

# Musterlösung der Prüfung Transnationales Recht vom 22. Juni 2015

## Bemerkungen

→ Für eine genügende Bewertung der Prüfung waren 24 Punkte erforderlich.

## 1. Teil – Öffentliches Recht

### Völkerrecht

<b>Frage I</b> <b>Bedürfen Vorbehalte zu völkerrechtlichen Verträgen für ihre Gültigkeit der Zustimmung der anderen Vertragsstaaten? Wann sind Vorbehalte unzulässig? Was unterscheidet einen Vorbehalt von einer auslegenden Erklärung?</b>	<b>5 Punkte</b> <b>(+ 1 ZP)</b>
<p>Frage der <i>Zustimmung</i> für die <i>Gültigkeit</i> von Vorbehalten:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Grundsätzlich bedürfen Vorbehalte der Annahme der anderen Staaten für ihre Gültigkeit</li><li>• Die Annahme kann stillschweigend oder ausdrücklich erfolgen</li><li>• Keine Annahme ist nötig, wenn der Vertrag den Vorbehalt ausdrücklich erlaubt und er nichts Gegenteiliges vorsieht (Art. 20 Abs. 1 WVK)</li><li>• Eine (ausdrückliche) Annahme ist nötig:</li><li>• Wenn der Vertrag dies vorsieht (Art. 20 Abs. 1 WVK, vgl. oben)</li><li>• Bei plurilateralen Verträgen gemäss Art. 20 Abs. 2 WVK</li><li>• Bei Gründungsverträgen internationaler Organisationen: Annahme durch die Organe der Organisation (Art. 20 Abs. 3 WVK)</li><li>• Nach Art. 23 WVK bedürfen Vorbehalte der Schriftform</li></ul> <p>Frage der <i>Unzulässigkeit</i> von Vorbehalten:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Ein Vorbehalt ist unzulässig, wenn der Vertragstext ihn verbietet (Art. 19 lit. a WVK) oder wenn der Vertrag vorsieht, dass nur bestimmte Vorbehalte gemacht werden dürfen, zu denen der konkrete Vorbehalt nicht gehört (Art. 19 lit. b WVK)</li><li>• Falls der Vertrag keine Spezialregelung betreffend Vorbehalte enthält: Vorbehalte sind unzulässig, falls sie mit dem Ziel und Zweck des Vertrages nicht vereinbar sind (Art. 19 lit. c WVK)</li><li>• Der Vorbehalt ist des Weiteren unzulässig bei einer Norm, die <i>ius cogens</i> wiedergibt</li></ul>	2.75

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Zulässigkeit von Vorbehalten bei Menschenrechtsverträgen?</li> </ul> <p>Unterschied <i>auslegende Erklärung</i> und Vorbehalt:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Auslegende Erklärungen haben keinerlei Rechtswirkung, während Vorbehalte die Rechtslage ändern</li> <li>• Eine auslegende Erklärung legt für einen Staat lediglich fest, wie dieser eine vertragliche Pflicht versteht</li> </ul>	<p>0.75 + 1 ZP</p> <p>1.5</p>
<p><b>Frage II</b></p> <p><b>Wie entsteht Völkergewohnheitsrecht, wie ändert es sich? Nennen Sie fünf als Völkergewohnheitsrecht anerkannte Normen. Gelten alle Normen des Völkergewohnheitsrechts für alle Staaten?</b></p>	<p><b>5 Punkte</b> (+ 2.5 ZP)</p>
<p>Frage der <i>Entstehung</i> von Völkergewohnheitsrecht:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Entstehung durch <i>allgemeine, einheitliche, dauernde Übung</i> („Staatenpraxis“) der Völkerrechtssubjekte (<i>consuetudo</i>) bei Vorhandensein einer entsprechenden Rechtsüberzeugung (<i>opinio iuris</i>) (Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut)</li> </ul> <p>Frage der <i>Änderung</i> von Völkergewohnheitsrecht:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Änderung durch neues, gegenläufiges Völkergewohnheitsrecht in derselben Materie</li> <li>• Nichtanwendung einer Norm des Völkergewohnheitsrechts (<i>desuetudo</i>)</li> <li>• Problem: Änderung des Völkergewohnheitsrechts setzt dessen Verletzung voraus</li> </ul> <p><i>Beispiele</i> für Völkergewohnheitsrecht:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Gewaltverbot</li> <li>• Interventionsverbot</li> <li>• Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe (Folterverbot)</li> <li>• Genozidverbot</li> <li>• Gemeinsamer Art. 3 der Genfer Konventionen</li> <li>• <i>uti possidetis</i>-Prinzip</li> <li>• Grundsatz der Staatenimmunität</li> <li>• etc.</li> </ul> <p><i>Geltung</i> für alle Staaten?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Grundsätzlich Bindung aller Staaten</li> <li>• Ausnahme: <i>Persistent objector</i>. Staat opponiert ausdrücklich gegen</li> </ul>	<p>1.5 + 1.5 ZP</p> <p>0.5 + 1 ZP</p> <p>1.5</p>

<p>die allgemeine Übung der Mehrheit der Staaten. Ihm kann die betreffende Norm des Völkergewohnheitsrechts nicht entgegengehalten werden</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Regionales Völkergewohnheitsrecht bindet schon <i>per definitionem</i> nicht alle Staaten (weltweit)</li> </ul>	1.5
<p><b>Fall</b></p> <p><b>Der wirtschaftlich schwache Staat A möchte verstärkt die Wasserkraft nutzen, weshalb er den Bau eines Staudammes plant. Durch diesen Staudamm würde ein See, welcher zu gleichen Teilen in A und dessen Nachbarstaat B liegt, erheblich an Wasser verlieren. B ist deshalb der Meinung, A dürfe den Staudamm nicht ohne seine Zustimmung bauen. B will seine Zustimmung nicht geben. Die Regierung von A lädt die Regierung von B zu einem Gespräch ein, um eine Lösung des Konflikts zu finden. Die Regierung von B lehnt die Einladung kategorisch ab und verkündet, sie sei nicht bereit, irgendwelche Gespräche über das Thema zu führen.</b></p> <p><b>Wenige Jahre später ist der Staudamm gebaut und in Betrieb genommen. Der am Bau des Staudammes beteiligte Ingenieur I, ein Staatsangehöriger von A, verbringt seinen Urlaub in B. Als Reaktion auf den in den Augen von B völkerrechtswidrigen Staudamm wird I in Verletzung von Menschenrechtsgarantien von der Polizei von B in Haft genommen. I darf während der mehrmonatigen Haft niemanden kontaktieren. Als weitere Reaktion auf den Bau des Staudammes beendet B seine bisher geleistete Entwicklungshilfe an A.</b></p>	10 Punkte (+ 3.5 ZP)
<p><b>Frage 1) Darf B sämtliche Versuche von A, eine Lösung des Konflikts herbeizuführen, ablehnen?</b></p>	0.5 Punkte (+1 ZP)
<ul style="list-style-type: none"> <li>Nein. Es besteht eine völkergewohnheitsrechtliche Pflicht zur friedlichen Streitbeilegung</li> <li>Ergibt sich auch aus Kapitel VI UNO-Charta (insb. Art. 33 UNO-Charta) und indirekt aus dem Gewaltverbot (Art. 2 Ziff. 4 UNO-Charta)</li> <li>Zentrales Prinzip der UNO: Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Ziff. 3 UNO-Charta</li> </ul>	0.5 + 1 ZP
<p><b>Frage 2) Wie ist die Einladung zu einem Gespräch von A an B völkerrechtlich zu qualifizieren? Welche anderen Mittel stehen für die Lösung eines solchen Konflikts zur Verfügung?</b></p>	1.5 Punkte (+1 ZP)
<p>Völkerrechtliche <i>Qualifikation</i> der Einladung zu einem Gespräch:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Unterscheidung: rechtlich-gerichtsförmige Mittel der Streitbeilegung und diplomatisch-politische Mittel der Streitbeilegung</li> <li>Bei einer Verhandlung klären die Streitparteien in einem direkten Dialog – ohne die Einschaltung eines Dritten – die gegenseitigen Positionen mit dem Ziel einer einvernehmlichen Lösung</li> <li>Laut SV spricht A eine Einladung „zu einem Gespräch“ aus. Es wird kein Einbezug von Dritten erwähnt. Rechtlich-gerichtsförmige Mittel zur Beilegung der Streitigkeit kommen im Rahmen eines „Gesprächs“ ebenfalls nicht in Frage. Somit handelt es sich bei der Einla-</li> </ul>	

<p>dung A's um eine Einladung zu einer <i>Verhandlung</i></p> <p><i>Andere Mittel der friedlichen Streitbeilegung:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Art. 33 Abs. 1 UNO-Charta zählt die wichtigsten Mittel der Streitbeilegung auf:</li> <li>• Untersuchung</li> <li>• Vermittlung („gute Dienste“)</li> <li>• Vergleich</li> <li>• Schiedsspruch</li> <li>• gerichtliche Entscheidung</li> <li>• Inanspruchnahme regionaler Einrichtungen oder Abmachungen</li> </ul>	<p>1 + 0.5 ZP</p> <p>0.5 + 0.5 ZP</p>
<p><b>Frage 3) Wie sind die Festnahme von I durch B und die Einstellung der Entwicklungshilfe durch B völkerrechtlich zu beurteilen?</b></p>	<p><b>3.5 Punkte (+ 1.5 ZP)</b></p>
<p>Beurteilung der <i>Festnahme</i> von I:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Die Festnahme von I geschah laut SV unter Verletzung menschenrechtlicher Garantien, d.h. unter Verletzung von Völkerrecht</li> <li>• Eine Verletzung von Völkerrecht kann gerechtfertigt sein, wenn sie in der Gestalt einer Gegenmassnahme erfolgt</li> <li>• Gegenmassnahmen lassen sich in Repressalien und Retorsionen unterteilen</li> <li>• Eine Repressalie ist eine (gewaltfreie) Gegenmassnahme, die an sich eine Völkerrechtsverletzung darstellt, aber ausnahmsweise erlaubt ist, weil sie sich genau gegen jenen Staat richtet, der durch einen vorangehenden Akt seinerseits Völkerrecht verletzt hat</li> <li>• Es ist zu prüfen, ob die Völkerrechtsverletzung durch B ausnahmsweise gerechtfertigt ist, da sie eine Repressalie darstellt</li> <li>• Prüfung <i>Zulässigkeit der Repressalie</i>: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Andauernde Verletzung von Völkerrecht durch A? B erachtet den Bau des Staudammes (wohl zu Recht) als völkerrechtswidrig</li> <li>• Gegenmassnahme muss sich gegen den Urheber der Völkerrechtsverletzung richten. Hier: Akt von B richtet sich laut SV gegen Staat A</li> <li>• Keine Verletzung von „sanktionsfesten“ Normen (Repressalienverbot; Art. 50 Abs. 1 ILC-Artikel), d.h. z.B. kein Verstoss gegen zwingendes Völkerrecht. Zudem sind Repressalien bei Normenkomplexen, die die Reaktionsmöglichkeiten auf eine Normverletzung abschliessend regeln (<i>self-contained regimes</i>), unzulässig (strittig)</li> <li>• Diskussion von Art. 50 Abs. 1 lit. b ILC-Artikel, wonach „die Ver-</li> </ul> </li> </ul>	<p>1.5</p>

<p>pflichtung zum Schutz der grundlegenden Menschenrechte“ gewährleistet sein muss. Verletzung (grundlegender) Menschenrechte im Zusammenhang mit der Inhaftierung?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Verhältnismässigkeit</li> </ul> <p>Beurteilung der Einstellung der <i>Entwicklungshilfe</i> durch B:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Eine <i>Retorsion</i> ist ein völkerrechtskonformer, aber unfreundlicher Akt als Antwort auf eine Völkerrechtsverletzung der Gegenseite</li> <li>• Gegenmassnahmen (inkl. Retorsionen) müssen nach Art. 51 ILC-Artikel verhältnismässig sein. Hier Einstellung der Entwicklungshilfe verhältnismässig? Verschiedene Positionen vertretbar. U.a. je nach Auswirkung der Einstellung, d.h. Abhängigkeit von A von der Entwicklungshilfe, schwerwiegende Folgen etc.</li> </ul>	<p>1 + 1 ZP</p>         <p>1 + 0.5 ZP</p>
<p><b>Frage 4) Kann A aufgrund der Inhaftierung von I irgendwelche Ansprüche gegen B geltend machen?</b></p>	<p><b>2.5 Punkte (+ 0.5 ZP)</b></p>
<p>Staat A könnte mittels Ausübung des diplomatischen Schutzes die Rechte von I (als seine eigenen Rechte) geltend machen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Voraussetzungen der Ausübung des diplomatischen Schutzes durch Staat A: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Völkerrechtsverletzung steht bevor oder ist bereits eingetreten</li> <li>• Eigene Staatsangehörige, d.h.: <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Staatsangehörigkeit ist nicht nur theoretisch, sondern es besteht eine genuine Verbindung (vgl. unten betr. effektive Staatsangehörigkeit bei Doppelbürgern). Im SV nichts Gegenteiliges erwähnt</li> <li>○ kontinuierliche Staatsangehörigkeit (zwischen Rechtsverletzung und Schutzausübung). Im SV nichts Gegenteiliges erwähnt</li> </ul> </li> </ul> </li> <li>• I ist gem. SV Staatsangehöriger von A</li> <li>• Erschöpfung des nationalen Rechtswegs im Verletzerstaat (<i>local/domestic remedies rule</i>). Der SV schweigt bezüglich Erschöpfung des Rechtswegs. Es wird aber erwähnt, dass I während seiner Haft niemanden kontaktieren darf, also auch keinen Rechtsbeistand herbeiziehen könnte, welchen er in einem fremden Land wohl benötigen würde. Es ist somit davon auszugehen, dass I den innerstaatlichen Rechtsweg nicht erschöpft hat</li> <li>• Ausnahmen vom Erfordernis der Rechtswegerschöpfung: lediglich erforderlich, dass Private für sie mögliche und ihnen zumutbare Rechtsbehelfe ergriffen haben. Angesichts der Unmöglichkeit für I, Kontakt zur Aussenwelt aufzunehmen, ist fraglich, ob es für I überhaupt möglich gewesen wäre, einen Rechtsbehelf zu ergreifen. Zudem ist es angesichts der Umstände von I's Inhaftierung (Reaktion auf den Bau des Staudammes), fraglich, ob die Ergrei-</li> </ul>	

fung eines Rechtsbehelfs nicht schon von vornherein aussichtslos und somit unzumutbar gewesen wäre	2.5 + 0.5 ZP
<b>Frage 5) Variante:</b> Gehen Sie davon aus, dass I zusätzlich zur Staatsbürgerschaft von A auch jene von Staat C hat. Ändert sich etwas an Ihrer Antwort zu Frage 4?	<b>0.5 Punkt</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>Bei Doppelbürgern zählt die effektive Staatsangehörigkeit. Nur jener Staat, zu welchem die betreffende Person die <i>engere Beziehung</i> hat (Wohnsitz, Familienbeziehungen etc.), kann diplomatischen Schutz ausüben</li> </ul>	0.5
<b>Frage 6) A möchte beim Internationalen Gerichtshof (IGH) eine Klage gegen B einreichen. Ist der IGH zuständig?</b>	<b>1.5 Punkte (+ 1 ZP)</b>
<p><i>Parteifähigkeit und Zugang:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Parteifähig sind nur Staaten (Art. 34 Abs. 1 IGH-Statut). A und B sind Staaten</li> <li>Der Zugang zum IGH steht in erster Linie den Parteien des IGH-Status offen (Art. 35 Abs. 1 IGH-Statut). Der SV gibt keinen Aufschluss darüber, ob A und B Parteien des IGH-Statuts sind</li> </ul> <p><i>Zuständigkeit des IGH</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Nach Art. 36 IGH-Statut gibt es drei Arten der Begründung der Zuständigkeit:</li> <li>Art. 36 Abs. 1 Variante 1 IGH-Statut: einvernehmliche Unterbreitung nach Entstehung der Streitigkeit durch die beteiligten Staaten (<i>compromis</i>)</li> <li>Art. 36 Abs. 1 Variante 2 IGH-Statut: Zuständigkeit des IGH vor Entstehung der Streitigkeit durch Spezialverweis im betreffenden Abkommen niedergelegt (kompromissarische Klausel)</li> <li>Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut: Erklärung eines Staates, dass der IGH für alle zukünftigen völkerrechtlichen Streitigkeiten zuständig sein soll (fakultatives Obligatorium)</li> <li>Im SV gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass eine der drei Varianten gegeben wäre. Deshalb ist die Zuständigkeit des IGH zu verneinen</li> </ul>	1 ZP
	1.5

## Europarecht

### Frage I (5 Punkte)

#### **Wie beurteilen Sie die Rolle des europäischen Parlaments im institutionellen Gefüge der EU, insbesondere mit Blick auf die demokratische Legitimation des EU-Rechts?**

Das Europäische Parlament als Organ der EU und institutionelles Gleichgewicht: Gemäss Art. 13 EUV und Art. 223 ff. AEUV ist das Europäische Parlament ein Organ der Europäischen Union. Die unions-spezifische Ausprägung des Machtgleichgewichts der Organe und deren gegenseitigen Kontrolle („checks and balances“) wird institutionelles Gleichgewicht genannt. Die Wahrung des institutionellen Gleichgewichts gebietet, dass jedes Organ seine Befugnisse unter Beachtung der Befugnisse der anderen Organe ausübt (EuGH Rs. C-70/88, *Tschernoby*).

Aufgaben des Europäischen Parlaments: Nach Art. 14 Abs. 1 EUV und weiteren Bestimmungen hat das Europäische Parlament folgende Aufgaben:

- Rechtsetzung, im Regelfall als gleichberechtigter Gesetzgeber gemeinsam mit dem Rat („Zweikammersystem“); dasselbe gilt für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge
- Ausübung der Haushaltsbefugnisse gemeinsam mit dem Rat (Budgetgenehmigung - „power of the purse“)
- Politische Kontrolle: Das Parlament kann der Kommission Fragen stellen und im Rahmen der Erörterung des jährlichen Gesamtberichts sowie der Jahresrechnung die Arbeit der Kommission kritisch beleuchten (Art. 230 Abs. 2, Art. 233 und 319 AEUV). Es hat die Möglichkeit, die Kommission gesamthaft durch ein Misstrauensvotum abzusetzen (Art. 234 AEUV).
- Beratung (obligatorische oder fakultative Anhörung des Parlaments) (EuGH, Rs. 138/79, *Roquette Frères-Isoglucose*)
- Wahl des Präsidenten der Kommission auf Vorschlag des Rates, Zustimmung zur Kommission *in globo*

Grundsatz der europäischen Demokratie im Zusammenhang mit dem Europäischen Parlament: Gemäss Art. 10 EUV beruht die Arbeitsweise der EU auf der repräsentativen Demokratie (Abs. 1). Im Europäischen Parlament sind die Bürger auf Unionsebene unmittelbar vertreten (Abs. 2; s. auch Art. 14 EUV). Politische Parteien auf Unionsebene sollen zur Herausbildung eines europäischen politischen Bewusstseins und zum Ausdruck des Willens der Bürgerinnen und Bürger der EU beitragen (Abs. 4). Einige Zahlen: Die Anzahl der Vertreter darf 750, zuzüglich dem Präsidenten, nicht übersteigen. Die Unionsbürger sind im Europäischen Parlament degressiv proportional, mindestens jedoch mit sechs Mitgliedern je Mitgliedstaat vertreten, wobei kein Mitgliedstaat mehr als 96 Sitze erhält. In Abs. 3 ist festgehalten, dass die Mitglieder des Europäischen Parlaments in allgemeiner, unmittelbarer (direkter), freier und geheimer Wahl für eine Amtszeit von fünf Jahren gewählt werden

Stärkung des Europäischen Parlaments und positiver Einfluss auf das institutionelle Gleichgewicht sowie die demokratische Legitimation des EU-Rechts: Seit der Gründung des Parlaments 1952 wurden seine Kompetenzen mehrmals deutlich erweitert, vor allem durch den Vertrag von Maastricht 1992 und den Vertrag von Lissabon 2009. Insbesondere der Einfluss auf die Rechtsetzung wurde sukzessive verstärkt und die Mitwirkungsrechte beim Erlass des Haushaltsplans ausgebaut. Mit dem Vertrag von Lissabon wurde zudem die Rolle des Parlaments im Vertragsschlussverfahren wesentlich gestärkt. Seit 1976 ist vorgeschrieben, dass das Europäische Parlament direkt vom Volk gewählt wird und sich nicht aus Europaabgeordneten der nationalen Parlamente zusammensetzen soll. Diese Änderungen und Erweiterungen haben den Stellenwert des Europäischen Parlaments im institutionellen Gleichgewicht und die demokratische Legitimation des EU-Rechts gesteigert und gefestigt.

Schwachstellen der Rolle des Europäischen Parlaments in Hinblick auf die demokratische Legitimation des EU-Rechts: Nach wie vor gibt es diesbezüglich Schwachstellen.

- Gemäss Art. 17 Abs. 2 EUV und Art. 294 Abs. 5 AEUV darf ein Gesetzgebungsakt der Union, soweit in den Verträgen nichts anderes festgelegt ist, nur auf Vorschlag der Kommission erlassen werden (Initiativmonopol).
- Laut Art. 289 Abs. 2 AEUV erfolgt in bestimmten, in den Verträgen vorgesehenen Fällen der Gesetzgebungsakt der Union im besonderen Gesetzgebungsverfahren, wobei sich die Rolle des Europäischen Parlaments auf die Anhörung oder Zustimmung zu einem Rechtsakt beschränkt.
- Bisher hat sich noch keine dauerhafte mitgliedstaatenübergreifende europäische Öffentlichkeit gebildet, auf Basis derer das Europäische Parlament arbeiten kann. Der Diskurs zu europapolitischen und europarechtlichen Themen wird vornehmend innerhalb der Mitgliedstaaten und selten übergreifend geführt.
- Der Bevölkerung der Mitgliedstaaten ist zudem der Stellenwert des Europäischen Parlaments oft nicht bewusst; Relevanz sowie die Kompetenzen des Parlaments werden verkannt.

## Frage II (5 Punkte)

**Die Durchführung des EU-Rechts obliegt primär den Mitgliedstaaten. Welche Vorgaben und Grundsätze müssen die mitgliedstaatlichen Behörden dabei beachten? Wie können sich Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen wehren, wenn sie der Meinung sind, mitgliedstaatliche Behörden würden bei der Durchführung von EU-Recht nicht korrekt handeln?**

Der Vollzug des Unionsrechts erfolgt grundsätzlich nach Massgabe des mitgliedstaatlichen Rechts. Dabei haben die Mitgliedstaaten (MS) folgende Vorgaben und Grundsätze zu beachten:

- Vorgaben, die im Primär- oder Sekundärrecht enthalten sind (z.B. Grundrechte)
- Grundsatz: Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit / Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV; Art. 291 Abs. 1 AEUV)

Bei der Anwendung sind sodann zu beachten:

- Das Effizienzgebot (Beeinträchtigungsverbot) untersagt es den MS durch innerstaatliche Regelungen oder Verwaltungspraxis die korrekte Anwendung des Unionsrechts zu beeinträchtigen (vgl. *EuGH, Tafelwein; EuGH, Alcan*)
- Das Diskriminierungsverbot (Äquivalenzprinzip) fordert, bei der Anwendung des Unionsrechts die gleichen Grundsätze anzuwenden wie bei der Anwendung analoger innerstaatlicher Regelungen.

Natürlichen und juristischen Personen stehen die folgenden Möglichkeiten offen, sich bei einem mangelhaften Vollzug des Unionsrechts durch den MS zu wehren:

- Anfechtung des nationalen Hoheitsaktes vor einem nationalen Gericht. Allenfalls muss das zuständige Gericht ein Vorabentscheidungsverfahren einleiten, um allfällige Vorfragen im Unionsrecht klären zu lassen. Beachte: Die Entscheidung darüber, ob ein Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet wird, erfolgt – *idealiter* pflichtbewusst – durch das mitgliedstaatliche Gericht. Natürliche und juristische Personen können dies nicht direkt einfordern.
- Falls durch den mangelhaften Vollzug ein Schaden entsteht, kann beim MS der Ersatz des eingetretenen Schadens verlangt werden. Der Anspruch auf Schadenersatz ggü. dem MS wurde in der Praxis mit dem Urteil *EuGH, Francovich* (betr. Nichtumsetzung von Richtlinien), begründet. Die Durchsetzung der Schadenersatzansprüche richtet sich nach innerstaatlichem Recht, wobei wiederum das Beeinträchtigungsverbot und Äquivalenzprinzip zu beachten sind. Im Urteil *EuGH, Brasserie du Pêcheur*, erweiterte der EuGH die Haftung der MS auf Fälle, in denen ein MS gegen EU-Recht verstösst, und formulierte die dafür einschlägigen Voraussetzungen.



- Unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien. Nat. und jur. Personen können sich unter gewissen Voraussetzungen direkt auf eine Richtlinie berufen, wenn ein Mitgliedstaat die Richtlinie nicht ordnungsgemäss umsetzt.

### Fall (10 Punkte)

**Die gemeinsame Agrarpolitik der EU umfasst seit 1993 auch gemeinsame Vorschriften für den Import von Bananen aus Drittstaaten (d.h. aus Staaten, welche nicht Mitglied der EU sind und mit ihr auch nicht speziell assoziiert sind). Die Grundlage dafür bildet die Verordnung 404/93 von 1993. Diese Verordnung sieht ein Kontingentierungssystem vor. Demnach darf pro Jahr nur eine gewisse Anzahl Bananen zollfrei oder zu einem relativ tiefen Zoll in die EU eingeführt werden.**

**Vor wenigen Tagen haben der Rat und das Parlament auf Vorschlag der Kommission die neue Verordnung 300/2015 erlassen, um den zollfreien Import von Bananen noch weiter zu reduzieren. Damit soll der Handel mit Bananen gefördert werden, welche in der EU selber oder in namentlich aufgeführten ehemaligen Kolonien produziert werden. Die Firma Müller GmbH, welche u.a. im Bereich des Bananenimports tätig ist und ihren Sitz in München hat, möchte sich gegen diese neue Verordnung wehren. Sie ist der Meinung, dass die Verordnung 300/2015 gegen das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit gemäss Art. 16 GRCh verstösst. Die Firma Müller GmbH beauftragt Sie, die folgenden Fragen zu klären.**

**1) Ist es möglich, die Verordnung 300/2015 vor dem EuG oder dem EuGH direkt anzufechten und geltend zu machen, dass sie gegen das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit verstösst? Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit das EuG oder der EuGH auf eine solche Klage eintritt? Welches Gericht – das EuG oder der EuGH – wäre zuständig?**

Klageart / zuständiges Gericht

- Die Firma Müller GmbH könnte allenfalls mittels Nichtigkeitsklage (Art. 263 f. AEUV) gegen die Verordnung vorgehen. Die Nichtigkeitsklage ist beim Gericht (EuG) einzureichen (Art. 256 AEUV i.V.m. Art. 51 EuGH-Satzung).

Anfechtungsobjekt / Passivlegitimation

- Aus Art. 263 Abs. 1 AEUV ergibt sich, dass alle Rechtsakte der Unionsorgane und -einrichtungen, welche Rechtswirkungen gegen aussen entfalten, taugliche Anfechtungsobjekte darstellen. Vorliegend handelt es sich um eine Verordnung gemäss Art. 288 Abs. 1 AEUV. Damit liegt ein taugliches Anfechtungsobjekt vor.
- Passivlegitimiert sind gemäss Art. 263 Abs. 1 AEUV der Rat, die Kommission, das Parlament und die Europäische Zentralbank. Die Passivlegitimation ist als erfüllt zu betrachten, da die Verordnung durch den Rat und das Parlament auf Vorschlag der Kommission erlassen wurde.

Klagegründe

- Die Klagegründe sind in Art. 263 Abs. 2 AEUV erwähnt. In casu könnte die Verletzung der Verträge in Frage kommen. Die Müller GmbH macht geltend, die Verordnung verletze Art. 16 GRCh. Die GRCh und die Verträge sind gleichrangig (Art. 6 Abs. 1 EUV). Daher ist ein zulässiger Klagegrund gegeben.

Klagefrist

- Die Klagefrist beträgt gemäss Art. 263 Abs. 6 AEUV 2 Monate. Laut Sachverhalt wurde die Verordnung vor wenigen Tagen erlassen. Diese Voraussetzung ist demnach erfüllt.

Aktivlegitimation

- Gemäss Art. 263 Abs. 4 AEUV sind natürliche und juristische Personen zur Nichtigkeitsklage legitimiert, wenn sie Adressat einer Handlung sind oder von einer Handlung unmittelbar und individuell betroffen werden. Zudem sind sie auch zur Nichtigkeitsklage gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter legitimiert, die keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, sofern sie unmittelbar betroffen sind.
- Der Begriff „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ umfasst nicht sämtliche EU-rechtlichen Verordnungen. Der Begriff umfasst nur jene Verordnungen, die nicht in einem Gesetzgebungsverfahren zustande gekommen sind (Urteil *Inuit*, C-583/11 P, Rz. 61). In casu handelt es sich um eine Verordnung im Sinne eines Gesetzgebungsakts.
- Die Müller GmbH ist somit nur dann zur Klage legitimiert, wenn sie unmittelbar und individuell betroffen ist. Die individuelle Betroffenheit ist erfüllt, wenn die Handlung jemanden aufgrund „bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt“ (Urteil *Plaumann*, C-25/62, S. 238). Eine unmittelbare Betroffenheit liegt vor, wenn die fragliche Massnahme selbst in seine Interessen eingreift, so dass es keiner weiteren Durchführungsmaßnahme mehr bedarf.
- Die unmittelbare Betroffenheit der Müller GmbH ist erfüllt. Die Verordnung führt dazu, dass der zollfreie Import von Bananen reduziert wird. Die GmbH ist direkt durch die Verordnung und demnach ohne weitere Anordnungen bzw. Durchführungsmaßnahmen in ihren Interessen betroffen. Die individuelle Betroffenheit hingegen muss verneint werden. Der EuGH entschied im ähnlich gelagerten Fall *Plaumann*, dass ein Clementinenimporteur im Zusammenhang mit der Festsetzung von Zolltarifen nicht individuell betroffen ist, da er lediglich in seiner Eigenschaft als Teilnehmer am Wirtschaftsleben berührt werde und diese Tätigkeit von jedermann jederzeit ausgeübt werden könne (Urteil *Plaumann*, S. 239; bestätigt im Urteil *Inuit*, Rz. 73). Dasselbe gilt für die Müller GmbH. Durch die Reduktion des zollfreien Imports von Bananen ist die Müller GmbH zwar in ihrer Eigenschaft als Teilnehmerin am Wirtschaftsleben berührt. Da diese Tätigkeit von jedermann jederzeit ausgeübt werden kann, ist die Müller GmbH nicht wegen besonderer, sie aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umständen berührt.
- Zwischenfazit: Die Müller GmbH ist nicht zur Klageerhebung legitimiert.

#### Fazit

- Es ist nicht möglich, dass die Müller GmbH die Verordnung direkt vor dem EuG anfigt.

**2) Die Müller GmbH ist überzeugt, dass die Verordnung 300/2015 nicht nur gegen das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit gemäss Art. 16 GRCh verstösst, sondern auch gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit, wie es durch das deutsche Grundgesetz geschützt wird (Art. 12 GG). Ist es möglich, vor einem deutschen Gericht geltend zu machen, die Verordnung 300/2015 verletze das deutsche Grundrecht der Berufsfreiheit? Wird das deutsche Bundesverfassungsgericht eine solche Beschwerde – nach Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel – inhaltlich prüfen und der Verordnung 300/2015 die Anwendung versagen, wenn es zum Schluss kommt, dass sie tatsächlich gegen das fragliche Grundrecht verstösst?**

Sicht des EuGH:

- Das Unionsrecht hat Vorrang gegenüber dem nationalen Recht (EuGH, *Costa/ENEL*).
- Die einheitliche Geltung des Unionsrechts schliesst eine Überprüfung auf Übereinstimmung mit nationalem Recht auf jeder Stufe aus; nationales Recht – auch im Verfassungsrang – ist ausser Anwendung zu lassen, wenn es gegen das Unionsrecht verstösst; das nationale Gericht darf nicht von sich aus der Verordnung die Anwendung versagen (Verwerfungsmonopol des EuGH); die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, das unionsrechtswidrige nationale Recht aufzuheben bzw. anzupassen.

Sicht der Mitgliedstaaten, insbesondere des deutschen Bundesverfassungsgerichts:

- BVerfG, Solange I: Solange das Gemeinschaftsrecht keinen dem Grundgesetz adäquaten Grundrechtskatalog enthält, überprüft das Bundesverfassungsgericht die Übereinstimmung des Gemeinschaftsrechts mit den deutschen Grundrechten.
- BVerfG, Solange II: Solange die Europäische Gemeinschaft einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaft gewährleistet, der dem Schutz der Grundrechte gem. Grundgesetz im Wesentlichen entspricht, überprüft das Bundesverfassungsgericht nicht die Übereinstimmung des Gemeinschaftsrechts mit den deutschen Grundrechten.
- BVerfG, Bananenmarktordnung (Bestätigung von Solange II) Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten, die eine Verletzung von Grundrechten des Grundgesetzes durch EG- bzw. EU-Sekundärrecht geltend machen, sind unzulässig, wenn nicht dargelegt wird, dass die europäische Rechtsentwicklung (inkl. EuGH-Rechtsprechung) nach Ergehen der Solange II-Entscheidung unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei.

Zurzeit wird kaum erfolgreich dargelegt werden können, dass der Grundrechtsschutz auf Unionsebene nicht hinreichend gewährleistet ist. Daher wird das deutsche Bundesverfassungsgericht die Beschwerde der Müller GmbH, wonach die Verordnung 300/2015 gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) verstößt, inhaltlich nicht prüfen und der Verordnung nicht die Anwendung versagen.

## 2. Teil – Privatrecht

### Internationales Privatrecht (10 Punkte)

#### 1) Was ist eine akzessorische Anknüpfung? Nennen Sie ein Beispiel aus dem IPRG.

Eine akzessorische Anknüpfung unterstellt einzelne oder mehrere Rechtsfragen derselben Rechtsordnung, die für andere Fragen berufen wird. (1 P.)

Die „Zweitanknüpfung“ folgt der Erstverweisung. (1/2 P.)

Beispiel: Art. 126 Abs. 1 und Abs. 4 IPRG (Stellvertretung) sowie Art. 133 Abs. 3 IPRG (Delikt). (1 P.)

[ein Beispiel genügt; max. 1 Punkt]

#### 2) Kann eine Person, die sowohl die deutsche als auch die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzt und in Basel Wohnsitz hat, ihren Namen dem deutschen Recht unterstellen?

Im Namensrecht lässt Art. 37 Abs. 2 IPRG (1/2 P.)

die Rechtswahl zu. (1/2 P.)

Bei mehrfacher Staatsangehörigkeit einer Person muss wohl auf die effektive abgestellt werden; (1 P.)

Art. 23 Abs. 2 IPRG. (1/2 P.)

Daher dürfte in casu die Wahl des deutschen Rechts nicht zulässig sein (Nähe zur Schweiz durch Wohnsitz in Basel grösser). (1 P.)

#### 3) X wohnt in Horgen und bestellt bei der Y GmbH (mit Sitz in Berlin) über das Internet die Software 0013 für den eigenen Personalcomputer. Der Preis für die Software beträgt CHF 1'600.-. Da X mit dem Produkt nicht zufrieden ist, zahlt er nicht. Darauf verklagt ihn die Y GmbH in Horgen.

Welches Recht ist auf den Vertrag und die Forderung der Y GmbH im Besonderen anwendbar? *Hinweis*: Zuständigkeit ist *nicht* zu prüfen.

Zu fragen ist, ob es sich vorliegend um einen Konsumentenvertrag handelt, (1 P.)

und Art. 120 IPRG anzuwenden ist. (1/2 P.)

Grundsätzlich sind die Kriterien von Art. 120 Abs. 1 IPRG erfüllt. (1/2 P.)

Umstritten mag sein, ob allein eine Bestellung über Internet den von Art. 120 Abs. 1 IPRG verlangten Inlandbezug vermittelt. (1 P.)

Oder könnte, analog zu Art. 15 Abs. 1 lit. c LugÜ, eine „Ausrichtung“ auf den Schweizer Markt verlangt werden (worüber sich aus dem Sachverhalt nichts ergibt)? (1/2 P.)

Nach Art. 120 IPRG käme schweizerisches Recht auf den Vertrag und die Forderung der Y GmbH zur Anwendung. (1/2 P.)

## Internationales Zivilverfahrensrecht (10 Punkte)

H, mit Wohnsitz in der Schweiz, ist eine professionelle Architektur-Fotografin und Urheberin von Lichtbildwerken, die Bauten eines berühmten österreichischen Architekten zeigen. Die Universität Wien, eine Anstalt des öffentlichen Rechts, will den Architekten in einer Feierstunde ehren. Zu diesem Zweck beauftragt sie ihre 100%-Tochter, die Event-Agentur A-GmbH mit Sitz in Wien, mit der Organisation und Durchführung der Veranstaltung. Die A-GmbH will auf der Veranstaltung Lichtbildwerke der H zeigen. Hierzu erteilt H ihre Genehmigung. Im Anschluss an die Fier stellt die A-GmbH jedoch die Lichtbilder – ohne Zustimmung von H und ohne Anführung einer Urheberbezeichnung – auf ihrer Website zum Abruf und Download bereit. Der Server steht in Deutschland.

H ist der Ansicht, dass die A GmbH durch die Veröffentlichung im Internet ihre Urheberrechte verletzt habe, und reicht an ihrem Wohnort in Zürich – nach vorherigem Durchlaufen des Schlichtungsverfahrens – gegen die A-GmbH Klage auf Schadenersatz ein. Sie weist darauf hin, dass ihre Urheberrechte in ganz Europa geschützt seien. Die A-GmbH bestreitet die internationale Zuständigkeit der Zürcher Gerichte. Sie weist insbesondere darauf hin, dass sie eine domain-Bezeichnung verwende, die allein auf Österreich ausgerichtet sei („A-GmbH.at“). Nehmen Sie zu allen aufgeworfenen Rechtsfragen Stellung.

**Lösung (Fall nachgebildet EuGH 22.1.2015 - C-441/13, Pez Hejduk v/ EnergieAgentur.NRW GmbH)**

### **1. Anwendung des LugÜ**

#### **a) sachlicher Anwendungsbereich**

- Zivil- und Handelssache (Art. 1 Abs. 1 S. 1 LugÜ): autonom auszulegen, d. h. aus Übereinkommen heraus und unabhängig vom nationalen Recht. Hier handelt es sich um eine Schadensersatzklage. Das ist eine typische Zivil- und Handelssache.
- Problematisieren kann man vorliegend noch Art. 1 Abs. 1 S. 2 LugÜ. Ausgenommen sind danach verwaltungsrechtliche Angelegenheiten. Der Begriff ist ebenfalls autonom auszulegen. Massgebend ist nicht, ob (eine) Partei dem öffentlichen Recht bzw. einem öffentliche-rechtlichen Rechtsträger zuzuordnen ist. Massgebend ist vielmehr die Rechtsnatur des Streits. Typisch für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten ist, dass zwischen den Parteien ein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht, d. h. dass eine Partei der anderen nicht mit den Mitteln des Privatrechts gegenübertritt, sondern Sonderbefugnisse in Anspruch nimmt. Das ist hier offensichtlich nicht der Fall.

#### **b) räumlich-persönlicher Anwendungsbereich**

- Voraussetzung ist (Art. 2 LugÜ), dass der Beklagte seinen Wohnsitz in einem LugÜ-Vertragsstaat hat. Hier hat die A-GmbH ihren Sitz (nach Art. 60 LugÜ) in Österreich.
- Des Weiteren bedarf es des (ungeschriebenen) Elementes der Internationalität. Letzteres ist immer dann gegeben, wenn Kläger und Beklagter ihren Sitz/Wohnsitz in unterschiedlichen (Vertrags-)Staaten haben. Ist hier ebenfalls erfüllt.

#### **c) zeitlicher Anwendungsbereich ist unproblematisch gegeben**

## 2. Internationale Zuständigkeit

Das Gericht muss seine internationale Zuständigkeit von Amtes wegen prüfen (Art. 25, 26 Abs. 1 LugÜ). Das gilt nur dann nicht, wenn keine anderweitige Zuständigkeit gegeben ist und sich der Beklagte auf das Verfahren eingelassen hat. Das ist aber laut Sachverhalt hier nicht der Fall.

### a) Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ (oder Abs. 3 oder Nr. 3)

- Der Begriff der „unerlaubten Handlung“ ist autonom auszulegen. Erfasst sind „alle Klagen, mit denen eine Schadenshaftung des Beklagten geltend gemacht wird und die nicht an einem Vertrag anknüpfen“. In Grenzfällen kann es daher angebracht sein, zunächst Art. 5 Ziff. 1 LugÜ zu prüfen. Hier haben die Parteien keine Vereinbarung (autonom auszulegen: freiwillig eingegangene Verpflichtung) über die Verwendung bzw. Nichtverwendung der Lichtbilder im Internet geschlossen. Damit liegt diese Voraussetzung vor.
- Der Ort des schädigenden Ereignisses verweist auf zwei Orte, nämlich den Handlungs- und den Erfolgsort. Zwischen diesen beiden Orten hat der Kläger die Wahl.
- Handlungsort: ist der Ort des ursächlichen Geschehens, d. h. der Ort, an dem sich das Ereignis verwirklicht hat, das zu dem Schaden geführt hat. Besteht das behauptete Delikt in einer Verletzung von Urheberrechten durch die ohne Zustimmung des Urhebers erfolgte Veröffentlichung auf einer bestimmten Website, ist als ursächliches Geschehen das Auslösen des technischen Vorgangs anzusehen, das zum Erscheinen der Lichtbilder auf dieser Website führte. Ausgelöst wird eine etwaige Verletzung der Urheberrechte somit durch das Verhalten des Inhabers dieser Website. Der räumliche Bezug des Handlungsortes ist vorliegend also nur zum Ort des Sitzes der A-GmbH gegeben, denn dort hatte diese die Entscheidung, die Lichtbilder auf einer bestimmten Website zu veröffentlichen, getroffen und durchgeführt. Dieser Ort befindet sich aber nicht in der Schweiz. (Darüber hinaus verweist der Handlungsort nicht an einen anderen Ort als den Wohnsitzstaat der Beklagten mit der Folge, dass Art. 5 LugÜ von vorherein nicht anwendbar ist (siehe Eingangssatz). Da aber zu allen aufgeworfenen Rechtsfragen Stellung zu nehmen ist, reicht diese Begründung vorliegend nicht aus).
- Erfolgsort: Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang bereits festgestellt, dass der Ort der Verwirklichung des Schadenserfolgs im Sinne dieser Bestimmung in Abhängigkeit von der Natur des Rechts variieren kann, das verletzt worden sein soll, und dass die Gefahr, dass sich ein Schadenserfolg in einem bestimmten Mitgliedstaat verwirklicht, voraussetzt, dass das Recht, dessen Verletzung geltend gemacht wird, in diesem Mitgliedstaat geschützt ist. Die A-GmbH weist darauf hin, dass der Schadenserfolg in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihres Sitzes nicht eintritt, weil ihre Website, auf der die streitigen Lichtbilder veröffentlicht worden sind und die unter einem nationalen österr. Top-Level-Domain-Namen, d. h. „.at“, betrieben werde, nicht auf die Schweiz ausgerichtet sei, so dass der Schadenserfolg nicht in diesem Vertragsstaat eingetreten sei.

Insoweit ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass Art. 5 Nr. 3 LugÜ der Verordnung Nr. 44/2001 im Gegensatz zu Art. 15 Abs. 1 Buchst. c dieser Verordnung, der in dem Urteil Pammer und Hotel Alpenhof (C-585/08 und C-144/09, EU:C:2010:740), ausgelegt wurde, nicht verlangt, dass die fragliche Website auf den

Mitgliedstaat des angerufenen Gerichts „ausgerichtet“ ist. Daher ist es für die Bestimmung des Ortes der Verwirklichung des Schadenserfolgs zur Feststellung der gerichtlichen Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 LugÜ unerheblich, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Website nicht für den Mitgliedstaat des vorlegenden Gerichts bestimmt ist. Mithin liegt der Schadensort in allen Vertragsstaaten (einschl. Schweiz), in denen das Urheberrecht geschützt ist.

Da jedoch der vom Vertragsstaat des vorlegenden Gerichts gewährte Schutz von Urheber- und verwandten Schutzrechten nur für das Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats gilt, ist das angerufene Gericht in Anknüpfung an den Ort der Verwirklichung des Schadenserfolgs nur für die Entscheidung über den Schaden zuständig, der im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats verursacht worden ist, zu dem es gehört. Die Gerichte anderer Mitgliedstaaten sind nämlich nach Art. 5 Nr. 3 LugÜ und dem Territorialitätsgrundsatz grundsätzlich für die Entscheidung über einen im Hoheitsgebiet ihres jeweiligen Mitgliedstaats im Hinblick auf Urheber- und verwandte Schutzrechte verursachten Schaden zuständig, da sie am besten in der Lage sind, zu beurteilen, ob diese vom betreffenden Mitgliedstaat gewährleisteten Rechte tatsächlich verletzt worden sind, und können die Natur des verursachten Schadens bestimmen. Es gilt mithin die Mosaik-Theorie.

### **3. Zuständigkeit nach Art. 2**

Art. 2 LugÜ knüpft an dem Wohnsitzgerichtsstand an. Der Wohnsitz / Sitz ist nach Art. 60 LugÜ zu bestimmen. Danach wären die österreichischen Gerichte zuständig. Die örtliche Zuständigkeit wäre nach österreichischen IPRG zu ermitteln. An dem Ort könnte – anders als am Erfolgsort nach Art. 5 Nr. 3 LugÜ – der gesamte Schaden geltend gemacht werden.



## Transnationales Privatrecht (10 Punkte)

S, ein Weinhändler aus Zürich, bestellt bei P, der ein Weingut in Portugal betreibt, 50 Kartons (à 6 Flaschen) Rotwein „Touriga Nacional 2011“. P liefert diesen Wein, jedoch Jahrgang 2012. Geschmacklich unterscheiden sich die beiden Jahrgänge nicht. Auch preislich liegen sie ganz gleich.

S möchte wissen, ob er den Wein retournieren und den Kaufpreis zurückverlangen kann. In der Vertragsurkunde findet er folgende Rechtswahlklausel:

„Dieser Vertrag unterliegt dem Wiener Kaufrecht (CISG). Soweit dieses eine Frage nicht regelt, finden die UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2010 Anwendung“

S wendet sich mit der Frage an Sie, ob diese Rechtswahl wirksam ist. S möchte ausserdem wissen, ob das Wiener Kaufrecht (CISG) bei Lieferung von Wein mit falschem Jahrgang ein recht zur Aufhebung des Vertrags gewährt.

### Anmerkung

Gehen Sie bei der Beantwortung der Frage von S davon aus, dass der Vertrag eine wirksame Schiedsklausel zugunsten eines Zürcher Schiedsgerichts (Variante 1) bzw. eine wirksame Gerichtsstandsklausel zugunsten eines Zürcher Gerichts (Variante 2) enthält.

### Hinweis

*Portugal ist nicht Vertragsstaat des Wiener Kaufrechts/CISG.*

### Hinweise

Fett Markiertes sowie auch fett markierte Artikel sind für die Erzielung der Punkte i.d.R. zwingend erforderlich, jedoch nicht in jedem Fall ausreichend.

Definitionspunkte werden erteilt für eine richtige Definition des entsprechenden Begriffes. Für Stichworte werden grundsätzlich keine Definitionspunkte erteilt.

Subsumtionspunkte werden erteilt für eine begründete Argumentation mit Bezug auf den Sachverhalt. Aussagen wie „I.c. gegeben.“ erhalten keine Subsumtionspunkte.

Fazitpunkte werden erteilt für die Beantwortung der gestellten Frage.

Zum besseren Verständnis des Lösungsschemas finden sich stellenweise Erläuterungen (in grau), welche nicht zur geforderten Lösung gehören.

<b>Vertrag über den Kauf von 50 Kartons Rotwein</b>	<b>10 Pkt. Max.</b>
<b>Wirksamkeit der Rechtswahl</b>	<b>6 Pkt.</b>

<p><b>I. Variante 1: Schiedsklausel</b></p> <p>S und P haben einen Kaufvertrag über 50 Kartons Rotwein geschlossen. Neben einer Schiedsklausel zugunsten eines Zürcher Schiedsgerichts enthält der Vertrag eine Rechtswahlklausel zugunsten des CISG und subsidiär der UNIDROIT Principles.</p>	
<p>Gemäss <b>Art. 187 Abs. 1 IPRG</b> entscheidet das Schiedsgericht die Streitsache nach dem von den Parteien gewählten Recht oder, bei Fehlen einer Rechtswahl, nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt.</p>	<b>0.5</b>
<p><i>Die Parteien haben sich gemäss SV in einer Rechtswahlklausel geeinigt, das CISG und subsidiär die UNIDROIT Principles auf den Vertrag anzuwenden. Eine vom Schiedsgericht nach Art. 187 Abs. 1 IPRG zu beachtende <b>Rechtswahl liegt somit vor.</b></i></p>	<b>0.5</b>
<p>Fraglich ist indessen, welche Rechtsordnungen von den Parteien für auf den Vertrag anwendbar erklärt werden können und ob die <b>Wählbarkeit</b> allenfalls eingeschränkt ist. Viele nationale Kollisionsrechtsordnungen verbieten die Wahl einer nicht-staatlichen Ordnung. Nach der Regelung in Art. 187 IPRG sind diese <b>jedoch zulässig</b>, zumal nach <b>Abs. 2</b> sogar ein Billigkeitsentscheid des Schiedsgerichts durch Ermächtigung der Parteien möglich ist.<sup>1</sup></p>	<b>0.5</b>
<p><i>Die Parteien haben sich primär für das CISG, einen Staatsvertrag, entschieden und subsidiär für die UNIDROIT Principles, eine nicht-staatliche Ordnung. Diese Rechtswahl ist so zulässig.</i></p>	
<p><b>II. Variante 2: Gerichtsstandsklausel</b></p>	
<p>S und P haben einen Kaufvertrag über 50 Kartons Rotwein geschlossen. Neben einer Gerichtsstandsklausel zugunsten eines Zürcher Gerichts enthält der Vertrag eine Rechtswahlklausel zugunsten des CISG und subsidiär der UNIDROIT Principles.</p>	
<p>Gemäss <b>Art. 118 Abs. 1 IPRG</b> kommt für den Kauf beweglicher körperlicher Sachen das <b>Haager Übereinkommen</b> vom 15. Juni 1955<sup>2</sup> betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen zur Anwendung.</p>	
<p><i>Wein stellt <b>eine bewegliche körperliche Sache i.S.d. Haager Übereinkommens</b> dar, weshalb dieses anwendbar ist.</i></p> <p>Korrekturanmerkung: Es handelt sich nicht um einen Konsumentenvertrag; Art. 120 IPRG ist nicht anwendbar.</p>	

<sup>1</sup> Siehe dazu SCHNYDER/LIATOWITSCH, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., 2011, Rn. 518; für die Wählbarkeit nicht-staatlicher Ordnungen spricht auch der französische Gesetzestext von Art. 187 Abs. 1 IPRG, in welchem von „règles de droit“ die Rede ist.

<sup>2</sup> (Haager) Übereinkommen betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht vom 15. Juni 1955 (SR 0.221.211.4).

<p>Gem. <b>Art. 2 HKÜ</b> untersteht das anwendbare Recht dem innerstaatlichen Recht des von den vertragsschliessenden Parteien bezeichneten Landes.</p>	<p><b>0.5</b></p>
<p><i>Die Parteien haben in der Rechtswahl kein Landesrecht bezeichnet. Es stellt sich daher die Frage, ob diese trotzdem gültig ist.</i></p>	
<p>Es werden kontroverse Diskussionen darüber geführt, ob lediglich staatliches Recht oder allenfalls auch eine nicht-staatliche Ordnung in der Rechtswahl integriert werden kann. Konservative Meinungen verneinen die <b>Wählbarkeit von anationalem Recht</b> und beschränken sich auf die Wählbarkeit von Landesrecht. Nur (aber immerhin) bei <b>Regelwerken privater Organisationen</b> liegt ein klarer Fall vor; das BGer hat deren Wahlmöglichkeit klar verneint (BGE 132 II 285 „FIFA-Rules“). Dennoch setzen sich vermehrt Lehrmeinungen dafür ein, die Wählbarkeit von nicht-staatlichen Regelwerken, die „eine dem Rechtssicherheitsgedanken genügende innere Kohärenz sowie einen dem Postulat der Einzelfallgerechtigkeit Rechnung tragenden materiellen Gehalt aufweisen“, zuzulassen.<sup>3</sup> Beispielhaft können hier die <b>UNIDROIT-Principles</b> genannt werden.</p>	<p><b>0.5</b></p>
<p><i>Eine auf das CISG oder die UNIDROIT Principles gerichtete <b>Rechtswahl</b> ist, wie soeben ausgeführt, <b>nicht unproblematisch</b>. Die Lehrmeinungen gehen dabei auseinander, weshalb eine Argumentation für sowie auch gegen eine entsprechende Zulässigkeit der Rechtswahl sprechen kann.</i></p> <p><i>Die stärksten Bedenken bestehen bei einer Wahl der UNIDROIT-Principles. Ihnen kommt keine eigentliche Rechtsqualität zu, sodass die Wirkung ihrer Wahl im staatlichen Verfahren nicht weiter reichen kann, als es das Bundesgericht für die FIFA-Rules ausgesprochen hat. Die <b>Principles werden in den Vertrag inkorporiert</b> und gelten daher als seine Bestimmungen.</i></p>	

<sup>3</sup> BSK-IPRG/AMSTUTZ/WANG, Art. 116 N 21.

<p><i>Anders als die UNIDROIT Principles ist das CISG ein die Vertragsstaaten <b>bindendes Übereinkommen</b> und hat daher <b>Rechtsqualität</b>. Insofern entfallen bei der Wahl des CISG jene Bedenken, die bei einer Wahl von nicht-staatlichem Recht bestehen. Dennoch bestehen auch hier Bedenken: Das CISG ist <b>nicht das Recht eines „Landes“</b>, wie es im Wortlaut des Art. 2 HKÜ heisst (erwogen werden könnte aber, ob die Wahl des CISG auch eine <b>konkludente Wahl schweizerischen Rechts</b> beinhalten könnte, weil von den beiden Staaten, in denen die Parteien ihre Niederlassungen haben, nur die Schweiz Vertragsstaat des CISG ist). Die Wahl des CISG ist bestenfalls eine <b>Teilrechtswahl</b>, weil es nur den <b>besonderen Vertragstyp Kauf</b> regelt und hier nur das Vertragszustandekommen und die gegenseitigen Rechte und Pflichten (s. Art. 4 CISG). Das CISG bestimmt <b>autonom</b> über seinen Anwendungsbereich. Art. 1 Abs. 1 lit a) fordert hierfür, dass die beiden Staaten, in denen die Parteien ihre Niederlassungen haben, Vertragsstaaten sind. Ist dies nicht der Fall, so gilt das CISG nach seinem Art. 1 Abs. 1 lit b), wenn das Recht eines Vertragsstaats zur Anwendung berufen ist. Wiewohl dies auch durch Wahl des Rechts eines Vertragsstaats gem. Art. 2 HKÜ geschehene kann, eine <b>direkte Wahl des CISG</b> als das den Vertrag beherrschende Recht ist im CISG selbst <b>nicht vorgesehen</b>.</i></p> <p>Korrekturhinweis: Andere Argumentationen ebenfalls möglich. Diese werden bei schlüssiger Darstellung bepunktet. Auf das Ergebnis kommt es für die Bepunktung nicht an.</p>	<p><b>3 für Arg. (insg.)</b></p>
<p><b>Fazit:</b></p>	
<p>Im Schiedsverfahren ist die Rechtswahl wirksam.</p> <p>Im staatlichen Verfahren ist es umstritten, ob die Rechtswahl wirksam ist.</p> <p>Korrekturhinweis: Andere Argumentationen ebenfalls möglich. Diese werden bei schlüssiger Darstellung bepunktet.</p>	<p><b>0.5</b></p>
<p><b>Aufhebung des Kaufvertrags nach CISG</b></p>	<p><b>4 Pkt.</b></p>
<p>S möchte ausserdem wissen, ob das Wiener Kaufrecht (CISG) bei Lieferung von Wein mit falschem Jahrgang ein Recht zur Aufhebung des Vertrags gewährt.</p>	
<p>Der Verkäufer ist nach <b>Art. 35 Abs. 1 CISG</b> verpflichtet, Ware zu liefern, die in Menge, Qualität und Art sowie hinsichtlich Verpackung oder Behältnis den Anforderungen des Vertrages entspricht. <b>Alle Artabweichungen</b> (selbst krasse Falschliefereien die in der Schweiz als aliud bezeichnet werden würden) werden gemäss herrschender Lehre der <b>Schlechtleistung</b> zugeordnet.</p>	<p><b>0.5</b></p>

<p>Der Käufer kann gem. <b>Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG</b> einerseits die Aufhebung des Vertrages erklären, wenn die Nichterfüllung einer dem Verkäufer nach dem Vertrag oder diesem Übereinkommen obliegenden Pflicht eine <b>wesentliche Vertragsverletzung</b> darstellt. Die Aufhebung ist grundsätzlich sofort und ohne Setzung einer Nachfrist möglich. Andererseits kann der Vertrag bei Nichtlieferung gem. <b>Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG</b> aufgehoben werden, wenn im Falle der <b>Nichtlieferung</b> der Verkäufer die Ware nicht innerhalb der vom Käufer nach Art. 47 Abs. 1 CISG gesetzten Nachfrist liefert oder wenn er erklärt, dass er nicht innerhalb der so gesetzten Frist liefern wird (antizipierter Vertragsbruch).</p>	<p><b>0.5</b>  <b>0.5</b>  <b>0.5</b></p>
<p><i>Die Frage, ob es sich bei der Lieferung von Wein mit falschem Jahrgang um ein aliud oder eine Schlechterfüllung handelt, erübrigt sich, da das CISG <b>aliud-Lieferung ebenfalls unter den Tatbestand der Schlechterfüllung</b> subsumiert. Die Rechtsfolgen der Nichterfüllung nach Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG kommen daher nicht zur Anwendung.</i></p>	<p><b>0.5</b></p>
<p>Damit der Käufer Ansprüche aus Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG geltend machen kann, muss es sich ferner bei einer Schlechtleistung um eine wesentliche Vertragsverletzung handeln. Eine wesentliche Vertragsverletzung liegt gem. <b>Art. 25 CISG</b> dann vor, wenn die Vertragsverletzung für die andere Partei einen solchen Nachteil zur Folge hat, dass ihr im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, es sei denn, dass die vertragsbrüchige Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und eine vernünftige Person in gleicher Stellung diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte. <b>Kein wesentlicher Vertragsbruch</b> liegt vor, sofern die Ware <b>in zumutbarer Weise absetzbar oder verwendbar</b> ist.</p>	<p><b>0.5</b>  <b>0.5</b></p>
<p><i>Die Lieferung eines Weins mit einem anderen als vereinbarten Jahrgang lässt sich wohl <b>kaum als wesentlicher Vertragsmängel nach Art. 25 CISG</b> konstruieren. Ein Weiterverkauf oder auch eine anderweitige Verwendung in zumutbarer Weise wird wohl nur selten unmöglich sein. Anders kann es aussehen, wenn der gelieferte Wein ein Vielfaches weniger Wert ist als der ursprünglich bestellte. Aber selbst da wird man eine wesentliche Vertragsverletzung wohl oft bestreiten müssen. Dem Käufer bleibt immerhin die Möglichkeit, bei Gegebenheit der Voraussetzungen Minderung und/oder Schadenersatz geltend zu machen.</i></p>	
<p><b>Fazit:</b></p>	
<p>Die Lieferung von Wein mit falschem Jahrgang kann zu einer Aufhebung des Vertrages führen, was aber vielmehr eine Ausnahme als die Regel darstellen würde.</p>	<p><b>0.5</b></p>