



# LJZ

## LIECHTENSTEINISCHE

# JURISTEN-ZEITUNG

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

Heft 1

März 2020

41. Jahrgang

### Inhaltsverzeichnis

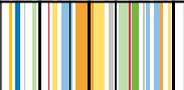
#### Abhandlungen Teil 1:

##### Beiträge zum Jubiläum «25 Jahre EWR»

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

#### Abhandlungen Teil 2:

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



Übersetzen  
Dolmetschen  
Sprachreisen

## Interlingua

Language professionals



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

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

Judith Schild<sup>1</sup>

### 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.<sup>2</sup> Ausgeglichen wurde dies durch die sog Zwei-Pfeiler-Struktur, in deren Rahmen die Aufgaben der Europäischen Kommission als «Vollziehungsbehörde» – 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.<sup>3</sup> 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).<sup>4</sup> Deren Tätigkeiten erschöpften sich aber vor allem in einer unterstützenden Funktion für die Europäische Kommission und standen diesen Agenturen keine hoheitlichen Befugnisse

zu.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

### 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.<sup>9</sup> 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<sup>10</sup> – eine «Quasi-Ver-

<sup>1</sup> Dr. Judith Schild 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Siehe Protokoll 2 bis 4 ÜGA.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

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

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Siehe die ausführliche Auflistung bei *Orator*, Möglichkeiten und Grenzen der Errichtung von Unionsagenturen (2017) 102 ff.

<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

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.<sup>12</sup> 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,<sup>13</sup> hängt ihre Massgeblichkeit für den EWR, wie bei anderen materiellen Rechtsakten, von ihrer Übernahme – konkret vom Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses<sup>14</sup> – 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> Dieser Grundsatz wird vor allem bei Tätigwerden einer EU-Agentur des Öfteren durchbrochen.

Mit der Verordnung (EG) Nr 726/2004<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

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.<sup>20</sup> Diese «Rückkoppelung» dient zwar dem Prinzip der Homogenität, weil jede Entscheidung auf das Gutachten der EMA zurückzuführen ist.<sup>21</sup> Allerdings kann die Zuweisung auf die nationale Ebene «in zweiter Instanz» zu unterschiedlichen Ergebnissen

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Auch etwa in Form von Inspektionen oder durch die Verhängung von Geldstrafen.

<sup>13</sup> Dies als Unterscheidungsmerkmal hervorhebend *Orator*, Möglichkeiten und Grenzen der Errichtung von Unionsagenturen (2017) 47 f.

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

<sup>15</sup> 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.

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

<sup>17</sup> 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).

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> Anhang Z 1 EWR-Übernahmebeschluss Nr 61/2009.

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

<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> 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).<sup>23</sup> 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)<sup>24</sup> gestaltet sich ganz anders. Die EASA ist nämlich hinsichtlich genau abgegrenzter Aufgaben<sup>25</sup> 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 vorbehaltlos zu befürworten. Dies gilt umso mehr, als auch

der Rechtsschutz, soweit es Akte der EASA anlangt, einheitlich zum EuGH führt.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> 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]*».<sup>29</sup> 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<sup>30</sup> oder vor unterkapitalisierten

<sup>22</sup> 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.

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

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> Art 17 und 18 EASA-VO.

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

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> *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.

<sup>29</sup> 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/efcta\\_bulletin\\_legal\\_notes.pdf](https://www.efta.int/sites/default/files/publications/bulletins/efcta_bulletin_legal_notes.pdf) (zuletzt abgerufen am 28.2.2020).

<sup>30</sup> 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<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup>

Dennoch akzeptierte Norwegen auch in einem weiteren – überaus bedeutenden – Bereich die Verschiebung von Souveränitätsrechten auf eine EU-Einrichtung. Mit der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)<sup>33</sup> richtete der EU-Gesetzgeber neben einem «One-stop-shop-Prinzip»<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> Die EFTA-Überwachungsbehörde ist lediglich zu informieren und gegebenenfalls anzuhören.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> 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).

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> 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](https://www.efta.int/sites/default/files/publications/bulletins/efta_bulletin_legal_notes.pdf) (zuletzt abgerufen am 28.2.2020).

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> Art 1 lit l und m EWR-Übernahmebeschluss Nr 154/2018.

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 Präcedenzwirkung zeitigen soll.<sup>37</sup> 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)<sup>38</sup>. Diese drei Agenturen besitzen weitreichende Befugnisse verbindliche Beschlüsse an Individuen und Marktteilnehmer<sup>39</sup> sowie an nationale Aufsichtsbehörden zu erlassen.<sup>40</sup>

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

<sup>37</sup> «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.»

<sup>38</sup> 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).

<sup>39</sup> Auch wohl deswegen gab es hier keine *De-minimis*-Ausnahme von Norwegen.

<sup>40</sup> 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<sup>41</sup> hervor, die wiederum zwei Jahre später in formale Übernahmebeschlüsse mündeten.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> 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 Sachverständigen» der EU-Finanzaufsichtsbehörden<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup> 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-Finanzaufsicht-Agenturen zu übernehmen hat.<sup>46</sup> Gleichzeitig verläuft der Rechtsschutz nicht in der – sachlich am nächsten 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 verfahren die EU und die EWR-/EFTA-Staaten bei der Übernahme der Gründungsverordnung der Europäischen Energieagentur (ACER)<sup>47</sup>. Auch hier gehen die verbindlichen Entscheidungskompetenzen auf die EFTA-Überwachungsbehörde über, die ihren Beschluss jedoch wiederum auf Grundlage eines Entwurfs der ACER erlässt.<sup>48</sup> Die Konsequenzen jener Agentur sind ähnlich gelagert zu jenen der Agenturen im Finanzmarktsektor.

## 5. Zwischenfazit

Diese Einzelfallübernahmen 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 Entscheidungsgelhalt 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.<sup>49</sup> 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 letztentscheidungs befugte Instanz – scheint in den Regel nicht realistisch.<sup>50</sup> 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-

<sup>41</sup> 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).

<sup>42</sup> 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).

<sup>43</sup> ErwGr 4 EWR-Übernahmebeschlüsse Nr 199/2016, Nr 200/2016 und Nr 201/2016.

<sup>44</sup> Ein zusätzlicher Hinweis für die überaus technisch und fachlich komplexe Gestaltung der Materie.

<sup>45</sup> Siehe ua ErwGr 5 EWR-Übernahmebeschlüsse Nr 199/2016, Nr 200/2016 und Nr 201/2016.

<sup>46</sup> Vgl *Bjorgan*, 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*.

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

<sup>48</sup> Art 1 Z 1 lit b EWR-Übernahmebeschluss Nr 93/2017.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup> 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 Pendezenz 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.<sup>52</sup> Zu diesem Zeitpunkt war die gegenständliche Gründungsverordnung in der EU aber bereits ausser Kraft gesetzt und durch eine Neufassung ersetzt.<sup>53</sup> 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<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup> 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 entschei-

dungsbefugte Organ der EU-Agenturen ist, zukommt.<sup>56</sup> Die Beteiligung am Entscheidungsprozess wird daher als Ausgleich für die Koppelung an die Entscheidungsentwürfe der EU-Agenturen gesehen.<sup>57</sup> 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.<sup>58</sup> 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

<sup>51</sup> Immer gerechnet ab Veröffentlichung des jeweiligen Gründungsrechtsaktes im EU-Amtsblatt.

<sup>52</sup> 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/efcta\\_bulletin\\_legal\\_notes.pdf](https://www.efta.int/sites/default/files/publications/bulletins/efcta_bulletin_legal_notes.pdf) (zuletzt abgerufen am 28.2.2020).

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> 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». <sup>59</sup> 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 <sup>60</sup> 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. <sup>61</sup>

### 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.

<sup>59</sup> LGBl 2020.064.

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> 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).