

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2020

Andreas Th. Müller | Werner Schroeder [Hrsg.]

25 Jahre Europäischer Wirtschaftsraum

Ein Integrationsszenarium auf dem Prüfstand



Nomos

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2020

Andreas Th. Müller | Werner Schroeder [Hrsg.]

25 Jahre

Europäischer Wirtschaftsraum

Ein Integrationsszenarium auf dem Prüfstand



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6695-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-0752-7 (ePDF)

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind die Mitgliedstaaten der EU und die EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen zu einem fast 520 Mio. Einwohnende umfassenden Binnenmarkt zusammengeschlossen, in dem Regeln über einen freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr sowie Wettbewerbsregeln und einige weitere Regeln gelten. Die Bedeutung des EWR geht jedoch über die wirtschaftliche Zusammenarbeit hinaus. Er ist auch Ausdruck einer europäischen Wertegemeinschaft, an der die EFTA-Mitglieder des EWR beteiligt sind. Diese Bedeutung der engen Zusammenarbeit der EU mit den EFTA-Staaten wurde zuletzt durch den Brexit wieder ins öffentliche Bewusstsein gerückt. Die Verhandlungen über den britischen Austritt haben gezeigt, dass es Bedarf für alternative Integrationsszenarien zur EU-Mitgliedschaft gibt, von denen der EWR das bisher ausdifferenzierteste ist.

Mit den in diesem Band vereinigten Beiträgen wird dieses Integrationsmodell auf den Prüfstand gestellt, d.h. es werden aus rechtswissenschaftlicher Perspektive die Erfahrungen mit dem vor etwas mehr als 25 Jahren am 1. Januar 1994 in Kraft getretenen EWR-Abkommen sowie die Perspektiven für seine Weiterentwicklung diskutiert. Die Autorinnen und Autoren liefern damit nicht nur wichtige Beiträge zur EWR-Forschung, sondern machen zugleich dieses für die europäische Integration wichtiges Rechtsgebiet einer breiteren rechtswissenschaftlichen Öffentlichkeit zugänglich. Ihre Beiträge basieren auf einer Konferenz, die die Herausgeber am 4./5. April 2019 in Kooperation mit der Regierung des Fürstentums Liechtenstein an der Universität Innsbruck veranstaltet haben.

Wir danken unseren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern am Institut für Europarecht und Völkerrecht der Universität Innsbruck, Alexandra Erker, Alice Falkner, Anna Illmer, Madlen Karg, David Löffler, Janine Prantl, Hanna Siebenrock, Theresa Weiskopf und Jennifer Wirth, die uns bei der Veröffentlichung dieses Bandes unterstützt haben.

Innsbruck, im Januar 2020

Andreas Th. Müller und Werner Schroeder

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
---------------	---

Keynote

<i>Dr. Henri Gétaz, Genf, Brüssel und Luxemburg</i> Der EWR als „role model“ für die europäische Nachbarschaftspolitik?	9
--	---

I. Rechtsetzung und Decision-shaping

<i>Dr. Georges Baur, BERN</i> Chancen und Grenzen des decision shaping	17
---	----

<i>Prof. MMag. Dr. Andreas Th. Müller, LL.M. (Yale), Innsbruck</i> Unionsrechtliche Grenzen der Beteiligung von Drittstaaten an Entscheidungen der Europäischen Union	33
---	----

II. Übernahme des EWR-Rechts und Sicherung der Homogenität

<i>cand. jur. Kyrre Isaksen, LL.M. (Heidelberg), Brüssel/Oslo</i> The Process of Incorporating EU Acts into the EEA Agreement	53
--	----

<i>Dr. Christina Neier und Dr. Andrea Entner-Koch, Vaduz</i> Herausforderungen im Rahmen des EWR-Übernahmeverfahrens	69
---	----

<i>Botschafter Prof. Dr. Helmut Tichy, Graz/Wien</i> Übernahme von EU-Recht durch den EWR aus EU-Perspektive	93
---	----

<i>Dr. Christian Frommelt, BERN</i> Ausnahmeregelungen und Anpassungen im EWR-Recht	101
--	-----

III. Kontrolle und Gerichte

<i>Bente Angell-Hansen, Brüssel</i> The EFTA Surveillance Authority's Role within the EEA. An Independent Institution at the Service of International Cooperation	127
---	-----

<i>Dr. Bernd Hammermann, Luxemburg</i> Dialog und Kontrolle? – Perspektiven aus dem EFTA-Gerichtshof	137
---	-----

<i>Prof. Dr. Peter Bußjäger, Innsbruck/Vaduz</i> Der EWR aus der Perspektive der nationalen Gerichte	159
---	-----

IV. Freiheiten

- Prof. Dr. Astrid Epiney und Sian Affolter, Fribourg*
Unionsbürgerrichtlinie und EWR. Mit einem Exkurs zum Entwurf des
Institutionellen Abkommens Schweiz – EU 173
- lic.iur. Thomas Bischof LL.M. (Brügge), Vaduz*
Die vier Grundfreiheiten aus liechtensteinischer Perspektive 201
- Prof. Dr. Christian N. K. Franklin, Bergen*
Pride and Prejudice: Some Reflections on the (In)discretionary Application
of Fundamental Freedoms by Norwegian Courts 225

V. Binnenmarkt und Wettbewerb

- Prof. Dr. Markus Frischhut, Innsbruck*
Gesundheitsdienstleistungen im EWR 257
- Ass.-Prof. Dr. Judith Sild, Vaduz*
EWR-Finanzmarktaufsicht. Gleichwertigkeit als Notwendigkeit 281
- Associate Prof. Dr. Ronny Gjendemsjø, Bergen*
Norwegian Perspective on EEA Competition Law Challenges 299
- cand.jur. (Oslo) Gjermund Mathisen, PhD (Bergen), LL.M. (Heidelberg), Brüssel*
State Aid Control in the EEA. Whence? Hence? A Look at 25 Years and
Counting 313

VI. Zukunft des EWR: Szenarien der Weiterentwicklung

- Prof. Dr. Matthias Oesch, Zürich*
Wird die handelspolitische Autonomie der EFTA-Staaten überschätzt? 329

Keynote

Der EWR als „role model“ für die europäische Nachbarschaftspolitik?

*Von Henri Gétaz, Genf, Brüssel und Luxemburg**

Frau Botschafterin,
Herr Vize-Rektor,
Herren und Frauen Professoren,
Meine Damen und Herren,

I. Einführung

Vielen Dank für die Einladung zur heutigen Konferenz. Ich bin sehr erfreut, dass eine österreichische Universität, also die Universität eines EU-Mitgliedstaates, sich dem Thema EWR als Integrationsmodell widmet. Und bin deshalb auch gerne gekommen, um bei dieser Konferenz einen Beitrag zu leisten.

Der EWR als Integrationsmodell hat nämlich auch für einen EU-Mitgliedstaat in den letzten Jahren an Bedeutung gewonnen. Die EU ist in einer nie da gewesenen Brisanz mit der Frage konfrontiert, wie sie ihre Beziehungen zu ihrer unmittelbaren europäischen Nachbarschaft zu regeln gedenkt. Dies nicht zuletzt – aber auch nicht ausschliesslich – wegen Brexit.

1989 hatte Jacques Delors die grosszügige Idee, den „neutralen“ europäischen Staaten eine Beteiligung an der Wirtschaftsintegration der EU zu ermöglichen. Hintergrund war die Verwirklichung des Binnenmarkts und der Kalte Krieg, der einer EU-Mitgliedschaft der „Sieben Neutralen“ im Wege stand. Das Ergebnis: der EWR.

2019, dreissig Jahre später, hat die EU statt zwölf achtundzwanzig Mitgliedstaaten und steht vor einer Reihe von europäischen Staaten, die der EU nicht angehören wollen oder können, mit welchen aber enge Beziehungen in der Zukunft unerlässlich sind. Die Geschichte wiederholt sich zwar nicht, Gemeinsamkeiten mit der Lage vor 30 Jahren sind aber unübersehbar.

II. Der EWR heute

Nun aber zuerst zum aktuellen Anlass: 2019 feiert das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sein 25-jähriges Bestehen. Wie sieht die Bilanz nach diesen Jahren aus und wo stehen wir heute?

Zweifelsohne kann das Abkommen für die beteiligten Staaten als Erfolg bezeichnet werden.

* Dr. Henri Gétaz, Generalsekretär der EFTA. Dieser Artikel basiert auf der Ansprache, die er im Rahmen der Tagung der Universität Innsbruck zum Thema „25 Jahre Europäischer Wirtschaftsraum – Ein Integrationsszenario auf dem Prüfstand“ gehalten hat.

In wirtschaftlicher Hinsicht zuerst: Das Bruttoinlandsprodukt Norwegens ist seit 1994 um zwei Drittel gewachsen, während Island heute doppelt so viel erwirtschaftet wie vor 25 Jahren. Der Versicherungssektor in Liechtenstein liefert Anschauungsmaterial: Praktisch inexistent vor 25 Jahren, zählt dieser Sektor heute circa 40 Unternehmen, die ein Prämienvolumen von über fünf Milliarden CHF erwirtschaften. Dank harmonisierten Nahrungsmittelvorschriften und vereinfachten Zollregelungen wurden die Exporte von norwegischem Fisch und Meeresfrüchten in die EU verdreifacht. Island konnte den Schock der Finanzkrise dank der Personalfreizügigkeit viel besser abfedern, mit einer bedeutenden Zuwanderung vor, und starker Abwanderung unmittelbar nach der Krise. Heute migrieren Arbeiter aus Europa wieder nach Island.

Der EWR erwies sich während den letzten 25 Jahre ausserdem als äusserst flexibel und anpassungsfähig: Wie schon erwähnt, war das Abkommen ursprünglich im Kontext des Kalten Krieges entstanden und hatte zum Zweck, den europäischen Nicht-EU-Mitgliedern eine Beteiligung an der europäischen Wirtschaftsintegration zu ermöglichen. Heute ist dieser historische Kontext überwunden, und der EWR hat sich als angemessenes Instrument für die Zusammenarbeit mit europäischen Staaten, die eine EU-Mitgliedschaft aus anderen Gründen nicht wollen, erwiesen.

Der EWR hat sich ausserdem als institutionell äusserst resistentes Konstrukt erwiesen: Ursprünglich für die Beziehungen von zwölf Staaten mit sieben anderen Staaten gedacht, vereint er heute 27 EU-Staaten und drei EFTA-Staaten. Der EWR hat drei EU-Erweiterungsrunden überstanden, inklusive aus eigenen EFTA-Mitgliedern. Er vereint eine externe Zollunion (CH-FL) mit einer Binnenmarktbeileiligung, was theoretisch nicht geht. Er hat eine Finanzkrise durchlebt und die Proliferation von EU-Agenturen mit delegierten Entscheidungskompetenzen in seine Zweipfeilerstruktur integrieren können, was theoretisch auch nicht geht.

Der EWR genießt ausserdem eine hohe politische Akzeptanz sowohl bei der EU, erst recht in letzter Zeit, als auch bei den EWR-EFTA-Staaten. Zwar sind auch bei uns kritische Stimmen zu hören, wir sind nicht immun gegen gesellschaftspolitische Bewegungen in Europa. Die Migrationsfrage, Befürchtungen um den eigenen Job oder Lohn führen zu kritischen Stimmen. Und souveränitätspolitische Fragen tauchen in den öffentlichen Meinungen auch auf. Aber insgesamt denkt kein EWR-EFTA-Staat ernsthaft daran, seine Mitgliedschaft in diesem gut funktionierenden System in Frage zu stellen.

III. Der EWR als „role model“ für die Europäische Nachbarschaftspolitik: wirklich?

Nun zur Frage, die mir heute gestellt wurde: Ist der EWR ein „role model“ für die europäische Nachbarschaftspolitik?

Zur Beantwortung dieser Frage muss man sich erst einmal bewusst werden, was der EWR eigentlich ist bzw. beabsichtigt: Gemäss dem Abkommen selbst soll der EWR einen Beitrag zur Errichtung eines auf Frieden, Demokratie und Menschenrechten gegründeten Europas leisten. Er gründet auf der Anerkennung der privilegierten Beziehungen zwischen der EU, ihren Mitgliedstaaten und den EFTA-Staaten, welche auf Nachbarschaft, traditionellen gemeinsamen Werten und einer europäischen Identität beruhen.

Das Ziel des EWR ist es, einen dynamischen und homogenen Europäischen Wirtschaftsraum zu errichten, der auf gemeinsamen Regeln und gleichen Wettbewerbsbedingungen beruht und in dem angemessene Mittel für deren Durchsetzung – und zwar auch auf gerichtlicher Ebene – vorgesehen sind. Die Verwirklichung erfolgt auf den Grundlagen der Gleichheit und Gegenseitigkeit sowie eines Gesamtgleichgewichts der Vorteile, Rechte und Pflichten der Vertragsparteien.

Somit geht es im EWR:

- um einen gemeinsamen, umfassenden, dynamischen und homogenen *europäischen* Wirtschaftsraum
- um „privilegierte Beziehungen“ unter europäischen Staaten, um gemeinsame Werte und „europäische Identität“ – was zu definieren wäre, sich aber zweifelsohne von „nicht-europäisch“ unterscheidet; und somit
- um „Europa“ selbst, und nicht um die Nachbarschaft Europas.

IV. Die Europäische Nachbarschaftspolitik

Die Europäische Nachbarschaftspolitik bildet den Rahmen für die Beziehungen der EU zu 16 ihrer östlichen und südlichen Partnerländer. Es geht dabei in alphabetischer Reihenfolge um Ägypten, Algerien, Armenien, Aserbaidschan, Belarus, Georgien, Israel, Jordanien, Libanon, Libyen, Moldawien, Marokko, Palästina, Syrien, Tunesien und die Ukraine.

Als wichtiges Element der *Aussenpolitik* der EU konzentriert sich die Europäische Nachbarschaftspolitik auf die politische, wirtschaftliche und sicherheitspolitische Stabilisierung der Region. Im Kern stehen die Förderung der Demokratie sowie der Rechtsstaatlichkeit, die Achtung der Menschenrechte und der soziale Zusammenhalt. Priorität hat die Stärkung des Staates und der Zivilgesellschaft sowie oft die Minderung der Migrationsbelastung.

In der ENP geht es also um:

- die Beziehungen Europas zu *nicht-europäischen* Staaten in mehr oder weniger benachbarten Regionen und Kontinenten;
- das Management der Schnittstelle zwischen Europa einerseits und Osteuropa, Naher und Mittlerer Osten sowie Nordafrika andererseits.

Somit steht hier nicht eine Assoziation gleichgesinnter europäischer Staaten an den europäischen Integrationsbemühungen im Zentrum.

Entsprechend sind EWR und EFTA nicht Teil der europäischen Nachbarschaftspolitik, sondern der europäischen Konstruktion selbst. EWR und EFTA sind daher keine Modelle für die Aussenbeziehungen der EU im Rahmen der ENP.

Steven Blockmans (CEPS Scholar) qualifiziert in einem vor Kurzem erschienenen Papier die ENP als „*in a state of obsolescence. ENP is now little more than an elegantly crafted fig leaf that purports to take a soft power approach to the EU's outer periphery, but in effect it inclines more towards Realpolitik. By prioritizing security interests over liberal values in increasingly transactional partnerships, the EU is atomizing relations with its neighbouring countries.*“

Die ENP mag zwar gemäss *Blockmans* nicht vom Erfolg gekrönt sein, Beziehungen Europas zu den Staaten der ENP sind aber wichtig. Und deren Stabilisierung ebenfalls, auch für uns EFTA-Staaten. Denn viele der aktuellen Herausforderungen Europas (Migration, innere Sicherheit, Stabilität, Energieversorgung etc.) haben mit den Beziehungen Europas zu seiner weitesten Nachbarschaft zu tun. Darauf weiter einzugehen würde jedoch den mir zur Verfügung gestellten Rahmen sprengen.

Festzuhalten bleibt, dass, wenn es um die Beziehungen zu den Staaten der ENP geht, nicht die Instrumente des EWRs im Vordergrund stehen, sondern eher jene der klassischen Aussenpolitik. Die EFTA-Staaten spielen ihre eigene Rolle in den Beziehungen zu diesen Staaten, manchmal anders, manchmal gleich, manchmal komplementär zu den Beziehungen der EU zu den ENP-Staaten.

V. Die EU und ihre Beziehungen zur unmittelbaren (europäischen) Nachbarschaft und deren Bedeutung für die EWR-EFTA-Staaten

Nun aber, zwischen EU-Mitgliedstaaten und jenen der ENP gibt es eine ganze Reihe von Staaten, die enge Beziehungen mit der EU pflegen und interessanterweise von keinem ausgesprochenen und artikulierten Konzept der EU erfasst sind: die Staaten der unmittelbaren europäischen Nachbarschaft der EU: Grossbritannien, die Schweiz, die sog. AMS (Andorra, Monaco, San Marino), und in einer etwas anderen Ausgangslage die Westbalkanstaaten, die Ukraine und Weissrussland (letztere beide auch ENP-Staaten). Die EFTA-EWR-Staaten gehören auch zu diesem Kreis, sind aber die einzigen Staaten, für welche ein konkretes Beziehungsmodell besteht, das zur Zufriedenheit beider Seiten funktioniert: genau, der EWR.

Die EU tut sich heute schwer mit der Organisation ihrer Beziehungen zu diesem Kreis von Staaten, also jenen Staaten, die unmittelbar zu ihrer Nachbarschaft gehören. 1989 war die EU-Aussengrenze 6.000 km lang und umfasste acht Staaten. Heute misst die EU Aussengrenze 14.000 km und betrifft Beziehungen zu 21 Staaten (inkl. aussereuropäischen Territorien). Diese Ausweitung bringt nicht sel-

ten einen politisch schwierigeren und kulturell entfernteren Kontext mit sich, als es früher der Fall war.

In historischer Perspektive hat die EU ihre Beziehungen zu ihren unmittelbaren Nachbarn durch ihre eigene Erweiterung geregelt. Das Modell war gegeben. Heute genügt der Rückgriff auf das, was die EU selbst ausmacht, nicht mehr als Instrument dieser Nachbarschaftsbeziehungen. Die EU ist auf der Suche nach einem Modell, das geeignet ist, Stabilität, Prosperität und enge Beziehungen mit unmittelbaren europäischen Nachbarn zu sichern.

Noch vor ein paar Jahren war die EU (oder zumindest die Kommission) versucht, den EWR als Auffangbecken für alle diese Staaten zu sehen. Ich glaube, sie ist mittlerweile davon abgekommen. Wohl aus der doppelten Erkenntnis, dass der EWR kein „one-size-fits-all“-Modell ist, und vermutlich auch aus Angst, dass damit ein politisches Gegengewicht zur EU selbst entstehen würde, das die Entscheidungsautonomie der EU in Frage stellen könnte.

Heute entsteht also ein Bund von einzelnen Beziehungen der EU mit einer Reihe von benachbarten Staaten, mit Lösungsmodellen, die Gemeinsamkeiten und Unterschiede aufweisen. Kein wirkliches Konzept ist erkennbar, ausser was diese einzelnen Beziehungen nicht sein sollen: keiner dieser Staaten soll Vorteile erringen, die die anderen dann auch für sich beanspruchen könnten; und keines dieser Modelle soll den inneren Zusammenhalt der EU in Frage stellen.

Persönlich bin ich der Meinung, dass die EU zu viel Gewicht auf diese letztere Befürchtung legt. Der innere Zusammenhalt der EU kommt nicht wegen der Aussenbeziehungen der EU unter Druck, sondern aufgrund von Unterschieden, die unter den EU-Mitgliedstaaten selbst entstehen, wie z. B. in den Fragen der Migration oder der Haushaltsdisziplin.

Michael Emerson, ebenfalls ein CEPS Scholar, ruft anstelle einer gescheiterten ENP nach einem Konzept des „breiten Europas“ („wider Europe“). Demnach stellt sich die Frage des Europas der variablen Geometrien nicht nur im Innenverhältnis, sondern auch im unmittelbaren Aussenverhältnis.

Im Innenverhältnis könnte sich die EU in Richtung einer vertieften Integration unter willigen Mitgliedern bewegen, während es für die Beziehungen unter allen anderen Mitgliedstaaten beim heute erreichten Integrationsniveau bleiben würde. *Nota bene* ist dies heute mit Schengen, der Währungsunion und PESCO bereits der Fall.

Im Aussenverhältnis würde die EU ihre Beziehungen durch die Ausdehnung von Teilen der bisherigen Integrationsbereiche auf ausgewählte Staaten regeln. Das tut sie eigentlich heute bereits mit dem EWR oder den Schengener Assoziationsverträgen; oder aber mit der Ausdehnung der sogenannten Energieunion auf den Westbalkan oder durch das gewünschte Rahmenabkommen mit der Schweiz. Die beiden letzten Beispiele kommen übrigens einer selektiven Ausdehnung des Binnenmarkts gleich, dies *nota bene* im Widerspruch zur vielbeschworenen Unteilbarkeit des Binnenmarkts. Ein solcher Ansatz der differenzierten Beteiligung an die europäische Integration würde es ausserdem ermöglichen, den inneren Wider-

spruch der Erweiterungspolitik zu überwinden, wonach der gesamte aktuelle *Acquis* zu übernehmen sei, was manche Kandidaten klar überbeansprucht. Soll der EWR dabei ein „role model“ spielen? Ich denke eher nicht.

- Aus materiellen Gründen zuerst: Nicht alle benachbarten europäischen Staaten wünschen eine umfassende Binnenmarkteteiligung, inklusive Personenfreizügigkeit;
- Dann aus institutionellen Gründen: Gewisse institutionelle Gegebenheiten des EWR mögen für die Beziehungen zu den EWR-EFTA-Staaten genügen, würden sich wohl aber als umständlich oder aber ungenügend für die Beziehungen mit anderen europäischen Nachbarn erweisen;
- Und aus politischen Überlegungen: Einzelne dieser Staaten lehnen eine EWR-Mitgliedschaft einfach ganz ab. Hinzu kommt die Befürchtung der EU, ein organisierter Klub von benachbarten Staaten könnte einen allzu grossen Einfluss gewinnen und die Entscheidungsautonomie der EU in Frage stellen.

Wie gesagt ist der EWR aber das einzige bestehende und funktionierende Modell solcher unmittelbarer Nachbarschaftsbeziehungen. Eine Referenzgrösse ist er deshalb auf jeden Fall.

Aber egal ob die EU ihre Beziehungen zu anderen unmittelbaren Nachbarn in der Zukunft eher *ad hoc* oder, wie von *Emerson* suggeriert, im Rahmen einer „wider Europe“-Strategie weiterverfolgen wird, wir EWR-EFTA-Staaten müssen mittelfristig mit einer Reihe von Staaten rund um die EU rechnen, die ähnlich geartete Beziehungen mit der EU pflegen werden. Das wird unsere Ausgangslage auf jeden Fall verändern. Wie genau und mit welchen Konsequenzen kann aber nur Gegenstand einer anderen Ansprache bilden.

Ich wünsche Ihnen allen eine erfolgreiche Tagung und muntere Sie auf, sich weiter mit dem EWR, seinen Merkmalen und Entwicklungsperspektiven auseinanderzusetzen, denn diese Institution, dieser Teil des europäischen Integrationsprojekts, ist heute, 25 Jahre nach seiner Gründung, bedeutender denn je und wird wohl auch in der Zukunft an Relevanz zunehmen.

Ich danke Ihnen.

I.
Rechtsetzung und *Decision-shaping*

Chancen und Grenzen des *decision shaping*

Von Georges Baur, Bendern*

Das EWR-Abkommen bietet den drei EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen eine einzigartige Beteiligung am Binnenmarkt der EU. Dennoch ist die Teilnahme am diesbezüglichen Rechtsetzungsverfahren der EU eingeschränkt. Der Schutz der Beschlussfassungsautonomie der EU lässt lediglich eine Beteiligung an der Vorbereitung von Beschlüssen zur Übernahme von EU-Binnenmarktrecht in das EWR-Abkommen, das sog. decision shaping, zu. In der Praxis hingegen ist dieser Begriff nicht auf das formelle Beschlussvorbereitungsverfahren beschränkt. Diese Begriffserweiterung steht im Zentrum dieses Beitrags, der die verschiedenen Formen darstellt, durch welche die EWR/EFTA-Staaten Einfluss auf die Gestaltung der Rechtsakte nehmen können, welche von ihnen letztlich zu übernehmen sein werden. Decision shaping kann sich überdies auf die Teilnahme der EWR/EFTA-Staaten in ausführenden Gremien, wie z.B. EU-Agenturen, erstrecken. Schliesslich wird auch kurz erwähnt, wie auf die Gestaltung der Binnenmarktpolitik durch das Europäische Parlament Einfluss genommen werden kann.

I. Einführung

In den 25 Jahren seiner Existenz ist das EWR-Abkommen einzigartig geblieben: Es ist nach wie vor die engste Beziehung, welche die EU gegenüber Staaten zulässt, die ihr nicht beitreten wollen.¹ Seit dem Inkrafttreten des EWR-Abkommens haben weitere Staaten den Wunsch geäussert, sich mit der EU zu assoziieren, wie die Schweiz² oder Andorra, Monaco und San Marino („AMS-Staaten“). Es scheint auch im Falle des Vereinigten Königreichs nicht abwegig anzunehmen, dass dieses im Falle eines Brexit künftig über ein Assoziationsabkommen mit der EU verbunden bleibt.³ Zudem gibt es Staaten, welche der EU zwar beitreten möchten, dies aber aus verschiedenen Gründen (noch) nicht können. Auch für sie hat sich die Möglichkeit der Assoziation als (einstweilige) Lösung angeboten. Beispiele dafür sind die Türkei sowie Georgien, Moldawien und die Ukraine.

* Dr. iur., ehem. beigeordneter Generalsekretär der EFTA, Brüssel, ehem. stv. Missionschef des Fürstentums Liechtenstein in Brüssel, derzeit Forschungsbeauftragter am Liechtenstein-Institut, Bendern, Liechtenstein.

1 So z.B. G. Baur, Privileged partnerships. The partner countries' (institutional) perspectives, in: Sieglinde Gstöhl, David Phinnemore (Hrsg.), *The Proliferation of Privileged Partnerships between the European Union and its Neighbours*, Abingdon/New York 2020 (2019), S. 27 m.w.H.

2 Die Schweiz erwog mehrfach eine Assoziation, erstmals 1961, als mehrere EFTA-Staaten den Beitritt zur EWG beantragten, dann in der Form des geplanten EWR-Beitritts, welcher 1992 in einem Referendum durch die Stimmbürger abgelehnt wurde, und schliesslich, um die wirtschaftlichen Folgen der Ablehnung des EWR-Beitritts zu mildern, durch Verhandlungen über sog. Bilaterale (sektorielle) Abkommen mit der EG.

3 So zumindest gemäss der revidierten Politische[n] Erklärung zur Festlegung des Rahmens für die künftigen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich, ABl. C 384I vom 12.11.2019, S. 178–193, Rn. 120.

Das EWR-Abkommen ist folglich zu einem Vorbild geworden. Dies allerdings nicht in dem Sinne, dass andere Abkommen nach dem Modell des EWR-Abkommens verfasst würden, sondern eher dergestalt, dass die Prinzipien und Institutionen des EWR-Abkommens zum Massstab für andere Assoziationsabkommen genommen werden. So hat die EU in ihren Verhandlungen mit der Schweiz oder mit den AMS-Staaten immer wieder auf den EWR als Referenzgrösse hingewiesen.⁴ Die drei EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen sind derzeit die einzigen Nicht-EU-Mitgliedstaaten, denen ein umfassender Zugang zum EU-Binnenmarkt gewährt wird. Durch das EWR-Abkommen gelten für sie die „vier Freiheiten“ samt Wettbewerbsrecht und weiteren sachverwandten Politiken. Zudem besteht – parallel zu den entsprechenden Institutionen der EU – ein institutioneller Aufbau zur Verwaltung des EWR-Abkommens. Damit nehmen die drei Staaten – über den EWR – am Binnenmarkt teil, „als ob“⁵ sie EU-Mitgliedstaaten wären.⁶ Im Gegensatz dazu hat das nicht EWR-Mitglied Schweiz lediglich einen sachlich begrenzten, sektoriellen und auch institutionell unterentwickelten⁷ Zugang zum EU-Binnenmarkt. Die praktischen Konsequenzen des Unterschieds zwischen der vollumfänglichen Teilnahme der EWR/EFTA-Staaten und der auf wenige Sektoren beschränkten Teilnahme der Schweiz am Binnenmarkt kann man am Beispiel der Gegenmassnahmen der EU gegen die von den USA verhängten Zölle auf Stahl aufzeigen: Während die drei EWR/EFTA-Staaten von diesen Gegenmassnahmen ausgenommen waren, galt dies nicht für die Schweiz.⁸

Ein wichtiger Unterschied zwischen dem EWR und den Bilateralen (sektoriellen) Abkommen zwischen der EU und der Schweiz ist das weitgehende Fehlen sektorübergreifender Institutionen im Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz. In Konstellationen, in welchen der Zugang zu einem Markt – in welcher Intensität bleibe für den Moment dahingestellt – zur Debatte steht, zumal wenn ein diesbezügliches Abkommen einen gewissen institutionellen Aufbau und ein legislatives Regelwerk mit sich bringt, möchte der assoziierungswillige Staat möglichst gleichberechtigt an den Institutionen teilhaben und auf das Regelwerk Einfluss nehmen können. Dem steht beim Zugang zum EU-Binnenmarkt die Tatsache entgegen, dass es sich eben um den Markt der EU handelt und somit ein Verhältnis „auf Augenhöhe“ *a priori* nicht gegeben ist. Folglich stellt sich die Frage, wie weit eine Beteiligung an der Gestaltung des Binnenmarktes überhaupt gehen kann. Dieser Frage soll nachstehend für den EWR nachgegangen werden. Zu-

4 Siehe z.B. 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, Dok. Nr. 16583/14, Rn. 28.

5 G. Baur, 'Kohärente Interpretationsmethode als Instrument europarechtskonformer Rechtsanwendung – eine rechtspolitische Skizze', in: Liechtenstein-Institut (Hrsg.), 25 Jahre Liechtenstein-Institut (1986–2011), SCHAAN 2011, S. 53–54, m.w.H. zur Denkform des „als ob“ in Fn. 21.

6 M. Emerson, Which Model for Brexit?, CEPS Special Report 147, Centre of European Policy Studies (CEPS), Brüssel 2016, S. 3.

7 Baur (Fn. 1), S. 25.

8 Siehe Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/18/4563, Handel: Kommission führt vorläufige Schutzmassnahmen für die Einfuhren bestimmter Stahlerzeugnisse ein, Brüssel 18. Juli 2018, Abs. 3.

nächst sind einige Klärungen und Abgrenzungen nötig (II.), insbesondere in welchem Bereich eine Mitgestaltung von Nicht-EU-Mitgliedstaaten möglich ist. Dann soll, ausgehend vom Abkommenstext, das formelle *decision shaping* beschrieben werden (III.). Ergänzt wird dies durch Ausführungen zum informellen *decision shaping* (IV.). Es ist auch kurz auf die parlamentarischen Strukturen im EWR einzugehen, innerhalb deren ebenfalls *decision shaping* betrieben werden kann (V.). Eine Zusammenfassung soll diesen Beitrag abschliessen (VI.).

II. Schutz der Entscheidungsautonomie der EU als Grenze

Obwohl den EWR/EFTA-Staaten im Rahmen ihrer Binnenmarktteilnahme eine Stellung zukommt, welche jener von EU-Mitgliedstaaten weitgehend entspricht, wurden doch schon früh Grenzen dieser scheinbaren Gleichberechtigung festgelegt, welche in den „Interlaken-Prinzipien“⁹ ihren Niederschlag fanden. Diese hatte die damalige EWG bei den ersten Gesprächen mit den EFTA-Staaten über eine Weiterentwicklung des damaligen Freihandelsverhältnisses formuliert.¹⁰ Es handelt sich um folgende drei Grundsätze:

- Die Integration der EU hat Vorrang vor den Aussenbeziehungen.
- Die Entscheidungsautonomie der EU und ihrer Institutionen ist zu schützen und
- es muss ein Gleichgewicht von Rechten und Pflichten bestehen.

Diese Prinzipien sind heute noch Grundlage jeglicher Beziehung zu Drittstaaten.¹¹ Die Frage nach einer Beteiligung eines Nicht-EU-Staats am *decision shaping* betrifft in erster Linie den Schutz der Entscheidungsautonomie der EU: Nicht-EU-Mitgliedern kann in der Konsequenz dieses Grundsatzes keine Teilnahme an der Beschlussfassung betreffend EU-Rechtsakte zukommen. Eine Teilnahme an der Vorbereitung von Rechtsakten ist jedoch möglich, da dadurch die Entscheidung der EU-Institutionen nicht präjudiziert wird. Dabei handelt es sich, wie nachstehend auszuführen sein wird, einerseits um die Beteiligung in der Zeit vor der EU-internen Beschlussfassung, andererseits um den Informationsaustausch während der ganzen Phase, bis ein EU-Rechtsakt beschlossen worden ist.

Angesichts der folglich eher eingeschränkten Mitwirkung der drei EWR/EFTA-Staaten an der Beschlussfassung der EU stellt sich naturgemäss die Frage nach der verbleibenden Souveränität. Dies ist ein Diskussionspunkt, der sich – auch im Vergleich mit einem EU-Beitritt – vor allem in den grösseren EFTA-Staaten Nor-

9 Benannt nach Willy De Clerq und dessen Rede anlässlich des EG–EFTA Ministertreffens vom 20. Mai 1987 in Interlaken, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-87-32_en.htm (zuletzt abgerufen am 15.7.2019).

10 Siehe Baur (Fn 1), S. 28 sowie die früheren Kommissionsdokumente KOM(85) 206 endg. und KOM(86) 298 endg.

11 Siehe S. Gstöhl, D. Phinnemore, The EU and its privileged partnerships – Governance Power Europe? in: Sieglinde Gstöhl, David Phinnemore (Hrsg.), The Proliferation of Privileged Partnerships between the European Union and its Neighbours, Abingdon/New York 2020 (2019), S. 195.

wegen und Schweiz, immer wieder gestellt hat.¹² Für die Kleinstaaten Island und Lichtenstein hingegen spielte diese Frage eine geringere Rolle: Nicht nur wurde der EWR-Beitritt als Souveränitätsgewinn gesehen¹³, sondern diese Staaten wären wohl gar nicht in der Lage, sich über das ihnen im Rahmen des EWR-Abkommens zugestandene Mitwirkungsrecht als EU-Mitgliedstaaten in das Beschlussfassungsverfahren einzubringen.¹⁴

III. *Decision shaping* im Kontext des EWR-Abkommens

1. Begriffliches und Einordnung

Vorab ist zu bemerken, dass der Begriff „*decision shaping*“ im Text des EWR-Abkommens nicht vorkommt. *Decision shaping* ist hingegen in der Literatur zum EWR-Abkommen aufgekommen, und zwar in zweierlei Sinn.

In einem engeren Sinn¹⁵ wird der Begriff gebraucht als Bezeichnung für eine Phase im Beschlussfassungsverfahren („the decision-making procedure“)¹⁶ des EWR-Abkommens.¹⁷ Es handelt sich dabei um die Phase, in welcher:

- die EU-Kommission, wenn sie dem Rat der Europäischen Gemeinschaften ihren Vorschlag übermittelt, diesen auch den EFTA-Staaten zukommen lässt und auf Antrag einer Vertragspartei im Gemeinsamen EWR-Ausschuss ein erster Meinungsaustausch stattfindet;¹⁸
- sich die Vertragsparteien auf Antrag einer Vertragspartei in den wichtigen Abschnitten der der Beschlussfassung des Rates der EU vorausgehenden Phase erneut im Gemeinsamen EWR-Ausschuss konsultieren;¹⁹
- die Vertragsparteien nach Treu und Glauben zusammenarbeiten, um die Beschlussfassung im Gemeinsamen EWR-Ausschuss am Ende des Prozesses zu erleichtern.²⁰

12 F. B. Finstad, Norway and the EEA, in: F. Arnesen/H. H. Fredriksen/H. P. Graver/O. Mestad/Ch. Vedder (Hrsg.), Agreement on the European Economic Area – A Commentary, Baden-Baden etc. 2018, Rn. 31; Der EWR-Beitritt ist vor 25 Jahren gescheitert. Christoph Blocher und Jakob Kellenberger über die Folgen, Neue Zürcher Zeitung vom 6.12.2017.

13 Ch. Frommelt, Liechtenstein and the EEA, in: Finn Arnesen/Halvard Haukeland Fredriksen/Hans Petter Graver/Ola Mestad/Christoph Vedder (Hrsg.), Agreement on the European Economic Area – A Commentary, Baden-Baden etc. 2018, Rn. 14.

14 J. Jónsdóttir, Europeanization and the European Economic Area, London, New York 2014, S. 34–35.

15 Siehe EFTA-Bulletin 1/2009, S. 20: „A narrower scope of the term was used in the 2002 EFTA Bulletin on decision shaping in the EEA[1]: ‘Decision-shaping is the phase of preparatory work undertaken by the European Commission to draw up new legislative proposals,’ while noting that ‘participation in committees is not the only channel for EEA EFTA influence.’“; siehe auch Jónsdóttir (Fn. 14), S. 33.

16 Teil XVII (Institutionelle Bestimmungen), Kapitel 2, Art. 97–104 EWRA.

17 Siehe z.B. S. Norberg, K. Hökborg, M. Johansson, D. Eliasson, L. Dedichen, EEA Law – A Commentary on the EEA Agreement, Stockholm 1993, S. 137–141.

18 Art. 99 Abs. 2 EWRA.

19 Art. 99 Abs. 3 EWRA.

20 Art. 99 Abs. 4 EWRA.

Im EWR-Abkommen wird diese Phase auch als «Informations- und Konsultationsphase»²¹ bezeichnet. Vor dieser liegt die Vorbereitungsphase („*preparatory phase*“).²² In dieser holt die EU-Kommission auf informellem Wege auch den Rat von Sachverständigen der EFTA-Staaten ein, sobald sie neue Rechtsvorschriften in einem unter dieses Abkommen fallenden Bereich ausarbeitet.²³ Das Beschlussfassungsverfahren wird im Regelfall durch die entsprechende Beschlussfassungsphase („*decision taking phase*“)²⁴ abgeschlossen.²⁵

Im engeren rechtlichen Sinne bezeichnet *decision shaping* somit das Verfahren, in welchem Beschlüsse zur Übernahme von EU-Recht in das EWR-Abkommen vorbereitet werden.

In einem weiteren Sinne geht es beim *decision shaping* um das Recht der EWR/EFTA-Staaten, an der gesamten Vorbereitungsphase des EU-Legislativprozesses, auch in Expertengruppen, der Vorbereitung von Ausführungserlassen sowie über diverse informelle Mechanismen an der Entscheidungsvorbereitung der EU teilzunehmen.²⁶ Dieses Verständnis scheint auch die Sichtweise der EFTA wiederzugeben: „Broadly speaking, decision shaping can be seen as the process of contributing to and influencing policy proposals up until they are formally adopted. ‘Policy shaping’ is also sometimes used, and is perhaps more accurate in the EEA context, as the process is not limited to influencing individual decisions, but rather EU policy of relevance to the EEA more broadly.”²⁷

Nebst den vorstehend im Rahmen des engen Verständnisses des *decision shaping* erwähnten Bestimmungen ist bei einem weiten Verständnis von *decision shaping* vor allem auf Artikel 100 EWRA hinzuweisen. Dieser regelt die Teilnahme der EWR/EFTA-Staaten am Komitologiesystem der EU. Komitologieausschüsse unterstützen die EU-Kommission bei der Ausübung ihrer Durchsetzungsbefugnisse. Der Artikel sieht vor, dass die EWR/EFTA-Staaten bei der Ausarbeitung von Massnahmenentwürfen auf derselben Grundlage herangezogen werden wie die Sachverständigen der EU-Mitgliedstaaten. Insgesamt soll die Beteiligung der EWR/EFTA-Staaten «so weitgehend wie möglich» sein, was im Wesentlichen einer vollen Einbindung jedoch ohne Stimmrecht bei konkreten Entscheidungen entspricht. Artikel 101 EWRA verweist schliesslich auf weitere Ausschüsse, welche für das Funktionieren des EWR-Abkommens wichtig sein könnten und welche deshalb den EWR/EFTA-Staaten offenstehen. Diese Ausschüsse sind in Protokoll 37 des EWR-Abkommens aufgeführt.

21 Ebd.

22 Norberg/Hökborg/Johansson/Eliasson/Dedichen (Fn. 17), S. 134–137.

23 Art. 99 Abs. 1 EWRA.

24 Norberg/Hökborg/Johansson/Eliasson/Dedichen (Fn. 17), S. 141–143.

25 Art. 102 Abs. 1, 3 und 4 EWRA.

26 R. Höltschi, Was das Rahmenabkommen vom EWR unterscheidet, in Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 13.12.2018, <https://www.nzz.ch/wirtschaft/rahmenabkommen-schweiz-eu-was-es-vom-ewr-unterscheidet-ld.1444349>, zuletzt abgerufen am 7.8.2019; Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA, FAQ Europapolitik, November 2018, Rn. 9.

27 EFTA-Bulletin 1/2009, S. 20.

Auch in den Anhängen und Protokollen zum EWR-Abkommen finden sich zahlreiche Bestimmungen, welche sich auf die Mitwirkung der EWR/EFTA-Staaten an der Politikgestaltung der EU beziehen. Die meisten dieser Bestimmungen wurden in Form von spezifischen Anpassungen zu einem konkreten EU-Rechtsakt in das EWR-Abkommen übernommen. In einigen Fällen wird die Teilnahme der EWR/EFTA-Staaten oder allgemein von Drittstaaten in Ausschüssen oder anderen Gremien der EU auch direkt im zu diesen Ausschüssen und Gremien gehörenden EU-Rechtsakt geregelt. Vertreter der EWR/EFTA-Staaten nehmen an den Beratungen in den entsprechenden EU-Gremien teil. Die einschlägigen Bestimmungen finden sich in den Art. 99–101 EWRA.

Eine derartige Beteiligung der EWR/EFTA-Staaten in Gremien der EU geht also über das vorstehend beschriebene Verständnis im engeren Sinne hinaus. Es geht darum, in welcher Weise die EWR/EFTA-Staaten einerseits bereits die Erarbeitung eines voraussichtlich in das EWR-Abkommen zu übernehmenden EU-Rechtsakts beeinflussen können, bevor dieser von der EU-Kommission an den Rat übermittelt und dieser ggf. im Trilog²⁸ verhandelt wird. Es wird also versucht, die Politik in einem bestimmten Bereich zu beeinflussen. Andererseits geht es um die Möglichkeiten der EWR/EFTA-Staaten während der Beratung des fertigen Kommissionsentwurfs im Rat. Zudem kann es bei diesem Verständnis von *decision shaping* auch noch um die Einflussnahme darüber hinaus gehen, nämlich bei der Ausführung der Rechtsakte, z.B. im Rahmen von EU-Agenturen.

Wie gesagt ist der Begriff des *decision shaping* nicht EWR-spezifisch. Deshalb ist dieses auch in anderen Zusammenhängen denkbar. So wird auch bei der Rechtsetzung im Schengen-Raum von *decision shaping* gesprochen.²⁹ Ähnliches gilt für das Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU: In der derzeitigen Diskussion um ein Institutionelles Abkommen wird der Begriff des *decision shaping* ebenfalls verwendet und auf die entsprechenden Rechte der Schweiz im Rahmen der Schengen-Assoziation verwiesen.³⁰ Allerdings ist das Schengen-System hinsichtlich der Beteiligung der vier assoziierten EFTA-Staaten völlig anders aufgebaut als das EWR-Abkommen. Demnach ist auch das *decision shaping* ein anderes.

Ebenfalls zu erwähnen ist das Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über Zollerleichterungen und Zollsicherheit (Zolla).³¹ Dieses enthält in Art. 22 betref-

28 Dreiertreffen von Europäischer Kommission, Rat der Europäischen Union und Europäischem Parlament als Vermittlungsausschuss, wenn der Rat den Änderungsvorschlägen des Parlaments aus zweiter Lesung nicht zustimmt. Zunehmend auch als „informeller Trilog“ zur Kompromissfindung und Beschleunigung des Rechtssetzungsverfahrens bezeichnet, siehe Europäisches Parlament: Vermittlungsverfahren und Mitentscheidung – Ein Leitfaden zur Arbeit des Parlaments als Teil der Rechtsetzungsinstanz, http://www.europarl.europa.eu/germany/resource/static/files/parlament_arbeitsweise/guide_de.pdf, zuletzt abgerufen am 7.8.2019.

29 Siehe zum Beispiel das Faktenblatt des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/ejpd/aktuell/abstimmungen/waffenrichtlinie/factsheet-beteiligungsrechte-d.pdf>, zuletzt abgerufen am 7.8.2019.

30 Siehe Fn. 29.

31 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen vom 25.6.2009, SR 0.631.242.05/ ABl. L 199 vom 31.7.2009, S. 24–42.

fend die Weiterentwicklung des Rechts Formulierungen zur Konsultation von schweizerischen Sachverständigen, welche an jene von Art. 99 EWRA erinnern. Es lässt sich folglich schliessen, dass die EU bei Vorliegen einer dynamischen Weiterentwicklung des jeweiligen Abkommensrechts bereit ist, eine Teilnahme von Experten der anderen Vertragspartei in der Phase vor der Beschlussfassung – also während des *decision shaping* – hinsichtlich neuen Rechts vorzusehen. Diese Teilnahmerechte können aber je nach Gegenstand und Reichweite des jeweiligen Abkommens unterschiedlich ausgestaltet sein. Dass dadurch die Freiheit der EU, ihre Rechtsetzungskompetenz ungehindert auszuüben, nicht tangiert wird, stellt für den EWR Art. 97 EWRA sicher.

2. Teilnahme am *decision shaping* in der Praxis

Die EWR/EFTA-Staaten nehmen, wie erwähnt, am *decision shaping* hinsichtlich neuer EU-Rechtsakte teil. Dabei sind – ausgehend von einem erweiterten Verständnis der Teilnahme am EU-*decision shaping*-Prozess, auch im Sinne von *policy shaping*³² – wiederum drei Phasen zu unterscheiden:³³

- a) die Ausarbeitungsphase („*policy development phase*“);
- b) die Entscheidungsphase („*policy decision phase*“) und
- c) die Umsetzungsphase („*policy implementation phase*“).

Der Grad und die Art der Teilnahme können je nach Phase variieren.

a) *Ausarbeitungsphase*

Die Ausarbeitungsphase stützt sich auf Art. 99 Abs. 1 EWRA: „Sobald die EG-Kommission neue Rechtsvorschriften in einem unter dieses Abkommen fallenden Bereich ausarbeitet, holt sie auf informellem Wege den Rat von Sachverständigen der EFTA-Staaten ein, so wie sie bei der Ausarbeitung ihrer Vorschläge den Rat von Sachverständigen der EG-Mitgliedstaaten einholt.“ Dieses Einholen von Sachverständigenexpertise findet zumeist in der Form der Beteiligung von Experten der EWR/EFTA-Staaten in Komitees oder auf andere Weise statt.

Das Beteiligungsrecht hängt mit der Frage der „EWR-Relevanz“ eines Rechtsakts zusammen. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Frage, ob ein EU-Rechtsakt in das EWR-Abkommen, d. h. in einen seiner Anhänge, aufgenommen werden soll, ist normalerweise, ob er als „EWR-relevant“ eingestuft wird. Die Formulierung „Text mit Bedeutung für den EWR“ wird zunächst indikativ, d. h. auf Grund eines angenommenen Bezugs zum Recht des Binnenmarkts, in die Bezeichnung eines EU-Rechtsakts aufgenommen. Es gibt zwei Hauptüberlegungen, die über die Re-

32 Die Einflussnahme beschränkt sich nicht nur auf rein rechtliche Beschlussfassungen, sondern beeinflusst durchaus politische Weichenstellungen. Siehe EFTA-Bulletin 1/2009, S. 20 (Fn. 15): „‘Policy shaping’ is also sometimes used, and is perhaps more accurate in the EEA context, as the process is not limited to influencing individual decisions, but rather EU policy of relevance to the EEA more broadly.”

33 G. Baur, M. Sanchez Rydelski and C. Zatschler, European Free Trade Association (EFTA) and the European Economic Area (EEA), 2. A., Alphen aan den Rijn 2018, Rn. 377.

levanz entscheiden. Erstens kann ein solcher Rechtsakt einen bereits in einem der Anhänge oder Protokolle des EWR-Abkommens genannten Rechtsakt ändern oder aufheben. In einem solchen Fall ist die EWR-Relevanz sehr wahrscheinlich. Zweitens ist dies in aller Regel der Fall, wenn ein Rechtsakt die Verwirklichung eines homogenen Europäischen Wirtschaftsraums unterstützt, d. h. dass ein EU-Rechtsakt entweder auf dem Konzept des freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- oder Kapitalverkehrs (einschliesslich der für die vier Freiheiten relevanten horizontalen Politikbereiche) beruht oder auf einem System, das sicherstellt, dass der Wettbewerb nicht verfälscht wird und dass die Regeln darauf gleichermassen eingehalten werden. Ob ein Rechtsakt definitiv EWR-relevant ist, ergibt sich aber erst in den Verhandlungen in den entsprechenden Gremien (Arbeitsgruppen, Subkomitees, Gemeinsamer EWR-Ausschuss) über dessen Übernahme in den EWR, ggf. mit Anpassungen.³⁴

Die Einordnung, ob ein EU-Rechtsakt EWR-relevant ist oder nicht und sich somit die Frage nach einer Beteiligung der EWR/EFTA-Staaten am *decision shaping* stellt, gestaltete sich vor dem Lissabon-Vertrag einfacher. Unter der früheren „Drei-Pfeilerstruktur“ seit dem Vertrag von Maastricht konnte in den meisten Fällen von einer Rechtsgrundlage eines Rechtsakts aus dem ersten Pfeiler auf die EWR-Relevanz geschlossen werden. Die Praxis zeigt aber, dass die Beteiligung der EWR/EFTA-Staaten auch heute gut funktioniert. Es obliegt vor allem dem EFTA-Sekretariat, dafür zu sorgen, dass die Kommission nicht vergisst, die EWR/EFTA-Staaten einzuladen.³⁵

b) *Entscheidungsphase*

Die Entscheidungsphase stützt sich auf Art. 99 Abs. 2 EWRA: „Wenn die EG-Kommission dem Rat der Europäischen Gemeinschaften ihren Vorschlag übermittelt, übermittelt sie den EFTA-Staaten Abschriften davon. Auf Antrag einer Vertragspartei findet im Gemeinsamen EWR-Ausschuss ein erster Meinungsaustausch statt.“ Zweck dieser Bestimmung ist es, den frühzeitigen Informationsaustausch über die Gesetzgebungsvorschläge der EU sicherzustellen, welcher gemäss Art. 99 Abs. 3 EWRA während der Phase der Beschlussfassung auf der EU-Seite regelmässig und wiederholt stattfindet: „In den wichtigen Abschnitten der der Beschlussfassung des Rates der Europäischen Gemeinschaften vorausgehenden Phase konsultieren die Vertragsparteien einander auf Antrag einer Vertragspartei im Rahmen eines stetigen Informations- und Konsultationsprozesses erneut im Gemeinsamen EWR-Ausschuss.“

34 Ausführlich dazu: G. Baur, Decision-Making Procedure and Implementation of New Law, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), *The Handbook of EEA Law*, Cham, Heidelberg etc. 2016, S. 53–54.

35 Zur Rolle des EFTA-Sekretariats siehe Baur (Fn. 34), S. 53.

In den letzten Jahren haben die sog. *EFTA comments* zunehmend an Bedeutung gewonnen.³⁶ Mit diesen *EFTA comments* geben die EWR/EFTA-Staaten gegenüber der EU-Kommission gemeinsam oder individuell einen formellen Kommentar zu einem Rechtsetzungsentwurf ab. Dies erfolgt im Rahmen des stetigen Meinungs- und Informationsaustauschs³⁷ im Hinblick darauf, „die Beschlussfassung im Gemeinsamen EWR-Ausschuss am Ende dieses Prozesses zu erleichtern.“³⁸ Alleine 2018 wurden 13 *EFTA comments* an die EU gerichtet. Diese können einen Kommissionsvorschlag bzw. ein ganzes Gesetzgebungspaket oder spezifische Fragen der EWR/EFTA-Beteiligung daran beinhalten. Konkret betraf dies unter anderem³⁹ die Allgemeine Fahrzeugsicherheitsverordnung⁴⁰ und die Fussgänger-schutzverordnung⁴¹, die öffentliche Konsultation zu Meldeformalitäten für Schiffe (Single-Window-Umfeld für den Europäischen Seeverkehr)⁴², den Zivilschutzmechanismus der Union (UCPM)⁴³ oder die Europäischen Finanzaufsichtsbehörden (EBA: Banken, ESMA: Wertpapiere, EIOPA: Versicherungswesen und betriebliche Altersversorgung) sowie den Europäischen Ausschuss für Systemrisiken (ESRB).⁴⁴

Seit etwa zehn Jahren ist hinsichtlich dieser *EFTA comments* eine zunehmende Beachtung seitens der EU festzustellen.⁴⁵ Diese steigende Wertschätzung mag einerseits mit dem politischen Wohlwollen zusammenhängen, welches die EU-Institutionen dem EWR-Abkommen entgegenbringen. Andererseits stellt der EWR aus Sicht der EU das bevorzugte Modell einer Beteiligung von Nicht-Mitgliedstaaten am Binnenmarkt dar. Dies ist seit der Aufnahme von Gesprächen zwischen der Schweiz und der EU zunehmend offensichtlich geworden. Verstärkt hat

36 Siehe dazu auch *J. Jónsdóttir*, Kommentar zu Art. 79 EWRA, in: F. Arnesen/H. H. Fredriksen/H. P. Graver/O. Mestad/Ch. Vedder (Hrsg.), *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, Baden-Baden etc. 2018, Rn. 2.

37 Art. 92 Abs. 1 EWRA.

38 Art. 99 Abs. 4 EWRA.

39 Siehe z.B. EEA Council (EWR-Rat), *Progress report by the EEA Joint Committee to the 49th meeting of the EEA Council vom 14.5.2018*, Dok. Nr. EEE 1603/18, Rz. 6.

40 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge im Hinblick auf ihre allgemeine Sicherheit und den Schutz der Fahrzeuginsassen und von ungeschützten Verkehrsteilnehmern, zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/... und zur Aufhebung der Verordnungen (EG) Nr. 78/2009, (EG) Nr. 79/2009 und (EG) Nr. 661/2009, COM/2018/286 final – 2018/0145 (COD).

41 Verordnung (EG) Nr. 631/2009 der Kommission vom 22. Juli 2009 mit Durchführungsbestimmungen für Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 78/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich des Schutzes von Fußgängern und anderen ungeschützten Verkehrsteilnehmern sowie zur Änderung der Richtlinie 2007/46/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2003/102/EG und 2005/66/EG, ABl. L 195 vom 25.7.2009, S. 1–60.

42 https://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-reporting-formalities-ships-european-maritime-single-window-environment_de (zuletzt abgerufen am 15.7.2019).

43 Zivilschutzmechanismus der Union (UCPM), https://ec.europa.eu/echo/what/civil-protection/mechanism_en (zuletzt abgerufen am 15.7.2019).

44 *G. Baur*, *Finanzmarktaufsichtsbehörden und Binnenmarktassoziation – ein Zwischenbericht am Beispiel der Europäischen Wertpapieraufsichtsbehörde (ESMA)*, in: A. Epiney et al. (Hrsg.) *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2018/2019*, Bern 2019.

45 So auch *M. Dystland/F.B. Finstad/I. Sørebo*, Kommentar zu Art. 99 EWRA, in: F. Arnesen/H. H. Fredriksen/H. P. Graver/O. Mestad/Ch. Vedder (Hrsg.), *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, Baden-Baden etc. 2018, Fn. 8.

sich dieser Eindruck seit dem Referendum über einen Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU (Brexit). Obwohl derzeit noch keine Einigkeit über die Modalitäten des Austritts besteht und dessen Vollzug gegenüber dem ursprünglichen Zeitplan gemäss Art. 50 AEUV überfällig ist, wird schon lange über mögliche Modelle des zukünftigen Verhältnisses zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich spekuliert. Dabei ist auch der EWR immer wieder ins Spiel gebracht worden.⁴⁶

c. Umsetzungsphase

Das EWR-Abkommen sieht vor, „dass Sachverständige der EFTA-Staaten je nach Bereich so weitgehend wie möglich an der Ausarbeitung jener Massnahmenentwürfe beteiligt werden, die anschliessend den Ausschüssen zu unterbreiten sind, die die EG-Kommission bei der Ausübung ihrer Durchführungsbefugnisse unterstützen“.⁴⁷

Übertragen auf die Rechtsetzungsstruktur der EU betrifft diese Bestimmung die sog. Komitologie. Diese ist als „Beratungsrahmen“ in dem der Kommission zur eigenen Rechtsetzung überlassenen Bereich zu sehen, ohne dass entsprechende Rechtsakte im Rat und ggf. Parlament noch genehmigt werden müssten. Damit die EU-Mitgliedstaaten aber trotz der an die EU-Kommission delegierten Rechtsetzungskompetenz die Kontrolle nicht vollständig abgeben mussten, wurden sog. Komitologieausschüsse geschaffen. Diese beraten die Kommission vor allem hinsichtlich der folgenden zwei abgeleiteten Rechtsetzungstypen:

- delegierte Rechtsakte⁴⁸
- Durchführungsrechtsakte.⁴⁹

Des Weiteren können an den Arbeiten von Ausschüssen, die weder unter Art. 81 EWRA noch unter Art. 100 EWRA fallen, Sachverständige aus EFTA-Staaten beteiligt werden, „wenn dies für das gute Funktionieren dieses Abkommens erforderlich ist. Diese Ausschüsse sind in Protokoll 37 aufgeführt. (...)“.⁵⁰ Diese Bestimmung betrifft den Zugang zu Ausschüssen, zu welchen die EWR/EFTA-Staaten nicht in jedem Falle Zugang haben müssen, sondern nur soweit für das gute Funktionieren des EWR-Abkommens notwendig. Dass hier auf die beiden Fälle gemäss Art. 81 bzw. 100 EWRA Bezug genommen wird, erklärt sich folglich daraus, dass bei diesen die Teilnahme von Vertretern der EWR/EFTA-Staaten ohnehin vorgesehen ist. Dies wurde vorstehend zu Art. 100 EWRA bereits ausgeführt. Art. 81 EWRA betrifft die Beteiligung der EWR/EFTA-Staaten an EU-Program-

46 Siehe z.B. die von M. Barnier, Chef der Verhandlungsdelegation der Europäischen Kommission zu Artikel 50, am 15. Dezember 2017 präsentierte Folie (TF50 (2017) 21 – Commission to EU27, Brussels, 19 December), https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/slide_presented_by_barnier_at_euco_15-12-2017.pdf (zuletzt abgerufen am 14. Juli 2019); Michael Emerson, Which model for Brexit?, CEPS Special Report Nr. 147, Brüssel 2016, S. 3.

47 Art. 100 Abs. 1 EWRA.

48 *Delegated acts*; Art. 290 AEUV.

49 *Implementing acts*; Art. 291 AEUV.

50 Art. 101(1) EWRA.

men, an denen ihre Vertreter naturgemäss ebenfalls teilnehmen. Konkret beinhaltet diese z.B. auch die Möglichkeit der EWR/EFTA-Staaten, in den entsprechenden Verwaltungskörpern Einsitz zu nehmen⁵¹ und nationale Experten („*seconded national experts*“) zu stellen.⁵²

Die EWR/EFTA-Staaten sind derzeit in 29 solcher Ausschüsse vertreten. Die Liste in Prot. 37 zum EWRA⁵³ wird entsprechend der Schaffung immer neuer Ausschüsse und der tendenziell offenen Haltung der EU hinsichtlich der Teilnahme der EWR/EFTA-Staaten laufend angepasst.

Einen besonderen Fall stellen die EU-Agenturen und agenturähnlichen Verwaltungskörper dar. Diese werden üblicherweise zur Ausübung ganz bestimmter technischer, wissenschaftlicher oder verwaltungstechnischer Aufgaben gebildet. Im Zusammenhang mit der Wahrnehmung spezifischer Aufgaben bei EU-Programmen können von der Europäischen Kommission zum Beispiel Exekutivagenturen eingerichtet werden. Als Beispiel sei das Copernicus-Programm⁵⁴ genannt, an welchem die EWR/EFTA-Staaten – in diesem Fall nur Island und Norwegen – teilnehmen.⁵⁵ Mittels des Erdbeobachtungsprogramms Copernicus soll eine leistungsfähige europäische Infrastruktur für Erdbeobachtung und Dienstleistungen der Geoinformation geschaffen werden. Dieses Programm wird von der Europäischen Kommission koordiniert und verwaltet. Die Entwicklung der Beobachtungsinfrastruktur erfolgt unter der Schirmherrschaft der Europäischen Weltraumorganisation (ESA) für die Weltraumkomponente und der Europäischen Umweltagentur und der Mitgliedstaaten für die vor Ort-Komponente (Boden).⁵⁶

In den letzten zwanzig Jahren hat sich die Anzahl von Agenturen der EU vervielfacht. Die EWR/EFTA-Staaten nehmen an diesen in vielfältiger Weise teil.⁵⁷ Allerdings findet sich zur Art der Beteiligung an Agenturen nichts im EWR-Abkommen. Die EWR/EFTA-Staaten beteiligen sich oft an EU-Agenturen über die Programmbeteiligung gemäss Art. 81 EWRA. Demgemäss wird auch die Auffassung vertreten, die Beteiligung an Agenturen bzw. deren Gremien und das diesbezügliche *decision shaping* liesse sich rechtlich darauf stützen.⁵⁸ Allerdings finden sich die entsprechenden Kompetenzen zumeist in den jeweiligen EU-Sekundärrechtsakten oder in den Beschlüssen des Gemeinsamen EWR-Ausschusses veran-

51 *Jónsdóttir* (Fn. 36), Kommentar zu Art. 81 EWRA, Rn. 7.

52 *Jónsdóttir* (Fn. 36), Kommentar zu Art. 82 EWRA, Rn. 4.

53 Art. 101 Abs. 2 EWRA.

54 Verordnung (EU) Nr. 377/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 zur Einrichtung des Programms Copernicus und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 911/2010, ABl. L 122 vom 24.4.2014, S. 44–66.

55 Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 249/2014 vom 13. November 2014 zur Änderung von Protokoll 31 zum EWR-Abkommen über die Zusammenarbeit in bestimmten Bereichen außerhalb der vier Freiheiten, ABl. L 263 vom 8.10.2015, S. 40–41.

56 Verordnung (EU) Nr. 1287/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013 über ein Programm für die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen und für kleine und mittlere Unternehmen (COSME) (2014–2020) und zur Aufhebung des Beschlusses Nr. 1639/2006/EG, ABl. L 347 vom 20.12.2013, S. 33–49.

57 Siehe dazu *Ch. Frommelt*, In Search of Effective Differentiated Integration: Lessons from the European Economic Area, Diss, Zürich 2017, S. 60–63.

58 *Jónsdóttir* (Fn. 36), Kommentar zu Art. 80 EWRA, Rn. 8–10.

kert. Ein Beispiel dafür ist der Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses über die Beteiligung der EWR/EFTA-Staaten an der Europäischen Eisenbahnagentur.⁵⁹ Dort ist die Teilnahme der EWR/EFTA-Staaten wie folgt geregelt: „Die EFTA-Staaten beteiligen sich uneingeschränkt an den Arbeiten des Verwaltungsrats und haben innerhalb des Verwaltungsrats die gleichen Rechte und Pflichten wie die EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme des Stimmrechts.“⁶⁰

IV. Informelles *decision shaping*

Dann existiert auch ein *decision shaping* im informellen Sinne. Es ist eine Binsenweisheit, dass informelle Kontakte in einem nach wie vor weitgehend „diplomatisch“ geprägten Umfeld wichtig sind. Dies ist aber in ganz besonderem Masse der Fall, wo ein Regelwerk am Laufen gehalten werden muss, dessen rechtliche Grundlagen formell nicht mehr ganz auf der Höhe der Zeit sind. Damit ist vor allem gemeint, dass das EWR-Abkommen in seinem Haupttext nach wie vor die Rechtslage vor einem Vierteljahrhundert abbildet, während auf der EU-Seite in diesem Zeitraum vier grössere Revisionschritte stattgefunden haben. Dass die Zusammenarbeit im Rahmen des EWR-Abkommens nach wie vor weitestgehend reibungslos abläuft, ist sehr häufig auf informelle Kontakte zurückzuführen.

Dazu kommt ein weiteres Element: Heutzutage, mehr noch als im ersten Jahrzehnt seit Inkrafttreten des EWR-Abkommens, ist das EFTA-Sekretariat in Brüssel die zentrale Koordinations- und Vorbereitungsstelle hinsichtlich der Übernahme von EU-Recht in den EWR.⁶¹ Da dem EFTA-Sekretariat diesbezüglich jedoch keinerlei Entscheidungs- bzw. Handlungskompetenzen zukommen, weil diese eine Prerogative der EFTA-Staaten darstellen, ist es auf informelle Kontakte zu den entsprechenden Institutionen und Diensten der EU angewiesen. Aber auch die EWR/EFTA-Staaten nutzen informelle Kontakte zumeist durch ihre Missionen in Brüssel, allenfalls entsprechende Stellen in den nationalen Verwaltungen, wie im Falle Liechtensteins die Stabsstelle EWR.

Hauptgesprächspartner auf der EU-Seite sind dabei die EU-Mitgliedstaaten, sei es auf der Ebene der Arbeitsgruppen oder der Ständigen Vertreter (Botschafter; „Coreper I + II“); die EU-Institutionen, z.B. der Europäische Auswärtige Dienst (EAD), die EU-Kommission und zunehmend auch das EU-Parlament.

Informelles *decision shaping* kann einerseits institutionalisiert sein, andererseits kann es sich, gerade im Rahmen der Binnenmarktassoziation, um ein informelles *decision shaping* auf ad-hoc-Basis handeln.

59 Verordnung (EG) Nr. 881/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Errichtung einer Europäischen Eisenbahnagentur, ABl. L 164 vom 30.4.2004, S. 1–43; Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 82/2005 vom 10. Juni 2005 zur Änderung des Anhangs XIII (Verkehr) des EWR-Abkommens, ABl. L 268 vom 13.10.2005, S. 13–14.

60 Anhang zum Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 82/2005 (Fn. 59), Anpassung g von Art. 26 Abs. 5 der Verordnung. Es ist zu beachten, dass unter EFTA-Staaten einzig die drei am EWR teilnehmenden Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen gemeint sind.

61 Baur (Fn. 34).

Zur erstgenannten Kategorie gehören beispielsweise halbjährliche „*lunch meetings*“ mit Mitgliedern der EFTA-Arbeitsgruppe des Rates im EFTA-Sekretariat, anlässlich derer Vertreter der EWR/EFTA-Staaten, des EFTA-Sekretariats oder auch externe Experten zu aktuellen Themen sprechen. Die daran anschließende informelle Diskussion hat schon oft geholfen, politisch blockierte Themen zu lösen.

Seit 2008 werden im Abstand von zwei Jahren vom Rat der EU jeweils im Dezember Stellungnahmen zu den Beziehungen mit den (EWR-)EFTA-Staaten verabschiedet. Mittlerweile umfassen diese Stellungnahmen sämtliche Westeuropäischen EU-Nichtmitglieder mit einem (zukünftigen) Assoziationsstatus. Derzeit sind dies neben den drei EWR/EFTA-Staaten die Schweiz sowie Andorra, Monaco und San Marino (AMS-Staaten). Diese Stellungnahmen werden auf der Grundlage der Berichte des EAD sowie von „Interviews“ verfasst, zu welchen die Ständigen Vertreter der assoziierten Staaten individuell anlässlich einer Sitzung der EFTA-Arbeitsgruppe des Rates eingeladen werden. Zur Vorbereitung dieser Stellungnahmen gehören auch Besuche der EFTA-Arbeitsgruppe des Rates und des EAD in den EFTA-Staaten. Diese Kontakte werden rege genutzt, um etwaige Probleme im Rechtsetzungs- bzw. Übernahmeprozess zu besprechen.

In Ausnahmefällen kann es auch einmal zu einer informellen Beteiligung an einer Sitzung der EFTA-Arbeitsgruppe kommen, um allfällige Missverständnisse im gegenseitigen Verhältnis zu beseitigen. Dass so ein Anlass möglich wird, verdankt sich nicht selten den gut gepflegten, auch persönlichen Beziehungen zwischen den Akteuren. Dies ist ein Beispiel für ein informelles *decision shaping* auf ad hoc-Basis. Solche Beispiele zeigen auch, dass EU-Institutionen u.U. äusserst flexibel sein können.

Allerdings kann es durchaus vorkommen, dass weder die normalen Übernahmemechanismen, v.a. die Möglichkeiten zur Anpassung an die spezifischen rechtlichen – und in geringerem Masse politischen – Strukturen⁶², noch die Einflussnahmen im Rahmen des *decision shapings*, seien sie nun formeller oder informeller Natur, genügen, um besondere Lagen der EWR/EFTA-Staaten zu berücksichtigen. Sehr oft fallen diese als Teilnehmer am Binnenmarkt während der Beschlussfassung, insbesondere wenn sich die Diskussionen innerhalb der EU schwierig gestalten und in Trilogverhandlungen ein Kompromiss gefunden werden muss, ausser Betracht. Dann kann es notwendig werden, Anpassungen hinsichtlich des EU-Rechtsakts vorzunehmen, bevor dieser durch einen JCD-Beschluss zum EWR-Rechtsakt und damit für die EWR/EFTA-Staaten verbindlich wird. Es kann das *decision shaping* in einem weit verstandenen Sinn also auch dazu genutzt werden, EU-Sekundärrechtsakte für ihre Übernahme in den EWR anzupassen, wenn dies durch die klassischen Anpassungsinstrumente wie z.B. Protokoll 1 zum EWR-Abkommen und dergleichen nicht möglich ist.

62 Baur (Fn. 34), S. 59–60.