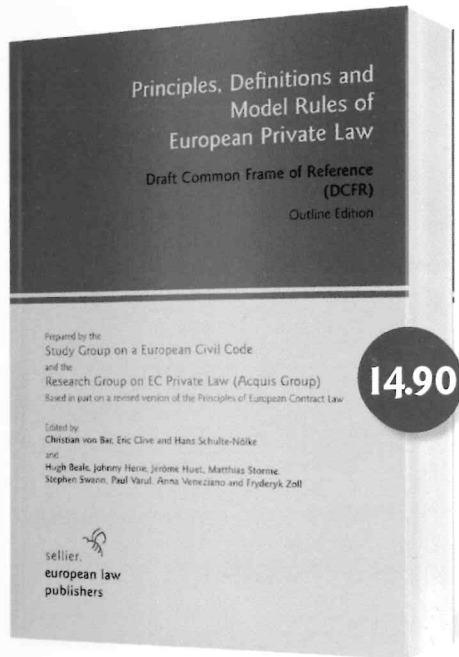


Don't miss this ...



Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law

Draft Common Frame of Reference (DCFR)
Outline Edition

February 2008. VI, 648 pages

Paperback. € 14.90

ISBN 978-3-86653-097-3

INTERNATIONALE JURISTENVEREINIGUNG
OSNABRÜCK

Jahresheft 2008

A year ago, the "Draft Common Frame of Reference" was published for the first time in an interim outline edition. Now we proudly present the final outline edition of the DCFR.

- major new topics covered
- revised and expanded list of definitions
- revision of the already published text to take account of the public discussion
- an additional section on the principles underlying the model rules

- Model rules based on the PECL, the PEL and on the *acquis communautaire*
- Introduction explaining the purposes of the DCFR, its contents, its structure and its underlying principles
- Definitions suggesting a uniform European legal terminology

Jahresheft
der
Internationalen Juristenvereinigung
Osnabrück

Redaktion: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück
c/o European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück
Süsterstraße 28, D-49069 Osnabrück

Telefon: 0541/969-6053 – Telefax: 0541/969-6059

E-Mail: IJVOS@web.de

Internet: <http://www.elsi.uos.de/privatelaw/ijvo>

Präsidium: Dipl. Jur. Silvan Schubmehl (Präsident)
Dipl. Jur. Tobias Dierks (Vizepräsident)
Dipl. Jur. André Vollmerhaus (Quaestor)

Zitierweise: IJVO 15 (2008), S. ...

ISSN: 1866-3931

Erscheinungsart: Jährlich. *Bandpreis:* € 8,- zuzüglich Versandkosten.

Vertrieb: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück.

© 2009 Internationale Juristenvereinigung Osnabrück. Das Jahresheft und alle in ihm enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung mit elektronischen Systemen.

Druck: CeWe Color AG & Co. OHG

Vorwort

Wir freuen uns, Ihnen mit dem fünfzehnten Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück (IJVO) die Vorträge der Vereinigung aus dem Jahr 2008 in schriftlicher Form vorlegen zu können. Die Vortragsreihe startete mit einem Vortrag von *Priv.Doz. Dr. Götz Schulze*, Universität Heidelberg/Lausanne mit dem Thema: Rechtsvereinheitlichung durch Gerichtsstandsmonopolisierung – die sog. „Sportrecht-Weltmacht Schweiz“. Behandelt wurden die rechtlichen Auswirkungen des Systems von Verbandspyramiden im organisierten Sport. Eine große Zahl von Spitzenverbänden hat ihren Sitz in der Schweiz (UEFA, FIFA, IOC u.a.). Sie unterstehen damit dem Schweizer Vereinsrecht, unterwerfen sich einheitlichen Regelungen und verpflichten ihre Untergliederungen hierauf. Die Sonderstellung des in Lausanne ansässigen TAS (Tribunal Arbitral du Sport) mit der Überprüfung durch das Schweizerische Bundesgericht führt zur Annahme einer „Sportrecht-Weltmacht Schweiz“. Das Schweizer Recht reguliert gleichsam das Sportrecht. Diese Entwicklung wirft Fragen auf und gibt Anlass zu Gegenüberlegungen.

Darauf folgte der Vortrag von *Prof. Dr. Marco B.M. Loos*, Universität Amsterdam zu ‘The draft-directive on Consumer Contractual Rights – the end of consumer law?’. Am 8. Oktober 2008 hatte die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie über Verbraucherverträge vorgelegt. Der Vorschlag der Kommission sieht die vollständige Harmonisierung im Bereich des Verbrauchervertragsrechts, des Fernabsatzes, der Haustürgeschäfte und bezüglich missbräuchlicher Vertragsklauseln vor. In seinem Vortrag beleuchtete Prof. Loos die wichtigsten Elemente des Richtlinienvorschlags. Der Referent äußerte Bedenken bezüglich einiger inhaltlicher Aspekte des Vorschlags und erörterte diese.

Die Vortragsreihe beschloss *Dimitar Stoimenov*, Universität Osnabrück mit seinem Vortrag zu dem Thema: „Modernisierung des bulgarischen Familienrechts – ein Exkurs zum parlamentarisch vorgelegten Entwurf eines neuen Familiengesetzbuches“. Die Republik Bulgariens steht vor der größten Novellierung ihres Familienrechts seit 1985. In dem Gesetzesentwurf, der bereits der bulgarischen Volksversammlung vorgelegt worden ist, finden sich sowohl Erneuerungen einer Vielzahl von Normen des geltenden Rechts als auch die Einführung neuer Rechtsinstitute. Der Referent ging vor allem auf das neue Konzept des Ehegüterrechts, z. B. die Möglichkeit der Ehegatten einen Ehevertrag zu schließen, sowie die Änderungen des materiellen Scheidungs- und Anerkennungsrechts ein.

Neben den Referaten der Vortragsreihe enthält das Jahresheft einen Beitrag von *Christoph Fischer, LL.B. (Osnabrück), LL.M. (Paris I)* über sein LL.M.-Studium an der Universität Paris I Panthéon-Sorbonne. Eine Informationsveranstaltung für die Bachelorstudenten der Universität Osnabrück zu diesem Thema ist für das Jahr 2009 angedacht.

Den Referenten und Autoren der Beiträge möchten wir an dieser Stelle herzlich danken.

Erwähnung finden sollen an dieser Stelle noch die außerhalb der Vortragsreihe angelegten Veranstaltungen der Internationalen Juristenvereinigung im Jahre 2008. Im Juli besuchte die IJVO im Rahmen einer zweitägigen Exkursion den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft. Neben dem Besuch des Gerichtshofs stand eine Informationsveranstaltung in der Kanzlei Allen & Overy und eine Stadtführung auf dem Programm. An der Exkursion nahmen neben Mitgliedern der IJVO auch Studenten des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück teil. Im November lud die IJVO zusammen mit der Buchhandlung Jonscher und dem MANZ-Verlag zur Autorenlung ein. *Max Leitner* las aus seinem Werk „Der Leguleius oder Zivilecht in Anekdoten“. Der Stipendiat der Alexander von Humboldt Stiftung, der zu diesem Zeitpunkt an der Universität Osnabrück forschte, gab einige Anekdoten zum Besten. Der Einladung waren über 50 Gäste gefolgt. Eine Kostprobe ist in diesem Heft abgedruckt.

Besonderer Dank gilt der *Sparkasse Osnabrück* und dem Verlag *sellier. european law publishers*, die das Jahresheft 2008 mit ihrer Unterstützung ermöglicht haben. Danken möchten wir außerdem für die Abdruckgenehmigungen dem Verlag C.H.Beck (Beitrag *Christoph Fischer*) sowie dem MANZ-Verlag (Anekdote *Max Leitner*).

Es sei an dieser Stelle zudem noch darauf hingewiesen, dass das Jahresheft seit diesem Jahr eine Internationale Standardseriennummer (ISSN 1866-3931) hat. Die Nummer dient der kurzen und unverwechselbaren Identifikation von Publikationen, die in gedruckter Form fortlaufend erscheinen. Für die Beantragung der Nummer sei *José Carlos de Medeiros Nóbrega* herzlich gedankt.

Osnabrück, im Juli 2009

für das Präsidium 2008
Dipl. Jur. Silvan Schubmehl

Inhalt dieses Heftes

Vorwort.....	I
<i>Götz Schulze</i>	
Rechtsvereinheitlichung durch Gerichtsstandsmonopolisierung – die sog. Sportrecht-Weltmacht Schweiz.....	1
<i>Marco B.M. Loos</i>	
Rights of Withdrawal	19
<i>Dimitar Stoimenov</i>	
Modernisierung des bulgarischen Familienrechts – ein Exkurs zum parlamentarisch vorgelegten Entwurf eines neuen Familiengesetzbuches	59
<i>Christoph Fischer</i>	
LL.M.-Studium an der Universität Paris I Panthéon-Sorbonne – Der richtige Zeitpunkt für einen LL.M.? Vor dem ersten Examen!.....	77
<i>Max Leitner</i>	
Der frische Hauch des äußeren Lebens	83
Veröffentlichungen aus dem European Legal Studies Institute 2008	
Veröffentlichungen; Laufende Forschungsprojekte; Auszeichnungen	85

Rechtsvereinheitlichung durch Gerichtsstandsmonopolisierung – die sog. Sportrecht- Weltmacht Schweiz

von

Prof. Dr. iur. Götz Schulze, Lausanne

In dem weltweiten Prozess der Verrechtlichung¹ des Sports² zeigt sich eine Tendenz zur Rechtsvereinheitlichung. Sie ist mit dem Begriff der Macht korreliert. Macht wird im klassischen Sinne verstanden als die Chance, den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht (Max Weber)³. Dass die Schweiz zwischenzeitlich eine weltweite Regulierungsmacht im Bereich des professionellen Sports besitzt, ist eine These, die von dem namhaften Schweizer Vereinsrechtlicher *Hans Michael Riemer* stammt, der die Konzentration internationaler Sportverbände in der Schweiz beschreibt⁴. Ursachen und Folgen dieser „Weltmachtstellung“ sind nachfolgend zu beleuchten. Sie führen hin zu meiner These von der Rechtsvereinheitlichung durch Gerichtsstandsmonopolisierung im Bereich des professionellen Sports⁵.

1. Rechtsvereinheitlichung durch Gerichtsstandsmonopolisierung

Das European Legal Studies Institute in Osnabrück ist ein Ort, an dem die europäische Privatrechtsvereinheitlichung vorgedacht, vorbereitet und ausgearbeitet wird. Ihre Grundlage bilden historisch fundierte rechtsvergleichende Arbeiten aus denen ein einheitliches Recht entworfen und vorgeschlagen wird. Das ist die vornehmste und zugleich anspruchsvolle

¹ Vgl. aus deutscher Sicht zuletzt *Steiner*, Der Sport als Gegenstand des Verfassungsrechts, SpuRt 2008, 222, 223, der die „Konstitutionalisierung“ des Sportrechts beschreibt.

² Gemeint ist damit bereits ein rechtlich gefasster Begriff des Sports, für den es aber noch keine klaren Grenzlinien gibt. Er lässt sich überzeugend nur aus einem beweglichen System bestehend aus den Elementen Bewegung, Zweckfreiheit und Leistungsstreben bilden, vgl. PHB SportR-Pfister, 2. Aufl. 2007, Einf. Rn. 3.

³ Das Originalzitat lautet: Macht, d.i. „die Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht“, *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriß der verstehenden Soziologie, 5. Aufl. 1972, S. 13 f. Zu den verschiedenen Begriffen der Macht vgl. *Baumann*, Handlung, Willensbildung und Macht, Conceptus, XXVIII (1995) 21.

⁴ *Riemer*, Sportrechts-Weltmacht Schweiz - Internationale Sportverbände und schweizerisches Recht, Causa Sport 2004, 106 ff., in Anlehnung hieran *Engelbrecht*, Sportrecht-Weltvollstreckungsmacht Schweiz?, SpuRt 2007, 104; ebenso verwendet von *Scherrer*, Vereinsrechtliche Anfechtungsklagen und Schiedsgerichtsbarkeit im Sport, Causa Sport 2008, 58, 65 (Weltmachtstellung der Sportverbände).

⁵ Die Kombination aus einer Sitzkonzentration der internationalen Sportverbände mit dem Anwachsen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz hat bereits *G. Walter*, Sport(schieds)gerichtsbarkeit und Rechtsmittelverzicht in der Schweiz, SpuRt 2008, 133 mit dem Weltmachttopos verknüpft.

vollste Art partikulare Rechte zu synthetisieren und zusammen zu führen. Sie hat in dem jüngst vorgelegten DCFR⁶ einen vorläufigen Höhepunkt erreicht⁷. Die häufigste Form der Rechtsvereinheitlichung dürfte dagegen jene von hoher Hand sein⁸, so wie sie sich bislang namentlich etwa von den Organen der EU oder auch in den Nationalstaaten vollzieht. Das Gemeinschaftsrecht kennt überdies legislatorische Aufträge zur Rechtsvereinheitlichung durch die Judikative. So verhält es sich beispielsweise im Bereich der Staatshaftung, die „nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu bestimmen ist, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“ (Art. 288 Abs. 2 EGV)⁹. Auch das richterrechtlich gebildete Einheitsrecht bleibt Bestandteil der staatlichen oder supranationalen Rechtsordnung und wird dem Souverän zugeordnet¹⁰. Vereinheitlichtes Recht tritt dann an die Stelle des Rechts, das sich gleichsam im Wildwuchs, örtlich begrenzt und ohne Koordination gebildet hatte. Im demokratischen Nationalstaat erfolgt der Eingriff in das hergebrachte Recht durch die demokratisch legitimierten Vertreter. Die Schweiz eröffnet eine direkt-demokratische Rückbindung durch Referenden. Sie garantieren die Selbstvergewisserung der Regeln im Gemeinwesen durch das Volk und verleihen ihnen eine besondere Dignität. Ich möchte heute auf eine weitere Form der Rechtsvereinheitlichung aufmerksam machen, die sich weithin unbemerkt in Europa vollzieht. Ihr Kennzeichen ist die Gerichtsstandsmonopolisierung. Die rechtsvereinheitlichende Wirkung ist das Resultat eines tatsächlichen Konzentrationsprozesses. Im Sportrecht richtet sich dieser auf das Forum Schweiz. Bekannt sind vergleichbare Zentralisierungen aber auch in anderen Bereichen. So konzentrieren sich Streitigkeiten um Kunstgegenstände am Gerichtsstand London. Im Bereich der Diamantenindustrie ist es der New York State Court, der Schiedssprüche über Streitigkeiten zwischen Mitgliedern des New York Diamond Dealers Club (DDC), dem

⁶ v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), München 2008.

⁷ Das lässt sich ungeachtet der streitigen Frage über die gegenwärtige und künftige Funktion eines CFR im Hinblick auf die materielle Privatrechtsvereinheitlichung sagen, zu ihr Wagner, Vom akademischen zum politischen Draft Common Frame of Reference, ZEuP 2008, 677 f.

⁸ Diese Annahme schmälert nicht die bedeutenden Erfolge einer staatenübergreifenden Rechtsvereinheitlichung durch private oder zwischenstaatliche Einrichtungen, wie sie insbesondere etwa von UNIDROIT in Rom, von UNCITRAL in Wien oder von der Haager Konferenz zu verzeichnen sind. Im Vergleich zu der supranationalen oder nationalen Produktion einheitlicher Regeln dürfte ihnen allerdings eine geringere Bedeutung zukommen, vgl. Kronke, Ziele - Methoden, Kosten - Nutzen: Perspektiven der Privatrechtsharmonisierung nach 75 Jahren UNIDROIT, JZ 2001, 1149.

⁹ Zur vereinheitlichten Rechtsbildung auf rechtsvergleichender Grundlage bei der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung vgl. Schulze in: Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2009, Kap. 16 Rn. 3. Auf nationaler Ebene folgt ein Auftrag der Rechtsprechung zur Rechtsvereinheitlichung aus § 132 Abs. 4 GVG (zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung). Der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung kommt formell allerdings keine Gesetzeskraft zu. Eine Ausnahme bildet nur § 31 Abs. 2 BVerfGG, wonach bestimmte Entscheidungen des BVerfG gesetzsgleiche Geltung erlangen. Zu den Voraussetzungen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, vgl. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 103 f.

¹⁰ Hierin liegt die bleibende Differenz gegenüber dem Recht, das von privaten Schiedsgerichten gesprochen und auch eigenständig entwickelt wird. Zum rechtstheoretischen Versuch, Geltungsgleichheit nichtstaatlichen Rechts zu begründen, Schilf, Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut, 2005, S. 136 ff.; krit. Rez. Schulze, RabelsZ 71 (2007) 852, 866 f.

Zusammenschluss aller international tätigen Diamantenhändler mit Sitz in New York, kontrolliert. Aus seiner Rechtsprechung lassen sich bereichsspezifische Rechts- und Verfahrensgrundsätze für den Diamantenhandel ableiten¹¹. Gerichtsstandsmonopolisierung bedeutet, dass die betroffenen Marktteilnehmer nur in einem Staat oder gar nur vor einem bestimmten Gericht ihre rechtlichen Auseinandersetzungen austragen können. Der Grund für die Monopolisierung kann tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein. Tatsächlich ist er, soweit alle maßgeblichen Akteure ihren Sitz in einen Staat verlegen und dort ein privates Gerichtssystem etablieren. Rechtliche Gründe für die Monopolbildung sind dagegen bindende Vorgaben für die Marktteilnehmer im Hinblick auf Rechtswahl, Gerichtsstand und Schiedszwang. Im Sportrecht führen tatsächliche wie rechtliche Gründe zu einer Monopolstellung der Schweiz. Das betrifft sowohl den Rechtsschutz durch staatliche Gerichte wie auch die Schiedsgerichtsbarkeit. Eine Konzentration ergibt sich aus der Anwendung des materiellen Schweizer Rechts. Veranlasser der Rechtsvereinheitlichung sind die internationalen Sportverbände. Sie organisieren Sportveranstaltungen in der Regel als internationale Wettkämpfe und zielen auf eine prinzipiell weltweite Geltung ihrer Regelwerke ab. Das betrifft zunächst zwar nur den Bereich ihrer Vereins- und Verbandsregeln, den sie in einer pyramidalen Struktur von oben nach unten vorschreiben. Daneben geht es aber auch um die Einbettung der Organisation, ihrer Entscheidungen und Handlungen sowie ihrer vertraglichen Bindungen in ein nationales Rechtssystem. Betroffen sind entsprechend insbesondere das Vereins- und das Vertragsrecht. Den so ausgelösten Vereinheitlichungsvorgang kann man unter der schillernden Rubrik „transnationales Recht“ erfassen. In der Tat wird die Konzentration auf den Standort Schweiz zumeist vor dem Hintergrund der gewünschten Herausbildung einer *lex sportiva*, einem begrifflichen Ableger der *lex mercatoria*, also einem nationalen Rechtsbegriff gewürdigt¹². Das transnationale Recht ist freilich ein farbloser Begriff, der dem Phänomen wenig hinzufügt und der verdeckt, dass die Rechtsvereinheitlichung tatsächlich auf eine Renationalisierung¹³, hier zugunsten des Schweizer Privat- und Wirtschaftsrechts, hinausläuft. Kennzeichen des Vereinheitlichungsprozesses ist die ubiquitäre Geltung des Verbandsrechts. Für jede Sportart existiert im Idealfall nur ein Dachverband, der in einer

¹¹ Vgl. Bernstein, Lisa, Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamonds Industry, JLegSt 1992, S. 115, 117. Die Besonderheiten des Diamantenhandels ergeben sich aus einem praktisch geschlossenen Kreis von Marktteilnehmern, die jede staatliche Rechtskontrolle zu vermeiden suchen.

¹² So jüngst Latty, La Lex sportiva. Recherche sur le droit transnational, Leiden 2007, S. 9 ff.; gegen eine Eigenständigkeit des Sportrechts Summerer, Internationales Sportrecht - eine Dritte Rechtsordnung?, in: Festschrift für Hans Hanisch, hrsg. von Aderhold, 1994, S. 267, der zutreffend auf den fehlenden Automatismus der Rechtsgeltung von Verbandsrecht abstellt (272). Nachweise für die Bejahung einer *Lex sportiva* in der Rechtsprechung des TAS Haas, Die Vereinbarung von „Rechtsregeln“ in (Berufungs-) Schiedsverfahren vor dem Court of Arbitration for Sport, Causa Sport 2007, 271, 272 ff.; ebenso sieht Hilpert, Eilrechtsschutz im Sport (Teil 2), SpuRt 2008, S. 18, 19 in ihr die Basis für die Schaffung einer weltweiten *lex sportiva*.

¹³ Zu Recht krit. Röthel, *Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica* - Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates? JZ 2007, 755, 757 f., die staatliche und private internationale Ordnungen als wechselseitige Auffangordnungen in ein (notwendiges) Verhältnis setzt.

hierarchisch pyramidalen Verbandsstruktur seinerseits Verbände zusammenschließt und damit mitgliedschaftliche Untergliederungen bildet, die ihrerseits den Sportverein, den Sportveranstalter und schließlich den einzelnen Sportler selbst erfassen¹⁴. Derartige Verbandsmonopole können ihre Regeln über die Statuierung von Mitgliedspflichten von oben nach unten durchreichen und so einen weltweit einheitlichen Rechtsrahmen für die jeweilige Sportart schaffen. Der Sportler wird auf diese Weise entweder durch seine eigene Vereinsmitgliedschaft oder durch Individualvertrag mit einem verbandsgebundenen Mitglied rechtlich integriert¹⁵. Die Pyramidenstruktur des Sports lässt das Paradigma einer rechtlichen Globalisierung in privater Selbstorganisation aufleuchten. Das Monopol rechtfertigt sich aus dem Erfordernis der Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen, einer *conditio sine qua non* für Wettkampfvveranstaltungen. Die Gleichheit bildet wiederum die Grundlage des Gebots der Fairness im Sport. Die Pyramide wird rechtlich nach innen gefestigt durch interne Verbands- und Sportgerichtsbarkeiten, die über die eigenen Regelwerke wachen. Nach außen schützt sich der Verband durch Gerichtsstands- und Rechtswahlvorgaben sowie durch Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit, die sie ihren Mitgliedern und Vertragspartnern abverlangt. Die Schweiz scheint für diese Strukturen die besten Rahmenbedingungen zu bieten und ist daher zum maßgeblichen Akteur in Sachen Sportrecht geworden.

2. Die Vorrangstellung der Schweiz in tatsächlicher Hinsicht

Die zwei größten Dachorganisationen des Sports sind das IOC (Internationale Olympische Komitee) mit Sitz in Lausanne sowie das AGFIS (Association Générale des Fédérations Internationales de Sports) mit Sitz in Monaco¹⁶. Letztere ist die Spitzenorganisation aller Sportspitzenverbände. Die AGFIS nimmt aber keine operative Rolle in der Organisation von Sportveranstaltungen ein und trifft auch keine verbandsrechtlichen Entscheidungen, wie etwa die Anordnung von Disziplinarmaßnahmen. Das AGFIS vereint 104 internationale Sportorganisationen unter ihrem Dach. Davon haben 27 ihren Sitz in der Schweiz, wobei alle wichtigen Sportarten vertreten sind. Lediglich die Leichtathletik (IAAF) mit Sitz in Monaco und der Welttennisverband (ITF) mit Sitz im Vereinigten Königreich sind nicht in der Schweiz ansässig. In Deutschland haben dagegen nur vier internationale Sportverbände ihren Sitz (Rodeln, Gewichtheben, Schießen und Paralympic).

¹⁴ Sog. Ein-Platz-Prinzip, vgl. zur Verbandsstruktur im Sportrecht etwa *Vieweg*, Faszination Sportrecht, <http://irut.de/FaszinationSportrecht.pdf>, S. 8 ff. (3.2.2009).

¹⁵ Ausgeblendet bleiben hier die bestehenden Lücken und Schwächen dieser umfassenden rechtlichen Integration. Vgl. *Kotzenberg*, Die Bindung des Sportlers an private Dopingregeln und private Schiedsgerichte, 2007, S. 32 ff.

¹⁶ Auch das Europa-Büro der Welt-Antidoping-Agentur (WADA) hat ihren Sitz in Lausanne; zur Bedeutung des von der WADA verabschiedeten Reglements: *Teitler*, Rechtsnatur und Anwendung des WADA-Code, Causa Sport 2007, 395 ff. Im Bereich der Dopingbekämpfung ist die Schweiz im Jahr 2007 der UNESCO-Konvention gegen Doping im Sport beigetreten.

pic). Auch die UEFA als bedeutender europäischer Spitzenverband im Profifußball ist in der Schweiz ansässig.

Der internationale Sportschiedsgerichtshof (Tribunal Arbitral du Sport – TAS) hat seinen Sitz in Lausanne. Das TAS, als die bedeutendste sportrechtliche Instanz¹⁷, wurde vom IOC als zentrales Schiedsgericht für olympische Fragen erdacht und von Präsident *Juan Antonio Samaranch* 1984 ins Leben gerufen. Es wurde alsbald auf alle Sportfragen ausgedehnt¹⁸ und vom Schweizer Bundesgericht als unabhängiges und damit echtes Schiedsgericht anerkannt¹⁹. Das TAS ist namentlich das oberste Gericht in Dopingfragen. Es ist von der WADA (World Anti-Doping Agency) mit dieser Aufgabe bedacht. Das TAS hat allerdings jüngst eine deutsche Konkurrenz erhalten. Zum 1.1.2008 hat das Sportschiedsgericht in Köln seine Tätigkeit als administriertes Schiedsgericht aufgenommen. Es ist vornehmlich auf nationale Konflikte im Bereich des Sports ausgerichtet. Insbesondere verweist der NADA-Code alle Rechtsstreitigkeiten in Dopingfragen auf nationaler Ebene an das Sportschiedsgericht, wobei nach § 38.2 der DIS-SportSchO ausdrücklich das TAS in Lausanne die Rechtsmittelinstanz bildet²⁰.

3. Die Vorrangstellung der Schweiz in rechtlicher Hinsicht

Die tatsächliche Konzentration der internationalen Sportverbände und die Schaffung eines unabhängigen Sportschiedsgerichtshofs in der Schweiz werden gleichsam sekundiert durch deren Einbettung in das schweizerische Recht.

a) Materielles Recht

Die besagten 27 internationalen Sportspitzenverbände, die UEFA und das IOC sind Vereine, die sowohl ihren tatsächlichen wie auch ihren satzungsmäßigen Sitz in Schweiz haben. Das schweizerische IPRG bestimmt das anwendbare Recht nach der sog. Gründungstheorie²¹ und stellt in Art. 154 Abs. 1 vorrangig auf den Sitzungssitz ab. Das

¹⁷ Das dürfte die common opinion im Sportrecht sein, vgl. *Blechschiöldt*, Tagungsbericht zum ISLA-Kongress 2007 in Innsbruck, Schiedsgerichtsbarkeit im Sport und Athletenrechte, SpuRt 2007 262 f.

¹⁸ Näher zur Geschichte des TAS, das parallel unter der englischsprachigen Abkürzung CAS (Court of Arbitration for Sport) firmiert vgl. <http://www.tas-cas.org/historique> (3.2.2009).

¹⁹ BG v. 15.3.1993 BGE 119 II, 271 (Gundel) unter der Einschränkung, dass das IOC nicht Partei des Verfahrens ist. Mit BG v. 27.5.2003 BGE 129 III, 445 = Causa Sport 2004, 44 hat es diese Einschränkung aufgehoben. Erstmals mit seiner Entscheidung in der Rs. Canas v. ATP, BG v. 22.3.2007 BGE 133 II, 235 = SpuRt 2007, 113 (Anm. *Netzle*) hat das Bundesgericht einen Schiedsspruch des TAS aufgehoben vgl. näher *Oschütz*, Zur Überprüfung von Schiedssprüchen des TAS/CAS durch das schweizerische Bundesgericht, SpuRt 2007, S. 177.

²⁰ Vgl. *Kilch*, Deutsches Sportschiedsgericht startet im Januar 2008, SpuRt 2007, 236; *Bredowl/Kilch*, Eine neue Dienstleistung für den Sport. Das Deutsche Sportschiedsgericht nach der DIS-SchO, Causa Sport 2008, S. 45 ff.; *Mertens*, Das Deutsche Sportschiedsgericht (Teil I u. II). Ein Vergleich mit den allgemeinen Regeln der DIS und dem CAS, SpuRt 2008, S. 140 ff. u. 180 ff.

²¹ *Dutoit*, Droit international privé suisse, 3. Aufl. Basel 2001, Art. 154 Rz. 4.

schweizerische Recht bildet damit das Personalstatut des Vereins²². Die Verbände sind Vereine i.S.v. Art. 60 schw.ZGB und leben unter schweizerischem Vereinsrecht (insbesondere Art. 60–79 schw.ZGB). Das schweizerische Vereinsrecht ist seit 100 Jahren praktisch unverändert geblieben. Dank einfacher und flexibler Gründungs- und Ausgestaltungsmöglichkeiten (insbesondere keine konstitutive Eintragungspflicht) kann der Verein nahezu alle individuellen Bedürfnisse zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher Zwecke abdecken; zudem weist die Rechtsform der juristischen Person "Verein" eine derartige Elastizität auf, dass sie sowohl für Kleinverbindungen als auch für Großverbände geeignet ist. Das Verbandsstatut umfasst nach Art. 155 lit. f IPRG auch das Verhältnis des Vereins zu seinen Mitgliedern. Im Verhältnis zwischen einem solchen internationalen Verband und den ausländischen nationalen Verbänden – seinen Mitgliedern – ist damit ebenfalls schweizerisches Vereinsrecht anwendbar. Der ausländische nationale Verband untersteht aus der Sicht des schweizerischen Rechts grundsätzlich zwar seinem nationalen Recht. Das betrifft insbesondere die Gründung und Aufhebung, Name, Zweck, Organisation und Mitgliedschaft in ihm selbst (Art. 154 IPRG). Aus der Mitgliedschaft im internationalen Verband können sich aber Regelungspflichten für den nationalen Verband ergeben²³. Ihnen entspricht der nationale Verband durch die Aufnahme von Verweisungen auf die Regeln des Dachverbandes in seinen Satzungen²⁴. Auf diese Weise kommt es zur Integration der Regelung des Dachverbandes im Mitgliedsverband und in gleicher Weise in den nachgeordneten Verbänden²⁵. Das hat zur Folge, dass Verletzungen der weitergeleiteten Regeln ebenfalls im schweizerischen Recht eingebettet sind²⁶. Die vielfältig verwendbare und dank ihrer Einfachheit ungebrochen beliebte Vereinsform hat es

²² Ersatzweise gilt das Recht des tatsächlichen Verwaltungssitzes gem. Art. 154 Abs. 2 IPRG, der bei diesen Verbänden ebenfalls in der Schweiz liegt. Zu Rück- oder Weiterverweisungen kommt es nicht. Auch aus dem Blickwinkel all jener IPR-Gesetze, die einer der verschiedenen Sitztheorien folgen, leben die Sportspitzenverbände unter der *lex helvetica*; zur Verbreitung der verschiedenen Sitztheorien vgl. Münch-KommBGB/Kindler, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 487–490. Zu Inhalt und Umfang des Verbandsstatuts aus deutscher Sicht, vgl. PHB SportR-Pfister, 2. Aufl. 2007, 6/12 ff.

²³ Die Regelungs-,pflichten²⁴ der nachgeordneten Mitglieder resultieren häufig bereits aus entsprechenden Bedingungen für den Beitritt zum übergeordneten Verband bzw. als Voraussetzung für die Anerkennung (durch den IOC). Es kommt insoweit daher nicht auf die Pflichtenstellung als Mitglied an. Es geht vielmehr um Zugangs- bzw. Teilnahmebedingungen in einem monopolistisch organisierten Verbandsystem.

²⁴ Streitig ist, ob Verweisungen dynamisch in der Weise ausgestaltet werden dürfen, dass jeweils die aktuellen Reglemente des Dachverbandes in den untergeordneten Einheiten gelten. Richtigerweise wird man einem solchen Automatismus kritisch gegenüber stehen müssen, weil er die Mitgliedsrechte und auch die Verbandsautonomie letztlich aushöhlt, vgl. PHB SportR-Summerer, 2. Aufl. 2007, 2/156; im Ergebnis befürwortend etwa Philipp, Rechtliche Schranken der Vereinsautonomie und der Vertragsfreiheit im Einzelsport, Zürich 2004, S. 111 f., 113.

²⁵ Allein durch den Beitritt erlangen die Regeln des Dachverbandes dagegen noch keine Geltung. Die Beitrittsklärung bzw. der Beitrittsbeschluss liefern sonst auf eine (ungeschriebene) Satzungsänderung hinaus, wonach automatisch das Recht des übergeordneten Verbandes gilt, vgl. Summerer, Internationales Sportrecht - eine Dritte Rechtsordnung?, in: Festschrift für Hans Hanisch, hrsg. von Eltje Aderhold, 1994, S. 267, 272; PHB SportR-Summerer, 2. Aufl. 2007, 2/153: Voraussetzung ist ein „lückenloses System korrespondierender Satzungsverankerung“.

²⁶ Riemer, Sportrechts-Weltmacht Schweiz - Internationale Sportverbände und schweizerisches Recht, Causa Sport 2004, 106, 107; zu den Einflussnahmemöglichkeiten eines Verbandes auf seine Sektionen nach schweizerischem Vereinsrecht, Riemer, in: Berner Kommentar, 1990, Art. 70 Rz. 528 ff.

ermöglicht, die olympische Bewegung zu organisieren und von der Schweiz aus zu steuern. Im Einzelnen bezieht sich die Anwendbarkeit des schweizerischen Vereinsrechts auf die gesamten gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Beziehungen (Statuten, Reglemente, ungeschriebenes verbandsinternes Recht, besondere Verbandsbeschlüsse sowie Verträge). Zentrale Bedeutung hat die Frage nach dem zwingenden oder dispositiven Charakter der die Beziehungen regelnden Normen (Art. 63 ZGB). Das betrifft die Regeln über den Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft, eingeschlossen der Frage nach dem Rechtsanspruch auf Mitgliedschaft, die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund, den Verlust der Mitgliedschaft und die Ausschließung aus dem Verband (Art. 65 Abs. 1, 70, 72 ZGB). Erfasst werden ferner andere Vereinsstrafen als die Ausschließung, wie etwa Geldbussen, die Beschränkung von Mitgliedschaftsrechten (Startverbote, Einstellung von Förderungsmaßnahmen usw.). Auch die finanziellen Rechte und Pflichten der Mitgliederverbände sind dem Schweizer Recht unterworfen (Art. 71, 73 ZGB) ebenso wie die sonstigen Mitgliedschaftsrechte und -pflichten der nationalen Verbände (z.B. Gleichbehandlung, Treuepflicht, Benutzungsrechte, Regelungsverpflichtungen, welche sich aus der Verbandsmitgliedschaft ergeben, etwa betreffend den eigenen Namen, den Zweck, die Organisation, die Ausgestaltung der Mitgliedschaft, die Sanktionierung usw. im nationalen Verband). Von besonderer Bedeutung ist schließlich der Schutz der Mitgliedschaft durch die Anfechtungsklage nach Art. 75 ZGB sowie durch die Klage auf Nichtigklärung eines Vereinsbeschlusses. Durch sie kann sich das Mitglied (und auch dessen Mitglieder) etwa gegen die Verhängung von Verbandsstrafen zur Wehr setzen²⁷. Bezüglich der von einem internationalen Verband gefassten Beschlüsse einschließlich der Vorstands- und Kommissionsbeschlüsse, besteht das Anfechtungsrecht sofern Mitgliedschaftsrechte betroffen sind und die Entscheidung letztinstanzlich getroffen wurde. Das schweizerische Recht ist selbst dann anwendbar, wenn der betreffende Beschluss des Dachverbandes im Ausland gefasst wurde²⁸. Anfechtungslegitimiert sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht nur die nationalen Verbandsmitglieder selbst, sondern auch die Mitglieder dieser nationalen Vereine ("indirekte" bzw. "mittelbare" Mitglieder des Verbandes), da sie von derartigen Beschlüssen ebenfalls unmittelbar betroffen sind²⁹. Die Betroffenheit des Sportlers folgt aus der Verbindlichkeit für seinen Verein oder für ihn persönlich, etwa im Zusammenhang mit der Verhängung von Verbandsstrafen. Hier ist nicht nur der gesperrte Sportler, sondern auch dessen Verein und Verband an die vom internationalen Verband verhängte Strafe gebunden³⁰. Unter der Voraussetzung der unmittelbaren Betroffenheit

²⁷ Vgl. Gerichtskreis Bern-Laupen v. 13.6.2008, SpuRt 2008, 253 (Punktabzug und Relegation eines schweizer. Leichtathletikvereins in die Nationalliga B).

²⁸ Riemer, Sportrechts-Weltmacht Schweiz - Internationale Sportverbände und schweizerisches Recht, Causa Sport 2004, 106, 107.

²⁹ BG v. 15.3.1993 BGE 119 II, 271, 276 (Gundel).

³⁰ Klage eines Mitglieds für seine Mitglieder oder auch nur für die ihm unterstellten Sportler BG v. 27.5.2003 BGE 129 III, 445 = Causa Sport 2004, 44 (Klage des russischen Skiverbandes gegen eine von der

wird somit die Anfechtungslegitimation aller nachgeordneten "indirekten" bzw. "mittelbaren" Mitglieder des internationalen Verbandes bejaht. Die Verbandsstatuten enthalten Gerichtsstandsklauseln zugunsten des TAS (nachfolgend c) und Rechtswahlvereinbarungen zugunsten des Schweizer Rechts³¹. Die Rechtswahl im staatlichen Gerichtsverfahren (für das Vertragsrecht gemäß Art. 116 schw. IPRG) kann ausdrücklich oder auch nur konkludent erfolgen. Sofern die Internationalen Verbände mit Sportlern ergänzende Athletenvereinbarungen treffen, finden sich dort regelmäßig Rechts- und Gerichtsstandswahlklauseln zu Gunsten des schweizerischen Rechts am Verbandssitz³².

b) Internationale Zuständigkeit

Die internationale und örtliche Zuständigkeit staatlicher Gerichte für Klagen gegen Verbandsentscheidungen nach Art. 75 schw. ZGB liegt nach Art. 151 Abs. 1 schw. IPRG am Gesellschaftssitz des Verbandes. Soweit der internationale Verband unmittelbar in die Rechtsstellung seiner indirekten, bzw. mittelbaren Mitglieder eingreift, kann auch eine Schadensersatzklage eines Mitgliedes direkt gegen den internationalen Verband an dessen Sitzgerichtsstand erhoben werden. Die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte für Schadensersatzklagen ist allerdings nur eine Folge des allgemeinen Beklagtengerichtsstandes (actor sequitur forum re) und führt nicht auch zu einem ausschließlichen Schweizer Gerichtsstand, sofern nicht Regelungsvorgaben des Internationalen Verbandes dies vorsehen³³. Die Möglichkeit den Internationalen Verband auch im Gerichtsstand des nationalen Verbandes zu verklagen besteht im Europäischen Zuständigkeitsrecht nur eingeschränkt. Soweit Beschlüsse des Dachverbandes unmittelbar angegriffen werden, kommt der ausschließliche Gerichtsstand des Art. 22 Nr. 2 EuGVVO bzw. Art. 16 Nr. 2 LugÜ am Sitzort in Betracht³⁴. Schadensersatzklagen gegen den Verband können im europäischen Rechtsraum im Gerichtsstand der Streigenossenschaft (Art. 6 Nr. 1 EuGVVO/LugÜ) erhoben werden³⁵. Das OLG München³⁶ hat es in seiner Entscheidung über die

FIS verhängte Dopingsperre gegenüber zwei russischen Langläuferinnen, die selbst keine direkten Mitglieder des russischen Verbandes waren).

³¹ Art. 62 Abs. 2 der FIFA-Statuten (Stand 5/2008): „Für das Schiedsgerichtsverfahren gelten die Bestimmungen des Reglements für das Schiedsverfahren des CAS. Das CAS soll in erster Linie die verschiedenen Reglemente der FIFA sowie ergänzend das Schweizer Recht anwenden.“

³² Das wird grundsätzlich auch empfohlen, vgl. PHB SportR-Pfister, 2. Aufl. 2007, 6/26.

³³ Die Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstands für Schadensersatzklagen ist im Rahmen des Art. 23 EuGVVO, 17 LugÜ wie auch nach § 38 ZPO grundsätzlich möglich, PHB SportR-Pfister, 2. Aufl. 2007, 6/130 f.

³⁴ Vgl. öst. OGH v. 21.5.2007 Causa Sport 2007, 323 = SpuRt 2007, 237 mit abl. Anm. von König, SpuRt 2007, 241 (Dopingsperre gegenüber einem Skitrainer). Die Sitzbestimmung erfolgt nach dem IPR des angerufenen Gerichts (Art. 22 Nr. 2 S. 2 EuGVVO/53 LugÜ). Dies führt ungeachtet der bleibenden Unterschiede bei der Sitzanknüpfung zur Schweiz.

³⁵ Die Konkretisierung des erforderlichen Sachzusammenhangs ist nicht eindeutig geklärt. Im Fall einer Dopingsperre durch den internationalen Verband, den der nationale Verband durchzusetzen hatte, wird er mangels gemeinsamer strittiger Vorfrage verneint von öst. OGH v. 21.5.2007 Causa Sport 2007, 323, 329 f., zu Recht bejaht dagegen von König, Anm. zu OGH SpuRt 2007, 241, 242; ebenso für eine großzügigere Auslegung etwa Mäsch, IPRax 1995, 509, 512 f.; krit. Zöllner/Geimer, ZPO, 27. Aufl. 2009, Anh I Art. 6 Rn.

Sperre der Leichtathletin *Katrin Krabbe* dagegen abgelehnt, den nationalen Verband auch als (Zweig-) Niederlassung des internationalen Verbandes zu betrachten (§ 21 ZPO, Art. 5 Nr. 5 EuGVVO).

c) Schiedseinwand

Das internationale Schiedsrecht der Schweiz ist gesetzlich in den Art. 176 ff. IPRG geregelt und erfasst das Verfahren für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz³⁷. Es wird ergänzt durch die Schweizerische Schiedsordnung (2004), die auf der UNCITRAL Schiedsgerichtsordnung beruht. Das TAS in Lausanne ist eine Stiftung des Schweizer Rechts im Sinne von Art. 80 ff. ZGB und als institutionelles echtes Schiedsgericht vom Bundesgericht anerkannt. Das TAS ist darauf ausgerichtet, die Position der Verbände zu festigen und die ordentlichen Gerichte, namentlich im Appellationsverfahren zur Anfechtung nach Art. 75 ZGB, weitgehend auszuschalten. Literatur und Rechtsprechung halten Anfechtungsklagen für grundsätzlich schiedsfähig³⁸. Kritik hat sich allerdings an der Praxis des TAS entzündet, welches den Vereinsbeschluss nicht lediglich kassiert, sondern reformatisch an Stelle des Vereinsorgans entschieden hat³⁹ sowie an der Besetzung der Schiedsrichterliste⁴⁰. Die Schiedsordnung des TAS hält ferner ein einstweiliges Verfahren bereit, wonach entsprechende Eilentscheidungen auch schon vor Benennung der Schiedsrichter möglich sind. Art. R 37 Abs. 2 der Schiedsordnung sieht vor, dass die Parteien bei Unterstellung unter das TAS auf Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz vor den staatlichen Gerichten verzichten⁴¹. Durch die Einrichtung von Ad-hoc-Kammern für sportliche Großereignisse fallen Eilverfahren und Hauptsacheverfahren im TAS faktisch zusammen.

2. Der OGH verneinte ferner den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung in Österreich nach Art. 5 Nr. 3 LugÜ (Art. 5 Nr. 3 EuGVVO), weil der (unmittelbare) Schaden mit der Entscheidung des internationalen Sportverbandes an dessen Sitz (Schweiz) eingetreten sei.

³⁶ OLG München v. 28.3.1996 NJW 1996, 2382, 2383; anders LG München I SpuRt 1995, 161; zum Streitstand vgl. PHB SportR-Pfister, 2. Aufl. 2007, 6/110-112.

³⁷ Entsprechend folgt aus dem Sitz eines Schiedsgerichts in Deutschland die Anwendbarkeit der §§ 1025 ff. ZPO. Es kann aus deutscher Sicht entweder durch eine individuelle Schiedsvereinbarung (§ 1029 ZPO) oder auch durch eine Satzung (§ 1066 ZPO) zuständig werden und damit an die Stelle staatlicher Gerichte treten.

³⁸ BGE 127 III, 429; Schillig, Schiedsgerichtsbarkeit von Sportverbänden in der Schweiz, 2000, S. 59; Riemer, in: Berner Kommentar, 1990, Art. 75 Rz. 85.

³⁹ Scherrer, Vereinsrechtliche Anfechtungsklagen und Schiedsgerichtsbarkeit im Sport, Causa Sport 2008, 58 ff.

⁴⁰ Scherrer, (vorherige Fn.), 58, 62 f. (fehlende Neutralität).

⁴¹ § 1033 ZPO kann nach der noch überwiegenden Auffassung im Schrifttum durch Satzungsbestimmung eines Verbandes zu Gunsten eines Schiedsgerichts gem. § 1042 Abs. 3 ZPO abbedungen werden, vgl. Hilpert, Eilrechtsschutz im Sport (Teil 1), SpuRt 2007, S. 223, 225; Leitzen, Die Anordnung vorläufiger oder sichernder Maßnahmen durch Schiedsgerichte nach § 1041, 2002, S. 241 f.; Zöllner/Geimer, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 1066 Rn. 2; a.A. mangels Gleichwertigkeit des Rechtsschutzes unabdingbar Cherkehl/Schroeder, Einstweiliger Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im Anwendungsbereich einer Athletenvereinbarung, SpuRt 2007, 101, 102 f.; MünchKomm-ZPO/Münch, 3. Aufl. 2008, § 1033 Rn. 14.

Hilpert hat gar die Prognose gestellt, dass der nationale staatliche Eilrechtsschutz dadurch nach und nach ‚auf der Außenbahn überholt werde‘.⁴²

Für das TAS als Schiedsgericht entscheiden sich sämtliche in der Schweiz ansässigen 27 Sportverbände, wobei die Verbände darin variieren, ob sie die Schiedsgerichtsbarkeit obligatorisch in ihren Ordnungen vorschreiben oder nur eine fakultative Anrufung vorsehen. Die großen Verbände, wie die FIBA im Basketball, die FIFA und die UEFA im Fußball oder auch der IOC haben sich für einen zwingenden Verzicht auf die staatliche Gerichtsbarkeit entschieden. Die Rechtswahl ist ebenso im Schiedsverfahren eröffnet (Art. 187 Abs. 1 schw. IPRG) und kann, anders als vor staatlichen Gerichten, auch auf nichtstaatliches Recht gerichtet werden⁴³. Bereits die Unterwerfung unter die Statuten des TAS bewirkt ggf. eine solche Rechtswahl. Nach Art. R 58 TAS-VerfO findet auf das Berufungsverfahren vor dem TAS das gewählte Recht, ersatzweise aber das Recht am Sitz des Sportverbandes Anwendung, das die angegriffene Entscheidung getroffen hat. Das TAS stellt ferner keine besonders hohen Anforderungen an eine stillschweigende Rechtswahl⁴⁴. Ergänzt wird diese Kanalisierung von Rechtsstreitigkeiten durch die großzügige Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts (BG). Es besitzt die alleinige Zuständigkeit für eine Beschwerde gegen den Schiedsspruch (Art. 191 Abs. 1 schw. IPRG) und erstreckt seine Prüfkompetenz auf die Fälle, in denen keine der Parteien Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz haben⁴⁵. Der hegemoniale Gestus einer (Sportrechts-) Weltmacht zeigt sich im Anspruch des Mächtigen und in der Befolgung der Betroffenen. An drei aktuellen Fällen lässt sich exemplarisch zeigen, wie mächtig der Sportrechtsstandort Schweiz geworden ist und zugleich entscheidende Impulse für die Rechtsentwicklung gibt.

Der erste Fall betrifft den US-amerikanischen Basketballspieler *Stanley Roberts*. Der Sachverhalt ist komplex und kann hier nur grob skizziert werden⁴⁶. Rechtlich geht es um die geringen Voraussetzungen, die das BG an eine wirksame Schiedsabrede zu Gunsten des TAS stellt. *Roberts* war Berufsspieler in der National Basketball Association (NBA) in den USA. Im November 1999 wurde er positiv getestet und wegen der Einnahme von verbotenen Amphetaminen für 2 Jahre von der Teilnahme in der NBA ausgeschlossen. *Roberts* trat daraufhin in Verhandlungen mit einem türkischen Club. Der Weltverband des Basketballs, die Fédération Internationale de Basketball e.V. (FIBA), sperrte *Roberts*

⁴² *Hilpert*, Eilrechtsschutz im Sport (Teil 2), SpuRt 2008, S. 18, 19.

⁴³ *Haas*, Die Vereinbarung von „Rechtsregeln“ in (Berufungs-) Schiedsverfahren vor dem Court of Arbitration for Sport, Causa Sport 2007, 271 ff.

⁴⁴ Vgl. mit Nachweisen *Haas*, (vorherige Fn), 271, 278.

⁴⁵ Vgl. BG v. 22.3.2007 BGE 133 III, 235 = SpuRt 2007, 113 näher unten bei Fn. 52.

⁴⁶ Vgl. ausführlich *Martens/Feldhoff-Mohr*, Der Fall Roberts – Ein Slalom zwischen Staatsgericht und Schiedsgericht, SchiedsVZ 2007, 11.

sodann für den Zeitraum von zwei Jahren weltweit, womit auch sein Einsatz in der Türkei ausgeschlossen war. Die FIBA stützte sich auf die Doping-Sperre der NBA und wertete diese auch als eine Verletzung des FIBA-Reglements⁴⁷. *Roberts* legte bei der *FIBA Appeals' Commission* erfolglos Beschwerde ein, die ihn an das TAS als maßgebliche Rechtsschutzinstanz verwies. *Roberts* erhob daraufhin Klage und beantragte die Aufhebung der Sperre sowie die Feststellung, dass die FIBA zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet sei. In einem Teilurteil bejahte das TAS seine Zuständigkeit. Es stellte u.a. fest, dass sich *Roberts* zwar nicht durch die FIBA-Statuten der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen habe. Es wertete aber sein Rechtsmittel an die Appeals Commission der FIBA als ausreichend für eine Vereinbarung nach Maßgabe von Art. 178 Abs. 1 IPRG. Maßgeblich und ausreichend sei hier das Vertrauensprinzip⁴⁸. Die Anwälte von *Roberts* hätten Kenntnis von den Internal Regulations der FIBA gehabt, weil sie sich in ihrem Beschwerdeschriftsatz auf diese Regulations bezogen hatten. Die Anforderungen an eine Schiedsabrede sind danach also denkbar gering. Die Unterwerfung folgt praktisch bereits aus einer rügelosen Einlassung im noch verbandsinternen Rechtsschutzverfahren. Der Schiedszwang wirkte zudem gegen einen außerhalb des Verbandes stehenden und auch nicht durch eine vertragliche Vereinbarung gebundenen Sportler. Das Bundesgericht an das sich *Roberts* daraufhin als staatliche Rechtsbeschwerdeinstanz nach Maßgabe des Art. 191 Abs. 1 IPRG wandte, bestätigte die Entscheidung des TAS. Es sah *Roberts* auf Grund seines Verhaltens im verbandsinternen Rechtsbehelfsverfahren ebenfalls an eine Schiedsvereinbarung gebunden. Das Bundesgericht führt aus⁴⁹:

„Gemäß Art. 178 Abs. 1 IPRG hat eine Schiedsvereinbarung schriftlich, durch Telegramm, Telex, Telefax oder in einer anderen Form der Übermittlung zu erfolgen, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht. Dieser Nachweis erfordert nicht, dass die Schiedsklausel in den von den Parteien ausgetauschten Vertragsdokumenten selbst enthalten ist. Vielmehr genügt [...], dass in Dokumenten darauf verwiesen wird. Der Verweis braucht die Schiedsklausel nicht ausdrücklich zu nennen, sondern kann auch als Globalverweis ein Dokument einbeziehen.“

In irgendeinem ausgetauschten Dokument muss sich also eine Bezugnahme auf die Verbandsregeln finden. Das genügt. Auch an die materielle Gültigkeit der Schiedsabrede stellt das BG keine hohen Anforderungen:

⁴⁷ Die NBA ist eine Aktiengesellschaft, die nicht zum Gefüge des internationalen Verbandes gehört. *Roberts* war auch weder Mitglied der FIBA noch Mitglied eines Mitglieds der FIBA. Dahin stehen muss hier die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Weltverband des Sports eine von einem Dritten wegen Dopings ausgesprochene Suspendierung zur Grundlage einer eigenen Sperre machen darf.

⁴⁸ Unter Verweis auf BGE 121 III, 38; Honsell/Vogt/Schnyder, IPRG-Kommentar, Basel/Frankfurt a.M., 1996, Art. 178 n. 54.

⁴⁹ Urteil v. 7.2.2001, zit. nach *Martens/Feldhoff-Mohr*, Der Fall Roberts – Ein Slalom zwischen Staatsgericht und Schiedsgericht, SchiedsVZ 2007, 11, 17 f.

„Gemäß Art. 178 Abs. 2 IPRG [...] (kann) die Prüfung der materiellen Gültigkeit der Schiedsvereinbarung [...] zunächst immer nach schweizerischem Recht erfolgen. Danach beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, ob auf Grund einer Globalverweisung auf ein Dokument, welches eine Schiedsklausel enthält, auf die (inhaltliche) Zustimmung der Parteien zu dieser Klausel geschlossen werden kann.“

Auch die privatautonome Zustimmung bejahte das BG unter Bezugnahme auf *Roberts* Verteidigung gegen die von der FIBA verhängte Sperre. Es sah hierin einen Antrag auf Erteilung einer Spielerlaubnis und stellte fest, dass

„ein Sporttreibender das ihm bekannte Regelwerk eines Verbandes anerkenne, wenn er bei ihm um eine generelle Start- oder Spielerlaubnis ersucht.“

Die FIBA hatte seinerzeit ihren Sitz in München und *Roberts* wandte sich daher auch an die deutschen Gerichte. LG und OLG München kamen im einstweiligen Verfügungsverfahren unter Berufung auf die Entscheidung des BGH in Sachen „Körbuch/Zuchtbuch“⁵⁰ dagegen zu dem Ergebnis, dass eine wirksame Schiedsabrede nicht zu Stande gekommen sei. Sie hielten auch die Sperre für unwirksam⁵¹. Sodann äußert sich das OLG zu der Entscheidung des TAS:

„Der gegenteiligen Beurteilung des CAS zu Art. 178 Abs. 1 IPRG vermag der Senat nicht zu folgen. Für einen Vertrauensschutz fehlt es im Hinblick auf die obigen Ausführungen an einer tatsächlichen Grundlage“.

Im Hauptsacheverfahren verlangte *Roberts*, der zwischenzeitlich in Folge eines Unfalls nicht mehr Basketball spielen konnte, Schadensersatz wegen der entgangenen Einnahmen aus dem Vertrag mit dem türkischen Verein. Die Rechtmäßigkeit der Sperre war nun Vorfrage für die Zuerkennung von Schadensersatz in Höhe von rund 900.000,- €. Das LG München verneinte nun aber eine Zahlungspflicht der FIBA. Es sah sich an die zwischenzeitlich ergangene Entscheidung des BG gebunden und hielt inzident auch die Sperre für gerechtfertigt. Die Wende ergab sich aus der Anwendbarkeit des Schweizer Rechts auf das

⁵⁰ BGH v. 3. 4. 2000, NJW 2000, 1713. Der BGH hat die nachträgliche Aufnahme einer Schiedsklausel in die Vereinsatzung im Verhältnis zu einem Mitglied, das der Satzungsänderung nicht zugestimmt hatte, für unbeachtlich angesehen. Es fehle an einem bewussten und gewollten Verzicht auf die Entscheidung staatlicher Gerichte und auf den gesetzlichen Richter zu Gunsten eines privaten Schiedsgerichts. Dabei wurde wesentlich auch darauf abgestellt, dass der Austritt aus dem Verein im Hinblick auf dessen Monopolcharakter für das Mitglied keine Alternative darstelle und somit dem Verbleib im Verein kein freiwilliger Verzicht auf die Anrufung der staatlichen Gerichte entnommen werden könne.

⁵¹ OLG München v. 26.10.2000, SpuRt 2001, 64 = NJW-RR 2001, 711 f.; LG München SpuRt 2000, 155.

Zustandekommen und die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung nach Art. II, Abs. 2 UNÜ. Damit setzte sich das in puncto Vertrauensschutz großzügige Schweizer Recht aufgrund der Belegenheit des TAS in Lausanne durch und die Klage wurde abgewiesen. Das BG hatte dabei allerdings kein Wort darüber verloren, dass *Roberts* auf eine Aufhebung der Sperre und damit auf eine Spielerlaubnis der FIBA unmittelbar angewiesen gewesen war und die FIBA ein sozial mächtiger Monopolverband ist. Das OLG München erwähnte die Verbandsmacht anders als noch im Verfügungsverfahren nicht mehr, sondern folgte dem BG.

Im Fall des spanischen Tennisprofi *Guillermo Cañas* aus dem Jahre 2007 ging das BG nun seinerseits erstmals auf das sportrechtstypische Problem der freiwilligen Unterwerfung ein⁵². *Cañas* hatte sich durch eine schriftliche Vereinbarung den Regeln der Association of Tennis Professionals (ATP), einer Gesellschaft mit Sitz in Delaware USA, unterworfen. Die Vereinbarung lautete:

„I also consent and agree that any dispute arising under or in connection with the Anti-Doping Program ... shall be submitted exclusively to the ... CAS in Switzerland for final and binding arbitration ... The decision of CAS shall be final, non-reviewable, non-appealable and enforceable.“

Die Vereinbarung war zugleich Voraussetzung für die Teilnahme an allen Veranstaltungen der ATP. Aufgrund einer positiven Dopingprobe sperrte das zuständige Organ der ATP *Cañas* für zwei Jahre. Das TAS verkürzte die Sperre auf 15 Monate. Gegen den Schiedsspruch erhob *Cañas* sodann Anfechtungsklage nach Art. 191 IPRG vor dem schweizerischen Bundesgericht. Dieses bejahte das Vorliegen einer Ungleichgewichtslage, die es dem Sportler faktisch unmöglich mache, eine freie Wahl zu treffen, ob er eine Schiedsvereinbarung abschließt oder nicht. Dennoch mache dies die Unterwerfung nicht unwirksam; der „zwangsweise“ Einsatz des Schiedsgerichts liege - unter der Prämisse der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts - auf Grund der Eigenheiten des Lebenssachverhaltes Sport (Internationalität, Schnelllebigkeit, Einheitlichkeit der Sportausübung) im wohlverstandenen Interesse beider Parteien. Die Ungleichgewichtslage wird mithin durch eine richterliche Abwägung der beiderseitigen Interessen kompensiert. Die Interessen werden abstrakt und losgelöst vom Fall objektiv bestimmt. Sie schützen sportspezifisch die Institution und dadurch nur mittelbar den Sportler. Rechtsvergleichend betrachtet ist diese strenge Handhabung des Schiedszwanges durch das schweizerische

⁵² BG v. 22.3.2007 BGE 133 III, 235 = SpuRt 2007, 113 mit Anm. *Netze* 117 f.; SchiedsVZ 2007, 330 mit Anm. *Haas* 334 ff.

Bundesgericht aber nicht ungewöhnlich⁵³. Im Ergebnis ähnlich hat sich das TAS jüngst zum Problem des „Schiedszwangs“ im organisierten Sport geäußert und auf dieser Linie liegen auch (aktuelle) Entscheidungen englischer Gerichte in der Sache *Stretford v. FIFA*, die unter Verweis auf die Rechtsprechung von TAS und BG die Monopolmacht des Verbandes für unschädlich hielten⁵⁴. Auch in Deutschland ist die sportspezifisch strenge Sicht des BG auf Zustimmung gestoßen, zumal der deutsche Gesetzgeber die frühere „Überlegenheitsklausel“ in § 1025 Abs. 2 a.F. ZPO abgeschafft hat⁵⁵. Die Rechtsprechung des Schweizer BG erlangt Meinungsführerschaft in dieser Frage aber noch unter einem weiteren Gesichtspunkt. Das BG greift den Gesichtspunkt der einseitigen Übervorteilung im Rahmen der Ausgestaltung des Schiedsverfahrens ein zweites Mal auf. Der nach Art. 192 Abs. 2 schw. IPRG mögliche Verzicht der Parteien auf eine Aufhebungsklage gegen den endgültigen Schiedsspruch unterliegt seiner Inhaltskontrolle. Wirksam sei der Verzicht nur, wenn eine „*déclaration expresse*“ vorliege und er „freiwillig“ erfolgt sei⁵⁶. Hieran fehle es. Zur Begründung führt das BG aus: Sinn und Zweck der gesetzlichen Verzichtsmöglichkeit in Art. 192 Abs. 1 schw. IPRG sei es, die gerichtliche Kontrolle von Schiedssprüchen in der post-arbitralen Phase zu reduzieren. Im Verfahren auf Anerkennung- und Vollstreckung erfolge erneut eine staatliche Kontrolle. Von daher könne die Aufhebungsklage entbehrlich sein. Der Schiedsspruch im Bereich des Sports zeichnet sich jedoch dadurch aus, dass eine (staatliche) Vollstreckung regelmäßig nicht stattfindet, so daß eine Exequaturkontrolle regelmäßig nicht erfolgt. Vielmehr haben die Sportorganisationen eigene effiziente Instrumente entwickelt, um den Geltungsanspruch der Disziplinarmaßnahme selbst durchzusetzen (Lizenzierung, Startpässe, etc.). Mit einem Verzicht auf die Aufhebungsklage würde der Sportler letztlich jegliche Möglichkeit verlieren, den Schiedsspruch auf Einhaltung elementarster Rechtsgrundsätze überprüfen zu lassen. Das BG hielt den Rechtsmittelverzicht daher für unwirksam. Die Überlegenheit des Verbandes bleibt daher ein relevanter Belang. Im Umkehrschluß mag man daraus schlie-

⁵³ LG Köln v. 13.9.2006 SpuRt 2007, 30, 32 (es sei nicht erkennbar, worin die Ausübung von Zwang gelegen haben könnte); zu Recht krit. *Monheim*, Die Freiwilligkeit von Schiedsabreden im Sport, SpuRt 2008, 8, 11.

⁵⁴ High Court of Justice v. 17.3.2006 (2006) EWHC 479; Court of Appeal v. 21.3.2007 (2007) EWCA Civ. 238; vgl. *Grothel/Frohn*, Rechtsstaatliche Verfahrensgarantien in der Sportgerichtsbarkeit und Art. 6 EMRK, *Causa Sport* 2008, 104, 105 f.; ebenso *Haas* Anm. zu BG v. 22.3.2007 SchiedsVZ 2007, 335; zust. *Oschütz*, Zur Überprüfung von Schiedssprüchen des TAS/CAS durch das schweizerische Bundesgericht, SpuRt 2007, S. 177, 178 f.

⁵⁵ *Grothel/Frohn*, (vorherige Fn.), S. 104, 108 f.; *Haas*, (vorherige Fn.), 334, 336; a.A. *Monheim*, Die Freiwilligkeit von Schiedsabreden im Sport, SpuRt 2008, 8, 10, der m.E. zutreffend auf ein Wahlrecht des Sportlers besteht.

⁵⁶ Der formell wirksame Rechtsmittelverzicht ist danach aus materiellen Gründen unwirksam, vgl. *G. Walter*, Sport(schieds)gerichtsbarkeit und Rechtsmittelverzicht in der Schweiz, SpuRt 2008, 133, 136, der deshalb von einer „Halse des Bundesgerichts“ spricht; zustimmend *Oschütz*, Zur Überprüfung von Schiedssprüchen des TAS/CAS durch das schweizerische Bundesgericht, SpuRt 2007, S. 177, 178 (Voraussetzung ist eine ernsthafte Verhandlung über den Anfechtungsausschluss unabhängig vom Teilnahmerecht an Wettbewerben).

ßen, dass sie aber nur dort und nicht schon bei der Schiedsunterwerfung Beachtung finden soll.⁵⁷

Ein dritter Punkt verdient Erwähnung: Das BG hob den Schiedsspruch wegen einer Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs auf (Art. 190 Abs. 2 lit. d schw. IPRG). Der Gehörsanspruch schaffe zwar keine Begründungspflicht, aber das Schiedsgericht sei gehalten, sich mit „wichtigem“ Vortrag einer Partei auseinanderzusetzen. „Wichtig“ ist der Vortrag dann, wenn er geeignet ist, den Ausgang des Verfahrens zu beeinflussen. Setzt sich das Schiedsgericht mit ihm nicht auseinander, so liegt eine formelle Rechtsverweigerung vor. Dabei kann sich aber auch inzident aus den Entscheidungsgründen ergeben, dass sich das Schiedsgericht mit den Argumenten der Partei auseinandergesetzt und diese zurückgewiesen hat. Verletzt ist die Gehörspflicht also erst dann, wenn das Schiedsgericht „*ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents*“, wenn es also völlig über den Vortrag der Partei hinweggeht („*passe totalement sous silence*“). Auch diese Vorgaben dürften wegweisend sein und erinnern an die Rechtsprechung des BVerfG zu der Frage, inwieweit im Revisionsverfahren Nichtannahmebeschlüsse des BGH nach § 554 b ZPO a.F. bzw. die Zurückweisung von Nichtzulassungsbeschwerden und negativen Zulassungsentscheidungen gemäß §§ 544 Abs. 4 und 552 a ZPO n.F. einer Begründungspflicht unterliegen⁵⁸.

d) Anerkennung und Vollstreckung

Sportspitzenverbände können ihre Entscheidungen und insbesondere ihre Sanktionen weltweit selbst durchsetzen. Sie müssen hierfür im Regelfall keine staatlichen Gerichte oder Stellen in Anspruch nehmen. Das gilt, wie das BG kürzlich entschied⁵⁹, selbst für Geldforderungen, weil und soweit deren Zahlung zur Bedingung für die weitere Zulassung zu Wettkämpfen gemacht werden kann. Der Kläger war ein spanischer Fußballverein, der einen Entscheid der FIFA-Kommission missachtet hatte, wonach er dem brasilianischen Klub Z. den Betrag von EUR 373.226.- als Ablösesumme zu bezahlen hatte. Um die Zahlung zu erzwingen, verhängte die FIFA-Disziplinarkommission eine Geldbuße in Höhe von CHF 25.000.- und drohte Sanktionen nach Maßgabe des Art. 68 des FIFA-Disziplinarreglements 2005 an. Erfolgen sollten ein Abzug von Punkten und der Zwangsabstieg in eine tiefere Liga, sofern der Verein nicht innerhalb 30 Tagen bezahle. Das von der Klägerin angerufene TAS bestätigte den Beschluss der FIFA sowie Buße und Sankti-

⁵⁷ So *Steiner*, La soumission des athlètes aux sanctions sportive, Diss. Lausanne 2009, S. 114 (im Erscheinen).

⁵⁸ *Zöller/Heßler*, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 552 a Rn. 4 u. § 522 Rn. 40 sowie § 544 Rn. 12 c; krit. zur Möglichkeit auf die Begründung unter bestimmten Voraussetzungen gem. § 544 Abs. 4 S. 2 ganz zu verzichten, *Zuck*, Rechtsstaatswidrige Begründungsmängel in der Rechtsprechung des BGH, NJW 2008, 479, 480 f.

⁵⁹ BG v. 5.1.2007, SpuRt 2007, 63.

onsandrohung durch die Disziplinarkommission. Es erkannte, dass die geschuldete Geldsumme verbindlich festgelegt worden sei. Die Klägerin rügte daraufhin vor dem BG eine Verletzung des *ordre public* nach Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG. Der Ausspruch bzw. die unmittelbare Androhung von schwerwiegenden Sanktionen im Rahmen der „Vollstreckung“ einer finanziellen Forderung zwischen Personen des Privatrechts verstoße gegen das Verbot der privaten Zwangsvollstreckung. Das Vollstreckungsmonopol des Staates sei Teil des *ordre public*. Das BG wies diesen Vortrag zurück. Richtig besehen gehe es hier nicht um die Zwangsvollstreckung einer Geldforderung. Die FIFA maße sich auf Grund des Beschlusses ihrer Disziplinarkommission nicht etwa die dem Staat zur Vollstreckung von Geldforderungen zur Verfügung stehenden Zwangsmassnahmen an, wie die Pfändung und Verwertung nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. Auch vorliegend könne der brasilianische Klub die Bezahlung der rund 400 tsd € letztlich nur mit Hilfe der entsprechenden staatlichen Zwangsmassnahmen durchsetzen. Das ist formal zutreffend, aber doch nur ein theoretisches Argument. Jeder Verein kann durch die Mobilisierung von Verbandsmacht effektiv zur Zahlung angehalten werden. Die Existenz als Teilnehmer und Veranstalter von Wettkämpfen steht anderenfalls auf dem Spiel. Auch das zweite Argument überzeugt nicht. Der angefochtene Schiedsspruch betreffe, so das BG weiter, vielmehr Sanktionen auf vereinsrechtlicher Grundlage. Es sei im schweizerischen Vereinsrecht anerkannt, dass die Verletzung von Mitgliedschaftspflichten Sanktionen wie Vereins- oder Verbandsstrafen zur Folge haben können. Die Mitglieder unterwerfen sich solchen Sanktionsmöglichkeiten freiwillig, auch wenn - wie die Beschwerdeführerin mit einer gewissen Berechtigung geltend mache - bei der dominanten Stellung, wie sie die Beschwerdegegnerin im Fußball einnehme, die Möglichkeit des Austritts für einen Fußballklub, der an Meisterschaften teilnehmen möchte, kaum in Frage komme⁶⁰. Der Nachsatz über die fehlenden Handlungsalternativen des Vereins hebt die Aussage zur freiwilligen Unterwerfung wieder auf. Die Argumentation ist ein rhetorisches Spiel und untermauert, dass die Freiwilligkeit im Verbandssystem des Sportrechts zu einem bloßen Zurechnungskriterium herabgestuft ist⁶¹. Der Verband verdrängt den Staat. Es ist von daher auch nicht übertrieben, bereits von der „Weltvollstreckungsmacht Schweiz“ in Sportsachen zu sprechen⁶².

⁶⁰ BG v. 5.1.2007 SpuRt 2007, 63, 64 zust. Anm. *Netzle* 64; krit. *Engelbrecht*, Sportrecht-Weltvollstreckungsmacht Schweiz?, SpuRt 2007, S. 104, 105.

⁶¹ Freiwillig meint danach nur die Urheberschaft der Beitrittserklärung. Die Handlungsinitiative muss von dem Sportler selbst ausgehen und er darf nicht durch rechtliche, namentlich physische Zwangsmittel, gezwungen worden sein. Andere Einflussnahmen und sonstige Zwangsmittel heben die Freiwilligkeit nicht auf. Tatsächlich waren der Handlungsraum und die Wahlsituation des Sportlers im Zeitpunkt der Beitrittentscheidung jedoch extrem eingeschränkt, vgl. zum Begriff der Freiwilligkeit *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 2000, S. 61 ff. Von daher erscheint es richtig, die Freiwilligkeit mit einem Wahlrecht zu verknüpfen, so etwa *Monheim*, Die Freiwilligkeit von Schiedsabreden im Sport, SpuRt 2008, 8, 10.

⁶² *Engelbrecht*, Sportrecht-Weltvollstreckungsmacht Schweiz?, SpuRt 2007, 104.

Die Verbandsautonomie unter der Kontrolle von TAS und BG wird in der Schweiz sehr weitgehend geschützt. Die deutschen Gerichte folgen dem BG. Das Schweizer Recht erlangt neben seiner Vorbildfunktion für andere spätere Kodifikationen auf diese Weise auch im Sportrecht erneut Weltgeltung.

Rights of Withdrawal

von

Prof. dr. Marco B.M. Loos¹

1. Introduction

On 8 October 2008 the European Commission adopted the Proposal for a Directive on Consumer Rights (hereafter: the Proposal).² This framework-directive is intended to be the climax of the work on the revision of the consumer acquis. It builds in particular on the Green Paper on the Review of the consumer acquis³ and the more than 300 reactions the Commission received on the Green Paper. These responses were especially originated from the side of businesses and, to a lesser degree, of consumer groups, government agencies on national and local level, practice lawyers, academicians and others.⁴ The most important conclusion the Commission drew from these responses was that a large majority of the respondents preferred a horizontal instrument in which terms were to be regulated in a uniform manner, such as the notions of 'consumer' and 'trader'. That instrument was to apply to both national and cross-border transactions and should be accompanied by amendments to the existing directives for those areas where sector-specific measures were deemed necessary.⁵ The responses clearly pointed in the direction of *full* harmonisation. Consumer organisations, however, generally preferred the current approach of minimum harmonisation, which offers Member States the possibility to introduce or maintain rules that are more favourable to consumers.⁶ The Commission took up the follow-up energetically: it adopted the Proposal for a Consumer Rights Directive only one year after the preliminary report on the responses to the Green Paper was published. The Proposal is based on the full harmonisation approach preferred by the majority of respondents to the

¹ Marco Loos is professor of private law, in particular of European Consumer Law, and associated with the Centre for the Study of European Contract Law, University of Amsterdam. This paper is based on presentations for the Internationale Juristen Verein in Osnabrück (Germany) and a conference in Manchester (United Kingdom) on the modernisation and harmonisation of European consumer contract law. This paper has also been published, in slightly amended form, in: G. Howells, R. Schulze (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich: Sellier. European law publishers, 2009, pp. 237-277.

² Proposal for a consumer rights directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights of 8 October 2008, COM (2008) 614/4. The proposal can be downloaded at http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm.

³ Green Paper on the Review of the consumer acquis of 8 February 2007, COM (2006) 744 final.

⁴ Commission staff working document, Report on the outcome of the public consultation on the green document on the review of the consumer acquis (hereafter: Review of consumer acquis document). This working document did not receive a COM-number. It can be downloaded at http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/index_en.htm.

⁵ See Review of consumer acquis document, p. 3-4.

⁶ See Review of consumer acquis document, p. 4. See on the Green Paper and the responses thereto extensively M.B.M. Loos, *Review of the European Consumer Acquis*, Sellier. European law publishers, Munich, 2008.

Green Paper, implying that Member States cannot maintain or adopt provisions diverging from those laid down in the Directive.⁷ The full harmonisation of the right of withdrawal in distance and off-premises contracts is thought to contribute to the better functioning of the business to consumer internal market⁸, while 'striking the right balance between a high level of consumer protection and the competitiveness of enterprises',⁹ as is required by Articles 153 paragraph (1) and (3) limb (a) EC Treaty. In the eyes of the Commission, that high level is indeed achieved.¹⁰

In the Green Paper, the European Commission drew the attention to, amongst other things, the regulation of the various rights of withdrawal, which are included in several directives, and the requirements for invoking these rights. The Commission wondered whether the cooling-off periods should be harmonised across the consumer acquis, how the right of withdrawal should be exercised, and which costs should be imposed on consumers in the case of withdrawal.¹¹ From the responses to the Green Paper, the Commission concluded that there is a strong support for tightening-up and systematising the consumer acquis, amongst others in the area of the regulation of the rights of withdrawal.¹²

In this paper I will examine whether the harmonisation effort undertaken is successful, whether the right choices are made in the Proposal, and whether, as the European Commission indicates, the right balance between a high level of consumer protection and the competitiveness of enterprises is indeed achieved.

2. Characteristics and Development of the Right of Withdrawal

Rights of withdrawal and the associated cooling-off periods are fairly new concepts in private law. Although traces of a right of withdrawal may already be found in a proposal for a statutory *Reurecht* for buyers in hire-purchase schemes in 1891,¹³ it was not until the late 1960s and the early 1970s before a right of withdrawal was first laid down in legislation.¹⁴ The right of withdrawal is usually meant to protect a consumer from making rash decisions: during a relatively short cooling off-period, the consumer may go back on his decision to conclude a contract, sometimes even if that contract has already been per-

⁷ Explanatory memorandum to the proposal for a consumer rights directive, COM (2008) 614/4, p. 3.

⁸ Cf. Recital (5) of the preamble to the proposal for a consumer rights directive.

⁹ Cf. Recital (5) of the preamble to the proposal for a consumer rights directive. In this sense also the Explanatory memorandum, p. 2.

¹⁰ Explanatory memorandum, p. 3.

¹¹ Green Paper, p. 12, 20-22.

¹² See the executive summary in the Review of consumer acquis document, p. 3.

¹³ Cf. the proposal by Heck, published in the proceedings of the 21st German Lawyers day of 1891, 2nd. Volume, p. 180-182.

¹⁴ Legislation in Germany and the Netherlands introducing a right of withdrawal date back to 1969 in Germany (*Auslandinvestments-Gesetz*, concerning *inter alia* the sale of foreign investment shares) and 1973 in the Netherlands (*Colportagewet*, concerning a regulation of doorstep selling contracts).

formed by the parties. The counterpart to the contract, typically a trader (i.e. a professional seller or service provider), is not given such possibility. When the consumer does exercise his right of withdrawal, all contractual obligations are extinguished.¹⁵

At European level, the right of withdrawal was introduced by the Doorstep Selling Directive.¹⁶ Since then it has been included in Directives on Life Assurance,¹⁷ Timeshare,¹⁸ Distance Selling,¹⁹ Distance Marketing of Financial Services,²⁰ and, recently, Consumer Credit.²¹ It should be noted, however, that the directives use different terms to indicate the right of withdrawal.²² Member States sometimes have additional cooling off-periods in areas that are not or not yet (fully) harmonised.²³ Moreover, occasionally extra-legal (contractual) rights of withdrawal have developed in contractual practice. A common example is the commercial practice in retail shops that a good may be returned in exchange for the contract price or a credit note if it does not satisfy the buyer's needs. These national

¹⁵ Cf. case C-423/97, ECJ 22 April 1999, *ECR* 1999, I-2195 (Travel Vac SL/Anselm Sanchis), nos. 57-58.

¹⁶ Doorstep selling directive, i.e. Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, *OJ* 1985, L 372/31.

¹⁷ Second life assurance directive, i.e. Council Directive 90/619/EEC of 8 November 1990 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct life assurance, laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and amending Directive 79/267/EEC, *OJ* 1990, L 330/50. I will deal with the directive only occasionally.

¹⁸ Timeshare directive, i.e. Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis, *OJ* 1994, L 280/83. A new Timeshare Directive was adopted shortly before this contribution went to print: Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts, *OJ* 2009, L 33/10. In the remainder of the text I will refer to both the existing and the new directive.

¹⁹ Distance selling directive, i.e. Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, *OJ* 1997, L 144/19.

²⁰ Distance marketing of financial services directive, i.e. Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, *OJ* 2002, L 271/16.

²¹ Consumer credit directive, i.e. Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, *OJ* 2008, L 133/66.

²² The directives speak of the right to 'renounce' the effects of the contract (art. 5 para. 1 of the doorstep selling directive), of the right to 'cancel' the contract (art. 15 para. 1 of the second life assurance directive) or of the right 'to withdraw' from the contract (art. 5 para. 1 of the existing timeshare directive, art. 6 para. 1 of the new timeshare directive, art. 6 para. 1 of the distance selling directive, and art. 6 para. 1 of the distance marketing of financial services directive). In German, the directives use terms such as 'zurücktreten' and 'widerrufen'; in French, terms such as 'le droit de renoncer', 'le droit de résilier' and 'le droit de rétraction' are used. The diverging terms do not imply a difference in meaning, but are rather the expression of a lack of a unitary system of European contract law, cf. J. Büßer, *Das Widerrufsrechts des Verbrauchers. Das Verbraucherschützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrechts*, Peter Lang: Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien, 2001, p. 123.

²³ An example is the right of withdrawal for a consumer-buyer of a house in art. 7:2 of the Dutch Civil Code. This right of withdrawal is somewhat atypical, as it applies irrespective whether the seller is a professional or also a consumer. Other peculiarities include the extreme short cooling off-period (3 working days) and the fact that not the dispatch, but the receipt principle applies as regards the timeliness of the notice of withdrawal. See for a critical evaluation of the Dutch regulation Jac. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: Jac. Hijma, W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd*, preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Kluwer: Deventer, 2004, with references.

and extra-legal rights of withdrawal will, however, be disregarded in this paper as they are of minor importance only to the debate on the regulation of rights of withdrawal at the European level.

The right of withdrawal gives the consumer the right to unilaterally go back on his decision to conclude a contract. As such, it is a far-reaching instrument, protecting one party from another party by restricting the binding nature of the contract. It is, therefore, at odds with the principle of *pacta sunt servanda*, which is commonly regarded as one of the pillars of contract law. That principle maintains that when parties have concluded a contract, they are bound to uphold their word and are required to perform their part of the contract. The right of withdrawal appears to affect the binding force of a contract in its core. It should be noted, however, that the principle of *pacta sunt servanda* is not without its limitations. For centuries, exceptions have been made to it, in particular when one of the parties was not able to freely determine whether it wishes to be bound by that contract. In the view of Canaris, the right of withdrawal may be seen as just another example of the fact that the formal and material notions of freedom of contract need not always coincide, as already follows from more familiar instruments as fundamental mistake, deceit and fraud. In this view, the right of withdrawal is not really at odds with the principle of *pacta sunt servanda*, as the 'pactum', on which the binding nature of the contract is based, is not really founded on freely determined consent by the consumer.²⁴ Nevertheless, given its far-reaching nature, the use of such an instrument needs justification.²⁵ Obviously, whether a right of withdrawal is justified is a matter of legal politics and ethics.²⁶ Justification for such an instrument is normally reflected in the function that the legislator wishes it to fulfil. The function it is to fulfil, however, does of course influence the answers to the questions of how long the cooling-off period should last and how the consumer is to effect his withdrawal in case he decides to make use of his right, as these affect the effectiveness of the right of withdrawal and, therefore, contribute to the answer to whether the use of the instrument of a right of withdrawal as such is actually justified.

²⁴ Cf. C.-W. Canaris, 'Wandlungen des Schuldvertragsrechts, Tendenzen zu seiner 'Materialisierung'', *Archiv für die civilistische Praxis* 200 (2000), p. 344. Cf. also Büßer (2001), p. 133-134; Th.M.J. Möllers, 'Europäische Richtlinien zum Bürgerlichen Recht', *Juristenzeitung* 2002, p. 130; W.L. Valk, 'Wanneer is een bedenktijd gerechtvaardigd?', in: Jac. Hijma, W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd*, preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Kluwer: Deventer, 2004, no. 39.

²⁵ Cf. Canaris (2000), p. 345; Valk (2004).

²⁶ Valk (2004), no. 2.

3. The duration of the cooling-off period and the need for further harmonisation

a) Diverging lengths of the cooling-off period

The lack of coherence of European consumer law is much debated. One of the most debated examples pertains to unification of the right of withdrawal and the associated cooling-off period.²⁷ One of the main problems is that the directives that have introduced a right of withdrawal, have very different lengths for the cooling off-period, varying from seven calendar days (doorstep selling), ten calendar days (timeshare),²⁸ seven working days (distance selling), fourteen working days (distance marketing of financial services; consumer credit) up to even thirty calendar days in the case of life assurance contracts. This may lead to confusion for consumers, entrepreneurs and lawyers as to the length of the applicable cooling off-period. Moreover, it causes legal uncertainty in cases where two or more rights of withdrawal are applicable, e.g. in the case of doorstep or distance selling of a timeshare.²⁹

The need for further harmonisation of the rights of withdrawal was confirmed in the responses to the Green Paper, as follows from the staff working document published on the website of the Commission. According to this working document, a clear majority of the respondents showed support for unification of the cooling-off period, including 65% of the consumer organisations, 75% of practitioners, and 20 Member States. According to business stakeholders, the remarkable differences between the national legislation of the Member States impede businesses in cross-border situations in dealing with the right of withdrawal and the duty to properly inform the consumer on the applicable duration of the cooling-off period. Given these comments, it is surprising to note that only 44% of business respondents spoke out in favour of harmonisation of the cooling-off periods.³⁰

In the responses to the Green Paper there is a variation in opinion as to the length of a uniform cooling-off period. In particular, it was suggested from the business side that a uniform period of two weeks would be too long and that too long a period would open the opportunity for consumers to abuse their cooling-off period. Moreover, in such a case the period – during which the consumer would have to ensure that the good would remain as new – would equally be prolonged. Conversely, consumer organisations often argued that the existing cooling-off periods are too short; some argued for even longer periods than

²⁷ See further M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht* (inaugural address Amsterdam), Den Haag: Boom, 2006, p. 35-36.

²⁸ Under the new timeshare directive the consumer will have a cooling-off period of fourteen calendar days, see below.

²⁹ Cf. case C-423/97, ECJ 22 April 1999, *ECR* 1999, I-2195 (Travel Vac SL/Anselm Sanchis), nos. 22, 23 and 26, where the ECJ confirmed that the doorstep selling directive and the timeshare directive may both be applicable to the same contract.

³⁰ Review of consumer acquis document, p. 8.

two weeks for ‘complicated’ contracts such as timeshare agreements.³¹ Some Member States favoured a distinction between two categories of cooling-off periods. For the first category, consisting of the Distance Selling Directive and the Doorstep Selling Directive, a period of ten calendar days is suggested, whereas for the second category a period of fourteen calendar days is preferred. The second category should include at least timeshare agreements, the reason being that the high financial interest and the often long contractual period for these agreements justify a longer cooling-off period.³² Why a uniform cooling-off period of fourteen calendar days would not be better – because it is easier to handle and to explain – is not explained. In this respect, one should realise that to one contract both the Doorstep Selling Directive and the Timeshare Directive may apply, as follows from the *Travel Vac*-decision of the ECJ.³³ In such a case the question of the actual duration of the cooling-off period pops up again, resulting in the familiar uncertainty which now exists. Moreover, as the difference between ten and fourteen days is not all that great, the added value of a more nuanced system does not seem so great anyway.

One should therefore seriously contemplate introducing a uniform regime for the cooling off-period. A possible disadvantage of such a uniform period could be that it may seem somewhat long for some cases, e.g. where an aggressive sales technique was employed but the undue influence has subsided. Nevertheless, the advantages of having a uniform cooling off-period seem to outweigh the disadvantages thereof.³⁴ It would therefore seem that, unless there are pressing reasons *not* to introduce a uniform period for all rights of withdrawal, such a uniform period should be opted for.

The European Commission, following the example in Article II. – 5:103 paragraph (3) of the Draft Common Frame of Reference (DCFR), has indeed opted for a uniform duration of fourteen calendar days (Article 12 paragraph (1) of the Proposal). One should recognise that the Proposal only applies to the right of withdrawal in distance contracts and off-premises contracts. However, it is clear that the Commission did take other rights of

³¹ Review of consumer acquis document, p. 8. Cf. also Working document of the Commission, Responses to the consultation on distance selling directive 97/7/EC contained in Communication 2006/514/EC, Summary of responses (hereafter: Distance selling document), p. 9, where it is mentioned that consumer organisations were said to prefer a cooling-off period of 14 *working* days, what would amount to about three (calendar) weeks. Business were said to prefer a cooling-off period of 7 (calendar) days. Here, the ‘ideal’ situation for consumer organisations and businesses apparently differ even more. The Distance selling document, again, has not received a COM-number. It may be downloaded at http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/dist_sell/sum_responses_consultations_en.pdf (lastly checked on 9 January 2009).

³² See, for instance, the reaction of the Netherlands, p. 22. The reactions of the individual Member States and other respondents may be downloaded at http://ec.europa.eu/consumers/rights/responses_green_paper_acquis_en.htm (lastly checked on 7 January 2009).

³³ ECJ 22 April 1999, case C-423/97, [ECR] 1999, p. I-2195 (*Travel Vac SL/Anselm Sanchís*), no. 23.

³⁴ In this sense also Hijma (2004), no. 50.

withdrawal – in particular: timeshare, distance marketing of financial services, life assurance contracts, and consumer credit contracts – into account when drafting the provisions of this Proposal: in almost³⁵ all of these contracts, the duration of the cooling-off period is or will be fixed at fourteen calendar days.³⁶

Is the choice for a uniform period actually a correct decision? Or are there good reasons to opt for a different period, taking into account the interests of both the consumer and the trader? In this respect, one should recognise that the cooling-off period should be sufficiently long for the consumer to be able to actually make use of the right of withdrawal. On the other hand, the cooling-off period should not unreasonably burden the trader with uncertainty as to the finality of the contract concluded. In other words: the interests of both parties need to be balanced in such a manner that the trader is not burdened too much, but the consumer is enabled to make up his mind and then to execute a decision to withdraw. Bearing these considerations in mind, let us now turn to the functions that the rights of withdrawal are meant to serve.

b) Functions of the right of withdrawal

A pressing need to continue the existence of differing lengths of the cooling-off period may, of course, follow from the *function* the right of withdrawal is to fulfil. It has already been remarked that the right of withdrawal is meant to protect a consumer from making rash decisions. Yet, the need for such protection differs.³⁷ In the cases of doorstep selling and timeshare, the aim was to protect the consumer from aggressive sales techniques (see below, under a),³⁸ whereas in the case of distance selling of goods and services, distance marketing of financial services and consumer credit, it was much more the desire to let consumers and businesses benefit more from the advantages of the internal market by taking away barriers to cross-border trade (see below, under b).³⁹ The promotion of the online conclusion of contracts as such could be thought to constitute an independent reason for the introduction or maintenance of a right of withdrawal for distance contracts (see

³⁵ The only exception is the case of distance marketing of life insurance contracts, where a cooling-off period of 30 days applies, see art. 6 para. 1 of the distance marketing of financial services directive.

³⁶ Cp. art. 6 para. 1 of the new timeshare directive; art. 6 para. 1 of the distance marketing of financial services directive; art. 14 para. 1 of the consumer credit directive.

³⁷ Büßer (2001), p. 126, rightly argues that a right of withdrawal often has to fulfil several functions at the same time. For instance, in the case of doorstep selling, the protection against aggressive sales techniques may have been the main motive for the introduction of the right of withdrawal, but obviously one can also argue that the consumer is deprived from the possibility to assess the qualities of the goods or service offered at the time of the conclusion of the contract. In this respect, any classification cannot be more than indicative in nature.

³⁸ Cf. the Recitals 3 and 4 of the preamble to the doorstep selling directive and Recitals 7 and 11 of the preamble to the existing timeshare directive.

³⁹ Cf. Recitals 3 and 4 of the preamble to the distance selling directive, Recitals 3 and 4 of the preamble to the Distance marketing of financial services, and Recitals 6 and 7 of the consumer credit directive.

below, under c). Another ground for the introduction of such a right could be the complex nature of the concluded contract itself and the corresponding need to obtain objective information or advice (see below, under d).

aa) Protecting consumers against aggressive commercial practices

In the case of doorstep selling and timeshare, the seller usually takes the consumer unaware by approaching him at his home or at another locality not perceived as the seller's or service provider's business premises. The seller then may induce the consumer to take a decision he cannot oversee at that moment.⁴⁰ In such situations, the consumer is not able to make an informed choice as to whether the goods or services offered to him indeed meet his demands. The right of withdrawal then serves to enable the consumer to rethink his earlier decision, which may or may not have been made under the influence of the actions of the trader. This implies that in such cases, a relatively short cooling-off period would in principle suffice, provided that the consumer can indeed reflect on his decision in peace and quiet, i.e. free from possible duress and therefore outside the company of the trader. From that point of view, the period of seven calendar days mentioned in the current Doorstep Selling Directive seems of sufficient length, provided that such a notice is effective when it is dispatched within the cooling-off-period. Obviously, a longer cooling-off period would be disadvantageous to traders, but this disadvantage may be outweighed by the advantages of having one uniform duration for the cooling-off period. Where – as is foreseen in the Proposal for a Consumer Rights Directive – the number of form(al) requirements for the conclusion of the contract is much more limited, this may even serve as a counterbalance for a longer cooling-off period.

Where timeshares are concerned, it is much more questionable whether the current cooling-off period of ten or fourteen calendar days is sufficient. In this respect one should realise that timeshare contracts are typically concluded with a consumer who is on holiday and who in practice, often under the influence of the holiday atmosphere (and frequently also of intoxicating substances, such as alcohol and drugs), is not always capable of properly evaluating important decisions. In such cases, to be really effective, the cooling-off period probably should only start to run once the consumer is back home. A rule to that extent, obviously, has the drawback that it causes much uncertainty for the trader as to when the cooling-off period has finally started to run and subsequently when it has elapsed. Moreover, the Unfair Commercial Practices Directive,⁴¹ together with traditional

⁴⁰ Cf. for doorstep selling Canaris (2000), p. 346; G. Reiner, 'Der Verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen', *Archiv für die civilistische Praxis* 203 (2003), p. 9-10; Büßer (2001), p. 101, 118; Valk (2004), nos. 16-22. Cf. for timeshare Reiner (2003), p. 10; Valk (2004), no. 24.

⁴¹ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive

doctrines on absence or vice of consent (in particular: misrepresentation, deceit, fraud and threat) will probably provide sufficient relief for the consumers concerned. In my view, this implies that the possibility that the right of withdrawal will not be effective in all situations cannot justify a different length of the cooling-off period just for timeshare contracts.

bb) Taking away barriers to cross-border trade

With regard to distance selling of goods and services it is not so much the need to protect the consumer from existing trade practices, but the (European legislator's) wish to take away barriers that obstruct the development of the internal market.⁴² An important psychological barrier in the area of distance selling is the fact that the parties to the contract cannot see each other face-to-face at the moment of conclusion of the contract. Secondly, the consumer often has problems in picturing the goods or service offered.⁴³ Furthermore, it will be more difficult for the consumer to better evaluate whether the goods or services offered to him will meet his needs. On the one hand, it is hard to put the necessary questions to the trader. On the other hand, information that is given is often volatile in nature.⁴⁴ For these reasons, the consumer is thought to be inclined to purchase the goods or services from the trader operating locally instead of surfing on the internet and buying it elsewhere – possibly even abroad. It is thought this disadvantage would diminish or be taken away if the consumer were allowed to rethink his decision when he has the good in his hands. He could then examine whether or not the purchased goods meet his expectations, assess their qualities and the reliability of the seller, and reconsider his initial decision.⁴⁵ However, the element of ex post quality assessment is not possible in the case of distance selling of services, as the right of withdrawal ceases when the service is rendered.⁴⁶ Similarly, in the case of distance marketing of financial services, the right of withdrawal is excluded where the contract has been fully performed by both parties at the express request of the consumer before the cooling-off period has ended.⁴⁷

In any case, for distance contracts the right of withdrawal seems to be aimed at enticing the buyer to engage in cross-border transactions. To my mind, it is doubtful whether that goal justifies the choice for a far-reaching instrument such as the right of

84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council, *OJ* 2005, L 149/22.

⁴² Cf. Recitals 3 and 4 of the preamble to the Distance selling directive, Recitals 3 and 4 of the preamble to the Distance marketing of financial services, and Recitals 6 and 7 of the Consumer credit directive.

⁴³ Cf. H.Chr. Grigoleit, 'Besondere Vertriebsformen im BGB', *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, p. 1151; Chr. Wendehorst, in: *Münch.Komm. no. 4 before § 312b BGB*; Büßer (2001), p. 101, 120.

⁴⁴ Cf. Recitals 11, 13 and 14 of the preamble to the Distance selling directive.

⁴⁵ Cf. Wendehorst, in: *Münch.Komm. no. 4 before § 312b BGB*; Valk (2004), no. 26.

⁴⁶ Cf. art. 6, para. 3 of the distance selling directive. Cf. also Büßer (2001), p. 138-139.

⁴⁷ Cf. art. 6, para. 2 sub (c) of the distance marketing of financial services directive.

withdrawal. An urgent need for protection seems absent here since the consumer will normally not be pressured into concluding a contract. As there is no need to 'cool off', one may wonder whether a cooling-off period should be awarded at all, in any case in the 21st century, where e-commerce has come of age. First of all, it seems unlikely that harmonisation of private law will result in a (substantive) increase in cross-border contracts, as other – arguably more import – barriers such as diverging tax rates and different languages are not taken away.⁴⁸ Although harmonisation will certainly take away some barriers for trade within the internal market, the promotion of the internal market is therefore not a convincing argument to introduce or maintain a right of withdrawal. As a consequence, the idea that the right of withdrawal should remove barriers to trade therefore cannot justify a different length of the cooling-off period just for distance contracts.

cc) Promoting the online conclusion of contracts?

One could argue that a separate argument to introduce and maintain a right of withdrawal is actually the promotion of concluding online contracts as such. In fact, most of the arguments put forward under b) (taking away barriers to cross-border trade) are actually based on the idea that if more online contracts are concluded, this will (ultimately?) lead to more cross-border contracts.⁴⁹ Looking at it from this angle, one should really focus on taking away barriers for the online conclusion of contracts. In this respect, one should reiterate these barriers:

1. the parties to the contract cannot see each other face-to-face at the moment of conclusion of the contract;
2. the consumer often has problems in picturing the goods or service offered; and
3. it is more difficult for the consumer to evaluate whether the goods or services offered to him will meet his needs.

All of these barriers are, to some extent, valid and true. Yet, this does not seem to be sufficient justification to introduce or maintain a right of withdrawal in distance contracts, as most of the time⁵⁰ it is the consumer himself who decides to make use of this method for

⁴⁸ See in this respect J.M. Smits, 'Europa en het Nederlandse privaatrecht', *Nederlands tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2004, p. 495.

⁴⁹ Promoting the conclusion of contracts through the Internet would therefore *indirectly* enhance the use consumers and businesses make of the internal market.

⁵⁰ It may be different in the situation where a consumer is approached directly by the seller or service provider, e.g. in the case of cold calling. One could argue, however, that the problem here is that this situation is not covered by the doorstep selling directive, which would be much more appropriate as similar problems as with 'regular' doorstep selling contracts apply.

concluding contracts: he switches on the computer, directs his browser to the website of a trader, and subsequently orders a specific good or service. This objection applies in particular to goods (and to a lesser extent also to services) that the consumer may also purchase in a regular retail shop, where e-commerce has come of age and has developed into just another sales method. Sometimes, another argument is implicitly brought forward: the introduction or maintenance of a right of withdrawal means that the consumer need not engage in difficulties whether or not the goods delivered or the services rendered are in conformity with the contract, is valid. However, that argument would equally apply to contracts concluded in a regular retail shop. If this is not perceived as a justification to introduce a right of withdrawal also for such 'normal' contracts, there is no reason to accept it as a justification to maintain a right of withdrawal for distance contracts.

The conclusion, therefore, must be that the right of withdrawal is hardly justified in the case of distance contracts. I take it as a fact that there does not seem to be support for abolishing that right. Yet, one should conclude from the above that there is in any case no reason to have a *different* duration of the cooling-off period for just distance contracts.

dd) Complex contracts

Another ground for the introduction of such a right could be the complex nature of the concluded contract itself. In particular contracts pertaining or relating to financial services (including consumer credit contracts and contracts where the purchase of a good or service is combined with the conclusion of a credit contract) are often of such complexity that even a well-educated and well-informed consumer can't easily ascertain whether the service provider's offer meets his demands. In such a case, the consumer might need to obtain objective information or advice. Ideally, he would have done so before the contract was concluded, but it may in fact be difficult for an independent adviser to inform or advise a client if the contract itself has not already been concluded and, therefore, it is not yet clear what exactly the content of the consumer's rights and obligations would be. The mere provision of information – e.g. by imposing obligations on the service provider to inform the consumer – would in such a situation not take away the information asymmetry between the parties: the only thing a consumer could do in such a case, is to obtain independent advice elsewhere afterwards and thus to be able to assess the quality of the service offered, and to determine whether that service meets his subjective needs and specific circumstances. In order to be effectively able to do so, the consumer would have to have the possibility to withdraw from the contract if the advice given to him prompts him to do so.

The complex nature of the product offered by the trader could therefore justify the introduction of a right of withdrawal, in particular in the area of financial services. Moreover, such a right would be useful both in case of distance contracts – as is currently provided by the Distance Marketing of Financial Services Directive – and in the case of contracts concluded in the offices of such a service provider. In this respect, it is to be noted that in the case of life assurance contracts, the right of withdrawal already applies irrespective of the manner in which the contract is concluded.

As the consumer needs to seek independent advice and advisers knowledgeable in the field may not be found all that easily – and may not be available immediately – the cooling-off period should be sufficiently long in order to be effective. The periods of fourteen calendar days opted for in the Distance Marketing of Financial Services Directive and in the Consumer Credit Directive seem sufficiently long to at least receive timely preliminary advice, provided that the consumer undertakes to obtain advice without too much hesitation.⁵¹ The period of thirty calendar days accepted for life assurance contracts, on the other hand, seems unreasonably long.

c) Conclusion as to the optimal duration of the cooling-off period

It is not easy to establish what an optimal duration for the cooling-off period would be. In deciding on the duration, the differing interests of the consumer and the trader need to be reconciled as much as possible. Moreover, as was argued in section 3.1, unless there are pressing reasons *not* to introduce a uniform period for all rights of withdrawal, such a uniform period should be opted for. In the previous section we have identified the reasons for introducing and maintaining the right of withdrawal. In the case of distance selling, it is debatable whether there (still) is sufficient justification to maintain the right of withdrawal. This implies that the optimal duration for the cooling-off period should not take too much account of the distance selling situation in this respect. In the case of doorstep selling, timeshare and complex contracts, a right of withdrawal seems indeed to be justified. The optimal duration for the cooling-off period should therefore respect the needs that follow from the conclusion of such contracts. From this it follows that a cooling-off period of fourteen calendar days is needed but sufficient in the case of complex contracts. Such a period would in most cases also be sufficient for timeshare contracts and certainly for doorstep selling contracts (where a shorter period would probably also have been accept-

⁵¹ The service provider should, of course, not be burdened with the fact that a hesitant consumer may not be able to obtain independent advice in time.

able). The fourteen calendar days period opted for in Article 12 paragraph (1) of the Proposal for a Consumer Rights Directive therefore seems to be optimal indeed.⁵²

4. Start and end of the cooling-off period

a) The start of the cooling-off period

In order for the right of withdrawal to be effective, the consumer needs to be informed thereof. With the exception of the Second Life Assurance Directive, all directives that have introduced a right of withdrawal include such an obligation for the trader to inform the consumer of his right of withdrawal, albeit that the details differ – especially as regards the consequences of a failure to properly inform. In the Doorstep Selling Directive, the cooling-off period starts when the contract is concluded and the consumer has received written notice from the trader of his right of withdrawal.⁵³ Therefore, as the ECJ confirmed in the *Heininger*-case, the cooling-off period does not start before the consumer is informed of his right of withdrawal.⁵⁴ Failure to inform the consumer of his right of withdrawal thus implies that the cooling-off period never starts to run and therefore does not end. As a consequence, the consumer may withdraw from the contract, if need be, even years after the contract was concluded.⁵⁵ National law may, however, provide that the cooling-off period does end when a month has passed after both parties have fully performed their obligations under the contract.⁵⁶ Similarly, in the case of a distance contract pertaining to financial services and in the case of a consumer credit contract, the cooling-off period only starts when the contract is concluded *and* the trader has fulfilled his information duties.⁵⁷ Again, if the information has not been provided, the cooling-off period does not start to run. Under the existing Timeshare Directive the cooling-off period starts when both parties have signed the timeshare contract or a binding preliminary contract, whether or not the consumer was informed of his right of withdrawal or other rights and obligations. A failure to provide the information only leads to a (limited) extension of the cooling-off period.⁵⁸ Under the new Timeshare Directive, however, the cooling-off period only starts to run when the information has been provided.⁵⁹ In the case of distance selling, a division must be made between the sale of goods and the supply of

⁵² In this sense already M.B.M. Loos, The case for a uniform and efficient right of withdrawal from consumer contracts in European Contract Law, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2007/1, p. 32.

⁵³ Cf. art. 5 para. 1 and art. 4 of the doorstep selling directive.

⁵⁴ Cf. ECJ 13 December 2001, case C-481/00, ECR [2001] p. I-09945 (*Heininger/Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*), nos. 44-48

⁵⁵ In the *Heininger* case, the consumers withdrew from the contract almost 8 years after the contract was concluded

⁵⁶ Cf. ECJ 10 April 2008, case C-412/06, ECR [2008] n.y.r. (*Hamilton/Volksbank Filder*)

⁵⁷ Cf. art. 6 para. 1 of the distance marketing of financial services directive and art. 14 para. 1 of the consumer credit contract.

⁵⁸ Cf. art. 5 para. 1 of the existing timeshare directive. The obligation to inform the consumer of his right of withdrawal follows from art. 4 of the directive in conjunction with the Annex sub l.

⁵⁹ Cf. art. 6 para. 2 of the new timeshare directive.

services. In the former case, the cooling-off period starts when the goods are delivered, whereas in the latter case, the cooling-off period already starts when the contract is concluded (and even ends when the contract, with the agreement of the consumer, is performed during the cooling-off period). In both cases, again, the trader's failure to live up to his information duties does not delay the start of the cooling-off period, but does lead to a limited extension of the cooling-off period.⁶⁰

This means that there are at least four possible moments in which the cooling-off period may start:

1. when the contract (or a binding pre-contract) is concluded (existing rule on timeshare; distance selling of services);
2. when the trader has performed his main obligation under the contract (distance selling of goods);
3. when the trader has performed his information obligation pertaining to the existence of a right of withdrawal (doorstep selling);
4. when the trader has performed all of his information obligations (distance marketing of financial services; consumer credit; new timeshare rule).

The issue of the starting point of the cooling-off period was not addressed in the responses to the Green Paper. In the reactions to the consultation on distance selling, it was established that the starting point of the cooling-off period was not unambiguous in the case of distance selling. For instance, in the case of distance selling of prepaid mobile phones the consumer purchases both a good (the mobile phone) and a service (the possibility to make use of the phone during a certain period). When does the cooling-off period start: when the phone is delivered or when the contract is concluded? The starting point of the cooling-off period is also unclear when goods are delivered in batches: does the consumer have a right of withdrawal after every individual delivery, or is the delivery of the first or the last good decisive for the cooling-off period to start running?⁶¹

⁶⁰ Cf. art. 6 para. 1 of the distance selling directive.

⁶¹ Distance selling document, p. 10.

These questions originate from the fact that the starting point of the cooling-off period differs whether the distance selling contract pertains to the delivery of goods or the supply of services: were the starting point harmonised, these problems could simply cease to exist. As will be explained below, there is no objective justification for a distinction between the starting moments for the delivery of goods and the supply of services on the basis of a distance contract: why should the buyer of goods be allowed to evaluate the purchased goods after having received them, whereas the purchaser of an online service may only do that prior to the performance of the service? In so far as there should be a right of withdrawal for distance contracts, at least the starting moments should be the same. This implies that option 2 (cooling-off period starts when the trader has performed his main obligation under the contract) should be rejected.

All other options have advantages and disadvantages. Option 1, which implies that the cooling-off period would start upon conclusion of the contract, has the clear advantage of a large degree of certainty as to the start and end of the cooling-off period. Whether or not the consumer is informed of his right of withdrawal is of no relevance as to the starting point; failure to inform the consumer thereof does lead to an extension of the cooling-off period, but that extension is limited by the introduction of a cut-off period. Both measures contribute to legal certainty, which is in the interest of both parties. The drawback of this scenario, however, is that there is a disincentive for the trader to perform his information obligations, as in doing so he may alert the consumer to his right of withdrawal and therefore runs the risk of losing the contract. Options 3 and 4 take away these drawbacks, as the non-observance of the relevant information obligation(s) is effectively sanctioned by delaying the start of the cooling-off period. The disadvantage, obviously, is that a contract could be withdrawn from sometimes long after the parties have started to perform it, as is indicated by the *Heininger*-case. However, one could limit the detrimental consequences thereof by providing, as was done in the *Hamilton*-case, that the right of withdrawal elapses when the contract has been fully performed by both parties and subsequently a relatively short period has elapsed. In such a way, options 3 and 4 serve legal certainty in the same way as does option 1: they provide a clear starting point for the cooling-off period, i.e. when both the contract is concluded and either all information obligations (option 4) or at least the obligation to inform the consumer of his right of withdrawal (option 3) have been performed. Furthermore, they have the advantage that the minimum requirement for a proper functioning of the withdrawal is met: in order for a right of withdrawal to be effective, the consumer needs to be informed thereof.⁶²

⁶² Cf. Loos (2007), p. 20-21.

When determining the optimal rule for the Proposal for a Consumer Rights Directive, one should consider that the proposal starts from the perspective of full harmonisation, implying that any national rule protecting the consumer better than the existing minimum rules will have to be abolished. This in itself could be considered an argument against option 1, which should be seen as the absolute minimum of consumer protection in the current European directives. Accepting option 1 would amount to lowering consumer protection for most cases. Secondly, one should consider that option 4 has been adopted in the area of Distance Marketing of Financial Services Directive (2002) and, even more recently, the Consumer Credit Directive (2008) and the 2008 Timeshare Directive. In this respect, it would seem odd to adopt a different rule for other contracts without a convincing argument – which is lacking.

In this respect, the Proposal for a Consumer Rights Directive is simply disappointing: Article 12 paragraph (2) of the Proposal largely maintains the status quo.⁶³ As we saw above, apart from the complications as regards information obligations, this means that the starting point of the cooling-off period is normally at or around the moment the contract is concluded.⁶⁴ Yet, in the case of distance selling of *goods*, the cooling-off period only starts when the goods are delivered, i.e. when the seller has already performed his main obligations under the contract.⁶⁵ At first glance, this later moment for the start of the cooling-off period seems logical, as the cooling-off period is (also) meant to serve the interests of the consumer to ascertain the nature and the functioning of the goods, which he could not do at the moment of the conclusion of the contract.⁶⁶ However, in the case of other consumer contracts where a right of withdrawal is awarded, the cooling off-period always starts to run around the time of conclusion of the contract. In many of these cases, the consumer will not have received the goods or services within the cooling-off period – so he will not be able to ascertain their nature and whether they function properly – and if he does receive them, he may already have lost his right of withdrawal altogether, as is the case with distance selling of services.⁶⁷ In particular, it is not clear why this argumentation would be valid for distance selling of goods and doorstep ('off-premises') selling of the same goods, where the consumer is not always able to examine the goods prior to the conclusion either. In doorstep selling practices, the consumer is often only shown one or a

⁶³ Cf. art. 12 para. 2 proposal for a consumer rights directive.

⁶⁴ Under the provisions of the proposal for a consumer rights directive: in the case of distance selling of services at the moment when the contract is concluded (art. 12 para. 2, third sentence), in the case of doorstep selling the signing of the order form or, if the contract is not signed on paper, the moment the consumer receives a copy thereof (art. 12 para. 2, first sentence). Similarly, in the case of timeshare, distance marketing of financial services and consumer credit, the signing of the contract or a binding precontract (art. 6 para. 2 of the new timeshare directive, art. 6 para. 1 distance marketing of financial services directive, and art. 14 para. 1(a) consumer credit directive).

⁶⁵ Art. 12 para. 2, second sentence, of the proposal for a consumer rights directive.

⁶⁶ See explicitly Recital (22) in the preamble to the proposal for a consumer rights directive.

⁶⁷ Cf. art. 19 para. 1 sub (a) of the proposal for a consumer rights directive.

few samples but is required to order from a catalogue, where products are also offered that were not shown to the consumer in the form of a sample. So what is so special about distance selling of goods that a fundamentally different starting point is chosen here? Is this just reminiscent of a tradition developed at a time when e-commerce was a novelty and needed to be supported by unorthodox instruments in order for consumers to trust in this manner for concluding contracts? We do not know, as the Commission does not substantiate why a difference needs to be made – or continued, to be more precise, as the existing Distance Selling Directive contains the same distinction.⁶⁸ It seems to me, however, that the Commission has failed to seize the moment here to really harmonise the rules on the cooling-off periods.⁶⁹

In the case of doorstep selling, the Proposal does at first glance seem to lead to a new starting point for the cooling-off period. Under the present Directive, the cooling-off period only starts when the consumer is informed of his right of withdrawal.⁷⁰ Under the proposal, the normal starting point will be when the consumer signs the order form.⁷¹ The order form is described as an instrument setting out the contract terms, to be signed by the consumer⁷² and is to contain the standard withdrawal form.⁷³ This implies that at the moment when the contract is concluded, the consumer normally will be informed of the existence of the right of withdrawal and the way in which he can exercise this right. If, however, the contract is not concluded on paper, the cooling-off period only starts when the consumer receives a copy of the order form on another durable medium.⁷⁴ In fact, this means that in reality, the cooling-off period will start for doorstep selling contracts when the trader has performed all of his information obligations. In this respect, the European Commission has therefore opted for option 4.

However, the wording of Articles 10 and 12 of the Proposal raises the question of what is to happen if the order form is on paper, but the consumer is not given a copy thereof. Although the ideas underlying the proposed Directive undoubtedly imply that the consumer is given such a copy, no provision actually requires the trader to do so: the proposal merely requires the order form to contain the required information in plain and intelligible language and in a legible manner, and that the contract is signed.⁷⁵ Moreover,

⁶⁸ Cf. art 6 para. 3 of the proposal for a consumer rights directive.

⁶⁹ Obviously, there are good reasons why the cooling-off period in contracts for the supply of services should not start to run after reception of the service, as in most cases the service cannot be returned or, in the case of software distributed through the internet, the consumer too easily could have made a (then free) copy of the service. But this does not explain why a different rule should apply as regards the supply of goods.

⁷⁰ Cf. art. 5 para. 1 jo. art. 4 of the doorstep selling directive.

⁷¹ Cf. art. 12 para. 2, first sentence, of the proposal for a consumer rights directive.

⁷² Cf. art. 2 sub (11) of the proposal for a consumer rights directive.

⁷³ Cf. art. 10 para. 2 of the proposal for a consumer rights directive.

⁷⁴ Cf. art. 12 para. 2, first sentence, of the proposal for a consumer rights directive.

⁷⁵ Cf. art. 10 paras. 1 and 2 of the proposal for a consumer rights directive.

under the present draft, the cooling-off period may even start before the contract is concluded, i.e. in the case where the consumer signs the order form before the trader is legally bound to the contract. In theory, it may even be that the consumer has already lost his right of withdrawal before the contract is ultimately concluded. I assume the European Commission has not intended this. However, as the Proposal explicitly forbids the Member States to impose further formal requirements on the trader,⁷⁶ or – given the full harmonisation purpose of the proposed Directive – to provide that the cooling-off period does not start to run before the contract is concluded, these situations cannot be remedied by the Member States arguing that such measure is necessary for the *effet utile* of the proposed Directive. This implies that if the differing starting points are not harmonised, at least these problems should be remedied by the European Commission.

By largely maintaining the status quo, the Commission has probably chosen the worst option available. The unjustified distinction between the sale of goods and the supply of services on the basis of a distance contract is not taken away. There still is no telling when the cooling-off period starts in the case of the sale of a prepaid phone or the delivery of goods in batches. In addition, the different approach between distance contracts and other ‘off-premises’ contracts is maintained. In other words: in this respect, the review has simply failed.

b) The trader’s breach of information obligations and the end of the cooling-off period

The situation is different where it concerns the end of the cooling-off period; here large differences also exist in the case where the trader has not informed the consumer of his rights. Under the Distance Marketing of Financial Services Directive and the Consumer Credit Directive, as the cooling-off period does not start to run before the information obligations have been met, the consumer might be able to withdraw from the contract long after it has been fully performed by both parties. The same holds true for doorstep selling in so far as the consumer was not informed of his right of withdrawal, albeit that under the *Hamilton*-case a Member State may provide that the right to withdraw ends after a relatively short period has elapsed once both parties have fully performed the contract.⁷⁷ Under the Distance Selling Directive and the existing Timeshare Directive, however, a breach of (any of) the information obligations only implies that the cooling-off period is extended to a maximum of three months (in the case of distance selling)⁷⁸ or to a maximum of three months plus ten days (in the case of timeshare).⁷⁹ Under the new Timeshare

⁷⁶ Cf. art. 10 para. 3 of the proposal for a consumer rights directive.

⁷⁷ See above.

⁷⁸ Art. 6 para. 1 of the distance selling directive.

⁷⁹ Art. 5 para. 1 of the timeshare directive.

Directive, however, the extension will be much longer. If the information on the right of withdrawal has not been provided then the cooling-off period ends when one year and fourteen calendar days have passed after the conclusion of the contract; if other information obligations have not been met then the cooling-off period ends three months and fourteen calendar days after the conclusion of the contract.⁸⁰ The new Timeshare Directive seems to have struck the right balance between the interests of both parties: on the one hand, the extension of the cooling-off period by three months in case of breach of ‘normal’ information obligation seems to provide a proper incentive for the trader to meet these information obligations. Where the consumer is simply left unaware of the existence of his right of withdrawal, a much longer period is offered. An indefinite extension, allowing the consumer to withdraw even years after the contract has otherwise been performed, would not be in the interest of legal certainty and not serve any justified interest on the part of the consumer.

In the Proposal for a Consumer Rights Directive, however, the Commission did not follow the solution introduced in the new Timeshare Directive, nor did it follow the solution adopted under the 2002 Distance Marketing of Financial Services Directive and the 2008 Consumer Credit Directive. Instead, it basically combined the rules in the Doorstep Selling Directive as interpreted by the European Court of Justice in the *Hamilton*-case with the provisions of the Distance Selling Directive: Article 13 of the Proposal provides that the cooling-off period is extended only in the case of a breach of the obligation to inform the consumer of his right of withdrawal. The extension is restricted to three months after the trader has fully performed his other obligations under the contract. Any other breach of the information obligations is not sanctioned by the proposed Directive itself, but – in accordance with the general provision of Article 6 paragraph (2) of the Proposal – left to the Member States. However, it is unclear whether the restriction of the extension of the cooling-off period to three months also applies if the trader has not only breached his obligation to inform the consumer of his right of withdrawal but also other information obligations. As Article 5 paragraph (3) of the Proposal explicitly provided that the information to be given under Article 5 paragraph (1) of the Proposal – including that on the existence of a cooling-off period⁸¹ – forms an integral part of the contract, the non-performance of the obligation to inform could prevent the operation of the provision on the ending of the cooling-off period.

⁸⁰ Cf. art. 6 para. 3 of the new timeshare directive. In fact, para. 3 refers to paragraph 2 as a whole, thus including also limb (b). This would mean that the cooling-off period does not end at the intended date, as it would not have started according to limb (b). Obviously, the reference must be intended to refer to paragraph (1)(a) only, as paragraphs 2 and 3 would otherwise virtually have no meaning.

⁸¹ Cf. art. 5 para. 1 under (e) of the proposal for a consumer rights directive.

However, in most cases the Proposal will be less favourable to consumers than is currently the case for both distance selling and doorstep selling contracts. Under the present Distance Selling Directive, any breach of the information obligations leads to an extension of the cooling-off period.⁸² Under the Proposal for a Consumer Rights Directive, however, the cooling-off period is extended only if the trader has not informed the consumer of his right of withdrawal.⁸³ A breach of any other information obligation is not sanctioned by an extension of the cooling-off period. Instead, and in line with the general provision of Article 6 paragraph (2) of the Proposal, the sanction for such a breach of an information obligation is left to the Member States. In the case of doorstep selling contracts, consumers will be worse off under the Proposal as it limits the extension of the cooling-off period to three months after the trader has performed his other contractual obligations, whereas currently the cooling-off period would not start to run before the consumer is informed of his right of withdrawal.

5. Abuse of the right of withdrawal

The more recent directives have all explicitly provided that the consumer need not state reasons for his withdrawal.⁸⁴ Article 12 paragraph (1) of the Proposal merely follows this approach. As a consequence, it is not considered relevant why the consumer wishes to withdraw from the contract. This implies that the consumer may even withdraw from the contract if he could get a better price elsewhere or, after reconsideration, does not like the colour of the goods purchased by way of a distance selling contract. The mere fact that the consumer – for whatever reason – has changed his mind suffices for his withdrawal, provided of course that the right of withdrawal was exercised in good time.⁸⁵ Moreover, where the consumer does state reasons, these need not be taken into account, even if they wrongfully resemble an argument for avoidance based on fundamental mistake or termination for non-performance, as long as it can be assumed that the consumer wants to come back on his decision to conclude the contract.⁸⁶

As we saw earlier, under the Doorstep Selling Directive, the Distance Marketing of Financial Services Directive and the Consumer Credit Directive – as well as the suggested

⁸² Cf. art. 6 para. 1 of the distance selling directive.

⁸³ Cf. art. 13 of the proposal for a consumer rights directive.

⁸⁴ Cf. art. 5 para. 1 of the existing timeshare directive, art. 6 para. 1 of the new timeshare directive, art. 6 para. 1 of the distance selling directive, art. 6 para. 1 of the distance marketing of financial services directive, and art. 14 para. 1 of the consumer credit directive. The doorstep selling directive keeps silent about the matter.

⁸⁵ Cf. Canaris (2000), p. 346-347, who is of the opinion that this price is not too high, given the advantages from the point of view of legal certainty and result. Valk (2004), nos. 3 and 41, considers this 'overkill', but a logical consequence of the notion of a right of withdrawal as such.

⁸⁶ Cf. Hijma (2004), nos. 43, 59.

option for the Consumer Rights Directive⁸⁷ – the trader's failure to inform the consumer of his right of withdrawal implies that the cooling-off period has not started to run, implying that the consumer would still be able to withdraw from the contract years later, provided only that the right of withdrawal has not ceased for another reason.⁸⁸ Whether or not the consumer has a valid reason to withdraw, would not be considered relevant, as he need not state any reasons in the first place. This may be problematic. Imagine, for instance, the situation in which a consumer lawyer buys – on the basis of a distance selling contract – a white refrigerator for the kitchen in his new house. The consumer is not informed of his right of withdrawal, but obviously is aware that he has such a right. Two months after the delivery of the refrigerator he realises that a metallic refrigerator would actually look better in his new kitchen. For that reason, he then wishes to invoke his right of withdrawal. The only reason why he would still be able to do so is the fact that the trader had not properly informed him of the right of withdrawal, even though this particular consumer was well aware he had such a right. In such a case,⁸⁹ one could argue that a court should apply the doctrine of abuse of right or a similar doctrine⁹⁰ in order to prevent the consumer from successfully invoking the right of withdrawal at will.⁹¹ Community law currently would not stand in the way of the application by a national court of such a doctrine in the case of deceit or abuse of a right originating from a European directive.⁹² However, one could argue that in the case of rights of withdrawal, which can be invoked by the consumer at will, the European legislator has taken the possibility of abuse of right for granted. In this view, there would not be any room for the application of such a doctrine.⁹³ In my view, in the interest of legal certainty a hard and fast rule allowing consumers to withdraw if the set requirements are met is preferable over a rule that takes individual circumstances pertaining to this particular consumer into account – thus leaving room for litigation over the question whether or not these individual circumstances justify a restriction of the right of withdrawal in this particular case. In this situation, the costs of (possibly) achieving justice in the individual case are too high in view of the benefits thereof, taking into account that the trader has it under his own control to prevent the prolongation of the cooling-off period

⁸⁷ See above, section 4.

⁸⁸ Most importantly: the case where apart from the information obligations both parties have performed the contract fully, see above, section 4.

⁸⁹ Whether this situation would constitute an exceptional case justifying the disapplication of the right of withdrawal may of course be questioned, but that is beside the point I wish to make here.

⁹⁰ Depending on the national law of the court; one may think of doctrines such as estoppel, *Rechtsverwirkung* and good faith and fair dealing.

⁹¹ Cf. Ulmer, in: Münch.Komm. no 65 to § 355 BGB; Reiner (2003), p. 27; Hijma (2004), nos. 67-68, who argue that in exceptional cases such doctrines could be applied. In this sense also BGH 19 February 1986, VIII ZR 113/85, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ)* 97, 127 under II.4, where the Bundesgerichtshof ruled that a court may only in the case of very limited exceptions ('*nur in eng begrenzten Ausnahmefällen*') accept that the consumer abuses his right of withdrawal.

⁹² Cf. ECJ 12 May 1998, case C-367/96, *ECR* 1998, I-2843 (Kefalas/Greece).

⁹³ Cf. Büßer (2001), p. 137-138, who, however, makes an exception for the situation, described here, where the consumer actually knew of the existence of his right of withdrawal (p. 178-179).

by performing his obligation to inform. In my view, the doctrine of abuse of right should therefore not be applied in these cases.

6. Form requirements for withdrawal

Another important matter is how the consumer must express his decision to withdraw from the contract. The current European directives do not provide one uniform answer as to how the consumer is to withdraw from the contract. The Distance Selling Directive and the existing Timeshare Directive only require notification of the withdrawal, but allow the notification to take place by any means as no mention is made of any form requirement, implying that such requirement is not allowed. However, under the Timeshare Directive, where the consumer notifies his withdrawal in writing, the right of withdrawal is considered to have been exercised in good time if the notification is dispatched before the cooling-off period expires.⁹⁴ From this one may deduce that a notice need not be in writing in order to be effective. The new Timeshare Directive, however, requires a notification on paper or on another durable medium.⁹⁵ Under the Distance Marketing of Financial Services Directive and the Consumer Credit Directive, notification of withdrawal is required by any means that can be proven *in accordance with national law*.⁹⁶ Where national law, as a matter of proof, requires a statement or a statement on a durable medium, the consumer's notice will have to abide with that requirement. At first glance the most restrictive approach is taken by the Doorstep Selling Directive, which provides that the consumer may withdraw from the contract 'by sending notice'.⁹⁷ This does suggest that a written statement is required. However, the ECJ has explicitly ruled that the Directive 'does not preclude a Member State from adopting rules providing that the notice of renunciation provided for by Article 5 paragraph (1) of the [Doorstep Selling] Directive is *not* subject to any condition as to form'.⁹⁸ The Doorstep Selling Directive dates back from before the emergence of electronic commerce; it is clear that any rule based on this provision should take account of the current possibilities for concluding and ending contracts by electronic means. This implies that a similar rule as adopted in the new Timeshare Directive would then be opted for.

In short, three different rules apply as regards the requirements that may be posed on the notification of the withdrawal:

⁹⁴ Art. 5 para. 2, second sentence, of the existing timeshare directive..

⁹⁵ Art. 7, first sentence, of the new timeshare directive.

⁹⁶ Cf. art. 6 para. 6 of the distance marketing of financial services directive and art. 14 para. 3 (a) of the consumer credit directive.

⁹⁷ Cf. art. 5 para. 1 of the doorstep selling directive.

⁹⁸ Cf. case C-423/97, ECJ 22 April 1999, *ECR* 1999, I-2195 (*Travel Vac SL/Anselm Sanchís*), nos. 50-52 (emphasis added, ML).

1. notification of withdrawal is possible by any means (existing timeshare rule; distance selling);
2. notification of withdrawal is possible by any means that can be proven in accordance with national law (distance marketing of financial services; consumer credit);
3. notification of withdrawal should be in writing or on a durable medium (doorstep selling, as amended for the electronic age; new timeshare rule).

The second option implies that the applicable national law is to decide upon the validity of the notification. Such a rule is problematic in cases where the consumer has concluded an international contract without being aware thereof; this may occur in particular in the case of distance contracts. In many cases, such a contract would be governed by the law of the trader, which may impose requirements unfamiliar to the consumer as to the proof of his withdrawal. Even though this is the option chosen in the two most recent directives awarding the consumer a right of withdrawal, it should be rejected as the possible rule for a Consumer Rights Directive. This leaves us with the 'liberal' rule of option 1, and the more stringent option 3.

It is clear from the responses to the Green Paper that there is a need for harmonisation of the manner in which the right of withdrawal is to be exercised. Such a uniform regulation would lead to simplification and legal certainty. Consumer organisations generally prefer not to introduce form requirements as to the notification of withdrawal (the simpler, the cheaper and more effective the right of withdrawal is), implying a preference for option 1. From the business side, and even some consumer organisations, a form that allows for proof of the withdrawal – a registered letter, an e-mail or a fax message – is sometimes preferred (option 3). The European Parliament advocates the introduction of a standard form, drafted in all the official languages of the Community. Such a standard form should serve to meet several concerns of the Parliament: simplifying procedures, saving costs, increasing transparency and improving consumer confidence.⁹⁹ Such a standard form is also suggested in the reactions from consumer organisations to the distance selling consultation.¹⁰⁰ The Member States are divided on the matter of form requirements.

⁹⁹ Review of consumer acquis document, p. 9.

¹⁰⁰ Distance selling document, p. 9.

The manner in which the consumer may withdraw from the contract has been explicitly regulated in the Draft Common Frame of Reference.¹⁰¹ Under Article II.–5:102 DCFR, the consumer need only give notice of his wish to withdraw from the contract, without having to specify the reasons for doing so. From Article II.–1:106 DCFR it follows that the notice may be given by any means appropriate to the circumstances and that it becomes effective when it reaches the trader. That is considered to always be the case if the notice is delivered to the trader in person or when it is delivered to the trader's place of business. The drafters of the DCFR thus have chosen in favour of option 1. In the comments to the Acquis Principles, which have formed the underlying data upon which the DCFR is based in this area, this choice is explained by pointing out that it is at least questionable as to whether the introduction of any form requirement could be regarded as an improvement of the *acquis communautaire*. It is acknowledged that the observance of a specific form may help to verify the actual events – which is in the interests of both parties – and as such could help the consumer to prove he has indeed exercised his right of withdrawal. However, such formal requirements make it more complicated for the consumer to withdraw at all. Moreover, the argument that a requirement as to textual form in writing on a durable medium could serve as a proof of the withdrawal is required as false: in fact, 'anything short of a registered letter could fall short of this function' of the form requirement.¹⁰² In the view of the drafters of the DCFR and the Acquis Principles, the notice should only serve to inform the trader of the withdrawal. The form of the notice, therefore, should not matter. For that reason, a notice by text message (SMS) sent to a mobile phone number indicated on the trader's business card should suffice for a valid withdrawal.¹⁰³ Moreover, returning the subject matter of the contract (e.g. the goods delivered) equally shows the trader that the consumer no longer wishes to be bound by the contract. As a consequence, it should also be considered to be a withdrawal. Therefore, following the example set by Germany,¹⁰⁴ Article II.–5:102, third sentence, of the DCFR explicitly provides that returning the subject matter of the contract is considered a tacit withdrawal.¹⁰⁵

¹⁰¹ On the DCFR, see Loos (2008), p. 2-5, with references.

¹⁰² Cf. P. Møgelvang-Hansen, E. Terryn and R. Schulze, Comments to Article 5:102 Acquis Principles under no. 5, in: Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Private Law (Acquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Munich: Sellier. European Law Publishers 2007, p. 163.

¹⁰³ Cf. S. Leible, J. Pisulinski and F. Zoll, Provisional Comments to Article 1:301 Acquis Principles under no. 3, in: Acquis Group (2007), p. 39.

¹⁰⁴ Cp. § 355 par. 1 BGB.

¹⁰⁵ In this sense also Article 5:102, third sentence, Acquis Principles.

Given this – in my view: convincing – choice in favour of option 1, it is at least surprising that the Proposal for a Consumer Rights Directive and the new Timeshare Directive opt in favour of option 3.¹⁰⁶ Moreover, the way in which the Commission has worded the form requirement raises serious problems. According to Article 14 paragraph (1) of the Proposal, the consumer may choose to express his withdrawal in his own words or on a standard withdrawal form to be supplied by the trader, with such order form to meet the requirements of Annex I to the Proposal for a Consumer Rights Directive. Moreover, but apparently only in the case of a distance contract concluded over the internet, the consumer may also make use of an electronic standard withdrawal form on the trader's website if the trader decides to provide for such an additional possibility.¹⁰⁷ Apart from this additional possibility, however, the notification must be given on a durable medium.¹⁰⁸ This notion is defined in Article 2 under (10) of the Proposal as:

'any instrument which enables the consumer or the trader to store information addressed personally to him in a way accessible for future reference for a period of time adequate for the purposes of the information and which allows the unchanged reproduction of the information stored'.¹⁰⁹

Obviously, this rules out an oral notification. However, much more problematic is that under the current draft of Articles 2 and 14 of the Proposal (and under Articles 2 and 7 of the new Timeshare Directive), a withdrawal may not be notified to the trader by sending an e-mail. It is clear that the e-mail itself is not an instrument, which satisfies the requirements of Article 2 of the Proposal. Recital (16) of the preamble to the Proposal further clarifies that:

'The definition of durable medium should include in particular documents on paper, USB sticks, CD-ROMs, DVDs, memory cards and the hard drive of the computer on which the electronic mail or a PDF-file is stored'.

From this it unequivocally follows that it is not the e-mail itself, but the hard drive of the computer on which the e-mail is stored, that would qualify as 'durable medium'. This, clearly, cannot have been the intention of the European Commission, as even in cases where the contract was concluded electronically, a written statement of a statement on a USB-stick or another medium would be required. If the Commission were to stick with its

¹⁰⁶ As indicated above, in the 2008 consumer credit directive a choice in favour of option 2 was made. However, this option should be rejected for the reasons explained above.

¹⁰⁷ Art. 14 para. 2 of the proposal for a consumer rights directive.

¹⁰⁸ Art. 14 para. 1 of the proposal for a consumer rights directive.

¹⁰⁹ Art. 2 under (10) of the proposal for a consumer rights directive. In this sense also art. 2 under (h) of the new timeshare directive.

choice for option 1, it should at least reconsider the wording of Articles 2 and 14 of the Proposal (and Articles 2 and 14 of the new Timeshare Directive), in any case for those contracts that were concluded electronically or where the trader advertises or otherwise has informed the consumer of an address for electronic mail or communication through a website. However, it would be much simpler if the Commission would simply indicate that notice could be given by any means.

If the Commission would not ultimately change its course and choose option 1, the question arises of how to deal with the situation in which the consumer has not met the form requirement but the trader has nevertheless become aware of the consumer's intention to withdraw from the contract within the cooling-off period. This situation may arise, in particular, where the consumer has returned the goods during the cooling-off period to the trader without explicitly withdrawing from the contract. Should such a de facto withdrawal be considered valid even though the form requirement has not been met? In my opinion, this should be the case. The purpose of the form requirement is primarily of an evidentiary nature. The form requirement is not based on the need for protection of a fundamental interest of the trader as such, but only seeks to safeguard the trader's need for a clear, unequivocal statement by the consumer, whereas that objective has apparently been achieved in the particular case at hand. Moreover, maintaining the form requirement rigorously would contradict the purpose of the relevant directive, i.e. the protection of the consumer, who may very well be ignorant of the importance or the meaning of the form requirement. Requiring and maintaining a specific form for the notice of withdrawal would then turn against the consumer, as the trader could invoke the absence of a valid notice – and therefore the fact that the contract remained in force – even in cases where it was undisputed or proven that the consumer had withdrawn from the contract in good time.¹¹⁰ This is even more pressing in the situation in which the trader had not properly informed the consumer of his right of withdrawal or had not provided the required standard withdrawal form.

7. Receipt or dispatch principle in case of written notice

Even when the declaration of withdrawal need not be in written form, in order to be able to prove the (timely) delivery of the notice it will nevertheless often be in the consumer's interest to dispatch his notice of withdrawal in writing.¹¹¹ However, sending a written notice may lead to difficulties as regards the timeliness of the withdrawal. In many legal

¹¹⁰ For this reason, the Dutch government did not introduce a form requirement as regards the notice of withdrawal for the sale of a house to a consumer. Cf. *Bijlage Handelingen Tweede Kamer 1995/96*, 23 095, no. 8, p. 6.

¹¹¹ Cf. *Bijlage Handelingen Tweede Kamer 2001/02*, 23 095, no. 14, p. 20 as regards the Dutch withdrawal by a consumer from the sale of a house.

systems, a notice becomes effective (only) when it reaches the addressee (receipt principle).¹¹² This is usually understood as implying that if a time limit applies as regards the giving of notice, the notice must have become effective before the time limit has elapsed. For the right of withdrawal, this would mean that the notice of withdrawal is only then effective if it is received by the trader within the cooling-off-period. This is problematic, in particular, if the cooling-off period is short. It may also be problematic if the period is longer, but the postal services are reputedly slow. This is notoriously the case in cross-border situations, where letters sometimes first are shipped to the capital of the country where the consumer lives, from there to the capital of the country where the trader resides, and from there to the trader himself. Finally, no matter how long the cooling-off period is, the receipt principle will always be problematic if the consumer only decides to make use of his right of withdrawal shortly before the end of the cooling-off period.

Therefore, if the receipt principle were to apply in the case of a right of withdrawal, the period available for timely withdrawal would in practice often be considerably shorter than would appear from the black letter text of the applicable law. Especially in cross-border cases, the receipt principle would endanger the effectiveness of the right of withdrawal. This clearly plays a role in the case of timeshare, where the buyer often lives in a country other than where the contract is concluded, where the seller resides and where the immovable property is located. Not surprisingly, in the original Timeshare Directive, the European legislator set aside the receipt principle and accepted the dispatch principle. Under this principle, the notice is effective when it is dispatched during the cooling off-period,¹¹³ provided of course that it eventually reaches the addressee. The same solution had been adopted earlier in the Doorstep Selling Directive¹¹⁴ and was accepted in the case of distance marketing of financial services,¹¹⁵ and, recently, in the Consumer Credit Directive.¹¹⁶ Unfortunately, in the case of distance selling – where the promotion of the internal market by removing barriers for cross-border transactions is said to be the reason for introducing a cooling off-period – and the case of life assurance,¹¹⁷ the Directives are silent about the applicability of either the receipt or the dispatch principle. Whereas the Second Life Assurance Directive explicitly leaves both the consequences of a successful withdrawal and the conditions under which the withdrawal is to take place to the national

¹¹² Cf. the notes to art. 1:303 of the Principles of European Contract Law (PECL). Art. 1:303 PECL also accepts the receipt principle as the main rule, but recognises an exception in the case of non-performance, where the dispatch principle is accepted.

¹¹³ Cf. art. 5 para. 2 of the existing timeshare directive and art. 7, third sentence, of the new timeshare directive.

¹¹⁴ Cf. art. 5 para. 1 of the doorstep selling directive; cf. Bartels/Sander (1998), p. 93-94.

¹¹⁵ Cf. art. 6 para. 6 of the distance marketing of financial services directive.

¹¹⁶ Cf. art. 14 para. 3 (a) of the consumer credit directive.

¹¹⁷ Unless the distance marketing of financial services directive applies, as it follows from art. 6 of that directive that in that case the dispatch principle would apply.

legal systems,¹¹⁸ the Distance Selling Directive simply ignores the matter. As explained above, in many legal systems this could be understood as tacit acceptance by the European legislator of the *receipt* principle for these rights of withdrawal.¹¹⁹ However, if the Consumer Rights Directive were enacted as is now proposed, this possible misunderstanding would be clarified, as Article 12 paragraph (3) of the Proposal explicitly indicates that the deadline set for the end of the cooling-off period is met 'if the communication concerning the exercise of the right of withdrawal is sent by the consumer before the end of that deadline'.

8. Consequences of withdrawal

Once the consumer has successfully withdrawn from the contract, performances rendered under the contract must be returned. Even though this principle is recognised in almost all directives, until now the way it is to be realised is largely left to national law.¹²⁰ The fact that the performance must be returned entails a risk particularly for the seller of goods, both in the case of distance selling and doorstep selling: the seller is required to reimburse the consumer within thirty days after having received the notification of withdrawal¹²¹ without being certain whether the consumer returns the goods properly and in good time.¹²² Withholding performance of the obligation to pay back the contract price and additional charges until the consumer has returned the goods is not dealt with under the current directives, and it is unclear whether the directives would allow the seller to do so as neither the Doorstep Selling Directive nor the Distance Selling Directive sets a period for performance of the consumer's obligation to return the goods. The Doorstep Selling Directive also is silent on the period within which the trader is to return any payment received from the consumer. The Distance Selling Directive, however, does require the

¹¹⁸ Cf. art. 15 para. 1, third sentence, of the Second life assurance Directive.

¹¹⁹ Indeed, the Dutch government explicitly rejected the dispatch principle for distance contracts. During the parliamentary proceedings of the implementation act, the Dutch government explicitly argued that the receipt principle applies, in accordance with the main rule of national law in art. 3:37 para. 3 *BW*, cf. *Bijlage Handelingen Tweede Kamer* 1999/2000, 26861, no. 5, p. 23-24; in this sense also Büßer (2001), p. 188-189.

¹²⁰ Cf. art. 7 of the doorstep selling directive, art. 6 of the existing timeshare directive, art. 6 para. 2 of the distance selling directive, and art. 15 of the second life assurance directive. Only the distance marketing of financial services directive contains an extensive article on the consequences of the withdrawal, cf. art. 7 of that directive. Art. 14 para. 3 (b) of the consumer credit directive indicates that where the consumer withdraws from a consumer credit contract, he must pay back any sums received under the contract with the interest accrued thereon without any undue delay and in any case within 30 days he sent his notice of withdrawal to the creditor. Art. 8 para. 1 of the new timeshare directive only indicates that the withdrawal terminates the obligation of the parties to perform the contract.

¹²¹ See art. 6 para. 2 of the distance selling directive. Similarly also art. 16 para. 1 of the proposal for a consumer rights directive.

¹²² In the responses to the Green Paper, businesses argued that a seller should only be required to return the payment of the price when the good is returned in its original packaging and with the associated parts, cf. Distance selling document, p. 9. Where it is not possible to test the goods without damaging the original packaging, such a requirement would effectively exclude the right of withdrawal, which implies that this requirement should not be accepted. However, apart from that the demand from the business side is of course justified.

seller to reimburse the consumer within thirty days.¹²³ Under the Proposal for a Consumer Rights Directive, the imbalance is restored in two ways. Firstly, the consumer is required to return the goods within fourteen days from the date that he communicates his withdrawal to the seller (Article 17 paragraph (1) of the Proposal). The seller therefore no longer will need to set a period for performance of the obligation to return the goods before the consumer is put in default. Secondly, until the moment the consumer has returned the goods or has supplied evidence of having sent back the goods,¹²⁴ the seller may withhold performance of the obligation to reimburse the consumer (Article 16 paragraph (2) of the Proposal). These provisions are certainly an improvement to the current situation. Article 17 paragraph (1) of the Proposal does, however, not answer the question of whether the seller must have obtained possession of the goods within that period. In other words: should the goods have been received by the seller within the fourteen day period, or may the consumer hand over the goods to the postal services or a carrier on the last day of the fourteen day period in order to properly perform his obligations under this paragraph? In order to prevent litigation on this question, a specific provision should be added indicating that the consumer need only hand over the goods to the postal services or a carrier within the fourteen day period.

In the responses to the Green Paper, opinions varied as regards the question of who is to carry the burden of returning goods purchased at a distance. Consumer organisations alleged that withdrawing from a contract should not lead to any costs for the consumer and that it would be efficient if the costs of returning goods bought at a distance were to be borne by the seller. Conversely, some business stakeholders and Member States expressed the view that consumers, regardless of the nature of the contract, should bear the costs of withdrawing from the contract in order to prevent abuse and excesses.¹²⁵ The business world argued that when a consumer buys a good in the brick and mortar-world and wishes to return it, he also must bear the costs of transportation.¹²⁶ Another part of the respondents simply supported the status quo and do not wish to harmonise the matter. These respondents argued that the different sales techniques have different consequences and that sector-specific regulation remains necessary for that reason. Moreover, both groups of respondents argue that if the withdrawal would not cost the consumer anything, this would ultimately lead to a general increase of prices for all consumers, as the costs are ultimately redistributed over all consumers. It should be noted, however, that the Member States that argue in favour of having the consumers pay for returning the goods in case of withdrawal do make an exception for the case where a consumer withdraws from the contract because

¹²³ See art. 6 para. 2 of the distance selling directive.

¹²⁴ E.g. a photocopy of a shipping or postal order.

¹²⁵ Review of consumer acquis document, p. 9-10.

¹²⁶ Distance selling document, p. 11.

the goods or services delivered do not conform to the contract.¹²⁷ In my opinion this exception is justified: although it is true that a consumer in the case of a non-conforming good does not immediately have the right to terminate the contract due to the hierarchy of remedies for non-conformity,¹²⁸ it would be rather odd to use this argument to have the consumer cover the costs of returning that non-conforming good if the consumer wants to withdraw from the contract precisely because the good is defective. In this respect, one should bear in mind that the costs of returning the good would burden the seller anyway if the consumer would opt for repair or replacement, as he is entitled to under the Consumer Sales Directive. However, the problem with such a rule is that it would lead to questions of proof whether the good delivered was in conformity with the contract, a question which the consumer in this case exactly tried to escape from. For this reason, a clear rule burdening the consumer with the costs of return of the goods if he chooses to withdraw from the contract seems preferable over a more detailed but in practice mostly unenforceable rule. For this reason, I agree with the choice made in the Proposal for a Consumer Rights Directive.¹²⁹ Of course, where the consumer wishes to avoid these costs, he would of course still be entitled to invoke the remedies for non-conformity.

9. Use of goods during cooling-off period

Harmonising the starting point for the right of withdrawal would have had the additional advantage of not having to deal with the consequences of use of the goods during the cooling-off period, as this use would in most cases have been for a very short period anyway. This would apply as well if option 3 or – preferably – option 4, as set out in section 4.1, were chosen, provided that once both parties have fully performed their other obligations under the contract, the right of withdrawal ends when a relatively short period has elapsed – as was the case in the Hamilton-case. However, as the European Commission has chosen to maintain the status quo, in the case of distance selling of goods the cooling-off period only starts to run once the goods have been delivered. As a consequence, the problem of use of the goods during the cooling-off period becomes more pressing.

At present, it is unclear to what extent the consumer may use the goods during the cooling-off period. In this respect, it should be noted that in many cases, such use would render the good to become second-hand, whereas in some cases – e.g. in the case of software installed on a computer – it is not even possible to prevent the consumer from using the good after withdrawing from the contract and returning the CD-ROM on which

¹²⁷ Distance selling document, p. 11.

¹²⁸ Cf. no. 4.3.

¹²⁹ Cf. art. 17 para. 1, second sentence, of the proposal for a consumer rights directive.

the software was located. Nevertheless, as the right of withdrawal – at least also – is meant to enable the consumer to assess the qualities of the goods offered, the consumer must be allowed to test the goods to a certain extent. Obviously, this implies that the consumer may open the packaging, even if this would mean that the goods can no longer be sold to another consumer in the event that this particular consumer makes use of his right to withdraw.¹³⁰ However, where ‘testing’ evolves into simply using the good, the right of withdrawal should lapse.

Given the problems for sellers to resell the goods returned to them after withdrawal from the contract by a consumer, it is understandable that sellers try to minimise the use of delivered goods, which are still susceptible to a right of withdrawal, as much as possible. One way of doing so is by trying to invoke exceptions to the right of withdrawal. Where these exceptions cannot be relied upon by the seller, other evasive techniques are invoked. To defend their interests, some sellers stipulate in their standard contract terms that ‘in the case of return of the goods’ the goods must be returned undamaged and in their original packaging. In any case when the goods were vacuum-packed, this is impossible in practice. Clearly, this practice is at odds with the idea that the cooling-off period, expressed in Recital (22) of the preamble to the proposed Directive, is (also) meant to enable the consumer to ascertain the nature and the functioning of the goods. In such standard contract terms, the notion of ‘withdrawal’ is explicitly avoided, as in that case the breach of the Directive would have been too obvious, thus leaving room for the interpretation that the clause only pertains to contractual rights of withdrawal or possibly claims for non-conformity. Nevertheless, there is a serious risk that, when confronted with the term, the consumer will simply take it that he is not entitled to withdraw from the contract. For this reason, I think such clauses should be seen as unfair contract terms.

Other techniques primarily centre on the borderline between ‘testing’ and ‘using’ the goods delivered. Clearly, there is a risk here that sellers or service providers will try to uniformly define what constitutes ‘use’ by determining (in standard contract terms) that opening the packaging of the goods amounts to a waiver of the right of withdrawal.¹³¹ If such a clause were to be accepted, it would in fact become virtually impossible to assess the qualities of the good without causing the right of withdrawal to lapse. Such a provision therefore undermines the consumer’s rights under the Distance Selling Directive or the future Consumer Rights Directive and should not be given effect. What is to be considered in this respect is that ‘(continued) use’ cannot be left to the parties, but needs to be determined objectively by a court of law. However, when the seller proves that the

¹³⁰ Cf. Büßer (2001), p. 238-239.

¹³¹ Such clauses are in fact common practice, as is demonstrated by S.E. Bartels, ‘Ik doe het toch maar niet.’, *Nederlands tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2004, p. 165.

consumer has indeed *used* the good (and not only tested it), in my view the consumer should no longer be able to withdraw from the contract, even if he had not been informed of his right of withdrawal.¹³² Of course, if the good does not have the qualities the consumer could have expected it to have then the consumer should be able to claim the remedies for non-conformity. However, I fail to understand why he should be able to surpass the requirements for such remedies by invoking the right of withdrawal.

The current practice may, to some extent, have been caused by an omission in the current directives. At present, the Distance Selling Directive and the Doorstep Selling Directive do not indicate what is to happen if the goods are damaged during the cooling-off period. Not surprisingly, in their reactions to the Green Paper businesses insisted on clarifying what claims a seller has when the goods are used.¹³³ Business also argued that a consumer should be explicitly required to take proper care of the good as long as it is in his possession.¹³⁴ There is no reason to object to this particular rule. Such an obligation already exists in many Member States, either as an explicit obligation or as a consequence from general rules of contract law, in particular from the principle of good faith.

In this respect, the DCFR answers to the demands made by the business side, but probably not entirely to its liking. Article II. – 5:105 paragraph (3) DCFR provides that the consumer need not pay for any diminution in the value to the good delivered under the contract caused by inspection and testing and for any damage, destruction or loss to that good, provided that the consumer used reasonable care to prevent such damage. On the other hand, paragraph 4 of this provision adds that the consumer is required to compensate for any diminution in value caused by normal use, unless the consumer was not properly informed of his right of withdrawal. From this it follows that the consumer may test the good and need not compensate the seller for any loss in value or damage caused by doing so. If the testing of the good implies that he must take the good out of its original packaging without being able to put it back in after testing, he is entitled to do so, provided that he exercises reasonable care in order to prevent unnecessary damage to the good. After all, the fact that he may wish to return the good, requires the consumer to take the justified interests of the seller into account. Moreover, if he *continues* to use the good and later on decides to withdraw from the contract, he is liable for further diminution of the value. Given the fact that the consumer is not liable for the diminution of the value or – provided that he has taken reasonable measures to prevent damage – destruction or loss of or damage to the good during the testing phase, it is up to the seller to prove that the con-

¹³² In this sense also art. 7 para 1 of the Italian Doorstep selling Act, as quoted by Büßer (2001), p. 150-151, who disagrees on this point, cf. Büßer (2001), p. 150-152.

¹³³ Review of consumer acquis document, p. 9-10.

¹³⁴ Distance selling document, p. 9.

sumer did not exercise proper care or that the diminution of the value was caused by normal use of the good after the testing phase had ended.

The Proposal for a Consumer Rights Directive follows the suggestion in the DCFR by stipulating, in Article 17 paragraph (2), that in the case of withdrawal, the consumer is not responsible for damage which arises by the inspection and testing of the goods, but that he is liable to pay damages if he continues to use the goods after the nature and the functioning of the goods have been ascertained and as a result of the continued use, the goods diminish in value. Moreover, if the consumer had not been properly informed of his right of withdrawal, he may not be held liable for the diminished value, the article provides.¹³⁵ The wording of Article 17 paragraph (2) of the Proposal is, however, not easy to read. Perhaps it would be better if the text were replaced by that of Article II. – 5:105 paragraphs (3) and (4) DCFR, which substantively contain the same rules but are written in language that is easier to understand.

10. Exceptions to the right of withdrawal

All directives awarding the consumer a right of withdrawal also list extensive exceptions to that right. Most of the exceptions listed in the Proposal for a Consumer Rights Directive already feature in the existing Distance Selling and Doorstep Selling Directives, with the notable and somewhat surprising exception of *vins de primeur* ('early wines') in the case of distance selling,¹³⁶ insisted on by businesses who were afraid of speculating consumers, and by the United Kingdom, which is all the more surprising given the fact that this country most likely imports more of these wines than it exports.¹³⁷ Apart from the exception to the right of withdrawal in the case of a distance contract for the supply of services,¹³⁸ which was touched upon in section 4.2, I will not deal with these exceptions themselves. The exceptions appear to have been deemed specific for the different modes for contracting and are not harmonised: Article 19 paragraph (1) of the Proposal lists the exceptions in the case of distance contracts, with paragraph 2 of the article listing those for doorstep selling contracts.¹³⁹

¹³⁵ Art. 8 para. 2 of the new timeshare directive is to the same extent.

¹³⁶ Art. 19 para. 1 sub (d) of the proposal for a consumer rights directive.

¹³⁷ See, for references to the responses on the consultation pertaining to the revision of the distance selling directive, M.B.M. Loos, *Review of the European Consumer Acquis*, Sellier. European law publishers, Munich, 2008, p. 45-46.

¹³⁸ Art. 19 para. 1 sub (a) of the proposal for a consumer rights directive.

¹³⁹ Some changes are made, though. For instance, the exception of the right of withdrawal for goods that 'by reason of their nature, cannot be returned' (art. art. 6 para. 3, third indent, of the distant selling directive) is not reproduced in the proposal for a consumer rights directive. R. Becker and C. Föhlich, 'Von Dessous, Deorollern und Diabetes-Streifen. Ausschluss des Widerrufsrechts im Fernabsatz', *NJW* 2008, p. 3751-3756, however, argue that the current exception should actually be enlarged as to also cover, for instance, underwear, deodorant sticks and medicines.

Article 19 paragraph (3) of the Proposal makes clear that the parties are free to agree not to apply the exceptions to the right of withdrawal that are listed in the previous two paragraphs. Article 19 paragraph (3) thereby reaffirms the principle of party autonomy. Where the parties have chosen to not apply the exceptions listed in Article 19 paragraphs (1) or (2), the other provisions regarding the right of withdrawal will probably apply as well, including the dispatch principle (Article 12 paragraph (3) of the Proposal) as regards the timeliness of the withdrawal and the provisions of Articles 16 and 17 of the Proposal as regards the mutual obligations of the parties to return the performances rendered. On the basis of the wording of Article 19 paragraph (3), it seems clear that the same does not apply for mere *contractual* rights of withdrawal.

11. Concluding remarks

In this concluding section I will address the question of whether, with regard to the rights of withdrawal and the associated cooling-off periods, the Commission has succeeded in reaching the goals it has set in the process of the review of the consumer acquis. First, did the Proposal lead to the desired harmonisation of the cooling-off periods and the exercise of the rights of withdrawal? And second, has the European Commission indeed struck the right balance between a high level of consumer protection and the competitiveness of enterprises?

As the following subsections will demonstrate, the answer to the first question is clearly negative; whereas the answer to the second question is not unambiguous. On the basis of the findings in subsections 1-7 I will substantiate these statements in subsections 8 (harmonisation) and 9 (balance of interests).

a) Uniform duration of cooling-off period despite limited scope of harmonisation

The first problem, obviously, is the limited scope of the review as such. While the European Commission originally envisaged a full review of the acquis, in 2004¹⁴⁰ it already restricted its efforts to the review of only eight consumer law directives.¹⁴¹ However, the Proposal only deals with the content of four consumer law directives. In the area of the right of withdrawal, this implies that the Proposal only pertains to doorstep selling and distance selling of goods and services: in particular the Timeshare Directive, the Distance Marketing of Financial Services Directive and the Consumer Credit Directive

¹⁴⁰ Cf. European contract law and the revision of the *acquis*: the way forward, Communication by the Commission to the European Parliament and the Council of 11 October 2004, COM (2004) 651 final, p. 4.

¹⁴¹ The directives that were mentioned are the doorstep selling directive, the timeshare directive, the distance selling directive, the package travel directive (directive 90/314/EEC, *OJ* 1990, L 158/59), the unfair contract terms directive (directive 93/13/EEC, *OJ* 1993, L 95/29), the price indication directive (directive 98/6/EC, *OJ* 1998, L 80/27), the injunctions directive (directive 98/27/EC, *OJ* 1998, L 166/51), and the consumer sales directive (directive 99/44/EC, *OJ* 1999, L 171/12).

are not included in the harmonisation process. It is true that these Directives – including the new Timeshare Directive – appear to have been taken into account when determining the duration of the cooling-off period, but apart from that they largely seem to have been neglected. Where they have been taken into account, harmonisation has indeed largely been achieved: with the exception of the atypical case of life assurance contracts, for all cooling-off periods the duration will be fourteen calendar days. Moreover, in doing so the Proposal seems to strike an optimal balance between the interests of consumers and businesses.

b) No uniform starting point

However, in many more respects the harmonisation seems to have failed. Firstly, and most importantly, the European Commission failed to establish a uniform starting point for the cooling-off period to run. It has ignored the option chosen in the three most recent directives that award a cooling-off period (the 2002 Distance Marketing of Financial Services Directive, the 2008 Consumer Credit Directive, and the 2008 Timeshare Directive) to let the cooling-off period start only when all information requirements have been met. It failed to do away with the unjustified distinction between distance selling of goods and distance selling of services. Moreover, in making the choice between the more consumer-friendly rule in the three most recent directives that award a cooling-off period and the more business-friendly rule in the Distance Selling Directive, it has chosen the latter option.

c) Trader's breach of information obligations and consequences for cooling-off period

Harmonisation has also not been achieved as regards the consequences of a failure by the trader to meet his information obligations. Again, the – consumer-friendly – situation under the Distance Marketing of Financial Services Directive and that under the Consumer Credit Directive seem to have been ignored. The new Timeshare Directive seems to strike a good balance between the interests of both parties by awarding a relatively long cooling-off period in the event that the consumer was not informed of his right of withdrawal and a more limited extension if other information obligations were breached. However, that solution has also been ignored. Instead, the Proposal for a Consumer Rights Directive introduces yet another way to calculate the ending of the cooling-off period, awarding the consumer only then an extension of the cooling-off period if the trader had breached his obligation to inform the consumer of his right of withdrawal. This is clearly a step back in the protection of consumers for both doorstep selling contracts and distance selling contracts. Under the present Distance Selling Directive, any breach of the information obligations leads to an extension of the cooling-off period, whereas under the Proposal for

a Consumer Rights Directive the cooling-off period is extended only if the trader has not informed the consumer of his right of withdrawal. In the case of doorstep selling contracts, consumers will be worse off under the Proposal as it limits the extension of the cooling-off period to three months after the trader has performed his other contractual obligations, whereas currently the cooling-off period would not start to run before the consumer is informed of his right of withdrawal.

d) Form requirement

That there is a need for harmonisation of the manner in which the right of withdrawal is to be exercised is clear from the responses to the Green Paper. However, the Proposal for a Consumer Rights Directive does not bring the necessary uniformity. The solution accepted in the distance marketing of financial services directive and the recent consumer credit directive – notification by any means that can be proven in accordance with national law – is not the right way forward as it burdens consumers (and occasionally businesses) with problems of private international law: it should not differ from country to the next as to whether an oral or electronic withdrawal is possible. In practice, the choice to be made is to allow a notification by any means or only in writing or on a durable medium. The main argument in favour of the latter option – it would be easier to prove whether or not the consumer has withdrawn on time – was already falsified by the drafters of the Acquis Principles. For that reason, the drafters of the Acquis Principles and the DCFR have suggested not to pose any form requirements. This rule may be seen as consumer-friendly, as it will be easier to withdraw from the contract than when a form requirement would apply. The choice made in Articles 14 paragraph (1) of the Proposal, and 7 of the new Timeshare Directive to require a notification on a durable medium, therefore, is less favourable to consumers. Moreover, under the 2002 Distance Marketing of Financial Services Directive and the 2008 Consumer Credit Directive a different rule applies than under the current Proposal and the 2008 Timeshare Directive. This implies that in this respect, harmonisation has failed. Moreover, given the present wording of Article 14 of the Proposal and the definition of a ‘durable medium’ in Article 2 of the Proposal,¹⁴² it is doubtful whether a notification could be sent by e-mail.

e) Dispatch principle

In one area it was not very difficult to achieve harmonisation. Most directives already indicated that if the notice of withdrawal was sent during the cooling-off period then the withdrawal is effective. Only the Distance Selling Directive was silent on this matter. Nevertheless, the current Proposal removes any doubt there may have been in this area

¹⁴² The same problem arises under the new timeshare directive, cf. art. 7 and 2 under (h) of that directive.

and, furthermore, makes clear that the dispatch principle also applies if the notice of withdrawal is not in writing, but on another durable medium. Even though this seems self-evident, it is a good thing this is now explicitly laid down in the Proposal for a Consumer Rights Directive.

f) Consequences of withdrawal

Unlike most of the current directives, the Proposal for a Consumer Rights Directive provides clear rules for the unwinding of the contract from which the consumer has withdrawn. Moreover, it contains a clear timeframe within which both parties – i.e. also the consumer – are required to return the performance they received under the contract. This certainly is an improvement of the current situation in which the position of the trader was rather underdeveloped: whereas he was required to return any payments received within a short period, he could only hope that the consumer would do the same. It would, however, be good if a specific provision were to be added indicating that the consumer need only hand over the goods to the postal services or a carrier within the fourteen days period set under Article 17 paragraph (1) of the Proposal.

That paragraph also sets out that the consumer bears the costs of returning the goods under the contract. That provision seems fair, even in the case where the consumer actually withdraws from the contract because the good delivered is not in conformity with the contract. The consumer may of course avoid these costs by simply invoking his rights for non-conformity but is then subjected to the requirements of the sales provisions in the Proposal for a Consumer Rights Directive.

g) Use of goods during cooling-off period

Whereas the current directives do not deal with the question of whether the consumer is liable for any loss in value as a result from the use of the good during the cooling-off period, the Proposal for a Consumer Rights Directive introduces a means for distinguishing the loss in value, which is caused by the mere testing of the goods from that caused by actual using of these goods after the testing phase has ended. Article 17 paragraph (2) of the Proposal indicates that the consumer is not responsible for the former loss, but that he is liable to pay damages if he continues to use the goods after he has inspected and tested the goods. In substance, this provision seems to strike the right balance between the parties’ interests. The wording of the provision could be improved upon, however, as the current text does not seem to meet the requirement of ‘plain and intelligible language’. It would be worthwhile to simply copy the corresponding text in the DCFR.

h) Evaluation of the success of the undertaken harmonisation

The aim of harmonisation underlying the whole review of the consumer acquis has certainly not been achieved across the board. Firstly, only a few directives are actually included in the Proposal itself. This implies that in a *formal* sense the harmonisation could not really have succeeded. However, if the European Commission would simply have chosen the same solutions as those accepted in directives not included in the review or suggested changes to these directives where appropriate, harmonisation could still have been achieved *substantively*. Changes to the directives not included in the review – with regard to rights of withdrawal in particular the Timeshare Directive, the Distance Marketing of Financial Services Directive and the Consumer Credit Directive – are not suggested. In this sense, true harmonisation would only be possible if the Proposal for a Consumer Rights Directive would simply follow the solutions accepted in these other directives (and these would not diverge amongst each other). This, however, is only occasionally the case: the acceptance of a uniform cooling-off period of fourteen days and the introduction of the dispatch principle for distance selling contracts – the only Directive where that principle was not yet codified. In certain areas, e.g. the provisions on use of goods during the cooling-off periods, the problems are rather sector-specific and therefore constricted to distance selling and doorstep selling contracts. For these situations the law therefore has also successfully been harmonised.

However, in some of the more important areas, harmonisation has not been achieved at all. First and foremost, this is the case with the starting point for the calculation of the cooling-off period. Secondly, a uniform approach is also missing in the case of the rules for the end of the cooling-off period in the event that the trader had not properly informed the consumer. Finally, the European Commission has failed to unify the rules on the form in which the notice of withdrawal is to be expressed.

In sum, one can only conclude that the harmonisation of rights of withdrawal has failed.

i) Evaluation of the balance between business and consumer interests

The failure of the harmonisation as such does not, of course, mean that the choices made in the Proposal are wrong. Has the European Commission at least struck a good balance between the interests of both consumers and businesses while maintaining a high level of consumer protection? In certain areas this is indeed the case. The uniform duration of the cooling-off periods can be deemed successful in this respect as well. The same applies as regards the rules on the use of goods during the cooling-off period and those pertaining to other consequences of the withdrawal.

However, without stating any reasons for doing so, it has opted for the least consumer-friendly rule as regards the starting point for the calculation of the cooling-off period, largely setting aside the more consumer-friendly rule in the Doorstep Selling Directive *and* ignoring the choice made in the most recent directives in this area (the Distance Marketing of Financial Services Directive, the Consumer Credit Directive, and the Timeshare Directive). Secondly, the consequences of a breach of the trader's information obligations are much less severe than is currently the case under the Doorstep Selling Directive and the Distance Selling Directive, and also much less severe than is the case under the other existing consumer directives. The most remarkable reduction of consumer protection applies in the case of the breach of another obligation to inform than that pertaining to the right of withdrawal: whereas this would lead to an extension of the cooling-off period under the existing Distance Selling Directive, this is not the case under the Consumer Rights Directive. In the case of doorstep selling, the consumer already was only then entitled to an extension if he was not informed of his right of withdrawal, but in that case the cooling-off period did not start (and did not end) before the consumer was informed of that right. Given the fact that under the proposed Directive the consumer may no longer invoke his right if three months have passed after the trader has performed his other obligations under the contract, consumer protection is also reduced here. This is all the more surprising given the consumer-friendly, yet balanced rule in the new Timeshare Directive. Thirdly and finally, the introduction of a form requirement is clearly not in the interest of consumers and is surprising given the choices made in both the recent Distance Marketing of Financial Services Directive and the Consumer Credit Directive, and in the DCFR.

One is therefore left with an ambiguous feeling as to the answer whether the Proposal has struck a good balance between the interests of businesses and consumers. In some areas this indeed seems to be the case, whereas in other areas the interests of businesses clearly seem to have had the overhand. Examples where the interests of *consumers* have had the overhand, however, have not been found. In the end, therefore, the balance seems to be a bit off to the advantage of businesses.



Zu wenig Platz? Wir helfen.
Sparkassen-Baufinanzierung.

Top-Konditionen. Individuelle Lösungen. Faire Beratung.

 Finanzgruppe
Sparkasse VGH LBS DekaBank

 Sparkasse
Osnabrück

Erfüllen Sie sich Ihren persönlichen Traum vom Wohnen! Egal ob Sie kaufen, bauen oder umbauen wollen: Zusammen mit unserem Partner LBS stehen wir Ihnen in allen Fragen kompetent zur Seite. Mehr Infos in Ihrer Filiale oder unter www.sparkasse-osnabrueck.de. **Wenn's um Geld geht – Sparkasse.**

Modernisierung des bulgarischen Familienrechts – ein Exkurs zum parlamentarisch vorgelegten Entwurf eines neuen Familiengesetzbuches

von

Dimitar Stoimenov, Universität Osnabrück

1. Entwicklung des bulgarischen Familienrechts unter dem Dritten Bulgarischen Staat, in der Zeit der Volksrepublik und nach der demokratischen Wende

a) Die erste Periode: Ehesachen als Kirchensachen (1883- 1945)

aa) Regelung der Ehesachen in der Verfassung des bulgarischen Exarchates

Die staatliche Anerkennung der kirchlichen Jurisdiktion über Ehe- und Familiensachen begann mit der Wiederherstellung der unabhängigen bulgarischen Staatlichkeit nach dem Friedensvertrag zwischen Russland und dem Osmanischen Reich am 3. März 1878. Im ersten Gerichtsverfassungsgesetz von 1878¹ wurde den kirchlichen Organen die alleinige Kompetenz in Ehe- und Scheidungssachen verliehen. Zur gesetzlichen Grundlage dafür wurde die von der Volksversammlung angenommene Verfassung des Bulgarischen Exarchates aus dem Jahre 1883, die auf dem Provisorischen Reglement über die innere Verwaltung des Bulgarischen Exarchates von 1871 fußte.

Personalprivatrechtlich galten diese Regeln nur für orthodoxe Gemeindemitglieder mit Ausnahme von Angehörigen der armenischen Glaubensrichtung. Die restlichen Mitbürger katholischen, protestantischen, muslimischen oder jüdischen Glaubens standen nicht unter der Kirchenjurisdiktion des bulgarischen Exarchates². Zu dem Chaos, das das für Personengruppen verschiedene Privatrecht verursachte, kam auch der Mangel von materiell-rechtlichen Vorschriften der gesetzlichen Quelle hinzu. Diese enthielt keine Normen des materiellen Ehe- und Scheidungsrechts sondern nur einige Verfahrensvorschriften. Das Eheschließungs- und Scheidungsrecht speiste sich primär aus doktrinären Kirchenlehrauffassungen und heimischem Gewohnheitsrecht³. Geregelt wurde dies endgültig⁴ mit der dritten Änderung der Verfassung des Exarchates im Jahre 1897.

¹ Art. 924 und 925 der Übergangsregeln über die Gerichtsverfassung von 1878.

² Einen ähnlichen Ansatz findet man noch heute in Europa am Beispiel des interpersonalen Ehrechts Griechenlands, s. Kegel, G. / Schurig, Kl., Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2004, S. 38.

³ Dikov, L., Kurs po bulgarsko grajdansko pravo, T. II, Semeyno pravo, Sofia 1937, S. 11-12.

⁴ Die erste Änderung der Exarchatsverfassung fügte in Abschnitt V das Eherecht ein, der später durch die zweite aufgehoben wurde, s. auch Nenova, L., Semeyno pravo na Republika Bulgaria, 2. Auflage, Sofia 1994, S. 54.

Nach dem kanonischen Recht wurden Verlobungen geschlossen, Ehen eingegangen und Scheidungen vor den ekklesiastischen Organen vorgenommen. Im politisch sehr belasteten Bereich der Scheidung kannte das bulgarische kanonische Recht mehrere Scheidungsgründe. Die meisten basierten auf einer verschuldensabhängigen Verletzung der Ehepflichten. Daneben existierten auch aber wenige Scheidungsgründe, die unabhängig vom Verschulden des Ehegatten zur Verwirklichung des Scheidungstatbestandes führen konnten. Einige Beispiele dafür sind: die Abwesenheit des Ehemannes vom gemeinsamen Haushalt, die länger als 4 Jahre dauerte (Art. 187, § 1), der außereheliche Sexualverkehr eines Ehegatten (Art. 187, § 2), der chronische Alkoholismus (Art. 187, § 3), die Anwendung von psychischer oder physischer Gewalt des einen Ehegatten gegen den anderen (Art. 187, § 3b - dieser Tatbestand umfasste z. B. Eifersuchtsausbrüche).

Das kanonische Recht in dieser Ausprägung galt als herrschendes interpersonales Ehe- und Scheidungsrechts bis zum Ende des zweiten Weltkrieges. Trotz des starken Einfluss der bulgarisch-orthodoxen Kirche gegen eine Säkularisierung des Familienrechts unternahm zahlreiche Rechtsgelehrte den Versuch das Eherecht von der Jurisdiktion der kirchlichen Organe abzukoppeln.

bb) Reformvorschläge für die Einführung einer säkularisierten, bürgerlichen Ehe

Infolge des herrschenden Chaos im gesamten Eherecht wurden mehrere Stimmen vieler Rechtsgelehrten zur Säkularisierung des Eherechts erhoben. Unter deren Einfluss entstand der Entwurf eines Gesetzes über die Eheschließung und Ehescheidung im Jahre 1936⁵. Er sah die Einführung einer Zivilehe und eine Scheidungsjurisdiktion der Zivilgerichte vor. Der Entwurf konnte sich politisch gegen den großen Widerstand der Kirche nicht durchsetzen. Dem zufolge blieb das kanonische Recht auf Ehesachen und Scheidungssachen bis 1945 anwendbar.

b) Das Familienrecht Bulgariens unter sozialistischem Einfluss (1945-1989)

aa) Normative Entwicklung bis zum Inkrafttreten des ersten Familiengesetzbuches

Nach dem Wechsel der Machtverhältnisse durch den Putsch am 9. September 1944 war das Familienrecht eines der ersten Rechtsgebiete, die der neuen Regierung reformbedürftig erschienen. Durch die Verordnung über die Ehe (VerE) wurde das gesamte Eherecht neu konzipiert. Die wichtigste Änderung stellte das Ende des nichtsäkularen Eherechts dar. Die Zivilehe wurde die einzig wirksam geschlossene Ehe, das Ehefähigkeitsalter wurde gesenkt, die einvernehmliche Scheidung wurde eingeführt (Art. 30 VerE). Als Scheidungsgründe (Art. 31-36 VerE) blieben weiterhin der Ehebruch, häusliche Gewalt,

⁵ Dazu auch noch *Venedikov, P.*, Kommentar na Naredbata-zakon za braka, Sofia 1947, S. 9 ff.

strafrechtliche Verurteilung des einen Ehegatten, Abwesenheit, die Impotenz des Mannes, bzw. die Kinderlosigkeit der Frau bestehen. Ein Schritt voran waren auch die Einführung eines verschuldensunabhängigen Scheidungsgrunds, der eine objektive Verletzung der Ehepflichten voraussetzte und der gerichtlich festgestellt werden musste (Artt. 37, 38 VerE) und das Aufheben von einigen Ehehindernissen, die das kanonische Recht strikt auferlegte, wie z. B. die Zugehörigkeit eines Mönchordens⁶.

Im Jahre 1949 wurde das Gesetz über die Personen und die Familie⁷ verabschiedet. Neben der Übernahme der Vorschriften der Verordnung über die Ehe (bis auf den Verzicht die Fertilität als Scheidungsgrund einzugliedern) wurden auch Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit von natürlichen Personen und die Rechtsfähigkeit von juristischen Personen aufgenommen.

bb) Das erste Familiengesetzbuch von 1968

Das erste Familiengesetzbuch⁸ (FamGB) stammt aus dem Jahre 1968. Es kodifizierte⁹ das bulgarische Familienrecht und etablierte seine Grundprinzipien: die Gleichstellung von Mann und Frau, von unehelichen und ehelichen Kindern, die komplette Säkularisierung der Ehe und die Einführung der Errungenschaftsgemeinschaft als gesetzliches Güterrechtsregime. Im Bereich des Scheidungsrechts etablierten sich die zwei Scheidungsformen: die schuldhaft ehezerrüttung und die einvernehmliche Scheidung.

cc) Das zweite (noch geltende) Familiengesetzbuch von 1985

Das zweite Familiengesetzbuch übernahm die Struktur und die Grundgedanken seines Vorgängers, es brachte nicht unbedingt eine der Zeit entsprechende Modernisierung des bulgarischen Familienrechts mit sich. Zur Illustration, welche Rückschritte die Neureform verwirklichte, kann man ein absurdes und menschenverachtendes Beispiel aus dem Scheidungsrecht des 1985 in Kraft getretenen FamGB nennen. So musste die schuldhaft begangene Zerrüttung der Ehe dem Arbeitskollektiv des Ehegatten, der das *faute* für das Scheitern der Ehe zu tragen hatte, kundgemacht werden. Historisch rückblickend könnte man das immer strenger werdende¹⁰ Scheidungsrecht ebenfalls den Versuchen zuordnen, die dem Zwecke folgten, die „sozialistische Familieneinheit“ fester zu binden. In der Tat

⁶ Ein Überblick bei *Nenova, op. cit.*, S. 57.

⁷ Zakon za lizata i semeystvoto, Veröffentlicht in DV Nr. 182 vom 9. 8. 1949, in Kraft seit 9. 10. 1949, zuletzt geändert durch DV Nr. 120 vom 29. 12. 2002.

⁸ Semeen kodeks, veröffentlicht in *Durjaven vestnik (DV)* Nr. 23 vom 22. 5. 1968, aufgehoben DV Nr. 41 vom 28. 5. 1985.

⁹ Gemäß Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes über die normativen Akte ist der Erlassungszweck eines Gesetzbuches die Regulierung von Rechtsverhältnissen, die ein gesamtes Rechtsgebiet oder einen besonderen Teil eines solchen charakterisieren.

¹⁰ So hat das FamGB vom 1985 eine Ehemindestdauer von 3 Jahren festgelegt, unter der eine einvernehmliche Scheidung gar nicht in Frage kam.

blieb dieses „Gesetzgebungsmuster“ aber einmalig im sozialistischen Rechtskreis. Man möge dies nur durch das Beispiel des russischen Familiengesetzbuch aus dem Jahre 1969 darstellen, das den Ehegatten sogar die Möglichkeit eröffnete, sich vor einem außergerichtlichen Verwaltungsorgan einvernehmlich scheiden zu lassen.

Rückschritte waren nicht nur im Bereich des erschwerten Scheidungsrechts zu verzeichnen. Offensichtlich führte das Bestreben nach einer rechtlich bindenden Familie auch zu der restriktiven gesetzlichen Lösung, dass die während der Ehe von einem der Ehegatten eröffneten Bankkonten auch in die Errungenschaftsgemeinschaft hineinfließen (siehe dazu noch III. 2.).

Nicht nur die Ehe wurde von dickeren Mauern umgeben. Zur Stärkung des breiteren Kreises der Familie führte das Familiengesetzbuch aus dem Jahre 1985 völlig neue Regelungsregimes der persönlichen Verhältnisse zwischen Geschwistern und zwischen Großeltern und Enkelkindern. Dadurch wurden den Angehörigen zweiten Grades neue Pflichten auferlegt und Rechte eingeräumt, wie z. B. das Umgangsrecht der Großeltern mit den Enkeln (Art. 70 Abs. 2 FamGB)¹¹.

c). Novellierungen seit 1989

Nach der demokratischen Wende 1989 war das FamGB vom 1985 Gegenstand mehrerer Novellierungen. Die wichtigsten bezweckten die „Deideologisierung“ des Familienrechts. Zu diesem Zeitpunkt fielen freilich die Erfordernisse der Kundgebung vor dem Arbeitskollektiv (s. 2. oben) und der Geschäftsfähigkeit des Vaters, der eine Vaterschaftsanerkennung vornehmen möchte, weg. Einige sozialadäquate Ansätze des ersten Familiengesetzbuches aus dem Jahre 1968 wurden wieder aufgenommen und weiter ausgebaut. Eine Illustration dafür ist die Wiederaufnahme der Unterhaltspflicht der Eltern eines Volljährigen, der seine Ausbildung fortsetzt, in das Gesetzbuch.

2. Zum Gesetzgebungsverfahren

a) Die Reform des Familienrechts und das geltende Gesetzgebungsverfahren

Um neben der historischen Entwicklung die Reform des bulgarischen Familienrechts in breiterem Spektrum betrachten zu können, ist an dieser Stelle kurz auf die Organisation, die Arbeitsweise und die Ausarbeitung der Gesetzesentwürfe und der Motive im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens einzugehen.

¹¹ S. dazu *Nenova, L.*, Vuprosi na odnosheniyata mejdu baba, dyado i vnuzi, Bulletin SJB 1979, Nr. 4.

aa) Beteiligte Organe; Phasen

Das Gesetzgebungsverfahren wird meistens durch die Ausübung des Initiationsrechts des Ministerrates in Gang gesetzt¹². Dieser handelt meistens auf Vorschlag des zuständigen Ministeriums, das den konkreten Gesetzesentwurf bereitstellt. Um den Beratungsprozess im Rahmen dieser ersten Phase des Gesetzgebungsverfahrens zu stärken, sehen die neueren Änderungen des Gesetzes über die normativen Akte¹³ vor, dass der Gesetzesentwurf auf der Internetseite der Institution, die den Entwurf ausgearbeitet hat, veröffentlicht werden muss (Art. 26 Abs. 2 des Gesetzes über die normativen Akte). Daher ist die zuständige Institution gesetzlich verpflichtet, dem Kreis der interessierten Personen, eine Frist von mindestens 14 Tagen nach der Veröffentlichung zur Stellungnahme zu geben. In dem Falle einer neukonzipierten, interessenkollidierenden und interessenausgleichenden Gesetzgebung ist dies freilich eine sehr unzureichende Frist um allen interessierten Kreisen eine Diskussionsbühne anbieten zu können.

Das zweite Stadium umfasst die Vorlage des Entwurfs bei der Juristischen Kommission des Ministerrates, die wiederum den Entwurf mit Anmerkungen versieht und ihn an das zuständige Gremium des Justizministeriums zurückschickt.

Die dritte Phase ist die parlamentarische. Während dieser spielt das konsultative Gesetzgebungsorgan, der Rat für Gesetzgebung, eine wichtige Rolle. Gemäß der Geschäftsordnung der Bulgarischen Volksversammlung stellt er ein unterstützendes, dauerhaft ansässiges Organ dar. Seine Funktion erschöpft sich in der gutachterlichen Tätigkeit, jeden dem Parlament vorgelegten Entwurf qualitativ zu prüfen und daraufhin eine negative oder positive Stellungnahme abzugeben.

bb) die Motive

Zu jedem Entwurf werden Motive erstellt, die vom Ministerpräsidenten unterzeichnet werden. Seit Jahren wird von einem breiten juristischen Kreis¹⁴ der Umfang und die Erstellungsweise der Motive zu den Gesetzesentwürfen kritisiert. In den meisten Fällen, wie im *casus* des Familiengesetzbuches, sind diese Motive nur eine bloße Zusammenfassung der Neuregelungen, ohne dabei die rechtpolitische Argumentation, die dahinter steckt, zu erörtern.

¹² An dieser Stelle wird auf das Initiationsrecht der einzelnen Abgeordneten (Art. 87 Abs. 1 der Verfassung der Republik Bulgarien) nicht eingegangen.

¹³ *Zakon za normativnite aktove*, veröffentlicht in *DV* Nr. 27 vom 3. 4. 1973, zuletzt geändert durch *DV* Nr. 46 vom 12. 7. 2007.

¹⁴ *Pavlova, M.*, *Grajdansko pravo*. Obshta chast, B. 1, Sofia 1995, S. 137 ff.

Wenig gesagt wird auch über die Anwendung der rechtsvergleichenden Wissenschaft, die als Methode hoch „angepriesen“ wird. So ist aus den Motiven zum Entwurf eines Familienengesetzbuches nicht herauszulesen, welche Rezeptionsquelle sich dahinter verbirgt (z. B. bei der Regelungseinheit über das neue Ehegüterrecht) und in welchem Umfang und mit welcher Begründung sie ausgewählt worden ist.

b) Vorschläge *de lege ferenda*

Die am häufigsten geäußerte Kritik an diesem Prozess der Gesetzesschaffung richtet sich auf den vor der ersten parlamentarischen Beratung situierten ineffektiven Beratungsmechanismus. Es wäre ein Gewinn für das Gesetzgebungsverfahren, wenn der Rat für Gesetzgebung als beratendes Organ stärker eingebunden würde.

Ein weiterer Vorschlag bezieht sich auf die seit Jahren geäußerten Meinung¹⁵, dass die Motive eines Gesetzes mit dem Text desselben zu veröffentlichen seien. Dies würde die gesamte Gesetzesauslegung erleichtern und den Initiator des Entwurfes motivieren, vollständige und argumentreiche Motive dazu auszuarbeiten.

Von außerordentlich wichtiger Bedeutung ist auch eine Frage, die nur am Rande der hier dargestellten Thematik, steht. Sie betrifft nicht das Gesetzgebungsverfahren an sich, sondern vielmehr die Kontrolle, der das bereits verabschiedete Gesetz später unterliegt. Dies ist die Möglichkeit jedermanns eine Verfassungsbeschwerde beim bulgarischen Verfassungsgericht einzureichen. Zwar wurde der Kreis der Berechtigten durch die letzte Verfassungsänderung erweitert (auf den Ombudsmann der Republik Bulgarien), der Rechtsschutz bleibt aber aufgrund der begrenzten Beschwerdefähigkeit nicht allen Grundrechtsträgern offen. Diese Überlegung finden besonderen Anklang im Rahmen der Frage welche materiellrechtlichen Entscheidungen des Familienrechts mit dem Grundrechttekatalog vereinbar sind und welche nicht.

3. Neuregelungsvorschläge des vorgelegten Entwurfs eines neuen Familiengesetzbuches

a) Das Eheschließungsrecht

aa) das Verlöbnis

Bevor auf die wesentlichen Punkte des Entwurfes eines neuen bulgarischen Familiengesetzbuch eingegangen werden kann, ist ein anderes in vielen anderen Ländern des Abendlandes bekanntes Institut des Familienrecht bekanntes zu erwähnen: das Verlöbnis – ein formfreies, gegenseitiges Versprechen, die Ehe zu schließen. Es ist nicht einklagbar

¹⁵ S. Fn. 14.

und es ist meistens nicht durch eine Vertragsstrafe absicherungsfähig (wie z. B. in Lettland - Art. 26 des ZGB).

Im bulgarischen Recht ist das Verlöbnis gesetzlich nicht geregelt. Praktische Bedeutung kommt ihm aber bei einem Verlöbnisbruch seitens des Mannes zu, wenn dieser der Verlobten einen immateriellen Schaden zugefügt hat. Da das Verlöbnis gesetzlich nicht geregelt ist, ist dies eine schadensersatzrechtliche Sanktion, die sich aus einer Gewohnheitsquelle speist¹⁶. Im neuen Gesetzbuchentwurf ist dieses Rechtsinstitut ebenfalls als ein thematischer Teil des Familienrechts behandelt worden, der keinen Platz im neuen Gesetzbuch zu finden braucht.

bb) Ehehindernisse

Der Entwurf sieht keine über das geltende Recht hinausgehenden Ehehindernisse vor. Diese sind zur Zeit: das Bestehen einer bereits geschlossenen Ehe (Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 FamGB), die Entmündigung oder die Geisteskrankheit, einer Person, welche die volle Entmündigung rechtfertigen würde (Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 FamGB), die Verwandtschaftsnähe¹⁷ (Art. 13 Abs.2 FamGB) oder Krankheiten, die die künftige Generation oder den künftigen Ehegatten gefährden (Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 FamGB). Die letzte ist das einzige *impedimenta relativa*. Ist nur der andere Nupturient durch die Krankheit gefährdet und gibt er seine Einwilligung für die Ehe ab, so kann das Ehehindernis überbrückt werden.

Wie festgestellt werden kann, gehört die Republik Bulgarien zu der Liste der Länder, die eine Reihe von krankheitsbedingten Ehehindernissen kennen¹⁸. Die Gedanken, dass ein großer Teil dieser Eheverbote (wie z.B. die Argumentation für die Abschaffung der Schwägerschaft als Ehehindernis im deutschen Recht zeigt¹⁹) auf verfassungsrechtliche Bedenken stößt, fanden keinen Platz in der Begründung der neuen Reform und damit in dem vorgelegten Entwurf²⁰.

¹⁶ So zumal *Pavlova*, op. cit., S. 74 ff.

Die bulgarische Rechtsprechung nimmt an, da beim Verlöbnis kein Vertrag vorläge, dass der Verlöbnisbruch nur zu deliktischen schadensersatzrechtliche Folgen führen könne, s. Auslegungsentscheidung Nr. 32 des Obersten Gerichtshofs vom 1969, *Postanovleniya i tulkuvatelni resheniya*, 1982; Nr. 42. Abgesehen davon, dass nur der weibliche Verlobte nach bulgarischem Recht, einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann, entspricht diese Position der Rechtslage in Belgien, detaillierter bei *Dalq. R.*, *La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle – Examen de jurisprudence* (1980 - 1986), R. C. J. B., 1987, S. 613, Nr. 13.

¹⁷ Darunter fallen Verhältnisse, die durch Verwandtschaft in gerader und Seitenlinie bis zum vierten Grade, Schwägerschaft oder Adoption entstanden sind.

¹⁸ Zu ähnlichen Regelungen nationaler Rechte *Staudinger/Mankowski*, P., Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2004, Art. 13 EBGB, Rn. 416.

¹⁹ *Staudinger/Strätz*, 12. Auflage, § 4 EheG, Rn. 23.

²⁰ Dies bleibt wegen der gesperrten Möglichkeit für einen Privaten auf verfassungsrechtlichen Wegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes in Frage zu stellen auch nach einer Verabschiedung des neuen FamGB nicht korrigierbar.

Noch erstaunlicher als die Nichtreduzierung der Ehehindernisse bleibt aber das Nichteinfügen eines Neuen. Dabei handelt es sich um die Nichtaufnahme der neugeschaffenen eingetragenen faktischen Ehepartnerschaft in den Katalog der Eheverbote. Dass dies ein technischer Fehler der Verfasser sein kann, wird durch die Vorschriften betreffend die Vaterschaft bestätigt, die einen Vorrang der Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehegatten der Mutter gegenüber der Vermutung vorsehen, dass das Kind aus der eingetragenen Ehepartnerschaft abstammt. Welche Folgen dies bei dem Weiterausbau des Instituts haben kann, bleibt bis jetzt völlig unklar²¹.

cc) Entfallen der Reihenfolge der bürgerlichen und religiösen Eheschließung

Die vom geltenden FamGB vorgeschriebene Reihenfolge der bürgerlichen und der religiösen Ehe wird durch den neuen Entwurf aufgehoben. Da die religiöse Ehe keine rechtliche Wirkung entfaltet (im Gegensatz zu der dem italienischen Recht bekannten Konkordatshe), ging es hier primär um das Vermeiden von nichtehelichen Gemeinschaften, die nur auf der Basis einer religiös eingegangenen Trauung beruhen²². Dies könnte darauf zurückgeführt werden, dass die Strafbarkeit des Priesters, der eine religiöse Trauung vor der obligatorischen Schließung einer Zivilehe vornimmt, seit dem Jahre 2000²³ weggefallen ist und damit der Weg für solche Zeremonien sanktionsfrei offen gehalten wurde.

dd) Aufgebot

Das bestehende Erfordernis des Aufgebots des geltenden Rechts (30 Tage vor Eheschließung, falls wichtige Umstände nicht etwas anderes erfordern – Art. 10 Abs. 1 FamGB) ist im FamGB- Entwurf keine Voraussetzung für die Eheschließung mehr. Aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und vor dem Hintergrund einer Neuregelung der gutgläubig geschlossenen Ehe (Art. 11 Abs. 2 FamGB-Entw) ist das Wegfallen des Aufgebotsverfahrens eher skeptisch zu betrachten.

ee) Wirksamkeit der gutgläubig geschlossene Eheschließung: eine Neuregelung

Die Regelung ist ein neues Konstrukt, das den europäischen Familienrechtssystemen unbekannt ist. Dabei handelt es sich um die fingierte Gültigkeit der Eheschließung im Falle, dass beide Ehegatten nicht in Kenntnis der Tatsache waren, dass die Person, die

²¹ Der Entwurf mit den Motiven ist auf der offiziellen Seite der Bulgarischen Volksversammlung zu lesen: <http://www.parliament.bg/bills/40/802-01-37.pdf>.

²² *Nenova*, op. cit. (Fn. 4), S. 76.

²³ Aufhebung von Art. 173 Abs. 3 des Strafgesetzbuches, Nakazatelen kodeks, veröffentlicht in *DV* Nr. 26 vom 2. 4. 1968, in Kraft seit 1. 5. 1968, zuletzt geändert durch *DV* Nr. 102 vom 28. 11. 2008.

öffentlich die Funktionen eines Standesbeamten ausübte und die Brautleute traute, nicht die Eigenschaft eines Standesbeamten hatte (Art. 11 Abs. 2 FamGB-Entw)²⁴.

Die Vorschrift, die auf das erste FamGB zurückdatiert werden muss, fand eine Rechtfertigung in der Zeit der Säkularisierung des Ehrechts, in der das Standesamt als eine jungetablierte Verwaltungseinheit erste Schritte machte. Die Reformbedürftigkeit aufgrund einer hohen Rate von nichtigen Ehen, die vor einem Nichtstandesbeamten geschlossen worden sind, ist weder durch empirische, noch durch andere Argumente gestärkt.

a) Das gesetzliche und vertragliche Ehegüterrecht

aa) Die Errungenschaftsgemeinschaft

i) Entwicklung des gesetzlichen Güterstands bis zur Vorlage des Entwurfs

Die Errungenschaftsgemeinschaft war bis zum Inkrafttreten des ersten Familiengesetzbuches Bulgariens im Jahre 1968 ein unbekanntes Institut des bulgarischen Familienrechts. Zu diesem Zeitpunkt herrschte unter Eheleuten das Prinzip der Zugewinnungsgemeinschaft²⁵ mit der Möglichkeit für beide Ehegatten, einen güterrechtlichen Ausgleich im Falle der Scheidung oder in dem Falle, in dem das Verhalten des anderen Ehegatten das Vermögensfundament der Familie gefährdet (z. B. mit dem einzigen Zweck, dass der Ehepartner mit leeren Händen aus der Ehe ausgeht) zu bekommen²⁶. Dieses flexible Güterrechtsregime wurde aus Gründen der „Stärkung“ des Kollektivs der Familie aufgegeben. An seine Stelle trat das Konstrukt der Errungenschaftsgemeinschaft, das auf zwei Vermögensdifferenzierungen aufbaute. Es unterschied zwischen dem Eigengut des Ehegatten und dem Gesamtgut, zu dem alle Sachen und Rechte an Sachen, die während der Ehe erworben worden sind, zählten (Art. 19 Abs. 1 FamGB). Ohne Belang für die Begründung des Gesamtgutes ist, wer eine Sache oder die Rechte an einer Sache erworben hat.

Mit der Reformierung des Familienrechts 1985 wurde das Spektrum des Gesamtguts noch erweitert. Außer den erworbenen Sachen und Rechten an Sachen eines Ehegatten fügte man auch die Rechte an Konten, die er eröffnet hat, hinzu (dies ist auch der Fall im geltenden Recht – Art. 19 Abs. 1 FamGB).

²⁴ Historisch ist dies eine Wiederaufnahme der Regelung, die vor dem Inkrafttreten des ersten FamGB aus dem Jahre 1968 gegolten hat. Dabei muss man freilich bedenken, dass zu dieser Zeit die Säkularisierung und die Einführung der obligatorischen Zivilehe an ihrem Anfang standen. Die Etablierung der Standesamtsverwaltung führte auch zu der Abschaffung dieser Vorschrift, dazu *Nenova*, op. cit. (Fn. 4), S. 79.

²⁵ Begrifflich scheint mir dies korrekter ausgedrückt zu sein, da im Gegensatz zu der traditionellen Gütertrennung ein güterrechtlicher Ausgleich stattfand. Der güterrechtliche Ausgleich fand im Falle der Scheidung statt oder im Falle, dass der Scheidungsprozess von den Erben weitergeführt wurde, wenn der überlebte Ehegatte den Grund für die Scheidung nicht zu verschulden hat (Art. 52 (aufg.) des Gesetzes über die Personen und die Familie).

²⁶ S. *Nenova*, op. cit. (Fn. 4), S. 159 ff.

Das zweite Element der Errungenschaftsgemeinschaft ist das Eigengut jedes Ehegatten. Dazu gehören Sachen, Rechte an Sachen und Konten, die vor der Schließung der Ehe erworben worden sind, Schenkungen und Erbschaften, die der Ehegatte während der Ehe bekommen hat (Art. 20 Abs. 1 FamGB). Als Eigengut eines Ehegatten werden auch die Sachen, die der Ausübung seines Berufs oder dem persönlichen Gebrauch dienen, betrachtet (Art. 20 Abs. 2 FamGB).

ii) die Reformvorschläge

Die meisten Reformvorschläge sind auf den Bereich des geltenden Ehegüterrechts gerichtet. Allerdings war der Wind, der in die Segel des Reformbootes blähte, nicht stark genug um die Errungenschaftsgemeinschaft als gesetzlichen Güterstand endgültig zu demontieren. Sie bleibt auch gemäß dem Entwurf der gesetzliche Güterstand. Allerdings wurde diese nur dispositives Recht, von dem die Ehegatten abweichende Vereinbarungen treffen können. Diese Möglichkeit, ein anderes Güterrechtsregime zu wählen, steht nur volljährigen und vollgeschäfts-fähigen Ehegatten (Art. 19 Abs. 5 FamGB-Entw) zu. Minderjährige, die sich durch die Eheschließung emanzipieren, können keine güterrechtliche Vereinbarung treffen und bleiben somit im Rahmen des gesetzlichen Güterstands – die Errungenschaftsgemeinschaft – bis zur Vollendung ihres achtzehnten Lebensjahres. Die Rechtspolitik, die zu dieser Entscheidung führte, bezweckte damit, den Minderjährigen, bzw. den Nichtvollgeschäfts-fähigen vor negativen Rechtsfolgen einer möglichen Wahl eines anderen Ehegüterstands zu schützen. Wenn man dies aber genau unter die Lupe nimmt, stellt sich heraus, dass der strenge Rahmen der Errungenschaftsgemeinschaft²⁷ in vielen Fällen zum Schutz des Vermögens des Nichtvollgeschäfts-fähigen nicht geeignet ist. So kann ein emanzipierter Minderjähriger, der sich eine Wohnung für seine neue Familie beschaffen möchte, die Immobilie aus der Errungenschaftsgemeinschaft nicht herausnehmen. Entweder bleibt diesem Ehegatten die Möglichkeit, die Beteiligung des anderen Ehegatten, falls es an einer solchen fehlen würde, in Zweifel zu stellen (Art. 22 Abs. 3 FamGB-Entw) oder dies durch Gütertrennungvereinbarung nachträglich zu ändern.

Die meisten Probleme des Ehegüterrechts, vor der die Ehegatten und die Rechtsprechung standen, wurden durch die Einführung des geltenden Familiengesetzbuches aus dem Jahre 1985 geschaffen. So stellte sich z. B. die Frage, ob die erworbenen Sachen, Rechte an Sachen und Konten, die Teil des Unternehmens eines verheirateten Einzelkaufmannes sind, in die Errungenschaftsgemeinschaft hineinfließen oder nicht²⁸. Nach langem Ringen

²⁷ Eine mögliche Kompromisslösung könnte das Erfordernis der Genehmigung des Vertrags durch das zuständige Amtsgericht sein, ähnlich wie bei § 1411 BGB.

²⁸ Unternehmensbestandteile eines Einzelkaufmannes, als auch Gesellschaftsbeteiligungen wurden auch in vielen anderen Systemen, die die Errungenschaftsgemeinschaft reformierten, aus dem Gesamtgut herausgenommen, ein Beispiel ist die Tschechische Republik, *Siß, R. /Ring/Rombach, Cl.*, Eherecht in Europa, 2. Auflage, Angelbachtal 2006, S. 1256.

mit den Gesetzestexten wurde dies durch die Auslegungsentscheidung²⁹ Nr. 2 vom 27. 12. 2001 des Obersten Kassationsgerichtshofs, Generalversammlung der Zivilkammern bejaht. Diese Rechtsprechung übernahm auch der neue Entwurf. Aus der Errungenschaftsgemeinschaft schließt er zusätzlich die Konten der Ehegatten, die während der Ehe erworben worden sind aus.

Restriktiv blieb der Entwurf aber in einem anderen Bereich des Eigenguts der Ehegatten, das keine beweglichen Sachen beinhaltet. So bleiben weiterhin die Immobilien, die nur der Berufsausübung der Ehegatten dienen, z. B. der Erwerb einer Immobilie, die die Anwaltskanzlei eines Ehegatten beherbergt, innerhalb der Vermutung der Errungenschaftsgemeinschaft. Als Eigengut bleiben nur die beweglichen Sachen, die zur Berufsausübung bestimmt worden sind (Art. 23 Abs. 2 FamGB-Entw).

bb) die Zugewinnngemeinschaft

Als zweites gesetzliches Güterrechtsregime führt der neue Entwurf das Modell der Gütertrennung ein. Wie die Errungenschaftsgemeinschaft ist die Zugewinnngemeinschaft ein „gesetzliches“ Ehegüterrecht, wirkt aber im Gegensatz zur ersterem nicht als dispositiver Ehegüterstand. Ehegatten, die einen Ausgleich des Zugewinns nach der Beendigung des Güterstandes bevorzugen, müssen dies ausdrücklich in das Ehegüterregister eintragen lassen (Art. 20 Abs. 1 FamGB-Entwurf).

Das Institut der Zugewinnngemeinschaft wird in dem Entwurf nur sparsam geregelt (Artt. 34-37 FamGB-Entw). Hier kann nur auf einige der Regelungsdefizite dieses Güterstands eingegangen werden. Das größte Problem bei der Regelung dieser Materie bleiben die Verfügungsbeschränkungen, die den einzelnen Ehegatten aufgelegt werden solange der Güterstand andauert. Im Vergleich zu anderen Rechtssystemen (z. B. dem deutschen gesetzlichen Güterstandsmodell) ist in dem Entwurf nur eine Verfügungsbeschränkung eingebaut worden. Es handelt sich um das Verbot, die Familienwohnung, die alleiniges Eigentum des Ehegatten ist, zu veräußern (Art. 35 i. V. m. Art. 27 Abs. 1 FamGB-Entw). Wie man deutlich am Beispiel des deutschen Rechts sieht, besteht eine Schutzbedürftigkeit der restlichen Familienmitglieder vor der Vornahme von Verfügungen seitens des Ehegatten-Eigentümers, die sich gegen die gemeinsame Familienführung und die Interessen der Kinder richten, wie z. B. die Verkäufe von Gegenständen aus dem gemeinsamen Haushalt. Solche absoluten Veräußerungsverbote bei diesem optionalen

²⁹ In der Republik Bulgarien sind die Auslegungsentscheidungen des Obersten Kassationsgerichtshofs oder dessen Gemeinsamen Versammlung und des Obersten Verwaltungsgerichtshofs bindend für die Organe des Justizsystems und die Verwaltung.

Güterstand sollten ebenfalls bei diesem optionalen Güterstand im bulgarischen Familienrecht eingeführt werden.

Die Lückenhaftigkeit des Entwurfs macht sich aber auch bei Fragen bemerkbar, die sich auf Probleme der Auskunftsklagen oder der Einrede der groben Unbilligkeit beziehen. Während die Gestaltung des dispositiven gesetzlichen Güterrechts zu eng geraten erscheint, ist die Konzipierung der Zugewinngemeinschaft dagegen – vielleicht zu weit geraten.

cc) die vertragliche Gestaltung

Wie bereits oben erwähnt (s. 2. bb), kann eine vollgeschäftsfähige Person, die das 18. Lebensjahr vollendet hat, einen Ehevertrag abschließen. Die Gestaltungsmöglichkeit, die im Entwurf vorgeschlagen wird, umfasst mehrere Ehevermögensmodelle. Zulässig sind vertragliche Abreden über Rechte an Vermögensgegenständen, die während der Ehe erworben werden (Art. 39 Abs. 1 Nr. 1 FamGB-Entw), Rechte an Vermögensgegenständen, die vor der Ehe einem der Ehegatten gehört haben (Art. 39 Abs. 1 Nr. 2 FamGB-Entw), Verwaltungs- und Verfügungsmöglichkeiten des Vermögens (Art. 39 Abs. 1 Nr. 3 FamGB-Entw), Unterhalts- und andere Vermögensansprüche jedes Ehegatten bei einer künftigen Scheidung (Art. 39 Abs. 1 Nr. 4, 5 FamGB-Entw), Unterhaltsansprüche der Kinder (Art. 39 Abs. 1 Nr. 7 FamGB-Entw) aber auch Verweise in die beiden gesetzlichen Güterrechtsregimes (Art. 39 Abs. 2 FamGB-Entw). Eine dieser Gestaltungsmöglichkeiten fällt besonders auf. Dies ist die Möglichkeit der beiden Ehegatten eine Vereinbarung über Unterhaltsansprüche der Kinder zu treffen. Folgt man den Grundzügen des Obligationenrechts, ist dies nichts anders als die Möglichkeit, einen Vertrag zu Lasten Dritter abschließen zu dürfen.

Der Ehevertrag kann entweder aufgehoben werden, oder einer der Ehegatten kann gemäß den allgemeinen Voraussetzungen vom Ehevertrag zurücktreten, solange dies den guten Sitten und den Prinzipien des FamGB nicht widerspricht (Art. 43 Abs. 2 FamGB-Entw). Der Rücktritt kann auch partiell erklärt werden. Liegen die Voraussetzungen des schuldrechtlichen Nichterfüllungsrechts nicht vor, so kann keiner der Ehegatten die Festlegung einer anderen Höhe der Unterhaltszahlung aufheben lassen, da ein Ehegatte nicht teilweise den Ehevertrag aufheben lassen kann (z. B. bei Änderung der Umstände, Art. 43 Abs. 1 Nr. 2 FamGB-Entw). Sowohl der Rücktritt, als auch die Anfechtung wirken *ex-nunc*.

a) Die vorgesehen Änderungen des geltenden Scheidungsrechts

aa) Scheidungsarten und Sperrfrist

Der Entwurf schlägt auch mehrere Reformen im Bereich des Scheidungsrechts vor. Er behält zwei Scheidungsformen bei: die einvernehmliche Scheidung und die Scheidung auf Antrag eines Ehegatten, wenn die Ehe irreparabel zerrütet ist (Art. 51, 52 FamGB-Entw). Bei der ersten Hypothese schafft der Entwurf die dreijährige Mindestdauer der Ehe, die eingehalten werden sollte, falls die beiden Ehegatten sich einvernehmlich scheiden lassen wollen, ab. Die Argumente dafür sind und waren schon immer, dass der Gesetzgeber durch die Schaffung einer Sperrfrist die Scheiterrate der Ehen nicht nach unten korrigieren kann. Richtig bleibt die traurige Wahrheit, dass man damit nur die Realität mit einer illusorischen Welt tauscht³⁰. Sogar wenn man als Befürworter eine Sperrfrist auftritt, ist eine solche legislatorische Entscheidung, die sich nach einer Mindestehedauer richtet, völlig effizienzlos³¹. Viel eher kann eine Trennungsfrist eine Seriositätsgarantie für das Ehescheitern³² sein, als die Hoffnung, dass die Ehe gerettet werden kann, wenn man sie rechtlich „einkapselt“. Trotzdem wirkungslos, und in diesem Punkt dem Entwurf zustimmend, scheint dies allerdings bei der einvernehmlichen Scheidung zu sein.

Bei der zweiten Scheidungsform sieht der Entwurf ebenfalls wie das geltende FamGB, keine Sperr- oder Reflexionsfrist³³ als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Scheidung vor. Ist die Ehe tief und endgültig gescheitert, so kann nach bulgarischem Recht jeder der Ehegatten die Scheidung einreichen (Art. 51 Abs. 1 FamGB-Entw). Die tiefe und endgültige Ehezerüttung kann auf objektiven Gründen oder auf dem schuldhaften Verhalten eines der Ehegatten beruhen.

bb) Bedeutung des Verschuldens

i) Zulässigkeit der Scheidung

Eine andere gutzuheißende Änderung sieht der Entwurf im Bereich der Minimierung der Bedeutung des Verschuldens für das Scheitern der Ehe vor. Nach geltendem Recht ist ein

³⁰ Dazu *Gernhuber, J./Coester-Waltjen, D.*, Familienrecht, 5. Auflage, München 2006, § 27 II, Rn. 20.

³¹ Dagegen herrschte im bulgarischen Schrifttum lange Zeit die Meinung, dass man durch dieses Sperrfrinstument junge Ehegatten von einer künftigen Scheidung abhalten könne. Begründung dafür seien die statistischen Daten, dass die meisten der geschiedenen Ehen kürzer als drei Jahre hielten, *Nenova*, op. cit. (Fn. 4), S. 581. Dieses Modell wird im europäischen Vergleich nur selten gewählt: so ist in Litauen die Sperrfrist in Anlehnung an die verstrichenen Zeit nach der Eheschließung (3.55 Abs. 1 ZGB) konzipiert.

³² *Görgens*, FamRZ 1978, S. 648.

³³ Das dies zum *common core* des europäischen Familienrechts geworden ist, sieht man trotz der liberalen Ausdrücke auch in den skandinavischen Familienrechten, detailliert bei *Örücü, E./Mair, J.* /Mair, J. Juxtaposing Legal Systems and the Principles of European Family Law on Divorce and Maintenance, Antwerpen 2007, S. 224 ff.

Scheidungsantrag seitens des Ehegatten, der die Zerrüttung der Ehe alleine³⁴ zu verantworten hat, abzulehnen, wenn der andere Ehegatte gegen die Scheidung plädiert und keine wichtigen Umstände³⁵ etwas anders erfordern (Art. 99 Abs. 3 FamGB). Gemäß dem neuen Vorschlag besteht kein Grund mehr für den Richter den Scheidungsantrag abzulehnen, unabhängig von der Verschuldensfrage. Diese Entscheidung entspricht einer sozialadäquaten und notwendigen Abkehr von der Doktrin der *divorce-sanction*. Somit ist das Erfordernis der gerichtlichen Beurteilung der Verschuldensfrage von Amts wegen nicht mehr Bestandteil des neugeplanten Scheidungsrechts. Dies geschieht nur in dem Falle, in dem einer der Ehegatten eine Beurteilung des Verschuldens seitens des Gerichts beantragt (Art. 51 Abs. 2 FamGB-Entw).

ii) Verschulden und Scheidungsfolgen

Die Rolle der Verschuldensfrage beschränkt sich nicht darauf, ob eine Scheidung zulässig ist oder nicht, sondern vor dem Hintergrund der geringen Anzahl der aus diesem Grund abgelehnten Scheidungsanträge in der Praxis³⁶ vielmehr auf die Scheidungsfolgen. So ist das Verschulden für die Ehezerüttung nach der geltenden gesetzlichen Lage für folgende Fallgruppen von Relevanz: 1) der schuldverantwortliche Ehegatte hat keinen Unterhaltsanspruch nach geschiedener Ehe (Art. 83 FamGB), 2) er kann Schenkungen nicht aufgrund eines möglichen Verstoßes gegen die Moral an den anderen Ehegatten widerrufen (Art. 105 FamGB), 3) die Ausübung der Sorgerechte kann nicht dem die Scheidung verschuldeten Ehegatten überlassen werden, wenn dies sich negativ auf das Aufziehen und die Erziehung der Kinder auswirken kann (Art. 106 Abs. 2 S. 2 FamGB), 4) das Verschulden kann sich ebenfalls auf die Überlassung der Familienwohnung an einen der Ehegatten auswirken, 5) die Erben des Antragsstellers können das Scheidungsverfahren fortführen, wenn der überlebende Ehegatte die Ehezerüttung schuldhaft verursacht haben soll. Ist dies nicht der Fall, so wird das Scheidungsverfahren nicht mehr fortgeführt – Art. 102 FamGB.

Der Entwurf versucht auch hier die Rolle der Verschuldensfrage zu minimieren. So kann der Ehegatte, abgesehen davon, ob er die Zerrüttung der Ehe verursacht hat oder nicht, Schenkungen, die an den anderen Ehegatten erfolgten, nur unter den allgemeinen Regeln des Schuldrechts widerrufen, wenn dies nicht durch einen Ehevertrag vorbestimmt worden ist (Art. 57 FamGB-Entw). Das Verschulden ist nach dem Vorschlag (Art. 61 Abs. 2 FamGB-Entw) ebenfalls kein Grund, die Ausübung der Sorgerechte nicht dem betreffenden Ehegatten zu überlassen.

³⁴ Dies heißt, dass dem Verschulden des Ehegatten – z. B. dem Pflegen einer außerehelichen Beziehung – kein ebensolches Verschulden seitens des anderen Ehegatten entgegensteht.

³⁵ Dazu gehören nach ständiger Rechtsprechung die langfristige Trennung der Ehegatten, uneheliche Beziehungen des Ehegatten, uneheliche Kinder des Ehegatten usw., s. Entscheidung Nr. 912/91 des Obersten Gerichtshofs, II. Zivilkammer.

³⁶ *Nenova*, op. cit. (Fn. 4), S. 569.

Konservativ bleibt der Entwurf in dem wichtigen Punkt, welche Prinzipien die Regeln über den nachehelichen Unterhalt ausformen sollen. So bleibt das Erfordernis des Nichtverschuldens als Voraussetzung für einen Unterhaltsanspruch gegen den ehemaligen Ehegatten bestehen (Art. 157 Abs. 1 FamGB-Entw). Fortschrittlicher gewesen wäre, die Frage des nachehelichen Unterhalts an den Einzelvermögensverhältnissen der beiden Ehegatten und anderen Kriterien, wie dem Alter des Unterhaltsberechtigten, die Dauer der Ehe und das Ausüben der Sorgerechte durch den Ehegatten etc.³⁷ anzukoppeln. Kritik in gleichem Maße gilt in diesem Kontext auch am Beibehalten der Lösung, die die Dauer der Unterhaltszahlungen nur von der Existenz einer weiteren Ehe oder der Eintragung einer Lebensgemeinschaft vom Unterhaltsberechtigten abhängig macht. Gerechter scheint die Lösung der *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses* zu sein, nach der der Unterhalt nicht mehr geschuldet ist, sobald der Unterhaltsberechtigte in einer langfristigen Beziehung lebt (Principle 2:9 (1)). Damit hätte man zwei Zwecke erreichen können: der verpflichtete ehemalige Ehegatte wird von der Unterhaltspflicht entlastet und der Unterhaltsberechtigte würde mit der Schließung einer zweiten Ehe, bzw. Eintragung einer faktischen Ehepartnerschaft wegen des Entfallens des Unterhalts nicht warten müssen.

d) Das Anerkennungsrecht

Wie fast alle Gebiete des Familienrechts blieb auch das Anerkennungsrecht nicht ohne Beachtung der Reformatoren im neuen Entwurf.

Die meisten Neuregelungen bildet die Einführung des Instituts der „faktischen Ehepartnerschaft“. Einer der Hauptgründe für dessen Schaffung war die Notwendigkeit einer gesetzlichen Vaterschaftsvermutung zugunsten aller Kinder, die aus unehelichen Beziehungen geboren wurden³⁸. Gemäß Art. 66 Abs. 1 FamGB-Entw gilt als Vater des Kindes der Partner der Mutter, der mit ihr in einer eingetragenen faktischen Ehepartnerschaft lebt oder 300 Tage vor der Beendigung derselben. Paradoxe Weise kann aber die faktische Ehepartnerschaft auch im Falle einer bestehenden Ehe eingetragen werden (*argumentum a contrario* aus Art. 13 Abs. 3 FamGB-Entw). Im Falle einer der Ehe parallelen Eintragung geht die eheliche Vaterschaftsvermutung der Herkunftsvermutung des eingetragenen Partners vor (Art. 66 Abs. 2 FamGB-Entw).

³⁷ Weitere finden sich in dem Faktorkatalog des Principle 2. 4. der *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, s. Fn. 32.

³⁸ S. Motive des Entwurfs (Fn. 21), S.1.

e) Adoptionsrecht

Als letzter großer Regelungskomplex der geplanten Reform ist das Adoptionsrecht zu erwähnen. Dabei wurden mehrere Änderungen vorgenommen, die die Beschleunigung des Adoptionsverfahrens bezwecken. So können Kinder, die sich in Kinderheimen befinden, nach Ablauf von sechs Monaten nach ihrer Unterbringung dort, adoptiert werden, wenn ihre Eltern die Unterbringungsmaßnahme grundlos nicht beenden oder abändern wollen (Art. 98 Abs. 2 FamGB-Entw).

Zum ersten Mal wird auch neben dem Register der Kinder zur Volladoption auch eine Datenbank für Adoptierende (Art. 90 FamGB-Entw) geschaffen. Das Erleichtern des Adoptionsverfahrens durch die beiden Register begünstigt nicht nur inländische Kinder, sondern auch ausländische Kinder, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Republik Bulgarien haben. Diese können ebenfalls zur Adoption gegeben werden.

4. Schlussbetrachtungen:

Unter Juristen eines Fachgebiets hat jede Gesetzesreform ihre Befürworter und Gegner. Mit einem höheren Wahrheitsgehalt gilt dieser Satz aber für die Reform des Familienrechts. Es existiert kaum ein anderes Rechtsgebiet, dessen Schaffung so tief von sozialen, religiösen und humanen Wertungsmodellen geprägt wird. Diese Problematik erscheint besonders deutlich vor den Augen jedes Komparativisten, wenn er sein heimisches Recht mit der Normengestaltung ausländischer Rechte vergleicht. Die Rechtsvergleichung selbst erfüllt im Lauf dieses Prozesses zwei Funktionen. Die erste umfasst die Methodik, nach der man ausländisches Recht innerhalb eines Systems erforscht. Die zweite und meiner Ansicht nach – die wichtigere – stellt die Möglichkeit dar, Wertungsentscheidungen durch das Prisma der ausländischen Erfahrung wahrzunehmen oder nicht. Wenn man dies so nimmt, so befindet man sich in einer Welt, in der man sich durch die eigenen traditionellen Gedanken vielleicht ein wenig ängstlich fühlt. Dass das der einzige Weg zu einer modernen, den Vermögensverhältnissen in der Marktwirtschaft gerechter Familiengesetzgebung bleibt, liegt auf der Hand.

Ist man bei der Umsetzung dieser Gedanken konsequent, so kann der Gesetzgeber, der diese rechtsvergleichende Methodik anwendet nicht fern von Einflüssen ausländischer Rechtsordnungen bleiben. Diese Umgebung ist leider dem neuen bulgarischen FamGB-Entwurf ferngeblieben. Er ist in seinem Kern ein Gesetzbuchentwurf, der primär zurück in die Vergangenheit blickt, ohne einiges aus dem europäischen familienrechtlichen Hintergrund mitbekommen zu haben. Ein sehr politisch kontroverses Beispiel ist der Umstand, dass der FamGB- Entw. keinen Platz sah, homosexuellen Paaren einen Rahmen anzubieten, der ihnen erlaubt, ihre Lebensverhältnisse rechtlich zu gestalten. Der Entwurf

bleibt indifferent zu den Signalen, die ständig vom EuGH und aus dem restlichen europäischen Rechtsraum andauernd kommen. So entschied der Europäische Gerichtshof, dass die Versagung einer Hinterbliebenenrente für einen eingetragenen Lebenspartner eine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung darstellt (EuGH 1. 4. 2008- Rs. C-267/06, *Maruko/Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Rn. 80).

Dieser Schritt, der erst 1989 von Dänemark³⁹ gemacht wurde, ist somit einer, der nun bis zur nächsten großen familienrechtlichen Reform in Bulgarien ausbleiben wird.

Neben der kritischen Betrachtung des Gestaltungsrahmens einiger neuer Institute durch die angestrebte Reform, ist die Reform des bulgarischen Familienrechts darauf zentriert, die praktischen Probleme der Eheschließung, des ehelichen Vermögensrechts, des Unterhaltsrechts und der heimischen und internationalen Adoption aus der Welt zu schaffen. Am meisten ist dies im Bereich der Adoption gelungen. Auf dem Gebiet des Vermögensrechts, das die größte Reformbedürftigkeit aufweist, ging der Entwurf einen Weg, der der vertraglichen Freiheit die Tür öffnet. Allerdings ist das Regelungskonstrukt der Alternativen des dispositiven gesetzlichen Ehegüterrechts ein wenig knapp geraten. Vielmehr bedarf die Gestaltung dieser Vorschriften eines Konzepts, das die mehrseitigen Aspekte des Interessenschutzes berücksichtigt. Solche Überlegungen rechtfertigen die Fragen: wie groß ist der Schritt nach vorn und wann kommt der nächste?

³⁹ Ein sehr guter Überblick der Historie bei *Forkert, M.*, *Eingetragene Lebenspartnerschaften im deutschen IPR: Art. 17b EGBGB*, Tübingen 2003, S. 50-51.

LL.M.-Studium an der Université Paris I Panthéon-Sorbonne – Der richtige Zeitpunkt für einen LL.M.? Vor dem ersten Examen !¹

von

Christoph Fischer, LL.B. (Osnabrück), LL.M. (Paris)

Paris ist und bleibt das pulsierende Herz Frankreichs – trotz aller selbst in der französischen Verfassung niedergelegten Versuche der Dezentralisierung des Landes. Von gut 60 Millionen Franzosen leben je nach Statistik zwischen 10-12 Millionen in Paris, die Region erwirtschaftet 1/3 (!) des gesamten französischen Bruttosozialprodukts und die öffentlichen Verkehrsbetriebe befördern täglich mehr als 5 Millionen Menschen. Hinzu kommt, dass Paris die meistbesuchteste Stadt der Welt ist und Skeptiker prophezeien, dass die Stadt auf Grund der Touristenströme bald eine einzige Museumsstadt mit imposanten Bauwerken, Straßencafés für turtelnde Pärchen und kitschigen Souvenir-Läden wird. Aber sowohl die Touristenschwärme als auch der gestresste, anzugtragende *Parisien* auf dem Weg ins Büro morgens um halb 9 in der *Métro* sowie die in bunte, landestypische Gewänder gehüllten Schwarzafrikanerinnen gehören zum Stadtbild dieser aufregenden Metropole, an deren erhöhten Taktschlag sich man am Anfang erst einmal gewöhnen muss.

1. Studiengang

Ursprünglich wollte ich ein ganz normales Erasmus-Jahr in Frankreich verbringen, um während des Studiums auch mal etwas anderes zu sehen als deutsche Hörsäle. Nur durch Zufall fiel mir auf, dass ich auf Grund meines Parallelstudiums der Rechtswissenschaften (Staatsexamen) sowie des Wirtschaftsrechts (LL.B.) an der Universität Osnabrück nach 6 Semestern bereits einen berufsqualifizierenden Abschluss in den Händen halten würde, so dass – den Gedanken des Bologna-Prozesses angewandt - die Möglichkeit bestand, meinen Auslandsaufenthalt mit dem Erwerb eines LL.M. zu kombinieren. Bei der anschließenden Suche stieß ich auf das vollständig in französischer Sprache stattfindende LL.M.-Programm „Droit français et droit européen“ der „Université Paris I Panthéon-Sorbonne“, das auf 10 Monate angelegt ist und jeweils im September beginnt und im Juni des folgenden Jahres endet.

¹ Nachdruck aus JuS-Magazin Januar/Februar 2009, mit freundlicher Genehmigung des Verlages C. H. Beck.

2. Auswahlverfahren und Teilnehmerprofil

Bewerbungen sind jeweils bis Ende April möglich. Die Teilnehmerzahl ist auf höchstens 20 Studenten beschränkt, deren Muttersprache nicht Französisch ist. Die Auswahl der Teilnehmer erfolgt zunächst anhand der Bewerbungsunterlagen, die u.a. einen Nachweis über ausreichende französische Sprachkenntnisse (mind. Niveau C 1), zwei Empfehlungsschreiben von Hochschullehrern sowie Lebenslauf und Motivationsschreiben enthalten müssen, jeweils selbstverständlich auf Französisch. Wer diese erste Hürde genommen hat wird von der leitenden Professorin des LL.M.-Programms in einem 20-30 minütigen, in französischer Sprache geführten Telefoninterview nochmals nach Motivation, Lebenslauf etc. befragt. Formale Voraussetzung für die Teilnahme ist das Vorliegen eines juristischen universitären Abschlusses – entweder in der Form des 1. Juristischen Staatsexamens oder – wie in meinem Fall – in der Form eines LL.B.

Wer das Auswahlverfahren übersteht, findet sich Anfang September in einer bunt gemischten Kleingruppe, in der (fast) alle Kontinente (und damit auch entsprechend viele Rechtskulturen) vertreten sind. In meinem Fall kamen die Studenten aus Brasilien, Deutschland, Japan, Kroatien, Nordirland, Polen, Portugal, Schweden, Südkorea, Ungarn und den USA. Auch die unterschiedliche Alters- und Berufsstruktur trägt zur Vielfalt und Attraktivität des Studiengangs bei: So befand sich unter den Teilnehmern vom 37jährigen Großkanzleianwalt über den 30jährigen Richter bis zum Referendar oder – wie in meinem Fall – dem 23jährigen Studenten nahezu jeder juristische Beruf bzw. jedes denkbare Ausbildungsstadium.

3. Studieninhalte

In der ersten Woche des Programms wird für Interessierte ein freiwilliger Intensiv-Französischkurs angeboten, der verschüttete Sprachkenntnisse wieder an die Oberfläche bringen soll und gleichzeitig als Einstieg in die französische Rechtssprache gedacht ist. Nicht nur in Bezug auf das Auffrischen der Sprache, sondern vor allem auch für das Kennenlernen der Kommilitonen ist die Teilnahme an diesem Sprachkurs uneingeschränkt zu empfehlen.

In der zweiten Woche folgt eine – nunmehr obligatorische – allgemeine Einführung in das französische Recht, die Grundkenntnisse und Grundbegriffe dieser für die meisten völlig neuen Rechtsordnung vermitteln soll.

In der dritten Woche beginnt dann der regelmäßige „Wochenstundenplan“. Jeweils vormittags finden von Montag bis Freitag folgende obligatorische Vorlesungen jeweils einmal pro Woche statt: Europarecht (*droit européen institutionnel et matériel*), Verfas-

sungs- und Verwaltungsrecht (*droit constitutionnel et droit administratif*) sowie eine dazugehörige Arbeitsgemeinschaft zur Fallbearbeitung, Vertragsrecht (*droit des contrats*), Haftungsrecht (*droit de la responsabilité*), Gesellschaftsrecht (*droit des sociétés*) sowie (Internationales) Handelsrecht (*droit des entreprises*). Außerdem läuft begleitend ein freiwilliger Französisch-Sprachkurs.

Nach den Weihnachtsferien müssen zusätzlich noch 2 von 3 angebotenen Wahlfächern belegt werden (Arbeitsrecht, Grundrechte oder Internationales Privatrecht).

Die letzten beiden Wochen im März bilden den Prüfungszeitraum, in dem in den Hauptfächern jeweils eine Klausur und zum Teil eine mündliche Prüfung absolviert werden muss. In den Wahlfächern gibt es nur mündliche Prüfungen. Neben diesen Abschlussprüfungen fließen die mündliche Beteiligung in den Vorlesungen in das Endergebnis sowie die Noten für Hausarbeiten, die in den verschiedenen Fächern insbesondere in den Herbst- bzw. Weihnachtsferien anzufertigen sind.

Wer dabei auf eine gute Note schießt (also *Mention „bien“* oder sogar *„très bien“*), der muss ähnlich wie im strengen deutschen Bewertungssystem ausgezeichnete Leistungen erbringen. Ob aufgrund der systematischen Ausbildung deutscher Juristen oder aus Zufall – interessanterweise haben in den knapp 10 Jahren des Bestehens des Programms die deutschen Studenten dabei immer überdurchschnittlich gut abgeschnitten.

4. Praktikum

Die letzten 3 Monate (April bis Juni) bestehen aus einem Praktikum in Paris (in Ausnahmefällen auch in Brüssel, Luxemburg und Straßburg). Die Universität hilft beim Suchen der Praktikumsstellen und bei der Bewerbung. Im vergangenen Jahr wurden Praktika u.a. beim *Conseil d'Etat*, beim *Conseil de la concurrence*, beim *International Commercial Court*, bei verschiedenen (Groß-)Anwaltskanzleien sowie in französischen Unternehmen absolviert. Mein Praktikum habe ich beim französischen Finanz- und Wirtschaftsministerium in der *direction des affaires juridiques* und dort im Büro für Europarecht gemacht. Trotz der in Bezug auf das Rechtsfranzösisch noch vorhandenen Sprachbarrieren wurde ich fast ausnahmslos in die Arbeit des Büros integriert und bekam die Gelegenheit, Gutachten über die Kompatibilität des französischen Rechts mit den neuesten europäischen Vorschriften sowie Verteidigungen für den französischen Staat in von der EU-Kommission betriebenen Verfahren bzw. Rechtsstreitigkeiten vor den europäischen Gerichten zu verfassen.

Das Praktikum am Ende des Programms stellt eine hervorragende Möglichkeit dar, um die französische (Arbeits-)Kultur kennenzulernen und seine Sprachkenntnisse im ständigen Umgang mit Muttersprachlern weiter zu verfeinern. Das Praktikum fließt ebenfalls in die Endnote ein, denn hiernach ist ein Praktikumsbericht einzureichen.

5. Exkursionen

Zum Programm gehören auch gemeinsame Fahrten und Besuche bei in und außerhalb von Paris angesiedelten Institutionen. Wir waren im Herbst ein Wochenende in Straßburg beim Europäischen Menschenrechtsgerichtshof. Im Januar ging es wiederum für 2 Tage nach Luxemburg zu den Europäischen Gerichten. In Paris selbst standen der *Conseil d'Etat* sowie der *International Commercial Court* auf dem Programm.

6. Organisation/Betreuung

Das Programm ist sehr verschult und straff durchorganisiert, so dass man sich zum Teil in die Schulzeit zurückversetzt fühlt – und das nicht nur, weil man sich auf Grund der kleinen Gruppe, die sich jeden morgen zum „Unterricht“ trifft, wie eine Klasse fühlt. Auch die Betreuung ist praktisch eine Rund-um-Betreuung, denn eine Doktorandin kümmert sich ausschließlich um alle mit dem LL.M. in Zusammenhang stehenden organisatorischen Fragen wie Raumänderungen oder Nachholtermine für ausgefallene Vorlesungen. Vor allem aber auch für die Bewältigung der in Frankreich Allerortens anzutreffenden Bürokratie ist die sehr umfangreiche und persönliche Betreuung Gold wert und spart eine Menge Nerven und Ärger.

7. Kosten

Die Studiengebühren für den LL.M. belaufen sich auf 6.000 €. Darin enthalten sind Lehrbücher zu jedem Fach sowie die mehr oder weniger umfangreichen und nützlichen vorlesungsbegleitenden Skripten der Professoren. Auch die Studienfahrten müssen nicht extra bezahlt werden. Anders als aus Deutschland gewohnt ist die Benutzung der öffentlichen Verkehrsmittel nicht mit umfasst.

8. Leben in Paris

Das Leben in Paris ist deutlich teurer und anstrengender als in Deutschland. Schon allein die bloße Größe treibt die Preise in die Höhe und erschwert den Alltag – erst recht, wenn mal wieder der öffentliche Nahverkehr (oder eine andere Berufsgruppe) streikt, worauf man in Frankreich jederzeit vorbereitet sein sollte. Auf der anderen Seite wird man aber entlohnt mit einem schier unendlichen Freizeit- und Kulturangebot und dem einmaligen, nicht zu beschreibenden Pariser Flair.

9. Wohnen

Die Wohnungssituation in Paris ist äußerst angespannt. Die Stadt boomt und entsprechend hoch sind die Preise. Die meiner Meinung vernünftigste Lösung ist, sich frühzeitig eines der fünf für den LL.M. Studiengang zur Verfügung stehenden, von der Universität angebotenen Zimmer im *Maison des Provinces de France* in der *Cité Internationale Universitaire de Paris* zu reservieren. Dort bekommt man für 456 € (knapp 100 € erstattet die *Caisses d'Allocations Familiales*) ein Zimmer mit eigenem Bad und einer Gemeinschaftsküche. In diesem Haus wohnen ca. 600 Studenten jeglicher Nationalität. In der gesamten *Cité*, die wie ein großer Park angelegt und somit autofrei ist und die eine Mensa, ein Theater, eine Bibliothek sowie eine eigene Bank- sowie Postfiliale und Fußball- und Tennisplätze umfasst, sind es ca. 6000 Studenten. Wer keinen der 5 Plätze bekommt, aber trotzdem in die im Süden von Paris liegende *Cité* möchte, kann sich auch direkt beim Deutschen Haus (*Maison Heinrich Heine*) bewerben. Allerdings sind die Plätze regelmäßig heiß begehrt, so dass man nicht in jedem Fall mit einer Zusage rechnen sollte.

Auf dem privaten Wohnungsmarkt (dessen Angebote vor allem jeden Donnerstag im *Particulier à Particulier* zu finden sind und für den man früh aufstehen sollte, um auf den Vermieterlisten für Interessenten möglichst weit oben zu stehen) findet man insbesondere die typischen Pariser „Studentenbuden“ im 6. oder 7. Stock unter dem Dach, selbstverständlich ohne Fahrstuhl. Oftmals ist es eng, die Toilette auf dem Flur und einen Mietvertrag hat man auch nicht unterschrieben, weil die Vermieter daran kein sonderliches Interesse haben. Für ein solches Zimmerchen unterm Dach werden in der Regel zwischen 600 und 700 € fällig, vom französischen Staat gibt es natürlich nur dann eine monetäre Unterstützung, wenn auch ein Mietvertrag vorliegt.

In letzter Zeit mehr und mehr in Mode gekommen ist das Kassieren der Kautions sowie einer Monatsmiete im Voraus durch den vermeintlichen Vermieter, der sich, ein paar Wochen später, wenn das Semester beginnt und die Wohnung bezogen werden soll, mit dem Geld aus dem Staub gemacht hat und auch gar nicht der wahre Eigentümer ist. Vorsicht vor unseriösen Angeboten ist also geboten.

10. Lebenshaltungskosten

Nicht nur das Wohnen, sondern auch die sonstigen Lebenshaltungskosten sind in Paris (und im Übrigen auch in ganz Frankreich) hoch. Vor allem des Franzosen liebster Zeitvertreib, nämlich im Straßencafé zu sitzen und dort einen Espresso zu trinken und die *Le Monde* zu lesen oder ausgiebig und ohne jeglichen Zeitdruck zu Abend zu essen, gehört zwar zu Paris wie der *Tour Eiffel* und *Notre Dame*, aber die Preise hierfür können ein Studentenbudget schnell sprengen. Die teuerste Tasse Kaffee habe ich in diesem Jahr im

Café de la Paix gegenüber der Oper getrunken: Das Wandeln auf den Spuren Sartres direkt an einem lärmenden, mehrspurigen Boulevard kostete schlappe 8 €. Aber abseits der vornehmen *Arrondissements* lassen sich auch andere *Quartiers* finden, in denen die Bars fast ausschließlich mit Studenten gefüllt sind und die Preispolitik entsprechend moderater ist. Dies gilt auch für die Clubs: Nicht überall kostet der Eintritt 25 € und jedes Getränk 13 €, sondern mit ein bisschen Fleiß bei der Planung des Abends findet man fast immer auch solche Clubs, die keinen Eintritt verlangen. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass man auch eingelassen wird: Die richtige Garderobe und weibliche Begleitung für die Herren sind vielerorts nämlich unverzichtbar.

11. Fazit

Wer sich für Frankreich und die französische Sprache interessiert und gleichzeitig eine gewisse Zeit in einer Stadt leben möchte, die niemals schläft, für den ist Paris mit Sicherheit die richtige Wahl. Wer darüber hinaus nicht nur das „*savoir vivre*“ erlernen will, sondern gleichzeitig ein hervorragend organisiertes Programm zum Kennenlernen des französischen Rechts, der französischen Rechtskultur und Rechtssprache sowie im anschließenden Praktikum des französischen Arbeitsleben durchlaufen möchte, dem sei auch das international besetzte LL.M.-Programm der *Sorbonne* ans Herz gelegt. Ich jedenfalls würde es genauso wieder machen – und Dank des Bachelors auch wieder vorm ersten Examen.

Der frische Hauch des äußeren Lebens¹

RdW 2007, 400

Wirft daher ein in der Wohnung befindlicher Affe die Hauskatze zum Fenster hinaus, so haftet der Wohnungsinhaber.²

Welser in *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹³ (2007) 366

Der von *Ehrenzweig* (Krainzsches System⁴ [1905] 7) formulierte Vorwurf, dass „der reine Theoretiker, abgewendet von dem frischen Hauch der in ewigem Flusse befindlichen Verhältnisse des äußeren Lebens, so leicht das Verhältnis zwischen Hauptsache und Nebendingen umkehrt oder in der idyllischen Behaglichkeit stillen Forschens eine Beute von Anschauungen wird, die eher mit allem als mit der ‚Natur der Sache‘ in Übereinstimmung stehen“, gehört ganz offensichtlich vergangenen Zeiten an. Heute bestechen die Lehrbücher durch Lebensnähe und Praxisbezug.

¹ Nachdruck aus *Leitner*, *Der Leguleius oder Zivilrecht in Anekdoten*, (2008), ISBN 978-3-214-00504-7 mit freundlicher Genehmigung des MANZ Verlags.

² Das Beispiel stammt ursprünglich aus *Wolffs* Kommentierung im *Klang Kommentar* und findet sich seit der 11. Auflage im *Koziol/Welser*.

Veröffentlichungen, laufende Forschungsprojekte und Auszeichnungen aus dem European Legal Studies Institute 2008

Veröffentlichungen

von Bar, Christian

- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition (Munich: Sellier European Law Publishers 2008) 396 S. Hrsg. gemeinsam mit Eric Clive und Hans Schulte-Nölke
- A Common Frame of Reference for European Private Law - Academic Efforts and Political Realities, vol 12.1 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (May 2008), <http://www.ejcl.org/121/art121-27.pdf>, und in: Tulane European and Civil Law Forum 23 [2008] S. 37-49
- Besprechung der 68. Nachlieferung zum Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht, in: StAZ 2008 S. 254
- Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another under the DCFR, in: ERA-Forum. Scripta iuris europaei. European Contract Law. ERA Forum special issue 2008, S. 33-38; abrufbar auch unter <http://dx.doi.org/10.1007/s12027-008-0068-1>
- Ausländisches Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache. Systematische Nachweise aus Schrifttum, Rechtsprechung und Gutachten 1990-2006. 7. Aufl. Köln und München 2008, XL, 746 S.
- The Launch of the Draft Common Frame of Reference, in European Initiatives (CFR) and Reform of Civil Law in New Member States, Juridica international XIV (2008) S. 4-9
- Besprechung der 69. Nachlieferung zum Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht, in: StAZ 2008 S. 389-390
- Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen (herausgegeben von Reiner Schulze, Christian von Bar und Hans Schulte-Nölke) (Tübingen: Mohr Siebeck 2008) 262 S.; darin: Die Struktur des Common Frame of Reference, S. 35-45

- Úvod do akademického komunitářiho (společného) referenčního rámce in: Švestka/Dvořák/Tichý (eds.), Sborník statí z diskusních fór o rekodifikaci občanského práva S. 95-105 (Praha: ASPL 2008)

Busch, Christoph

- Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht: Parallelen in UWG und BGB, Tuebingen (Mohr Siebeck), 2008, 225 S
- Briefing Paper - Transposition and Enforcement of the Directive on unfair commercial practices (2005/29/EC) and the Directive concerning misleading and comparative advertising (2006/114/EC), veröffentlicht unter: <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?file=23131> (zusammen mit Hans Schulte-Nölke und Zita Čeponytė)
- Welche Folgen hat die Umsetzung der Lauterkeitsrichtlinie für das Vertragsrecht?, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) 2008, S. 158-164
- Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Reform der Timeshare-Richtlinie – ein richtiger Schritt auf dem Weg zur Überarbeitung des Verbraucheracquis?, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) 2008, S. 13-17
- Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 17.4.2008 - Rs. C-404/06 (Quelle), in: Status:Recht 2008, S. 156

Dörr, Oliver

- Grundstrukturen eines europäischen Verwaltungsprozeßrechts, in: Deutsches Verwaltungsblatt 2008, S. 1401-1407
- Detention, Arbitrary, in: R. Wolfrum (ed.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://www.mpepil.com> (online am 22.10.2008)
- Certain Expenses of the United Nations (Advisory Opinion), in: R. Wolfrum (ed.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://www.mpepil.com> (online am 10.9.2008)
- Nottebohm Case, in: R. Wolfrum (ed.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://www.mpepil.com> (online am 10.9.2008)
- Cession, in: R. Wolfrum (ed.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://www.mpepil.com> (online am 10.9.2008)
- Declaration, in: R. Wolfrum (ed.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://www.mpepil.com> (online am 10.9.2008)

- Das europäische Vergaberecht – Entwicklungslinien, Kernprobleme, Interdependenzen mit dem Regelwerk der WTO, in: forum vergabe (Hrsg.), Zwölfte Badenweiler Gespräche, 2008, S. 23-31
- Das beschleunigte Vorabentscheidungsverfahren im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2008, S. 349-354
- Art. 50-53a und 136 GG, in: V. Epping/Chr. Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 2008 (online am 21.4.2008)
- Die Unionsbürgerschaft zwischen Auffanggrundfreiheit und demokratischer Legitimation, in: J. Ipsen/B. Stür (Hrsg.), Europa im Wandel. Festschrift für Hans-Werner Rengeling zum 70. Geburtstag, 2008, S. 205-213
- Rezension zu: Anatol Dutta, Die Durchsetzung öffentlichrechtlicher Forderungen ausländischer Staaten durch deutsche Gerichte, 2006, in: Deutsches Verwaltungsblatt 2008, S. 503

Heinemann, Daniela

- versch. Stichwörter zum Europäischen Gerichtshof und zum Gericht erster Instanz in: Lachmayer/Bauer (Hrsg.), Praxiswörterbuch Europarecht, Springer Wien/New York 2008
- versch. Stichwörter zum europäischen Sozialrecht in: Lachmayer/Bauer (Hrsg.), Praxiswörterbuch Europarecht, Springer Wien/New York 2008

Hünert, Matthias

- Recent case law, ERPL 2008, S. 205-260

Kopp, Christina

- Anwaltsdienstleistungen und die Dienstleistungsrichtlinie: Auswirkungen der Richtlinie 2006/123/EG auf den Berufsstand der Rechtsanwaltschaft, GPR2/08, S. 54
- Zur berufsrechtlichen Behandlung von Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsanwaltsgesellschaften - zugleich Besprechung zur Entscheidung der französischen Cour de Cassation vom 3.7.2008, 06-20514, GPR 5/08, S. 221 (gemeinsam mit Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel)
- Anmerkung zum Urteil der französischen Cour de Cassation vom 3.7.2008, 06-20514, EWIR 19/08, S. 587 (gemeinsam mit Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel)

Laas, Matthias

- Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraums aus der Perspektive des deutschen und des spanischen Rechts, (Diss.) Baden-Baden 2008: Nomos

de Medeiros Nóbrega, José Carlos

- A Cruz da Menina: uma análise histórico-jurídica do processo criminal [A Cruz da Menina: eine rechtsgeschichtliche Analyse des Strafprozesses], in: Revista Jurídica das Faculdades Integradas de Patos - Verba Volant, Scripta Manent, v. 4, 2008, S. 188-213 (zusammen mit Humberto Sousa)

Meyer, Linus

- Allgemeine Geschäftsbedingungen und UN-Kaufrecht, IHR 2008, S. 177-180 (gemeinsam mit Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel)

Rabbe, Matthias

- Neunjähriger im Geschäfts- und Straßenverkehr, JURA 2008, S. 853 (zusammen mit Silvan Schubmehl)

dos Santos Silva, Marta

- Der Ersatz reiner Vermögensschäden nach dem deliktischen Haftungsregime des portugiesischen Zivilgesetzbuches [A Ressarcibilidade dos Danos Económicos Puros no Âmbito do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Código Civil Português], in Revista Jurídica das Faculdades Integradas de Patos - Verba Volant, Scripta Manent, v. 4, 2008, S. 234-252

Schmidt-Kessel, Martin

- Kommentierung Artt. 8, 9, 11-13 UN-Kaufrecht, in: Peter Schlechtriem / Ingeborg Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, C.H.Beck: München, 5. Aufl. 2008
- Gläubiger und Schuldner: Mehrheit und Wechsel, in: Michael Martinek, Staudinger-Eckpfeiler, Sellier / de Gruyter: Berlin, Auflage 2008, S. 269-309

- Kommentierung §§ 241-248, 275-292 BGB, in: Hanns Prütting / Gerhard Wegen / Gerd Weinreich, BGB-Kommentar, Wolters Kluwer: Köln, 3. Auflage 2008 (§§ 246-248, 287-292 jeweils zusammen mit Mareike Telkamp)
- Kommentierung der Artt. 16, 17, 22, 23, 25 Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt, in: Monika Schlachter / Christoph Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Handkommentar, Nomos: Baden-Baden, 2008
- Die Informationspflichten des Dienstleisters nach der Dienstleistungsrichtlinie, GPR 2008, S. 63-70
- Europäisches Kollisionsrecht für Dienstleistungen?, in: Reichelt/Rechberger/Jud, Kollisionsrecht, Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht im Lichte der gemeinschaftsrechtlichen Reformen, Sramek: Wien 2008, S. 97-126
- At the Frontiers of Contract Law: Donation in European Private Law, in: Vaquer (Hrsg.), European Private Law beyond the CFR. Essays in honour of Reinhard Zimmermann, Europa Law Publishers: Groningen, 2008, S. 77-96
- Schadensersatz wegen Vertragsbruchs im System der Rechtsbehelfe, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht, Zwischenbilanz und Perspektive, Mohr Siebeck: Tübingen 2008, S. 85-100
- Zur berufsrechtlichen Behandlung von Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsanwaltsgesellschaften: zugleich Besprechung zur Entscheidung der französischen Cour de Cassation vom 3.7.2008, 06-20.514, GPR 2008, S. 221-234 (zusammen mit Christina Kopp)
- Unentgeltliche Rechtsberatung durch Laien nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz, NJW 2008, 3389-3390 (Kurzfassung) und NJOZ 2008, S. 4061-4072 (zusammen mit Ann-Kathrin Wreesmann)
- Allgemeine Geschäftsbedingungen und UN-Kaufrecht, IHR 2008, S. 177-180 (zusammen mit Linus Meyer)
- Urteilsanmerkung zu Cour de Cassation, Urt. v. 3. 7. 2008 – 06-20514, Niederlassungsfreiheit, Rechtsanwalts-GmbH, Zweigniederlassung, EWIR 2008, S. 587-588 (zusammen mit Christina Kopp)
- Anmerkung zur Entscheidung des Hoge Raad (Civiele Kamer) vom 28. 1. 2005, Nr. C03/290HR, NJ 2006, 517, ZEuP 2008, S. 605-617
- Editorial: Das Ideal eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, GPR 2008, S. 261

Schneider, Jens-Peter

- Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des

Verwaltungsrechts Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahrenarten, Handlungsformen, C.H. Beck Verlag München 2008, S. 523 – 624

- Der europäische Vollstreckungsverband für finanzielle Verwaltungssanktionen im Verkehrsrecht, in: Jörn Ipsen/Bernhard Stürer (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans-Werner Rengeling, Carl Heymanns Verlag Köln, 2008, S. 401 – 415
- Vorgaben des Europäischen Energierechts, in: Jens-Peter Schneider/Christian Theobald (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2. Aufl. C.H. Beck Verlag München, S. 45 – 76
- Energieumweltrecht: Erneuerbare Energien, Kraft-Wärme-Kopplung, Energieeinsparung, in: Jens-Peter Schneider/Christian Theobald (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2. Aufl. C.H. Beck Verlag München 2008 S. 1115 – 1187
- Stand und Perspektiven der Energiemarktregulierung, in: Jörn Lüdemann (Hrsg.), Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, Mohr Siebeck Tübingen 2008, S. 100 – 117
- Effizienz sichernde Zumutbarkeitsanforderungen an die Netzanbindung von Offshore-Anlagen gem. § 17 IIa EnWG, Teil 1, in: IR 2008, S. 338-344.

Schubmehl, Silvan

- Neues aus Brüssel, GPR 2007, S. 52, 101, 155, 207, 259, 311; GPR 2008, S. 49, 101, 155, 205, 259, 308 (zusammen mit Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel)
- Energieausweis: Auswirkungen der Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden auf das Miet- und Kaufrecht, GPR 2/2008, S. 75
- Neunjähriger im Geschäfts- und Straßenverkehr, Methodikbeitrag, JURA 2008, S. 853 (zusammen mit Matthias Rabbe)
- Der Gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung- Inhalte - Anwendung, Tagungsbericht, JZ 2008, S. 1099

Schulte-Nölke, Hans

- Improving the Internal Market Scoreboard and the Consumer Markets Scoreboard, Briefing note requested by the European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection (Mai 2008), S. 33-42 (zusammen mit Martin Werneburg)
<http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studiesCom/download.do?file=20971#search=%20scoreboard%20>

- Doch wohl kein Nutzungersatz bei Nachlieferung einer mangelfreien Kaufsache, in: ZGS 2008, S. 41
- Rat der Europäischen Union gegen ein Europäisches BGB, aber für einen Gemeinsamen Referenzrahmen zum Europäischen Vertragsrecht, in: ZGS 2008, S. 201
- Acquis Communautaire and Structures of the CFR, in: Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, herausgegeben von Reiner Schulze, 2008, S. 47-64
- Die EuGH-Rechtsprechung zum Schuldrecht - Risiko und Chance für die Praxis, in: ZGS 2008, S. 241
- Abschied vom Dachziegel fall - Die Haftungsentlastung für eingebaute mangelhafte Kaufsachen beginnt zu greifen, in: ZGS 2008, S. 281
- Hin und Her - Versandkosten beim Fernabsatz, in: ZGS 2008, S. 401
- From the Acquis communautaire to the Common Frame of Reference – the Contribution of the Acquis Group to the DCFR, in: Juridica International, XIV 2008, S. 27-31
- § 9: Historischer Abriss, in: Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht, herausgegeben von Jörg Philipp Terhechte, 2008, S. 271-285 (zusammen mit Jörg Philipp Terhechte)
- Briefing Paper - Transposition and Enforcement of the Directive on unfair commercial practices (2005/29/EC) and the Directive concerning misleading and comparative advertising (2006/114/EC), veröffentlicht unter: <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?file=23131> (zusammen mit Christoph Busch und Zita Čeponytė)
- Vertragsgestaltung: Neue Aufgaben für die ZGS, in: ZGS 2008, S. 441
- Spotřebitelské právo v občanskoprávní kodifikaci?, in: Sborník statí z diskusního fóra o rekodifikaci občanského práva, herausgegeben von Jiří Švestka, Loboš Tichý, Jan Dvořák, 2008, S. 106-116

Ulrich, Pia

- „Neues aus Brüssel“ GPR 6/2008, zusammen mit Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, Silvan Schubmehl

Werneburg, Martin

- Improving the Internal Market Scoreboard and the Consumer Markets Scoreboard, Briefing note requested by the European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection (Mai 2008), S. 33-42 (zusammen mit Hans Schulte-Nölke)
<http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studiesCom/download.do?file=20971#search=%20scoreboard%20>
- Die Verfassungsbeschwerdebefugnis der Nachlassbeteiligten, ZEV 2008, S. 578-582

Weyand, Kevin

- Verwaltungskontrolle in Spanien, (Diss.) Osnabrück 2008: V&R unipress

Laufende Forschungsprojekte**Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar, FBA**

Gründungsdirektor des European Legal Studies Institute und Direktor der Abteilung I/ Europäisches Privatrecht.

- *Study Group on a European Civil Code* (Vorsitzender).
- Leiter der Forschungsgruppe "Außervertragliche Schuldverhältnisse in Europa" (Untergruppe des Gesamtprojekts *Study Group on a European Civil Code*).
- Mitglied und einer der Sprecher des Projekts *Common Frame of Reference on European Contract Law* (EU/6. Forschungsrahmenprogramm, Exzellenznetzwerk Europäisches Privatrecht).

Prof. Dr. Oliver Dörr, LL.M. (Lond.)

Abteilung II/ Europäisches Öffentliches Recht.

- Herausgabe eines Kommentars zur Wiener Vertragsrechtskonvention (zusammen mit Prof. Dr. Kirsten Schmalenbach, Graz)
- Einführung in das Vergaberecht und Kommentierung der §§ 97, 98 GWB, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar
- Staatshaftung in Europa: Rechtsvergleichung und Gemeinschaftsrecht, gefördert durch die Fritz Thyssen Stiftung
- Bürgerschaft und Zugehörigkeit in Europa: transdisziplinäre Forschergruppe an der Universität Osnabrück, gefördert durch das MWK

Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel

Abteilung I/ Europäisches Privatrecht; Dekan des Fachbereichs Rechtswissenschaften.

- Leiter des Projekts „Unentgeltliche Verträge in Europa“. (Untergruppe des Gesamtprojekts *Study Group on a European Civil Code*).
- GPR-Tagung: „Der Gemeinsame Referenzrahmen – Entstehung, Inhalte, Anwendung“

- Initiator und Betreuer der laufenden *William C. Vis Moot Court Teams* in Osnabrück.

Prof. Dr. Jens-Peter Schneider

Direktor der Abteilung II/ Europäisches Öffentliches Recht.

- Kompetenzträger und Mitglied des von der Europäischen Kommission geförderten *Jean Monnet Centre of Excellence* unter der Leitung von Prof. Dr. Ingeborg Tömmel.
- Mitbegründer der Institutspartnerschaft zwischen dem European Legal Studies Institute, Abteilung II/ Europäisches Öffentliches Recht, und dem Lehrstuhl für Verwaltungsrecht der Kardynal Wyszyński Uniwersytet Warszawa (Prof. Dr. Irena Lipowicz).
- Deutsch-spanische Forschergruppe „Prinzipien und Verfahren der Europäischen Verbundverwaltung“.
- Mitherausgeber von: Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2. Aufl. C.H. Beck Verlag München (zusammen mit Christian Theobald) (2008)
- Herausgeber von: Verwaltungsrecht in Europa. Band 2: Frankreich; Polen; Tschechien, v&r unipress Göttingen, Schriften zum Europäischen und Internationalen Recht Band 18

Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke

Direktor der Abteilung III / Europäische Rechtsgeschichte und Gemeinschaftsprivatrecht

- Koordinator des von der Europäischen Kommission finanzierten Exzellenznetzwerks für Europäisches Privatrecht (17 Universitäten, ca. 150 EU-Mitgliedstaaten), das u.a. den *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* ausarbeitet
- Koordinator der *Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)*
- Consumer Law Compendium; Aktualisierung und Pflege einer Datenbank zur Umsetzung von Verbraucherrechtsrichtlinien in allen 27 Mitgliedstaaten.
- Schriftleitung der Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht (ZGS); außerdem Mitglied der Redaktion der Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken (TvC).
- Advisor des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz des Europäischen Parlaments, regelmäßige Teilnahme an Hearings des Ausschusses

Auszeichnungen

- **Daniela Heinemann** belegte den 3. Platz beim Weser-Ems-Wissenschaftspreis 2008 der OLB-Stiftung in der Kategorie Dissertationen.
- **Matthias Laas** erhielt den PhD-Award des Osnabrück Jean Monnet Centre of Excellence in European Studies für die beste europawissenschaftliche Dissertation des Studienjahres 2007/08
- **Linus Meyer** erhielt den „ZEuP-Preis für studentische Beiträge“ der Gerda-Henkel-Stiftung und der Herausgeber der Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
- **Marta Livia dos Santos Silva** erhielt den Europa-Förderpreis 2008 für herausragende Leistungen im Studium
- **Silvia Díez Sastre** erhielt für ihre Dissertation den European Thesis Prize der European Group for Public Law