staaten auf die frühe Entstehungsphase eines Rechtsaktes beschränkt und nicht die Beeinflussung einer konkreten Entscheidung. So können die EWR/EFTA-Staaten zwar in den Ausschüssen und Arbeitsgruppen der Europäischen Kommission mitwirken, nicht aber bei der eigentlichen Rechtsetzung der EU durch den Rat und das Europäische Parlament. Auch verfügen die EWR/EFTA-Staaten in EU-Ausschüssen über kein Stimmrecht.

Aus souveränitätstheoretischer Sicht taugt das Decision-Shaping nicht zur Kompensation von etwelchen Einschränkungen der operationellen Souveränität. Zwar können die EWR/EFTA-Staaten durchaus mit ihrer Expertise auf die Entstehung und Ausgestaltung eines EU-Rechtsaktes einwirken. Eine systematische Einflussnahme entlang spezifischer nationaler wirtschaftlicher und regulatorischer Interessen erscheint jedoch wenig realistisch. Stattdessen dient das Decision-Shaping vor allem der Effizienz des EWR-Abkommens, indem es den EWR/EFTA-Staaten erlaubt, den Übernahmeprozess frühzeitig vorzubereiten und auch die nötige Expertise für eine schnelle und korrekte Umsetzung schafft. Mit Blick auf die gesetzgeberische Souveränität der EWR/EFTA-Staaten zeigt sich zudem, dass je stärker die EWR/EFTA-Staaten in das Rechtsetzungsverfahren der EU eingebunden sind, desto stärker automatisiert ist das Übernahmeverfahren des EWR.[44]

Die starke Stellung des Homogenitätsprinzips im EWR, die verschiedenen Durchbrechungen des Prinzips der intergouvernementalen Zusammenarbeit und die souveränitätspolitisch geringe Relevanz des Decision-Shaping stützten die in Kapitel 3 aufgeführte kritische Darstellung des EWR in der Fachliteratur. Allerdings wird dabei oft vergessen, dass das Übernahmeverfahren keinem Automatismus folgt, sondern den EWR/EFTA-Staaten einen gewissen Handlungsspielraum lässt. Ein Beispiel hierfür ist die verzögerte Übernahme von neuem EWR-relevantem EU-Recht in das EWR-Abkommen.[45] Diese Verzögerung ist in Teilen der komplexen Struktur des EWR-Abkommens geschuldet und damit systemimmanent. In Teilen ist sie aber auch bedingt durch die nationalen Präferenzen der EWR/EFTA-Staaten und somit Ausdruck nationaler Autonomie. Auch verfügen die EWR/EFTA-Staaten innerhalb des Geltungsbereichs des EWR-Abkommens über mehr Ausnahmen als die EU-Staaten.

---

[43] *EFTA-Sekretariat,* EEA Decision Shaping, EFTA-Bulletin (2009).

[44] *Frommelt*, Decision Shaping and Decision-Making – How much influence do the EEA EFTA States have on EEA rules? Konferenzpapier (2019).

[45] Fn 23, Nur 16 Prozent der im Zeitraum 1994 bis 2015 übernommenen EU-Verordnungen und -Richtlinien hatten dasselbe Compliance-Date in der EU und den EWR/EFTA-Staaten.

Dies gilt insbesondere – aber nicht nur – für die beiden kleinen EWR/EFTA-Staaten Island und Liechtenstein.[46]

Eine Erklärung für diesen erhöhten Spielraum ist, dass Verzögerungen durch die EWR/EFTA-Staaten ebenso wie befristete und dauerhafte Ausnahmen aufgrund der geringen Grösse der EWR/EFTA-Staaten keine negativen Auswirkungen auf die Funktionsweise des Europäischen Binnenmarkts als Ganzes haben. Eine weitere Erklärung ist, dass die EU weitgehend als ein Konsenssystem funktioniert, weshalb die EU nur in wenigen Fällen ihre Macht gegenüber den EWR/EFTA-Staaten tatsächlich ausnützt und damit im Verhältnis zu den EWR/EFTA-Staaten auch nicht als Hegemon agiert.

Gerade in Norwegen wurde deshalb in den vergangenen Jahren zunehmend von einem «Room for Manoeuvre» gesprochen, welchen die EWR/EFTA-Staaten bei der Umsetzung und Anwendung des EWR-Abkommens besitzen, ohne diesen jedoch genauer zu umschreiben.[47] Die Idee eines gewissen Spielraums basiert einerseits darauf, dass EU-Recht allen Staaten – also den EU- und den EWR/EFTA-Staaten – eine gewisse Flexibilität einräumt. So definiert z. B. eine Richtlinie nur das Ziel, lässt aber den Mitgliedstaaten die Wahl, wie sie dieses Ziel erreichen wollen.

Der «Room for Manoeuvre» der EWR/EFTA-Staaten soll jedoch darüber hinaus reichen. Grund hierfür ist, dass der EWR zwar die Homogenität zum Ziel hat, der eigentliche Zweck des EWR aber in der Verwaltung unterschiedlicher Integrationspräferenzen und -prinzipien zu sehen ist. Dieser Konflikt aus Ziel und Zweck ist im EWR systemimmanent. In der Tat kann hieraus ein gewisser Spielraum abgeleitet werden, welcher sich jedoch nicht messen lässt und in den vergangenen Jahren durch die oft stark verzögerte Übernahme und diverse institutionelle Sonderregelungen wohl bereits mehr als ausgereizt wurde. Mit Blick auf die Bewertung der souveränitätspolitischen Auswirkungen ist der Konflikt aus Homogenität und Differenzierung jedoch durchaus relevant. Dass der Spielraum für jegliche Art der Differenzierung aufgrund der dominanten Stellung der Homogenität gering ist, schränkt die operationelle Souveränität der EWR/EFTA-Staaten ein. Dass es aber in einzelnen Phasen des Politikkreislaufes überhaupt einen gewissen Spielraum gibt und dieser aufgrund der grundlegenden Verortung des EWR als ein Modell externer Differenzierung in gewissen Fällen auch über den Spielraum der EU-Staaten hinausreichen mag, stärkt demgegenüber die operationelle Souveränität der EWR/EFTA-Staaten. Allerdings sollte die Reichweite eines solchen Spielraums nicht überschätzt werden und stets vor dem Hintergrund der fehlenden Entscheidungsmacht der EWR/EFTA-Staaten im EU-Entscheidungsprozess gesehen werden. Im Ergebnis bleibt der EWR somit – wenig überraschend – ambigue.

Im folgenden Kapitel werden abschliessend Überlegungen zum Narrativ des Souveränitätsgewinns präsentiert.

VI. Das liechtensteinische Narrativ des Souveränitätsgewinns

1920 lehnte der Völkerbund das Aufnahmegesuch Liechtensteins unter anderem mit Verweis auf die sehr kleine Fläche Liechtensteins und dessen geringe Bevölkerung ab. [48] Ein weiterer Grund für die Ablehnung war das Fehlen einer Armee. Auch wurde argumentiert, dass Liechtenstein aufgrund der Delegation von Hoheitsrechten an andere Staaten nicht in der Lage sei, alle Verpflichtungen eines Völkerbundmitglieds zu erfüllen. Trotz der verwehrten Aufnahme in den Völkerbund anerkannte dieser die volle Souveränität Liechtensteins, womit zumindest ein Teilziel Liechtensteins erfüllt wurde. Unmittelbar nach dem Ersten Weltkrieg stand für Liechtenstein ohnehin die Stärkung der Wirtschaft und nicht die Aussenpolitik im Vordergrund. Dies änderte sich erst in den späten 1960er-Jahren. Fortan war Liechtenstein sehr bemüht um Anerkennung seiner Souveränität durch die Mitgliedschaft in internationalen Organisationen und Abkommen. Hierzu zählten insbesondere die Mitgliedschaft Liechtensteins beim Statut des Internationalen Gerichtshofes (1950), bei der Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (KSZE, 1973), im Europarat (1978), bei den Vereinten Nationen (UNO, 1990), der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA, 1991), der Welthandelsorganisation (WTO, 1995) und eben auch im EWR (1995).

Welche grosse Bedeutung der Souveränität in der liechtensteinischen Aussenpolitik beigemessen wird, zeigt sich in den verschiedenen aussenpolitischen Berichten, welche Liechtenstein in den vergangenen zwei Jahrzehnten veröffentlichte. So hält der Bericht über die Ziele und Prioritäten der liechtensteinischen Aussenpolitik aus dem Jahr 2007 fest: «Die Erhaltung der Souveränität Liechtensteins ist weiterhin ein wesentliches Element der Aussenpolitik. Insofern mag sich Liechtenstein von anderen (grösseren) Staaten unterscheiden, die ihre Souveränitätspolitik nicht so deutlich in den Vordergrund stellen.»[49]

Auch im Bericht über die Prioritäten der liechtensteinischen Aussenpolitik aus dem Jahr 2012 wird die «Bewahrung der Souveränität und Unabhängigkeit» als das «vorrangige Ziel der Aussenpolitik» postuliert.[50]

Etwas weniger prominent fällt die Würdigung der Souveränitätspolitik im jüngsten Bericht über die Ziele und Prioritäten der liechtensteinischen Aussenpolitik aus dem Jahr 2019 aus. Nichtsdestotrotz wird der Souveränitätspolitik weiterhin eine bedeutende Stellung in der Aussenpolitik zugesprochen. Die Souveränität Liechtensteins wird dabei vor allem im Kontext des multilateralen Engagements Liechtensteins thematisiert. Demnach

---

[46] Fn 23, Im März 2017 war Liechtenstein gemäss Implementationsdatenbank der EFTA-Überwachungsbehörde von der Umsetzung von 40 Prozent der in das EWR-Abkommen übernommenen Rechtsakte befreit. Norwegen hatte 5 Prozent der Rechtsakte nicht umzusetzen und Island 16 Prozent.

[47] Siehe für die prominente (aber kritische) Verwendung des Begriffs jüngst *Fredriksen*, The Rule of Law in a European Economic Area with National «Room for Manoeuvre», verfassungsblog.de (2019) und *Graver*, The Impossibility of Upholding the Rule of Law When You Don't Know the Rules of the Law, verfassungsblog.de (2019).

[48] *Quaderer*, Bewegte Zeiten, 2014, Bd. 3, 41–43.

[49] *Regierung*, Ziele und Prioritäten der Aussenpolitik, 2007, 19.

[50] *Regierung*, Prioritäten der liechtensteinischen Aussenpolitik, 2012, 7.

stärken «ausgewählte Mitgliedschaften in internationalen Organisationen […] die Souveränität und die Zusammenarbeit».[51] Auch verleihen sie «Liechtenstein eine Stimme und damit ein eigenständiges Profil in der Staatengemeinschaft.»[52]

Die gestärkte internationale Anerkennung der Souveränität Liechtensteins im Zuge der EWR-Mitgliedschaft, der gleichberechtigte Zugang Liechtensteins zu den EFTA-Institutionen, der rechtlich abgesicherte Zugang zum EU-Binnenmarkt sowie der aus der EWR-Mitgliedschaft resultierende verstärkte bilaterale Austausch mit den EU- und EFTA-Staaten sind zweifelsohne wichtige Gründe für die Wahrnehmung des EWR als Souveränitätsgewinn. Die Auswirkungen des EWR auf die Souveränität Liechtensteins reichen aber noch deutlich weiter, womit sich die EWR-Mitgliedschaft auch von der Mitgliedschaft Liechtensteins in anderen internationalen Organisationen und Abkommen unterscheidet. Ein Beispiel hierfür ist die durch die EWR-Mitgliedschaft erfolgte Verringerung der wirtschaftlichen und politischen Abhängigkeit von der Regionalunion mit der Schweiz.[53] Zwar ist Liechtenstein weiterhin in hohem Masse von guten Beziehungen zur Schweiz abhängig, durch die parallele Existenz der Regionalunion Liechtenstein–Schweiz und des EWR konnte Liechtenstein jedoch eine Streuung seiner politischen und wirtschaftlichen Abhängigkeit bewirken.

Ein weiterer Aspekt ist die Stärkung einer eigenständigen Rechtsordnung.[54] Mit der EWR-Mitgliedschaft hat sich die Anzahl der in Liechtenstein jährlich publizierten Landesgesetzblätter schlagartig erhöht. Wurden im Jahr 1994 noch lediglich 86 Landesgesetzblätter publiziert, waren es im Folgejahr bereits 233 Landesgesetzblätter. Etliche Themengebiete wurden nach dem EWR-Beitritt erstmals eigenständig im liechtensteinischen Recht geregelt. Eine eigenständige, thematisch differenzierte und umfassende Rechtsordnung ist ein wesentliches Merkmal eines modernen, souveränen Staates.

Eng verflochten mit der Stärkung der eigenen Rechtsordnung war der Ausbau der Landesverwaltung. Gerade in den 1990er-Jahren nahm die Anzahl der Beschäftigten in der Landesverwaltung stark zu, was sich direkt auf die EWR-Mitgliedschaft zurückführen lässt. Die politikwissenschaftliche Literatur verbindet mit der Europäisierung nationaler Verwaltungen aber nicht nur einen personellen Ausbau, sondern auch ein erhöhtes Know-how durch eine gestiegene Spezialisierung sowie den steten internationalen Austausch.[55] Auch in Liechtenstein ist davon auszugehen, dass die EWR-Mitgliedschaft zu einer Qualitätssteigerung in der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben wie der Vorbereitung der Rechtsetzung sowie der Kontrolle der Rechtsanwendung geführt hat. Aus souveränitätspolitischer Sicht ist eine funktionierende Verwaltung gleichermassen wichtig für die Souveränität nach innen und nach aussen.

Schliesslich hat die EWR-Mitgliedschaft Liechtenstein die Möglichkeit gegeben, seine Fähigkeit zur korrekten Umsetzung internationaler Verpflichtungen unter Beweis zu stellen. Vor dem Hintergrund der lange Zeit bestehenden Zweifel an der internationalen Handlungsfähigkeit kleiner Staaten bot die EWR-Mitgliedschaft Liechtenstein eine einzigartige Gelegenheit, seine Fähigkeiten zu beweisen. Auch dies hat die Souveränität Liechtensteins nachhaltig gestärkt.

Das Narrativ der EWR-Mitgliedschaft als Souveränitätsgewinn ist also durchaus berechtigt. Allerdings gilt dies nur aufgrund der besonderen Rahmenbedingungen Liechtensteins, welche sich aus der Kleinststaatlichkeit Liechtensteins und der historisch gewachsenen Abhängigkeit Liechtensteins von der Schweiz ergeben. Ohne diese besonderen Rahmenbedingungen wäre es wohl verfehlt, im Zusammenhang mit dem EWR von einem Souveränitätsgewinn zu sprechen. Der EWR mag zwar weitgehend dem Prinzip der intergouvernementalen Zusammenarbeit folgen und den EWR/EFTA-Staaten in gewissen Bereichen ein im Vergleich zu den EU-Staaten erhöhten Handlungsspielraum erlauben. Dennoch erfolgten mit der EWR-Mitgliedschaft zahlreiche Einschränkungen der operationellen Souveränität, welche im Unterschied zur EU wenig transparent sind und vor allem nicht durch eine Mitentscheidungskompetenz ausgeglichen werden. Umso mehr überrascht es, dass das Narrativ des Souveränitätsgewinns in der Wahrnehmung der Bevölkerung Liechtensteins explizit an die EWR-Mitgliedschaft gekoppelt ist und sich nicht allgemein auf die aktive Teilnahme Liechtensteins am europäischen Integrationsprozess erstreckt.

VII. Schluss

Das Narrativ des EWR als Souveränitätsgewinn hat wesentlich zur grossen Unterstützung des EWR in Liechtenstein und dessen geringen Politisierung beigetragen. Damit wirkte sich das Narrativ auch positiv auf die Funktionsweise des EWR insgesamt aus. Die vergangenen 25 Jahre EWR-Abkommen können zweifelsohne als Erfolg bezeichnet werden. Aus heutiger Sicht spricht auch wenig keine erfolgreiche Fortsetzung der EWR-Mitgliedschaft. Andererseits kann der EWR nicht losgelöst von der Dynamik des europäischen Integrationsprozess betrachtet werden, welcher sich in den vergangenen Jahren wiederholt im Krisenmodus befand. Zum Schluss dieses Beitrags soll deshalb ein kurzer und bewusst kritischer Ausblick gewagt werden. Die vier folgenden «Szenarien» sind dabei nicht als Vorhersagen zu verstehen, sondern sollen dafür sensibilisieren, dass die Zukunft des EWR längst nicht in Stein gemeisselt ist.[56]

Ein erstes Szenario geht davon aus, dass die Politisierung des EWR-relevanten EU-Rechts in den EWR/EFTA-Staaten in den kommenden Jahren zunehmen

---

[51] *Regierung*, Ziele und Prioritäten der Aussenpolitik, 2019, 13.

[52] Fn 51, 13.

[53] *Frommelt/Baur*, Auswirkungen der Beziehungen Schweiz–EU auf den EWR und die Regionalunion Schweiz–Liechtenstein, Foliensatz (2019). .

[54] *Frommelt*, Europäisierung der liechtensteinischen Rechtsordnung, Arbeitspapiere Liechtenstein-Institut 28 (2011).

[55] *Frommelt*, Liechtenstein's tailor-made arrangements in the EEA: A small state's creative solutions in European integration, in *Wolf* (Hg.): State size matters. Politik und Recht im Kontext von Kleinstaatlichkeit und Monarchie (2016).

[56] Siehe hierzu etwas ausführlicher *Frommelt*, Is Brexit a deterrence or an encouragement to disintegration for the EEA EFTA States?, EFTA-Studies.org (2019).

wird. Bereits in den vergangenen Jahren gab es wiederholt Rechtsakte, wie z. B. das Energiepaket in Island, die Postrichtlinie in Norwegen oder die Datenschutzgrundverordnung in Liechtenstein, deren Übernahme in das EWR-Abkommen aus verschiedenen Gründen auf nationaler Ebene kontrovers diskutiert wurde. Die EU wird sich in den kommenden Jahren wohl weniger auf technische Regulierung konzentrieren, sondern unter den Überbegriffen «soziales Europa» und «Grüner Deal» Politiken verabschieden, die die Bürgerinnen und Bürger der EU unmittelbar betreffend. Da diese Politiken in Teilen EWR-relevant sein werden, steigt das Risiko, dass die Übernahme neuer EWR-relevanter EU-Politiken in den EWR/EFTA-Staaten aufgrund konkreten, aber divergierenden wirtschafts- und sozialpolitischer Präferenzen innerstaatlicher Akteure stärker politisiert wird.

Ein zweites Szenario geht davon aus, dass sich auch in Liechtenstein eine neue gesellschaftspolitische Trennlinie beobachten lässt, zwischen Kosmopoliten, die die Europäische Integration grundsätzlich befürworten, einerseits und stark auf die Bewahrung der nationalen Identität und Unabhängigkeit fokussierten Kommunitaristen andererseits.[57] Eine solche Konfliktlinie entwächst nicht zwingend dem politischen Diskurs in Liechtenstein, sondern kann sozusagen über die wachsende Polarisierung des Meinungsbilds zu Europa in den umliegenden Staaten nach Liechtenstein importiert werden.[58] Die Frage nach Art und Umfang der Delegation nationalstaatlicher Kompetenzen an EFTA- und EU-Institutionen könnte deshalb künftig auch in Liechtenstein stärker mobilisieren.

Das dritte Szenario ist an den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU geknüpft. Dieser hat das Potenzial, die europäische Integrationsdynamik grundlegend zu ändern und damit auch bestehende Pfadabhängigkeiten, wie wir sie beispielsweise im EWR kennen, aufzubrechen. Unabhängig davon, auf welches Modell sich die EU und das Vereinigte Königreich zur Gestaltung ihrer künftigen Beziehungen einigen werden, ist davon auszugehen, dass die Beziehungen der EU zu Nicht-Mitgliedstaaten innerhalb der EU stärker politisiert werden. Der EWR galt in diesem Zusammenhang bislang stets als ein vorbildliches Modell. Es ist zu hoffen, dass die EWR/EFTA-Staaten auch künftig als Benchmark für erfolgreiche Assoziationsbeziehungen gelten. Der Vorbildcharakter des EWR hat nämlich sicher dazu geführt, dass die EU über das eine oder andere Funktionsdefizit im EWR hinwegsieht. Inwieweit dies auch künftig möglich sein wird, hängt stark davon ab, wie sehr sich die EWR/EFTA-Staaten für das gute Funktionieren des EWR-Abkommens einsetzen. Dazu zählt nicht nur der politische Dialog mit der EU, sondern auch das Schaffen effizienter Rahmenbedingungen auf nationaler Ebene.

Das vierte Szenario geht davon aus, dass im Falle einer Einigung zwischen der Schweiz und der EU auf ein institutionelles Abkommen ebenso wie im Falle einer Einigung zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU ein verstärkter Wettbewerb zwischen den verschiedenen Modellen externer Differenzierung entsteht. Die hohe Unterstützung des EWR in den EWR/EFTA-Staaten liess sich bislang stets damit begründen, dass keine glaubhaften Alternativen zum EWR bestehen. Im Zuge des Austritts des Vereinigten Königreichs haben in Norwegen und Island aber bereits erste politische Gruppen eine Überprüfung von Alternativen zum EWR gefordert. Ähnliches könnte im Falle einer Einigung zwischen der Schweiz und der EU in Liechtenstein geschehen, insbesondere da hier ein Modell geschaffen würde, das einen gesicherten Zugang zum EU-Binnenmarkt ermöglicht, ohne jedoch einen mit dem EWR und der EU vergleichbaren Überwachungsmechanismus zu folgern.

Alle vier Szenarien sind in irgendeiner Form mit der hier präsentierten Auseinandersetzung über den Souveränitätsbegriff verknüpft. Narrative wie jenes des EWR als Souveränitätsgewinn sind deshalb auch in Zukunft wichtig für eine erfolgreiche Europapolitik Liechtensteins. Gemäss Miskimmon «überbrücken, erleichtern und ermöglichen [Narrative] den politischen Wandel. Sie können zwischen politischen Differenzen vermitteln und Ereignissen eine kollektive Bedeutung beimessen.»[59] Angesichts der zunehmenden Ausdifferenzierung der unterschiedlichen Entscheidungsmechanismen im EWR, der starken Homogenitätsverpflichtung sowie generell der anstehenden Herausforderungen in Europa sollte sich ein zukunftsgerichtetes Narrativ der liechtensteinischen Europapolitik nicht nur an den unmittelbaren wirtschaftlichen und staatspolitischen Interessen Liechtensteins orientieren. Vielmehr sollte es stets die Balance zwischen innenpolitischen, europäischen und internationalen Anforderungen anstreben. Nur so lässt sich auch künftig flexibel und effizient auf unterschiedliche Herausforderungen reagieren.

---

[57] *Merkel*, Kosmopolitismus versus Kommunitarismus: Ein neuer Konflikt in der Demokratie in *Harfst/Kubbe/ Poguntke* (Hrsg.), Parties, Governments and Elites. The Comparative Study of Democracy (2017).

[58] *Frommelt*, Populismus in Liechtenstein – Ein reales Problem? Foliensatz (2019).

[59] Fn 2. Für eine kritische Betrachtung von Narrativen: *Die Welt,* Minz und Kunz schwafeln heutzutage vom «Narrativ», 13.11.2016.

25 years after Liechtenstein saved the EFTA Court: the case for reform

Professor Dr. Dr. Halvard Haukeland Fredriksen, University of Bergen

1. Introduction

Liechtenstein's 25 years anniversary as a member of the European Economic Area (EEA) is an opportunity both to recall how Liechtenstein's accession on 1 May 1995 essentially saved the EFTA Court, and to discuss the current need for reforms of the Court and the procedural framework within which it operates if the success of the EEA is to be extended to the next 25 years.[1]

2. 1995: Liechtenstein as the saviour of the EFTA Court

When Austria, Finland and Sweden became members of the European Union on 1 January 1995, only Iceland and Norway were left in the EFTA-pillar of the EEA. The three key EEA/EFTA institutions in the architecture of the EEA – the Standing Committee of the EFTA States (with the EEA section of the EFTA Secretariat), the EFTA Surveillance Authority (ESA) and the EFTA Court – were originally planned to serve an EFTA-pillar of seven states. The Swiss "no" to the EEA Agreement in 1992, and the resulting uncertainty as to Liechtenstein's participation in the EEA, was a considerable blow to the EFTA-pillar, but not one that threatened the whole set-up. An EFTA Court with seven judges would have been even better than the five-member court that was inaugurated on 1 January 1994, but no one questioned the ability of the EFTA Court to function with five judges. This was very different with the departure of Austria, Finland and Sweden only twelve months later, as it left the EFTA-pillar with only two members and, consequently, the EFTA Court with only two judges.[2]

The pragmatic provisional solution found by Iceland and Norway, pending a much-hoped for Liechtenstein accession to the EFTA-pillar of the EEA, was to entrust the remaining Icelandic and Norwegian judge with the task to elect a third judge, on a case by case basis, from a list established by common accord by the Icelandic and Norwegian government.[3] The sustainability of this solution, not least with regard to the EU's trust in the judicial set-up of the EEA Agreement post 1995, was very much in doubt. This was particularly so because the list of ad hoc judges agreed by Iceland and Norway included Icelandic and Norwegian citizens only, thus guaranteeing an all Icelandic-Norwegian court to deal with any disputes concerning Iceland's and Norway's fulfilment of their EEA law obligations. If the two regular judges could not agree, the ad hoc judge was to be chosen from the list by lot, with the inherent risk of a politically sensitive case against e.g. Norway being decided by a court with a majority of Norwegian members, or *vice versa* concerning Iceland. As the EEA Agreement's objective to integrate the EEA/EFTA States into the EU's internal market rests on the Court of Justice of the EU (CJEU) being willing to interpret EEA law in line with its own interpretation of corresponding provisions of EU law, it was clear from the very beginning that the EFTA Court's ability to gain the trust of the CJEU was a *sine qua non* for the success of the EEA Agreement.[4]

If an all Icelandic-Norwegian EFTA Court could have convinced the CJEU of the merit of the EEA in the same way as the Icelandic-Liechtenstein-Norwegian EFTA Court eventually did, we will never know. Much to the relief of the governments of Iceland and Norway, the Liechtenstein electorate confirmed its will to participate in the EEA also without Switzerland in a referendum on 9 April of 1995, thus allowing for the entry into force of the EEA Agreement for Liechtenstein on 1 May that year. Fortunately, no case happened to be brought before the EFTA Court in the first four months of 1995, so that the provisional solution was never put to the test. The rest, as far as the first 25 years of the EEA is concerned, is a by now well documented history. The EFTA Court demonstrated its commitment to a homogeneous EEA by rejecting pleas from the EEA/EFTA States for EEA-specific ("State-friendly") exceptions from the CJEU's interpretation of corresponding provisions of EU law on numerous occasions, and strengthened the enforcement of EEA law at the national level through EEA-versions of the EU law principles of State liability for breaches of EU law and the principle of EU-conform interpretation of national law.[5] The CJEU responded in kind by shelving the initial scepticism towards the EEA voiced in its Opinions 1/91 *EEA I* and 1/92 *EEA II*, opting instead for an interpretation of the EEA Agreement which essentially puts citizens and

---

[1] Some of the proposals in this paper was originally presented in the speech "The EEA 25 Years On: Resting on the laurels or facilitating mutual trust and dynamic homogeneity also in future?", Joint ESA and EFTA Court celebratory conference, Brussels 14 June 2019, but they have since been honed as a result of constructive critique from several colleagues.

[2] The same considerations applied, and still applies, to the number of college members of the EFTA Surveillance Authority, but that is outside the scope of this contribution. As to the Standing Committee of the EFTA States, and thus the EFTA Secretariat, the number of EEA/EFTA states was less of a concern as long as the remaining states would continue to provide the secretariat with sufficient resources. However, the Standing Committee has in recent years been entrusted by the EU-side with certain administrative tasks that it will not be able to fulfil with less than three member states, see further Halvard Haukeland Fredriksen and Johanna Jonsdottir, Comments on Art 3 of the Standing Committee Agreement in Finn Arnesen et.al. (eds.), *The Agreement on the European Economic Area – a Commentary*, 2018.

[3] Article 12 of the Agreement between Iceland and Norway Adjusting Certain Agreements Between the EFTA States, 29 December 1994. The text of the agreement is reproduced in Annex II of the Report of the EFTA Court 1 January 1994 – 30 June 1995.

[4] See, e.g., Carl Baudenbacher, *The EFTA Court in Action*, German Law Publishers (2010), as well as numerous other books and articles by the same author, who served as the EFTA Court judge nominated by Liechtenstein for almost 23 years, 15 of which as the Court's president, and who better than most understood the importance to the EEA of the EFTA Court's standing in the eyes of the CJEU.

[5] See, e.g., Halvard Haukeland Fredriksen, "The EFTA Court 15 Years On", *International and Comparative Law Quarterly* 59 (2010), pp. 731–760.

economic operators from the EEA/EFTA States on the same footing as their EU counterparts.[6]

Liechtenstein's contribution to this success story is by no means limited to just providing the EFTA Court with a third regular judge. Given the many similarities between the legal culture of Iceland and Norway, and the considerable distance of both countries, both geographically and otherwise, from continental Europe, the inclusion of a continental, monist, German-speaking legal system with close ties to both Austrian and Swiss legal culture, brought much-needed perspectives and diversity to the EFTA-pillar of the EEA. This effect was strengthened further by the multinational character of the Liechtenstein cabinet of the EFTA Court, in contrast to its all-Icelandic and all-Norwegian counterparts. In short, without Liechtenstein's accession to the EEA, it would have been much harder for the EFTA Court to acquire and demonstrate the required command of the multicultural (but nevertheless predominantly continental) "melting-pot" methodology of the CJEU – with its emphasis on the need to compare different language versions of the *acquis communautaire*; its operationalization of the constitutional traditions common to the member states; its deduction of (in the eyes of Nordic lawyers) rather lofty general principles and its federalist approach to the relationship between EU law and the national legal orders of the member states, including a much more thorough review of decisions made by national legislators and administrative authorities than what Icelandic and Norwegian lawyers were accustomed to anno 1995. An all Icelandic-Norwegian EFTA Court would also have struggled even more than the EFTA Court indeed did for quite some time to convince the national courts of its superior expertise in EEA law, and thus the merit of the possibility to ask the EFTA Court for advisory opinions on the interpretation of EEA law.

Of importance is also the continuity provided by the fact that Liechtenstein nominated the same judge, the Swiss law professor Carl Baudenbacher, for no less than four consecutive six-year terms, reportedly also in the face of opposition from the other EEA/EFTA States.[7] Liechtenstein's firm stance allowed Mr. Baudenbacher to serve almost 23 years on the court before he stepped down in 2018. The continuity was further strengthened by the fact that his fellow judges elected him as president of the EFTA Court for five consecutive three-year terms (2003–2017). The close ties between the EFTA Court and the EU courts that this allowed for, undoubtedly contributed to higher awareness in the EU courts about both the EEA Agreement in general and the EFTA Court in particular.[8]

For all of these reasons, it seems justified to suggest that Liechtenstein saved the EFTA Court, and with it perhaps the entire EEA Agreement, when it became a member of the EEA on 1 May 1995.

3. 2020: the case for a reform of the EFTA Court and the procedural framework within which it operates

3.1 Introduction

The remarkable stability of the judicial architecture of the EEA in the 25 years after Liechtenstein's accession may be interpreted as proof that everything is just fine, and that no action is needed to prepare the EFTA Court for the next 25 years. However, resting on one's laurels is never a good strategy, and particularly not in a situation where developments within the EEA, within the EU and in the EU's relationship to other non-members all pose challenges to the two-pillar structure in general, and the EFTA Court in particular.

3.2 Less room for pragmatism due to developments in EU-UK and EU-Switzerland relations

Starting with the latter category, developments in both EU-UK and EU-Switzerland relations could spill over onto the EU's (and in particular the CJEU's) assessment of the judicial architecture of the EEA. A common feature of the Agreement on the withdrawal of the UK from the EU,[9] the political declaration setting out the framework for the future relationship between the EU and the UK[10] and the proposal for an Institutional Framework Agreement between the EU and Switzerland[11] is a firm and principled approach to matters of dispute settlement. In contrast, the EEA comes across as more pragmatic and trust-based, with the EU essentially counting on the EFTA Court to fill the void left by the stillborn EEA Court, thereby pre-empting the need for a legally binding dispute

---

[6] See Fredriksen, op.cit., pp. 750 ff. The "same footing" remark stems from the more recent judgment in Case C-81/13 *UK v Council*, ECLI:EU:C:2014:2449, para. 59.

[7] According to Baudenbacher, *The EFTA Court in Action* (2010), p. 8.

[8] As acknowledged, e.g., in the editors' preface of Arnesen et al (eds.), *The EEA Agreement – a Commentary*: "[T]he EFTA Court and its long-serving President Carl Baudenbacher has initiated and published a number of important contributions, culminating in the Court's 20th anniversary *Festschrift* 'The EEA and the EFTA Court – Decentred Integration' (2014) and Baudenbacher (ed.), 'The Handbook of EEA Law' (2016). A notable achievement with the publications originating in and around the EFTA Court is the ability to engage leading commentators from the EU-pillar of the EEA, including Judges and Advocates General from the EU courts. In this way, the EFTA Court has managed to keep alive a debate about EEA law that makes sure that key actors in the EU-pillar remain aware of the existence and peculiarities of EEA law".

[9] Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community (OJ L 29, 31.1.2020).

[10] Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom (OJ C 34, 31.1.2020).

[11] Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union Européenne et la Confédération Suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe, 23 November 2018.

resolution mechanism for cross-pillar disputes between the EU-side and one or more EEA/EFTA States. A particularly striking example is the *Icesave* case, where the EFTA Court was essentially asked by the EFTA Surveillance Authority to settle an EEA-law based dispute between two EU member states (the Netherlands and the UK) and Iceland, and with the EU-side accepting the judgment in favour of Iceland as settling the matter even though legally not bound to do so.[12] This trust in the EFTA Court is the reason why the EU so far has accepted references to the weak dispute resolution mechanism found in Article 111 EEA in the increasing number of cases where the continued success of the EEA is dependent on the EEA/EFTA States being affiliated to the growing number of EEA-relevant EU agencies.[13] However, in a situation where both the UK and Switzerland can be expected to want affiliation to at least some of these agencies, questions of the merit of the pragmatic solutions may arise. In order to avoid potential spill-over onto the question of effective cross-pillar dispute resolution in the EEA in general, the EEA/EFTA States might want to single out and deal with the specific problems caused by their affiliation to the EU agencies (see section 4.4 below).

3.3 Less room for pragmatism due to the rule of law crisis in Poland

Secondly, internal challenges within the EU concerning the rule of law in certain member states may also limit the room for trust-based pragmatism in the EEA. Not because of developments in any of the EEA/EFTA States, but because of spill-over effects from the CJEU's firm and principled approach in the cases concerning the rule of law-crisis in Poland. Through the grand chamber judgments in Case C-619/18 *European Commission v Poland*[14] and Joined Cases C585/18, C624/18 and C625/18 *A.K. and Others*[15] the CJEU has made it very clear that the EU member states' competence to organize their judiciary is limited by the EU's adherence to the rule of law, as enshrined in Article 2 TEU and concretized in Article 19(2) TEU and Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights. To the EEA/EFTA States, it may be a matter of some concern that *none of these provisions* are mirrored in the EEA Agreement. The EEA/EFTA States can point to the fact that the EFTA Court has stated very clearly that the principle of effective judicial protection is a general principle of EEA law[16], but the CJEU may nevertheless follow the European Court of Human Rights' recent assessment that this is not sufficient to remedy the fact that the EEA Agreement does not include the EU Charter of Fundamental Rights, "or any reference whatsoever to other legal instruments having the same effect".[17]

Furthermore, in the abovementioned Case C-619/18, the CJEU stressed that "the European Union is a union based on the rule of law in which individuals have *the right to challenge before the courts the legality of any decision or other national measure concerning the application to them of an EU act*".[18] In the EFTA-pillar of the EEA, however, the EFTA Court has not been given jurisdiction to assess the legality of the decisions of the EEA Joint Committee, neither in direct actions nor by way of preliminary references from national courts who might wonder if the EU legal act they are asked to apply, is valid *as a matter of EU law*.[19] To a certain extent, as suggested by the EFTA Court in Case E-6/01 *CIBA*, this flaw in the judicial protection under the EFTA-pillar may be remedied by "interpreting away" an EEA norm which the EU courts, in the setting of EU law, would declare null and void.[20] Still, there are limits as to how far one can get by way of interpretation, and the underlying assumption that the validity of an EU legal act *qua EU law* is a premise for the validity of the Joint Committee's decision to incorporate it into the EEA Agreement is controversial.[21] In any event, the lack of any provision in the EEA Agreement or the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice (Surveillance and Court Agreement; SCA) to support judicial review of the decisions of the EEA Joint Committee may make it hard to convince the CJEU that the judicial protection offered in the EFTA-pillar is indeed equivalent to the protection guaranteed within the EU.

Once again, this problem is accentuated by recent developments in the EU's administration of the internal market. The Commission's powers to enact so-called delegated or implementing acts[22] are constantly growing, in ever more fields of the internal market. As the main rule, such acts only become effective in the EEA once they have been adopted by the EEA Joint Committee, and their validity as a matter of EEA law is then based on the decision of the Joint Committee. If an affected individual or economic operator in the EFTA-pillar of the EEA wants to challenge the legality *as a matter of EU law* of such an act, citing the CJEU's abovementioned finding

---

[12] Case E-16/11 *EFTA Surveillance Authority v Iceland ("Icesave")*, [2013] EFTA Ct. Rep. 4.

[13] See, e.g., the decisions of the EEA Joint Committee No 199/2016 of 30September 2016 (European Banking Authority); No 93/2017 of 5 May 2017 (Agency for the Cooperation of Energy Regulators) and No 154/2018 of 6 July 2018 (EU Data Protection Board).

[14] Case C-619/18 *European Commission v Poland (Independence of the Supreme Court)*, ECLI:EU:C:2019:531.

[15] Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18 *A.K. and Others (Independence of the Disciplinary Chamber of the Polish Supreme Court)*, ECLI:EU:C:2019:982.

[16] E.g. Case E-15/10 *Posten Norge* [2012] EFTA Ct. Rep. 246, para 86.

[17] Judgment of 5 November 2019 in the case of *Konkurrenten.no AS v. Norway* (Application no. 47341/15), para. 43. The context was an *obiter dictum* concerning the application to the EEA/EFTA States of the ECtHR's so-called *Boshporus* presumption of conformity with the ECHR in cases where an EU member state does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the EU. According to the second section of the ECtHR, "the basis for the presumption established by *Bosphorus* is in principle lacking when it comes to the implementation of EEA law at domestic level within the framework of the EEA Agreement, due to the specificities of the governing treaties, compared to those of the European Union".

[18] Case C-619/18, para. 46.

[19] See Articles 36 and 34 SCA, respectively.

[20] Case E-6/01, *CIBA* [2002] EFTA Ct. Rep. 282.

[21] See further Halvard Haukeland Fredriksen and Christian N.K. Franklin, "Of pragmatism and principles: The EEA Agreement 20 years on", *Common Market Law Review* 52 (2015), pp. 629–684, on p. 682.

[22] Articles 290 and 291 TFEU.

in Case C-619/18, the EFTA Court's lack of jurisdiction to review the decisions of the EEA Joint Committee will be exposed. Furthermore, there is nothing the EEA/EFTA States can do to prevent an affected individual or economic operator to pursue this question before the EU Courts, e.g. as a reason to challenge the legality of the EU's decision to take part in the relevant decision of the EEA Joint Committee. Whilst it is true that the CJEU rejected one such an attempt almost 15 years ago in Case C-368/05 P *Polyelectrolyte Producers Group*, postulating that effective judicial protection would be offered by Norwegian courts,[23] the CJEU did not really analyse the ability of Norwegian courts to rule on the legality of a decision of the EEA Joint Committee, neither generally nor with regards to alleged underlying violations of EU law.[24] In light of subsequent developments of EU law, including the enactment of Article 19(2) TEU and the CJEU's emphasis of the right of individuals to challenge before the courts the legality of any decision or other national measure concerning the application to them of an EU act, the EEA/EFTA States should take for granted that the pragmatic approach adopted in *Polyelectrolyte Producers Group* will still be considered good law.

A recent example of how spill-over from the CJEU's firmer approach to the rule of law affects established caselaw, is the Grand Chamber judgment in Case C-274/14 *Banco de Santander*.[25] As a result of the CJEU linking the rule of law-based requirements of the independence of the national courts with the question of which bodies that qualifies as a 'court or tribunal' eligible to request a preliminary ruling from the CJEU under Article 267 TFEU, the Grand Chamber felt obliged to limit the access to the preliminary rulings procedure. The judgment may well be criticised for failing to explain why the requirements to the independence of the judicial bodies responsible for applying EU law at the national level needs to be the same in these very different contexts,[26] but for present purposes this only enforces the view that the CJEU's firmer approach to the rule of law will spill-over to related questions. The EEA/EFTA States should not take for granted that this will not also affect the CJEU's assessment of the judicial protection required in the EFTA-pillar of the EEA.

3.4 The ever-growing complexity of the EU's regulation of the internal market

Finally, at a more general level, the last 25 years have seen a steady increase in the volume and complexity of the EU's regulation of the internal market, and hence also of EEA law. As a natural reaction, a certain amount of specialization is emerging also within the EU courts – in particular within the General Court with its now 54 judges and among the CJEU's now 11 Advocates General. Even if the EFTA Court could never compete with the EU courts as regards the number of judges and assistants, the differences have become particularly stark since the enlargement of the General Court in 2015–2019. Between them, the two EU courts now have 81 judges and 11 Advocates General, each with their own cabinets with 3-4 legal secretaries, and backed up by a Research and Documentation Directorate (with a team of around 35 lawyers – covering in principle all the Member States' legal systems), a library of considerable size, a Terminological Coordination Unit, and a vast number of lawyer-linguists.[27] The EFTA Court's three judges and six legal secretaries hardly compare.

The challenge that the growing complexity and specialization of EEA law entails for the EFTA Court, is accentuated by the fact that it is met by increasing specialization at the national level. As a result, complex matters of competition law, tax law, intellectual property law, financial markets law, public procurement law etc. are pleaded by lawyers specializing in the relevant field of law, often before equally specialised courts or tribunals, or at least before national judges with considerably more insight into EEA law than what was the case in the EFTA Court's first years of existence. As a result, the questions referred to the EFTA Court under Article 34 SCA have become more complex,[28] whilst at the same time the expectations from those asking them have become higher. Thus, the task of the EFTA Court is becoming increasingly herculean.

4. What a reform might want to include

4.1 Introduction

Turning to the details, and leaving aside suggestions that would require changes to the Main Part of the EEA Agreement, the following are the most important matters that a reform of the EFTA Court and the procedural framework within which it operates, might include.

---

[23] Case C-368/05 P *Polyelectrolyte Producers Group*, ECLI:EU:C:2006:771.

[24] The matter was pursued before Norwegian courts, but never put to the test as the EFTA Court, upon a request from the Oslo City Court, held the decision of the EEA Joint Committee to be within the committee's competences (Case E-6/01 *CIBA*), which again caused the plaintiffs to withdraw the action.

[25] Case C-274/14 *Banco de Santander,* ECLI:EU:C:2020:17.

[26] The objects and purposes of the preliminary ruling procedure – to ensure correct application of EU law at the national level in all fields of EU law and to facilitate for unclear questions of EU law to be brought before the CJEU, including questions that in many member states are dealt with almost exclusively by various kinds of complaints boards that might not live up to the standard of independence now required by the CJEU – suggest that the notion 'court or tribunal' in Article 267 TFEU ought to be interpreted rather generously. As long as any case involving EU-based rights can, if need be, eventually be brought before a court that lives up to the requirements of Articles 2 and 19 TEU and Article 47 of the Charter of Fundamental Rights, it is not a rule of law problem if also other judicial bodies have access to the CJEU by way of preliminary references, rather to the contrary.

[27] Source: the CJEU's homepage www.curia.europa.eu.

[28] Fairly recent examples include Cases E-3/13 *Olsen* [2014] EFTA Ct. Rep. 400 (referral from the Norwegian Tax Appeals Board for the Central Tax Office for Large Enterprises); Case E-27/15 *B* [2016] EFTA Ct. Rep. 740 (referral from Liechtenstein's Beschwerdekommission der Finanzmarktaufsicht); Case E-5/16 *Oslo kommune* [2017] EFTA Ct. Rep. 52 (referral from the Norwegian Board of Appeal for Industrial Property Rights); Case E-7/19, *Tak – Malbik* (referral from the Icelandic Public Procurement Complaints Committee) (pending).

4.2 Confirming adherence to fundamental rights and the rule of law

Inspired by Articles 2, 6 and 19 of the EU Treaty and Article 47 of the Charter of Fundamental Rights, the EEA/EFTA States could propose an amendment to Protocol 1 of the EEA Agreement in order to confirm their adherence to fundamental rights and the rule of law, thereby establishing a firm textual basis for the EFTA Court's approach to fundamental rights, including the right to effective judicial protection, as general principles of EEA law. Admittedly, the EFTA Court must be presumed to continue to protect the fundamental rights of individuals and economic operators also without any such amendment, but the added value of a firm legal basis, in particular in the eyes of the ECtHR and the CJEU, should not be underestimated.

The amendment could read as follows:

The European Economic Area is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Contracting Parties in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.

Fundamental rights, as guaranteed by the Charter of Fundamental Rights of the European Union and by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Contracting Parties, shall constitute general principles of EEA law.

The Charter of Fundamental Rights is not adapted for the purposes of the Agreement. It is relevant to the extent necessary for the proper interpretation and application of the Agreement, with a view to maintain a homogeneous European Economic Area with equal protection of fundamental rights.

The Contracting Parties shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by EEA law.

If, for some reason, the EU-side should not agree to such an amendment to Protocol 1 EEA, the EEA/EFTA States could instead amend the Surveillance and Court Agreement accordingly. But it would be preferable to include this in the EEA Agreement as such, and it is very difficult to see why the EU would not agree to this.

4.3 Extending the EFTA Court

Turning to the EFTA Court as such, both the abovementioned specialization of EEA law and vulnerability to absences (due to illnesses, recusals etc.) that is inherent in a bench of only three[29], suggest that the court ought to be extended to, at least, its original size of five judges. A lighter version of such a reform was actually suggested by the EFTA Court itself in 2011, when the Court advocated for the possibility to add two ad hoc judges to the bench in important cases.[30] However, a more robust (but of course also costlier) solution would be to add two permanent judges. This is particularly so if the new judges are recruited from the EU-pillar of the EEA, as they will then be able to bring to the EFTA Court perspectives on EU/EEA law not already present within the institution. This would presumably also strengthen the EFTA Court's standing in the eyes of the EU, in particular if the EEA/EFTA States were to appoint renowned former judges or advocates general from the CJEU. It may also strengthen the understanding in the EEA/EFTA States that the EFTA Court has expertise in EU/EEA law that national courts or tribunals cannot match, which again may lead to more requests for advisory opinions.

As part of such an enlargement of the EFTA Court, the EEA/EFTA States should also establish an independent panel to give an opinion on the suitability of potential appointees, based on the template of the panel established in the EU by the Lisbon Treaty (Article 255 TFEU). There is no reason to believe that such a panel would have given a negative opinion on any of the judges so far appointed to the EFTA Court, nor that the EEA/EFTA States have any intention to nominate someone who would suffer such a fate in future. It may then of course be argued that there is no need for such a panel, but this argument fails to acknowledge the added value to the standing of the EFTA Court. The panel should cooperate with the EU's so-called Article 255-panel, preferably also by including some of the members of the latter. This will both help keep the costs down and assure its credibility.

4.4 Institutionalized cooperation with the CJEU

Even though an increase from three to five judges will help, it will remain impossible for the EFTA Court to match the manpower and resources of the EU courts. To add a lone Advocate General to the EFTA Court, as suggested by the EFTA Court itself in 2011[31], is hardly a solution in a situation of emerging specialisation among the now 11 Advocates General of the CJEU. A better approach would be to establish closer cooperation with the CJEU, with a view to a pooling of the resources available to support the judges.

A first element in such cooperation should be the CJEU's Research and Documentation Directorate. As long as the EEA/EFTA States are prepared to shoulder a fair share of the costs, thus enabling the Research and Documentation Directorate to offer even better support also to the CJEU's own judges and advocates general in future,

---

[29] As demonstrated by the recent "Fosen-Linjen-saga", where the bench had to be completed by an ad hoc judge both in the first and the second round, and where one ultimately ended up in a situation where *none* of the three judges who sat in *Fosen-Linjen I* took part in *Fosen-Linjen II* (Case E-16/16 and E-7/18, respectively).

[30] See 'An Extended EFTA Court? The EFTA Court proposes amendments to the SCA', Press Release 11/11, 8 December 2011. For unknown reasons, the proposal is no longer available at the EFTA Court's homepage (www.eftacourt.int), but if may be obtained from the Court upon request to the Registrar. The decision to submit a case to the Extended Court was to be taken by the regular judges based on their assessment of the importance of each case. The two ad hoc judges were to be chosen randomly from a pool of nine (up from today's list of six). However, two ad hoc judges from the same EFTA State should not take part in the disposal of a case if ad hoc judges from other EFTA States were available.

[31] See 'An Extended EFTA Court? The EFTA Court proposes amendments to the SCA', Press Release 11/11, 8 December 2011.

there seems to be no reason why CJEU should deny the EFTA Court access to this resource. A Research and Documentation Directorate with lawyers with in-depth knowledge of the legal systems of Iceland, Liechtenstein, and Norway (and of the specifics of EEA law) would also benefit the CJEU itself in cases related to the EEA Agreement or any of the other agreements between the EU and one or more of the EEA/EFTA States, and indirectly also the EEA/EFTA States.

Another, admittedly more challenging but also potentially even more rewarding, proposal is for the EFTA Court to get access to the CJEU's pool of Advocates General. An opinion from an Advocate General will not bind the EFTA Court, and will therefore be problematic neither to the independence of the EFTA Court nor to the sovereignty of the EEA/EFTA States. As EU/EEA law becomes ever more specialized, input from an Advocate General with expert knowledge in just the relevant field of EU/EEA law would be very helpful for the EFTA Court. As long as the EEA/EFTA States are prepared to contribute to the CJEU's budget, e.g. by financing the costs of one of the court's Advocates Generals, there is no obvious reason why the CJEU should refuse to assist the EFTA Court in this way.[32]

4.5 Allowing for *Foto Frost* referrals from the EFTA Court to the CJEU

Furthermore, in light of the shortcomings of the judicial protection offered in the EFTA-pillar in cases where the decisive question is whether an EU legal act is valid *qua EU law* (see section 3 above), the EEA/EFTA States should introduce the possibility for the EFTA Court to ask the CJEU to rule on this specific question.[33] As long as this possibility is limited to questions of validity of EU legal acts *as a matter of EU law*, such a preliminary reference procedure should be acceptable to both the EEA/EFTA States and the EFTA Court – it will still be for the EFTA Court to rule on the consequences in the EFTA pillar of the EEA of an answer from the CJEU which either invalidates or upholds the EU legal act in question. Furthermore, following the logic behind the *Foto Frost* doctrine[34], a referral should only be made in cases where the EFTA Court is inclined to regard an EU legal act as invalid. It should be exclusively for the EFTA Court to decide if the assistance of the CJEU is called for.

Such a reform would fit well with the current trend towards more formalised forms of judicial dialogue,[35] and is better tailored to the specificities and current functioning of the EEA than the alternatives – direct referrals from the national courts of the EFTA States to the CJEU, or referrals from the EFTA Court to the European Court of Human Rights (ECtHR).[36] Importantly, it should not be viewed as any depreciation of the EFTA Court but rather as a reform elevating it to the status of a formal dialogue partner of the CJEU. In addition to remedying a flaw in the judicial protection offered in the EFTA-pillar of the EEA, it might also increase the number of preliminary references from national courts to the EFTA Court, and possibly even pre-empt the difficulties which might conceivably arise in the event that Protocol 16 ECHR were to be ratified and utilized by the EFTA States.[37]

It can be accomplished by the EEA/EFTA States unilaterally by operationalizing Article 107 and Protocol 34 EEA as follows:

Where a question concerning the validity of an act of an institution, body, office or agency of the European Union arises in a case pending before the EFTA Court, that court, as a court common to the EFTA States, may, if it considers this necessary, request the Court of Justice of the EU to decide thereon.

The Court of Justice of the EU shall only have jurisdiction the give preliminary ruling on the act's validity as a matter of EU law, leaving it to the EFTA Court to draw the EEA law consequences thereof.

A draft decision of an institution, body, office or agency of the European Union addressed to the EFTA Sur-

---

[32] The CJEU's (not very convincing) view in Opinion 1/91 *EEA I* that it would be "difficult, if not impossible" (para. 52) for CJEU judges to tackle questions of EU law "with completely open minds" if they had already taken part in determining the same questions in an EEA law setting as members of the originally agreed EEA Court, cannot reasonably by extended to include the CJEU's Advocates Generals.

[33] See on this Fredriksen and Franklin, "Of pragmatism and principles: The EEA Agreement 20 years on", *Common Market Law Review* 52 (2015), pp. 629–684, on p. 683 f.

[34] Case 314/85 *Foto Frost*, ECLI:EU:C:1987:452, where the CJEU held that a national court that considers an EU legal act invalid, has to refer the matter to the CJEU by way of a preliminary reference.

[35] See the new preliminary reference procedures under Protocol 16 ECHR (referrals to the ECtHR from the highest courts and tribunals of the States party to the ECHR) and Article 21 of the Agreement on a Unified Patent Court (referrals to the CJEU) as well as the proposed 'prior involvement procedure' under Article 3(6) of the Treaty on the Accession of the EU to the ECHR (referrals from the ECtHR to the CJEU). The fate of the latter procedure is of course highly uncertain after the CJEU's Opinion 2/13, *ECHR*, but this does not change the fact that formalized forms of judicial dialogue appears to be on the rise.

[36] Article 107 EEA gives the EFTA States the possibility to allow their courts to send preliminary questions to the CJEU, but the result would be binding decisions on the interpretation of *EEA rules* (as opposed to matters of *EU law* only, as suggested here) and the EFTA States have made very clear that such an exception from the two-pillar structure is off the table. As to preliminary references from the EFTA Court to the ECtHR, based on the new Protocol 16 ECHR, see. Kokott and Dittert, "European Courts in Dialogue", in: EFTA Court (ed.), The EEA and the EFTA-Court-Decentred Integration, Hart Publishing 2015. However, direct involvement of the ECtHR would be rather alien to the already complex judicial architecture of the EEA and could, in particular in the light of the ECJ's assessment of this protocol in its Opinion 2/13, further complicate the relationship between the EFTA Court and the ECJ. In any event, it will only be of help in situations where the validity of an EU legal act is related to fundamental rights protected by the ECHR.

[37] In the light of the ECJ's very critical assessment of this protocol in its Opinion 2/13 ECHR, ECLI:EU:C:2014.2454 it will certainly be interesting to see if the EFTA States will ratify it and thus open up for indirect review of EU legal acts via the EEA Agreement and the highest courts of the EFTA States.

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

4.6 Introducing an obligation to engage with the EFTA Court

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

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

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

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

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

5. Conclusion

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

[38] See further Halvard Haukeland Fredriksen, «Judicial dialogue in the EFTA pillar of the EEA – developments and challenges», EftaStudies.org., 4 November 2019.

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

Georges Baur

I. Einführung

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

Sehr viel wurde auch zur unmittelbaren Wirkung und zum Vorrang hinsichtlich der Anwendung dieser Prinzipien im Rahmen des EWR-Abkommens (EWRA) geschrieben. Dies hat nicht zuletzt damit zu tun, dass es sich dabei um Prinzipien des EU-Rechts handelt, welche einerseits zur Sicherung der Homogenität im EWR notwendig sind, andererseits mit dem besonderen Charakter des EWR und seiner Zwitterstellung zwischen Völker- und Europarecht schwierig zu vereinbaren sind. Da das EWRA darauf beruht, dass von keiner Vertragspartei[4] verlangt wird, «einem Organ des Europäischen Wirtschaftsraums Gesetzgebungsbefugnisse zu übertragen»,[5] gibt es auch keine EWR-weite Festlegung auf den der EU-Rechtsordnung inhärenten Monismus,[6] welcher Voraussetzung für eine unmittelbare Wirkung bzw. den Vorrang von EU-Recht ist. Dies erschwert die homogene Rechtsetzung und -anwendung auf nationaler Ebene zusätzlich, da Liechtenstein der monistischen Völkerrechtstheorie folgt, während Island und Norwegen sog. dualistische Staaten sind. [7]

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

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

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

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

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

[5] EWRA, Präambel zu Protokoll 35.

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

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

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

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

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

Nachstehend sollen die Prinzipien unmittelbare Wirkung und Vorrang, wie sie vom EuGH entwickelt wurden, kurz dargestellt werden (II.). Dabei werden die beiden Prinzipien aus Gründen der Transparenz separat dargestellt, obwohl sie eng verbunden sind und sich zum Teil gegenseitig bedingen können.[14] Dann soll auf die über ein Vierteljahrhundert dauernde Diskussion darüber eingegangen werden, wie die Prinzipien «Keine Abgabe von Souveränitätsrechten» einerseits und «unmittelbare Wirkung und Vorrang» andererseits zu gewichten seien (III.). Dabei ist nochmal an die in der Präambel festgehaltenen Leitgedanken zu erinnern, welche für die Gewichtung der zuvor genannten gegensätzlichen Prinzipien wesentlich sind. Zum Abschluss wird der Stand der Dinge zusammengefasst und ein kurzer Ausblick gewagt (IV.).

II. Unmittelbare Wirkung und Vorrang in der EU…

1. Unmittelbare Wirkung

a. Allgemein

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

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

b. Arten unmittelbarer Wirkung

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

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

---

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

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

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

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

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

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

[14] Siehe zum Verhältnis von unmittebarer Wirkung und Vorrang *Kruis* 115 ff.

[15] Fn. 2.

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

[17] Fn. 2

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

c. Welche Rechtsakte verleihen unmittelbare Wirkung?

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

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

Im Falle von Richtlinien ist die Rechtslage etwas komplizierter. In der Rs. *Grad* gegen Finanzamt Traunstein[21], in der es um eine Mehrwertsteuersache ging, entschied der EuGH, dass eine Richtlinie unmittelbar wirksam sein könne, da sie die Verpflichtung auferlegte, ein gefordertes Ergebnis zu erzielen. Dies präzisierte der EuGH in der Rs. *Becker*[22], in der es ebenfalls um die Mehrwertsteuer ging, in dem er entschied, es könnten «sich die einzelnen [Personen] in Ermangelung von fristgemäss erlassenen Durchführungsmassnahmen auf Bestimmungen einer Richtlinie, die inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, gegenüber allen innerstaatlichen, nicht richtlinienkonformen Vorschriften berufen; einzelne können sich auf diese Bestimmungen auch berufen, soweit diese Rechte fest legen, die dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können.»

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

Hinsichtlich der horizontalen unmittelbaren Wirkung von Richtlinien stellte der EuGH in der Rs. *Marshall*[25] fest, dass es eine solche nicht gebe. Er bestätigte dies in der Rs. *Faccini Dori*.[26] Im Gegensatz zu den primärrechtlichen Bestimmungen und Verordnungen könnten Richtlinien (in einem Rechtsstreit gegen eine andere Privatperson oder ein anderes Unternehmen) keine horizontale Wirkung entfalten. Dies ergibt sich laut EuGH grundsätzlich daraus, dass Richtlinien die klassische mittelbare Rechtsetzung der EU sei und deshalb an die Staaten gerichtet seien und Privaten aus deren mangelhaften Umsetzung keine Nachteile erwachsen könnten. Wolle man Einzelnen direkte Verpflichtungen auferlegen, stünden dafür als Instrument Verordnungen zur Verfügung.

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

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

---

[19] EuGH C-253/00, *Munoz*, ECLI:EU:C:2002:497, Rz. 27.
[20] EuGH 43/71, *Politi*, ECLI:EU:C:1971:122, Rz. 9.
[21] EuGH 9/70, *Grad*, ECLI:EU:C:1970:78.
[22] EuGH 8/81, *Becker*, ECLI:EU:C:1982:7.
[23] EuGH 148/78, *Ratti*, ECLI:EU:C:1979:110.
[24] EuGH 51/76, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen*, ECLI:EU:C:1977:12.
[25] EuGH 152/84, *Marshall*, ECLI:EU:C:1986:84.
[26] EuGH C-91/92, *Faccini Dori*, ECLI:EU:C:1994:292.
[27] Siehe z.B. GA *Bot* zu Rs. C-569/16 und C-570/16, *Bauer und Brossonn*, ECLI:EU:C:2018:337, Rz. 45–46; sowie zu Rs C-619/16, *Kreuziger*, ECLI:EU:C:2018:339.
[28] EuGH C-188/89, *Foster*, ECLI:EU:C:1990:313.
[29] EuGH 14/83, *von Colson*, ECLI:EU:C:1984:153.
[30] EuGH C-6/90 und C-9/90, *Francovich*, ECLI:EU:C:1991:428.
[31] *Biervert* in *Schwarze*, Art 288 AEUV Rz 30.
[32] EuGH C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709.
[33] EuGH C-404/06, *Quelle*, ECLI:EU:C:2008:231.
[34] EuGH C-555/07, *Kücükdevici*, ECLI:EU:C:2010:21.

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

2. Vorrang

a. Allgemein

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

b. Definition

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

c. Geltungsbereich des Prinzips

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

Der Gerichtshof hat zwar entschieden, dass auch nationale Verfassungen dem Vorrangprinzip unterliegen sollten.[39] Daher wäre es Sache der nationalen Richter, die Bestimmungen einer Verfassung, die dem europäischen Recht widersprechen, nicht anzuwenden. Allerdings ist diese Frage in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten nicht unumstritten. So gibt es auch innerhalb der EU verschiedene Haltungen zu dieser Frage,[40] was hier aber nicht zu vertiefen ist.

d. Verantwortung für die Einhaltung des Grundsatzes

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

III. … und im EWR

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

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

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

---

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

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

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

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

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

[40] Siehe im Einzelnen *Kruis,* 57–62.

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

[42] Präambel zum EWRA, Erwägung 4 und 5.

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

Weise mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.[44] Wie nachstehend zu zeigen sein wird, steht auch der Vorbehalt, wonach die EWR/EFTA-Staaten nicht verpflichtet sind Gesetzgebungsbefugnisse auf EWR-Organe zu übertragen, einer Anwendung der allgemeinen Grundsätze des EU-Rechts im EWR nicht entgegen.[45] Deshalb und angesichts der überragenden Bedeutung des Grundsatzes der Homogenität[46] überrascht es nicht, dass wesentliche Grundsätze des EU-Rechts, wie die zu dessen Durchsetzung im EWR notwendigen Elemente der unmittelbaren Wirkung und des Vorrangs, wenn auch nicht in ihrer Reinform, Eingang in das EWR-Abkommen gefunden haben.

2. Auslegungshilfen

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

a. Natürliche und juristische Personen als primäre Begünstigte der Abkommensbestimmungen

Gewisse Positionsbezüge in der Literatur[48] und seitens von Regierungen[49] der EWR/EFTA-Staaten in Verfahren vor dem EFTAGH lassen zuweilen den Eindruck aufkommen, es ginge beim EWR-Abkommen und bei sich in diesem Zusammenhang ergebenden Rechtsfällen in erster Linie um die Sicherung oder sogar Rückgewinnung von Souveränität.[50]

Dem steht der grosse Fortschritt des EWRA gegenüber den Freihandelsabkommen zwischen der EU und den EFTA-Staaten entgegen. Dieser besteht in der Rolle, «die der einzelne [sic!] im Europäischen Wirtschaftsraum durch die Ausübung der ihm durch dieses Abkommen verliehenen Rechte und durch die gerichtliche Geltendmachung dieser Rechte spielen wird.»[51] Ein Ziel ist es, «(…) eine Gleichbehandlung der Einzelpersonen und Marktteilnehmer hinsichtlich der vier Freiheiten und der Wettbewerbsbedingungen zu erreichen.»[52] Aus den vorstehend zitierten Präambeln geht klar hervor, welche Bedeutung den Personen, ob natürliche oder juristische, ob einzelne Menschen oder Unternehmen, durch das EWRA zuerkannt wird.

b. Materialien

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

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

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

---

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

[45] So auch *Bruha* in *Müller-Graff/Selvig* 97 (116).

[46] Siehe Fn. 13.

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

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

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

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

[51] Präambel zum EWRA, Erwägung 8.

[52] Präambel zum EWRA, Erwägung 15.

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

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

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

[56] HLNG/V 5/91, Annex VI, Rz. 10.

Gegensatz zur Position der EU, welche die unmittelbare Wirkung der von ihr abgeschlossenen Freihandelsabkommen vorsieht,[57] wurde die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmungen des Freihandelsabkommens von den nationalen Gerichten der EFTA-Staaten abgelehnt. Erstaunlicherweise war dies gerade in der Schweiz und in Österreich trotz ihres monistischen Völkerrechtsverständnisses und ihrer ansonsten völkerrechtsfreundlichen Haltung der Fall. Zu nennen ist zunächst der Fall *Adams*:[58] Herr Adams hatte seinen Arbeitgeber wegen illegaler Geschäftspraktiken angezeigt und war deswegen strafrechtlich verfolgt worden. Dagegen wehrte er sich mit dem Hinweis auf Art 23 (Wettbewerb und staatliche Beihilfen) des FHA, wonach gewisse Praktiken mit dem guten Funktionieren des Abkommens nicht vereinbar seien und er folglich illegales Verhalten zur Anzeige gebracht habe. Das Schweizer Bundesgericht stellte jedoch fest, dass Art 23 FHA lediglich Praktiken aufzähle, welche nicht mit den Bestimmungen des FHA vereinbar seien, ohne diese zu verbieten. Daraus ergäben sich folglich auch keine Rechtspflichten für Private. Kurz darauf entschied der österreichische OGH in der Rs. *Austromechana*[59] in ähnlicher Weise. Ein weiterer Fall, der eindeutig von der Praxis des EuGH abwich, war der Fall *OMO*: [60] Der EuGH gestattet dem Inhaber eines Rechts an geistigem Eigentum (z. B. einer Marke), das Inverkehrbringen eines Produkts durch einen Wettbewerber nur solange zu blockieren, als der Markeninhaber das Produkt nicht zum ersten Mal auf den relevanten Markt (hier: die EU) gebracht hat. Das Schweizer Bundesgericht lehnte es jedoch ab, denselben Ansatz im Rahmen des FHA anzuwenden: Art 13 (mengenmässige Einfuhrbeschränkungen) und Art 22 (Grundsatz der aufrichtigen Zusammenarbeit) des Freihandelsabkommens unterlägen der autonomen Auslegung. Es gebe nichts, was eine entsprechende Anwendung der Rechtsprechung des EuGH trotz gleicher oder ähnlicher Formulierung im EU-Recht erlauben würde. Eine unmittelbare Wirkung der Bestimmungen des FHA sei nicht gegeben, daher könne der Markeninhaber Parallelimporte jederzeit verbieten. Es gab, vor allem in der Schweiz, wo das FHA noch voll in Geltung steht, weitere Rechtsprechung, welche die diese Ansicht bestätigten. Als Antwort auf diese Rechtsprechung entwickelte der EuGH seine sogenannte «Polydor-Doktrin», die nach seiner berühmten wegweisenden Entscheidung in der Rs. *Polydor*[61] benannt ist. Dieser Fall betraf die Einfuhr von Schallplatten aus Portugal (damals noch EFTA-Staat) in das Vereinigte Königreich (damals bereits von der EFTA in die EWG übergetreten). Der EuGH vertrat die Auffassung, dass trotz «der Ähnlichkeit der Bestimmungen von Art 14 Abs 2 und Art 23 des Freihandelsabkommens – hier zwischen der EWG und Portugal einerseits und denen der Art 30 und 36 des EWG-Vertrags andererseits» kein ausreichender Grund vorliege, die Rechtsprechung des EuGH auf das FHA anzuwenden. Eine solche Unterscheidung sei erforderlich, da der Geltungsbereich dieser Rechtsprechung im Lichte der «Ziele und Tätigkeiten der Gemeinschaft» festgelegt werden müsse, nämlich der Vereinigung der «nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt mit den Merkmalen eines Binnenmarktes». [62]

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

3. Unmittelbare Wirkung im EWR

a. Im Allgemeinen

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

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

---

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

[58] BGer, *Adams*, BGE 104 IV 175.

[59] OGH 4 Ob 340/78, *Austromechana*, ÖBl 1980, 25.

[60] BGer, *OMO*, BGE 105 II 49.

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

[62] EuGH, *Polydor* Rz. 16.

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

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

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

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

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

thoden so weit wie möglich anwenden [müssen], um das von der einschlägigen EWR-Norm angestrebte Ergebnis zu erreichen.»[68] Letztlich kam dabei eine sog quasi-unmittelbare Wirkung[69] heraus, deren Einhaltung aber bei den EWR/EFTA-Staaten liegt. Das heisst, es liegt an den nationalen Gerichten und Behörden, EWR-Konformität soweit wie möglich zu gewährleisten.

Aufgrund des monistisch geprägten Völkerrechtssystems[70] stellt dies für Liechtenstein kein Problem dar, weil die unmittelbare Wirkung von EWR-Recht mittlerweile sowohl in Rechtsprechung[71] als auch rechtswissenschaftlicher Literatur[72] unbestritten ist.

Anders verhält es sich in den beiden dualistischen Staaten Norwegen und Island. In beiden Staaten wurden Gesetze[73] zur Umsetzung des EWR-«Hauptteils»[74] eingeführt. Die einschlägige Literatur ist der Überzeugung, dass sich die fehlende unmittelbare Wirkung zusammen mit einer grundsätzlich völkerrechtsfreundlichen Haltung damit in Norwegen ziemlich gut ausgleichen lasse, womit das erstgenannte Defizit als solches an Bedeutung verliere.[75] Letztlich komme die norwegische Praxis der EU-rechtlichen unmittelbaren Wirkung ziemlich nahe, wenn nicht methodisch, so doch im Resultat.[76]

Grössere Bedenken bestehen jedoch im Hinblick auf Island, dessen Oberster Gerichtshof «does sometimes come across as a more principled defender of dualism and thus less willing to remedy deficient implementation of EEA obligations through dynamic interpretation of national law than its Norwegian counterpart.»[77] Diese Haltung zeigte sich z.B. auch in der nervösen Reaktion der isländischen Politik[78] auf den eher unerwarteten Einstieg des EuGH in die Diskussion in seinen Urteilen in den Rs. *Vereinigtes Königreich/Rat* und *Fonnship*. In der ersten Entscheidung erläuterte der EuGH: «Insbesondere sieht Art 7 Buchst. a des EWR-Abkommens in Bezug auf eine Verordnung der Union ausdrücklich vor, dass ein derartiger Rechtsakt ‹als solcher› in das innerstaatliche Recht der Vertragsparteien übernommen wird, d. h. ohne dass es hierzu einer Umsetzungsmassnahme bedarf.»[79] In der zweiten E ergänzte der Gerichtshof: «Die Bestimmungen der Verordnung Nr. 4055/86 sind nach Art 7 Bst. a EWR-Abkommen sowie seines Anhangs XIII integraler Bestandteil der Rechtsordnung sämtlicher EWR-Vertragsstaaten.»[80] Damit scheint der EuGH – allerdings ohne sich näher mit der Sache und im Besonderen mit der bisherigen Rechtsprechung des EFTAGH auseinanderzusetzen – die Ansicht zu vertreten, dass die Rechtsakte auch in der EFTA-Säule des EWR unmittelbar gälten. Aus der Perspektive der dualistischen EFTA-Staaten wäre dies in der Tat eine dramatische Schlussfolgerung. Nicht ohne Grund wurden diese Passagen in den Entscheidungen des EuGH in Island und Norwegen als auf einem Missverständnis basierend angesehen.[81] Zwar bestimmt Art 7 Bst a EWRA: «Ein Rechtsakt, der einer EWG-Verordnung entspricht, wird als solcher in das innerstaatliche Recht der Vertragsparteien übernommen», doch bezieht sich diese Bestimmung nur darauf, dass ein derartiger Rechtsakt *inhaltlich* unverändert zu übernehmen ist. Art 7 EWRA besagt nämlich auch: «Rechtsakte (…) sind für die Vertragsparteien verbindlich und Teil des innerstaatlichen Rechts oder in innerstaatliches Recht umzusetzen (…).» Der letzte Halbsatz macht deutlich, dass hinsichtlich der *formalen* Übernahme durchaus auf die beiden Völkerrechtssysteme Monismus und Dualismus Rücksicht genommen wird. Dass sie «Teil des innerstaatlichen Rechts» sind trifft demnach auf das monistische Liechtenstein zu, während sie in den beiden dualistischen Staaten Island und Norwegen «in innerstaatliches Recht umzusetzen sind.» Damit ist die Transformation in nationales Recht gemeint. Der EFTAGH blieb folglich auch nach den beiden Entscheidungen des EuGH bei seiner Rechtsprechung.[82]

b. Nicht bzw. falsch umgesetzte Rechtsakte

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

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

---

[68] EFTAGH E-1/07.

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

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

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

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

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

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

[75] *Fredriksen/Franklin*, 629 (665).

[76] Dies 665 f.

[77] Dies 667.

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

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

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

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

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

nommen worden sei.[83] Eine ähnliche Ansicht scheint der EuGH in seinem Gutachten 1/91[84] zum EWR-Abkommen vertreten zu haben, in der er erklärte, es gehe aus dem Protokoll 35 zum EWR-Abkommen hervor, dass die Vertragsparteien die Grundsätze der unmittelbaren Wirkung und des Vorrangs nicht anerkannten. Allerdings bezweifelt Carl Baudenbacher zu Recht, ob das Gutachten 1/91 angesichts der seither ergangenen Rechtsprechung und der sehr integrierten Position der drei EWR/EFTA-Staaten in Bezug auf den Binnenmarkt überhaupt noch als Referenz taugt. Zudem argumentierten unter Anderem zwei ehemalige EFTAGH-Richter, dass der Grundsatz der unmittelbaren Wirkung und des Vorrangs auch im EWR gelten müsste, wenn das Gleichgewicht zwischen Rechten und Pflichten im Rahmen des EWR-Abkommens aufrechterhalten und das Homogenitätsziel nicht gefährdet werden solle, wenn auch möglicherweise in leicht modifizierter Form, um sie an den EWR anzupassen.[85]

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

Wiederum spielt dies in Liechtenstein keine Rolle, da sich die dort praktizierte «nationale unmittelbare Wirkung» bzw. der Vorrang[88] von EWR-Recht auch auf solche Fälle erstreckt. Dies gilt auch für nicht oder unrichtig umgesetzte Richtlinien, sofern «(1.) das betreffende, dem Marktbürger zugedachte Recht sich ausreichend klar und ohne weiteres aus der gemeinschaftsrechtlichen Norm ergibt und (2.) der Mitgliedstaat seine Verpflichtung verletzt hat, die gemeinschaftsrechtliche Norm umzusetzen und so dafür zu sorgen, dass der Marktbürger in den Genuss des betreffenden Rechts kommen kann.»[89]

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

Womit lassen sich die EWR/EFTA Staaten gegebenenfalls anderweitig überzeugen? Ein effektives Mittel scheint die Staatshaftung zu sein, welche der EFTAGH mit der Rs. *Sveinbjörnsdóttir*[92] und gegen den erbitterten Widerstand der dualistischen Staaten[93] eingeführt hat. Ganz allgemein scheint er eine wirksame Staatshaftung in Fällen zu befürworten, in denen eine Partei wegen des Fehlens einer unmittelbaren Wirkung, wie sie in der EU gegeben ist, einen Verlust erleidet.[94] Zudem hat der EFTAGH auch ein Recht für natürliche und juristische Personen eingeführt, zu Unrecht erhobene, das heisst gegen EWR-Recht verstossende, Gebühren zurückzufordern.[95]

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

3. Vorrang im EWR

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

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

---

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

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

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

[86] EFTAGH E-4/01.

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

[88] Siehe nachstehend 3.

[89] VGH 2005/94, LES 2006, 300 Rz. 29.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Zusammenfassung

Der Abkommenstext des EWRA wird, aufgrund von Protokoll 35 zum EWR-Abkommen und der Tatsache, dass es – in Island und Norwegen per Gesetz – in nationales Recht übernommen wurde, in der Praxis den gleichen Status erhalten, den das EU-Recht in den EU-Mitgliedstaaten hat. Was die Bestimmungen des EWR-Abkommens anbelangt, welche die Bestimmungen des AEUV über die vier Freiheiten, Wettbewerb und staatliche Beihilfen widerspiegeln, ist bei der täglichen Anwendung im EWR kein wesentlicher Unterschied zur EU zu spüren. Zusammenfassend reduziert sich die Problematik der in den EWR/EFTA-Staaten als Ganzes lediglich eingeschränkt gültigen (EU-rechtlichen) Prinzipien der unmittelbaren Wirksamkeit und des Vorrangs von EWR-Rechtsakten somit darauf, ob ein Konflikt zwischen EWR-Recht und dem EWR-Recht widersprechenden nationalen Bestimmungen vorliegt oder ob EWR-Rechtsakte nicht in nationales Recht übernommen wurden. Liechtenstein kann sich hier mit EWR-konformer Rechtsanwendung behelfen. Diese kann selbst auf nicht ins Landesrecht umgesetzte Richtlinien zurückgreifen. Vor allem in den dualistischen Rechtssystemen Islands und Norwegens müssen bei Nichtübernahme von Verordnungen oder dazu geeigneten Richtlinien ins nationale Recht die Rechte des Einzelnen jedoch mit Hilfe der EWR-konformen Auslegung der nationalen Bestimmungen, insofern diese eben möglich ist, und ersatzweise der Staatshaftung durchgesetzt oder kompensiert werden.[100] Soweit die durch die Rechtsprechung des EFTAGH reflektierte pragmatische Lösung, welche den Vorbehalt der Übertragung legislativer Kompetenzen unberührt lässt und allfällige Rechtsschutzdefizite in Kauf zu nehmen gewillt ist.

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

---

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

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

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

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

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

Die Durchsetzung des EU- und EWR-Beihilferechts vor nationalen Gerichten

N. Sarah Schirmer

Inhalt

1. Einleitung
2. Das Beihilferecht in der EU und im EWR
2.1 Der Begriff staatlicher Beihilfen
2.2 Die Notifikationspflicht für staatliche Beihilfen
2.3 Das Durchführungsverbot
2.4 Die Pflicht zur Rückforderung widerrechtlicher Beihilfen
3. Die Umsetzung EWR-Beihilferechts in Liechtenstein
4. Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Durchsetzung des Beihilferechts
5. Die Studien zur Durchsetzung des Beihilferechts vor nationalen Gerichten der EU- und EWR/EFTA-Mitgliedstaaten
5.1 Die Ergebnisse für die EWR/EFTA-Staaten
5.2 Die Ergebnisse der Studie betreffend die EU-Mitgliedstaaten
6. Schlussfolgerungen für den EWR und für Liechtenstein
Literaturverzeichnis

1. Einleitung

Vor 25 Jahren trat das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWRA)[1] für Liechtenstein in Kraft. Für Norwegen und Island galt es bereits ein Jahr früher. Die EFTA[2]-Überwachungsbehörde nahm dieses Jubiläum zum Anlass, erstmals die Durchsetzung des Beihilferechts vor den nationalen Gerichten der EWR/EFTA-Staaten[3] seit Inkrafttreten des EWRA untersuchen zu lassen.[4] Die Europäische Kommission (hiernach: Kommission) veröffentlichte eine vergleichbare Studie für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU).[5] Diese Studie umfasst jedoch einen kürzeren Zeitraum – von 2007 bis 2017[6] – da im Jahr 2006 bereits eine umfassende Studie zu dieser Thematik publiziert worden ist.[7]

Der vorliegende Beitrag nimmt diese beiden Studien zum Anlass, einen Überblick über das auf Beihilfen anwendbare Recht in der EU und im EWR zu geben (Kap. 2) und die Situation in Liechtenstein zu analysieren (Kap. 3). Es wird aufgezeigt, welche Rolle die nationalen Gerichte bei der Durchsetzung des Beihilferechts spielen (Kap. 4). Ausserdem werden die Ergebnisse der beiden Studien zusammengefasst (Kap. 5) und Schlussfolgerungen für den EWR und Liechtenstein gezogen (Kap. 6).

2. Das Beihilferecht in der EU und im EWR

2.1 Der Begriff staatlicher Beihilfen

Das Beihilferecht dient dazu gleiche Wettbewerbsbedingungen für Unternehmen auf dem gemeinsamen Markt[8] zu gewährleisten.[9] Daher sind staatliche Beihilfen gemäss Art. 107 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)[10] bzw. Art. 61 Abs. 1 EWRA grundsätzlich verboten. Vorbehalten bleiben die Beihilfen, die mit dem gemeinsamen Markt vereinbar sind und von der Kommission bzw. der EFTA-Überwachungsbehörde genehmigt wurden.[11] Die Kommission publizierte zahlreiche Leitlinien (Mitteilungen, Beschlüsse, etc.), um Beihilfen näher zu regeln und ihre Praxis dazu zu erläutern.[12] Dieses sog. «soft-law» wurde und wird i.d.R. durch Entscheidungen der EFTA-Überwachungsbehörde inhaltlich übernommen.[13] Zur Auslegung des Beihilfebegriffs sind insbesondere die Bekanntmachung der Kommission[14] und die vergleichbare Entscheidung der EFTA-Überwachungsbehörde[15] zu dieser Thematik von Bedeutung.

Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) und des EFTA-Gerichtshofes, qualifiziert sich eine staatliche Massnahme als Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV bzw. Art. 61 Abs. 1 EWRA, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind:

«So muss es sich erstens um eine staatliche Massnahme oder um eine Massnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln.»[16] Dabei spielt es keine Rolle, ob

---

[1] Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWRA), ABl. L 1 vom 03.01.1994, S. 3–522, siehe auch: LGBl. 1995 Nr. 68, LR 0.110.

[2] Abkürzung für: European Free Trade Association (Europäische Freihandelsassoziation).

[3] Dazu gehören: Island, Norwegen und Liechtenstein.

[4] *EFTA Surveillance Authority* (Hrsg.), Study on state aid private enforcement (2019).

[5] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019).

[6] Wobei ein paar Gerichtsfälle aus dem Jahr 2018 mitberücksichtigt wurden. Siehe: *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 63.

[7] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of state aid law (2006); *Commission* (Hrsg.), 2009 update of the 2006 Study on the enforcement of State aid rules; *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 33.

[8] Wo nicht ausdrücklich anders gekennzeichnet, umfasst der Begriff «gemeinsame Markt» sowohl den gemeinsamen Markt der EU als auch denjenigen des EWR.

[9] *Rydelski*, State Aid, 576 .

[10] Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl. C 202, 07.06.2016, S. 47–199.

[11] Beispielsweise Art. 93, Art. 106 Abs. 2, Art. 107 Abs. 2 und 3, Art. 108 Abs. 2 und 4 AEUV; bzw. Art. 49, Art. 59 Abs. 2, Art. 61 Abs. 2 und 3 EWRA; EuGH, *van Calster und Cleeren*, verbundene Rs. C-261/01 und C-262/01, ECLI:EU:C:2003:571, Rn. 75; EuGH, *Steinike & Weinlig*, C-78/76, ECLI:EU:C:1977:52, Rn. 9; EuGH, *Piaggio*, C-295/97, ECLI:EU:C:1999:313, Rn. 31 und 44; EFTA Court, *Synnøve Finden*, E-01/16, EFTA Court Report [2016] p. 929, Rn. 47; vgl. Kap. 2.2.

[12] Siehe: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/legislation.html (Stand: 12.02.2020). vgl. auch: *Overkamp/Brinkschmidt*, DöV, 2019/21, S. 868 ff., 871.

[13] Siehe: http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines/ (Stand: 12.02.2020).

[14] Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. C 262 vom 19.7.2016, S. 1–50; kritisch zur vorgenannten Bekanntmachung der Kommission: *Biondi/Stefan*, Notice on the Notion of State Aid.

[15] EFTA-Überwachungsbehörde, Entscheidung Nr. 3/17/COL zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. L 342 vom 21.12.2017, S. 35–84, Rn. 18; *Tynes*, Art. 108 EEA, Rn. 10.

[16] EuGH, *Libert*, verbundene Rs. C-197/11 und C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, Rn. 74 ff.; EFTA Court, Synnøve Finden, E-01/66, EFTA Court Report [2016] p. 929, Rn. 39 ff.

diese vom Land, den Gemeinden oder öffentlichen Unternehmen gewährt werden.[17]

«Zweitens muss diese Massnahme geeignet sein, den Handel zwischen [den] Mitgliedstaaten[18] zu beeinträchtigen.»[19] Es genügt, wenn der begünstigte Beihilfe-Empfänger[20] gegenüber seinen Konkurrentinnen gestärkt wird. Eine grenzüberschreitende Tätigkeit des Beihilfe-Empfängers ist nicht nötig.[21]

«Drittens muss dem Begünstigten durch [diese Massnahme] […] ein Vorteil gewährt werden.»[22] Dieser kann beispielsweise in Form von Subventionen, Steuervergünstigungen, Darlehen oder anderen Investitionen zulasten staatlicher Mittel erfolgen.[23] Das Bestehen eines Vorteils bestimmt sich nach dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers (sog. «Market Economic Operator Principle» oder MEOP). D.h. ein Vorteil existiert i.d.R. dann, wenn die Beihilfe zu Bedingungen gewährt wurde, die nicht den Marktbedingungen entsprechen bzw. zu denen kein privater Investor sie geben hätte.[24] Kein Vorteil liegt vor, wenn die Beihilfe dem Ausgleich der Kosten für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)[25] dient.[26]

«Viertens muss [die Massnahme] […] den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.»[27] Dies wird i.d.R. als gegeben betrachtet, wenn die übrigen drei Voraussetzungen erfüllt sind.[28]

Die Beihilfe-Qualifikation setzt zudem voraus, dass die Beihilfe selektiv, d.h. ein bestimmtes Unternehmen, eine bestimmte Unternehmensgruppe oder einen bestimmten Produktionszweig begünstigt.[29] Der EU- und EWR-rechtliche Unternehmensbegriff geht weit und umfasst «jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art. ihrer Finanzierung.»[30] Eine wirtschaftliche Tätigkeit besteht dann, wenn «Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt» angeboten werden.[31] Deshalb kann sich auch ein gemeinnütziger Verein oder eine Gemeinde als Unternehmen im Sinne des EU- und des EWR-Rechts qualifizieren, wenn sie Dienstleistungen oder Güter auf einem bestimmten Markt anbieten.[32]

Sind die Voraussetzungen für eine staatliche Beihilfe erfüllt, muss der betreffende Mitgliedstaat die Massnahme notifizieren.

2.2 Die Notifikationspflicht für staatliche Beihilfen

Art. 108 Abs. 3 AEUV bzw. Art. 1 Abs. 3 in Teil I des Protokolls 3 zum Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs (ÜGA)[33] verpflichtet die Mitgliedstaaten Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV bzw. Art. 61 Abs. 1 EWRA rechtzeitig bei der Kommission bzw. bei der EFTA-Überwachungsbehörde anzumelden. Diese sog. Notifikationspflicht gilt auch für die Abänderung von bestehenden Beihilfen.[34] Sie ist Teil des in der EU und im EWR eingerichteten Beihilfe-Kontrollsystems.[35] Eine Ausnahme von der Notifikationspflicht besteht für Beihilfen, welche die Voraussetzungen der De-minimis-Verord-

---

[17] EFTA-Überwachungsbehörde, Entscheidung Nr. 254/09/KOL über die Durchsetzung des Beihilfenrechts, ABl. L 115 vom 5.5.2011, S. 13–30, Rn. 8; vgl. auch: Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts, ABl. C 85 vom 9.4.2009, S. 1–22, Rn. 11.

[18] Wo dies nicht entsprechend anders gekennzeichnet ist, umfasst der Begriff «Mitgliedstaaten» sowohl die EU-Mitgliedstaaten als auch die EWR/EFTA-Staaten.

[19] EuGH, *Libert*, verbundene Rs. C-197/11 und C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, Rn. 78.; EFTA Court, Synnøve Finden, E-01/66, EFTA Court Report [2016] p. 929, Rn. 39 ff.

[20] Die Geschlechtsbezeichnungen werden in diesem Beitrag abwechselnd verwendet. Die Bezeichnung des einen Geschlechts umfasst auch die übrigen Geschlechter.

[21] EuGH, *Libert*, verbundene Rs. C-197/11 und C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, Rn. 78.; EFTA Court, Synnøve Finden, E-01/66, EFTA Court Report [2016] p. 929, Rn. 39 ff.

[22] EuGH, *Libert*, verbundene Rs. C-197/11 und C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, Rn. 78.; EFTA Court, Synnøve Finden, E-01/66, EFTA Court Report [2016] p. 929, Rn. 39 ff.

[23] EFTA-Überwachungsbehörde, Entscheidung Nr. 254/09/KOL über die Durchsetzung des Beihilfenrechts, Rn. 8; vgl. auch: Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts, Rn. 11.

[24] *Conte/Kavanagh*, Advantage, 70; *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 13.

[25] Im deutschsprachigen Raum findet sich für DAWI auch der Begriff der «Leistungen der Daseinsvorsorge». Frankreich braucht dafür den Begriff «services publics». Zur Abgrenzung der Begriffe ausführlich: *Krajewski*, Grundstrukturen, 15 ff.; *Philipp*, EU und Daseinsvorsorge, 24 ff.

[26] EuGH, *Altmark*, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, Rn. 87 ff.; EuG, *BUPA*, T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29, Rn. 88 ff.; EFTA Court, *Hurtigruten*, joined Cases E-10/11 and E-11/11, EFTA Court Report [2012] p. 758, Rn. 89 ff.

[27] EuGH, *Libert*, verbundene Rs. C-197/11 und C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, Rn. 74 ff.; EFTA Court, *Synnøve Finden*, E-01/16, EFTA Court Report [2016] p. 929, Rn. 39 ff.; vgl. auch: *Verouden/Werner*, Introduction, 16.

[28] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 13.

[29] *Rydelski*, State Aid, 578 ; *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 13.

[30] EuGH, *Pavlov*, verbundene Rs. C-180/98 bis C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, Rn. 74; EFTA Court, *Landsorganisasjonen*, E-8/00, EFTA Court Report [2002] p. 114, Rn. 62.

[31] EuGH, *Pavlov*, verbundene Rs. C-180/98 bis C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, Rn. 75; EFTA Court, *Landsorganisasjonen*, E-8/00, EFTA Court Report [2002] p. 114, Rn. 62; EuGH, *Höfner und Elser*, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, Rn. 21.

[32] EuGH, *Elliniko Dimosio*, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, Rn. 27; EFTA Court, *Landsorganisasjonen*, E-8/00, EFTA Court Report [2002] p. 114, Rn. 62.

[33] Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs (ÜGA), ABl. L 344 vom 31.12.1994, S. 1–8, siehe auch: LGBl. 1995 Nr. 72, LR 0.111.

[34] 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV; Art. 1 Abs. 3 Satz 1 Teil I Protokoll 3 ÜGA; *Schirmer/Steiner*, Beihilfe-Fälle des EFTA-Gerichtshofs, 547 f.

[35] EuGH, *Eesti Pagar*, C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, Rn. 56; EFTA Court, *Hurtigruten*, joined Cases E-10/11 and E-11/11, EFTA Court Report [2012] p. 758, Rn. 219.

nungen,[36] der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)[37] oder des DAWI-Beschlusses (2012/21/EU)[38] erfüllen. Diese Bestimmungen gelten auch für den EWR.[39]

Die Kommission und die EFTA-Überwachungsbehörde können bestehende und neue Beihilferegelungen der Mitgliedstaaten, die ihrem Kompetenzbereich unterstellt sind, fortlaufend überprüfen.[40] Entscheidet die Kommission bzw. die EFTA-Überwachungsbehörde, dass die Beihilfe nicht mit dem gemeinsamen Markt vereinbar ist, kann dieser sog. Negativbeschluss der Kommission beim Europäischen Gericht (EuG) und dessen Urteil beim Europäischen Gerichtshofs (EuGH)[41] bzw. die Negativentscheidung der EFTA-Überwachungsbehörde beim EFTA-Gerichtshof angefochten werden.[42]

2.3 Das Durchführungsverbot

Die Mitgliedstaaten dürfen beabsichtigte Beihilfe-Massnahmen nicht durchführen, bevor die Kommission bzw. die EFTA-Überwachungsbehörde eine abschliessende Entscheidung erlassen hat (sog. Stillhaltegebot oder Durchführungsverbot).[43] Dies gilt auch für die Abänderung von bestehenden Beihilfen.[44] Verletzt ein Mitgliedstaat das Durchführungsverbot, ist die Beihilfe rechtswidrig.[45]

Gemäss langer und gefestigter Rechtsprechung des EuGH ist das in Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV verankerte Durchführungsverbot unmittelbar anwendbar.[46] Hält sich ein EU-Mitgliedstaat nicht daran, können betroffene Private, wie z.B. Konkurrentinnen des Beihilfe-Empfängers oder Dritte, ihre individuellen Rechte gestützt auf Art. 108 Abs. 3 AEUV vor dem zuständigen nationalen Gericht geltend machen.[47]

Auf diese EuGH-Rechtsprechung weist die EFTA-Überwachungsbehörde in ihrer Entscheidung Nr. 254/09/KOL über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte hin.[48] Sie hebt hervor, dass die EWR/EFTA-Staaten der Effektivität von Art. 1 Abs. 3 in Teil I des Protokolls 3 ÜGA Rechnung tragen müssen, insbesondere wenn Rechte Einzelner oder der gemeinsame Markt betroffen sind.[49]

Der EFTA-Gerichtshof äusserte sich bisher noch nicht zur direkten Anwendbarkeit des Durchführungsverbotes.[50] Er erkannte jedoch in anderen Sachbereichen die direkte Wirkung des EWR-Rechts gestützt auf das Protokoll 35 zum EWRA[51] an.[52] Laut dessen einzigem Artikel sollen die Mitgliedstaaten in Fällen möglicher Konflikte zwischen nationalem Recht und dem EWRA eine Rechtsgrundlage erlassen, die den Bestimmungen des EWRA

---

[36] Verordnung Nr. 1407/2013/EU der Kommission vom 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. L 352 vom 24.12.2013, S. 1–8; Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl. L 114 vom 26.4.2012, S. 8–13; Verordnung (EU) 2018/1923 der Kommission vom 7.12.2018 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 360/2012 hinsichtlich ihrer Geltungsdauer, ABl. L 313 vom 10.12.2018, S. 2–3; Diese Verordnungen gelten bis Ende 2020. Die Kommission plant jedoch die Geltungsdauer um 2 Jahre zu verlängern. Siehe: *Kommission*, Pressemitteilung vom 7.1.2019: Staatliche Beihilfen: EU-Kommission plant Verlängerung beihilferechtlicher Vorschriften und Einleitung einer Evaluierung, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_19_182 (Stand: 10.02.2020).

[37] Verordnung 651/2014/EU der Kommission vom 17.6.2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AGVO), ABl. L 187 vom 26.6.2014, S. 1–78; Die AGVO gilt bis Ende 2020. Die Kommission plant die Geltungsdauer um 2 Jahre zu verlängern. Siehe: Kommission, Pressemitteilung vom 7.1.2019: Staatliche Beihilfen: EU-Kommission plant Verlängerung beihilferechtlicher Vorschriften und Einleitung einer Evaluierung.

[38] Beschluss 2012/21/EU der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. L 7 vom 11.1.2012, S. 3–10.

[39] Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 98/2014 vom 16. Mai 2014 zur Änderung von Anhang XV (Staatliche Beihilfen) des EWR-Abkommens, ABl. L 310 vom 30.10.2014, S. 65–66; Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 152/2014 vom 27. Juni 2014 zur Änderung von Anhang XV (Staatliche Beihilfen) des EWR-Abkommens, ABl. L 342 vom 27.11.2014, S. 63–64, ABl. L 342 vom 27.11.2014, S. 63–64; Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 225/2012 vom 7. Dezember 2012, ABl. L 81 vom 21.3.2013, S. 27–27; Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 66/2012 vom 30. März 2012 zur Änderung von Anhang XV (Staatliche Beihilfen) des EWR-Abkommens, ABl. L 207 vom 2.8.2012, S. 46–46.

[40] Art. 108 Abs. 1 AEUV; Art. 62 Abs. 1 EWRA.

[41] Art. 256 Abs. 1 und Art. 263 Abs. 1 AEUV.

[42] 108 Abs. 2 lit. b EWRA; Art. 36 ÜGA; EFTA-Überwachungsbehörde, Entscheidung Nr. 254/09/KOL über die Durchsetzung des Beihilfenrechts, Rn. 17; *Tynes*, Art. 108 EEA, Rn. 27 f.

[43] Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV; Art. 1 Abs. 3 Satz 3 Teil I Protokoll 3 ÜGA; *Cremer*, Art. 108 AEUV, Rn. 12; *Jordal/Mathisen*, Art. 62 EEA Agreement, Rn. 1.

[44] Art. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 lit. c Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13.7.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 248 vom 24.9.2015, S. 9–29; Art. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 lit. c Teil II Protokoll 3 ÜGA.

[45] Art. 1 lit. f Teil II Protokoll 3 ÜGA; Art. 1 lit. f Beihilfe-Verfahrensverordnung (2015/1589/EU).

[46] EuGH, *Transalpine Ölleitung*, C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644, Rn. 41; EuGH, *FNCE*, C-354/90, EU:C:1991:440, Rn. 11 und die dort angeführte Rechtsprechung; *Verouden/Werner*, Introduction, 14 f.

[47] Siehe auch: Kap. 3 unten. EuGH, *Transalpine Ölleitung*, C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644, Rn. 38 und 44; EuGH, *van Calster und Cleeren*, verbundene Rs. C-261/01 und C-262/01, ECLI:EU:C:2003:571, Rn. 75 und die dort angeführte Rechtsprechung.

[48] EFTA-Überwachungsbehörde, Entscheidung Nr. 254/09/KOL über die Durchsetzung des Beihilfenrechts, Rn. 21.

[49] EFTA-Überwachungsbehörde, Entscheidung Nr. 254/09/KOL über die Durchsetzung des Beihilfenrechts, Rn. 19.

[50] Art. 1 Abs. 3 Satz 3 Teil I Protokoll 3 ÜGA.

[51] Protokoll 35 zum Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum zur Durchführung der EWR-Bestimmungen (Protokoll 35 zum EWRA), ABl. L 1 vom 3.1.1994, S. 205.

[52] *Baudenbacher*, Gutachten des EuGH 1/91, 88; *Baur*, Kohärente Interpretationsmethode, 51 mit Verweis auf den vorgenannten Beitrag Baudenbachers; *Schirmer/Steiner*, Liechtenstein, 37 .

Vorrang gegenüber dem nationalen Recht einräumt.[53] So hielt der EFTA-Gerichtshof in der Rechtssache *Restamark*[54] zum Protokoll 35 zum EWRA fest, es liege in der Natur einer solchen Regelung, dass sich Einzelne und Wirtschaftsteilnehmer in Fällen des Konflikts zwischen dem EWR- und innerstaatlichem Recht auf die Bestimmungen des EWRA berufen und ihre daraus fliessenden Rechte auf nationaler Ebene geltend machen können, sofern die Bestimmung des EWRA bedingungslos und hinreichend konkret sei.[55] Wie sich aus der Rechtsprechung zu *Sveinbjörnsdóttir*[56] und zu *Karlsson*[57] ergibt, läuft ein EWR/EFTA-Staat Gefahr, den Schaden, der durch die fehlende oder nicht korrekte Umsetzung des EWR-Rechts entstand, ersetzen zu müssen.[58]

Gemäss dem Homogenitätsprinzip sollen die Bestimmungen des EWRA «soweit sie mit den entsprechenden Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft [EWGV] und des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl [EGKSV] sowie der aufgrund dieser beiden Verträge erlassenen Rechtsakte in ihrem wesentlichen Gehalt identisch sind, bei ihrer Durchführung und Anwendung im Einklang mit den einschlägigen Entscheidungen ausgelegt [werden], die der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassen hat.»[59] Der EFTA-Gerichtshof und die EFTA-Überwachungsbehörde sind verpflichtet, bei der Auslegung und Anwendung des EWRA sowie des ÜGA die Grundsätze, die der EuGH nach der Ratifikation des EWRA entwickelte, zu beachten, sofern diese mit den Bestimmungen des EWGV oder des EGKSV «[…] in ihrem wesentlichen Gehalt identisch sind.»[60]

Das Durchführungsverbot war früher in Art. 93 Abs. 3 Satz 3 EWGV geregelt und hat sich seither – abgesehen vom Wort «Beschluss», das mit «Entscheidung» ersetzt wurde – nicht geändert. Zwar findet sich weder im EWRA noch im ÜGA eine mit Art. 93 Abs. 3 Satz 3 EWGV bzw. mit dem heutigen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV vergleichbare Bestimmung, sondern diese «versteckt» sich in Art. 1 Abs. 3 Satz 3 in Teil I des Protokolls 3 ÜGA. Die Protokolle zum ÜGA sind Bestandteil desselben.[61] Art. 1 Abs. 3 Satz 3 in Teil I des Protokolls 3 ÜGA ist in seinem wesentlichen Gehalt mit Art. 108 Abs. 3 Satz AEUV identisch. Die unmittelbare Wirkung von Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV anerkannte der EuGH bereits vor der Unterzeichnung des EWRA in seiner Rechtsprechung zu Art. 93 Abs. 3 Satz 3 EWGV.[62] Der EFTA-Gerichtshof berücksichtigt diese entsprechend bei der Anwendung und Auslegung von Art. 1 Abs. 3 in Teil I des Protokolls 3 ÜGA.[63] In der Rechtssache *Hurtigruten* bezog er sich interessanter Weise auf ein Urteil, in dem sich der EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Durchführungsverbotes äusserte.[64] Es wäre zu begrüssen, wenn der EFTA-Gerichtshof Klarheit schaffen und das Durchführungsverbot für direkt anwendbar erklären würde, sollte er mit einer entsprechenden Frage befasst werden.

2.4 Die Pflicht zur Rückforderung widerrechtlicher Beihilfen

Fällt die Kommission[65] bzw. die EFTA-Überwachungsbehörde[66] bei der Überprüfung nicht angemeldeter Beihilfen einen Negativbeschluss bzw. eine Negativentscheidung und hat der betreffende Mitgliedstaat das Durchführungsverbot verletzt, kann die Kommission bzw. die EFTA-Überwachungsbehörde verlangen, dass der Mitgliedstaat die Beihilfe (inkl. Zinsen) von allen Beihilfe-Empfängern zurückfordert.[67] Dies gilt auch für

---

[53] Einziger Artikel Protokoll 35 zum EWRA.

[54] EFTA Court, *Restamark*, E-1/94, EFTA Court Report [1994–1995] p. 15. Dieser Fall betraf die Auslegung von Art. 11 EWRA zu mengenmässigen Einfuhrbeschränkungen und Art. 16 EWRA zum Diskriminierungsverbot bei der Umgestaltung staatlicher Handelsmonopole.

[55] Frei übersetzt. «It is inherent in the nature of such a provision that individuals and economic operators in cases of conflict between implemented EEA rules and national statutory provisions must be entitled to invoke and to claim at the national level any rights that could be derived from provisions of the EEA Agreement, as being or having been made part of the respective national legal order, if they are unconditional and sufficiently precise.» EFTA Court, *Restamark*, E-1/94, EFTA Court Report [1994–1995] p. 15, Rn. 77; vgl. auch: EFTA Court, *Einarsson*, E-1/01, EFTA Court Report [2002] p. 1, Rn. 51 ff.

[56] EFTA Court, *Sveinbjörnsdóttir*, E-9/97, EFTA Court Report [1998] p. 95. In diesem Fall stellte sich u.a. die Frage, ob Island einer Arbeitnehmerin den Schaden ersetzen müsse, der ihr aufgrund der fehlenden Anpassung des innerstaatlichen Rechts gemäss den Verpflichtungen der Richtlinie 80/987/EWG entstanden ist.

[57] EFTA Court, *Karlsson*, E-4/01, EFTA Court Report [2002] p. 240. Diese Rechtssache betraf die Frage, ob Island gemäss Art. 11 und 16 EWRA verpflichtet gewesen sei, das Staatsmonopol für den Import und Verkauf von alkoholischen Getränken aufzuheben und aufgrund der Nichtbeachtung dieser Bestimmungen allenfalls schadenersatzpflichtig sei.

[58] EFTA Court, *Sveinbjörnsdóttir*, E-9/97, EFTA Court Report [1998] p. 95, Rn. 65 ff.; EFTA Court, *Karlsson*, E-4/01, EFTA Court Report [2002] p. 240, Rn. 28 ff.

[59] Art. 6 EWRA.

[60] Art. 3 Abs. 2 ÜGA.

[61] Art. 42 ÜGA.

[62] Siehe: EuGH, *FNCE*, C-354/90, EU:C:1991:440, Rn. 11 und die dort angeführte Rechtsprechung.

[63] EFTA Court, *Hurtigruten*, joined Cases E-10/11 and E-11/11, EFTA Court Report [2012] p. 758, Rn. 218 f.; EFTA Court, *Synnøve Finden*, E-01/16, EFTA Court Report [2016] p. 929, Rn. 47 f.

[64] Vgl.: EFTA Court, *Hurtigruten*, joined Cases E-10/11 and E-11/11, EFTA Court Report [2012] p. 758, Rn. 219; EuGH, *Lorenz*, 120/73, ECLI:EU:C:1973:152, Rn. 8.

[65] Art. 108 Abs. 2 AEUV.

[66] Art. 14 Abs. 1 Teil II Protokoll 3 ÜGA.

[67] Art. 16 Abs. 2 und 3 Beihilfe-Verfahrensverordnung (2015/1589/EU); vormals: Art. 14 Abs. 2 und 3 Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. L 83 vom 27.3.1999, S. 1–9; Art. 14 Abs. 2 und 3 Teil II Protokoll 3 ÜGA; EuGH, *Biria-Gruppe*, C-527/12, EU:C:2014:2193, Rn. 61; EFTA Court, *Thorsil and Kísilfélagið*, E-25/15, EFTA Court Report [2016] p. 629, Rn. 60; *Schirmer/Steiner*, Beihilfe-Fälle des EFTA-Gerichtshofs, 549 ff.; *Jordal/Mathisen*, Art. 62 EEA Agreement, Rn. 38; *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 15 f.

widerrechtliche Beihilfen, deren Gewährung 10 Jahre zurück liegt.[68]

Gemäss Rechtsprechung des EuGH und des EuG geniessen die von der Rückforderung betroffenen Beihilfe-Empfänger keinen Vertrauensschutz, wenn das in Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgesehene Verfahren nicht eingehalten wurde. Denn «ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer […] [müsse] in der Lage sein […], sich zu vergewissern, dass dieses Verfahren eingehalten worden […]» sei.[69] Der EFTA-Gerichtshof befasste sich im Rahmen des Beihilferechts noch nicht mit dieser Thematik.[70]

Sofern der betroffene Mitgliedstaat auf Schwierigkeiten stösst, die Beihilfe innerhalb der von der Kommission bzw. EFTA-Überwachungsbehörde gesetzten Frist zurückzufordern, muss er sie entsprechend informieren und um Fristverlängerung ersuchen. Dem betroffenen Mitgliedstaat obliegt es, die Schwierigkeiten genau zu erläutern und die Fristverlängerung entsprechend zu begründen. Er kann der Kommission bzw. der EFTA-Überwachungsbehörde geeignete Änderungen des Negativbeschlusses bzw. der Negativentscheidung vorschlagen.[71]

Die Rückforderung erfolgt nach den Verfahrensvorschriften des nationalen Rechts.[72] Den nationalen Gerichten kommt daher eine wichtige Rolle bei der Durchsetzung dieser Rückforderungspflicht zu.[73]

3. Die Umsetzung EWR-Beihilferechts in Liechtenstein

Art. 3 EWRA verpflichtet die EWR/EFTA-Staaten die sich aus dem EWRA ergebenden Verpflichtungen umzusetzen und alle Massnahmen zu unterlassen, «welche die Verwirklichung der Ziele dieses Abkommens gefährden könnten.»[74]

Im Gegensatz zu Island und Norwegen, deren Rechtssystems dualistisch ist und welche die Bestimmungen des EWRA in ein nationales Gesetz aufgenommen haben,[75] fehlt ein solches Gesetz in Liechtenstein.[76] Wegen der monistischen Rechtstradition ist ein solcher «Transformationsakt» für das von Liechtenstein ratifizierte EWR-Recht nicht unbedingt nötig. Eine Ausnahme bilden die in den EWR übernommen EU-Richtlinien.[77] Für die Bestimmungen des ÜGA und seiner Protokolle, insbesondere das Durchführungsverbot, finden sich ebenfalls keine nationalen Regelungen.[78] Im Bericht und Antrag betreffend das EWRA[79] hielt die liechtensteinische Regierung im Kapitel zum Beihilferecht jedoch explizit fest, dass die EWR/EFTA-Staaten Beihilfen bei der EFTA-Überwachungsbehörde notifizieren müssen, bevor sie diese in Kraft setzen.[80]

Die Regierung erwähnte im Bericht und Antrag zum EWRA hinsichtlich des unmittelbaren Vorrangs des EWR-Rechts gegenüber dem liechtensteinischen Recht, dass es «[z]ur Verwirklichung der Ziele des EWR und des EWRA […] erforderlich [sei], dass das […] EWR-Recht in allen Vertragsstaaten die gleiche Wirkung entfalten kann wie das jeweils in Bezug genommene EG-Recht («dédoublement des ordres juridiques parallèles»). Den vom EuGH aus den Zielen der EG und den Funktionsbedingungen des gemeinsamen Marktes abgeleiteten Prinzipien des Vorrangs und der unmittelbaren Geltung/Anwendbarkeit des EG-Rechts (letzteres nur, soweit es überhaupt auf unmittelbare Anwendung zugeschnitten ist) muss daher auch für das EWR-Recht Geltung verschafft werden, allerdings nur im Sinne einer «obligation de résultat». Die [EWR/]EFTA-Staaten müssen das EWR-Recht innerstaatlich so handhaben, dass es im Ergebnis Vorrang hat und dort unmittelbar Anwendung findet, wo dies auch in der EG der Fall ist (insbesondere bei Verordnungen).»[81]

Bisher gab es in Liechtenstein noch keine Klage von Privaten, d.h. Konkurrentinnen von Beihilfe-Empfängern oder Dritten, in der eine Verletzung des Durchführungsverbotes gerügt wurde.[82] Die hiesigen Gerichte waren in der Vergangenheit jedoch nicht abgeneigt EWR-Recht direkt anzuwenden.[83] Das Durchführungsverbot in Art. 1 Abs. 3 Satz 3 in Teil I des Protokolls 3 zum ÜGA ist hinreichend klar und enthält keine Bedingungen, weshalb die direkte Wirkung möglich wäre. Für die «Schwesterbestimmung» in der EU, Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, anerkannte der EuGH – wie bereits erwähnt – die unmittelbare Anwendbarkeit.[84] Da EU-Recht mit der Übernahme in den EWR «eine Wirkung entfaltet, als ob es in einem EU-Kontext gälte», muss auch die Rechtsprechung des EuGH als «für Liechtenstein verbindlich angesehen werden.»[85] Es ist daher anzunehmen, dass die hiesigen Gerichte auf eine Beschwerde aufgrund der Nichtbeachtung des Durchführungsverbotes, die sich direkt auf Art. 1 Abs. 3 Satz 3 Teil I des Protokolls 3 zum ÜGA stützt, eintreten werden.[86]

Wie der erste liechtensteinische Fall einer Rückforderung widerrechtlicher Steuerbeihilfen zeigt, befand der

---

[68] Art. 17 Abs. 1 und 2 Beihilfe-Verfahrensverordnung (2015/1589/EU); Art. 15 Abs. 1 und 2 Teil II Protokoll 3 ÜGA.

[69] EuGH, *Rheinland-Pfalz*, C-24/95, ECLI:EU:C:1997:163, Rn. 25; EuG, *ISD Polska*, verbundene Rs. T-273/06 und T-297/06, ECLI:EU:T:2009:233, Rn. 135.

[70] Zur Rechtslage in Liechtenstein: Vgl. Kap. 3 unten.

[71] EuGH, *Biria-Gruppe*, C-527/12, EU:C:2014:2193, Rn. 51; EFTA Court, *Thorsil and Kísilfélagið*, E-25/15, EFTA Court Report [2016] p. 629, Rn. 57.

[72] Erwägung 25 Beihilfe-Verfahrensverordnung (2015/1589/EU); EuGH, *Deutsche Post*, C-674/13, ECLI:EU:C:2015:302, Rn. 39; EuGH, *Magefesa*, C-529/09, ECLI:EU:C:2013:31, Rn. 92 und die dort angeführte Rechtsprechung; *Dorn*, Private und administrative Rechtsdurchsetzung, 79.

[73] Siehe unten: Kap. 4.

[74] Art. 3 Satz 1-2 EWRA.

[75] *Tynes/Snæbjörnsson*, Island, 23; *Eliassen/Nordby/Kerle/Alterskjær/Lund*, Norway, 53 .

[76] *Schirmer/Steiner*, Liechtenstein, 36.

[77] *Baur*, Kohärente Interpretationsmethode, 50 .

[78] *Schirmer/Steiner*, Liechtenstein, 37.

[79] BuA Nr. 46/1992.

[80] BuA Nr. 46/1992, 133 ff. Die Regierung schien jedoch zu diesem Zeitpunkt davon auszugehen, dass Liechtenstein keine dem EWRA widersprechenden Beihilfen gewähre, insbes. nicht im Steuerbereich.

[81] BuA Nr. 46/1992, 180.

[82] *Schirmer/Steiner*, Liechtenstein, 34.

[83] *Schirmer/Steiner*, Liechtenstein, 37.

[84] Siehe: Kap. 2.3 oben.

[85] *Baur*, Kohärente Interpretationsmethode, 53 f.

[86] *Schirmer/Steiner*, Liechtenstein, 37 f.

Staatsgerichtshof (StGH) diese für zulässig.[87] In diesem Fall hatte die EFTA-Überwachungsbehörde die besondere Steuerregelung für firmeneigene Versicherungsgesellschaften nach dem liechtensteinischen Steuergesetz (SteG)[88] als Verstoss gegen Art. 61 Abs. 1 EWRA gewertet und Liechtenstein angewiesen die Beihilfe zurückzufordern.[89] Der EFTA-Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der EFTA-Überwachungsbehörde.[90] Einer der Begünstigten dieser widerrechtlichen Beihilfe focht die Rückforderungsverfügung der Steuerverwaltung durch alle Instanzen bis vor den StGH an. Er rügte insbesondere eine Verletzung des Legalitätsprinzips und des Willkürverbotes, u.a. weil es angeblich keine Grundlage im liechtensteinischen Recht für die Rückforderung der Beihilfe gäbe.[91] Der StGH leistete der Individualbeschwerde keine Folge, liess aber offen, auf welcher Rechtsgrundlage die Rückforderung der widerrechtlichen Beihilfe möglich sei.[92] Der StGH hielt zudem fest, dass der Empfänger einer widerrechtlichen Beihilfe keinen Vertrauensschutz geniesse.[93]

Nach vorliegender Ansicht kann die Rückforderung einer widerrechtlichen Beihilfe gestützt auf Art. 1 Abs. 3 Satz 3 in Teil I des Protokolls 3 zum ÜGA verfügt werden, wenn sich keine andere Grundlage im innerstaatlichen Recht findet.[94] Je nachdem, auf welcher Rechtsgrundlage die betreffende Beihilfe gewährt wurde, ob z.B. durch einen privatrechtlichen Vertrag oder eine öffentlich-rechtliche Verfügung, werden daher die anwendbaren Verfahrensregeln variieren: Die zuständige Behörde bzw. das zuständige Gericht sowie das Verfahren wird sich wohl i.d.R. nach dem Gesetz über die allgemeine Landesverwaltungspflege (LVG)[95] oder der Zivilprozessordnung (ZPO)[96] richten.[97]

4. Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Durchsetzung des Beihilferechts

Den nationalen Behörden der Mitgliedstaaten, insbesondere den Gerichten, kommt bei der privaten Durchsetzung des Durchführungsverbotes sowie bei der öffentlichen Durchsetzung von Beschlüssen der Kommission bzw. der EFTA-Überwachungsbehörde eine wichtige Rolle zu. Diese Rolle wird in der Bekanntmachung der Kommission[98] sowie in der vergleichbaren Entscheidung der EFTA-Überwachungsbehörde[99] über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte erläutert. Darin werden ausserdem die bei der Verletzung des Beihilferechts zur Verfügung stehenden Rechtsschutzinstrumente und das Verfahren der Kooperation zwischen der Kommission bzw. der EFTA-Überwachungsbehörde und den nationalen Gerichten beschrieben.[100]

In der Rechtssache *Eesti Pagar*[101] hielt der EuGH fest, dass nicht nur die nationalen Gerichte, sondern alle Träger der öffentlichen Gewalt in den EU-Mitgliedstaaten verpflichtet sind «[j]ede Bestimmung des Unionsrechts, die die Voraussetzungen erfüllt, um unmittelbare Wirkung zu entfalten, […]» anzuwenden.[102] Stellt eine nationale Stelle fest, dass eine Beihilfe nicht bei der Kommission angemeldet und das Durchführungsverbot verletzt wurde, muss sie «nach ihrem nationalen Recht sicherstellen […], dass sämtliche Konsequenzen aus einer Verletzung von Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV [d.h. des Durchführungsverbotes] sowohl hinsichtlich der Gültigkeit der Durchführungsakte als auch hinsichtlich der Wiedereinziehung der unter Verletzung dieser Bestimmung gewährten finanziellen Unterstützungen gezogen werden […].» Dazu gehört auch «die Verpflichtung […], eine rechtswidrig gewährte Beihilfe aus eigener Initiative zurückzufordern.»[103] Die Begünstigte darf bis zum (nachträglichen) Entscheid der Kommission nicht über die Beihilfe verfügen.[104]

Die *Eesti Pagar*-Rechtsprechung des EuGH ist auch für die EWR/EFTA-Staaten von Bedeutung. Wie bereits dargelegt, wird hier die Auffassung vertreten, dass das in Art. 1 Abs. 3 Satz 3 in Teil I des Protokolls 3 zum ÜGA verankerten Durchführungsverbot in den EWR/EFTA-Staaten – wie auch die «Schwesterbestimmung» Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV in den EU-Mitgliedstaaten – unmittelbare Anwendung findet. Dies gilt insbesondere dann, wenn diese Bestimmung nicht oder nicht korrekt umgesetzt worden ist. In der Rechtssache *Synnøve Finden* hielt der EFTA-Gerichtshof explizit fest, dass nationale Gerichte das innerstaatliche Recht EWR-rechtskonform auslegen müssen.[105] Um Klarheit zu schaffen, wäre es wünschenswert, wenn ein nationales Gericht den EFTA-Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens ersuchte, die Frage der direkten Geltung des Durchführungsverbotes zu beantworten.[106]

---

[87] StGH 2013/196, S. 3 Rn. 1 sowie S. 5 Rn. 8, S. 18 Rn. 2.3.2 f. und 28 Rn. 6; vgl. auch VGH 2013/093, 2; LSteK, 2011/25 (nicht publiziert), 2; *Schirmer/Steiner*, Liechtenstein, 87 ff.

[88] Gesetz vom 23.9.2010 über die Landes- und Gemeindesteuern (SteG), LGBl. 2010 Nr. 340, LR 640.0.

[89] EFTA-Überwachungsbehörde, *Besteuerung firmeneigener Versicherungsgesellschaften nach SteG*, Beschluss Nr. 97/10/KOL, ABl. L 261 vom 27.9.2012, S. 1–20.

[90] EFTA Court, *Reassur*, joined cases E-4/10, E-6/10 and E-7/10, EFTA Court Report [2011] p. 22.

[91] StGH 2013/196, S. 5 Rn. 8; VGH 2013/093, S. 4 Rn. 7.

[92] VGH 2013/093, S. 3 Rn. 1 sowie S. 26 Rn. 3.5.

[93] StGH 2013/196, S. 23 Rn. 2.5.4.

[94] Vgl. z.B. Art. 10 Medienförderungsgesetz (MFG) vom 21.9.2006, LGBl. 2006 Nr. 223, LR 440.1.

[95] Gesetz vom 21.04.1922 über die allgemeine Landesverwaltungspflege (LVG), LGBl. 1922 Nr. 24, LR 172.020.

[96] Gesetz vom 10.12.1912 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung, ZPO), LGBl. 1912 Nr. 9/1, LR 271.0.

[97] *Schirmer/Steiner*, Liechtenstein, 39 ff.

[98] Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts.

[99] EFTA-Überwachungsbehörde, Entscheidung Nr. 254/09/KOL über die Durchsetzung des Beihilfenrechts, Rn. 1 ff.

[100] Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts, Rn. 8 ff. und 77 ff.; EFTA-Überwachungsbehörde, Entscheidung Nr. 254/09/KOL über die Durchsetzung des Beihilfenrechts, Rn. 6 ff. und 74 ff.

[101] EuGH, *Eesti Pagar*, C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172.

[102] EuGH, *Eesti Pagar*, C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, Rn. 90.

[103] EuGH, *Eesti Pagar*, C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, Rn. 92.

[104] EuGH, *Eesti Pagar*, C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, Rn. 89.

[105] EFTA Court, *Synnøve Finden*, E-01/16, EFTA Court Report [2016] p. 929, Rn. 47.

[106] Art. 34 ÜGA; vgl. auch: EFTA Court, *Restamark*, E-1/94, EFTA Court Report [1994–1995] p. 15, Rn. 77.

Klagt ein Privater, d.h. ein Konkurrent der Beihilfe-Empfängerin oder ein Dritter, vor einem nationalen Gericht, weil seine Rechte aufgrund der Nichtbeachtung des Durchführungsverbotes verletzt wurden, muss das Gericht u.a. entscheiden, ob eine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV bzw. Art. 61 Abs. 1 EWRA vorliegt und ob Art. 108 Abs. 3 AEUV bzw. Art. 1 Abs. 3 Teil I des Protokolls 3 zum ÜGA eingehalten wurde. Wenn nicht, hat das nationale Gericht entsprechende Massnahmen zu treffen, um die Rechte des Klägers zu schützen. So müsste es beispielsweise den Vertrag oder die Verfügung, welche eine widerrechtliche Beihilfe gewährt, wohl für nichtig erklären und/oder aufheben.[107] Ein nationales Gericht hat hingegen nicht die Kompetenz über die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem gemeinsamen Markt zu entscheiden. Dies fällt in die alleinige Zuständigkeit der Kommission bzw. der EFTA-Überwachungsbehörde – unter Vorbehalt der Überprüfung durch das EuG und den EuGH bzw. den EFTA-Gerichtshof.[108]

Wie oft die nationalen Gerichte in den Mitgliedstaaten tatsächlich mit der öffentlichen oder privaten Durchsetzung des Beihilferechts befasst waren, zeigen die von der Kommission bzw. der EFTA-Überwachungsbehörde in Auftrag gegebenen und im Jahr 2019 publizierten Studien.[109]

5. Die Studien zur Durchsetzung des Beihilferechts vor nationalen Gerichten der EU- und EWR/EFTA-Mitgliedstaaten

Die Ergebnisse der beiden Studien zur Durchsetzung des Beihilferechts vor nationalen Gerichten, welche im Auftrag der Kommission bzw. der EFTA-Überwachungsbehörde erstellt wurden, basieren u.a. auf einer Analyse von Gerichtsurteilen sowie auf Interviews mit Richtern.[110] Die Autorinnen der Studie für die EWR/EFTA-Staaten führten ausserdem Gespräche mit Anwälten. Für die Studie betreffend die EU-Mitgliedstaaten wurden zusätzlich die Mitarbeiterinnen der Kommission befragt.[111] Die nachfolgenden Unterkapitel fassen zuerst die Ergebnisse der Studie betreffend die EWR/EFTA-Staaten (Kap. 5.1) und dann diejenigen der Studie zu den EU-Mitgliedstaaten (Kap. 5.2) zusammen.

5.1 Die Ergebnisse für die EWR/EFTA-Staaten

In den vergangenen 25 Jahren gab es in allen EWR/EFTA-Staaten nur wenige, d.h. insgesamt 45 Fälle[112] vor nationalen Gerichten zum Beihilferecht, wobei die meisten Gerichtsverfahren nach 2006 zum Abschluss gelangten.[113] Die grösste Anzahl von Gerichtsfällen konnten in Island festgestellt werden (24),[114] gefolgt von Norwegen (19)[115] und Liechtenstein (2)[116].[117]

In 6 dieser 45 Fälle, aus Island und Norwegen, hatten Private, d.h. Konkurrentinnen des Beihilfe-Empfängers oder betroffene Dritte versucht, das Durchführungsverbot (Art. 1 Abs. 3 Satz 3 Teil I des Protokolls 3 zum ÜGA) durchzusetzen.[118] Nur in einem Fall, nämlich in der Rechtssache *Synnøve Finden*, stellte das nationale (norwegische) Gericht eine Verletzung des Durchführungsverbotes fest.[119] In zwei isländischen Fällen überschritt das nationale Gericht sogar seine Kompetenzen, indem es feststellte, dass die Beihilfe mit dem EWRA konform sei.[120]

Alle anderen Fälle betrafen die Rückforderung von Beihilfen, wobei einer davon (aus Liechtenstein) einen rein nationalen Sachverhalt aufwies. In casu ging es um die Rückzahlung von Medienförderung gestützt auf das Medienförderungsgesetz (MFG).[121] Die übrigen Fällen drehten sich um die öffentliche Durchsetzung von Beihilfe-Beschlüssen der EFTA-Überwachungsbehörde. Zwei dieser Rückforderungsfälle sind wegweisend. Sie zeigen, dass Beihilfe-Beschlüsse der EFTA-Überwachungsbehörde in Liechtenstein und Norwegen – trotz unklarer innerstaatlicher Rechtslage – beachtet und umgesetzt werden.[122] Es handelt sich dabei um den bereits erwähnten liechtensteinischen Fall der Rückforderung von Steuerbeihilfen für firmeneigene Versicherungsge-

---

[107] Vgl. § 879 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1.6.1811 (ABGB), LGBl. 1003 Nr. 001, LR 210.0; Art. 102 und Art. 106 LVG; *Schirmer/Steiner*, Beihilfe-Fälle des EFTA-Gerichtshofs, 44 f.

[108] Art. 108 Abs. 1 und 2 sowie Art. 263 AEUV; Art. 62 Abs. 1 und Art. 108 Abs. 2 lit. b EWRA; Art. 1 Abs. 1 und 2 Teil I Protokoll 3 ÜGA; EuGH, *van Calster und Cleeren*, verbundene Rs. C-261/01 und C-262/01, ECLI:EU:C:2003:571, Rn. 75; EuGH, *Steinike & Weinlig*, C-78/76, ECLI:EU:C:1977:52, Rn. 9; EuGH, *Piaggio*, C-295/97, ECLI:EU:C:1999:313, Rn. 31; EFTA Court, *Synnøve Finden*, E-01/16, EFTA Court Report [2016] p. 929, Rn. 47; EFTA-Überwachungsbehörde, Entscheidung Nr. 254/09/KOL über die Durchsetzung des Beihilfenrechts, Rn. 17; *EFTA Surveillance Authority* (Hrsg.), Study on state aid private enforcement (2019), 5; *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 5.

[109] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019); *EFTA Surveillance Authority* (Hrsg.), Study on state aid private enforcement (2019).

[110] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 7.

[111] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 27.

[112] Ein Fall kann mehrere Gerichtsinstanzen umfassen.

[113] *Eliassen/Nordby/Kerle/Alterskjær/Lund*, EEA EFTA wide conclusions, 9.

[114] *EFTA Surveillance Authority* (Hrsg.), Study on state aid private enforcement (2019), Annex I.1, S. 73 ff. und Annex I.3, S. 85 f.

[115] *EFTA Surveillance Authority* (Hrsg.), Study on state aid private enforcement (2019), Annex II.1, S. 115 ff. und Annex III.2, S. 135 ff.

[116] Nur in einem der liechtensteinischen Fälle handelte es sich um einen Verstoss gegen Art. 61 Abs. 1 EWRA. Der andere Fall betraf die Rückforderung von Medienförderung und war ein rein nationaler Fall. *EFTA Surveillance Authority* (Hrsg.), Study on state aid private enforcement (2019), Annex II.1, 87 ff.

[117] *Eliassen/Nordby/Kerle/Alterskjær/Lund*, EEA EFTA wide conclusions, 7.

[118] *Eliassen/Nordby/Kerle/Alterskjær/Lund*, EEA EFTA wide conclusions, 7.

[119] *Eliassen/Nordby/Kerle/Alterskjær/Lund*, EEA EFTA wide conclusions, 8; *Eliassen/Nordby/Kerle/Alterskjær/Lund*, Norway, 63 und 118 ff.

[120] *Eliassen/Nordby/Kerle/Alterskjær/Lund*, EEA EFTA wide conclusions, 16.

[121] VGH 2008/8 (nicht publiziert); Eine Zusammenfassung des Urteils findet sich in: *Schirmer/Steiner*, Liechtenstein, 92 ff.

[122] *Eliassen/Nordby/Kerle/Alterskjær/Lund*, EEA EFTA wide conclusions, 7.

sellschaften[123] und um die Rechtssache *Hydro/Søral*[124] aus Norwegen, in der sich die Frage stellte, ob die Rückforderungsfrist nach innerstaatlichem Recht verjährt war. Dies wurde in casu verneint, da die Verjährungsfrist am Tag des Rückforderungsentscheides zu laufen beginne.[125]

In keinem der 45 Beihilfe-Fälle nutzten die nationalen Gerichte die Möglichkeit der Zusammenarbeit mit der EFTA-Überwachungsbehörde, wie sie in der Entscheidung Nr. 254/09/KOL über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte beschrieben wird.[126]

5.2 Die Ergebnisse der Studie betreffend die EU-Mitgliedstaaten

Die Studie betreffend die Durchsetzung des Beihilferechts durch nationale Gerichte in den EU-Mitgliedstaaten stellt einen Anstieg von Beihilfe-Fällen, insbesondere seit der Wirtschaftskrise von 2008, fest.[127] So verdreifachte sich ihre Anzahl von 2007 bis 2017.[128]

Die Fallzahl der privaten Durchsetzung des Beihilferechts (insgesamt 594 Fälle) war höher als die der öffentlichen Durchsetzung von Negativbeschlüssen der Kommission[129] (insgesamt 172 Fälle).[130] Die Autoren der Studie erklärten dies mit der Tatsache, dass viele Mitgliedstaaten in ihrer Rechtsordnung entweder ein spezielles Verfahren für die Rückforderung von Beihilfen vorsähen oder die direkte Umsetzbarkeit von Beschlüssen der Kommission zuliessen.[131] Einstweilige Massnahmen, d.h. die Aussetzung der Rückforderung, seien bei der öffentlichen Durchsetzung von Beihilfe-Beschlüssen nur in 5 Fällen bewilligt worden.[132]

Im Zusammenhang mit der öffentlichen Durchsetzung des Beihilferechts zeigte die Studie, dass die nationalen Gerichte vor allem bei der Berechnung der Zinsen, bei der Rückforderung widerrechtlicher Beihilfen von insolventen Begünstigten sowie bei der Identifizierung dieser Begünstigten nach einer Insolvenz Schwierigkeiten hatten.[133] Bei der privaten Durchsetzung des Beihilferechts schienen die nationalen Gerichte mit der Beihilfe-Definition Schwierigkeiten zu haben.[134] Hervorgehoben wurde eine deutsch-österreichische Besonderheit bei widerrechtlichen Beihilfen, die auf einem Vertrag beruhen: Der Vertrag sei in diesen Fällen null und nichtig.[135]

Die Bestimmung des zuständigen nationalen Gerichts für die private Durchsetzung des Beihilferechts erfolge in den meisten EU-Mitgliedstaaten nach den allgemeinen Regeln des Prozessrechts. Nur Italien habe ad hoc Regeln für die Bestimmung des zuständigen Gerichts in Beihilfe-Angelegenheiten, wobei die Sachkompetenz – mit Ausnahme von Schadenersatzklagen – den Verwaltungsgerichten zufalle.[136] Bei Betrug im Zusammenhang mit der Gewährung einer Beihilfe seien in manchen EU-Mitgliedstaaten auch die Strafgerichte zuständig (z.B. in Deutschland). Sofern ein Gesetz, das eine Beihilfe gewährt, angefochten werde, müsse dies in einigen EU-Mitgliedstaaten beim Verfassungsgericht erfolgen (z.B. in Belgien oder Italien).[137]

Die Studie kam zum Ergebnis, dass die nationalen Gerichte in den EU-Mitgliedstaaten selten Schadenersatz im Zusammenhang mit einer Verletzung des Beihilferechts gewährt hatten (d.h. nur in 6 Fällen).[138] Sie seien aber i.d.R. auf Schadenersatzklagen eingetreten, wenn bereits ein Negativbeschluss der Kommission vorgelegen habe.[139] Die Autoren vermuteten, dass dies an der ungenügenden Begründung des Schadenersatzbegehrens, der Nichterfüllung des Beihilfe-Tatbestands oder den hohen Anforderungen an die Beweislast (insbesondere der Beweis der Kausalität zwischen Beihilfe und Schaden) gelegen haben könnte.[140] Fehlende Kenntnisse der Anwältinnen oder der Richterinnen über das Beihilferecht schlossen sie aufgrund der Ergebnisse der Untersuchungen aus.[141] Sie empfahlen für die Ermittlung des Schadensumfanges den Leitfaden der Kommission zu Schadenersatzklagen im Kartellrecht[142] beizuziehen.[143]

---

[123] *Schirmer/Steiner*, Liechtenstein, 37, 44 und 87 ff.; *Eliassen/Nordby/Kerle/Alterskjær/Lund*, EEA EFTA wide conclusions, 7. Siehe auch: Kap. 3 oben.

[124] *Eliassen/Nordby/Kerle/Alterskjær/Lund*, EEA EFTA wide conclusions, 114 ff.

[125] *Eliassen/Nordby/Kerle/Alterskjær/Lund*, EEA EFTA wide conclusions, 15; *Eliassen/Nordby/Kerle/Alterskjær/Lund*, Norway, 70 und 114 ff.

[126] EFTA-Überwachungsbehörde, Entscheidung Nr. 254/09/KOL über die Durchsetzung des Beihilfenrechts, Rn. 74 ff.; *EFTA Surveillance Authority* (Hrsg.), Study on state aid private enforcement (2019), 4.

[127] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 7.

[128] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 30 ff. und 61 ff.

[129] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 14.

[130] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 29.

[131] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 33 und 91.

[132] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 50.

[133] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 56 ff. und 91.

[134] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 85 f.

[135] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 82.

[136] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 64.

[137] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 64.

[138] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 78 und 81.

[139] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 81.

[140] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 78 f. und 92.

[141] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 79.

[142] Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs Die EFTA-Überwachungsbehörde hat diesen Leitfaden bisher noch nicht übernommen.

[143] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 93.

Einige nationale Gerichte nutzten die Kooperations-Möglichkeit mit der Kommission bei Klagen betreffend das Beihilferecht.[144] Dies führte vermutlich zu einer Reduktion von Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH.[145]

6. Schlussfolgerungen für den EWR und für Liechtenstein

Die Studien betreffend die Durchsetzung des Beihilferechts vor den nationalen Gerichten in der EU bzw. im EWR tragen sicherlich dazu bei, Mitglieder der Behörden und Gerichte sowie Anwältinnen noch stärker für diese Thematik zu sensibilisieren.

Abgesehen von der Frage der direkten Wirkung des Durchführungsverbotes – die vom EFTA-Gerichtshof bisher noch nicht entschieden worden ist – und der zuständigen Kontrollbehörde,[146] scheint sich das Beihilferecht des EWR inhaltlich nicht von demjenigen der EU zu unterscheiden.

Über die Gründe, warum die Gerichte der EWR/EFTA-Staaten – im Gegensatz zu den Gerichten einiger EU-Mitgliedstaaten, die sich mit ihren Fragen zum Beihilferecht an die Kommission wandten – bisher noch nicht von der Kooperations-Möglichkeit mit der EFTA-Überwachungsbehörde Gebrauch gemacht haben, lässt sich nur spekulieren. Ein möglicher Grund könnte die geringe Anzahl von Fällen der privaten Durchsetzung des Beihilferechts sein: In den EWR-/EFTA-Staaten gab es bisher nur einen Fall. In diesem ersuchte das norwegische Gericht den EFTA-Gerichtshof um eine Vorabentscheidung.[147] Der EFTA-Überwachungsbehörde auch noch (dieselben) Fragen zum Fall zu stellen, hätte eine unnötige Doppelspurigkeit ergeben. Ein anderer Grund könnte die Unsicherheit hinsichtlich der Rechtsgrundlage sein. Die Beihilfe-Verfahrensverordnung (2015/1589/EU), welche Bestimmungen zur Kooperation enthält, wurde bisher noch nicht ins EWR-Recht übernommen. Das Kooperationsverfahren ist daher im EWR nur im «soft-law», d.h. in der Entscheidung Nr. 254/09/KOL über die Durchsetzung des Beihilfenrechts, geregelt.[148]

Die Ergebnisse der EU-Studie lassen vermuten, dass auch in den EWR/EFTA-Staaten Private bei Klagen aufgrund einer Verletzung des Durchführungsverbotes Schwierigkeiten haben werden, vor einem nationalen Gericht ihre Schadenersatzforderungen erfolgreich durchzusetzen. Beweislasterleichterungen für diese beihilferechtlichen Fälle wären aus Sicht der Geschädigten sicherlich wünschenswert. Sie würden die beihilfegewährenden Behörden wohl dazu bringen die Vorgaben des Beihilferechts und insbesondere das Durchführungsverbot einzuhalten.

Wie sich aus der EU-Studie ergibt, stieg die Anzahl der Fälle der privaten Durchsetzung des Beihilferechts seit der Wirtschaftskrise im Jahr 2008 an. Ob in den EWR/EFTA-Staaten und insbesondere in Liechtenstein in Zukunft die Anzahl Privater zunimmt, die auf dem Gerichtsweg versuchen das Beihilferecht durchzusetzen, bleibt abzuwarten. Eine Beschwerde bei der EFTA-Überwachungsbehörde[149] wird wohl für die Betroffenen immer noch die kostengünstigere Variante darstellen.

Literaturverzeichnis

Arnesen, Finn/Fredriksen, Halvard Haukeland/Graver, Hans Petter/Mestad, Ola/Vedder, Christoph (Hrsg.), Agreement on the European Economic Area – a commentary, München 2018.

Baudenbacher, Carl, Was ist aus dem Gutachten des EuGH 1/91 geworden?, in: Baur (Hrsg.), Europäer, Botschafter, Mensch, Schaan 2007, 79–107 (*Baudenbacher*, Gutachten des EuGH 1/91).

Baudenbacher, Carl (Hrsg.), The Handbook of EEA Law, Cham 2016.

Baur, Georges (Hrsg.), Europäer, Botschafter, Mensch, Schaan 2007.

Baur, Georges, Kohärente Interpretationsmethode als Instrument europarechtskonformer Rechtsanwendung – eine rechtspolitische Skizze, in: Liechtenstein-Institut (Hrsg.), 25 Jahre Liechtenstein-Institut, Vaduz 2011, 47–65 (*Baur*, Kohärente Interpretationsmethode).

Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 (BuA Nr. 46/1992).

Biondi, Andrea/Stefan, Oana, The Notice on the Notion of State Aid: Every Light Has Its Shadow, in: Nascimbene/Di Pascale (Hrsg.), Modernisation of state aid for economic and social development, Cham 2018, 43–61 (*Biondi/Stefan*, Notice on the Notion of State Aid).

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage, München 2016.

Commission (Hrsg.), Study on the enforcement of state aid law at national level, Luxembourg 2006.

Commission (Hrsg.), 2009 update of the 2006 Study on the enforcement of State aid rules at national level, Luxembourg 2009.

Commission (Hrsg.), Study on the enforcement rules and decisions of State aid by national courts, Luxembourg 2019.

Conte, Giuseppe/Kavanagh, James, Advantage, in: Werner/Verouden (Hrsg.), EU state aid control, Alphen aan den Rijn 2017, 65–86 (*Conte/Kavanagh*, Advantage).

Cremer, Wolfram, Art. 108 AEUV, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage, München 2016, 1469 (*Cremer*, Art. 108 AEUV).

Dorn, Jenny Katharina, Private und administrative Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht,

[144] Art. 29 Beihilfe-Verfahrensverordnung (2015/1589/EU); Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts, Rn. 77 ff.; *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 56 und 109 ff.

[145] *Commission* (Hrsg.), Study on the enforcement of State aid rules (2019), 56.

[146] D.h. die Kommission für die EU Mitgliedstaaten und die EFTA-Überwachungsbehörde für die EWR/EFTA-Staaten.

[147] Siehe: EFTA Court, *Synnøve Finden*, E-01/16, EFTA Court Report [2016] p. 929, Rn. 23.

[148] EFTA-Überwachungsbehörde, Entscheidung Nr. 254/09/KOL über die Durchsetzung des Beihilfenrechts, Rn. 21 ff.

[149] Siehe: http://www.eftasurv.int/state-aid/complaints/ (die Beschwerdeführerin kann verlangen, dass ihre Identität nicht bekannt gegeben wird).

Baden-Baden 2017 (*Dorn*, Private und administrative Rechtsdurchsetzung).

EFTA Surveillance Authority (Hrsg.), Study on state aid private enforcement by national courts in the EFTA EEA states, Bruxelles 2019.

EFTA-Überwachungsbehörde, Entscheidung Nr. 254/09/KOL zur 71. Änderung der verfahrens- und materiellrechtlichen Vorschriften für staatliche Beihilfen durch die Einfügung eines neuen Kapitels über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. L 115 vom 5.5.2011, S. 13–30 (EFTA-Überwachungsbehörde, Entscheidung Nr. 254/09/KOL über die Durchsetzung des Beihilfenrechts).

EFTA-Überwachungsbehörde, Entscheidung Nr. 3/17/COL vom 18.01.2017 über die 102. Änderung der verfahrens- und materiellrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen durch Einfügung neuer Leitlinien zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 61 Absatz 1 des EWR-Abkommens, ABl. L 342 vom 21.12.2017, S. 35–84 (EFTA-Überwachungsbehörde, Entscheidung Nr. 3/17/COL zum Begriff der staatlichen Beihilfe).

Eliassen, Amie/Nordby, Frederik/Kerle, Clemens/Alterskjær, Bjørnar/Lund, Robert, EEA EFTA wide conclusions, in: EFTA Surveillance Authority (Hrsg.), Study on state aid private enforcement by national courts in the EFTA EEA states, Bruxelles 2019, 5–21 (*Eliassen/Nordby/Kerle/Alterskjær/Lund*, EEA EFTA wide conclusions).

Eliassen, Amie/Nordby, Frederik/Kerle, Clemens/Alterskjær, Bjørnar/Lund, Robert, Norway, in: EFTA Surveillance Authority (Hrsg.), Study on state aid private enforcement by national courts in the EFTA EEA states, Bruxelles 2019, 51–72 und 114–150 (*Eliassen/Nordby/Kerle/Alterskjær/Lund*, Norway).

Jaeger, Thomas/Haslinger, Birgit (Hrsg.), Beihilferecht Jahrbuch 2019, Wien 2019.

Jordal, Christian/Mathisen, Gjermund, Article 62 EEA Agreement, in: Arnesen, et al. (Hrsg.), Agreement on the European Economic Area – a commentary, München 2018, 599–605 (*Jordal/Mathisen*, Art. 62 EEA Agreement).

Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. C 85 vom 9.4.2009, S. 1–22 (Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts).

Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 262 vom 19.7.2016, S. 1–50 (Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe).

Kommission, Pressemitteilung vom 7.1.2019: Staatliche Beihilfen: EU-Kommission plant Verlängerung beihilferechtlicher Vorschriften und Einleitung einer Evaluierung, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_19_182 (Stand: 10.02.2020).

Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, SWD(2013) 205 11.6.2013 (Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs).

Krajewski, Markus, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, Berlin 2011 (*Krajewski*, Grundstrukturen).

Liechtenstein-Institut (Hrsg.), 25 Jahre Liechtenstein-Institut, Vaduz 2011.

Nascimbene, Bruno/Di Pascale, Alessia (Hrsg.), Modernisation of state aid for economic and social development, Cham 2018.

Overkamp, Philipp/Brinkschmidt, Johannes, Der Beihilfenbegriff im Wandel: Die Entscheidung des EuGH zum EEG 2012 als Wendepunkt der «Beihilfenpolitik»?, DöV, 2019/21, S. 868 ff.

Philipp, Constanze, EU und Daseinsvorsorge, München 2019 (*Philipp*, EU und Daseinsvorsorge).

Rydelski, Michael Sánchez, State Aid, in: Baudenbacher (Hrsg.), The Handbook of EEA Law, Cham 2016, 575–603 (*Rydelski*, State Aid).

Schirmer, N. Sarah/Steiner, Enya, Liechtenstein, in: EFTA Surveillance Authority (Hrsg.), Study on state aid private enforcement by national courts in the EFTA EEA states, Bruxelles 2019, 34–50 und 87–113 (*Schirmer/Steiner*, Liechtenstein).

Schirmer, N. Sarah/Steiner, Enya, Neuere Beihilfe-Fälle des EFTA-Gerichtshofs, in: Jaeger/Haslinger (Hrsg.), Beihilferecht Jahrbuch 2019, Wien 2019, 537–557 (*Schirmer/Steiner*, Beihilfe-Fälle des EFTA-Gerichtshofs).

Tynes, Dóra Sif, Art. 108 EEA, in: Arnesen, et al. (Hrsg.), Agreement on the European Economic Area – a commentary, München 2018, 828–840 (*Tynes*, Art. 108 EEA).

Tynes, Dóra Sif/Snæbjörnsson, Guðmundur, Island, in: EFTA Surveillance Authority (Hrsg.), Study on state aid private enforcement by national courts in the EFTA EEA states, Bruxelles 2019, 22–33 und 73–86 (*Tynes/Snæbjörnsson*, Island).

Verouden, Vincent/Werner, Philipp, Introduction – The Law and Economics of EU State Aid Control, in: Werner/Verouden (Hrsg.), EU state aid control, Alphen aan den Rijn 2017, 7–62 (*Verouden/Werner*, Introduction).

Werner, Philipp/Verouden, Vincent (Hrsg.), EU state aid control, Alphen aan den Rijn 2017.

Die EWR-rechtliche Dimension des Brexit

Stefan Barriga/Esther Schindler[1]

I. Einleitung

In der öffentlichen Diskussion der letzten Jahre kamen die Begriffe «Brexit» und «EWR» vor allem dann in gegenseitige Nähe, wenn über mögliche Integrationsmodelle für das Vereinigte Königreich (VK) nach dem EU-Austritt spekuliert wurde. Weniger Beachtung fanden dagegen die zeitgleich stattfindenden konkreten Vorbereitungen seitens der EWR/EFTA-Staaten Liechtenstein, Island und Norwegen auf den EU-Austritt des VK. Zu Unrecht: Der mit dem Brexit verbundene Austritt des VK aus dem EWR-Abkommen (EWRA)[2] und die zur Abfederung seiner Auswirkungen verhandelten Rechtsinstrumente werfen interessante rechtliche Fragen auf. Diese werden im Folgenden beleuchtet, insbesondere aus liechtensteinischer Sicht.

II. Zusammenarbeit mit EU bzw. VK

Intensiver Dialog

Mit der Übermittlung des formellen EU-Austrittsbescheids am 29. März 2017 begann auch für die EWR/EFTA-Staaten die zweijährige Frist zur Vorbereitung auf den Brexit. Eine komplexe Aufgabe, denn «Brexit means Br(EEA)xit»[3]: Er impliziert den Rückzug des VK aus dem EWR-Abkommen. Dieses bildete seit mehr als zwei Jahrzehnten die Grundlage für die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den EWR/EFTA-Staaten und dem VK. Mit dem Wegfallen diese Grundlage drohten – und drohen zum Teil noch immer – massive Veränderungen, und zwar hauptsächlich zum Nachteil der Betroffenen. Auf dem Spiel stehen insbesondere die Rechte jener Bürgerinnen und Bürger beider Seiten, die diverse Lebensentscheidungen auf der Grundlage der EWR-rechtlichen Personenfreizügigkeit getroffen hatten. Würden liechtensteinische Staatsbürger, die bereits vor dem Brexit ins VK gezogen waren, auch weiterhin dort wohnen und arbeiten dürfen? Würden ihre beruflichen Qualifikationen weiterhin anerkannt bleiben? Was geschieht mit ihren Rechten aus der Sozialversicherung, insbesondere den Pensionsansprüchen? Und mit Blick auf die Wirtschaftsbeziehungen (das VK ist für Liechtenstein einer der wichtigsten Handelspartner)[4]: Was wird aus dem derzeit bestehenden, dem EWR-Niveau entsprechenden freien Marktzugang?

Die EWR/EFTA-Staaten bereiteten sich gemeinsam auf diese Herausforderung vor. In Brüssel gründeten sie eine Ad-Hoc-Arbeitsgruppe, die die zahlreichen Rechtsfragen intern vorbesprechen sollte. In den Aussenministerien wurden Brexit-Koordinatoren ernannt, die inhaltliche Prioritäten koordinierten. Dazu kamen separate Gesprächskanäle der EWR/EFTA-Staaten mit EU-Vertretern einerseits und VK-Vertretern andererseits, die sich im Laufe der Zeit zu intensiven Dialogen entwickelten – von Experten- bis zur Regierungsebene. Auch EU-Chefunterhändler Michel Barnier traf sich mehrmals mit den EWR/EFTA-Aussenministern in Brüssel. Zu Beginn standen noch die Fragen der Modalitäten des EWR-Austritts im Mittelpunkt (siehe unten III.), ehe inhaltliche Fragen – insbesondere zu den «Bürgerrechten»[5] – in den Mittelpunkt rückten. Die Situation der EWR/EFTA-Staaten glich der von Scheidungskindern: Während EU und VK intensiv und teils öffentlich über den Scheidungsvertrag stritten, versicherten beide den EWR/EFTA-Staaten doch stets ihren guten Willen und die Absicht, die guten Beziehungen zu diesen in keiner Weise zu beeinträchtigen. Seitens der EU äusserte sich das insbesondere in dem Bekenntnis, die «Integrität des Binnenmarktes» unter allen Umständen zu wahren.[6] Zudem wurden die EWR/EFTA-Staaten regelmässig von der zuständigen Task Force (TF50) über den Verlauf der Verhandlungen informiert (jedoch nicht direkt als Beobachter zugelassen). Das VK wiederum bot grundsätzlich an, soweit relevant die im EU-Austrittsvertrag enthaltenen Lösungen auch auf die EWR/EFTA-Staaten anzuwenden.[7]

Format des EWR-Austrittsabkommens

Für diese Lösungen musste jedoch zunächst das geeignete rechtliche Gefäss gefunden werden. Zwei Optionen standen primär zur Wahl: Zum einen eine gemeinsame, trilaterale Lösung – wie etwa ein direktes Andocken der EWR/EFTA-Staaten an den EU/VK-Austrittsvertrag. Letzteres wäre etwa im Wege des üblichen Verfahrens vorstellbar, das zur Übernahme von EU-Rechtsakten in das EWR-Abkommen angewendet wird.[8] Dies wäre einerseits effizient gewesen, da man sich separate Verhandlungen wohl im Wesentlichen erspart hätte. Für TF50 allerdings hätten sich die ohnehin schon hoch komplexen Verhandlungen mit dem VK möglicherweise noch weiter verkompliziert. Und es wäre auch eine riskante Variante gewesen, da im Falle des Scheiterns der Verhandlungen zwischen EU und VK (No-Deal-Szenario) auch die EWR/EFTA-Staaten ohne Abkommen dagestanden wären.

---

[1] Stefan Barriga ist Botschafter-Stellvertreter an der liechtensteinischen Mission in Brüssel. Esther Schindler ist Leiterin der Fachexpertenstelle Brexit im Ministerium für Äusseres, Justiz und Kultur.

[2] Abkommen vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum, LGBl 1995 Nr. 68.

[3] *Hillion*, Brexit Means Br(EEA)Xit: The UK withdrawal from the EU and its implications for the EEA, Common Market Law Review 2018, 135.

[4] *Brunhart*, Wirtschafts- und Finanzdaten zu Liechtenstein, Datenstand: 30. Mai 2019.

[5] Gemeint sind damit nicht etwa bürgerliche Rechte im menschenrechtlichen Sinn, sondern die bereits erworbenen Rechte von EWR-Bürgern, die die Personenfreizügigkeit in Anspruch genommen haben.

[6] Siehe z.B. die jüngsten Schlussfolgerungen des EWR-Rates auf der Webseite des Rats der Europäischen Union, Conclusions of the 52nd meeting of the EEA Council, https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/11/19/conclusions-of-the-52nd-meeting-of-the-eea-council/ (Stand 19. Februar 2020).

[7] Webseite der Regierung des Vereinigten Königreichs, Plans outlined to extend ‹settled status› deal to citizens from Iceland, Liechtenstein and Norway, https://www.gov.uk/government/news/plans-outlined-to-extend-settled-status-deal-to-citizens-from-iceland-liechtenstein-and-norway (Stand 14. Februar 2020).

[8] *Hillion*, Brexit Means Br(EEA)Xit: The UK withdrawal from the EU and its implications for the EEA, Common Market Law Review 2018, 135.

Die Wahl fiel daher auf ein separates bilaterales Instrument, das zwischen den EWR/EFTA-Staaten und dem VK direkt ausverhandelt wurde und sich inhaltlich an den laufenden Entwürfen des EU/VK-Austrittsvertrages orientierte. Nach rund acht-monatigen Verhandlungen wurde das EWR-Austrittsabkommen[9] am 30. November 2018, also rund vier Monate vor dem ursprünglich geplanten Austrittstermin (Ende März 2019), in London paraphiert.[10]

No-Deal-Vorbereitungen

Der Entwurf des EWR-Austrittsabkommens beruhte auf der Annahme, dass sich EU und VK einigen und dass es somit zu einem geregelten Brexit kommen würde. Das britische Parlament verweigerte jedoch dem von Premierministerin Theresa May ausverhandelten Vertragsentwurf die Zustimmung. Das Risiko eines ungeregelten Austritts per Ende März 2019 stieg an. Den EWR/EFTA-Vertretern war daher ebenfalls keine Pause vergönnt. Auf drei Schienen wurden die Vorbereitungen für das No-Deal-Szenario intensiviert: Erstens wurde gemeinsam mit dem VK eine abgespeckte Version des EWR-Austrittsvertrags erarbeitet, welche auch ohne ein EU-Pendant umsetzbar gewesen wäre und in erster Linie die erworbenen Bürgerrechte geschützt hätte.[11] Zweitens übernahmen die EWR/EFTA-Staaten eine Reihe von EWR-relevanten EU-Rechtsakten, die diverse Aspekte des befürchteten harten Brexit abfedern sollten.[12] Und drittens vereinbarte das VK mit Norwegen/Island bzw. mit der Schweiz (auch betreffend Liechtenstein im Anwendungsbereich der Zollunion), dass die bestehenden Freihandelsabkommen dieser Staaten mit der EU zum Zeitpunkt des Brexit weiterhin bilateral auf das VK angewendet werden sollten. Dadurch würden gewisse Hindernisse im Warenverkehr vermieden, bis im Hinblick auf die zukünftigen Beziehungen eine umfassendere Lösung gefunden werden könnte.[13]

Nach zwei Verlängerungen der Austrittsfrist[14] und dem Sieg von Boris Johnson in den Parlamentswahlen vom 12. Dezember 2019 wurde jedoch klar, dass der Brexit, und somit auch der britische Austritt aus dem EWR-Abkommen, geregelt erfolgen würde. Daher wurde das EWR-Austrittsabkommen am 28. Januar 2020 unterzeichnet. Es wird voraussichtlich während des Übergangszeitraumes in Kraft treten.

III. Modalitäten des EWR-Austritts

In Art 127 EWRA heisst es: «Jede Vertragspartei kann von diesem Abkommen zurücktreten, sofern sie dies mindestens zwölf Monate zuvor den übrigen Vertragsparteien schriftlich mitteilt.» Eine britische EWR-Austrittserklärung gemäss dieser Bestimmung sucht man jedoch vergeblich. Ist das VK somit formell womöglich weiterhin EWR-Vertragsstaat? Das lässt sich klar verneinen. Mit dem Austritt aus der EU verlor das VK *ipso facto* auch den Status als EWR-Vertragsstaat.[15] Das ergibt sich einerseits allgemein aus Zweck, Inhalt und zahlreichen Einzelbestimmungen des EWRA: Aus diesen geht klar hervor, dass dem EWR nur EFTA- bzw. EU-Mitgliedsstaaten angehören. Andererseits folgt dies auch etwas spezifischer aus Art 126 EWRA. Demnach entspricht der territoriale Anwendungsbereich des Vertrages jenem der europäischen Verträge, zuzüglich der Territorien von Island, Liechtenstein und Norwegen. Und seit 31. Januar 2020 sind diese Verträge eben nicht mehr auf das VK anzuwenden.

Das VK ist somit aus dem EWR-Abkommen ausgetreten, ohne das dafür vorgesehene Verfahren eingehalten zu haben. Oder liesse sich argumentieren, dass Art 127 EWRA gar nicht erst anzuwenden wäre, wenn ein EWR-Austritt automatisch aus einem EU-Austritt folgt? Unseres Erachtens ginge diese Schlussfolgerung zu weit. Denn Art 127 EWRA macht auch in einem solchen Fall grundsätzlich Sinn, und seine Anwendung wäre auch aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswert.[16] Zudem hat die Austrittserklärung gemäss Art 127 EWRA das Abhalten einer diplomatischen Konferenz der restlichen Vertragsstaaten zur Folge, um nötige Vertrags-

---

[9] Abkommen zwischen Island, dem Fürstentum Liechtenstein, dem Königreich Norwegen und dem Vereinigten Königreich Grossbritannien und Nordirland über den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union, dem EWR-Abkommen und anderen Abkommen, die zwischen dem Vereinigten Königreich und den EWR/EFTA-Staaten aufgrund der Mitgliedschaft des Vereinigten Königreichs in der Europäischen Union gelten, LGBl 2020 Nr. 51.

[10] Zu den Inhalten des Abkommens siehe unten V.

[11] Der Entwurf des No-Deal-Abkommens sah beim Schutz der Bürgerrechte in etwa die gleichen Standards vor wie das EWR-Austrittsabkommen. Bemerkenswerterweise umfasst das auch die dynamische Übernahme der EWR-Regeln zur Koordination der Sozialversicherung. Das VK hätte somit in diesem Bereich weiterhin EU-Acquis übernommen, ohne die gleiche Verpflichtung gegenüber den EU27 einzugehen.

[12] Eine Gesamtübersicht der EU-Massnahmen unter dem Titel «Brexit Preparedness» ist auf der Website des Rats der Europäischen Union abrufbar, https://ec.europa.eu/info/brexit/brexit-preparedness/legislative-initiatives-and-other-legal-acts_en. In das EWR-Abkommen übernommen wurden insbesondere Rechtsakte im Bereich der Finanzdienstleistungen und im Transportwesen.

[13] Siehe die Pressemitteilungen der Regierung des VK, https://www.gov.uk/government/news/uk-norway-and-iceland-signtrade-continuity-agreement bzw. https://www.gov.uk/government/news/uk-and-switzerland-sign-trade-continuity-agreement (Stand 20. Februar 2020).

[14] Vom 30. März 2019 zunächst auf den 31. Oktober 2019 und dann auf den 31. Januar 2020.

[15] *Hillion* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder*, Agreement on the European Economic Area, A Commentary (2018), Art 127 Rz 16.

[16] In dem Fall bliebe für Argumente, wonach das VK mangels Austrittserklärung weiterhin ganz oder zumindest teilweise EWR-Vertragspartei bliebe, kein Platz mehr. Siehe *Hillion* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder*, Art 127 Rz 17.

anpassungen vorzunehmen.[17] Die Nichtbeachtung von Art 127 EWRA geht in einem solchen Fall aber mit keinerlei praktisch relevanter Konsequenz einher – und der Artikel bleibt somit insofern eine *lex imperfecta*. Rechtlich und praktisch zwingend ist die Austrittserklärung nur in einem recht eng begrenzten Fall: nämlich jenem eines Staates, der zwar EFTA-Mitglied bleiben, zugleich aber aus dem EWR austreten möchte.[18] Das spiegelt die grundsätzliche Logik wider, wonach der EWR-Beitritt für EU-Mitgliedsstaaten verpflichtend, für EFTA-Staaten dagegen optional ist.

IV. Der Übergangszeitraum

Mit dem britischen EU-Austritt am 31. Januar 2020 trat zugleich die Übergangsphase bis Ende 2020 in Kraft. Während dieser Zeit gilt das Unionsrecht, mit einigen wichtigen Ausnahmen vor allem institutioneller Natur, weiterhin «für das Vereinigte Königreich und im Vereinigten Königreich».[19] Während dieses Zeitraums, der unter streng definierten Bedingungen verlängert werden kann, ändert sich aus Sicht der Rechtsunterworfenen somit im Prinzip nichts. Insbesondere bleibt das VK im Binnenmarkt, und die vier Grundfreiheiten bleiben weiterhin anwendbar. Im Verhältnis zwischen dem VK und den EU27 ergibt sich dies direkt aus dem EU/VK-Austrittsvertrag.

Im Verhältnis zwischen dem VK und den EWR/EFTA-Staaten dagegen ist die rechtliche Grundlage für den Stillstand etwas komplizierter. Ausgangspunkt ist der Umstand, dass das VK seit 31. Januar 2020 kein EU-Mitglied und somit, wie oben ausgeführt, seit diesem Datum *ipso facto* auch kein EWR-Vertragsstaat mehr ist. Es gibt jedoch kein gemeinsames Rechtsinstrument aller EWR-Vertragsstaaten, welches – analog zum EU/VK-Austrittsabkommen – eine Übergangsphase für den EWR vorsieht. Dennoch wurde dasselbe Endresultat erzielt – in mehreren Schritten:

Der erste Schritt ist das oben erwähnte Prinzip, wonach das VK weiterhin dem Unionsrecht unterworfen ist. Zum Unionsrecht gehören auch internationale Übereinkünfte der Europäischen Union mit Drittstaaten[20] und somit auch das EWR-Abkommen. Hier manifestiert sich – aber nur im Innenverhältnis zwischen dem VK und den verbliebenen EU-Mitgliedstaaten – die Absicht, das VK für die Zwecke dieser Abkommen als EU-Mitgliedstaat zu behandeln. Dies impliziert, dass das VK weiterhin seinen Verpflichtungen aus diesen Abkommen gegenüber den betroffenen Drittstaaten nachkommen wird.[21] Hätte man es nur bei diesem ersten Schritt belassen, wären die EWR/EFTA-Staaten in den Genuss aller ihrer EWR-Rechte im Verhältnis zum VK gelangt, ohne selbst die reziproken Rechte zuzugestehen. Aus ihrer Sicht wäre das VK seit dem 31. Januar 2020 schlicht ein Nicht-EWR-Staat, der ihnen freiwillig EWR-Behandlung zubilligt.

In einem zweiten Schritt jedoch erliessen Island, Liechtenstein und Norwegen separat innerstaatliche Sondergesetze, nach denen das VK während der Übergangsphase für die Zwecke des EWR-Abkommens (und weiterer relevanter Instrumente) weiterhin als EU-Mitgliedstaat behandelt wird.[22]

In einem dritten Schritt notifizierte die EU-Kommission die Vertragsstaaten aller EU-Abkommen – darunter auch Island, Norwegen und Liechtenstein – per Verbalnote, «dass das Vereinigte Königreich während des Übergangszeitraums für die Zwecke dieser internationalen Übereinkünfte als Mitgliedstaat behandelt wird». Die EWR/EFTA-Staaten schickten separate, fast gleichlautende Antworten, in der sie ebenfalls Gleichbehandlung zusicherten.[23]

In einem vierten Schritt wiesen die EWR/EFTA-Staaten die EFTA-Überwachungsbehörde (ESA) sowie den EFTA-Gerichtshof an, das VK ebenfalls weiterhin als EU-Mitgliedstaat zu behandeln.[24]

Das Prozedere wirft einige Fragen auf:

Wieso wurde die Übergangslösung nicht direkt auf der Ebene des EWR-Abkommens verankert? Es wäre schlicht zu umständlich gewesen. Die EU-Seite hätte an einer solchen Lösung aktiv teilnehmen müssen; sie war aber voll und ganz auf die eigenen Brexit-Verhandlungen fokussiert.

Was ist der rechtliche Wert der Verbalnoten-Korrespondenz zwischen der EU und den Drittstaaten? Die Antwort ist zuerst im Wortlaut der Korrespondenz zu suchen. Dieser deutet stark darauf hin, dass die EU ihre Partner lediglich über ihr eigenes Vorgehen informiert, ohne sich gegenüber diesen völkerrechtlich binden zu wollen. So fehlen die für einen rechtsverbindlichen Notenaustausch typischen Formulierungen, insbesondere zum Inkrafttreten. Die sehr knapp formulierte EU-Note enthält auch keinerlei Angebot oder ein sonstiges inhaltliches Gesuch an die Partner, sich auf die eine oder andere Weise zu verhalten. Die liechtensteinische Antwort auf die Verbalnote ist ebenfalls eher als Information formuliert. Somit liegt in Summe wohl zu wenig vor, um eine völkerrechtliche Bindung abzulesen.

Was wäre, wenn die EWR/EFTA-Staaten die Reziprozität abgelehnt hätten? Niemand kann Island, Liechtenstein und Norwegen zwingen, das VK während der Übergangsphase als EU-Mitgliedstaat zu behandeln. Eine Weigerung hätte aber im spezifischen Kontext der EWR-Mitgliedschaft zu schwierigen Auslegungsproblemen ge-

---

[17] Trotz des britischen EWR-Austritts ist das VK in der Präambel des EWRA weiterhin als Vertragsstaat aufgeführt: Zumindest dies müsste bereinigt werden. Theoretisch könnte eine Anpassung des EWR-Vertrages in Folge eines Austritts einer Vertragspartei auch inhaltliche Regelungen treffen, z.B. im Zusammenhang mit dem Schutz bereits erworbener Rechte. Im Anlassfall des UK wurde diesbezüglich aber ein anderer Ansatz gewählt, wie in diesem Beitrag ausführlich beschrieben.

[18] Was vom Resultat her der Situation der Schweiz entspricht. Der analoge Fall auf EU-Seite ist grundsätzlich nicht vorgesehen: Ein EU-Mitglied hat keine Wahl, ob es dem EWR angehören möchte oder nicht. Siehe Art 128 EWRA.

[19] Art 127 Abs 1 Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Grossbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl L 2020/29, 7.

[20] Art 2 Abs a lit iv EU/VK-Austrittsabkommen ABl L 2020/29, 7.

[21] Art 129 Abs 1 EU-VK- Austrittsabkommen ABl L 2020/29, 7.

[22] Siehe dazu für Liechtenstein das sog. Brexit-Übergangsgesetz (Brexit-ÜG), LGBl 2020 Nr. 50.

[23] Für die liechtensteinische Antwortnote siehe Bericht und Antrag Nr. 139/2019 107.

[24] Bericht und Antrag Nr. 139/2019 106.

führt. Frei nach Schrödingers Katze: Wäre das VK dann im EWR als EU-Mitglied (aus Sicht der EU27) und gleichzeitig als EU-Nichtmitglied zu behandeln (aus Sicht der EWR/EFTA-Staaten; oder schlimmer noch: aus Sicht von nur ein oder zwei EWR/EFTA-Staaten)? Wie wäre dies mit der Homogenität des EWR zu vereinbaren? Hier könnte man zunächst argumentieren, dass das Prinzip der Homogenität gar nicht erst zur Anwendung kommt, da das VK ja schon seit Beginn der Übergangsphase kein EWR-Vertragsstaat mehr ist. Doch Homogenität entfaltet seine Wirkung nicht nur in Bezug auf die Rechte und Pflichten der EWR-Vertragsstaaten untereinander. Das EWR-Recht kennt vielmehr eine Vielzahl an Regelungen, die einen bestimmten Umgang mit Drittstaaten vorschreiben, so zum Beispiel im Bereich der Finanzdienstleistungen oder im Datenschutz. Und bei der Anwendung der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO/GDPR)[25], um beim Beispiel zu bleiben, sollte es unter allen verbliebenen EWR-Staaten nur *eine* Auslegung zur Frage geben, ob das VK während der Übergangsphase als Drittstaat einzustufen ist oder nicht. Hätte beispielsweise Liechtenstein die Reziprozität verweigert, dürfte es das VK dann tatsächlich als GDPR-Drittstaat behandeln? Oder *müsste* es das dann womöglich? Der Gedanke lässt sich weiterspinnen: Wenn das VK aus liechtensteinischer Sicht GDPR-Drittstaat wäre, könnte der Datenaustausch nur dann ohne zusätzliche Einschränkungen fortgesetzt werden, wenn die EU-Kommission dem VK die datenschutzrechtliche Angemessenheit bescheinigen würde. Doch aus ihrer Sicht ist das VK während der Übergangsphase gar kein Drittstaat, sondern eben als EU-Mitgliedsstaat zu behandeln – und ein Angemessenheitsbeschluss somit ausgeschlossen.

All dies lässt sich relativieren mit dem Verweis auf die Tatsache, dass Homogenität im EWR in der Praxis schon deshalb beschränkt ist, weil Teile des relevanten EU-Acquis mitunter verspätet (oder gar nicht) in das EWR-Abkommen übernommen werden. Ein Verweigern der Reziprozität durch die EWR/EFTA-Staaten wäre der Nichtübernahme von relevantem EU-Acquis durchaus vergleichbar.

Ist das VK nun während der Übergangsphase ein EWR-Vertragsstaat oder nicht? Formell gesehen nicht.[26] Auch wenn das EWR-Abkommen noch nicht entsprechend korrigiert ist (so steht das VK noch immer in der Liste der Vertragsstaaten in der Präambel), und auch wenn das VK seinen Austritt nicht nach Art 127 EWRA notifiziert hat, so ist es doch, wie oben dargelegt, kein EWR-Vertragsstaat mehr. Die Lage ist zu einem gewissen Grad vergleichbar mit jener auf der EU-Seite: Das VK ist per 31. Januar 2020 aus den EU-Verträgen ausgestiegen und somit kein EU-Mitgliedsstaat mehr. Zwar wird das VK seither im Unionsrecht grundsätzlich wie ein EU-Mitgliedstaat behandelt, das ändert jedoch nichts an dem Umstand, dass das VK gemäss Art 50 EUV aus der EU ausgetreten ist. Und *ipso facto* ist das VK aus dem EWR-Abkommen ausgetreten, ungeachtet des Umstandes, dass die EWR-Staaten das VK basierend auf einer Rechtsgrundlage ausserhalb des EWR-Abkommens weiterhin als EWR-Mitglied behandeln.

V. Das EWR-Austrittsabkommen

Im April 2018 begannen die Arbeiten zu einem bilateralen Austrittsabkommen zwischen den EWR/EFTA-Staaten und dem VK. Für beide Seiten war klar, dass das Abkommen die Lösung zwischen der EU und dem VK spiegeln sollte. Anpassungen sollten nur vorgenommen werden, wo das EWR-Abkommen solche erforderte. Während die EWR/EFTA-Staaten von Anfang an die Position vertraten, dass das bilaterale Abkommen alle EWR-relevanten Bereiche des EU-VK-Abkommens umfassen sollte, war die britische Seite in dieser Frage zu Beginn eher zurückhaltend. Priorität hatten aber bei allen Verhandlungspartnern die Bürgerrechte. Auch aus praktischen Gründen machte es Sinn mit diesem Kapitel zu beginnen. Das entsprechende Kapitel war im Entwurf des EU/VK-Abkommens nämlich bereits fertiggestellt, während in den anderen Bereichen noch keine definitiven Texte vorlagen. Dank der geschlossenen Haltung der EWR/EFTA-Staaten konnte das VK während den Verhandlungen schliesslich überzeugt werden, das Abkommen auf alle EWR-relevanten Bereiche auszudehnen. Auch in diesen Bereichen werden bestehende Rechte geschützt und eine reibungslose Abwicklung von laufenden Verfahren wird sichergestellt. Das Abkommen umfasst folgende Themenbereiche:

Bürgerrechte allgemein

Das Abkommen soll in erster Linie sicherstellen, dass sich für Personen, die unter die Freizügigkeitsrichtlinie[27] fallen, möglichst wenig ändert. Sie haben wichtige Lebensentscheidungen im guten Glauben auf das weitere Bestehen der Freizügigkeit getroffen und auf diesem Weg schützenswerte Rechte erworben.[28] Der geschützte Personenkreis umfasst einerseits EWR/EFTA-Staatsangehörige und ihre Familien, die am Ende des Übergangszeitraums im VK wohnen, und andererseits britische Staatsangehörige und ihre Familien, die am Stichtag (Ende des Übergangszeitraums) in einem EWR/EFTA-Staat wohnen. Voraussetzung ist, dass der Aufenthalt im Einklang mit der Freizügigkeitsrichtlinie steht. Das Abkommen ermöglicht zudem auch in Zukunft den

---

[25] Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 2016/119, 1.

[26] So heisst es auch auf der Webseite des EFTA-Sekretariats: «The United Kingdom (UK) ceased to be a Contracting Party to the EEA Agreement after its withdrawal from the EU on 31 January 2020.», Frequently asked questions on EFTA, the EEA, EFTA membership and Brexit, https://tinyurl.com/ufh3xkp (Stand 14. Februar 2020).

[27] Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 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, ABl L 2004/158, 77.

[28] Selbst wenn kein EWR-Austrittsabkommen zustande gekommen wäre, hätte die eine oder andere Person wohl versucht, den Schutz der erworbenen Rechte direkt auf der Grundlage der früher geltenden Rechtslage einzuklagen.

Familiennachzug von derzeitigen Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern, Eltern, Grosseltern, Kindern und Enkeln, sofern der Anspruch darauf bereits vor dem Stichtag bestand. Kinder werden durch das Austrittsabkommen selbst dann geschützt, wenn sie erst nach dem Stichtag oder ausserhalb des Aufnahmestaates geboren werden, in dem der EWR/EFTA- oder britische Staatsangehörige wohnt. Das Abkommen schützt auch die Rechte von Grenzgängern.

In den ersten fünf Jahren des Aufenthalts ab Einreise müssen die Voraussetzungen der Freizügigkeitsrichtlinie eingehalten werden. Im Wesentlichen sind diese erfüllt, wenn die Person: als Arbeitnehmender oder Selbstständiger erwerbstätig ist, ihren Lebensunterhalt selbst bestreiten kann und krankenversichert ist. Nach fünf Jahren hat die Person Anspruch auf einen Daueraufenthalt und muss keine Bedingungen mehr erfüllen. Der Daueraufenthaltsstatus geht erst durch eine Abwesenheit von mehr als fünf Jahren verloren. Die Freizügigkeitsrichtlinie sieht dagegen eine maximale Abwesenheit von zwei Jahren vor.[29] Strengere Bedingungen gelten hingegen für Personen, die eine Straftat begehen. Jede nach Ablauf des Übergangszeitraums begangene Straftat unterliegt dem nationalen Recht. Im VK bedeutet dies derzeit, dass bei Personen, die ein Verbrechen begehen, das zu einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten oder mehr geführt hat, eine Abschiebung in Betracht gezogen wird. In Liechtenstein liegt diese Grenze gemäss Ausländergesetz bei einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten.

Liechtensteins Sonderlösung zum Personenverkehr

Für Liechtenstein stellte sich in den Verhandlungen die Frage, wie die Einhaltung der Sonderlösung zum Personenverkehr sichergestellt werden kann. Diese beschränkt die Zahl der aus den EWR-Staaten neu zuwandernden Personen durch eine Quotenregelung. Das EWR-Austrittsabkommen betrifft jedoch nur die Rechte von Personen, die zum Stichtag bereits in Liechtenstein leben und somit bereits einen Aufenthaltstitel gemäss Quotenregelung haben. Die Beschränkung für neu zuwandernde Personen ist also nicht tangiert. Das Abkommen schützt nur bestehende Rechte und es können keine neuen Rechte daraus abgeleitet werden. Im Zusammenhang mit der liechtensteinischen Personenverkehrslösung bedeutet dies z.B., dass eine Person, die noch keinen Daueraufenthalt in Liechtenstein erworben hat, nicht gestützt auf das Austrittsabkommen ein Recht auf Statuswechsel geltend machen kann. Aus diesen Gründen war kein eigentlicher Vorbehalt im Abkommen nötig. Um Missverständnisse zu vermeiden, wird aber in der Präambel darauf hingewiesen, dass die liechtensteinische Sonderlösung zum Personenverkehr vorbehalten bleibt.

Sozialversicherungsrechtliche Koordinierung

Unter dieses Kapitel fallen Personen, die zum Stichtag in einer grenzüberschreitenden Situation sind, das heisst, bei denen aufgrund der Staatsangehörigkeit, der Tätigkeit oder des Wohnsitzes ein Bezug zum VK und einem EWR/EFTA-Staat besteht. Für sie ändert sich nichts. Derselbe Staat ist weiterhin zuständig für die Sozialversicherungen, erhebt Beiträge und gewährt Leistungen ohne Diskriminierung. Auch der Zugang zur medizinischen Versorgung ist diskriminierungsfrei gewährleistet. Bei Wohnsitz im nicht zuständigen Staat besteht Anspruch auf Krankenpflegeleistungen zulasten des zuständigen Staats. Bei Urlaub in einem Vertragsstaat gilt weiterhin die Europäische Krankenversicherungskarte. Familienleistungen werden nach wie vor ohne Einschränkung auch an Kinder gezahlt, die nicht im zuständigen Staat wohnhaft sind, auch für Kinder, die nach dem Ende des Übergangszeitraums geboren werden. Bei Eintritt der Arbeitslosigkeit nach dem Stichtag besteht Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Gegebenenfalls werden Leistungen für den zulässigen Zeitraum exportiert, um in einem anderen Vertragsstaat nach einer Stelle zu suchen. Bei einer Pensionierung nach dem Stichtag besteht weiterhin Anspruch auf Rente gemäss den nationalen Rechtsvorschriften. Versicherungszeiten aus einem anderen Vertragsstaat werden berücksichtigt für die Erfüllung der Mindestversicherungszeit und die Rente wird auch bei einem Wechsel des Wohnsitzes in einen anderen Vertragsstaat uneingeschränkt weiter ausgerichtet. Dies gilt auch für Invaliden- und Hinterlassenenrenten.

All diese Bestimmungen sind zwar in Summe sehr komplex, sie konnten aber im Wesentlichen inhaltsgleich aus dem EU-VK-Abkommen in das EWR-Austrittsabkommen übertragen werden. Dennoch bereitete dieses Kapitel in den Verhandlungen grössere technische Schwierigkeiten. Bei der sozialversicherungsrechtlichen Koordinierung zeigte sich nämlich am deutlichsten der Nachteil der Entscheidung, separate Instrumente für die EU27 bzw. die EWR/EFTA-Staaten zu verhandeln. Denn wie lässt sich der bilaterale Weg auf praktische Situationen anwenden, in denen Bezüge zu allen drei Räumen – VK, EU27 und EWR/EFTA – bestehen? Auf welcher Rechtsgrundlage könnte beispielsweise die liechtensteinische AHV-Anstalt die Versicherungszeiten von Personen zusammenrechnen, die während ihrer Karriere in einem EU-Mitgliedstaat, einem EWR/EFTA-Staat und im VK gearbeitet haben? Die EWR/EFTA-Staaten versuchten die EU für diese Problematik zu sensibilisieren und erarbeiteten Lösungsvorschläge. Liechtenstein war dabei federführend, da es heute schon in der Praxis häufig mit Dreieckskonstellationen (EU-Schweiz-Liechtenstein) konfrontiert ist. Die von den EWR/EFTA-Staaten präsentierte Lösung wäre recht einfach gewesen: Der persönliche Geltungsbereich der entsprechenden Bestimmungen im EU/VK-Austrittsabkommen sollte auf Staatsangehörige eines EWR-Staates ausgeweitet wer-

[29] Das EWR-Austrittsabkommen scheint somit auf den ersten Blick grosszügiger als die Rechtsgrundlage des ursprünglich erworbenen Rechts. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass das EWR-Austrittsabkommen nach dem Verlust des Aufenthaltsrechts keine Grundlage für den neuerlichen Erwerb bietet und sich insofern von der EWR-rechtlichen Freizügigkeit unterscheidet.

den[30]. Im Gegenzug würde das EWR-Austrittsabkommen in den relevanten Bereichen auch auf Bürger der EU27 ausgeweitet. Die EU lehnte diesen Vorschlag ab, nahm aber das grundsätzliche Anliegen zur Trilateralisierung auf und erarbeitete eine eigene Lösung. Diese basiert offenbar auf der Annahme, dass Dreiecksverhältnisse nur dann gelöst werden können, wenn es Rechtsgrundlagen in drei separaten Instrumenten gibt.[31] Das EU/VK-Austrittsabkommen (Art 33) ist daher nur dann auf EWR/EFTA-Staatsangehörige anwendbar, wenn auch das EWR-Austrittsabkommen auf Unionsbürger ausgedehnt wird (was auch geschehen ist, siehe Art 32) und wenn zudem ein drittes Abkommen zwischen den EWR/EFTA-Staaten und der EU abgeschlossen wird, das auf britische Staatsangehörigen anwendbar ist. Der Mehrwert dieses dritten Instruments, das noch vor dem Ende der Übergangszeit vereinbart werden müsste, ist nicht besonders klar. Schliesslich haben die EWR/EFTA-Staaten und die EU ja bereits in den jeweiligen Austrittsverträgen Bestimmungen, die auf VK anwendbar sind – genau dies war ja Sinn und Zweck der Übung.

Bereits in Verkehr gebrachte Waren

Das EWR-Austrittsabkommen sieht vor, dass Waren, die vor Ablauf des Übergangszeitraums in einem EWR/EFTA-Staat oder im VK rechtmässig in Verkehr gebracht wurden, weiterhin auf und zwischen diesen Märkten in freiem Verkehr bleiben dürfen, bis sie ihre Endverbraucher erreicht haben, und zwar ohne dass Produktänderungen oder eine erneute Kennzeichnung erforderlich sind. Dies bedeutet, dass Waren, die sich am Ende des Übergangszeitraums noch in der Vertriebskette befinden, ihre Endverbraucher in einem EWR/EFTA-Staat oder im VK erreichen können, ohne zusätzliche Produktanforderungen erfüllen zu müssen. Eine Ausnahme gilt für lebende Tiere und tierische Erzeugnisse, die ab dem Ende des Übergangszeitraums den auf Einfuhren und Hygienekontrollen an der Grenze anwendbaren Vorschriften auch dann unterliegen, wenn sie vor Ablauf des Übergangszeitraums in Verkehr gebracht wurden. Dies ist wegen der mit diesen Erzeugnissen verbundenen hohen Gesundheitsrisiken und der Notwendigkeit wirksamer Veterinärkontrollen erforderlich.

Geistiges Eigentum und geographische Herkunftsangaben

Das Abkommen schützt bestehende geographische Herkunftsangaben der EWR/EFTA-Staaten im VK. Das VK garantiert für diese mindestens dasselbe Schutzniveau, das sie derzeit im EWR geniessen. Die Umwandlung in ein britisches Recht erfolgt automatisch, ohne dass eine Überprüfung vorgenommen wird, und gebührenfrei. Die Herkunftsangaben bleiben im Rahmen des Austrittsabkommen rechtlich geschützt, sofern und solange keine neue Vereinbarung über geographische Herkunftsangaben im Rahmen der künftigen Beziehungen geschlossen wird. Bestehende britische Herkunftsangaben bleiben in der EU unberührt und sind daher weiter geschützt. Die liechtensteinischen geographischen Herkunftsangaben sind über das Handelsabkommen zwischen Liechtenstein, der Schweiz und dem VK geschützt.

Laufende polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit

Das Abkommen enthält auch Bestimmungen für die Abwicklung von bereits laufenden Verfahren der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, an denen britische Behörden beteiligt sind. Damit soll für die betroffenen Polizei- und Justizbehörden Klarheit geschaffen werden, welche Regeln für Verfahren gelten, die vor oder während des Übergangszeitraums begonnen haben und bei deren Ende noch nicht abgeschlossen sind. Die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit mit dem VK ergibt sich nicht aus dem EWR-Abkommen, sondern aus der Schengen-Assoziierung Islands, Liechtensteins und Norwegens. In diesem Bereich kommen zum Teil unterschiedliche Rechtsgrundlagen für Island, Liechtenstein und Norwegen zur Anwendung, da die drei Staaten unterschiedliche Assoziierungsabkommen mit der EU haben. So richten sich z.B. Rechtshilfegesuche in Strafsachen für Liechtenstein nach dem Schengen-Durchführungsübereinkommen, da das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen für Liechtenstein noch nicht in Kraft ist. Auch hat Liechtenstein anders als Island und Norwegen kein Abkommen über das Übergabeverfahren von Personen zur Strafverfolgung oder Strafvollstreckung mit der EU abgeschlossen.

Datenschutz

Während der EWR-Mitgliedschaft des VK haben private und öffentliche Einrichtungen in VK personenbezogene Daten von Unternehmen und Verwaltungen in EWR/EFTA-Staaten erhalten. Das Abkommen bestimmt, dass das VK nach Ablauf des Übergangszeitraums weiterhin zur Anwendung des EU-Datenschutzrechts wie der Datenschutzgrundverordnung auf diesen «Bestand personenbezogener Daten» verpflichtet ist. Dies gilt so lange, bis die EU in einem Äquivalenzentscheid feststellt, dass das VK als Drittstaat einen Schutz personenbezogener Daten gewährleistet, der dem Schutzniveau des EU-Rechts im Wesentlichen entspricht. Das VK strebt einen solchen Äquivalenzentscheid im Rahmen der zukünftigen Beziehungen mit der EU an, um den freien Datenfluss auch in Zukunft zu gewährleisten. Die EWR/EFTA-Staaten verpflichten sich ihrerseits, Daten, die sie vor dem Stichtag oder auf der Grundlage des vorliegenden Abkommens vom VK erhalten haben, nicht anders zu behandeln als Daten aus einem EWR-Staat, nur weil das VK kein EWR-Staat mehr ist.

Öffentliches Beschaffungswesen

Dieses Kapitel sorgt für Rechtssicherheit in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, die am Ende des Übergangszeitraums noch nicht abgeschlossen sind und nach

[30] Eine einfache, aber auf den ersten Blick vielleicht etwas überzogene Forderung? Im Gegenteil: Das EU-VK-Austrittsabkommen gewährt genau diese Behandlung selbst Angehörigen von Drittstaaten. Nur die EWR/EFTA-Staaten, die man in diesem Kontext kaum als Drittstaaten ansehen kann, wären somit davon ausgeschlossen gewesen.

[31] Der von Liechtenstein erarbeitete Vorschlag sah dagegen nur zwei Rechtsgrundlagen vor (das EU-VK-Austrittsabkommen sowie das EWR-Austrittsabkommen), welche in harmonisierter Weise alle drei Bezugspunkte (EU27, VK, EWR/EFTA) einbeziehen.

EWR-Recht zum Abschluss gebracht werden sollen. Ein Verfahren gilt als eingeleitet, wenn die Bekanntmachung erfolgt ist. Die britischen Behörden werden bis zu neun Monate nach Ende des Übergangszeitraums weiterhin für laufende Verfahren das EU-Online-Dokumentenarchiv (e-certis) für öffentliches Auftragswesen benutzen. Die EWR/EFTA-Staaten haben ebenfalls Zugriff auf dieses Archiv.

Institutionelles

Das VK hatte immer wieder betont, dass es den EWR/EFTA-Staatsangehörigen die gleichen Rechte wie den Unionsbürgern gewähren möchte. Zu Beginn der Verhandlungen lehnte es das VK aber ab, den EWR/EFTA-Staatsangehörigen ebenfalls Zugang zur unabhängigen nationalen Behörde (independent monitoring authority; IMA) zu gewähren, die für die Einhaltung der Bürgerrechte von Unionsbürgern vorgesehen ist und von den Befugnissen her quasi eine Brexit-spezifische Version der EU-Kommission darstellt. Das VK erwartete im Gegenzug auch nicht, dass sich britische Staatsangehörige bei mutmasslichen Verstössen an die EFTA-Überwachungsbehörde (ESA) wenden können. Stattdessen sollte der Rechtsschutz auf beiden Seiten durch nationale Instanzen gewährleistet werden. Die EWR/EFTA-Staaten vertraten aber die Ansicht, dass eine Gleichbehandlung mit EU-Staatsangehörigen nur sichergestellt ist, wenn auch die gleichen Möglichkeiten zur Durchsetzung der Rechte zur Verfügung stehen. Dank der geschlossenen Haltung der EWR/EFTA-Staaten konnte eine Änderung der britischen Position erreicht werden. Die IMA kann Beschwerden von EWR/EFTA-Staatsangehörigen und ihren Familienangehörigen entgegennehmen und prüfen, Untersuchungen aus eigener Initiative durchführen und vor britischen Gerichten rechtliche Schritte im Zusammenhang mit mutmasslichen Verstössen der britischen Verwaltungsbehörden gegen ihre Verpflichtungen aus dem Bürgerrechtsteil des Austrittsabkommens einleiten. Auf EWR/EFTA-Seite übernimmt die ESA diese Aufgaben, inklusive der Möglichkeit, den EFTA-Gerichtshof anzurufen. Damit findet die gewohnte Zwei-Pfeiler-Struktur des EWR zumindest auf der EFTA-Seite ihre Fortsetzung. Auf der VK-Seite besteht mit der IMA immerhin ein Brexit-spezifisches Pendant zur EU-Kommission. Dennoch konnte das institutionelle Gefüge des EU-VK-Abkommens nicht zur Gänze gespiegelt werden. Konkret: Eine Vorlage britischer Gerichte an den EuGH ist in Angelegenheiten der EWR/EFTA-Bürger versagt – anders als bei Unionsbürgern, für die dies noch acht Jahre lang vorgesehen ist. Dieses Instrument im EWR-Austrittsabkommen zu spiegeln, wäre schwer zu bewerkstelligen gewesen. Denn dafür hätte eine eigene Rechtsgrundlage mit der EU geschaffen werden müssen – eine Konsequenz des bilateralen Weges.

VI. Ausblick

Am 1. Februar 2020 hat die zweite Phase des Brexit-Prozesses begonnen, in der die zukünftigen Beziehungen mit dem VK geregelt werden sollen. Die grösste Herausforderung für alle Parteien stellt der extrem enge Zeitrahmen dar. Ohne Verlängerung des Übergangszeitraums müssen die Verhandlungen bis Oktober/November 2020 beendet sein, um das Abkommen noch rechtzeitig ratifizieren zu können. Eine Entscheidung über die Verlängerung des Übergangszeitraums müsste aber noch vor dem 1. Juli 2020 getroffen werden. Nach den Bestimmungen im Austrittsvertrag ist dies einmal für ein oder zwei Jahre möglich – also bis Ende 2021 oder Ende 2022. Premierminister Boris Johnson hat eine Verlängerung aber kategorisch ausgeschlossen und dies noch dazu gesetzlich festlegen lassen.

Die EU hat Ende Februar 2020 ihr Verhandlungsmandat für das zukünftige Abkommen mit dem VK verabschiedet. Erste Gespräche zwischen der EU und dem VK haben im März begonnen. Beide Seiten streben ein Freihandelsabkommen und keine weitergehende Binnenmarkt-ähnliche Integration an. Unterschiede in den Positionen bestehen aber betreffend Fischereirechten, Finanzdienstleistungen und der Notwendigkeit eines «level playing fields». Für das VK kommt die Übernahme von EU-Regeln für Wettbewerb, staatliche Subventionen, sozialen Schutz oder Umwelt nicht in Frage. Für die EU ist ein Bekenntnis zu einem offenen und fairen Wettbewerb hingegen Bedingung für ein ambitioniertes Freihandelsabkommen. Bei den Finanzdienstleistungen möchte das VK ein Mitspracherecht bei der Äquivalenzentscheidung[32] der EU und strebt eine dauerhafte Äquivalenz an. Die EU lehnt diese Forderung ab und betont «Herr des Verfahrens» [33] zu bleiben und alleine über An- oder Aberkennung der Äquivalenz zu entscheiden.

Liechtenstein strebt auch in dieser Phase eine Lösung an, die sich eng an das Abkommen zwischen der EU und dem VK anlehnt. Insbesondere sollen liechtensteinische Unternehmen den gleichen Marktzugang im VK haben wie ihre Konkurrenten aus dem EU-Raum.

Wie die zukünftigen Beziehungen rechtlich genau ausgestaltet sein werden, wird sich in den nächsten Monaten weisen. Bereits heute ist aber klar, dass das Integrationsniveau wesentlich tiefer sein wird. Selbst ein sehr ambitioniertes Freihandelsabkommen vermag keinen mit dem Binnenmarkt annähernd vergleichbaren Marktzugang zu schaffen.

---

[32] Beim sogenannten Äquivalenzprinzip geht es darum, dass Finanzinstitute eines Drittstaates in der EU Geschäfte machen können und umgekehrt. Voraussetzung ist, dass die Regulierungs- und Aufsichtssysteme als gleichwertig anerkannt werden.

[33] vgl. Ansprache von Michel Barnier im Europäischen Parlament am 21. Februar 2020. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-9-2020-02-11-INT-2-063-0000_FR.html.

Liechtenstein und der EWR-Finanzierungsmechanismus

Helen Lorez*

Der EWR ist kein reines Wirtschaftsabkommen. Gemeinsam mit der EU setzt sich Liechtenstein aktiv für die Einhaltung europäischer Interessen und Werte ein und leistet so einen Beitrag zur Errichtung eines auf Frieden, Demokratie und Menschenrechten gegründeten Europas[1]*. Gleichzeitig zeigt sich Liechtenstein gegenüber seinen engsten Partnern – der EU und ihren Mitgliedstaaten – solidarisch. Mit den EWR-Fördergeldern (EWR-Finanzierungsmechanismus oder Englisch «EEA Grants») werden EU-Länder im Osten und Süden Europas unterstützt, um das wirtschaftliche und soziale Ungleichgewicht im Binnenmarkt zu reduzieren. Ausserdem dienen die EEA Grants der Stärkung der bilateralen Beziehungen zwischen Liechtenstein und der Empfängerstaaten.*[2]

1. Historischer Ursprung der EEA Grants und rechtliche Grundlage

Kohäsion im Sinne einer Umverteilung von reicheren in ärmere Regionen gibt es auf Seiten der Europäischen Gemeinschaft schon lange. Wirtschaftliche und soziale Kohäsion werden bereits in den römischen Verträgen als eines der europäischen Integrationsziele genannt.[3] 1986 wurde mit der Einheitlichen Europäischen Akte der wirtschaftliche und soziale Zusammenhalt in den Zuständigkeitsbereich der Europäischen Gemeinschaft aufgenommen.[4]

Zur Zeit der Verhandlungen über das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum war die industrielle Entwicklung der Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft immer noch sehr unterschiedlich. Für Portugal, Griechenland, die Insel Irland und die betroffenen Regionen in Spanien lag der Hauptvorteil der Mitgliedschaft in der Gemeinschaft in den verbesserten Exportbedingungen für ihre Landwirtschaftsprodukte. Der Handel mit Fisch- und Landwirtschaftsprodukten ist vom EWR-Abkommen (EWRA) aber grundsätzlich nicht erfasst. Hätten sie den (hochindustrialisierten) EFTA-Staaten Zugang zu ihren Märkten gegeben, ohne selbst mehr Landwirtschaftsprodukte absetzen zu können, hätte dies zu einem starken Ungleichgewicht geführt. Die Verhandlungsparteien kamen daher überein, Vertragsbestimmungen in das EWRA aufzunehmen, welche diese Ungleichheiten ausbalancieren sollten.[5]

So verweist der sechste Erwägungsgrund der Präambel des EWRA auf das «Bestreben, die harmonische Entwicklung des Europäischen Wirtschaftsraums zu fördern, und überzeugt von der Notwendigkeit, durch die Anwendung dieses Abkommens zur Verringerung der wirtschaftlichen und sozialen regionalen Ungleichgewichte beizutragen». Dieses Ziel wird in den Artikeln 115 bis 117 EWRA sowie den Protokollen 38 (bis 38C) über die EEA Grants konkretisiert. Gleichzeitig bleiben die Bereiche Landwirtschafts- und Fischereiprodukte eng mit dem Kohäsionsthema verbunden. So wurden gleichzeitig mit dem EWRA bilaterale Vereinbarungen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen bzw. Fisch geschlossen.[6]

2. Bisherige EEA Grants Perioden

Die Details der EEA Grants wurden nicht ein für alle Mal vor 25 Jahren verhandelt und werden seither angewendet. Die EEA Grants entwickeln sich in einem dynamischen Prozess, welcher in mehrjährigen Zyklen abläuft. Obwohl jede EEA Grants Periode zum Ziel hatte und hat, die wirtschaftlichen und sozialen Ungleichheiten zu verringern, gibt es doch von EEA Grants Periode zu EEA Grants Periode wesentliche Unterschiede. Diese betreffen etwa die Höhe der von Liechtenstein, Norwegen und Island zur Verfügung zu stellenden Finanzbeträge; die Empfängerstaaten; die Bereiche, welche mit den EEA Grants gefördert werden können; die Länge der EEA Grants Perioden oder den prozeduralen Aufbau der EEA Grants.

2.1 EEA Grants (1994–1998)[7]

Basierend auf den Artikeln 115–116 EWRA wurde die erste EEA Grants Periode 1994–1998 in Protokoll 38 zum EWRA detaillierter geregelt. Die erste Periode fand mit dem Inkrafttreten des EWRAs seinen Anfang und wurde mit Bericht und Antrag 1995/1 dem Landtag zur Genehmigung vorgelegt.[8] Die (damaligen) EFTA-Staaten stellten einerseits 1.5 Mrd. ECU (Europäische Währungseinheit) als Zinssubventionen für Darlehen bei der Europäischen Investitionsbank sowie 500 Mio. ECU als Zuschüsse zur Verfügung. Empfänger bzw. Begünstigte waren Portugal, Griechenland, die irische Insel und spanische auto-

---

* Mag. iur. Helen Lorez, LL.M. (Zürich), Erste Sekretärin an der Liechtensteinischen Mission bei der EU in Brüssel. Dieser Beitrag gibt die persönlichen Ansichten der Autorin wieder, welche sich nicht unbedingt mit der Haltung der Liechtensteinischen Regierung oder Landesverwaltung decken müssen.

1 Präambel Abkommen vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum LGBl 1995 Nr 68, Kurzzitat: EWRA.

2 Art 1 Abs 1 Übereinkommen zwischen der Europäischen Union, Island, dem Fürstentum Liechtenstein und dem Königreich Norwegen über einen EWR-Finanzierungsmechanismus für den Zeitraum 2014–2021 LGBl 2016 Nr 260, Kurzzitat: Protokoll 38c.

3 Zweiter und fünfter Erwägungsgrund Präambel Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (1957).

4 http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/de/FTU_3.1.1.pdf (abgefragt 5. 2. 2020).

5 *Norberg/Hökborg/Johansson/Eliasson/Dedichen*, A Commentary on the EEA Agreement (1993) Chapter XXIII The Financial Mechanism 673.

6 Protokoll 42 EWRA zu bilateralen Vereinbarungen betreffend besondere landwirtschaftliche Erzeugnisse LGBl 1995 Nr 68; *Christiansen* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder*, Agreement on the European Economic Area, A Commentary (2018) Art 116 Rz 2, Kurzzitat: *Christiansen* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder* Art 116 Rz 2; jüngstes Beispiel für den Marktzugang für norwegischen Fisch: Vorschlag für eine parlamentarische Entscheidung, Prop 119 S (2015–2016) 13. https://www.regjeringen.no/contentassets/b3d31606461041ccbfb1e4d285d37de8/no/pdfs/prp201520160119000dddpdfs.pdf

7 «Finanzierungsmechanismus» wurde als deutsche Übersetzung verwendet, siehe Protokoll 38 EWRA über den Finanzierungsmechanismus LGBl 1995 Nr 68.

8 Bericht und Antrag 1995/1, 223.

nome Regionen. Der Beitragsschlüssel der EFTA-Staaten berechnete sich basierend auf dem Verhältnis der Bruttoinlandsprodukt-(BIP) Zahlen zueinander. Daraus ergab sich ein liechtensteinischer Anteil von 0.18% bzw. 1.75 Mio. ECU, die für die gesamte EEA Grants Periode zur Verfügung gestellt wurden. Nachdem die damaligen EFTA-Staaten Finnland, Schweden und Österreich 1995 der EU beitraten, übernahm die EU-Kommission ihren finanziellen Anteil an den EEA Grants, was etwa 80% der Gesamtsumme darstellte.[9] Durch die stark unterschiedlich grossen Volkswirtschaften der verbleibenden EFTA-Staaten Liechtenstein, Island und Norwegen, trägt Norwegen finanziell seitdem den Löwenanteil der EEA Grants.[10]

2.2. EEA Grants (1999–2003)[11]

Nach Auslaufen der ersten EEA Grants Periode stellte sich die EU auf den Standpunkt, dass die Finanztransfers der EWR/EFTA-Staaten weitergeführt werden sollten.[12] Insbesondere Spanien argumentierte, dass die Zweckbestimmung (Art 115 EWRA) nach wie vor relevant sei, da das Ziel der Verringerung der wirtschaftlichen und sozialen Unterschiede noch nicht erreicht sei. Die EWR/EFTA-Staaten waren hingegen davon ausgegangen, dass es nach 1998 kein direktes Nachfolgeprogramm der EEA Grants geben, sie aber anderweitig zur Verringerung der wirtschaftlichen und sozialen Ungleichheiten beitragen würden. Letzten Endes hielten die EWR/EFTA-Staaten es allerdings für gesamtpolitisch besser, eine weitere EEA Grants Periode mit der EU zu verhandeln, da die EU selbst ebenfalls mit ihren Kohäsionszahlungen an schwächere EU Mitgliedstaaten fortgefahren war. Es wäre auf Unverständnis gestossen, wenn die EWR/EFTA-Staaten einen finanziellen Kohäsionsbeitrag total verweigert hätten. Zumal diese die höchsten Pro-Kopf-Einkommen im EWR aufwiesen. Die intensiven Verhandlungen mit der EU dauerten einige Monate und kamen 1999 zum Ergebnis, dass die EWR/EFTA-Staaten 119.6 Mio. EUR zur Verfügung stellen sollten. Diese Gelder wurden nur in Form von Zuschüssen zur Verfügung gestellt, nicht mehr als Zinssubventionen. Der ausverhandelte Gesamtbetrag belief sich somit auf rund 20% der EEA Grants Periode 1994–1998, was mit den EU-Beitritten von Schweden, Finnland und Österreich zu erklären war.[13] Liechtensteins Anteil sollte 1.2 Mio. EUR ausmachen.[14]

Interessanterweise wurde dieses Übereinkommen zwischen der EU und den EWR/EFTA-Staaten über die EEA Grants Periode in Protokoll 31 zum EWRA aufgenommen[15] und nicht wie die anderen EEA Grants Perioden durch das Anhängen eines weitere Protokolls an das EWRA. Dieses Vorgehen wurde von den EWR/EFTA-Staaten vorgeschlagen, welche neben Art 115 EWRA durch Ergänzung von Protokoll 31 eine neue Rechtsgrundlage für die EEA Grants schaffen wollten.

Empfängerstaaten waren spiegelbildlich zu den Empfängern der EU-Kohäsionszahlungen Spanien, Portugal, Griechenland und Nordirland. Die finanzielle Unterstützung war für Projekte in den Bereichen Umwelt, Transport, Bildung und Training vorgesehen.[16]

Die Projektvorschläge waren davor vom Empfängerstaat der EU-Kommission, dem EWR/EFTA Ausschuss[17] und der Europäischen Entwicklungsbank zur Genehmigung bzw. Evaluierung vorzulegen.[18] Das genaue Auswahlverfahren war in Art 10 Anlage 4 zu Protokoll 31 EWRA beschrieben. Insgesamt konnten 23 Projekte umgesetzt werden.[19]

2.3 EEA Grants (2004–2009)[20]

Die dritte EEA Grants Periode unterschied sich wesentlich von ihren Vorgängerinnen.

Das hat einerseits mit der drastischen Ausdehnung des Binnenmarktes zu tun. 2004 traten Estland, Zypern, Lettland, Litauen, Malta, Polen, die Tschechische Republik, Slowenien, die Slowakei und Ungarn der EU bei («erste Osterweiterung»). Jeder neue EU-Mitgliedstaat hat die Verpflichtung zu beantragen, Vertragspartei des EWRAs zu werden.[21] Nach der ersten Osterweiterung folgten 2007 Rumänien und Bulgarien. Der Binnenmarkt wurde mit den beiden Osterweiterungen um rund 100 Mio. Personen grösser. Auch das Territorium vergrösserte sich beachtlich, mit tiefgreifenden Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Ungleichheiten im Binnenmarkt. Daher rückte die Förderung von sozialer und wirtschaftlicher Kohäsion verstärkt in den Fokus der EU. Auch die EWR/EFTA-Staaten erklärten sich bereit, ihren Beitrag zur Kohäsion über die EEA Grants spürbar auszuweiten. Ergebnis der EEA Grants Verhandlungen, welche in Protokoll 38 A EWRA niedergelegt wurde, war, dass die Geberstaaten den 13 begünstigten EU-Staaten insgesamt

---

[9] Vgl. Bericht und Antrag 2000/67, 6.

[10] Für die derzeit laufende EEA Grants Periode (2014–2021) gilt folgende Aufteilung: Norwegen ca. 96%, Island ca. 3%, Liechtenstein ca. 1% der Gesamtsumme der Grants.

[11] «EWR-Finanzinstrument» wurde als deutsche Übersetzung verwendet, siehe Protokoll 31 EWRA über die Zusammenarbeit in bestimmten Bereichen ausserhalb der vier Freiheiten LGBl 1995 Nr 68, Kurzzitat: Protokoll 31.

[12] *Christiansen* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder* Art 117 Rz 6.

[13] Vgl. Bericht und Antrag 2000/67, 9.

[14] Bericht und Antrag 2000/67 17; der Anteil wurde aber nicht ausgeschöpft, siehe Bericht und Antrag 2004/2, 59.

[15] Änderung von Protokoll 31 durch den Beschluss Nr. 47/2000 vom 22. Mai 2000 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses.

[16] Vgl. Bericht und Antrag 2000/67, 10 f.

[17] Heutiges «Financial Mechanism Committee», das Entscheidungsorgan auf Geberstaatenseite, in dem Norwegen, Island und Liechtenstein vertreten sind.

[18] Bericht und Antrag 2000/67, 15.

[19] Letzter Bericht über den EWR-Finanzierungsmechanismus 1999–2003, https://eeagrants.org/sites/default/files/resources/EEA%20Grants%201999-2003%20-%20final%20report.pdf (abgefragt 6. 2. 2020).

[20] «EWR-Finanzierungsmechanismus» wurde als deutsche Übersetzung verwendet, siehe Übereinkommen über die Beteiligung der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik am Europäischen Wirtschaftsraum LGBl 2005 Nr 249, Kurzzitat: Protokoll 38a.

[21] Art 128 EWRA; vgl. Bericht und Antrag 2004/2, 13 f.

600 Mio. EUR zur Verfügung stellen.[22] Die liechtensteinische Gesamtverpflichtung lag bei rund 4.5 Mio. EUR und wurde dem Landtag mit der Ratifikation des EWR-Erweiterungsübereinkommens vorgelegt.[23] Bulgarien und Rumänien wurden 72 Mio. EUR zur Verfügung gestellt.[24] Für Liechtenstein führte das zu einem Mehraufwand von rund 500.000 EUR.[25]

In den nun 15 Empfängerstaaten wurden mit den Geldern Projekte in den Bereichen Umwelt, nachhaltige Entwicklung, europäisches Kulturerbe, Ausbildung und berufliche Bildung sowie Gesundheits- und Kinderpflege gefördert.[26] Mit den EEA (und Norway) Grants konnten rund 1230 Projekte unterstützt werden.[27]

Neben den Beiträgen der EWR/EFTA-Staaten zur Verringerung der wirtschaftlichen und sozialen Ungleichheiten waren insbesondere die Handelsbedingungen für Fisch und Meerestiere Hauptthema zwischen den Verhandlungsparteien, welche stark miteinander in Verbindung zu sehen waren.[28]

Andererseits vereinbarte Norwegen mit der EU, mit einem zweiten, sog. «Norway Grants» noch mehr zur Verringerung der wirtschaftlichen und sozialen Ungleichheiten im Binnenmarkt zu tun. Vom Norway Grants profitieren «nur» die Staaten, welche über die beiden Osterweiterungen zum EWR gestossen sind. Ansonsten lehnen die Norway Grants aber stark an den EEA Grants an. Seit der Finanzierungsperiode 2004–2009 stellt der bilaterale Norway Grants neben den EEA Grants Fördergelder in ungefähr derselben Höhe zur Verfügung.

2.4. EEA Grants (2009–2014)[29]

Die EU und die EWR/EFTA-Staaten einigten sich für einen weiteren fünfjährigen Zeitraum auf eine vierte Periode der EEA Grants (und Norway Grants). Darüber hinaus wurde zwischen Island und der EU bzw. Norwegen und der EU je ein Übereinkommen über die Erhöhung der Quote für Fisch und Fischereiprodukte unterzeichnet. Der Zugang zum EU-Fischmarkt wurde impliziert nur unter der Voraussetzung gewährt, dass die EEA Grants reibungslos weitergeführt werden (als «politischer Deal»).[30] Über die EEA Grants wurden den 15 Empfängerstaaten insgesamt 988.5 Mio. EUR zur Verfügung gestellt, wobei Spanien nicht mehr als Empfängerstaat angesehen wurde sondern lediglich vorübergehende Unterstützung erhielt.[31] Spaniens BIP-Zahlen lagen zu Beginn der EEA Grants Verhandlungen über dem relevanten Niveau und schied deshalb erfreulicherweise aus dem Kreis der Empfängerstaaten aus.[32] Für Liechtenstein ergab sich ein Beitrag von 10 Mio. EUR.[33] Mit dem EU bzw. EWR-Beitritt Kroatiens 2014 kam ein weiteres Empfängerland hinzu.[34] Dadurch und wegen der im Vergleich zu Norwegen und Island guten BIP-Entwicklung Liechtensteins mussten zwei Ergänzungskredite beim Landtag beantragt werden.[35]

Die Förderbereiche der EEA Grants wurden erweitert. Somit konnten etwa auch Projekte im Bereich Klimawandel und erneuerbare Energie oder Zivilgesellschaft gefördert werden. 10% der EEA Grants mussten verpflichtend für NGO Projekte verwendet werden.[36]

Ausserdem verabschiedeten sich die Verhandlungsparteien vom sogenannten «Projektmodell» hin zu einem «Programmmodell». Dies führte für die Durchführung der Programme zu einer grösseren Verantwortung der Empfängerstaaten.[37]

Über die EEA Grants 2009–2014 konnten insgesamt rund 5300 Projekte in 95 verschiedenen Programmen umgesetzt werden.[38] So profitierten etwa 25.000 Bürger von Unterstützung im Menschenrechtsbereich, welche von geförderten NGOs zur Verfügung gestellt wurden. Es konnten jährlich geschätzt 520.000 Tonnen CO2 weniger ausgestossen werden und rund 1.7 Mio. Personen nahmen an Kulturveranstaltungen teil, die über die EEA Grants gefördert wurden.[39]

---

[22] *Christiansen* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder* Art 117 Rz 8 f.; für die Höhe der Mittelzuweisung siehe Art 5 Protokoll 38a.

[23] Bericht und Antrag 2004/2, 59 f.

[24] Übereinkommen über die Beteiligung der Republik Bulgarien und Rumäniens am Europäischen Wirtschaftsraum LGBl 2007 Nr 352.

[25] Bericht und Antrag 2007/104, 18; gleichzeitig kam es zu einer Änderung des liechtensteinischen Beitragsschlüssels aufgrund eigener BIP-Berechnungen, was zu einer Gesamtverpflichtung von 730.000 EUR führte.

[26] Art 3 Protokoll 38a.

[27] End Review EEA and Norway Grants 2004–2009 https://eeagrants.org/sites/default/files/resources/EEA%20and%20Norway%20Grants%202004-2009%20End%20review.pdf (abgefragt 7. 2. 2020).

[28] Vgl. für den Fall von Rumänien und Bulgarien Bericht und Antrag 2007/104, 12.

[29] «EWR-Finanzierungsmechanismus» wurde als deutsche Übersetzung verwendet, siehe Übereinkommen zwischen der Europäischen Union, Island, dem Fürstentum Liechtenstein und dem Königreich Norwegen über einen EWR-Finanzierungsmechanismus für den Zeitraum 2009–2014 LGBl 2011 Nr 66, Kurzzitat: Protokoll 38b.

[30] Bericht und Antrag 2010/90, 19 f. bzw. Vorschlag für eine parlamentarische Entscheidung, Prop 119 S (2015–2016) 13. https://www.regjeringen.no/contentassets/b3d31606461041ccbfb1e4d285d-37de8/no/pdfs/prp201520160119000dddpdfs.pdf

[31] Art 2 und Art 5 Protokoll 38b.

[32] Vgl. Bericht und Antrag 2010/90, 14.

[33] Finanzbeschluss vom 22. September 2010 betreffend die Beteiligung des Fürstentums Liechtenstein am EWR-Finanzierungsmechanismus für die Jahre 2009–2014 LGBl 2010 Nr 331.

[34] Übereinkommen über die Beteiligung der Republik Kroatien am Europäischen Wirtschaftsraum LGBl 2014 Nr 95; Kroatien erhielt insgesamt 5 Mio. EUR zur Verfügung gestellt.

[35] Ein Ergänzungskredit in der Höhe von 62.000 EUR gem. Finanzbeschluss vom 13. März 2014 über die Genehmigung eines Ergänzungskredites betreffend den Anteil Liechtensteins an der Erhöhung des EWR-Finanzierungsmechanismus für die Jahre 2009–2014 LGBl 2014 Nr 83, sowie ein weiterer Ergänzungskredit in der Höhe von 660.000 EUR gem. Finanzbeschluss vom 28. September 2016 über die Genehmigung eines Ergänzungskredites für die Beteiligung des Fürstentums Liechtenstein am «EWR-Finanzierungsmechanismus 2009–2014» LGBl 2016 Nr 399.

[36] Art 3 Protokoll 38b.

[37] Art 8 Protokoll 38b.

[38] https://data.eeagrants.org/?fm=EEA+Grants (abgefragt 6. 2. 2020).

[39] https://eeagrants.org/sites/default/files/resources/EEA%20Grants%20-%20administrative%20report%202017.pdf (abgefragt 6. 2. 2020).

3. Laufende EEA Grants Periode (2014–2021)[40]

3.1 Verhandlungen und Gegenstand des Übereinkommens

In den langen, komplexen und schwierigen Verhandlungen über die derzeit laufende EEA Grants Periode waren insbesondere die Beitragshöhe, die Laufzeit der Periode sowie die Förderbereiche zur Diskussion gestanden.[41] Diese Ausgangssituation führte wiederum zu einigen Neuerungen des EEA Grants Systems im Vergleich zum Vorläufermodel. Die Empfängerstaaten blieben jedoch identisch.[42]

3.1.1. Höhere Beiträge – neuer Jugendbeschäftigungsfonds

Von der ursprünglichen EU-Forderung, die EEA Grants um 80% zu erhöhen, konnte abgewichen werden. Letztlich einigten sich die Vertragsparteien auf eine Erhöhung um 11.3%. Daher werden nun 1548.1 Mio. EUR durch die EEA Grants zur Verfügung gestellt.[43] Diese Erhöhung kann in Analogie zur 7.5%igen Erhöhung des EU-eigenen Kohäsionsfonds sowie der 4% zur Bekämpfung der Jugendarbeitslosigkeit gesehen werden.[44]

Im Nachgang der Wirtschaftskrise waren hohe Jugendarbeitslosenzahlen in der EU ein grosses Problem geworden, welche unter anderem mit der EU Youth Employment Initiative[45] angegangen wurde. Rund 14 Millionen junge Menschen sind weder in einem Arbeitsverhältnis oder in Ausbildung, was langwierige negative Folgen für die Betroffenen und die Gesellschaft haben kann. In den Verhandlungen mit der EU erklärten sich Liechtenstein, Norwegen und Island dazu bereit, im Rahmen der EEA Grants[46] ebenfalls zur Bekämpfung der Jugendarbeitslosigkeit in Europa beizutragen und damit in die Zukunft zu investieren. Das Besondere an dem neuen Jugendbeschäftigungsfonds ist, dass auch EU-Mitgliedstaaten mit einer Jugendarbeitslosigkeit von mehr als 25% sich an Projekten beteiligen können, selbst wenn sie sonst unter den EEA Grants nicht anspruchsberechtigt sind.[47] Die Geberstaaten schlugen die EEA Grants und Norway Grants Gelder für eine Ausschreibung zusammen und setzen derzeit mit einem gemeinsamen Jugendbeschäftigungsfördertopf von 60.6 Mio. EUR 27 Projekte um.[48]

3.1.2. Siebenjährige Laufzeit

Die EU verlangte im Gegenzug zur Inklusion des «Regionalfonds»[49] in die EEA Grants eine Verlängerung der Laufzeit von fünf auf sieben Jahre. Das entspricht auch der Laufzeit des Mehrjährigen Finanzrahmens der EU.[50] Liechtenstein sah dies positiv, da die Höhe der jährlichen Beiträge an die EEA Grants im Vergleich zur Vorgängerperiode für zwei zusätzliche Jahre fixiert werden konnten.[51]

3.1.3. Mehr Förderbereiche

Inhaltlich gesehen wurden die EEA Grants auch neben dem «Regionalfonds» erweitert. Neuerdings können nicht nur Fördergelder in Bereichen wie Zivilgesellschaft[52], Bildung, Umwelt, Klimawandel und Kultur sondern beispielsweise auch in den Bereichen Innovation, gute Regierungsführung, Grundrechte und Grundfreiheiten sowie Justiz und Inneres gebraucht werden.[53]

Diese (Schwerpunkt-)Bereiche sind in weitere sog. Programmbereiche unterteilt. Der Anhang zu Protokoll 38 C EWRA, der die Programmbereiche aufzählt, sowie das sog. «Blue Book»[54] kann als eine Art «Menükarte» verstanden werden und ist Ausgangslage für die Frage, wer am Ende von den EEA Grants profitiert. Mehr dazu unter «Übersicht über rechtliche Voraussetzung für die Umsetzung von Projekten»

3.1.4. EEA Grants zur Stärkung bilateraler Beziehungen

Verstärktes Augenmerk liegt auch auf der Möglichkeit, die EEA Grants zur Vertiefung der bilateralen Beziehungen (der einzelnen EWR/EFTA-Staaten mit den einzelnen Empfängerstaaten) zu nutzen. Dies wird als zweites Ziel neben dem Beitrag zur Verringerung wirtschaftlicher

---

[40] «EWR-Finanzierungsmechanismus» wurde als deutsche Übersetzung verwendet, siehe Protokoll 38c.

[41] *Christiansen* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder* Art 117 Rz 17; Bericht und Antrag 2016/53, 7.

[42] Bulgarien, Kroatien, Zypern, Tschechische Republik, Estland, Griechenland, Ungarn, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Portugal, Rumänien, Slowakei und Slowenien; siehe für die Höhe der Mittelzuweisung Art 6 Protokoll 38c.

[43] Art 2 Protokoll 38c.

[44] Bericht und Antrag 2016/53, 11.

[45] https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1176&langId=en (abgefragt 7. 2. 2020).

[46] Art 7 Protokoll 38c.

[47] Bericht und Antrag 2016/53, 12; das ist für Spanien, Italien oder Irland der Fall.

[48] Stand Februar 2020; weitere Informationen zum Jugendbeschäftigungsfonds: https://eeagrants.org/topics-programmes/fund-youth-employment (abgefragt 7. 2. 2020); als Projektbeispiel kann etwa «CODE Competenze Opportunities for Digital Employment» herangezogen werden, welches ein innovatives Trainingsprogramm auf die Füsse stellen möchte, an dem junge Erwachsene etwa digitale Kompetenzen (z.B. Digitaldesign, 3D Animation oder Gamedesign) erlernen können, zu denen sie sonst keinen Zugang hätten, https://youthemploymentmag.net/2019/06/17/code-competence-opportunities-for-digital-employment/ (abgefragt am 7. 2. 2020).

[49] Der «Regionalfonds» ist zweigeteilt. Der grössere Teil entfällt auf den «Jugendbeschäftigungsfonds». Der kleinere Teil zur Förderung der regionalen Zusammenarbeit, welcher auf transnationale Projekte verteilt wird, an denen sich EEA Grants Empfängerstaaten und benachbarte Drittstaaten beteiligen können.

[50] Bericht und Antrag 2016/53, 14.

[51] Bericht und Antrag 2016/53, 16.

[52] Wie in der Vergangenheit müssen wieder mindestens 10% der Gelder zur Förderung der Zivilgesellschaft gebraucht werden; Art 3 Abs 2 b Protokoll 38c.

[53] Art 2 Abs 1 Protokoll 38c.

[54] Priority sectors and programme areas 2014–2021, https://eeagrants.org/resources/eea-and-norway-grants-2014-2021-blue-book-overview-supported-programme-areas (abgefragt 17. 2. 2020).

und sozialer Ungleichheiten verfolgt.[55] Die Stärkung der bilateralen Beziehungen kann auf verschiedenen Ebenen und in unterschiedlichen Gremien wahrgenommen werden und ermöglicht Liechtenstein, Aussenpolitik auf Augenhöhe mit EU-Staaten zu betreiben. Das aktive Engagement und die Teilnahme an Sitzungen und Veranstaltungen zur Sichtbarmachung Liechtensteins als Geberstaat tragen spürbar zur Stärkung der bilateralen Beziehungen zwischen den Empfängerstaaten und Liechtenstein bei.[56] Neu ist, dass von jedem Empfängerstaat ein Gemeinsamer Ausschuss für den bilateralen Fonds eingerichtet wird.[57] Letzterer dient ausschliesslich der Stärkung der bilateralen Beziehungen (jeweils zwischen Norwegen, Island oder Liechtenstein mit dem betroffenen Empfängerstaat).[58] Ausserdem besteht eine enge Koordination zwischen den Programmverantwortlichen aus den Empfängerstaaten und den Programmpartnern aus Liechtenstein, Norwegen und Island.[59] Darüber hinaus besteht für liechtensteinische Akteure die Möglichkeit, sich für Projekte in den Empfängerstaaten mitzubewerben.[60]

3.1.5. Indexierung des liechtensteinischen Verpflichtungskredits

Eine weitere liechtensteinische Neuerung betrifft die Art des vom Landtag genehmigten Verpflichtungskredits. Erstmals enthält Art 1 des Finanzbeschusses einen Absatz 2, der heisst: «Ändert sich der liechtensteinische Anteil, wird die Höhe des Verpflichtungskredits entsprechend angepasst.»[61] Diese Indexierung ist im Vergleich zu einer vorgesehenen Reserve praktikabler. Liechtenstein kann damit seinen Verpflichtungen unter den EEA Grants einfacher nachkommen, da im Anlassfall kein Ergänzungskredit vom Parlament mehr beantragt werden muss. Hintergrund dieser Lösung ist die Berechnungsmethode des liechtensteinischen Anteils an den EEA Grants. Sie basiert auf einer Entscheidung des Ständigen Ausschusses der EFTA Staaten und besagt, dass der Anteil vom Verhältnis der BIP-Zahlen der drei Staaten untereinander abhängt.[62] Zu Beginn der EEA Grants Periode – wenn die Zustimmung des Landtages zum Übereinkommen und Verpflichtungskredit beantragt werden muss – können die Entwicklungen der BIP-Zahlen von Norwegen, Island und Liechtenstein nur geschätzt werden und unterliegen zukünftigen Veränderungen. Die «Indexierungslösung» wurde bereits für Verpflichtungskredite für die liechtensteinische Teilnahme an dem EU-Programm Erasmus+ (2014–2020) und für den Ergänzungskredit des Siebten Forschungsrahmenprogramms (2015) benutzt.[63] Aktuellen Zahlen zufolge wird der liechtensteinische Beitragsschlüssel für die gesamte Periode bei 1.33% liegen.[64] Dieser Berechnung zufolge liegt Liechtensteins Anteil damit bei 20.4 Mio. EUR, sofern alle Gelder von den Empfängerstaaten ausgeschöpft werden sollten, was basierend auf Erfahrungswerten unwahrscheinlich ist.

3.1.6. Europäische Wertegemeinschaft – Rechtsstaatlichkeit unter Druck

Eine zusätzliche Besonderheit der neuen EEA Grants Periode ist die Voraussetzung, dass «alle Programme und Tätigkeiten, die im Rahmen des EWR-Finanzierungsmechanismus 2014–2021 finanziert werden, sich auf die gemeinsamen Werte Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit sowie Achtung der Menschenrechte einschliesslich der Rechte von Personen, die Minderheiten angehören» stützen müssen.[65] Die damit erfolgte Übernahme des Art 2 des Vertrags über die Europäische Union auch in das Übereinkommen über den EWR-Finanzierungsmechanismus 2014–2021 betont die Wertegemeinschaft zwischen den EWR/EFTA-Staaten und der EU und zieht sich durch weitere Rechtsakte, die die Umsetzung der EEA Grants betreffen.[66]

Gerade im Hinblick auf die Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit sei darauf hingewiesen, dass gegen den grössten EEA Grants Empfänger Polen sowie Ungarn EU-intern in mehreren Verfahren laufen. Die EU-Kommission eröffnete am 20. Dezember 2017 erstmals ein Rechtsstaatlichkeitsverfahren nach Art 7 EUV gegen Polen. Ausserdem beantragte die EU-Kommission vorläufige Massnahmen zur Aussetzung der polnischen Justizreform bzw. führte diesbezüglich Vertragsverletzungsverfahren am Gerichts-

---

[55] Art 1 Abs 1 Protokoll 38c, aber auch schon in der Vorgängerperiode Art 1 Protokoll 38b.

[56] Solidarität in Europa: Liechtenstein und der EWR-Finanzierungsmechanismus, Insight 12/19, 8, Kurzzitat: Insight, https://www.llv.li/files/aaa/insight-ewr-finanzierungsmechanismus-2019.pdf (abgefragt 7. 2. 2020).

[57] Art 4.2 Regulation on the implementation of the European Economic Area (EEA) Financial Mechanism 2014–2021 Adopted by the EEA Financial Mechanism Committee pursuant to Article 10.5 of Protocol 38c to the EEA Agreement on 8 September 2016 and confirmed by the Standing Committee of the EFTA States on 23 September 2016, Kurzzitat: Art Regulation; In diesem ist der Empfängerstaat durch die Nationalen Kontaktstellen sowie das Aussenministerium vertreten. Die Geberstaaten sind durch ihre Aussenministerien repräsentiert.

[58] Art 4.6 Abs 1 Regulation; Dieser bilaterale Fonds enthält jeweils 2% der Gelder, die dem entsprechenden Empfängerstaat zur Verfügung gestellt werden.

[59] Siehe «Institutioneller Aufbau».

[60] Siehe Übersicht über rechtliche Voraussetzung für die Umsetzung von Projekten.

[61] Finanzbeschluss über die Genehmigung eines Verpflichtungskredites betreffend die Beteiligung des Fürstentums Liechtenstein am «EWR-Finanzierungsmechanismus 2014–2021» LGBl 2016 Nr 266.

[62] Auch die isländischen und norwegischen Anteile werden basierend auf dieser Logik berechnet: Beschluss des Ständigen Ausschusses der EFTA-Staaten Nr 1/2016/SC vom 28. April 2016 zur internen Kostenbeteiligung ABl L 2016/247, 27; für die Vorperiode der EEA Grants (2009–2014): Beschluss des Ständigen Ausschusses der EFTA-Staaten Nr 3/2010/SC vom 1. Juli 2010 zur internen Kostenbeteiligung ABl L 2011/63, 26.

[63] Bericht und Antrag 2016/53, 19.

[64] Insight 8.

[65] Art 1 Abs 2 Protokoll 38c.

[66] Art 1.3 Regulation; Ausserdem gibt es in jeder Vereinbarung über die länderspezifische Mittelzuweisung gem. Art 10 Abs 3 Protokoll 38 C EWRA (sog. «Memorandum of Understanding») mit allen Empfängerstaaten einen Erwägungsgrund, der auf die Einhaltung dieser Werte hinweist.

hof der Europäischen Union (EuGH) durch.[67] Der EuGH hat bereits Urteile in Vorabentscheidungsverfahren gegen die polnische Justizreform erlassen.[68] Weitere Vertragsverletzungsverfahren (inkl. vorläufige Massnahmen) der EU-Kommission gegen Polen[69] bzw. Vorabentscheidungsersuchen von polnischen Gerichten sind hängig.[70] Auch gegen Ungarn hat die EU-Kommission Vertragsverletzungsverfahren eröffnet.[71] Das Europäische Parlament stellte am 16. Januar 2020 fest, dass die Rechtsstaatlichkeit sich in Polen und Ungarn verschlechtert hat.[72]

Diese Entwicklungen können einerseits generell das gute Funktionieren des EWR-Binnenmarktes beeinträchtigen. Im konkreten Fall der EEA Grants andererseits sind damit Herausforderungen verbunden, insbesondere im Bereich der verpflichtenden NGO-Programme.[73] Liechtenstein, Norwegen und Island setzen sich für eine politisch unabhängige und starke Zivilgesellschaft ein.[74] Das hat dazu beigetragen, dass die MoU[75] Verhandlungen mit Polen besonders langwierig waren und mit Ungarn als einziger Empfängerstaat noch kein MoU abgeschlossen werden konnte.[76] Unter der vorherigen EEA Grants Periode wurden die Zahlungen an Ungarn vorläufig suspendiert, u.a. weil in die Arbeit des NGO-Programmes interveniert wurde.[77]

4. Institutioneller Aufbau

Eine Vielzahl von Ministerien, Behörden und Agenturen sind in Geber- und Empfängerstaaten in die Arbeit mit den EEA Grants involviert. Auch internationale Organisationen spielen eine wichtige Rolle.

Im Entscheidungsgremium der EWR/EFTA-Staaten (Financial Mechanism Committee, FMC)[78] ist Liechtenstein durch die Mission Brüssel vertreten. Auch Norwegen und Island werden durch ihre Aussenministerien repräsentiert. Im FMC werden Entscheidungen über die strategische Steuerung der Umsetzung der EEA Grants getroffen. Grundsätzlich wird im Konsens entschieden.

Das Financial Mechanism Office (FMO)[79] verwaltet die EEA Grants. Es ist administrativ am EFTA-Sekretariat angehängt und hat seinen Sitz in Brüssel.[80] Es unterstütz die Empfänger-und Geberstaaten bei der Umsetzung der EEA Grants und erstattet letzteren Bericht. Alle Ausgaben des FMO werden über die EEA (und Norway) Grants gedeckt.[81]

Wichtigste Ansprechpartner in den Empfängerstaaten sind die sog. Nationalen Kontaktstellen (National Focal Points, NFPs), welche meist in den Entwicklungs- oder Finanzministerien beheimatet sind. Sie tragen die Hauptverantwortung für die Durchführung der Förderprogramme.[82] Die Geberstaaten führen die MoU-Verhandlungen mit den Nationalen Kontaktstellen und diskutieren mit ihnen den Stand der Umsetzung der EEA Grants an Jahrestreffen.

Die NFPs koordinieren sich eng mit den Programmverantwortlichen (Programme Operators, POs) im Empfängerstaat. Diese sitzen meist in den inhaltlich zuständigen Fachministerien (z.B. Programmverantwortlicher für das Kulturprogramm ist in Polen das Kulturministerium[83]). Die POs erstellen Konzeptnoten und darauf basierende Programmabkommen, führen öffentliche Ausschreibungen für die Fördergelder durch und kontrollieren die Umsetzung von Projekten.[84]

Die POs kooperieren bei der Erarbeitung der Konzeptnoten und Programmabkommen, Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen, der Umsetzung des Programms u.ä. eng mit den Programmpartnern (Donor Programme Partner, DPP). Diese Kooperation soll etwa zu Wissenstransfer und Austausch von Erfahrungswerten führen, sowie das Netzwerken für bilaterale Projektanträge durch Kontaktvermittlung erleichtern.[85] Liechtenstein hat

---

[67] EuGH C-619/18, *Kommission/Polen*, ECLI:EU:C:2019:531und EuGH C-192/18, *Kommission/Polen*, ECLI:EU:C:2019:924 (Herabsetzung des Pensionsalters von Richtern am Obersten Gerichtshofs und an allgemeinen Gerichten).

[68] Verbundene Rechtssachen EuGH C-585/18, C-624/18 und C-625/18 *A.K. u.a. gegen Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982.

[69] EuGH C-791/19, *Klage, eingereicht am 25. 10. 2019 – Europäische Kommission/Polen.*

[70] etwa EuGH C-537/18, *Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Najwyższy (Polen), eingereicht am 17. 8. 2018*; und Verbundene Rechtssachen C-558/18, *Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Okręgowy w* Łodzi *(Polen), eingereicht am 3. 11. 2018 – Miasto* Łowicz*/Skarb Państwa – Wojewoda* Łódzki und C-563/18, *Prokuratura Okręgowa w Płocku.* Ausserdem wurde Polen als erster EU-Mitgliedsstaat von der Parlamentarischen Versammlung des Europarats am 28. 1. 2020 unter ein Beobachtungsverfahren über das Funktionieren seiner demokratischen Institutionen und der Rechtsstaatlichkeit gestellt (Resolution 2316(2020)).

[71] Diese betreffen *per se* keine Justizreform, aber ebenfalls relevante Bereiche: EuGH C-718/17, *Klage, eingereicht am 22. 12. 2017 – Europäische Kommission/Ungarn* (Flüchtlingsquoten); C-66/18, *Klage, eingereicht am 1. 2. 2018 – Europäische Kommission/Ungarn* (höhere Bildung); und C-78/18, *Klage, eingereicht am 6. 2. 2018 – Europäische Kommission/Ungarn* (Ausländische Förderung von NGOs).

[72] Resolution des Europäischen Parlaments 2020/2513 (RSP).

[73] Bericht und Antrag 2019/38, 28.

[74] Insight 4.

[75] Memorandum of Understanding.

[76] Art 10 Abs 3 Protokoll 38c.

[77] vgl. Ausführungen in *Christiansen* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder* Art 116 Rz 27 f.

[78] Art 10 Abs 5 Protokoll 38c.

[79] Das FMO wurde mit Beschluss des Ständigen Ausschusses der EFTA-Staaten 1/2004/SC vom 5. Februar 2004 zur Einrichtung eines Amts für den EWR-Finanzierungsmechanismus und den norwegischen Finanzierungsmechanismus ins Leben gerufen (ABl L 2006/332, 34). Das FMO wirkt seither an der Verwaltung der EEA (und Norway) Grants mit. Auch rückwirkend für die EEA Grants 1999–2003 und 1994–1998 (s Art 1 Beschluss 1/2004/SC). Die Aufgaben des FMO wurden mit Beschluss des Ständigen Ausschusses der EFTA-Staaten 6/2010/SC vom 9. Dezember 2010 zur Erweiterung der Aufgaben des Amtes für den EWR-Finanzierungsmechanismus und den norwegischen Finanzierungsmechanismus (ABl L 2011/78, 58) ausgeweitet.

[80] Bericht und Antrag 2016/53, 24.

[81] Dasselbe gilt für die Ausgaben, welche in Zusammenhang mit dem FMC, den Programmpartnern oder Internationalen Organisationen zu sehen sind. Insgesamt dürfen 7.5% der EEA Grants für diese sog. «Ausgaben der Geberstaaten» verwendet werden, siehe Art 1.9 Regulation.

[82] Art 10 Abs 3 b Protokoll 38c und jeweils Art 5 der Memoranda of Understandings mit den Empfängerstaaten.

[83] Siehe MoU mit Polen vom 20.12.2017, 14 https://eeagrants.org/resources/poland-memorandum-understanding-eea-grants-2014–2021 (abgefragt 21. 2. 2020)

[84] Insight 6.

[85] Art 4.3 Regulation.

für den Bildungsbereich die Agentur für internationale Bildungsangelegenheiten (AIBA) als DPP eingesetzt. Ausserdem ist seit Herbst 2018 ein «EEA Grants Kulturkoordinator» mit starkem Fokus auf Projektpartnervermittlung in den liechtensteinischen Kultursektor tätig.[86]

Auch Internationale Partner Organisationen (unter der EEA Grants Periode der Europarat mit Sitz in Strassburg, die OECD mit Sitz in Paris sowie die EU-Agentur für Grundrechte aus Wien) tragen mit ihrer Expertise zum Erreichen der EEA Grants Ziele bei.[87]

5. Übersicht über rechtliche Voraussetzung für die Umsetzung von Projekten

Ein Projekt kann erst dann in einem Empfängerstaat umgesetzt werden, wenn eine Vielzahl von rechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Erstellung der benötigten rechtlichen Rahmenbedingungen ist oft Gegenstand von Verhandlungen. Entsprechend zeitaufwendig ist der Prozess. Dies ist auch der Grund dafür, dass Liechtenstein, Norwegen und Island die EEA Grants Fördergelder in einer Art «Gauss'schen Glockenkurve» auszahlen. Relativ geringe Beträge fallen am Anfang der Förderperiode an, dann sehr hohe Beträge, wenn die meisten Projekte umgesetzt werden, bevor die Ausgaben gegen Ende[88] der Periode wieder abfallen.[89] Der Aufbau der rechtlichen Rahmenbedingungen und ihre Beziehung zueinander entspricht etwa dem Bild einer Pyramide: die groben Grundsätze und die allgemeine Zielsetzung der Grants bilden das Fundament. Darauf aufbauend werden die Verfahren konkretisiert, bevor die letzten spezifischen Details der Projektumsetzung (in der Spitze der Pyramide) genau geregelt werden.

5.1. Übereinkommen über den EWR-Finanzierungsmechanismus und Durchführungsverordnung

Als erstes mussten die Geberstaaten mit der EU das Übereinkommen über den EWR-Finanzierungsmechanismus 2014–2021 schliessen, mit welchem Art 117 EWRA angepasst und das neue Protokoll 38 C angefügt wurde. Basierend darauf haben die EWR/EFTA-Staaten, nach Konsultation mit den Empfängerstaaten, weitere Bestimmungen für die Umsetzung der EEA Grants erlassen.[90] Wichtig zu erwähnen ist die «Regulation on the implementation of the European Economic Area (EEA) Financial Mechanism 2014–2021».

5.2 Memoranda of Understanding

Danach haben die Geberstaaten mit allen Empfängerstaaten einzeln Verhandlungen über Memoranda of Understandings (MoUs) aufgenommen. In diesen Verhandlungen ging es darum, für beide Seiten akzeptable Kompromisse über das Programm – «Menü»[91] zu finden. Folgende Frage waren u.a. zu klären: welche Programmbereiche sollen in einem Empfängerstaat gefördert werden? Wie viel Geld soll in welchem Programm zur Verfügung gestellt werden? Wie werden die innerstaatlichen Management- und Kontrollstrukturen aufgebaut? Sollen Programmpartner aus den Geberstaaten und internationale Organisationen involviert werden? Wie wird das verpflichtend vorgesehene NGO-Programm organisiert? Während diesen MoU Verhandlungen finden auf strategischer Ebene Konsultationen mit der EU-Kommission statt, damit Komplementarität und Synergien mit der EU-Kohäsionspolitik gefördert werden können.[92] Das FMC trifft sich diesbezüglich regelmässig mit DG Regio[93].

5.3 Konzeptnoten

Basierend auf dem MoU entwickeln die unterschiedlichen POs in Zusammenarbeit mit dem FMO Konzeptnoten. In diesen werden der Anwendungsbereich und die zu erwartenden Ergebnisse des Programms beschrieben.[94] Aus strategischer Perspektive wird analysiert, welche Ziele mit dem Programm wie erreicht werden sollen. In diese Arbeit sind auch die Donor Programme Partners und die Internationalen Partnerorganisationen einzubeziehen. Das Financial Mechanism Committe kann eine Konzeptnote annehmen, kommentieren und annehmen oder ablehnen[95].

5.4. Programmabkommen

Hat das FMC die Konzeptnote angenommen, werden ihre strategischen Ziele weiter definiert und in ein rechtlich verbindliches Programmabkommen umgegossen, welche die Bedingungen und Zuständigkeiten weiter spezifizieren. Es wird etwa festgelegt, wie viele Ausschreibungen es geben soll, wer sich für ein Projekt bewerben darf, wie hoch die Projektkosten sein dürfen und bis wann die Projekte umgesetzt werden müssen. In den meisten Programmen ist vorgesehen, dass diese maximal zu 85% über die EEA Grants finanziert werden dürfen[96] Die restlichen Prozente müssen anderweitig finanziert werden. Dieser «Selbstbehalt» dient der Verteilung des Risikos zwischen Geber- und Empfängerstaaten bzw.

---

[86] www.eeagrants-li.com (abgefragt 9. 2. 2020); www.eeagrants.li (abgefragt 9. 2. 2020).

[87] Siehe Insight 7.

[88] Ausgaben können bis April 2024 geltend gemacht werden gem. Art 8.13 Abs 3 Regulation.

[89] Bericht und Antrag 2016/53, 19.

[90] gem. Art 10 Abs 5 Protokoll 38c.

[91] Zur Auswahl standen gem. Anhang zu Protokoll 38c zum Beispiel: 1. Unternehmensentwicklung, Innovation und KMU; 2. Forschung; 3. Bildung, Stipendien, Lehrlingsausbildung und junge Unternehmer; 7. Gefährdete Kinder und Jugendliche; 8. Beteiligung junger Menschen am Arbeitsmarkt; 9. Lokale Entwicklung und Armutsminderung; 11. Erneuerbare Energie, Energieeffizienz, Energieversorgungssicherheit; 12. Eindämmung des Klimawandels und Anpassung an seine Folgen; 13. Unternehmergeist im kulturellen Bereich, kulturelles Erbe und kultureller Zusammenhalt; 14. Zivilgesellschaft; 16 Menschenrechte – nationale Umsetzung; 20. Wirksamkeit und Effizienz des Justizwesens, Stärkung der Rechtsstaatlichkeit. Vgl. dazu auch das «Blue Book».

[92] Art 4 Abs 2 Protokoll 38c.

[93] Generaldirektion der EU-Kommission für Regionalpolitik und Stadtentwicklung.

[94] Art 6.2 Regulation.

[95] In diesem Falle müsste eine neue Konzeptnote ausgearbeitet werden.

[96] Art 6.3 und Art 6.4 Regulation.

den Endbegünstigten und soll vor einem *«moral hazard»* schützen.[97]

5.5. Ausschreibungsverfahren

Ist ein entsprechendes Programmdurchführungsabkommen unterzeichnet[98], erarbeiten die POs Ausschreibungsunterlagen. Vor oder mit der Veröffentlichung der Ausschreibung[99] gibt es Lancierungsveranstaltungen, bei der sich oftmals Interessierte zum gleichzeitigen Netzwerken treffen können. Dies soll es interessierten Projektträgern in den Empfängerstaaten und möglichen Projektpartnern aus Liechtenstein (Norwegen und Island) ermöglichen, sich über eine potentiell gemeinsame Projekteingabe im Ausschreibungsverfahren auszutauschen. Gemeinsam erarbeiten sie ihre Bewerbung um EEA Grants Fördermittel[100] und schliessen ein Partnerschaftsabkommen.[101] Nach Ablauf der Ausschreibungsfrist bewertet der PO die Projektanträge und spricht den besten Projekten Fördermittel zu.

Die Ausschreibungen selbst müssen nicht nur die rechtlichen Voraussetzungen von Protokoll 38 C EWRA, der Regulation und dem Programmabkommen sondern auch nationalen Rechtsvorschriften und geltendem EU-Recht entsprechen. Somit kommen die Regeln über das öffentliche Auftragswesen und über die Staatlichen Beihilfen ebenfalls zur Anwendung.[102]

5.6. Berichterstattungspflichten

Mit und nach der Umsetzung eines Projekts fallen verschiedene Berichterstattungspflichten an, damit sichergestellt ist, dass die Fördergelder ihrem Zweck entsprechend verwendet und damit das Ziel, wirtschaftliche und soziale Ungleichheiten und/oder die Vertiefung bilateraler Beziehungen verfolgt wurde. Berichterstattungspflichten betreffen nicht nur die Projektpartner, sondern auch die POs und die NFPs.

5.7. Suspendierung und Rückforderung von Zahlungen

Die EEA Grants verfolgen eine Null-Toleranz-Politik gegenüber Korruption.[103] Wer einen Verdacht auf Ungereimtheiten in Zusammenhang mit den EEA Grants hat, kann diese entweder im betroffenen Empfängerstaat oder direkt beim FMO melden.[104] Vierteljährlich veröffentlicht das FMO einen Bericht über abgeschlossene Fälle von gemeldeten Ungereimtheiten.[105]

Sollte das FMC auf mutmassliche oder echte Fälle von Ungereimtheiten aufmerksam werden, kann es weitere Zahlungen an ein Programm suspendieren.[106] Ausserdem können unter gewissen Umständen Finanzkorrekturen vom FMC vorgenommen werden. Betroffene Beträge müssen an die Geberstaaten rückerstattet werden.[107] Wenn Informationen darauf hindeuten, dass es systemische oder weitverbreitete Mängel in einem Empfängerstaat bei der Verwaltung der EEA Grants gibt, können alle weiteren Zahlungen an diesen Empfängerstaat suspendiert werden. Dasselbe gilt, wenn der entsprechende Empfängerstaat Rückzahlungsforderungen aus den alten EEA Grants Perioden nicht nachkommt.[108]

Unter der vorherigen EEA Grants Periode wurden Zahlungen an die meisten ungarischen Programme suspendiert, da Ungarn unilateral den hauptverantwortlichen NFP änderte. Das FMC sah darin einen Vertragsbruch, und setzte 2014 deshalb Zahlungen an Ungarn aus.[109] Die Situation verschärfte sich kurz darauf, als das «Government Control Office (KEHI)» ein eigenes Audit gegen den ungarischen NGO-Funds Operator einleitete, obwohl diese Kompetenz gemäss Vereinbarung eigentlich beim FMO lag.[110] Eineinhalb Jahre später wurde die Suspendierung aufgehoben. Die Parteien hatten sich über den NFP sowie über die Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen des NGO-Funds einigen können.[111]

6. Anwendbares Recht und Streitbeilegung

Anders als andere Bereiche des EWRA fallen die EEA Grants weder unter die Aufsicht der EFTA-Überwachungsbehörde noch unter die Streitbeilegung des EFTA-Gerichtshofs.[112] Art 14.3 Abs 1 der Regulation hält fest, dass die Kooperation zwischen den EEA Grants (2014–2021) und den Empfängerstaaten unter norwegisches Recht fällt. Das FMC sowie die NFPs verzichten darauf, Streitigkeiten über Programmabkommen vor ein nationales oder internationales Gericht zu bringen. Streitigkeiten sollen einvernehmlich beigelegt werden. Wenn ein NFP einer Rückerstattungsforderung des FMC nicht nachkommt oder eine diesbezügliche Streitigkeit nicht einvernehmlich beigelegt werden kann, kann das *Oslo*

---

[97] *Christiansen* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder* Art 117 Rz 25.

[98] Art 6.8 Regulation; Damit Gelder in die Empfängerstaaten fliessen können, muss ausserdem das «Management and Control System», welches die internen Zuständigkeiten der Empfängerstaaten für die Kontrolle und Überwachung der Umsetzung der EEA Grants festlegt, aufgesetzt sein.

[99] Alle Ausschreibungen werden auf der Webseite des FMO gesammelt, www.eeagrants.org/currently-available-funding (abgefragt 13. 2. 2020).

[100] Eine grobe Anleitung zur Partnersuche findet sich in Insight 8.

[101] Art 7.7 Regulation.

[102] Art 8.15 und 8.16 Regulation.

[103] Art 1.3 Abs 2 und Art 7.4 Abs 1 Regulation.

[104] https://eeagrants.org/about-us/contact/report-irregularities (abgefragt 13. 2. 2020).

[105] Z.B. für die EEA Grants Periode 2009–2014, https://eeagrants.org/resources/eea-and-norway-grants-2009-2014-report-irregularities (abgefragt 13. 2. 2020).

[106] Art 13.1 Abs 2 Regulation; Andere Anwendungsfälle für mögliche Zahlungsaussetzungen sind in Art 13.1 Abs 1 Regulation aufgelistet.

[107] Art 13.5 iVm Art 13.2 Regulation.

[108] Art 13.6 Regulation.

[109] https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/hungary_suspension/id758873/ (abgefragt 14. 2. 2020); vgl. ausserdem *Christiansen* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder* Art 117 Rz 27.

[110] Vgl. https://eeagrants.org/news/status-on-the-suspension-of-the-eea-and-norway-grants-to-hungary (abgefragt 14. 2. 2020).

[111] Vgl. https://eeagrants.org/news/lifting-of-suspension-of-payments-from-eea-and-norway-grants-to-hungary (abgefragt 14. 2. 2020) sowie *Christiansen* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder* Art 117 Rz 28.

[112] *Christiansen* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder* Art 117 Rz 39.

Tingrett aufgerufen werden. Zur Durchsetzung einer Entscheidung vom *Oslo Tingrett* können Gerichte im betreffenden Empfängerstaat – oder in anderen Staaten, in denen der Empfängerstaat Vermögenswerte hat – aufgerufen werden.[113]

7. Stand der Umsetzungen und Ausblick

Die Umsetzung der EEA (und Norway) Grants 2014–2021 ist im vollen Gange. Bisher konnten alle MoUs mit den Empfängerstaaten, mit Ausnahme von Ungarn, unterzeichnet werden. Basierend auf diesen MoUs wurden (für die EEA und Norway Grants) – und nachdem etliche Konsultationen mit Interessensgruppen zur Bedarfsanalyse durchgeführt wurden – 95 Konzeptnoten erarbeitet. Davon wurden bereits 60 Programme unter den EEA Grants[114] so weit fortentwickelt, dass Programmabkommen mit den Empfängerstaaten unterzeichnet werden konnten. Die Empfängerstaaten Bulgarien, Tschechien, Estland, Malta, Portugal, Rumänien, Slowenien und die Slowakei haben bereits alle ihre Programmabkommen unterzeichnet. Auf der Grundlage dieser Programmabkommen wurden schon 100 Ausschreibungen durchgeführt.[115] Die Empfängerstaaten Bulgarien, Tschechien, Griechenland, Portugal, Rumänien und die Slowakei haben schon mehr als 12% der ihnen jeweils für den siebenjährigen Zeitraum zustehenden Fördergelder absorbiert. Die Empfängerstaaten Kroatien, Zypern, Lettland, Litauen und Malta haben hingegen bisher weniger als 1% der ihnen zustehenden Fördergelder in Anspruch genommen.[116]

Einige bilaterale Initiativen wurden bereits mit liechtensteinischen Partnern umgesetzt: z.B. Schüleraustausch mit dem Landesgymnasium Vaduz[117] Aktivitäten der liechtensteinisch-tschechischen Historikerkommission[118]. Ein Kulturprojekt mit liechtensteinischem Partner hat den Zuschlag in Rumänien erhalten.[119] Weitere Fördergeldbewerbungen für Projekte mit liechtensteinischen Partnern, insbesondere im Bildungs- und Kulturbereich, sind in Ausarbeitung.

Da die meisten Vorbereitungsarbeiten für die Finanzierung von Projekten auf strategischer Ebene schon abgeschlossen werden konnten, ist zu erwarten, dass die Auszahlungsbeträge an die Empfängerstaaten 2020 kräftig anziehen und 2021/2022 ihren Höchststand erreichen werden. Im Hinblick auf die MoU-Verhandlungen mit Ungarn bleibt festzuhalten, dass alle Beteiligten an einer Lösung interessiert sind. Ob die Gespräche innerhalb der bestehenden Rahmenbedingungen erfolgreich abgeschlossen werden können, bleibt abzuwarten.

Artikel 11 Protokoll 38 C sagt vorausschauend, dass die Vertragsparteien nach Ablauf der siebenjährigen Grants Periode die Notwendigkeit prüfen werden, den wirtschaftlichen und sozialen Ungleichheiten im EWR entgegenzuwirken.[120] Der Europäische Auswärtige Dienst äusserte in seiner Erklärung während des EWR-Rates im November 2019 den Wunsch, Verhandlungen über eine mögliche nächste Grants Periode zügig in Angriff zu nehmen. Dieser Ankündigung sind bisher keine weiteren Handlungen gefolgt. Derzeit kann davon ausgegangen werden, dass die EU-Mitgliedsstaaten sich zuerst darauf konzentrieren werden, eine Lösung für ihren eigenen Mehrjährigen Finanzrahmen zu finden.[121] Neben den Auswirkungen von Brexit auf das EU Budget sind insbesondere die Fragen der Beiträge der einzelnen EU-Mitgliedstaaten und deren Verteilung auf einzelne Budgetposten (etwa einzelne EU-Programme wie «Horizont Europa» oder Erasmus+, Fonds für einen gerechten Übergang in Zusammenhang mit dem Grünen Deal und die Kohäsionspolitik) sowie die Frage, ob der Erhalt von Fördergelder an die Einhaltung von Rechtsstaatlichen Standards geknüpft werden kann oder welche anderen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sein müssen, im Zentrum der Diskussionen. Da viele dieser Aspekte auch für mögliche zukünftige EEA (und Norway) Grants wichtig sind, werden diese vor Verhandlungsbeginn bekannt sein müssen.

Je nach Ausgestaltung des Verhandlungsmandats der EU zu den Grants werden Liechtenstein, Norwegen und Island sich positionieren müssen. Aus liechtensteinischer Sicht wird geprüft werden müssen, welche Prioritätssetzung – auch im Hinblick auf die mögliche weitere Stärkung von bilateralen Beziehungen – am ehesten zielführend sein werden und wo an wertvoller Vorarbeit angeknüpft werden kann. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Verhandlungen mit der EU noch komplexer und langwieriger werden als in der Vergangenheit.

---

[113] Art 14.3 Abs 2, 3 und 4 Regulation.

[114] Nach Möglichkeit werden die meisten Programme nur durch einen Grant finanziert: Entweder EEA Grants oder Norway Grants. Manchmal werden die Programme aber von beiden Grants unterhalten.

[115] Siehe hierzu auch mit Stand Ende 2019: EEA and Norway Grants Status Report 2019 (in Erscheinung).

[116] Auszahlungsstatistik mit Stand 15.01.2020. Siehe hierzu auch EEA and Norway Grants Status Report 2019 (in Erscheinung).

[117] zuletzt im Herbst 2019, https://www.volksblatt.li/nachrichten/liechtenstein/vermischtes/vb/236743/sudmahrische-schulerreise-nach-wien-und-liechtenstein (abgerufen 18. 2. 2020).

[118] https://www.lie-zeit.li/2019/11/liechtensteinische-geschichtstage-in-der-tschechischen-republik/ (abgefragt 18. 2. 2020).

[119] https://www.ro-cultura.ro/files/upload-dir/362-project-list-cal02.pdf (abgefragt 18. 2. 2020).

[120] Vgl. *Christiansen* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder* Art 117 Rz 41.

[121] Die Positionen der EU-Mitgliedsstaaten lagen mit Stand vom 21. 2. 2020 trotz Vorschläge der finnischen Ratspräsidentschaft «Multiannual Finacial Framework (MFF) 2021–2027: Negotiation Box with figures» 14518/1/19 REV 1 (https://www.consilium.europa.eu/media/41632/mff-negotiating-box_presidency.pdf (abgefragt 21. 2. 2020)) und des Ratspräsidenten Charles Michel (geleaktes Verhandlungsdokument: Special meeting of the European Council 5846/20 https://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2020/02/SKM_C45820021415200.pdf (abgefragt 21. 2. 2020)) weit auseinander.

EWR-Recht und Extraterritorialität

Andreas Th. Müller*

I. Einleitung

Der EWR besteht nun schon seit mehr als einem Vierteljahrhundert und kann auf eine bemerkenswerte Geschichte und beachtliche Leistungen verweisen.[1] Äusseres Zeichen seiner Dynamik ist das beträchtliche Anwachsen des EWR-Acquis. Rechtsordnungen, und eine solche ist auch das EWR-Recht, sind Phänomene in der Zeit und kennen Entwicklungsphasen, in denen unterschiedliche Fragen im Vordergrund stehen. Während in der Anfangszeit oft grundlegende Herausforderungen der Selbststrukturierung nach innen und Selbstbehauptung nach aussen dominieren, stellt sich in entwickelteren Rechtsordnungen die Frage nach den internationalen Bezügen differenzierter. Denn Rechtsordnungen sind auch Phänomene im Raum, und mit ihrem Wachsen und Reifen steht vielfach auch ein «fine-tuning» ihrer grenzüberschreitenden Bezüge an. Insbesondere stellt sich in diesem Zusammenhang das Problem, in welchem Umfang und in welcher Form sich eine Rechtsordnung – der ihr inhärenten räumlichen Begrenztheit eingedenk – «Aussensachverhalten» annehmen will. Eben dies ist die Frage der Extraterritorialität.

Exterritorialität ist ein schillernder Begriff, der gerne verwendet wird, wobei aber oft unklar bleibt, was damit gemeint ist. Dies erinnert an *Augustinus'* berühmtes Diktum: «Was also ist die Zeit? Wenn niemand mich danach fragt, weiss ich's, will ich's aber einem Fragenden erklären, weiss ich's nicht.»[2] Wie der Begriff «Aussensachverhalte» anklingen lässt, geht es offenbar um das Anknüpfen einer Rechtsordnung an grenzüberschreitende Sachverhalt(selement)e. Was darunter näherhin zu verstehen ist, gilt es im Folgenden zu untersuchen. Der Fokus der Untersuchung liegt dabei augenscheinlich auf dem EWR-Recht. Wie sich zeigen wird, stellen sich auch hier allerlei Fragen in Zusammenhang mit der Extraterritorialität.

Um den Anfang mit einem aktuellen Beispiel zu machen: Art 6 Abs 6 UAbs 2 der EU-Waffenrichtlinie in ihrer geänderten Fassung[3] sieht einen Ausnahmetatbestand vor, wonach «Mitgliedstaaten, in denen allgemeine Wehrpflicht herrscht und in denen seit über 50 Jahren ein System der Weitergabe militärischer Feuerwaffen an Personen besteht, die die Armee nach Erfüllung ihrer Wehrpflicht verlassen, an diese Personen in ihrer Eigenschaft als Sportschützen eine Genehmigung erteilen [können], eine während des Wehrdienstes benutzte Feuerwaffe zu behalten», sofern gewisse sonstige Voraussetzungen erfüllt sind. Im Dezember 2019 entschied der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), dass diese Richtlinienvorschrift nicht das EU-Primärrecht verletzt[4], nachdem die Tschechische Republik sich gegen sie unter anderem mit dem Argument gewendet hatte, sie sei «eine Massanfertigung für die Schweizerische Eidgenossenschaft»[5] und diskriminierend. Da kein Mitgliedstaat diese Ausnahme in Anspruch nehmen könne, führe sie eine objektiv nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung zwischen der Schweiz auf der einen und den EU-Mitgliedstaaten sowie den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) auf der anderen Seite ein.[6] Die Grosse Kammer trat dem entgegen und wollte in dem der Ausnahme zugrundeliegenden Kriterium keine unsachliche Ungleichbehandlung zum Nachteil der EU- und EFTA-Staaten erkennen.[7]

In unserem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die fragliche Ausnahme aus Sicht des Unionsrechts eine «extraterritoriale» Regelung ist, da sie ja ausschliesslich für das Nicht-EU-Mitglied Schweiz greift. Dass die Ausnahme im Blick auf die Schweiz in die Richtlinie aufgenommen wurde, war im Verfahren unbestritten.[8] Unter dem Eindruck der Pariser Anschläge von 2015 wurde das EU-Waffenrecht im Jahr 2017 verschärft. Die Frage der Übernahme der EU-Waffenrichtlinie ins Schweizer Recht[9] führte aber zu einer politischen Auseinandersetzung, wobei nicht zuletzt die der Schweiz gemachten Konzessionen in der Volksabstimmung vom 19.5.2019 ein deutliches Votum für die Annahme des neuen Regimes ermöglichten.[10] Von der Motivlage her liegt der Anwendungsbereich der Ausnahme also von vornherein ausserhalb der EU. Von ihrer Textierung ist sie aber, und zwar eigentlich ausschliesslich, an die Mitgliedstaaten adressiert, womit es ihr zunächst an einem tatsächlichen Adressaten mangelt, und wurde in ihrem räumlichen Geltungsbereich erst im Wege der Schengen-Assoziierung auf die Schweiz erstreckt.[11]

Schon allein daran wird deutlich, dass das Phänomen der Extraterritorialität – hier aus Perspektive des EWR-Rechts – genauere Untersuchung verdient. Zu diesem Zweck ist zunächst die Frage des räumlichen Geltungsbereichs des EWR-Rechts zu diskutieren und vor diesem Hintergrund ein erstes Verständnis von Extraterritorialität (oder Transterritorialität) zu gewinnen (II.). Sodann ist

* Univ.-Prof. Dr. Andreas Th. Müller, LL.M. (Yale), Universität Innsbruck

[1] Für eine umfassende Bewertung vgl *Müller/Schroeder*, 25 Jahre Europäischer Wirtschaftsraum. Ein Integrationsszenarium auf dem Prüfstand, Europarecht, Beiheft 1/2020.

[2] *Aurelius Augustinus,* Confessiones. Bekenntnisse, Buch XI, Kapitel 17 (übersetzt von Wilhelm Thimme; 2004), 553: «quid est ergo tempus? si nemo ex me quaerat, scio; si quaerenti explicare velim, nescio.»

[3] Richtlinie 91/477/EWG über die Kontrolle des Erwerbs und des Besitzes von Waffen, ABl 1991 L 256/51 idF der Richtlinie (EU) 2017/853, ABl 2017 L 137/22. Die letztgenannte Richtlinie ist im ABl als «Text von Bedeutung für den EWR» markiert, wird aber von den EWR-EFTA-Staaten nicht als EWR-relevant betrachtet; vgl https://www.efta.int/eea-lex/32017L0853 (abgerufen am 1.3.2020). Gem ErwG 35 und 37 stellt die Richtlinie 91/477/EWG idgF aber für Island, Liechtenstein und Norwegen eine Weiterentwicklung des Schengen-Acquis dar; vgl noch *infra* Fn 11.

[4] EuGH 3.12.2019, C-482/17, *Tschechische Republik/EP und Rat,* Rz 170f.

[5] *Ibid*, Rz 159.

[6] Vgl *ibid*, Rz 160f.

[7] Vgl *ibid*, Rz 167.

[8] Vgl *ibid*, Rz 165.

[9] Bundesbeschluss vom 28.9.2018, BBl 2018 6085.

[10] Die Vorlage wurde mit 63.7% Ja-Stimmen angenommen; BBl 2019 4985.

[11] Gem ErwG 36 der Richtlinie (EU) 2017/853, ABl 2017 L 137/22 stellt die EU-Waffenrichtlinie idgF für die Schweiz eine Weiterentwicklung des Schengen-Acquis dar.

das geläufigere Verständnis von Extraterritorialität als Regelung von Auslandssachverhalten in den Blick zu nehmen (III.) und dieses für die – auch unmittelbar EWR-relevanten – Bereiche Datenschutz (IV.) und Wettbewerb (V.) zu untersuchen.

II. Räumlicher Geltungsbereich des EWR-Rechts und Extraterritorialität

Art 126 Abs 1 EWRA regelt den räumlichen Geltungsbereich des Abkommens dahingehend, dass es für die Gebiete, in denen einerseits der EWG-Vertrag[12] angewendet wird, und andererseits für die Hoheitsgebiete Islands, des Fürstentums Liechtenstein und des Königreichs Norwegen gilt. Gem Art 29 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)[13] besteht, sofern keine abweichende Absicht aus dem Vertrag hervorgeht, die Vermutung, dass dieser jede Vertragpartei hinsichtlich ihres gesamten Hoheitsgebiets (engl «entire territory», franz «l'ensemble de son territoire») bindet. Dies gilt auch für das EWRA, freilich mit der Massgabe, dass Art 126 Abs 2 EWRA betreffend die Ålandinseln, das Protokoll Nr 40 zum EWRA betreffend Spitzbergen sowie Art 355 AEUV Spezialregelungen zum räumlichen Geltungsbereich des EWRA enthalten.

Wenn Art 126 Abs 1 EWRA von «Gebieten» und «Hoheitsgebieten» (im Englischen und Französischen bezeichnenderweise jeweils «territories» bzw «territoires») spricht, ist damit der gesamte geographische Bereich gemeint, über den die beteiligten Staaten territoriale Souveränität ausüben, dh neben deren Landgebiet das ebenso zum Staatsgebiet zählende Küstenmeer und der über dem Landgebiet und Küstenmeer liegende Luftraum.[14] Nicht zum Staats- oder Hoheitsgebiet gehören die ausschliessliche Wirtschaftszone sowie der Festlandsockel, in denen der Küstenstaat aber «souveräne Rechte» (vor allem zur umfassenden Ressourcennutzung) hat.[15] Daraus ergibt sich bereits ein erstes – limitiertes und wohl auch eher atypisches – Verständnis von Extraterritorialität[16], wenn rechtliche Regelungen nämlich nicht nur im vorher definierten Hoheitsgebiet gelten sollen, sondern auch in jenseits davon gelegenen Zonen. Es geht dabei also um eine Erweiterung des räumlichen Geltungsbereichs. Will man dieses Phänomen von dem im Folgenden erläuterten Verständnis von Extraterritorialität[17] begrifflich unterscheiden, kann man hier auch von *Transterritorialität* sprechen.

Extraterritorialität (Transterritorialität) in diesem Sinne ist ein jedenfalls im Unionsrecht anerkanntes Phänomen. Der räumliche Geltungsbereich der EU-Verträge – und in Folge dessen auch der auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsakte[18] – erfasst grundsätzlich die kumulierten Hoheitsgebiete der EU-Mitgliedstaaten (Art 52 EUV).[19] Nach der Rsp des EuGH und der hL ist das Unionsrecht in funktionaler Perspektive[20] aber auch jenseits der Hoheitsgebiete der EU-Mitgliedstaaten ieS anzuwenden, insoweit diese dort Hoheitsrechte, namentlich die in der ausschliesslichen Wirtschaftszone und am Festlandsockel verankerten souveränen Rechte ausüben.[21]

Diese Lösung ist auf das EWR-Recht nicht ohne weiteres übertragbar. Klar ist zwar, dass der räumliche Geltungsbereich des EWRA sich gem Art 126 Abs 1, wie schon ausgeführt, auf die kumulierten Hoheitsgebiete der beteiligten Staaten erstreckt. Nach der ausdrücklichen Anordnung in Art 8 des Protokolls Nr 1 über horizontale Anpassungen sind darüber hinaus in Bezug auf das abgeleitete EWR-Recht die Bezugnahmen von EU-Rechtsakten auf das Gebiet der «Gemeinschaft» (jetzt: «Union») oder auf den «Gemeinsamen Markt» (jetzt: «Binnenmarkt») als Bezugnahmen auf die Hoheitsgebiete der Vertragsparteien iSd Art 126 EWRA zu verstehen, dh auch diesbezüglich ergibt sich der räumliche Geltungsbereich

---

[12] Insoweit die EU Rechtsnachfolgerin der E(W)G ist (Art 1 Abs 3 EUV), ist darin ein Verweis auf die Regelung des Geltungsbereichs der EU-Verträge in Art 52 EUV zu sehen. EUV und AEUV gelten demnach für die dort aufgeführten 27 EU-Mitgliedstaaten; das Vereinigte Königreich Grossbritannien und Nordirland ist seit 1.2.2020 nicht mehr Mitglied der EU.

[13] LGBl 71/1990, LR 0.121.

[14] Art 2 Abs 1 und 2 UN-Seerechtsübereinkommen (SRÜ), BGBl 885/1995; BBl 2008 4293, SR 0.747.305.15. Das Fürstentum Liechtenstein ist dem SRÜ noch nicht beigetreten, die zitierten Bestimmungen gelten aber zweifellos für Liechtenstein qua Völkergewohnheitsrecht. Vgl in diesem Sinne auch *Villiger*, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (2009) Art 29 Rz 7; *von der Decken* in *Dörr/Schmalenbach* (Hrsg), Vienna Convention on the Law of Treaties[2] (2018) Art 29 Rz 23.

[15] Vgl Art 55ff, 76ff SRÜ; vgl auch *von Arnauld*, Völkerrecht[4] (2019) § 2 Rz 74.

[16] Mit diesem Terminus ausdrücklich *Dörr* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Recht der Europäischen Union (68. EL 2019) Art 52 EUV Rz 15.

[17] Vgl *infra* III.

[18] Vgl EuGH 16.2.1978, 61/77, *Kommission/Irland*, Rz 46; 30.4.1996, C-214/94, *Boukhalfa*, Rz 13; vgl *Stöger* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Art 52 EUV Rz 14f.

[19] EuGH 29.3.2007, C-111/05, *Aktiebolaget*, Rz 56f stellt für das Unionsrecht klar, dass dies auch das Küstenmeer sowie den Meeresboden und den Meeresuntergrund des Küstenmeers einschliesst.

[20] Vgl *Dörr* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Recht der Europäischen Union (68. EL 2019) Art 52 EUV Rz 15f; *Becker* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar[4] (2019) Art 52 EUV Rz 4; *Arnesen* in *Arnesen ua* (Hrsg), Agreement on the European Economic Area. A Commentary (2018) Art 126 Rz 6.

[21] Vgl EuGH 20.10.2005, C-6/04, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Rz 117 zur Anwendung der Richtlinie 92/43/EWG zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (Flora-Fauna-Habitat- oder FFH-Richtlinie), ABl 1992 L 206/7 in der ausschliesslichen Wirtschaftszone sowie EuGH 17.1.2012, C-347/10, *Salemink* zur Anwendung der Verordnung (EWG) Nr 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (Wanderarbeitnehmerverordnung), ABl 1971 L 149/2, aber auch des «Unionsrechts» (Rz 36f) insgesamt am Festlandsockel, der der staatlichen «Hoheitsgewalt, wenn auch funktionell und beschränkt» (Rz 35) unterliegt. In EuGH 19.3.2015, C-266/13, *Kik*, Rz 41 versagte der EuGH der Wanderarbeiternehmerverordnung die Anwendung, da es *in casu* eben nicht um die Ausübung der in Art 79 Abs 4 SRÜ verankerten Hoheitsbefugnisse in Bezug auf den Festlandsockel ging. Ähnlich lehnte er in EuGH 29.3.2007, C-111/05, *Aktiebolaget*, Rz 59 die Anwendung der Sechsten Mehrwehrsteuerrichtlinie 77/388/EWG, ABl 1977 L 145/1 ab, da die Hoheitsgewalt des Küstenstaats über die ausschliessliche Wirtschaftszone und den Festlandsockel «nur funktioneller Art» ist und es im gegebenen Fall nicht um die Ausübung der in Art 56 und 77 SRÜ vorgesehenen Befugnisse ging. Vgl dazu auch *Schmalenbach* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV[5] (2016) Art 52 EUV Rz 5; *Kokott* in *Streinz* (Hrsg) EUV/AEUV[3] (2018) Art 52 EUV Rz 4f.

aus der Kumulierung der Hoheitsgebiete der beteiligten Staaten.

Noch nicht geklärt ist dagegen die Frage der Erweiterung bzw Erweiterbarkeit der räumlichen Geltung des EWRA und in der Folge des EWR-Rechts auf Gebiete jenseits des Hoheitsgebietes. Namentlich Norwegen vertritt die Auffassung, dass das EWRA in der ausschliesslichen Wirtschaftszone und am Festlandsockel grundsätzlich nicht anwendbar ist. Diese Position kann sich insbesondere auf die von Art 52 EUV abweichende Textierung von Art 126 EWRA stützen, wo im Gegensatz zum EUV explizit von der Anwendung des EWRA in den «Gebieten» und «Hoheitsgebieten», den «territories» bzw «territoires» der beteiligten Staaten die Rede ist.[22] In der Praxis gibt es aber schon Beispiele für die Erfassung jenseits des Hoheitsgebiets gelegener Gebiete durch das EWR-Recht. EFTA-Gerichtshof und EuGH haben bislang zur Frage des räumlichen Geltungsbereichs des EWRA noch nicht ausdrücklich Stellung bezogen.[23] Die Diskussion ist noch nicht abgeschlossen[24] und harrt weiterer Beiträge.

III. Extraterritorialität als Regelung von Auslandssachverhalten

Häufiger wird unter extraterritorialer Geltung oder Anwendung eines Vertrags jedoch verstanden, dass rechtliche Regelungen an «Auslandssachverhalte» anknüpfen, die sich jenseits des räumlichen Geltungsbereichs – also jenseits des Hoheitsgebietes, ggf erweitert um Gebiete, in denen Staaten über souveräne Rechte verfügen – realisieren.[25] Dieses geläufigere Verständnis von Extraterritorialität wird mit dem (erweiterten) sachlichen Geltungsbereich von Verträgen in Verbindung gebracht.[26]

Zwar darf ein Staat nach Völkerrecht Hoheitsakte nur auf seinem Territorium setzen, die Regelung von Auslandssachverhalten ist dagegen völkerrechtlich grundsätzlich zulässig.[27] Gerne wird in diesem Zusammenhang auf die in den USA weit verbreitete Trias von *jurisdiction to prescribe*, *jurisdiction to adjudicate* und *jurisdiction to enforce* rekurriert[28], wobei hier die ersteren beiden interessieren, nämlich *«a country's ability to make its law applicable to persons, conduct, relations, or interests»* und *«a country's ability to subject persons or things to the process of its courts or administrative tribunals»*[29].

Das Völkerrecht gestattet es jedoch nicht, dass Rechtsordnungen beliebig auf auslandsbezogene Sachverhalte zugreifen.[30] Vielmehr verlangt es – im Gefolge des unauslöschlich mit Liechtenstein verbundenen *Nottebohm*-Falls[31] – eine «echte Verknüpfung» (*genuine link/connection*) zwischen der Normierungsinstanz und dem von dieser normierten Sachverhalt.[32] In ähnlicher Weise wird gefordert, die Regelung von Auslandssachverhalten müsse dem Grundsatz der *reasonableness* genügen.[33]

Ein völkerrechtlich anerkannter, da «einsichtiger» ebenso wie «zumutbarer» (*reasonable*), Anknüpfungspunkt ist insb das Personalitätsprinzip. Demzufolge ist ein Staat aufgrund seiner Personalhoheit[34] grundsätzlich berechtigt, seine Staatsangehörigen betreffende Sachverhalte zu regeln, auch wenn sie sich im Ausland realisieren. Dazu kommt das sog Schutzprinzip, das die Regelungshoheit eines Staates für Sachverhalte anerkennt, die besonders wichtige Staatsinteressen (zB Schutz der Währung gegen Fälschung, Schutz vor Spionage) betreffen, unabhängig davon von wem und wo sie realisiert werden.[35]

Ohne diese Grundsatzüberlegungen hier vertiefen zu können, zeigt sich, dass das Völkerrecht den Staaten – und darauf aufbauend den von diesen geschaffenen Kooperations- und Integrationsrechtsordnungen (namentlich dem EU-Recht und EWR-Recht) – hinsichtlich der Regelung von Auslandssachverhalten und damit der Erzeugung extraterritorialer Wirkungen erheblichen Gestaltungsspielraum belässt.[36] Zugleich ist die Erwartung zu dämpfen, dass die angesprochenen Konkretisierungen des *genuine link/reasonableness*-Erfordernisses eine trennscharfe Klassifikation unterschiedlicher Typen extraterritorialer Rechtsetzung erlauben würden. Viel-

---

[22] Vgl *Arnesen* in *Arnesen ua* (Hrsg), Agreement on the European Economic Area. A Commentary (2018) Art 126 Rz 9f, 14, 22f.

[23] Vgl *ibid*, Rz 13.

[24] Vgl insb *Almestad*, The Notion of «Opting Out», in *Baudenbacher* (Hrsg), The Handbook of EEA Law (2017) 85 (90f).

[25] Vgl etwa *Kamminga*, Extraterritoriality, in *Wolfrum* (Hrsg), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (November 2012), https://opil.ouplaw.com/home/mpil, Rz 1: «The terms ‹extraterritoriality›, and ‹extraterritorial jurisdiction› refer to the competence of a State to make, apply and enforce rules of conduct in respect of persons, property or events beyond its territory.»

[26] In diesem Sinne etwa *Stöger* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Art 52 EUV Rz 11, 14.

[27] Vgl diesbezüglich immer noch als Leiturteil Ständiger Internationaler Gerichtshof 7.9.1927, *S.S. «Lotus»* (Frankreich/Türkei), PCIJ Series A, No 10, 18f; siehe dazu etwa *Ipsen*, Völkerrecht[6] (2014) § 5 Rz 69f.

[28] Vgl American Law Institute, *Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States* (2018) § 401ff; siehe auch EuGH 20.10.2016, C-413/4 P, *Intel*, SchlA GA Wahl, Rz 282.

[29] Vgl *Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law* (Fn 28) § 401.

[30] Missverständlich daher in Zusammenhang mit dem Unionsrecht *Hofstötter* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), EUV/AEUV[7] (2015) Art 52 EUV Rz 4 (Hervorhebung vom Verfasser): «Sofern das allgemeine Völkerrecht eine extraterritoriale Anwendung erlaubt, kommt ausserdem eine Anwendung des Unionsrechts auch auf *rein ausländische* Sachverhalte in Betracht.»

[31] Internationaler Gerichtshof 6.4.1955, *Nottebohm* (Liechtenstein *v* Guatemala), ICJ Reports 1955, 4; vgl zum Hintergrund *Müller*, Zum Jubiläumsjahr 2010: Liechtenstein in der organisierten Staatengemeinschaft. Zugleich ein Beitrag zur Rolle des Kleinstaats in den internationalen Organisationen, LJZ 2010, 77 (80f).

[32] Vgl Internationaler Gerichtshof 6.4.1955, *Nottebohm* (Liechtenstein *v* Guatemala), ICJ Reports 1955, 4 Rz 23; vgl auch 5.2.1970, *Barcelona Traction* (Belgien *v* Spanien), ICJ Reports 1970, 3, Rz 70; dazu etwa *Kamminga* (Fn 25) Rz 9; *Simma/Müller*, Exercise and Limits of Jurisdiction, in *Crawford/Koskenniemi* (Hrsg), Cambridge Companion to International Law (2012) 134 (137).

[33] Vgl *Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law* (Fn 28) § 401, Reporters' note 6: «this Restatement gives effect to the principle of reasonableness by requiring a genuine connection between the subject of regulation and the state seeking to regulate»; zur *reasonableness* als gewohnheitsrechtlichem Massstab vgl *Dodge*, Jurisdictional reasonableness under customary international law, Questions of International Law – Zoom-In 2019, 5.

[34] Dazu etwa *Ipsen* (Fn 27) § 5 Rz 78.

[35] Zum Personalitäts- und Schutzprinzip allg *Simma/Müller* (Fn 35) 141ff; *Kamminga* (Fn 25) Rz 11ff.

[36] Vgl *Simma/Müller* (Fn 32) 147.

mehr besteht erhebliche Überlappung zwischen den genannten Kriterien.[37] Überdies erweisen sie sich in ihrer Anwendung und Reichweite als bei weitem nicht so klar, wie dies auf den ersten Blick scheinen mag, sondern weisen ein beträchtliches Mass an Binnendifferenzierung auf.

Vor diesem Hintergrund sollen exemplarisch zwei Bereiche in den Blick genommen werden, die für den EWR relevant sind und in denen es zu einem Zugriff auf Auslandssachverhalte und damit zu extraterritorialen Wirkungen des EWR-Rechts kommt, nämlich das Datenschutzrecht (IV.) und das Wettbewerbsrecht (V.). Beide Bereiche stehen in der Diskussion[38], insb auch was die völkerrechtlichen Vorgaben und Grenzen für die Erstreckung des EU-/EWR-Rechts auf Auslandssachverhalte betrifft.

IV. Datenschutzrecht und Extraterritorialität

Art 3 der EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)[39], die auch EWR-relevant ist[40], normiert zunächst, dass primäre Grundlage für die Bestimmung des «räumlichen Anwendungsbereichs» der DSGVO (so ausdrücklich die Überschrift des Art 3) das Bestehen einer Niederlassung innerhalb der Union (bzw des EWR) ist (sog Niederlassungsprinzip; Abs 1).[41] Eine wesentliche Ergänzung des räumlichen Geltungsbereichs der DSGVO erfolgt dahingehend, dass sie «Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter [findet], wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht a) betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten, unabhängig davon, ob von diesen betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist; b) das Verhalten betroffener Personen zu beobachten, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt» (sog Marktortprinzip; Abs 2).[42] Damit folgt die DSGVO dem vom EuGH im *Google Spain*-Urteil vorgezeichneten Weg, wo eine von einem nicht in der Union ansässigen Unternehmen durchgeführte Verarbeitung personenbezogener Daten unter Anwendung marktortbezogener Kriterien dem EU-Datenschutzrecht unterworfen wurde.[43]

Angesichts dessen kann man fragen, ob die EuGH-Judikatur und das darauf aufbauende Marktortprinzip als überschiessende Inanspruchnahme extraterritorialer Regelungsbefugnisse zu betrachten sind, werden damit doch die europäischen Datenschutzstandards exportiert und aussereuropäischen Akteuren oktroyiert.[44] Bei näherem Besehen zeigt sich freilich, dass die Regelung des Art 3 Abs 2 DSGVO durchaus differenziert ist. Indem sie zwar im Ausland niedergelassene Akteure in Anspruch nimmt, aber für ihre Anwendbarkeit eine Tätigkeit in der Union (nämlich das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen oder das Beobachten von Verhalten) zur Bedingung macht, besteht schon ein nennenswerter territorialer Anknüpfungspunkt.

Darüber hinaus ergibt sich ein personaler Bezug durch das Abstellen auf personenbezogene Daten von Personen, «die sich in der Union befinden». Dabei handelt es sich zwar nicht um eine Manifestation des traditionellen Personalitätsprinzips, das ja an die Staatsangehörigkeit anknüpft.[45] Die in der Union befindlichen Personen sind aber zum Einen in ihrer grossen Mehrheit Unionsbürgerinnen und Unionsbürger. Zum Anderen anerkennt das Völkerrecht zunehmend Verpflichtungen von Staaten gegenüber Fremdstaatlern, die sich, jedenfalls längerfristig, auf ihrem Territorium aufhalten (zB im Flüchtlingsrecht und Menschenrechtsschutz), womit eine erweiterte Regelungsbefugnis und damit auch ein relevantes Naheverhältnis im hier interessierenden Sinne einhergehen. Das Marktortprinzip dient aber gerade der Erfüllung grundrechtlicher Gewährleistungspflichten, die auch die Inanspruchnahme von Unternehmen erforderlich macht, die über keine Niederlassung in der Union/im EWR verfügen, aber dennoch im Binnenmarkt aktiv werden. Darüber hinaus geht es um die Schaffung eines *level playing field*, dh um die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen für alle im Binnenmarkt tätigen datenverarbeitenden Unternehmen.[46]

Berücksichtigt man, dass das Völkerrecht in diesem Bereich ohnehin einen erheblichen Gestaltungsspielraum einräumt[47], ist im Hinblick auf die zweifellos gegebenen extraterritorialen Wirkungen des Art 3 Abs 2 DSGVO das Vorliegen eines *genuine link* und damit die *reasonableness* der Regelung zu bejahen.[48] Das bedeutet nicht, dass die Inanspruchnahme von Regelungshoheit für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Aus-

---

[37] Vgl *Kamminga* (Fn 25) Rz 16.

[38] Eine nähere Untersuchung verdienen würden darüber hinaus aber auch Regelungen im Bereich des Umwelt- und Klimaschutzes (vgl noch *infra* Fn 67) oder des Finanzmarktrechts.

[39] Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl 2016 L 119/1.

[40] Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 154/2018 vom 6.7.2018.

[41] In diesem Sinne beschränkte Art 4 Abs 1 lit a der EU-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG, ABl 1995 L 281/31, der Vorgängerin der DSGVO, ihren Anwendungsbereich in räumlicher Hinsicht auf jene Datenverarbeitungen, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten durchgeführt wurden.

[42] Vgl etwa *Hornung* in *Simitis/Hornung/Spiecker* (Hrsg), Datenschutzrecht-Kommentar (2019) Art 3 DSGVO Rz 1; *Ennöckl* in *Sydow* (Hrsg), Europäische Datenschutzgrundverordnung² (2018) Art 3 Rz 1.

[43] EuGH 13.5.2014, C-131/12, *Google Spain*, Rz 52ff.

[44] Vgl *Hornung* in *Simitis/Hornung/Spiecker* (Hrsg), Datenschutzrecht-Kommentar (2019) Art 3 DSGVO Rz 3 mwN; weiterführend insb *Uecker*, Extraterritoriale Regelungshoheit im Datenschutzrecht (2017).

[45] Vgl *Hornung* in *Simitis/Hornung/Spiecker* (Hrsg), Datenschutzrecht-Kommentar (2019) Art 3 DSGVO Rz 41.

[46] ErwG 23 DSGVO; vgl auch *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO (2017) Art 3 Rz 1; *Ennöckl* in *Sydow* (Hrsg), Europäische Datenschutzgrundverordnung² (2018) Art 3 Rz 12; *Klar*, Die extraterritoriale Wirkung des neuen europäischen Datenschutzrechts, DuD 2017, 533f.

[47] Dazu bereits *supra* Fn 36.

[48] Vgl *Hornung* in *Simitis/Hornung/Spiecker* (Hrsg), Datenschutzrecht-Kommentar (2019) Art 3 DSGVO Rz 40, wonach die entsprechenden Kriterien einen «hinreichenden Bezug zur Union» herstellen, der die europäische Regelung von Anbietern aus Drittländern legitimiere.

land nicht ab einem gewissen Punkt eine Verletzung der völkerrechtlichen Vorgaben bedeuten kann, etwa wenn kategorisch die Verarbeitung der personenbezogenen Daten von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern der DSGVO unterworfen würde, auch wenn sich diese (gar längerfristig) im Ausland befinden.[49]

Neben dem effektiven Schutz von Datenschutz- und sonstigen Persönlichkeitsrechten in der digitalen Welt, der für die Ausdehnung extraterritorialer Regelungen streitet, sind indes auch andere Interessen in Betracht zu ziehen, etwa die (ebenso grundrechtlich indizierte) nicht übermässige Belastung von in diesem Bereich im In- wie Ausland tätigen Unternehmen.[50] Zu berücksichtigen sind darüber hinaus auch sonstige Implikationen einer exorbitanten Inanspruchnahme extraterritorialer Regelungshoheit. Angesichts der nach wie vor durch Reziprozität geprägten Struktur der Völkerrechtsordnung riskiert ein solches Vorgehen nämlich, andere Akteure zu ähnlichen Schritten zu veranlassen, was zu Jurisdiktionskonflikten führen kann.[51] Dies wiederum kann einen unerwünschten *chilling effect* generieren, sowohl was die Marktchancen von Wirtschaftstreibenden im Ausland[52] als auch was die Wahrung von EU wie EWR am Herzen liegenden Menschenrechtsstandards[53] anlangt.

Eine gewisse Zurückhaltung hinsichtlich der tatsächlichen Inanspruchnahme extraterritorialer Regelungshoheit, mithin ein *regulatory self-restraint* scheint daher angezeigt, insoweit dies geboten ist, um Negativreaktionen von anderer Seite zu vermeiden und insgesamt eine gedeihliche Entwicklung der zwischenstaatlichen Beziehungen zu fördern (sog internationale *comity*[54]). Dazu kommt, dass überzogene extraterritoriale Regelungen typischerweise Probleme bei der Rechtsdurchsetzung zeitigen, da mangels *enforcement jurisdiction*[55] nicht gewährleistet werden kann, dass dem ausgesprochenen Rechtsbefehl von den betroffenen externen Akteuren auch tatsächlich Folge geleistet wird.

V. Wettbewerbsrecht und Extraterritorialität

Das zweite Beispiel für extraterritoriale Wirkungen des EWR-Rechts iSd Regelung von Auslandssachverhalten entstammt dem in Art 53ff EWRA geregelten Wettbewerbsrecht, das weitgehend von den in den Art 101ff AEUV enthaltenen Regeln inspiriert ist. Namentlich in Bezug auf Kartellverbot und Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellung stellt sich ja auch die Herausforderung, wie mit binnenmarktbeeinträchtigendem Verhalten umzugehen ist, das ausserhalb des EU-/EWR-Hoheitsgebiets gesetzt wird.

Dabei wird das *Gencor*-Urteil des (Europäischen) Gerichts[56] gerne als Autorität für die Anerkennung der aus den USA stammenden sog «effects doctrine» (Auswirkungsprinzip)[57] im europäischen Wettbewerbsrecht in Anspruch genommen. Demnach ist ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht nur aufgreifbar, wenn es im EU-/EWR-Hoheitsgebiet gesetzt wird, sondern bereits wenn es eine unmittelbare, wesentliche und vorsehbare Wirkung auf den Binnenmarkt hat.[58]

Dagegen stellte der Gerichtshof im *Woodpulp*-Fall[59] auf die Unterscheidung zwischen der Bildung eines Kartells einerseits und seiner Durchführung andererseits ab. Entscheidend für die Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts sei der letztere Ort (Durchführungsprinzip).[60] Auf den Ort der Kartellbildung könne es nicht ankommen, weil sonst den betreffenden Unternehmen ein leichtes Mittel zur Umgehung des Kartellrechts an die Hand gegeben wäre.[61] Und der Gerichtshof fügt hinzu, dass mit dieser Lösung die Zuständigkeit zur Anwendung der europäischen Wettbewerbsvorschriften «durch das Territorialitätsprinzip gedeckt [sei], das im Völkerrecht allgemein anerkannt ist»[62]. Dies wurde vielfach als Absage an das Auswirkungsprinzip qualifiziert.[63] Zumindest hat es der Gerichtshof lange vermieden, zum Auswirkungsprinzip eindeutig Stellung zu nehmen.[64] Tatsächlich lassen sich mittels einer weiten Auslegung des Territorialitätsprinzips[65], in Gestalt einer grosszügigen Handhabung des Durchführungsprinzips[66], die meisten relevanten Konstellationen grenzüberschreitenden Charakters in den Griff bekommen und als Anwendung des

---

[49] Vgl *ibid*, Rz 40 mwN.

[50] Zu diesem Interessenabgleich vgl etwa EuGH 3.10.2019, C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, Rz 43f.

[51] Vgl *Simma/Müller* (Fn 32) 150f.

[52] Im Hinblick darauf hat sich der Unionsgesetzgeber etwa in ErwG 60 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (E-Commerce-Richtlinie), ABl 2000 L 178/1, dazu bekannt, dass der in diesem Bereich zu schaffende Rechtsrahmen «vereinbar mit den auf internationaler Ebene geltenden Regeln sein [müsse], um die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie nicht zu beeinträchtigen und innovative Massnahmen in diesem Sektor nicht zu behindern».

[53] Vgl Präambularabs 2, 4 und Art 2, 6, 21 EUV sowie Präambularabs 1 EWRA. Man denke unter Meinungsfreiheitsgesichtspunkten und in Anschluss an den *Glawischnig-Piesczek*-Fall (Fn 50) etwa nur an ein ausländisches Gesetz bzw Urteil, das eine weltweite Löschungsverpflichtung für religionskritische Webcontents aufstellt.

[54] Dazu ausdrücklich EuGH 3.10.2019, C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, SchlA GA Szpunar, Rz 51.

[55] Vgl *supra* Fn 28.

[56] Vgl EuG 25.3.1999, Rs T-102/96, *Gencor*.

[57] Weiterführend *Zurkinden/Lauterburg*, in *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg), Europäisches Wettbewerbsrecht² (2014), Vorb zu Art 101–105 AEUV: Anwendung auf Unternehmen in Drittstaaten, Rz 127ff mwN.

[58] Vgl EuG 25.3.1999, T-102/96, *Gencor*, Rz 92.

[59] EuGH 27.9.1988, verb Rs 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 und 125/85 bis 129/85, *Ahlström ua*.

[60] Vgl *Zurkinden/Lauterburg*, in *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg), Europäisches Wettbewerbsrecht² (2014), Vorb zu Art 101–105 AEUV: Anwendung auf Unternehmen in Drittstaaten, Rz 126.

[61] Vgl EuGH 27.9.1988, verb Rs 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 und 125/85 bis 129/85, *Ahlström ua*, Rz 16.

[62] *Ibid*, Rz 18.

[63] Vgl dazu die Bezugnahme auf das entsprechende Parteienvorbringen in *ibid*, Rz 15 sowie die SchlA von GA Darmon vom 25.5.1988, Rz 57f, der dem Gerichtshof die Anwendung des Kriteriums der unmittelbaren, wesentlichen und vorhersehbaren Auswirkung empfohlen hatte.

[64] Vgl *Zurkinden/Lauterburg*, in *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg), Europäisches Wettbewerbsrecht² (2014), Vorb zu Art 101–105 AEUV: Anwendung auf Unternehmen in Drittstaaten, Rz 142.

[65] Vgl *Simma/Müller* (Fn 32) 140f.

[66] So auch *Zurkinden/Lauterburg*, in *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg), Europäisches Wettbewerbsrecht² (2014), Vorb zu Art 101–105 AEUV: Anwendung auf Unternehmen in Drittstaaten, Rz 146 mwN.

überkommenen Territorialitätsprinzips verstehen – oder, wie kritische Stimmen sagen würden, kaschieren.[67] Dennoch blieb die Frage virulent, ob nicht in bestimmten Fällen doch auf das Auswirkungsprinzip zurückgegriffen werden muss.

In seiner jüngsten Rsp scheint der EuGH eben diesen Schritt gemacht zu haben. Im *Intel*-Fall hatte die Kommission entschieden, dass das US-Unternehmen Intel, das Weltmarktführer im Prozessorenbereich ist, zwischen 2002 und 2007 seine marktbeherrschende Stellung missbraucht habe, dadurch Art 102 AEUV und Art 54 EWRA verletzt habe und dafür mit einem Bussgeld in Höhe von EUR 1.06 Milliarden zu belegen sei[68], welches vor dem EuGH bekämpft wurde. Der Gerichtshof bekräftigte in Antwort auf das gegen das Urteil des Gerichts erhobene Rechtsmittel die Anwendung des Durchführungsprinzips und verwies diesbezüglich auf seine Vorjudikatur.[69] Allerdings akzeptierte er ebenso das vom Gericht alternativ geprüfte Kriterium der «qualifizierten Auswirkungen»[70] und bestätigte im Ergebnis die Einschätzung des Gerichts, die von Intel mit Lenovo geschlossenen Vereinbarungen hätten vorsehbare, unmittelbare und wesentliche Wirkungen erzeugt und seien damit vom europäischen Wettbewerbsrecht erfasst.[71]

Diese Judikatur strapaziert, ja überstrapaziert das Territorialitätsprinzip.[72] Die (dogmatisch zu bevorzugende) Anerkennung der extraterritorialen Wirkung des europäischen Wettbewerbsrechts in diesem Fall wirft indes angesichts des diesbezüglichen bestehenden erheblichen Gestaltungsspielraums[73] keine wirklichen völkerrechtlichen Probleme auf, sofern ein differenziertes Auswirkungsprinzip (abstellend auf vorsehbare, unmittelbare und wesentliche Wirkungen) praktiziert wird.[74]

Wiederum gilt es aber zu bedenken, dass extraterritoriale Regelungshoheit im Blick auf *comity*-Erwägungen mit einer gewissen Zurückhaltung in Anspruch genommen werden soll, auch wenn dem nicht unmittelbar ein völkerrechtliches Verbot entgegensteht. Schliesslich gibt es weltweit mehr als hundert nationale oder supranationale Behörden, die Zuständigkeit für die Beurteilung wettbewerbswidrigen Verhaltens für sich beanspruchen und mit entsprechenden Argumenten ihrerseits auch das von europäischen Unternehmen ausserhalb von Europa gesetzte Verhalten prüfen und sanktionieren können.[75]

Bemerkenswert ist darüber hinaus, dass der EuGH diesen Fall gleichermassen im Blick auf Art 102 AEUV und Art 54 EWRA entschieden hat. Darin wird deutlich, dass im Hinblick auf die Erzeugung extraterritorialer Effekte iSd Erfassung von Auslandssachverhalten Parallelität zwischen EU-Recht und EWR-Recht besteht.[76]

VI. Fazit

Unter Extraterritorialität versteht man – im Lichte allgemeiner Lehren und speziell in Bezug auf das EWR-Recht – einerseits die Erweiterung des räumlichen Geltungsbereichs über die kumulierten Hoheitsgebiete der EWR-Staaten hinaus (auch Transterritorialität) sowie andererseits und insb die Regelung von Auslandssachverhalten. Während für die erste Ebene noch nicht hinreichend geklärt ist, ob der hinsichtlich des EU-Rechts praktizierte funktionale Ansatz auch auf das EWR-Recht übertragbar ist, deutet auf zweiter Ebene alles auf eine parallele Handhabung von EU-Recht und EWR-Recht hin.

Wie sich an den diskutierten Beispielen gezeigt hat, belässt das Völkerrecht einen erheblichen Gestaltungsspielraum bezüglich der Regelung von Auslandssachverhalten und damit der Erzeugung extraterritorialer Wirkungen. Die traditionellen Kriterien des *genuine link* und der *reasonableness* erweisen sich als durchaus formbar.[77] Das EU-/EWR-Recht hält sich diesbezüglich im völkerrechtlich akzeptablen Rahmen. Zu bedenken ist aber auch, dass eine an sich völkerrechtskonforme Inanspruchnahme extraterritorialer Regelungshoheit negative Reaktionen anderer Akteure auslösen kann und *comity*-Überlegungen einen zurückhaltenden Umgang mit extraterritorialen Regelungen nahelegen.

---

[67] Vgl etwa EuGH 21.12.2011, C-366/10, *Air Transport Association of America*, Rz 125.

[68] EuGH 6.9.2017, C-413/04, *Intel*, Rz 12; weiterführend *Fox*, Extraterritorial Jurisdiction, Antitrust, and the EU *Intel* Case: Implementation, Qualified Effects, and the Third Kind, Fordham International Law Journal 2019, 981.

[69] Vgl EuGH 6.9.2017, C-413/14, *Intel*, Rz 44.

[70] *Fox* (Fn 75) 985 spricht diesbezüglich vorsichtig von einem «implicit holding»; deutlicher *ibid*, 989.

[71] Vgl EuGH 6.9.2017, C-413/14 *Intel*, Rz 49ff.

[72] Diesbezüglich pragmatisch EuGH 6.9.2017, C-413/14, *Intel*, SchlA GA Wahl, Rz 297 («nicht entscheidend»).

[73] Dazu bereits *supra* Fn 36.

[74] Vgl EuGH 6.9.2017, C-413/14, *Intel*, SchlA GA Wahl, Rz 297; *Fox* (Fn 68) 988; auch *Zurkinden/Lauterburg*, in *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg), Europäisches Wettbewerbsrecht² (2014), Vorb zu Art 101–105 AEUV: Anwendung auf Unternehmen in Drittstaaten, Rz 106, 128 mwN sprechen dies als die hL an.

[75] Vgl EuGH 6.9.207, C-413/14, *Intel*, SchlA GA Wahl, Rz 283 sowie Rz 300, wo von «Courtoisie» die Rede ist; in eine ähnliche Richtung auch *Fox* (Fn 75) 995f.

[76] Dazu auch *Zurkinden/Lauterburg*, in *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg), Europäisches Wettbewerbsrecht² (2014), Vorb zu Art 101–105 AEUV: Anwendung auf Unternehmen in Drittstaaten, Rz 105.

[77] Vgl *Simma/Müller* (Fn 32) 147 («malleability»).

SOLVIT – Effiziente Problemlösung im EWR

Thomas Bischof, Vaduz*

Der Binnenmarkt gilt gemeinhin als Herzstück des EWR und die vier Grundfreiheiten als Eck-pfeiler desselben. Menschen, Waren, Dienstleistungen und Kapital können frei zirkulieren. Der EWR wird so für den Einzelnen erlebbar. Obwohl das EWR-Abkommen grundsätzlich gut funktioniert, werden Bürger und Unternehmen manchmal aber doch mit Problemen konfrontiert, die ihren Ursprung in einer möglicherweise fehlerhaften Anwendung von EWR-Vorschriften durch Behörden eines anderen EWR-Vertragsstaats haben. In solchen Fällen kann SOLVIT helfen. Schnell, unbürokratisch und kostenlos wird versucht, eine Lösung für das Problem zu finden und so dem Antragsteller zu seinem Recht zu verhelfen. In diesem Beitrag wird näher auf das Problemlösungsnetzwerk SOLVIT eingegangen und verschiedene Facetten desselben beleuchtet.

I. Einleitung

1. Rechte im Binnenmarkt

Gemäss der Präambel zum EWR-Abkommen[1] wurde dieses u.a. im festen Willen geschlossen, für die weitmöglichste Verwirklichung der Freizügigkeit und des freien Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums zu sorgen. Diese vier Grundfreiheiten sind das Herzstück des Binnenmarkts.

Sie geben Privatpersonen das Recht, in einem anderen EWR-Vertragsstaat zu wohnen, zu arbeiten und zu studieren. Verbraucher profitieren von niedrigeren Preisen durch zunehmenden Wettbewerb, von einer grösseren Auswahl an Konsumgütern und sie geniessen stärkeren Verbraucherschutz. Unternehmen können einfacher und kostengünstiger grenzübergreifende Geschäfte tätigen[2]. Kurzum, der Binnenmarkt und insbesondere die vier Grundfreiheiten machen den EWR für den Einzelnen erlebbar[3].

Dieses positive Erleben ist auch in Liechtenstein spürbar.

Aus Anlass der zwanzig-jährigen Mitgliedschaft im EWR liess die liechtensteinische Regierung erstmals eine repräsentative Meinungsumfrage durchführen[4]. Bei 85% der Befragten rief der EWR ein positives Bild hervor. 74% der Befragten betrachteten den EWR als ein Erfolgsmodell und 81% als die beste Option für die liechtensteinische Europapolitik in den kommenden Jahren. Diese Ergebnisse können wie folgt zusammengefasst werden: es war eine gute und richtige Entscheidung, dem EWR beizutreten, es ist gut, EWR-Mitglied zu sein und es wäre das Beste, dies auch zu bleiben.

Bei den in Liechtenstein niedergelassenen Unternehmen, welche ebenfalls befragt worden sind, zeigte sich ein sehr ähnliches Bild. Ihrer Ansicht nach wirkte sich der Beitritt zum EWR positiv auf den Wirtschaftsstandort Liechtenstein, den Marktzugang, die Rechtssicherheit und die Wettbewerbsfähigkeit Liechtensteins aus[5].

Diese hohen Zustimmungsergebnisse lassen sich zum einen mit den politischen Erträgen, welche der EWR mit sich brachte und bringt, erklären. Zu nennen sind hier Souveränitätsstärkung, erhöhte staatliche Selbständigkeit, Internationalisierung, Einbindung in den europäischen Rechtsraum, Imagegewinn, usw[6].

Zum anderen sind es aber insbesondere auch die Möglichkeiten und Vorteile, welche der Rechtsrahmen des EWR-Abkommens – allen voran die vier Grundfreiheiten – den Bürgern und Unternehmen Liechtensteins, bietet, entscheidend für dieses positive Erleben.

2. Rechtsschutz im Binnenmarkt

Diesen Rechtsrahmen gilt es zu schützen. Denn es ist nicht nur wichtig, dass Bürgern und Unternehmen Rechte aus dem EWR-Abkommen zustehen. Vielmehr muss auch sichergestellt werden, dass diese garantierten Rechte letzten Endes angemessen durchgesetzt werden können. Sie müssen Wirklichkeit werden.

So unterstrichen bereits die Gründerväter des EWR im achten Erwägungsgrund der Präambel zum EWR-Abkommen ihre Überzeugung, dass der Einzelne im Europäischen Wirtschaftsraum durch die Ausübung der ihm durch dieses Abkommen verliehenen Rechte und durch die gerichtliche Geltendmachung dieser Rechte eine zentrale Rolle spielen wird.

In ihrem umfangreichen und in seiner Art wohl einzigartigen Kommentar zum EWR-Abkommen vertreten Arnesen/Fredriksen die Ansicht, dass dieser achte Erwägungsgrund wohl der wichtigste aller sechzehn Erwägungsgründe der Präambel sei und seine Wichtigkeit nicht hoch genug eingeschätzt werden kann[7].

---

* lic.iur. Thomas Bischof LL.M. (Brügge) ist stellvertretender Leiter der Stabsstelle EWR der Regierung des Fürstentums Liechtenstein und Leiter der SOLVIT-Stelle Liechtenstein.

1 Abkommen vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum, LGBl. 1995 Nr. 68.

2 *G. Baur*, Kleine und mittlere Unternehmen im Kampf mit der Verwaltung um den Zugang zum Binnenmarkt – David gegen Goliath?, in: Baur (Hrsg.), Europäer – Botschafter – Mensch, Liber amicorum für Prinz Nikolaus von Liechtenstein, 2007, S. 145.

3 Es überrascht daher auch nicht, dass in einer repräsentativen Umfrage der Bertelsmann Stiftung, die offenen Grenzen (46 % der Befragten) und der freie Handel (45% der Befragten) als die bisher wichtigsten Errungenschaften der Europäischen Union genannt worden sind. An dritter Stelle folgt die Erhaltung des Friedens (40% der Befragten). Bertelsmann Stiftung, What do the people want? Opinions, Moods and Preferences of European Citizens, 2015, p. 29.

4 *C. Frommelt*, 20 Jahre EWR-Abkommen: Wie stehen die Liechtensteinerinnen und Liechtensteiner heute zum EWR? – Ergebnisse einer repräsentativen Umfrage, LI Aktuell Nr. 2/2015, Liechtenstein Institut (Hrsg.), 2015.

5 *C. Frommelt*, 20 Jahre EWR: Wie stehen die liechtensteinischen Unternehmen heute zum EWR? Ergebnisse einer Onlinebefragung, LI Aktuell Nr. 3/2015, Liechtenstein Institut (Hrsg.), 2015.

6 *H. Büchel,* «Nischenvolkswirtschaft» und Binnenmarktmitgliedschaft, in Bruha, Pallinger, Quaderer (Hrsg.), Liechtenstein – 10 Jahre im EWR, Bilanz, Herausforderungen, Perspektiven, Liechtenstein Politische Schriften, Band 40, 2005, S. 67.

7 ARNESEN, Finn, FREDRIKSEN, Halvard Haukeland, Preamble, in: Arnesen F/Fredriksen H H/Graver H P/Mestad O/Vedder C, Agreement on the European Economic Area, A Commentary, First Edition 2018, S.162/163.

Der EFTA-Gerichtshof seinerseits betonte, dass die Sicherung eines effektiven Zugangs zu den Gerichten einen unverzichtbaren Teil der EWR-Rechtsordnung bildet[8].

Der Verfasser stimmt obigen Aussagen vorbehaltlos zu. Gerichtlicher Rechtsschutz ist unverzichtbar – und doch ist er nicht der einzige Weg, Bürgerinnen und Bürgern sowie Unternehmen zu ihren Rechten aus dem EWR-Abkommen zu verhelfen.

Aussergerichtliche Verfahren, Streitbeilegungs- oder Problemlösungsmechanismen – so wie das nachfolgend näher beschriebene Netzwerk SOLVIT – können ebenso einen wertvollen Beitrag zum Schutz der Rechte des Einzelnen liefern. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie – im Vergleich zu gerichtlichen Verfahren – grundsätzlich formloser, kostengünstiger und schneller sind.

II. SOLVIT – Effiziente Problemlösung im EWR

1. Was ist SOLVIT?

Obwohl das EWR-Abkommen grundsätzlich gut funktioniert, werden Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen manchmal mit Problemen infolge einer möglicherweise fehlerhaften Anwendung von EWR-Vorschriften durch Behörden eines anderen EWR/EU-Mitgliedstaates konfrontiert.

Das Problemlösungsnetz «SOLVIT» wurde von der Europäischen Union eingerichtet, um derartige Probleme so effizient wie möglich und ohne Rückgriff auf teure und langwierige Gerichtsverfahren zu lösen.

Nachdem es in einer halbjährigen Pilotphase getestet wurde, erfolgte der offizielle Start von SOLVIT am 22. Juli 2002. Die EWR/EFTA-Staaten Liechtenstein, Norwegen und Island waren von Anfang an vollwertige Mitglieder.

2. Wem und wann kann SOLVIT helfen?

Gemäss der SOLVIT-Empfehlung 2013[9] ist es das erklärte Ziel von SOLVIT, rasche, wirksame und informelle Lösungen für Probleme zu finden, mit denen EWR-Bürgerinnen und Bürger oder EWR-Unternehmen konfrontiert sind, wenn ihnen Behörden in einem anderen EWR-Vertragsstaat ihre Binnenmarktrechte verweigern[10].

Diese Zielbeschreibung enthält grundsätzlich alle wesentlichen Prüfkriterien:

Zunächst wird klargestellt, dass **sowohl EWR-Bürgerinnen und Bürgern als auch EWR-Unternehmen** sich als Antragsteller an SOLVIT wenden können.

Der Antragsteller muss mit einem **grenzüberschreitenden Problem** konfrontiert sein. D.h. seine Rechte werden (möglicherweise) verletzt

- durch eine Behörde in einem anderen EWR-Vertragsstaat oder
- durch eine Behörde seines Heimatstaats nachdem er sein Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hat oder wenn er versucht, dies zu tun[11].

Als **Behörde** gilt hierbei jeder Teil der öffentlichen Verwaltung eines EWR-Vertragsstaats auf nationaler, regionaler oder kommunaler Ebene oder jede Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform, die durch eine staatliche Massnahme mit der Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung unter der Kontrolle des Staates betraut und zu diesem Zweck mit besonderen Befugnissen ausgestattet wurde, die über jene hinausgehen, die bei Beziehungen zwischen Einzelpersonen üblicherweise gelten.

Schliesslich muss eine **Verletzung der Binnenmarktrechte** des Antragstellers vorliegen. Der Begriff des Binnenmarktrechts ist im SOLVIT-Sinne eher weit zu verstehen. Er umfasst alle Rechtsvorschriften, Regeln oder Grundsätze, die sich auf das Funktionieren des Binnenmarktes beziehen. Dazu gehören auch Vorschriften, die als solche nicht darauf abzielen, den Binnenmarkt zu regulieren, sondern sich auf den freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Personen oder Kapital zwischen den Mitgliedstaaten auswirken. Somit können auch Verstösse gegen Grundsätzen des EWR-Abkommens, wie beispielsweise dem Diskriminierungsverbot, oder Verletzungen von Richtlinien, Verordnungen und Entscheidungen von SOLVIT behandelt werden.

Wichtig ist hierbei zu betonen, dass SOLVIT ein informeller Dienst ist. Er kann als solcher nicht ergänzend zu formalen oder rechtlichen Verfahren in Anspruch genommen werden. Das heisst, sobald der Anlassfall vor Gericht ist, kann SOLVIT nicht mehr bei der Lösung des Problems helfen[12].

Dasselbe gilt, und dies im Umkehrschluss zu den oben genannten Prüfkriterien, wenn der Anlassfall einen rein nationalen Sachverhalt betrifft, keine Behörde beteiligt ist[13] oder kein Binnenmarktrecht verletzt wurde. Wird ein solcher *«out of scope»*- Fall bei SOLVIT eingereicht, wird der Antragsteller auf jenen Dienst verwiesen, welcher im Anlassfall wohl am besten zur Unterstützung geeignet ist[14].

---

[8] EFTA Gerichtshof, Rs. E-10/04 (Paolo Piazza v Paul Schurte AG), [2005] EFTA Ct. Rep. 76, Rz. 43.

[9] Empfehlung 2013/461/EU der Kommission vom 17. September 2013 zu den Grundsätzen für SOLVIT (ABl. L 249 vom 19.9.2013, S. 10–15).

[10] Wichtig: SOLVIT ist keine Anlaufstelle für allgemeine Fragen zum EWR-Recht. Sollten Bürgerinnen und Bürger oder Unternehmen solche Fragen haben, wird die Informationsplattform «Ihr Europa» (https://europa.eu/youreurope/index.htm#de) oder die Kontaktaufnahme mit der Stabsstelle EWR (https://www.llv.li/inhalt/12320/amtsstellen/stabsstelle-ewr) empfohlen.

[11] Beispiel: Eine Bürgerin des EWR-Vertragsstaats A arbeitete im EWR-Vertragsstaat B. Als sie zurück in ihren Heimatstaat A kommt, teilt ihr die zuständige Behörde mit, dass ihre Arbeitszeiten im Staat B für die Berechnung ihrer Rente im Staat A nicht berücksichtigt werden könnten.

[12] Hiervon zu unterscheiden sind Verwaltungsbeschwerden gegen diejenige Behörde, die das Problem verursacht hat. Eine Verwaltungsbeschwerde ist kein Gerichtsverfahren. Solange das Verfahren innerhalb der Verwaltung bleibt, kann SOLVIT eingreifen.

[13] Beispielsweise fallen grenzüberschreitende Probleme zwischen zwei Unternehmen (B2B-Fälle) oder zwischen einem Unternehmen und einem Kunden/Verbraucher nicht in den Anwendungsbereich von SOLVIT.

[14] Gemäss Kapitel IX der SOLVIT-Empfehlung 2013 sollten die SOLVIT-Stellen aktiv mit anderen europäischen und nationalen Informationsstellen und Netzen wie «Ihr Europa», EURES und der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit zusammenarbeiten. Das finale Ziel ist es, betroffenen Bürgerinnen und Bürgern sowie Unternehmen zu helfen.

Im Grundsatz behandelt SOLVIT Einzelfälle von falscher Anwendung des Binnenmarktrechts durch Behörden. Im Laufe der Jahre erhöhte sich jedoch die Anzahl so genannter struktureller und wiederkehrender Fälle stetig. Diese stellen für das SOLVIT-Netzwerk eine Herausforderung dar.

Gemäss Definition ist ein strukturelles Problem eine Zuwiderhandlung aufgrund einer einzelstaatlichen Vorschrift, die dem EWR-Recht zuwider läuft. Das heisst, die anwendende Behörde wendet die geltende nationale Vorschrift (Gesetz, Verordnung, Anordnung eines Ministeriums, Verwaltungsleitlinien usw.) an sich korrekt an, die Vorschrift als solche verletzt aber geltendes EWR-Recht[15]. Strukturelle Fälle sind in der Regel sehr komplex. Sie ziehen häufig Änderungen nationaler Gesetze nach sich, so dass die Lösung dieser Fälle in der Regel länger als die SOLVIT-Frist von 10 Wochen dauert.

Ein immer wiederkehrendes Problem ist ein Verstoss gegen geltendes EWR-Recht ohne eine nationale schriftliche Regelung (Verwaltungspraxis)[16].

3. Wie funktioniert SOLVIT?

Ein SOLVIT-Fall wird stets von zwei SOLVIT-Stellen bearbeitet, der Heimat-SOLVIT-Stelle *(Home SOLVIT Center)* und der federführenden SOLVIT-Stelle *(Lead SOLVIT Center)*.

Die Heimat-SOLVIT-Stelle ist die SOLVIT-Stelle jenes Mitgliedstaates, der die engste Verbindung zum Antragsteller hat. Die Staatsangehörigkeit des Antragsstellers, dessen Wohnsitz/Sitz oder der Ort, an dem der Antragsteller die entsprechenden Rechte erworben hat, sind Kriterien, die bei der Feststellung der «engsten Verbundenheit» von Relevanz sein können.

Die Heimat-SOLVIT-Stelle hat insbesondere die Aufgaben:

– zu prüfen, ob der eingereichte Fall schlüssig ist;
– zu prüfen ob die SOLVIT-Kriterien erfüllt sind, denn nur wenn der Fall in das Mandat von SOLVIT fällt, kann er auch im Rahmen von SOLVIT behandelt werden;
– sicherzustellen, dass die gesamten, zur Problemlösung benötigten Informationen zur Verfügung stehen und
– eine eingehende rechtliche Analyse des Problems vorzunehmen.

Sobald diese Aufgaben erfüllt sind und alle notwendigen Informationen und Dokumente vorliegen, erfasst die Heimat-SOLVIT-Stelle den Fall in einem Online-Datenbanksystem. Der Fall wird sodann automatisch auf elektronischem Wege an die federführende SOLVIT-Stelle weitergeleitet[17].

Die federführende SOLVIT-Stelle ist die SOLVIT-Stelle jenes Mitgliedstaates, in dem die mutmassliche Verletzung des EWR-Rechts auf dem Gebiet des Binnenmarkts erfolgt ist.

Die federführende SOLVIT-Stelle ihrerseits hat insbesondere folgende Aufgaben:

– innerhalb einer Woche zu bestätigen, ob sie den Fall übernimmt[18] und;
– innert 10 Wochen eine Lösung für den Antragssteller zu suchen (einschliesslich einer Klarstellung des anwendbaren EWR-Rechts).

Die federführende SOLVIT-Stelle hat bei der Lösung des Problems entscheidende Vorteile. Sie findet leichter die richtigen nationalen Ansprechpersonen, sie hat keine sprachlichen Barrieren und sie tritt mit der «Autorität» einer Einheit der nationalen Verwaltung oder eines Ministeriums auf.

Die beiden SOLVIT-Stellen stehen bei der Bearbeitung des Falles in ständiger Verbindung. Die federführende SOLVIT-Stelle informiert der Heimat-SOLVIT-Stelle regelmässig über den aktuellen Stand der Abklärungen und die erzielten Fortschritte. Die Heimat-SOLVIT-Stelle ihrerseits hält den Antragsteller während des gesamten Verfahrens angemessen informieren.

Die Rolle der Europäischen Kommission ist detailliert in Kapitel VI der SOLVIT-Empfehlung 2013 beschrieben. Bespielhaft seien hier folgende Aufgaben erwähnt: Unterstützung bei der Fallbearbeitung auf Ersuchen der involvierten SOLVIT-Stellen; die Verwaltung und Pflege der SOLVIT-Datenbank; die Überwachung der Qualität und der Ergebnisse der SOLVIT-Stellen und die Gewährleistung einer angemessenen Weiterbehandlung von ungelösten SOLVIT-Fällen.

4. Was sind die Vorteile von SOLVIT?

Es ist wohlbekannt, dass förmliche Verfahren für die Beilegung von Streitigkeiten vor einem Gericht oder einer gerichtsähnlichen Einrichtung langwierig sind/sein können.

SOLVIT hat diesbezüglich den Vorteil, dass mit kurzen Fristen gearbeitet wird. Innert einer Woche erhält der Antragsteller eine erste Rückmeldung der Heimat-SOLVIT-Stelle, einschliesslich der Angabe, sofern dies auf Grundlage der bereitgestellten Informationen möglich ist, ob SOLVIT den Fall grundsätzlich bearbeiten kann. Erforderlichenfalls wird der Antragsteller aufgefordert, weitere zur Bearbeitung des Falles notwendigen Unterlagen einzureichen. Auf dieser Grundlage bereitet die Heimat-SOLVIT-Stelle den Fall vor und speist ihn in die Datenbank ein. Sobald die federführende SOLVIT-Stelle

---

[15] Beispiele für strukturelle Probleme:
– fehlende oder falsche Umsetzung einer EWR-Richtlinie in nationales Recht;
– nationale Regelung, die einer EWR-Verordnung oder dem EWR-Abkommen zuwiderläuft.

[16] Beispiel für wiederkehrendes Problem:
– systematisch verspätete Ausstellung von Aufenthaltsbewilligungen an Familienangehörige von EWR-Bürgern.

[17] Es sei an dieser Stelle festgehalten, dass im Rahmen des SOLVIT-Netzwerkes dem Schutz personenbezogener Daten und der Vertraulichkeit höchsten Stellenwert zukommt.

[18] Es kann vorkommen, dass die federführende SOLVIT-Stelle die Annahme eines Falles (obschon er von der Heimat-SOLVIT-Stelle angemessen aufbereitet worden ist) ablehnt, da von vornherein klar ist, dass das zugrundeliegende Problem durch SOLVIT nicht gelöst werden kann – beispielsweise wenn das Thema politisch sehr heikel ist. Der Fall wird als ungelöst geschlossen.

den Fall angenommen hat, startet die 10-Wochen-Frist zur Lösung des zugrundeliegenden Problems[19].

Zusammengefasst heisst dies, dass der Antragsteller, wenn sein Fall gut dokumentiert ist, grundsätzlich innert weniger als drei Monaten eine abschliessende Rückmeldung erhalten sollte – idealerweise die Lösung seines Problems beinhaltend. Kurzum: SOLVIT arbeitet schnell und effizient.

Zudem ist die Nutzung von SOLVIT für die Bürgerinnen und Bürger sowie die Unternehmen kostenlos. Erneut den Vergleich mit förmlichen Verfahren für die Beilegung von Streitigkeiten vor einem Gericht oder einer gerichtsähnlichen Einrichtung heranziehend, bei welchen nebst Gerichts- auch Anwaltskosten in nicht unbeachtlicher Höhe anfallen können, ist dies zweifelsohne eine zweiter, wesentlicher Vorteil von SOLVIT.

Schliesslich, und dies ist wohl der entscheidende Indikator, arbeitet SOLVIT äusserst erfolgreich. Im Jahr 2017 konnten 87% und im Jahr 2018 gar 90% aller Fälle gelöst werden. Für das Jahr 2019 wird eine Lösungsquote von knapp 90% prognostiziert[20].

Ist die vorgeschlagene Lösung bindend?

SOLVIT ist ein alternativer Problemlösungsmechanismus. Vorgeschlagene Lösungen sind für den Antragsteller nicht bindend und können nicht angefochten werden. Wird ein Problem nicht gelöst oder hält die betroffene Person bzw. das betroffene Unternehmen die Lösung für inakzeptabel, kann sie noch immer eine Beschwerde bei der Europäischen Kommission oder der EFTA-Überwachungsbehörde einreichen oder ein förmliches (Gerichts-)Verfahren anstrengen.

5. Fallzahlen und Themengebiete

Fallzahlen

SOLVIT hat sich seit seiner Gründung erheblich weiterentwickelt.

In den Anfangsjahren 2002 – 2008 stiegen die Fallzahlen von ursprünglich 38 auf 934 Fälle an. Im Jahr 2009 wurden erstmals mehr als 1000 Fälle und im Jahr 2014 erstmals mehr als 2000 Fälle bearbeitet. Seither sind die Fallzahlen relativ stabil: 2014: 2368 Fälle; 2015: 2228 Fälle; 2016: 2414 Fälle; 2017: 2079 Fälle; 2018: 2295 Fälle; 2019: 2380 Fälle.

Diese Zahlen sind gut und doch ist man sich innerhalb des Netzwerks einig darüber, dass SOLVIT seine potentielle Wirkung als Problemlösungsmechanismus noch bei Weitem nicht vollständig entfalten konnte. Weitere Anstrengungen sind notwendig (siehe hierzu auch Kapitel 7.1).

Zu beachten ist, dass zusätzlich zu den genannten SOLVIT-Fällen jedes Jahr eine beachtliche Anzahl von Beschwerden bei SOLVIT eingeht, die nicht in den Zuständigkeitsbereich dieses Netzwerkes fallen. In den Jahren 2016, 2017 und 2018 machten diese *«out of scope»*-Fälle beispielsweise jeweils 50% aller bei SOLVIT eingelangten Fälle aus. Auch in solchen Fällen versucht SOLVIT den Klienten zu helfen, indem es ihnen ihre EU-Rechte ausführlicher erläutert oder sie an andere effektive Problemlösungsmechanismen verweist[21].

Themengebiete

Obschon die Prozentzahlen im Jahresvergleich leichten Schwankungen unterworfen sind, zeigt sich über die Jahre doch ein sehr stabiles Bild hinsichtlich der Problembereiche, in welchen SOLVIT tätig ist. Im Jahr 2018 stammten beispielsweise 58.6% der Fälle aus dem Bereich «Soziale Sicherheit», 21% der Fälle aus dem Bereich «Freier Personenverkehr und Niederlassungsrecht», 7.4% aus dem Bereich «Anerkennung von Berufsqualifikationen», 4.2% aus dem Bereich «Fahrzeuge und Führerscheine» und 3% aus dem Bereich «Steuern und Zoll».

6. SOLVIT und Liechtenstein

Wie einleitend erwähnt sind die EWR/EFTA-Staaten Liechtenstein, Norwegen und Island seit «Gründung» des SOLVIT-Netzwerkes vollwertige und anerkannte Mitglieder desselben.

In Liechtenstein nimmt die Stabsstelle EWR, welche dem Ministerium für Präsidiales und Finanzen zugeordnet ist, die Funktion der nationalen SOLVIT-Stelle wahr[22].

Obschon die Anzahl von Fällen der liechtensteinischen SOLVIT-Stelle mit durchschnittlich ca. drei Fällen pro Jahr sehr bescheiden ist[23], konnten doch bereits einige wichtige Erfolge erzielt werden. Zwei derselben sollen in aller Kürze dargestellt werden:

Patent in Irland

Ein liechtensteinischer Patentanwalt wollte im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs ein Europäisches Patent in Irland anmelden. Dies wurde ihm von der zuständigen Behörde mit der Begründung versagt, dass eine Zustelladresse ausserhalb der Europäischen Union, sprich in Liechtenstein, nicht akzeptiert würde. In Zusammenarbeit zwischen den SOLVIT-Stellen in Liechtenstein und Irland konnte die irische Behörde schliesslich davon überzeugt werden, dass Liechtenstein EWR-Vertragsstaat ist und dort die gleichen Regeln betreffend der

---

[19] Angesichts der Tatsache, dass es sich bei SOLVIT-Fällen per Definition um Probleme mit einer europäischen Dimension handelt, ist die gesetzte (und in der Regel auch eingehaltene) Frist von 10 Wochen umso erwähnenswerter.

[20] Die endgültige Auswertung durch die Europäische Kommission ist noch nicht abgeschlossen.

[21] In der Praxis zeigte und zeigt sich das Problem, dass die Bearbeitung von *«out of scope»*-Fällen die (oftmals bereits personell unterbesetzten) SOLVIT-Stellen viel Zeit kostet – Zeit, welche sodann zur Behandlung von tatsächlichen «SOLVIT-Fällen» fehlt.

[22] SOLVIT-Stelle Liechtenstein, Herrn Thomas Bischof, Europark/Austrasse 79, 9490 Vaduz, Tel.: +423 236 60 39, E-mail: solvit@llv.li.

[23] Die geringen Fallzahlen gehen nach Ansicht des Verfassers mit der Kleinheit und der geringen Bevölkerungszahl Liechtensteins einher. Die kurzen Wege in Liechtenstein erlauben einen effizienteren Umgang mit Problemen von Bürgern und Bürgerinnen sowie Unternehmen als dies in grossen EWR-Vertragsstaaten, die über eine Vielzahl von Verwaltungsstellen und -hierarchien , teilweise auf Landes-, Regional- und Lokalebene verteilt, verfügen, der Fall ist. Zudem ist es aufgrund der geringen Bevölkerungszahl Liechtensteins auch entsprechend selten, dass ein in Liechtenstein wohnhafter EWR-Staatsangehöriger in einem anderen EWR-Vertragsstaat mit einem Problem konfrontiert wird, dass in den Anwendungsbereich von SOLVIT fällt.

Dienstleistungsfreiheit gelten wie in der EU. Der liechtensteinische Patentanwalt konnte sein Europäisches Patent anmelden.

Achsgebühr in Frankreich

Durch SOLVIT konnte eine EWR-rechtlich unzulässige Schlechterbehandlung von liechtensteinischen Transportunternehmungen gelöst werden. Frankreich erhob von in Liechtenstein immatrikulierten Lastkraftwagen eine spezielle Achsgebühr *(taxe à l'essieu)* beim Grenzübertritt nach Frankreich. Da Liechtenstein seit 1995 Vertragspartner des EWR-Abkommens ist, in welchem der relevante *EU-Acquis* im Bereich Güterverkehr übernommen wurde, widersprach diese Achsgebühr den wesentlichen Grundsätzen des europaweit liberalisierten Güterkraftverkehrsmarkt und diskriminierte liechtensteinische Transportunternehmen in unzulässiger Art und Weise.

Nachdem das Problem von der liechtensteinischen SOLVIT-Stelle in das System eingetragen wurde und die französische SOLVIT-Stelle entsprechenden Druck auf die zuständigen Ministerien ausgeübt hat, wurde von Seiten Frankreichs eine Lösung in Aussicht gestellt. Die französische Generaldirektion für Zölle und indirekte Abgaben hat schliesslich die Weisung ausgegeben, liechtensteinische Transportunternehmen ab sofort von der Achsgebühr zu befreien.

7. Herausforderungen für das SOLVIT-Netzwerk

7.1 Umsetzung des Aktionsplans zur Stärkung von SOLVIT

Obschon SOLVIT bereits zahlreiche Probleme für Bürgerinnen und Bürger sowie für Unternehmen lösen konnte, sind sich alle Akteure einig, dass das System seine potentielle Wirkung als Problemlösungsmechanismus noch nicht entfalten konnte. Es ist angesichts eines Binnenmarktes mit mehr als 500 Millionen Bürgerinnen und Bürgern sowie Unternehmen nämlich zweifelsohne anzunehmen, dass mehr Bedarf für SOLVIT besteht, als die gegenwärtig knapp 2400 Fälle vermuten lassen[24].

Der Rat der Europäischen Union für Wettbewerbsfähigkeit rief die Europäische Kommission bereits im Februar 2016 auf[25], die Rolle von SOLVIT als ersten Schritt bei der Durchsetzung der Rechte im EWR-Binnenmarkt zu stärken, die Interaktion zwischen den SOLVIT-Zentren und den Dienststellen der Europäischen Kommission zu verbessern sowie ungelöste und wiederholt auftretende SOLVIT-Fälle eingehend zu analysieren und weiter zu verfolgen. Die EWR-Vertragsstaaten wurden aufgefordert, ihre nationalen SOLVIT-Zentren entsprechend auszustatten und zu positionieren.

Auch das Europäische Parlament[26] sieht das Potential und die strategische Rolle von SOLVIT noch bei Weitem nicht ausgeschöpft. Es knüpft mit seinen Forderungen direkt an jene des Rates der Europäischen Union an.

Offensichtlich gehen die Forderungen in dieselbe Richtung und werden auch von den SOLVIT-Stellen so gesehen. Die Europäische Kommission hat daher beschlossen, gemeinsam mit den EWR-Staaten weitere Schritte zur Stärkung der strategischen Rolle von SOLVIT zu unternehmen. Ziel soll es sein, dass Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen alle Vorteile des Binnenmarktes voll ausschöpfen können.

Die Europäische Kommission hat zu diesem Zwecke einen Aktionsplan zur «Stärkung von SOLVIT: Die Vorteile des Binnenmarkts für die Bürgerinnen und Bürger sowie die Unternehmen erschliessen»[27] verabschiedet.

Dieser Aktionsplan fusst auf drei Pfeilern:

Pfeiler 1: Förderung von SOLVIT durch weitere Qualitätsverbesserung

In der SOLVIT-Empfehlung 2013 wurden Mindeststandards für die Arbeit und Qualität festgelegt. Diese Standards werden innerhalb des Netzwerkes jedoch nicht einheitlich angewendet. Es müssen daher Massnahmen ergriffen werden, um die Qualität von SOLVIT generell zu verbessern, insbesondere jedoch hinsichtlich der Verwaltungskapazitäten, der Bearbeitung komplexer und sensibler Fälle und des juristischen Sachverstandes. Hier sind insbesondere die EWR-Vertragsstaaten in der Verpflichtung.

Zudem soll der effiziente Wissensaustausch und die Kommunikation zwischen den nationalen SOLVIT-Stellen und den Fachleuten der Europäischen Kommission gefördert werden.

Pfeiler 2: Förderung von SOLVIT durch verstärkte Sensibilisierungsmassnahmen

Durch verstärkte Sensibilisierungsmassnahmen soll sichergestellt werden, dass Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen unverzüglich an SOLVIT verwiesen werden, wenn sie auf dem Rechtsweg Lösungen für ein Problem suchen, das in den Anwendungsbereich von SOLVIT fällt. Dies bedingt, dass sich die nationalen Behörden, Interessensvertreter, Ombudsfrauen und -männer etc. der Rolle und Möglichkeiten von SOLVIT bewusst sind. Die wichtige Informations- und Koordinierungsaufgabe, welche den nationalen SOLVIT-Zentren hierbei zufällt, ist offensichtlich.

Weiter muss dafür gesorgt werden, dass Bürgerinnen und Bürger sowie insbesondere die Unternehmen bessere Kenntnisse über die Hilfe erlangen, die SOLVIT zur Verfügung stellen kann. Auf nationaler Ebene ist dies ebenfalls eine Aufgabe, welche die jeweiligen SOLVIT-Zentren wahrzunehmen haben.

Eine Förderung der Qualität und Bekanntheit von SOLVIT wird dem Netzwerk zu einer bedeutenderen Rolle bei der Durchsetzung und Wahrung der EWR-

---

[24] Rechtstreue-Paket; Mitteilung der Kommission vom 2. Mai 2017 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Aktionsplan zur Stärkung von SOLVIT: Die Vorteile des Binnenmarkts für die Bürgerinnen und Bürger sowie die Unternehmen erschliessen, COM(2017) 255 final, S.7.

[25] Schlussfolgerungen des Rates der Europäischen Union (Wettbewerbsfähigkeit) vom 29. Februar 2016 zur «Binnenmarktstrategie für Dienstleistungen und Waren», 6622/16, MI 111, COMPET 103 u.a.

[26] Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 26. Mai 2016 zu der Strategie für den Binnenmarkt (2015/2354(INI)), ABl. C 76 vom 28.2.2018, S. 112–127.

[27] Vgl. Fussnote 24.

Rechte von Bürgerinnen und Bürgern sowie Unternehmen verhelfen.

Pfeiler 3: Förderung von SOLVIT durch Stärkung seiner Rolle bei der Durchsetzung von EWR-Recht

Im Laufe der Jahre gingen bei SOLVIT immer mehr Fälle ein, die sich entweder auf ein strukturelles Problem oder auf ein wiederkehrendes Problem bezogen.

Im Rahmen der gegenwärtigen Bearbeitung, Nachbereitung und Berichterstattung über diese Fälle können die über SOLVIT gesammelten Informationen nicht systematisch dafür eingesetzt werden, die Rechtstreue der EWR-Vertragsstaaten in Bezug auf geltendes Binnenmarktrecht zu verbessern. Aktuell erfolgt die Weiterbearbeitung solcher strukturellen/wiederkehrenden Probleme durch die Europäische Kommission auf Ad-hoc-Basis. Ziel sollte es aber sein, die zu solchen Fällen verfügbaren Daten und Nachweise strukturierter und systematischer verarbeiten und einsetzen zu können.

Einige der vorgeschlagenen Massnahmen des Aktionsplans zur Stärkung von SOLVIT wurden bereits ergriffen und umgesetzt. Andere Massnahmen sind in Bearbeitung.

Die Fortschritte bei der Umsetzung des Aktionsplans aber insbesondere auch die Schritte, die noch nicht gesetzt werden konnten, werden aktiv von den politischen Führungsgremien der EU beobachtet.

So ersuchte der Rat der Europäischen Union (Wettbewerbsfähigkeit) die Europäische Kommission im Mai 2019[28] erneut darum, SOLVIT weiter auszubauen, indem:

- das effektive Funktionieren von SOLVIT angemessen unterstützen wird;
- die strukturellen und wiederkehrenden Probleme gelöst werden,
- die Verwaltungskapazitäten in den SOLVIT-Zentren ausgebaut werden,
- eine weitere Sensibilisierung für SOLVIT stattfindet und
- der Wert von SOLVIT-Daten als Faktengrundlage weiter propagiert wird.

Die tatsächliche Umsetzung dieser Massnahmen kann, wie absolut zu Recht festgestellt wurde, nur funktionieren, wenn sich die Europäische Kommission und die EWR-Vertragsstaaten auf allen Verwaltungsebenen gemeinsam engagieren und Verantwortung übernehmen[29].

7.2 Erhöhung der Anzahl von Unternehmensfälle (Business-Cases)

Eine weitere Herausforderung für das SOLVIT-Netzwerk besteht in der Erhöhung der Anzahl von Unternehmensfällen. Obschon die Anzahl derselben im Jahr 2018 bereits um 50% auf 115 Fälle gesteigert werden konnte, machte sie im Verhältnis zur Gesamtfallzahl lediglich gut 5% aus. Diese Werte sind aus Sicht von SOLVIT bei Weitem nicht zufriedenstellend.

Um die Anzahl der Unternehmensfälle zu erhöhen, wurden unter anderem eine auf Unternehmen ausgerichtete SOLVIT-Broschüre erstellt und die Zusammenarbeit mit anderen relevanten Netzwerken, insbesondere mit dem *Enterprise Europe Network (EEN)*, welches grenzüberschreitend tätige KMU und *Start-Ups* unterstützt, vertieft.

Zudem wurde die technische Möglichkeit für «SOLVIT-Partner»[30] (z. B. Handelskammern, Wirtschaftsverbände, EEN-Partner) geschaffen, Fälle direkt in der Datenbank einzureichen und zu verfolgen.

7.3 Bewährung bei der Wahrnehmung neuer Aufgaben

Als grosse Chance, aber auch als grosse Herausforderung, wird die für SOLVIT vorgesehene Aufgabe im Zusammenhang mit der gegenseitigen Anerkennung von Waren, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmässig in Verkehr gebracht worden sind, gesehen.

Die neue Verordnung 2019/515[31], welche in den EU-Staaten ab dem 19. April 2020 gelten wird, sieht nämlich vor, dass das SOLVIT-Netzwerk die erste Anlaufstelle bei einer streitigen Verwaltungsentscheidung (Beschränkung/Verweigerung des Marktzugangs) sein soll[32]. Das heisst, jede Verwaltungsentscheidung muss SOLVIT in die Liste der verfügbaren Rechtsmittel aufnehmen und Informationen über SOLVIT enthalten.

Dem SOLVIT-Netzwerk wird hierdurch eine bisher unvergleichliche Möglichkeit eingeräumt, sein gutes Funktionieren unter Beweis zu stellen.

Diese Möglichkeit muss das SOLVIT-Netzwerk unbedingt nutzen. Es kann dadurch seine «Sichtbarkeit» und positive Wahrnehmen erhöhen und vermehrt Unternehmensfälle anziehen. Die SOLVIT-Zentren sind sich dieser Chance bewusst. Sie wurden und werden von der Europäischen Kommission zum Zwecke der Erfüllung dieser neuen Aufgabe geschult. In der SOLVIT-Datenbank wurde ein neuer, spezifischer Arbeitsablauf entwickelt und eine Online-Schulungsumgebung aufgebaut. Zudem wurden die Vorgesetzten der nationalen SOLVIT-Zentren (in unserem Falle der Regierungschef) vom Generaldi-

---

[28] Schlussfolgerungen des Rates der Europäischen Union (Wettbewerbsfähigkeit) vom 27. Mai 2019 über «Neue Zielvorgaben für einen wettbewerbsfähigen Binnenmarkt», 9743/19, COMPET 437, MI 487.

[29] Vgl. Fussnote 24, S.14.

[30] Ein SOLVIT-Partner ist eine öffentliche Behörde, Einrichtung oder Organisation, mit der eine nationale SOLVIT-Stelle über die SOLVIT-Datenbank eine effizientere Arbeitsbeziehung aufgebaut hat oder aufbauen möchte. Eine private Einrichtung oder Organisation (z.B. eine Handelskammer, eine Wirtschaftskammer oder eine Berufsorganisation) kann ebenfalls Partner von SOLVIT sein, wenn sie bestimmte öffentliche Aufgaben wie die Registrierung von Wirtschaftsbeteiligten oder Freiberuflern hat. Die SOLVIT-Partner haben u.a. den Vorteil, dass sie direkt auf die SOLVIT-Datenbank zugreifen und somit einfach Fälle an SOLVIT übermitteln können. Sie können die von ihnen eingereichten Fälle während des gesamten Lebenszyklus des Falles in der Datenbank verfolgen. Für weitergehende Informationen bitte um Kontaktaufnahme mit der SOLVIT-Stelle Liechtenstein (siehe Fussnote 22).

[31] Verordnung (EU) 2019/515 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2019 über die gegenseitige Anerkennung von Waren, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmässig in Verkehr gebracht worden sind und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 764/2008 (ABl. L 91 vom 29.3.2019, S. 1–18).

[32] Für weitere Details zum Verfahren bei streitigen Verwaltungsentscheiden wird auf Art 8 der Verordnung 2019/515 verwiesen.

rektor der Generaldirektion Binnenmarkt der Europäischen Kommission gebeten, das jeweilige nationale SOLVIT-Zentrum auf diese neue Aufgabe vorzubereiten, indem angemessene Ressourcen zur Verfügung gestellt und der Zugang zu den erforderlichen juristischen Fachkenntnissen zur Bearbeitung dieser Fälle gegenseitiger Anerkennung von Waren gewährleistet wird.

Beide Faktoren, so die Einschätzung des Verfassers, sind in Liechtenstein aktuell gegeben. Es sind somit zum jetzigen Zeitpunkt keine weiteren Massnahmen notwendig.

III. Fazit

Seit nunmehr 18 Jahren bemüht sich das SOLVIT-Netzwerk mit viel Leidenschaft, Einsatz und Sachverstand darum, die EWR-rechtlichen Probleme von Bürgerinnen und Bürgern sowie Unternehmen zu lösen.

Über die letzten Jahre hinweg wurden jeweils mehr als 2000 Fälle behandelt und jeweils ca. 90% derselben gelöst. Man darf SOLVIT daher wohl zweifelsohne als Erfolgsprojekt bezeichnen.

Und doch, das Potential von SOLVIT scheint noch bei Weitem nicht ausgeschöpft zu sein. Es braucht die gemeinsame und kontinuierliche Bestrebung der Europäischen Kommission und der nationalen SOLVIT-Stellen, das Netzwerk bekannter zu machen, die notwendigen finanziellen und personellen zur Verfügung zu stellen und den unbändigen Willen zu erhalten, Bürgerinnen und Bürgern sowie Unternehmen zu ihren Rechten im EWR zu verhelfen.

Eine herausfordernde, aber letzten Endes ausgesprochen schöne Aufgabe.

Abhandlungen

Aktuelles aus der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes 2016 – 2019

Peter Bussjäger*

I. Einleitung

Der Verfasser des vorliegenden Beitrags hat erstmals in der LJZ 2014 beruhend auf einem Vortrag im Rahmen des Rechtsprechtages der Universität Liechtenstein einen Beitrag über die aktuelle Rechtsprechung des StGH verfasst.[1] Nachdem am 3. Dezember 2019 wiederum ein Vortrag im Rahmen des Rechtsprechtages mit diesem Titel stattgefunden hat,[2] lag es nahe, auch diesen in der LJZ zugänglich zu machen.

Der vorliegende Beitrag befasst sich im Wesentlichen mit Judikaten, die zwischen 2016 und 2019 ergangen sind, was auch im Titel, nicht zuletzt zwecks Abgrenzung von LJZ 2014, 23, zum Ausdruck gebracht werden soll.

Nach allgemeinen Ausführungen über den Geschäftsanfall beim StGH (II.) werden einige Fragen zum Verfahren vor dem StGH behandelt (III.), bevor die Rechtsprechung zu Verfahrensgrundrechten (IV.), zu materiellen Grundrechtsfragen (V.) und zu Normenkontrollen (VI.) dargestellt wird.

II. Mengengerüste der Verfahren vor dem StGH

Zunächst sei auf die Mengengerüste der Jahre 2018 und 2019 verwiesen:[3] Im Jahre 2018 wurden beim StGH 159 Individualbeschwerden anhängig gemacht, dazu kamen zwei Normenkontrollanträge, 102 Anträge auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung bzw. Erlassung vorsorglicher Massnahmen und 56 Anträge auf Verfahrenshilfe.

Im Jahre 2019 fielen 135 Individualbeschwerden und zwei Normenkontrollanträge an. Ausserdem wurden 59 Anträge auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung bzw. Erlass einer vorsorglichen Massnahme sowie 36 Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe bzw. Gebührenbefreiung gestellt.

Hinsichtlich der Erledigungen stellen sich die Fallzahlen wie folgt dar:

Gesamtzahl der erledigten Fälle		
	2018	2019
Rückzug	22 (10.3%)	6 (3.5%)
Einstellung	63 (29.6%)[4]	12 (7%)
Zurückweisung	19 (8.9%)	13 (7.6%)
Keine Folge	85 (39.9%)	119 (69.6%)
Teilw. Folge/Folge	23 (10.8%)	19 (11.1%)
Teilw. keine Folge/ Zurückweisung		1 (0.6%)
Als zurückgezogen erklärt	1 (0.5%)	
Folge		
Gesamt	**213**	**171**

Die in den beiden Jahren in etwa konstant gebliebene «*Erfolgsquote*» von ca. 11% erscheint nur im Vergleich mit dem deutschen Bundesverfassungsgericht, wo der Anteil der erfolgreichen Verfassungsbeschwerden 2018 1.67% betragen hat,[5] recht hoch. Der Tätigkeitsbericht des öVfGH[6] weist dagegen für 2018 bei den Erkenntnisbeschwerden, die am ehesten mit der Individualbeschwerde gemäss Art 15 Abs 1 StGHG vergleichbar sind, eine Erfolgsquote von immerhin 6.4% auf. Beim schweizerischen Bundesgericht, das allerdings nur teilweise die Funktion eines Verfassungsgerichts ausübt, hat im Jahre 2018 die Gutheissungsquote sogar 14.5% betragen.[7]

III. Verfahrensfragen vor dem StGH

A. Keine Änderung der Judikatur zum maximalen Streitwert vor dem StGH

Der Gesetzgeber hat im neuen GGG die Regelung des Art 28 Abs 1 erlassen, wonach im Verfahren vor dem StGH die Bemessungsgrundlage der des vorangegangenen Verfahrens entspricht (Abs 1). Gemäss Abs 3 hat der StGH dann, wenn die Bemessungsgrundlage nicht oder so angegeben ist, dass sie den tatsächlichen Verhältnissen offensichtlich nicht entspricht, diese allenfalls nach Durchführung von Erhebungen nach freiem Ermessen amtswegig festzusetzen. Gegen eine solche Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Dies liess die Frage aufkommen, ob der StGH seine Judikatur betreffend den Maximalstreitwert im Verfah-

---

* Peter Bussjäger ist Universitätsprofessor am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck und Richter am Staatsgerichtshof. Er vertritt ausserdem Liechtenstein in der Venedig-Kommission. Der Autor dankt Univ.-Ass. Mag. Julia Oberdanner für die Unterstützung bei der Erstellung des Beitrags.

1 *Bussjäger*, Aktuelles aus der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes, LJZ 2014/2, 23.

2 https://www.uni.li/de/alle-veranstaltungen/@@event_detail/57718.67.

3 Siehe dazu auch die Geschäftsberichte des StGH unter https://www.stgh.li/rechenschaftsbericht.

4 Diese hohe Zahl ist vor allem durch die Verfahrenseinstellung in einer konkreten Angelegenheit bedingt, die eine Vielzahl von Parallelfällen betraf.

5 Siehe dazu die Jahresstatistik 2018 des deutschen Bundesverfassungsgerichtes unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Statistik/statistik_2018.pdf;jsessionid=BEA55923A8525BDB0E07837CB442531D.1_cid393?__blob=publicationFile&v=2 (21).

6 Vgl dazu den Tätigkeitsbericht 2018 des öVfGH unter https://www.vfgh.gv.at/downloads/taetigkeitsberichte/VfGH_Taetigkeitsbericht_2018.pdf (54).

7 https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/GB/BGer/de/BGer-BGerGB18_d.pdf.

ren vor dem StGH von CHF 100.000.00[8] beibehalten würde. Diese Grundsatzentscheidung wurde in StGH 2018/034, Erw. 3.3,[9] getroffen. Der StGH behält demnach seine langjährige Praxis zur Streitwertbegrenzung, wonach der Maximalstreitwert für Verfahren vor dem StGH CHF 100.000.00 beträgt, auch unter dem Regime des neuen GGG (LGBl. 2017 Nr. 169) im Ergebnis unverändert bei, wobei er sich auf den Willen des Gesetzgebers im Sinne einer extensiven Auslegung des Wortlautes von Art 28 Abs 1 GGG stützt. Dieser Wille des Gesetzgebers kommt im BuA 144/2016 zum Ausdruck, wo ausgeführt wird, dass mit Art 28 Abs 3 GGG die bisherige Rechtsprechung des StGH beibehalten werden könne. Extensiv ist diese Interpretation deshalb, weil die Formulierung des Abs 3 auch eine andere Auslegung zugelassen hätte.

B. Akzentuierung des Neuerungsverbots

Die aktuelle Judikatur des StGH rekurriert immer wieder auf das Neuerungsverbot und wendet die Grundsätze streng an. Für die Praxis bedeutet dies, dass sich der Bf im Verfahren vor den Gerichten oder Verwaltungsbehörden zwar nicht explizit auf das betreffende Grundrecht berufen haben muss, aber dass das Vorbringen, das nunmehr als Grundrechtsrüge vorgetragen wird, inhaltlich im Verfahren vor der letzten Instanz, deren Entscheidung bekämpft wird, vorgebracht worden sein muss.

In StGH 2018/041, Erw. 2.1, hielt der StGH an seiner ständigen Rechtsprechung fest, wonach im Individualbeschwerdeverfahren ein grundsätzliches Neuerungsverbot gilt, sodass Nova in aller Regel nicht zu berücksichtigen sind. «*Der StGH begründet dies damit, dass er als Verfassungsgericht nach ständiger Rechtsprechung im Individualbeschwerdeverfahren keine weitere Rechts- und Tatsacheninstanz im Rahmen des jeweiligen vorangegangenen Instanzenzuges ist, sodass mit einer Individualbeschwerde keine weitere quasi instanzenartige volle Tatsachen- und Rechtsprüfung eröffnet wird. Vielmehr hat der StGH im Individualbeschwerdeverfahren spezifisch zu prüfen, ob eine ihm vorgelegte Entscheidung gegen eines der von der Verfassung garantierten Grundrechte verstösst. Zur Klärung dieser Frage kann der StGH zwar ergänzende Beweise aufnehmen und Tatsachenfeststellungen treffen. Es geht aber nicht an, vor dem StGH Tatsachen zu behaupten, die nicht spezifisch das Individualbeschwerdeverfahren betreffen.*»

C. Zuerkennung aufschiebender Wirkung im Asylverfahren

Konkretisiert hat der StGH seine Judikatur zur Gewährung aufschiebender Wirkung in Asylverfahren: Dort stellt sich regelmässig die Frage, ob die Wegweisung ins Ausland für den Asylwerber ein unverhältnismässiger Nachteil iSd Art 52 Abs 2 StGHG ist.

Ein solcher liegt zufolge StGH 2018/027 vor, sofern eine vorzeitige Wegweisung nicht ins benachbarte Ausland oder den Schengenraum möglich ist,[10] lediglich dann vor, wenn die Wegweisung für die Bf mit erheblichen finanziellen und persönlichen Konsequenzen verbunden ist. In diesen Fällen hat das Abwägen zwischen dem öffentlichen Interesse, die Wegweisung bereits vor Vorliegen des StGH-Urteils zu vollziehen, und dem Interesse der Bf, vor ihrer Wegweisung die Verfassungsmässigkeit des zu vollziehenden Hoheitsakts zu klären, zu ihren Gunsten auszufallen. Dieser Praxis des StGH liegt u. a. der Gedanke zugrunde, dass es im Falle einer nach der Wegweisung festgestellten Verfassungswidrigkeit für die Bf in der Regel nicht mit erheblichen finanziellen oder persönlichen Konsequenzen verbunden sein soll, wieder nach Liechtenstein einzureisen.

Diese Frage hatte sich in der Praxis der vergangenen Jahre vor allem am Beispiel von Roma gestellt, die vorbrachten, in ihren Heimatländern, etwa Serbien, Kosovo, Albanien oder Nord-Mazedonien, diskriminiert bzw. gefährdet zu sein. Vorbehaltlich des Umstandes, dass eine derartige Entscheidung stets einer Beurteilung im Einzelfall bedarf, hat der StGH in StGH 2018/027, Erw. 1.2.1, im Falle Serbiens entschieden, dass allfällige Übergriffe von Privatpersonen auf die Volksgruppenminderheit der Roma und behördliche Schikanen sowie Diskriminierungen zwar nicht völlig ausgeschlossen werden können, aber nach Auffassung des Senats des StGH kein Ausmass erreichen, welches eine Wegweisung generell als unzumutbar erscheinen lässt. Die Rückkehr der Bf sei somit grundsätzlich als zumutbar zu betrachten und könnte auch in einen anderen Landesteil erfolgen.

IV. Rechtsprechung zu den Verfahrensgrundrechten

Die Verfahrensgrundrechte stellen einen wichtigen Teil in der Grundrechterechtsprechung des StGH dar. Dabei wird zunächst das rechtliche Gehör behandelt, das verschiedene Dimensionen aufweist.

A. Rechtliches Gehör

Wesentlicher Gehalt des nach der allgemeinen Spruchformel des StGH primär aus dem Gleichheitssatz gemäss Art 31 Abs 1 LV abgeleiteten grundrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw. auf ein faires Verfahren gemäss Art 6 EMRK ist, dass die Verfahrensbetroffenen eine dem Verfahrensgegenstand und der Schwere der drohenden Sanktion angemessene Gelegenheit erhalten, ihren Standpunkt zu vertreten. Sie sollen zu allen wesentlichen Punkten des jeweiligen Verfahrens Stellung beziehen können, was zumindest durch eine schriftliche Stellungnahme möglich sein muss.[11] Im Folgenden wird die Rechtsprechung zu nachstehenden Aspekten des rechtlichen Gehörs dargestellt:

---

[8] Ist einem solchen Verfahren jedoch ein Straf- bzw. Strafrechtshilfeverfahren vorausgegangen, so betragen die Maximalstreitwerte 20 000 Franken betreffend Verbrechen, 5 000 Franken betreffend Vergehen und 1 000 Franken betreffend Übertretungen (siehe dazu auch den BuA Nr 144/2016, 48 f).

[9] LES 2018, 227.

[10] Verweis auf StGH 2017/82, Beschluss vom 4. Dezember 2017, Erw. 3.2.

[11] Verweis auf StGH 2017/197, Erw. 3.1; StGH 2017/191, Erw. 3.1; StGH 2017/131, Erw. 3.1 (alle www.gerichtsentscheide.li); siehe auch Hugo Vogt, Anspruch auf rechtliches Gehör, in: Andreas Kley/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, Schaan 2012, 573 Rz. 11 und 577 Rz. 17.

– Verbot der Überraschungsentscheidung
– Verpflichtung zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung
– Heilung von Gehörsverletzungen

Gemäss der Rechtsprechung des StGH kann ein sogenanntes Überraschungsurteil unter gewissen Umständen den Gehörsanspruch verletzen, wenn die Bf keine Gelegenheit hatten, sich zu der für sie überraschenden Rechtsansicht einer Letztinstanz zu äussern.[12]

Der StGH weist in seiner Spruchformel zurückhaltend darauf hin, eine grundsätzlich restriktive Praxis bei der Qualifikation einer Entscheidung als Überraschungsurteil zu üben. Ein Überraschungsurteil liegt beispielsweise dann nicht vor, wenn die Bf damit rechnen mussten, dass dann, wenn das Gericht die Argumente der Vorinstanz nicht teilt, eine andere, bisher nicht behandelte, aber für die Entscheidung massgebliche Frage geprüft werde. Hingegen liegt eine unzulässige Überraschungsentscheidung im Sinne der Rechtsprechung des StGH u.a. dann vor, wenn die Parteien an die Rechtsansicht des Gerichtes nicht dachten oder denken mussten. Die richterliche Prozessleitungspflicht beinhaltet allerdings nicht die Verpflichtung, dass gleichsam jede in Frage kommende gerichtliche Entscheidung mit den Parteien zu erörtern wäre.[13]

Zurückhaltend ist die Formulierung deshalb, weil der StGH in der Praxis noch kein einziges Mal eine Entscheidung als Überraschungsurteil betrachtet und aufgehoben hat. Gleiches dürfte übrigens für den OGH und den VGH gelten.[14]

Eine andere Facette des rechtlichen Gehörs ist die Frage, ob eine Partei einen Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung hat.

Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör im Zivil- oder Verwaltungsverfahren garantiert grundsätzlich kein Recht auf persönliche Anhörung, dennoch können Streitigkeiten oder bestimmte Umstände eine persönliche Anhörung erforderlich machen und zur Wahrung eines fairen Verfahrens geboten sein.[15]

Dieser Grundsatz wurde nun in zwei Entscheidungen des StGH im Anwendungsbereich des Asylgesetzes präzisiert:[16]

Zur Frage, ob der VGH auf den Antrag der Bf, eine mündliche Verhandlung abzuhalten, hätte eintreten müssen, hielt der StGH fest:[17] Es handle sich um keinen für das gegenwärtige Asylverfahren typischen Routinefall: Es sei kein Unzulässigkeitsentscheid zu treffen, sondern materiell auf die Frage der Asylgewährung einzutreten. Dazu komme, dass die Wegweisung in keinen sicheren Drittstaat erfolge, weshalb der Präsident des StGH die in der jüngeren Praxis des StGH nur noch ausnahmsweise gewährte aufschiebende Wirkung (siehe die Ausführungen oben unter III.C) zuerkannt habe. Auch sei der Bf in den Anhörungen vor dem Ausländer- und Passamt unvertreten gewesen. Zudem behaupte der Bf, in ganz Nigeria einer Verfolgung ausgesetzt zu sein, sodass auch – im Gegensatz zur Annahme des VGH – keine innerstaatliche Fluchtalternative bestehe. Im Weiteren berief sich der StGH in StGH 2019/038 darauf, dass der VGH selbst den von der Regierung festgestellten Sachverhalt als unzureichend ermittelt erachtet und ergänzende Feststellungen getroffen habe.

Demgegenüber war in StGH 2019/091 massgebend, dass die Bf Mitglied der Widerstandsorganisation IPOB (Indigeneous People of Biafra) war. Die Frage der Glaubwürdigkeit der Aussagen der Bf schien gerade auch im Lichte des im Vergleich zu StGH 2019/038 grösseren Gefährdungspotenzials aufgrund ihrer von der Regierung nicht infrage gestellten IPOB-Mitgliedschaft von zentraler Bedeutung. Vor diesem Hintergrund wäre es nach Auffassung des StGH im Beschwerdefall sogar noch mehr als im Fall zu StGH 2019/038 angezeigt gewesen, dass sich der Verwaltungsgerichtshof einen unmittelbaren Eindruck von der Bf gemacht und eine mündliche Verhandlung durchgeführt hätte.

Eine in der Praxis immer wieder relevierte Frage ist die einer Heilung einer stattgefundenen Gehörsverletzung:

Ausgangspunkt der Rechtsprechung des StGH zur Heilung von Gehörsverletzungen bildete die strenge Rechtsprechung des EGMR, [18] die grundsätzlich nicht auf die Bedeutung der Gehörsverletzung für das Verfahren abstellt. Die Judikatur des StGH orientierte sich daran. Er judizierte die «*formelle Natur*» des Gehörsanspruchs mit extrem engen Heilungskriterien vor allem im Einparteienverfahren, wo keine geschützten Interessen Dritter (siehe dazu nachstehend) im Spiel waren.[19]

Freilich hat in der Zwischenzeit auch der EGMR seine ursprünglich strenge Judikatur relativiert. In Kilic vs. Türkei[20] ging es um eine Gehörsverletzung, weil einer Partei in einem Verfahren eine Stellungnahme einer Behörde, in der inhaltlich nichts Neues enthalten war und auf die

---

[12] Siehe statt vieler: StGH 2018/068, Erw. 6.2; StGH 2018/041, LES 2019, 1 (4, Erw. 4.4); StGH 2014/152, Erw. 4.1 (alle www.gerichtsentscheide.li).

[13] Siehe statt vieler: StGH 2018/068, Erw. 6.2; StGH 2018/041, Erw. 4.4, LES 2019, 1 (5, Erw. 4.4); vgl. auch Hugo Vogt, Anspruch auf rechtliches Gehör, in: Andreas Kley/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Grundrechtspraxis in Liechtenstein, a. a. O., 575 f., Rz. 15 f. m. w. N.).

[14] Unter gerichtsentscheide.li findet sich jedenfalls kein einziger Fall, in welchem OGH oder VGH eine bei ihnen bekämpfte Entscheidung auf Grund des Vorliegens eines Überraschungsurteils aufgehoben hätten.

[15] StGH 2013/108, Erw. 2.1 (www.gerichtsentscheide.li); siehe auch Jochen Frowein/Wolfgang Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, 206, Rz. 163; Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., München/Basel/Wien 2012, 423 f., Rz. 64; Hugo Vogt, Anspruch auf rechtliches Gehör, in: Andreas Kley/Klaus Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, 574, Rz. 13.

[16] StGH 2019/038 und StGH 2019/091.

[17] StGH 2019/038, Erw. 2.3, ebenso StGH 2019/091, Erw. 2.3.

[18] U.a. EGMR Steck-Risch gg. Liechtenstein, Nr. 63151/00, Urteil vom 10.02.2005, wonach es hierbei «*insbesondere um das Vertrauen der Prozessparteien in die Arbeitsweise der Justiz [geht], welches unter anderem auf dem Wissen beruht, dass sie die Gelegenheit hatten, zu jedem einzelnen Aktenstück Stellung zu nehmen.*» Entsprechend ist nach Auffassung des EGMR «*die tatsächliche Wirkung der Stellungnahme auf das Urteil … von geringer Bedeutung*».

[19] Zu dieser Rechtsprechung siehe schon Bussjäger (FN 1), 27 mit Hinweis auf StGH 2013/24.

[20] EMRG, Kilic und Eren gg. Türkei, Nr. 33162/10, Urteil vom 03.12.2013.

sich die angefochtene Entscheidung auch nicht bezog, nicht zugegangen war:

«*Unter diesen Umständen und unter Bekräftigung der ständigen Rechtsprechung, dass der Begriff eines fairen Verfahrens grundsätzlich die Möglichkeit für die Parteien eines strafrechtlichen oder zivilen Verfahrens impliziert, jedes Dokument oder jede Beobachtung zur Kenntnis zu nehmen, die dem Richter vorgelegt wird, auch von einem unabhängigen Richter, um seine Entscheidung zu beeinflussen und zu diskutieren (Meral v. Türkei, Nr. 33446/02, § 33, 27. November 2007, und Göç v. Türkei[GC], Nr. 36590/97, § 55, EMRK 2002-V), ist das Gericht der Ansicht, dass der Klägerin bei der Ausübung ihres Rechts auf angemessene Beteiligung am Verfahren in der vorliegenden Rechtssache kein ‹materieller Schaden› entstanden ist.*»

In StGH 2018/051, Erw. 2.1 f., hat der StGH seine Rechtsprechung wie folgt zusammengefasst:

«*Nach der Rechtsprechung des StGH gilt aber auch das Grundrecht auf rechtliches Gehör nicht absolut. Der StGH geht davon aus, dass der Gehörsanspruch einzelfallbezogen durch rechtlich geschützte Interessen Dritter, insbesondere im Interesse von Grundrechten Dritter namentlich dann zurückgedrängt werden kann, wenn auch die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind, welche nach der bisherigen Rechtsprechung an die Zulässigkeit der ‹Heilung› geknüpft wurden.*

Schliesslich hat der StGH die strengen Voraussetzungen zur Heilung von Gehörsverletzungen ausnahmsweise auch für jene Fälle modifiziert, in denen die Gehörsverletzung keinen Einfluss auf die angefochtene Entscheidung haben konnte und im Ergebnis die Parteirechte eines Beschwerdeführers nicht in erheblicher Weise eingeschränkt wurden. In diesen Fällen würde die Aufhebung einer Entscheidung und die Rückverweisung der Beschwerdesache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs zu einem formalistischen Leerlauf und zu einer unnötigen Verfahrensverzögerung führen.»

Im konkreten Fall war der Bf die Äusserung des von ihr abgelehnten Landgerichtspräsidenten nicht zur Stellungnahme zugestellt und dadurch ihr Gehörsanspruch verletzt worden. Unter diesen Voraussetzungen konnte nicht von einer Heilung der Gehörsverletzung ausgegangen werden, zumal diese Stellungnahme in der Regel für die Beurteilung der Befangenheitsfrage zentral ist.[21]

B. Faires Verfahren – Verfahrenshilfe

Nach der ständigen Rechtsprechung des StGH wird der grundrechtliche Anspruch auf Verfahrenshilfe sowohl aus dem Recht auf Beschwerdeführung als auch aus dem Gleichheitssatz abgeleitet.[22].

Darüber hinaus gewährleistet Art 6 Abs 1 EMRK das Recht auf Zugang zu einem unabhängigen, unparteiischen und auf Gesetz beruhenden Gericht. Dieses Recht garantiert dabei dem Einzelnen nicht nur formal die Möglichkeit, einen Streitfall vor Gericht anhängig zu machen. Es muss vielmehr tatsächlich eine Auseinandersetzung mit dem Streitfall stattfinden, die in eine gerichtliche Entscheidung mündet.[23] Das Recht auf Zugang ist jedoch nicht absolut gewährleistet und darf durch gesetzliche Regelungen des innerstaatlichen Rechts eingeschränkt werden. Solche Beschränkungen sind zulässig, solange sie ein legitimes Ziel verfolgen und im Hinblick auf das verfolgte Ziel dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen.[24]

Betreffend juristische Personen hat der StGH in StGH 2016/113, Erw. 4.3,[25] ausgeführt, dass bei einer verfassungskonformen Interpretation bei der Prüfung der Frage, ob die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde, (§ 63 Abs 2 ZPO) das individuelle Interesse einer juristischen Person am Zugang zum Recht mit in die Beurteilung einzubeziehen ist. Im Ergebnis läuft dies nach Auffassung des StGH auf eine dem entscheidenden Gericht obliegende Abwägungsentscheidung hinaus, bei der verschiedene Gesichtspunkte ins Gewicht fallen können. «*Dazu gehören etwa die volkswirtschaftlichen Nachteile oder sozialen Auswirkungen einer unterlassenen Prozessführung,* […] *aber auch andere öffentliche Interessen, wie etwa die Klärung einer Rechtsfrage von allgemeinem Interesse oder die Rücksichtnahme auf das Vertrauen in den Finanzplatz Liechtenstein und seine Gerichtsbarkeit.*

Zugunsten der vermögenslosen juristischen Person ist demnach orientiert an den verfassungsrechtlichen Wertungen zu prüfen, ob dieser (diesem) im Falle der Verweigerung der Verfahrenshilfe ein erheblicher Nachteil in ihrem grundrechtlich geschützten Interesse auf Zugang zum Recht zugemutet würde. Bei der Einschätzung dieser Nachteile und ihrer Gewichtigkeit können verschiedene Gesichtspunkte erheblich sein, etwa der Umstand, ob sich die juristische Person in einer Lage befindet, die mit der von natürlichen Personen vergleichbar ist, ob den hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen im Fall der Verweigerung einer Verfahrenshilfe erhebliche Rechtsnachteile drohen oder ob es sich bei einer eingeklagten Forderung um das einzige Aktivum einer juristischen Person handelt.

Auch die Art der juristischen Person, ihre Funktion und ihre Zielsetzung können eine Rolle spielen. […] *Letztlich kommt es auf eine abwägende Gesamtbeurteilung an, bei der dem betroffenen Grundrecht auf Zugang zum Recht angemessen Rechnung zu tragen ist.*»

Was dies im konkreten Fall für die juristische Person bedeutet, ist StGH 2016/099, Erw. 1.2,[26] zu entnehmen: Bei der Beurteilung der Vermögenslage einer juristischen Person oder eines sonstigen parteifähigen Gebildes ist einerseits auf das aktuell vorhandene Vermögen Bedacht zu nehmen, dessen Verwertung jedenfalls insoweit zu

---

[21] Erw. 2.2.

[22] StGH 2001/026, LES 2004, 168 (174 f., Erw. 6); StGH 2003/064, Erw. 2 unter Hinweis auf StGH 2003/007, Erw. 3.2 (siehe auch StGH 2008/079, Erw. 5.1 [www.gerichtsentscheide.li]).

[23] Grabenwarter/Pabel, EMRK, 6. Aufl, § 24, Rz. 51.

[24] StGH 2016/066, Erw. 6.1; StGH 2016/055, Erw. 3.1; StGH 2015/139, Erw. 2.1 (alle www.gerichtsentscheide.li). Auch Vorschriften, die in angemessener Form die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung berücksichtigen, stehen im Einklang mit Art 6 Abs 1 EMRK (vgl. Tobias Michael Wille, Beschwerderecht, in: Andreas Kley/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, Schaan 2012, 527, Rz. 30).

[25] LES 2018, 23.

[26] LES 2018, 19.

verlangen ist, als diese nicht der Partei geradezu ihre «*Existenzgrundlage*» entziehen würde. Von der antragstellenden Partei sind im Rahmen des von ihr vorzulegenden Vermögensbekenntnisses sehr konkrete Angaben zu verlangen, die durch Vorlage entsprechender Unterlagen (Bilanzen, Jahresabschlüsse, Kassenaufzeichnungen) zu bescheinigen sind. In manchen Fällen wird der Partei auch zuzumuten sein, die Prozesskosten durch Aufnahme eines Darlehens zu finanzieren, sofern hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie in der Lage sein wird, die Rückzahlungen aus künftigen Erträgnissen oder der zukünftigen Verwertung von Vermögensgütern zu leisten.

In Erw. 1.4 wurde zum Argument der Bf Stellung genommen, dass die erforderlichen Mittel von den Konkursgläubigern nicht aufgebracht werden könnten: «*Wenn sich die Beschwerdeführerin pauschal auf die Position zurückzieht, dass die für die Prozessführung vor dem StGH erforderlichen Mittel von den etwa 300 Konkursgläubigern nicht aufgebracht werden können, genügt sie den gesetzlichen Anforderungen nicht. Daran ändern auch die beispielhaft vorgelegten negativen Antworten verschiedener Gläubiger nichts. Es kommt nämlich nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht darauf an, ob diese bereit sind, die Prozesskosten zu tragen, sondern, ob sie objektiv in der Lage sind, zu dieser Summe beizutragen. Dass von den 300 Personen tatsächlich niemand über entsprechende finanzielle Mittel verfügen soll, wird von der Bf lediglich behauptet, nicht aber auch nur ansatzweise belegt.*»

Einen anderen Aspekt des fairen Verfahrens wirft die Regelung des Art 7 Abs 1 GGG auf, wonach der Gebührenanspruch mit der Überreichung oder dem Eingang der Eingabe bei Gericht entsteht und, wenn die Gebühr nicht oder nicht vollständig binnen vier Wochen ab Entstehung des Anspruchs entrichtet wird, die Eingabe vom Gericht als zurückgezogen zu erklären ist, sofern die zahlungspflichtige Person nicht gebührenbefreit ist.

In StGH 2018/146, Erw. 3.3,[27] erachtete es der StGH «*als noch verfassungskonform, eine (gänzliche) Gebührenbefreiung im Strafverfahren an das Vorliegen einer besonderen Härte (Art 8 Abs 1 GGG) zu knüpfen. Allerdings darf diese Bestimmung in verfassungskonformer Weise nicht zu restriktiv interpretiert werden. Die Bf beruft sich etwa auf die Bemerkungen im BuA Nr. 144/2016, in welchen die Regierung darstellte, dass es sich bei Härtefällen im Sinne des Gesetzes tatsächlich um Ausnahmen handeln muss und auf andere ‹Härtefallklauseln› in anderen Gesetzen verwies. Diese Ausführungen in den Mat ändern aber aus Sicht des StGH nichts daran, dass die Bestimmung so zu interpretieren ist, dass das Recht eines bedürftigen Beschwerdeführers, sich zu verteidigen, keinesfalls eingeschränkt werden darf.*

Findet eine Person mit ihrem Einkommen gerade noch das Auslangen und steht ihr kein nennenswertes verwertbares oder anderweitig belastbares Vermögen zur Verfügung, dann liegt ein besonderer Härtefall vor.»[28]

[27] LES 2019, 196.

[28] In der Zwischenzeit mehrfach bestätigt in StGH 2019/039 und StGH 2019/067.

C. Recht auf den ordentlichen Richter

Nach ständiger Rechtsprechung ist das Recht auf den ordentlichen Richter insbesondere dann verletzt, wenn eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde eine Entscheidung in Anspruch nimmt, die ihr kompetenzmässig nicht zusteht oder umgekehrt, wenn sie eine ihr gesetzlich zustehende Angelegenheit ablehnt.[29] Kompetenzwidrig im Sinne von Art 33 Abs 1 LV handelt ein Gericht entsprechend auch dann, wenn es eine an sich bestehende Kognitionsbefugnis überschreitet[30] oder wenn es sie unterschreitet.[31]

Wiederum bildete das Regelungsgeflecht des GGG Anlass für eine Grundsatzentscheidung (StGH 2019/019, Erw. 2.2)[32]: «*Gemäss Art 5 Abs 2 lit. a GGG obliegen die Entscheidungen betreffend die Ermittlung und Festsetzung der zu entrichtenden Gebühr (Art 5 Abs 1 lit. b GGG) bei Gebühren für Verfahren vor den ordentlichen Gerichten der beim Landgericht eingerichteten Abteilung für Zentrale Dienste. Gegen deren Entscheidung kann gemäss Art 38 Abs 2 lit. a iVm Abs 1 GGG Beschwerde an den Präsidenten des jeweils zuständigen ordentlichen Gerichtes erhoben werden.*

Das Gesetz wie auch die Materialien (BuA Nr. 144/2016, BuA Nr. 4/2017) lassen keinen Zweifel daran, dass damit neue Zuständigkeiten gegenüber der vorangegangenen Rechtslage begründet werden sollten.»[33]

V. Rechtsprechung zu materiellen Grundrechtsfragen in Verfahren

Zu den Entscheidungen in materiellen Grundrechtsfragen sollen folgende Urteile genannt werden.

A. Gleichheitssatz

In StGH 2018/032 und 2018/03, ging es um die Interpretation des Art 6 Abs 3 UVG, der seinem Wortlaut zufolge in den Fällen des Art 4 Bst. b, c und d als Höhe des monatlichen Vorschusses für Minderjährige die maximale einfache Waisenrente und für Volljährige die maximalen Witwenrente nach dem AHVG festlegt, was im konkreten Fall bei einer Person, die sich im Strafvollzug befand (Art 4 lit. d UVG), im Ergebnis zu einer massiven Erhöhung des bevorschussten Betrags führte.

Der StGH (Erw. 3.2) hielt fest, dass eine Interpretation der Höhe des Haftunterhaltsvorschusses als Pauschalbetrag den Gleichheitssatz verletzen würde und verfassungswidrig wäre. Verfassungskonform wäre hingegen eine – mit einer Einzelfallprüfung verbundene – Interpretation der in Art 6 Abs 3 UVG bestimmten Höhe als Höchstbetrag.

In Erw. 3.12.1 rekurrierte der StGH auf seine ständige Rechtsprechung, wonach eine verfassungskonforme

[29] StGH 2018/063 = LES 2019, 81.

[30] StGH 2013/081, Erw. 3 (www.gerichtsentscheide.li).

[31] StGH 2014/032, Erw. 2.1 (www.gerichtsentscheide.li); siehe auch Tobias Michael Wille, Recht auf den ordentlichen Richter, in: Andreas Kley/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, Schaan 2012, 360 f., Rz. 33 ff. m. w. N.

[32] LES 2019, 200.

[33] Auch diese Entscheidung wurde mehrfach bestätigt (StGH 2018/146, StGH 2019/039 und StGH 2019/067).

Auslegung entgegen dem Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers nicht möglich, d. h. auch nicht zulässig ist.

Im konkreten Fall wurde eine verfassungskonforme Auslegung von Art 6 Abs 3 UVG (i. V. m. Art 4 Bst. d und Art 7 Abs 2 UVG), d. h. eine Interpretation der hier bestimmten Höhe des Haftunterhaltsvorschusses lediglich als Höchstbetrag und nicht als Pauschalbetrag, als sowohl zulässig als auch geboten betrachtet.

B. Meinungsfreiheit des Whistleblowers

In StGH 2018/074[34] war die Entlassung eines Arztes des Landesspitals, der seinen Verdacht gegenüber dem Chefarzt, dieser habe in diversen Fällen Sterbehilfe gegenüber Patienten geleistet, nicht gegenüber der Leitung des Spitals geäussert hatte, sondern gegenüber politischen Stellen, Prozessgegenstand. Nachdem sich gezeigt hatte, dass der Vorwurf unbegründet war, war der Arzt fristlos entlassen worden. Er berief sich darauf, dass er als sogenannter Whistleblower Meinungsfreiheit geniesse.

In Erw. 2.2 führt der StGH aus: «*Allerdings weist gerade das Grundrecht der Meinungsfreiheit über die klassische Funktion als Abwehrrecht gegenüber hoheitlichen Eingriffen des Staates wie Zensur und ähnliche Instrumente hinaus und zieht in ihrer modernen Auffassung auch eine sogenannte indirekte Drittwirkung nach sich. Diese indirekte Drittwirkung äussert sich darin, dass Grundrechte im Privatrecht nur indirekt über Gesetzesnormen und dabei insbesondere über unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln gelten.*

Im Arbeitsverhältnis wurde der Meinungsfreiheit eine indirekte Drittwirkung in dem Sinne beigemessen, dass wie in § 1173a Art 46 ABGB ausdrücklich verankert, eine Kündigung wegen der Ausübung verfassungsmässiger Rechte wie der Meinungsfreiheit in der Regel missbräuchlich sei.

Der EGMR (siehe insbesondere 21.07.2011, 28.274/08, Heinisch vs. Deutschland, aber auch schon 12.02.2008, 14.277/04 Guja vs. Moldawien) unterstellt den wegen ‹Whistleblowing› entlassenen Arbeitnehmer dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit (dazu näher Katharina Pabel, Der grundrechtliche Schutz des Whistleblowing, in: Feik/Winkler, Festschrift für Walter Berka, Wien 2013, 161 ff.; Daniel Ulber, Whistleblowing und der EGMR, NZA 2011, 962 ff.; Monika Schlachter, Kündigung wegen «Whistleblowing»? – Der Schutz der Meinungsfreiheit vor dem EGMR. Besprechung des Urteils EGMR v. 21.7.2011 – 28274/08, RdA 2012, 108 ff.). Pflicht des Staates ist es demnach, auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen den Schutz der Meinungsfreiheit sicherzustellen (Katharina Pabel, a.a.O., 164), was sich im konkreten Fall dadurch manifestiert, dass die anzuwendenden Normen des Arbeitsrechtes von den Gerichten im Lichte der Gewährleistung der Meinungsfreiheit zu interpretieren sind.»

Der StGH bestätigte jedoch die Auffassung des OGH, wonach eine Verletzung in der Meinungsfreiheit nicht vorlag, weil dem Arzt vorgeworfen wurde, sich nur auf den unvollständigen digitalen Akt verlassen zu haben, wohingegen ein Blick in den Papierakt die Unrichtigkeit der Vorwürfe bestätigt hätte.

C. Willkürverbot

Besonders die Entscheidungen zum Willkürverbot sind einzelfallbezogen. Massgeblich ist nach der Rechtsprechungsformel des StGH, ob die Entscheidung stossend bzw. unvertretbar ist. Die folgende Auswahl beschränkt sich auf zwei erfolgreiche Willkürrügen:

In StGH 2018/071[35] ging es um die Frage der Befangenheit eines Schiedsrichters. Das Gericht hatte eine solche wegen zu naher Kontakte des Schiedsrichters mit einem Parteienvertreter des Rechtsstreites angenommen. Der StGH erachtete diese Entscheidung in Erw 2.3 mit folgender Begründung als willkürlich:

«*Wenn ein Schiedsgericht durch hiesige Anwälte besetzt wird, was die Regel ist, lässt es sich sowieso kaum vermeiden, dass sich Anwälte und Schiedsrichter gut kennen oder sich sogar freundschaftlich verbunden sind. Es ist aber auch nicht ersichtlich, weshalb insoweit an einen ausländischen Schiedsrichter, wie im Beschwerdefall an X., ein strengerer Massstab angewendet werden sollte als an einheimische. Schliesslich ist auch in diesem Zusammenhang zu wiederholen, dass selbst für die Befangenheit eines staatlichen Richters gemäss Art 57 Bst. a GOG eine blosse Freundschaft selbst mit einer Verfahrenspartei (und nicht nur mit dem Rechtsvertreter) noch nicht genügt; es braucht eben eine enge Freundschaft.*

Vor diesem Hintergrund genügen jedenfalls weder die (festgestellten) beruflichen noch die privaten Kontakte zwischen A. und X., um eine Befangenheit von X. als Schiedsrichter im vorliegenden Schiedsverfahren zu begründen. Seit X. und A. im Jahre 2007 erstmals miteinander Kontakt hatten, haben sie sich zweimal privat getroffen; einmal zur Feier des Geburtstags von Y. in einem grösseren, nicht nur familiären Rahmen im (…) und ein weiteres Mal zu einer Festspielaufführung und einem anschliessenden Essen ein Jahr später. Und die – damals sicher sehr intensive – berufliche Zusammenarbeit im Rahmen der anwaltlichen Vertretung von A. und seiner Kanzleipartner durch X. liegt nunmehr auch schon rund neun Jahre zurück.»

Als willkürlich in StGH 2019/024, Erw. 6.4 betrachtete der StGH im konkreten Fall eine Rechtshilfe für Kasachstan:

«*Angesichts des Umstandes, dass die Bf zu 1. in einem kasachischen Strafverfahren, dem offenkundig besondere politische Brisanz zukommt, als Verdächtige geführt wird und des allgemein problematischen Zustandes der kasachischen Strafjustiz kann dem Argument des OGH, dass es sich ohnehin nur um ‹kleine Rechtshilfe› handle, nicht beigetreten werden. Es trifft zwar zu, dass hier nicht etwa über die Auslieferung der in Österreich wohnenden Beschwerdeführerin zu 1. zu entscheiden ist bzw. diese präjudiziert würde. Es bestehen für den StGH jedoch massive Zweifel am rechtsstaatlichen Standard eines Strafverfahrens in Kasachstan im Allgemeinen wie auch eines gegen die Bf zu 1. geführten Verfahrens im Besonderen.*

[34] LES 2018, 236; publiziert auch in EuGRZ 2018, 673.

[35] LES 2018, 245.

Die Begründung des OGH bezüglich des (Nicht-)Vorliegens des Rechtshilfeverweigerungsgrundes der ordre public-Widrigkeit erweist sich aus den vorstehenden Gründen als nicht vertretbar und damit als willkürlich.»

VI. Normenkontrollen

A. Aufhebung des Art 36 Abs 2a KVV

Die vom Obergericht zur Aufhebung beantragte Bestimmung des Art 36 Abs 2a KVV lautete:

«2a) Die Kasse kann aufgrund einer rechtskräftigen Verfügung Exekution führen und die Übernahme der Kosten für weitere Leistungen mit Ausnahme der Notfallbehandlungen bis zur Einbringlichkeit der Prämien oder Kostenbeteiligungen bzw. bis zu deren Bezahlung aufschieben.»

In StGH 2018/133, Erw. 3.4.8, hob der StGH diesen Absatz mit der Begründung auf, dass er unter Berücksichtigung des systematischen Zusammenhangs des Art 13 KVG, des Sinns und Zwecks einer obligatorischen Krankenversicherung sowie der Anforderungen des differenzierten verfassungsrechtlichen Determinierungsgebots (Art 92 Abs 2 und 4 LV) eine Auslegung der Delegationsnorm des Art 13 Abs 3 KVG für unvertretbar erachtet, die es dem nicht näher determinierten Ermessen des Verordnungsgebers überlässt, ob und unter welchen näheren Bedingungen Leistungen aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abgesehen von Fällen einer Notfallbehandlung wegen Säumnis des Versicherten bis zur Entrichtung der fälligen Beiträge und Kostenbeteiligungen aufgeschoben werden. Daher widerspreche Art 36 Abs 2a KVV dem Gesetz und war folglich als gesetzwidrig aufzuheben.

B. Keine Verfassungswidrigkeit von Art 1 EheG

Art 1 EheG bestimmt, dass die Ehe die durch Vertrag begründete, volle und ungeteilte Lebensgemeinschaft zweier Menschen verschiedenen Geschlechts ist.

Der StGH setzte sich in StGH 2018/154, mit der Frage der Verfassungskonformität dieser Regelungen auseinander.

In Erw. 3.1 wird ausgeführt: «*Der EGMR anerkennt insoweit angesichts des fehlenden europäischen Konsenses einen nationalen Ermessensspielraum, der auch die durch die nationalen Instanzen zu treffende Entscheidung umschliesst, ob gleichgeschlechtlichen Paaren der Zugang zur Ehe ermöglicht wird oder nicht. Er hat daran auch in seiner kürzlich ergangenen Entscheidung zum Fall Orlandi u.a. gg. Italien festgehalten, auch vor dem Hintergrund, dass zum Zeitpunkt dieser Entscheidung (2017) bereits 15 Europaratsstaaten die gleichgeschlechtliche Ehe zugelassen hatten, während weitere 19 Mitgliedstaaten eine andere Form der rechtlich anerkannten Partnerschaft für diese Form der Beziehung vorsahen.*[36]

(…) Nach der Entscheidung im Fall Schalk und Kopf gg. Österreich und den diese bestätigenden nachfolgenden Entscheidungen legt die Konvention (Art 12 sowie Art 8 i. V. m. Art 14 EMRK) ungeachtet des tiefgreifenden gesellschaftlichen Wandels hinsichtlich der Institution der Ehe den Mitgliedstaaten keine Verpflichtung auf, einem gleichgeschlechtlichen Paar die Eheschliessung zu ermöglichen. Diese Entscheidung wurde durch das Urteil der Grossen Kammer im Fall Hämäläinen als auch in weiterer Folge im Fall Chapin und Charpentier bestätigt.»[37]

Und weiter Erw. 4.3 «[…] *Wie sich aus der oben unter Erw. 2.3 dargestellten Rechtslage ergibt, hat der liechtensteinische Gesetzgeber die Ehe und die eingetragene Partnerschaft wegen der unterschiedlichen Rechtswirkungen, die ihnen zugemessen wurden, in getrennten Rechtsinstitutionen ausgestaltet. Vor allem fehlt eingetragenen Partnern die Möglichkeit zu einer gemeinsamen Elternschaft, die wegen der gesetzlich in Art 25 PartG getroffenen Entscheidung anders als bei Ehepartnern auch nicht durch die Adoption eines Kindes oder durch eine medizinisch assistierte Fortpflanzung begründet werden kann. Ob diese Verbote und die damit verbundene Verweigerung der Begründung familiärer Beziehungen in ihrer konkreten Ausgestaltung gerechtfertigt werden können, hat der StGH im Zusammenhang mit dem vorliegenden Normenkontrollantrag nicht zu entscheiden.»*

VII. Abschliessende Bemerkungen

Der vorgenommene Überblick über die Rechtsprechung des StGH zeigt eine gefestigte Judikatur zu den einzelnen Grundrechten. Allerdings ergeben sich immer wieder neue Konstellationen, die nach einer Lösung verlangen. So wurde beispielsweise eine Antwort auf die hohe Zahl von Asylgesuchen gerade aus dem europäischen Ausland gefunden. Auch eine aktive Gesetzgebung erzeugt durch ihre Neuerungen Rechtsfragen, die letztlich vom StGH zu entscheiden sein, wie sich beispielsweise am neuen GGG gezeigt hat. Insgesamt kommt der Grundrechtskontrolle durch den StGH in Liechtenstein grosse Bedeutung zu.

[36] EGMR, Orlandi und Andere gg. Italien, Nr. 26431/12, Urteil vom 14. Dezember 2017, Rz. 110 ff., 192.

[37] EGMR, Schalk und Kopf gg. Österreich, Nr. 30141/04, Urteil vom 24. Juni 2010, Rz. 63; EGMR, Hämäläinen gg. Finnland [Grosse Kammer], Nr. 37359/09, Urteil vom 16. Juli 2014, Rz. 7; EGMR, Chapin und Charpentier gg. Frankreich, Nr. 40183/07, Urteil vom 9. Juni 2016, Rz. 36 mit Nachweisen zu den weiteren einschlägigen Fällen Vallianatos und Oliari.

Zum Missbrauch der Vertretungsmacht im Liechtensteinischen Stiftungsrecht

Mathias Walch[1]

Der Beitrag behandelt ausgehend von einer aktuellen Entscheidung des OGH die Auslegung von Art 187 und 187a PGR sowie die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht. Dabei zeigt sich, dass der höchstgerichtlichen Entscheidung zwar teilweise zuzustimmen ist, wesentliche Punkte aber nicht berücksichtigt wurden und die Entscheidung daher im Ergebnis abzulehnen ist.

I. Die kritikwürdige flOGH-Entscheidung als Einstiegsfall

Einer Entscheidung des flOGH aus 2018,[2] die als Einstiegsfall in das Thema dienen soll, lag zusammengefasst der folgende Sachverhalt zugrunde: Die Vermögenswerte einer Stiftung (1. Stiftung) sollten auf eine andere Stiftung (2. Stiftung) übertragen werden. Nach den Statuten der 1. Stiftung durfte das gesamte Stiftungsvermögen übertragen werden, sofern die Zweckbestimmung erhalten blieb. Im Verfahren wurde vereinfacht vorgebracht, dass die Zweckbestimmung der 2. Stiftung nicht ident mit jener der 1. Stiftung war und die Rückübertragung des Vermögens an die 1. Stiftung gefordert. Der flOGH sah darin einen Verstoss gegen Art 187a Abs 2 PGR oder alternativ auch gegen Art 187a Abs 3 PGR. Der Stiftungsrat der 2. Stiftung musste von der Überschreitung der Statutenbeschränkung wissen, zumal deren Stiftungsräte zugleich Protektoren der ersten Stiftung waren.[3]

Die Entscheidung ist im bisherigen Schrifttum positiv aufgenommen worden. Sowohl *Georg Kodek*, *Motal/Nicolussi*, *Zollner* als auch *Gasser* stimmen ihr praktisch uneingeschränkt zu.[4] *Schauer*, der im Vorfeld der Entscheidung einige Beiträge verfasst hat, die sich mit Fragen beschäftigen, welche für die Entscheidung relevant waren, befindet sich ebenfalls tendenziell auf der Linie des flOGH.[5] In der Tat enthalten sowohl die Ausführungen des flOGH als auch jene im Schrifttum zahlreiche Punkte, denen zuzustimmen ist. Indessen sind einige Argumente, die gegen diese Ansicht sprechen, bisher zu kurz gekommen oder wurden gar nicht aufgegriffen.

II. Art 187a Abs 2 PGR

1. Anwendbarkeit auf die Stiftung

Im Verfahren war strittig, ob Art 187 PGR und insbesondere Art 187a PGR auf die Stiftung überhaupt anwendbar sind. Diese Bestimmungen sehen als Regel eine gegenüber Dritten unbeschränkte Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Organe von Verbandspersonen vor (Art 187 PGR),[6] die jedoch unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt wird (Art 187a PGR).[7] Das Obergericht war offenbar der Meinung, dass Art 552 § 24 Abs 1 PGR, wonach der Stiftungsrat die Stiftung vertritt, eine abschliessende Regelung treffe und Art 187 f PGR daher von vornherein nicht anwendbar seien.[8] Das greift freilich zu kurz. Art 187 f PGR zählen zum allgemeinen Teil des PGR über Verbandspersonen (Art 106 – 245 PGR) und erheben daher den Anspruch, für sämtliche Verbandspersonen ergänzend anwendbar zu sein. Lediglich wenn eine Bestimmung des allgemeinen Teils für eine Verbandsperson nicht passt, weil diese spezifische Besonderheiten aufweist,[9] ist diese nicht oder allenfalls nur modifiziert anwendbar.[10] Solche Besonderheiten sind nicht ersichtlich, weshalb Art 187 f PGR für die Stiftung gelten.[11]

2. Einfluss des EWR-Rechts

Für das Verständnis und die Auslegung von Art 187 f PGR ist wichtig, dass diese auf der Umsetzung einer EWR-Richtlinie beruhen,[12] konkret der Publizitäts-

---

[1] Univ.-Ass. MMag. Dr. Mathias Walch, LL.M. (Yale) ist als Universitätsassistent (post doc) am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck tätig. Kontakt: mathias.walch@uibk.ac.at

[2] flOGH 7.9.2018, 08 CG.2015.438, LES 2018, 270 = GE 2018, 337.

[3] Übersichtliche grafische Darstellung bei *G. Kodek*, Zur Vertretung der Privatstiftung – zwei Entscheidungen aus Österreich und Liechtenstein, PSR 2019, 56 (61).

[4] *G. Kodek*, PSR 2019, 56; *Motal/Nicolussi*, Reichweite und Grenzen organschaftlicher Vertretungsmacht im liechtensteinischen Stiftungsrecht – zugleich eine Besprechung zu FL OGH 07.09.2018, 08 CG.2015.438, LJZ 2019, 42; *Zollner*, Stiftungszweck und Vorstandshandeln, PSR 2019, 124; *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht[2] § 24 insb Rz 23a.

[5] *Schauer*, Die Machtbalance zwischen Stifter, Stiftungsrat und Begünstigtem im liechtensteinischen Stiftungsrecht, ZfS 2018, 31 (zur Änderung des Stiftungszwecks durch den Stiftungsrat, allerdings iZm der Änderung der Stiftungsurkunde); *ders*, Die liechtensteinische Stiftung: Stiftungszweck und Vermögenstransfer, SWI 2018, 297 (zu stiftungszweckwidrigen Verfügungen des Stiftungsrats); vgl auch *ders*, Die liechtensteinische Stiftung: Stifterwille und Pflichten des Stiftungsrats, JEV 2018, 49 (Verwirklichung des Stiftungszwecks unter Beachtung des Stifterwillens als oberste Handlungsmaxime für den Stiftungsrat); zum Missbrauch der Vertretungsmacht selbst, die in diesem Beitrag problematisiert wird, nimmt *Schauer* in seinen Beiträgen jedoch nicht Stellung.

[6] Ausführlich *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (44 ff).

[7] Vgl *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (66 f und 68).

[8] Die Begründung des Obergerichts ist in Auszügen in LJZ 2019, 42 sowie in GE 2018, 337 veröffentlicht.

[9] Bei der Stiftung ist dies insbesondere das Fehlen von Mitgliedern iSv Gesellschaftern.

[10] Vgl dazu *Motal*, Grundfragen des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts (2018) 104 f; in anderem Zusammenhang *Schurr*, Zur Willensbildung von Organen innerhalb der liechtensteinischen Stiftung, PSR 2019, 139; vgl auch *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht[2] Vor § 1 Rz 15; auch der Umstand, dass Art 187 f PGR in Umsetzung einer EWR-RL eingeführt wurde, welche die Stiftung nicht erfasst (dazu sogleich), ändert daran nichts. Die EWR-Vorgaben wurden eben überschiessend umgesetzt, indem sie in den allgemeinen Teil über Verbandspersonen eingefügt wurden.

[11] Im Ergebnis auch flOGH 7.9.2018, 08 CG.2015.438, LES 2018, 270; *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (62); *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (42 ff); vgl auch BuA 1998/153 S. 17 f; *Zollner*, PSR 2019, 124 (127 und 128); so bereits *Heiss* in *Schauer*, Kurzkommentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht (2009) § 24 Rz 14.

[12] Vgl BuA 1998/153 S. 51 ff und allgemein S. 10 ff.

RL[13]. Sie wurden im Rahmen der PGR-Novelle 2000 (LGBl 2000/279) eingeführt, die der Umsetzung des gesellschaftsrechtlichen EWR-Acquis diente.[14] Während die PGR-Novelle 1980 (LGBl 1980/39) zahlreiche legistische Mängel aufweist und nicht an das Niveau der Stammfassung des PGR heranreicht, ist die PGR-Novelle 2000 im Wesentlichen gelungen. Sie enthält lediglich kleinere Mängel, die aber angesichts des enormen Umfangs der Reform wohl unvermeidbar waren.[15] Wie zu zeigen sein wird, bereiten auch Art 187 f PGR einige Auslegungsschwierigkeiten, die allerdings weniger auf den Gesetzeswortlaut, sondern die Gesetzesmaterialien zurückzuführen sind.

Bereits aus der historischen Interpretation folgt, dass sich der liechtensteinische Gesetzgeber in Art 187 f PGR eng an die Vorgaben der Richtlinie anlehnen wollte.[16] Einige Bestimmungen wurden sogar wörtlich übernommen. Dies spricht dafür, Art 187 f PGR grundsätzlich wie ihre RL-Pendants auszulegen. Angesichts des eindeutigen Gesetzgeberwillens, die RL möglichst exakt umzusetzen, kommt es auf das Gebot zur richtlinienkonformen Interpretation gar nicht mehr an, weil die «gewöhnlichen» Auslegungsmethoden (§ 6 ABGB)[17] völlig ausreichen.[18]

3. Keine gespaltene Auslegung

Für eine «gespaltene Auslegung», wonach die Art 187 f PGR im Anwendungsbereich der RL (insb bei Aktiengesellschaften) abweichend ausgelegt werden,[19] besteht kein Bedürfnis. Diese wäre nur dann uU geboten, wenn eine RL überschiessend umgesetzt wurde und die nationale Bestimmung dann aufgrund von EWR-Vorgaben so ausgelegt werden muss, dass sie aus Sicht des liechtensteinischen Rechts systemwidrig ist. Die Bestimmung muss in diesem Fall nur innerhalb des Anwendungsbereichs der RL EWR-konform ausgelegt werden, während ausserhalb des Anwendungsbereichs eine Auslegung überzeugender ist, die sich wertungsmässig in das System des liechtensteinischen Rechts einfügt. Das bekannteste österreichische Beispiel, welches auf Liechtenstein übertragbar ist,[20] ist der Ersatz von Ein- und Ausbaukosten im Rahmen der Gewährleistung:[21] Aus liechtensteinischer und österreichischer Sicht sind Ein- und Ausbaukosten als Mangelfolgeschäden nach schadenersatz-, nicht nach gewährleistungsrechtlichen Grundsätzen zu ersetzen.[22] Die EuGH-Entscheidungen Weber und Putz vermengen in systemwidriger Weise Schadenersatz und Gewährleistung.[23] Dies ist nur innerhalb des Anwendungsbereichs der Verbrauchsgüterkauf-RL EWR-rechtlich geboten,[24] sodass eine gespaltene Auslegung zulässig ist.[25] Dagegen fügen sich die Art 187 f PGR ohne weiteres wertungsmässig in das System des liechtensteinischen Rechts ein, sodass es zu keiner gespaltenen Auslegung kommt.

4. Absage an die Ultra-Vires-Doktrin

Die Publizitäts-RL dient dem Ziel eines einheitlichen Binnenmarkts. Dritte, die mit Gesellschaften Geschäfte treiben, welche aus einem anderen Mitgliedstaat stammen, sollen sich darauf verlassen können, dass die organschaftlichen Vertreter über die Rechtsmacht verfügen,

---

[13] Erste Richtlinie 68/151/EWG zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten; die Publizitäts-RL ist in der Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts aufgegangen. Die hier interessierende Bestimmung war in der ursprünglichen Fassung RL 68/151/EWG der Art 9, in der Fassung RL 2009/101/EG wanderte die Bestimmung in Art 10, in der RL (EU) 2017/1132 befindet sie sich wieder in Art 9. In das EWR-Abkommen wurde bisher nur RL 2009/101/EG übernommen (Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 56/2010 vom 30. April 2010, vgl LGBl 2010/192), während RL (EU) 2017/1132 – für die grundsätzlich eine Übernahmepflicht besteht – bisher nicht übernommen wurde (vgl Anhang XXII EWR Abkommen; s bereits *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 [43 in FN 6]). Der einfacheren Lesbarkeit wird die Bestimmung im Folgenden – etwas unpräzise – als Art 9 Publizitäts-RL bezeichnet.

[14] Vgl BuA 1998/153 S. 7 f.

[15] So wurde zB Art 124 Abs 1 PGR «verschlimmbessert» und nicht entsprechend den Vorgaben von EuGH 13.11.1990, Rs C-106/89 – Marleasing umgesetzt; vgl dazu bereits *P. Roth*, Die Beendigung mit Liquidation von Körperschaften des liechtensteinischenPersonen- und Gesellschaftsrechts (2001) 64 f; *Motal*, Grundfragen des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts 197 f.

[16] Vgl etwa BuA 1998/153 S. 53 ff, wo wiederholt auf die Nähe zur RL hingewiesen wird.

[17] Nach hier vertretener Auffassung, die allerdings in diesem Rahmen nicht näher ausgeführt werden kann, gelten für die Auslegung von privatrechtlichen Gesetzen Art 1 Sachenrecht (bzw Art 1 PGR) iVm §§ 6 f ABGB, wobei lediglich § 7 Satz 2 ABGB von Art 1 Abs 2 Sachenrecht (bzw Art 1 Abs 3 PGR) verdrängt wird; ähnlich die neuere Rsp, s OGH 6.3.2015, CO.2014.2, GE 2016, 29; OGH 3.3.2017, 07 HG.2016.212, LES 2017, 66 = GE 2017, 141; OGH 1.2.2017, 04 CG.2016.249, LES 2017, 31.

[18] Insbesondere kann offenbleiben, inwieweit der zulässige Methodenkanon ausgereizt werden muss, um ein richtlinienkonfonformes Auslegungsergebnis zu erzielen und inwieweit die für EU-Mitgliedstaaten geltenden Regelungen auf den EWR-Mitgliedstaat Liechtenstein übertragbar sind (vgl dazu *G. Baur*, Kohärente Interpretationsmethode als Instrument europarechtskonformer Rechtsanwendung – eine rechtspolitische Skizze, in FS 25 Jahre Liechtenstein-Institut [2011] 47 [50 und 63 f unter Berufung auf EFTA-Gerichtshof 3.10.2007, Rs. E-1/07 Strafverfahren gegen A. Rn. 39]).

[19] Eine gespaltene Auslegung erwägend, aber nur für die Frage, ob bei der Stiftung auf den Stiftungszweck statt auf den Unternehmensgegenstand abgestellt wird, *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (63 in FN 92).

[20] Vgl § 932 u §§ 1295 ff flABGB einerseits sowie § 932 u §§ 1295 ff öABGB anderseits.

[21] Zu einem weiteren Beispiel siehe jüngst *Vonkilch*, EuGH in der Rs Dziubak: Ein weiterer Schwanengesang auf § 914 ABGB, Zak 2019, 428.

[22] Vgl OGH 25.3.2014, 9 Ob 64/13x; *Karner/Koziol*, Der Ersatz von Mangelfolgeschäden in Veräusserungsketten von Unternehmern, JBl 2012, 141 (144 f); *M.-S. Kraus*, ZVB 2014 2014/109 (Anmerkung) (*«bei den Ein- und Ausbaukosten nach der österreichischen Systematik um Mangelfolgeschäden handelt»*).

[23] Ähnlich *Faber*, Aus- und Einbaukosten und Unverhältnismässigkeit der Nacherfüllung (2013) 104.

[24] Die Richtlinie 1999/44/EG wurde durch den Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 12/2000 vom 28. Januar 2000 in das EWR-Recht übernommen (vgl LGBl 2000/170); auch die nachfolgende RL 2011/83/EU wurde bereits übernommen (LGBl 2014/6).

[25] OGH 25.3.2014, 9 Ob 64/13x, EvBl 2014/89 (iE zust *Perner*) = ZVB 2014 2014/109 (krit *M.-S. Kraus*) = VbR 2014/114 (krit *Steurer*); RIS-Justiz RS0129424; aus Deutschland BGH 17.10.2012, VIII ZR 226/11, NJW 2013, 220.

die Gesellschaft zu verpflichten.[26] Diesem Ziel ist mit einer weitgehend unbeschränkten Vertretungsmacht am besten gedient. Insbesondere die sogenannte Ultra-Vires-Doktrin, wonach die Gesellschaft nicht verpflichtet wird, wenn ihr organschaftlicher Vertreter ein Geschäft ausserhalb des Unternehmensgegenstands abschliesst,[27] stand diesem Ziel entgegen.[28] Die Ultra-Vires-Doktrin war früher in Europa durchaus verbreitet.[29] Auch Art 187 Abs 1 PGR aF sah eine Beschränkung auf den Zweck der Gesellschaft vor. In der Schweiz ist dies bis heute der Fall (vgl Art 718a OR),[30] wobei die hA den Verkehrsschutzüberlegungen immerhin Rechnung trägt, indem sie die Zweckgrenze weit versteht und der Zweck daher nur ausnahmsweise überschritten wird.[31] Die Ultra-Vires-Doktrin ist kein reiner Selbstzweck, der aus einer veralteten Vorstellung vom Wesen der juristischen Person und deren Rechtsfähigkeit abgeleitet wird. Sie dient sowohl dem Schutz der Gesellschafter als auch der aktuellen Gläubiger, weil sich diese darauf verlassen können, dass die Gesellschaft innerhalb ihres Unternehmensgegenstands tätig ist.[32] Eine Gesellschaft, die ein biederes Geschäft wie die Produktion von Autoreifen betreibt, soll sich nicht plötzlich in hochspekulativen Investments in spanische Hotelprojekte versuchen. Freilich hat die Ultra-Vires-Doktrin eine Kehrseite, weil es für die Gesellschaft schwierig wird, mit Dritten Geschäfte abzuschliessen.[33] Aus rechtsökonomischer Sicht ist die Ultra-Vires-Doktrin ineffizient, weil sie mit hohen Transaktionskosten verbunden ist. Diese sind noch höher, wenn der ausländische Dritte mit der Rechtsordnung nicht vertraut ist und eine rechtliche Beratung über inländisches Recht in Anspruch nehmen muss, um die Vertretungsbefugnis zu prüfen. In Deutschland wurde bereits früh die grundsätzlich unbeschränkte Vertretungsmacht postuliert, lange bevor das Schlagwort der ökonomischen Analyse des Rechts Einzug hielt. In Ländern mit Ultra-Vires-Doktrin behalf sich die kompetent beratene Praxis demgegenüber mit einem möglichst weit gefassten Unternehmensgegenstand in den Statuten, der die Ultra-Vires-Doktrin praktisch ins Leere laufen liess.[34]

5. Einschränkungen der unbeschränkten Vertretungsmacht

Die Publizitäts-RL zwang die Mitgliedstaaten dazu, sich stärker an das deutsche Recht anzulehnen.[35] Nach Art 9 Abs 1 RL wird die Gesellschaft Dritten gegenüber durch Handlungen ihrer Organe verpflichtet, selbst wenn die Handlungen nicht zum Gegenstand des Unternehmens gehören, es sei denn, dass diese Handlungen die Befugnisse überschreiten, die nach dem Gesetz diesen Organen zugewiesen sind oder zugewiesen werden können.

Als Kompromiss steht es den Mitgliedstaaten jedoch offen, eine Regelung vorzusehen, wonach die Gesellschaft für Handlungen nicht verpflichtet wird, wenn diese den Unternehmensgegenstand überschreiten, sofern sie beweist, dass dem Dritten die Überschreitung des Unternehmensgegenstands bekannt war oder er darüber nach den Umständen nicht in Unkenntnis sein konnte.[36] Liechtenstein hat dieses Wahlrecht gezogen und in Art 187a Abs 2 PGR eine Bestimmung umgesetzt, welche die RL-Bestimmung fast wörtlich übernimmt.

Zunächst stellt sich die Frage, warum nach der RL die Überschreitung des Unternehmensgegenstands privilegiert ist, während andere satzungsmässige Beschränkungen der Befugnisse der Organe Dritten nach Art 9 Abs 2 Publizitäts-RL nie entgegengesetzt werden

---

[26] Vgl zur ratio des Verkehrsschutzes iZm Art 187 f PGR bereits *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (67); ferner zB *Einmahl*, Die erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften und ihre Bedeutung für das deutsche Aktienrecht (II), AG 1969, 167 (169 ff).

[27] S zur Ultra-Vires-Doktrin zB *Davis*, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law[8] (2008) Rz 7-2.

[28] Vgl *Stiegler*, Renaissance der ultra vires-Doktrin in den Gesellschaftsrechten Europas. Tendenzen zur Aufweichung unbeschränkter Vertretungsmacht und deren europarechtliche Implikationen, in *Nueber/Przeszlowska/Zwirchmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel (2015) 39 (44).

[29] *Edwards*, EC Company Law (1999) 36; *Stiegler* in *Nueber/Przeszlowska/Zwirchmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 40 f.

[30] Darauf hinweisend auch *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (48).

[31] Vgl *Watter* in BaslerKommOR[5] Art 718a Rz 3 f; *Stiegler* in *Nueber/Przeszlowska/Zwirchmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 46; *Böckli*, Schweizer Aktienrecht[4] Rz 13/497, der darauf hinweist, dass man von einer eigentlichen Ultra-Vires-Doktrin nicht mehr sprechen könne.

[32] *Davis*, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law[8] Rz 7-2; vgl *Sealy/Worthington*, Sealy's Cases and Materials in Company Law[9] (2010) 82.

[33] Krit auch *Davis*, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law[8] Rz 7-2, wonach es für die Gesellschaft durchaus vorteilhaft sein könne, in neue Geschäftsfelder vorzudringen. Freilich greift dieses Argument dann nicht, wenn der in den Statuten verankerte Unternehmensgegenstand von den Gesellschaftern geändert werden kann; ebenso krit *Sealy/Worthington*, Sealy's Cases and Materials in Company Law[9] 83 («*it was a hazard for the very people it was supposed to protect*»); vgl auch, allerdings den Schwerpunkt auf die Nachteile für den Rechtsverkehr legend, *Zollner*, PSR 2019, 124 (126).

[34] Dazu *Davis*, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law[8] Rz 7-2: «*As to technique, the rule proved avoidable trough the device of companies adopting lengthy and sometimes subjectively-worded object clauses. [FN nicht abgedruckt.] By the early twentieth century it was doubtful if the rule ever constrained the well-adviced company and therefore ist main role was a trap for the unwary.*»; vgl *Sealy/Worthington*, Sealy's Cases and Materials in Company Law[9] 83; *Dignam*, Hicks & Goo's Cases & Materials on Company Law[7] (2011) 178; *Stiegler* in *Nueber/Przeszlowska/Zwirchmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 42.

[35] *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht[5] Rz 4/9 und Rz 5/33 (Publizitäts-RL atmet «*den Geist des deutschen Handels- und Aktienrechts*»); vgl dazu auch *Edwards*, EC Company Law 36 f, wonach ein Vorentwurf der RL noch eine Regelung vorsah, die im Ergebnis der Ultra-Vires-Doktrin nahestand, Deutschland sich aber durchsetzte; *Ch. Schmid*, Die gemeinschaftsrechtliche Überlagerung der Tatbestände des Missbrauchs der Vertretungsmacht und des Insichgeschäfts, AG 1998, 127 (129); *Einmahl*, AG 1969, 167 (179).

[36] *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht[5] Rz 5/35 (Kompromisscharakter); *Edwards*, EC Company Law 37 («*compromise between Germany and the other five Member States*»); *Ch. Schmid*, AG 1998, 127 (129); *Lutter/Bayer/Habersack*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht[5] § 19 Rz 73; *Kalss/Klampfl* in *Dauses/Ludwigs*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. III. Gesellschaftsrecht (2019) Rz 246 und Rz 248 = *Kalss/Klampfl*, Europäisches Gesellschaftsrecht (2015) Rz 246 und Rz 248; *Stiegler* in *Nueber/Przeszlowska/Zwirchmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 48.

können. Der Grund hierfür könnte darin liegen, dass die Überschreitung des Unternehmensgegenstandes für Dritte regelmässig leichter zu erkennen ist als ein (sonstiger) Verstoss gegen die Satzung oder andere interne Beschränkungen.[37] Besteht der Unternehmensgegenstand zB in der Produktion und dem Vertrieb von Reifen, ist der Erwerb eines Hotels nicht vom Unternehmensgegenstand gedeckt und dies ist für den Dritten auch leicht erkennbar.[38] Bei der Stiftung ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass auch ausserhalb der Stiftungsurkunde liegende Umstände für die Auslegung der Stiftungsurkunde herangezogen werden können.[39] Freilich muss das Auslegungsergebnis einen Anhaltspunkt in der Stiftungsurkunde haben und darf deren Wortlaut nicht widersprechen.[40] Wird der Unternehmensgegenstand ausnahmsweise anders ausgelegt, als sich dies bloss aus dem Studium der Stiftungsurkunde ergeben würde, ist der Dritte ausreichend geschützt, weil ihm dies nicht bekannt sein musste.

6. Überschreitung des Unternehmensgegenstands

Weiters ist fraglich, was mit dem Unternehmensgegenstand in Art 187a Abs 2 PGR gemeint ist. Das PGR unterscheidet ganz allgemein nicht strikt zwischen Zweck und (Unternehmens-)Gegenstand.[41] Ausserdem ist die Terminologie für österreichische und deutsche Juristen missverständlich. In Liechtenstein wie in der Schweiz entspricht – zumindest idR – der «unmittelbare Zweck» dem «Unternehmensgegenstand» (zB Vertrieb von Waren aller Art), während der «Endzweck» dem «Zweck» entspricht (zB gemeinnützig, privatnützig).

Konkret bei Art 187a Abs 2 PGR ist ausserdem zu beachten, dass der Begriff «Unternehmensgegenstand» aus der Publizitäts-RL übernommen wurde und offenbar denselben Inhalt haben soll wie dort.[42] Auch bei der Publizitäts-RL lässt sich darüber streiten, was mit Unternehmensgegenstand (objects of the company; l'objet social de cette société) konkret gemeint ist. Überzeugend ist es mE, den Unternehmensgegenstand als Rahmen zu verstehen, welchen Tätigkeiten die Gesellschaft nachgehen darf.[43] Dagegen dürfte nicht gemeint sein, ob die Gesellschaft privat- oder gemeinnützig ist (Zweck der Gesellschaft; in Schweizer Terminologie: Endzweck). Hierfür spricht der Zweck der Publizitäts-RL, das Vertrauen Dritter zu schützen. Während ein Dritter vergleichsweise leicht überprüfen kann, ob ein Geschäft zu jenen Tätigkeiten zählt, die der Gesellschaft erlaubt ist, kann er nur schwer beurteilen, ob ein Geschäft bspw unter den gemeinnützigen Zweck einer Gesellschaft fällt. Eine Gesellschaft, die Wohnungen baut und Verträge abschliesst (zB mit Bauunternehmen oder Lieferanten), kann sowohl gemeinnützig tätig sein (gemeinnütziger Wohnbau) als auch vornehmlich Gewinne für die Gesellschafter erzielen wollen.[44]

Bei der AG,[45] der GmbH,[46] der Genossenschaft,[47] der Anstalt[48] und dem Treuunternehmen (mit Persönlichkeit)[49] muss der «Unternehmensgegenstand» – in Schweizer Terminologie: der Zweck –[50] in die Statuten aufgenommen werden. Auch die Stiftung kann einen «Unternehmensgegenstand» in dem Sinn haben, dass ihr Tätigkeitsbereich in den Statuten festgesetzt wird. Der Begriff Unternehmen darf idZ nicht mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit gleichgesetzt werden, erst Recht nicht mit dem Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes (Art 107 Abs 1 PGR). ZB hat eine Gesellschaft (Stiftung), die nur Vermögen hält, das in DAX-Aktien angelegt werden muss, durchaus einen «Unternehmensgegenstand». Bei der Stiftung stellt sich häufig das Problem, dass die zulässigen Tätigkeiten mit dem «End-

---

[37] So *Ch. Schmid*, AG 1998, 127 (130); krit *Auer*, Missbrauch der Vertretungsmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2000, 138 (147) (wohl aus der politischen Entstehungsgeschichte heraus erklärbar); nicht entscheidend kann sein, dass der Unternehmensgegenstand häufig knapp formuliert ist, auch weil dies bei Gesellschaften anderer Rechtsordnungen keineswegs der Fall sein muss (treffend *G. Kodek*, PSR 2019, 56 [63]; so zB zumindest bei alten Gesellschaften in Grossbritannien, dazu oben bei und in FN 34).

[38] Freilich steht der Dritte vor dem Problem, dass die Statuten in einer fremden Sprache gefasst sein können und die Statutenbestimmung über den Unternehmensgegenstand übersetzt werden müsste (vgl dazu, allerdings in anderem Zusammenhang *Einmahl*, AG 1969, 167 [170]). Die RL (und Art 187a Abs 2 PGR) trägt dem insoweit Rechnung, als dem Dritten keine Nachforschungsobliegenheiten auferlegt werden und dem Dritten die Überschreitung der Statutenbestimmung bekannt sein muss. Dann stellt sich aber die Frage, warum andere Statutenbeschränkungen nicht auch «durchschlagen» können, wenn diese dem Dritten trotz fehlender Nachforschungsobliegenheit bekannt sein musste. Darin liegt letztlich die Begründung, warum Art 187a *Abs 3* PGR und die Anwendbarkeit der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht nicht gegen die RL verstossen (dazu noch Pkt III.2.f.).

[39] StRsp; s flOGH 7.9.2018, 08 CG.2015.438, LES 2018, 270 (Pkt 12.13.); StGH 1.7.2013, 2012/173, GE 2013, 410.

[40] Siehe die Nw in FN 39.

[41] Ausführlich *Motal*, Grundfragen des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts 173 ff; vgl auch *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (49).

[42] Die Entlehnung aus der RL zeigt sich bereits daran, dass der Begriff «Unternehmensgegenstand» im PGR nur in Art 187a Abs 2 PGR verwendet wird, während das PGR ansonsten vom «Gegenstand des Unternehmens» spricht (s zB Art 484 Abs 1, Art 390 Abs 2, Art 377 Abs 1 PGR).

[43] Vgl *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht[4] § 4.II.3.; *Motal*, Grundfragen des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts 174.

[44] Eine Stiftung darf ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe nur ausüben, sofern dies der Erreichung ihres gemeinnützigen Zwecks unmittelbar dient (Art 552 § 1 Abs 2 PGR).

[45] Art 279 Abs 1 Z 3 PGR («*den Zweck der Gesellschaft*»); vor der PGR-Novelle 2000 lautete Art 279 Abs 1 Z 2 PGR noch «*den Zweck der Gesellschaft oder Gegenstand des Unternehmens*»; dazu BuA 1998/153 S. 70 «*Es besteht kein ersichtlicher Unterschied zwischen den Begriffen «Zweck der Gesellschaft» und «Gegenstand des Unternehmens». Unterschiedliche Begriffe für dasselbe sind verwirrend und sollten deshalb vermieden werden.*»). Art 291 Abs 1 Z 3 PGR wurde jedoch nicht angepasst.

[46] Art 390 Abs 2 Z 1 PGR («*den Gegenstand des Unternehmens*»). Die Terminologie hätte wie bei Art 279 Abs 1 Z 3 PGR (dazu FN 45) anlässlich der PGR-Novelle 2000 oder der GmbH-Reform vereinheitlicht werden sollen.

[47] Art 430 Abs 1 Z 2 PGR (anders noch die Stammfassung).

[48] Art 536 Abs 2 PGR («*Zweck der Anstalt, allenfalls den Gegenstand der Unternehmung*»).

[49] Art 932a § 9 Abs 2 Z 1 PGR («*Zweck des Treuunternehmens beziehungsweise den Gegenstand des Unternehmens*»).

[50] Vgl *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht[12] insb Rz 4/12.

zweck» (gemeinnützig/privatnützig) verknüpft sind. Im Innenverhältnis ist dies sinnvoll, weil die Befugnisse des Stiftungsrats begrenzt werden. Für Dritte, die mit der Stiftung Geschäfte abschliessen, kann dies jedoch wie aufgezeigt problematisch sein und die daraus resultierende Rechtunsicherheit widerspricht dem Normzweck von Art 187a Abs 2 PGR. Demnach wäre entgegen der hA zu erwägen, ob Art 187a Abs 2 PGR überhaupt auf Stiftungen anwendbar ist, wenn aus den Statuten nicht klar hervorgeht, welche Tätigkeiten unabhängig von deren privat- oder gemeinnützigen Charakter zulässig sind.[51] Das wäre insoweit nicht problematisch, als dann ohnehin Art 187a Abs 3 PGR anwendbar wäre (dazu sogleich Pkt III und IV).[52]

III. Art 187a Abs 3 PGR

1. Unklarheiten bei der Auslegung der Bestimmung

Nach Art 187a Abs 3 PGR wird eine Verbandsperson auch dann nicht verpflichtet, wenn das Vertretungsorgan seine intern durch die Statuten oder durch Beschlüsse der zuständigen Organe festgelegten Kompetenzen überschreitet, sofern sie beweist, dass dem Dritten die Überschreitung bekannt war oder nach den Umständen bekannt sein musste, dass durch die Handlung die intern festgelegten Kompetenzen überschritten wurden. Die Bestimmung ist durchaus sachgerecht und gelungen, wirft aber einige Fragen auf. Zunächst könnte die Bestimmung auf den ersten Blick eindeutig richtlinienwidrig sein. Nach Art 9 Abs 2 Publizitäts-RL können nämlich satzungsmässige oder auf einem Beschluss der zuständigen Organe beruhende Beschränkungen der Befugnisse der Organe der Gesellschaft Dritten nie entgegengesetzt werden, auch dann nicht, wenn sie bekanntgemacht worden sind.[53] Art 187a Abs 3 PGR scheint das genaue Gegenteil anzuordnen.

Die Gesetzesmaterialien werfen ebenfalls Fragen auf.[54] Art 187a Abs 3 PGR entspreche der Lösung, die Grossbritannien (GB) – gemeint ist das Vereinigte Königreich –[55] und Irland für die Regelung der Überschreitung der Vertretungsmacht der Vertretungsorgane gegenüber «bösgläubigen»[56] Dritten getroffen haben.[57] Die Regierung betrachte dies als eine sinnvolle Erweiterung mit Hinweis auf Art 9 Abs 3 letzter Halbsatz der Publizitäts-RL. Der Hinweis auf Art 9 Abs 3 letzter Halbsatz leg cit («*nach Artikel 3 bestimmt sich, ob eine solche Satzungsbestimmung Dritten entgegengesetzt werden kann*») geht fehl, weil Art 9 Abs 3 der Publizitäts-RL lediglich den Sonderfall regelt, wonach die Vertretungsmacht abweichend von der gesetzlichen Regel durch die Satzung einer Person allein oder mehreren Personen gemeinschaftlich übertragen werden kann (vgl dazu für Liechtenstein zB Art 348 PGR).[58]

2. Hinweis in den Gesetzesmaterialien auf das britische Gesellschaftsrecht

a. Rechtslage in Grossbritanntien

Der Hinweis in den Gesetzesmaterialien auf die Rechtslage in GB ist irreführend. Um dies zu aufzuzeigen, muss zunächst kurz auf die Entwicklung in GB eingegangen werden. Art 9 European Communities Act 1972 konnte so verstanden werden,[59] dass grundsätzlich an der Ultra-Vires-Doktrin (auch im Verhältnis zu Dritten) festgehalten wurde. Die Rechtsfähigkeit wurde demnach nicht erweitert, dh Handlungen, die den Unternehmensgegenstand überschreiten, waren im Grundsatz nichtig. Die Rechtsfähigkeit gutgläubigen Dritten gegenüber wurde lediglich fingiert.[60]

1989[61] wurde Sec 35 Companies Act 1985 geändert und die unbeschränkte Rechtsfähigkeit festgeschrieben.[62] Sec 35 Companies Act 1985 gab die Beschränkung der Vertretungsbefugnis der Directors auf den Unternehmensgegenstand nicht auf. Der Schutz Dritter wurde – wie bereits in Sec 9 European Communities Act 1972 – dadurch erreicht, dass diese bei Gutgläubigkeit (good faith) auf die unbeschränkte Vertretungsbefugnis vertrauen durften. Die Regelung wurde im Wesentlichen in Sec 39 f Companies Act 2006 übernommen. Allerdings gilt nunmehr nach Sec 31 Abs 1 Companies Act 2006 der Unternehmensgegenstand im Zweifel als uneingeschränkt, sofern dieser nicht ausdrücklich eingeschränkt wird, sodass die Ultra-Vires-Doktrin zumindest für viele neu gegründete Gesellschaften im Verhältnis zu Dritten irrelevant wird.[63]

---

[51] AA flOGH 7.9.2018, 08 CG.2015.438, LES 2018, 270; *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (63); *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (49); *Zollner*, PSR 2019, 124 (128 f); vgl bereits *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht § 24 Rz 22 (ebenso in der 2. Auflage aaO); unklar *Bösch*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht (2005) 244.

[52] Auch die Beurteilung des Einstiegsfalles hängt nicht davon ab, ob Art 187a Abs 2 oder Abs 3 PGR anwendbar ist; anders *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (63), der allerdings Art 187a Abs 3 PGR in diesem Zusammenhang nicht ausreichend berücksichtigt und die (regelmässige; entgegen *G. Kodek* nicht ausnahmslose) Nichtanwendbarkeit von Art 187a Abs 2 PGR auf die Stiftung deshalb für problematisch hält.

[53] Vgl dazu *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht[5] Rz 5/36; *Kalss/Klampfl* in *Dauses/Ludwigs*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. III. Gesellschaftsrecht Rz 249 = *Kalss/Klampfl*, Europäisches Gesellschaftsrecht Rz 249.

[54] BuA 1998/153 S. 53 ff.

[55] Grossbritannien umfasst nur England, Schottland und Wales, nicht aber Nordirland; richtige Terminologie bei *Fischer-Zernin*, Der Rechtsangleichungserfolg passim.

[56] Vgl dazu noch Pkt III.2.d.

[57] Darauf hinweisend bereits *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (67).

[58] Vgl aber *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (68).

[59] Ob die Bestimmung tatsächlich so zu verstehen war, kann hier offengelassen werden.

[60] *Fischer-Zernin*, Der Rechtsangleichungserfolg 284 f und 291 ff.

[61] Companies Act 1989, Inkrafttreten 1991.

[62] «*The validity of an act done by a company shall not be called into question on the ground of lack of capacity by reason of anything in the company's memorandum.*»; dazu *Dignam*, Hicks & Goo's Cases & Materials on Company Law[7] 177; *Davis*, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law[8] Rz 7-2; nunmehr Sec 39 Companies Act 2006; *Schall*, Companies Act (2014) Sec 39 Rz 4.

[63] *Sealy/Worthington*, Sealy's Cases and Materials in Company Law[9] 82; *Dignam*, Hicks & Goo's Cases & Materials on Company Law[7] 178; *Davis*, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law[8] Rz 7-2; vgl auch *Schall*, Companies Act Sec 39 Rz 14.

b. Relevanz für das liechtensteinische Recht

Der Verweis in den Gesetzesmaterialien auf das – offenbar frühere – Recht in GB wirft die Frage auf, ob die Ultra-Vires-Doktrin in Liechtenstein nicht vollends[64] fallen gelassen werden sollte. Dagegen spricht jedoch, dass sich der liechtensteinische Gesetzgeber in Art 187 f PGR eng an die Publizitäts-RL anlehnte. Nach dem Konzept der RL wird die Ultra-Vires-Doktrin grundsätzlich aufgegeben (Art 9 Abs 1 UAbs 1 Publizitäts-RL, umgesetzt in Art 187 Abs 1 PGR) und lediglich in Art 9 Abs 1 UAbs 2 Publizitäts-RL vorgesehen, dass die Gesellschaft bei einer Überschreitung des Unternehmensgegenstands bösgläubigen Dritten gegenüber nicht verpflichtet wird.[65] Im Übrigen wäre es de lege ferenda kritikwürdig, wenn sich der liechtensteinische Gesetzgeber ausgerechnet an der – damals wie heute – verworrenen Rechtslage GBs orientiert hätte.

Die 1986 erschienene Monographie von *Fischer-Zernin*, auf die sich die Gesetzesmaterialien beziehen, war in der Zeit der Arbeiten an der PGR-Novelle 2000 längst nicht mehr aktuell. Insbesondere wird in den Gesetzesmaterialien zu Art 187a Abs 3 PGR auf S. 306 f der Monographie verwiesen.[66] Dieser führt aus: «*Dritten schadet in diesen beiden Ländern bereits, dass sie bezüglich einer möglichen Überschreitung der Vertretungsmacht durch die Direktoren ‹are put on inquiry›, also die Überschreitung nach den Umständen hätten kennen können. Die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten Dritter sind also verhältnismässig hoch. Leicht fahrlässige Bösgläubigkeit reicht aus.*» Diese Ansicht war unter dem European Communities Act 1972 noch vertretbar, wäre aber schon damals richtlinienwidrig gewesen.[67] Die 1989[68] eingeführten Sec 35A Abs 2 und Sec 35B Companies Act 1985 (nunmehr Sec 40 Abs 2 Bst b Companies Act 2006) präzisierten das Erfordernis des guten Glaubens.[69] Der gute Glaube wird vermutet. Eine Person ist *nicht* allein schon deshalb bösgläubig, weil sie weiss, dass eine Handlung nach den Statuten nicht von der Vertretungsmacht der Direktoren gedeckt ist (!).[70] Die Person trifft keine Nachforschungspflicht, ob die Statuten das Rechtsgeschäft erlauben und die Vertretungsmacht der Directors beschränkt ist. Die strengen Anforderungen provozieren die Frage, ob ein Dritter überhaupt je bösgläubig sein kann. Die blosse Kenntnis von der Überschreitung der Vertretungsmacht reicht wie erwähnt nicht aus, dh es muss ein weiteres Element hinzutreten.[71] Das Meinungsspektrum reicht insoweit von kollusivem Zusammenwirken, Unaufrichtigkeit des Dritten bis zu aufdrängenden Zweifeln, ob der Director seine Vertretungsmacht zum Schaden der Gesellschaft missbraucht.

Aufgrund des mehrfach geäusserten Willens in den Materialien, die Publizitäts-RL rechtmässig umzusetzen,[72] kann dem historischen Gesetzgeber jedenfalls nicht unterstellt werden, dass er mit Art 187a Abs 3 PGR eine richtlinienwidrige Bestimmung erlassen wollte. Es kam ihm aber offenbar auch nicht darauf an, die im Zeitpunkt der PGR-Novelle 2000 in GB geltende Rechtslage (Companies Act 1985) uneingeschränkt zu rezipieren. Die Ausführungen in den Materialien werden wohl so verstanden werden müssen, dass es dem historischen Gesetzgeber vor allem darum ging, darauf hinzuweisen, dass Art 187a Abs 3 PGR richtlinienkonform ist und die Rechtslage in GB als Argument für diese Ansicht ins Feld zu führen.

c. Systematische Auslegung

Die historische Auslegung ist wie aufgezeigt nicht restlos befriedigend, weil sie zu keinem eindeutigen Ergebnis führt. Dies legt es nahe, weitere Auslegungsmethoden heranzuziehen. Wie im restlichen deutschen Rechtskreis, gibt es auch in Liechtenstein keinen Vorrang einer Auslegungsmethode.[73] Entscheidend ist vielmehr das Gewicht des jeweiligen Arguments.[74] Betrachtet man Art 187a Abs 3 PGR aus dem Blickwinkel der systematischen Auslegung, fällt der Blick rasch auf den Missbrauch der

---

[64] Der historische Gesetzgeber hat durchaus erkannt, dass die Ultra-Vires-Doktrin aufgrund der Publizitäts-RL nicht mehr aufrecht erhalten werden kann (BuA 1998/153 S. 17). Es könnte daher allenfalls darum gehen, an der fehlenden Rechtsfähigkeit grundsätzlich festzuhalten und die Rechtsfähigkeit gegenüber gutgläubigen Dritten zu fingieren (vgl Pkt III.2.a.).

[65] Vgl dazu *Lutter/Bayer/Habersack*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht[5] § 19 Rz 73 (S. 444) (RL erteilte der Ultra-Vires-Doktrin eine prinzipielle Absage); hätte der liechtensteinische Gesetzgeber sich tatsächlich an das Modell in GB anlehnen wollen, hätte er in Art 187 Abs 1 PGR (wie in der alten Fassung) die Ultra-Vires-Doktrin festschreiben und dann – wie früher in GB – statuieren müssen, dass sie gutgläubigen Dritten gegenüber nicht gilt.

[66] BuA 1998/153 S. 54; dort irrtümlich *Fischer-Cernin* statt *Fischer-Zernin*.

[67] *Fischer-Zernin*, Der Rechtsangleichungserfolg 307 erkennt die Richtlinienwidrigkeit nicht, weil er davon ausgeht, dass auch nach der RL leichte Fahrlässigkeit genüge (S. 296), was jedoch der hA widerspricht (*Lutter/Bayer/Habersack*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht[5] § 19 Rz 73 [S. 444, in FN 191 explizit gegen *Fischer-Zernin*]; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht[5] Rz 5/35 [ebenfalls explizit gegen *Fischer-Zernin*]); vgl idZ auch *Sealy/Worthington*, Sealy's Cases and Materials in Company Law[9] 84: «*The drafting oft he very first of these provisions [gemeint ist Art 9 European Communities Act 1972] was defective in a number of respects. There were suggestions that it did not even meet the requirements oft he Directive*»; s auch noch FN 124.

[68] Bzw 1991, siehe FN 61.

[69] Siehe zum Folgenden *Fleischer*, Reichweite und Grenzen der unbeschränkten Organvertretungsmacht im Kapitalgesellschaftsrecht, NZG 2005, 529 (531).

[70] Das macht auch die Constructive Notice Doktrin insoweit obsolet, vgl *Schall*, Companies Act Sec 40 Rz 65; vgl aber auch *Fleischer*, NZG 2005, 529 (532).

[71] Siehe zum Folgenden wiederum *Fleischer*, NZG 2005, 529 (531); *Schall*, Companies Act Sec 40 Rz 66.

[72] Siehe zB BuA 1998/153 S. 51.

[73] StGH 2.10.2006, 2006/024, GE 2009, 280 (Pkt 3.1); StGH 27.6.2016, 2016/019, GE 2018, 255; *G. Baur*, Normenvielfalt bei der richterlichen Rechtsfindung im liechtensteinischen Privatrecht? LJZ 1998, 12 (17 f); dies gilt ebenso für die Wortlautauslegung (StGH 9.8.2010, 2010/038, GE 2014, 134; StGH 30.11.2010, 2010/104, GE 2012, 6; vgl StGH 27.6.2016, 2016/019, GE 2018, 255; aus Deutschland BGH 23.5.1951, II ZR 71/50, BGHZ 2, 176 [184 f]), die lediglich insoweit eine besondere Rolle spielt, als der Gesetzeswortlaut den Ausgangspunkt der Auslegung bildet (OGH 1.2.2017, 04 CG.2016.249, LES 2017, 31; StGH 20.2.1997, 1996/040, LES 1998, 137); jüngst wieder StGH 26.3.2019, 2018/125, LES 2019, 123.

[74] *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.02] § 6 Rz 25; *G. Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB[4] § 6 Rz 133.

Vertretungsmacht. Dabei handelt es sich im Kern um ein zivilrechtliches Institut (§§ 1002 ff ABGB). Ein Vertreter überschreitet die Grenzen des Innenverhältnisses (zB Auftrag) und es stellt sich die Frage, ob das Rechtsgeschäft wirksam ist. Im Unternehmens- (Handels-) und Gesellschaftsrecht sind Formalvollmachten verbreitet, bei denen der Umfang klar umrissen ist und nicht frei[75] beschränkt werden kann. Lediglich im Innenverhältnis kann der Geschäftsherr dem Bevollmächtigten engere Grenzen vorgeben. Dies dient dem erhöhten Bedürfnis nach Rechtssicherheit im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht.[76] Ein bekanntes Beispiel ist die Prokura (§§ 36 ff Schlussabteilung PGR). Freilich gilt der weite Umfang der Prokura nur gegenüber gutgläubigen Dritten (§ 37 Abs 1 und § 38 Abs 3 Schlussabteilung PGR). Überschreitet ein Prokurist die internen Vorgaben und sind die Voraussetzungen eines Missbrauchs der Vertretungsmacht erfüllt, wird der Geschäftsherr nicht verpflichtet. Die Überschreitung interner Grenzen bei einer Formalvollmacht entspricht jenem Tatbestand, den auch Art 187a Abs 3 PGR regelt. Dies indiziert, dass Art 187a Abs 3 PGR ein Anwendungsfall der Doktrin vom Missbrauch der Vertretungsmacht sein könnte.

d. Art 187a Abs 3 PGR als Konkretisierung des Missbrauchs der Vertretungsmacht

Ohne die erwähnte Materialienstelle gäbe es keinen begründeten Zweifel, dass Art 187a Abs 3 PGR eine spezifisch gesellschaftsrechtliche Ausprägung des Missbrauchs der Vertretungsmacht ist. Die Materialienstelle ist aber wie erwähnt mehrdeutig und steht dieser Ansicht nicht entgegen.[77] Das Gebot der Einheit der Rechtsordnung, wonach Wertungswidersprüche – soweit methodisch zulässig – im Wege der Auslegung vermieden werden sollen,[78] spricht für eine weitgehende Gleichbehandlung von organschaftlicher Vertretungsmacht und Prokura.[79] Im Ergebnis ist Art 187a Abs 3 PGR daher als Anwendungsfall der Doktrin vom Missbrauch der Vertretungsmacht zu verstehen.[80] Die Ultra-Vires-Doktrin gilt in Liechtenstein nicht mehr.[81]

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass *Bösch* eine abweichende Ansicht vertritt, die bisher wenig gewürdigt wurde.[82] Er weist darauf hin, dass Art 187 Abs 1 PGR – wie bereits in der Stammfassung – auf den guten Glauben des Dritten abstellt. Auch in den Materialien wird die Gut- bzw Bösgläubigkeit des Dritten mehrfach erwähnt.[83] Der gute Glaube wird in Art 3 PGR teilweise geregelt.[84] Nach Art 3 Abs 1 PGR wird der gute Glaube (widerlegbar) vermutet.[85] Freilich hätte die Gesellschaft auch nach allgemeinen Beweislastregeln die Bösgläubigkeit zu beweisen,[86] sodass sich Art 3 PGR insoweit nicht auswirkt. Relevant könnte Art 3 PGR aber werden, weil nach umstrittener Ansicht zum Regelungsvorbild Art 3 ZGB bereits leichte Fahrlässigkeit den guten Glauben zerstört und dies auch für Art 3 PGR gelten

---

[75] Vgl dazu zB § 38 Schlussabteilung PGR.

[76] Dazu allgemein *U. Torggler*, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Wirtschaftsprivatrecht, JBl 2011, 762; *M. Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (2014) 58 f; vgl idZ auch *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (67).

[77] Zu berücksichtigen ist, dass *Fischer-Zernin,* auf dessen Monographie (S. 306 f) sich die Gesetzesmaterialien allein berufen, den Missbrauch der Vertretungsmacht im unmittelbar vorangehenden Kapitel (S. 302 – 306) behandelt. Beim Studium dieses Kapitels erhält der Leser den Eindruck, dass die Voraussetzungen für einen Missbrauch der Vertretungsmacht sehr streng sind und der historische Gesetzgeber könnte im Bestreben, die Möglichkeiten zur Beschränkung der unbegrenzten Vertretungsmacht gegenüber Dritten auszureizen, welche die RL zulassen (BuA 1998/153 S. 51), eine abweichende Regelung getroffen haben. Dabei wäre er aber einem Irrtum unterlegen, weil die in die Jahre gekommene Monographie aus 1986 den aktuellen Meinungsstand (und ebenso den Meinungsstand in der Zeit der PGR-Novelle 2000) zum Missbrauch der Vertretungsmacht (zumindest in Liechtenstein) nicht mehr präzise wiedergibt (vgl idZ *Edwards*, EC Company Law 39 f).

[78] Siehe zB *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 72 ff; *Schopper/M. Walch*, Unternehmensrechtliche Verjährungsregeln und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, ÖBA 2013, 418 (419) mwN.

[79] Vgl dazu öOGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v (Pkt 3.3 ff) passim; s aber BuA 1998/153 S. 52: «*Nach aussen haben sich Prokuristen im übrigen als solche zu erkennen zu geben, d.h. gemäss SchlT § 36 per prokura oder in ähnlicher Weise zu zeichnen, was bei einem Vertretungsorgan nicht verlangt wird und deshalb geht der Schutz gutgläubiger Dritter hier zu Recht weiter bzw. umfasst alle Geschäfte die Gesellschaft betreffend.*» Diese Materialienstelle könnte dafür sprechen, dass bei der organschaftlichen Vertretung der Schutz gutgläubiger Dritter weiter geht als bei der Prokura und demnach strengere Anforderungen an den Missbrauch der Vertretungsmacht zu stellen wären. Freilich sollte der Materialienstelle kein allzu hohes Gewicht beigemessen werden. Die Ausführungen wurden nämlich lediglich im Zusammenhang mit der Erläuterung getroffen, weshalb Art 187 Abs 1 PGR nicht für den Prokuristen gilt (was ohnehin selbstverständlich ist).

[80] So auch, allerdings ohne nähere Begründung *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (52 insb FN 148); *Zollner*, PSR 2019, 124; anders, aber im Ergebnis ähnlich wie hier *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (69 f); unklar *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht² § 24 Rz 21 – Rz 25, der zum Verhältnis des Art 187a Abs 3 zum Missbrauch der Vertretungsmacht nicht explizit Stellung nimmt.

[81] Im Ergebnis auch *Schauer* in *Schauer*, Kurzkommentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht § 1 Rz 21; *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht² § 24 Rz 22; *Zollner*, PSR 2019, 124 (128).

[82] *Bösch*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht 244 f; vgl dazu *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (69).

[83] BuA 1998/153 S. 51 ff.

[84] Regelungvorbild ist Art 3 ZGB.

[85] Es handelt sich dabei um einen alten Rechtsgrundsatz, s *Honsell* in BaslerKommZGB[5] Art 3 Rz 5.

[86] Vgl öOGH 31.1.2017, 1 Ob 6/17i; *Baumgartner/Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB[3] § 1017 Rz 79.

könnte.[87] Beim Missbrauch der Vertretungsmacht eines Verwaltungsrats wird in der Schweiz aber ohnehin ein Grad an Aufmerksamkeit verlangt, der im Wesentlichen der groben Fahrlässigkeit entspricht.[88] Für Liechtenstein ist diese Diskussion letztlich nicht relevant. Die Annahme einer bloss leichten Fahrlässigkeit wäre nämlich RL-widrig (dazu noch Pkt III.2.f.). Da der Gesetzgeber eine RL-konforme Regelung schaffen wollte,[89] überzeugt eine Auslegung nicht, die den Art 187 f einen RL-widrigen Inhalt unterstellt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Gutgläubigkeit des Art 187 Abs 1 PGR («*gutgläubigen Dritten gegenüber*») durch Art 187a PGR konkretisiert wird.[90] Zur Auslegung der Art 187a PGR kann aber nach herrschender und auch hier vertretener Ansicht auf die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht zurückgegriffen werden.

e. Voraussetzungen für einen Missbrauch der Vertretungsmacht

Der flOGH orientiert sich hinsichtlich der Voraussetzungen für einen Missbrauch der Vertretungsmacht traditionell an der österreichischen Rechtslage.[91] Dies ist sachgerecht, weil es sich wie erwähnt um eine zivilrechtliche Materie handelt (§§ 1002 ff flABGB; s insb § 1017 Satz 3 ABGB[92]) und diese aus dem österreichischen Recht rezipiert wurde.[93] Zwar lehnt sich das Recht der Prokura an das Schweizer Recht an,[94] jedoch wird sich aufgrund des zivilrechtlichen Unterbaus der Prokura auch insoweit eine Orientierung an der österreichischen Rechtslage empfehlen.[95] Aus dem uferlosen Schrifttum und der zahlreichen Rsp ist eine aktuelle Entscheidung des öOGH hervorzuheben, in der sich dieser unter ausführlicher Berücksichtigung des Meinungsstands mit dem Missbrauch der Vertretungsmacht bei einer österreichischen Privatstiftung auseinandersetzt.[96] Erste Voraussetzung ist ein Verstoss des Vertreters gegen interne Pflichten.[97] Ein Schädigungsvorsatz wird nicht (mehr) verlangt.[98] Es kommt entscheidend auf die Schutzwürdigkeit des Dritten an: Der Normzweck unbeschränkter organschaftlicher Vertretungsmacht liege darin, eindeutig festzulegen, dass potentielle Geschäftspartner nicht gehalten sind, interne Zuständigkeitsregeln der Gesellschaft, namentlich die Geschäftsführungsbefugnis des handelnden Organs zu prüfen. Konsequenz dieses Normzwecks sei, dass Dritte, die um die Verletzung interner Pflichten durch das Organ wissen, nicht schutzwürdig sind.[99] Ihnen gegenüber komme das gesetzgeberische Motiv, Erkundigungsobliegenheiten zu vermeiden, nicht zum Tragen.[100] Positives Wissen des Dritten, welches in casu vorlag, ist unbestrittenermassen hinreichend. Es genügt aber auch eine Evidenz der Pflichtverletzung, dh wenn sich die interne Pflichtverletzung dem Dritten geradezu aufdrängen musste.[101] Damit befindet sich der öOGH auf einer Linie mit dem BGH.[102] Freilich darf dieses Erfordernis nicht dazu führen, dass mittelbar doch wieder

---

[87] Und so offenbar tatsächlich *Bösch*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht 245: «*Bösgläubigkeit ist bereits dann gegeben, wenn dem angeblich Gutgläubigen mangelnde Aufmerksamkeit nachgewiesen werden kann*». *Bösch* beruft sich auf *Baumann* in ZürchKommZGB[3] Rz 15, der dort aber ebenfalls nicht zur Frage Stellung nimmt, welcher Grad an Aufmerksamkeit zu verlangen ist. An anderer Stelle führt *Baumann* aus, dass bei den gewöhnlichen Gutglaubenstatbeständen jeder Grad von Fahrlässigkeit bezüglich der gebotenen Aufmerksamkeit den Schutz des guten Glaubens ausschliesst (aaO Rz 59), bei einer im Handelsregister eingetragenen Vertretungsbefugnis soll aber anderes gelten (aaO Rz 82); zum Meinungsstreit, ob leichte oder grobe Fahrlässigkeit zu verlangen ist, s *Honsell* in BaslerKommZGB[5] Art 3 Rz 35 (selbst gegen generelle Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit, aber Ausnahmen in Einzelfällen); BG 20.3.1951, BGE 77 II 138 (unklar, aber auf ernstlichen Verdacht abstellend); BG 19.1.1993, BGE 119 II 23 (differenzierend: ernste Zweifel bei Überschreiten der Vertretungsbefugnis, dagegen bei Befugnismissbrauch nur leichte Fahrlässigkeit; Differenzierung wird im Schrifttum abgelehnt); BG 31.5.2005, BGE 131 III 511 (wohl ebenfalls differenzierend); BGer 9.10.2014, 4A_212/2014 (offenlassend, ob Differenzierung aufrechterhalten wird).

[88] *Zobl*, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 125 (1989) 289 (298 ff) («*qualifizierte Zweifel und Verdachtsgründe*»); *Watter* in BaslerKommOR[5] Art 718a Rz 11 (an Sicherheit grenzender Verdacht); *Böckli*, Schweizer Aktienrecht[4] (an Sicherheit grenzender Verdacht); vgl dazu auch *Koppensteiner*, Über Grenzen organschaftlicher Vertretungsmacht im Gesellschaftsrecht, in FS Bucher (2009) 407 (415); offenlassend *Honsell* in BaslerKommZGB[5] Art 3 Rz 51.

[89] Vgl BuA 1998/153 S. 51 ff.

[90] Vgl dazu *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (69).

[91] Siehe zB OGH 7.9.2006, 02 CG.2004.377, LES 2007, 321; OGH 8.6.2006, 08 CG.2004.63, LES 2007, 208; OGH 3.11.2005, 01 CG.2003.209, LES 2006, 357; vgl auch StGH 1.9.2014, StGH 2014/003, GE 2015, 75 (dort mit Berücksichtigung anderer Rechtsordnungen).

[92] Aus der Bestimmung lässt sich ableiten, dass interne Schranken idR nicht auf die Vollmacht durchschlagen; dazu *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB[3] § 1017 insb Rz 61; vgl auch *Baumgartner*, Die Abstraktheit der Vollmacht iS des § 1017 S 3 ABGB als Grundlage für den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht im Privatrecht, JBl 2019, 681.

[93] In Liechtenstein kommt traditionell der hA (insb der Rsp) aus der Rechtsordnung, aus der ein Gesetz rezipiert wurde, grosse Bedeutung zu; s zB OGH 4.4.2002, 01 CG.2000.64, LES 2005, 100; StGH 2.10.2006, 2006/024, GE 2009 280; StGH 4.12.2007, 2007/067, GE 2009 312 («*Nach einer vom Staatsgerichtshof mehrfach gestützten OGH-Praxis soll nicht ohne Not von der im Herkunftsland zu einer in Liechtenstein rezipierten Norm bestehenden Gerichtspraxis abgewichen werden*»); StGH 4.2.2013, 2012/172, GE 2013, 328; anders, wonach bei der Wissenszurechnung eine Anlehnung an das Schweizer Recht erwägenswert wäre, aber im Ergebnis wie hier *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (55).

[94] Vgl Art 458 ff OR einerseits und §§ 36 ff Schlussabteilung PGR andererseits, die zT wörtlich übereinstimmen.

[95] Die Unterschiede sind ohnehin nicht allzu gross; vgl zB *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht[12] Rz 9/22 ff mwN.

[96] öOGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v.

[97] Dies hervorhebend *Zehentmayer*, ZFR 2019/175 (Anmerkung).

[98] öOGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v (Pkt 5).

[99] So auch *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (67); *Zollner*, PSR 2019, 124 (127).

[100] öOGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v (Pkt 4.1.).

[101] öOGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v (Pkt 4.4.).

[102] Darauf hinweisend *Zehentmayer*, ZFR 2019/175 (Anmerkung); s BGH 18.10.2017, I ZR 6/16, NZG 2018, 221 Rz 22; BGH 1.2.2012, VIII ZR 307/10, NJW 2012, 1718 Rz 21.

Erkundigungs- oder Nachforschungsobliegenheiten[103] bestehen.[104] Notwendig ist eine sich aus bekannten massiven Verdachtsmomenten ergebende objektive Evidenz des Missbrauchs.[105] Allein der Umstand, dass Fragen offenbleiben und ein Pflichtverstoss vorliegen könnte, darf nicht genügen, solange zumindest plausible Gründe für die Zulässigkeit sprechen.[106]

Die öOGH-E wirft die Frage auf, ob die Evidenz das Erfordernis der groben Fahrlässigkeit verdrängt.[107] Insoweit besteht noch Rechtsunsicherheit, die wohl in Folgeentscheidungen behoben werden wird. Die besseren Gründe sprechen dafür, das Erfordernis der groben Fahrlässigkeit aufzugeben und durch die Evidenz zu ersetzen. Bei der groben Fahrlässigkeit besteht nämlich die Gefahr, durch die Hintertür Erkundigungs- oder Nachforschungsobliegenheiten einzuführen. Demgegenüber wird bei der Evidenz iSv Offensichtlichkeit deutlich, dass es im Kern darum geht, dem Dritten den – mitunter kaum zu erbringenden – Beweis der positiven Kenntnis zu ersparen.[108] Steht dagegen ausnahmsweise nachweislich fest, dass der Dritte keine Kenntnis hatte, genügt Evidenz nicht.[109] Für Liechtenstein ist indessen zu berücksichtigen, dass nach Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR entscheidend ist, ob die Überschreitung dem Dritten «*nach den Umständen bekannt sein musste*».[110] Der Gesetzeswortlaut spricht mE tendenziell für Fahrlässigkeit, jedoch wäre auch die Evidenz als Kriterium vom äusserst möglichen Wortsinn erfasst und die Evidenz wäre ein passenderes Kriterium. Da die Frage (noch) nicht vom flOGH abschliessend geklärt ist, werden in diesem Beitrag beide Kriterien berücksichtigt (insb in Pkt IV).

Zusammenfassend werden die Voraussetzungen für den Missbrauch der Vertretungsmacht nach neuerer Ansicht zwar tendenziell gelockert,[111] jedoch hinsichtlich von Erkundigungs- und Nachforschungsobliegenheiten zu Recht eine restriktive Haltung eingenommen.[112] Dies entspricht im Wesentlichen auch der Ansicht von älteren Entscheidungen des flOGH.[113]

f. Richtlinienkonformität des Ergebnisses

Die Anwendung der erwähnten Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht zur Auslegung von § 187a Abs 3 PGR wäre ohne weiteres richtlinienkonform. Zwar ist der Wortlaut der Publizitäts-RL nicht eindeutig, jedoch folgt aus der Entstehungsgeschichte, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht anzuwenden.[114] Solange dem Dritten keine Erkundigungs- oder Nachforschungsobliegenheiten auferlegt werden und lediglich bei Evidenz oder grober Fahrlässigkeit des Dritten das Rechtsgeschäft (schwebend) unwirksam ist, werden die Ziele der Publizitäts-RL nicht unterlaufen.[115]

Legt man Art 187a Abs 3 PGR entsprechend den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht aus, ist auch das Ziel des historischen Gesetzgebers erfüllt, Möglichkeiten zur Beschränkung der unbegrenzten Vertretungsmacht gegenüber Dritten auszureizen, welche die RL zulassen.[116] Wie erwähnt, erlaubt die Publizitäts-RL grundsätzlich nur bei einer Überschreitung des Unternehmensgegenstands eine Einschränkung der unbeschränkten Vertretungsmacht (bei Evidenz oder grober Fahrlässigkeit des Dritten), während nach dem Wortlaut bei anderen internen Beschränkungen keine Einschränkung zulässig ist. Das «Durchschlagen» solch interner Beschränkungen bei Evidenz oder grober Fahrlässigkeit sowie bei einer Negierung von Erkundigungs- und Nach-

---

[103] Dogmatisch handelt es sich nicht um eine Pflicht, sondern um eine Obliegenheit; vgl dazu zB *Honsell* in BaslerKommZGB[5] Art 3 Rz 35.

[104] öOGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v (Pkt 4.4.: «*Damit wird keineswegs eine Erkundigungsobliegenheit eingeführt*») unter Berufung auf *Koppensteiner* in FS Bucher 414.

[105] BGH 1.2.2012, VIII ZR 307/10, NJW 2012, 1718 Rz 21.

[106] *Karollus*, ZFS 2019, 46 (Anmerkung).

[107] Vgl dazu *Karollus*, ZFS 2019, 46 (Anmerkung); dieses Erfordernis wird in zahlreichen E verlangt, s zB OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h; vgl dazu auch *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (58), wo auf Parallelen hingewiesen, zum Unterschied zwischen Evidenz und grober Fahrlässigkeit aber nicht Stellung bezogen wird.

[108] Vgl *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 17; *Schopper/Trenker* in *Torggler*, UGB[3] § 50 Rz 6; *Baumgartner*, JBl 2019, 681 (695); *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 37 Rz 55 (ebenso *Baukelmann*, aaO, der die Kommentierung in der 6. Aufl übernommen hat); zum Teil wird gefordert, auf das Erfordernis der Evidenz zu verzichten und der Beweisschwierigkeit auf der Beweisebene der positiven Kenntnis Rechnung zu tragen, s *P. Bydlinski*, Der sogenannte «Missbrauch» unbeschränkter Vertretungsmacht, in FS F. Bydlinski (2002) 19 (43 f); *Zehentmayer*, Missbrauch der organschaftlichen Vertretungsmacht (2017) 88 f; *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB[3] § 1017 Rz 76; *Baumgartner*, OGH: Objektiver «Missbrauch» der Vertretungsmacht, RdW 2019, 597 (599).

[109] *Zehentmayer*, Missbrauch 89 ff gegen *Burtscher/Spitzer*, Vertretungskonzepte juristischer Personen zwischen Privatautonomie und Verkehrsschutz, SPRW 2014, 201 (2010) (wobei sich diese womöglich nur missverständlich ausdrücken); es geht also nicht um die häufigen Fälle, in denen nicht geklärt werden kann, ob Kenntnis vorlag, sondern um die Ausnahme, wonach feststeht, dass keine Kenntnis vorlag.

[110] Die RL stellt demgegenüber darauf ab, ob der Dritte «*nach den Umständen nicht in Unkenntnis sein konnte*».

[111] Vgl *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (59).

[112] *Karollus*, ZFS 2019, 46 (Anmerkung); das Fehlen von Nachforschungsobliegenheiten betonend auch *Zollner*, PSR 2019, 124 (127 und 128); vgl auch *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht[2] § 24 Rz 25.

[113] Vgl zB (offenbar zust) OGH 3.11.2005, 01 CG.2003.209, LES 2006 357 (*«[…] ausgehend wurde in der öRspr ein Missbrauchseinwand – über die eigentliche Kollusion (arglistiges Zusammenwirken zwischen Vertreter und Dritten) hinaus – auch dann anerkannt, wenn der Missbrauch für jeden Einsichtigen evident war und sich dem Dritten geradezu aufdrängen musste, dass der Vertreter mit Schädigungsvorsatz zum Nachteil des Vertretenen handelte. Nach dieser Judikaturlinie schadet dem Dritten neben positiver Kenntnis auch die «objektive Evidenz» des Missbrauchs. Eine Nachforschungspflicht auf Seite des Dritten besteht aber nicht»*); ausnahmsweise kann eine Erkundigungspflicht bestehen (vgl StGH 1.9.2014, StGH 2014/003, GE 2015, 75).

[114] *Fleischer*, NZG 2005, 529 (534); *Lutter/Bayer/Habersack*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht[5] § 19 Rz 77 (S. 447); *Edwards*, EC Company Law 39 f.

[115] *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht[5] Rz 5/36; *Fleischer*, NZG 2005, 529 (534); *Lutter/Bayer/Habersack*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht[5] § 19 Rz 77 (S. 446); vgl *Ch. Schmid*, AG 1998, 127 (131).

[116] BuA 1998/153 S. 51.

forschungsobliegenheiten ist das «Maximum», welches die RL zulässt.[117]

Ein weiterer Vorteil dieser Auslegung ist, dass keine «gespaltene Auslegung» von Art 187a Abs 3 PGR (dazu bereits Pkt II.3.) erforderlich ist. Der historische Gesetzgeber wollte eine einheitliche Regelung für sämtliche Verbandspersonen.[118] Es gibt überdies kein praktisches Bedürfnis, die unbeschränkte Vertretungsmacht bei der Stiftung oder der Anstalt weiter einzuschränken als bei der AG oder der GmbH. Wie das Beispiel der Ultra-Vires-Doktrin zeigt, ist eine zu weitgehende Einschränkung der Vertretungsmacht letztlich ein Nachteil für diese Rechtsformen, weil sie es ihnen erschwert, mit Dritten Rechtsgeschäfte abzuschliessen.

IV. Lösung des Einstiegsfalles nach Art 187a Abs 2 PGR und Art 187a Abs 3 PGR

1. Wissenmüssen als Evidenz der Überschreitung

Der Unterschied zwischen Art 187a Abs 2 PGR und Art 187a Abs 3 PGR ist insoweit nicht allzu gross, als es bei beiden Bestimmungen darauf ankommt, dass dem Dritten die Beschränkung (Unternehmensgegenstand, Statuten) bekannt war oder nach den Umständen bekannt sein musste. Zu Art 187a Abs 3 PGR halten die Gesetzesmaterialien explizit fest, dass der Dritte bösgläubig sein muss.[119] Bereits die identische Wortwahl in Art 187a Abs 2 PGR spricht dafür, dass dies ebenso für diese Bestimmung gelten muss,[120] und genau genommen gehen sogar die Gesetzesmaterialien davon aus.[121] Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass sich Art 187a Abs 2 PGR eng an die Publizitäts-RL anlehnt. Dort entspricht es der hA, dass nicht bereits leichte Fahrlässigkeit die Bösgläubigkeit begründen kann, sondern die Überschreitung evident sein muss,[122] was nach verbreiteter Ansicht einer grob fahrlässigen Unkenntnis gleichzuhalten ist.[123] Es kann also nur darum gehen, ob Evidenz oder grobe Fahrlässigkeit gefordert wird (dazu bereits Pkt III.2.e.). Eine Ansicht, wonach bereits leichte Fahrlässigkeit ausreichen würde, wäre dagegen eindeutig richtlinienwidrig.[124] Aufgrund der starken Anlehnung von Art 187a Abs 2 PGR an die Publizitäts-RL folgt bereits aus der «gewöhnlichen» Auslegung, dass diese wie die RL ausgelegt werden soll. Für eine gespaltene Auslegung (dazu bereits Pkt II.3.) gibt es keine Anhaltspunkte: Für die Stiftung ist es sachgerecht und angesichts des Bekenntnisses in Art 187 f

[117] Aus methodischer Sicht könnte dagegen eingewendet werden, dass ganz allgemein im Rahmen der Auslegung einer Bestimmung kein Inhalt beigelegt werden soll, der ihr keinen sinnvollen Anwendungsbereich belässt (*G. Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB[4] § 6 Rz 85; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.02] § 6 Rz 11). Konkret ist dieses Argument allerdings nicht überzeugend. Im Bestreben, die RL einerseits exakt umzusetzen, aber anderseits den Spielraum auszureizen, hat der Gesetzgeber in Art 187a Abs 2 PGR die RL fast wörtlich übernommen und dann in Art 187a Abs 3 PGR versucht, die Vertretungsmacht soweit möglich einzuschränken.

[118] S BuA 1998/153 S. 51 f; auch der Umstand, dass Art 187a Abs 3 PGR in den allgemeinen Teil für Verbandspersonen aufgenommen wurde, spricht für diese Ansicht.

[119] BuA 1998/153 S. 54.

[120] Vgl bereits *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (52); ohne gegenteilige Anhaltspunkte kann man ganz allgemein davon ausgehen, dass der Gesetzgeber dasselbe meint, wenn er eine Wortfolge zweimal im selben Paragraphen verwendet (s bereits in anderem Zusammenhang *M. Walch*, NZ 2014, 351 [Anmerkung]; *ders*, Zur Unterschrift des Ausstellers auf dem Wechsel, NZ 2017, 41 [42]). Das folgt aus einer systematisch-logischen Auslegung (Incivile est nisi tota perspecta lege una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere [Celsus, D 1.3.24; in etwa: Es ist unjuristisch, ohne das Gesetz als Ganzes zu betrachten, nach irgendeinem Teil desselben zu urteilen oder ein Gutachten zu erstellen, s *M. Leitner*, Incivile est, RdW 2006, 755]; vgl dazu auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft[6] [1991] 324 ff; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre[11] [2012] 43; *G. Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB[4] § 6 Rz 78).

[121] BuA 1998/153 S. 54: «*D.h. dass es den Mitgliedstaaten möglich ist, vorzusehen, dass Verpflichtungen, die ausserhalb des Unternehmensgegenstandes [!] liegen, bösgläubigen Dritten entgegengehalten werden können. [allerdings im Zusammenhang mit Ausführungen zu Abs 3, weshalb die Aussage nur ‹obiter› getroffen wird]*».

[122] *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht[5] Rz 5/35; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht (2000) Rz 350; vgl bereits *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (52); *Stiegler* in *Nueber/Przeszlowska/Zwirchmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 62; vgl dazu auch *Edwards*, EC Company Law 36 f; ferner *Auer*, GesRZ 2000, 138, (149).

[123] *Lutter/Bayer/Habersack*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht[5] § 19 Rz 73 (S. 444); *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht[2] Rz 219; *Kalss/Klampfl* in *Dauses/Ludwigs*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. III. Gesellschaftsrecht Rz 248 = *Kalss/Klampfl*, Europäisches Gesellschaftsrecht Rz 248; vgl auch *Fleischer*, NZG 2005, 529 (534).

[124] Dies übersehend *Fischer-Zernin* (dazu bereits FN 67); nicht präzise *Kalss*, Die Bedeutung der Publizitäts-, Kapital-, Zweigniederlassungs- und Einpersonengesellschaftsrichtlinie der Europäischen Union für das Österreichische Gesellschaftsrecht (AG und GmbH), in *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht Teil 1: Gesellschaftsrecht (1994) 119 (176) (unter unrichtiger Berufung auf *Einmahl*, AG 1969, 167 [170 in FN 83]), wonach die Voraussetzungen des guten Glaubens durch den nationalen Gesetzgeber zu umschreiben sind, weil dies impliziert, dass auch leichte Fahrlässigkeit genügen könnte (vgl *Lutter/Bayer/Habersack*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht[5] § 19 Rz 73 in FN 190). Nunmehr aber klarstellend, wonach entsprechend der hA leichte Fahrlässigkeit nicht genügen kann, *Kalss/Klampfl* in *Dauses/Ludwigs*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. III. Gesellschaftsrecht Rz 249 = *Kalss/Klampfl*, Europäisches Gesellschaftsrecht Rz 249; aA womöglich *Stiegler* in *Nueber/Przeszlowska/Zwirchmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 53, wonach ausserhalb der Überschreitung des Unternehmensgegenstands der Missbrauch der Vertretungsmacht und dessen Folgen nicht von der Richtlinie erfasst sind und dessen Ausgestaltung somit allein den Mitgliedstaaten überlassen wurde. Demnach sieht er bei einer leichten Fahrlässigkeit offenbar nur dann einen Widerspruch zur Publizitäts-RL, wenn der Unternehmensgegenstand überschritten wird (aaO 62). Diese Ansicht widerspricht evident der Teleologie der Publizitäts-RL: Diese lässt eine Ausnahme für die Überschreitung des Unternehmensgegenstands zu, geht ansonsten aber von der unbeschränkten Vertretungsmacht als Regelfall aus. Gelten für die Überschreitung anderer interner Schranken nicht zumindest die Voraussetzungen der Ausnahme bei der Überschreitung des Unternehmensgegenstands, wird die ratio sowohl der Regel als auch der Ausnahme, welche die RL vorsieht, auf den Kopf gestellt.

PGR zu einem starken Schutz Dritter wertungskonsistent, Evidenz oder zumindest grobe Fahrlässigkeit zu fordern.[125] Es ist nicht ganz klar, ob dem OGH dieser strengere Prüfungsmassstab bewusst war. Er führt nämlich aus, dass dem Dritten die Überschreitung «*bekannt oder fahrlässig nicht bekannt*» sein muss und es bleibt offen, ob damit leichte Fahrlässigkeit gemeint ist.[126] Diese Ungenauigkeit könnte darauf zurückzuführen sein, dass der OGH unpräzise[127]dem Dritten (2. Stiftung vertreten durch den Stiftungsrat) ohnedies das Wissen der Stiftungsräte in ihrer Rolle als Protektoren der 1. Stiftung zurechnete und die Frage des Wissenmüssens daher aus seiner Sicht nicht entscheidungserheblich war.

2. Kein Wissenmüssen der Stiftungsräte der 2. Stiftung

Klammert man den Umstand, dass Stiftungsräte der 2. Stiftung Protektoren der 1. Stiftung waren, aus Vereinfachungsgründen zunächst aus, sind die Tatbestände von Art 187a Abs 2 PGR und Art 187 Abs 3 PGR jeweils nicht erfüllt. Es gibt soweit ersichtlich keine im Urteil wiedergegebene Tatsachenfeststellung, wonach den Stiftungsräten die Überschreitung positiv bekannt war. Demnach stellt sich die Frage, ob sie ihnen bekannt sein musste. In diesem Zusammenhang muss auseinandergehalten werden, (1.) ob rechtlich eine Überschreitung des Stiftungszwecks vorlag und (2.) ob dies für die Stiftungsräte evident war bzw ob diese grob fahrlässig handelten. Ausserdem darf man nicht dem sogenannten Hindsight Bias (Rückschaufehler) unterliegen, der «gestelzten» und wissenschaftlich belegten Version des alten Sprichworts, wonach man hinterher immer klüger ist.[128] Ob der Stiftungszweck rückblickend überschritten wurde, ist nur eine Vorfrage, der im Rahmen dieses Beitrags nicht nachgegangen wird. Für die Verneinung eines Missbrauchs der Vertretungsmacht ist letztlich entscheidend, ob die allfällige Überschreitung im Vertretungszeitpunkt[129] für die Stiftungsräte evident war bzw ihnen grobe Fahrlässigkeit vorwerfbar ist.

Der veröffentliche Sachverhalt liefert zunächst keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beteiligten bei der Ausgestaltung des Zwecks der 2. Stiftung von einem geänderten Zweck im Vergleich zur 1. Stiftung ausgingen.[130] Offenbar wurde die potentielle Unzulässigkeit der Transaktion nicht erkannt. Angesichts fehlender Judikatur und des damals neuen Stiftungsrechts könnte allenfalls leichte Fahrlässigkeit erwogen werden. Die Unzulässigkeit musste sich nicht ohne weiteres aufdrängen und das Handeln der Stiftungsorgane war nicht grob fahrlässig. Für die Vertretbarkeit – nicht unbedingt die Richtigkeit – der Rechtsansicht, wonach die Transaktion die Statuten der 1. Stiftung nicht verletzten, spricht nicht zuletzt, dass sogar das Landgericht diese Rechtsansicht vertrat.[131]

Aus dem veröffentlichten Sachverhalt geht ebenfalls nicht hervor, ob die Stiftungsräte der 2. Stiftung eine rechtliche Beratung in Anspruch nahmen. Diese wäre zwar nicht erforderlich gewesen. Art 187a Abs 2 PGR und die Publizitäts-RL sollen nämlich gerade verhindern, dass den Dritten Nachforschungsobliegenheiten treffen und er sich intensiv mit den Besonderheiten des nationalen Rechts befassen muss.[132] Umgekehrt kann aber die Einholung von Rechtsrat sogar dazu führen, dass ein entschuldbarer Rechtsirrtum vorliegt, an den ganz allgemein sehr strenge Anforderungen gestellt werden.[133] Umso mehr liegt keine Evidenz des Vollmachtsmissbrauchs bzw grobe Fahrlässigkeit vor, wenn es um das Wissenmüssen iZm einem Missbrauch der Vertretungsmacht

---

[125] Vgl auch *Zollner*, PSR 2019, 124 (deutlich in 131, unklar dagegen 128 f, wo nur die Formulierung «*den Umständen [nach] bekannt sein musste*» verwendet wird, aber immerhin auf die Geltung der österreichischen Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht verwiesen wird, bei der er grob fahrlässige Unkenntnis [128, 1. Spalte] fordert), aA offenbar *Bösch*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht 244 f (s dazu bereits Pkt III.2.d. und dort insb FN 87).

[126] flOGH 7.9.2018, 08 CG.2015.438, LES 2018, 270 (Pkt 12.18); ebenso unklar *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht² § 24 Rz 57a, der die Textpassage des OGH übernimmt und dieser offenbar zustimmt (s aber auch aaO Rz 25, wo *Gasser* in einem spezifischen Kontext fordert, dass der Dritte vom Missbrauch «wusste», aaO Rz 23a, wonach dem Dritten die Überschreitung «erkennbar» sein muss).

[127] Dazu Pkt IV.3.

[128] Vgl zum Hindsight Bias iZm der ex post Kenntnis über den tatsächlichen Geschehensablauf *Knötzl/Schacherreiter/Schopper*, Der Rückschaufehler bei der richterlichen Urteilsfindung im Schadenersatzprozess, JBl 2017, 2; der Hindsight Bias ist auch ein entscheidendes Argument für die Business Judg(e)ment Rule (Art 182 Abs 2 PGR; s *U. Torggler*, Zur Business Judgment Rule gem Art 182 Abs 2 PGR, LJZ 2009, 56 [57]).

[129] Dazu *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1017 Rz 78.

[130] In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der abweichende Stiftungszweck in den Statuten der beiden Stiftungen teilweise offenbar bloss dem Umstand geschuldet war, dass sie zu unterschiedlichen Zeitpunkten gegründet und daher verschiedene «Standardformulierungen» verwendet wurden. Für die Auslegung der Stiftungsurkunde mag dies irrelevant sein (so flOGH 7.9.2018, 08 CG.2015.438, LES 2018, 270 [Pkt.12.17]; *G. Kodek*, PSR 2019, 56 [66]). Es könnte aber ein weiteres schwaches Indiz sein, dass die abweichende Formulierung als unproblematisch angesehen wurde und sich die Unzulässigkeit nicht aufdrängen musste.

[131] Vgl LES 2018, 270 («*Die Übertragung der Vermögenswerte von der Klägerin auf die Beklagte als Nachfolgestiftung sei statuten- und zweckkonform bzw recht- und gesetzmässig und zudem wie von den betroffenen Berechtigten und Beteiligten gewünscht durchgeführt worden.*») und GE 2018, 337 («*Die Übertragung des Vermögens auf die Beklagte als reine Nachfolgestiftung habe nicht zu einer Zweckänderung und einer Verletzung von Art 10 der Statuten der Klägerin geführt.*»)

[132] Vgl dazu zB *Edwards*, EC Company Law 37, wonach gerade verhindert werden sollte, dass «*third people would feel impelled to protect their position by requiring a legal opinion that proposed transactions were intra vires*».

[133] Dazu ausführlich mit Berücksichtigung des deutschen Meinungsstandes *Schopper/M. Walch*, Beiziehung von Sachverständigen durch den Vorstand, in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand (2017) Rz 42/37 ff; sehr streng öOGH 30.8.2016, 6 Ob 198/15h. Die strenge Haltung des öOGH ist offenbar von der Befürchtung getragen, dass Gefälligkeitsgutachten eingeholt werden, um sich bei einer drohenden Haftung oder einem drohenden Gesetzesverstoss auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum berufen zu können, was allerdings nur «zwischen den Zeilen» herauszulesen ist. Diese Bedenken sind jedoch jedenfalls dann unbegründet, wenn es dem Beratenen darum geht, von mehreren zulässigen Wegen einen rechtskonformen Weg zu wählen und die Beratungsanfrage dementsprechend ergebnisoffen formuliert ist.

geht, wo die Anforderungen viel geringer als beim entschuldbaren Rechtsirrtum sind.

3. Keine Zurechnung eines Wissenmüssens der Protektoren

Damit nähert man sich dem Kern des Problems. Nach dem flOGH hätten die Protektoren wissen müssen, dass eine Überschreitung des Stiftungszwecks vorlag. Dieses Wissenmüssen sei der 2. Stiftung zuzurechnen, weil die Protektoren zugleich deren Stiftungsräte waren und Wissen zuzurechnen sei, das Stiftungsräte ausserhalb ihrer Tätigkeit als solche erlangt hätten.

Dem kann zugestimmt werden, wenn die Protektoren von der Überschreitung positiv wussten.[134] Entscheidend ist aber nicht, ob sie die Statuten kannten, sondern ob sie wussten, dass die konkrete Transaktion eine Überschreitung war.[135] Die 2. Stiftung wäre dann nicht schutzbedürftig, sodass die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts sachgerecht wäre.

Anders liegt der Fall jedoch, wenn die Protektoren lediglich von der Überschreitung wissen mussten, dh keine positive Kenntnis hatten. Entscheidend ist wiederum nicht, ob die Protektoren die Statutenbestimmung kannten, sondern ob sie wissen mussten, dass die konkrete Transaktion eine Überschreitung ist. Das hat der flOGH offenbar übersehen, wenn er von der blossen Kenntnis oder dem Kennenmüssen der Stiftungsurkunde auf ein Wissenmüssen von der Überschreitung schliesst.[136]

Fordert man für ein Wissenmüssen von der Überschreitung Evidenz oder auch nur grobe Fahrlässigkeit, ist dies – wie bei den Stiftungsräten – zu verneinen. Hierfür sprechen gute Gründe: Wissenszurechnung findet wie erwähnt beim Missbrauch der Vertretungsmacht nur statt, wenn die Überschreitung der Pflicht aus dem Innenverhältnis für den Dritten evident bzw bei nicht grob sorglosen Verhalten erkennbar war. Rechnet man das Wissenmüssen des Protektors der 1. Stiftung dem Stiftungsrat der 2. Stiftung und in der Folge der 2. Stiftung zu, muss für den Protektor derselbe Massstab wie für andere Dritte gelten, dh entweder Evidenz oder grobe Fahrlässigkeit. Eine allfällig vorliegende leichte Fahrlässigkeit des Protektors könnte lediglich bei der Frage eine Rolle spielen, ob der Protektor der 1. Stiftung gegenüber haftbar wird.

Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass nach verbreiteter Ansicht «fiktives Wissen»[137] beim Missbrauch der Vertretungsmacht unbeachtlich ist. Hatte der Dritte nachweislich keine Kenntnis vom Vertretungsmissbrauch, genügt wie erwähnt nicht einmal Evidenz.[138] Ist fiktives Wissen sogar beim «einfachen» Missbrauch der Vertretungsmacht insoweit irrelevant, muss dies erst Recht für Fälle gelten, bei denen der Missbrauch der Vertretungsmacht mit einer Wissenszurechnung kombiniert wird. Die Wissenszurechnung spielt nur insoweit eine Rolle, als es um Umstände geht, welche den Missbrauch zwar nicht bei einem Stiftungsrat der 2. Stiftung, aber bei einem Protektor der 1. Stiftung als evident erscheinen lassen. Konkret könnte man zB annehmen, dass die Kenntnis eines Protektors (der 1. Stiftung) vom Inhalt der Stiftungsurkunde der 1. Stiftung evident ist und – falls der Protektor zugleich Stiftungsrat der 2. Stiftung ist – der 2. Stiftung zugerechnet werden kann, sodass der 1. Stiftung als Klägerin diese nicht beweisen muss.[139] Eine – auch vorwerfbare – Unkenntnis von der Überschreitung der Vertretungsmacht kann jedoch nicht als fiktives Wissen zugerechnet werden.

Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht davon ausgeht, dass fiktives Wissen als Wissenmüssen der Protektoren grundsätzlich zugerechnet wird, zB weil man entgegen der hA Erkundigungs- und Nachforschungspflichten hinsichtlich der Überschreitung der Vertretungsmacht annimmt, könnte dies allenfalls der 1. Stiftung, aber nie der 2. Stiftung zugerechnet werden. Zur Begründung muss man zunächst zwei Schritte zurücktreten: Ganz allgemein gilt im Privatrecht der Grundsatz der beiderseitigen Begründung.[140] Im Rahmen der Auslegung soll begründet werden, warum der Nachteil einer Person gerade zur Begünstigung einer anderen Person führen soll und umgekehrt, weshalb eine Person einen Vorteil auf Kosten der anderen Person erhalten soll. Beim

---

[134] Eine Zurechnung des Wissens einer Person als Protektor der 1. Stiftung an die 2. Stiftung ist nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn diese Person zugleich Stiftungsrat der 2. Stiftung ist (insoweit zutr flOGH 7.9.2018, 08 CG.2015.438, LES 2018, 270 und ausführlich *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 [57]). Die Problematik findet in Österreich und Deutschland eine Parallele in Personen, die in einer Gesellschaft Aufsichtsratsmitglied und in einer anderen Gesellschaft zB Vorstandsmitglied sind. Dann stellt sich die Frage, inwieweit das als Aufsichtsratsmitglied erlangte (positive!; dazu im Text bei FN 137) Wissen der 2. Gesellschaft zugerechnet werden kann. Eine Schranke der Wissenszurechnung liegt vor, wenn das Aufsichtsratsmitglied einer Geheimhaltungspflicht unterliegt (vgl *Schopper*, Informationsweitergabe und Wissenszurechnung im Konzern, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Konzern – Einheit oder Vielfalt [2019] 101 [123]; BGH 26.4.2016, XI ZR 108/15, NJW 2016, 2569; konkret für den Protektor *Motal/Nicolussi*, aaO). Im Einstiegsfall bestand aber wohl keine Geheimhaltungspflicht.

[135] Vgl treffend OGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v (Pkt 4.5): «*Die blosse Kenntnis der Stiftungsurkunde und damit der abstrakten Anforderungen für die Beschlussfassung im Innenverhältnis sagt ja über das Fehlen eines entsprechenden Vorstandsbeschlusses im konkreten Einzelfall nichts aus.*»; vgl auch *Baumgartner*, RdW 2019, 597 (598); dies folgt auch aus dem Gesetzeswortlaut von Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR, der nicht auf die Kenntnis vom Unternehmensgegenstand abstellt, sondern auf die Kenntnis von dessen Überschreiten.

[136] flOGH 7.9.2018, 08 CG.2015.438, LES 2018, 270 (Pkt 12.18.); offenbar auch *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (67); diesem Missverständnis unterliegen ebenso *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (57). Das Missverständnis erklärt wohl auch, warum sie den Einstiegsfall (Pkt I) als «*eindeutig*» qualifizieren. Wie eingangs erwähnt (Pkt I), kann dem Beitrag von *Motal/Nicolussi* über weite Strecken im Wesentlichen zugestimmt werden. Jedoch weist er gerade in diesem für die Entscheidung wesentlichen Punkt eine Schwäche auf.

[137] Wissen, über das eine Person nicht verfügt, aber bei entsprechender Aufmerksamkeit verfügen müsste.

[138] Pkt III.2.e. (bei und in FN 109).

[139] Vgl bei und in FN 108.

[140] *F. Bydlinski,* Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004) 309 (341 ff); *ders*, System und Prinzipien des Privatrechts 93 f; zust zB *Koziol*, Gedanken zum privatrechtlichen System des Rechtsgüterschutzes, in FS Canaris I (2007) 631 (659 f); *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[6] (2019) 13; *M. Walch*, Änderungsrecht und Tod des Stifters, PSR 2014, 119 (127).

Wissenmüssen wird einer Person Wissen zugerechnet, über das sie überhaupt nicht verfügt (fiktives Wissen). Dieses Element beruht wie erwähnt ua auf der Überlegung, dass sich innere Tatsachen (positive Kenntnis) schwer beweisen lassen.[141] Das Argument allein reicht jedoch als Begründung nicht aus, sofern fiktives Wissen als Wissenmüssen (mE unzutreffenderweise) selbst dann zugerechnet wird, wenn eindeutig feststeht, dass die Person nicht über das Wissen verfügte. Eine Zurechnung wäre jedenfalls nur gerechtfertigt, falls die Unkenntnis vorwerfbar ist und es unbillig wäre, wenn die Person einen Rechtsvorteil aus dieser Unkenntnis ziehen würde.[142] Unterstellt man im vorliegenden Fall die Zweckwidrigkeit und ein Wissenmüssen der Protektoren von dieser, haben sie eine Pflicht verletzt, welche sie der 1. Stiftung schuldeten. Würde man dieses Wissenmüssen über den Umweg der Stiftungsräte der 2. Stiftung ebendieser zurechnen, führte das zum Ergebnis, dass die 1. Stiftung vom Pflichtverstoss ihres eigenen Organs (Protektor) profitierte. Damit wären nicht nur die eine Zurechnung (fiktiven) Wissens tragenden Wertungen auf den Kopf gestellt. Das Ergebnis würde ausserdem gegen Grundsatz der beiderseitigen Begründung verstossen. Die 1. Stiftung muss die Nachteile, welche aus einem Pflichtverstoss ihres eigenen Organs (dh ihrem eigenen Protektor) resultieren, selbst tragen.

4. Fazit

Sowohl dem flOGH als auch dem erwähnten Schrifttum, das sich seiner Ansicht weitgehend anschliesst, ist teilweise zuzustimmen, insbesondere hinsichtlich der grundsätzlichen Anwendbarkeit von Art 187 f PGR auf die Stiftung. Der wichtigste Kritikpunkt besteht jedoch darin, dass vorschnell ein Wissenmüssen der Protektoren der 1. Stiftung angenommen und dies dann der 2. Stiftung zugerechnet wurde.

Geht man entgegen der hier vertretenen Ansicht davon aus, dass bereits die Kenntnis einer statutenmässigen Beschränkung (des Unternehmensgegenstands) – nicht deren konkretes Überschreiten – zur Unwirksamkeit des Vertretungsakts führt, widerspricht dies der Publizitäts-RL oder steht zumindest in einem deutlichen Spannungsverhältnis zu dieser. Dies gilt auch für die hier kritisierte Ansicht, wonach das Wissenmüssen eines Organwalters der Gesellschaft (der Stiftung) ohne weiteres dem Dritten zugerechnet wird, sofern der Organwalter zugleich auch Organwalter des Dritten ist. Demnach müsste es entweder zu einer gespaltenen Auslegung kommen (vgl dazu Pkt II.3.), wonach die Rechtsansicht nur für jene Fälle gilt, die nicht unter den Anwendungsbereich der Publizitäts-RL fallen. Damit würden unnötige Wertungswidersprüche aufgeworfen werden, die vom Gesetzgeber gerade nicht gewollt sind, weil er in Art 187 f PGR eine einheitliche Regelung schaffen wollte. Alternativ könnte die Frage dem EFTA-Gerichtshof nach Art 34 ÜGA[143] vorgelegt werden.[144] Die Vorlage würde mE nicht daran scheitern, dass die Vertretungsmacht des Stiftungsrats nur einen überschiessend umgesetzten Teil der Publizitäts-RL betrifft.[145]

V. Zusammenfassung in Thesen

- Art 187 und Art 187a sind auf die Stiftung anwendbar. Sie werden für alle Verbandspersonen einheitlich ausgelegt, dh es kommt zu keiner gespaltenen Auslegung.
- Die hA, wonach Art 187a Abs 2 PGR für die Stiftung modifiziert insoweit gilt, als nicht auf Überschreitungen des Unternehmensgegenstands, sondern auf Überschreitungen des Stiftungszwecks abgestellt wird, ist kritisch zu hinterfragen. Im Ergebnis wirkt sich dies aber nicht aus, weil ohnehin Art 187a Abs 3 PGR greift.
- Art 187a Abs 3 PGR ist eine spezifische Regelung des Missbrauchs der Vertretungsmacht. Die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht sind zur Auslegung von Art 187a Abs 3 PGR heranzuziehen. Dies ist EWR-rechtlich zulässig.
- Einen Dritten, der mit einer Stiftung kontrahiert, treffen keine Nachforschungsobliegenheiten hinsichtlich Beschränkungen des Stiftungsrats im Innenverhältnis. Lediglich bei positiver Kenntnis oder Evidenz – nach anderer Ansicht auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis – der Überschreitung einer Beschränkung ist der Dritte nicht schutzbedürftig.
- Die blosse Kenntnis einer die Befugnisse des Stiftungsrats einschränkenden Statutenbestimmung bedeutet nicht zwingend, dass dem Dritten auch der Verstoss des Stiftungsrats gegen Beschränkungen bekannt sein musste.
- Die Zurechnung fiktiven Wissens beruht auf der Überlegung, dass die Verbandsperson, der das Wissen zugerechnet wird, nicht schutzwürdig ist. Sofern eine Person zugleich Organmitglied der Stiftung als auch des Dritten ist, kann das Wissen*müssen* dieser Person in ihrer Funktion als Organwalter der Stiftung nicht dem Dritten zugerechnet werden. Beim Missbrauch der Vertretungsmacht spielt dies jedoch keine Rolle, weil fiktives Wissen ohnehin nie zugerechnet wird.

---

[141] OGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v (Pkt 4.4).

[142] Vgl dazu *Buck*, Wissen und juristische Person (2001) 31 ff insb 37; vgl auch (knapp) *Grigoleit*, Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung, ZHR 181 (2017) 160 (insb 180).

[143] Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofes (LGBl 1995/72).

[144] Zu den Voraussetzungen s StGH 7.4.2014, 2013/172, LES 2014, 148; traditionell wird davon ausgegangen, dass keine Vorlagepflicht besteht (dazu *Baudenbacher*, Das Vorabentscheidungsverfahren im EFTA-Pfeiler des EWR, in FS Delle-Karth [2013] 1; vgl aber nunmehr StGH, aaO); der OGH war bei der Einleitung von Vorabentscheidungsverfahren lange zurückhaltend (krit *Baudenbacher*, aaO), hat jedoch in jüngerer Zeit durchaus Vorlagebeschlüsse gefasst (OGH 10.4.2015, 08 CG.2012.111, GE 2017, 35; OGH 3.6.2015, 09 CG.2012.97, GE 2016, 59).

[145] Siehe zum EuGH-Vorabentscheidungsverfahren, wobei sich die Argumente grosso modo übertragen lassen, EuGH 28.10.2010, C-203/09 – *Volvo Car*; vgl ausführlich *G. Kohlegger* in *Fasching/Konecny*[3] II/3 Anhang zu § 190 ZPO Rz 72 ff; zurückhaltend, aber mE nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar VGH 9.2.2018, 2017/119, GE 2018, 80; der EFTA-Gerichtshof hat zu der Frage soweit ersichtlich noch nicht explizit Stellung bezogen, deutet aber eine aufgeschlossene Haltung an (s jüngst EFTA-Gerichtshof 4.2.2020, E-5/19 – F and G Rz 80 f).

Rechtsprechungsübersicht

Aktuelle Rechtsprechung des OGH und des OG*/**

(weitere aktuelle Entscheidungen ausführlich im LES-Teil in diesem Heft)

OGH 07.02.2020, 09 KG.2019.23 (§ 34 Abs 1 Ziff 17 StGB; Geständnis als Milderungsgrund)
Ein (Teil)Geständnis ist nach § 34 Abs 1 Ziff 17 StGB nur dann mildernd, wenn es entweder reumütig ist oder wesentlich zur Wahrheitsfindung beiträgt. (Rechtssatz des OGH)

Die Annahme des Milderungsgrundes des reumütigen Geständnisses schliesst den wesentlichen Beitrag zur Wahrheitsfindung bereits ein. Das grundsätzlich mögliche kumulative Zusammentreffen beider Varianten des § 34 Abs 1 Ziff 17 StGB setzt voraus, dass der Angeklagte durch seine Aussage über das als mildernd zu wertende Geständnis hinaus beispielsweise durch Preisgabe von Mittätern wesentlich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat. (Rechtssatz des OGH)

Eine Kooperation des Angeklagten mit den Strafverfolgungsbehörden stellt neben dem reumütigen Geständnis keinen eigenen besonderen Milderungsgrund dar. Als allfälliger Beitrag zur Wahrheitsfindung im Sinne des § 34 Abs 1 Ziff 17 StGB wäre eine solche Kooperation nur dann zu berücksichtigen, wenn dadurch die Beweiswürdigung massgeblich erleichtert wird. (Rechtssatz des OGH)

OGH 07.02.2020, 08 CG.2016.26 (§ 465 Abs 1 ZPO; § 468 Abs 2 ZPO § 472 Ziff 4 ZPO; Bindung des OG an seine in einem Aufhebungsbeschluss geäusserte Rechtsansicht)
Aus Gründen der Rechtssicherheit ist auch das Berufungsgericht an seine, in einem Aufhebungsbeschluss enthaltene, Rechtsansicht gebunden.

Ein Verstoss des Berufungsgerichts dagegen kann aber, wenn das neue Urteil richtig ist, keinen Revisionsgrund bilden. Die Bindungsvorschrift des § 468 Abs 2 ZPO (= § 499 Abs 2 öZPO) besteht nämlich nur in Bezug auf die rechtliche Beurteilung. Diese steht aber letztlich dem OGH zu, sodass es gleichgültig ist, ob das Berufungsgericht von seiner ursprünglichen Rechtsansicht abgegangen ist, wenn nur die Rechtsansicht in der zweiten Entscheidung die richtige ist.

Eine Verletzung der Bindungsvorschrift des § 468 Abs 2 ZPO durch die Tatsacheninstanzen kann im Revisionsverfahren nur dann mit Erfolg gerügt werden, wenn dadurch eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Sache verhindert wurde, insbesondere die Erörterung der dem OGH erheblich scheinenden Tatsachen unterblieben ist.

OGH 06.12.2019, 05 CG.2017.464 (§§ 785, 787, 788, 789, 794 ABGB; Anrechnung von Vorempfängen auf den Schenkungspflichtteil)
Der den Nachlasspflichtteil übersteigende Vorempfang ist nicht auf den Schenkungspflichtteil anzurechnen. (Rechtssatz des OGH)

Einen Vorempfang hat derjenige zu beweisen, der ihn geltend macht, insbesondere also der durch den Pflichtteil belastete Erbe.

OGH 06.12.2019, 01 KG.2019.14 (§ 32 StGB; § 34 Abs 1 Ziff 10 StGB; Strafzumessung durch die Rechtsmittelgerichte)
Das Rechtsmittelgericht kann von den Untergerichten übergangene Strafzumessungsaspekte nicht nur auf der mildernden, sondern auch auf der erschwerenden Seite berücksichtigen. (Rechtssatz des OGH)

Ein reumütiges Geständnis und eine zur Wahrheitsfindung wesentlich beitragende Aussage können kumulativ zusammentreffen und damit diesen Milderungsgrund verstärken. (Rechtssatz des OGH)

Das blosse Anerkennen der Ansprüche von Privatbeteiligten ist nicht mildernd. (Rechtssatz des OGH)

Der Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 10 StGB ist dann nicht anzunehmen, wenn der Täter nicht den geringsten Ansatz erkennen lässt, einen rechtstreuen Lebenswandel führen zu wollen. (Rechtssatz des OGH)

---

* Sämtliche Angaben in dieser Rubrik erfolgen trotz möglichst sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung des Autors, des Herausgebers oder des Verlegers aus dem Inhalt dieser Rechtsprechungsübersicht ist ausgeschlossen. Die Lektüre der Rechtsprechungsübersicht kann die Lektüre der gesamten Entscheidung niemals ersetzen, da sich der Sinn und die Bedeutung der leitsatzartig wiedergegebenen Rechtssätze nur im Zusammenhang mit dem zugrunde liegenden Sachverhalt und der umfassenden (rechtlichen) Begründung des OGH bzw des OG vollumfänglich erschliessen lassen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein letztinstanzliche rechtskräftige Entscheidungen der ordentlichen Gerichte über Individualbeschwerde eines Verfahrensbeteiligten nachträglich wegen Verletzung seiner verfassungsmässig oder durch internationale Übereinkommen, insbesondere die EMRK, gewährleisteten bzw. garantierten Rechte kassieren kann. Die Rechtsprechungsübersicht erhebt im Übrigen keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

** Redigiert von lic. iur. Uwe Öhri, LL.M.

Mitteilungen

Der Gerichtsmediziner im Strafverfahren – Vortrag vom 14.11.2019

Im November 2019 hat die Vereinigung Liechtensteinischer Strafverteidiger (VLS) zu einem spannenden und überaus interessanten Vortrag von Univ. Prof. Dr. med. **Walter Rabl**, dem Institutsleiter für Gerichtliche Medizin an der Medizinischen Universität Innsbruck und Präsidenten der Österreichischen Gesellschaft für Gerichtliche Medizin, nach Vaduz geladen. Der Präsident der VLS, MMag. Dr. **Franz Josef Giesinger**, konnte zahlreiche Gäste aus dem Kreis der Vereinsmitglieder, aber auch der Staatsanwaltschaft und einen Richter des Fürstlichen Obergerichts zur Veranstaltung ebenso begrüssen wie den prominenten Vortragenden. «Der Gerichtsmediziner im Strafprozess» war das Vortragsthema von Univ. Prof. Dr. **Walter Rabl**. Spannend wie ein Krimi hat er seine Tätigkeit an der Schnittstelle zwischen Medizin und Recht präsentiert. Anhand von vielen praktischen Beispielen hat Univ. Prof. Dr. **Rabl** die weiten Aufgabengebiete und Arbeitsbereiche seines Fachs erläutert. So ist die Gerichtsmedizin nicht nur für die medizinische Universität und die Ärzteschaft, sondern auch für die Exekutive und vor allem auch die Justiz in vielfältiger Weise tätig. Entgegen dem von Fernsehserien wie CSI geprägten Berufsbild des Gerichtsmediziners ist dieser weniger im Bereich der Obduktion tätig als vielmehr in der Molekularbiologie, der Toxikologie und der klinischen Gerichtsmedizin. Der Vortragende hat die verschiedensten Arbeitstechniken wie z.B. die forensische Radiologie, DNA-Analyse, Spurenmusteranalyse, mikroskopische Untersuchung, forensische Toxikologie, Abwasseranalytik und vieles mehr vermittelt und damit dem Zuhörer eindrücklich die Möglichkeiten der modernen Gerichtsmedizin im Bereich des Strafverfahrens näher gebracht. Aber auch in das Gebiet der gerichtlichen Gutachtenstätigkeit hat der beinahe in allen gravierenden Strafverfahren in Westösterreich tätige Sachverständige einen imposanten Einblick geboten. Im Anschluss an den lehrreichen Vortrag hat sich für die Anwesenden die Möglichkeit eines wertvollen Gedankenaustauschs sowohl mit dem vortragenden Univ. Prof. Dr. **Rabl** als auch unter den in Strafsachen Tätigen geboten.

Robert Schneider
Vizepräsident der Vereinigung Liechtensteinischer Strafverteidiger

Fachliteratur

Georg Grünstäudl, Richterauswahl und Richterausbildung im Systemvergleich, ISBN 978-3-7272-1029-7 (Stämpfli/ Nomos/Verlag Österreich 2018), 539 Seiten

Vorbemerkung: Der Untertitel der obigen Dissertation («Österreich, Deutschland und die Schweiz seit 1945») weist bereits darauf hin, dass es sich dabei um ein sowohl rechtshistorisches als auch rechtsvergleichendes Werk handelt. Um den Rahmen dieser Buchbesprechung nicht zu sprengen, beschränkt sich diese jedoch auf die Gegenwart. Zudem bleibt hier Deutschland (mit dem Ausbildungsmodell des «Einheitsjuristen», dem sog. Rechtsreferendariat und der Einstellung als «Richter auf Probe») ausgeklammert, zumal die liechtensteinische Justiz zur Bundesrepublik wesentlich weniger Berührungspunkte aufweist als zu ihren beiden Nachbarländern. Nach einer methodischen Einführung des Autors *Georg Grünstäudl* werden die einzelnen Länderuntersuchungen jeweils grob in rechtlichen Rahmen und Rechtstatsachen gegliedert, wobei die trinationalen Interviews mit Richterpersönlichkeiten[1] im Anhang der Materie Leben einhauchen.

Zur Schweiz: «Parteienproporz»[2] assoziiert man gemeinhin nicht mit richterlicher Unabhängigkeit, ist aber in der eidgenössischen Justiz immer noch gelebte Tradition bei der Rekrutierung der Richterschaft. Da trotz mittlerweile einheitlicher ZPO und StPO die Gerichtsorganisation in der Schweiz immer noch föderalistisch geprägt ist, wird hier der Fokus auf den Kanton Zürich (ZH) gelegt. Dort werden – jeweils befristet, aber erneuerbar – die erstinstanzlichen Bezirksrichter durch das Volk gewählt (häufig in sog. stiller Wahl) und die zweitinstanzlichen Oberrichterinnen durch das Parlament ernannt, wobei dem in der Regel parteiinterne Nominationsverfahren vorausgehen. Die typische Justizlaufbahn führt im Sinne eines «training on the job» über ein Gerichtspraktikum (in ZH: sog. Auditorat) bei Bewährung zum Gerichtsschreiber in erster und zweiter Instanz (mit beratender Stimme und v.a. redigierender Aufgabe), um dann – vorzugsweise nach Ablegung der Anwaltsprüfung (Anm.: Quereinsteiger aus der Advokatur bilden dagegen eine kleine Minderheit) – zunächst als nebenamtlicher und allenfalls vollamtlicher Ersatzrichter forensische Erfahrungen zu sammeln, ehe schliesslich eine Portierung als hauptamtlicher Bezirksrichter durch eine politische Partei winkt. Allerdings hat jedenfalls in der urbanen Schweiz im neuen Jahrtausend eine Professionalisierung (Anm.: das Laienrichtertum wurde in ZH 2016 an der Urne abgeschafft) sowie Standardisierung der justizinternen Aus- und Weiterbildung (in ZH: «AUDJS» und sog. «Richterportfolio»[3]) stattgefunden.

Zu Österreich: Im Gegensatz zur Eidgenossenschaft kennt die andere Alpenrepublik einen formalisierten richterlichen Vorbereitungsdienst als Richteramtsanwärterin («RiAA») mit diversen verpflichtenden (aber auch fakultativen) Ausbildungsstationen, an deren Ende die (schriftliche und mündliche) Richteramtsprüfung steht. Eine Spezialität der österreichischen Richterauslese stellt der sog. Psycho-Test dar, der als Folge der Verwicklung von Richtern in Straffälle Mitte der 1980er-Jahre eingeführt worden war. Ein weiterer wesentlicher Unterschied zur Schweiz besteht darin, dass in Österreich die Ernennung durch die Exekutive erfolgt, und zwar – innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit – durch das Justizministerium auf (Reihungs-)Vorschlag des jeweiligen OLG-Präsidenten.

Fazit: *Grünstäudl* kommt in seiner – hier auch erfahrenen KollegInnen zur Lektüre empfohlenen – Dissertation zum Schluss, dass in den untersuchten Ländern in den letzten Jahrzehnten eine «enorme» Professionalisierung der Richterauslese stattgefunden hat. Zudem rücke die Personalentwicklung des Richternachwuchses ins Zentrum, wobei vor allem in Österreich eine verstärkte «Verklammerung» zwischen Auswahl und Ausbildung konstatiert wird (stichwortartig: «Bestenauslese» dank Gerichtspraxis, aber dann «plötzlich Richter»). Allerdings ortet der Autor auch im Kanton Zürich eine Richterlaufbahn ähnlich dem österreichischen Modell. Ausserdem hat wohl auch die 2007 in Luzern als privatrechtlicher Verein gegründete Richterakademie zur Qualitätssteigerung der schweizerischen Justiz beigetragen, obschon deren Absolvierung keine Voraussetzung für eine Richterkarriere bildet. Versuche, die Richterauswahl zu entpolitisieren, sind jedoch bis anhin sowohl auf Bundes- als auch kantonaler Ebene gescheitert[4].

Anmerkung

Da zumindest die hiesige Leserschaft mit den Besonderheiten der liechtensteinischen Justiz, die im internationalen Vergleich durch die Rekrutierung auch von ausländischen (konkret: österreichischen und schweizerischen)

---

[1] Darin inkludiert ist selbstverständlich auch das weibliche Geschlecht, wenngleich dieses in der Schweiz auch nach der späten Einführung des Frauenstimmrechts anfangs der 1970er-Jahre lange mit massiven Vorurteilen zu kämpfen hatte. Zu letzterem siehe Grünstäudl aaO Rz 539.

[2] Persönliche Anm.: Der faktische Parteizwang hatte seinerzeit den Rezensenten dazu bewogen, die begonnene Richterkarriere in Zürich abzubrechen, um schliesslich in die liechtensteinische Justiz zu wechseln.

[3] Näheres dazu bei Nora Lichti Aschwanden, Richterauswahl, Aus- und Weiterbildung im Kanton Zürich, in «Justice – Justiz – Giustizia» 2019/2.

[4] Aus diesem Grund ist in der Schweiz zwischenzeitlich die sog. Justiz-Initiative lanciert worden, wonach Bundesrichterinnen und Bundesrichter künftig – nach vorgängiger Zulassung durch eine Fachkommission – im Losverfahren bestimmt werden und die so Ernannten bis zur Pensionierung im Amt bleiben sollen. Ob das Zufallsprinzip bei der Bestellung von HöchstrichterInnen der richtige Weg ist, darüber wird das Schweizer Stimmvolk zu befinden haben.

Richtern auffällt[5], vertraut sein dürfte, wird hier von einer weiteren Gegenüberstellung abgesehen. Stattdessen kann dazu auf den fundierten Beitrag von *Vera Hasler* verwiesen werden, den diese zu den Themen richterlicher Vorbereitungsdienst und Richterbestellung für die schweizerische (Online-)Richterzeitung verfasst hat[6].

Jürgen Nagel

Christian Piska/Oliver Völkel, Blockchain rules, 1. Auflage, 2019, Verlag Manz, ISBN 978-3-214-02473-4, 406 Seiten, Hardcover

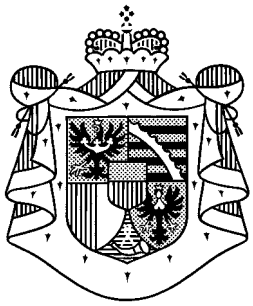
Blockchain in aller Munde – gerade rechtzeitig zum Inkraftreten des liechtensteinischen Token- und VT-Dienstleister-Gesetzes (TVTG), wenn dies auch ein Zufall gewesen sein mag, ist in der Handbuch-Reihe des Manz-Verlags das vorliegende Werk erschienen, das sich zwar in erster Linie an den österreichischen Rechtsanwender richtet, aufgrund der bekannten Nähe der beiden Rechtsräume jedoch in vielen Bereichen auch für Liechtenstein von Bedeutung ist. So werden nach allgemeinen Darlegungen und Erklärungen die öffentlich-rechtlichen Grundlagen dargestellt und wird eine privatrechtliche Einordnung vorgenommen. Auch die Ausführungen zum Aufsichtsrecht und zur (Verhinderung der) Geldwäscherei sind für den hiesigen Rechtsbereich aufgrund der EWR-Mitgliedschaft des Fürstentums von Relevanz.

Zwei Kapitel beschäftigen sich direkt mit dem liechtensteinischen Recht: Alt-Regierungschef RA *Mario Frick* (gemeinsam mit zwei Mitarbeitern der Bank Frick, *Mauro Casellini* und *Timo Rietzler*) und RA *Thomas Nägele* (gemeinsam mit dem bei ihm tätigen *Nicolas Xander*) nehmen unter den Titeln «Liechtensteinisches Blockchain-Gesetz» bzw. «ICOs und STOs im liechtensteinischen Recht» ua zu Bestimmungen des – zum Zeitpunkt des Verfassens der jeweiligen Beiträge – noch nicht in Kraft befindlichen TVTG Stellung, was somit die erste Kommentierung dieses neuen Gesetzes darstellt. Schon aus diesem Grund dem Rechtsanwender zu empfehlen, zumal wir uns dieser (neuen) Technologie alle nicht entziehen werden können.

Wilhelm Ungerank

[5] Zur Beteiligung Österreichs an der Justizpflege des Fürstentums Liechtenstein siehe Alfons Dür in: 90 Jahre Fürstlicher Oberster Gerichtshof (FS Delle Karth 2013), 127 ff.

[6] Vera Hasler, Liechtenstein – ein Land (auch) mit fremden Richtern, in «Justice – Justiz – Giustizia» 2019/2.



LIECHTENSTEINISCHE
ENTSCHEIDUNGSSAMMLUNG
(LES)

Amtliche Sammlung von Entscheidungen liechtensteinischer Gerichte und Verwaltungsbehörden

Heft 1 | März 2020 | 41. Jahrgang

Inhaltsübersicht

Staatsgerichtshof 1

Verwaltungsgerichtshof 15

Fürstlicher Oberster Gerichtshof..... 20

Fürstliches Obergericht 45

Die Liechtensteinische Entscheidungssammlung (LES) stellt die Fortsetzung der von der Fürstlichen Regierung bis zum 31. 12. 1977 herausgegebenen amtlichen Entscheidungssammlung «Entscheidungen der Liechtensteinischen Gerichtshöfe» dar. Die Publikation wird seit Oktober 1980 von der Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR) über Auftrag der Fürstlichen Regierung besorgt. Die Entscheidungen des Fürstlichen Obersten Gerichtshofes und des Fürstlichen Obergerichtes werden inklusive der Leitsätze von Jürgen Nagel, Wilhelm Ungerank und Uwe Öhri redigiert, die Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes von Andreas Batliner. Die Entscheidungen des Staatsgerichtshofes werden der Redaktion, sofern nicht explizit ein anderer Bearbeiter angegeben wird, von der Staatsgerichtshofkanzlei zur Verfügung gestellt. Die von der Staatsgerichtshofkanzlei eingesandten Entscheidungen werden inklusive der Leitsätze vom jeweiligen Berichterstatter des Staatsgerichtshofes redigiert. Die Schriftleitung

STAATSGERICHTSHOF

Staatsgerichtshof
U 03.09.2019, StGH 2019/008

Art 31 LV
Art 552 § 6 PGR

Zwecks Klärung der Frage, ob jeweils eine Begünstigungsberechtigung oder eine Ermessensbegünstigung vorliegt, ist eine Auslegung der massgeblichen Bestimmungen der Stiftungsdokumente («Gesamtschau») vorzunehmen. Es ist insoweit weder gleichheitswidrig noch willkürlich, unter Auslegung der massgeblichen Bestimmungen der Stiftungsdokumente eine Begünstigungsberechtigung gemäss Art 552 § 6 PGR anzunehmen, wenn die Statuten und das Reglement keinerlei Bestimmungen über ein Ermessen des Stiftungsrates im Hinblick auf Ausschüttungen enthalten, wenn keine Zweckbestimmung der Stiftung vorliegt, die auf eine fortlaufende Ausschüttung von Vermögen und damit auf eine Ermessensbegünstigung schliessen lässt, und wenn in Statuten und Beistatuten enthalten ist, dass den Begünstigten das Vermögen der Stiftung zusteht und dass sie über dieses Vermögen frei verfügen könnten.

Sachverhalt

Bei der Bf handelt es sich um eine Familienstiftung, die am 05.11.1985 beim damaligen Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramt […] hinterlegt wurde. […] Der wirtschaftliche Stifter A verstarb am 24.12.1989. Die nächstbegünstigte B (Ehegattin des A), sowie auch die gemeinsame Tochter und wiederum Nächstbegünstigte C verstarben ebenfalls. Die Bg sind die fünf Kinder von C, die wiederum Nachfolgebegünstigte sind. Im Jahre 2016 schüttete die Bf in drei Tranchen an jeden einzelnen der der Bg insgesamt je CHF 30.000.00 aus. Mit E-Mail vom 03.11.2016 beantragten die Bg eine weitere Ausschüttung von je CHF 10.000.00, die vom Stiftungsrat der Bf nicht mehr beschlossen wurde. Der Stiftungsrat verlangte vom Vertreter der Bg eine kurze Erläuterung der wirtschaftlichen Lebensumstände der Bg und Auskunft, für welchen Zweck die beantragte Ausschüttung benötigt werde.

Die Bg begehrten nunmehr mit ihrer Klage, die Bf zur Zahlung von je CHF 10.000.00 an die Bg zu verurteilen. Sie bringen zusammengefasst vor, dass sie einen klagbaren Anspruch auf Auszahlung hätten. Dem Stiftungsrat stünde keinerlei Ermessen zu. Nach den Beistatuten seien die Bg auf das gesamte Stiftungsvermögen sowie dessen Erträge begünstigungsberechtigt. Es sei jedes Ermessen des Stiftungsrates hinsichtlich der Höhe des Bezugs und auch hinsichtlich des Zeitpunkts der Ausschüttung ausgeschlossen, da die Bg jederzeit (nach dem Tod von A) über das Stiftungsvermögen und dessen Ertrag frei verfügen könnten. Es stehe also jedem Kind grundsätzlich eine Quote in Höhe von einem Fünftel des Stiftungsvermögens einschliesslich des Ertrages zu. Nur bis zum 21. Lebensjahr der Bg hätte der Stiftungsrat Beschränkungen im Hinblick auf den Zweck der Ausschüttung gehabt.

Das LG wies mit U vom 23. März 2018 die Klage ab.

Mit U vom 23. August 2018 gab das OG der Berufung der Bg Folge und änderte das Urteil des LG im Sinne einer vollständigen Klagsstattgebung ab.

Gegen dieses Berufungsurteil erhob die Bf Revision an den OGH. […]

Mit U vom 11. Dezember 2018 gab der OGH der Revision der Bf keine Folge und verpflichtete sie, den Bg die mit CHF 2.579.10 bestimmten Prozesskosten zu ersetzen. Der OGH entschied zusammengefasst wie folgt:

In diesem Rechtsstreit gehe es einzig darum, ob die Bg Begünstigungsberechtigte der Bf seien, also einen Rechtsanspruch auf Aufschüttung in bestimmter Höhe zu einem bestimmten Zeitpunkt hätten oder Ermessensbegünstigte, das heisse, dass sie keinen solchen Rechtsanspruch hätten, sondern der Stiftungsrat vor allem nach den durch den Zweck der Stiftung vorgegebenen Kriterien nach seinem Ermessen Ausschüttungen durchzuführen habe und ein allfälliger Rechtsanspruch erst nach Beschlussfassung durch den Stiftungsrat entstünde. Festzuhalten sei in diesem Zusammenhang auch, dass nunmehr die von den Untergerichten zitierten Stiftungsbeteiligungen in Art 552 § 6 Abs 1 PGR (Begünstigungsberechtigung) und Art 552 § 7 Abs 1 PGR (Ermessungsbegünstigung) definiert seien. Die nunmehrigen Definitionen der verschiedenen Arten der Berechtigungen auf Begünstigungen aus einer Stiftung würden mit der von der Rechtsprechung zur alten Rechtslage entwickelten Definition zu Art 932a § 78 PGR (TruG), das aufgrund der Verweisungsnorm des Art 552 Abs 4 PGR alt anzuwenden gewesen sei, übereinstimmen (LES 2008, 354; 2004, 67). […] Der Zweck der Stiftung gebe den Organen dieser Stiftung die Richtlinien vor, nach denen das Vermögen der Stiftung zu verwenden sei, also Ausschüttungen an die Stiftungsbegünstigten vorzunehmen seien. Die Beurteilung des Zweckes der Stiftung sei somit dann, wenn sich nicht klare Vorgaben aus den Statuten oder allfälligen Stiftungszusatzdokumenten für eine Ermessensbegünstigung oder eine Begünstigungsberechtigung ergeben, ein ganz wesentliches Kriterium. Betrachte man die Bf mit ihren Statuten, so falle auf, dass diese überhaupt keine Zweckbestimmung enthielten. Die Floskel, «die Stiftung bezweckt die Verwaltung des Stiftungsvermögens sowie die Ausrichtung von Zuwendungen an Dritte und/oder Familienmitglieder des Stifters, die in einem Reglement (Beistatut) bezeichnet werden», sage überhaupt nichts aus, da die Verwaltung des Stiftungsvermögens kein nach aussen gerichteter Stiftungszweck sei und die Zuwendung an Dritte und/oder Familienmitglieder überhaupt Zuwendungen an jede Person dieser Erde beinhalte. Darüber hinaus werde die Bestimmung der Begünstigten einem Reglement überlassen, das durch den Stiftungsrat zu erlassen sei. Weiters würden sich auch aus dem Reglement, das eben vom Stiftungsrat erlassen worden sei, keinerlei Hinweise auf einen Zweck dieser Stiftung ergeben. Es würden nur die Begünstigten definiert und gewisse Beschränkungen für den Vermögensbezug aus

der Stiftung normiert. Eine gleichartige statutarisch ausgestaltete Stiftung sei mit Entscheidung des OGH vom 17.07.2003, 1 CG.2002.262 als nicht existent (nicht parteifähig) betrachtet worden. Der StGH habe zwar in seiner Entscheidung vom 18.11.2003, StGH 2003/65, den Beschluss des OGH aufgehoben, aber in der Begründung die Rechtsansicht hinsichtlich eines fehlenden Zweckes bei einer derartigen Ausgestaltung der Statuten bestätigt. Nur aufgrund des Vertrauensprinzips (Amtsbestätigung des Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramtes usw.) sei die Existenz der Stiftung angenommen worden (Jus & News 2003, 281). Die Frage der Passivlegitimation der Bf sei hier nicht releviert worden und es wäre auch aufgrund der zitierten StGH-Entscheidung nicht zielführend. Für die Interpretation der Stiftungsdokumente im Hinblick auf die Art der Begünstigung der Bg sei dieses Fehlen eines jeden Zweckes der Stiftung aber für die Beurteilung wesentlich.

Das Kriterium, das für die Begünstigungsberechtigung entscheidend sei, nämlich, dass die Zuwendung sowohl der Zeit als auch der Höhe nach bestimmt bzw bestimmbar sein müsse, sei im gegenständlichen Fall erfüllt. Nicht nur ein bestimmter Termin (Fälligkeit) und eine bestimmte Höhe in den Stiftungsdokumenten würden dieses Kriterium erfüllen, sondern die Zuwendung müsse auch dann als bestimmt bzw bestimmbar gelten, wenn die Höhe und der Zeitpunkt von äusseren Bedingungen – also nicht vom Willen des Stiftungsrates – ähnlich einer Potestativbedingung bei einem Rechtsgeschäft – abhängig sei (vgl Koziol/Welser-Kletecka, Bürgerliches Recht I14 [2014] Rz. 605). Aus dem Reglement ergebe sich bei den Begünstigten (zunächst A, dann seine Ehegattin B, sodann ihre Tochter C und sodann nach Art 4 deren Nachkommen und somit die Bg), dass sie in alle Rechte am Stiftungsvermögen und dessen Ertrag eintreten, wobei die Ausgangsregelung nach Art 1 des Reglements sei, dass A alle Rechte am Stiftungsvermögen und dessen Ertrag allein zustünden. Eine Beschränkung ergebe sich nur insoweit, als die Zweitbegünstigte nur am Ertrag begünstigt und dass ein Begünstigter vor Erreichen der Altersgrenze von 21 Jahren dieses umfassende Recht noch nicht habe. Nach Art 7 könne jeder Berechtigte des Reglements über seinen Anteil am Stiftungsvermögen frei verfügen, sofern er eben das 21. Altersjahr vollendet habe. Eine Ausschüttung des Stiftungsvermögens an Begünstigte hänge sohin nur von der Fälligstellung sowohl dem Zeitpunkt als auch der Höhe nach durch den Begünstigten ab. Damit sei aber der Zeitpunkt beispielsweise genauso bestimmt, wie wenn in den Statuten enthalten wäre, dass ein Begünstigter 14 Tage nach seiner Hochzeit eine bestimmte Zuwendung erhalte oder bspw. bei Abschluss einer Berufsprüfung. Auch dort sei die Fälligkeit nicht bestimmt aber bestimmbar, nur hänge sie in allen diesen Fällen vom Willen des Begünstigten ab. Nichts anderes könne im gegenständlichen Fall gelten, wo es den Begünstigten anheimgestellt sei, eben über ihren Anteil am Stiftungsvermögen frei zu verfügen. Eine freie Verfügung könne auch wörtlich ausgelegt nur bedeuten, dass eben die Verfügung über das Stiftungsvermögen allein im Willen des Begünstigten liege. Irgendwelche Beschränkungen, die sich vor allem aus dem Zweck der Stiftung ergeben könnten und auf ein Ermessen des Stiftungsrates schliessen würden, würden eben schon mangels jeglichen Zweckes nicht vorliegen. Das Dilemma des Stiftungsrates, der das Vorliegen einer Ermessensbegünstigung vertrete, zeige sich ja im gegenständlichen Fall anschaulich darin, dass der Stiftungsrat als Stiftungszweck heranziehe, dass den Begünstigten fortlaufend wirtschaftliche Vorteile zu gewähren seien, um ihnen ein ihrem Lebensverhältnissen angepasstes Auskommen zu sichern und verlange deshalb Auskunft über die wirtschaftlichen Verhältnisse. Mit keinem Wort sei in den Statuten oder Beistatuten enthalten, dass der Zweck der Stiftung darin liege, den Begünstigten fortlaufend wirtschaftliche Vorteile zu gewähren und ihnen ein ihren Lebensverhältnissen angepasste Auskommen zu sichern. Dies schliesse der Stiftungsrat mangels jeglicher Anhaltspunkte einfach semantisch daraus, dass das Wort Zuwendung etwas Fortlaufendes beinhalte und nicht etwas Einmaliges, was aber per se nicht stimme. Es sei noch einmal zu wiederholen, dass mit keinem Wort in den Statuten und in den Beistatuten etwas von fortlaufenden wirtschaftlichen Vorteilen oder von einem den Lebensverhältnissen angepassten Auskommen stehe. Dies werde vom Stiftungsrat unter Fehlinterpretation von Entscheidungen, auf die noch zurückzukommen sein werde, von sich aus angenommen.

Dabei werde nicht übersehen, dass die Ausdrücke wie «der Begünstigte hat einen Anspruch auf das Vermögen und die Erträge; der Begünstigte hat alle Rechte am Stiftungsvermögen und dessen Ertrag; der Begünstigte kann über das Vermögen frei verfügen» uä per se nicht auf eine Begünstigungsberechtigung schliessen liessen. Es komme eben darauf an, ob in den Statuten oder den Stiftungszusatzdokumenten andere Argumente für die eine oder andere Interpretation zu finden sind. So habe der OGH mehrfach ausgesprochen, dass ein Stiftungszweck, der in der Unterstützung der Kosten der Erziehung und Bildung, Ausstattung und des Unterhaltes der Begünstigten liege, auf eine Ermessensbegünstigung schliessen lasse, weil dieser Zweck kaum durch eine einmalige Ausschüttung nach dem Willen des Begünstigten erfüllt werden könne, sondern eher durch laufende bedarfsorientierte Zuwendungen.

Diese Auslegung entspreche auch der ständigen Rechtsprechung und den zitierten Präjudizien. Bei der neuesten Entscheidung LES 2018, 146 sei zu Gunsten der Ermessensbegünstigung ausgeschlagen worden, dass eben der Zweck in der Gewährung wirtschaftlicher Vorteile und der Bestreitung der Kosten, Erziehung, Bildung und Ausstattung läge und auch statutarische bzw beistatutarische Bestimmungen vorhanden gewesen seien, wonach die Ausschüttung vorgenommen werden dürfe (und nicht müsse) und dass der Stiftungsrat nach freiem Ermessen entscheide. Bei der Entscheidung zu LES 2013, 42 sei in den Statuten enthalten gewesen, dass die Begünstigten keinen klagbaren Anspruch auf Ausschüttungen hätten und sich eine Auslegung der Beistatuten, die diese statutarische Bestimmung ins Gegenteil verkehre, verbiete. Wenn noch hilfsweise ausgeführt sei, dass «Zuwendungen» laufende Unterstützungen und nicht eine einmalige implizierten, so sei dies auch im Zusammenhang mit dem dortigen Stiftungszweck zu sehen, der, wenn auch sehr rudimentär, aber immerhin «in der

Unterstützung der Begünstigten» festgelegt gewesen sei. Nicht einmal dieses Minimum liege hier vor. Zu LES 2009, 202 sei in den Statuten festgehalten gewesen, dass dem Stiftungsrat die Beschlussfassung über Höhe und Art der Zuwendungen obliege. In der Entscheidung LES 2008, 354 habe sich der OGH vor allem auch mit der Auslegung der Stiftungsdokumente nach dem Willensprinzip befasst und es sei auch hier in den Statuten festgehalten gewesen, dass der Stiftungsrat freies Ermessen habe, Umfang und Zeitpunkt der Zuwendungen an die Begünstigten festzusetzen und die Floskel, dass die Begünstigten Recht auf das gesamte Vermögen und Ertrag hätten, nur aussage, dass der Stiftungsrat in seinem Ermessen keinen Beschränkungen der Höhe nach unterliege. In der Entscheidung des OGH zu 10 CG.2010.221 vom 02.08.2011 sei auch in den Statuten enthalten gewesen, dass der Stiftungsrat Höhe und Art der Zuwendung im Rahmen des Reglements bestimme, wobei im Reglement kein Rechtsanspruch normiert gewesen sei. Auch diese Stiftung hätte den Zweck, Kosten der Erziehung, Bildung, Ausstattung und Unterstützung hinsichtlich des allgemeinen Lebensunterhaltes sicherzustellen, was gegen eine einmalige Zuwendung spreche. Diese Entscheidung sei mit Urteil des StGH vom 07.02.2012, StGH 2011/240, bestätigt worden. Es ergebe sich sohin auch im Vergleich diverser Judikate, dass dort, wo eine Ermessensbegünstigung und keine Begünstigungsberechtigung angenommen worden sei, gerade im Wesentlichen ein anderer Sachverhalt vorgelegen habe. Es sei noch einmal festzuhalten, dass bei der Bf ein Stiftungszweck, der entweder auf eine Begünstigungsberechtigung mit auch sofortiger Totalausschüttung oder auf eine Ermessensbegünstigung mit allenfalls fortlaufenden Unterstützungen schliessen liesse, völlig fehle. Bildlich gesehen handle es sich bei der Bf tatsächlich um ein «Bankkonto», wobei die Existenz dieser Stiftung aufgrund des Vertrauensprinzipes nicht in Frage zu stellen sei.

Daher komme es entgegen den Ausführungen des OG von vornherein nicht darauf an, ob, wie vom Zeugen G ausgesagt und festgestellt, noch viele weitere derartige Stiftungen existierten, ob dort tatsächlich auf Wunsch den Begünstigten alles ausgeschüttet worden sei oder wie sich eine frühere Praxis dargestellt habe.

Auch weitere Argumente der Bf seien nicht stichhaltig. Die Festlegung in Punkt 5 der Statuten, dass der Stiftungsrat über die Höhe und die Art der Zuwendungen an Stiftungsbegünstigte im Rahmen des Reglements entscheide, lasse überhaupt keinen Schluss über die Art der Begünstigung zu. Es handle sich um eine Leerfloskel mit Verweis auf das Reglement. Der Stiftungsrat habe immer über die Höhe und die Art der Zuwendungen zu beschliessen, auch bei einer Begünstigungsberechtigung. Wenn man bei der Stiftung von einer eigenständigen juristischen Person ausgehe, habe eben das Organ dieser juristischen Person die entsprechenden Veranlassungen zu treffen. Dies sage nichts darüber aus, ob der Begünstigte einen klagbaren Anspruch auf eine Auszahlung bzw derartige Beschlussfassung habe oder nicht. Überdies werde auf das Reglement verwiesen, das keine Andeutung über die Art der Begünstigung enthalte. Wenn die Bf weiter darauf verweise, dass sich in den Statuten keine Hinweise auf eine etwaige Begünstigungsberechtigung der Bg fänden, so treffe dies auch für eine etwaige Ermessensbegünstigung zu. Es sei richtig, dass nach dem allgemeinen Sprachgebrauch der Begriff Zuwendungen auf fortlaufende wirtschaftliche Vorteile deuten könne, dies sei aber immer im Zusammenhang damit zu sehen, dass der Zweck der Stiftung auch einen solchen fortlaufenden Nutzen enthalte, was im gegenständlichen Fall nicht der Fall sei. Wenn die Bf weiter vermeine, dass der Begünstigtenkreis sich jeweils auf weitere Nachkommen beziehe und deshalb diese bei einer Totalausschüttung verkürzt würden (Stichwort Parentelsystem) so sei darauf hinzuweisen, dass gerade bei einer Begünstigungsregelung, die sich unbeschränkt auf Nachkommen und wieder deren Nachkommen usw. ausdehne, sich auch eine Ermessensbegünstigung ad absurdum führen würde, weil irgendwann der Begünstigtenkreis so gross sein könnte, dass Zuwendungen geradezu lächerlich wären. Der Mandatsvertrag gebe überhaupt keine Anhaltspunkte für die Art der Begünstigung. Darin sei nämlich überhaupt nichts über Ausschüttungen enthalten. Neben anderen hier unwesentlichen Bestimmungen sei in Punkt III nur festgehalten, dass der Beauftragte sich verpflichte, das Mandat ausschliesslich nach den Instruktionen des Auftraggebers auszuüben (dies könne ohne weiteres aus der unbestrittenen Urkunde Beilage 5 festgestellt werden). Diese Instruktionen würden sich keineswegs auf Ausschüttungen beziehen müssen, sondern beispielsweise auf Verwaltungshandlungen, Vermögensanlagen, Darlehensgewährungen usw. Von Ausschüttungen sei nicht die Rede. Auch das Widerrufsrecht spiele keine Rolle, da sich dieses ohnedies nur darauf beziehen könnte, dass der Gründer als Erstberechtigter die gesamte Stiftung auskehre und sie damit defacto widerrufe. Hier gehe es um Nachfolgebegünstigte. Darüber hinaus sei im gegenständlichen Rechtsstreit nicht die vollständige Auszahlung des Vermögens durch die Begünstigten begehrt. Dass die Vorbegünstigten von ihrem Recht keinen Gebrauch gemacht und kein Vermögen aus der Stiftung abgerufen hätten, habe keinerlei Auswirkungen auf das Recht der nunmehrigen Begünstigten. Die Vorbegünstigten hätten vielleicht kein Geld benötigt, würden steuerliche Probleme umgehen wollen, oder würden ihre Nachfolgeregelung für das ihnen aus der Stiftung zustehende Vermögen gleich über den Weiterbestand der Stiftung bestehen lassen usw. Alle Überlegungen dazu seien müssig.

Zusammenfassend sei noch einmal festzuhalten, dass es auf die Darlegungen des Zeugen G in weitesten Sinn gar nicht ankomme. Es spiele für die Interpretation der Begünstigung der Bg keine Rolle, ob und wieviel gleiche oder ähnliche Stiftungen bestanden, ob diese auch nach dem «Parentelsystem» in der Begünstigung organisiert gewesen seien, ob dort gleich einem Erbgang das Vermögen der Stiftung an die Begünstigten (offenbar zugleich Erben) ausgeschüttet worden sei. Wesentlich sei, dass die Statuten und das Reglement keinerlei Bestimmungen über ein Ermessen des Stiftungsrates im Hinblick auf Ausschüttungen (von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen) enthielten, dass keine Zweckbestimmung der Stiftung vorliege, die auf eine fortlaufende Ausschüttung von Vermögen und damit auf eine Ermessensbegünstigung schliessen lasse, aber dass im

Gegenteil in Statuten und Beistatuten enthalten sei, dass den Begünstigten das Vermögen der Stiftung zustehe und dass sie über dieses Vermögen frei verfügen könnten. Dies deute ausreichend darauf hin, dass der Gründer der Stiftung auch den Willen gehabt habe, dass dem Stiftungsrat kein Ermessen im Hinblick auf Höhe und Zeitpunkt der Ausschüttung zukomme, sondern dies allein dem Willen der Begünstigten durch Fälligstellung des Anspruches unterliege. Ausgehend von einer Begünstigungsberechtigung der Bg bestehe sohin das Klagebegehren zu Recht.

Gegen dieses U des OGH vom 11. Dezember 2018 erhob die Bf mit Schriftsatz vom 11. Januar 2019 Individualbeschwerde an den StGH, wobei die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes gemäss Art 31 Abs 1 LV, die Verletzung des Willkürverbots, die Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben, die Verletzung des Anspruchs auf rechtsgenügliche Begründung gemäss Art 43 und Art 95 LV sowie Art 6 Abs 1 EMRK sowie die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art 31 Abs 1 LV sowie Art 6 Abs 1 EMRK geltend gemacht wird. […]

Die Bg erstatteten mit Schriftsatz vom 13. Februar 2019 eine Gegenäusserung zur vorliegenden Individualbeschwerde, worin die kostenpflichtige Beschwerdeabweisung beantragt wurde. […]

[Der StGH gab der Individualbeschwerde keine Folge.]

Aus den Entscheidungsgründen

[…]

2. Die Bf rügt zunächst in mehrfacher Hinsicht eine Verletzung des Gleichheitssatzes:

2.1 Der Gleichheitssatz nach Art 31 Abs 1 LV verlangt nach der Rechtsprechung des StGH, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (StGH 2018/074, Erw. 3.1; StGH 2017/131, Erw. 3.1; StGH 2016/091, Erw. 4.1 [alle www.gerichtsentscheide.li]; siehe auch Andreas Kley/Hugo Vogt, Rechtsgleichheit und Grundsatz von Treu und Glauben, in: Andreas Kley/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, Schaan 2012, 255, Rz. 10).

2.2 Der allgemeine Gleichheitssatz verpflichtet die Verwaltungsbehörden und die Gerichte dazu, die Gesetze einheitlich und gleichmässig anzuwenden (Andreas Kley/Hugo Vogt, Rechtsgleichheit und Grundsatz von Treu und Glauben, aaO, Schaan 2012, 267, Rz. 31). Ein Beschwerdeführer, der sich auf eine Verletzung des Gleichheitssatzes in der Rechtsanwendung beruft, muss nach der Rechtsprechung des StGH zumindest einen vergleichbaren Fall dartun (siehe statt vieler: StGH 2018/041, Erw. 6.1; StGH 2017/141, Erw. 2.3; StGH 2017/086, Erw. 4.1 [alle www.gerichtsentscheide.li]; vgl auch Andreas Kley/Hugo Vogt, Rechtsgleichheit und Grundsatz von Treu und Glauben, aaO, 268 ff., Rz. 33 ff.). Ansonsten beschränkt sich die Prüfung durch den StGH auf das Willkürraster (vgl StGH 2018/041, Erw. 6.3; StGH 2016/088, Erw. 3.1; StGH 2014/033, Erw. 3.1 [alle www.gerichtsentscheide.li]).

2.3 Gegenständlich rügt die Bf eine Verletzung des Gleichheitssatzes im Rechtsanwendungsbereich. Konkret führt die Bf als vermeintliche Vergleichsfälle die Entscheidung des OGH vom 17. Juli 2003 (01 CG.2002.262) und damit zusammenhängend die Entscheidung des StGH vom 18. November 2003 (StGH 2003/65 [www.gerichtsentscheide.li]) an, weiter die Entscheidung des OGH vom 7. Dezember 2012 (06 CG.2011.205; LES 2013, 42) und schliesslich die Entscheidung des OGH vom 6. März 2008 (01 CG.2006.71; LES 2008, 279) und damit zusammenhängend die Entscheidung des StGH vom 27. März 2012 (StGH 2011/122 [www.gerichtsentscheide.li]). Im Ergebnis macht die Bf geltend, dass der OGH der bekämpften Entscheidung angeblich gleiche oder vergleichbare Sachverhalte zugrunde lege, welche jedoch bei genauerer Betrachtung für den Beschwerdefall nicht einschlägig und daher auf diesen nicht anwendbar seien bzw habe der OGH die angeführten Vergleichsfälle verfehlt interpretiert, da sie in Tat und Wahrheit im Sinne der Bf entschieden worden seien.

2.4 Diesem Beschwerdevorbringen ist entgegenzuhalten, dass sich der vorliegende Fall mit den zitierten Vergleichsfällen nicht deckt. Zu 01 CG.2002.262 (ON 55) erachtete der OGH in einer Praxisänderung Stiftungen, bei denen keine Begünstigte bestellt bzw bei denen nicht zumindest der Kreis der Begünstigten bestimmt worden war, mangels bestimmtem Zweck als gar nicht rechtsgültig errichtet. Der StGH schwächte diese Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in der Entscheidung zu StGH 2003/065 (Jus & News 2003, 281; auch abrufbar unter www.gerichtsentscheide.li]) dahingehend ab, dass diese strengeren Anforderungen nur für neu gegründete Stiftungen gelten sollten und der Gesetzgeber aufgerufen wurde, Vorkehrungen für die Sanierung der bestehenden Stiftungen zu treffen, was in weiterer Folge im Rahmen der Stiftungsrevision (LGBl. 2008 Nr. 220) zu einer Übergangsregelung führte, wonach unter anderem bei verstorbenem Stifter eine entsprechende Stiftungssanierung auch durch den Stiftungsrat vorgenommen werden kann, sofern sich der Stifterwille feststellen lässt. Diese beiden Entscheidungen setzen sich sohin primär mit der Frage der Passivlegitimation von Stiftungen mangels Vorliegen eines gültigen Zweckes auseinander, welche gegenständlich jedoch aufgrund der zitierten StGH-Entscheidung zu StGH 2003/065 gar nicht in Frage steht (vgl ergänzend nachfolgend zur Willkürrüge). Im Übrigen gesteht die Bf gleich selbst ein, dass sich die herangezogenen Vergleichsfälle bzw deren Sachverhalte unterschieden. Sodann taugt auch die Entscheidung LES 2013, 42 nicht als Vergleichsfall, da die Stiftungsdokumente der in jenem Fall zugrundeliegenden Stiftung von den Stiftungsdokumenten der Bf erheblich abweichen. Namentlich halten die Statuten der zu LES 2013, 42 streitverfangenen Stiftung fest, dass den Begünstigten kein klagbarer Anspruch gegenüber der Stiftung auf Ausschüttung von Vermögen oder Erträgnissen zustehe (§ 6 lit c der Statuten; vgl ergänzend nachfolgend zur Willkürrüge). Was schliesslich die Entscheidungen LES 2008, 279 bzw StGH 2011/122 (auch abrufbar unter www.gerichtsentscheide.li) anbelangt, substantiiert die Bf nicht einmal konkret, weshalb der Gleichheitssatz verletzt sein soll. Vielmehr verweist die Bf selbst auf die zur Anwendung gelangende Willkürprüfung.

2.5 Dementsprechend verletzte der OGH gegenständlich den Gleichheitssatz nicht.

3. Weiter rügt die Bf eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben:

3.1 Der Grundsatz von Treu und Glauben ist zwar nur für das Zivilrecht explizit normiert (siehe jeweils Art 2 Abs 1 des Personen- und Gesellschaftsrechts sowie des Sachenrechts), doch gelten Treu und Glauben und der daraus abgeleitete Vertrauensschutz unbestrittenermassen auch für das öffentliche Recht. Gemäss der Rechtsprechung des StGH wird der Grundsatz von Treu und Glauben primär aus dem Willkürverbot, mitunter auch aus dem Gleichheitssatz von Art 31 Abs 1 LV abgeleitet. Jedenfalls verletzt insbesondere die Nichteinhaltung spezifischer behördlicher Zusicherungen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn im Vertrauen auf die Zusicherung wesentliche irreversible Dispositionen getroffen wurden. Der Grundsatz von Treu und Glauben bindet nun aber nicht nur die rechtsanwendenden Behörden, sondern auch den Gesetzgeber. In der Regel kann sich der einzelne bei einer Gesetzesänderung indessen nicht auf diesen Grundsatz berufen. Immerhin kann der Gesetzgeber im Lichte des Vertrauensschutzes verpflichtet sein, unter besonderen Umständen eine angemessene Übergangsregelung vorzusehen. Dies ist dann der Fall, wenn der Bürger durch eine unvorhersehbare Rechtsänderung in schwerwiegender Weise in seinen gestützt auf die bisherige gesetzliche Regelung getätigten Dispositionen getroffen wird und keine Möglichkeit der Anpassung an die neue Rechtslage hat (StGH 2015/117, Erw. 3.1; StGH 2015/011, Erw. 4.1; StGH 2013/042, Erw. 4.1 [alle www.gerichtsentscheide.li]; siehe auch Andreas Kley/Hugo Vogt, Rechtsgleichheit und Grundsatz von Treu und Glauben, aaO, 299, Rz. 98 mwN).

3.2 Konkret trägt die Bf zusammengefasst vor, dass sämtliche Stiftungsbeteiligte von der rechtsgültigen Errichtung der Bf – demzufolge auch vom Bestehen eines gültigen Zwecks – ausgegangen seien und die Stiftungsbeteiligten hätten sohin auf diese Tatsache vertraut. Die Bf sei deshalb auch «in ihrem diesbezüglichen Vertrauen» geschützt.

3.3 Dieses Vorbringen der Bf erschliesst sich dem StGH nicht. Wie bereits releviert, judizierte der OGH mit dem Beschluss vom 17.07.2003 zu 01 CG.2002.262 zwar, dass Stiftungen, bei denen keine Begünstigten bestellt bzw zumindest der Kreis der Begünstigten bestimmt worden seien, mangels bestimmten Zweck als gar nicht rechtsgültig errichtet qualifiziert würden. Der Staatsgerichtshof schwächte nachfolgend diese Rechtsprechung dann aber gerade aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in der Entscheidung zu StGH 2003/065 (Jus & News 2003, 281) dahingehend ab, dass diese strengeren Anforderungen nur für neu gegründete Stiftungen gelten sollten und der Gesetzgeber aufgerufen wurde, Vorkehrungen für die Sanierung der bestehenden Stiftungen zu treffen, was der Gesetzgeber im Rahmen der Stiftungsrevision (LGBl. 2008 Nr. 220) mit einer Übergangsregelung dann auch tat. Diese Übergangsregelung wurde in der Entscheidung des OGH zu LES 2008, 279 (als verfassungskonform bestätigt durch StGH 2008/056 [www.gerichtsentscheide.li]), sinngemäss dahingehend präzisiert, dass es der OGH als genügend erachtet, wenn ein formell durch den Stiftungsrat erlassenes Beistatut vorliegt, dessen Inhalt nachweislich dem Willen des Stifters entspricht (vgl hierzu ausführlich nachfolgend). Mit anderen Worten wurde sohin die Bf mit StGH 2003/065 gerade, entgegen ihrem Vorbringen, im Vertrauen geschützt. Aufgrund dessen wurde vom OGH im Übrigen auch die Passivlegitimation der Bf nicht in Zweifel gezogen.

3.4 Aus diesen Gründen liegt eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben nicht vor.

[…]

5. Die Bf rügt weiter die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

5.1 Wesentlicher Gehalt des primär aus dem Gleichheitssatz gemäss Art 31 Abs 1 LV abgeleiteten grundrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw auf ein faires Verfahren gemäss Art 6 EMRK ist, dass der Verfahrensbetroffene eine dem Verfahrensgegenstand und der Schwere der drohenden Sanktion angemessene Gelegenheit erhält, seinen Standpunkt zu vertreten. Er soll zu allen wesentlichen Punkten des jeweiligen Verfahrens Stellung beziehen können, was zumindest durch eine schriftliche Stellungnahme möglich sein muss (siehe StGH 2017/197, Erw. 3.1; StGH 2017/191, Erw. 3.1; StGH 2017/131, Erw. 3.1 [alle www.gerichtsentscheide.li]; siehe auch Hugo Vogt, Anspruch auf rechtliches Gehör, Andreas Kley/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, aaO, 573, Rz. 11 und 577, Rz. 17).

Gemäss der Rechtsprechung des StGH kann, worauf sich die Bf beruft, ein sogenanntes Überraschungsurteil unter gewissen Umständen den Gehörsanspruch verletzen, wenn die Bf keine Gelegenheit hatte, sich zu der für sie überraschenden Rechtsansicht einer Letztinstanz zu äussern (siehe statt vieler: StGH 2018/068, Erw. 6.2; StGH 2018/041, Erw. 4.4; StGH 2014/152, Erw. 4.1 [alle www.gerichtsentscheide.li]).

In seiner bisherigen Judikatur übte der StGH allerdings eine grundsätzlich restriktive Praxis bei der Qualifikation einer Entscheidung als Überraschungsurteil. Ein Überraschungsurteil liegt beispielsweise dann nicht vor, wenn die Beschwerdeführer damit rechnen mussten, dass dann, wenn das Gericht die Argumente der Vorinstanz nicht teilt, eine andere bisher nicht behandelte, aber für die Entscheidung massgebliche Frage prüfen werde. Hingegen liegt eine unzulässige Überraschungsentscheidung im Sinne der Rechtsprechung des StGH u. a. dann vor, wenn die Parteien an die Rechtsansicht des Gerichtes nicht dachten oder denken mussten. Die richterliche Prozessleitungspflicht beinhaltet allerdings nicht, dass gleichsam jede in Frage kommende gerichtliche Entscheidung mit den Parteien zu erörtern wäre (siehe statt vieler: StGH 2018/068, Erw. 6.2; StGH 2018/041, Erw. 4.4; vgl auch Hugo Vogt, Anspruch auf rechtliches Gehör, aaO, 575 f., Rz. 15 f. mwN).

5.2 Konkret bringt die Bf vor, dass der OGH die angefochtene Entscheidung bzw die Begünstigungsberechtigung der Bg darauf stütze, dass die Bf «scheinbar über keinen gültigen Stiftungszweck verfüge». Die Frage, ob die Bf über einen gültigen Stiftungszweck verfüge oder nicht, sei vom OGH erstmals im Zuge der Revisionsentscheidung aufgegriffen worden. Es bedürfe, so die Bf, keiner weiteren Erörterungen mehr, dass die Bf von der

Ansicht des OGH vollkommen überrascht worden sei und dementsprechend eine unzulässige Überraschungsentscheidung vorliege.

5.3 Nach Ansicht des StGH liegt im gegenständlichen Beschwerdefall kein Überraschungsurteil vor. Wie oben bereits ausführlich releviert, geht es in der angefochtenen Entscheidung einzig darum, ob die Bg Begünstigungsberechtigte der Bf, also einen Rechtsanspruch auf Ausschüttung in bestimmter Höhe zu einem bestimmten Zeitpunkt haben oder, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, Ermessensbegünstigte sind. Um diese strittige Frage zu klären, war eine Auslegung der massgeblichen Bestimmungen der Stiftungsdokumente vorzunehmen. Insoweit stand im Beschwerdefall von allem Anfang an auch die Frage im Raum, wie Art 3 der Statuten der Bf auszulegen ist, woraus sich bereits ergibt, dass zum Vornhinein kein Überraschungsurteil vorliegen kann. Hinzu kommt, dass der OGH die Begünstigungsberechtigung der Bg lediglich hilfsweise darauf stützt, dass der Stiftungszweck der Bf weder auf eine Ermessensbegünstigung noch auf eine Begünstigungsberechtigung hindeutet, weshalb auch deshalb ein Überraschungsurteil nicht vorliegen kann. Hierzu verweist der StGH auf seine obigen ausführlichen Erwägungen. Sodann konnte auch der Bf nicht verborgen bleiben, dass die gegenständliche Zweckformulierung der Bf vor dem Hintergrund der schon mehrmals relevierten Entscheidungen 01 CG.2002.262 iVm StGH 2003/065 (Jus & News 2003, 281) zumindest kritisch ist.

5.4 Somit ist gegenständlich auch der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt.

6. Schliesslich erachtet die Bf die angefochtene Entscheidung als willkürlich.

6.1 Nach der Rechtsprechung des StGH liegt ein Verstoss gegen dieses Grundrecht nur dann vor, wenn eine Entscheidung sachlich nicht zu begründen, nicht vertretbar bzw stossend ist (siehe statt vieler: StGH 2018/091, Erw. 4.1; StGH 2018/015, Erw. 6.1; StGH 2016/091, Erw. 3.1 [alle www.gerichtsentscheide.li] sowie Hugo Vogt, Willkürverbot, in: Andreas Kley/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, aaO, 317 f., Rz. 26 mwN).

6.2 In der zugrunde liegenden Entscheidung des OGH geht es einzig noch um die Rechtsfrage, ob die Bg Begünstigungsberechtigte oder Ermessensbegünstigte der Bf sind. Gemäss Art 552 § 6 Abs 1 PGR ist begünstigungsberechtigt derjenige, der einen sich auf die Stiftungsdokumente gründenden rechtlichen Anspruch auf einen auch der Höhe nach bestimmten oder bestimmbaren Vorteil aus dem Stiftungsvermögen oder den Stiftungserträgnissen hat. Demgegenüber bestimmt Art 552 § 7 Abs 1 PGR, dass Ermessensbegünstigter derjenige ist, der dem durch den Stifter benannten Begünstigungskreis angehört und dessen mögliche Begünstigung, soweit gegenständlich relevant, in das Ermessen des Stiftungsrates gestellt ist. Der ständigen Judikatur folgend, ist ein Begünstigungsberechtigter ein Begünstigter, dem die Stiftungsdokumente klagbare Ansprüche auf Ausrichtung bestimmter wirtschaftlicher Vorteile einräumen. Der Anspruch muss dabei der Höhe nach bestimmt oder objektiv bestimmbar sein. Entsprechendes gilt hinsichtlich des Zeitpunkts der Ausrichtung. Nur dann, wenn kein Ermessen der Stiftungsorgane in Bezug auf Höhe und Zeitpunkt der Gewährung des wirtschaftlichen Vorteils besteht, kann von einem Begünstigungsberechtigten ausgegangen werden (vgl LES 2018, 146 unter Hinweis auf diverse Judikatur, namentlich StGH 2011/140 [www.gerichtsentscheide.li] und LES 2013, 42).

Zwecks Klärung der Frage, ob jeweils eine Begünstigungsberechtigung oder eine Ermessensbegünstigung vorliegt, ist eine Auslegung der massgeblichen Bestimmungen der Stiftungsdokumente vorzunehmen. Stiftungsurkunden sind dabei als einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen nach dem Willensprinzip auszulegen. Bei dieser Auslegung ist dabei zunächst und primär von der gewöhnlichen Bedeutung der Worte auszugehen, wobei der gesamte Inhalt der Statuten und Beistatuten in deren Gesamtzusammenhang zu betrachten ist. Zwecks Auslegung der Stiftungsdokumente können dabei auch, sofern notwendig, ausserhalb der Stiftungsurkunde liegende Umstände wie bspw. Erklärungen und Vereinbarungen des Auftraggebers mit dem Stiftungserrichter herangezogen werden. Dies setzt jedoch unabdingbar voraus, dass die vom Auftraggeber verfolgte Absicht und das erzielte Auslegungsergebnis einen ausreichenden Niederschlag in den Statuten gefunden hat. Einen Anhaltspunkt für die Auslegung von Statuten und des Reglements kann auch der Stiftungszweck bieten (vgl LES 2008, 354; LES 2013, 42 uva).

Unter Hinweis auf Judikatur und Literatur gelangt der OGH mittels Auslegung der Stiftungsdokumente zum Ergebnis, dass es sich bei den Bg um Begünstigungsberechtigte handle. Aus dem Reglement ergebe sich bei den Begünstigten, dass sie in alle Rechte am Stiftungsvermögen und dessen Ertrag eintreten, wobei die Ausgangsregelung nach Art 1 des Reglements sei, dass Franz Kunz alle Rechte am Stiftungsvermögen und dessen Ertrag alleine zustünden. Eine Beschränkung ergebe sich nur insoweit, als die Zweitbegünstigte nur am Ertrag begünstigt sei und dass ein Begünstigter vor Erreichung der Altersgrenze von 21 Jahren dieses umfassende Recht noch nicht habe. Nach Art 7 könne jeder Berechtigte des Reglements über seinen Anteil am Stiftungsvermögen frei verfügen, sofern er das 21. Altersjahr vollendet habe. Eine Ausschüttung des Stiftungsvermögens an Begünstigte hänge sohin nur von der Fälligstellung sowohl dem Zeitpunkt als auch der Höhe nach durch die Begünstigten ab. Damit sei aber der Zeitpunkt bspw. genau so bestimmt, wie wenn in den Statuten enthalten wäre, dass ein Begünstigter 14 Tage nach seiner Hochzeit eine bestimmte Zuwendung erhalte. Auch dort sei die Fälligkeit nicht bestimmt oder bestimmbar, nur hänge sie in allen diesen Fällen vom Willen des Begünstigten ab. Nichts anderes könne im gegenständlichen Fall gelten, wo es den Begünstigten anheimgestellt sei, eben über ihren Anteil am Stiftungsvermögen frei zu verfügen.

Eine freie Verfügung könne auch wörtlich ausgelegt nur bedeuten, dass eben die Verfügung über das Stiftungsvermögen allein im Willen des Begünstigten liege. Irgendwelche Beschränkungen, die sich vor allem aus dem Zweck ergeben könnten und auf ein Ermessen des Stiftungsrates schliessen würden, lägen eben schon mangels jeglichen Zwecks nicht vor. Im Zusammenhang mit dem Zweck der Bf sei zu erwähnen, dass

mit keinem Wort in den Statuten und in den Beistatuten etwas von fortlaufenden wirtschaftlichen Vorteilen oder von einem den Lebensverhältnissen angepassten Auskommen stehe. Der OGH übersehe nicht, dass die Ausdrücke wie «der Begünstigte hat einen Anspruch auf das Vermögen und die Erträge; der Begünstigte hat alle Rechte am Stiftungsvermögen und dessen Erträge; der Begünstigte kann über das Vermögen frei verfügen» per se nicht auf eine Begünstigungsberechtigung schliessen lassen würden. Es komme eben darauf an, ob in den Statuten oder den Stiftungsdokumenten andere Argumente für die eine oder andere Interpretation zu finden seien. So habe der OGH mehrfach ausgesprochen, dass ein Stiftungszweck, der in der Unterstützung der Kosten der Erziehung und Bildung, Ausstattung und des Unterhalts der Begünstigten liege, auf eine Ermessensbegünstigung schliessen lasse, weil dieser Zweck kaum durch eine einmalige Ausschüttung nach dem Willen des Begünstigten erfüllt werden könne, sondern eher durch laufende bedarfsorientierte Zuwendungen.

In weiterer Folge begründet der OGH seine weiteren Schlussfolgerungen, insbesondere unter Hinweis auf LES 2018, 146; LES 2013, 42; LES 2009, 202; LES 2008, 354 und StGH 2011/140 (aaO). Es ergebe sich sohin auch im Vergleich dieser diversen Judikate, so der OGH, dass dort, wo eine Ermessensbegünstigung und keine Begünstigungsberechtigung angenommen wurde, gerade im Wesentlichen ein anderer Sachverhalt vorlag als gegenständlich. Es sei festzuhalten, dass bei der Bf ein Stiftungszweck, der entweder auf eine Begünstigungsberechtigung mit auch sofortiger Totalausschüttung oder auf eine Ermessensbegünstigung mit allenfalls fortlaufenden Unterstützungen schliessen lasse, völlig fehle. Wesentlich sei sohin, so der OGH, dass die Statuten und das Reglement keinerlei Bestimmungen über ein Ermessen des Stiftungsrates im Hinblick auf Ausschüttungen enthielten, dass keine Zweckbestimmung der Stiftung vorliege, die auf eine fortlaufende Ausschüttung von Vermögen und damit auf eine Ermessensbegünstigung schliessen lasse, aber dass im Gegenteil in Statuten und Beistatuten enthalten sei, dass den Begünstigten das Vermögen der Stiftung zustehe und dass sie über dieses Vermögen frei verfügen könnten. Dies deute ausreichend daraufhin, dass der Gründer der Stiftung auch den Willen gehabt habe, dass dem Stiftungsrat kein Ermessen im Hinblick auf Höhe und Zeitpunkt der Ausschüttung zukomme, sondern dies alleine dem Willen der Begünstigten durch Fälligstellung des Anspruchs unterliege.

6.3 Im Lichte des groben Willkürrasters erwägt der StGH unter Hinweis auf obige Ausführungen wie folgt:

6.3.1 Vorwegzunehmen ist, dass der StGH der Ansicht ist, dass die zugrundeliegende Entscheidung des OGH willkürfrei ist. Der OGH nahm nämlich insbesondere unter Auslegung der Stiftungsdokumente im Sinne der Rechtsprechung eine Gesamtschau zur Frage, ob eine Ermessensbegünstigung oder ob eine Begünstigungsberechtigung vorliegt, vor. Der OGH hielt dabei auch unter Bezugnahme der von der Bf relevierten Judikate fest, dass gegenständlich im Wesentlichen ein anderer Sachverhalt zugrunde liege und es sich entsprechend bei den Bg um Begünstigungsberechtigte und nicht lediglich Ermessensbegünstigte handle. Insoweit ist zu den Einwänden der Bf lediglich noch in der gebotenen Kürze zu erwägen wie folgt:

6.3.2 Was das von der Bf durchgängig bemühte Judikat LES 2013, 42 angeht, führt der OGH unter anderem aus, dass in der zu LES 2013, 42 zugrunde liegenden Stiftung in den Statuten enthalten gewesen sei, dass die Begünstigten keinen klagbaren Anspruch auf Ausschüttungen hätten, dies im Gegensatz zur Bf. Hinsichtlich dem von der Bf vorgetragenen Argument, dass «Zuwendungen» laufende Unterstützungen und nicht eine einmalige implizierten, so sei dies auch im Zusammenhang mit dem dortigen Stiftungszweck zu sehen, der, wenn auch sehr rudimentär, aber immerhin «in der Unterstützung der Begünstigten» festgelegt worden seien; nicht einmal dieses Minimum liege gegenständlich vor. Mit anderen Worten hält der OGH, nach Ansicht des StGH richtigerweise, fest, dass in der Entscheidung zu LES 2013, 42 im Wesentlichen ein anderer Sachverhalt als gegenständlich vorgelegen habe. U. a. deshalb gelangt der OGH unter Heranziehung und Auslegung der Stiftungsdokumente zum Ergebnis, dass den Begünstigten das Vermögen der Stiftung zustehe und dass sie über dieses Vermögen frei verfügen könnten.

Der StGH vermag an diesen Schlussfolgerungen des OGH keine Willkür zu erkennen. Vielmehr verkennt die Bf durchgehend, dass, unter anderem entsprechend LES 2018, 146 f., eine Auslegung der massgeblichen Bestimmungen der Stiftungsdokumente im Sinne einer Gesamtschau vorzunehmen ist. Genau dies tat der OGH in der angefochtenen Entscheidung nach Ansicht des StGH willkürfrei. Insoweit vermag die Bf namentlich auch aus dem Umstand, dass der Stiftungszweck der zu LES 2013, 42 zugrunde liegenden Stiftung ähnlich formuliert ist wie bei der Bf, nichts für sich zu gewinnen, weder im Rahmen ihrer Willkürrüge noch mit der nicht substantiierten (vgl StGH 2013/139, Erw. 1.3 [www.gerichtsentscheide.li]) Behauptung, es liege ein Verstoss gegen das Verbot des überspitzten Formalismus vor.

6.3.3 Was die von der Bf durchgehend herangezogenen Entscheidungen 01 CG.2002.262 und damit zusammenhängend StGH 2003/065 (aaO) anbelangt, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Schluss der Bf, dass, hätte der OGH hinsichtlich der Bf einen Stiftungszweck angenommen, er zum Ergebnis gelangt wäre, dass eine Ermessensbegünstigung (und keine Begünstigungsberechtigung) vorliegen würde, durchgängig verfehlt ist. Vielmehr nimmt der OGH eine Auslegung der massgeblichen Bestimmungen der Stiftungsdokumente der Bf, u. a. entsprechend LES 2018, 146 f., im Rahmen der geforderten Gesamtschau vor. Wenn der OGH unter Hinweis auf die Entscheidung zu 01 CG.2002.262 zum Ergebnis gelangt, dass in jenem Fall eine gleichartige statutarisch ausgestaltete Stiftung zugrunde gelegen sei und diese als nicht-existent betrachtet worden sei und diese Schlussfolgerung insbesondere dahingehend für den gegenständlichen Fall heranzieht, wonach der Zweck der Bf weder für eine Ermessensbegünstigung noch für eine Begünstigungsberechtigung etwas hergebe, erachtet dies der StGH nicht als willkürlich. Ohnehin ist nochmals zu betonen, dass der OGH hinsichtlich der von der Bf erwähnten Judikate richtigerweise ausführt, dass Letzteren jeweils ein anderer Sachverhalt zugrunde lag, weshalb

eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung dahingehend, ob eine Ermessensbegünstigung oder eine Begünstigungsberechtigung vorliegt, berechtigt ist. Willkür kann der StGH in dieser Vorgehensweise des OGH jedenfalls nicht erkennen. Zu den weiteren Ausführungen der Bf zum mit 01 CG.2002.262 zusammenhängenden Judikat, StGH 2003/065, verweist der StGH auf seine in dieser Entscheidung bereits vorgenommenen Erwägungen.

6.3.4 Im Lichte all dieser Erläuterungen erübrigen sich insoweit auch weitere Erwägungen zu den repetierenden Ausführungen der Bf hinsichtlich ihres Zweckes bzw ihrer Zweckumschreibung und den damit im Zusammenhang angeführten Entscheidungen (insbesondere StGH 2011/122 [aaO] und LES 2008, 279), namentlich im Rahmen ihrer Willkürrüge, da die in diesem Zusammenhang ständig gezogene Schlussfolgerung, wonach die Bg als Ermessenbegünstigte und nicht als Begünstigungsberechtigte qualifiziert worden wäre, wenn die Zweckumschreibung der Bf «hinreichend» wäre, wie oben gezeigt, verfehlt ist.

6.3.5 Bereits aus den obigen Erwägungen des StGH ergibt sich, dass damit auch die von der Bf ins Feld geführte Widersprüchlichkeit nicht einschlägig ist. Vielmehr ergibt sich aus den Erwägungen des OGH im Ergebnis klar, dass wesentlich ist, dass die Statuten und das Reglement der Bf keinerlei Bestimmungen über ein Ermessen des Stiftungsrates im Hinblick auf Ausschüttungen enthalten, dass keine Zweckbestimmung der Stiftung vorliegt, die auf eine fortlaufende Ausschüttung von Vermögen und damit auf eine Ermessensbegünstigung schliessen lassen, aber dass im Gegenteil in Statuten und Beistatuten enthalten ist, dass den Begünstigten das Vermögen der Stiftung zusteht und dass sie über dieses Vermögen frei verfügen können. Eine Widersprüchlichkeit wie von der Bf vorgetragen vermag damit der StGH nicht zu erkennen. Damit erübrigen sich auch Ausführungen zur von der Bf ins Feld geführten «Zweifelsregel», vgl LES 2008, 354 (vgl ON 26, S. 28 f.).

7. Aufgrund all dieser Erwägungen war die Bf mit keiner ihrer Grundrechtsrügen erfolgreich, sodass der vorliegenden Individualbeschwerde spruchgemäss keine Folge zu geben ist.

[…]

Staatsgerichtshof

U 03.12.2019, StGH 2019/091

Art 31 LV

Wenn ein Beschwerdeführer seine eigene Befragung als Beweismittel anbietet, überschneiden sich die beiden Teilgehalte des Gehörsanspruchs, wonach einerseits unter gewissen Umständen Anspruch auf persönliche Anhörung durch die entscheidende Behörde und andererseits das Recht zur Stellung von Beweisanträgen besteht.

Wenn die Frage der Glaubwürdigkeit der Aussagen eines Asylbewerbers aus einen nicht sicheren Herkunftsstaat von zentraler Bedeutung ist, kann es angezeigt sein, dass sich der VGH einen unmittelbaren Eindruck vom Beschwerdeführer macht und eine mündliche Verhandlung durchführt.

Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin, eine Staatsangehörige Nigerias, reiste am 26.02.2018 in Liechtenstein ein und stellte beim Ausländer- und Passamt (APA) ein Asylgesuch. Sie legte keine Identitätsdokumente vor. Im Personalienblatt führte sie an, am 26.06.1980 in Nigeria geboren worden zu sein sowie aus Umuahia, der Hauptstadt des Abia State, Nigeria, zu stammen und neben der Muttersprache Igbo Englisch zu sprechen.

[…]

Mit Entscheidung der Regierung vom 30.04.2019 zu LNR 2019-534 BNR 2019/577 REG 2582 stellte diese fest, dass die Beschwerdeführerin die Flüchtlingseigenschaft nicht erfülle, und wies deren Asylgesuch ab (Ziff. 1.) sowie die Beschwerdeführerin nach Nigeria weg. Die Beschwerdeführerin habe das Fürstentum Liechtenstein binnen 14 Tagen nach Rechtskraft der Entscheidung zu verlassen (Ziff. 2.). Im Unterlassungsfall würden angemessene Zwangsmassnahmen angeordnet (Ziff. 3.).

Die Regierung traf – gestützt auf Länderinformationen und eine umfassende Beweiswürdigung – zum vorgetragenen Fluchtgrund der Beschwerdeführerin die entscheidungsrelevanten, teils dislozierten Feststellungen, wonach eine Mitgliedschaft der Beschwerdeführerin in der Organisation IPOB vorgelegen und diese die geschilderten Aktivitäten vorgenommen habe. Die Beschwerdeführerin habe während ihrer Mitgliedschaft, zusammen mit anderen Frauen, fünf Versammlungen für Frauen für die Anwerbung von neuen Mitgliedern organisiert. Auf den Versammlungen habe die Beschwerdeführerin auch gesprochen. Sie habe jedoch keine hohe Position und keine bestimmte bzw. besondere Aufgabe in der Organisation innegehabt. Die Militäroperation «Python Dance» könne ebenfalls festgestellt werden. Nicht festgestellt werden könnten eine zweitägige Verhaftung der Beschwerdeführerin und eine Misshandlung durch die Polizei- oder Militärbehörde. Die Gefahr einer wie von der Beschwerdeführerin geschilderten Bedrohung in der Heimatregion liege bereits in der Heimatregion nach einer Risikobeurteilung gemäss EASO-Bericht nicht vor und eine landesweite asylrelevante Verfolgungslage oder die Gefahr derselben könne nicht festgestellt werden. Die Beschwerdeführerin verfüge laut ihrem eigenem Vortrag auch über eine innerstaatliche Flucht- und Aufenthaltsalternative im Bundesstaat Imo bei ihren Verwandten, zu denen die Beschwerdeführerin regelmässigen Kontakt halte. In Ermangelung eines flächendeckenden Meldewesens in Nigeria könne die gesunde Beschwerdeführerin selbst im Falle einer Verfolgungssituation in Umuahia im Nachbarbundesstaat Imo einer Verfolgung entgehen. Dort bestehe kein die Merkmale erfüllender innerstaatlicher Konflikt.

Der Vollzug der Wegweisung wurde von der Regierung als möglich, zulässig und zumutbar bewertet. Für die Beschwerdeführerin könnten gültige Reisepapiere beschafft werden und der Vollzug sei zulässig, weil für

die Beschwerdeführerin mindestens in Owerri, Imo-State, und im Südwesten Nigerias weder eine Bedrohung von Leib, Leben oder Freiheit oder die konkrete Gefahr einer solchen Bedrohung bestehe. Die Beschwerdeführerin habe bis zu ihrer Ausreise ihren Lebensunterhalt gemäss eigenen Angaben durch ihre Arbeit in der Kirche und die Unterstützung durch ihre Familie verdient. Es werde ihr als gesunde, junge Frau möglich sein, ihren Lebensunterhalt durch Erwerbstätigkeit, z. B. abermals in der Kinderbetreuung, zu finanzieren. Es könne daneben davon ausgegangen werden, dass sie im Hause ihres Onkels, wo auch ihre Mutter wohne, zu ähnlichen Konditionen unterkommen könne. Sie sei jung genug, um weitere neue soziale Kontakte aufzubauen, wodurch der Vollzug der Wegweisung in einer Abwägung auch zumutbar sei.

Der mit Schreiben vom 24.05.2019 von der Beschwerdeführerin durch ihren Rechtsvertreter erhobenen Beschwerde gegen die Entscheidung der Regierung vom 30.04.2019 gab der VGH mit U vom 2. August 2019 (VGH 2019/057a) keine Folge. Dies wurde wie folgt begründet:

Die Beschwerdeführerin habe am 26.02.2018 in Liechtenstein ein Asylgesuch gestellt. Somit sei das Asylgesetz (AsylG), LGBl. 2012 Nr. 29 idgF, anwendbar.

Der VGH schliesse sich den Feststellungen in der bekämpften Entscheidung an, weshalb auf die von der Regierung getroffenen Sachverhaltsfeststellungen verwiesen werden könne (Art 101 Abs 4 LVG).

Hervorzuheben sei, dass die Regierung dem primären Vorbringen der Beschwerdeführerin Glauben schenke, wonach diese laut ihren eigenen Angaben eine lediglich untergeordnete Rolle in der IPOB eingenommen habe, jedoch selbst keine exponierte Stellung innegehabt habe. […]

Die Regierung erkenne in Anwendung der aktuellen, ins Verfahren eingeführten und in der Entscheidung zitierten Länderberichte, dass die Beschwerdeführerin selbst bei Wahrunterstellung ihres Vorbringens nach längerer Abwesenheit und mangels früherer exponierter Position selbst in ihrem Heimatbundesstaat keine aktuelle Verfolgung vergegenwärtige. […]

Der VGH stimme der Regierung zu, dass das nachgeschobene und gesteigerte Vorbringen, einmal für zwei Tage angehalten und von der Polizei geschlagen worden zu sein, nicht glaubhaft sei. Dieses sei einerseits wenig konkret und sei von der Beschwerdeführerin erst zu einem späten Zeitpunkt in der Befragung vorgebracht worden. So sei die Beschwerdeführerin in der Befragung vom 13.11.2018 nach ihren Fluchtgründen befragt worden, worauf sie im Wesentlichen nur die Militäraktion von September 2017 angeführt habe. Zu dieser habe sie selbst aber keine persönliche Wahrnehmung, weil sie sich zu dieser Zeit in der Kirche befunden habe bzw. sich in weiterer Folge zu den Verwandten nach Imo State begeben haben wolle. Lediglich am Rande habe die Beschwerdeführerin dann auf die Frage nach einem sie persönlich betreffenden Vorfall erwähnt, dass sie im Juni/Juli 2017 einmal zur Polizeistation gebracht, von der Mutter aber gegen Bezahlung abgeholt worden sei. Man habe ihnen gesagt, dass sie mit dem Demonstrieren und der Mitgliedschaft aufhören sollten. Dabei habe sie betont, dass, wenn Demonstrationen seien, durch die Polizei Tränengas versprüht werde, weshalb alle gleich weggelaufen seien. Nur wenn das Militär komme, was im September 2017 erfolgt sei, würden einige Leute inhaftiert, einige umgebracht. Im Laufe dieser Befragung habe die Beschwerdeführerin auf konkrete Nachfrage nach der Behandlung durch die Polizei und ob sie auch geschlagen worden sei, ihr Vorbringen dahingehend gesteigert, dass sie sogar zwei Tage in ein Gefängnis gebracht und am ganzen Körper mit dem Schlagstock geschlagen worden sei, weshalb sie nach Entlassung ein Gesundheitszentrum habe aufsuchen müssen. Es wäre aber davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin gerade diesen einzigen durch sie persönlich erlebten Vorfall von sich aus im Detail geschildert hätte, hätte dieser tatsächlich in dieser Weise stattgefunden. So solle sich dieser Vorfall ja nur zwei oder drei Monate vor der Ausreise aus dem Heimatdorf zugetragen haben. Auch die weiteren Vorkommnisse habe die Beschwerdeführerin nicht im Detail geschildert, sondern betont, zu diesem Zeitpunkt in der Kirche gewesen zu sein, was erkläre, weshalb die Beschwerdeführerin keine näheren Auskünfte geben könne. Wäre die Beschwerdeführerin im September 2017 jedoch derart gesucht und verfolgt worden, wie ihr Beschwerdevertreter in der vorgelegten Beschwerde vertritt und die Beschwerdeführerin in den Raum stelle, so wäre sie bereits an ihrem Arbeitsplatz in der Kirche vom Militär aufgegriffen worden. Der Dorfgemeinschaft müsse nämlich bekannt gewesen sein, dass die Beschwerdeführerin dort gearbeitet und die Kinder betreut habe. Wäre tatsächlich gezielt durch das Militär nach der Beschwerdeführerin gesucht worden, wie der Beschwerdevertreter weiter vorbringe, wäre der Beschwerdeführerin aber auch die Wegreise nach Imo State nicht problemlos gelungen und hätte sie dort bei ihren Verwandten aufgefunden werden können bzw. wäre dort zumindest zu einem späteren Zeitpunkt nach ihr oder auch ihrem Bruder gesucht worden. Derartiges habe die Beschwerdeführerin, die regelmässig in Kontakt mit ihren Verwandten stehe, jedoch nicht vorgebracht. Vielmehr habe sich die Beschwerdeführerin – ohne dass sie einen sie betreffenden Vorfall detailliert geschildert habe, den sie nicht nur vom Hörensagen bzw. aus den Medien kenne – problemlos zu ihren Verwandten in den Nachbarbundesstaat begeben und sich dort von September bis zur Ausreise im Dezember 2017 aufhalten können. Daraus folge, dass das Interesse der Sicherheitskräfte an der Beschwerdeführerin nicht derart gewesen sei, wie sie darzulegen versuche, und dass der Beschwerdeführerin bei den Verwandten in Imo State eine innerstaatliche Flucht- und Aufenthaltsalternative zukomme, wie die Regierung richtig festgestellt habe.

Hierzu sei einerseits auf die Länderinformationen zu verweisen, wonach es in Nigeria (je nach Zählweise) mehr als 250 oder 500 Ethnien gebe. Zu den wichtigsten zähle jene der Beschwerdeführerin, nämlich die Igbo, die im Südosten des Landes angesiedelt seien. Generell herrsche in Nigeria Bewegungsfreiheit und bestehe aufgrund des fehlenden Meldewesens in vielen Fällen die Möglichkeit, einer Verfolgung durch Umzug in einen anderen Teil des Landes auszuweichen. Es könnte zwar mit gravierenden wirtschaftlichen und sozialen Problemen verbunden sein, wenn man sich an einen Ort begebe, in

dem keinerlei Verwandtschaft oder Bindung zur Dorfgemeinschaft bestehe. Da dies jedoch für die Beschwerdeführerin gerade nicht zutreffe, weil diese auf Verwandte zurückgreifen könne, zu denen sie auch aus Liechtenstein regelmässigen Kontakt pflege und die in der Lage gewesen seien, verschiedenste Unterlagen für die Beschwerdeführerin zu besorgen, sei den diesbezüglichen Ausführungen in der bekämpften Entscheidung beizutreten. Andererseits sei hervorzuheben, dass die Beschwerdeführerin selbst angebe, dass sie sich ab September 2017 für drei Monate bei den Verwandten habe in Sicherheit bringen können, ihre Verwandten und ihre Mutter in Imo State in Sicherheit leben würden und sie nicht vorgebracht habe, dass dort je nach ihr gesucht worden wäre. Folglich sei selbst bei Annahme einer Verfolgung in ihrem Heimatbundesstaat davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin, die sich im Übrigen mangels entsprechender Meldevorschriften weder registrieren lassen noch melden müsste, dort nicht gefunden werden würde. Der VGH pflichte zudem den Ausführungen der Regierung bei, wonach der Umstand, dass der Onkel der Beschwerdeführerin von Imo State an deren Heimatort in Abia State reisen würde, dort die Unterlagen der Beschwerdeführerin am – angeblich verlassenen – früheren Wohnort besorgen und damit zu den verschiedensten Stellen zur Ausstellung weiterer Unterlagen und Beweismittel gehen sowie mit diesen unbehelligt nach Imo State habe zurückreisen können, bereits ausschliesse, dass die Beschwerdeführerin derart gesucht werde und bedroht sei, wie sie angebe.

Wenn der Beschwerdevertreter nunmehr in der Beschwerde geltend mache, dass die Feststellung, wonach der Beschwerdeführerin keine landesweite asylrelevante Verfolgungslage oder die Gefahr derselben drohe, unrichtig sei, und er in diesem Zusammenhang nicht entscheidungswesentliche, untergeordnete Feststellungen bzw. die diesbezügliche Beweiswürdigung bekämpfe und eine landesweite Verfolgung unbelegt in den Raum stelle, so gelinge es ihm insbesondere nicht, den Ausführungen der Regierung zur innerstaatlichen Flucht- und Aufenthaltsalternative ausreichend substantiiert entgegenzutreten. […]

Da die Beschwerde die relevanten Feststellungen der Regierung nicht substantiiert bekämpfe und im Übrigen die Beschwerdeführerin auch in anderen Landesteilen, nicht zuletzt in Lagos, eine Fluchtalternative habe finden können, gelinge es dem Beschwerdevertreter nicht, den Feststellungen der Regierung derart entgegenzutreten, dass für die Beschwerdeführerin eine andere Entscheidung zu fällen wäre oder aber weitere Ermittlungsschritte geboten wären, die eine Zurückleitung des Verfahrens gebieten könnten. Auch liege keine derartige Verletzung der Rechte der Beschwerdeführerin vor, die einen weiteren Verfahrensgang notwendig machen oder rechtfertigen könnten.

Vor diesem Hintergrund habe auch die beantragte neuerliche Einvernahme der bereits wiederholt durch das APA detailliert befragten Beschwerdeführerin, die insbesondere bereits am 13.11.2018 angegeben habe, alle ihre Fluchtgründe im Detail vorgebracht zu haben, durch den VGH unterbleiben können. Den wesentlichen Feststellungen in der bekämpften Entscheidung, wonach die junge und gesunde Beschwerdeführerin als christliche Igbo keiner Minderheit angehöre, sie Verwandte im Heimatland habe, für die sie keine Probleme geltend mache, das Land über kein Meldewesen verfüge und es Landesteile gebe, in die selbst verfolgte Personen sich unbemerkt zurückziehen könnten, sei die rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde nicht bzw. nicht annähernd substantiiert (LES 2015/25; LES 2014/155 zur Rüge- und Substantiierungspflicht) entgegengetreten. Gleichzeitig sei deshalb die beantragte Ersatzfeststellung auf eine den Länderinformationen klar widersprechende landesweite asylrelevante Verfolgungslage und Gefahr derselben sowie dem Antrag auf Feststellung der Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft durch die Beschwerdeführerin nicht zu folgen. Vielmehr sei die Beschwerde spruchgemäss abzuweisen und die bekämpfte Regierungsentscheidung mit Verweis auf die entscheidungswesentlichen Feststellungen, die nachvollziehbare Beweiswürdigung und die rechtskonforme Subsumtion zu bestätigen.

Mit Schriftsatz vom 20. August 2019 beantragte die Beschwerdeführerin zunächst beim StGH die Bewilligung der Verfahrenshilfe für das Individualbeschwerdeverfahren sowie der noch zu erhebenden Individualbeschwerde gegen das gegenständliche U des VGH die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Mit Präsidialbeschluss vom 27. August 2019 wurde sowohl dem Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung wie auch dem Antrag auf Verfahrenshilfe Folge gegeben und der Beschwerdeführerin wurde aufgetragen, binnen vier Wochen ab Zustellung des Beschlusses der Liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer über die Bestellung des Verfahrenshelfers eine Individualbeschwerde gegen das U des VGH vom 2. August 2019, VGH 2019/057a, beim StGH einzureichen.

Gegen dieses Urteil des VGH erhob die Beschwerdeführerin sodann mit Schriftsatz vom 30. September 2019 Individualbeschwerde an StGH, wobei eine Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör abgeleitet aus Art 31 LV und Art 6 EMRK, der Begründungspflicht gemäss Art 43 LV sowie des Anspruches auf willkürfreie Behandlung gemäss Art 31 Abs 1 LV geltend gemacht wird. […]

Mit Schreiben vom 7. Oktober 2019 verzichtete der VGH auf eine Gegenäusserung zur vorliegenden Individualbeschwerde.

[Der StGH gab der Individualbeschwerde Folge.]

Aus den Entscheidungsgründen

1. […]

2. Die Beschwerdeführerin erhebt ua eine Gehörsrüge, weil die von ihr angebotene ergänzende persönliche Befragung vom VGH abgelehnt worden sei.

2.1 Wesentlicher Gehalt des primär aus dem Gleichheitssatz gemäss Art 31 Abs 1 LV abgeleiteten grundrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw. auf ein faires Verfahren gemäss Art 6 EMRK ist, dass der Verfahrensbetroffene eine dem Verfahrensgegenstand und der Schwere der drohenden Sanktion angemessene Gelegenheit erhält, seinen Standpunkt zu vertreten. Er soll zu allen wesentlichen Punkten des jeweiligen Ver-

fahrens Stellung beziehen können, was zumindest durch eine schriftliche Stellungnahme möglich sein muss (siehe StGH 2017/197, Erw. 3.1; StGH 2017/191, Erw. 3.1; StGH 2017/131, Erw. 3.1 [alle www.gerichtsentscheide.li]; siehe auch Hugo Vogt, Anspruch auf rechtliches Gehör, in: Andreas Kley/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, Schaan 2012, 573, Rz. 11 und 577, Rz. 17).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren garantiert grundsätzlich kein Recht auf persönliche Anhörung, dennoch können bestimmte Streitigkeiten oder bestimmte Umstände eine persönliche Anhörung erforderlich machen und zur Wahrung eines faires Verfahrens geboten sein (StGH 2013/108, Erw. 2.1 [www.gerichtsentscheide.li]; siehe auch Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, 206, Rz. 163; Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., München/Basel/Wien 2012, 423 f., Rz. 64; Hugo Vogt, Anspruch auf rechtliches Gehör, a. a. O., 574, Rz. 13).

Nach der Rechtsprechung des StGH kann auch die im Beschwerdefall spezifisch geltend gemachte ungerechtfertigte Abweisung von Beweisanträgen den sachlichen Geltungsbereich des grundrechtlichen Gehörsanspruchs verletzen; dies allerdings nur dann, wenn deren Erhebung zur Klärung von entscheidungswesentlichen Sachverhaltsaspekten erforderlich wäre. Bei der Entscheidung darüber, welche Beweismittel für ein Verfahren relevant sind, ist der zuständigen Behörde indessen aus grundrechtlicher Sicht ein grosser Entscheidungsspielraum einzuräumen (StGH 2017/197, Erw. 3.1 [www.gerichtsentscheide.li]). Allerdings müssen nach der neueren Rechtsprechung des StGH für die Abweisung eines Beweisanbots sachliche, nachvollziehbare Gründe angeführt werden. Insofern beschränkt sich die Prüfung der Konformität der Abweisung von Beweisanboten im Lichte des Anspruchs auf rechtliches Gehör entgegen der früheren Rechtsprechung nicht mehr auf eine blosse Willkürprüfung (StGH 2017/098, Erw. 2.2; StGH 2014/018, Erw. 2.2; StGH 2009/166, Erw. 3.1; [alle www.gerichtsentscheide.li]). Dabei hat der StGH auch eine antizipierte Beweiswürdigung nicht grundsätzlich ausgeschlossen, weil insbesondere Verfahrensverzögerungen durch überflüssige Beweisanträge unterbunden werden können müssen (StGH 2017/098, Erw. 2.3; StGH 2013/201, Erw. 3.1; StGH 2013/053, Erw. 4.3 [alle www.gerichtsentscheide.li]; siehe zum Ganzen auch Hugo Vogt, Anspruch auf rechtliches Gehör, a. a. O., 577 f., Rz. 18).

2.2 Wie erwähnt, rügt die Beschwerdeführerin eine Gehörsverletzung, weil die von ihr angebotene ergänzende persönliche Befragung vom VGH abgelehnt worden sei. Die Beschwerdeführerin hatte diese ergänzende Befragung insbesondere zur Klärung «der konkreten und persönlichen Verfolgungssituation und der konkreten Gefahr für die Beschwerdeführerin» angeboten.

Da die Beschwerdeführerin im Verfahren vor dem VGH ihre eigene Befragung als Beweismittel anbot, überschneiden sich im Beschwerdefall ausnahmsweise die beiden erwähnten Teilgehalte des Gehörsanspruchs, wonach ein Beschwerdeführer einerseits unter gewissen Umständen Anspruch auf persönliche Anhörung durch die entscheidende Behörde und andererseits das Recht zur Stellung von Beweisanträgen hat. In dieser Konstellation ist deshalb nicht entscheidend, welcher dieser beiden Teilgehalte des Gehörsanspruchs konkret geltend gemacht wird.

2.3 In einem kürzlich entschiedenen Fall des StGH zu StGH 2019/038, welcher ebenfalls einen Asylbewerber aus Nigeria betraf, war vom Beschwerdeführer explizit die Verletzung des erstgenannten Teilgehaltes gerügt worden, nämlich dass der VGH keine mündliche Verhandlung abgehalten habe. Hinsichtlich der bestimmten, gemäss Rechtsprechung erforderlichen Umstände, die im konkreten Fall eine persönliche Anhörung erforderlich machen, machte der StGH ua folgende, auch für den Beschwerdefall geltende Erwägungen: Es handle sich um keinen für das gegenwärtige Asylverfahren typischen Routinefall: Es sei kein Unzulässigkeitsentscheid zu treffen, sondern materiell auf die Frage der Asylgewährung einzutreten. Dazu komme, dass die Wegweisung in keinen sicheren Drittstaat erfolge, weshalb der Präsident des StGH die in der jüngeren Praxis des StGH nur noch ausnahmsweise gewährte aufschiebende Wirkung zuerkannt habe. Auch sei der Beschwerdeführer in den Anhörungen vor dem Ausländer- und Passamt unvertreten gewesen. Zudem behaupte der Beschwerdeführer, in ganz Nigeria einer Verfolgung ausgesetzt zu sein, sodass auch – im Gegensatz zur Annahme des VGH – keine innerstaatliche Fluchtalternative bestehe (siehe StGH 2019/038, Erw. 2.3).

Im Weiteren berief sich der StGH in StGH 2019/038 darauf, dass der VGH selbst den von der Regierung festgestellten Sachverhalt als unzureichend ermittelt erachtet und ergänzende Feststellungen getroffen habe. Demgegenüber stützt der VGH im vorliegenden Fall die Feststellungen der Regierung vollumfänglich; dies allerdings mit einer umfangreichen, im Vergleich zu StGH 2019/038 geradezu diffizilen ergänzenden Beweiswürdigung, mit welcher die Glaubwürdigkeit zentraler Aussagen der Beschwerdeführerin infrage gestellt wird. Im Gegensatz zu jenem Fall erachtet es die Regierung zudem als erwiesen, dass die Beschwerdeführerin Mitglied der Widerstandsorganisation IPOB (Indigeneous People of Biafra) war. Im Beschwerdefall ist somit die Frage der Glaubwürdigkeit der Aussagen der Beschwerdeführerin gerade auch im Lichte des im Vergleich zu StGH 2019/038 grösseren Gefährdungspotenzials aufgrund ihrer von der Regierung nicht infrage gestellten IPOB-Mitgliedschaft von zentraler Bedeutung. Vor diesem Hintergrund wäre es nach Auffassung des StGH im Beschwerdefall sogar noch mehr als im Fall zu StGH 2019/038 angezeigt gewesen, dass sich der VGH einen unmittelbaren Eindruck von der Beschwerdeführerin gemacht und eine mündliche Verhandlung durchgeführt hätte.

2.4 Daran ändert auch nichts, dass die Argumente des VGH, mit welchen er die mangelnde Glaubwürdigkeit zentraler Aussagen der Beschwerdeführerin verneinte und das Vorliegen einer innerstaatlichen Fluchtalternative bejahte, durchaus nachvollziehbar sind. Angesichts der fundamentalen Bedeutung einer mündlichen Verhandlung vor einem unabhängigen Gericht mit voller Kognition konnte im gegebenen Zusammenhang aber auch im Beschwerdefall ebenso wie im StGH-Fall 2019/038 nicht auf eine mündliche Verhandlung verzichtet werden.

2.5 Die Beschwerdeführerin ist daher ebenso wie der Beschwerdeführer in StGH 2019/038 durch die Unterlassung einer mündlichen Verhandlung in ihrem grundrechtlichen Gehörsanspruch verletzt worden.

3. Auf die weiteren Grundrechtsrügen ist bei diesem Ergebnis nicht weiter einzutreten. Der Individualbeschwerde ist sohin spruchgemäss Folge zu geben, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und an den VGH zur neuerlichen Entscheidung unter Bindung an die Rechtsansicht des StGH zurückzuverweisen.

4. […]

Staatsgerichtshof

U 03.02.2020, StGH 2019/113

Willkürverbot (ungeschriebenes Grundrecht)
Art 7 Abs 2 SteAHG

Im Steueramtshilfeverfahren ist nur die «voraussichtliche Relevanz» der auszufolgenden Urkunden im Sinne von Art 7 Abs 2 Bst e SteAHG zu prüfen. Dieser Prüfungsmassstab entspricht demjenigen der «abstrakten Beweiseignung» im Strafrechtshilfeverfahren. Dort erachtet es der Staatsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung nicht als Aufgabe der ersuchten Behörde, die einzelnen auszufolgenden Dokumente auf ihre Beweisrelevanz zu überprüfen. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn von einem Betroffenen die zumindest abstrakte Beweiseignung bestimmter auszufolgender Dokumente begründet infrage gestellt wird. Dies muss auch für das Steueramtshilfeverfahren gelten.

Sachverhalt

Mit Schreiben vom 08. Juli 2019 stellte das Government of India, Ministry of Finance, Foreign Tax & Tax Research Division, New Dehli, Indien, gestützt auf das Abkommen der Regierung des Fürstentums Liechtenstein und der Regierung der Republik Indien über den Informationsaustausch in Steuersachen vom 28. März 2013, LGBl. 2014 Nr. 165 (im Folgenden: TIEA-IN), ein Amtshilfeersuchen mit folgendem wesentlichen Inhalt:

Die indischen Steuerbehörden führten eine Untersuchung (enquiries) in der Sache von P.L. Im Rahmen dieser Untersuchungen hätten die indischen Steuerbehörden festgestellt, dass die indischen Steuerzahler gewisse Transaktionen mit T.A. S.A. durchgeführt hätten. Während einer Steuerprüfung, die in verschiedenen Geschäftsgebäuden der P.L. Limited, einer in Indien registrierten Gesellschaft, durchgeführt worden sei, sei festgestellt worden, dass P.L. Limited Zahlungen an T.A. S.A., B.V.I., für technische Unterstützung (technical assistance) geleistet habe. P.L. Limited habe jedoch keine Antwort darauf gegeben, weshalb diese Zahlungen geleistet worden seien. Es scheine, dass P.L. Limited durch Zahlungen für fingierte technische Unterstützung seine Steuerlast reduziert habe. Das Bankkonto von T.A. S.A. befinde sich in Liechtenstein. Nach dem Einkommensteuergesetz (Income Tax Act 1961) mache sich eines strafrechtlichen Vergehens schuldig, wer vorsätzlich versuche, Steuern zu hinterziehen. Beim vorliegenden Fall handle es sich um eine steuerstrafrechtliche Angelegenheit (criminal tax matter).

Über Aufforderung der Steuerverwaltung vom 16. und 30. Juli 2019 übermittelte die B. Bank AG der Steuerverwaltung mit Schreiben vom 26. Juli und 07. August 2019 die angefragten Informationen und Unterlagen.

Mit Verfügung vom 8. August 2019 zu AZ: IN1648-2019 entschied die Steuerverwaltung, der ersuchenden Behörde aufgrund des Ersuchens vom 8. Juli 2019 Amtshilfe zu leisten und der ersuchenden Behörde bestimmte Informationen für den Zeitraum vom 1. April 2013 bis 31. März 2019 betreffend die Einkommenssteuer (Festsetzung, Veranlagung und Erhebung von Steuern sowie Ermittlung in oder Verfolgung von Steuersachen) der P.L. Limited zu übermitteln.

Die Verfügung wurde mangels inländischem Wohnsitz oder Sitz und mangels inländischem Zustellbevollmächtigten der betroffenen Personen der B. Bank AG am 13. August 2019 zugestellt.

Mit Schreiben vom 19. August 2019 wiesen sich die Beschwerdevertreter als Vertreter der Beschwerdeführerin zu 1. aus und nahmen am 20. August 2019 bei der Steuerverwaltung Akteneinsicht.

Am 27. August 2019 erhoben die Beschwerdeführer gegen die Verfügung der Steuerverwaltung vom 8. August 2019 (AZ: IN1648-2019) rechtzeitig Beschwerde an den VGH und beantragten, der VGH wolle die Leistung der Rechtshilfe im vorliegenden Fall für rechtswidrig erklären und der liechtensteinischen Steuerverwaltung die Amtshilfeleistung untersagen.

Mit U vom 4. Oktober 2019 gab der VGH der Beschwerde insoweit statt, als der Spruch der Verfügung wie folgt ergänzt wurde:

«3.3. Die übermittelten Informationen (Auskünfte und Unterlagen) dürfen nur im ersuchenden Staat und nur im Verfahren gegen P.L. Limited für die im Amtshilfeersuchen vom 08. Juli 2019 genannten Zwecke und den dort genannten Zeitraum vom 01. April 2013 bis 31. März 2019 verwendet werden.»

Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen. Dies wurde wie folgt begründet:

Auf die vorliegende Sache der Steueramtshilfe kämen das TIEA-IN und das Gesetz vom 30. Juni 2010 über die internationale Amtshilfe in Steuersachen (Steueramtshilfegesetz; SteAHG), LGBl. 2010 Nr. 246 in der gültigen Fassung, zur Anwendung, wobei das Steueramtshilfegesetz gegenüber dem TIEA-IN subsidiär sei (Art 1 Abs 2 SteAHG). Wie sich aus den von der B. Bank AG der Steuerverwaltung übermittelten Informationen und Unterlagen ergebe, sei die Beschwerdeführerin zu 1. Inhaberin der Bankkonten, zu welchen die B. Bank AG Informationen und Unterlagen herausgegeben habe. Der Beschwerdeführer zu 2. sei wirtschaftlich Berechtigter der Beschwerdeführerin zu 1.

Die Beschwerdeführer brächten vor, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die verlangten Informationen für die Festlegung der Steuern der P.L. Limited voraussichtlich erheblich sein sollten. Dem hielt der VGH ua Folgendes entgegen:

Gemäss der ersuchenden Behörde bestehe der Verdacht, dass mit den Zahlungen der P.L. Limited an T.A. S.A. versucht (attempt) worden sei, Steuern zu hinterziehen. Um diesen Verdachtssachverhalt abzuklären, sei nicht nur relevant, wann P.L. Limited wieviel an T.A. S.A. überwiesen habe, sondern auch, wie T.A. S.A. dieses Geld verwendet habe, ob sie es auf ihrem Konto liegen gelassen, später an P.L. Limited zurücküberwiesen, zwischenzeitlich an eine Drittperson für eingekaufte Dienstleistungen und Waren weiterüberwiesen habe oder zwischenzeitlich Personen, die der P.L. Limited nahestehen (z.B. Aktionäre, wirtschaftlich Berechtigte, Geschäftsführer), habe zukommen lassen. Wenn es also richtig sei, wie die Beschwerdeführerin zu 1. vorbringe, dass T.A. S.A. sämtliche von P.L. Limited erhaltenen Gelder zurücküberwiesen habe, sei nicht nur dieser Rücküberweisungsvorgang mit Informationen aus Liechtenstein zu verifizieren, sondern auch das weitere Vorbringen der Beschwerdeführerin zu 1., dass sie mit diesen Geldern zwischen Eingang und Rücküberweisung nichts anderes gemacht habe, als auf ihrem Konto liegen zu lassen. Da der Verdachtssachverhalt darin liege, dass versucht worden sei, den steuermindernden Aufwand durch Zahlungen für fingierte Leistungen zu erhöhen, sei auch die Information relevant, wer auf Seiten der Beschwerdeführerin zu 1. bei einer solchen versuchten Steuerhinterziehung mitgewirkt habe, insbesondere wer die Zeichnungsberechtigten und wirtschaftlich Berechtigten der Beschwerdeführerin zu 1. seien. Liechtensteinische Banken, wie die B. Bank AG, seien verpflichtet, bei Geldtransaktionen deren wirtschaftlichen Hintergrund zu klären, um so Geldwäscherei hintanzuhalten. Deshalb könne davon ausgegangen werden, dass sich in den Sorgfaltspflichtunterlagen der Bank Kopien jener Verträge befänden, die im Zusammenhang mit den untersuchten Zahlungen stünden. Deshalb sei es möglich und wahrscheinlich, dass sich aus den Bankunterlagen Erkenntnisse zum Rechtsgrund und zur Berechtigung der Zahlungen ergäben.

Mit Schriftsatz vom 16. Oktober 2019 stellten die Beschwerdeführer beim StGH einen Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung im Hinblick auf ihre noch einzubringende Individualbeschwerde, welchem der Präsident des StGH mit Beschluss vom 25. Oktober 2019 Folge gab.

Gegen das Urteil des VGH vom 4. Oktober 2019, VGH 2019/083, erhoben die Beschwerdeführer sodann mit Schriftsatz vom 23. Oktober 2019 Individualbeschwerde an den StGH, wobei eine Verletzung des Willkürverbots, des Anspruchs auf rechtliches Gehör, der Begründungspflicht und des Rechtsgleichheitsgebots geltend gemacht wird. […]

[Der StGH gab der Individualbeschwerde keine Folge]

Aus den Entscheidungsgründen

[…]

5. Die Beschwerdeführer rügen schliesslich eine Verletzung des Willkürverbots.

[…]

5.3 Die Beschwerdeführer werfen dem VGH weiter eine grobe Aktenwidrigkeit vor. Er führe aus, dass liechtensteinische Banken verpflichtet seien, den wirtschaftlichen Hintergrund von Geldtransaktionen zu klären, um so Geldwäscherei hintanzuhalten. Dabei gehe dieser aktenwidrig davon aus, dass sich in den Sorgfaltspflichtunterlagen der Bank Kopien jener Verträge befänden, die im Zusammenhang mit den untersuchten Zahlungen stünden.

5.3.1 Den Beschwerdeführern ist zunächst zuzustimmen, wenn sie im Zusammenhang mit diesem Beschwerdevorbringen darauf hinweisen, dass nach der Rechtsprechung des StGH auch eine grob unrichtige Sachverhaltsfeststellung oder eben eine krasse Aktenwidrigkeit einen Verstoss gegen das Willkürverbot darstellen kann (vgl. StGH 2013/104, Erw. 3.2 [www.gerichtsentscheide.li]).

5.3.2 Indessen ist zu beachten, dass es bei der im Steueramtshilfeverfahren vorzunehmenden Prüfung nicht darum geht, ob die auszufolgenden Unterlagen für das ausländische Steuerverfahren definitiv relevant sind. Zu prüfen ist nur die «voraussichtliche Relevanz» im Sinne von Art 7 Abs 2 Bst. e SteAHG. Somit ist keine abschliessende Beurteilung der Relevanz der auszufolgenden Unterlagen vorzunehmen (StGH 2014/058, Erw. 4.1 [www.gerichtsentscheide.li]). Der Prüfungsmassstab der «voraussichtlichen Relevanz» im Steueramtshilfeverfahren entspricht demjenigen der «abstrakten Beweiseignung» im Strafrechtshilfeverfahren. Dort erachtet es der StGH in ständiger Rechtsprechung nicht als Aufgabe der ersuchten Behörde, die einzelnen auszufolgenden Dokumente auf ihre Beweisrelevanz zu überprüfen. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn von einem Betroffenen die zumindest abstrakte Beweiseignung bestimmter auszufolgender Dokumente begründet infrage gestellt wird (siehe StGH 2019/017, Erw. 2.6, und StGH 2013/074, Erw. 2.4 [www.gerichtsentscheide.li]; vgl. auch StGH 2017/039, Erw. 4.2 [www.gerichtsentscheide.li]). Dies muss auch für das Steueramtshilfeverfahren gelten.

5.3.3 Dies vorausgeschickt, mag es im Beschwerdefall zwar zutreffen, dass sich unter den von der B. Bank AG vorgelegten Unterlagen entgegen der Annahme des VGH keine einschlägigen Verträge befinden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die dahinterstehenden grundsätzlichen Erwägungen des VGH richtig sind, nämlich dass Banken wie andere Finanzintermediäre gemäss Sorgfaltspflichtgesetz verpflichtet sind, bei Geldtransaktionen den wirtschaftlichen Hintergrund zur Geldwäschereibekämpfung zu klären, weshalb es wahrscheinlich ist, dass sich aus den Bankunterlagen Erkenntnisse zum Rechtsgrund und zur Berechtigung der im Beschwerdefall relevanten Zahlungen ergeben. Die Beschwerdeführer machen auch nicht geltend, dass bestimmte auszufolgende Unterlagen nicht zumindest abstrakt beweisgeeignet wären. Deshalb war es im Sinne der erwähnten Rechtsprechung des StGH zur Überprüfung der abstrakten Beweiseignung im Rechtshilfeverfahren nicht erforderlich, dass sich der VGH im Einzelnen mit diesen Unterlagen auseinandersetzte. Im Übrigen ist hier anzumerken, dass die Sorgfaltspflichtunterlagen der Bank zwar keine Verträge, aber sehr wohl Hinweise auf vertragliche Grundlagen der Zahlungen enthalten.

Die dem VGH vorgeworfene Aktenwidrigkeit wäre somit von vornherein nicht wesentlich, weil sie nichts

an der Zulässigkeit der Urkundenausfolgung an die ersuchende Behörde ändern würde. Eine nicht relevante Aktenwidrigkeit kann aber auch nicht willkürlich sein.

5.4 Die Beschwerdeführer erachten schliesslich die Auffassung des VGH als willkürlich, wonach eine Überweisung der Beschwerdeführerin zu 1. an Drittpersonen von Relevanz für das gegen die P.L. Limited geführte Steuerstrafverfahren sein könne. Dies könnte nur zu steuerbaren Vorgängen bei der Beschwerdeführerin zu 1. geführt haben und nicht bei der P.L. Limited.

5.4.1 Wie der VGH ausführt, liegt der Verdachtssachverhalt gerade darin, dass seitens der P.L. Limited versucht wurde, den für sie steuermindernden Aufwand durch Zahlungen an die Beschwerdeführerin zu 1. für fingierte Leistungen zu erhöhen.

5.4.2 Um diesen Verdachtssachverhalt abzuklären, ist sehr wohl relevant, wie und wann diese Zahlungen an die Beschwerdeführerin zu 1. erfolgten und was dann mit dem Geld passiert ist. Es ist insbesondere auch zu prüfen, ob das Vorbringen der Beschwerdeführerin zu 1. richtig ist, dass sie sämtliche von P.L. Limited erhaltenen Gelder zurücküberwiesen und dass sie mit diesen Geldern zwischen Eingang und Rücküberweisung nichts anderes gemacht habe, als diese auf ihrem Konto liegen zu lassen.

Somit ist das hier angefochtene Urteil des VGH auch insoweit willkürfrei.

5.5 Die Willkürrüge erweist sich demnach insgesamt als nicht berechtigt.

VERWALTUNGSGERICHTSHOF

Verwaltungsgerichtshof

B 09.11.2018, VGH 2018/092

Art 43 Abs 1 und 3 LVG, § 63 Abs 1 ZPO
Verfahrenshilfe im Verwaltungsverfahren: In einem einseitigen, nicht kontradiktorischen Verwaltungsverfahren, in welchem es auch nicht um Ansprüche auf Geldleistungen geht, trägt der Antragsteller die eigenen Parteikosten immer selbst. Er hat keine Möglichkeit, auch nicht im Falle des Obsiegens, von einer gegnerischen Partei oder einer Behörde die Parteikosten ersetzt zu erhalten. Daran würde auch die Gewährung der Verfahrenshilfe nichts ändern. Zwar würde das Land Liechtenstein die Kosten des Verfahrenshelfers vorläufig übernehmen, doch wäre der Antragsteller anschliessend sofort verpflichtet, dem Land Liechtenstein Ersatz zu leisten. Das Land könnte seinen Ersatzanspruch rechtlich durchsetzen und vollstrecken. Dies bedeutet, dass der Antragsteller auf jeden Fall sein Vermögen und Einkommen für seine eigene Rechtsvertretung einsetzen muss, soweit es exekutionsrechtlich verwertbar ist.

Sachverhalt

1. Mit Email vom 11. Oktober 2017 teilte das Amt für Soziale Dienste (ASD) der Landespolizei wie folgt mit: *Herr BF wird mit wirtschaftlicher Sozialhilfe unterstützt. Wir haben die Meldung erhalten, dass er zurückgezogen und ohne soziale Kontakte lebt. [gelöscht] hat gemeldet, dass er zwei Pistolen besitze.*

2. Am 08. März 2018 begehrte der Antragsteller beim ASD eine Kopie des oben genannten Emails.

3. Mit Schreiben vom 04. April 2018 übermittelte das ASD dem Antragsteller eine Kopie des Emails vom 11. Oktober 2017, auf welchem jedoch der Adressat des Emails, der Name jener Person, die eine Meldung an das ASD erstattet hatte, und der Name des Verfassers des Emails unkenntlich (gelöscht) wurden. Hierzu teilte das ASD dem Antragsteller mit: *Soweit Drittpersonen, d.h. von Ihnen verschiedene Personen, von der zu erteilenden Auskunft erfasst sind, wurde eine Einschränkung des Auskunftsrechts vorgenommen, indem die betreffenden Stellen abgedeckt wurden.*

4. Gegen dieses Schreiben des ASD vom 04. April 2018 reichte der Antragsteller bei der Datenschutzkommission ein Schreiben vom 06. April 2018 ein. Darin führte er aus, dass er das genannte Email vom 11. Oktober 2017 «aber gerne ohne Auslassungen» hätte.

5. Die Datenschutzkommission behandelte das Schreiben vom 06. April 2018 als Beschwerde und wies mit Entscheid vom 26. Juni 2018 zu DSK 2018/2 die Beschwerde vom 06. April 2018 ab. Sie auferlegte dem Antragsteller Verfahrenskosten von CHF 90.00.

6. Der Antragsteller beabsichtigt, den Entscheid der Datenschutzkommission vom 26. Juni 2018 mittels Beschwerde an den VGH anzufechten. Deshalb stellte er, nunmehr rechtsfreundlich vertreten, mit Schriftsatz vom 04. Juli 2018 beim VGH den Antrag, ihm für das Beschwerdeverfahren Verfahrenshilfe in vollem Umfang zu gewähren.

7. Der VGH zog den Akt der Datenschutzkommission zu DSK 2018/2 bei und ersuchte den Antragsteller mit Schreiben vom 30. August 2018, dem VGH mitzuteilen, ob er Eigentümer von Waffen, Waffenzubehör, Munition oder antiken Waffen im Sinne des Waffengesetzes und der Waffenverordnung ist und, sollte er Eigentümer solcher Gegenstände sein, was die genaue Bezeichnung, der Anschaffungspreis samt Anschaffungsdatum und aktueller Verkehrswert ist. Hierzu teilte der Antragsteller mit Schriftsatz vom 07. September 2018 mit, dass er Eigentümer von zwei Waffen (Pistole, Repetierbüchse) gemäss beigeschlossener Kopie des «Europäischen Waffenpasses» der Landespolizei sei. Der Erwerb der Waffen sei am 30. März 2017 für CHF 953.05 erfolgt. Ihm sei es leider nicht möglich, einen Verkehrswert der Waffen festzulegen.

Aus den Entscheidungsgründen

1. Im zugrundeliegenden Hauptverfahren geht es um die Bearbeitung von Personendaten durch Behörden bzw den datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch des Antragstellers gegenüber dem ASD gemäss Art 36 DSG (Datenschutzgesetz vom 14. März 2002, LGBl. 2002 Nr. 55 in der gültigen Fassung). Auf das Verfahren und damit auch auf das Beschwerdeverfahren vor der Datenschutzkommission und dem VGH ist das Gesetz über die Allgemeine Landesverwaltungspflege (LVG) anwendbar (Art 38 Abs 4 DSG).

2. Auf das Armenrecht (das Recht der Verfahrenshilfe) im Verwaltungsverfahren finden die einschlägigen Vorschriften der Zivilprozessordnung sinngemäss Anwendung (Art 43 Abs 1 LVG). Über Armenrecht im Verfahren vor dem VGH entscheidet dieser endgültig (Art 43 Abs 5 LVG). Er entscheidet nach freiem Ermessen, ob einem Beteiligten das Armenrecht ganz oder teilweise zu bewilligen sei (Art 43 Abs 3 LVG).

3. Gemäss der sinngemäss anzuwendenden Bestimmung von § 63 Abs 1 ZPO ist einer Partei Verfahrenshilfe soweit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, als sie ausserstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. Als notwendiger Unterhalt ist derjenige Unterhalt anzusehen, den die Partei für sich und ihre Familie, für deren Unterhalt sie zu sorgen hat, zu einer einfachen Lebensführung benötigt.

4. Der VGH erachtet eine Beschwerdeführung gegen den Entscheid der Datenschutzkommission vom 26. Juni 2018 nicht als aussichtslos, denn es geht im datenschutzrechtlichen Verfahren um eine Abwägung der Interessen, wie die Datenschutzkommission ausführte. Es kann nicht von Vornherein ausgeschlossen werden, dass der VGH die abzuwägenden Interessen anders als die Datenschutzkommission gewichten wird und deshalb zu

einem anderen Entscheid kommen könnte als die Datenschutzkommission.

Die Beschwerdeführung ist nicht mutwillig. Sie ist juristisch auch nicht einfach, sodass es sachlich gerechtfertigt wäre, einen Rechtsanwalt zum Verfahrenshelfer des Antragstellers zu bestellen.

5. Hingegen erachtet der VGH die finanzielle Bedürftigkeit des Antragstellers nicht für gegeben, dies aus folgenden Gründen:

In einem einseitigen, nicht kontradiktorischen Verwaltungsverfahren, in welchem es auch nicht um Ansprüche auf Geldleistungen geht, trägt der Antragsteller die eigenen Parteikosten, also die Kosten des eigenen Rechtsvertreters, immer selbst (stete Rechtsprechung zu Art 35 ff. LVG). Er hat keine Möglichkeit, auch nicht im Falle des Erfolges (des Obsiegens), von einer gegnerischen Partei oder einer Behörde die Parteikosten ersetzt zu erhalten. Daran würde auch die Gewährung der Verfahrenshilfe nichts ändern. Zwar würde das Land Liechtenstein die Kosten des Verfahrenshelfers vorläufig übernehmen und begleichen, doch wäre der Antragsteller anschliessend sofort und jederzeit verpflichtet, dem Land Liechtenstein Ersatz zu leisten. Würde er dies nicht freiwillig tun, könnte das Land Liechtenstein seinen Ersatzanspruch rechtlich durchsetzen und vollstrecken. Dies bedeutet, dass der Antragsteller auf jeden Fall, also unabhängig davon, ob er mit einer allfälligen Beschwerde an den VGH durchdringen wird oder nicht, sein Vermögen und sein Einkommen für seine eigene Rechtsvertretung einsetzen muss. Dies gilt vorliegendenfalls insbesondere für die beiden Waffen, die sich im Eigentum des Antragstellers befinden. Somit kann und muss vom Antragsteller erwartet werden, dass er seine beiden Waffen verwertet, um das beabsichtigte Beschwerdeverfahren vor dem VGH zu finanzieren.

Daran ändert auch nichts, dass der Antragsteller vom ASD mit wirtschaftlicher Sozialhilfe unterstützt wird. Der Antragsteller war, wie er am 07. September 2018 dem VGH mitteilte, in der Lage, am 30. März 2017 zwei Waffen zum Preis von CHF 953.05 zu erwerben. Daraus ist zu schliessen, dass er dieselben Waffen eineinhalb Jahre später auch wieder veräussern oder sonstwie verwerten kann. Würde dem Antragsteller Verfahrenshilfe gewährt, müsste das Land Liechtenstein den Ersatzanspruch ohnehin in die beiden genannten Waffen vollstrecken lassen.

Welchen aktuellen Verkehrswert die beiden Waffen haben, teilte der Antragsteller trotz Aufforderung dem VGH nicht mit. Die Rechtsvertreterkosten für die Erhebung einer Beschwerde an den VGH belaufen sich bei einer Bemessungsgrundlage von CHF 1.000.00, wie vom Antragsteller angegeben, auf CHF 535.50 (Tarifpost 3C) zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer (CHF 41.25), somit auf CHF 576.75. Allenfalls kommen noch Gerichtsgebühren hinzu, doch ist darüber erst nach Einreichung der Beschwerde beim VGH zu entscheiden (Art 5, 7, 8, 38 GGG).

Wenn der Erwerbspreis der beiden Waffen am 30. März 2017 CHF 953.05 betrug und da der Antragsteller trotz Aufforderung des VGH keine Angaben zum aktuellen Wert der beiden Waffen machte, kann und darf der VGH ohne weiteres davon ausgehen, dass bei einer Verwertung der beiden Waffen zumindest ein Erlös erzielt werden kann, der sowohl die Vertreterkosten als auch die allfälligen Gerichtsgebühren deckt. Somit ist der Antragsteller selbst in der Lage, eine Beschwerdeführung an den VGH zu finanzieren.

Anmerkung

Einer gegen diesen Beschluss erhobenen Individualbeschwerde gab der Staatsgerichtshof mit Urteil vom 02.07.2019 zu StGH 2018/141 keine Folge.

Verwaltungsgerichtshof

U 30.10.2019, VGH 2019/079

Art 39 ff ALVG

Kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht ua dann, wenn der Arbeitsausfall durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören. Mit dem normalen Betriebsrisiko sind die gewöhnlichen Arbeitsausfälle gemeint, mithin jene Ausfälle, die erfahrungsgemäss regelmässig und wiederholt auftreten, demzufolge vorhersehbar und kalkulatorisch erfassbar sind. Mit der Entscheidung, für Kunden zu produzieren, die auf einem von Konjunkturschwankungen stark betroffenen Markt tätig sind, geht der Arbeitgeber bewusst das Risiko ein, bei veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen einen Umsatzeinbruch zu erleiden. Die Verwirklichung dieser Risiken kann nicht zu Lasten der Arbeitslosenversicherung gehen.

Sachverhalt

Am 22.11.2018 beantragte die Beschwerdeführerin beim Amt für Volkswirtschaft (AVW) Kurzarbeitsentschädigung für 29 von 45 Mitarbeitern in der Abteilung Geräte- und Elektronikmontage für den Zeitraum vom 01.11.2018 bis 28.02.2019. Die Veränderung der Auftragslage wurde insbesondere mit einem starken Einbruch des grössten Kunden, der X, begründet, welcher den starken Rückgang im Halbleitermarkt spüre. Mit dem grossen Kunden X bestünden Rahmenverträge, welche zurzeit stark reduziert worden seien, bei Bedarf aber wieder hochgefahren würden. Es sei nicht anzunehmen, dass die Nachfrage aus dem Halbleitermarkt nachhaltig still stehe. Nach dem Durchhänger werde in den kommenden Jahren der nächste Wachstumsschub in der zyklischen Halbleiterbranche einsetzen. Die heutigen Mitarbeiter der Beschwerdeführerin seien auf die high-tech-Arbeiten für X eingeschult und ein rasches Hochfahren im neuen Zyklus wäre mit neuen Leuten sehr schwierig.

Mit Verfügung vom 19.12.2018 wies das AVW den Antrag der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung ab. Begründend wurde ausgeführt, es liege kein anrechenbarer Arbeitsausfall vor. Gemäss Art 41 Abs 1 lit a ALVG sei ein Arbeitsausfall nicht anrechenbar, wenn er durch Umstände verursacht werde, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehörten. Nach der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes zähle

der Wegfall eines Grosskunden regelmässig zum normalen Betriebsrisiko. Der Arbeitsausfall bei der Beschwerdeführerin sei massgeblich durch die stark reduzierten Aufträge eines Grosskunden verursacht worden. Mit der Entscheidung, die Produktion auf einen Grosskunden, wie die X, zu konzentrieren, sei die Beschwerdeführerin ein bewusstes und vorhersehbares Risiko eingegangen.

Gegen die Verfügung des AVW erhob die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 03.01.2019 Beschwerde an die Regierung.

Mit Entscheidung vom 01.07.2019 wies die Regierung die Beschwerde gegen die Verfügung des AVW ab.

Gegen die Regierungsentscheidung erhob die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 07.08.2019 Beschwerde an den VGH.

Aus den Entscheidungsgründen

1. Aufgrund der Angaben der Beschwerdeführerin im Antragsformular vom 22.11.2018 hat das AVW in seiner Verfügung als unstrittig festgestellt, dass die Beschwerdeführerin unter den Auswirkungen des starken Einbruchs ihres grössten Kunden leide, wodurch sie selbst in Folge einen starken Auftragsrückgang zu verzeichnen habe und daher Kurzarbeitsentschädigung für 29 Mitarbeiter beantrage. Aus den vorgelegten Antragsunterlagen sei ersichtlich, dass der voraussichtliche prozentuale Arbeitsausfall pro Monat/Abrechnungsperiode 70% ausmache.

Unbestritten ist zudem, dass die Beschwerdeführerin ihren Hauptumsatz mit Kunden aus der Halbleiterbranche macht und der Halbleitermarkt im Jahr 2018 eingebrochen ist. Weiters ist von den Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrem Antrag vom 22.11.2018 an das AVW auszugehen, dass der Halbleitermarkt damals nicht nachhaltig stillstand, sondern dass in den kommenden Jahren der nächste Wachstumsschub einsetzt, weil die Halbleiterbranche zyklisch ist.

2. Die Vorinstanzen haben richtigerweise darauf hingewiesen, dass die Gesetzgebung über die Arbeitslosenversicherung aus der Schweiz rezipiert wurde, weswegen die schweizerische Lehre und Rechtsprechung zu berücksichtigen ist.

Nach Art 39 Abs 1 des Gesetzes über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (ALVG), LGBl. 2010 Nr. 452, haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

a. Sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben;
b. der Arbeitsausfall anrechenbar ist;
c. das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist; und
d. der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können.

Gemäss Art 40 Abs 1 lit. a ALVG ist ein Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist. Ein Arbeitsausfall ist u.a. dann nicht anrechenbar, wenn er durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art 41 Abs 1 lit a ALVG).

Mit dem normalen Betriebsrisiko sind die «gewöhnlichen» Arbeitsausfälle gemeint, mithin jene Ausfälle, die erfahrungsgemäss regelmässig und wiederholt auftreten, demzufolge vorhersehbar und in verschiedener Weise kalkulatorisch erfassbar sind. Was in diesem Sinne noch als normal gelten soll, darf nach der schweizerischen Rechtsprechung nicht nach einem für alle Unternehmensarten allgemein gültigen Massstab bemessen werden, sondern ist in jedem Einzelfall aufgrund der mit der spezifischen Unternehmenstätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen (BGE 119 V 498 E.1). Dabei kommt dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit massgebende Bedeutung zu (BGer 8 C_267/2012; BGE 138 V 333 E. 4.2.2). So gehören Arbeitsausfälle, die jeden Arbeitgeber betreffen können, zum normalen Betriebsrisiko. Lediglich wenn sie ausserordentlicher oder aussergewöhnlicher Natur sind, sind sie anrechenbar und damit entschädigungsberechtigt (EVG C 173/03).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gehört der Wegfall eines Hauptkunden zum normalen Betriebsrisiko, da die Geschäftsbeziehung mit einem Hauptkunden, auch bei gutem Einvernehmen, das vorhersehbare Risiko, bei veränderten Verhältnissen einen Umsatzeinbruch zu erleiden, beinhaltet. Mit der Bindung an einen Hauptkunden entsteht ein vorhersehbares Risiko mit dem – grundsätzlich jederzeit möglichen und zum wirtschaftlichen Geschehen gehörenden – Verlust dieser Geschäftsbeziehung (Klumpenrisiko) einen markanten Umsatzeinbruch zu erleiden (BGer 8C_279/2007 und 8C_291/2010).

3. Die Beschwerdeführerin bringt vor, ihr Arbeitsausfall sei nicht auf den Ausfall des Grosskunden X, sondern auf die schlechte konjunkturelle Lage der Halbleiterbranche im Allgemeinen im Jahre 2018 zurückzuführen. Sie hätte den Arbeitsausfall also auch dann erlitten, wenn sie mehr Kunden aus dem Halbleitermarkt gehabt hätte. Aufgrund der grundsätzlich positiven Entwicklung im Halbleitermarkt, welche auf die unzähligen Anwendungsmöglichkeiten in der heutigen Gesellschaft, die kurzen Marktzyklen und den dauernden Entwicklungsdruck in der Technologie zurückzuführen sei, sei nicht mit einem solchen, kurzfristigen, massiven Einbruch der Aufträge zu rechnen gewesen. Es handle sich somit nicht um ein normales Betriebsrisiko.

Die Beschwerdeführerin hat bereits in ihrem Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung auf die «zyklische Halbleiterbranche» hingewiesen. Sie geht somit davon aus, dass die Halbleiterbranche in mehr oder weniger regelmässigen Abständen stark wachsen und dann wieder einbrechen kann. Mit ihrer Entscheidung, hauptsächlich für die X, aber auch für andere Kunden zu produzieren, die auf dem von Konjunkturschwankungen stark betroffenen Halbleitermarkt tätig sind, ist die Beschwerdeführerin bewusst das Risiko eingegangen, bei veränderten wirtschaftlichen (konjunkturellen) Verhältnissen einen Umsatzeinbruch zu erleiden. Die Verwirklichung dieser Risiken kann nicht zu Lasten der Arbeitslosenversicherung gehen (BGer 8C_549/2017).

Verwaltungsgerichtshof

U 30.10.2019, VGH 2019/094

Art 18 StPG
Da das Staatspersonalgesetz nichts anderes bestimmt, gilt auch in Bezug auf das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis der privatrechtliche Grundsatz, dass es sich bei der Kündigung um ein Gestaltungsrecht und damit um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt. Sie beendet ein bestehendes Rechtsverhältnis (Dienstverhältnis) von einem bestimmten, hier zukünftigen Zeitpunkt an

Art 22 Abs 1 Bst g, Art 23 Abs 1 StPG
Die Kündigung des Dienstverhältnisses beendet dieses selbst dann, wenn sie unbegründet ist, also wenn kein sachlich hinreichender Grund für eine Kündigung vorliegt. Für die Beendigung des Dienstverhältnisses kommt es also nicht auf die Begründung der Kündigung an. Ist der Dienstnehmer während mehr als 180 Tagen an der Erfüllung seiner Aufgaben wegen Krankheit oder Unfall verhindert, liegt ein sachlich hinreichender Grund für eine Kündigung vor.

Art 16 Abs 3 Satz 2 StPG
Mitarbeiter der Landesverwaltung haben keinen Anspruch auf eine Versetzung. Dies gilt auch für Versetzungen auf eine sog Ausgleichsstelle.

Sachverhalt

Mit Schreiben vom 24. April 2019 beantragte das Amt A durch seinen Amtsleiter bei der Regierung die Kündigung des Dienstverhältnisses mit dem Beschwerdeführer, einem Mitarbeiter des Amtes A.

Das Amt A führte aus, der Beschwerdeführer sei in der knapp sechsjährigen Anstellungszeit infolge Unfalls oder Krankheit sehr oft arbeitsunfähig gewesen. Aktuell sei er seit dem 20. August 2018 durchgehend zu 100% krankheitsbedingt arbeitsunfähig gewesen. Das Amt benötige für die Bewältigung der wichtigen Aufgaben zuverlässig einsatzfähige Mitarbeiter. Die vielen Arbeitsausfälle zeigten, dass die grossen arbeitsbedingten Belastungen den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers immer wieder beeinträchtigten. Amtsintern bestehe keine Möglichkeit, den Beschwerdeführer mit einer anderen, leichteren Aufgabe zu betrauen.

Mit Entscheidung vom 21. Mai 2019 entschied die Regierung wie folgt:

1. Das Dienstverhältnis zwischen der Liechtensteinischen Landesverwaltung und Herrn BF, angestellt als Mitarbeiter beim Amt A, wird per Ende Mai 2019 unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf den 31. August 2019 gekündigt.
2. Die Kosten dieser Entscheidung verbleiben beim Land.

Die Regierung stellte folgenden Sachverhalt fest:

Herr BF ist seit 01. Mai 2013 als Mitarbeiter beim Amt A bei der Liechtensteinischen Landesverwaltung angestellt. Er hat seit längerer Zeit gesundheitliche Probleme, welche in den letzten Jahren immer wieder langfristige krankheitsbedingte Absenzen zur Folge hatten. Seit dem 20. August 2018 ist er durchgehend zu 100% arbeitsunfähig. Das aktuelle ärztliche Attest von Dr. NN stammt vom 24. April 2019 und bescheinigt eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit bis zum 31. Mai 2019.

Rechtlich führte die Regierung im Wesentlichen wie folgt aus:

Gemäss Art 22 Abs 1 Bst g StPG könne die Regierung ein Dienstverhältnis wegen Verhinderung an der Erfüllung der Aufgaben wegen Krankheit oder Unfall kündigen. Eine solche Verhinderung liege beim Beschwerdeführer wegen Krankheit, die seit 20. August 2018 durchgehend daure, vor. Eine Verbesserung der Situation sei nicht vorgebracht worden und auch nicht erkennbar. Da der Beschwerdeführer aufgrund seiner gesundheitlichen Situation nicht in der Lage sei, seine dienstlichen Aufgaben zu erfüllen, sei der Kündigungsgrund des Art 22 Abs 1 Bst g StPG erfüllt und das Dienstverhältnis sei zu kündigen. Dies sei im öffentlichen Interesse. Aus Dienstgebersicht sei die Situation zu bereinigen, da die Funktionen des Beschwerdeführers aufgrund seiner langfristigen Abwesenheit auf die übrigen Mitarbeiter seiner Abteilung aufgeteilt werden müssten. Dies sei auf Dauer nicht vertretbar, weshalb die Stelle neu besetzt werden müsse. Eine Umgestaltung des Dienstverhältnisses sei aufgrund seiner gesundheitlichen Situation nicht möglich.

Gegen diese Regierungsentscheidung erhob der Beschwerdeführer am 04. September 2019 rechtzeitig Beschwerde an den VGH. Er beantragt, die Entscheidung ersatzlos aufzuheben.

Der VGH führte am 04. Oktober 2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, anlässlich welcher der Leiter des Amtes für Personal und Organisation als Zeuge sowie der Beschwerdeführer einvernommen wurden.

Aus den Entscheidungsgründen

1. Der Beschwerdeführer rügt die oben zitierten Sachverhaltsfeststellungen der Regierung nicht, sodass auf diese verwiesen werden kann (Art 101 Abs 4 LVG).

2. Auf den vorliegenden Fall ist das Gesetz vom 24. April 2008 über das Dienstverhältnis des Staatspersonals (Staatspersonalgesetz; StPG), LGBl. 2008 Nr. 144 in der heute gültigen Fassung, anwendbar (Art 1 Abs 1 und 2 StPG).

Das Dienstverhältnis mit der Landesverwaltung wird mittels Dienstvertrages begründet (Art 7 StPG), auch wenn es sich beim Dienstverhältnis um ein öffentlich-rechtliches Verhältnis handelt (Art 6 StPG). Auf das Dienstverhältnis kommen vornehmlich das Staatspersonalgesetz sowie, soweit das Staatspersonalgesetz nichts Abweichendes bestimmt, sinngemäss die Bestimmungen des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (insbesondere § 1173a ABGB) zur Anwendung (Art 3 StPG).

Analog dem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis endet das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis durch (a) Ablauf der Vertragsdauer, (b) Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen, (c) Kündigung, (d) fristlose Auflösung, (e) Invalidität, (f) Altersrücktritt oder (g) Tod des Angestellten (Art 18 StPG).

Da das Staatspersonalgesetz nichts Anderes bestimmt, gilt auch in Bezug auf das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis der privatrechtliche Grundsatz, dass es sich bei der Kündigung um ein Gestaltungsrecht und damit um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt. Sie beendet ein bestehendes Rechtsverhältnis (Dienstverhältnis) von einem bestimmten, hier zukünftigen Zeitpunkt an (Geiser/Müller/Parli, SjL Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2019, Rz 53). Ausnahmen hiervon bestehen nur, soweit sie vom Gesetz vorgesehen sind. So bestimmen Art 22 Abs 2 und Art 23 Abs 2 StPG i.V.m. § 1173a Art 49 ABGB, dass eine Kündigung dann nichtig ist, wenn sie innerhalb einer Sperrfrist erklärt wurde, so u.a. – bei einem Dienstverhältnis, das mehr als sechs Dienstjahre dauerte – während den ersten 180 Tagen, an denen der Angestellte ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist. Art 22 Abs 1 StPG bestimmt darüberhinaus, dass die Regierung ein Dienstverhältnis nur aus sachlich hinreichenden Gründen kündigen darf. Der Gesetzgeber hat beispielhaft aufgeführt, welche Gründe «sachlich hinreichend» sind, nämlich u.a. die Verhinderung an der Erfüllung der Aufgaben wegen Krankheit oder Unfall (Art 22 Abs 1 Bst g StPG).

Im vorliegenden Fall war der Beschwerdeführer seit 20. August 2018 an der Erfüllung seiner Aufgaben als Angestellter der Landesverwaltung und Mitarbeiterin des Amtes A gegen Krankheit verhindert. Damit liegt ein sachlich hinreichender Grund vor, das Dienstverhältnis zu kündigen. Die von der Regierung ausgesprochene Kündigung ist nicht zur Unzeit erfolgt und damit nicht nichtig (Art 22 Abs 2 und Art 23 Abs 2 StPG i.V.m. § 1173a Art 49 ABGB). Die Kündigung erfolgte nach mehr als 180 Tagen seit der krankheitsbedingten Verhinderung des Beschwerdeführers an seiner Aufgabenerfüllung.

3. An dieser Stelle kann erwähnt werden, dass die Kündigung eines Dienstverhältnisses durch die Regierung selbst dann das Dienstverhältnis und damit den Dienstvertrag beendet, wenn sie unbegründet ist, also wenn kein sachlich hinreichender Grund für eine Kündigung vorliegt. Insoweit bestimmt Art 23 Abs 1 StPG ausdrücklich, dass in einem solchen Fall eine Entschädigung auszurichten ist. Daraus ergibt sich *e contrario,* dass eine unbegründete Kündigung vom VGH als Rechtsmittelinstanz nicht aufzuheben oder für nichtig zu erklären wäre. Für die Beendigung des Dienstverhältnisses kommt es also nicht auf die Begründung der Kündigung an.

4. Somit ist als Zwischenfazit festzuhalten, dass die von der Regierung ausgesprochene Kündigung des Dienstverhältnisses mit dem Beschwerdeführer rechtens und damit gültig ist.

5. Der Beschwerdeführer bringt vor, die Abteilung des Beschwerdeführers habe von der schwierigen Situation des Beschwerdeführers gewusst und diese ausdrücklich geduldet. Es wäre Aufgabe des Dienstgebers gewesen, den Beschwerdeführer besser zu unterstützen und ihn auf einen anderen Posten zu setzen. Der Arbeitgeber habe den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers mit herbeigeführt. Die ganze Situation, die zu der Kündigung geführt habe, sei vom Arbeitgeber bzw. der Abteilung des Beschwerdeführers hervorgerufen worden. Der Beschwerdeführer habe von der Regierung für seine bisherige fünfjährige Tätigkeit zwei Dankesschreiben erhalten. Nicht die familiären Probleme hätten auf das Dienstverhältnis durchgeschlagen, sondern das Dienstverhältnis habe auf die familiäre Situation durchgeschlagen und zu familiären Problemen geführt. Der Beschwerdeführer habe sich im Dienstverhältnis von seinem Chef und seinen Arbeitskollegen gemobbt gefühlt. Die Kündigung des Dienstverhältnisses sei unverhältnismässig.

In diesem Zusammenhang ist folgender Sachverhalt festzustellen:

Der Beschwerdeführer leidet an einer schweren Depression. Deshalb war er vom 20. August 2018 durchgehend bis 30. September 2019 zur Gänze arbeitsunfähig. Diese Arbeitsunfähigkeit – und damit die Depression – besteht im Wesentlichen aufgrund gravierender familiärer Probleme.

Rechtlich ist auszuführen, dass der Beschwerdeführer durch seine Krankheit der schweren Depression, verursacht durch seine familiären Probleme, arbeitsunfähig und damit an der Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben verhindert war. Damit bestand für die Regierung ein sachlich hinreichender Grund, das Dienstverhältnis mit dem Beschwerdeführer aufzukündigen (Art 22 Abs 1 Bst g StPG).

6. Der Beschwerdeführer bringt vor, ihm hätte gemäss Rechtsprechung (VGH 2015/111a) eine Ausgleichstelle geschaffen werden müssen, zumal es schwer vorstellbar sei, dass bei der Landesverwaltung bei über 1.200 Mitarbeitern keine Stelle vorhanden sei, auf der der Beschwerdeführer tätig werden könnte. Der Beschwerdeführer sei nicht hochspezialisiert und daher müsste eine Versetzung auf eine andere Stelle möglich und geboten sein.

Grundsätzlich ist darauf hinzuweisen, dass Mitarbeiter der Landesverwaltung keinen Anspruch auf eine Versetzung haben (Art 16 Abs 3 Satz 2 StPG). Dies gilt selbstverständlich auch für Ausgleichsstellen.

Im Übrigen sind Ausgleichsstellen keine Stellen, die bestehen, sondern für einen bestimmten Mitarbeiter neu geschaffen werden müssten. Aber auch Ausgleichsstellen kommen nur für solche Mitarbeiter in Frage, die zumindest teilweise arbeitsfähig sind (ZV Amtsleiter APO), was der Beschwerdeführer in der Zeit vom 20. August 2018 bis zum Ende der Kündigungsfrist am 31. August 2019 eben nicht war. So kam von Vornherein für ihn keine Ausgleichsstelle in Frage, sodass die Landesverwaltung und die Regierung diesbezüglich auch keine weiteren Abklärungen treffen mussten.

FÜRSTLICHER OBERSTER GERICHTSHOF

Fürstlicher Oberster Gerichtshof

B 06.12.2019, 05 CG.2018.66

Art 108 IUG (alt)

Die Verjährung eines Entschädigungsanspruches setzt erst dann ein, wenn der Leistungsanspruch fällig geworden sowie die Unmöglichkeit tatsächlich eingetreten ist und diese Unmöglichkeit vom Schuldner erklärt oder bei zwangsweiser Durchsetzung des Leistungsanspruches festgestellt wurde. Der Schaden besteht dann im endgütigen Verlust des Leistungsanspruchs.

Mit der Konkurseröffnung über das Vermögen einer juristischen Person (hier: rechtlich unselbständiger offener Anlagefonds des Typs Investmentunternehmen) tritt für einen Gläubiger bereits ein «Primärschaden» ein, weil an die Stelle der liquiden Forderung eine Konkursforderung tritt. Da bei einer juristischen Person als Voraussetzung für die Eröffnung des Konkurses deren Überschuldung bescheinigt sein muss, indiziert im Regelfall die Konkurseröffnung einen Vermögensnachteil, der darin besteht, dass die Forderung nur aliquot befriedigt werden kann.

§ 1489a ABGB

Die Verjährungsbestimmung des § 1489a ABGB stellt in Bezug auf die absolute Verjährungsfrist von 10 Jahren auf den Zeitpunkt der Geschäftsbesorgung ab.

Bei der kurzen subjektiven Verjährungsfrist stellt § 1489a ABGB auf den Zeitpunkt ab, in dem dem «Beschädigten» Schaden und Schädiger bekannt werden (s auch LES 200915).

Sachverhalt

Die Erstbeklagte übernahm am 31.12.2008 aufgrund einer Universalsukzession die S Fondsleitung Aktiengesellschaft. Diese war bis zum 18.12.2007 als Fondsverwaltung des T-Fund tätig.

Die Zweitbeklagte ist eine nach liechtensteinischem Recht gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in X. Ihr Zweck besteht in der Ausübung des Fondsgeschäfts einschliesslich (unter anderem) der Gründung, der Leitung, der Verwaltung und des Vertriebs von Investmentunternehmen und aller damit direkt und indirekt in Zusammenhang stehenden Geschäfte. Ihr Zweck ist auch die Anlage und Verwaltung von Vermögenswerten, die ihr aufgrund öffentlicher Werbung zum Zweck der gemeinschaftlichen Kapitalanlage für gemeinsame Rechnung der Anleger übertragen worden sind. Als ihre Verwaltungsräte fungieren Dr. M, Dr. L sowie G H.

Die Zweitbeklagte fungierte ab dem 18.12.2007 als Verwaltungsgesellschaft des T-Fund, einer am 17.08.2005 errichteten Treuhänderschaft liechtensteinischen Rechts. Diese ist als Treuhänderschaft im Öffentlichkeitsregister unter der Registernummer FL-……..eingetragen, mit der Zweitbeklagten als einziger Treuhänderin. Der T-Fund ist ein rechtlich unselbständiger offener Anlagefonds des Typs Investmentunternehmen für andere Werte mit erhöhtem Risiko. Für den T-Fund wurden ein vollständiger Prospekt sowie ein vereinfachter Prospekt erstellt, veröffentlicht und von der liechtensteinischen Finanzmarktaufsicht genehmigt.

Der Kläger, schweizerischer Staatsbürger, war Eigentümer von im Erbrechtsweg erworbenen 2.023 Fondsanteilen des T-Fund, die mit Kaufvertrag vom 03.02.2006 durch die C L AG bei der S Bank AG gekauft wurden.

Am 17.08.2007 erteilte der Kläger seiner Bank C L AG den Auftrag, alle in seinem Eigentum stehenden 2.023 Fondsanteile gegen Auszahlung des Nettoinventarwerts pro Anteil an den T-Fund zurückzugeben. Die 2.023 Anteile waren am 05.11.2007 zur Zahlung fällig. Die Zweitbeklagte zahlte am 07.02.2008 zunächst 235 Fondsanteile aus, am 04.08.2008 weitere 154 Anteile und am 04.11.2008 zusätzliche 115 Anteile, und zwar jeweils zum Kurs von EUR 1.087.94. Für die insgesamt 504 Anteile erhielt der Kläger somit EUR ….. ausbezahlt.

Mit Schreiben vom 12.11.2009 informierte die C L AG den Kläger über zwei Stornierungen, nämlich über ein Storno betreffend die Wertschriftenabrechnung für die Rücknahme von 154 Fondsanteilen am 31.07.2008 und über ein Storno betreffend die Rücknahme der 115 Fondsanteile am 31.10.2008 am T-Fund. Zudem erhielt der Kläger zwei neue Wertschriftenabrechnungen, mit Datum vom 12.11. und 16.11.2009. Diesen war zu entnehmen, dass die 115 Fondsanteile neu zum Kurs von EUR 1.109.17 und 154 Fondsanteile neu zum Kurs von EUR 1.090.68 abgerechnet wurden. Der Erlös für die 154 Fondsanteile wurde nunmehr mit EUR …. (anstatt mit bisher EUR ……) angegeben, derjenige für die 115 Fondsanteile mit EUR ….(anstatt mit bisher EUR …..). Der Kläger erhielt für die insgesamt 504 Anteile neu den Betrag von EUR…….

Eine Auszahlung der übrigen 1.519 Anteile des Fonds erfolgte nicht.

Mit Mitteilung vom 31.10.2009 informierte die Zweitbeklagte die Anleger des T-Fund, dass «… *die für die Rückzahlung benötigten Mittel [Konten] nicht in dem notwendigen Umfang rechtzeitig beschafft werden. … Aufgrund der Rücknahme von Anteilen, ist die Fondsleitung gezwungen die Liquidation einzuleiten, da keine neuen Zeichnungen vorliegen und auch ein Verkauf von Anlagen nicht zeitgerecht verwirklicht werden kann. Die Verwaltungsgesellschaft wird die Aktiven des Fonds nach Massgabe der speziellen Anlagen des Investmentunternehmens bald möglichst liquidieren. Eine Verteilung des Nettoliquidationserlöses nach Abzug der Liquidationskosten an die Anleger erfolgt erst nach Genehmigung der Liquidationsbilanz durch die FMA.*

Rechtswirkungen des B

Anleger können ab der Veröffentlichung dieser Mitteilung keine Anteile des Fonds erwerben oder solche zurückgeben».

Ab dem 31.10.2009 befand sich der T-Fund in Liquidation und mit B vom 11.03.2015 in Konkurs.

Mit Klage vom 22.06.2010 zu 01 CG.2010.181 begehrte der Kläger gegenüber der nunmehrigen Zweitbeklagten die Zahlung der restlichen Fondsanteile und begründete dies unter anderem wie folgt:

«18.

Der Art 4 Abs 1 iVm Abs 2 IUG legt fest, dass auf einem Anlagefonds in der Rechtsform der Kollektivtreuhänderschaft (um einen solchen handelt es sich beim T-Fund [F AG]) die Bestimmungen des Personen- und Gesellschaftsrechts für die Treuhänderschaft (Art 897 bis 932 PGR) Anwendung finden. Nach Art 924 Abs 1 PGR haftet ein Treuhänder, der den in der Treuhandurkunde aufgestellten Vorschriften zuwiderhandelt (Treuhandbruch) dem Treugeber gemäss den Grundsätzen des Vertragsrechts persönlich und mit seinem ganzen Vermögen […]

19. Die Beklagte als Treuhänderin hat, wie aus den obigen Darlegungen folgt, ihren vertraglichen, im vereinfachten Prospekt verankerten Pflichten zuwider – und damit treubrüchig – gehandelt. Denn sie weigert sich, die dem Kläger geschuldete Summe zu bezahlen und bestreitet zu Unrecht ihre Zahlungspflicht. Dieses treuwidrige Vorgehen der Beklagten nötigt den Kläger, seinen Anspruch auf dem Klagsweg geltend zu machen.»

Anlässlich der Tagsatzung am 04.11.2010 zu 01 CG.2010.181 erklärte der Klagsvertreter Folgendes zu Protokoll: «Nach Erörterung erklärt der Klagsvertreter, dass sich die Haftung der beklagten Partei [= Zweitbeklagte] darauf stützt, dass sie als Verwaltungsgesellschaft die ihr obliegende Verpflichtung zur Auszahlung, resultierend aus dem vereinfachten Prospekt, nicht durchgeführt hat. …»

Im Verfahren 02 CG.2012.145, in dem sich der Kläger und die nunmehrige Zweitbeklagte in denselben Parteirollen gegenüberstanden und das Klagebegehren auf Erfüllung der Rückzahlung der restlichen 1'519 Fondsanteile gerichtet war, entschied der OGH mit U vom 05.09.2014 wie folgt:

«8.2.2. Vornehmlich massgebend für das Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger als Anleger und Treugeber und der Beklagten als Verwaltungsgesellschaft und Treuhänderin sind daher die Vertragsbedingungen. Es gilt der allgemeine Grundsatz «pacta sunt servanda» […]. Dies ist schon im Interesse der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes zu fordern […]. Die Beklagte hat […] gegen diesen Grundsatz insoweit verstossen, als sie abweichend von der getroffenen Vereinbarung dem Rücknahmeantrag des Klägers nicht bzw nur teilweise Rechnung getragen und die Abrechnung entsprechend den prospektrechtlichen Festlegungen im klagsgegenständlichen Umfang unterlassen hat.

8.2.3. Zur Kündigung:

8.2.3.1. Wie das Erstgericht unter Hinweis auf das als Rezeptionsgrundlage dienende Schweizer Anlagefondsgesetz zutreffend dargestellt hat, wird das jederzeitige Kündigungsrecht des Anlegers als «Gegengewicht» zur starken Stellung der Fondsleitung gesehen. Die Tatsache, dass die Realisierung der Fondsidee einer umfassenden und möglichst uneingeschränkten Verfügungsmacht über das Anlagevermögen bedarf, führt zu einem Mangel des Anlegers an Einfluss auf die Investitionsentscheide. Diesem Mangel wird dadurch Rechnung getragen, dass dem Anleger das Recht eingeräumt wird, den Kollektivanlagevertrag jederzeit zu kündigen und allfällige Anteilsscheine zurückzugeben. Das Kündigungsrecht stellt – zusammen mit den Publizitätspflichten – den bedeutendsten Schutz für den Anleger dar. Für den Schweizer Anlagefonds besteht die Verpflichtung zur jederzeitigen Rücknahme der Anteile auf Basis des inneren Werts […].

8.2.3.2. Die zwingend vorgesehene Kündigung (vgl Art 19 IUG, Art 26 IUV) fand im vollständigen Prospekt ihren Niederschlag. Die Beklagte hat allerdings iSd in Art 26 Abs 1 IUV normierten «Ausnahme vom Recht auf jederzeitige Kündigung» Gebrauch gemacht und in Punkt 7.4. des vollständigen Prospekts – von der Finanzmarktaufsicht genehmigt – die Rücknahme von Anteilen an nur vier Terminen pro Jahr, nämlich am 30. April, 31. Juli, 31. Oktober und 31. Januar, für zulässig erklärt.

8.2.3.3. […] Durch die Kündigung des Anlegers wird der Anlagevertrag ex nunc aufgelöst […]. Die Rückzahlungspflicht der Fondsleitung ist eine gerade im Hinblick auf das Vertragsende bestehende Abwicklungspflicht und führt zur Herstellung der Lage, wie sie zwischen den Parteien wegen des Erlöschens der Pflicht der Fondsleitung zur Verwaltung und der Pflicht der Depotbank zur Aufbewahrung des Fondsvermögens eintreten soll.

8.2.3.4. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass durch den Rücknahmeantrag des Klägers, der rechtlich eine Kündigung darstellt, das vertragliche Anlageverhältnis aufgelöst wurde. Die Rechtsauffassung der Revisionswerberin, durch die Aufschiebung der Auszahlung sei gemäss einem «synallagmatischen Vorgang» zwingend auch die Rücknahme der Anteile aufgeschoben worden, ist verfehlt. Das Rechtsverhältnis ist vielmehr durch die einseitige Auflösungserklärung in den «Abrechnungsmodus» getreten. Der Zugang der Kündigung des Anlegers bewegt die Fälligkeit seiner Forderung gegen die Fondsleitung auf Auszahlung seines Anteils am Fondsvermögen; die Auszahlung muss in bar erfolgen, die Übertragung von Bestandteilen des Fondsvermögens anstatt einer Barzahlung ist ausgeschlossen […]

… 8.2.4.5. Da es sohin der Revisionswerberin nach den Urteilsannahmen nicht erlaubt war, die Abrechnung der Anteile des Klägers aufzuschieben, hat sie seinem Erfüllungsanspruch im Sinne des Punktes 7.8. des vollständigen Prospekts nachzukommen. Sie hatte – abseits der gar nicht vorliegenden ausserordentlichen, einen Abrechnungsaufschub rechtfertigenden Verhältnisse – für eine ausreichende Liquidität zu sorgen. Damit waren aber auch die von ihr monierten Feststellungen zu ihrer Liquidität zum Zeitpunkt des Rücknahmeantrags des Klägers entbehrlich. Das Berufungsgericht hat den auch im Berufungsverfahren behaupteten sekundären Feststellungsmangel zu Recht verneint».

Der dagegen von der nunmehrigen Zweitbeklagten erhobenen Individualbeschwerde gab der StGH keine Folge (StGH 2014/120).

Mit seiner am 23.02.2018 eingebrachten Klage begehrt der Kläger, die Beklagten schuldig zu erkennen, ihm den

Betrag von EUR ……. sA sowie CHF……. abzüglich CHF ….. zu zahlen. Weiters begehrt er die Feststellung, «dass die Beklagten ihm zur gesamten Hand für jeden Schaden ersatzpflichtig sind, der ihm daraus entsteht, dass die Beklagten aus dem Fondsvermögen des T-Fund (F AG) i.K. […] am Fälligkeitstag, dem 05.11.2007, keine Zahlung in Höhe von EUR ……. geleistet haben».

Der Kläger brachte dazu zusammengefasst und im Wesentlichen vor: Die Erstbeklagte habe die Fondsverwaltung bis zum 18.12.2007 wahrgenommen, die Zweitbeklagte nach diesem Datum bis zur Auflösung des Fonds per 31.10.2009 (Liquidation). Das Klagebegehren werde auf Gesetzes- und Vertragsverletzung gestützt, das heisst zum einen auf den Rechtsgrund der Verletzung der im «alten» IUG und in der «alten» IUV niedergelegten Vorschriften über die Pflichten einer Fondsverwaltung, und zum anderen auf den Rechtsgrund eines Treuhandbruchs nach Art 924 Abs 1 PGR. Den Beklagten werde vorgeworfen, in ihrer Eigenschaft als Fondsverwaltung (Treuhänder) des T-Fund dem vom 12.08.2007 datierenden Rücknahmeauftrag/der Kündigung des Anlagevertrags durch den Kläger nicht entsprochen zu haben. Sie hätten die ihnen vom Kläger zurückgegebenen Anteile am T-Fund am Fälligkeitstag, dem 05.11.2007, pflichtwidriger Weise nicht in voller Höhe abgerechnet und ihm den Nettowert der 2.023 Anteile von EUR ……. pflichtwidriger Weise nicht zur Gänze ausbezahlt. Er habe dadurch einen Schaden erlitten. Der T-Fund befinde sich seit dem 11.03.2015 im Konkurs. Die Konkursforderungen des Klägers gegen die Masse von EUR …… und CHF …….. seien mit U des LG vom 16.06.2016, 03 CG.2016.193, rechtskräftig festgestellt worden. Die im Verfahren zu 02 CG.2012.145 rechtskräftig zugesprochene Forderung des Klägers auf Zahlung von EUR ……. sA aus dem Fondsvermögen werde aus der Konkursmasse des Fonds nur noch zu einem verschwindend kleinen Umfang befriedigt werden können. Der Ausfall sei von den Beklagten deshalb zu ersetzen, weil sie ihn schuldhaft und rechtswidrig geschädigt hätten. Sowohl die Erst- als auch die Zweitbeklagte seien verpflichtet gewesen, innerhalb des Fondsvermögens ausreichend Liquidität bereitzuhalten, um dem Rücknahmeauftrag/der Kündigung vom 17.08.2007 in voller Höhe nachkommen zu können.

Laut der von der Zweitbeklagten über die Website des liechtensteinischen Anlagefondsverbands publizierten Wertstandsmitteilung habe der T-Fund in der Zeit zwischen Oktober 2007 und März 2009 ein Vermögen von rund 4 Millionen Euro ausgewiesen. Das heisst es habe sich nach dem Fälligkeitstag (05.11.2007) im Fonds noch über Jahre hinweg ausreichend Vermögen befunden, um den Rückgabeauftrag/die Kündigung des Klägers vom 17.08.2007 bedienen zu können. Sollten die mit den Fälschungen einhergehenden wertlosen Positionen des Fonds ins Gewicht fallen, so hätte dies von der Zweitbeklagten gegen die Erstbeklagte mit Klage geltend gemacht werden müssen, um einer eigenen Haftung zu entgehen. Dazu sei es nicht gekommen, sodass die Zweitbeklagte auch aus diesem Grund hafte.

Dem Grunde nach stehe der Schaden des Klägers seit der Konkurseröffnung per 11.03.2015 fest bzw sei er an diesem Tag eingetreten. Seit diesem Tag sei offenkundig, dass der Kläger auf seine im Titelprozess erstrittene Forderung keine oder nur eine verschwindend kleine Zahlung (Konkursdividende) erwarten könne. Dass diese Zahlung/Dividende nicht mehr als CHF ……. betragen werde, stehe jetzt schon fest. Zusammengefasst bemesse sich der Schaden des Klägers mit der unberechtigt aushaftenden Forderung aus dem Titelprozess von EUR ……. samt Staffelzinsen zuzüglich des unberechtigt aushaftenden Prozesskostenersatzes aus dem Titelprozess von CHF …… abzüglich der in der Konkursmasse des Fonds noch vorhandenen liquiden Mittel von CHF …….

2.2. Die Erstbeklagte bestritt, beantragte die Ab- in eventu Zurückweisung der Klage und wendete im Grossen und Ganzen ein: Sie sei in die Verfahren 01 CG.2010.181, 02 CG.2012.145 und 03 CG.2016.139 nicht involviert gewesen, weshalb allfällige Vorwürfe oder Verantwortlichkeiten, die in diesen U erwähnt seien, keine Bedeutung für sie hätten. Sie habe sich als ehemalige Fondsverwaltung des T-Fund an die Prospektbedingungen gehalten, die von professionellen Beratern erstellt/empfohlen, von der FMA geprüft und genehmigt und letztlich vom Kläger akzeptiert worden seien. Die vom Kläger zitierten Zivilurteile zu 02 CG.2012.145 sowie das U des StGH vom 09.02.2015, StGH 2014/120, stellten nur den klägerischen Erfüllungsanspruch gegenüber dem Fonds fest. Dies bedeute nicht, dass die Fondsverwaltungsgesellschaft persönlich für die Liquiditäts- und Zahlungsschwierigkeiten des Fondsvermögens hafte. Die ehemalige Fondsverwaltung S Fondsleitung AG habe professionelle Berater und Vertreter beauftragt, um die Einhaltung des Gesetzes und der Prospekte sicherzustellen. Sollten sich die beigezogenen professionellen Berater und Spezialisten geirrt haben oder getäuscht worden sein, sei dies nicht der Erstbeklagten zuzurechnen. Die Mitarbeiter der S Fondsleitung AG hätten sich auf die Auskünfte der Spezialisten verlassen dürfen. Das Sachverhaltsvorbringen und die Rechtsfolgen stimmten nicht mit dem Urteilsbegehren überein, das Klagebegehren sei unschlüssig. Damit sei auch die Aktivlegitimation des Klägers nicht gegeben.

Die vom Kläger geltend gemachten Verantwortlichkeitsansprüche würden Massevermögen darstellen, weshalb die Klagsführung nur mit Zustimmungs- bzw Abtretungserklärung des Masseverwalters und mit Zustimmung des Konkursgerichts möglich wäre.

Im Übrigen seien die klägerischen Ansprüche sowohl relativ (3 Jahre) als auch absolut (10 Jahre) verjährt. Im Oktober 2007 seien die formellen (Mandats-) Übergabeverträge, Vermögensverwaltungsverträge und Depotbankenverträge zwischen den damals involvierten Fonds- und Vermögensverwaltungsgesellschaften Advisor/Banken abgeschlossen worden. Spätestens ab diesem Zeitpunkt habe die Zweitbeklagte die Fondsverwaltung zumindest defacto übernommen, sodass spätestens ab 02.11.2007 die 10-jährige Verjährungsfrist (sowie auch alle anderen in Frage kommenden Verjährungsfristen gemäss PGR/ABGB/IUG usw) zu laufen begonnen hätten. Auch wenn man die 10-jährige (objektive) Verjährungsfrist gemäss § 1489a ABGB heranziehen würde, wäre diese Frist lange vor der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung durch den Kläger abgelaufen, weil die

Geschäftsbesorgung, konkret der Kauf und Verkauf der Kunstwerke, zwischen 2006 und Sommer 2007 erfolgt sei und somit die Verjährung der klägerischen Ansprüche, je individuell, zwischen 2016 und 2017 eingetreten wäre. Zudem habe der Kläger Kenntnis von der Strafanzeige der Zweitbeklagten vom 18.02.2014 bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz gehabt. Spätestens ab dem 18.02.2014 seien die 3-jährigen Fristen für die Geltendmachung allfälliger Schadenersatzansprüche gelaufen, die im Zusammenhang mit den allenfalls deliktischen Haftungen von R. Bollhalder, W. Roth und W. Dieth und andere stehen könnten.

Die Zweitbeklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wendete im Wesentlichen ein:

Die geltend gemachten Schadenersatzansprüche seien verjährt. Die Zweitbeklagte habe zum Zeitpunkt der Anteilskündigung am 17.08.2007 sowie zum angeblichen Fälligkeitszeitpunkt am 31.10./02.11./05.11.2007 gar keine Funktion für den T-Fund ausgeübt, sondern sei erst ab dem 18.12.2007 für diesen tätig geworden. Sie habe die vom Kläger behauptete Verletzung der Pflicht zur ausreichenden Liquiditätsausstattung des T-Fund bis zum Fälligkeitszeitpunkt der Anteilskündigung grundsätzlich nicht begehen können. Der vom Kläger behauptete Schaden sei bereits an dem von ihm genannten Fälligkeitsdatum eingetreten. Von der von ihm behaupteten Schadensursache, nämlich der mangelnden Liquidität des T-Fund, habe er dadurch erfahren, dass ihm am 07.02., am 04.08. und am 04.11.2008 aufgrund der mangelnden Liquidität des in die Kunstwerke investierten Fondsvermögens nur Teilzahlungen aus diesem gewährt werden hätten können. Spätestens am 31.10.2009, aller spätestens am 04.11.2010 habe er Kenntnis von der angeblichen Schadensursache, namentlich der von der Zweitbeklagten vorgeblich pflichtwidrig verschuldeten mangelnden Liquidität gehabt. Spätestens ab diesem Zeitpunkt habe die 3-jährige Verjährungsfrist des § 1489 ABGB zu laufen begonnen, sodass die nunmehr geltend gemachten Schadenersatzansprüche verjährt seien.

Unter Bezugnahme auf das Verfahren zu 01 CG.2010.181 bestehe Anspruchs- und Parteienidentität, weshalb auch der Einwand der res iudicata erhoben werde. Im genannten Verfahren habe der Kläger seinen Anspruch zum einen auf Art 21 Abs 2 IUG und zum anderen auf einen Treuebruch gemäss Art 924 Abs 1 PGR gestützt und Schadenersatzansprüche wegen Treuhandbruchs und eine damit verbundene unmittelbare Haftung der Zweitbeklagten geltend gemacht. Es bestehe auch keine Bindungswirkung an die im Verfahren zu 02 CG.2012.145 ergangenen U. Während es in diesem Verfahren um eine vertragliche Auszahlungspflicht aus dem Vermögen des T-Fund gegangen sei, mache der Kläger im nunmehrigen Verfahren gegen die Beklagten Schadenersatzansprüche aufgrund eines angeblich durch Pflichtwidrigkeiten verursachten Schadens geltend, denen die Beklagten unter Rückgriff auf ihr eigenes Vermögen nachzukommen hätten. Für eine Schadenersatzpflicht der Zweitbeklagten mangle es aber an den materiell-rechtlichen Voraussetzungen. Das Verhalten der Zweitbeklagten sei stets im Einklang mit den gesetzlichen und prospektrechtlichen Bestimmungen gestanden. Der vom Kläger behauptete Schaden sei nachweislich nicht von der Zweitbeklagten verursacht worden. Ihr sei auch keinerlei Verschulden vorzuwerfen.

Das LG wies mit U vom 10.01.2019 sowohl das Leistungsbegehren als auch das Feststellungsbegehren ab und verpflichtete den Kläger, den Beklagten die Prozesskosten zu ersetzen.

In rechtlicher Hinsicht unterstellte das Erstgericht den zu beurteilenden Sachverhalt den Vorschriften des IUG vom 19.05.2005 und der dazugehörigen IUV. Die Schadenersatzklage habe ihre Grundlage in Art 105 IUG-alt. Nach Art 108 IUG-alt verjähre der Schadenersatzanspruch mit dem Ablauf von 10 Jahren nach Eintritt des Schadens, spätestens aber 1 Jahr nach der Rückzahlung eines Anteils. Rezeptionsgrundlage seien Art 65 und 67 des schweizerischen Anlagefondsgesetzes gewesen (chAFG). Die hier massgebliche schweizerische Lehre und Rechtsprechung verstehe Art 67 chAFG derart, dass die Verjährung eines Schadenersatzanspruchs grundsätzlich mit dem Ablauf von 10 Jahren nach Eintritt des Schadens erfolge. Der Schaden trete ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit ein. Die Frist beginne mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen (Art 130 Abs 1 OR), dh im Zeitpunkt, in dem die Schadenersatzforderung entstehe, unabhängig davon, ob der Gläubiger von seinem Anspruch Kenntnis habe.

Die Rückzahlungsforderung der vom Kläger am 17.08.2007 zurückgegebenen Fondsanteile am T-Fund sei am 05.11.2007 fällig gewesen. Damit sei der daraus resultierende Schadenersatzanspruch wegen Nichtleistung 10 Jahre später verjährt gewesen. Entgegen seiner Ansicht habe der Kläger nicht zunächst den Erfüllungsanspruch geltend machen müssen, sondern hätte er vielmehr bei Kenntnis von Schaden und Schädigung umgehend eine Feststellungsklage einbringen müssen, um die Verjährung zu unterbrechen.

Auch bei Anwendung des § 1489 ABGB sei die Forderung des Klägers verjährt. Das schädigende Ereignis werde vom Kläger selbst mit Datum 05.11.2007 benannt. Ab diesem Zeitpunkt hätte eine Rückzahlung erfolgen müssen. Diese sei aber ausgeblieben. Damit habe der Kläger einen sogar bezifferbaren Schaden erlitten. Die Schädiger seien nach den Behauptungen des Klägers die Beklagten gewesen.

Spätestens aufgrund des Schreibens der Zweitbeklagten vom 31.10.2009 an alle Anleger, dass der Fonds in Liquidation gesetzt werde und keine Anteile mehr ausgegeben oder zurückgenommen werden könnten, sei dem Kläger klar gewesen, dass er einen Schaden erlitten habe und wer der Schädiger sei. In der Tagsatzung vom 04.11.2010 habe der Kläger selbst die Haftung der Zweitbeklagten behauptet. Ihm seien daher jedenfalls auch mit diesem Datum Schaden und Schädiger bekannt gewesen, er hätte ab diesem Zeitpunkt eine Schadenersatzklage mit Aussicht auf Erfolg einbringen können. Der Klagsanspruch sei aller spätestens am 04.11.2013 verjährt gewesen.

Es erübrige sich daher, auf die weiteren Einreden einzugehen.

Das *OG* gab der dagegen erhobenen Berufung des Klägers Folge, hob die erstinstanzliche Entscheidung auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück.

Es setzte seiner Entscheidung einen Rechtskraftvorbehalt bei.

[…]

Das U sei aufzuheben, weil sich das Erstgericht nur mit der Verjährungsfrage auseinandergesetzt und keine Feststellungen zu den weiteren Haftungsvoraussetzungen getroffen habe. Im fortgesetzten Verfahren werde das Erstgericht nach Aufnahme der erforderlichen Beweise über den Grund und gegebenenfalls über die Höhe der noch klagsgegenständlichen Schadenersatzansprüche neuerlich zu entscheiden und bei Vorliegen einer schadensverursachenden Treuepflichtwidrigkeit der Zweitbeklagten die Frage der Verjährung erneut zu prüfen haben.

Der OGH gab den von den Beklagten gesondert erhobenen Rekursen keine Folge.

Aus den Entscheidungsgründen

[….]

8.1. Prozessuales

Jeder Partei steht nur eine einzige Rechtsmittelschrift oder Rechtsmittelgegenschrift zu. Weitere Rechtsmittelschriften und Rechtsmittelgegenschriften, Nachträge oder Ergänzungen sind auch dann unzulässig, wenn sie innerhalb der gesetzlichen Frist angebracht werden (LES 2009, 42; RIS-Justiz RS0041666). Die von der rekurswerbenden Erstbeklagten verfasste Rekursbeantwortung zum Rekurs der Zweitbeklagten ist nicht vorgesehen, ebenso nicht die dazu ergangene (wenn gleich inhaltlich zutreffend auf die Unzulässigkeit der Rekursbeantwortung der Erstbeklagten hinweisende) Äusserung des Klägers (vgl RIS-Justiz RS0041666 [T 38, 49]). Beide Schriftsätze sind daher zurückzuweisen.

8.2. Zum anwendbaren Recht

Das OG hat zutreffend ausgeführt, dass gemäss Art 1 Abs 1 IPRG ein Sachverhalt mit Auslandsberührung vorliegt und auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt liechtensteinisches Recht anzuwenden ist (§§ 469a, 482 ZPO). Gemäss Art 39 Abs 1 IPRG ist in erster Linie eine Rechtswahl massgebend. In Punkt 13. des vollständigen Prospekts (Beilage I) wurde unter anderem vereinbart, dass der Fonds liechtensteinischem Recht untersteht und ausschliesslicher Gerichtsstand Vaduz ist. Dass diese Vertragsklausel nicht ausdrücklich festgestellt wurde, schadet nicht, weil eine im Verfahren vorgelegte Urkunde, die ihrem Inhalt nach unstrittig ist, der Entscheidung des Rechtsmittelgerichts ohne weiteres zugrunde zu legen ist (F OGH vom 05.09.2014 zu 02 CG.2012.145, Erw 8.1. uva; RIS-Justiz RS0121557 [T 3]). Auch unter dem Gesichtspunkt der Niederlassung der beiden Beklagten in Liechtenstein bleibt es gemäss Art 42 Abs 1 IPRG bei der Anwendung liechtensteinischen Rechts.

8.3. Zur Sache

8.3.1. Der Kläger nimmt mit seinem Schadenersatzbegehren die beiden Beklagten als zeitlich aufeinanderfolgende Verwaltungsgesellschaften und Treuhänderinnen in Anspruch und stützt sich auf zwei Anspruchsgrundlagen, nämlich zum einen auf den Rechtsgrund der Gesetzes- und Vertragsverletzungen gemäss Art 105 IUG-alt und zum anderen auf den Rechtsgrund des Treuebruchs gemäss Art 924 Abs 1 PGR. Der Hauptvorwurf bei beiden Rechtsgründen ist die mangelnde Bereithaltung ausreichender Liquidität und damit die Verletzung der Interessenwahrungspflicht (vgl Art 11 Abs 1 IUG-alt; Punkt 4. ff des vollständigen Prospekts).

Im Verfahren 02 CG.2012.145 ging es um eine andere Anspruchsgrundlage. Dort hat der Kläger gegen die Zweitbeklagten seinen Erfüllungsanspruch im Sinne des Punktes 7.8. des vollständigen Prospekts erfolgreich geltend gemacht.

Hier im Rekursverfahren geht es ausschliesslich um das Problem des Verjährungsbeginns bei Verletzung bestehender Leistungspflichten, also um die Frage der Fixierung des Entstehungszeitpunkts des Schadenersatzanspruchs, wenn an die Stelle des Leistungsanspruchs der Entschädigungsanspruch tritt. Zu beurteilen ist die Frage, wann die hier anzuwendenden Verjährungsfristen gemäss Art 108 IUG-alt und gemäss § 1489a ABGB zu laufen begonnen haben.

Das OG hat zutreffend ausgeführt, dass Art 130 OR nicht zum liechtensteinischen Rechtsbestand gehört. Die Beklagten können sich daher nicht auf die darin normierte Regel, dass der Verjährungsbeginn bei allen Forderungen durch Fälligkeit ausgelöst wird (siehe dazu BSK OR I-*Robert K. Däppen*, Art 130 N 1 ff) berufen. Ihre diesbezüglichen Rechtsmittelausführungen gehen daher ins Leere.

8.3.1. a) Zur absoluten Verjährungsfrist gemäss Art 108 IUG-alt

Schon der Gesetzeswortlaut des Art 108 IUG-alt («*Der Anspruch auf Schadenersatz verjährt nach Ablauf von 10 Jahren nach Eintritt des Schadens …*») setzt für den Beginn der Verjährungsfrist den Eintritt eines Schadens voraus. Solange dem Gläubiger noch der Leistungsanspruch zusteht, kann nicht die Verjährung des Schadenersatzanspruchs, der an dessen Stelle treten soll, beginnen. Die Verjährung des Entschädigungsanspruchs setzt daher nach herrschender Ansicht erst dann ein, wenn der Leistungsanspruch fällig geworden sowie die Unmöglichkeit tatsächlich eingetreten ist und diese Unmöglichkeit vom Schuldner erklärt oder bei zwangsweiser Durchsetzung des Leistungsanspruchs festgestellt wurde (JBl 1986, 108; RIS-Justiz RS0034369; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 15/15; vgl auch *M. Bydlinski* in Rummel, ABGB³ § 1489 ABGB [Stand 1.1.2002, rdb.at]). Der Schaden besteht dann im endgültigen Verlust des Leistungsanspruchs (5 Ob 18/01k; RIS-Justiz RS0022464; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 15/15; *Vollmaier* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 1489 Rz 20).

Unter Beachtung dieser Rechtssätze ist für den Kläger erst mit der Konkurseröffnung am 11.03.2015 ein «Primärschaden» eingetreten (vgl RIS-Justiz RS0120484). Mit der Einleitung der Liquidation des T-Fund am 31.10.2009 war noch kein konkreter Schaden verbunden, der eine Schadenersatzpflicht und damit eine Verjährungsfrist auslösen hätte können (vgl RIS-Justiz RS0022464). Unter Liquidation versteht man im betriebswirtschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Zusammenhang den Verkauf aller Vermögensgegenstände eines Unternehmens oder Vereins mit dem Ziel, das damit gebundene Kapital in Bargeld oder andere leicht in Bargeld umtauschbare («liquide») Mittel umzuwandeln. Aufgabe der Liquidatorin ist es, im Interesse der Gläubiger sowie der Aktionäre und

Gesellschafter eine möglichst grosse Verteilungsmasse zu erwirtschaften (https://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Liquidation&oldid=184902775; vgl auch Art 130 ff PGR). Wenn sich während des Liquidationsverfahrens herausstellt, dass die Aktiven die Verbindlichkeiten gegenüber Dritten nicht decken, so haben die Liquidatoren die Konkurseröffnung zu beantragen (Art 130 Abs 4 PGR).

Ein konkreter Forderungsausfall in der Liquidationsphase wurde von den Beklagten nicht behauptet und ergibt sich auch nicht aus den Feststellungen. In der Mitteilung der Zweitbeklagten vom 31.10.2009 über die einzuleitende Liquidation ist nur davon die Rede, dass «die für die Rückzahlung benötigten Mittel (…) nicht in dem notwendigen Umfang rechtzeitig beschafft werden und (…) auch ein Verkauf von Anlagen nicht zeitgerecht verwirklicht werden kann». Der Kläger konnte daher in dieser Phase von einer vollen Befriedigung seines letztlich im Verfahren 02 CG.2012.145 ersiegten Erfüllungsanspruchs ausgehen. Erst mit der Konkurseröffnung trat ein «Primärschaden» ein. Da bei einer juristischen Person als Voraussetzung für die Eröffnung des Konkurses deren Überschuldung bescheinigt sein muss (vgl den Konkurseröffnungsbeschluss vom 11.03.2015 in Beilage F), indiziert im Regelfall die Konkurseröffnung einen Vermögensnachteil, der darin besteht, dass die Forderung nur aliqout befriedigt werden kann (1 Ob 226/05z).

Zusammengefasst begann die Verjährungsfrist gemäss Art 108 IUG-alt erst mit der Konkurseröffnung am 11.03.2015 zu laufen. Der Einwand der Erstbeklagten, sie sei bereits per 18.12.2007 aus der Fondsverwaltung ausgeschieden, ist unerheblich. Die am 23.02.2018 eingebrachte Schadenersatzklage ist in Bezug auf die absolute Verjährungsfrist gemäss Art 108 IUG-alt jedenfalls rechtzeitig. Damit erübrigt sich auch eine nähere Auseinandersetzung mit der in diesem Zusammenhang vom Kläger dem Verjährungseinwand der Beklagten entgegengehaltenen Replik des Rechtsmissbrauchs (Pkt 58 des Klagsvorbringens, Seite 5 des Tagsatzungsprotokolls vom 26.9.2018, ON ..; grundsätzlich zur Replik der Arglist/Sittenwidrigkeit siehe RIS-Justiz RS0034537; RS0014828; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB[37] § 1501 E 1c ff).

Die von den Beklagten in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung des öOGH zu 2 Ob 15/10k ist nicht einschlägig. In diesem Verfahren ging es darum, ob durch die Verminderung des Treuguts infolge treuwidrigen Handelns des Treuhänders den Treugebern ein Schaden erwachsen kann. Der öOGH hat entschieden, dass bereits mit dem Abbuchungsvorgang des beklagten Treuhänders ein Schaden entstanden war. Hier geht es aber um die behauptete Pflichtwidrigkeit, es unterlassen zu haben, für eine ausreichende Liquidität des T-Fund zu sorgen, wobei ein konkreter Schaden eben erst mit der Konkurseröffnung eingetreten ist.

8.3.1. b) Zur absoluten Verjährungsfrist gemäss § 1489a ABGB

Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, dass für das Schadenersatzbegehren, soweit es auf Art 105 IUG-alt gestützt wird, die verjährungsrechtliche Spezialnorm des Art 108 IUG-alt gilt, die dem § 1489a ABGB vorgeht.

Soweit sich der Kläger für sein Schadenersatzbegehren auch auf einen Treuebruch gemäss Art 924 PGR beruft, ist die Verjährungsbestimmung des § 1489a ABGB massgebend. Diese Bestimmung stellt in Bezug auf die absolute Verjährungsfrist von 10 Jahren auf den Zeitpunkt der Geschäftsbesorgung ab. Wesentlich ist daher die Verursachung als Haftungsvoraussetzung und als Auslöser für den Fristbeginn. Es ist zu prüfen, ob der potenziell Haftpflichtige den Schaden durch eigenes Verhalten (Handlung oder Unterlassung) verursacht hat oder ob Sachen oder Personen, für die er einstehen muss, ursächlich waren. Es ist jedes Verhalten oder jeder Umstand ursächlich, der für den Eintritt des Erfolgs (seine Vermeidung) notwendig war (gewesen wäre). Alle Bedingungen des Erfolgs sind «gleichwertig», es gilt die Äquivalenz- oder Bedingungstheorie (*Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II[14] Rz 1365; *Karner* in KBB[5] § 1295 Rz 3f).

Zutreffend hat das Berufungsgericht darauf hingewiesen, dass die Rechtsvorgängerin der Erstbeklagten, die S Fondsverwaltung AG, am 18.12.2007 aus der Fondsverwaltung ausgeschieden ist und damit nach diesem Zeitpunkt kein pflichtwidriges Verhalten mehr setzen konnte. Daraus folgt, dass die auf Art 924 PGR gestützten Schadenersatzansprüche gegenüber der Erstbeklagten nach der absoluten Verjährungsfrist des § 1489a ABGB per 18.12.2017 verjährt sind.

Im Verhältnis zur Zweitbeklagten hat das Berufungsgericht völlig richtig herausgearbeitet, dass die diesbezügliche Verjährungseinrede noch nicht abschliessend beurteilt werden kann, weil noch nicht feststeht, wann die treuepflichtwidrige, fristauslösende «Geschäftsbesorgung» von der Zweitbeklagten gesetzt worden ist. Wäre sie vor dem 23.02.2008 gesetzt worden, wäre die absolute Verjährungsfrist von 10 Jahren zum Zeitpunkt der Klagseinbringung abgelaufen gewesen.

Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass hier eine erfolgreiche Verjährungseinrede der Zweitbeklagten dem Rechtsstandpunkt des Klägers im Ergebnis nicht schaden würde, weil die behauptete Pflichtwidrigkeit auch im Tatbestand des Art 105 IUG-alt Deckung findet.

8.3.1. c) Zur relativen Verjährungsfrist gemäss § 1489a ABGB

Nicht weiter strittig ist, dass in Bezug auf den Schadenersatzanspruch des Klägers gegenüber der Erstbeklagten wegen Treuhandbruchs im Sinne des Art 924 PGR die Voraussetzungen für eine kurze subjektive Frist nicht mehr geprüft werden müssen, weil diesbezüglich bereits die lange objektive Frist des § 1489a ABGB abgelaufen und insoweit Verjährung eingetreten ist. Die Verjährung tritt stets dann ein, wenn nur eine der beiden Fristen abgelaufen ist (1 Ob 41/15h EvBl 2015/152 *Peissl*; *Dehn* in KBB[5] § 1489 Rz 1).

Auch den weiteren Ausführungen des OGs ist zuzustimmen, wonach die subjektive kurze Verjährungsfrist in Bezug auf die auf Art 108 IUG-alt gestützten Schadenersatzansprüche gegenüber beiden Beklagten und auf die auf Art 924 PGR gestützten Schadenersatzansprüche gegenüber der Zweitbeklagten noch nicht abgelaufen ist (§§ 469a, 482 ZPO). Dem können die beiden Rekurswerberinnen nichts Überzeugendes entgegensetzen. Ergänzend ist auszuführen:

§ 1489a ABGB stellt bei der kurzen subjektiven Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt ab, in dem dem «Beschädig-

ten» Schaden und Schädiger bekannt werden (LES 2009, 15; *Dehn* in KBB[5] § 1489 Rz 2). Kenntnis des Schadens bedeutet objektives Bekanntsein aller Tatumstände, die für die Entstehung des Anspruchs massgeblich sind. Nach ständiger Rechtsprechung ist der Zeitpunkt des Verjährungsbeginns dann gegeben, wenn der Sachverhalt dem Geschädigten soweit bekannt ist, dass eine Klage mit Rücksicht auf Erfolg angestrengt werden kann, bzw der Geschädigte in der Lage ist, das zur Begründung seines Anspruchs erforderliche Sachvorbringen zu erstatten (LES 2009, 15; *Mader/Janisch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] VI § 1489 Rz 9; *Dehn* in KBB[5] § 1489 Rz 3). Bis zur Gewissheit über den Prozessgewinn ist aber nicht zuzuwarten (RIS-Justiz RS0034524). Vor allem ist Wissen um die Schadenshöhe grundsätzlich nicht erforderlich, weil der Verjährung durch Feststellungsklage entgegnet werden kann (LES 2009, 15; 1 Ob 21/02y = RdW 2002, 594; 1 Ob 58/06w = MietSlg 58.193; RIS-Justiz RS0050338). Die 3-jährige Frist beginnt nicht vor tatsächlichem Eintritt des (ersten) Schadens (Primärschadens) zu laufen («Gemässigte Einheitstheorie», 1 Ob 601/93 JBl 1994, 753 *Riedler* = ecolex 1994, 616 *Wilhelm*; verst. Senat 1 Ob 621/95 JBl 1996, 311 *Apathy* = ecolex 1996, 91 *Wilhelm*; 1 Ob 41,42/94 JBl 1996, 315 *Riedler*; 3 Ob 70/03w; RIS-Justiz RS0083144).

Wie bereits unter Erwähnung 8.3.1. a) ausgeführt wurde, ist erst mit der Konkurseröffnung am 11.03.2015 ein Primärschaden eingetreten. Während der Liquidationsphase bestanden keine Anhaltspunkte für einen Forderungsausfall, sodass der Kläger bis zur Eröffnung des Konkurses von einer vollen Befriedigung seines Anspruchs ausgehen konnte. Kenntnis von einem Schaden konnte der Kläger erst mit der Konkurseröffnung erlangen. In diesem Zeitpunkt erhielt er auch Kenntnis von den Ersatzpflichtigen, sodass mit 11.03.2015 der Lauf der kurzen subjektiven Verjährungsfrist ausgelöst wurde. Diese Frist war zum Zeitpunkt der Klagseinbringung noch nicht abgelaufen.

8.4. Zusammengefasst ist dem OG im Ergebnis beizupflichten, dass die Verjährungseinrede der Erstbeklagten in Bezug auf den auf Art 924 PGR gestützten Schadenersatzanspruch erfolgreich ist, dass die Verjährungseinrede der beiden Beklagten, soweit sie sich gegen den auf Art 105 IUG-alt gestützten Schadenersatzanspruch richtet, zu verwerfen ist, und dass schliesslich die Verjährungseinrede der Zweitbeklagten bezüglich des auf Art 924 PGR gestützten Schadenersatzbegehrens zur abschliessenden Beurteilung noch näherer Feststellungen zum Zeitpunkt des treuwidrigen Verhaltens der Zweitbeklagten bedarf.

8.5. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung nachvollziehbar begründet. Der von der Erstbeklagten in ihrem Rekurs erhobene Einwand der mangelhaften Begründung entbehrt einer tragfähigen Grundlage.

[…]

Fürstlicher Oberster Gerichtshof

U 06.12.2019, CO.2017.2

Art 3 Abs 1 AHG
Art 11 Abs 1, Art 12 Abs 2 SHG
§ 273 Abs 1 ZPO
In einem Gutachten enthaltene, Jahre zurückliegende Befunde sind nicht geeignet, hinsichtlich Unterbringung eine «Gefahr im Verzug» zu indizieren. Eine solche Zwangseinweisung ist nicht vertretbar und begründet deshalb eine Amtshaftung des Landes.

Bei seelischem Ungemach iZm mit einer unrechtmässigen Freiheitsentziehung sind die Tagessätze für physische Schmerzen nicht massgebend, sondern greift eine Globalbemessung Platz. Dabei sind auch die mit der Unterbringung verbundene Herabsetzung der Persönlichkeit des Betroffenen und eine allfällige Rufschädigung desselben mit zu berücksichtigen.

Sachverhalt

Der Kläger hatte gegen das Land Amtshaftungsklage wegen rechtswidriger Zwangseinweisung und Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt während 12 Tagen (Anm: Letzteres in einem österreichischen LKH erhoben, mit welcher er Schmerzengeld iHv CHF 100.000 sowie Feststellung der Haftung für daraus resultierende künftige Schäden begehrte. Diese Klage wies das OG mit U vom 06.02.2019 kostenpflichtig ab. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass die – zumal unter Zeitdruck zustande gekommene – Unterbringung des Klägers gem Art 11 f SHG iSd einschlägigen Art 3 Abs 1 AHG vertretbar gewesen sei, auch wenn jene Zwangseinweisung vom OG im Verfahren 02 SH.2014.13 als dortigem Rekursgericht für unzulässig erklärt worden war.

Der dagegen gerichteten Berufung des Klägers gab der OGH mit E vom 06.12.2019 (teilweise) Folge, indem er diesem gegenüber der Beklagten einen Betrag von CHF 45.000 samt Zinsen zusprach (Teilurteil). Im Übrigen wurde das angefochtene U betreffend das Feststellungsbegehren mit B aufgehoben und die Amtshaftungssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das OG als Vorinstanz zurückverwiesen.

Aus den Entscheidungsgründen

[…]

7.3. Zur behaupteten unrichtigen rechtlichen Beurteilung

7.3.1. Die persönliche Freiheit ist eines der höchsten Rechtsgüter und sowohl nach der EMRK (Art 5 Abs 5), verfassungsrechtlich (Art 32 Abs 1 LV) als auch strafgesetzlich (§§ 99 ff StGB) geschützt. Das Recht auf Freiheit zählt zu den wichtigsten Persönlichkeitsrechten des Rechtsunterworfenen. Persönlichkeitsrechte sind «Urrechte», welche die individuelle Persönlichkeit des Menschen in ihrer leiblichen, seelischen und geistigen Existenz und in den Gütern schützen, in denen sich die Persönlichkeit manifestiert. Ihre Anerkennung hat ihre

Grundlage darin, dass die Rechtsordnung dem einzelnen Menschen einen besonderen Wert zumisst, und infolge dessen die Achtung dieses Wertes, der Menschenwürde wieder persönlichen Eigenart, grundsätzlich fordert (*Marie-Theres Frick*, Persönlichkeitsrechte [1991] 23). Jede Art der Freiheitsentziehung kann – auch über die in § 1329 ABGB genannten Fälle hinaus – zur Ersatzpflicht führen (*Danzl* in KBB[5] [2017] § 1329 Rz 1).

Sowohl Art 32 Abs 1 LV als auch Art 8 Abs 1 EMRK schützen die persönliche Freiheit. Das Grundrecht auf persönliche Freiheit gem Art 32 Abs 1 LV schützt gemäss ständiger Rechtsprechung des StGH sowohl die körperliche als auch die psychische Integrität der menschlichen Persönlichkeiten und ihre elementaren Entfaltungsmöglichkeiten (StGH 29.03.2011 StGH 2010/155 GE 2014, 449). Daher gilt grundsätzlich, dass pflegschaftsgerichtliche Massnahmen, insbesondere solche, die in die Persönlichkeitsrechte des Kuranden eingreifen, nur in dem zur Erreichung ihres Zweckes unbedingt notwendigen Umfang anzuordnen sind (OGH 02 PG.2009.129 GE 2010, 404). Dass aufgrund des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in die Persönlichkeitsrechte nur in dem zur Erreichung ihres Zweckes unbedingten notwendigen Umfang eingegriffen werden darf, entspricht auch der schweizerischen Rechtsprechung (BGE 97 II 203 ff; vgl OGH 02 PG.2009.129 GE 2010, 404).

7.3.2. Bei der Unterbringung einer Person handelt es sich um einen Freiheitsentzug. Die Einhaltung der dafür erforderlichen Voraussetzungen ist penibel zu beachten. Das Grundrecht der Freiheit ist als absolutes Recht anerkannt. Nicht nur eine vorsätzliche, sondern auch eine fahrlässige Beeinträchtigung der Freiheit kann daher zu einer Haftung führen.

Auch nach der österreichischen Rechtsprechung gilt, dass Unterbringungen als Eingriff in das verfassungsgesetzlich geschützte Grundrecht auf persönliche Freiheit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechend «ultima ratio» sein müssen. Ein reiner Therapiebedarf rechtfertigt eine zwanghafte Unterbringung nicht (VwGH Ra 2015/01/033 = *Bundschuh-Rieseneder*, Zwangsunterbringung in psychiatrischer Einrichtung gesetzeskonform? ZfG 2017, 99).

Darüber hinaus ist der in Art 3 der RL 2016/343 (Richtlinie [EU] 2016/343 des europäischen Parlaments und des Rates vom 09. März 2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung im Strafverfahren) zu beachten: Danach ist der Grundsatz der Unschuldsvermutung dahin auszulegen, dass er im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens, das aus therapeutischen Gründen und aus Sicherheitsgründen zur psychiatrischen Unterbringung von Personen durchgeführt wird, die im Zustand geistiger Verwirrung Taten begangen haben, aufgrund deren eine Gefahr für die Allgemeinheit besteht, verlangt, dass die Staatsanwaltschaft nachweist, dass die Person, deren Unterbringung begehrt wird, die Taten, von denen eine solche Gefahr ausgehen soll, begangen hat. Im vorliegenden Fall liegen keine strafbaren Handlungen vor, Art 3 dieser Richtlinie zeigt allerdings deutlich, dass in den genannten Fällen der Gefahrenbeurteilung die (angeblich) von der unterzubringenden Person ausgehende Gefahr nachgewiesen wird. Genau dieses Prinzip hat aber, wie im Folgenden noch weiter auszuführen ist, im gegenständlichen Fall nicht die erforderliche Beachtung gefunden.

7.3.3. Gem Art 11 Abs 1 SHG gilt, dass Personen, die geisteskrank oder geistesschwach sind, an Suchterkrankungen leiden oder schwer verwahrlost sind, gegen ihren Willen in einer geeigneten Anstalt untergebracht oder zurückbehalten werden dürfen, wenn ihnen die nötige Hilfe anders nicht erwiesen werden kann. Gem Art 12 Abs 2 SHG hat bei *Gefahr im Verzug* der Amtsarzt, sein Stellvertreter oder der diensthabende Arzt unter Benachrichtigung des Landgerichts die sofortige Unterbringung anzuordnen.

Art 12 Abs 2 SHG definiert die «Gefahr im Verzug» nicht. Das Rezeptionsvorbild des Art 426 Abs 2 ZGB, eine Bestimmung im 3. Abschnitt über die «fürsorgerische Unterbringung», sieht vor, dass die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Dritten zu berücksichtigen sind. Die Fremdgefährdung wird damit – diesem Abschnittstitel des ZGB entsprechend – weder als eine Unterbringungsvoraussetzung noch als Umstand angesehen, der für sich alleine eine fürsorgerische Unterbringung rechtfertigt (OG Zürich 06.08.2019 PA190021), der Schutz Dritter darf in die Beurteilung lediglich einbezogen werden (*Breitschmid/Matt/Pfannkuchen-Heeb* in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht[3] [2016] Art 426 ZGB Rz 7).

7.3.4. Aus dem Bericht der Amtsärztin über die «notfallärztliche Einweisung in eine geeignete Anstalt gegen den Willen der Patientin/des Patienten» ergibt sich nicht, worin der «Notfall» bestanden hat, der die Unterbringung des Klägers notwendig gemacht haben soll und aus welchen Gründen eine Situation gegeben war, die zur Annahme einer «Gefahr im Verzug» im Sinne des § 12 Abs 2 SHG und damit zu einer sofortigen Unterbringung geführt hat. Dass der Kläger seine Medikamente zuletzt nicht mehr eingenommen hatte, vermag weder eine unmittelbare Notfallsituation darzustellen noch reicht sie aufgrund ihrer Unbestimmtheit für die Bejahung einer Selbstgefährdung und schon gar nicht für eine zwangsweise Unterbringung aus. Wenn der Amtsärztin mitgeteilt wurde, dass der Betroffene in letzter Zeit «wieder auffällig geworden sei» begründet dies ebenso wenig eine Gefahrensituation im Sinne des Art 12 Abs 2 SHG und rechtfertigt nicht die Einweisung des Betroffenen. Der Umstand, dass dieser bekleidet in einem T-Shirt und in der Unterhose die Türe seiner Wohnung geöffnet, die Wohnung einen verwahrlosten Eindruck gemacht habe und ungepflegt und nicht gewaschen war, kann ernsthaft ohnehin nicht als ein die Selbstgefährdung bei «Gefahr im Verzug» begründender Umstand herangezogen werden. Auch die Vorwürfe gegenüber den anwesenden Polizisten indizieren keine «Gefahr in Verzug». Dass die Amtsärztin am 11.04.2014 gegen 20.00 Uhr eine Selbstgefährdung, die nur durch eine Unterbringung gebannt werden könne, festgestellt hat, ist vor dem Hintergrund der oben dargestellten Situation nicht nachvollziehbar.

7.3.5. Die einschreitende Amtsärztin stützte sich wesentlich auf das ihr vorgelegte Gutachten des Prof. R. vom 11.04.2014. […]

7.3.6. Auf der Basis dieses Gutachtens hätte die einschreitende Amtsärztin die Unterbringung des Betroffenen nicht verfügen dürfen. […]

7.3.7. Bereits das Fürstliche Obergericht hat in seiner Entscheidung im Verfahren 02 SH.2014.13, ON 28 (S 14) zu Recht darauf hingewiesen, dass das vom Sachverständigen angeordnete Verbot der Zugänglichmachung des Gutachtens an Drittpersonen und Drittstellen sowie der Person des Untersuchten so zu verstehen war, dass es auch nicht der einweisenden Ärztin als Beurteilungsgrundlage zur Verfügung zu stellen gewesen wäre. Das Aktengutachten des Prof. R. durfte gar nicht der Amtsärztin ausgehändigt und daher auch von dieser nicht als Entscheidungsgrundlage für eine sofortige Unterbringung herangezogen werden.

7.3.8. Es ergibt sich insgesamt daher kein Anhaltspunkt dafür, dass die einschreitende Amtsärztin den Betroffenen gegen dessen Willen unterbringen durfte. Die aktuelle Situation am 11.04.2014 um 20:00 Uhr vermochte ohnehin keinen Anhaltspunkt für eine entsprechende Gefährlichkeit im Sinne einer Selbstgefährdung, aber ebenso wenig im Sinne einer Fremdgefährdung, zu ergeben. Unabhängig davon, dass das Gutachten Dritten (und daher auch der Amtsärztin) nach der Anordnung des Gutachters auf S 2 nicht ausgefolgt werden durfte, hätte der Amtsärztin auffallen müssen, dass die darin zitierten medizinischen Atteste aus 2007, 2010 und 2011 datieren und daher eine «Gefahr in Verzug» schon per se nicht begründen konnten.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seiner Entscheidung Bsw36760/06 vom 17.01.2012 die Ansicht vertreten, dass ein Zeitraum von mehr als zwei Jahren zwischen einer Untersuchung und der Verbringung in ein Pflegeheim exzessiv ist und ein psychiatrisches Gutachten zwei Jahre vor der Einweisung den mentalen Zustand des Beschwerdeführers zum Zeitpunkt seiner Verbringung in das Heim nicht zuverlässig darzustellen vermag. Das Fehlen einer aktuellen medizinischen Beurteilung seines Geisteszustands lasse bereits darauf schliessen, dass seine Unterbringung nicht rechtmässig im Sinne von Art 5 Abs 1 lit e EMRK gewesen sei.

Die im Gutachten angeführten, Jahre zurückliegenden Befunde waren daher jedenfalls nicht geeignet, eine «Gefahr im Verzug» iS des Art 12 Abs 2 SHG zu begründen.

7.3.9. Die Einweisung des Betroffenen war daher rechtswidrig: Zum einen durfte das Aktengutachten des Prof. R. der Amtsärztin gar nicht ausgefolgt werden. Zum anderen konnte auch der Inhalt des Gutachtens die sofortige Unterbringung des Klägers nicht rechtfertigen. Die Unterbringung des Betroffenen stellt daher einen rechtswidrigen Eingriff in dessen Freiheitsrechte dar. Dieser wurde unter Verletzung der Bestimmung des Art 12 Abs 2 SHG gegen seinen Willen untergebracht.

7.3.10. Es ist zutreffend, wie die Beklagte argumentiert, dass bei Vertretbarkeit der Rechtsansicht der Behörde aus einer ex-ante-Sicht eine Amtshaftung ausgeschlossen ist (OGH CO.2010.7 LES 2011, 138 = GE 2011, 123; vgl OGH 10 CG.2005.300 GE 2009, 328). Eine vertretbare Rechtsanwendung mag zwar objektiv rechtswidrig sein, sie stellt aber kein Verschulden im Sinne des Amtshaftungsgesetzes dar (öOGH 1 Ob 164/07k). Zu § 1 öAHG wurde ein Amtshaftungsanspruch dann verneint, wenn Verwaltungsorgane vertreterbarerweise Handlungen vorgenommen bzw unterlassen hatten (öOGH 1 Ob 164/07k; 1 Ob 86/10v ua). Die ständige Judikatur des öOGH geht denn auch davon aus, dass ein Amtshaftungsanspruch mangels Verschuldens nicht besteht, wenn die Entscheidungsorgane ihrer Entscheidung eine zwar unrichtige, aber nach den jeweiligen Umständen vertretbare Rechtsansicht zugrunde gelegt haben (RIS-Justiz RS0049955; SZ 65/63; 1 Ob 86/10v ua).

7.3.11. Der Fürstliche Oberste Gerichtshof sieht allerdings die hier streitgegenständliche Einweisung des Klägers am 11.04.2014 als nicht vertretbar an. Zum einen war das Gutachten der Amtsärztin nicht auszufolgen, was auch überdies auch für sie durch den fett gedruckten Hinweis des Sachverständigen auf Seite 2 des Gutachtens ersichtlich war. Zum anderen hätte die Amtsärztin bei umfassender Lektüre des Gutachtens erkennen müssen, dass «Gefahr in Verzug» iS des Art 12 Abs 2 SHG schon allein aufgrund des auffallenden Alters der vom Gutachter herangezogenen ärztlichen Unterlagen nicht angenommen werden kann. Die Lektüre bloss der Zusammenfassung eines vorliegenden Gutachtens über den Zustand der betroffenen Person ist jedenfalls dann, wenn es um die Unterbringung dieser Person in einer geschlossenen Anstalt und damit um einen schwerwiegenden Eingriff in deren Freiheitsrechte geht, nicht vertretbar. Für eine drohende Selbstgefährdung bestanden keine Anhaltspunkte, die iS des Art 12 Abs 2 SHG die Einweisung gerechtfertigt hätten. Eine Situation, die eine «notfallärztliche» Intervention am 11.04.2014, 20.00 Uhr unter Beizug von Polizeieinheiten erforderlich gemacht hätte, war daher nicht gegeben. «Fremdgefährdung» ist nach dieser Bestimmung zwar ohnehin nicht Einweisungsgrund (anders § 3 Z 1 öUBG), war aber in der Ausgangssituation ebenso wenig indiziert. Die fehlende Dringlichkeit einer Einweisung wird überdies dadurch unterstrichen, dass die Amtsärztin selbst die Möglichkeit ins Auge fasste, erst am darauffolgenden Montag unter Hinzuziehung des zuständigen Psychiaters auf den Kläger zuzugehen. Offensichtlich war diese Vorgehensweise daher auch eine in der Ausgangssituation gegebene Alternative, sodass eine mildere Variante als die Einweisung möglich erschien. Eine (Negativ-)Voraussetzung für die Unterbringung ist aber, dass die betroffene Person nicht in anderer Weise, insbesondere ausserhalb einer Anstalt, ausreichend ärztlich behandelt oder betreut werden könnte (vgl öOGH 1 Ob 251/00v JBl 2001, 725).

8. Schmerzengeld für den erlittenen Entzug der Freiheit

8.1. Das Schmerzengeld ist eine Genugtuung für alles Ungemach, das der Verletzte infolge einer Verletzung erduldet. Auch seelische Schmerzen sind durch das Schmerzengeld abzugelten, ohne dass es hiefür stets konkreter Behauptungen oder Beweiserhebungen bedürfte, wenn nach Lage des Falles mit solchen jedenfalls zu rechnen ist (öOGH 2 Ob 96/95; *Danzl* in KBB[5] § 1325 Rz 28). Grundsätzlich kann Schmerzengeld nur nach § 273 ZPO unter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles, der körperlichen und seelischen Schmerzen sowie der Art und Schwere der Verletzung nach freier Überzeugung des Richters festgesetzt werden und nicht tagweise (RIS-Justiz RS0031415). Bei seelischen Schmerzen kommt eine Gleichsetzung mit Tagessätzen für physische Schmerzen nicht in Betracht (*Danzl*, Handbuch Schmerzengeld [2019] Rz 3.35). In die gegenständ-

liche Schmerzengeldbemessung fällt sowohl die Entschädigung für die unrechtmässige Freiheitsentziehung wie auch sämtliches Ungemach, dass der Kläger aufgrund dieser rechtswidrigen Unterbringung erlitten hat.

8.2. Dem Kläger ist für den erlittenen Eingriff in seine Freiheitsrechte ein angemessenes Schmerzengeld iS einer Globalentschädigung pauschal zuzusprechen. Auch Schmerzengeld wegen seelischer Schmerzen ist global zu bemessen (öOGH 4 Ob 208/17t; 1 Ob 114/16 mwN). Im vorliegenden Fall geht es bei der Bemessung des Schmerzengeldes nicht bloss um die Entschädigung für den mehr als 12-tägigen Freiheitsentzug, sondern auch um die Entschädigung sämtlichen Ungemachs, das der Kläger durch die rechtswidrige Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt erlitten hat. Bei der Bemessung des Schmerzengeldes ist auch die erhebliche Bedeutung des verletzten Grundrechts der Freiheit der Person angemessen mitzuberücksichtigen (vgl *Marschner* in Marschner/Lesting/Strahmann, Freiheitsentziehung und Unterbringung[6] [2019] Rz 152).

8.3. Die gegenständliche Unterbringungsaktion begann an einem Freitagabend, ohne dass der Betroffene zuvor irgendeine von den Unterinstanzen festgestellte Aktion gesetzt hat, die eine sofortige zwangsweise Einweisung gerechtfertigt hätte. Diese behördliche «Abholung» des Klägers und die gegen seinen Willen erfolgte sofortige «Verfügung» in die Anstalt «Valduna» widerstreitet den Grundsätzen des gebotenen Umgangs der Behörden mit dem Individuum eklatant und stellt einen bei der Schmerzengeldbemessung zusätzlich erheblich ins Gewicht fallenden Umstand dar. Zu dem erlittenen Ungemach des Klägers zählt weiters insbesondere auch die – in der breiten Öffentlichkeit bekannt gewordene – Herabsetzung der eigenen Persönlichkeit durch die sofortige Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt. Damit einher geht freilich auch eine zwangsläufig eintretende Rufschädigung des Klägers. Dass die streitgegenständliche Einweisung einer breiten Öffentlichkeit bekannt wurde, ist amtsbekannt.

8.4. Für eine mehr als 20-monatige Unterbringung und Behandlung in einem psychiatrischen Krankenhaus ohne Rechtsgrundlage sprach der EGMR im Jahr 2005 eine Entschädigung für immateriellen Schaden von EUR 75.000 an Entschädigung zu (EGMR 16.06.2005 AppNr 61603/00 – *STORCK v. GERMANY,* NJW-RR 2006, 308). Der Fall ist zwar mit der Dauer der Unterbringung im gegebenen Fall nicht vergleichbar. Es darf aber nicht übersehen werden, dass der Zuspruch gem Art 5 EMRK für eine «gerechte Entschädigung» (Art 41 EMRK) ein Verschulden der Organe des beklagten Rechtsträgers nicht voraussetzt (RIS-Justiz RS0037896; *Hintereggeg*, Trauerschmerzengeld und der Anspruch auf immateriellen Schadenersatz, in Danzl-FS [2017] 71 [79]). Im gegenständlichen Fall ist dagegen das Verschulden (Fahrlässigkeit) zweifach begründbar – zum einen aufgrund der unzulässigen Aushändigung des Gutachtens an die Amtsärztin und zum anderen aufgrund der nicht vertretbaren Entscheidung der Amtsärztin zur Unterbringung des Klägers. Hinzu kommt, wie bereits erwähnt, die unvertretbare Art und Weise der Einweisung und die damit verbundene Herabsetzung der Person des Klägers in breiter Öffentlichkeit. Die auf 12 Tage zurückgerechnete (geringe) Höhe der Entschädigung ist daher auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

8.5. Die blosse Abgeltung entsprechend den Tagessätzen für rechtswidrige Inhaftierung, die in Österreich zumeist aufgrund eines Vergleichs in etwa mit jenen Beträgen, welche idR bei Vorliegen leichter körperlicher Schmerzen der gleichen Dauer zuzusprechen wären (vgl *Danzl*, Handbuch Rz 10.6), kann im vorliegenden Fall schon deshalb nicht herangezogen werden, weil sich die zu entgeltende «Kränkung» des Klägers nicht im Faktum der Unterbringung erschöpft, sondern darüber hinaus auch in der damit verbundenen breiten Öffentlichkeitswirkung und der Herabsetzung der Person des Klägers ihren Niederschlag gefunden hat.

8.5.1. Ebenso wenig erscheint eine Abgeltung des Freiheitsentzugs nach den in Österreich – aufgrund budgetärer Gründe – sehr niedrig gehaltenen Tagessätzen des StEG 2005 (Strafrechtliches Entschädigungsgesetz) von EUR 20.– bis EUR 50.– pro Tag als angemessen und daher als möglicher Orientierungsparameter ungeeignet (vgl *Danzl*, Handbuch Rz 10.8).

8.6. […]

8.7. Gem § 273 Abs 1 ZPO ist der Entschädigungsbetrag nach freier richterlicher Überzeugung festzusetzen. Die Bemessungskriterien bei der Schmerzengeldbemessung sind als ein «bewegliches System» zu verstehen, innerhalb dessen Grenzen ein weiter Spielraum für die den Erfordernissen des Einzelfalls jeweils gerecht werdende Ermessensübung besteht (öOGH 1 Ob 94/00f ZVR 2000/103). Hievon ausgehend: Unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Kläger a) am 11.04.2014 mit Polizeieinsatz ohne konkreten Anlassfall von zu Hause «abgeholt» wurde, b) rechtswidrig gegen seinen Willen in einer geschlossenen Anstalt untergebracht wurde, c) auf Seiten der einschreitenden Organe Verschulden vorlag, d) der Kläger aufgrund dieser Aktion seiner Freiheit für 12 Tage beraubt wurde, e) die Unterbringung in breiter Öffentlichkeit bekannt wurde und f) damit verbunden eine Herabsetzung der Person des Klägers und g) eine Rufschädigung einherging, erachtet der Fürstliche Oberste Gerichtshof ein Schmerzengeld als Globalabgeltung in Höhe von CHF 45.000,- als gerechtfertigt (§ 273 Abs 1 ZPO).

Das darüber hinaus gehende Leistungsmehrbegehren von CHF 55.000,- war daher abzuweisen.

[…]

Anmerkung

Nicht releviert wurde in der gegenständlichen Amtshaftungssache, weshalb das Land nicht nur für die in Liechtenstein erfolgte (rechtswidrige und laut OGH unvertretbare) Zwangseinweisung des Betroffenen einzustehen hat, sondern auch für die daran anschliessende Unterbringung desselben in einer österreichischen Anstalt mit dortiger Verfahrensherrschaft. So entspricht es ständiger Gerichtspraxis, dass im Falle einer dringlichen Zwangseinweisung von Liechtenstein nach Österreich dort – dies im Gegensatz zur Schweiz (vgl dazu BuA 2008/72, 174 betreffend Unterbringung nach dem KJG) – ein eigenes Verfahren eingeleitet und durchgeführt wird, so dass das hiesige Verfahren auch bei einer gerichtlichen Bestätigung der sofortigen Unterbringung bei Gefahr im Verzug

gem Art 12 Abs 2 SHG mit Eintritt der Rechtskraft dieser Entscheidung beendet ist. Und dies, ohne dass dann noch in einem ordentlichen Verfahren über eine allfällige Zurückbehaltung der betroffenen Person – nach Einholung eines Fachgutachtens iSv Art 13 Abs 1 leg cit – zu entscheiden ist. Im Übrigen hat der OGH in einem anderen Unterbringungsverfahren (02 SH.2015.11) klargestellt, dass es im (Regel-)Fall einer Einweisung in eine ausländische Anstalt Sache der dort zuständigen Behörden ist, über die Anerkennung der liechtensteinischen Entscheidung zu befinden (vgl LES 2015, 157).

Jürgen Nagel

Fürstlicher Oberster Gerichtshof

U 06.12.2019, SV.2019.3

Art 30 Abs 1, Art 38 Abs 2 FZG
Art 27 chATSG
Bei der fünfjährigen Frist für das Erlöschen des Anspruchs auf Kinderzulagen handelt es sich um eine absolute Verwirkungsfrist, die nicht unterbrochen werden kann und von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. Diese Frist kann auch durch eine fehlerhafte Anmeldung gewahrt werden.

Mangels gesetzlicher Grundlage besteht in Liechtenstein keine Beratungs- und Aufklärungsverpflichtung der (jeweils selbständigen) Anstalten AHV und FAK gegenüber einer versicherten Person im Verhältnis zueinander (in casu: provisorische Rentenberechnung und Anmeldung Kinderzulagen). Eine dahingehende Obliegenheit lässt sich auch nicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ableiten.

Sachverhalt

Die in Österreich wohnhafte Antragstellerin hatte sich Mitte Mai 2018 bei der Liechtensteinischen Familienausgleichskasse (FAK) zum Bezug von Kinderzulagen für ihre Tochter angemeldet, und zwar rückwirkend seit ihrer Erwerbstätigkeit in Liechtenstein ab Juli 2003. Die FAK sprach jedoch die begehrten Kinderzulagen nur für die letzten fünf Jahre vor der Anmeldung bis zur Volljährigkeit der Tochter zu. Hingegen wurde eine Nachzahlung für die Zeit davor wegen Anspruchsverwirkung abgelehnt. Der dagegen von der Antragstellerin erhobenen Vorstellung war kein Erfolg beschieden.

Der gegen die Vorstellungsentscheidung gerichteten Berufung gab das OG teilweise Folge, indem der Antragstellerin für deren Tochter – aus Gründen des Vertrauensschutzes – weitere monatliche Kinderzulagen für die Zeit von anfangs September 2009 bis Ende April 2013 zugesprochen wurden. Über Revision der FAK änderte der OGH das angefochtene U dahingehend ab, dass der Berufung der Antragstellerin keine Folge gegeben wurde.

Aus den Entscheidungsgründen

[…]

7.2. Gemäss Art 30 Abs 1 1. Satz FZG ist der Anspruch auf Kinderzulagen mittels Antrags geltend zu machen. Nach Art 38 Abs 2 1. Satz FZG erlischt der Anspruch auf Nachzahlung mit dem Ablauf von 5 Jahren seit Ende des Monats, für welchen die Leistung geschuldet war. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, handelt es sich bei der 5-Jahresfrist für das Erlöschen des Anspruchs um eine absolute Verwirkungsfrist, die nicht unterbrochen werden kann und von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. Beim Leistungsanspruch wird diese Frist durch die Anmeldung gewahrt, wobei auch eine fehlerhafte oder bei der unzuständigen Stelle eingereichte Anmeldung fristwahrend sein kann.

7.3. Streitig ist vorliegend, ob die Revisionswerberin mit ihrer Vorstellungsentscheidung zu Recht die Nachzahlung auf die Zeit ab 01.05.2013 limitiert hat oder ob wegen dem von der Revisionsgegnerin am 11.09.2014 vorgelegten Fragebogen für eine provisorische AHV-Rentenberechnung, in welchem sie ihre Tochter namentlich angeführt hatte, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben die Kinderzulagen bereits ab dem 01.09.2009 zuzusprechen sind.

7.4. Das Obergericht begründet seine Entscheidung damit, dass vorliegend die namentliche Erwähnung ihrer Tochter N. durch die Antragstellerin im Fragebogen für eine provisorische Rentenberechnung eine (inner-)behördliche Verpflichtung zur Weitermeldung dieses Umstandes an die Liechtensteinische Familienausgleichskasse (FAK) ausgelöst habe, auch wenn es sich bei letzterer um eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts handle. Entscheidend sei hier, dass der gegenständliche Fragebogen für eine provisorische Rentenberechnung die drei Anstalten («AHV/IV/FAK») gemeinsam aufführe und so jedenfalls für einen juristischen Laien als Einheit erscheinen lasse. Dieser Umstand sei geeignet, bei der Revisionsgegnerin die bestimmte Erwartung zu begründen, dass die liechtensteinische AHV ihr Wissen mit der FAK teilen würde, d.h. konkret, dass die letztere damit auch Kenntnis von der Existenz ihrer Tochter N., geb. 28.03.2000 erhalten würde. Als weitere Konsequenz dieser berechtigten Erwartung wäre die Revisionswerberin verpflichtet gewesen, die Revisionsgegnerin über die Anmeldeobliegenheit des Art 30 Abs 1 1. Satz FZG zu belehren sowie auf die fünfjährige Verwirkungsfrist des Art 38 Abs 2 1. Satz FZG aufmerksam zu machen.

7.5. Gemäss Art 27 chATSG sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (allgemeine Aufklärungspflicht, Abs 1). Jede Person hat Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind (persönliche Beratung, Abs 2). Stellt ein Versicherungsträger fest, dass eine versicherte Person oder ihre Angehörigen Leistungen anderer Sozialversicherungen beanspruchen können, so gibt er ihnen unverzüglich davon Kenntnis (Abs 3).

Nach der Literatur bezweckt die Beratung, die betreffende Person in die Lage zu versetzen, sich so zu verhalten, dass eine den gesetzgeberischen Zielen des betreffenden Erlasses entsprechende Rechtsfolge eintritt; dabei ist die zu beratende Person über die für die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten massgebenden Umstände rechtlicher oder tatsächlicher Art zu informieren, wobei gegebenenfalls ein Rat bzw eine Empfehlung für das weitere Vorgehen abzugeben ist (vgl ua *Kieser* ATSG-Kommentar[2], S 403). Die Beratungspflicht setzt nicht einen entsprechenden Antrag der versicherten Person voraus, sondern ist zu erfüllen, wenn der Versicherungsträger einen entsprechenden Beratungsbedarf feststellt (vgl SVR 2007 KV Nr 14 K 7/06, E 3.3). Vom Versicherungsträger kann hierbei nicht mehr verlangt werden, als was er bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit erkennen konnte (vgl BGE 133 V 256). Das Gleiche gilt für die Informationspflicht bei Leistungsansprüchen gegenüber anderen Sozialversicherungen (Art 27 Abs 3 chATSG); sie entsteht bei der Feststellung eines Leistungsanspruchs gegenüber anderen Sozialversicherungen, wobei der Versicherungsträger nicht eigene Nachforschungen anzustellen hat.

Das Obergericht hält zu Recht fest, dass die Bestimmungen des schweizerischen Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 06.10.2000 (chATSG), und damit auch die Norm zur Aufklärung und Beratung (Art 27 chATSG) nicht in die liechtensteinische Gesetzgebung übergeführt wurde. Gemäss dem Bericht der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999 (BBl 1999 4523 ff) stellte die in Abs 2 stipulierte Beratungspflicht zwar eine Kodifizierung der bisherigen Praxis dar. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor dem Inkrafttreten des chATSG bestand indessen keine umfassende Auskunfts-, Beratungs- und Belehrungspflicht der Behörden, namentlich auch nicht gestützt auf den verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben. Unter der damals herrschenden Rechtslage brauchten die Organe der Sozialversicherungen (unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Auflagen) nicht von sich aus – spontan, ohne vom Versicherten angefragt worden zu sein – Auskünfte zu erteilen oder auf drohende Rechtsnachteile aufmerksam zu machen (vgl die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 131 V 472 S 477 ff). Dies galt auch für drohende Verluste sozialversicherungsrechtlicher Leistungen. In der Lehre wurde – anders als im Bericht der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999 – ebenso die Auffassung vertreten, dass mit Art 27 chATSG eine wesentlich weiter gehende Beratungspflicht (welche namentlich auch Leistungsansprüche gegenüber anderen Sozialversicherungen umfassen kann; Abs 3) stipuliert wurde und die Bestimmung eine bedeutende Neuerung darstellte (aaO). Damit ist in Liechtenstein vorab von einer fehlenden gesetzlichen Grundlage, wie sie Art 27 chATSG im schweizerischen Sozialversicherungsrecht statuiert, auszugehen.

Nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes stellt der Grundsatz von Treu und Glauben einen Teilgehalt des Willkürverbots dar. Von eigenständiger Bedeutung im Rahmen des Willkürverbots ist der Grundsatz von Treu und Glauben nur dann, wenn eine individuelle Vertrauensposition zu schützen ist. So verletzt beispielsweise die Nichteinhaltung spezifischer behördlicher Zusicherungen den Grundsatz von Treu und Glauben in einer mit dem Willkürverbot nicht zu vereinbarenden Weise, wenn im Vertrauen auf die Zusicherung wesentliche Dispositionen getroffen wurden, die ohne Schaden nicht wieder rückgängig gemacht werden können. In einem solchen Fall vermittelt der Grundsatz von Treu und Glauben einen subjektiven Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens (vgl StGH 2018/116, Erw 2, mit Hinweisen).

Einen Anspruch auf Vertrauensschutz begründet auch ein bestimmtes Verhalten, in spezifischen Fällen auch eine Untätigkeit der Behörde. Es muss eine Gesamtbetrachtung dahingehend erfolgen, ob der Betroffene unter Berücksichtigung aller Umstände das behördliche Verhalten im Sinne einer spezifischen Zusage deuten durfte (vgl StGH 2002/87, Erw 2.3). Dies kann beispielsweise auch bei einer fehlenden oder mangelhaften bzw unvollständigen Information der Fall sein. Wenn eine Person über die für die Wahrnehmung ihrer Rechte und Pflichten massgebenden Umstände rechtlicher oder tatsächlicher Art von einer zuständigen Behörde nicht oder nur mangelhaft informiert wird, obwohl dies nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten gewesen wäre, so ist dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichzustellen (mit Verweis auf BGE 131 V 472, Erw 4.3 und 5).

Der Staatsgerichtshof hat die Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben beispielsweise bei einem Versicherten, welcher anlässlich seiner Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung nicht darauf hingewiesen wurde, dass die Pflicht, eine vermittelte zumutbare Arbeit anzunehmen, bereits vor dem Bezug der Arbeitslosenentschädigung respektive während der Kündigungsfrist gilt, bejaht (StGH 2012/162 Erw 2.4). Mit dieser Praxis wurde denn inhaltlich der Grundsatz von Treu und Glauben auch ohne gesetzliche Normierung ausgeweitet und die fehlende oder ungenügende Erfüllung der Beratungspflicht einer falsch erteilten Auskunft eines Versicherungsträgers gleichgesetzt; es erfolgte also eine Gleichstellung von pflichtwidrig unterbliebener Beratung und unrichtiger Auskunftserteilung. Die inhaltliche Übernahme der mit Art 27 Abs 2 chATSG normierten Beratungspflicht beschränkt sich jedoch, analog zur grundsätzlichen Handhabung des verwaltungsrechtlichen Grundsatzes von Treu und Glauben, auf das Verhalten der für die jeweilige Sozialversicherung zuständigen Behörde. Eine Informationspflicht durch Versicherungsträger, wenn Leistungen anderer Sozialversicherungen beansprucht werden können, kann daraus nicht abgeleitet werden und wurde, anders als mit Art 27 Abs 3 chATSG, in Liechtenstein auch nicht so kodifiziert.

7.6. Mithin stellt sich die Frage, ob die Revisionsgegnerin dadurch, dass der Fragebogen für eine provisorische Rentenberechnung die Bezeichnung aller Anstalten (AHV/IV/FAK) trägt, aus dem unterbliebenen Hinweis auf den möglichen Anspruch auf Kinderzulagen eine Verletzung von Treu und Glauben ableiten kann.

8.1. Der Oberste Gerichtshof kann sich hier der Rechtsansicht und Begründung des Fürstlichen Oberge-

richts nicht anschliessen. Wenngleich die drei Anstalten jeweils mit einem gemeinsamen Briefkopf auftreten, so bezieht sich der eingereichte Fragebogen erkennbar auf die provisorische Berechnung einer Altersrente der AHV. Wie dargelegt, besteht mangels einer diesbezüglichen gesetzlichen Grundlage analog zu Art 27 Abs 3 chATSG) keine Verpflichtung der AHV-Anstalt, auf einen Leistungsanspruch gegenüber der Familienausgleichskasse hinzuweisen. Und selbst wenn durch den gemeinsamen Auftritt der drei Anstalten die Revisionswerberin durch den Fragebogen Kenntnis von der Tochter der Revisionsgegnerin erhalten hätte können, so wäre die Revisionswerberin dadurch nicht gehalten gewesen, Nachforschungen darüber anzustellen, ob ggf ein Anspruch auf Kinderzulagen bestehen würde, da allein aufgrund der Nennung der Tochter im eingereichten Fragebogen (für die Berechnung der AHV-Rente) bei einem durchschnittlichen Mass an Aufmerksamkeit nicht erkennbar ist, dass die betreffende Person ihre Ansprüche hinsichtlich Kinderzulagen nicht kennt bzw einen entsprechenden Beratungsbedarf hat. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art 27 chATSG zeigt denn auf, dass auf jeden Fall zum Kern der Beratungspflicht gehört, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, dass ihr Verhalten eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruches gefährden kann (aaO; Urteil vom 28.10.2005 zu C 157/05). Mit Blick auf die zu § 14 des deutschen Sozialgesetzbuches (SGB) ergangene Literatur, dem die Norm des Art 27 Abs 2 chATSG nachgebildet ist, hat das Bundesgericht ausgeführt, dass nicht verlangt werden kann, dass eine umfassende Beratung zur gezielten und abschliessenden Unterrichtung über die Rechte und Pflichten zu erfolgen habe; die Leistungsträger dürfen sich vielmehr bei der sich ihnen präsentierenden Situation darauf beschränken, die klar umrissenen Fragen im Sinne einer Auskunftserteilung zu beantworten (vgl Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 3. Juli 2006 zu C 138/05. Der Revisionswerberin kann daher so wenig wie auch der AHV-Anstalt, auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie nicht noch über diese Fragen hinaus, welche die AHV-Anstalt aufgrund des Fragebogens im Rahmen der provisorischen Rentenberechnung beantwortete, noch einen Rat oder einen Hinweis zum Anspruch auf Kinderzulagen erteilte. Ein solcher Beratungsanspruch kann auch aus einer analogen Anwendung von Art 27 Abs 2 chATSG und aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht abgeleitet werden.

[…]

Fürstlicher Oberster Gerichtshof

B 07.02.2020, 08 CG.2017.524

Art 70 Abs 1 KO
Art 66 Abs 1 lit b RSO
Art 32 KO

Der auf Art 287 Abs 2 Ziff 2 ch SChKG als Rezeptionsgrundlage beruhende Tatbestand von Art 66 Abs 1 lit c RSO betrifft die «inkongruente Deckung».

Bei Aufrechnung einer Kaufpreisforderung gegen eine Darlehensforderung handelt es sich dann, wenn die Aufrechnungslage durch Abschluss des Kaufvertrages in der kritischen Zeit des Art 66 Abs 1 RSO erst herbeigeführt wurde, um eine Tilgung der Darlehensschuld durch ein nicht «übliches Zahlungsmittel».

Der Masseverwalter kann in diesem Fall den Kaufvertrag unangefochten lassen und nur die Aufrechnung anfechten, wenn diese für die Masse nachteilig war. Dass die Aufrechnung an sich gemäss Art 32 KO in der Insolvenz zulässig gewesen wäre, ändert daran nichts.

Art 66 Abs 1 RSO
Art 9 KO

«Überschuldung» im Sinne von Art 66 Abs 1 RSO ist nicht mit einer bilanziellen Überschuldung oder einem negativen Eigenkapital gleichzusetzen, sondern liegt dann vor, wenn eine Fortbestehensprognose negativ ausfällt und ein zu Liquidationswerten erstellter Überschuldungsstatus negativ ist (rechnerische Überschuldung bzw negativer Überschuldungsstatus).

Art 67 KO

«Absicht» iS von Art 67 KO umfasst nicht bloss den direkten Vorsatz, sondern auch den Eventualvorsatz («dolus eventualis»).

Sachverhalt

Mit B des LG vom 31.05.2017 wurde über das Vermögen der G AG, 9490 Vaduz (nachfolgend auch «die Gemeinschuldnerin»), welche das Hotel «X» betrieb, das Konkursverfahren eröffnet. Zum Masseverwalter wurde Rechtsanwalt Mag. F bestellt.

Die beklagte B Anstalt, 9496 Balzers, hatte der Gemeinschuldnerin bis Juli 2014 in mehreren Tranchen ein Darlehen gewährt. Am 03.10.2016 stellte die Beklagte die offene Darlehensforderung im Gesamtbetrag von CHF 917.373.13 inkl. 2% Zinsen seit 11.07.2014 zur Zahlung binnen 14 Tagen fällig. Im Umfange von CHF 892 .373.13 samt 2% Zinsen seit dem 11.07.2014 erwirkte die Beklagte für ihre Darlehensforderung am 26.10.2016 einen rechtskräftigen Zahlbefehl.

Ende Oktober 2016 übertrug die Gemeinschuldnerin in ihrem Eigentum stehende mobile Vermögenswerte,

nämlich einen VW-Bus sowie das Inventar des Hotels «X», an die Beklagte, wobei zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten übereingekommen wurde, dass der Wert des VW-Busses CHF 25.000.00, jener des Inventars CHF 527.000.00 betrage, und die Kaufpreisforderung der Gemeinschuldnerin in Höhe von insgesamt CHF 552.000.00 gegen die offene Darlehensforderung der Beklagten aufgerechnet werde, sich die Darlehensschuld der Gemeinschuldnerin also um den Betrag von CHF 552.000.00 verringere.

Mit Klage vom 10.10.2017 stellte Mag. F als Masseverwalter im Konkurs der G AG ein Urteilsbegehren folgenden Inhalts:

1. *Die Verrechnung der von der beklagten Partei auf Grund des Kaufes des vormals im Eigentum der G AG i.K. gestandenen VW Busses zu leistenden Kaufpreiszahlung in Höhe von CHF 25.000.00 und die Verrechnung des von der beklagten Partei für den Kauf der Aktiva der G AG i.K. zu leistenden Kaufpreiszahlung in Höhe von CHF 527.000.00 mit der offenen Darlehensforderung der beklagten Partei im Betrag von CHF 552.000.00 wird gegenüber den Konkursgläubigern der G AG i.K. für unwirksam erklärt.*
2. *Die beklagte Partei ist schuldig, den Gesamtbetrag von CHF 552.000.00 an die Konkursmasse der G AG i.K. zu bezahlen, dies binnen vier Wochen bei sonstiger Exekution.*

Hierzu brachte der Kläger zusammengefasst vor:

Im Zeitpunkt als die von der Beklagten geschuldete Kaufpreiszahlung in Höhe von CHF 527.000.00 mit den offenen Darlehensverbindlichkeiten der Gemeinschuldnerin verrechnet worden sei, sei die Gemeinschuldnerin bereits längst hoffnungslos überschuldet und auch zahlungsunfähig gewesen. Entsprechend habe die Beklagte im Konkursverfahren auch nur noch eine offene Darlehensforderung in Höhe von restlich CHF 278.589.21 angemeldet, nicht aber die mit der Kaufpreisforderung verrechnete Darlehensforderung. Zwar nicht der Verkauf der Fahrnisse der Gemeinschuldnerin aber diese Aufrechnung sei sowohl gemäss Art 66 RSO als auch nach Art 67 RSO anfechtbar. Durch die Verrechnung sei nämlich die Vermögensmasse der Gemeinschuldnerin faktisch auf null geschmälert und damit einerseits der Beklagten ein erheblicher Vorteil verschafft und andererseits die übrigen Konkursgläubiger benachteiligt worden. Zudem sei die Darlehensschuld der Gemeinschuldnerin gegenüber der Beklagten auf andere Weise als durch Barzahlung getilgt worden, nämlich durch Verrechnung mit ihrer offenen Kaufpreisforderung. Anzufechten sei jene Rechtshandlung, durch welche die nachteilige Vermögensverschiebung erfolgt sei, somit nicht der Verkauf der Aktiva, sondern die Verrechnung der Kaufpreisforderung mit der offenen Darlehensforderung.

Die Beklagte bestritt, beantragte kostenpflichtige Klageabweisung und wendete zusammengefasst ein:

Die Gemeinschuldnerin sei im massgeblichen Zeitpunkt weder überschuldet noch zahlungsunfähig gewesen bzw sei dies für sie jedenfalls nicht ersichtlich gewesen. Zudem sei die Aufrechnung der Darlehensforderung mit der Kaufpreisforderung – nur diese und explizit nicht der Verkauf des Inventars werde angefochten – zulässig gewesen. Weiter werde die Unsicherheitseinrede des §1052 Satz 2 ABGB erhoben. Solange nicht sichergestellt sei, dass die Beklagte ihre durch einen rechtskräftigen Zahlbefehl titulierte Darlehensforderung zurückerhalte, sei sie nicht verpflichtet, dem Kläger die begehrten CHF 552.000.00 zu leisten. Ohne Möglichkeit der Verrechnung hätte sie weder den VW Bus noch das Inventar des Hotels «X» gekauft. Die Verrechnungsmöglichkeit sei das zentrale Element der gesamten Vertragsverhandlungen gewesen. «Eigentumsübertragung» und «Verrechnung» seien weder für sie noch für die Gemeinschuldnerin teilbar gewesen; ohne Verrechnungsmöglichkeit hätte sie die Vereinbarung nicht abgeschlossen, sondern den rechtskräftigen Zahlbefehl exekutiv durchgesetzt. In diesem Sinne sei eine Teilanfechtung nicht möglich. Es könne ihr nicht einseitig ein Vertragsinhalt aufgezwungen werden, den sie nicht akzeptiert hätte. Die Klage sei auch deswegen abzuweisen. Sofern eine Anfechtung möglich sei, würden die mit der Gemeinschuldnerin getroffenen Vereinbarungen wegen Irrtum und List angefochten, zumal sie von dieser bezüglich der Möglichkeit der Verrechnung in die Irre geführt worden sei. Weil sowohl der VW Bus als auch das Inventar nicht einmal die Hälfte dessen Wert gewesen seien, was sie dafür bezahlt habe, fechte sie die mit der Gemeinschuldnerin getroffenen Vereinbarungen auch noch wegen *laesio enormis* an. Schliesslich sei das vorliegende Verfahren sinnlos, weil sämtliche Gläubiger der Gemeinschuldnerin den verfahrensgegenständlichen Rechtshandlungen zugestimmt hätten.

Mit U vom 20.11.2018 (ON 22) gab das LG dem Klagebegehren unter Kostenfolge für die Beklagte vollumfänglich statt.

In rechtlicher Hinsicht erwog das LG:

Die «durchgeführte Aufrechnung des Kaufpreises von CHF 552.000.00 mit den offenen Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der Beklagten» sei gemäss Art 32 f KO zulässig gewesen. Es stelle sich die Frage, ob diese gemäss KO zulässige Aufrechnung gemäss Art 66 RSO anfechtbar sei. Die öRsp habe diese Frage bejaht, sofern der Anfechtungsgegner im Zeitpunkt der Entstehung der Aufrechnungslage die Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung des späteren Gemeinschuldners gekannt habe oder doch hätte kennen müssen. Zudem könne mit der Herbeiführung der für eine Kompensation gemäss Art 32 f KO erforderlichen Aufrechnungslage eine gemäss Art 66 RSO wegen Gläubigerbegünstigung anfechtbare Rechtshandlung verwirklicht werden. Im Zeitpunkt der Entstehung der Aufrechnungslage habe die Beklagte Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung der G AG i.K. gehabt, womit sich im Übrigen der Einwand des Irrtum bzw der List und ebenso jener der *laesio enormis* als verfehlt erweise, weil sie trotzdem «den Kaufpreis mit ihrer Darlehensforderung gegenüber der Gemeinschuldnerin verrechnet» habe. Auch die Unsicherheitseinrede des § 1052 Satz 2 ABGB habe die Beklagte zu Unrecht erhoben, weil es nicht um das Zurückbehaltungsrecht eines aus einem Vertrag Vorleistungspflichtigen gehe.

Das OG gab mit B vom 25.09.2019 der Berufung der Beklagten dahingehend Folge, dass das angefochtene U aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen wird.

Im Wesentlichen und zusammengefasst begründete das OG seinen B in rechtlicher Hinsicht wie folgt:

Die Beklagte habe sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt, dass die Gemeinschuldnerin ihr den VW-Bus bzw das Inventar um CHF 25.000.00 bzw CHF 527.000.00 verkaufe «und eine Gegenverrechnung mit dem Guthaben/Forderungen der B Anstalt erfolgt.» Daraus ergebe sich eindeutig, dass die Kaufpreisforderung der Gemeinschuldnerin mit der Darlehensforderung der Beklagten «gegenverrechnet», sprich aufgerechnet werden sollte, womit entsprechend von einer Aufrechnungserklärung der Gemeinschuldnerin auszugehen sei. Eine einseitige Aufrechnungserklärung der Beklagten müsse unweigerlich zu einer Klagsabweisung führen, weil der Kläger seinen Anfechtungsanspruch explizit und ausschliesslich auf Art 66 RSO, und zwar der Sache nach auf Art 66 Abs 1 lit b RSO, sowie auf Art 67 RSO stütze, welche jedenfalls eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners als Gegenstand der Anfechtung voraussetzen würden. Eine Aufrechnung durch die Beklagte sei gar nicht streitgegenständlich, rechtlich zu klären sei ausschliesslich, ob einer der Anfechtungstatbestände von Art 66 oder Art 67 RSO vorliege, welche beide gleichermassen eine Rechtshandlung der Gemeinschuldnerin voraussetzen würden. Art 66 und Art 67 RSO hätten ihre Rezeptionsgrundlage in Art 287 und Art 288 chSchKG, weshalb zur ihrer Auslegung auf ch Rsp und L abzustellen sei. Diese Anfechtungstatbestände stünden im Übrigen nicht im Verhältnis des gegenseitigen Ausschlusses, sondern könne ein Sachverhalt vielmehr auch beide Anfechtungstatbestände erfüllen. Der Sache nach mache der Kläger den Fall von Art 66 Abs 1 lit b RSO geltend, wonach die Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder anderweitige übliche Zahlungsmittel anfechtbar sei. Die Tilgung einer Schuld (hier: Darlehensforderung der Beklagten) durch Aufrechnung mit einer eigenen Forderung (hier: Kaufpreisforderung der Gemeinschuldnerin) stelle im konkreten Fall ein unübliches Zahlungsmittel bzw eine ungewöhnliche Tilgungshandlung dar. Dies, weil die Aufrechnungslage selbst nicht im Rahmen einer üblichen Geschäftsbeziehung zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten oder im Zuge der geschäftlichen Aktivität der Gemeinschuldnerin entstanden sei, sondern durch den Abschluss zweier Kaufverträge zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten absichtlich herbeigeführt worden sei, wirtschaftlich betrachtet also die Gemeinschuldnerin eine offene Geldschuld (die Darlehensforderung der Beklagten) nicht mit Geld sondern mit Waren beglichen habe. Die Rechtssache sei aber mit Bezug auf den Anfechtungstatbestand von Art 66 Abs 1 lit b RSO deswegen noch nicht als entscheidungsreif anzusehen, weil weiter vorausgesetzt sei, dass die Gemeinschuldnerin im Zeitpunkt der Vornahme der inkriminierten Aufrechnung bereits überschuldet gewesen sei – auf die Zahlungsunfähigkeit komme es im Übrigen gemäss dem klaren Wortlaut von Art 66 Abs 1 RSO entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichts nicht an – und der Begünstigte um die Überschuldung gewusst habe, wobei nach Rechtsansicht des Berufungsgerichts entgegen dem Wortlaut von Abs 2 leg. cit. und in Entsprechung der Rezeptionsgrundlage aber auch bereits ein «kennen müssen», also Bösgläubigkeit, dem Begünstigten schade. Zwar seien vom Erstgericht entsprechende Feststellungen getroffen worden, allerdings – wie zur Verfahrensrüge der Beklagten erwogen – unter unzulässiger Übergehung der von der Beklagten dazu angebotenen Beweise. Ausgehend von seiner Rechtsansicht habe das Erstgericht keine Feststellungen getroffen, die eine rechtliche Beurteilung mit Bezug auf den vom Kläger weiter angezogenen allgemeinen Anfechtungstatbestand von Art 67 RSO erlauben würden. Insbesondere seien keine Feststellungen zu der vom Kläger behaupteten Benachteiligungsabsicht bzw Begünstigungsabsicht der Gemeinschuldnerin und ebenfalls keine Feststellungen, welche eine abschliessende rechtliche Beurteilung zulassen würden, ob diese Absicht für die Beklagte erkennbar gewesen sei, wozu es allerdings bislang auch an einem ausreichend substantiierten und schlüssigen Vorbringen des Klägers gebreche. Entsprechende Feststellungen werde das Erstgericht zweckmässigerweise – bei Verneinung des Anfechtungstatbestandes von Art 66 Abs 1 lit b RSO notwendigerweise – im zweiten Rechtsgang nachzuholen haben. Eine «einheitliche» Rechtshandlung, etwa ein Rechtsgeschäft, das einheitliche rechtliche Wirkungen auslöse, sei grundsätzlich nur im Ganzen anfechtbar. Ausnahmen von diesem Grundsatz seien dort angebracht, wo sich aus der Natur der Rechtshandlung oder des Anfechtungstatbestands etwas Gegenteiliges ergebe. Entscheidend sei, ob sich die Anfechtung gegen einheitliche Wirkungen einer Rechtshandlung richte (in diesem Fall komme nur eine einheitliche Anfechtung in Betracht), oder ob sich die gläubigerbenachteiligenden Folgen einer Rechtshandlung in einzelne, voneinander unabhängige, selbständige Teile zerlegen liessen. Dann sei eine («echte») Teilanfechtung zulässig. In diesem Sinne sei eine «Teilanfechtung» nur der erfolgten Aufrechnung der Kaufpreisforderung der Gemeinschuldnerin mit der Darlehensforderung der Beklagten zulässig. Dem Kläger sei es nicht nur freigestanden, sondern sei er gem Art 72 Abs 1 RSO vielmehr gehalten gewesen, ein Leistungsbegehren auf Zahlung des Kaufpreises zu stellen. Das Erstgericht habe unter unterem die Einreden der List und des Irrtums gestützt auf die Feststellung, dass der Beklagten die Überschuldung bzw Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt gewesen sei, verworfen. Insoweit erweise sich die Rechtssache als noch nicht entscheidungsreife, soweit von der Beklagten die Einrede der List erhoben worden sei. Die Irrtumseinrede sei jedenfalls unbeachtlich, weil der Einwand der Beklagten, sie hätte ohne die Eröffnung der Aufrechnungsmöglichkeit hinsichtlich des Kaufpreises die Kaufverträge mit der Gemeinschuldnerin nicht abgeschlossen, einen anfechtungsrechtlich unerheblichen hypothetischen Geschehensablauf geltend mache. Das Erstgericht habe auch die Einrede der *laesio enormis* (§ 1439 ABGB) verworfen. In Bezug auf diese Einrede komme es materiell-rechtlich nicht darauf an, dass die Beklagte von der Überschuldung bzw Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin Kenntnis gehabt habe. Das Erstgericht habe ausgehend von seiner verfehlten Rechtsansicht keine Feststellungen getroffen, die mit Bezug auf diese Einrede eine (abschliessende) rechtliche Beurteilung erlauben würden, insbesondere keine Feststellungen, die den gemäss § 934 ABGB erforder-

lichen Wertvergleich zulassen würden. Das Erstgericht werde daher, sollte es das Vorliegen eines Anfechtungstatbestandes bejahen, die Sachverhaltsgrundlage entsprechend zu erweitern und zu diesem Zwecke allenfalls auch den von der Beklagten angebotenen Sachverständigenbeweis aufzunehmen haben. Rechtlich zutreffend sei jedoch die von der Beklagten erhobene Unsicherheitseinrede gem § 1052 S 2 ABGB verworfen worden. Zusammengefasst erweise sich das angefochtene Urteil und das diesem vorausgegangene Verfahren in verschiedener Hinsicht als mangelhaft und unvollständig. Die Sachverhaltsgrundlage sei wesentlich zu verbreitern und seien dazu auch verschiedene Beweise aufzunehmen. Es handle sich nicht um eine bloss «punktuelle» Sachverhaltsergänzung, die vom Berufungsgericht nachgeholt werden könnte, sondern um eine umfassende Ergänzung der Tatsachenfeststellungen. In solchen Fällen sei eine Zurückverweisung an das Erstgericht vorzunehmen.

Dem von der Beklagten gegen die Berufungsentscheidung aufgrund eines Rechtskraftvorbehalt zulässigerweise wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobenen Rekurs gab der OGH mit B vom 07.02.2020 keine Folge.

Aus den Entscheidungsgründen

7. Hiezu hat der OGH erwogen:

7.1. […]

7.2. Das liechtensteinische Anfechtungsrecht (Art 64 bis 75 RSO) wurde teilweise aus dem österreichischen Anfechtungsrecht (öAnfO) rezipiert. Dies gilt für die Bestimmungen ua des Art 64 Abs 1 (§ 1 öAnfO), des Art 72 Abs 1 (§ 12 öAnfO) und Art 75 jeweils RSO (vgl LES 2003, 100; LES 1980/81, 139; 1 C 17/96-42 S 14 f). Die Anfechtungstatbestände des Art 66 Abs 1 RSO sowie des Art 67 RSO, beruhen dagegen auf den Art 287 chSchKG und Art 288 chSchKG als Rezeptionsgrundlage (OGH 28.7.1997, 1 C 119/96-25 S 25 f) (OGH 04 CG.2008.126 LES 2011, 71 = GE 2011, 48).

7.3. Konkret zu Art 66 Abs 1 lit b RSO ist hier klarzustellen: Der Tatbestand des Art 66 Abs 1 lit b RSO betrifft die – nach österreichischer Diktion – «inkongruente Deckung» (§ 30 Abs 1 Z 1 IO), mit der ein Gläubiger eine Befriedigung für seine bereits bestehende Forderung in einer Art erlangt, auf die er keinen klagbaren Anspruch hatte (vgl BGE 117 IV 25; BGE 95 III 47; BGE 43 III 228; KGer SG SJZ 1969, 364 ua). Dieser Tatbestand beruht auf Art 287 Abs 2 Z 2 SchKG. Verpönt ist nach dieser Bestimmung eine Deckung, die der Gläubiger aufgrund der materiellen Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung nicht bzw nicht in dieser Art beanspruchen und durchsetzen kann (BGE 117 IV 23 [25]). Das ist im Fall der Tilgung einer verfallenen Schuld anders als durch übliche Zahlungsmittel der Fall. Die schweizerische Rsp erachtet demnach die Leistung von Gegenständen des Schuldners an Zahlungsstatt an den Gläubiger als eine Tilgung einer verfallenen Schuld durch ein unübliches Zahlungsmittel und damit als anfechtbar (BGE 117 IV 26). Typischerweise ist der hier vom Masseverwalter angefochtene Vorgang der Verrechnung der Kaufpreisforderung der Schuldnerin einerseits mit der Darlehensforderung der Beklagten anderseits im anfechtungsrechtlichen Unrechtsgehalt nichts anderes als eine mit dieser schweizerischen Judikatur vergleichbare *datio in solutum*, welche der Beklagten im wirtschaftlichen Erfolg Vollbefriedigung ihrer Konkursforderung und damit eine bevorzugte Gläubigerdeckung verschaffte (vgl RIS-Justiz RS0064535). Aber auch der Verrechnungsvorgang per se ist keine Barzahlung iS des Art 66 Abs 1 lit b RSO und damit eine Befriedigung auf «andere Weise als durch Barschaft». Als «übliche Zahlungsmittel» können nur Leistungen gelten, die üblicherweise barem Gelde gleichgeachtet werden (BGE 85 III 193 [200]). Das kann jedenfalls bei einer Verrechnung einer Kaufpreisforderung mit einer bestehenden Konkursforderung aus einem Darlehen, wobei die Aufrechnungslage erst in der kritischen Zeit des Art 66 Abs 1 RSO herbeigeführt wurde und nicht etwa zwischen den Parteien schon aus der Zeit davor üblich und damit auch klagbar gewesen wäre, nicht bejaht werden.

7.4. Soweit die beklagte Partei in ihrem Rekurs ausführt, dass nicht die Aufrechnung alleine, sondern nur der Kaufvertrag und die durch ihn geschaffene Aufrechnungsmöglichkeit angefochten werden könne, befindet sie sich nicht auf dem Boden der Gesetzeslage: Anfechtbar ist gem Art 66 Abs 1 lit b RSO die Tilgung einer Geldschuld «auf andere Weise als durch Barschaft oder anderweitige üblichen Zahlungsmittel.» Im gegenständlichen Fall hat der Masseverwalter die Verrechnung der Kaufpreisforderungen der späteren Gemeinschuldnerin einerseits mit der Darlehensforderung der beklagten Partei andererseits angefochten. Entgegen den Ausführungen des Rekurses ist der Masseverwalter nicht gehalten, auch die zur Aufrechnung erforderliche Herbeiführung der Aufrechnungsmöglichkeit anzufechten: Dies wäre nur dann erforderlich, wenn er auch das gegenständliche Kaufgeschäft anfechten wollte, was offensichtlich und nach dem Vorbringen des Masseverwalters in der Klage nicht der Fall ist und auch nicht sein muss, weil der Masseverwalter das Wahlrecht hat, den Kaufvertrag anzufechten oder unangefochten zu lassen und nur die Verrechnung anzufechten, wenn diese für die Masse nachteilig war. Dies ist hier gegeben, weil eine Geldschuld (hier die Darlehensschuld) auf andere Weise als durch «Barschaft» oder durch «übliche Zahlungsmittel» beglichen wurde: Die Parteien haben durch den Kaufvertrag eine Verrechnungsmöglichkeit hergestellt, die es der Beklagten ermöglichte, anstelle der Bezahlung des Kaufpreises in Geld diesen durch eine Verrechnung mit einer längst bestehenden Darlehensschuld zu begleichen. Damit hat sich die Beklagte im wirtschaftlichen Effekt durch die schuldnerische Leistung der kaufgegenständlichen Sachen bevorzugt vor anderen Gläubigern gedeckt (*datio in solutum*).

7.5. Es trifft nicht zu, dass die Anfechtung einer Aufrechnung dann ausgeschlossen ist, wenn die Aufrechnung während des Konkurses an sich gem Art 32 KO zulässig wäre. Mit der Schaffung einer Aufrechnungslage kann eine anfechtbare Gläubigerbegünstigung verbunden sein, dies auch dann, wenn die Aufrechnung an sich gem Art 32 KO in der Insolvenz zulässig wäre (öOGH 10 Ob 2342/96a; *Bollenberger* in KLS § 30 Rz 28). Dann ist aber auch die Verrechnung grundsätzlich anfechtbar. Dies entspricht dem vom öOGH vertretenen Grundsatz, dass dann, wenn die Aufrechnungslage zu einem Zeit-

punkt eingetreten ist, in dem der Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des späteren Gemeinschuldners bereits kannte oder doch hätte kennen müssen, die Aufrechnung selbst anfechtbar ist (öOGH 10 Ob 2342/96a).

7.6. Tatbestandsvoraussetzung des Art 66 Abs 1 ist die *Überschuldung* (Art 9 KO) im Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung. Dazu ist den erstgerichtlichen Feststellungen lediglich lapidar zu entnehmen, dass die Gemeinschuldnerin im Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse bzw Verrechnungen bereits zahlungsunfähig und überschuldet gewesen sei. Dies sei der Beklagten zum damaligen Zeitpunkt auch bekannt gewesen.

7.6.1. Damit wird aber lediglich der gesetzliche Begriff der Überschuldung (Art 9 KO) verwendet, ohne dass nachvollziehbar wäre, von welchem Überschuldungsbegriff das Erstgericht ausgegangen ist: Der OGH hat bereits in seiner Entscheidung vom 10 CG.2004.358 LES 2009, 45 ausgeführt, dass die insolvenzrechtlich relevante Überschuldung nicht mit einer bloss bilanziellen Überschuldung oder einem negativen Eigenkapital gleichzusetzen ist. Der moderne und in die Rsp des OGH übernommene Überschuldungsbegriff ist zweistufig konzipiert: Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinn liegt nur dann vor, wenn a) eine Fortbestehensprognose negativ ausfällt und b) ein zu Liquidationswerten erstellter Überschuldungsstatus negativ ist (rechnerische Überschuldung bzw negativer Überschuldungsstatus). Im Rahmen der Fortbestehensprognose ist mit Hilfe sorgfältiger Analysen von Verlustursachen, eines Finanzierungsplans sowie der Zukunftsaussichten der Gesellschaft die Wahrscheinlichkeit der künftigen Zahlungsunfähigkeit zu prüfen. Dabei sind die Auswirkungen geplanter bzw vorgenommener Sanierungsmassnahmen in diese Überlegungen einzubeziehen (etwa öOGH SZ 59/2016; SZ 61/26; SZ 61/122; näher *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer* [Hrsg], IO [2019] § 67 IO Rz 7 ff mwN).

7.6.2. Auf der Basis der Feststellungen des Erstgerichtes kann nicht überprüft werden, ob im entscheidungsrelevanten Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlungen die Fortbestehensprognose für das gemeinschuldnerische Unternehmen positiv oder negativ war. Schon aus diesem Grund war die Zurückverweisung dieser Rechtssache an das Erstgericht zutreffend. Der gegenständliche Feststellungsauftrag wird vom Erstgericht zu berücksichtigen und die Tatsachenbasis entsprechend zu verbreitern sein.

7.7. Zutreffend hat das OG auch darauf hingewiesen, dass der Einwand der List und des Irrtums hier nicht entscheidungsrelevant sind: Die Irrtumseinrede des Beklagten ist schon deshalb unbeachtlich, weil der von ihm eingewandte hypothetische Ablauf, er hätte ohne die Eröffnung der Aufrechnungsmöglichkeit hinsichtlich des Kaufpreises die Kaufverträge mit der Gemeinschuldnerin nicht abgeschlossen, einen anfechtungsrechtlich unerheblich hypothetischen Geschehensablauf geltend macht (öOGH 6 Ob 72/06s ÖBA 2007, 654). Grundsätzlich geht es im Anfechtungsrecht nur um reale Geschehensabläufe und nicht hypothetische bzw fiktive, die zu einer allenfalls anderen anfechtungsrechtlichen Beurteilung führen würden (öOGH 6 Ob 72/06s ÖBA 2007, 654). Daher ist auch der Einwand der *laesio enormis* (§ 934 ABGB) anfechtungsrechtlich nicht relevant. Tatsache ist, dass die Beklagte ihre Darlehensforderung mit dem Kaufpreis verrechnet hat und ist diese Rechtshandlung Gegenstand der Anfechtung und nicht der Kaufvertrag. Dass dies zutreffend ist und der Masseverwalter auch nur die Verrechnung ohne den Kaufvertrag selbst anfechten kann, wurde bereits oben ausgeführt. Ein allfälliger Anspruch des Käufers aus einer *laesio enormis* hätte dieser als Konkursforderung anzumelden. Nicht nachvollziehbar ist die Unsicherheitseinrede des Beklagten gem § 1052 Satz 2 ABGB, zumal sie eben mit ihrer (anfechtbar) verrechneten Forderung Insolvenzgläubigerin ist (Art 71 Abs 2 RSO). Insoweit weicht der OGH von der rechtlichen Beurteilung des OG (S 30 Abs 2) ab, weil allfällige Ansprüche aus einer Verletzung über die Hälfte (laesio enormis, § 934 ABGB) Ansprüche sind, die, sollten sie bestehen, Gegenstand der Anmeldung im Konkursverfahren sind.

7.8. Den Feststellungsaufträgen des OG zu Art 67 RSO ist beizutreten. Dabei ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass «Absicht» iS des Anfechtungsrechts nicht bloß den direkten Vorsatz, sondern auch den Eventualvorsatz umfasst. *Dolus eventualis* reicht daher für die anfechtungsrechtlich relevante Absicht des Schuldners (*Wolf/Stoppelhaar*, Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche [2018] 698; *Kostkiewicz*, Schuldbetreibungs- Konkursrecht[3] [2018] 472; OGH 03 CG.2014.257 LES 2019, 102 Erw 11.4 aE).

8. Zusammengefasst ist dem Rekurs ein Erfolg zu versagen und der Beschluss des OG in seinem Ausspruch, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückzuverweisen, zu bestätigen.

9. Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten (§ 52 Abs 1 ZPO).

Fürstlicher Oberster Gerichtshof

U 07.02.2020, 09 CG.2018.215

§§ 1009, 1012 ABGB
§ 531 ABGB
Art 517 f chZGB
Art 560 chZGB

Bei treuhänderischer Errichtung einer Stiftung trifft den Treuhänder aufgrund eines mit dem Stifter abgeschlossenen «Mandatsvertrages» mit Bezug auf die Stiftung, deren Verwaltung er übernommen hat, eine Rechnungslegungs-, Informations- und Herausgabepflicht.

Bei den entsprechenden Rechten des Stifters handelt es sich um vererbbare Vermögensrechte, die von dem vom Stifter mit letztwilliger Verfügung eingesetzten Willensvollstrecker geltend gemacht werden können.

Sachverhalt

Am 31.05.2010 wurde durch den Beklagten, ein konzessioniertes liechtensteinisches Treuhandunternehmen, im Auftrag der Eheleute Dr. HM und RM, beides schweizerische Staatsangehörige, die H Stiftung gegründet und am 07.06.2010 beim Handelsregister als ursprünglich privatnützige gemischte Familienstiftung hinterlegt. Mitglieder des Stiftungsrates der H Stiftung bis 23.06.2017 waren D, L, R und G. D und L sind gleichzeitig Mitglieder des Treuhänderrates des Beklagten, R gehörte ihm bis Mai 2017 an. G ist Prokurist des Beklagten. Der Beklagte hatte auch bis Dezember 2017 die gesetzliche Repräsentanz bei der H Stiftung inne. Der Beklagte schloss mit den beiden Stiftern Dr. HM und RM am 31.05.2010 nachstehenden Mandatsvertrag ab:

«I.
*(Der Beklagte)übernimmt die Besorgung der Verwaltung der **H Stiftung** in dem er folgende Personen*
a) D
b) L
c) R
d) G
als Mitglieder des Stiftungsrates zur Verfügung stellt. (Der Beklagte) stellt sicher, dass diese Personen ihr Mandat als Stiftungsrat gemäss den Bestimmungen dieses Vertrages ausüben.

Änderungen in der Zusammensetzung des Stiftungsrates werden den Auftraggebern schriftlich bekannt gegeben.

II.
Die Besorgung der Verwaltung der Stiftung durch die (vom Beklagten) zur Verfügung gestellten Mitglieder des Stiftungsrates erfolgt nach den Bestimmungen von Gesetz, Stiftungsurkunde (Statuten), Stiftungszusatzurkunden (Beistatuten) und allfälligen Reglementen.

III.
(Der Beklagte) nimmt zur Besorgung der Verwaltung der Stiftung Aufträge der Auftraggeber oder von ihm ausdrücklich schriftlich benannten Personen entgegen, sofern deren Befolgung weder Gesetz, Stiftungsurkunde (Statuten), Stiftungszusatzurkunden (Beistatuten), allfälligen Reglementen noch den guten Sitten widerspricht und die soziale und berufliche Stellung in der Art I genannten Personen nicht beeinträchtigt wird.

Zur Erteilung von Aufträgen sind neben den Auftraggebern berechtigt und bevollmächtigt:

…

Die Instruktionsberechtigten zeichnen einzeln. Die Weitergabe der Instruktionsgewalt an Dritte ist ausgeschlossen.

Die Vollmacht umfasst nicht den Erlass oder die Aufhebung sowie die Änderung oder Ergänzung von Statuten und Beistatuten. Im Übrigen deckt sich die Vollmacht mit der Auftragsgewalt des Auftraggebers. Darüber hinaus ist der Auftragsberechtigte ermächtigt und bevollmächtigt, die Auftraggeber bei der Wahrnehmung und Ausübung allfälliger Begünstigtenrechte zu vertreten, insbesondere auch Vermögenswerte entgegenzunehmen bzw. Ausschüttungen oder die Einräumung wirtschaftlicher Vorteile zu veranlassen und hierüber zu quittieren.

(Der Beklagte) und die in Art I. genannten Personen sind ohne Auftrag befugt aber nicht verpflichtet, selbstständig zu handeln. …

V.
Werden auf Wunsch oder im Auftrag der Auftraggeber oder der von den Auftraggeber schriftlich benannten Personen Dritte durch den Stiftungsrat bevollmächtigt oder beauftragt, im Namen und/oder auf Rechnung der Stiftung zu handeln oder Verwaltungshandlungen durchzuführen, so haften (der Beklagte) und die in Art I. genannten Personen gegenüber den Auftraggebern und den von ihm schriftlich benannten Personen nicht für deren Handlungen oder Unterlassungen. …

Die (vom Beklagten) zur Verfügung gestellten Mitglieder des Stiftungsrates sind nicht verpflichtet, die auf Wunsch der Auftraggeber oder von ihm schriftlich benannten Personen eingesetzten Vermögensverwalter oder die Geschäftsführung einer Beteiligung zu überwachen oder sich an der Verwaltung oder Geschäftstätigkeit zu beteiligen, selbst wenn die Stiftung alleinige Inhaberin der Beteiligung ist.

VI.
Die Auftraggeber werden (den Beklagten) und den in Art I. genannten Personen für alle Schäden, die diese in Erfüllung dieses Vertrages erleiden, vollumfänglich Ersatz leisten.

VII.
Als Honorar für dieses Mandat erhält (der Beklagte) jährlich CHF xxx, in Worten: xxx.

Es ist im Voraus fällig und nach dem schweizerischen Konsumentenpreisindex wertgesichert.

Zusätzlich werden Dienstleistungen zugunsten der Stiftung gemäss gültiger Honorarordnung sowie nach Zeitaufwand mit den jeweils für die Mitarbeitenden geltenden Stundensätzen sowie allfällige Steuern, Abgaben und Gebühren in Rechnung gestellt. Ausserdem sind (dem Beklagten) die Barauslagen zu ersetzen.

(Der Beklagte) wird hiermit ausdrücklich ermächtigt, Honorare, Steuern, Abgaben, Gebühren und Barauslagen zulasten der Stiftung zu beziehen. ….

IX.
Die Stiftung leistet unter Vorbehalt des Rückgriffs auf die Auftraggeber Schuldbeitritt als Solidarschuldner für die von den Auftraggebern in diesem Vertrag übernommenen Verpflichtungen.

X.
Sowohl die Auftraggeber als auch (der Beklagte) sind berechtigt, den Vertrag jederzeit ohne Angabe von Gründen aufzulösen. Bei Auflösung des Vertrages wird (der Beklagte) dafür Sorge tragen, dass die in Art I. genannten Personen als Mitglieder des Stiftungsrates sofort zurücktreten. Diese sind berechtigt, noch vor ihrem Rücktritt die von ihnen im Namen der Stiftung ausgestellten Vollmachten zu widerrufen.

XI.
Dieser Vertrag erlischt mit dem Tod, der Verschollenerklärung, dem Eintritt der Handlungsunfähigkeit oder dem Konkurs der Auftraggeber. Durch das Erlöschen dieses Vertrages wird die Stellung der in Art I. genannten Personen als Mitglieder des Stiftungsrates nicht berührt. Diese haben in der Folge ihre Handlungen ausschliesslich auf Gesetz, Stiftungsurkunde (Statuten), Stiftungszusatzurkunden (Beistatuten) und allfälligen Reglementen auszurichten.

XII.
Die Nichtigkeit einzelner Vertragsbestimmungen zieht nicht die Nichtigkeit des gesamten Vertrages nach sich. Vielmehr sind eine solche Vertragsbestimmung sowie der Rest des Vertrages so auszulegen, dass er mit zwingenden gesetzlichen Bestimmungen in Einklang steht.

Dieser Vertrag untersteht liechtensteinischem Recht. …»

Dr. HM verstarb am xx.2011, seine Ehegattin RM am xx.2017, mit letztem Wohnsitz in der Schweiz.

Mit Schreiben vom 21.06.2017 kündigte der Beklagte den Mandatsvertrag gegenüber RM noch zu deren Lebzeiten mit sofortiger Wirkung auf.

Der Kläger ist gemäss letztwilliger Verfügung der RM vom 12.04.2017 deren Willensvollstrecker.

Im Dezember 2017 wurde die H Stiftung in eine gemeinnützige Stiftung umgewandelt und gleichzeitig in «Y Stiftung» umbenannt. Seither fungiert anstelle des Beklagten die Z Anstalt als gesetzliche Repräsentanz der Stiftung und als Stiftungsräte (weiterhin) B sowie D und (neuerlich) R.

Der Kläger begehrte vom Beklagten mit Bezug auf die H Stiftung Auskunftserteilung, die Herausgabe von Urkunden und Rechnungslegung und brachte hierzu zusammengefasst vor:

Das beklagte Treuunternehmen verweigere jegliche Auskünfte betreffend die H Stiftung, ebenso eine Einsicht in die Akten dieser Stiftung. Nach der Kündigung des Mandatsvertrages habe der Beklagte neue, nicht weisungsgebundene und nicht vorgesehen gewesene Stiftungsräte bestellt. Er habe sich dadurch vertragswidrig verhalten und sich selbst der vollständigen Kontrolle der Stiftung bemächtigt. Der Mandatsvertrag habe bezweckt, den Machtgebern Dr. HM und RM kontrollierenden Einfluss auf den Stiftungsrat und damit auch die Verwaltung der Stiftung (des Stiftungsvermögens) zu geben, wozu ihnen Interventions- und Weisungsrechte eingeräumt worden seien. Aufgrund des Mandatsvertrages stünden RM gegenüber dem Beklagten umfassende Rechnungslegungs- und Auskunftsansprüche zu. Diese vertraglichen Ansprüche aus dem Mandatsvertrag seien im Wege der Universalsukzession auf die Verlassenschaft (deren Erben) übergegangen. Als Willensvollstrecker habe der Kläger die Pflicht und das Recht, für die Verlassenschaft diese Auskünfte zu begehren. Die Notwendigkeit ergebe sich daraus, dass der Kläger auch die offenen Steuerfragen erledigen müsse und vom Steueramt des Kantons AA gegen die Erben ein Nachsteuerverfahren eingeleitet worden sei.

Der Beklagte bestritt das Klagebegehren und wendete zusammengefasst ein:

Mit der nicht rechtsmissbräuchlichen Kündigung des Mandatsvertrages, spätestens aber mit dem Tod der RM, sei die Stiftung zu einem verselbständigten Zweckvermögen geworden, weil der Mandatsvertrag und die daraus RM zustehenden Rechte geendet hätten. Eine Grundlage für eine Übertragung der Informationsrechte auf die Erben bzw den Kläger sei nicht ersichtlich. Der Beklagte sei nicht passiv legitimiert. Die Rechnungslegungs- und Auskunftsansprüche bzw Informationsansprüche seien gegen die Stiftung geltend zu machen. Solche würden aber gemäss Art 552 § 9 PGR nur den Begünstigten zustehen und seien nicht vererbbar. Die geltend gemachten Informationsansprüche würden auch inhaltlich keine Deckung im Mandatsvertrag finden. Informationsrechte in Bezug auf Stiftungen würden sich stets und unabhängig von einem Mandatsvertrag nur aus dem Stiftungsrecht und damit den Stiftungsurkunden und den dort beteiligten Personen ergeben. Mit Erteilung der Auskünfte würde der Beklagte überdies gegen das vom Beklagten zu wahrende Treuhandgeheimnis verstossen und sich dadurch massiven strafrechtlichen Konsequenzen aussetzen. Geheimnisträger sei nunmehr die Y Stiftung, weshalb der Kläger den Beklagten vom Treuhändergeheimnis nicht entbinden könne.

Mit U vom 05.04.2019 wies das LG das Klagebegehren unter Kostenfolge für den Kläger zur Gänze ab und begründete dies rechtlich wie folgt:

Das Rechnungslegungsbegehren verfalle schon deshalb der Abweisung, weil es zu unbestimmt sei. Was die anderen Begehren betreffe, sei dem Kläger zuzustimmen, dass die Vermögens- und Auskunftsrechte der RM nach Art 560 chZGB unmittelbar auf die Erben übergehen würden. Aus dem Mandatsvertrag seien die allgemeinen Regeln über den Bevollmächtigungsvertrag nach den §§ 1002 ff ABGB anzuwenden. Dem Auskunftsbegehren habe der Beklagte teilweise durch Vorlage von Urkunden entsprochen. Die weiteren Auskunftsbegehren hätten nichts mit dem Mandatsvertrag zu tun, sondern handle es sich um Ansprüche, die allenfalls Begünstigten zustünden und gegenüber der Stiftung geltend zu machen seien. Diesbezüglich sei der Beklagte nicht passivlegitimiert. Auch hinsichtlich des Herausgabebegehrens fehle es an der Passivlegitimation des Beklagten.

Der vom Kläger gegen das erstinstanzliche U erhobenen Berufung gab das OG mit Teil-Urteil und Beschluss vom 02.10.2019 dahin Folge, dass das Ersturteil im Hinblick auf das Rechnungslegungsbegehren aufgehoben sowie zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die Erstinstanz zurückverwiesen und im Übrigen dahingehend abgeändert wurde, dass dem Auskunfts- und Herausgabebegehren vollinhaltlich Folge gegeben wurde.

Hinsichtlich des Rechnungslegungsbegehrens folgte das OG der Rechtsansicht des Erstgerichtes, dass das gestellte Rechnungslegungsbegehren zu wenig bestimmt sei. Allerdings sei unterlassen worden, dies mit dem Kläger zu erörtern, sodass diesbezüglich das U zur Wahrung des rechtlichen Gehörs aufzuheben sei. Grundsätzlich stehe dem Kläger aber ein Anspruch auf Rechnungslegung zu. Der Mandatsvertrag zwischen den Eheleuten M und dem beklagten Treuunternehmen stelle einen schuldrechtlichen Vertrag dar, auf den die Bestimmungen der §§ 1002 ff ABGB anzuwenden seien. Den Auf-

tragnehmer treffe daraus eine umfassende Treuepflicht und weiter die Pflicht, dem Auftraggeber den gesamten durch die Auftragsausführung erwachsenen Nutzen, auch Urkunden und Belege, herauszugeben (Herausgabepflicht); darüber hinaus sei der Auftragnehmer nicht nur verpflichtet, über die zugeflossenen Werte und Ausgaben ziffernmässig genau zu berichten (Rechnungslegungspflicht), sondern es treffe ihn auch eine Auskunfts- und Informationspflicht über seine Tätigkeit im Rahmen der Geschäftsbesorgung. Der Auftraggeber müsse in die Lage versetzt werden, seine Rechte nach § 1009 ABGB zu beurteilen, insbesondere ob die Geschäftsbesorgung pflichtgemäss durchgeführt worden sei. Dieses Recht sei daher als Auftraggeberin zuletzt RM zugestanden. Dies habe der OGH auch in seiner Entscheidung vom 09.05.2014 09 CG.2013.235 ausgeführt. Der Beklagte habe es übernommen, die Verwaltung der H Stiftung zu besorgen. Die Verwaltung einer Stiftung umfasse die organschaftliche Geschäftsführung und die organschaftliche Vertretung. Beides obliege dem Stiftungsrat, der nach dem Mandatsvertrag vom Beklagten zur Verfügung gestellt worden sei. Besonders die Geschäftsführung habe die interne Leitung der Stiftung zum Gegenstand und umfasse auch alle für die Willensbildung massgeblichen Beschlüsse und Handlungen. Sämtliche begehrten Auskünfte hätten damit zu tun. Dies treffe auch für die zur Herausgabe der begehrten Stiftungsdokumente zu. Darüber hinaus sei zu beachten, dass den Auftragsgebern ein Weisungsrecht über sämtliche Handlungen zur Besorgung der Verwaltung der Stiftung zugestanden sei. Ohne die begehrten Auskünfte und Belege könne nicht beurteilt werden, ob der Beklagte das übernommene Geschäft zur Besorgung der Verwaltung pflichtgemäss durchgeführt habe. Zu Folge der Gesamtrechtsnachfolge (Art 560 chZGB) seien diese Rechte aus dem Mandatsvertrag auf die Erben der RM übergegangen, die allerdings nicht von den Erben, sondern zu Folge Prozessstandschaft für die Erben vom Willensvollstrecker eingefordert werden müssten. Diese Auskunfts- und Informationsrechte seien vererbliche Vermögensrechte. Der Umstand, dass der Beklagte den Mandatsvertrag gekündigt habe, führe nicht dazu, dass die Herausgabe- und Rechenschaftspflichten erloschen seien. Alle bereits während der Dauer des Vertrages entstandenen gegenseitigen Ansprüche seien auch nach Beendigung des Vertrages aufrecht geblieben. Auf das Treuhandgeheimnis könne sich der Beklagte jedenfalls nicht berufen, da dies nur dem Schutz des Kunden gegenüber Dritten diene, nicht aber einen «Schutz» des Inhalts darstelle, dem Kunden selbst, also dem Auftraggeber, keine Auskünfte erteilen zu müssen.

Der vom Beklagten gegen das Teilurteil des OG erhobenen Revision gab der OGH mit U vom 07.02.2020 keine Folge.

Aus den Entscheidungsgründen

9. Die Revision ist rechtzeitig und auch zulässig, sie ist aber nicht berechtigt. Hiezu hat der OGH Folgendes erwogen:

9.1. Die vom Revisionsgegner aufgezeigten Mängel der Revisionsschrift liegen vor. Sie führen allerdings im konkreten nicht zur Zurückweisung der Revision bzw zu einem Verbesserungsauftrag. Gemäss § 475 Abs 1 Z 2 ZPO hat die Revisionsschrift neben den allgemeinen Erfordernissen eines Schriftsatzes die bestimmte Erklärung, inwieweit das U angefochten wird, die bestimmte kurze Bezeichnung der Gründe der Anfechtung (Revisionsgründe) und die Erklärung zu enthalten, ob die Aufhebung oder eine Abänderung des U und welche beantragt werden (Revisionsantrag). Entgegen dieser Bestimmung wurden in der Revisionsschrift die Revisionsgründe nicht angeführt. Die fehlende Zuordnung der Revisionsausführungen zu bestimmten Revisionsgründen wird von der Rechtsprechung soweit toleriert, als sich die Zugehörigkeit der Ausführungen zu dem einen oder anderen Rechtsmittelgrund erkennen lässt (RIS-Justiz RS0045820; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*[3] IV/1 § 506 Rz 10). Es lässt sich im gegenständlichen Fall erkennen, dass der Revisionswerber die unrichtige rechtliche Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes durch das OG geltend macht (§ 472 Z 4 ZPO). Davon ausgehend ist aber auch der Revisionsantrag unrichtig. Das unter Inanspruchnahme des Revisionsgrunds der unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Sache angestrebte Ergebnis erfordert gewöhnlich einen Abänderungsantrag, in dem die Entscheidung, die an die Stelle des angefochtenen U treten soll, konkret zu bezeichnen ist (*Lovrek* in *Fasching/Konecny*[3] IV/1 § 503 ZPO Rz 138). Wurde so wie hier ein verfehlter Aufhebungsantrag gestellt, schadet das dann nicht, wenn nach dem Inhalt der Revision kein Zweifel darüber bestehen kann, welche Abänderung erfolgen soll (öOGH 7 Ob 22/17m; RIS-Justiz RS0045820). Im gegenständlichen Fall ergibt sich mit ausreichender Deutlichkeit, dass der Revisionswerber mit seiner Revision die Wiederherstellung des abweisenden erstgerichtlichen U anstrebt. Trotz der Mangelhaftigkeit der Revisionsschrift ist daher ohne Verbesserungsverfahren auf die Revision meritorisch einzugehen.

9.2. Zunächst ist festzuhalten, dass das Revisionsgericht die Rechtsmittelausführungen des Revisionswerbers für nicht stichhältig, hingegen die damit bekämpften Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils des OG für zutreffend erachtet (§§ 482, 469a ZPO). Es ist damit unter Hinweis auf die Richtigkeit der obergerichtlichen Ausführungen samt den Verweisen auf Lehre und Rechtsprechung nur kurz auf die Argumente in der Revision einzugehen.

9.3. Zunächst befasst sich der Revisionswerber unter der Überschrift «Untergang der Informationsrechte infolge Unterstellung der H Stiftung unter die Stiftungsaufsicht» (Rz 3-11) ausschliesslich damit, dass das Informationsrecht der RM und damit, wenn es überhaupt einen Übergang auf die Erben gab, des Willensvollstreckers durch die Unterstellung der Y Stiftung (vormals H Stiftung) unter die Stiftungsaufsicht durch Eintritt der Gemeinnützigkeit dieser Stiftung untergegangen sei. All diese Ausführungen des Revisionswerbers gehen an der hier relevanten Rechtsfrage, inwieweit ein Auftraggeber im Rahmen eines Bevollmächtigungsvertrages gemäss § 1002 ff ABGB Informationsrechte gegenüber dem Auftragnehmer hat, vorbei. Der Kläger stützt sich im gegenständlichen Fall nämlich ausschliesslich auf Rechte aus diesem Bevollmächtigungsvertrag (Mandatsvertrag) und nicht auf Rechte aus der Begünstigtenstellung der RM,

offenbar gemäss Art 552 § 9 PGR. Nur solche Rechte bestehen zu Folge der Ausnahmebestimmung nach Art 552 § 11 iVm § 29 PGR bei gemeinnützigen Stiftungen nicht. Nur mit dieser Problematik befasst sich auch die vom Revisionswerber zitierte Entscheidung LES 2016, 61. Auch dort ging es ausschliesslich um Einsichtsrechte vom Begünstigten aus stiftungsrechtlichen Erwägungen, nicht aber im Allgemeinen um Informationsrechte eines Geschäftsherrn (Auftraggebers) gegenüber dem Geschäftsbesorger (Auftragnehmer). Auch der vom Revisionswerber ins Treffen geführte Grössenschluss, dass wenn schon Begünstigte ihre Rechte auf Einsicht in die Stiftung nach Unterstellung unter die Aufsicht der Stiftungsaufsichtsbehörde verlieren würden, dies umso mehr auf Dritte, die aus einem Auftrag solche Rechte behaupteten, zuträfe, ist falsch. Die Unzulässigkeit dieses Grössenschlusses ergibt sich daraus, dass es sich um zwei verschiedene rechtliche Positionen handelt. Im einen Fall geht es um Rechte der Begünstigten gegenüber der Stiftung aus der stiftungsrechtlichen Beziehung zwischen der Verbandsperson Stiftung und den Begünstigten (im Wesentlichen aus Kontrollgründen), im anderen Fall allgemein um die Beziehung eines Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer auf Information und Rechnungslegung, was überhaupt nichts mit einer Stiftung zu tun haben muss. Dass im gegenständlichen Fall sich der Inhalt des Auftrages auf die Verwaltung einer Stiftung bezieht, ändert daran nichts. Der Zusammenhang der Ausführungen zu mandatsvertraglichen Bindungen (Rz 10 und 11) in der Revision zum gegenständlichen Fall ist nicht nachvollziehbar. Es steht hier schliesslich nicht zur Debatte, ob der Umfang der Mandatsbindung auch im gegenständlich konkreten Fall stiftungsrechtlich eingeschränkt war oder nicht. Im Mandatsvertrag wurde sogar diese an sich schon gesetzliche Beschränkung der Stiftungsorgane im Verhältnis zu Weisungen des Auftraggebers aus dem Mandatsvertrag unter Punkt III. eigens aufgenommen, dass nämlich der Beklagte nur Aufträge durchführen muss, «sofern deren Befolgung weder Gesetz, Stiftungsurkunde (Statuten), Stiftungszusatzurkunden (Beistatuten), allfälligen Reglementen noch den guten Sitten widerspricht». Zusammengefasst haben also all die Ausführungen des Revisionswerbers zu diesen Punkten, dass nämlich Auskunftsrechte spätestens mit der Unterstellung der Stiftung unter die Stiftungsaufsicht (durch Eintritt der Gemeinnützigkeit) auch für die Vergangenheit untergegangen seien, mit der gegenständlich zu lösenden Rechtsfrage nichts zu tun.

9.4. Des Weiteren stützt sich der Revisionswerber in seiner Argumentation (Rz 12 und 13) unter der Überschrift «Unübertragbarkeit des Instruktionsrechtes ex contractu» auf Art III. des Mandatsvertrages, wonach die Weitergabe der Instruktionsgewalt an Dritte ausgeschlossen sei und dass damit auch keine Auskunftsrechte mehr bestünden, weil Instruktionsrechte mit dem Tod des Auftraggebers (hier der RM) erloschen seien. Hier unterliegt der Revisionswerber schon einer Fehlinterpretation des Art III. des Mandatsvertrages. Die von ihm herangezogene Bestimmung unter Punkt III. «Die Instruktionsberechtigten zeichnen einzeln. Die Weitergabe der Instruktionsgewalt an Dritte ist ausgeschlossen» bezieht sich ausschliesslich darauf, dass die Auftraggeber sohin Dr. HM und RM auch andere Personen bezeichnen hätten können, die zur Erteilung von Aufträgen neben ihnen berechtigt gewesen wären. Für diese Personen – nur darauf bezieht sich diese Bestimmung – wäre die Weitergabe dieser Instruktionsgewalt an weitere Personen ausgeschlossen gewesen. Im gegenständlichen Fall steht ja gar nicht fest, dass die Auftraggeber weitere Personen zu Instruktionen bevollmächtigten und noch weniger, dass diese die Instruktionsgewalt unzulässigerweise weitergegeben hätten. Im gegenständlichen Fall wird ein Informationsrecht der Auftraggeber, nämlich der RM geltend gemacht, das, worauf später noch einzugehen sein wird, im Erbwege auf die Erben bzw hier aufgrund der Bestellung eines Willensvollstreckers zunächst auf den Willensvollstrecker übergegangen ist. Dies hat nichts mit einer Weitergabe des Instruktionsrechtes an einen Dritten zu tun, sodass jeder Schluss von diesen Instruktionsrechten auf Informationsrechte ohnehin schon unzulässig ist. Entgegen der Meinung des Revisionswerbers sind eben der klagende Willensvollstrecker bzw auch die Erben nicht Dritte im Sinne dieser Bestimmung des Mandatsvertrages.

9.5. Unter der weiteren Überschrift «Kein Eintritt im Mandatsvertrag ex lege» (Rz 14-19) wird ausgeführt, dass eine Verselbständigung der Stiftung bei Bestehen eines Mandatsverhältnisses spätestens dann eintritt, wenn der Mandatsvertrag gekündigt wird oder im Zeitpunkt des Todes des Mandatsgebers und damit auch alle Ansprüche aus dem Mandatsvertrag (damit auch Informationsrechte) untergingen. Diese Argumentation ist nicht schlüssig und scheitert das Ergebnis schon daran, dass der Revisionswerber nicht einmal darlegt, ob sein rechtlicher Schluss, dass alle Ansprüche aus dem Mandatsvertrag mit dem Tod des Auftraggebers untergehen und der Mandatsvertrag keine rechtliche Wirkung mehr entfalten soll, allgemein auf jeden Mandatsvertrag gemäss § 1002 ff ABGB zutrifft oder nach seiner Meinung nur auf solche mit stiftungsrechtlichem Bezug. Dass ein Mandatsvertrag nach seiner Beendigung, sei es durch Tod des Auftraggebers oder durch Kündigung keine rechtliche Wirkung mehr entfaltet, ist trivial, da ja das Dauerschuldverhältnis Mandatsvertrag dann beendet ist. Das hat aber nichts damit zu tun, dass Ansprüche, die noch aus dem laufenden Mandatsvertrag entstanden sind, von dazu Berechtigten auch nach Beendigung des Mandatsvertrages geltend gemacht werden können. Dass der Auftraggeber im Allgemeinen aus einem Auftrag Anspruch auf Auskunftserteilung (Berichterstattung), auf Urkundenherausgabe sowie auch auf Rechnungslegung hat (§§ 1009, 1012 ABGB), wird vom Revisionswerber im Einzelnen gar nicht bestritten. Im Mittelpunkt der Pflichten des Auftragsnehmers steht nämlich die sorgfältige Besorgung des aufgetragenen Geschäfts (*Schurr* in *Schwimann/Neumayr* Taschenkommentar ABGB § 1009 Rz 1). Diese Pflicht beinhaltet auch jene, den Machtgeber über die Ausführung des Auftrages und die mit dem Gegenstand desselben im Zusammenhang stehenden Umstände wahrheitsgemäss und vollständig zu informieren. Nur dadurch kommt der Gewaltgeber in die Lage zu überprüfen, ob das Vertrauen, das er in den Auftragnehmer gesetzt hat, auch erfüllt wurde (Treuepflicht). Der Beauftragte hat also über die Ausführung des Auftrages und

auch schon über den Stand der Geschäftsbesorgung oder eine allfällige Gefährdung unverzüglich Bericht zu erstatten. Diese Pflicht wird dann durch jene zur Rechnungslegung ergänzt (*Rubin* in *Kletecka/Schauer* ABGB-ON [1.01] § 1009 Rz 36). Diese Berichtspflicht beinhaltet weiter, dass dem Geschäftsherrn auch all jene Unterlagen herauszugeben sind, die im sachlichen Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung stehen und so erst die Möglichkeit der Verifizierung des Berichtes zulassen (RIS-Justiz RS0025509; OGH 09.05.2014 09 CG.2013.235; OGH 04.05.2018 08 CG.2016.51). Diese Informations- und Rechnungslegungsrechte sind auch Vermögensrechte, die gemäss § 531 ABGB vererbbar sind (*Schauer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch/Klang*[3] § 531 Rz 47; ABGB MGA[37] E 24b, 24c und 24d, vgl auch JN 1997, 58). Im gegenständlichen Fall sind diese Informationsansprüche gegenüber dem Auftragnehmer nicht von den Erben der RM geltend zu machen, weil RM in ihrer letztwilligen Verfügung nach Art 517 N1 chZGB den Kläger als Willensvollstrecker einsetzte, der auch vom zuständigen Verlassenschaftsgericht, dem Bezirksgericht Zürich, in seinem Amt bestätigt wurde. Damit hat der Kläger gemäss Art 518 N 1 chZGB die Rechte und Pflichten eines amtlichen Erbschaftsverwalters und damit insbesondere auch die Prozessführungsbefugnis für alle der Verlassenschaft (den Erben) zustehenden Ansprüche. Es ist also im gegenständlichen Fall der Kläger befugt, im eigenen Namen (für die Erben) die Informationsansprüche gegenüber dem Beklagten geltend zu machen (*R. Künzle* in CHK[3] Art 517, 518 N 80; *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo* in ZGB[13] § 71 N 34). Die vom Revisionswerber herangezogenen Beispiele mögen theoretisch zutreffend sein, haben aber nichts mit den allgemeinen Rechten und Pflichten aus einem Auftrag gemäss § 1002 ABGB zu tun. Auch wenn es Beispiele geben mag, dass die Pflicht zur Berichterstattung des Auftragnehmers zu Informationen an Erben des Auftraggebers führen kann, so ist dem zu erwidern, dass der Inhalt des Mandatsvertrages als Konsensualvertrag der Parteiendisposition unterliegt. Es ist eben niemand, auch nicht der Gründer einer Stiftung, gezwungen mit einem Treuhandunternehmen einen Mandatsvertrag mit der konkreten Ausgestaltung der Verwaltung der Stiftung abzuschliessen. Wenn dies geschieht, so hat der Auftragnehmer aber auch die Pflicht der Berichterstattung und Rechnungslegung, auch wenn dies unter Umständen seine Tätigkeit für oder innerhalb der Stiftung betrifft. Die Ausführungen über Verpflichtungen, die sich aus der Souveränität Liechtensteins ergäben und eine Sonderbehandlung von Mandatsverträgen im Zusammenhang mit der Errichtung und Verwaltung von Stiftungen beinhalteten, sind unverständlich. Im gegenständlichen Fall wurde ja, wie vom Revisionswerber gefordert, ausschliesslich liechtensteinisches Recht auf das Auftragsverhältnis zwischen RM und dem Beklagten angewendet. Dass dann noch ein Unterschied gemacht werden müsste, ob Erben eines Auskunftsberechtigten einer ausländischen Jurisdiktion unterliegen oder der inländischen und bei ausländischem Bezug dieser Erben (vor allem im Hinblick auf die Unterstellung des gesamten Erbstatutes nach dem IPRG unter das Personalstatut des Erblassers [Art 29 Abs 1 IPRG]) es keine Informationsrechte gäbe, ist abstrus.

9.6. Soweit zum Schluss der Revisionswerber noch unter der Überschrift «Keine vermögenswerten Rechte» (Rz 20) geltend macht, dass keine vermögensrechtlichen Forderungen der Erblasserin vorlägen, ist auf das zuvor Gesagte zu verweisen.

10. Dazu, dass einzelne begehrte Auskünfte unzulässig wären oder zum Herausgabebegehren wurde kein substantiiertes Vorbringen erstattet. Darauf ist daher nicht einzugehen.

11. Insgesamt war daher der Revision keine Folge zu geben.

12. Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 50, 41 Abs 1 ZPO. […]

Anmerkung

Gegen das Urteil des OGH wurde von der beklagten Partei Individualbeschwerde zum StGH erhoben (StGH 2020/18).

Fürstlicher Oberster Gerichtshof

B 07.02.2020, 12 RS.2017.204

Art 6 EMRK
Art 2, Art 64 Abs 1 RHG

Das Verfallsverfahren fällt unter den zivilrechtlichen Anwendungsbereich des Art 6 Abs 1 EMRK.
Ein Verstoss gegen den ordre public kann auch wegen des Verfahrens, in welchem es zustande gekommen ist, vorliegen.
Im Exeqaturverfahren werden die Sachverhaltsfeststellungen im Erkenntnis des Urteilsstaates nicht mehr geprüft.
Die Gehörsverletzung einer von einem Verfallserkenntnis unmittelbar betroffenen Partei im ausländischen Verfahren stellt ein Vollstreckungshindernis im Sinne des Art 64 Abs 1 Z 1 RHG dar.
(Rechtssätze des OGH)

Sachverhalt

In der gegenständlichen Strafrechtshilfesache wurde ein kirgisisches Vollstreckungsersuchen betreffend die in Liechtenstein deponierten Vermögenswerte der A. Corp. vom LG im zweiten Rechtsgang neuerlich abgelehnt. Die fragliche Einziehungs- bzw Verfallsentscheidung war in Kirgisien im Rahmen eines Strafverfahrens gegen B. ergangen, der dort als wirtschaftlicher Eigentümer der so bezeichneten «Strohgesellschaft» angesehen wurde.

Der dagegen von der StA erhobenen Beschwerde gab das OG mit ihrem hilfsweise gestellten Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag Folge, wobei diese kassatorische Rechtsmittelentscheidung mit einem sog Rechtskraftvorbehalt verbunden wurde. Letzteres mit der Begründung, dass zur Frage der Wissenszurechnung eines in einem ausländischen Strafverfahren Angeklagten als faktisches Organ einer dort haftungs-, nicht aber verfahrensbeteiligten Verbandsperson mit Blick auf das rechtliche Gehör derselben in Bezug auf die Vollstreckung

einer vermögensrechtlichen Anordnung noch keine höchstrichterliche Judikatur vorliege.

Während der dagegen gerichteten Revisionsbeschwerde der StA kein Erfolg beschieden war, gab der OGH dem Rechtsmittel der Haftungsbeteiligten A. Corp. Folge und stellte im Ergebnis die erstinstanzliche E wieder her.

Aus den Entscheidungsgründen

[…]

8.2 Auf das gegenständliche Rechtshilfeersuchen ist gemäss Art 1 RHG in erster Linie das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption, LGBl 2010 Nr 194 anzuwenden, da sowohl das Fürstentum Liechtenstein als auch Kirgisien Vertragsstaaten sind. Subsidiär gilt das RHG.

Nach Art 46 Abs 1 des genannten Übereinkommens leisten die Vertragsstaaten einander soweit wie möglich Rechtshilfe bei Ermittlungen, Strafverfolgungsmassnahmen und Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit den Straftaten nach diesem Übereinkommen. Art 46 Abs 21 lit b normiert, dass die Rechtshilfe unter anderem dann unzulässig ist, wenn die Erledigung des Ersuchens dazu geeignet ist, die öffentliche Ordnung (ordre public) des ersuchten Vertragsstaates zu beeinträchtigen. Art 55 enthält Bestimmungen zur internationalen Zusammenarbeit zum Zweck der Einziehung unter anderem von Vermögensgegenständen und verweist in seinem Abs 3 darauf, dass Art 46 sinngemäss gilt, sodass der ordre public- Vorbehalt auch auf diese Verfahren anzuwenden ist.

Gemäss Art 64 Abs 1 RHG ist die Vollstreckung der Entscheidung eines ausländischen Gerichtes, mit der unter anderem eine vermögensrechtliche Anordnung rechtskräftig ausgesprochen wurde, auf Ersuchen eines anderen Staates zulässig, wenn die Entscheidung des ausländischen Gerichtes in einem den Grundsätzen des Art 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten entsprechenden Verfahren (Z 1), wegen einer Handlung, die nach liechtensteinischem Recht mit gerichtlicher Strafe bedroht ist (Z 2), und nicht wegen einer der in Art 14 und 15 angeführten strafbaren Handlungen ergangen ist (Z 3), nach liechtensteinischem Recht noch keine Verjährung der Vollstreckbarkeit eingetreten wäre (Z 4) und der durch die Entscheidung des ausländischen Gerichtes Betroffene nicht wegen der Tat im Inland verfolgt wird, rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen oder sonst ausser Verfolgung gesetzt worden ist (Z 5).

Nach Art 2 RHG darf einem ausländischen Ersuchen nur entsprochen werden, wenn die öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Interessen des Fürstentums Liechtenstein nicht verletzt werden. Der Begriff der «öffentlichen Ordnung» deckt sich mit dem Begriff «ordre public» und umfasst die wesentlichem Grundsätze der liechtensteinischen Rechtsordnung, insbesondere die Grund- und Menschenrechte sowie die Souveränität und Sicherheit des Staates. Die wesentlichen Grundsätze der Rechtsordnung ergeben sich aus den völkerrechtlich als verbindlich eingestuften Mindeststandards und dem nationalen Kernbereich der Grundrechte (siehe dazu *Martetschläger*, WK-ARHG § 2 Rz 2).

Während sich die Bestimmung des Art 64 Abs 1 Z 1 RHG auf das ausländische Verfahren bezieht, welches im Einklang mit den Grundsätzen von Art 6 EMRK geführt worden sein muss, wobei dieses Vollstreckungshindernis dem ordre public- Vorbehalt entspricht, betrifft Art 64 Abs 6 RHG die Vollstreckung der Entscheidung des ausländischen Gerichtes im Inland. Die dort unter anderem genannte Voraussetzung, dass der Betroffene gehört worden sein muss, sofern er erreichbar ist, ist nur im inländischen Verfahren betreffend die Übernahme der Vollstreckung relevant, wie sich bereits aus dem Gesetzestext ergibt. Diese Bestimmung lässt daher keine Rückschlüsse auf eine Zulässigkeit der Einschränkung des rechtlichen Gehörs im ausländischen Verfahren über die Verfallsentscheidung zu.

8.3 Die Verletzung des rechtlichen Gehörs ist eine besondere Ausprägung des verfahrensrechtlichen ordre public (6 Ob 62/03s) und gehört zu den Teilgarantien des Rechtes auf ein faires Verfahren im Sinne des Art 6 EMRK. Wesentlicher Gehalt des grundrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör ist, dass die Verfahrensbetroffenen eine dem Verfahrensgegenstand und der Schwere der in Frage stehenden Rechtsfolgen angemessene Gelegenheit erhalten, ihren Standpunkt zu vertreten. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst auch das elementare Recht, dass der Verfahrensbetroffene am Verfahren persönlich teilnehmen kann. Art 6 Abs 1 und Abs 3 EMRK garantieren deshalb dem Angeklagten das Recht auf persönliche Teilnahme am Prozess (StGH 2015/99 Erw 4.1; StGH 2010/59, Erw 4.1 uva; *Hugo Vogt*, Anspruch auf rechtliches Gehör, in: *Andreas Kley/Klaus A. Vallender* [Hrsg], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Band 52, Schaan 2012, 573f, Rz 11, 12 und 17).

Der verfahrensrechtliche ordre public soll sicherstellen, dass die Parteien die Möglichkeit hatten, sich effektiv am Verfahren zu beteiligen, und soll den von einer Entscheidung Betroffenen davor schützen, dass die ausländische Entscheidung ohne seine Beteiligung erlassen wurde. Eine solche ausreichende Beteiligungsmöglichkeit ist vor allem dann gewahrt, wenn dem Betroffenen das verfahrenseinleitende Schriftstück rechtzeitig und ordnungsgemäss zugestellt wurde (6 Ob 96/11b; 2 Ob 238/13h).

8.3.1 Es trifft zu, wie die Staatsanwaltschaft in ihrer Revisionsbeschwerde vorbringt, dass der Verfall keine Strafe darstellt und nicht als Strafe oder strafrechtliche Massnahme im Sinne von Art 33 Abs 2 LV bzw Art 7 EMRK konzipiert wurde, sondern als eine vermögensrechtliche Anordnung sui generis (StGH 2013/070, StGH 2017/23; öVfGH vom 08.01.2015, G 154/2015). Auch ist es richtig, dass das Verfallsverfahren nicht unter den strafrechtlichen, sondern unter den zivilrechtlichen Anwendungsbereich des Art 6 Abs 1 EMRK fällt (EGMR, *Saccoccia* gegen Österreich, Urteil vom 05.07.2007, Bsw 69917/01). Das hat allerdings nicht zur Folge, dass deshalb an die Voraussetzungen zur Beschränkung des Teilnahmerechtes als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs geringere Anforderungen zu stellen seien, wie die Liechtensteinische Staatsanwaltschaft argumentiert. Vielmehr bedeutet dies nur, dass in diesem Verfahren die in Art 6 Abs 2 EMRK enthaltene Unschuldsvermutung und die Einzelgarantien des Art 6 Abs 3 EMRK, die speziell für das Strafverfahren

konzipiert sind, nicht gelten. Art 6 Abs 1 EMRK findet hingegen auf beide Teilbereiche des Schutzbereiches Anwendung (*Grabenwarter/Pabel*, EMRK[6], § 24 Rz 4).

8.3.2 Zweifellos ist die A. Corp. als Haftungsbeteiligte im Sinne des § 30c StPO anzusehen, zumal sie als Kontoinhaberin vom Verfall bedroht ist, unabhängig davon, ob B. der wirtschaftliche Eigentümer der sich auf diesem Konto befindenden Vermögenswerte war. Zutreffend führte dazu das Obergericht aus, dass die A. Corp. als Haftungsbeteiligte durch die zu vollstreckende kirgisische Einziehungsentscheidung unmittelbar «berührt» bzw direkt betroffen ist, zumal es um ihre Vermögenswerte in Liechtenstein geht, die für verfallen erklärt werden.

Unbestritten ist der A. Corp. jedoch im kirgisischen Strafverfahren gegen B., in welchem (auch) über den Verfall ihrer Vermögenswerte entschieden wurde, keine Beteiligtenstellung zuerkannt worden. Dies wurde durch die ersuchende Behörde in ihrer Stellungnahme unmissverständlich eingeräumt und damit begründet, dass es sich bei der A. Corp. nach Auffassung der kirgisischen Generalstaatsanwaltschaft und der drei Gerichtsinstanzen um eine Strohgesellschaft handle, sodass nach kirgisischem Recht keine Notwendigkeit bestanden habe, sie als formelle Kontoinhaberin über das gegen B. laufende Strafverfahren zu informieren bzw sie mit einzubeziehen.

8.3.3 Soweit die Liechtensteinische Staatsanwaltschaft damit argumentiert, dass sich auch in liechtensteinischen Gesetzen Einschränkungen von Verfahrensrechten fänden, trifft es zu, dass es solche Einschränkungen etwa im Rechtshilfeverfahren, welche eine blosse Hilfsfunktion für das ausländische Verfahren haben, gibt (StGH 2014/51, Erw 2.3, StGH 2017(094, Erw 3.4). Der Staatsgerichtshof hat auch im Vorverfahren eine Einschränkung der Rechte der Haftungsbeteiligten als zulässig erachtet, gleichzeitig darauf verwiesen, dass diesen im Hauptverfahren Parteistellung zustehe (LES 2019, 123). Es geht gegenständlich aber nicht um die Beurteilung, ob die Einschränkung von Verfahrensrechten in einem Rechtshilfeverfahren oder in einem Vorverfahren rechtsstaatlichen Grundsätzen entspricht, sondern darum, ob das ausländische Verfahren, in welchem eine endgültige Verfallsentscheidung (somit im Hauptverfahren) ergangen ist, ohne dass die davon unmittelbar betroffene Kontoinhaberin in das Verfahren einbezogen wurde, gegen den ordre public verstösst.

8.3.4 Der Staatsanwaltschaft ist darin beizupflichten, dass eine Einsichtnahme in den Akt 12 RS.2012.199, insbesondere in die dortigen ON 10, 27 und 84 deutliche Hinweise darauf geben, dass sowohl B., als auch die A. Corp. davon wussten, dass im kirgisischen Strafverfahren die Einziehung der Vermögenswerte der A. Corp. beabsichtigt war. Entgegen den Ausführungen des Erstgerichtes und des Fürstlichen Obergerichtes sowie der Revisionsbeschwerdeführerin A. Corp. trifft es nicht zu, dass diese im kirgisischen Urteil nicht erwähnt worden wäre. Diesbezüglich ist auf Seite 27 des Urteiles der Stadt Bischkek vom 13.10.2016 (ON 115 in 12 RS.2012.199) zu verweisen. Dort lautet nach der Urteilsbegründung unter dem Kapitel «Verurteilt:» der letzte Absatz Seite 27 wie folgt: […]

8.3.5 Dies ändert allerdings nichts daran, dass nur dann effektiv sichergestellt ist, dass der von einem Verfahren unmittelbar Betroffene von diesem in Kenntnis gesetzt wird, damit er die Möglichkeit hat, seine Rechte vor Erlassung der Entscheidung im Urteilsstaat geltend zu machen, wenn er gehörig geladen und ihm ein verfahrenseinleitendes Schriftstück nachweislich zugestellt wurde (StGH 2017/48, Erw 2.3; BGE 143 III 225).

Nur dann, wenn ein von einem Verfahren Betroffener über den Verfahrensgegenstand und den Verfahrensgang informiert wird, versetzt ihn dies in die Lage, von seinem Anspruch auf rechtliches Gehör sinnvoll Gebrauch zu machen und seine Interessen wirksam zu vertreten (*Hugo Vogt* aaO S575 Rz 14).

8.3.6 Der Staatsgerichtshof judizierte zu StGH 2017/48, Erw 2.3, dass ein Verstoss gegen den ordre public nicht nur wegen des materiellen Inhaltes eines Urteiles vorliegen kann, sondern auch wegen des Verfahrens, in welchem es zustande gekommen ist. Sowohl nach der schweizerischen als auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes liegt insbesondere bei unterbliebenem Einbezug des Betroffenen in das Verfahren, in dem die Entscheidung ergeht, ein Verstoss gegen den verfahrensrechtlichen ordre public vor (siehe dazu auch BGE 103 Ia 531).

Beurteilt wurde durch den Staatsgerichtshof die Frage, ob eine ausländische Entscheidung als Bescheinigungsmittel in einem Sicherungsverfahren herangezogen werden kann. In dem ausländischen Urteil wurden zwei liechtensteinische Verbandspersonen ohne vorgängige Anhörung in einem Scheidungsverfahren zur solidarischen Haftung für eine Ausgleichszahlung des Ehegatten verurteilt, wobei das ausländische Gericht die beiden Verbandspersonen als «alter ego» des Ehegatten angesehen hat.

Der Argumentation, die beiden Verbandspersonen seien das «alter ego» des im ausländischen Verfahren Verurteilten und sie hätten deshalb faktisch doch vom Verfahren gewusst, stellte der Staatsgerichtshof entgegen, dass ein solcher Durchgriff erst das materielle Ergebnis eines formgerecht durchgeführten Gerichtsverfahrens sein könne. Er könne aber nicht vorweg rechtfertigen, dass eine juristische Person post festum überhaupt erst zur Verfahrenspartei erklärt werde (die Kritik von *König* in LJZ 2018, 31 ff an dieser Entscheidung bezog sich unter anderem darauf, dass es nur um die Frage gegangen sei, ob eine ausländische Entscheidung als Bescheinigungsmittel tauge, und nicht um die Anerkennung oder Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung).

8.3.7 Der Österreichische Oberste Gerichtshof erachtete in seiner Entscheidung OGH 15 Os 143, 144/02 die Durchführung der Hauptverhandlung und die Fällung eines das haftungsbeteiligte Unternehmen verpflichtenden Erkenntnisses als nicht zulässig, wenn diesem Unternehmen bzw der zu ihrer Vertretung nach aussen befugten Person keine Ladung zur Hauptverhandlung, in der das haftungsbeteiligte Unternehmen bzw ihre Vertreter die Rechte des Beschuldigten haben, nicht zugestellt wurde. Die Zustellung erfolgte in diesem Fall an den dort Angeklagten als Prokuristen des haftungsbeteiligten Unternehmens, wobei die Unterinstanzen damit argumentierten, dass sich die ordnungsgemässe Vorladung des Angeklagten nicht nur auf dessen Person allein, sondern auch auf seine Organfunktion im haftungsbeteiligten Unternehmen bezogen hätte, weshalb es dem

Unternehmen auch faktisch möglich gewesen wäre, von seinen Rechten Gebrauch zu machen. Der öOGH kam hingegen zum Ergebnis, dass das Unternehmen dadurch, dass es nicht geladen und ihm somit kein verfahrenseinleitendes Schriftstück förmlich zugestellt worden sei, sei es nach der Judikatur des öOGH in seinem Recht auf rechtliches Gehör und damit in einem grundlegenden Verfahrensrecht verletzt worden sei.

8.3.8 Auch das Schweizer Bundesgericht judizierte in einem Verfahren über die Anerkennung der Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urteils, dass die Kenntnis eines Verfahrens eine elementare Voraussetzung für die Ausübung der Beklagtenrechte sei und das Erfordernis der effektiven Ladung es gebiete, dass sich die beklagte Person erst auf einen Prozess einlassen müsse, wenn sie von dessen Einleitung formell Kenntnis erhalten habe (BGE 143 III 225, S 229).

In seinem Urteil vom 14.12.2018, BGE 145 IV 99, sprach das Schweizer Bundesgerichtes aus, dass zu den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen, denen ein ausländisches Einziehungsurteil grundsätzlich entsprechen müsse, insbesondere der Anspruch betroffener Kontoinhaber auf rechtliches Gehör zähle.

8.3.9 Im Einklang mit der genannten Judikatur kommt der Fürstliche Oberste Gerichtshof zum Ergebnis, dass unabhängig davon, ob der im kirgisischen Verfahren Angeklagte B. als wirtschaftlich Berechtigter der vom Verfall betroffenen Vermögenswerte und als faktischer Geschäftsführer der A. Corp. bzw diese selbst allenfalls aufgrund von Informationen des B. von der beabsichtigten Verfallsentscheidung Kenntnis hatten, es mit grundrechtlichen Mindeststandards nicht vereinbar ist, zu verlangen, dass sich die A. Corp. als unmittelbar Betroffene und Haftungsbeteiligte im kirgisischen Verfahren selbst hätte darum kümmern müssen, dass ihr das rechtliche Gehör gewährt wird. Vielmehr wurde sie dadurch, dass ihr weder das verfahrenseinleitende Schriftstück zugestellt, noch sie auf andere Weise formell vom kirgisischen Strafverfahren in Kenntnis gesetzt wurde, in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und daran gehindert, ihre Verfahrensrechte vor Erlassung der ihre Vermögenswerte betreffenden Verfallsentscheidung geltend zu machen.

8.3.10 Eine Heilung des rechtlichen Gehörs im inländischen Exeqaturverfahren durch Anhörung der A. Corp. kann nicht eintreten, weil in diesem Verfahren die Sachverhaltsfeststellungen im Erkenntnis des Urteilsstaates nicht mehr geprüft werden (14 Os 121/16z).

8.4 Nach der Rechtsprechung des EGMR führt nicht jede Verletzung der von Art 6 EMRK genannten Garantien im Urteilsstaat zur Unzulässigkeit der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen. Lediglich offenkundige Verstösse oder solche gegen grundlegende Verfahrensgarantien sollen die Übernahme der Vollstreckung hindern (*Werkusch*, Die Vollstreckung ausländischer Straferkenntnisse, S 112).

Ein ordre public-Verstoss ist nur zu bejahen, wenn die Vollstreckbarkeitserklärung einer ausländischen Entscheidung mit der inländischen Rechtsordnung völlig unvereinbar wäre. Dazu muss der Verstoss gegen die öffentliche Ordnung offensichtlich sein, was verdeutlicht, dass dieser Versagungsgrund nur in Ausnahmefällen geltend gemacht werden kann. Von dieser Ausnahmeregel ist daher nur sparsamst Gebrauch zu machen, weil er eine systemwidrige Abweichung vom Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Rechtsordnungen darstellt, wobei der Staatsgerichtshof bei der Beurteilung der Justizsysteme von Nicht-EMRK-Staaten (wie gegenständlich Kirgisien) weniger zurückhaltend ist als bei EMRK-Mitgliedstaaten (StGH 2002/61, Erw 2.2; LES 2003, 243; StGH 2012/43, Erw 2.3, StGH 2014/37, Erw 6.8, StGH 2016/073, Erw 2.3.)

Eine Vollstreckung ist nur zu versagen, wenn dem ausländischen Erkenntnis mit der inländischen Rechtsordnung vollkommen unvereinbare Rechtsgedanken zugrunde liegen und daher die Vollstreckbarkeit des ausländischen Titels mit der inländischen Rechtsordnung nicht in Einklang zu bringen wäre (RIS-Justiz RS0121001; RS0002402). Eine schlichte Unbilligkeit des Ergebnisses genügt ebenso wenig wie der blosse Widerspruch zu zwingenden inländischen Vorschriften. Gegenstand der Verletzung müssen vielmehr Grundwertungen der inländischen Rechtsordnung sein (RIS-Justiz RS0110743). Im Zentrum stehen dabei die durch Art 6 EMRK ausgedrückten verfahrensrechtlichen Garantien, insbesondere das Recht auf Gehör, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichtes und der Grundsatz der Waffengleichheit. Zu bejahen ist ein Verstoss gegen den ordre public somit nur dann, wenn die Verfahrensrechte einer Partei in unerträglicher Weise beschnitten worden sind. Dafür ist stets das ausländische Verfahren als Ganzes und anhand sämtlicher Umstände zu beurteilen (StGH 2013/079, Erw 3.7; EGMR 07.03.2017, Bsw 68939/12, *Cerovsek und Bozicnik* gegen Slowenien; 3 Ob 251/18k).

8.4.1 Die Gehörsverletzung einer von einem ausländischen Verfallserkenntnis unmittelbar betroffenen Partei ist ein solcher Verstoss gegen grundlegende Verfahrensgarantien und stellt damit bereits ein Vollstreckungshindernis im Sinne des Art 64 Abs 1 Z 1 RHG dar.

[…]

FÜRSTLICHES OBERGERICHT

Fürstliches Obergericht, 2. Senat

B 29.05.2018, 11 UR.2016.77

§§ 96 Abs 4 und 98a StPO

In Bezug auf Bankerhebungen (§ 98a StPO) sieht das Gesetz nicht vor, dass einmal gewonnene Erkenntnisse wiederum auszufolgen oder zu vernichten sind. Die ausdrückliche Ausfolgungs- bzw. Vernichtungsanordnung des § 96 Abs 4 bezieht sich nicht auf Bankerhebungen. Generell darf überall dort, wo es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Vernichtungsanordnung fehlt, ein Beweismittel nicht ausgefolgt und auch nicht vernichtet werden.

Sachverhalt

Über Ersuchen der StA werden gegen die Verdächtigen Vorerhebungen wegen des Verdachtes des Verbrechens des betrügerischen Konkurses nach § 156 Abs 1 und 2 StGB und des Vergehens der Vollstreckungsvereitelung nach § 162 Abs 1 und 2 (teils iVm den §§ 12, 74a ff) StGB geführt. Mit Rechtshilfeersuchen vom 29.04.2016 ersuchte das Erstgericht die zuständigen Behörden von A, die B Bank aufzufordern, hinsichtlich des Kontos mit der Nummer XYZ, lautend auf C, die Kontoeröffnungsunterlagen, Sorgfaltspflichtunterlagen sowie Unterlagen betreffend sämtliche Überweisungen ab November 2014 herauszugeben. Diesem Ersuchen wurde nachgekommen, und es wurden die begehrten Unterlagen mit Begleitschreiben vom 05.07.2016 übermittelt.

Die nunmehrigen Beschwerdeführer beantragten, ihnen die von der B Bank herausgegebenen Urkunden auszufolgen oder diese zu vernichten.

Das LG wies diese Anträge ab. Die dagegen erhobene Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Entscheidungsgründen

10.1 (…) Der Standpunkt der Beschwerdeführer kann wie folgt zusammengefasst werden: Das Beschwerdegericht hatte mit B vom 11.04.2017 ausgesprochen, dass die ursprünglich gegebene Verdachtslage im Sinne eines einfachen (konkreten) Tatverdachtes, wie er vom OGH zum Erlass von Zwangsmassnahmen im Vorverfahren für ausreichend angesehen wird (LES 2016, 252), nicht mehr vorliegt. Die Beschwerdeführer vertreten nun die Auffassung, dass zufolge Abschwächung der Verdachtslage die von den Behörden von A übermittelten Unterlagen nicht mehr bei Gericht behalten werden dürften, sondern ihnen auszufolgen bzw. zu vernichten wären, da die Grundlage für das Rechtshilfeersuchen (Verdachtsintensität) weggefallen sei.

Dem kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Zwar ist den Beschwerdeführern zuzugestehen, dass ein Ausfolgungsantrag grundsätzlich zulässig ist (weshalb ihr Antrag auch nicht zurückzuweisen, sondern bloss abzuweisen gewesen wäre, was jedoch im Rahmen einer Massgabebestätigung vom Beschwerdegericht saniert werden konnte), doch führt hier eine Veränderung (Abschwächung) der Verdachtslage nicht dazu, dass die seinerzeit zu Recht im Rechtshilfeweg angeforderten Unterlagen nunmehr auszufolgen oder zu vernichten wären.

Im Einzelnen:

Die StPO kennt verschiedene Bestimmungen darüber, wie zu verfahren ist, wenn die Voraussetzungen für die Beischaffung eines Beweismittels nicht mehr vorliegen.

Gemäss § 95a Abs 6 StPO können Ergebnisse einer körperlichen Untersuchung (bei sonstiger Nichtigkeit) nur verwendet werden, wenn die Voraussetzungen für eine körperliche Untersuchung vorlagen, die körperliche Untersuchung rechtmässig angeordnet wurde und die Verwendung zum Nachweis einer Straftat dient, deretwegen die körperliche Untersuchung angeordnet wurde oder hätte angeordnet werden können. Dies bedeutet, dass die Verwendung der Ergebnisse einer körperlichen Untersuchung auch dann zulässig ist, wenn die seinerzeit verlangten gesetzlichen Voraussetzungen («aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass …» – § 95a Abs 1 Z 1 StPO) im Verlaufe des Verfahrens wegfallen (arg. «vorlagen»), wenn z.B. aufgrund neuer Beweismittel die damaligen Beweisergebnisse, aus denen die «bestimmten Tatsachen» abgeleitet wurden, nicht mehr vorliegen. Auch in einem derartigen Fall können die Ergebnisse einer körperlichen Untersuchung weiterhin verwendet werden und sind sie nicht zu vernichten.

Gemäss § 95b Abs 4 StPO darf Untersuchungsmaterial, das einer bestimmten Person zugehört, nur solange verwendet und verarbeitet werden, als die Zuordnung zur Spur oder die Feststellung der Identität oder der Abstammung nicht ausgeschlossen ist. Danach sind sie zu vernichten. Hier sieht das Gesetz somit eine ausdrückliche Vernichtungsanordnung vor.

Gemäss § 96 Abs 4 StPO ist eine Beschlagnahme aufzuheben, sobald ihre Voraussetzungen weggefallen sind. Liegt somit der einfache (konkrete) Tatverdacht nicht mehr vor, ist die Beschlagnahme aufzuheben und sind die beschlagnahmten Gegenstände auszufolgen bzw. Aufnahmen und Kopien zu vernichten (vgl. OG B ON 119). Eine Nichtigkeit der weiteren Verwendung sieht diese Bestimmung – im Gegensatz zum erwähnten § 95a Abs 6 StPO – jedoch nicht vor. Lediglich am Rande sei dazu angemerkt, dass die Rechtslage insoweit mit der neuen öStPO übereinstimmt (§ 115 Abs 6 öStPO [«Wenn und sobald die Voraussetzungen der Beschlagnahme nicht oder nicht mehr bestehen…»], was etwa dann er Fall ist, wenn der zunächst ausreichende Verdacht mittlerweile entkräftet wurde [vgl. *Tipold/Zerbes* in WK StPO, 239. Lfg, § 113 Rz 22]).

Gemäss § 104 Abs 1 StPO ist die Überwachung der elektronischen Kommunikation (z.B. Telefonüberwachung) zu beenden, sobald die Voraussetzungen weggefallen sind. Voraussetzung für eine Telefonüberwachung ist es u.a., dass in Bezug auf den Inhaber der Kommunikationsanlage ein dringender Tatverdacht vorliegt (§ 103 Abs 1 Z 1 StPO). Fällt somit der dringende Tatverdacht weg, ist zwar die Überwachung der elektronischen Kommunikation sofort zu beenden, es sind jedoch die bis

dato (als noch von einem dringenden Tatverdacht auszugehen war) angefertigten Aufzeichnungen nicht zu vernichten, sondern es sind diese soweit zum Akt zu nehmen, als sie für das gegenwärtige oder erst einzuleitende Strafverfahren von Bedeutung sind – nur die nicht zu den Akten genommenen Aufzeichnungen sind zu vernichten (§ 104 Abs 2 StPO).

Auch in Bezug auf die Observation gilt, dass deren Ergebnisse nicht zu vernichten sind, wenn ihre Voraussetzungen weggefallen sind (§ 104a Abs 4 StPO). Auch hier gilt: Sind die Voraussetzungen für eine Observation nicht mehr gegeben, etwa weil die zum Zeitpunkt ihrer Anordnung noch vorgelegenen «bestimmten Tatsachen» (§ 104a Abs 3 StPO) nicht mehr vorliegen (zB weil der Tatverdacht entkräftet wurde), sind die Observationserkenntnisse nicht zu vernichten, sondern beim Akt zu behalten.

Auch Zeugeneinvernahmen, die ohne korrekte Belehrung über das Recht auf Aussageverweigerung zustande gekommen sind, sind nichtig, und es ist das darüber aufgenommene Protokoll kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (§ 108 Abs 5 StPO) zu vernichten.

In Bezug auf die hier im Rechtshilfeweg stattgefundene Bankerhebung (§ 98a StPO) sieht das Gesetz nicht vor, dass einmal gewonnene Erkenntnisse wiederum auszufolgen oder zu vernichten sind. Dies ist in § 98a StPO – im Gegensatz zu den vorstehend angeführten anderen Bestimmungen, die teils eine (physische) Vernichtung, teils eine rechtliche Nichtigkeit bei Verwendung (§ 220 Z 6 und 7 StPO), teils jedoch überhaupt keine Konsequenz kennen – schlicht nicht vorgesehen. Es kann aber auch nicht damit argumentiert werden, dass § 96 Abs 4 StPO sinngemäss anzuwenden wäre. Zum einen hat der Gesetzgeber § 98a StPO ausdrücklich nicht in den II. Abschnitt des IX. Hauptstückes der StPO («Beschlagnahme»), sondern in dessen III. Abschnitt («Durchsuchung und Beschlagnahme von Papieren») eingeordnet und insoweit die Bankerhebung abschliessend geregelt (vgl. LES 2016, 76 [«lex specialis»]). Zum anderen hat der Novellengesetzgeber des Jahres 2003 ausdrücklich bloss § 96 Abs 3 StPO (und sonst keine Bestimmung des § 96 StPO) für sinngemäss anwendbar erklärt (vgl. § 98a Abs 2 StPO – LGBl. 2003 Nr. 237) und dies auch nicht abgeändert, als er mit LGBl 2012 Nr. 26 in § 96 Abs 4 eine ausdrückliche Ausfolgungs- bzw. Vernichtungsanordnung einfügte. Hätte es der Gesetzgeber gewollt, dass diese Bestimmung auch auf Bankerhebungen anzuwenden ist, so hätte er einen entsprechenden Hinweis in § 98a StPO aufnehmen müssen. Nachdem er dies nicht getan hat, mangelt es an einer gesetzlichen Grundlage für die von den Beschwerdeführern gewünschte Vorgangsweise. Auch dies stimmt mit der neuen öStPO überein, stellt doch auch dort die Bankerhebung (§ 116 öStPO) keine Beschlagnahme dar (vgl. § 109 Z 1 und 2 einerseits und Z 3 und 4 öStPO andererseits) und gilt somit dort § 113 Abs 6 öStPO (gleich wie § 96 Abs 4 FL-StPO) nicht in Bezug auf Bankerhebungen nach § 116 öStPO (entspricht § 98a FL-StPO).

In diesem Zusammenhang ist auch auf die zur Rezeptionsvorlage ergangene Entscheidung des öOGH vom 21.07.2009, 14 Os 46/09k, zu verweisen. Danach darf überall dort, wo es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Vernichtungsanordnung fehlt, ein Beweismittel nicht ausgefolgt (und auch nicht vernichtet) werden.

Der Gesetzgeber hat somit in der StPO ein differenziertes System vorgesehen, wie vorzugehen ist, wenn Beweisergebnisse vorliegen, die Voraussetzungen jedoch (im Gegensatz zum Zeitpunkt ihrer Erlangung) nun nicht mehr vorliegen. Teils sieht das Gesetz eine Vernichtungs-/Ausfolgungsanordnung vor, teils eine (rechtliche) Nichtigkeit und teils – wie im Falle des § 98a StPO – keinerlei Konsequenz. Dies steht im Übrigen auch mit der Judikatur des StGH (U 15.09.2014, StGH 2014/60 LES 2015, 61) im Einklang, wonach Beweisverwertungsverbote nur dort zum Tragen kommen, wo das Gesetz ein solches Verbot ausdrücklich normiert, sodass sich aus der rechtswidrigen Gewinnung eines Beweismittels (Anm. im vorliegenden Fall wurden die Beweise gar nicht rechtswidrig, sondern zweifelsohne gesetzeskonform erhoben) im Allgemeinen, von im Gesetz ausdrücklich geregelten Ausnahmen abgesehen, kein Verbot der Verwertung dieser Beweismittel ergibt und keine Fernwirkung dahin besteht, dass Beweismittel, die aufgrund unverwertbaren Beweismaterials aufgefunden worden sind, ihrerseits unverwertbar wären. Da das Gesetz vorliegend keine Vernichtungs-/Ausfolgungsanordnung oder (rechtliche) Nichtigkeit vorsieht, war der Beschwerde insoweit keine Folge zu geben, sondern der angefochtene B mit der Massgabe zu bestätigen, dass der Ausfolgungsantrag abgewiesen wird.

10.2 Dass Rechtshilfeersuchen nicht anfechtbar sind, ist ausdrücklicher Wille des Gesetzgebers (Art 77 Abs 3 RHG). Immerhin könnte dagegen (da eine letztinstanzliche und enderledigende Entscheidung im Kleide eines Rechtshilfeersuchens darstellend) unmittelbar Individualbeschwerde an den StGH erhoben werden, was vom StGH als wirksame Beschwerdemöglichkeit angesehen wird (vgl. U 05.12.2017, StGH 2017/132, Erw. 1.3.3). (…)

Anmerkung

1. Der von den Beschwerdeführern dagegen erhobenen Individualbeschwerde wurde keine Folge gegeben und vom StGH zudem die Rechtsprechung (LES 2016, 76) ausdrücklich bestätigt, wonach § 98a Abs 1 StPO gegenüber § 96 Abs 2 StPO eine lex specialis darstellt und die Bankerhebung abschliessend regelt, sodass in Bezug auf Banken mit keiner anderen Massnahme vorgegangen werden kann (StGH 2018/83 vom 29.10.2019).

2. Zu Erw. 10.2 ist anzumerken, dass im fachgerichtlichen Verfahren der B des öOGH vom 06.12.2018, 12Os88/18k, RIS Justiz RS0132364, noch nicht bekannt war, jedoch in Zukunft – zufolge weitgehend identischer Rechtslage – wohl zu beachten sein wird. Danach bedarf es, wenn das Verfahrensrecht des ersuchenden Staates für die Vornahme einer Ermittlungsmassnahme eine gerichtlich überprüfbare Entscheidung der Staatsanwaltschaft (des Gerichts) verlangt, einer solchen Entscheidung auch dann, wenn diesbezüglich ein Rechtshilfeersuchen gestellt wird. Denn nur unter dieser Voraussetzung werde Gewähr dafür geboten, dass eine entsprechende Überprüfung des diese Massnahme begründenden Tatverdachts unter den gleichen Bedingungen, wie sie im ersuchenden Staat für eine inländische Anordnung gelten, stattfindet.

Wilhelm Ungerank

Fürstliches Obergericht, 1. Senat

B 05.07.2018, 05 CG.2016.388

§ 321 Abs 1 ZPO
§ 323 Abs 1 ZPO

Der Zeuge (Rechtsanwalt) hat kein Recht, seine Aussage zur Gänze und generell zu verweigern.

Er hat lediglich bei Vorliegen eines Aussageverweigerungsgrundes das Recht, die Beantwortung einzelner Fragen zu verweigern.

Sachverhalt

Gegenstand dieses Rekursverfahrens ist die Frage, ob die Aussageverweigerung des Zeugen Dr. X, Rechtsanwalt in Vaduz, rechtmässig erfolgt ist.

B S, deutscher Staatsbürger, ist am 17.10.2010 verstorben. Mit B des Amtsgerichtes F vom 01.02.2012 wurde der nunmehrige Kläger zum Insolvenzverwalter über den Nachlass des Verstorbenen bestellt.

Dr. X war vormals als Rechtsanwalt für den Verstorbenen tätig.

Dr. X wurde vom Kläger, der ihn unter einem auch als Nachlassinsolvenzverwalter des B S vom Anwaltsgeheimnis entband, als Zeuge zur Frage angeboten, ob er am 18.12.2009 als Vertreter des B S die Blankozessionserklärung von T AG in Z entgegengenommen hat.

In der Verhandlung vom 15.03.2017 verweigerte Dr. X – nach Belehrung nach § 321 ZPO und nach Durchsicht der Beilagen– unter Berufung auf die ihm nach seiner Auffassung zukommende anwaltliche Verschwiegenheitspflicht die Aussage. Über Nachfrage durch den Richter teilte der Zeuge mit, dass er sich generell in Bezug auf ihn zu richtende Fragen unter Hinweis auf seine Verschwiegenheitsberechtigung berufen will.

Hierauf erklärte der Richter mittels B die Aussageverweigerung des Zeugen für unrechtmässig und kündigte für den Fall des Beharrens des Zeugen auf seiner Aussageverweigerung die Verhängung einer Geldstrafe in Höhe von CHF 500.00 an.

Nachdem der Zeuge deponierte, die Auffassung des Gerichtes nicht zu teilen und aus seiner Sicht damit die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht letztlich ausgehöhlt würde und nach wie vor nicht zur Aussage bereit zu sein, wurde durch den Richter mittels in der Tagsatzung verkündeten B zum einen die Aussageverweigerung des Zeugen für unrechtmässig erklärt und über den Zeugen eine Geldstrafe in Höhe von CHF 500.00 verhängt, fällig binnen vierzehn Tagen ab Rechtskraft des gefassten B.

Diese beiden in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 15.03.2017 mündlich verkündeten Beschlüsse fertigte das Erstgericht am 23.03.2018 aus, indem es zunächst den – so hier relevanten – Verfahrensgang darstellte und – nach zunächst grundsätzlichen Ausführungen zur Frage der Anfechtbarkeit/gesonderten Anfechtbarkeit derartiger Beschlüsse und zu den Bestimmungen des § 321 Abs 1 Ziff 3 und 4 ZPO sowie Art 15 RAG – Folgendes ausführte:

Die vorgelegte Entbindungserklärung Beilage V sei taugliche Grundlage, um die dem Zeugen Dr. X grundsätzlich zukommende anwaltliche Verschwiegenheitspflicht zu durchbrechen und zwar insofern, als es nicht um den Verstorbenen betreffende höchstpersönliche Umstände gehe, sondern rein vermögensrechtliche Aspekte zu beurteilen/beantworten seien. Der OGH habe in seinem B bindend darauf hingewiesen, dass der Verstorbene wirtschaftlicher Inhaber der Gründerrechte bis zu seinem Tod gewesen sei und dass diese Gründerrechte auch eine vermögensrechtliche Komponente beinhalten würden, weshalb sie abgetreten und vererbt werden könnten.

Das Gericht würde nicht verkennen, dass die an den Zeugen zu richtenden und von ihm zu beantwortenden Fragen (zumindest teilweise) höchstpersönliche Umstände des Verstorbenen betreffen könnten (und voraussichtlich würden).

Jedenfalls sei aber eine pauschale Berufung des Zeugen auf seine anwaltliche Verschwiegenheitspflicht und damit verbundene generelle Aussageverweigerung in diesem Zusammenhang nicht statthaft, sondern werde einzelfallbezogen und jeweils von Frage zu Frage zu beurteilen sein, ob insofern auf Basis der vorliegenden Entbindungserklärung der Zeuge die jeweilige Frage zu beantworten hat oder nicht.

Der Hinweis des Zeugen, dass er letztlich keine Tätigkeiten im Zusammenhang mit vermögensrechtlichen Aspekten des Verstorbenen ausgeübt habe bzw allumfassend von insofern höchstpersönlichen Umständen des Verstorbenen auszugehen sei, überzeuge nicht, zumal durch die im Prozess vorgelegten Unterlagen jedenfalls belegt sei, dass der Zeuge am 18.12.2009 die Zessionserklärung Beilage Q für B S abgeholt/behoben habe. Dass diese Zessionserklärung dabei zwangsläufig einen rein vermögensrechtlichen Aspekt betreffe, sei aus Sicht des Gerichtes nach derzeitigem Stand der Dinge zwangslos anzunehmen.

Das OG gab einem dagegen von Dr. X erhobenen Rekurs keine Folge.

Aus den Entscheidungsgründen

Zunächst zur Zulässigkeit des Rechtsmittels:

Gemäss § 349 Abs 1 ZPO findet gegen die Entscheidung über die Rechtsmässigkeit der Verweigerung einer Aussage ein abgesondertes Rechtsmittel nicht statt. Im streitigen Verfahren ist ein solcher B daher erst mit dem Rechtsmittel gegen die nächstfolgende anfechtbare Entscheidung bekämpfbar (§ 484 ZPO; LES 2000/201). Dies ist, wenn – wie hier – die Aussageverweigerung für unrechtsmässig erklärt wurde, jener B, mit dem die Zeugnispflicht nach § 325 Abs 1 ZPO zwangsweise durchgesetzt werden soll (SZ 40/147; 2 Ob 61/13d; RIS-Justiz RS0040565; LES 2000, 201; LES 2005, 191). Diesen B kann auch der Zeuge mit Rekurs anfechten (*Rechberger*, ZPO, § 325, RZ 2).

Zu Recht wurde deshalb in der Rekursbeantwortung die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht in Zweifel gezogen.

[…..]

In der Sache ist der Rekurs schon deshalb nicht berechtigt, weil dem Zeugen kein generelles Aussageverweigerungsrecht zusteht.

Nach § 321 ZPO kann der Zeuge bei Vorliegen eines dort geregelten Aussageverweigerungsgrundes – hier kommt va jener des § 321 Abs 1 Ziff 4 ZPO in Betracht – die Beantwortung einzelner Fragen verweigern. Nach herrschender Meinung und Rechtsprechung hat der Zeuge allerdings kein Recht, seine Aussage zur Gänze zu verweigern (*Fasching*, Lehrbuch[2] RZ 983; *Rechberger* in *Rechberger* ZPO[4] § 321 RZ 1; *Simotta*, öJZ 1997, 499; LGZ Wien EFSlg 115.087; LGZ Wien EFSlg 94.537; 1 Ob 341/99z = SZ 73/87; 1 Ob 254/99f = SZ 72/183 = EvBl 2000/79; OLG Wien JBl 1947, 84 sowie *Frauenberger* in *Fasching/Konecny* aaO, § 321 RZ 1).

Die nicht näher begründete Gegenansicht (*Bajons*/ Zivilverfahren RZ 154; *Holzhammer*, Zivilprozessrecht[2] 264), die einem gänzlichen Aussageverweigerungsrecht das Wort redet, könnte sich allenfalls auf die Textierung der § 321 Abs 1 Ziff 3 und 4 ZPO berufen. Danach wird das Aussageverweigerungsrecht nicht explizit auf Fragen eingeschränkt, sondern nach Themenbereichen abgegrenzt («in Bezug auf Tatsachen» in § 321 Abs 1 Z 3 ZPO bzw «in Ansehung desjenigen» in § 321 Abs 1 Ziff 4 ZPO). Mit Frauenberger hält der Senat dafür, dass schon der Vergleich mit den ähnlich gelagerten Tatbeständen des § 321 Abs 1 Ziff 1 und 2 ZPO und der Bestimmung § 108 Abs 1 Ziff 2 StPO erhellt, dass der liechtensteinische Gesetzgeber – wie beim österreichischen Vorbild – das Aussageverweigerungsrecht im Zivilprozess strenger regeln wollte als im Strafprozess. Der Gesetzgeber hat sich nämlich gerade bei jenen Personen, die am ehesten in einen ganz grundsätzlichen Interessen- bzw Gewissenskonflikt geraten können, dafür entschieden, ihnen als Zeugen im Zivilprozess diese Konfliktsituation nicht von vornherein zu ersparen, sondern den Zeugen auf eine Verweigerung der Beantwortung einzelner Fragen zu verweisen. Daraus folgt schon in einem Grössenschluss, dass auch die notwendigerweise sachlich und nicht persönlich abgegrenzten Tatbestände der § 321 Abs 1 Ziff 3 und 4 ZPO nur die Nichtbeantwortung einzelner Fragen, nicht aber eine gänzliche Aussageverweigerung gestatten (vgl. hiezu auch *Frauenberger* aaO, § 321 RZ 1).

Auch § 323 Abs 1 ZPO räumt kein generelles Zeugnisverweigerungsrecht ein. Gemäss § 323 Abs 1 ZPO hat ein Zeuge, welcher die Aussage ganz oder über einzelne Teile verweigern will, die Gründe der Weigerung mündlich oder schriftlich vor der zu seiner Vernehmung bestimmten Tagsatzung oder bei der Tagsatzung selbst anzugeben und, wenn ein Widerspruch erfolgt, glaubhaft zu machen. Ein Recht, sich der ganzen Aussage schlechthin zu entschlagen, besteht nach der ZPO – abgesehen von den in § 320 ZPO (hier nicht einschlägig) genannten Fällen – im Gegensatz zu § 108 StPO nicht (s auch ZPO, GMG Juris, Anm. 2 zu § 321 sowie Anm. 2 zu § 323).

Stets ist dem Zeugen der genaue Inhalt der von ihm zu erwartenden Aussage auch dann, wenn der Vorschrift des § 329 Abs 2 ZPO Genüge getan wird, vor seiner Einvernahme unbekannt. Er hat kein Recht, die Aussage von vornherein zur Gänze zu verweigern, sondern darf bloss die Beantwortung einzelner Fragen (die er zu diesem Zeitpunkt zwangsläufig noch nicht kennt), verweigern (*Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[3] III/1 § 323 ZPO RZ 2).

Damit erweist sich der Rekurs schon deshalb als unberechtigt, weil dem Zeugen Dr. X in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt kein generelles Aussageverweigerungsrecht zukommt.

Ob Dr. X die Beantwortung einzelner Fragen, die er zwangsläufig im Detail noch nicht kennt, verweigern darf, ist demnach jeweils gesondert (bei Vorliegen der Fragen) zu beurteilen.

Grundsätzlich nur das Folgende:

Das Zeugenangebot Dr. X bezieht sich explizit (bislang) lediglich auf die Frage, ob dieser am 18.12.2009 als Vertreter des B S die Blankozessionserklärung von T AG in Z entgegengenommen hat, In der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 15.03.2017 brachte der Kläger, nachdem Rechtsanwalt Dr. X ihm bereits im Vorfeld mitgeteilt hat, dass er als Rechtsanwalt für B S tätig gewesen sei und daher keine Zeugenaussage leisten wolle, noch weiter vor (allerdings ohne ausdrückliches Beweisanbot durch ZV Dr. X), dass der Kläger wissen müsse, um seinen Verpflichtungen als Insolvenzverwalter des Nachlasses des B S gegenüber den Gläubigern und Erben nachkommen zu können, infolge welchen Rechtsgrundes die Gründerrechte der Beklagten vom Inhaber B S neu an W G übertragen und abgetreten wurden. Er habe zu prüfen, ob diese Übertragung und Abtretung der Gründerrechte der Beklagten angefochten und rückabgewickelt werden müssen.

Nach der schriftlichen Erklärung des Dr. X in Verbindung mit seinen (bisherigen) Einlassungen vermeint der Zeuge, dass ihn sein Mandant zum Stillschweigen über den Tod hinaus verpflichtet hat und für diesen quasi eine conditio sine qua non war, dass alles Besprochene dabei der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegt. Nach Auffassung des Senates bricht – selbst wenn Dr. X eine derartige ihm gegenüber vom Verstorbenen gemachte Äusserung glaubhaft macht – die vorgelegte Entbindungserklärung jedenfalls in Bezug auf rein vermögensrechtliche Aspekte die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht.

Der Kläger ist als bestellter Insolvenzverwalter des Nachlasses des Verstorbenen Träger sämtlicher Rechte und Pflichten dieses Nachlasses.

Mit dem Erstgericht hält der Senat dafür, dass die Zessionserklärung jedenfalls auch vermögensrechtliche Aspekte betrifft, zumindest nach dem derzeitigen Stand der Dinge. So sind Gründerrechte einer liechtensteinischen Anstalt nach Art 541 PGR Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs und des Erbrechts. Daraus wird ihre vermögensrechtliche Komponente ersichtlich. Bei den Gründerrechten handelt es sich nicht um rein organschaftliche Rechte, sondern mittelbar um vermögenswerte Rechte (LES 2009, 190). Zutreffend aber auch der Hinweis des Erstgerichtes, dass die an den Zeugen Dr. X zu richtenden Fragen durchaus auch höchstpersönliche Umstände des Verstorbenen betreffen können, und dann im Einzelfall zu beurteilen sein wird, ob eine allfällige Aussageverweigerung berechtigt ist.

Ein Kostenzuspruch der von der klagenden Partei verzeichneten Kosten der Rekursbeantwortung kam deshalb nicht in Betracht, da das Zeugniszwangsverfahren keinen streitähnlichen Charakter hat (LES 2000, 201) und auch im Rechtsmittelverfahren über die Rechtmässigkeit

der Verhängung einer Ordnungsstrafe kein Kostenersatz stattfindet (*Obermaier*, Kostenhandbuch[3] [2018] RZ 1355).

Anmerkung
Mit Urteil v 03.12.2019 zu StGH 2018/103 hat der StGH einer dagegen gerichteten individualbeschwerde keine Folge gegeben.

Fürstliches Obergericht, 2. Senat
B 25.06.2019, 09 KG.2018.17

§§ 218 Abs 5 und 258 Abs 2 StPO

Bei gänzlicher Verweisung auf den Zivilrechtsweg ist eine Berufung des Privatbeteiligten nicht zulässig. Eine solche kann jedoch dann erhoben werden, wenn die Verweisung auf den Zivilrechtsweg lediglich zum Teil erfolgte.

Sachverhalt

Mit U des LG als Kriminalgericht vom 14.11.2018 wurden die Angeklagten zu 1. und 3. schuldig erkannt und die Angeklagte zu 2. freigesprochen. Die nunmehrigen Berufungswerber, die sich dem Verfahren als Privatbeteiligte angeschlossen hatten, wurden gemäss § 258 Abs 1 bzw. 2 StPO mit den von ihnen geltend gemachten Ansprüchen auf den Zivilrechtsweg verwiesen.

Gegen die Verweisung auf den Zivilrechtsweg meldeten die Privatbeteiligten fristgerecht Berufung an. Teilweise wurden die Berufungen ausgeführt, teilweise blieb es bei der Berufungsanmeldung.

Aus den Entscheidungsgründen

Über die Berufungen war in nichtöffentlicher Sitzung zu entscheiden (§ 226 Abs 1 Z 1 und Abs 2 StPO), und zwar auch über die bloss angemeldeten Berufungen (vgl. LJZ 2016, 9):

Gemäss § 218 Abs 5 StPO kann zum Nachteile des Angeklagten – soweit hier massgeblich – die Berufung vom Privatbeteiligten nur mit der Einschränkung ergriffen werden, dass sich die Berufung nur auf die Entscheidung wegen der privatrechtlichen Ansprüche und der damit im Zusammenhang stehenden Kosten beziehen darf. Gemäss § 258 Abs 2 StPO hat der Gerichtshof, wenn die Verurteilung des Beschuldigten erfolgt, in der Regel zugleich über die privatrechtlichen Ansprüche des Beschädigten zu entscheiden, diesen jedoch auf den Zivilrechtsweg zu verweisen, wenn die Ergebnisse des Strafverfahrens nicht ausreichen, um aufgrund derselben über die Ersatzansprüche verlässlich urteilen zu können. Weiters legt § 258 Abs 2 StPO ausdrücklich fest, dass gegen diese Verweisung kein Rechtsmittel offen steht.

Diese bereits in der Stammfassung der StPO (LGBl. 1988 Nr. 62) enthaltenen Bestimmungen stimmten mit der Rechtslage in Österreich (vor BGBl. 1978 Nr. 169) überein. Danach stand gemäss § 366 Abs 2 öStPO in der damals gültigen Fassung dem Privatbeteiligten bei gänzlicher Verweisung auf den Zivilrechtsweg kein Rechtsmittel zu. § 366 Abs 2 StPO lautete wie folgt: «Wird der Beschuldigte verurteilt, so hat in der Regel der Gerichtshof zugleich über die privatrechtlichen Ansprüche des Geschädigten zu entscheiden. Erachtet das Strafgericht, dass die Ergebnisse des Strafverfahrens nicht ausreichen, um aufgrund ihrer über die Ersatzansprüche verlässlich urteilen zu können, so verweist es den Privatbeteiligten auf den Zivilrechtsweg. Gegen diese Verweisung steht kein Rechtsmittel offen.» (§ 366 Abs 2 StPO idF der mit LGBl. 1975 Nr. 631 erfolgten Wiederverlautbarung). § 366 Abs 2 öStPO in der damals gültigen Fassung stimmt somit praktisch wortwörtlich mit § 258 Abs 2 StPO überein.

Ebenso stimmte § 283 Abs 6 öStPO in der damals gültigen Fassung mit § 218 Abs 5 StPO wie folgt überein: § 283 Abs 6 öStPO (Wiederverlautbarung laut BGBl. 1975 Nr. 631) lautete wie folgt: «Gegen die Entscheidung über die privatrechtlichen Ansprüche können nur der Angeklagte und dessen gesetzlicher Vertreter und Erben Berufung einlegen.»

Damit ist erstellt, dass die Rechtslage, wie sie derzeit in Liechtenstein gegeben ist, identisch mit der Rechtslage in Österreich (vor Änderung durch BGBl. 1978 Nr. 169) ist.

Zur damaligen Rechtslage wurde in Österreich jedoch einhellig von Rechtsprechung und Lehre vertreten, dass dem Privatbeteiligten bei gänzlicher Ablehnung seiner Ansprüche kein Rechtsmittel zusteht, die Berufung jedoch dann zulässig ist, wenn er mit seinem Mehrbegehren auf den Zivilrechtsweg verwiesen wurde (*Röder*, Lehrbuch des Österreichischen Strafverfahrensrechtes[2], 78, 79 [Fussnote 1] und 373; *Lohsing/Serini*, Österreichisches Strafprozessrecht[4], 171; *Gebert/Pallin/Pfeiffer/Mayerhofer*, Das österreichische Strafverfahrensrecht, III. Band, 3. Teil, E6 und 7 zu § 464 StPO unter Hinweis auf SSt XIX/46 und VI/31; RIS-Justiz RS0101318 = RZ 1978/18 S. 36).

Damit ist ganz offensichtlich, dass den Privatbeteiligten, die auf den Zivilrechtsweg verwiesen wurden, die Berufung an das OG nicht zusteht, weshalb die Berufungen zurückzuweisen waren.

Für eine, wie die Berufungswerber meinen, verfassungskonforme Interpretation des § 258 Abs 2 StPO besteht kein Anlass: Abgesehen davon, dass die Berufungswerber ja selbst einräumen, dass es in Österreich einer Gesetzesänderung bedurfte, um dem auf den Zivilrechtsweg verwiesenen Privatbeteiligten eine Rechtsmittelmöglichkeit einzuräumen, stehen § 258 Abs 2 StPO und § 218 Abs 5 StPO keineswegs in einem unauflösbaren Widerspruch, sehen doch diese Bestimmungen bei verständiger Lesart und im Sinne der dazu vorliegenden Literatur und ergangenen Rechtsprechung (in Österreich bei identer Rechtslage) vor, dass bei gänzlicher Verweisung auf den Zivilrechtsweg eine Berufung nicht zulässig ist, eine solche jedoch dann erhoben werden kann, wenn die Verweisung auf den Zivilrechtsweg lediglich zum Teil erfolgte.

Dass Rechtsmittelausschlüsse grundsätzlich verfassungskonform sein können und ihnen Art 43 LV nicht entgegensteht, hat der StGH wiederholt judiziert (vgl. LES 2018, 73). Die sachliche Rechtfertigung für einen der-

artigen Ausschluss im Strafverfahren kann darin gesehen werden, dass in einem Strafverfahren in erster Linie über Schuld oder Unschuld entschieden werden und das Verfahren nicht etwa durch – wie hier – komplexe zivilrechtliche Fragen aufgehalten bzw. verzögert werden soll.

Im Übrigen steht es Privatbeteiligten, die auf den Zivilrechtsweg verwiesen wurden, jederzeit frei, ihre Ansprüche am Zivilrechtsweg geltend zu machen. Dass dies mit (höheren) Kosten verbunden ist, als wenn ein Adhäsionserkenntnis ergeht, ist richtig, doch steht im Strafverfahren eben – wie bereits dargelegt – im Vordergrund, dass in erster Linie über Schuld oder Unschuld entschieden und das diesbezügliche Verfahren nicht über Gebühr aufgehalten werden soll.

Ob die Voraussetzungen dafür vorliegen, dass bereits im Strafverfahren über zivilrechtliche Ansprüche (allenfalls mit einem Teilbetrag) mitentschieden wird, hat das Strafgericht nach pflichtgemässem Ermessen zu beurteilen. Ein Rechtmittel dagegen steht dem Privatbeteiligten nicht zu.

Zu einer, wie es die Berufungswerber wünschen, verfassungskonformen Interpretation besteht sohin kein Anlass, ebenso nicht zu einem Normenkontrollantrag.

Soweit sich die Berufungen gegen die Verweisung nach § 258 Abs 1 StPO richten, ist darauf zu verweisen, dass der Berufung der Staatsanwaltschaft gegen den Freispruch betreffend die Zweitangeklagte mit U vom heutigen Tag keine Folge gegeben wurde und dieser somit in Rechtskraft erwachsen ist, sodass ein Zuspruch im Strafverfahren ohnedies nicht mehr in Betracht kommt.

Die Berufungen waren sohin zurückzuweisen.

Anmerkung

Der OGH wies die dagegen erhobenen Revisionsbeschwerden der Privatbeteiligten mit Beschluss vom 07.02.2020, GZ 09 KG.2018-17-94, unter Hinweis auf seine Vorjudikatur (LES 2017, 135 und LJZ 2019, 103), wonach Privatbeteiligte gemäss § 235 Abs 4 StPO kein Revisionsrecht und damit auch kein Revisionsbeschwerderecht haben, als unzulässig zurück.

Wilhelm Ungerank

Fürstliches Obergericht, 1. Senat

B 14.11.2019, 07 HG.2018.255

Art 552 § 32 PGR
Art 107 Abs 4a PGR

Die Berücksichtigung ausserhalb der Stiftungsurkunde liegen der Umstände, wie zB Erklärungen und Vereinbarungen des Auftraggebers bzw Stifters mit dem Stiftungserrichter setzt unbedingt voraus, dass die vom Stifter verfolgte Absicht und das erzielte Auslegungsergebnis einen hinlänglichen Niederschlag in der Stiftungsurkunde gefunden haben muss.

Es ist massgeblich darauf abzustellen, für welche konkreten Zwecke der Stifter die Verwendung des Stiftungsvermögens vorgesehen hat. Je konkreter diese Verwendungszwecke vom Stifter formuliert wurden, umso weniger Spielraum besteht für den Stiftungsrat bei deren Durchführung.

Art 107 Abs 4a PGR verwendet gemeinnützige oder wohltätige Zwecke nicht als synonyme Begriffe, sondern hält fest, dass es sich dabei jeweils um solche Zwecke handelt, durch deren Erfüllung die Allgemeinheit gefördert wird.

Unter «karitativ» oder «wohltätig» können nur solche Tätigkeiten verstanden werden, die besonders der Unterstützung von hilfsbedürftigen Menschen dienen.

Die nachträgliche Einführung eines Änderungsrechtes des Stiftungsrates ist – wenn Derartiges in der Stiftungsurkunde vom Stifter nicht vorgesehen ist nicht zulässig.

Sachverhalt

Gegenstand des gegenständlichen Rekursverfahrens ist die Frage der Genehmigung der vom Stiftungsrat beschlossenen Änderungen der Statuten der im Handelsregister eingetragenen gemeinnützigen Stiftung «Fondazione A G».

Mit dem angefochtenen B hat das LG (Ausserstreitrichter) die Statuten der gemeinnützigen Stiftung vom 14.02.2012 samt den seit 20.04.2009 erfolgten Anpassungen in Art 2, 7 und 11 antragsgemäss genehmigt (Spruchpunkt 1).

Die von den Antragstellern beantragte Abänderung des Art 3 der Statuten wurde vom Erstgericht hingegen nur teilweise genehmigt.

Das Erstgericht hat die Statuten vom 14.02.2012 in ihrem Art 3 insoweit antragsgemäss abgeändert, als diese die Zwecke der Stiftung regelnde Bestimmung nunmehr lautet (Spruchpunkt 2):

«Die Stiftung verfolgt ausschliesslich gemeinnützige Zwecke, welche sie insbesondere durch die folgenden Massnahmen verwirklicht:

Zuwendungen an anerkannte gemeinnützige Institutionen und Organisationen in folgenden Bereichen:

- *Öffentliches Gesundheitswesen, im Besonderen der Notfallmedizin, vor allem in Entwicklungsländern;*
- *Soziales, im Besonderen der Hilfe für alleinstehende Frauen, für Senioren, für Behinderte und für Personen in Schwierigkeiten, vor allem in der italienischsprachigen Schweiz, in Italien und in den Entwicklungsländern;*

Der Zweck besteht im Übrigen in der Anlage und Verwaltung des Stiftungsvermögens.

Empfänger, Zeitpunkt und Umfang von Ausschüttungen im Sinne der vorgenannten Bestimmungen stehen in freiem Ermessen des Stiftungsrates.

Die Stiftung handelt ohne Beachtung von Rasse, Nationalität, Religion und politischer Zugehörigkeit.»

Hingegen hat das Erstgericht die von den Antragstellern weitergehend beantragten nachfolgenden Zwecke in Art 3 nicht genehmigt:

«
– *Kultur, im Besonderen der Musik, der bildenden Kunst und der Architektur, vor allem in der Schweiz, im Fürstentum Liechtenstein und in Italien;*
– *Wissenschaftliche Forschung auf Universitätsniveau und Post-Universitätsniveau, vor allem in der Schweiz, im Fürstentum Liechtenstein und in Italien.»*

Den weiteren Antrag, die Statuten vom 14.02.2012 insofern zu ergänzen, als ein neuer Art 18 eingefügt wird, mit folgendem Wortlaut,

«*Art 18 – Änderungen von Statuten, Beistatuten und Reglementen: Der Stiftungsrat ist befugt, die Statuten, Beistatuten und Reglemente unter Wahrung des Stiftungszwecks zu ändern, wenn dies nach seinem Ermessen im Interesse der Stiftung gelegen ist und ein sachlich gerechtfertigter Grund vorliegt.*»

hat das Erstgericht mit Spruchpunkt 3 abgewiesen.

Mit dem vorliegenden Rekurs bekämpfen die Antragsteller die Entscheidung des Erstgerichts insoweit, als ihre Anträge auf Genehmigung der Änderung bzw. Ergänzung der Statuten laut den Punkten 2.3 und 2.4 vom Erstgericht nicht stattgegeben wurde.

[….]

In seiner Begründung gab das Erstgericht zunächst den Antrag der Antragsteller wörtlich wieder und führte aus wie folgt (auszugsweise):

«*Das Gericht teilt die Auffassung der Antragsteller, dass der Stiftungsrat nicht befugt ist, eine Abänderung der Statuten selbst vorzunehmen und daher die Kompetenz des Gerichts gegeben ist.*

Die Abänderung der Art 2, 7 und 11 sind notwendige Anpassungen, weil die Stiftung sich in eine gemeinnützige Stiftung verwandelt hat und waren daher zu genehmigen.

Zur Änderung des Stiftungszwecks in Art 3 ist auszuführen, dass dieser ursprünglich in den Beistatuten, die nur nach Weisung der Stifterin abgeändert werden konnte, wie folgt gefasst wurde:

«Nach ihrem Tod verwendet der Stiftungsrat die Erträge des Stiftungsvermögens zur Förderung einer umfassenderen und besseren häuslichen Pflege von alleinstehenden und kranken Frauen im Raum L. Insbesondere werden die in diesem Gebiet bereits vorhandenen Organisationen unterstützt und wird die Tätigkeit und die Verwendung der gespendeten Gelder beaufsichtigt.

Der Stiftungsrat darf nur dann eigene Initiativen unternehmen, wenn dies zum Erreichen des Zwecks notwendig ist. Der Stiftungsrat kann sich von Experten aus dem Gesundheitsbereich und aus dem sozialen Bereich beraten lassen.

Das Abhängigmachen von Rasse, Nationalität, Religion bzw. politscher Zugehörigkeit in irgendeiner Form ist unzulässig.»

Mit Schreiben vom 26.04.2011 erteilte die Stifterin Weisungen für neue Beistatuten. Darin verfügte sie, dass nach ihrem Tod jeweils EUR 15.000.000.– an A o G Frankreich und Schweiz sowie an die Organisation S in L für konkrete und überprüfbare Projekte zuzuführen ist. Weiters verfügte sie die Ausschüttung verschiedener Beträge an private Personen. Schliesslich führte sie am Schluss folgendes an:

Der gesamte Rest – bewegliches und unbewegliches Vermögen – bleibt zur Verwaltung für karitative Zwecke in der Stiftung.

Wie sich aus der Stellungnahme von Dr. R ergibt, konnten die schriftliche Instruktion und die Wünsche der Stifterin nicht mehr genauer formalisiert werden. Sie gab Dr. R noch mündlich mit, dass die Stiftung so handeln solle, wie sie es bisher getan habe oder wie sie gerne getan hätte, sie sollen sich arrangieren. Am 22.08.2011 verstarb die Stifterin.

Der Stiftungsrat erliess am 14.02.2012 neue Statuten, bei denen er neben den bereits erwähnten Änderungen die Zweckbestimmung aus den Beistatuten in Statuten integrierte und diese wie folgt fasste:

Die Stiftung verfolgt ausschliesslich gemeinnützige Zwecke, welche sie insbesondere durch die folgenden Massnahmen verwirklicht:

Zuwendungen an anerkannte und beaufsichtigte gemeinnützige Institutionen und Organisationen in folgenden Bereichen:
– *Öffentliches Gesundheitswesen, im Besonderen der Notfallmedizin, vor allem in Entwicklungsländern;*
– *Soziales, im Besonderen der Hilfe für alleinstehende Frauen, für Senioren, für Behinderte und für Personen in Schwierigkeiten, vor allem in der italienischsprachigen Schweiz, in Italien und in den Entwicklungsländern;*
– *Kultur, im Besonderen der Musik, der bildenden Kunst und der Architektur, vor allem in der Schweiz, im Fürstentum Liechtenstein und in Italien;*
– *Wissenschaftliche Forschung auf Universitätsniveau und Post-Universitätsniveau, vor allem in der Schweiz, im Fürstentum Liechtenstein und in Italien.*

Der Zweck besteht im Übrigen in der Anlage und Verwaltung des Stiftungsvermögens. […].»

Das ist eine Erweiterung gegenüber der schriftlichen Weisung in sachlicher Hinsicht, als Kultur und Wissenschaftliche Forschung sich nicht unter «karitative Zwecke» subsumieren lassen.

Auch wenn die Stifterin kulturelle Einrichtungen unterstützt hat und ihr auch wissenschaftliche Forschung ein Anliegen gewesen ist, hat dies keinen Niederschlag in den massgeblichen Stiftungsurkunden (Beistatuten, Weisung auf Abänderung) gefunden, im Gegensatz zu den übrigen Punkten etwa die Unterstützung alleinstehender Frauen oder Notfallmedizin in Entwicklungsländern, wie sich auch aus der bedeutenden Dotierung im Schreiben vom 26.04.2011 ergibt.

…

Eine Änderung des Stiftungszwecks darf gemäss § 33 StiftG jedoch nur soweit erfolgen, als sich die Verhältnisse geändert haben, so dass sich der Stiftungszweck dem Willen des Stifters entfremdet hat.

Von einer solchen Änderung der Verhältnisse kann im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden. Der Stiftungszweck kann nach wie vor voll erfüllt werden, wenn eine Beschränkung auf karitative Zwecke, wie dies die beiden erstgenannten Punkte darstellen, erfolgt. Von einer Entfremdung des Stifterwillens kann beim besten Willen nicht ausgegangen werden, sind dies doch Punkte, welche der Stifterin besonders am Herzen gelegen sind, wie

sich auch an den zuletzt erfolgten grossen Dotierungen zeigt.

Hinsichtlich der Aufnahme der Zwecke Kultur und wissenschaftliche Forschung war daher der Antrag abzuweisen.

Die Antragsteller beantragen auch, dass dem Stiftungsrat das Recht auf Abänderung der Statuten eingeräumt wird. Auf den ersten Blick scheint die Bestimmung in Artikel 7 Abs 1 der Statuten, wonach der Stiftungsrat das oberste Organ der Stiftung ist mit allen Rechten und Befugnissen, die gemäss Gesetz dem obersten Organ von Verbandspersonen zustehen, ein Indiz dafür zu sein, dass beabsichtigt war, dem Stiftungsrat auch eine Änderungskompetenz zukommen zu lassen, weil ein oberstes Organ gemäss Art 174 PGR dazu befugt wäre.

Dagegen spricht aber, dass in den Beistatuten, die mit den Statuten eine Einheit bilden, ein Weisungsrecht auf Änderung nur der Stifterin zuerkannt wurde. An dieser Stelle wäre es ein leichtes gewesen, auch für die Stifterin nachvollziehbar, ein Statutenänderungsrecht zu regeln. Nur die Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung auf Änderung der Statuten durch den Stiftungsrat könnte bei dieser Konstellation Zweifel ausräumen, könnte doch ein Stifter davon ausgehen, dass nur er Wesentliches abändern kann. Es kann also nicht sicher gesagt werden, dass die vorliegenden Statuten ohne das Änderungsrecht durch den Stiftungsrat den ursprünglichen Willen der Stifterin nicht abbilden.

Die Einräumung einer Kompetenz zur Änderung der Statuten würde eine Änderung anderer Inhalte im Sinne des § 34 StiftG bedeuten. Eine solche ist nur dann zulässig, wenn dies zur Wahrung des Stiftungszwecks zweckmässig ist. Natürlich wäre es praktisch, wenn ohne Rücksprache mit dem Gericht Anpassungen vorgenommen werden könnten. Allerdings ist die Einräumung einer solch weitreichenden Kompetenz nicht notwendig, um den Stiftungszweck erfüllen zu können. Es sind doch schon einige Jahre vergangen und entsprechende Anpassungen vorgenommen worden. Dass laufend Änderungen notwendig sein werden, ist nicht zu erwarten. Im Übrigen ist es auch ein vertretbarer Aufwand, sich wegen allfälliger Änderungen an das Gericht zu wenden. Eine wesentlich erhöhte Zweckmässigkeit im Hinblick auf die bestehende Regelung ist nicht gegeben und war daher nicht zuletzt aufgrund der Grösse des Eingriffsgrades abzulehnen.»

Das OG gab dem gegen den abweisenden Teil des angefochtenen B erhobenen Rekurs keine Folge.

Aus den Entscheidungsgründen

Zur Frage der Genehmigung des Stiftungszwecks mit Bezug auf «Kultur, im Besonderen der Musik, der bildenden Kunst und der Architektur» sowie in Bezug auf «wissenschaftliche Forschung auf Universitätsniveau und Post-Universitätsniveau»:

Unbestritten ist, dass es sich bei der «Fondazione A G» um eine eingetragene gemeinnützige Stiftung handelt und der Zweck der Stiftung mit der zuletzt erteilten Instruktion der Stifterin vom 26.04.2011 unabänderlich festgelegt wurde. Dem Stiftungsrat wurde kein Statutenänderungsrecht eingeräumt. In ihrer Instruktion verfügte die Stifterin, dass nach ihrem Tod jeweils EUR 15 Mio. an A o G in Frankreich und Schweiz sowie an die Organisation S in L für konkrete und überprüfbare Projekte zuzuführen ist. Weiters verfügte sie die Ausschüttung verschiedener Beträge an private Personen. Letztlich hielt sie ausdrücklich fest, dass nach Durchführung der Ausschüttungsinstruktionen «der gesamte Rest – bewegliches und unbewegliches Vermögen – zur Verwaltung für karitative Zwecke (so die von den Antragstellern vorgelegte deutsche Übersetzung des in italienischer Sprache verfasste Schreiben der Stifterin) in der Stiftung bleibt».

Nach der Rechtsprechung ist die Stiftung auf den dauerhaften Vollzug der ihr vom Stifter vorgegebenen Zwecke, zu denen vorrangig die Begünstigten zählen, angelegt. Ihren Organen kommt im Allgemeinen nur eine Verwaltungsbefugnis zu und es haben diese in erster Linie den Stiftungszweck, der als Herzstück der Stiftung gilt, zu erfüllen. Der Zweck begleitet die Stiftung für die Dauer ihres Bestandes und ist – mit Ausnahme der gesetzlichen Möglichkeiten – der Disposition aller an der Stiftung beteiligten Personen, insbesondere auch des Stiftungsrates, entzogen. Mit der Festlegung eines konkreten Stiftungszwecks bestimmt der Stifter die Leitlinien, wozu und auf welche Art und Weise das Stiftungsvermögen eingesetzt werden soll (OGH in LES 2012, 209; LES 2008, 29; LES 2002, 94; StGH 2008/56, ua.). Der Zweck der liechtensteinischen Stiftung ist somit auf die Perpetuierung des Stifterwillens ausgerichtet, was einen plastischen Ausdruck im so genannten «Erstarrungsprinzip» findet. Das «Erstarrungsprinzip» findet eine Einschränkung nur im sogenannten Änderungs- und Widerrufbehalt (OGH 07.09.2012, 6 CG.2010.366 GE 2013, 43; LES 2002, 94 ua.).

Die Auslegung der Stiftungsdokumente erfolgt nach dem bereits angesprochenen Willensprinzip, wonach auf den versteinerten Willen der Stifterin Bedacht zu nehmen ist.

Grundsätzlich können auch ausserhalb der Stiftungsurkunde liegende Umstände, wie z.B. Erklärungen und Vereinbarungen des Auftraggebers bzw. Stifters mit dem Stiftungserrichter zur Auslegung herangezogen werden. Diese Berücksichtigung setzt jedoch unbedingt voraus, dass die vom Stifter verfolgte Absicht und das erzielte Auslegungsergebnis einen hinlänglichen Niederschlag in der Stiftungsurkunde, also (hier) in der massgeblichen Instruktion der Stifterin vom 26.04.2011 gefunden haben muss. Auszugehen ist somit von dem Wortlaut dieser Instruktion der Stifterin und muss das erzielte Auslegungsergebnis einen Niederschlag in dieser Anordnung gefunden haben. Dieses Prinzip entspricht der Auslegung letztwilliger Verfügungen im Sinne der sogenannten «Andeutungstheorie, wonach bei der Auslegung zwar grundsätzlich auch Begleitumstände und formale Nebenabreden berücksichtigt werden dürfen, diese Berücksichtigung aber jedenfalls ihre Grenze darin findet, dass für den so ermittelten Willen des Erblassers (Stifters) ein konkreter und hinreichender Anhaltspunkt in der Urkunde (Testament, Stiftungsurkunde) gefunden werden muss (LES 2018, 146, 149 ua). Das Erstgericht hat auch grundsätzlich richtig festgehalten, dass eine Änderung des Stiftungszwecks gemäss § 33 StiftG nur insoweit erfolgen darf, als sich die Verhältnisse geändert haben, sodass

sich der Stiftungszweck dem Willen des Stifters entfremdet hat. Dass die Voraussetzungen für eine Änderung des Stiftungszweckes hier nicht vorliegen, ist evident.

Entscheidend ist somit, was die Stifterin für die Verwendung des Stiftungsvermögens vorgesehen hat. Soweit die Rekurswerber argumentieren, dass die Stiftung auch bei Genehmigung der weiteren Verwendungszwecke für Kultur und wissenschaftliche Forschung eine gemeinnützige Stiftung bleibe, sohin eine Zweckänderung gar nicht vorliege, ist festzuhalten, dass der Stiftungszweck massgeblich nicht (nur) durch die abstrakte Einordnung der Stiftung als Familienstiftung oder gemeinnützige Stiftung, sondern auch durch die Widmung des Stiftungsvermögens an bestimmte Begünstigte bzw. für bestimmte Zwecke geprägt ist. Es ist massgeblich darauf abzustellen, für welche konkreten Zwecke der Stifter die Verwendung des Stiftungsvermögens vorgesehen hat. Je konkreter diese Verwendungszwecke vom Stifter formuliert wurden, umso weniger Spielraum besteht für den Stiftungsrat bei deren Durchführung (vgl. dazu auch OGH, 07.09.2018, 08 CG.2015.438, wonach darauf abzustellen ist, ob durch zusätzliche Zweckverwendungen weniger Stiftungsvermögen für die vom Stifter ausdrücklich formulierten anderen Zwecke vorhanden sind).

Die für neurechtliche Stiftungen (nach Auffassung des OGH ist § 2 StiftG allerdings auch auf altrechtliche Stiftungen anzuwenden, vgl. OGH vom 7.9.2018) nunmehr vorgesehen Zweiteilung in gemeinnützige und privatnützige Stiftungen und die Zuordnung einer Stiftung in die eine oder andere Kategorie ist vor allem für die Publizität (Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister) und für die Aufsicht massgebend. Bei der Gemeinnützigkeit und der Privatnützigkeit handelt es sich um komplementäre Begriffe. Unabhängig davon werden aber innerhalb dieser beiden Kategorien die konkreten Stiftungszwecke durch den Stifter vorgegeben und darf von dessen ausdrücklichen Zielvorgaben nicht abgewichen werden, auch wenn durch eine Ausweitung der vorgegebenen Begünstigtenanordnung die Kategorie der Gemeinnützigkeit bzw. Privatnützigkeit nicht verlassen würde.

Im vorliegenden Fall orientieren sich ohnehin auch die Rekurswerber an der Anordnung der Stifterin, wonach der gesamte Rest des Stiftungsvermögens – nach Durchführung der konkret angeordneten Ausschüttungen – zur Verwaltung für «karitative Zwecke» in der Stiftung zu verbleiben habe.

Nach Auffassung der Rekursweber würden sich die Begriffe Kultur und wissenschaftliche Forschung unter «karitative Zwecke» subsumieren lassen. Das im Originalschreiben der Stifterin vom 26.04.2011 verwendete italienische Wort «caritatevoli» lasse sich aber nicht nur als «karitativ» übersetzen, sondern auch als «wohltätig». Art 107 Abs 4 PGR definiere den Gemeinnützigkeitsbegriff und verwende dort die Begriffe «gemeinnützig» und «wohltätig» als Synonyme. Das Wort «karitativ» stehe auch im deutschen Sprachgebrauch für «gemeinnützig» oder «wohltätig». Beides falle unter die Definition der Gemeinnützigkeit nach Art 107 Abs 4a PGR. Dies entspreche auch der in den vorgelegten Schreiben des Stiftungsrates Dr. R, der der Stifterin sehr nahe gestanden sei, vertretenen Auffassung, dass die Stifterin allgemein die Gemeinnützigkeit habe fördern wollen, und stehe diese somit in Einklang mit den vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe.

Diese Auffassung kann vom Rekurssenat nicht geteilt werden:

In Art 107 Abs 4a PGR heisst es: «*Wo das Gesetz von gemeinnützigen oder wohltätigen Zwecken spricht, sind darunter solche Zwecke zu verstehen, durch deren Erfüllung die Allgemeinheit gefördert wird. Eine Förderung der Allgemeinheit liegt insbesondere vor, wenn die Tätigkeit dem Gemeinwohl auf karitativem, religiösem, humanitärem, wissenschaftlichem, kulturellem, sittlichem, sozialem, sportlichem oder ökologischem Gebiet nützt, auch wenn durch die Tätigkeit nur ein bestimmter Personenkreis gefördert wird.*» Das Gesetz verwendet hier entgegen der Auffassung der Rekurswerber gemeinnützige oder wohltätige Zwecke nicht als synonyme Begriffe, sondern hält fest, dass es sich dabei jeweils um solche Zwecke handelt, durch deren Erfüllung die Allgemeinheit gefördert wird. So wird denn auch bei den Tätigkeiten, die die Allgemeinheit fördern, insbesondere zwischen Tätigkeiten auf karitativem Gebiet einerseits und wissenschaftlichem oder kulturellem Gebiet andererseits unterschieden. Kann der von der Stifterin verwendete Begriff «caritatevoli» sowohl mit karitativ als auch mit wohltätig gleichgesetzt werden, so ist er nach Art 107 Abs 4a PGR nicht mit kulturellen und wissenschaftlichen Zwecken gleich zu setzen.

So unterscheidet schon Art 38 der Landesverfassung zwischen Kultus- Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke. § 278b ABGB spricht in Z 5 bei der öffentlichen Sammlung von Geldern für «wohltätige und andere dem öffentlichen Wohle dienenden Zwecke». So werden auch unter dem Statut des Wohltätigkeitsfonds (Statut vom 20.05.1887) keinesfalls solche Zwecke verstanden, die der Kultur oder wissenschaftlichen Forschung zugeordnet werden könnten. Letztlich hat der Gesetzgeber im Geldspielgesetz (GSG) vom 30.06.2010 in Art 3 eine ausdrückliche Begriffsbestimmung vorgenommen. Danach bedeutet der Begriff «gemeinnützig» eine Tätigkeit, die ohne Erwerbsabsicht und in uneigennütziger Weise zum Vorteil einer unbestimmten Anzahl von Personen insbesondere in den Bereichen Kultur, Soziale Hilfe, Sporttourismus, Natur- und Heimatschutz sowie Schutz, Erhaltung und Pflege von Kulturgütern im Sinne des Kulturgütergesetzes ausgeübt wird und der Begriff «wohltätig» eine Tätigkeit, welche die materielle Situation einer bestimmten Anzahl bedürftiger Personen verbessert. Auch die von Liechtenstein ratifizierten internationalen Übereinkommen unterscheiden in den Begriffen der Wohltätigkeit einerseits sowie dem Gebiet der Wissenschaft und Kultur andererseits (vgl. etwa Europäisches Übereinkommen über die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit internationaler nichtstaatlicher Organisationen vom 06.10.2017 und die dortige Präambel; Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs Art 8 lit. b ix und lit. c IV).

Damit kann festgehalten werden, dass unter «karitativ» oder «wohltätig» solche Tätigkeiten verstanden werden müssen, die besonders der Unterstützung von hilfsbedürftigen Menschen dient. Dazu ist auch festzuhalten, dass der Zweck der Stiftung von der Stifterin zunächst konkret dahin festgelegt worden war, dass das Stiftungsvermögen der Unterstützung alleinstehender und kranker Frauen in

der Umgebung von L dienen sollte. Auch wenn die Stifterin schliesslich diese enge Zweckumschreibung aufgegeben hat, indem sie das Vermögen für «karitative» (so die von den Rekurswerbern vorgelegte deutsche Übersetzung) bzw. «wohltätige» Zwecke bestimmte, so können darunter nicht die von den Rekurswerbern angesprochenen kulturellen und wissenschaftlichen Zwecke verstanden werden. Daran ändert auch die Erklärung des Stiftungsrates Dr. R nichts, zumal dieser selbst erklärte, dass es nicht mehr möglich gewesen sei, die schriftliche Instruktion und die Wünsche der Stifterin genauer festzulegen.

Dem Rekurs ist daher in diesem Punkt keine Folge zu geben.

Aber auch in Bezug auf die angestrebte Statutenänderung besteht kein Anlass zu einer Änderung des angefochtenen B:

§ 32 StiftG regelt die Änderung «anderer Inhalte» der Stiftungsdokumente durch die Stiftungsorgane. Die Änderung der Organisation erwähnt das Gesetz nur beispielhaft. Bereits nach altem Recht war unstrittig, dass der Stifter dem Stiftungsrat (nur) in der Stiftungsurkunde ein Statutenänderungsrecht einräumen kann. Es muss ein solches ausdrücklich in den Statuten vorgesehen werden. Durch die Einräumung solcher Rechte zu Gunsten des Stiftungsrates distanziert sich der Stifter von der Stiftung. Das dem Stiftungsrat eingeräumte Statutenänderungsrecht ist ein höchstpersönliches und der rechtsgeschäftlichen Übertragung nicht zugängliches Recht. Ein Statutenänderungsrecht des Stiftungsrats umfasst grundsätzlich begünstigungsrelevante Änderungen eines Beistatuts (vgl StGH 2008/56, GE 2010, 489; OGH 10.06.2011, 01 CG.2008, 210; LES 2010, 144; ua.).

Im vorliegenden Fall gehen auch die Rekurswerber zutreffend davon aus, dass ihnen ein solches Statutenänderungsrecht von der Stifterin nicht eingeräumt wurde. Besteht kein Statutenänderungsrecht der Stiftungsorgane, enthält § 34 StiftG eine Bestimmung, wonach die der Aufsicht der Stiftungsaufsichtsbehörde unterstehenden Stiftungen (wie hier) beim Richter im Ausserstreitverfahren die Änderung anderer Inhalte der Stiftungsurkunde wie insbesondere der Organisation der Stiftung beantragen können. Wie nach altem Recht soll somit die Abhilfe durch den Stiftungsrat oder ein anderes Organ Vorrang haben, wenn der Stifter dies in der Stiftungsurkunde vorgesehen hat. Dem Gericht kommt somit eine Notkompetenz zu, weil in erster Linie die dafür gemäss Statuten vorgesehenen Stiftungsorgane berufen sind, die Änderung anderer Inhalte vorzunehmen. Ist dies aber nicht der Fall, dann ist zwingend nach § 34 StiftG vorzugehen.

Mit ihrem Antrag bezwecken die Rekurswerber im Ergebnis eine Aushebelung dieser zwingenden gesetzlichen Bestimmungen, weil sie nunmehr nachträglich – obwohl in der Stiftungsurkunde vom Stifter nicht vorgesehen – ein selbständiges Statutenänderungsrecht eingeräumt erhalten wollen. Dies widerspricht allerdings dem Gesetz. Die nachträgliche Einführung eines Änderungsrechtes des Stiftungsrates ist nicht zulässig (siehe dazu etwa in rechtsvergleichender Hinsicht öOGH 24.05.2018, 6 Ob 71/18m).

Anmerkung

Gegen diesen Beschluss wurde Individualbeschwerde an den StGH erhoben (StGH 2019/134).

Fürstliches Obergericht, 2. Senat

B 21.01.2020, 06 PG.2019.170

Art 27 Abs 1 KJG

Die in Art 27 Abs 1 KJG festgesetzte vierwöchige Entscheidungsfrist stellt bloss eine instruktionelle Frist und keine Fallfrist mit der Konsequenz dar, dass nach ihrem Ablauf eine Entscheidung über den Antrag unzulässig würde.

Sachverhalt

Das ASD stellte am 02.10.2019 beim LG den Antrag auf Unterbringung des Pflegebefohlenen in der geschlossenen Wohngruppe des kantonalen Jugendheims in X. Nach Durchführung diverser Erhebungen, insbesondere auch Einvernahme des Pflegebefohlenen und der Kindesmutter, entschied das LG mit dem nunmehr angefochtenen B vom 21.11.2019, die Unterbringung des Pflegebefohlenen antragskonform anzuordnen. Diesem B erkannte es vorläufige Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit zu.

Der dagegen von der Rechtsbeiständin des Pflegebefohlenen erhobene Rekurs blieb erfolglos.

Aus den Entscheidungsgründen

(…)

6.2 Im Rekurs wird zunächst als Verfahrensmangel geltend gemacht, dass die in Art 27 Abs 1 KJG festgesetzte vierwöchige Entscheidungsfrist («Das Landgericht entscheidet auf Antrag des ASD binnen vier Wochen über die Unterbringung …») nicht eingehalten worden sei.

Dies ist zwar richtig (der Antrag ging am 03.10.2019 bei Gericht ein, der angefochtene B datiert vom 21.11.2019), jedoch ohne Belang, da es sich bei der erwähnten vierwöchigen Entscheidungsfrist um eine sogenannte instruktionelle Frist handelt. Darunter versteht man Fristen, die das Gericht an eine bestimmte Beschleunigung des Geschäftsganges binden sollen, wobei der ungenützte Ablauf dieser Frist ihrer Natur nach keine Versäumnisfolgen nach sich zieht, da sie nur eine Richtlinie für das Gericht darstellt, deren Verletzung keine prozessuale Bedeutung hat, sodass die durch ihre Überschreitung hervorgerufene Erschwerung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nur zum Anlass allfälliger Aufsichtsbeschwerden oder von Fristsetzungsanträgen (Art 49a GOG) genommen werden kann (*Buchegger* in *Fasching/Konecny*[3] § 123 Rz 18). Dass es sich um eine instruktionelle Frist und nicht etwa um eine Fallfrist mit der Konsequenz, dass nach Ablauf von vier Wochen seit Antragstellung eine Entscheidung über den Antrag unzulässig würde (dieser zurückgewiesen werden müsste), handelt, ergibt sich nicht nur aus Sinn und Zweck der einschlägigen Bestimmungen des KJG (die aufgezeigte Konsequenz wäre angesichts des jenem Gesetz innewohnenden Schutzgedankens [vgl. Art 1 Abs 1 lit a und b und Art 2 Abs 1 KJG] geradezu absurd), sondern auch aus den Gesetzesmaterialien: Denn auf entsprechende Einwendung des LG im Vernehmlassungsverfahren, wonach eine vierwöchige Entscheidungsfrist dann unzweck-

mässig wäre, wenn es sich dabei um eine «zwingende Gültigkeitsfrist mit der Folge der Entlassung aus einer Einrichtung» handeln würde, wurde keineswegs geantwortet, dass es sich dabei um eine derartige Frist handeln würde, sondern darauf hingewiesen, dass «ein Entscheid über den Antrag innerhalb nützlicher Frist» erforderlich sei (BuA Nr. 72/2008, 181). Damit ist klargestellt, dass es sich bloss um eine instruktionelle Frist handelt.

Konsequenz wäre nur, wie dargestellt, dass das ASD (oder allenfalls der Pflegebefohlene) im Falle, dass binnen dieser Frist keine Entscheidung getroffen wird, gemäss Art 49a Abs 1 GOG einen Fristsetzungsantrag bei Gericht stellen oder beim Landgerichtspräsidenten eine Dienstaufsichtsbeschwerde nach Art 48 Abs 1a GOG einbringen kann.

Allerdings wäre dies alles in casu ohnedies nicht von Erfolg gekrönt gewesen, hat sich doch das Erstgericht keinerlei Verzögerung zu Schulden kommen lassen, sondern den Sachverhalt – nach Bestellung der Rechtsbeiständin mit B vom 08.10.2019 – durch entsprechende Erhebungen speditiv und gründlich abgeklärt und auch die persönliche Einvernahme des Pflegebefohlenen und der Kindesmutter durchgeführt, was binnen der erwähnten vierwöchigen Frist füglich nicht zu bewerkstelligen war.

Ein Verfahrensmangel liegt sohin nicht vor. (…)

Fürstliches Obergericht, 2. Senat

B 21.01.2020, 06 SH.2019.14

Art 31 Abs 1 und 3 RAG
Art 11 RATG

Da das Gesetz hinsichtlich Unterbringungsverfahren keine explizite Bemessungsgrundlage enthält, ist zur Lückenfüllung Art 11 Z 5 RATG (familienrechtliche Verfahren ohne vermögensrechtliche Ansprüche) analog anzuwenden. Insoweit bleibt im Rahmen der Kostenbestimmung eines Verfahrenshelfers für eine subsidiäre Heranziehung der autonomen Honorarrichtlinien der Liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer kein Raum.

Sachverhalt

Im gegenständlichen Unterbringungsverfahren gem Art 11 iVm Art 12 Abs 1 SHG war für die betroffene Person ein Verfahrenshelfer bestellt worden. Dieser machte in der Folge einen Vergütungsanspruch gegenüber dem Land nach Art 31 RAG geltend, und zwar auf einer Bemessungsgrundlage von CHF 50.000. Letztere wurde vom Erstgericht in seinem Kostenbestimmungsbeschluss auf CHF 3.000 herabgesetzt und der Vergütungsanspruch des Verfahrenshelfers entsprechend reduziert.

Dem dagegen gerichteten Kostenrekurs war kein Erfolg beschieden. Vielmehr bestätigte das OG den erstinstanzlichen Kostenbestimmungsbeschluss jedenfalls im Ergebnis.

Aus den Entscheidungsgründen

3.1 Vorbemerkungen:

3.1.1 Gemäss Art 31 Abs 1 RAG hat der nach Art 28 bestellte Rechtsanwalt, der zufolge verfahrensrechtlicher Vorschriften sonst keinen Entlohnungsanspruch hätte, für seine Leistungen gegenüber dem Land, sofern die Leistungen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich waren, Anspruch auf eine Vergütung nach den geltenden Bestimmungen des Rechtsanwaltstarifs, wenngleich mit bestimmten – hier nicht relevanten – Abweichungen. Diese lex specialis enthält keine Bestimmung zur Bemessungsgrundlage der gegenständlichen Ausserstreitsache. Allerdings hat der Gesetzgeber das Hauptreformziel der Senkung der Verfahrenshilfekosten unter anderem dadurch zum Ausdruck gebracht, indem er den Streitwert für familienrechtliche Verfahren einschliesslich damit zusammenhängender Provisorialverfahren und vermögensrechtlicher Ansprüche mit CHF 50.000.– plafoniert hat (BuA 2015/112, 53).

3.1.2 Enthält der einschlägige Art 11 RATG keine explizite Bemessungsgrundlage für ein bestimmtes Verfahren, so ist zur Lückenfüllung primär eine analoge gesetzliche Bestimmung heranzuziehen, womit für eine Anwendung der autonomen Honorarrichtlinien der Liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer kein Raum bleibt (so der OGH in LES 2010, 244 betreffend ein Disziplinarverfahren). So wurden Streitigkeiten über die Zuteilung der Obsorge über Minderjährige mit einer Bemessungsgrundlage von CHF 3.000.– im Sinne von Art 11 Z. 5 RATG bewertet (LES 2009, 247). Nur wenn eine ausdrückliche oder zumindest sinngemäss anwendbare gesetzliche Regelung zum Streitwert fehlt, können dafür subsidiär auch die Honorarrichtlinien der Liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer herangezogen werden (vgl. LES 2010, 231 betreffend das Rekursinteresse in einem Zwischenverfahren nach Abweisung eines Kautionsantrages).

3.2 Die vorstehenden allgemeinen Ausführungen bedeuten auf den vorliegenden Fall übertragen hinsichtlich der hier allein umstrittenen Bemessungsgrundlage für den Vergütungsanspruch des Verfahrenshelfers (CHF 3.000.– versus CHF 50.000.–), was folgt:

3.2.1 Es handelt sich hier um ein ordentliches Unterbringungsverfahren gemäss Art 12 Abs 1 SHG ohne vorangegangenes («provisorisches») Eilverfahren nach Abs 2 leg. cit. (s. dazu der OGH in LES 2015, 157). Wie bereits erwähnt, regelt das an sich einschlägige RATG die diesbezügliche Bemessungsgrundlage nicht explizit. Zu Recht hat deshalb das Erstgericht im angefochtenen Beschluss ON 71 zur Schliessung dieser Gesetzeslücke Art 11 Z. 5 RATG analog angewendet, welcher – ohne hier nicht interessierende vermögensrechtliche Ansprüche – einen Streitwert von CHF 3.000 vorsieht. Dies, zumal die gegenständliche Ausserstreitsache (Art 12 Abs 1 SHG) am ehestens mit einem familienrechtlichen Verfahren vergleichbar ist.

Demgegenüber wäre die in § 3 Ziff. 11. lit. a der Honorarrichtlinien der Liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer, die jedenfalls für die Gerichte ohnehin keinen normativen Charakter haben, enthaltene (Mindest-)Bemessungsgrundlage in Höhe von CHF 50.000.– für das gegenständliche Unterbringungsverfahren unpassend,

steht doch hier nicht der Persönlichkeitsschutz des Betroffenen im Vordergrund. Im Gegenteil ist eine Zwangseinweisung naturgemäss mit einem erheblichen Grundrechtseingriff verbunden (vgl. dazu Bernhart, Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung, Rz 150), wofür freilich strenge Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

3.2.2 Zwar ist dem Rekurswerber grundsätzlich beizupflichten, dass in einem Unterbringungsverfahren für die betroffene Person nicht weniger als deren persönliche Freiheit auf dem Spiel steht (vgl. LES 2015, 44 betreffend Feststellungsinteresse hinsichtlich Rechtmässigkeit der freiheitsbeschränkenden Massnahme selbst nach deren Aufhebung), doch rechtfertigt dies nicht die subsidiäre Heranziehung des § 3 Ziff. 17 lit. c der Honorarrichtlinien der Liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer, welche Bestimmung für sonstige Zivilsachen «bei weittragender Bedeutung» eine Bemessungsgrundlage von mindestens CHF 50.000.– vorsieht. Denn massgebend ist für die hier vorzunehmende Lückenfüllung der (mutmassliche) Wille des Gesetzgebers. Dieser hat aber in Art 11 Ziff. 9. lit. b RATG selbst für Strafverfahren wegen Vergehen, die immerhin mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren bedroht sind (vgl. § 17 StGB), eine Bemessungsgrundlage von lediglich CHF 5.000.– statuiert.

Hinzu kommt das bereits erwähnte Sparziel der letzten Verfahrenshilfereform, welchem nach der gesetzgeberischen Intention auch hinsichtlich Vergütungsanspruch gegenüber dem Land gemäss Art 31 RAG gebührend Rechnung zu tragen ist. Auch diese Überlegung spricht gegen die vom Rekurswerber gewünschte Bemessungsgrundlage in Höhe von CHF 50.000.–.

3.2.3 Im Übrigen spricht für die Richtigkeit bzw. Angemessenheit der von der Vorinstanz angenommenen Bemessungsgrundlage von CHF 3.000.– auch der Umstand, dass die in Art 27 KJG geregelte (ordentliche) Unterbringung von Minderjährigen nötigenfalls auch gegen den Willen der Erziehungsberechtigten angeordnet werden kann. Letzteres kommt einem Obsorgeentzug gleich, für welchen wiederum eine Bemessungsgrundlage von CHF 3.000.– im Sinne von Art 11 Z. 5 RATG gilt (so der OGH in LES 2009, 247). Es kann nun aber in tarifmässiger Hinsicht keinen Unterschied machen, ob es um die Unterbringung einer erwachsenen oder minderjährigen Person geht.

[…]

A

aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abk	Abkommen
Abs	Absatz
ADHGB	Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHG	Amtshaftungsgesetz
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	G über die Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVV	VO z AHVG
AktG	Aktiengesetz
ALVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz
ALVV	VO z ALVG
aM	anderer Meinung
ANAG	BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
ao	ausserordentlich (-e, -er)
APA	Ausländer- und Passamt
ArG	Arbeitsgesetz
Art	Artikel
ArV	VO z ArG
As	Aktenseite (-en)
AS	ch Amtliche Slg des Bundesrechts
ASchG	Arbeiterschutzgesetz
ASt	Antragsteller (-in, -innen)
ASW	Amtliches Sammelwerk
AuG	Ausländergesetz
AusmerzG	G über die Gewährung von Ausmerzbeiträgen für Tiere der Rindviehgattung
AVAG	G betr. die Abhandlung der Verlassenschaften von Ausländern
AVUSA	Auslieferungsvertrag mit USA
AVVG	G über den Ab- und Vorauszahlungsvertrag
AVW	Amt für Volkswirtschaft
Az	Aktenzeichen

B

B	Beschluss, Beschlüsse
BankG	Bankengesetz
BankV	VO z BankG
BauG	Baugesetz
BauV	VO z BauG
BAV	VO über Bau und Ausrüstung der Strassenfahrzeuge
Bd	Band
Bf	Beschwerdeführer (-in, -innen)
BG	Bezirksgericht
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGH	Bundesgerichtshof
Bm	Bekanntmachung
BM	Betäubungsmittel
BMG	Betäubungsmittelgesetz
BPVG	G über die betriebliche Personalvorsorge
BRB	Bundesratsbeschluss
BuA	Bericht und Antrag
BUG	Baulandumlegungsgesetz
BüG	Bürgerrechtsgesetz
BVG	Bodenverbesserungsgesetz
bzw	beziehungsweise

C

ch	schweizerisch
CHF	Schweizer Franken

D

d	deutsch
dh	das heisst
DSchG	Denkmalschutzgesetz

E

E	Entscheid (-e, -ung, -ungen), Erkenntnis(-se)
EAÜ	Europäisches Auslieferungsübereinkommen
EAV	Einzelarbeitsvertrag, gesetzliche Bestimmungen über
EB	Erläuternde Bemerkungen
EF-Slg	ehe- und familienrechtliche Entscheidungssammlung
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Einführungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EGEO	Einführungsgesetz z EO
EGKO	Einführungsgesetz z KO
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGZPO/JN	Einführungsgesetz z ZPO und JN
EGZV	Einführungsgesetz z ZV
EheG	Ehegesetz
EKMR	Europäische Menschenrechtskommission
ELG 19..	Entscheidungen d. Liecht. Gerichtshöfe (1947 bis 1978)
ELG	Ergänzungsleistungsgesetz z AHV und IV
ELV	VO z ELG
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EO	Exekutionsordnung
EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen
ER	Einzelrichter
ERHÜ	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen
etc	et cetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
eV	einstweilige Verfügung(en)
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWRA	Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum

F

f	folgend
FAG	Finanzausgleichsgesetz
FAK	Familienausgleichskasse
FAKG	Familienzulagengesetz
FAKV	VO z FAKG
ff	folgende
fl	fürstlich liechtensteinisch
FMA	Finanzmarktaufsicht
FMA-BK	Beschwerdekommission der Finanzmarktaufsicht
Fn	Fussnote
FS	Festschrift, Festgabe
FVG	Fremdenverkehrsgesetz

G

G	Gesetz(-e)
GATT	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GBauO	Gemeindebauordnung
GebG	Gebührengesetz
gem	gemäss
GemG	Gemeindegesetz
GeO	Geschäftsordnung für das LG
GewG	Gewerbegesetz
GGVK	Gemeindegrundverkehrskommission
GlU	Glaser Unger
GlUNF	Glaser-Unger Neue Folge
GmbHG	Gesellschaft mit beschränkter Haftungsgesetz
GO	Gewerbeordnung
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz
GS	Gedächtnisschrift, Gedenkschrift
GSchG	Gewässerschutzgesetz
GVG	Grundverkehrsgesetz
GVV	VO z GVG
Gz	Geschäftszahl

H

HfD	Hofdekret
Hg	Herausgeber
HGB	Handelsgesetzbuch
HKzD	Hofkanzleidekret
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HMG	Heilmittelgesetz
hRsp	herrschende Rechtsprechung
HRV	Handelsregisterverordnung
Hsb Fol	Hausbuch Folio
HSchrG	Heimatschriftengesetz
HV	Hauptverhandlung

I

idF	in der Fassung
idjgF	in der jeweils gültigen Fassung
idR	in der Regel
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Internationales Privatrechts-Gesetz
IRSG	BG über internationale Rechtshilfe in Strafsachen
iS	im Sinne
IUG	Investmentunternehmensgesetz
IV	Invalidenversicherung
IVersVG	Gesetz über das internationale Versicherungsvertragsrecht
IVG	Invalidenversicherungsgesetz
iVm	in Verbindung mit
IVV	VO z IVG

J

JaG	Jagdgesetz
JaV	VO z JaG
JBl	Juristische Blätter
JG	Jugendgericht
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JGS	Justizgesetzsammlung
JN	Jurisdiktionsnorm
JStVG	Jugendstrafverfahrensgesetz
JuG	Jugendgesetz

K

KFG	Kulturförderungsgesetz
KG	Kommanditgesellschaft
KIAG	G über Kapitalanlagegesellschaften, Investment-Trusts und Anlagefonds
Klft	Klafter (3,6 m^2)
Km	Kundmachung
KmG	Kundmachungsgesetz
KO	Konkursordnung
KollG	Kollektivgesellschaft
KVG	Krankenversicherungsgesetz
KVV	VO z KVG

L

l	liechtensteinisch
LAPO	Landespolizei
LBAG	G über die Errichtung und Organisation der «Liechtenstein Bus Anstalt»
LDG	Lehrerdienstgesetz
leg cit	legis citatae
LES	Liechtensteinische Entscheidungssammlung (ab 1980)
LG	Landgericht
LGBl	Landesgesetzblatt
LGVK	Landesgrundverkehrskommission
lit	litera, Buchstabe
LPS	Liechtenstein Politische Schriften
LR	Fürstlicher Landrichter
LSteK	Landessteuerkommission
LugÜ	Lugano-Übereinkommen
LV	Landesverfassung
LVG	Landesverwaltungspflegegesetz

M

maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
MFG	Motorfahrzeuggesetz
MFK	Motorfahrzeugkontrolle
MietSlg	mietrechtliche Entscheidungssammlung
MMA	Madrider Markenschutzabkommen
MPKG	G z Kontingentierung der Milchproduktion
MSchG	Markenschutzgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
MWSt	Mehrwertsteuer
MWStG	Mehrwertsteuergesetz

N

N	Randnote, -nummer, -zahl, -ziffer, Note
NAV	Normalarbeitsvertrag
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVG	Nachlassvertragsgesetz

O

ö	österreichisch
ÖAWG	G über das öffentliche Auftragswesen
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OBG	Ordnungsbussengesetz
OBV	VO z OBG
OG	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof
OHG	offene Handelsgesellschaft
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
On	Ordnungsnummer
OR	Obligationenrecht
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa

P

PAG	Patentanwaltsgesetz
PFZG	Personenfreizügigkeitsgesetz
PG	Postgesetz
PGR	Personen- und Gesellschaftsrecht
POG	Postorganisationsgesetz
PolG	Polizeigesetz
PStV	Polizeistundenverordnung
PV	Parteienvernehmung
PV	Postvertrag
PVG	G über die Pensionsversicherung für das Staatspersonal
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft z Schutz des gewerblichen Eigentums
PW	Personen(kraft)wagen

R

RA	Rechtsanwalt (-älte, -in, -innen)
RAG	Rechtsanwaltsgesetz
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RAT	Rechtsanwaltstarif
RATG	Rechtsanwaltstarifgesetz
RATV	VO z RATG
RDG	Richterdienstgesetz
RFVG	Rechtsfürsorgeverfahrensgesetz
RGBl	Reichsgesetzblatt
RHG	Rechtshilfegesetz
rk	rechtskräftig
Rn	Randnote, -nummer, -zahl, -ziffer N
Rs	Rechtshilfe in Strafsachen
RSO	Rechtssicherungsordnung
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Rechtshilfe in Zivilsachen
RZ	Österreichische Richterzeitung

S

s	siehe
S	Seite
sA	samt Anhang
SanG	Sanitätsgesetz
SchG	Scheckgesetz
SchKG	Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz
SchlAPGR	Schlussabteilung PGR
SchlT	Schlusstitel
SchlTSR	Schlusstitel Sachenrecht
SchulG	Schulgesetz
sFr	Schweizer Franken CHF
SHG	Sozialhilfegesetz
SHV	Sozialhilfeverordnung
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Slg	Sammlung
SPG	Sorgfaltspflichtgesetz
SR	Sachenrecht
SRV	Regierungsverordnung z SR
SSt	Entscheidungen des öOGH in Strafsachen
StA	Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft
SteG	Steuergesetz
StG	Strafgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof
StGHG	Staatsgerichtshofgesetz
StPO	Strafprozessordnung
StRAG	Strafrechtsanpassungsgesetz
stReG	Strafregistergesetz
stRsp	ständige Rsp
StSchG	Staatsschutzgesetz
StVG	Strafvollzugsgesetz
StVV	VO z StVG
SubvG	Subventionsgesetz
SubvV	Subventionsverordnung
SVG	Strassenverkehrsgesetz
SZ	Entscheidungen des öOGH in Zivilsachen

T

TelG	Telekommunikationsgesetz
TN	Teilnovelle
TP	Tarifpost

TrHG	Treuhändergesetz
TrU	Treuunternehmen
TrUG	Gesetz über das Treuunternehmen
TSchG	Tierschutzgesetz

U

U	Urteil
Ü	Übereinkommen
ua	unter anderem, und andere
ÜbBest	Übergangsbestimmungen
UIM	Union Internationale des Magistrats
UIT	Internationale Fernmeldeunion
UPU	Weltpostverein
UR	Untersuchungsrichter
URG	Urheberrechtsgesetz
USG	ch Bundesgesetz über den Umweltschutz
uU	unter Umständen
UVG	Unterhaltsvorschussgesetz
UWG	Unlauterer Wettbewerbsgesetz

V

va	vor allem
VAG	Vermittleramtsgesetz
VBK	Beschwerdekommission für Verwaltungsangelegenheiten
VerlI	Verlassenschaftsinstruktion
VersAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VfG	Verfassungsgesetz
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VOG	Verwaltungsorganisationsgesetz
VRG	Volksrechtegesetz
VRV	VO über die Strassenverkehrsregeln
V-RHG	VO z Rechtshilfegesetz
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VZV	VO über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen im Strassenverkehr

W

WaffG	Waffengesetz
WaldG	Waldgesetz
WBFG	Wohnungsbauförderungsgesetz
WG	Wechselgesetz
WO	Waldordnung
WUSt	Warenumsatzsteuer
WRG	Wasserrechtsgesetz
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge

Z

z	zu, zum, zur
Z	Ziffer, Zahl
zB	zum Beispiel
ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZP	Zusatzprotokoll
ZPEMRK	Zusatzprotokoll zur EMRK
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPZV	Zusatzprotokoll z ZV
ZV	Zollvertrag
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

www.gutenberg.li

gutenberg

Wir machen sichtbar!

Grafikdesign,
Druckprodukte,
Crossmedia
und Logistik.

Gutenberg AG
Feldkircher Strasse 13 · 9494 Schaan
T +423 239 50 50 · office@gutenberg.li
www.gutenberg.li