

Musterlösung Klausur «Europäisches Privatrecht»

19. Juni 2017

Prof. Dr. iur. Ulrike Babusiaux
Prof. Dr. iur. Andreas Kellerhals
PD Dr. iur. Leander D. Loacker
Prof. Dr. iur. Anton K. Schnyder
Prof. Dr. iur. Andreas Thier

Aufgabe A (10 Punkte)

Aufgaben und Lösungsskizze:

1. Die Wirkung der Grundfreiheiten des europäischen Rechts wird unter anderem auch mit dem Begriff «Deregulierungsgebot» beschrieben. Welche Überlegungen bilden den Hintergrund dieser Bezeichnung? Inwiefern wird der Begriff «Deregulierungsgebot» der Bedeutung der Grundfreiheiten im europäischen Privatrecht gerecht? (6 Punkte)

Die Grundfreiheiten (Warenverkehrsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit, Freier Finanz- und Kapitalverkehr, Personenfreizügigkeit) stehen Regelungen der Mitgliedstaaten, welche auf den Schutz des Heimmarkts gerichtet sind (z.B. Zölle, Einwanderungskontingente etc.) entgegen. Insofern verlangen die Grundfreiheiten den Abbau von Regulierungen (Deregulierung) bzw. verbieten die Einführung von neuen (nationalen) Regulierungen. Diese Wirkung der Grundfreiheiten wird auch mit dem Begriff der negativen Harmonisierung umschrieben. Sie erstreckt sich primär auf staatliche Normen, aber auch private Rechtsetzungen wurden verschiedentlich an den Grundfreiheiten gemessen, so etwa Regelwerke von Sportverbänden (z.B. Bosman-Entscheidung).

Gegen die Umschreibung der Grundfreiheiten als Deregulierungsgebot spricht, dass die Wirkung der Grundfreiheiten weit über die bloße Deregulierung hinausreicht. So bilden die Grundfreiheiten die Grundlage für eine vielfältige Harmonisierung von Regulierungen auf europäischer Ebene, welche die Funktionsweise des Binnenmarkts begünstigen sollen. In diesem Kontext wird auch gesprochen von der positiven Harmonisierung des Rechts in der EU.

Während die Grundfreiheiten die Harmonisierung der europäischen Privatrechte also in unterschiedlicher Richtung prägen, ist ihre unmittelbare praktische Bedeutung für den Einzelnen insoweit beschränkt, als eine klagbare Horizontalwirkung der Grundfreiheiten nur in engen Grenzen besteht. Der Rechtsschutz gegenüber Rechtsetzungen der Mitgliedsstaaten ist demgegenüber gewährleistet.

2. Wesentlichen Einfluss auf die Ausgestaltung des europäischen Privatrechts hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dem die Auslegung der einschlägigen Normen obliegt. Bitte beschreiben Sie, welche Methoden und Prinzipien der EuGH bei der Auslegung anwendet, und wie sich die Auslegung von primär- und sekundärrechtlichen Normen unterscheidet. (4 Punkte)

Die Auslegung des Europäischen (Privat-)Rechts unterscheidet sich methodisch nicht fundamental von den Auslegungsmethoden der Mitgliedsstaaten. Es sind allerdings verschiedene Besonderheiten zu beachten. Bei der Auslegung des Primärrechts der Europäischen Union kommt zunächst dem Wortlaut der auszulegenden Norm Wichtigkeit zu. Dieser bildet den Ausgangspunkt der Auslegung. Aufgrund der Sprachenvielfalt innerhalb der EU und der Verbindlichkeit unterschiedlicher sprachlicher Fassungen der Rechtstexte ist der Wortlaut allerdings häufig nicht eindeutig. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der EuGH das Unionsrecht autonom auslegt, also nicht auf nationale Traditionen zurückgreift, wenn er etwa die Bedeutung bestimmter Rechtsbegriffe feststellt. Als zweite Auslegungsmethode tritt die systematische Auslegung hinzu, nach der die Norm in ihrem Zusammenhang in der Rechtsordnung auch unter Einbezug von Nachbarnormen analysiert wird. In der systematischen Methode spiegelt sich die Annahme einer rationalen und kohärenten Gesamtordnung des Primärrechts wieder. Beispielsweise wurde so die Dienstleistungsfreiheit als eigenständige Grundfreiheit auf dem Weg einer negativen Abgrenzung zur Arbeitnehmer- und Niederlassungsfreiheit bestimmt. In der Argumentation des EuGH finden sich Argumente der systematischen Auslegung derweil häufig im Rahmen der nächsten Methode, der teleologischen Auslegung. Als teleologische Auslegung wird die Interpretation der Rechtsnormen bezeichnet, welche sich am Normzweck orientiert. Besondere Bedeutung hat in der Rechtsprechung des EuGH in diesem Rahmen der sog. *effet utile* einer Norm: Es ist diejenige Auslegungsvariante zu wählen, welche den grössten praktischen Nutzen bewirkt. Die in anderen Auslegungstraditionen bedeutende historische Interpretation hat in der Auslegungspraxis des europäischen Rechts nur begrenzte Bedeutung. In neuerer Zeit liegen aber auch auf europäischer Ebene grosse Mengen an Gesetzgebungsmaterialien vor, welche vom EuGH in seiner Interpretation berücksichtigt werden.

Die Auslegung des Sekundärrechts entspricht in den wesentlichen Zügen derjenigen des Primärrechts. Insbesondere die unionsautonome Auslegung von Begriffen (v.a. bei Generalklauseln) ist auch im Bereich von Verordnungen und Richtlinien zu beachten. Eine besonders grosse Bedeutung bei der Auslegung von Richtlinien kommt der teleologischen Auslegung zu. Richtlinien enthalten oftmals konkrete Regelungsziele, welche dem EuGH zur Konkretisierung der Normen dienen. Zusätzlich hat der EuGH aus der Orientierung am Funktionieren des Binnenmarkts Auslegungsmaximen entwickelt, die er bei der Interpretation von Sekundärrecht zur Anwendung bringt. Ein Beispiel hierfür ist die *Maxime in dubio pro consumente*, wonach im Verhältnis zum kommerziellen Anbieter im Zweifelsfall diejenige Auslegung gewählt wird, welche die Rechtsposition der Konsumenten besser schützt.

Aufgabe B
(10 Punkte)

Aufgabenstellung:

Mit Wirkung zum 1. Januar 2016 hat der Gesetzgeber das Widerrufsrecht der Art. 40a–g OR einer Revision unterzogen. Anlass war unter anderem der Erlass der Verbraucherrechterichtlinie der Europäischen Union vom 25. Oktober 2011 (RiL 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher). Beantworten Sie die nachfolgenden Fragen unter Bezugnahme auf die einschlägigen Normen!

1. Stellen Sie *in Stichworten* die zwei wichtigsten Änderungen dar, an denen sich die Beeinflussung des schweizerischen Rechts durch die Verbraucherrechterichtlinie erkennen lässt! (2 Punkte)
2. Nennen Sie *stichwortartig* vier wesentliche Unterschiede, die auch *nach* der Revision zwischen dem neuen schweizerischen Recht und der Verbraucherrechterichtlinie bestehen! (4 Punkte)
3. Inwiefern gilt das Gebot richtlinienkonformer Auslegung auch für die Anwendung der Artikel 40a–g OR? Begründen Sie *kurz*, woraus sich eine entsprechende Verpflichtung eines schweizerischen Gerichts ableiten lässt! (4 Punkte)

Für die Beantwortung ist *ausschliesslich* auf die hier angefügten Materialien Bezug zu nehmen, die auszugsweise sowohl die Revision des Obligationenrechts als auch die Verbraucherrechterichtlinie der EU wiedergeben.

Lösungsskizze:

Stellen Sie in Stichworten die zwei wichtigsten Änderungen dar, an denen sich die Beeinflussung des schweizerischen Rechts durch die Verbraucherrechterichtlinie erkennen lässt!	Punkte
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Die Widerrufsfrist beträgt neu zwei Wochen anstatt einer Woche (Art. 40e Abs. 2 OR). ▪ Die Belehrung des Kunden kann neu nicht mehr nur in Schriftform, sondern „schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht“ (Art. 40d Abs. 1 OR) erfolgen. 	1 1
Nennen Sie stichwortartig vier wesentliche Unterschiede, die auch nach der Revision zwischen dem neuen schweizerischen Recht und der Verbraucherrechterichtlinie bestehen!	Punkte
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Die schweizerischen Bestimmungen finden keine Anwendung auf den Fernabsatz, jedoch auf die Verträge, die über Mittel der gleichzeitigen mündlichen Kommunikation abgeschlossen wurden (Art. 40b lit. b. OR, Art. 9 Abs. 1 Verbraucherrechte-RL). ▪ Die Idee eines Widerrufsformulars wurde nicht aufgenommen (Art. 10 Abs 1 lit. a Verbraucherrechte-RL). ▪ Die Verwendung der Textform bedarf nicht der Zustimmung des Kunden (Art. 7 Abs. 2 Verbraucherrechte-RL, Art. 40e Abs.1 OR). 	1 1 1

<ul style="list-style-type: none"> ▪ Allgemeine Informationspflichten gegenüber Kunden wurden nicht normiert (Art. 6 Verbraucherrechte-RL). 	1
Inwiefern gilt das Gebot richtlinienkonformer Auslegung auch für die Anwendung der Artikel 40a–g OR? Begründen Sie kurz, woraus sich eine entsprechende Verpflichtung eines schweizerischen Gerichts ableiten lässt!	Punkte
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Grundsätzlich sind schweizerische Gerichten nicht zur richtlinienkonformen Auslegung nach Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verpflichtet, da die Schweiz kein Mitgliedsstaat der Europäischen Union ist und eine entsprechende, generelle Verpflichtung keinen Eingang in die bilateralen Verträge gefunden hat. ▪ Erkennbar (und dokumentiert) ist allerdings der Wille des schweizerischen Gesetzgebers, sich im sog. „autonomen Nachvollzug“ an das europäische Vorbild anzunähern, um die Verhandlungsposition zur EU zu verbessern und wirtschaftlich an den EU-Raum angeschlossen zu bleiben. Grundlage der Verpflichtung schweizerischer Gerichte, das nationale Recht anhand der Richtlinien auszulegen, kann insofern nur der Wille des schweizerischen Gesetzgebers sein. ▪ Im Einzelfall ist daher zu prüfen, wie weit der Wille des Gesetzgebers reicht; namentlich ob eine Richtlinie pauschal übernommen wird oder lediglich Elemente aus einer Richtlinie ins schweizerische Recht transferiert werden. ▪ Eine dynamische Verweisung auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ist grundsätzlich ausgeschlossen, es sei denn der Gesetzgeber sieht diese explizit vor. Bislang enthält das Schweizer Recht keine solche Verweisung bezüglich des Unionsrechts; sie wäre aber nach dem Vorbild völkerrechtlicher Verträge jedenfalls möglich; <i>c.f.</i> FATCA-Abkommen mit den Vereinigten Staaten). 	<p>1</p> <p>1</p> <p>1</p> <p>1</p>

Aufgabe C
(10 Punkte)

Aufgaben und Lösungsskizze:

Frage 1

Was für Massnahmen sieht die Europäische Kommission in ihrem Aktionsplan aus dem Jahr 2012 vor, um aus gesellschaftsrechtlicher Sicht grenzüberschreitende Transaktionen europäischer Unternehmen zu verbessern? Nennen Sie mindestens vier Massnahmen.

- Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften ohne Liquidation
- Verbesserung des Mechanismus für grenzüberschreitende Verschmelzungen
- Genehmigung grenzüberschreitender Spaltungen
- Flexible Rechtsformen für europäische KMU
- Förderung und verstärkte Bewusstseinsbildung im Hinblick auf SE und SCE
- Verbesserte Informationen über Unternehmensgruppen

2 P.
(1/2 pro
Massnahme
max. 2 P.)

Frage 2

Welches Kompetenzverhältnis wird im entsprechenden Richtlinienvorschlag vorgesehen zwischen einzigem Gesellschafter und dem Leitungsorgan der SUP?

Sedes materiae bilden die Art. 21 bis 23.

1/2 P.

Der einzige Gesellschafter ist für eine ganze Palette von Fragen beschlusszuständig: Art. 21 Abs. 2 Unterabs. 1 RL-Vorschlag;

1 P.

er darf diese Beschlüsse nicht dem Leitungsorgan übertragen: Art. 21 Abs. 2 Unterabs. 2 RL-Vorschlag.

1/2 P.

Das Leitungsorgan kann alle Befugnisse der SUP ausüben, die nicht vom einzigen Gesellschafter oder gegebenenfalls vom Aufsichtsrat ausgeübt werden: Art. 22 Abs. 3 RL-Vorschlag.

1/2 P.

Der einzige Gesellschafter kann dem Leitungsorgan Weisungen erteilen: Art. 23 RL-Vorschlag.

1/2 P.

Frage 3

Wie regelt die Verordnung über das Statut der SE den Aufbau der Gesellschaft? Vergleichen Sie die Regelung mit der Leitungsorganisation in der schweizerischen Aktiengesellschaft.

Art. 38 SE-Verordnung: Die SE verfügt über	
a) eine Hauptversammlung der Aktionäre und	1/2 P.
b) entweder ein Aufsichtsorgan und ein Leitungsorgan	1/2 P.
(dualistisches System)	1/2 P.
oder ein Verwaltungsorgan	1/2 P.
(monistisches System).	1/2 P.
Im dualistischen System überwacht das Aufsichtsorgan die Geschäftsführung durch das Leitungsorgan;	1/2 P.
das Aufsichtsorgan ist nicht berechtigt, die Geschäfte der SE selbst zu führen (Art. 40 Abs. 1 SE-Verordnung)	1/2 P.
Im monistischen System führt das Verwaltungsorgan die Geschäfte der SE (Art. 43 Abs. 1 [Satz 1] SE-Verordnung).	1/2 P.
Das schweizerische Aktienrecht folgt grundsätzlich dem monistischen System;	1/2 P.
der Verwaltungsrat einer AG hat nicht nur eine Überwachungsfunktion.	1/2 P.
Total:	10 P.

Aufgabe D**(10 Punkte)****Aufgabe:**

Erklären Sie die Struktur und Funktionsweise von Art. 101 AEUV.

Lösung:

Es gibt keine Musterlösung.

Studierende, die Fragen bezüglich der Prüfung haben, melden sich bitte per E-Mail oder telefonisch im Sekretariat des LL.M.-Studiengangs Internationales Wirtschaftsrecht.

Aufgabe E
(10 Punkte)

Sachverhalt und Prüfungsfragen:

Das Versicherungsunternehmen *Tutto Speculazione S.p.A. (S)* hat seinen Sitz in Italien, ist dort zum Versicherungsgeschäft zugelassen und schliesst im Wege der Dienstleistungsfreiheit Versicherungsverträge in Deutschland ab. Die alleinige Geschäftsleitung der *S* obliegt Herrn *Mani Goldo (G)*, der über gesellschaftsrechtliche Konstruktionen 100% des Kapitals der *S* hält. Nach einiger Zeit erfährt die deutsche *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)* als Versicherungsaufsichtsbehörde, dass *G* in Deutschland wegen verschiedener schwerer Vermögensdelikte und Unregelmässigkeiten bei der Buchführung rechtskräftig verurteilt wurde. Die *BaFin* erachtet vor diesem Hintergrund die Zuverlässigkeit des *G* als nicht gegeben an und fordert die italienische Aufsichtsbehörde *IVASS* auf, umgehend geeignete Massnahmen zum Schutz der deutschen Versicherten zu ergreifen. Trotz offenkundiger Dringlichkeit bleibt die Behörde *IVASS* über Monate untätig. Die *BaFin* möchte nun selbst als aufsichtsrechtliche Sofortmassnahme der *S* den Abschluss neuer Versicherungsverträge in Deutschland untersagen, und zwar ohne die Behörde *IVASS* hiervon nochmals zu unterrichten oder weiter deren allfälliges Tätigwerden abzuwarten.

- a) *Beschreiben Sie die grundsätzliche Verteilung der aufsichtsbehördlichen Zuständigkeiten anhand des obigen Falls und beurteilen Sie, ob der BaFin (falls ja: auf welcher konkreten unionalen Rechtsgrundlage und unter welchen sachlichen Voraussetzungen) die fragliche Kompetenz zukommt. Erwähnen Sie dabei auch, auf Grundlage welchen aufsichtsrechtlichen Prinzips S überhaupt in Deutschland tätig werden konnte.*
- b) *Zusatzfrage: Im Rahmen welcher Richtliniengeneration wurden die für die Beurteilung des obigen Sachverhalts massgeblichen Zuständigkeitsprinzipien eingeführt, welchem Gesamtziel diene diese Richtliniengeneration und welche zentrale Neuerung wurde durch sie ausserhalb des Aufsichtsrechts, d. h. im vertragsrechtlichen Bereich, eingeführt?*

Lösungsskizze:

a) Das grenzüberschreitende Tätigwerden von *S* im Wege der Dienstleistungsfreiheit verlangt nach einer Abgrenzung der aufsichtsrechtlichen Zuständigkeiten von Sitzland- und Tätigkeitslandbehörden. Das unional harmonisierte Aufsichtsrecht ist dabei durch ein *Primat der Sitzlandaufsicht* (home country control) gekennzeichnet, das *in casu* in einer primären Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden des Herkunftsstaates der *S*, also Italiens, resultiert. Soweit es um Fragen der Zulassungsaufsicht, also etwa der Erteilung der Zulassungserlaubnis zum Versicherungsgeschäft oder um deren Widerruf geht, sind die Sitzlandbehörden zuständig. Im Bereich der laufenden Aufsicht gilt Gleiches für die sog. Finanzaufsicht. Lediglich im Rahmen der sog. *Rechtsaufsicht* bestehen *Rest-Kompetenzen* auch der Tätigkeitslandsbehörde.

Als Rechtsgrundlage für ein Einschreiten der BaFin kommt *Art. 155 Abs. 4 Solvency II* in Betracht, der eine Sonderzuständigkeit für die Behörden des Tätigkeitslandes vorsieht.¹ Diese Ausnahme vom Grundsatz der Zuständigkeit der Sitzlandbehörden darf jedoch nicht dazu führen, dass eine von diesen erteilte Zulassung, die unionsweit wirkt (*single licence* Prinzip) und die der S erst das Tätigwerden im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit in Deutschland ermöglicht hat, *generell* von den Tätigkeitslandbehörden (hier: der BaFin) „nachgeprüft“ werden dürfte und das genannte Prinzip somit ausgehebelt würde.

Vielmehr sind *drei Voraussetzungen* zu bejahen, um eine *ausnahmsweise Zuständigkeit* gem. Art. 155 Abs. 4 Solvency II annehmen zu können:

Zunächst müssen *Unregelmässigkeiten* i.S.d. Art. 155 Abs. 1 Solvency II drohen. Dies ist zu bejahen, wenn die Verletzung massgeblicher Rechtsvorschriften zu gewärtigen ist, wie sie für S in Deutschland (als Tätigkeitsland) gelten. In Anbetracht der laut Sachverhalt überaus zweifelhaften Zuverlässigkeit des die S wirtschaftlich und rechtlich allein beherrschenden G kann dies bejaht werden.

Damit die BaFin *präventive – nur vorübergehend wirkende – Sicherungsmassnahmen* wie das laut Sachverhalt angestrebte Verbot von Neuabschlüssen ergreifen kann, muss die anderenfalls drohende *Gefahr ernst und unmittelbar* sein, d. h. besondere *Dringlichkeit* gegeben sein. Für den vorliegenden Sachverhalt wird man dies bejahen können – nicht zuletzt deshalb, weil die IVASS „über Monate untätig“ geblieben ist.

Schliesslich wird für eine Kompetenz der BaFin vorausgesetzt, dass ohne die Ergreifung von angemessenen Sicherungsmassnahmen die *Interessen der Versicherten* (oder anderer Berechtigter) gefährdet erscheinen. In Anbetracht der laut Sachverhalt bestehenden, einschlägigen Verurteilungen des die S in jeder Hinsicht allein beherrschenden G sowie der offenkundig schon früher aufgetretenen „Unregelmässigkeiten bei der Buchführung“ ist dies zu bejahen. Aufgrund dieser „Vorgeschichte“ erscheinen nämlich die Erfüllungsinteressen der gegenüber der S leistungsberechtigten Personen zumindest bedroht.

Aufgrund der somit gegebenen Dringlichkeit – und nicht bloss aufgrund allfälliger Bedenken gegen die seinerzeitige Zulassungserteilung resp. deren bisher unterlassenen Widerruf durch die IVASS – stehen der BaFin die von Art. 155 Abs. 4 Solvency II vorgesehenen Präventiv-Massnahmen zur Verfügung, zu denen auch das im Sachverhalt erwähnte Verbot des Abschlusses neuer Verträge zählt.

b) Die angesprochenen aufsichtsrechtlichen Prinzipien (Grundsatz der Sitzlandaufsicht, *single licence*-Prinzip) wurden durch die sog. *Dritte Richtliniengeneration* etabliert.

¹ *Hinweis*: Eine Berufung auf Art. 155 Abs. 3 Solvency II wurde (bei richtiger Argumentation im Übrigen) als gleichwertig bepunktet.

Nachdem die. Zweite Richtlinien-Generation bereits die Dienstleistungsfreiheit im Bereich der sog. Grossrisiken realisiert hatte, verfolgte diese Dritte Richtliniengeneration die *Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit* für sämtliche Risiken. Mit dieser „Komplettierung“ war der *unions- bzw. (damals) gemeinschaftsweite Versicherungsbinnenmarkt formell vollendet*.

Die wichtigste *vertragsrechtliche* Neuerung, die die Dritte Richtlinien-Generation mit sich brachte, war der grundsätzliche *Entfall der präventiven AVB-Kontrolle* durch die nationalen Aufsichtsbehörden, von dem man sich u.a. eine Intensivierung des Wettbewerbs und eine stärkere Produktdiversifizierung erwartete.

Punkteverteilung:

Frage a)	
Grundsatz der Sitzlandaufsicht erklärt	1 Pkt
Ausnahme im Bereich der Rechtsaufsicht benannt	1 Pkt
Art. 155 Abs. 4 Solvency II als massgebliche Rechtsgrundlage benannt	1 Pkt
Voraussetzung „Unregelmässigkeit“ erkannt	0.5 Pkte
Zweifelhaftigkeit der Zuverlässigkeit des G angesprochen	0.5 Pkte
Voraussetzung „Gefahr im Verzug“/besondere Dringlichkeit erkannt	0.5 Pkte
Vorübergehende Natur der Sicherheitsmassnahmen der BaFin angesprochen	0.5 Pkte
Voraussetzung „Gefährdung von Versicherten-Interessen“ erkannt	1 Pkt
Erkennt, dass S auf Grundlage des <i>single licence</i> Prinzips in D tätig werden konnte	1 Pkt
Frage b)	
Zuordnung zur sog. 3. RL-Generation richtig vorgenommen	1 Pkt
Als Ziel der 3. RL-Generation die Verwirklichung/Komplettierung der DLF resp. die formelle Vollendung des EU-Versicherungsbinnenmarktes angesprochen	1 Pkt
Grundsätzliche Abschaffung der präventiven AVB-Kontrolle als vertragsrechtliche Folge benannt	1 Pkt
Insgesamt erreichbare Punkte	10 Pkte