

Jahresheft

der

Internationalen Juristenvereinigung

Osnabrück

VORWORT

Dieses mittlerweile elfte Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück (IJVO) erscheint mit etwas Verzögerung. Ich bitte hierfür um Verständnis bei all jenen, die schon seit geraumer Zeit auf das Erscheinen dieses Bandes warten. Zum einen hat die Erstellung der EU-Studie zum außertraglichen Haftungsrecht und Sachenrecht in ihrer Beziehung zum Vertragsrecht ein- zum anderen die Renovierungsarbeiten den Ablauf hier im Hause erheblich verlangsamt. Die Zeit in Anspruch genommen. Zum anderen hat vor allem der Brand des Instituts zu Beginn dieses Jahres sowie die darauf folgenden Renovierungsarbeiten den Ablauf hier im Hause erheblich behindert. Damit nicht genug. Als dieses Heft druckfertig vorlag, war der bisherige Verlag nur zu erheblieh veränderten Konditionen zum Druck bereit. Daher mussten wir uns anderweitig orientieren. Vor diesem Hintergrund danken wir Frau Marlies Veltmann vom Speller Druck für die kurzfristige Übernahme unserer Schriftenreihe.

Aber was lange währt, wird endlich gut. Dieser Band berichtet über die Aktivitäten der IJVO in den Jahren 2001/02.

Im November 2001 hielt Prof. Dr. Peter Monkowski einen Vortrag über „Wichtige Punkte der Schuldrechtsreform“, der reges Interesse und eine zahlreiche Zuhörerschaft fand. Da dieser Vortrag seitens des Autors jedoch nicht zur Veröffentlichung vorgesehen ist, hat sich das Präsidium entschlossen, die herausragende Seminararbeit von Herrn Mirko Schulz zur *entrichissement sans cause* in das Jahresheft aufzunehmen. In unmittelbarer thematischer Nähe und mit einem umfassenden transnationalen Bezug bewegt sich der Vortrag von Herrn Prof. Dr. Vincent Sogaert zur *Change of position in the law of restitution*, den dieser am 24. Mai 2002 in Osnabrück gehalten hat. Den Abschluss des Jahresheftes bilden wie immer die „Nachrichten aus dem Institut“, in denen Prof. Dr. Dr. h.c. Christian von Bar, FBA über aktuelle Entwicklungen des nunmehr in das „Institut für europäische Rechtswissenschaft“ bzw. „European Legal Studies Institute“ (ELSI) umbenannten Instituts berichtet.

Die IJVO hat am 28./29. September 2001 mit generöser Unterstützung von Prof. Dr. Hans-Gert Pötering, MdEP, dem an dieser Stelle unser ausdrücklicher Dank gilt, einen Ausflug nach Brüssel zu einem Besuch des Europaparlaments unternommen. Weiterer Dank gilt insbesondere den Stadtwerken Osnabrück sowie der Sparkasse Osnabrück, die uns durch Anzeigen unterstützt haben.

Redaktion: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück

Heger-Tor-Wall 12, D-49069 Osnabrück

Telefon (+49)-05977/93800 - Telefax (+49)-05977/938080

Schiffleitung: Dr. Erwin Beysen

Zitierweise: IJVO 11 (2001/02), S. ...

Erscheinungsart: Jährlich. Bandpreis: € 8,- zuzüglich Versandkosten. Vertrieb: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück.

© 2004 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: Speller Druck Marlies Veltmann/ Spelle

Auch dem in diesem Jahr lediglich aus einer Person bestehenden Redaktionskomitee, nämlich Herrn Dr. *Erwin Beyers*, sei recht herzlich gedankt für seine Geduld und Mühe bei der Überarbeitung dieses Jahreshefes sowie für seine tatkräftige Unterstützung des Präsidiiums. Mein persönlicher Dank gilt außerdem Herrn *Lars Haverkamp*, der mir durch seine stete Hilfsbereitschaft die Arbeit für die IJVO sehr oft erleichtert hat. Unser Dank gilt freilich ebenfalls allen Mitgliedern, die, so hoffe ich, nicht nur in der Vergangenheit sondern auch fürderhin unsere Vereinigung durch anregende Vorschläge und Ideen bereichern.

Osnabrück, im August/November 2004

für das Präsidium 2001/02
Sandra Rohlfing

Inhalt dieses Heftes

Vorwort.....	III
Vorträge und Veranstaltungen	
<i>Sogaert, Vincent</i> Change of position in the law of restitution	1
<i>Schulz, Mirko</i> Die <i>enrichissement sans cause</i> im französischen Recht.....	25
Miszellen	
<i>v. Bar, Christian</i> Nachrichten aus dem Institut.....	54

Change of position in the law of restitution

by

Vincent Sagaert¹

A. Introduction

1. The law of unjust enrichment is one of the most debated issues of the private law in a lot of the European legal countries. In Dutch law, a number of important judgement rendered by the Dutch Supreme Court ('Hoge Raad') have focused the attention of legal scholars on this concept, in English law the field of the law of restitution has become one of the major sources of European private law, and in France legal scholars also seem to have rediscovered this source of obligation. The law of unjust enrichment is sometimes misunderstood as an issue at the edge of the law, being founded in equitable considerations rather than in legal solutions.² On the contrary, the analysis of the law of unjust enrichment requires a profound understanding and delicate combination of various aspects of the wide range of private law (law of obligations, property law, contract law, etc.).

In this contribution only a small issue within this very complex legal institution shall be discussed, e.g. the effects of the fact that the defendant has, in reliance to his enrichment, changed his position in such way that the value of the enrichment is no longer available at the moment that the enrichment claim is brought. While the impoverishment of the claimant is most frequently fixed from the moment of its occurrence,³ the enrichment of the defendant remains floating until the claim in unjust enrichment is brought by the claimant. Difficulties may arise if the defendant has lost the enrichment at the moment that he is charged with the obligation to make restitution. For instance: someone receives a payment which he believes is lawful and, relying on the enrichment, the accipiens goes on a holiday, which he normally could not afford, with the money received. Afterwards, he is sued because of undue payment to make restitution of the full payment. This obligation would put him in a worse position than the position he would be in if he had not received the payment, as in that case he would not have made the holiday. The question is whether the de-

¹ Professor Property Law University of Antwerp, Researcher at the Catholic University of Louvain, Department of Private Law.

² M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil français*, Paris, Cujas, 1991, 50: "L'action de *in rem verso* a un particularisme accusé qui tient à sa nouveauté et à son caractère subsidiaire: elle est en quelque sort en marge du droit".

³ Cf. Cass. fr. 18 May 1982, *Bull. civ.*, III, n. 122.

defendant in good faith does not deserve protection in order that the loss of the enrichment can defeat the restitutionary claim.

In those cases, a conflict arises between two leading principles of national law systems, which can even be characterised as principles of European private law. On the one hand, the general prohibition of unjust enrichment, which would effect that the unjust transfer of value should be undone in full, must be taken into consideration. On the other hand, from the side of the recipient, the general interest in security of receipt must be protected. According to this principle, which is an application of the principle of legal certainty, each recipient of assets must be protected in his legitimate expectations that wealth which was transferred to him, belongs to him and that this enrichment will have a permanent nature.

2. When comparing the different national legal systems, it will emerge that these interests are not balanced in the same way in all legal systems. Two different approaches within the national legal systems can be distinguished. First, we shall give a comparative overview of these approaches (nr. 3-21). The second part of this contribution shall elaborate on the prevailing approach and analyse more in depth the scope of the change of position defence, which is part of that prevailing approach (nr. 22-38).

B. Comparative overview

3. In analysing the way in which the recipient is protected against the loss of enrichment, a distinction can be made between two different approaches taken in the European legal systems. The first approach is the one taken by especially French and Belgian law and which judges whether the defendant is enriched at the moment at which the action is brought. The second approach is the one adhered to by English, German and Dutch law starting from the defence of change of position.

1. French law

4. In French law, the law of unjust enrichment is not governed by statute, but has developed in case law. The defence of loss of enrichment by the defendant is seldom discussed, neither between legal scholars neither in case law. Originally, case law denied the general scope of the unjust enrichment claim, which was restricted to the applications which were provided by statute. However, the *Chambre des Requêtes* recognised in 1892 that the claim in unjust enrichment does not depend upon provisions in the statute⁴ and thus has a general scope. This approach was confirmed in the later decisions by the *Cour de Cassation*.

⁴ Req. 15 June 1892, D. 1892, I, 596, S. 1893, I, 281, with note J.E. LABBE: "Cette action dérivait du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée."

As far as change of position of the defendant is concerned, the loss of enrichment is considered among the conditions of the enrichment claim. One of the fundamental requirements for a claim in unjust enrichment is that the defendant is enriched. The enrichment of the defendant must, according to French law, be judged at the moment that the action is brought into justice.⁵ If it can not be ascertained that the defendant has, at that moment, any enrichment left in his estate, one of the requirements for the cause in action is not met and the action will be defeated. This approach is indicated with the Roman maxim "*non est verum si non datur verum*". The same view is prevailing in Belgian law.⁶

Surrounding circumstances, such as the good faith of the defendant, are not taken into consideration. Even if the event triggering the loss of enrichment was prohibited by the claimant, the latter is due to bear the risk of that change of position.⁷ One exception is to be made, e.g. the enriched person has to bear the risk of the consequences of his fraudulent actions ("*frangit omnia corruptio*").

5. Other scholars are refining this approach, alleging that the requirement of the enrichment must be determined at the moment that the defendant is sued by an enrichment claim, while the amount of the enrichment is to be fixed at the moment of the judicial decision.⁸

The background of this approach is to be found in the nature of the claim in unjust enrichment. According to majority of the French scholars, this claim is not a restitutionary claim: it does not aim to the restitution of the object of the enrichment or of an equal value, but is to be considered as a '*dette de valeur*' ('*Wertschuld*'). It is – literally translated – a value obligation. This is an obligation which aims at the payment of money, but which differs from normal payment obligations by the way in which the amount which has to be paid, is fixed: in a '*dette de valeur*' the amount of money to be paid is not fixed at the mo-

⁵ Cass. fr. 18 January 1960, D. 1960, 753, with note P. ESMEIN, J.C.P. 1961, II, nr. 11994, with note F. GORE and Rev. trim. dr. civ. 1960, p. 513, nr. 4, with note P. HERBAUD and P. RAYNAUD; Cass. fr. 23 November 1908, D.P. 1912, I, 217, with note G. RIPERT; A. HENABERT, *La chance et le droit*, Paris, 1973, p. 110, nr. 143; C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, IXbis, Paris, 1952, p. 372-373, nr. 1758; F. GORE, *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, Paris, 1949, p. 64, nr. 63 en p. 313, nr. 299; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, 1988, I, nr. 392; J. RENARD, "L'action de l'enrichissement sans cause dans le droit moderne français", Rev. trim. dr. civ. 1920, (243) 251; Rép. civ. *Dollaz*, v° *Enrichissement sans cause*, nos. 29 en 270; A. ROUAST, "L'enrichissement sans cause et la jurisprudence étivile", Rev. trim. dr. civ. 1922, p. 54, nr. 11.

⁶ Court Ghent 11 July 1955, Pas. 1956, II, 64; R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk recht*, II, Brussels, Standaard 1971, p. 183, nr. 371; F. LAURENT, *Principes de droit civil belge*, Brussels, 1878, XVII, nr. 541; Pand. b., v° *Action de in rem verso*, nr. 32; R.P.D.B., v° *Quasi-contract*, nr. 134.

⁷ Cass. fr. 23 November 1908, D. 1912, I, 217, with note G. RIPERT; J. RENARD, *loc. cit.*; A. ROUAST, *loc. cit.*, p. 55, nr. 11.

⁸ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, 1923, III, p. 281, nr. 170; G. PIERRE-FRANCOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil*, Paris, 1975, p. 205, nr. 242; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, 1908, VII, nr. 753. It can be argued that the French *Cour de cassation* has confirmed this view, by taking the moment of the judgment as starting point of the compound interest on the amount which has to be restituted (Cass. fr. 6 January 1987, *Bull. civ.*, IV, nr. 6; Cass. fr. 24 March 1987, *Bull. civ.*, IV, nr. 77 and Rev. trim. dr. civ. 1987, p. 754, nr. 7, with note J. MESTRE).

ment of the agreement⁹, but is connected to a certain asset to which the obligation is related.¹⁰ The function of a value obligation in French law is that the value of the obligation remains intact during the time of the obligation: generally, payment obligations lose their value as the amount of money to be paid devalues through the collapse of time. As in a value obligations the amount of money due depends upon the value of another asset, the value of the obligation does not decrease due to inflation or other circumstances, but remains stable. In order to realise this aim it is necessary to estimate the value of this asset not at the moment of the coming into existence of this obligation, but at the time of its fulfilment.

A claim in unjust enrichment is, according to the prevailing view in French law, considered as a value claim.¹¹ It follows that the primary object of the enrichment claim is not the object of the enrichment in natura, but the value of that object. Even if the enrichment has to be restituted in natura, this must be considered as the fulfilment of a payment because the object of the enrichment represents the value of the enrichment.

6. The critical observations which can be addressed to this approach will be discussed later on (cf. *infra*, nr. 18 and further). First, we shall analyse the way in which the problem of change of position is addressed in some other legal countries, as confronting these different approaches can facilitate the understanding of the criticisms which can be addressed to the French approach.

2. Common law

7. The claim in unjust enrichment is, according to the English law, considered as a personal claim in restitution. One of the most fundamental features of a personal claim in restitution is that the claim does only take into account whether the debtor received the asset. Personal restitutionary claims ignore what happened after the receipt, whether that asset or its value was preserved or lost after its reception by the defendant. This is to be contrasted with proprietary restitutionary claims which depend on the identifiability of the enrichment in natura in the hands of the defendant.¹² In other words, it is sufficient for personal restitutionary claims that the value was received by the recipient, it is not necessary that the value

⁹ That is the general principle for payment obligation: art. 1895 C.C.

¹⁰ G. PIERRE-FRANCOIS, *o.c.*, p. 272, nr. 120.

¹¹ R. DEMOGUE, *Traité*, III, p. 281, nr. 170; G. PIERRE-FRANCOIS, *o.c.*, p. 205, nr. 242; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, VII, nr. 753.

¹² BIRKS distinguishes between restitution in the first measure and 'restitution in the second measure' (P. BIRKS, *An introduction to the law of restitution*, Oxford, 1985, 77 c.v.). Restitution in the first measure, and measure, amongst which all proprietary restitutionary claims, is founded on the identification of the object of the claim at the moment that the claimant brings his claim.

survived in the hands of the recipient. He must thus make restitution of the full amount he received. The principle is *restitutio in integrum*. In the beginning of the development of case law, the consequences of this 'value received'-principle were applied in a harsh way. Even if the recipient had gifted that asset in good faith to a third person before the action was brought, this was without influence on the obligation to make restitution of its value. The reliance of the defendant in the maintenance of the enrichment, was not taken into account.¹³

This created a major inequity on behalf of the defendants. A silent development in case law has mitigated this starting point by introducing the defence of change of position.¹⁴ Lord Mansfield, one of the predecessors of the modern law of restitution, initiated in 1760 a development which lead towards the protection of the defendant against change of position. He ruled in the case *Moses v. Macferlan* that the debtor of an enrichment claim "may defend himself by everything which shows that the plaintiff *ex aequo et bono* is not entitled to the whole of the demand, or to any part of it."¹⁵ However, Courts remained reluctant in order to protect the recipient against the inequity of the restitution.

8. It lasted until 1990 before this protection was formally recognised by the House of Lords in the famous case *Lipkin Gorman v. Karpanal*.¹⁶ The facts are well-known: a partner in a London city law office is addicted to gambling games. In order to finance his addiction, he fraudulently extracts money out of the client account of his law office. In buying game pieces for the gambling games, he spends more than 500,000£ originating from the client account. In gambling, he wins a 170,000£. At the moment the fraud is discovered, the partner obviously does not have a lot of wealth left in order to satisfy the law office (which aims to re-gain the money on its client account). Therefore, the latter makes a claim against the Playboy Club, which organised these games, and gained from the money spent by its client. One of the difficulties arising in this intricate case is the amount for which the law office can claim restitution: can it claim restitution of 500,000£, this is the full amount of money which was received without legal ground, or only for 330,000£, these are the net proceeds which were maintained after paying out the winnings to the gambler. The judgement rendered by the House of Lords was, not merely on this issue, of extreme importance for two reasons. First of all, the House of Lords finally honoured a general principle of unjust enrichment. Secondly Lord Goff admitted the defence of change of position: "Whether change of position is, or should be, recognised as a defence to claims in restitution is a subject which has been much debated in the books. It is however a mat-

¹³ *Baylis v. Bishop of London* [1913] Ch. D. 127; *Ministry of Health v. Simpson* [1951] A.C. 251.

¹⁴ For this development: see A. BURROWS, *The law of restitution*, London, 1993, 421-423.

¹⁵ *Moses v. Macferlan* [1760] 2 Burr. (1005) 1010 ca 97 E.R. (676) 679.

¹⁶ [1991] A.C. 548.

ter on which there is a remarkable unanimity of view, the consensus being to the effect that such a defence should be recognised in English law. I myself am under no doubt that this is right.¹⁷ He added: "A defence of change of position must be awarded "to a person whose position has so changed that it would be inequitable in all the circumstances to require him to make restitution, or alternatively to make restitution in full."¹⁸

It is no coincidence that these two elements are recognised in the same judgement: the admission of a general principle of the prohibition of unjust enrichment and of the defence of change of position are closely related, because change of position gives a large measure of protection to the recipient of the unjust enrichment. As long as the action in unjust enrichment is not disclosed as a general principle, there is no need for such protection. But from the moment that this general principle is recognised, the protection of the enriched person becomes highly necessary.¹⁹

9. However, there is no unanimity on the principle underlying the defence of change of position. According to BIRKS, the defence of change of position is founded in and limited by the protection of the legitimate expectations of the defendant. Change of position could only be pleaded if restitution in full would contravene the legitimate expectations of the recipient.²⁰ This would entail that loss of enrichment can only defeat the enrichment claim if the event triggering change of position was generated by the reliance of the recipient. Accidental loss of enrichment could, according to this view, not be brought against the enrichment claim.

Another approach is based on the principle that the recipient should not be in a worse position after the restitution than in the case that no unjust enrichment would have occurred. In other words, the recipient may not bear the risk of the mistaken payment effected by the impoverished claimant. This view results in a larger scope for the defence of change of po-

¹⁷ p. 538-539 (Lord BRIDGE), 562-563 (Lord TEMPLEMAN), 567-568 (Lord GRIFITHS) and Lord ACKNER on 578 (Lord GOFF).

¹⁸ P. BIRKS, "Overview: tracing, claiming and defences", in *Lamdering and tracing*, Oxford, 1995, (289) 323-332; A. BURROWS, *The law of restitution*, London, 1993, 421-431; H. COHEN, "Change of position in quasi-contract", *Harv. L.R.* 1932, 1333-1364; L. GOFF and G. JONES, *The law of restitution*, London, 1998, 818-828; M. JEWELL, "The boundaries of change of position - a comparative study", *Rest. L.R.* 2000, 1-52; P. KEY, "Change of position", *Mod. L.R.* 1995, 505-522; R. NOLAN, "Change of position", in P. BIRKS (ed.), *Lamdering and tracing*, Oxford, 1995, 135-189; G. VIRGO, *The principles of the law of restitution*, Oxford, 1999, 709-732.

¹⁹ Cf. David Securities Pty Ltd v. Commonwealth Bank of Australia [1992] 175 C.L.R. 353: "If the principle was to be accepted that payments made under a mistake of fact should be prima facie recoverable, in the same way as payments made under a mistake of law, a defence of change of position is necessary to ensure that enrichment of the recipient of the payment is prevented only in circumstances where it would be unjust." A. BURROWS, *o.c.*, 423; L. GOFF and G. JONES, *The law of restitution*, London, 1998, 819.

²⁰ P. BIRKS, *o.c.*, 415; see also David Securities Pty Ltd v. Commonwealth Bank of Australia [1992] C.L.R. (353) 385.

sition: each loss of enrichment causally linked to the receipt of the enrichment would result in a reduction of the enrichment claim.²¹

For the question whether reliance of the recipient in relation to the loss of enrichment is a requirement for this defence, it can be referred to *infra*, nr. 36-38.

10. The judgement rendered by the House of Lords in the *Lipkin Gorman*²² case is in accordance with the solutions which have been developed in earlier years in other common law countries. In American law, the defence of change of position is expressly inserted in the Restatement of Restitution (1937), § 142 of the Restatement provides as follows:

Change of Circumstances

"The right of a person to restitution from another because of a benefit received is terminated or diminished if, after the receipt of the benefit, circumstances have so changed that it would be inequitable to require the other to make full restitution.

Change of circumstances may be a defense or a partial defence if the conduct of the recipient was not tortious and he was no more at fault for his receipt, retention or dealing with the subject matter than was the claimant.

Change of circumstances is not a defense if the conduct of the recipient in obtaining, retaining or dealing with the subject matter was tortious, or the change occurred after the recipient had knowledge of the facts entitling the other to restitution and had an opportunity to make restitution."

11. It must not surprise that the defence of change of position was introduced in American law in such an early stage (1937) as the Restatement provides a prohibition of unjust enrichment with a general scope. As considered before, a close link exists between the general scope of the prohibition of unjust enrichment and the recognition of the defence of change of position in order to protect the defendant (cf. *supra*, nr. 8).

Other common law systems, such as Canada²³, Australia²⁴ on New Zealand²⁵, provide for the same defence. This appears also to be the solution in Scottish law, which is to be considered as a mixed legal system.²⁶

²¹ L. GOFF and G. JONES, *o.c.*, 822; cf. A. BURROWS, *o.c.*, 426; G.K. SCOTT, "Restitution from an innocent transferee who is not a purchaser for value", *Harv. L.R.* 1949, 1013-1014.

²² RBC Dominion Pty Ltd v. Commonwealth Bank of Australia [1992] 175 C.L.R. 353. Cf. before: *Rural Municipality of Storbakers v. Mobil Oil Canada Ltd.* [1975] 55 D.L.R. (3rd), (1) 13.

²³ David Securities Pty Ltd v. Commonwealth Bank of Australia [1992] 175 C.L.R. (353) 385.

²⁴ *Waltamata Power board v. King Builders Ltd.* [1992] N.Z.L.R. 357.

3. German law

12. In the German law, the *Bürgerliches Gesetzbuch* introduces an enrichment claim (*ungerechtfertigter Bereicherung*) with a general scope: "Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstigen Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet." (§812 B.G.B.). If it is impossible to undo the enrichment by *restitutio in natura*, restitution must in principle be made by paying an equivalent amount of money. An important exception on that starting point is to be found in the defence of *'Wegfall der Bereicherung'*. The key provision in that respect is contained in §818, III BGB, which provides as follows: "Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist."²⁶ The recipient is protected against any diminution of his wealth which is causally linked to the enrichment. Thus, the risk of loss or deterioration of the enrichment which is in the possession of the defendant has to be borne by the plaintiff.

13. German Courts and scholars have not been able to draw a clear line on the question which legal principle is underlying the defence of change of position. The debate on this issue is very similar on the likewise debate between English scholars (cf. supra, nr. 9).

According to a first approach, which is followed by the *Bundesgerichtshof*, this defence embodies the overriding principle of the law of unjust enrichment that the obligations of a person liable by enrichment must on no account lead to a reduction in his wealth which exceeds the extent of the enrichment. The recipient may not be placed in a worse position after the restitution than the situation he would be in if he had not received the enrichment. Formerly, this idea was merely justified by the idea of equity. Now, emphasis is more put on the protection of the legal certainty of the acquirer of assets in his reliance on the maintenance of the enrichment. If the recipient can lawfully believe that the value received belongs to him, he is entitled to commit all acts he believes are suitable, without having to fear that he will be charged with an obligation to make restitution. This view entails that all circumstances which trigger loss of enrichment and which are causally connected to the enrichment, can establish the defence of change of position.²⁷

²⁵ M.A. HOGG, *Lowlands to low country: Perspectives on the Scottish and Dutch law of unjustified enrichment*, in *the Common Law Lectures on European Private Law*, 2001, 12.

²⁶ For a profound analysis of this provision: A. FLESSNER, *Wegfall der Bereicherung, Rechtsvergleichung und Kritik*, in *Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, Berlin - Tübingen, 1970, 4-35; K. LARENZ and C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des schuldrechts*, München, Beck, 1994, 294-306; P.-A. LANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Verlag C.H. Beck, 1999, 933-936; B. RENGIER, "Wegfall der Bereicherung", *AcP* 1977, 418-451.

²⁷ B.G.H. 17 June 1992, *B.G.H.Z.* 118 (383) 386; B.G.H. 19 January 1951, *B.G.H.Z.* 1, (75) 81 and *N.J.W.* 1951, 270; R.G. 30 October 1942, *R.G.Z.* 170 (65) 67; R.G. 15 February 1923, *R.G.Z.* 106, (4) 7.

Others, amongst which authoritative legal scholars, emphasise that this defence is restricted to the protection of the reliance on behalf of the recipient. So, according to this view, mere causality between the acquisition and the loss of the enrichment is not sufficient. Only events triggering loss of enrichment which are founded in the reliance of the defendant on the maintenance of the enrichment, can found change of position.²⁸

We shall see in analysing the requirements for change of position that the debate on the leading principle founding change of position is not merely of theoretical importance, but has a major impact on the scope and limits of this defence (*infra*, nr. 36-38).

4. Dutch law

14. The development of Dutch law on the issue of the protection of the enriched person is most revealing, as Dutch law has moved from a position which was very similar to the current French approach to the current English and German point of view.

Initially, under the old Civil code, the amount of the enrichment was principally not to be established at the moment of the enrichment itself, but at the moment of the exercise of the enrichment claim. For instance, Bregstein, who was one of the leading scholars, wrote in his Ph. D. in 1927 that the continuation of the enrichment until the moment of the exercise of the action in unjust enrichment was required.²⁹ This rule is very generous towards the defendant.

But the views in Dutch law on this issue gradually changed under the influence of German law. The case law of the Supreme Dutch Court developed the view that in principle restitution has to be made of the full value transferred from the claimant to the defendant. But, by way of exception, the Dutch Supreme Court admitted that the scope of the enrichment claim had to be reduced if the recipient had diminished the enrichment in the legitimate expectation that he could retain the enrichment.³⁰

The new Dutch Civil code of 1992, which introduces a general enrichment claim in Dutch law³¹, seals this development. In principle, the scope of the restitutionary claim must be determined at the moment of the unjust transfer of value. The Dutch Civil Code thus also grants by principle the 'value received'. But art. 6:212, third paragraph provides an exception to this principle: "If the enrichment diminishes in a period in which [the recipient] did not in reasonableness had to consider the duty to make restitution, then this loss of enrichment can not be attributed to the latter. The amount of the enrichment claim must be determined with consideration of the expenses which the defendant would not have in-

²⁸ K. LARENZ and C.W. CANARIS, *o.c.*, p. 296, §73; PALANDT, *o.c.*, p. 933, nr. 30.

²⁹ M.H. BREGSTEIN, *Ongerechtigde verrijking en verrijking*, Amsterdam, 1927, 194.

³⁰ H.R. 5 November 1982, *N.J.* 1984, nr. 125, concl. Adv. Gen. Franx with note C.J.H.B.

³¹ Under the old law, the Dutch Supreme Court (*Hoge Raad*) denied the general scope of the prohibition of unjust enrichment: see H.R. 30 January 1959, *N.J.* 1959, 548.

curred if the enrichment had not occurred." It follows that the Dutch civil Code makes a distinction between two categories of circumstances which are capable of inducing change of position: the loss or reduction of the object of the enrichment itself on the one hand or the increase of the expenses related to the enrichment on the other hand. These two categories of loss of enrichment will be discussed *infra*, nr. 22 and further.

5. European law

15. In conclusion of this comparative overview, some brief remarks must be addressed in relation to the case law of the European Court of Justice. It is obvious that the latest years the development of a European private law, also European case law, gradually more infringes in the private law of the Member States. This conclusion is also valid for the law of unjust enrichment. It can, by way of example, be referred to the recent *Courage v. Crehan* case, in which the Court affirmed that Community law does not prevent national courts from taking measures to ensure that the protection of the rights guaranteed by Community law does not entail the unjust enrichment of those who enjoy them.³²

16. The Court also ruled on the possibility to defeat an unjust enrichment claim by change of position. This is of main importance in the field of the subsidies which have been paid out by national authorities in contravention of Community law. Two contrary principles must be balanced in order to ascertain the possibility to plead change of position: on the one hand the effectiveness of community law requires that the State aid can be recovered in order to prevent that the recipient can maintain a competitive advantage within the free European market. On the other hand the European Court of Justice recognised that the principles of legal certainty and protection of legitimate expectations are general principles of European Community Law which must be respected by both the Community law and the national authorities: Is it reconcilable with European Community law to plead change of position against the claim aiming to restitution of State aid?

The case law of the European Court of Justice fairly balances the public interest of legality against the private interest in legal certainty. For instance, in the *Oelmühle* case, the European Court of Justice ruled as follows³³:

³² C.J. nr. C-453/99, *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Coban v Courage Ltd and Other*, [2001] I-06297, par. 39: "In certain cases the claimant, even if in a weaker bargaining position, may have obtained benefits from the unlawful provisions of the agreement, and, to avoid unjust enrichment and the imposition of penal damages on the defendant, such benefits should in principle be taken into account in the assessment of damages. The precise quantification of the damages is, of course, a matter for national courts."

³³ C.J. nr. C-298/96, *Oelmühle Hamburg AG (et al.) v. Bundesrat für Landwirtschaft und Ernährung* [1998] E.C.R. I-4767. In the same sense: C.J. C-249/95, *Land Rheinland Pfalz v. Alcan Deutschland GmbH*, [1997] E.C.R. I-1591.

"Community law does not in principle preclude national legislation from allowing recovery of unduly paid Community subsidies to be barred, on the basis of criteria such as loss of the enrichment, where (1) the recipient of the subsidy has already, at the time when it was granted, passed on the pecuniary advantage resulting from it by paying the producer the target price prescribed by Community law and (2) any right or recourse against his suppliers is worthless. That presupposes however: (1) that the good faith of the recipient has first been established, and (2) that the conditions prescribed are the same as those which apply with respect to the recovery of purely national financial benefits."

17. The same conclusion is drawn if the impoverished person has, in reliance on the lawfulness of his payments, laid off the payment on his clients. If, for instance, a private merchant who has paid contributions to a public institution, has laid off these payments on his clients by adapting the billing, it is ruled to be not irreconcilable with European Community Law to preclude restitution: "Accordingly, a Member State may resist repayment to the trader of a charge levied in breach of Community law only where it is established that the charge has been borne in its entirety by someone other than the trader and that reimbursement of the latter would constitute unjust enrichment."³⁴ The defence of change of position apparently has also to be assessed as far as the impoverishment is concerned.

6. Conclusion: some critical observations on the French system

18. Overviewing the developments described and the solutions which were analysed, it follows that all the legal systems which were discussed provide for a protection of the legitimate expectations of the recipient who changed his position in reliance on the permanence of the enrichment. Flessner has adopted a similar conclusion: "Die Untersuchung der ausländischen Rechte hat ergeben, daß es durchaus Situationen gibt, in denen international übereinstimmend eine Tendenz zur Entlastung des Berechtigten besteht."³⁵ But the manner in which this protection is provided, differs in these legal systems. In French law, the recipient is protected by the rule that the scope of the enrichment claim must be ascertained at the moment that the enrichment claim is exercised. The protection is provided by the nature of the enrichment claim which is a value claim. In the other countries, the measure of the enrichment claim in principle does not depend upon the maintenance of the enrichment in the hands of the recipient. But by way of exception, the change of position defence can defeat or diminish the enrichment claim if all requirements for this defence are fulfilled.

³⁴ C.J. nr. C-192/95, *Comateb v. Directeur Général des Douanes et Droits indirects*, [1997] E.C.R. I-165.

³⁵ A. FLESSNER, *o.c.*, 92; see also K. ZWEIFERT on H. KÖTZ, *Introduction to comparative law*, Oxford, 1998, 583.

19. It also emerges from the comparative overview that the latter approach has developed to the majority approach. A clear illustration of this conclusion can be found in Dutch law, which has gradually moved from the French approach to the German approach (cf. supra, nr. 14). When looking at the balance of the two interests which are involved, e.g. the possibility of recovery for the claimant and the protection of security of receipt by the defendant, the majority system must be approved. On the one hand, the French system risks to overprotect the defendant and on the other hand, it does not fully protect the security of receipt by the recipient.

It overprotects the defendant in so far that the French system does not allow to make a distinction between the recipient in good faith and the recipient in bad faith. As the protection is inherent to the nature of the enrichment claim, all recipients are protected if they have dissipated the object of the enrichment at the time of the exercise of the claim, whatever may be there (good or bad) faith.³⁶ In a certain sense, the French system is encouraging the recipient in bad faith to dissipate the object of the enrichment, as this would discharge him from his obligation to make restitution. Such approach not only creates a harmful position from an economic point of view, but can moreover hardly be analysed as a fair balance between the interests which are involved.

On the other hand the French system does not sufficiently protect the recipient in good faith because it only allows to take into account the loss of the object of the enrichment itself. Other circumstances, such as the incurring of expenses in reliance on the enrichment, can not result in the diminishment of the enrichment claim. If, for instance, the defendant has effected a cruise on the Mediterranean in reliance on his enrichment, this can not discharge him from his obligation to make restitution. In conclusion, the protection provided by the French system is incomplete.

20. Apart from the deficiencies in the balance of the interests involved, the French solution on change of position is not coherent with other elements of the French system of unjust enrichment.

First of all, it is acknowledged in French law that the primary obligation in order to undo the enrichment is to make restitution of the object which constitutes the enrichment *'in natura'*. Only if the object of the enrichment is no longer identifiable in the hands of the recipient, the latter can give compensation by making restitution of its value.³⁷ This primarily

³⁶ It is admitted by French legal scholars that the bad faith recipients can not be precluded from the defence of change of position: C. BEUDANT, *Cours*, IXbis, p. 373, nr. 1759. In Belgian law: R.P.D.B., v° *Quasi-contract*, nr. 133.

³⁷ R. DEMOGUE, *Traité*, III, p. 283, nr. 173; *Rép. civ. Dalloz*, v° *Enrichissement sans cause*, p. 24, nr. 239. In Belgian law: H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 46. We can also refer to art. 1379 Code civil: "If the thing unjustly received is really or corporally personally, the who received it is obliged to make restitution in kind, or of its value, if it has perished or deteriorated through his fault [...]". This provision is dealing with undue payment, which is traditionally considered as a legal application of the general prohibition of unjust enrichment.

of the restitution in kind is irreconcilable with the qualification of the obligation as *'dette de valeur'*, which by definition always concerns money. Therefore, it is legitimate to question whether the nature of the unjust enrichment claim is, also in French law, really that of a *'dette de valeur'* rather than a restitutionary claim. It is feasible to see the enrichment claim as a personal restitutionary claim in the same way as in the common law, Germany and the Netherlands.³⁸

Secondly, and more important, the system of change of position is honoured in French law in the provisions on undue payment. We can refer to the legal provisions on undue payment, which are inserted in art. 1376-1381 of the French Civil Code. According to art. 1376, the recipient must make in principle restitution of the object of the enrichment, but some exceptions are provided in the Code civil in order to protect the recipient in good faith.

- If the object of the payment has perished or deteriorated through the fault of the recipient, the latter is obliged to make restitution of its value (art. 1379 C.C.). It is inferred from this provision that the good faith recipient is discharged from his obligation if the dissipation of deterioration is due to circumstances which are not attributable to him.³⁹

- If the recipient in good faith has sold the object of the payment to a third party at the moment that the solvens claims restitution, the former must make restitution of the lowest amount between the market value of the object and the proceeds of the sale (art. 1380 C.C.). This provision aims to protect the recipient who sold the object of the undue payment below its market value, in good faith that he was entitled to that asset. If he made a gift of that asset in favour of a third party, the *bona fide* recipient is discharged from his obligation to make restitution.⁴⁰

- Expenses which are incurred in relation to the payment must be reimbursed, both for the recipient in good faith and the recipient in bad faith (art. 1381 C.C.).

These legal provisions are important as undue payment is, according to French law, mostly considered as an application of the more general theory of unjust enrichment.⁴¹ And moreover it is the most important application which is expressly governed by the civil Code. So, French statute also gives support for the approach which is based on the principle that unjust enrichment claims are restitutionary claims rather than value claims.

³⁸ See my contribution, "Ongerechvaardigde verkrijging en gewijzigde omstandigheden", *Tijdschr. voor Privaatr.* 2002, p. 589, nr. 6.

³⁹ C. AUBRY on C. RAU, *Cours de droit civil française*, VI, p. 315, §442; G. BAUDRY-LACANTINIERE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, 1908, XV, p. 489, nr. 2843; C. DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, Brussels, 1882, XV, nr. 366; F. LAURENT, *Principes*, XX, nr. 376, *Dissertation*; R. DEMOGUE, *Traité*, III, p. 180, nr. 117.

⁴⁰ G. BAUDRY-LACANTINIERE, *Traité*, XV, nr. 2844; R. DEMOGUE, *Traité*, III, p. 182, nr. 118; C. DEMOLOMBE, *Cours*, XV, p. 337, nr. 401; M. PLANIOL on G. RIPERT, *Traité pratique*, nr. 746.

⁴¹ C. BEUDANT, *Cours*, III, nr. 1729; R. DEMOGUE, *Traité*, III, nr. 84-85; M. PLANIOL on G. RIPERT, *Traité pratique*, VII, nr. 719. Also: H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 28A.

21. In conclusion, the opinion which acknowledges that the enrichment claim is a personal restitutionary claim which however protects the recipient by recognising the defence of change takes a core position in the development of a European private law principle of unjust enrichment. For this reason, the second part of this contribution will focus on the content, scope and requirements of the defence of change of position, and thus try to extract the common core of this defence with the perspective of harmonising the law of unjust enrichment.

C. Scope of the defence of change of position

1. Loss of the value of the enrichment

22. A first requirement for the defence of change of position is of course that the defendant has been confronted to a loss of the enrichment. What amounts to a cessation or loss of enrichment? Two categories of circumstances can effect the loss of the enrichment on behalf of the recipient: an objective erasure and subjective erasure must be distinguished.

Objective erasure of the enrichment

23. Unjust enrichment encounters the assertion that the defendant is still enriched at the time of the action. There is no discussion on this requirement when there is an objectively ascertainable diminution in the wealth of the recipient.

Subjective erasure of the enrichment

24. Discussion is becoming more complicated if the value of the enrichment has objectively not disappeared from the estate of the defendant, but the latter pleads subjective erasure of his enrichment. Even if the wealth of the defendant has from an objective point of view not decreased, some legal systems accept under certain circumstances the defence of change of position, this is the so-called subjective erasure of enrichment: "It appears that change of position can operate in a manner similar to subjective devaluation, so as to enable a defendant who has utilized an enrichment received to reconsider whether he is still enriched at the time of action."⁴² The argument, broadly, is that the defendant is allowed to allege that he attaches no value to what ostensibly looks like an enrichment received by him, so as to rebut the claim in unjust enrichment. Consistently, it should therefore be accepted that there is a subjective change of position if, in reliance to an enrichment, he in-

⁴² R. NOLAN, *loc. cit.*, 143.

cur's expenditure which he would not have made if he had known that he was not entitled to the enrichment.

A typical example of a subjective erasure of the enrichment is the situation in which the defendant has bought luxury assets which he would not have bought if the enrichment had not occurred.⁴³ That can be illustrated by the facts underlying the Canadian case *RBC Dominion Securities Inc. v. Dawson*.⁴⁴ Rosemary Dawson, the defendant, received an overpayment of dividends in respect of certain shareholdings. She double-checked the payment with the plaintiffs, but she was informed that the payment had been effected in a correct manner. In reliance on these dividend payments, she sold some old furniture and bought some new, more expensive one. Eventually, the corporation discovered its error and claimed restitution in respect of the overpayments. Although the value of the enrichment was still represented in the wealth of the defendant (e.g. in the new furniture), the Court of Appeal awarded the defence of change of position: "Of course, Rosemary Dawson has been enriched. That is not at issue. The question is should she now be called on to return the money. The mere fact that she continues to benefit from the money does not defeat the defence of change of circumstances." This judgement can be explained through the concept of a subjective devaluation of the enrichment: Ms. Dawson alleged that she was no longer enriched to the full extent of her receipt. She could make this allegation because, if she had known of the true state of affairs, she would not have bought the new furniture. The new furniture is, from a subjective point of view, only valuable to her on the assumption that her overall wealth has increased, an assumption which has turned out to be ill-founded.

25. This subjective erasure as foundation for the defence of change of position is however rebutted by most of the continental legal systems. In France, the Netherlands and Belgium, the enrichment is determined in an objective way, which means by an objective assessment of the value transferred by the claimant to the defendant, so by the objective increase of the estate of the defendant. The question whether this 'objective' enrichment still contributes to the subjective value of the estate, does not come into play.⁴⁵

In German law, a debate is going on on the possibility to take into account subjective elements into the evaluation of the restitutionary claim. Traditionally, German case law and scholars define the enrichment requirement in a strictly objective way. However, more recently, it finalise has been argued amongst others by LARENZ that a subjective approach of the enrichment requirement would contribute to a more balanced application of the enrichment claim. But this development has not been completed in German law. So at this

⁴³ R. NOLAN, *loc. cit.*, 138; in German law: PALANDT, *o.c.*, p. 934, nr. 35.

⁴⁴ [1994] D.L.R. (4th) 230.

⁴⁵ In French law: M. PLANIOL on G. RIPERT, *Traité pratique*, VII, nr. 753; A. ROUAST, *loc. cit.*, 52-53, nr. 10. In Belgian law: H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 37.

point, German law is still starting from an objective definition of the concept of enrichment.

26. As change of position is a defence, it is up to the defendant to prove the erasure.⁴⁶ However, it must be analysed that English case law accepts this proof in a very flexible way. For instance, in the case *Philip Collins Ltd. v. Davis*, it was judged as follows: "I am unable to find that any particular item of expenditure was directly referable to the overpayments of royalties. Their evidence was simply too vague and unspecific to justify such a finding. On the other hand, in the particular circumstances of the instant case the absence of such a finding is not, in my judgement, fatal to the defence of the change of position. Given that the approach of the defendants to their respective financial affairs was essentially, to gear their outgoings to their income from time to time (usually, it would seem, spending somewhat more than they received), and bearing in mind that the instant case involves not a single overpayment but a series of overpayments at periodic intervals over some six years, it is in my judgement open to the court to find, and I do find, that the overpayments caused a general change of position by the defendants in that they increased their level of outgoing by reference to the sums so paid."

2. Causal link with the enrichment

27. Not any detrimental evolution in the wealth of the defendant can found the defence of change of position. It is required that the erasure is causally related to the receipt of value originating from the plaintiff. In other words, the initial enrichment must be the cause of the subsequent erasure. What is the content of that causal relationship?

28. At the very least, a 'but for' relationship must be shown: if the enrichment had not occurred the erasure of the defendant would not have occurred neither. There is no weaker causal link. If the defendant asserts that his change of position is caused by event A, he has to prove that this event would not have occurred if the enrichment had not occurred. If it would, then no causal link exists between the enrichment and the detrimental event. If the event would not have occurred neither, than the detrimental event can found a change of position.

29. Analysing the directness of the causal connection between the change of position and the enrichment, two different forms of change of position are causally linked to the fact of the enrichment itself.

⁴⁶ P. BIRKS, *o.c.* 410; H. COHEN, *l.c.*, 1347; A. FLESSNER, *o.c.*, 22; K. LARENZ and C.W. CANARIS, *o.c.*, 297; L. GÖFF and G. JONES, *o.c.*, 827; *Restatement of Restitution*, §142, comment g.

30. A first category of events triggering change of position is based on the so-called 'asset-based causal link'. This expresses that the object of the enrichment itself has disappeared out of the hands of the defendant without having been replaced by an asset representing the value of the original enrichment. The erasure can be caused by factual circumstances (for instance: the object of the enrichment is consumed, destroyed, dissipated, misplaced or deteriorated; economic devaluation due to unfavourable market developments, etc.) or to legal acts (such as the gift of the object of the enrichment to a third person, bad investment of the unduly paid money, sale below the market value, forfeiture of the object of the enrichment, etc.). Even a mere economic loss of value, must not be borne by the recipient.⁴⁷

The question whether the event triggering change of position is attributable to the recipient, is of no importance as to the application of change of position. The recipient was, as one must assume according to the third requirement for this defence (cf. *infra*, nr. 33 and further), in good faith so that he could exercise all powers which follow from a proprietary position. Hence, the gift or destruction of the object of the enrichment can not be qualified as a 'wrongful act'.⁴⁸

Loss of the enrichment can only defeat or diminish the enrichment claim if the object of the enrichment has disappeared from the estate of the defendant without any economic return. If a countervalue has replaced the object of the enrichment, there is of course no change of position as the value of the enrichment is still represented in another asset. The same reasoning is valid if the recipient used the value of the plaintiff's asset to pay a personal debt. In that case, a 'negative' enrichment persists, e.g. the discharge from a personal obligation.⁴⁹ As it appears, it can become necessary to trace the value of the original asset of the enrichment through one or more substitutions in order to assert whether change of position has occurred in the defendant's hands.

It is a mistake to argue that the loss of the object of the enrichment necessarily entails a change of position. For instance, the consumption of the object of the enrichment by the defendant can not always be identified with change of position. If the recipient had made the same acts of consumption being not enriched, then there is no causal link between the enrichment and the erasure.⁵⁰ The erasure would have occurred anyway, so that the defendant will be liable for restitution of the full value of the assets unduly received.

⁴⁷ *Chesse v. Thomas* [1994] 1 All. E.R. 35 and *LQR*, 1994, 173, noot M. CHEN WISHART, R. NOLAN, *l.c.*, 159. In German law: R.G. 4 October 1926, R.G.Z. 114, (342) 344 (decrease of value due to currency inflation).

⁴⁸ R. NOLAN, *l.c.*, 158; comp. G. VIRGO, *o.c.*, 722.

⁴⁹ In American law: *Restatement of Restitution*, §142, illustration 6. In English law: P. KEY, *l.c.*, 516; G. VIRGO, *o.c.*, 724. In German law: B.G.H. 17 June 1992, B.G.H.Z. 118, (383) 386. In Swiss law: L.O. GILLIARD, *La disparition de l'enrichissement*, Lausanne, Presses centrales Lausanne, 1985, 75.

⁵⁰ VIRGO expresses this requirement with the qualification that the enrichment must be "extraordinary" (G. VIRGO, *o.c.*, 714). This expression can mistakenly be interpreted as a quantitative requirement.

31. A second category of events prompting change of position, are the events in which the object of the enrichment remains intact, but nevertheless the value of the enrichment is lost in the hands of the defendant. The defendant can commit acts which are attendant upon the enrichment and which effect a diminution of the defendant's wealth, without being materially related to the object of the enrichment. For instance: the enrichment entails a change in the recipient's pattern of consumption⁵¹ the recipient incurs expenditures which he would not have occurred if he had not been enriched⁵², or the recipient incurs expenses in the acquisition of the enrichment. To give a comprehensive examples: the recipient makes a trip around the world in reliance on a payment of 5000€ which was effected in his favour and which he double-checked. After returning back home, he finds a letter in his letter box addressed by the banking institution in which the latter claims restitution of its 5000€.

Another example occurs when A wrongfully believes to be the debtor of the debt owed by B to C. A makes a payment to C, but claims restitution of this undue payment at the moment that A can no longer sue B because of the prescription of that claim. German case law acknowledges that the restitutionary claim must be reduced with the value of the claim which was prescribed.⁵³ This is confirmed by the French and Belgian law: art. 1377, second paragraph Civil Code provides that the recipient of an undue payment can not be sued to make restitution of the undue payment if he has meanwhile destroyed his title in good faith. The Belgian *Cour de Cassation/Hof van Cassatie* ruled that this provision must be extended to the situation in which the action against the real debtor has prescribed.⁵⁴ Scottish Courts recently gave an extensive interpretation of this category in the case *Scottish Equitable*: the Court even granted change of position if the defendant voluntarily abandoned profits which could be expected in reliance to the enrichment.⁵⁵

32. A difficulty arising in relation to this requirement is the question whether there is a sufficient causal link between the change of position and the enrichment in the case of a change of position preceding the unjust enrichment. In other words: can anticipatory change of position defeat or diminish a restitutionary claim? For instance: an employer receives the annual account of the company and, analysing this account, he decrees that the

⁵¹ For instance in German law: R.G. 11 June 1909, R.G.Z. 72, (1) 4; R.G. 13 April 1908, R.G.Z. 68, (269) 270. In English law: P. KEY, *l.c.*, 516.

⁵² For instance: maintenance costs of the object of the enrichment, if they were useful (B.G.H. 12 December 1997, N.J.W. 1998, 896; B.G.H. 11 January 1980, N.J.W. 1980, 1789) or taxes paid upon the object of the enrichment (R.G. 30 October 1942, R.G.Z. 170, (65) 67. Other examples: taxed based in respect with the object of the enrichment, insurance premiums paid to protect the asset which is subject to restitution, etc.

⁵³ B.G.H. 16 December 1957, B.G.H.Z. 26, (186) 195; A. FLESSNER, *o.c.*, 19. In Swiss law: L.O. GILLIARD, *o.c.*, 90.

⁵⁴ Cass. 22 January 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, nr. 314, R.W. 1988-89, note E. DIRIX en J.T. 1989, 578, note E. FELTEN

⁵⁵ *Scottish Equitable Plc v. Derby* [2000] 3 All. E.R. 793.

employees are entitled to a premium of 10,000 €. One of the employees, in reliance on this declaration, makes a gift to a charity of 7000 €. Afterwards the bonus is effectively received, but later on withdrawn. Can the employee plead the defence of change of position? The American Restatement of restitution excludes anticipatory change of position as defence (see the text *supra*, nr. 10). In England⁵⁶ and Germany however, most scholars rightfully assume the contrary position: if the other requirements for change of position are fulfilled, then there is no obstruction to admit change of position which precedes the enrichment.

3. Good faith of the recipient

33. The American Restatement of Restitution excludes the possibility to plead change of position if "the recipient was tortuous in obtaining, retaining or dealing with the subject matter or the change occurred after the recipient had knowledge of the facts entitling the other to restitution and had an opportunity to make restitution" (section 69, third paragraph). Lord Goff distinguishes in *Lipkin Gorman* two categories of defendants which are precluded from the defence: 1) the recipient in bad faith and 2) the wrongdoer.⁵⁷ As a wrongdoer is necessarily in bad faith, it should be sufficient that this third category excludes recipients in bad faith from pleading change of position. It must be clear that the recipient who dissipates the value which he received with knowledge of the facts entitling the plaintiff to restitution, he can not appeal to this defence in order to defeat or reduce the restitutionary claim.

Good faith is presumed.⁵⁸ The plaintiff who argues bad faith of the recipient has to demonstrate that the latter (should have) had knowledge of the lack of *intra causa* for the enrichment in order to preclude him from the defence of change of position. The good faith of the recipient must be determined at the moment of the change of position (*Mala fides superveniens non nocet*). If he was in good faith at the moment that he changed his position, than the fact that he later got knowledge of the unjust nature of the enrichment can not burden him. This requirement is settled law, also if the event which caused the change of position is not attributable to the recipient.⁵⁹

⁵⁶ In English law: L. GOFF and G. JONES, *o.c.*, 822-824; M. JEWELL, *l.c.*, 8 *cv.*; P. KEY, *l.c.*, 513; R. NOLAN, *l.c.*, 166; G. VIRGO, *o.c.*, 719. See however the contrary position of CLARKE J. in *South Tyrol v. Svenska International Plc* [1995] 1 All. E.R. (545) 555d: "In a case of this kind, save perhaps in exceptional circumstances, the defence of change of position is in principle confined to changes which take place after receipt of the money."

⁵⁷ *Lipkin Gorman v. Karpmale* [1991] A.C. (548) 580C.
⁵⁸ R. NOLAN, *l.c.*, 158.

⁵⁹ M. JEWELL, *l.c.*, 18-19.

34. What is the content of the requirement of 'good faith' in the area of restitution? Mere doubt of the debtor on the lawfulness of his enrichment is not sufficient to preclude him from the defence of change of position.⁶⁰ Where can the borderline be drawn between a recipient in good faith and a recipient in bad faith? The question is whether constructive knowledge of the obligation to make restitution is sufficient to preclude the defendant from pleading change of position, or whether actual knowledge is required. Analysing this problem in a comparative perspective, it turns out that the majority opinion in English law disagrees with the major approach of German law.

English law assumes that constructive knowledge of the unlawfulness of the enrichment is sufficient to preclude the defendant from pleading defence of change of position.⁶¹ If, for instance, the defendant receives a payment of an enormous amount which he can not reasonably believe that he is entitled to, and he hurries to dissipate this money before being informed that he has to make restitution of this payment, he can not defeat the restitutionary claim. However, constructive knowledge can in some circumstances be excluded because of the circumstances. For instance, if bankruptcy proceedings are being conducted, and the trustee makes a distribution to one of the creditors, this creditor has no obligation to investigate whether he is effectively entitled to this payment. This results from the specific 'neutral' capacity of the trustee, who acts in the common interest of both the debtor and his creditors.

In German law, as it is generally interpreted, constructive knowledge is not sufficient in order to trigger the increased liability, e.g. to deny the defendant from appealing to the defence of change of position. That is inferred from §819 B.G.B. which only increases the liability of the defendant if he has actual knowledge of the unlawfulness of the transfer of assets, not if he has mere constructive knowledge.⁶²

35. Applying this requirement, the recipient can not be deemed to be in good faith anymore from the moment that the action tending to restitution of the unjust enrichment is pending at law. If an erasure takes place after the introduction of the restitutionary claim, change of position will remain inapplicable.⁶³ This is expressly defined in §818 IV of the

⁶⁰ PALANDT, *o.c.*, §819, nr. 2. See however R. NOLAN, *l.c.*, 155: "If the defendant has knowledge of a claim to restitution, or knows that there might be a claim for restitution made against him, but never the less he is entitled to resist it, it is perhaps right to require him to refrain from taking action in reliance on the enrichment, save at his own peril; therefore, as a matter of prudence, he should not deploy his wealth in reliance to his enrichment, for if he does so, he will act at his own risk."

⁶¹ The *obiter dictum* of CLARK J in *South Tyneside v. Svenska International* [1995] 1 All E.R. (545) 569; P. BIRKS, "Overview...", *l.c.*, 325; P. KEY, *l.c.*, 514; R. NOLAN, *l.c.*, 158; Comp. L. GÖFF on G. JONES, that he should make restitution of the value of the benefit conferred, should be allowed, in an appropriate case, to invoke the defence of change of position. He has not acted with a want of probity."

⁶² R.G. 3 June 1906, R.G.Z. 72, (152) 155; M. JEWELL, *l.c.*, 24; *MünchKommBürgerl. III*, p. 1098, §819, nr. 1; PALANDT, *o.c.*, §819, nr. 2. See however O.L.G. Hamm 27 mei 1977, NJW 1977, 1824

⁶³ In English law: P. BIRKS, "Overview...", *l.c.*, 325. In Belgian law: H. DE PAGE, *Traité*, III, p. 29, vn. 2.

German *Bürgerliches Gesetzbuch*, which provides that "Von dem Eintritt der Rechtsfähigkeit an hat der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften." Even if the defendant mistakenly believes that the claim will not succeed and that he is able to resist, he must nevertheless refrain from taking action in reliance on his enrichment. If he does not and diminishes his enrichment, he does so at his own risk.

4. Reliance of the recipient on the enrichment as requirement for change of position?

36. It is doubtful whether the erasure of the enrichment must have taken place in reliance on the enrichment in order to apply the change of position defence. Is it necessary that the event which caused the change of position was committed by the defendant in reliance on the enrichment? This question is of huge importance as to determine the role of the defence of change of position if the enrichment is erased through accidental destruction? For instance, some cows are delivered by A to B. Afterwards, A becomes aware that he did not owe any cows to B and claims restitution. Meanwhile, one of these cows delivered by A turned out to have spread an infectious disease amongst the other cows owned by B.⁶⁴ The detriment caused to B is causally connected to the enrichment received by B (the other cows would not have been affected if A had not delivered his cows), but is in no way caused by the fact that B relied on his enrichment. An accidental erasure of the enrichment also occurs if the dog which was delivered without legal ground, chews up a valuable carpet belonging to the defendant. Can the defendant argue to be discharged from his restitutionary obligation as the dog has caused a decrease in his wealth?

37. In both German and English law, it is the subject of legal debate whether reliance in the maintenance of the enrichment on behalf of the recipient can be considered as a separate requirement for the defence of change of position. This debate is related to the more theoretical question of the theoretic foundation of change of position.

In England, the majority opinion assumes that the defendant whose enrichment was erased through accidental destruction would, *prima facie*, be entitled to rebut the restitutionary claim by the defence of change of position.⁶⁵ Every event triggering change of position in a causal link to the enrichment would, according to this approach, support a defence of change of position. In German law, however, a lot of scholars defend the view that the scope of change of position must be restricted through the additional requirement of the reliance of the debtor: the consequential damage can not be deduced from the restitutionary obligation because it has not occurred due to the defendant's reliance on the permanence of

⁶⁴ L.O. GILLIARD, *o.c.*, 88; *MünchKommBürgerl. III*, p. 1081, §818, nr. 71.

⁶⁵ R. NOLAN, *l.c.*, 148-151; G. VIRGO, *o.c.*, 713.

his acquisition.⁶⁶ In contrast with the majority opinion among legal scholars, German Courts generally acknowledge the deductibility of the consequential damage.

38. Some major indications show that the large (English) approach is also prevailing in the French law of undue payment. Art. 1379 of the Civil Code provides that the recipient of an undue payment is even liable for the accidental destruction of the object of the payment, at least if he is in bad faith, that means if he knows (or should know) that the payment has no *husta causa*. If, on the contrary, the recipient is in good faith, he is discharged from his obligation to make restitution after the accidental destruction of the object of the enrichment. This allows the conclusion that the accipiens in good faith can plead change of position although the loss was not due to his reliance on the validity of the payment.⁶⁷

D. Scope of the defence of change of position

39. Change of position is traditionally said to rebut or diminish all claims which are founded in the prohibition of unjust enrichment.⁶⁸ Can change of position be applied merely in unilateral restitutionary obligations or is it possible to plead change of position in reciprocal restitutionary obligations? We can indicate the practical implications of the question by the following example: a sales agreement is closed between A and B. A sells a car and B pays a purchase price of 10,000€. After both parties performed their obligations, the agreement is declared void, and parties are charged with the obligation to restore the reciprocal situation as if no agreement had been closed. So, A can claim repayment of 10,000€ and B can claim restitution of the car. But what if the car is destroyed in an accident? Normally A can claim restitution of an equivalent value of the car, as restitution in natura has become impossible. But can B plead change of position if he was in good faith on the ground of voidness of the agreement? Two different theories have been developed in German law.

A first approach is the '*Saldotheorie*'. It takes as starting point that the reciprocal restitutionary obligations must not be considered in an isolate way, but must be linked one to another. Therefore, change of position can be pleaded by A, but this necessarily has an influence on the claim of B against A which will be reduced with an equal amount. So both counterclaims are set off.⁶⁹

⁶⁶ W. FLUME, "Die Entreicherungsgeschäfte und die Gefährtragung bei Rücktritt und Wandlung", *N.J.W.* 1970, (1161) 1163; L.O. GILLIARD, *o.c.*, 119.

⁶⁷ R. DEMOGUE, *Traité*, III, p. 187, nr. 123; C. DEMOLOMBE, *Cours*, XV, p. 117, nr. 390; Trib. Anwerp 4 September 1876, *J.F.A.* 1877, 237.

⁶⁸ P. BIRKS, "Overview...", *l.c.*, 325.

⁶⁹ B.G.H. 14 October 1971, *R.G.H.Z.* 57, (137) 146 and *N.J.W.* 1972, 36; M. JEWELL, *l.c.*, 32; *Mitteilener Kommentar*, III, p. 1088, §818, nr. 89 and further; E. VON CAEMMERER, "Mortuus reddibatur. Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137", in *Festschrift für Karl Lorenz*, 1973, (621) 635; For

A second approach is the '*Zweikonditionenlehre*', which sets out that the restitutionary claims must be judged separately so that the application of change of position by A will not have any influence on his counterclaim by B.⁷⁰

40. It is questioned whether change of position can protect the defendant against so-called restitutionary proprietary claims. These are proprietary claims which are founded in the principle of unjust enrichment. For instance, we can refer to the proprietary interests which are based on tracing, e.g. proprietary rights which do not concern their initial object but an asset which has replaced the initial object in the hands of the defendant and represents the value of that initial object.⁷¹ These proprietary interests based on tracing are – at least in English law – considered as founded in the principle of unjust enrichment, so that these claims should fall within the scope of change of position.⁷² This was the approach followed by Lord Goff in the *Lipkin Gorman* case: "The recognition of change of position as a defence should be doubly beneficial. It will enable a more generous approach to be taken to the recognition of the right to restitution, in the knowledge that the defence is, in appropriate cases, available; and while recognising the different functions of property at law and in equity, there may also in due course develop a more consistent approach to tracing claims, in which common defences are recognised as available to such claims, whether advanced at law or in equity."⁷³

However, Lord Millet ruled in the recent judgment *Foskett v. McKeown* of the House of Lords that "the transmission of property rights from one asset to traceable proceeds is part of the law of property, not part of the law of unjust enrichment."⁷⁴ It is doubtful whether change of position still has a role to play within those proprietary rights based on tracing after this judgment, as this judgment excludes the tracing claim from the area of unjust enrichment while change of position is restricted to the area of unjust enrichment.

E. Conclusion

41. This contribution is an attempt to explore the difficult issues arising within one partial area of one of the sources of obligations, e.g. the defence of change of position within

some critical observations: W. FLUME, "Die saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung", *AcP* 1994, 427-450.

⁷⁰ B.S. MARKESINIS, W. LORENZ and G. DANNEBMAN, *The German law of obligations. Volume I: The law of contracts and restitution: a comparative introduction*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 764.

⁷¹ Lionel Smith describes tracing as "the process of establishing that a particular asset was acquired with the value inherent in another particular asset." See his excellent book: L.D. SMITH, *The law of tracing*, Oxford, Clarendon Press, 403 p.

⁷² A. BURROWS, *o.c.*, 431; L. GOFF and G. JONES, *o.c.*, 203; R. NOLAN, *l.c.*, 182; L.D. SMITH, *Tracing*, 35; G. VIRGO, *o.c.*, 729.

⁷³ [1991] 2 A.C. (348) 581 A-B.

⁷⁴ *Foskett v. McKeown* [2000] 2 W.L.R. (1299) 1322 and *C.L.J.* 2000, (440) 442, note C. ROTHERHAM.

the field of the prohibition of unjust enrichment. The basic idea is that it would be inequitable to maintain the obligation to make restitution of the enrichment in full on behalf of the defendant who has undergone a decrease in his wealth which was causally connected to the enrichment. The protection of the defendant against loss of his enrichment has been constructed under the form of the defence of change of position.

The defence of change of position has shown to be a very tough subject where both very complex technical issues and principles of mere equity are at stake. The comparative analysis has proved once more that the manner in which these difficult issues are dealt with differ between the major legal systems. But all legal systems struggle with the same problems and raise the same questions. And this conclusion demonstrates the possibilities to open the gate to a bright European principle of unjust enrichment.



Die *enrichissement sans cause* im französischen Recht

von

Mirko Schulz

Bei den nachfolgend abgedruckten Ausführungen zur französischen *enrichissement sans cause* handelt es sich um einen Ausschnitt einer Abhandlung, die sich im weiteren Sinne mit dem französischen Äquivalent zum deutschen Bereicherungsrecht beschäftigt. Hierzu ist neben der *enrichissement sans cause* auch der Regelungsbereich der *répétition de l'indu* zu zählen. Vom Abdruck jenes Teils ist vorliegend aus Platzgründen abgesehen worden, ein Hinweis auf den Gesamtumfang der Arbeit erscheint aber nötig, um evtl. Verweise und Bezugsnahmen zu erklären.

Vorwort

Die Thematik der *enrichissement sans cause* im französischen Zivilrecht ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Aufgabenstellung hierbei ist die Darstellung des französischen Bereicherungsrechts im weiteren Sinne, wie es der *Code Civil* vorsieht und darüber hinaus durch die Rechtsprechung der französischen Zivilgerichte, insbesondere der *Cour de Cassation*, entwickelt worden ist. Gleichzeitig soll diese Darstellung in rechtsvergleichenden Ansätzen den Blick auf die Regelungen des deutschen Zivilrechts ermöglichen.

Der Gang der Arbeit soll dabei zunächst über eine Erläuterung der gesetzlich geregelten Figur der *répétition de l'indu* und die Erwähnung einzelner Sonderatbestände zur Aufklärung des rechtsfortgebildeten Grundsatzes der *enrichissement sans cause*, der *actio de in rem verso*, führen. Hier ist besonders die Entstehung und historische Veränderung bis hin zu den heute geforderten Voraussetzungen von Interesse.

Im darauffolgenden Teil soll dann der Versuch einer Analyse des Selbstverständnisses und der Bedeutung des Bereicherungsrechts im jeweiligen Rechtssystem unternommen werden. Es wird versucht, Unterschiede und Gemeinsamkeiten in den Rechtskonstruktionen und –wirkungen anhand typischer Fallbeispiele aufzuzeigen sowie Erklärungen für die unterschiedliche Ausgestaltung zu finden. Abschließen soll die Arbeit ein Ausblick auf die Chancen einer Rechtsvereinheitlichung.

Teil 2: Die Rechtsfortbildung des a. 1235 C.C. - *Enrichissement sans cause*

A. Das Defizit der Kodifikation, Ergänzungsversuche und die Geburt der Versionsklage

Die oben, insbesondere unter der Überschrift *palement* erörterten möglichen Konstellationen, in denen der *Code Civil* die *répétition de l'indu* gewährt, lassen die Frage nach einer Ausgleichsregel in anderen Fällen der Bereicherung aufkommen, wie z.B. geleistete Dienste. Für einige zwangsläufig oder bewusst nicht von der *répétition de l'indu* erfaßte Fälle

sieht der *Code Civil* wie gezeigt einige Sondertatbestände vor. Doch auch mit ihnen stellt das französische Recht keine abschließende Regelung der denkbaren Fälle dar.

In der Konsequenz dieser auch frühzeitig von der französischen Rechtswissenschaft erkannten Unzulänglichkeit und Lückenhaftigkeit der Kodifikation stellte sich die Frage nach der Notwendigkeit einer allgemeinen Regelung des Bereicherungsanspruchs. Dieses Bedürfnis ergab sich nicht zuletzt aus dem engen Leistungsverständnis der *répétition de finde*. Die Versuche, eine solche Generalklausel zu begründen, orientierten sich dabei zunächst, eng nach exegetischen Grundsätzen, an bereits im Gesetz vorhandenen Vorschriften.

Einen Ansatzpunkt dafür bildeten die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Man bemühte in der Theorie deren Regeln, um eine Rückabwicklung der Vermögensverschlebung zu ermöglichen und gelangte demnach zu einem Ergebnis, wie es heute der BGH merkwürdigerweise in der deutschen Rechtsprechung tut.¹ Das wesentliche Problem, mit dem man dabei aber in Konflikt geriet, war der auch nach französischem Recht notwendige Fremdgeschäftsführungswille.² Dieses Erfordernis ließ sich aber nur vereinbaren, so daß sich das Problem nur durch Nichtbeachtung umgehen ließ. Man bezeichnete dies in der Folge als *gestion d'affaire anormale*. Aufgrund der allen Seiten offensichtlichen Vergewaltigung der Regeln der GoA konnte sich dieser Weg der Ergänzung in der Folgezeit nicht behaupten.

Einen weiteren Ansatz zur Hilfe sahen einige in a. 1382 C.C. Diese Regel des Deliktsrechts wurde erwohnen, da das Behalten einer ungerechtfertigten Bereicherung eine unerlaubte Handlung darstellen sollte.³ Diese Ansicht sah sich ebenfalls vor einige Probleme gestellt. So waren die Rechtsgedanken der Verschuldenshaftung für unerlaubte Handlungen nur schwerlich auf die Bereicherungssituation des Gutgläubigen zu übertragen. Zwar mag vom Moment der Kenntnis der Bereicherung an Bösgläubigkeit vorliegen, doch sträubt sich das allgemeine Rechtsempfinden gegen eine grundsätzliche Gleichstellung der Deliktshaftung mit der Haftung auf Herausgabe allein durch Kenntnis. Eine Entreichnung wäre nahezu undenkbar, außerdem sündete man ratlos vor solchen Situationen, in denen die Bereicherung nicht einmal durch Handlung des vermeintlichen Delinquenten erfolgt ist.⁴ Folglich hat auch diese Konstruktion keinen Bestand gehabt.

Durchgesetzt hat sich am Ende eine von einer konkreten gesetzlichen Vorlage losgelöste Konstruktion. Im Jahre 1892 hat die französische *Cour de Cassation* einen (Dritt-) Bereicherungsfall entschieden, in dem sie einen allgemeinen, eigenständigen Bereicherungsan-

¹BGHZ 37, 238 (263); BGHZ 111, 308 (311); BGH NJW 1997, 47

²Maedaud/Chabas, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 694; Ferid, *Das französische Zivilrecht*, Rn. 2 L 30

³Malauric/Aymès, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 945; Ferid, *Das französische Zivilrecht*, Rn. 2 L 31

spruch geschaffen hat.⁵ Dieser Anspruch entsprang der grundsätzlichen Aussage des a. 1235 C.C., daß sich niemand zum Nachteil eines anderen bereichern dürfe. Leitmotiv dieser Rechtsfortbildung war dabei in einem entscheidenden Maße die Billigkeit. Man wollte ein Instrument schaffen, um einerseits den jeweiligen Bereicherungsfall unter Billigkeitssichtspunkten entscheiden zu können, zum anderen aber auch die Misere aus der Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regeln zu beseitigen. Man begründete mit dieser Generalklausel im *arrêt Boudier* ein Rechtsinstitut, das in Anlehnung an das römische Vorbild als *actio de in rem verso* bezeichnet wurde und die (Wieder-)Geburt der Versionsklage im französischen Recht bedeutete.

Die Versionsklage drückt eben diesen genannten Grundsatz aus, daß sich niemand auf Kosten eines anderen bereichern dürfe. Der Anspruch aus der *actio de in rem verso* folgt quasi immer der Inhaberschaft der Bereicherung und ist somit anwendbar sowohl im Zivil- als auch im Mehrpersonenverhältnis.

Mit diesem Urteil war die Grundlage für den neuen Bereicherungsanspruch *enrichissement sans cause* geschaffen, dessen zentrale Aussage in der Funktionsweise der Versionsklage liegt und dessen Anwendung sich zunächst durch eine extreme Weite auszeichnete.

B. Heute geltendes Recht: *Enrichissement sans cause* im engeren Sinne

Nachdem man das Institut der Versionsklage mit dem *arrêt Boudier* im Jahr 1892 zu geltendem Recht gemacht hatte, wurde der französischen Rechtswissenschaft auch sehr bald die Gefährlichkeit ihrer uneingeschränkten Weite deutlich; bedeutete dies doch im Endeffekt, daß jeder, der auf seine Kosten einem anderen etwas zugewandt hatte, die Möglichkeit eines Rückforderungsanspruchs hatte.⁶ Im Laufe der Jahre haben sich daher durch Rechtsprechung und Lehre einschränkende Konturen der *actio de in rem verso* herausgebildet, so daß sich das Rechtsinstitut *enrichissement sans cause* heute als Bereicherungsanspruch mit festen Voraussetzungen darstellt. Einige Besonderheiten liegen dabei bei Mehrpersonenverhältnissen, dem eigentlichen Wirkungsfeld der Versionsklage. Darauf wird später noch separat zurückzukommen sein.

⁵Req. 15.6.1892, D.P. 1892, I, 596

⁶Zweigieter/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, §38 III, S.549; Maedaud/Chabas, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 697

1. Anspruchsvoraussetzungen

1. Bereicherung - *Enrichissement*

Die erste Voraussetzung bildet als eine Folge der doppelten Konsequenz einer Vermögensverschiebung eine Bereicherung des Leistungsempfängers. Hier hat man nun infolge des verkürzten Leistungsbegriffs der *répétition de l'indu* bewußt den Anwendungsbereich weiter gefaßt. Tatbestandlich sind danach sowohl Leistungen i.S. eines *patiemens*, aber auch sonstige Vermögenszuwächse wie geleistete Dienste, Arbeiten, Auskünfte und andere Vorteile, die materieller wie immaterieller, intellektueller und moralischer Art sein können.¹ Nicht erforderlich ist eine Leistung oder sonstige aktive Zuwendung des vermünftlichen Anspruchsinhabers, ein Vermögenszuwachs in sonstiger Weise wird ebenfalls erfüllt. Einzige Anforderung der Rechtsprechung ist die Bemerkbarkeit in Geld, wobei aber auch hier ein recht weiter Spielraum zugestanden wird.² Entscheidend ist letztlich ein irgendwie gearteter Zuwachs im Gesamtvermögen, der auch in ersparten Aufwendungen und Ausgaben liegen kann.

Nach Inhalt und Funktion der *enrichissement sans cause* läßt sich am ehesten der Vergleich zur Kategorie der Nichtleistungskondiktion des BGB ziehen. Man beachte dabei vor allem den subsidiären Aufgangetharakter für sonstige Bereicherungen der Eingriffskondiktion in §812 I 1 2. Alt. BGB.

2. Entreichering - *Appauvrissement*

Als Gegenstück zur Bereicherung des Leistungsempfängers verlangt die *enrichissement sans cause* eine Entreichering des vermünftlichen Anspruchsinhabers. Hierbei ist Entreichering nicht im herkömmlichen bereicherungsrechtlichen Sinne zu verstehen, sondern meint lediglich einen meßbaren Vermögensabfluß. Dieser muß ähnlich der Bereicherung nicht materieller Art sein. Er kann auch in aufgewandeter Arbeitszeit, geleisteten Diensten oder sonstigen Nachteilen liegen.³ Auch hier wird die Meßbarkeit in Geld wieder sehr weit ausgelegt.⁴

Vergleicht man die *enrichissement sans cause* nach ihrer allgemeinen Funktion als bereicherungsrechtlicher Anfangsstand mit der Nichtleistungskondiktion des BGB, so ist

¹ Mazaud/Cabas, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 699; Malaurie/Aynès, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 947; Terré/Simier/Lequette, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 972; Ferid, *Das französische Zivilrecht*, Rn. 2 L 36

² Malaurie/Aynès, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 947; Mazaud/Cabas, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 699

³ Terré/Simier/Lequette, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 973; Mazaud/Cabas, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 699; Ferid, *Das französische Zivilrecht*, Rn. 2 L 37

⁴ Malaurie/Aynès, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 948

zum Erfordernis der Entreichering zunächst kein Äquivalent ersichtlich. Das deutsche Bereicherungsrecht macht den Anspruch nach §812 I 1 2. Alt. BGB vom Vorliegen des Vermögenszuwachses beim Anspruchsgegner abhängig, ein korrespondierender Vermögensabfluß ist nicht erforderlich. Hierin liegt sein vorrangiger Sinn und Zweck.⁵ Es erscheint aber fraglich, ob dieser auf den ersten Blick doch wesentliche dogmatische Unterschied in der Praxis tatsächlich zu Unterschieden führt. Denn wenn man berücksichtigt, daß die französische Rechtsordnung durch eine extrem weite Begriffsauslegung der regelmäßigen Annahme einer korrespondierenden Entreichering nicht im Wege stehen will, eine Art Stoffgleichheit letztlich nicht gefordert wird, so ist anzunehmen, daß auch nach deutschem Rechtsverständnis ein so weit verstandener Nachteil stets aus jeder Bereicherung eines anderen erwachsen wird. Die Voraussetzung ist zwar nicht als Tatbestandsmerkmal ausformuliert, praktisch wird sie aber wohl fast immer irgendwie anzunehmen sein, so daß der zunächst gewichtig erscheinende Unterschied beider Rechtsordnungen letzten Endes egalisiert wird.

3. Kausalzusammenhang - *Lien de causalité*

Es ist gerade gezeigt worden, daß Be- und Entreichering nicht zwingend stoffgleich erfolgen müssen. Zumindest muß die Bereicherung aber als Folge der Entreichering eingetretten sein. Gefordert wird hier eine kausale Verbindung innerhalb der Vermögensverschiebung, eine Voraussetzung, die ebenso wie die Entreichering selbst im deutschen Recht kein Tatbestandsmerkmal ist, deren Existenz sich aber in der Praxis aus denselben Gründen unproblematisch ergeben dürfte. Die Anforderungen an eine solche Kausalität sind dabei in der französischen Rechtswissenschaft nicht unumstritten. Zur Disposition steht dabei die Entscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Kausalität.⁶ Letztere besteht bei einer durch einen Dritten vermittelten Bereicherung. Die wohl h.M. läßt aber eine mittelbare Kausalität ausreichen.⁷ Auch muß man wohl aus dem Grundverständnis der Versionsklage folgern, daß die Vermögensverschiebung nicht notwendig unmittelbar zwischen den Anspruchsgegnern stattgefunden haben muß. Die Berücksichtigung der Vermittlung der Bereicherung durch einen Dritten erscheint von daher konsequent und ohne weiteres möglich.⁸

⁵ Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, §38 III, S. 545

⁶ Ferid, *Das französische Zivilrecht*, Rn. 2 L 37; Malaurie/Aynès, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 949

⁷ Mazaud/Cabas, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 699; Malaurie/Aynès, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 949; Terré/Simier/Lequette, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 973

⁸ vgl. Ferid, *Das französische Zivilrecht*, Rn. 2 L 37

4. Rechtsgrundlosigkeit - *L'absence de cause*

Die Frage der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung ist gleichzeitig die Frage nach der Rechtfertigung im Einzelfall. Im Gegensatz zu den vorhergehenden Anspruchsvoraussetzungen ist diese Gegenstand eines durchaus längeren Schöpfungsprozesses in der Rechtsfortbildung gewesen. Man habe zunächst versucht, den Gedanken der Rechtsgrundlosigkeit ebenfalls wieder mit Billigkeitserwägungen auszufüllen.⁹ Allerdings war man damit weiterhin von einer griffigen Anspruchsvoraussetzung entfernt. Außerdem mußte man das Problem lösen, daß gerade im Geschäfts- und Handelsverkehr eine offensichtlich ungerichte, weil nicht gleichwertige Vermögensverschiebung nicht zwangsläufig ungerechtfertigt sein mußte.¹⁰ Letztlich war man hierbei auf Kasuistik angewiesen, um mittels der Rechtsprechung die Voraussetzungen als verbindlich zu erklären.

Als oberstes Prinzip steht über allen in Betracht kommenden Rechtsgründen die Notwendigkeit einer fehlenden *causa* für die Bereicherung. Eine mögliche Rechtfertigung der Entreichnung, die aufgrund der betonten Doppelwirkung der Vermögensverschiebung ebenfalls denkbar wäre, ist unerheblich.¹¹ Nicht zuletzt hierdurch erfährt diese Voraussetzung eine weitere Relativierung.

Danach lassen sich diejenigen Rechtsgründe, deren Fehlen Anspruchsvoraussetzung ist, in drei Kategorien einteilen, deren Darstellung sich im folgenden zunächst auf das einfache Ausgleichsverhältnis zwischen zwei Personen - Bereicherten und Entreicherten - beschränken soll. Zu den Rechtfertigungen im Mehrpersonenverhältnis ist später noch Stellung zu nehmen.

a. Gesetzliche Regelungen - *Règles légales*

Die Fälle dieser Kategorie finden ihre Rechtfertigung im Gesetz selbst, zwar in der Regel nicht explizit als solche angeordnet, aber doch zumindest aus der notwendigen Konsequenz. Es geht dabei um Situationen, in denen das Gesetz eine bestimmte Rechtsfolge anordnet und die dann zwangsläufig zu einer Bereicherung des Begünstigten führen. So geht hierhin beispielsweise die Ersetzung nach den a. 2262, 2265 C.C. oder die Regel des a. 564 C.C. für nicht befruchtete oder arglistig erlangte Fische, Hasen und Tauben. Außerdem kann die Leistung von Schadensersatz nach einer Haftungsnorm nicht rechtsgründlos Bereicherung sein.¹²

Das deutsche Recht verhält sich bezüglich derartigen Rechtsgründe nicht anders. Die Behandlung gesetzlich verordneter Vermögensverschiebungen als Rechtsgrund i.S. einer An-

⁹ Mazzaud/Ciabas, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 702

¹⁰ vgl. Mazzaud/Ciabas, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 702

¹¹ Mazzaud/Ciabas, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 701

¹² Mazzaud/Ciabas, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 705

spruchsnorm nach den §§ 812 ff BGB ist für das Funktionieren der Rechtsordnung unverzichtbar. So ist z.B. für die berechtigte GoA ausdrücklich festgestellt worden, daß sie einen Rechtsgrund i.S.d. §§ 812 ff BGB darstelle.¹³

b. Wohnheimsrecht - *Règles coutumières*

Die nächste Gruppe bilden Fälle des Wohnheimsrechts. Die nicht kodifizierte, aber gewohnheitsrechtlich anerkannte Vermögensverschiebung erfolgt nicht *sans cause*, wie es bereits mehrfach von der Rechtsprechung entschieden worden ist.

Ebenfalls als gerechtfertigt i.S. der *enrichissement sans cause* wird die Erfüllung einer Naturalobligation angesehen, sofern eine Rückforderung nicht bereits durch die Regeln der *répétition de l'indu* ausgeschlossen wird.¹⁴

c. Schuldvertragliche Rechtfertigung - *Contrat*

Die weitaus wichtigste und häufigste Kategorie der Rechtsgründe bilden schuldvertragliche Vereinbarungen: ein Rechtsakt, der von den Parteien zur Rechtfertigung gesetzt worden ist.¹⁵ Hat ein Vertrag die fragliche Vermögensverschiebung zum Inhalt, so bildet er den Rechtsgrund der Bereicherung. Den Parteien wird die Berufung auf die Regeln der *enrichissement sans cause* versagt, sie werden stattdessen auf die Regeln des Vertragsrechts und der Rechtsgeschäftslehre verwiesen. Für das Bereicherungsrecht besteht auch oftmals beim Scheitern einer Vertragsabwicklung vergleichsweise gar kein Bedarf, da es im französischen Recht diejenigen Rückforderungsfälle nicht gibt, die im BGB durch das Abstraktionsprinzip entstehen.¹⁶ Ein Sonderfall für eine vertragliche Rechtfertigung ergibt sich aus a. 1184 C.C.. Da nach französischem Rechtsverständnis die Verpflichtung des Vertragspartners zur Erfüllung seiner Schuld neben der vertraglichen Verpflichtung selbst Rechtsgrund der Gegenleistung ist, entfällt dieser, wenn die Gegenleistung letztlich nicht erbracht wird.¹⁷ Der Weg der *enrichissement sans cause* ist eröffnet.

Aus deutscher Sicht ergeben sich hinsichtlich der generellen Rechtfertigungsmöglichkeit durch Vertrag keine wesentlichen Unterschiede; der Vertrag stellt den Rechtsgrund der Bereicherung. Der Besonderheit des Synallagmas muß allerdings insoweit Rechnung getragen werden, als die eigene Vertragsleistung des vorleistenden potentiellen Anspruchsinhabers nicht bereits mit Leistungsverweigerung der anderen Partei rechtsgründlos wird, sondern

¹³ BGHZ 40, 28 (29); Palandt-Thomas, §812, Rn. 27

¹⁴ Ferdi, Das französische Zivilrecht, Rn. 2 L 43

¹⁵ Mazzaud/Ciabas, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 703; Terre/Simier/Lequette, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 974; Malaurie/Aynès, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 933; Ferdi, Das französische Zivilrecht, Rn. 2 L 40

¹⁶ siehe auch Bedeutung des Bereicherungsrechts, S. 54

¹⁷ Ferdi, Das französische Zivilrecht, Rn. 2 L 42

daß vorher zunächst eine Auflosung des Vertrages, der weiterhin den Rechtsgrund darstellt, erfolgen muß.

II. Ausschluß des Anspruchs

1. Verschuldenselement: *Faute*

Zunächst begegnet auch bei der *enrichissement sans cause* das Verschuldenselement des *faute*, das schon von der *répétition de l'indu* bekannt ist. Es bedeutet hier ebenso, daß der Entreicherte keinen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung hat, wenn er seinen Vergründung des aufgezählten weiten Verständnisses sehr zahlreich sind, hat auch dieses Verschuldenselement einen ausgedehnten Anwendungsbereich. Da die *enrichissement sans cause* keine Bereicherung durch Leistung voraussetzt, ist nicht zwingend die Kenntnis der fehlenden Rechtfertigung zum Zeitpunkt der Bereicherung erforderlich. Das Merkmal der leistungsbezogenen *erreur* fehlt. Vielmehr genügt jedes grob fahrlässige Tun, Dulden oder Unterlassen, das die Vermögensverschiebung ermöglicht.¹⁸

Das BGB kennt keinen vergleichbaren Ausschlußgrund für die hier verglichenen Fälle der Nichtleistungskondition. Die i.R.d. Leistungskondition noch vergleichbare Regelung des §814 BGB gilt nicht für die Bereicherung durch Eingriff. Zu einem Ausschluß des Rückforderungsanspruchs aus Bereicherung in sonstiger Weise wegen fahrlässigen Verhaltens könnte man allenfalls durch Anwendung allgemeiner Rechtsprinzipien wie widersprüchlichem Verhalten oder Vervielfachung gelangen. Dies erscheint aber letztlich selbst unter Billigkeitsgesichtspunkten fragwürdig.

2. Ausschluß durch riskantes Verhalten und persönliches Interesse

Vom Rechtsgedanken her in der Nähe des *faute* anzusetzen ist der Ausschlußgrund des *intérêt personnel*. In Teilbereichen durch aktuelle Gesetzgebung wieder eingeschränkt, beweist in der Erwartung eines eigenen, daraus resultierenden Vorteils herbeigeführt hat, nicht in den Genuß eines Rückforderungsanspruchs kommen soll. Dies gilt unabhängig davon, ob der erstrebte Vorteil erlangt wurde oder nicht.¹⁹ Zwar liegt in solchen Fällen wohl

¹⁸ Mazeaud/Chabas, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 700; Terré/Simier/Lequette, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 974

¹⁹ Malaurie/Aynès, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 953; Mazeaud/Chabas, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 700

²⁰ Terré/Simier/Lequette, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 975

meistens mangels Vertrages auf die konkrete Leistung kein Rechtsgrund vor, dennoch ist die Anwendung der Regeln der *enrichissement sans cause* ausgeschlossen.

Die Begründung hierfür erklärt gleichzeitig die angedeutete Nähe zum *faute*. Der potentielle Anspruchsinhaber begründet den Vorteil des Empfängers in dem Bewußtsein möglicher eigener Verluste.²¹ Sein Handeln vollzieht sich auf eigenes Risiko und eigene Gefahr, daß der erhoffte eigene Vorteil ausbleibt. Wer derart vorgeht, soll auch den Schaden davon tragen müssen. Geht man hier nach Verschuldenskategorien vor, so ist die vermeintliche Entreichering letztlich sogar vorsätzlich herbeigeführt und müßte nach einem Erst-Rechtsschluß den Anspruch ausschließen.

In diesem Ausschlußgrund sind gleich mehrere Gedanken des deutschen Bereicherungsrechts wiederzufinden, obgleich sie doch nur in Ansätzen übereinstimmen.

Zum einen lohnt es sich, einmal über die aufgedrängte Bereicherung nachzudenken. Dieser Rechtsgedanke, der als Schöpfung der Rechtsfortbildung verhindern soll, daß sich jemand Rückforderungsansprüchen für eine nicht gewollte Bereicherung ausgesetzt sieht, erscheint in einem Vergleich der Ausschlußgründe beider Rechtsordnungen bedenkenswert. Die zugrundeliegenden Sachverhalte weisen regelmäßig eine Vermögensverschiebung auf, die vom Empfänger ungewollt und unverschuldet ist. Oftmals ist ihm die Bereicherungshandlung durch den Entreicherten nicht einmal bekannt. In der rechtlichen Behandlung treten dann aber wieder Unterschiede auf. Während i.R.d. *enrichissement sans cause* der Rückforderungsanspruch wie gezeigt ganz ausgeschlossen ist, wird der Anspruch nach dem BGB insoweit gewährt, als die Bereicherung nicht aufgedrängt, d.h. für den Empfänger brauchbar ist.²² Es wird hier also nach subjektiven Maßstäben bewertet. Die Grenze für einen solchen Anspruch liegt aber immer bei der noch vorhandenen Bereicherung, der vermeintliche Anspruchsinhaber wird also allenfalls auf ein Wegnahmerecht beschränkt.²³

Zum anderen kennt das BGB mit der *condictio ob rem* einen Rückforderungsanspruch, dessen ursprüngliche Leistungsmotivation ebenfalls in einem nicht zwischen den Parteien vertraglich festgelegten Grund bestand. Nach deutschem Rechtsverständnis ist ein solcher, über den eigentlichen Vertragsinhalt hinausgehend bezweckter Erfolg möglicher Rechtsgrund für eine Leistung. Bei Nichtertritt besteht die Möglichkeit der *condictio ob rem*, die nur unter den Bedingungen des §815 BGB ausgeschlossen ist. Sieht man einmal davon ab, daß die *condictio ob rem* als Unterfall des §812 I 1 Alt. BGB nur für Leistungshandlungen gilt, so scheint eine gewisse Gemeinsamkeit im Ansatzpunkt beider Rechtsordnungen nicht ausgeschlossen. Gewollt ist die rechtliche Erfassung von bestimmten außervertraglichen Zwecken. Die Behandlung durch das französische Recht fällt grundsätzlich gegen die Gewährung eines Rückforderungsanspruchs aus. Wie erörtert sich die Spekulation auf

²¹ Mazeaud/Chabas, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 701; Terré/Simier/Lequette, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 975

²² Palandt-Bassenge, §951, Rn. 18 ff; Medicus, *Schuldrecht II - BT*, Rn. 681

²³ Palandt-Bassenge, §951, Rn. 20

derartige Vorteile außerhalb jedes Schutzes der Rechtsordnung. Soweit man beide Rechtsgedanken überhaupt vergleichen kann, trifft dies mit Sicherheit nicht für die Rechtsfolgen zu.

3. Subsidiarität - *Caractère subsidiaire*

Der zweifelsolone wichtigste und häufigste Ausschlaggrund liegt in dem subsidiären Charakter der *enrichissement sans cause* begründet. Diese Subsidiarität trifft neben ihrer Funktion als anspruchsausschließende Regelung auch eine grundsätzliche Aussage über die Bedeutung und das Selbstverständnis des französischen Bereicherungsrechts in Gestalt der *enrichissement sans cause*. Hierauf soll später in dieser Arbeit noch einmal zurückgekommen werden. Zunächst einmal sind die Auswirkungen des subsidiären Charakters auf einen bestehenden Anspruch näher zu erläutern.

Begrifflich bedeutet Subsidiarität in dieser Verwendung das Zurücktretenmüssen der *actio de in rem verso* hinter einer anderen Klagemöglichkeit. Dabei lassen sich zwei grundsätzliche Situationen festhalten: Die Subsidiarität hinter einem zulässigen anderen Rechtsbehelf des Klägers, und diejenige gegenüber einem nach den konkreten Umständen unzulässigen Rechtsbehelf. Im letzteren Fall ist desweiteren zu unterscheiden, ob der Rechtsverfolgung durch eine andere Klage des Anspruchsinhabers ein rechtliches oder ein tatsächliches Hindernis entgegensteht. Das hierhin gehörende Sonderproblem der Insolvenzenverhältnissen behandelt werden.

Verfügt der vermeintliche Anspruchsberechtigte neben demjenigen aus der *enrichissement sans cause* noch über einen weiteren, zulässigen Anspruch gegen den Bereicherten, so wird er auf diesen zur Rückabwicklung der Vermögensverschiebung verwiesen.²⁴ Ein solcher Anspruch kann aus Vertrag begründet sein, einer spezielleren Ausgleichsregel oder aber auch aus GoA oder Delikt.²⁵ Sogar ein Anspruch aus *répétition de l'indu* ist vorstellbar, da sich diese und die *enrichissement sans cause*, anders als Leistungs- und Nichtleistungskondition des BGB, tatbestandlich nicht ausschließen.²⁶ Gleichzeitig wird hierdurch auch der Anspruchsinhalt verbindlich festgelegt. Ein im Umfang darüber hinausgehender Anspruch aus *enrichissement sans cause* besteht nicht.²⁷ Der Charakter der *actio de in rem verso* als absoluter Auffangabstand wird hier besonders deutlich. Die Absicht der Rechtsordnung ist es, an dieser Stelle eine Anspruchskonkurrenz zu vermei-

den, ein Bestreben, das entgegen dem deutschen Rechtsverständnis generell vom *Code Civil* getragen wird.

Zum anderen ist die *actio de in rem verso* subsidiär, wenn dem Berechtigten grundsätzlich nach der Rechtslage ein anderer Anspruch zur Verfolgung seines Begehrens zustünde, er diesen aber aufgrund rechtlicher Hindernisse nicht realisieren kann. Denkbar ist hier zunächst, daß es ihm nicht gelingt, alle Tatbestandsvoraussetzungen des anderen Anspruchs in sich zu vereinen, oder daß sich ihm Beweisschwierigkeiten stellen.²⁸ Außerdem ist beispielsweise ein möglicher Rechtsbehelf gegen einen verfahren Anspruch in der rechtlichen Durchsetzung gehindert.²⁹ Mit der Anordnung der Subsidiarität solcher Fälle verfolgt die französische Rechtswissenschaft vorrangig das Ziel, eine Umgehung der Unzulässigkeit anderer Rechtsbehelfe zu vermeiden. Hierauf wird immer wieder im Zusammenhang mit der Frage der Subsidiarität hingewiesen³⁰, die *actio de in rem verso* darf nicht als Umgehungsmittel einer gesetzlichen Wertung mißbraucht werden.

Die Einschränkung des Rückforderungsanspruchs wegen *enrichissement sans cause* bedeutet in der rechtlichen Würdigung einen Widerspruch zum eigentlichen Leitmotiv der Rechtsregeln des französischen Bereicherungsrechts, der Billigkeit. An dieser Stelle bestimmt man sich in Frankreich auf systematische und dogmatische Grundentscheidungen des *Code Civil*. Indem man die Vermeidung von Anspruchskonkurrenz und Umgehung gesetzlicher Wertungen hochhält, nimmt man möglichen Billigkeitserwägungen in der Einzelfallentscheidung, die sonst bei anderen Tatbestandsvoraussetzungen so bedeutend sind, jegliche Grundlage. Nur in Sonderfällen macht man eine Ausnahme von dieser Grundsatzentscheidung, so z.B. wenn dem Berechtigten sein primärer Anspruch durch das Eingreifen eines Dritten rechtlich undurchsetzbar wird³¹, oder aber in den bereits angeordneten Fällen der faktischen Undurchsetzbarkeit, wie der später zu behandelnden Insolvenzen des primären Anspruchsgenüßers.³² Hier obsiegt schließlich doch wieder das beherrschende Gebot der Billigkeit.

Auch die Nichtleistungskondition des BGB nach §812 I 2. Alt. hat subsidiären Charakter. Allerdings besteht diese Subsidiarität unter anderen Bedingungen. Das deutsche Recht will nicht etwa eine Anspruchskonkurrenz zwischen Bereicherungsansprüchen und sonstigen Ansprüchen vermeiden. Man läßt dies vielmehr regelmäßig zu nach dem Rechtsverständnis des BGB. Auch steht man in der Realisierung eines Bereicherungsanspruchs an-

²⁴ Mazzeaud/Chabas, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 709; *Terré/Simier/Lequette*, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 976; *Ferdi*, *Das französische Zivilrecht*, Rn. 2 L 47

²⁵ *Malaurie/Aynès*, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 955; *Mazzeaud/Chabas*, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 708

²⁶ *Mazzeaud/Chabas*, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 708; *Terré/Simier/Lequette*, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 976

²⁷ *Mazzeaud/Chabas*, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 709

²⁸ *Terré/Simier/Lequette*, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 976; *Malaurie/Aynès*, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 955; siehe dazu S. 777 Verweis

²⁴ *Mazzeaud/Chabas*, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 707; *Terré/Simier/Lequette*, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 976; *Ferdi*, *Das französische Zivilrecht*, Rn. 2 L 47 f

²⁵ *Ferdi*, *Das französische Zivilrecht*, Rn. 2 L 47 f

²⁶ *Ferdi*, *Das französische Zivilrecht*, Rn. 2 L 50

²⁷ *Mazzeaud/Chabas*, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 707

stelle eines nicht durchsetzbaren anderen Anspruchs keine Umgehung einer rechtlichen Entscheidung gegen das Klagebegehren. Die Subsidiarität besteht lediglich im Verhältnis zur Leistungskondition. Entscheidend ist hierbei die Art der Bereicherungshandlung. Ist bezüglich des Bereicherungsinhaltes in irgendeiner Weise eine Leistungsbeziehung auszumachen, so ist diese vorrangig zu behandeln und entfaltet eine Sperrwirkung für die Anwendbarkeit der Nichtleistungskondition. Hierin liegt die Subsidiarität im deutschen Recht begründet. Man verfolgt also zwei unterschiedliche rechtspolitische Ansätze mit der Einschränkung mittels Subsidiarität.

III. Die Herausgabepflicht

Ebenso wie ihre Tatbestandsvoraussetzungen ist auch der Umfang der Herausgabepflicht der *enrichissement sans cause* nicht gesetzlich geregelt. Eine generelle und pauschale Anwendung der Regeln der *répétition de l'indu* wird entgegen der Lösung des BGB nicht vorgenommen. Trotzdem fallen die meisten Regeln im Ergebnis gleich den a. 1378 ff C.C. aus.

Zunächst einmal ist auch der Anspruch aus *enrichissement sans cause* ein Herausgabeananspruch, kein Schadensersatzanspruch. Der Gegenstand der Bereicherung ist in Natur herauszugeben. Wenn dies nach seiner Beschaffenheit nicht möglich ist, ist Wertersatz zu leisten.³³ Der Umfang des Anspruchs wird dabei durch einen Gedanken bestimmt, den man in Frankreich als *double limite de la restitution* bezeichnet.³⁴ Dieser Grundsatz unterstreicht den Bereicherungsschranke des Anspruchs und besagt, daß die Herausgabepflicht bestimmt wird zwischen den durch Bereicherung und Entreichnung gezogenen Grenzen. Der Anspruchsgegner schuldet danach niemals mehr als das, was seine Bereicherung effektiv ausmacht.³⁵ Der Bereicherte hat grundsätzlich einen Anspruch auf das, was ihm durch die Vermögensverschiebung genommen worden ist. Dabei besteht aber die Möglichkeit, daß Be- und Entreichnung effektiv nicht übereinstimmen. In der Konsequenz Anwendung des obigen Grundsatzes bedeutet dies, daß für den Fall, daß die Bereicherung geringer ausfällt als die Entreichnung, der Anspruchsgegner nur seine effektiv benehbare Bereicherung herauszugeben hat, der Anspruchsberechtigte dagegen seiner restlichen Entreichnung verlustig bleibt. Fallt umgekehrt die Bereicherung höher aus, so tritt i.R.d. *enrichissement sans cause* das Entreichnungsmoment stärker hervor, als i.R.d. *répétition de l'indu*. Der Anspruchsberechtigte ist auf seinen Vermögensverlust beschränkt, er soll

³³ Ferid, Das französische Zivilrecht, Rn. 2 L 51

³⁴ Terré/Simier/Lequette, Droit Civil - Les Obligations, Rn. 977; Malaurie/Aynès, Droit Civil - Les Obligations, Rn. 950

³⁵ Mazaud/Cubas, Leçons de Droit Civil - Obligations, Rn. 712; Terré/Simier/Lequette, Droit Civil - Les Obligations, Rn. 977; Ferid, Das französische Zivilrecht, Rn. 2 L 52

durch die *actio de in rem verso* nicht bessergestellt werden. Im Ergebnis wird ihm also immer nur der geringere der beiden Beträge zugebilligt.³⁶

Mit der Ernennung von Be- und Entreichnung als Berechnungsgrundlage der Herausgabepflicht stellt sich notwendig die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt der Berechnung. Schließlich ist es wohl denkbar, daß sich die Vermögensveränderungen dynamisch verhalten zwischen erstmaliger Begründung und Geltendmachung. Die Rechtsprechung hat hierüber schon recht frühzeitig entschieden.³⁷ Danach wird über den an Be- und Entreichnung auszurichtenden Umfang, spricht die Werthbildung, am Tag der Klageerhebung entschieden, womit Klargestellt ist, daß der Entreicherte das Risiko der Wertminderung zu tragen hat.³⁸

Problematischer ist die Frage nach dem Zeitpunkt zu dem über die Existenz der erforderlichen Bereicherung zu entscheiden ist. Angesprochen ist damit das Problem der Entreichnungsmöglichkeit des ursprünglich Bereicherten. Die Entscheidung dieser Frage ist in der französischen Rechtslehre umstritten. Die wohl herrschende Meinung verlegt die Ermittlung der Bereicherung auf den Zeitpunkt der Klageerhebung und läßt damit grundsätzlich die Möglichkeit einer Entreichnung bis dahin zu.³⁹ Danach hat der Anspruchsgegner nur die noch vorhandene Bereicherung herauszugeben. Wie sich eine eventuelle Bösgläubigkeit hierbei auswirkt, wird gleich noch zu klären sein.

Die Gegenansicht stimmt bezüglich der fraglichen Anknüpfung für den Zeitpunkt der ursprünglichen Bereicherung und lehnt sich dabei teilweise an die Ausgleichsregeln der *répétition de l'indu* an.⁴⁰ Ein nachträglicher Wegfall der Bereicherung wird nur in den dort zugeordneten Ausnahmefällen anerkannt, so nämlich, wenn der Vermögenszuwachs durch Zufall verschlechtert wird oder untergeht.⁴¹ Verschuldet der Bereicherte den Untergang, so bleibt er auch bei Bösgläubigkeit auf Wertersatz verpflichtet.

Unklar ist auch, ob sich die jeweilige Gut- oder Bösgläubigkeit des Anspruchsgegners auf die Haftung auswirkt, d.h. ob der bösgläubig Bereicherte einer verschärfen Haftung unterliegt. Für die Mindermeinung in der Frage der Entreichnung ergäbe sich kaum ein Unterschied, der Verpflichtete würde auch für Zufall haften. Eine generelle Haftungsverschärfung erscheint nach dieser Ansicht überflüssig.⁴² Überwiegend wird aber vertreten, daß die Grundsätze der Haftungsverschärfung der *répétition de l'indu* aus den a. 1378 -

³⁶ Ferid, Das französische Zivilrecht, Rn. 2 L 52

³⁷ Civ. 18. 1. 1960, D. 1960. 753

³⁸ Malaurie/Aynès, Droit Civil - Les Obligations, Rn. 952

³⁹ Terré/Simier/Lequette, Droit Civil - Les Obligations, Rn. 977; Malaurie/Aynès, Droit Civil - Les Obligations, Rn. 951; Ferid, Das französische Zivilrecht, Rn. 2 L 53; differenzierend Mazaud/Cubas, Leçons de Droit Civil - Obligations, Rn. 713

⁴⁰ Ferid, Das französische Zivilrecht, Rn. 2 L 53

⁴¹ Mazaud/Cubas, Leçons de Droit Civil - Obligations, Rn. 713; Ferid, Das französische Zivilrecht, Rn. 2 L 53

⁴² insoweit unklar Mazaud/Cubas, Leçons de Droit Civil - Obligations, Rn. 713

1380 ff C.C. auf die *enrichissement sans cause* zu übertragen seien, so daß u.a. die Entreichungsmöglichkeit des Bösgläubigen entfällt.⁴³

Einigkeit besteht im übrigen darüber, daß die Privilegierungen für Geschäftsunfähige und Minderjährige, die i.R.d. *répétition de l'indu* greifen, auch bei der Herausgabepflicht nach der *enrichissement sans cause* gelten müssen.⁴⁴

Das deutsche Bereicherungsrecht unterscheidet nicht hinsichtlich des Umfangs der Herausgabepflicht zwischen Leistungs- und Nichtleistungskondition, besteht doch bei beiden am Ende ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Hält man sich vergleichsweise an die herrschende Meinung in der französischen Rechtswissenschaft, so kennen beide Rechtsordnungen die Entreichung und die Haftungsverantwortung bei Bösgläubiger. Allerdings fällt eine beträchtliche Abweichung auf. Im BGB spielt eine korrespondierende Entreichung des Anspruchsberechtigten ebenso wenig wie bei der Tatbestandsmäßigkeit, so bei der Frage nach dem Umfang der Herausgabepflicht eine Rolle. Dieser Gedanke kann nicht dazu gereichen, daß eine mögliche Herausgabepflicht des Bereicherten auf die effektive Entreichung des Anspruchsberechtigten beschränkt ist. Der Anspruch richtet sich einzig und allein i.S.d. §818 BGB nach der Bereicherung, auch wenn diese über eine korrespondierende Entreichung hinausgeht. Insofern soll nicht um jeden Preis eine vergleichsweise Besserstellung des Berechtigten vermieden werden.

Tell 3: Der große dogmatische Unterschied - Die Versionsklage

Sieht man bei der Ausgestaltung und den Voraussetzungen der *enrichissement sans cause* einmal von den einzelnen Unterschieden in Konstruktion und Ergebnis ab, so steht über allem die grundsätzliche Entscheidung des französischen Rechts für die Versionsklage als Mittel der Rückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung. Dieser große dogmatische Unterschied zum BGB sieht zwischen den beiden Rechtsordnungen, und es soll im folgenden noch einmal darauf eingegangen werden, wo sich i.R.d. *enrichissement sans cause* das eigentliche Wesen dieser Klageart offenbart, wo vielleicht der Unterschied in der Dogmatik gar nicht so groß ist, und in wieweit diese dogmatische Grundentscheidung auch praktische Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen hervorruft.

I. Das eigentliche Wirkungsfeld der Versionsklage - Mehrpersonenverhältnisse

Der Grundgedanke der alten *actio de in rem verso* lag ja wie schon angesprochen in der Möglichkeit, einen Rückforderungsanspruch gegen den tatsächlichen Inhaber einer Berei-

⁴³ Terré/Simler/Léquelle, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 977; Ferré, *Das französische Zivilrecht*, Rn. 2 L

⁴⁴ Mezaud/Chabon, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 713; Ferré, *Das französische Zivilrecht*, Rn. 2 L

cherung zu ermöglichen. Der Anspruch sollte also der Bereicherung folgen können. Diese rechtliche Möglichkeit, die man vielleicht als das eigentliche Wesen und den Vorteil der Versionsklage bezeichnen kann, zeigt sich verständlicherweise nicht dort, wo sich die Bereicherung und deren Rückführung zwischen nur zwei Personen vollzieht. Interessant wird die Frage in Mehrpersonenverhältnissen, wo die effektive Bereicherung durch eine dritte Person, die oftmals zwischenzeitlicher Leistungsempfänger des vermeintlichen Anspruchsberechtigten war, vermittelt wird. Da die *enrichissement sans cause*, anders als die Nichtleistungskondition des BGB, nicht eine Vermögensverschiebung durch Leistung ausschließt, werden derartige Fälle häufig einschlägig sein.

Der geschichtliche Hintergrund der Begründung dieser Klageform im alten Rom waren Umstände, die sich aus der Rechtsstellung von Sklave und seinem *dominus* ergaben.⁴⁵ Letzter jemand in Erfüllung einer vermeintlichen Verbindlichkeit unmittelbar an den Sklaven eines Hausherrn, so kam diese Leistung und damit auch die effektive Bereicherung zumeist im Ergebnis dem Hausherrn zu. Vertragspartner und primärer Leistungsempfänger blieb aber der gewaltunterworfenen Sklave. Eine Stellvertretung war nicht anerkannt. Er vermittelte die Bereicherung dem *dominus*. Um den leistenden Geschäftspartner aber nicht zu benachteiligen, wollte man ihm den direkten Zugriff auf den Bereicherungsinhaber ermöglichen und schuf so das Instrument der *actio de in rem verso*. Nach der tatsächlichen Konstellation vollzog sich also der Vermögensfluß zwischen einem Leistenden, einem unmittelbaren Leistungsempfänger und einem letztlich durch die Leistung begünstigten Dritten, dem die Bereicherung durch den unmittelbaren Empfänger vermittelt wird.

Diese Konstellation fand sich dann auch im Sachverhalt des angesprochenen *arrêt Boudier*, der die Aufnahme der Versionsklage in das französische Recht begründete.⁴⁶ Der Pächter eines Stück Ackerlandes hatte bei dem Dingemittelhändler *Boudier* Kunststinger für seinen Anbau bestellt. Er erhielt diesen und brachte ihn auf seinem Feld aus. Eine Bezahlung des Dingers war noch nicht erfolgt. Infolge der Insolvenz des Pächters wurde bald darauf der Pachtvertrag mit dem Verpächter aufgelöst und vereinhart, daß dieser sich wegen der noch ausstehenden Pachtzinstraten aus dem Ertrag des Anbaus befriedigen sollte. Mit der Begründung, daß ihm so die Vorteile aus der Dingemittelieferung zugute gekommen seien, klagte daraufhin *Boudier* gegen den Verpächter. Er hatte Erfolg mit seiner Klage, da die *Cour de Cassation* erstmalig den damals noch uneingeschränkt geltenden Grundsatz aufstellte, daß sich niemand zum Nachteil eines anderen bereichern dürfe. Das Leitmotiv dieser Entscheidung dürfen dabei eindeutig Billigkeitserwägungen gewesen sein, die sich noch keinerlei tatbestandlicher Einschränkungen ausgesetzt sahen. Vom

⁴⁵ Kaser, *Das römische Privatrecht* I, S. 607, II, S. 107; Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, §38 III, S. 540; Malaurio/Aymès, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 940

⁴⁶ Req. 15.6.1892, D.P. 1892. I. 596

Prinzip her war damit das alle römische Modell in einem Mehrpersonenverhältnis wieder begründet.

Die extreme Weite der Aussage des *arret Boudier* schien der Rechtswissenschaft erst recht auch in derartigen Konstellationen eingrenzungsbedürftig. Die grundsätzliche Gefahr, daß sich jeder, der von einem anderen etwas erhielt, der Rechtsverfolgung eines daran berechtigten Dritten ausgesetzt sehen konnte, mußte zu einem großen Maß an Rechtsunsicherheit führen und war in diesen Ausmaßen schlecht hinnehmbar. Deshalb wurde der Anspruch aus *enrichissement sans cause* in Mehrpersonenverhältnissen zunächst ebenso mittels der üblichen Voraussetzungen *enrichissement* und *appauvrissement* begrenzt. In der Frage nach einer Rechtfertigung der Vermögensverschiebung und der Befähigungsmöglichkeit der *actio de in rem verso* erlangten aber die Probleme der *cause* und des *caractère subsidiaire* zusätzliche Bedeutung im Vergleich zum gewöhnlichen Anwendungsfall zwischen zwei Personen.

Besonders die *cause légitime* ist über lange Zeit rechtsfortbildend durch die Rechtsprechung ausgebaut worden. Dabei ging es darum, den Begriff im Mehrpersonenverhältnis mit Leben zu füllen. Sollte es ebenso wie zwischen zwei Personen rechtfertigende Gründe für die Bereicherung eines Dritten geben? Wie war das Prinzip der Relativität der Verträge damit zu vereinbaren? Praktisch bedeutete dies die Suche nach einer anderen, ersatzweisen Rechtfertigung der Vermögensverschiebung, nachdem die ursprüngliche weggefallen ist oder gar nicht erst bestanden hat. Am Ende dieser Rechterschöpfung mittels Kasuistik stand die generelle Möglichkeit einer Rechtfertigung aus einem Rechtsverhältnis zwischen vermittelndem Dritten und Bereicherungsinhaber. Es lassen sich dabei mehrere typische Fälle insbesondere der vertraglichen Rechtfertigung festhalten.

1. Vertragliche Beziehung als Rechtfertigung

Als oberster Grundsatz läßt sich festhalten, daß die Vermögensverschiebung zugunsten des Dritten immer dann gerechtfertigt ist, wenn diese aus einem Vertrag herzuleiten ist.⁴⁷ Diese Aussage für den Fall, daß der Vertrag zwischen dem Dritten und dem die vermehrte Bereicherung Vermittelndem wirksam und durchgeführt worden ist, ist schon sehr früh durch die Rechtsprechung aufgestellt worden.⁴⁸ War ein Vertrag geschlossen und hatten beide Seiten ihre Verpflichtungen erfüllt, so sollte Rechtsfrieden in Gestalt des Status Quo herrschen. Der gutgläubige und vor allem entgeltliche Erwerb erschien der Entscheidung schutzwürdiger. Der ursprünglich Entreicherte sollte dessen Zustand nicht mehr stören dürfen; ein Rückgriff wurde ihm untersagt. Damit war einem Großteil der denkbaren

⁴⁷ Mazeaud/Chabon, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Rn. 704; Malauric/Allyès, *Droit Civil - Les Obligations*, Rn. 954; Perid, *Das französische Zivilrecht*, Rn. 2 I, 44; König, *Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragseistung*, S. 38

⁴⁸ *Civ.* 18.10.1898, D. 1899, I, 105

Anwendungsfälle der Versionsklage in der Gestalt des *arret Boudier* bereits die Grundlage entzogen, die Weite der Kernaussage des Urteils schon erheblich eingeschränkt.

Als nächstes stand in einer Variante dieses Grundsatzes die Frage zur Entscheidung an, was zu gelten habe, wenn es bei dem möglicherweise rechtfertigenden Vertrag zwischen Dritten und Leistungsmittler noch nicht zu einer vollständigen Abwicklung gekommen war. Anders formuliert lautet die Frage, wie zu urteilen ist, wenn die aus einem Vertrag entstandene Gegenforderung zur erbrachten Leistungsübermittlung noch besteht, da sie noch nicht erfüllt worden ist. Wie war hier über eine Schutzwürdigkeit zu urteilen? Die *Cour de Cassation* hat entschieden, daß allein die rechtmäßige Forderung des Dritten aus einem Vertrag, infolge deren Erfüllung die vermeintliche Bereicherung ja erst eintritt, imstande ist, die Vermögensverschiebung zum Nachteil des ursprünglich Leistenden zu rechtfertigen.⁴⁹ Auf die Frage, ob der Dritte seinerseits erfüllt hat, kommt es grundsätzlich nicht an. Dies kann höchstens dann von Interesse sein, wenn die Leistungsvermittlung durch den Vertragspartner aufgrund der ausbleibenden Gegenleistung rechtsgrundlos wird, und man somit über eine Kondition der Konklusion nachdenken könnte. Zunächst ist aber ein Anspruch aus *enrichissement sans cause* bereits durch die wirksame Begründung einer später erfüllten Forderung des Dritten ausgeschlossen.⁵⁰ Der Anwendungsbereich der Versionsklage ist somit weiter durch vertragliche Rechtfertigung eingeschränkt worden.

Ein weiteres Problem der *cause légitime* stellte sich mit der Abwandlung des ursprünglich synallagmatischen Vertragsverhältnisses durch den Sonderfall des unentgeltlichen Erwerbs. Sollte im Fall der Schenkung die Schutzwürdigkeit anders zu beurteilen sein? Der Unterschied lag darin, daß der Dritte zwar eine Forderung aus der Schenkung erhielt, daß er aber typischerweise keine Gegenleistung zu erbringen hatte, aufgrund derer er sich als schutzwürdig im Vertrauen auf die empfangene Leistung erweisen könnte. Die *Cour de Cassation* hat auch hier einen Rechtsgrund angenommen.⁵¹ Rechtfertigende Grundlage für den Vermögenszuwachs sei der Erwerb nach einem Vertrag, nämlich der Schenkung. Auf die Entgeltlichkeit kommt es nicht an, wieder war die Rechtssicherheit nach den Regeln des Vertragsrechts als vorzugswürdig erachtet worden.⁵²

Nach der Erörterung dieser möglichen vertraglichen Verbindungen zwischen dem Dritten und dem Mittler bestätigt sich im Ergebnis der Grundsatz einer vertraglichen Rechtfertigung im Zweipersonenverhältnis: Wer aufgrund Vertrages erworben hat, soll vor Rückforderungsansprüchen eines potentiell Entreicherten geschützt sein, ganz gleich, ob er entgeltlich oder unentgeltlich erworben hat, und ob er seine geschuldete Leistung bereits erbracht hat. Die Rechtfertigung vollzieht sich sozusagen lediglich in einem anderen Rechts-

⁴⁹ *Civ.* 9.11.1909, D. 1911, I, 169

⁵⁰ König, *Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragseistung*, S. 52

⁵¹ *Civ.* 22.2.1913, G.P. 1913, I, 634 zitiert nach König, *Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragseistung*, S. 58

⁵² König, *Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragseistung*, S. 59 (m.w.N.)

verhältnis. Dem ursprünglich Leistenden bleibt nur, sich an seinen Vertragspartner, den Mittler zu halten. Getragen werden diese Entscheidungen von einem sehr dominanten Biligkeitsdenken, das sich an der Frage der Schutzwürdigkeit orientiert.

Im Umkehrschluß bedeutet dies, daß die Versionsklage regelmäßig durchgreift, wenn der Dritte sich nicht auf eine vertragliche Rechtfertigung berufen kann. Fehlt die *cause légitime*, so ist die Bereicherung nach den gewöhnlichen Regeln an den ursprünglich Leistenden herauszugeben. Die Situation gleicht der einer Kondition der Kondition. Hat der Dritte nicht konditionalsfest erworben, so wird einem Durchgriff stattgegeben.

Hiervon ist allerdings nach der französischen Rechtsprechung eine Ausnahme zu machen. Trotz eines fehlenden Rechtsgrundes aus einem Vertrag schuldet der Dritte, Inhaber der Bereicherung, keine Herausgabe, wenn er seinem Vertragspartner, also dem Bereicherungsmittler, ein Recht entgegenhalten kann, das eine mögliche Rückforderung durch die dem Dritten und dem Mittler, wodurch im Ergebnis auch der direkte Durchgriff des ursprünglich Leistenden mangels der Konstellation einer Kondition der Kondition verhindert wird. Dies ist von der *Cour de Cassation* für den Fall entschieden worden, daß der einem Bereicherungsanspruch ausgesetzte Dritte dem Mittler gegenüber mit Forderungen seines Rechtsgrundes bestehenden Rückforderungsanspruchs des Mittlers gegen den Dritten. Versteht man die dogmatische Konstruktion in der hier dargestellten Weise, so muß ein solcher Anspruch des ursprünglich Leistenden konsequenterweise auch in anderen Fällen einer Einrede des Dritten gegenüber einem Rückforderungsanspruch seines Vertragspartners scheitern. Daß auch hier wieder das Bestreben nach einem billigen Ergebnis ganz erheblichen Einfluß auf die Schaffung dieser Ausnahme hatte, ist offensichtlich.

2. Gesetzliche Beziehung als Rechtfertigung

Neben der Möglichkeit, durch Vertrag zwischen Dritten und Leistungsvermittler eine Rechtfertigung für die Bereicherung zu setzen, hat die Rechtsprechung ebenso anerkannt, daß eine *cause légitime* auch in einer gesetzlichen Verpflichtung des Mittlers zur Weitergabe der Bereicherung an den Dritten bestehen kann. Der Anwendungsbereich ist freilich begrenzt. Entschieden wurde dies einmal für die bestehende Unterhaltsverpflichtung eines die Leistung an seine Ehefrau vermittelnden Ehemannes.⁵⁴ Die Anwendung wird sich aber auch auf die i.R.d. normalen Zweipersonenverhältnisse erstreckten gesetzlichen Rechtferti-

⁵³ Req. 23.11.1908, D. 1912. I. 217

⁵⁴ Civ. 7.7.1896, D. 1898. I. 18

gungserunde erstrecken. Die häufigeren Fälle liegen allerdings wohl eher im Bereich von Unterhalts- und Versorgungspflichten.

3. Subsidiarität im Mehrpersonenverhältnis

Die Übertragung der Prinzipien, nach denen die Bereicherung eines Dritten durch eine vertragliche oder gesetzliche Grundlage zwischen eben diesem Dritten und seinem Vertragspartner, dem Bereicherungsvermittler, gerechtfertigt sein kann, hat auch bei Mehrpersonenverhältnissen zu einer erheblichen Einschränkung des im *arrêt Bonder* aufgestellten Grundsatzes geführt. Die uferlose Weite der *actio de in rem verso* wird durch klar umrissene Voraussetzungen begrenzt. Hierzu hat desweiteren auch der subsidiäre Charakter des Anspruchs aus *enrichissement sans cause* beigetragen, der ebenso bei Mehrpersonenverhältnissen Anwendung findet. Dabei wirkt die Subsidiarität gegenüber einem weiteren zulässigen Anspruch sowohl im Hinblick auf den Dritten, als auch auf den Leistungsvermittler. Hat der vermeintlich Entreicherte gegen einen der beiden einen zulässigen Anspruch auf den Inhalt der Bereicherung, so ist er auf diesen festgelegt. Scheitert ein solcher Anspruch an einer rechtlichen Voraussetzung, so wird ihm auch hier keine Umgehung der gehinderten Rechtsverfolgung erlaubt.

Allerdings gestattet die Rechtsprechung in einem Fall eine Ausnahme von der Subsidiarität gegenüber einem bestehenden, zusätzlichen Anspruch, wobei in einem besonders hohem Maße der Billigkeitscharakter des französischen Bereicherungsrechts hervortritt. Hat der mögliche Bereicherungsgläubiger einen anderen Anspruch gegen den Leistungsvermittler, der den Vermögenszuwachs zunächst empfängt, so soll er sich trotzdem aus seinem Anspruch aus *enrichissement sans cause* gegenüber dem Dritten befriedigen dürfen, wenn sein vorrangiger Anspruch aus dem tatsächlichen Hindernis der Insolvenz des Schuldners nicht realisierbar ist.⁵⁵ In Konstellationen mehrerer Beteiligter existiert also mit der Ausnahme des *obstacle de fait* eine Umkehrung der Subsidiaritätsgrundsätze zugunsten des schützenswerten Entreicherten.

Festzuhalten ist abschließend, daß i.R.d. eigentlichen Wirkungskreises der Versionsklage, den Mehrpersonenverhältnissen, eine Reihe Besonderheiten gegenüber dem einfachen Zweipersonenverhältnis bestehen, deren Lösung sich aber an den gleichen Grundprinzipien orientiert und letzten Endes ebenso stark von Billigkeitsabwägungen geprägt ist. Die grundsätzlich in der *actio de in rem verso* veranlagten Möglichkeiten und Gefahren werden weitgehend durch die Voraussetzungen der *enrichissement sans cause* im französischen Recht begrenzt.

⁵⁵ Mazaud/Cabes, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Ra. 707; Ferid, *Das französische Zivilrecht*, Ra. 21. 49; Malaurie/Aynès, *Droit Civil - Les Obligations*, Ra. 955; König, *Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung*, S. 80

II. Die Wahl des BGB: Entscheidung gegen die Versionsklage und konsequente Durchführung?

Im rechtlichen Vergleich zur französischen Lösung soll nun kurz auf die Ablehnung der Versionsklage durch das BGB sowie deren Umsetzung eingegangen werden. Gleichzeitig sollen mögliche Reste oder Ansätze des Gedankenguts der *actio de in rem verso* im Gesetz und in der Rechtslehre erörtert werden, so daß sich abschließend vielleicht ein Urteil darüber bilden läßt, wie groß der auf den ersten Blick nach der Dogmatik so wesentlich erscheinende Unterschied in der grundsätzlichen Entscheidung beider Rechtssysteme tatsächlich ausfällt.

1. Die Entscheidung gegen die *actio de in rem verso*

Das BGB lehnt die Anwendung der Versionsklage zur Lösung von Fällen der Dritbereicherung ab. Dies läßt sich teilweise so pauschal ausgedrückt nachlesen und ist wohl auch in den Gesetzgebungskommissionen so beabsichtigt gewesen.⁵⁶ Interessant ist aber die Frage, wie das BGB selbst in seinen §§ 812 ff diese Entscheidung umsetzt. Eine ausdrückliche Norm, die dieses beschreibt, ist nicht ersichtlich, und der Wortlaut des § 812 I 2. Alt. BGB ließe durchaus die Möglichkeit offen, derartige Fälle zu subsumieren. Eine Antwort läßt sich wohl nur geben, wenn man das rechtliche Zusammenwirken von Leistungs- und Nichtleistungskondiktion innerhalb des § 812 I 1 BGB berücksichtigt.

a. Der Anteil der Leistungskondiktion

Die Leistungskondiktion des § 812 I 1. Alt. BGB erbringt ihren Anteil an der Umsetzung der Entscheidung gegen die *actio de in rem verso* mittels ihres Leistungsbegriffs. Leistung ist danach die bewußte, ziel- und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.⁵⁷ Der Herausgabenspruch nach § 812 I 1. Alt. BGB wird regelmäßig nur innerhalb einer durch diese Voraussetzungen gekennzeichneten Leistungsbeziehung zugelassen. Der eine leistet zweckgesteuert an den anderen im Bewußtsein seiner Person, und darf bei Rechtsgrundlosigkeit auch in dieser Beziehung zurückfordern. Die Begründung für dieses Leistungsverständnis, das auch mit dem Erfordernis der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung umschrieben wird,⁵⁸ geht dahin, daß sich jeder mit der Rückforderung einer Leistung nur an den Empfänger halten könne. Schließlich habe er sich diesen als Vertragspartner ausgesucht und müsse auch die sich aus dieser Beziehung ergebenden Risiken, insbesondere das

der Bonität, tragen.⁵⁹ Auch sollen Einwendungen nur in diesem Rechtsverhältnis zu beachten sein. Jede entgegenlautende Entscheidung würde auch das Prinzip der Vertragrelativität verletzen.

Im Falle der Bereicherung eines Dritten würde die Leistungskondiktion tatbestandlich wohl meistens an der Zweckrichtung oder am Bewußtsein der Leistungshandlung scheitern; ein Bereicherungsausgleich nach der Versionsklage ist konstruktiv mangels Leistung zwischen den vermeintlichen Anspruchsgegnern nicht möglich.

b. Der Anteil der Nichtleistungskondiktion

Liegt keine Leistung vor, so ist an § 812 I 1. Alt. BGB nicht zu denken. Möglich erscheint aber eine Bereicherung in sonstiger Weise nach § 812 I 2. Alt. BGB. Doch die Nichtleistungskondiktion wendet sich gegen die Erfassung derartiger Versionsfälle mit Hilfe ihres Tatbestandsmerkmals des Eingriffs in den Zuweisungsgehalt und ihrer Subsidiarität.

Der Anspruch nach § 812 I 2. Alt. BGB setzt zunächst einmal einen Eingriff in den Zuweisungsgehalt des vermeintlichen Anspruchsinhabers voraus, womit gleichzeitig die Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.⁶⁰ Danach muß ein Recht betroffen sein, an dem dieser im Sinne des Eingriffs eine Bereicherung hat. Dieses Merkmal entscheidet zum einen über die Tatbestandsmäßigkeit, zum anderen auch über die Person des Anspruchsberechtigten. Der Zuweisungsgehalt wird regelmäßig auch in Mehrpersonenverhältnissen betroffen sein. Fraglich erscheint aber, ob man von einem Eingriff sprechen kann, wenn dem Dritten die Sache durch den Mittler geleistet wird.

Viel wirkungsvoller ist dagegen in diesem Zusammenhang die Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion. Sie bestimmt die Nichtanwendung, sobald innerhalb der fraglichen Personenbeziehungen irgendeine Leistungsbeziehung vorhanden ist.⁶¹ Dies wird auch im Regelfall zu bejahen sein. Entweder wird zwischen dem potentiellen Anspruchsinhaber und dem Empfänger eine Leistung vorgelegen haben, oder aber zwischen dem Empfänger, der dann als Mittler an den Dritten leistet. In jedem Fall ist die Nichtleistungskondiktion subsidiär und die Beteiligten sind auf die Beziehungen zu ihren jeweiligen Vertragspartnern verwiesen. Ein Ausgleich kann also nur „über das Dreieck“, nicht aber direkt erfolgen. Situationen, in denen dies anders zu beurteilen wäre, würden das Fehlen einer jeden Leistungsbeziehung erfordern und sind nur in absoluten Ausnahmefällen denkbar, wie etwa bei der Jungbullenentscheidung des BGH.⁶² Wertende Korrekturen der Grundentscheidung gegen die Versionsklage sind dabei unvernünftig.

⁵⁶ Motive II S. 872

⁵⁷ Medicus, Schuldrecht II - BT, Rn. 634

⁵⁸ v. Caemmerer, Gesamte Schriften, S. 322; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 38 III, S. 550

⁵⁹ Canaris, Festschrift für Larenz, S. 802 ff; v. Caemmerer, Gesamte Schriften, S. 388 ff; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 38 III, S. 544

⁶⁰ Medicus, Schuldrecht II - BT, Rn. 713; Palandt-Thomax, § 812, Rn. 93

⁶¹ Palandt-Thomax, § 812, Rn. 11

⁶² BGHZ 55, 176; siehe dazu unten Seite 52

Es ergibt sich somit, daß eine Direktkondition i.S.d. *actio de in rem verso* durch die Konstruktion und das Zusammenspiel von Leistungs- und Nichtleistungskondition als den beiden Möglichkeiten zur Rückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung in der Regel ausgeschlossen ist.

2. Reste der Versionsklage und Neunsätze

Die grundsätzliche Entscheidung des BGB und deren Umsetzung in der Dogmatik der beiden Alternativen des § 812 I 1 stehen fest. Trotzdem lassen sich an einigen Stellen im Gesetz und anhand einiger Stimmen in der Rechtslehre Reste sowie neue Ansätze des Gedankenkreis der alten *actio de in rem verso* ausmachen. Freilich betreffen diese nur Sonderfälle und stellen nicht die Grundentscheidung in Frage.

a. Zu erwähnen sind da zunächst die Regelungen der §§ 816 I 2, 822 BGB. Beides sind Fälle des unentgeltlichen Erwerbs eines Dritten. In dieser Situation wendet sich das BGB ausdrücklich gegen die Ablehnung der Versionsklage und gestattet dem Anspruchsinhaber die Direktkondition gegen den Drittempfänger; der Anspruch folgt der Bereicherung nach, der Grundgedanke der *actio de in rem verso*. Dieser Ausnahme liegt wohl die Überlegung zugrunde, daß der unentgeltliche Erwerb nicht so schutzwürdig ist wie der entgeltliche, und daß deshalb dem Berechtigten die Rechtsverfolgung ermöglicht werden soll. Mit dieser Regelung steht das deutsche Bereicherungsrecht übrigens in krasssem Widerspruch zu der oben aufgezogenen Rechtsprechung der *Cour de Cassation*. Dabei erscheint dieser Fall besonders bemerkenswert, da beide Rechtsordnungen mit ihren Lösungen die genaue Umkehrung ihrer Grundwertungen bewirken und sich dabei auch beide auf Billigkeitserwägungen berufen.

b. Zu § 822 BGB gibt es im deutschen Schrifttum für eine bestimmte Konstellation noch eine Meinung, die der Ausnahmelösung der *enrichissement sans cause* für den Fall der Insolvenz des primären Anspruchsgegners ähnelt. § 822 BGB setzt tatbestandlich voraus, daß der Anspruchsberechtigte den Bereicherungsinhalt deshalb nicht vom Erstempfänger her ausverlangen kann, da dieser durch die unentgeltliche Weitergabe an den Dritten erreicht ist. Nur insoweit ist ihm die Durchgriffskondition gestattet. Nun ist es aber denkbar, daß es dem bösgläubigen Empfänger nach den Vorschriften der §§ 818 IV, 819 BGB versagt ist, sich auf die Entreichnung zu berufen. Folglich läge der Tatbestand des § 822 BGB nicht vor, und der Berechtigte wäre auf Befriedigung durch den Empfänger angewiesen. Wenn dieser aber nun insolvent ist, so geht jeglicher Anspruch ins Leere. Dieses wird von einigen Stimmen der Literatur als unbillig erachtet, und eine Ausweitung der Anwendung

des § 822 BGB durch Analogie befürwortet.⁶³ Faktisch soll damit aus Gründen der Billigkeit die Subsidiarität der Durchgriffskondition für den Ausnahmefall, daß der Anspruchsinhaber wegen der Insolvenz des Empfängers keine Befriedigung erlangen kann, aufgehoben werden. Der direkte Zugriff soll gewährt werden, wodurch diese Lösung starke Züge der französischen Ausnahme bei Insolvenz des primär Verpflichteten gewinnt, und die Nähe zur *actio de in rem verso* nicht zu übersehen ist.

c. Ebenfalls beachtenswert sind solche Lösungsansätze, die in Fällen des sog. Doppelmangels in Mehrpersonenverhältnissen in Anwendung einer Kondition der Kondition einen direkten Rückforderungsanspruch gegen den Dritten befürworten.⁶⁴ Danach kondiziert der ursprünglich Leistende den Konditionsanspruch des Mitlers gegen den Dritten und erlangt so den unmittelbaren Zugriff auf die Bereicherung. Die Lösung dieses Problems ist indes umstritten und wird hauptsächlich von der Frage abhängig gemacht, ob man dem Leistenden diesen Anspruch deshalb gewähren solle, da er ansonsten eine unzulässige Rechtsausübung beginge, wenn er Wertersatz nach § 818 II BGB kondiziere.⁶⁵ Der BGH entscheidet sich hier für die Kondition der Kondition und rückt die Entscheidung dieser Fälle damit in die Nähe der Konstruktion der *actio de in rem verso*.⁶⁶

d. Denkbar ist schließlich auch, daß einige Wirkungen der Regelungen des § 951 BGB und des EBV Züge des Versionsgedankens aufweisen. Hierauf soll aber an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

3. Fazit

Abschließend bleibt die Feststellung, daß der sich anfangs als sehr gewichtig darstellende Unterschied beider Rechtsordnungen durch die gegensätzliche Haltung zur *actio de in rem verso* letztlich doch eher dogmatischer Natur ist. Durch die weitreichenden Einschränkungen, die der Anspruch auf französischer Seite durch die *cause légitime* und den *caractère subsidiaire* erfahren hat, sind die Möglichkeiten des gewährten Durchgriffs auf den Dritten deutlich reduziert. In der Praxis bleiben unterschiedliche Ergebnisse Ausnahmefällen vorbehalten. Nur die Verblüffung über die genau gegensätzliche Behandlung des unentgeltlichen Erwerbs sowie eines weiteren noch zu erwähnenden Falls, und die damit verbundenen Verkehrenungen der eigenen Grundentscheidung beider Rechtsordnungen, ist unter dem

⁶³ Medicus, Schuldrecht II - BT, Rn. 691

⁶⁴ Darstellung bei v. Caemmerer, Gesamtele Schriften, S. 332 ff; Medicus, Schuldrecht II - BT, Rn. 726, dergleichen in Bürgerliches Recht, Rn. 670 ff

⁶⁵ vgl. auch Larenz/Canaris, SBT II 2 § 70 II 2b

⁶⁶ BGH ZIP 1990, 915 (918)

Strich besonders auffällig. Dennoch sollte der verbleibende Rest an Gegenseitlichkeit nicht unterschätzt werden.

4. Die Praxis - Drei Beispiele

Ob, und wenn, wie und wo sich dieser Unterschied beider Rechtsordnungen praktisch auswirkt, soll nachfolgend kurz anhand dreier Beispielsfälle aufgezeigt werden, die allesamt der Rechtsprechung entstammen.

a. Die wohl breite Masse der Fälle findet sich ihrer rechtlichen Konstruktion nach im folgenden Beispielsfall wieder: Die *Cour de Cassation* entschied im Jahre 1939 folgenden Fall.⁶⁷ Der Pächter eines Gewerbebetriebes war nach dem Pachtvertrag mit dem Verpflichten dazu verpflichtet, die nötigen Reparaturen am Inventar des Betriebes durchzuführen. Er beauftragte zu diesem Zwecke einen Unternehmer. Als der Pächter bald darauf in Konkurs geriet, fiel der Gewerbebetrieb und somit auch der Vorteil aus der bis dahin noch unbezahlten Reparatur unmittelbar an den Verpflichten. Dieser wurde nun direkt vom Unternehmer wegen *enrichissement sans cause* in Anspruch genommen. Die *Cour de Cassation* lehnte den Anspruch ab. Zwar sei der Verpflichten durch die Reparaturarbeiten des Unternehmers bereichert worden, aber er könne sich auf eine *cause légitime* berufen. Aus dem Pachtvertrag folge nämlich, daß der Pächter verpflichtet gewesen sei, dem Gewerbebetrieb und damit dem Verpflichten diese Leistungen zukommen zu lassen. Die Bereicherung fand ihre Rechtfertigung in der Klausel des Pachtvertrages.

Das deutsche Bereicherungsrecht würde auf konstruktiv anderem Wege zum selben Ergebnis kommen und dem Unternehmer den direkten Rückgriff auf den Verpflichten verschließen. Zwar ließe sich eine Bereicherung des Verpflichten in sonstiger Weise annehmen, doch müßte eine Nichtleistungskondition nach § 812 I 1 2. Alt. BGB an ihrer Subsidiarität scheitern. Denn nach deutschem Rechtsverständnis läge unproblematisch eine vorrangige Leistungsbeziehung vor, die die Möglichkeiten einer Kondition bestimmt. Da die Leistungsbeziehung aber zwischen dem Unternehmer und dem Pächter bestünde, wäre ein Rückgriff auch auf dieses Verhältnis beschränkt. Der Unternehmer muß sich an den Pächter halten, der sein ausgewählter Vertragspartner ist, und dessen Insolvenzrisiko er zu tragen hat.

Beide Bereicherungsrechte kommen so für die wohl häufigste Erscheinungsform einer Drittbereicherung mit vertraglicher Rechtfertigung zum selben Ergebnis.

b. Anders fällt der Vergleich aber in einer ebenfalls unterschiedenen Variante des obigen Sachverhalts aus. Der Käufer eines Grundstücks ließ durch einen Unternehmer bereits un-

⁶⁷ Req. 22.2.1939, D. 1940, I. 5

mittelbar nach dem Kauf Bauarbeiten auf dem Grundstück durchführen. Nachdem der Käufer bald darauf vermögenslos wurde und weder Kaufpreis noch Werklohn zahlen konnte, fiel das Grundstück, bevorteilt durch die Unternehmensarbeiten, zurück an den Verkäufer. Von diesem verlangte nun mittels der *actio de in rem verso* der Unternehmer die Herausgabe der Bereicherung, sprich seinen Werklohn.

Die *Cour de Cassation* gab der Klage statt.⁶⁸ Die Begründung folgte wieder aus den konstruktiven Anforderungen der *enrichissement sans cause*. Die Drittbereicherung war vorhanden und eine Rechtfertigung war erforderlich. Allerdings war hier im Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer keine *cause* zu erkennen, die die Bereicherung *légitime* gemacht hätte. Es bestand kein vertraglicher Anspruch des Verkäufers auf derartige Leistungen durch den Käufer. Die Versionsklage griff durch.

Anders wäre nach dem BGB zu entscheiden gewesen. Es bestünde hier kein Unterschied in der Beurteilung zum erstgenannten Beispielsfall. Allein die vertragliche Leistungsbeziehung zwischen dem Unternehmer und dem Käufer bestimmt die Möglichkeiten einer Rückforderung. Der Unternehmer kann sich nur an den Käufer halten. Die Grundentscheidung des deutschen Bereicherungsrechts, daß jeder grundsätzlich auf seine Vertragsbeziehungen verwiesen bleibt, wiegt hier schwerer. Eine Ausnahme von dieser Wertung ist nicht ersichtlich.

c. Als letztes Beispiel soll mit dem Jungbullenfall abschließend noch ein Klassiker des BGH zur Untersuchung der Unterschiede herhalten. Problematisch in diesem Sachverhalt war die Frage, ob der Unternehmer, der die gültig abgekauften von einem Dieb erworbenen Jungbullen zu Fleischwaren verarbeitet hatte, dem Bestohlenen Wertersatz nach den Mitteln des § 951 BGB beruhen §§ 812 I 1 2. Alt., 818 II BGB zu leisten hatte. Das Problem rang wiederum mit der Frage der Subsidiarität der Nichtleistungskondition des § 812 I 1 2. Alt. BGB aufgrund eines möglichen Leistungsverhältnisses, diesmal zwischen dem Dieb als Mittler und dem Unternehmer. Entschieden wurde gegen die Subsidiarität und damit für einen Anspruch auf Wertersatz. Die Begründung für diesen Ausnahmefall einer Direktkondition, der das Fehlen jeglicher Leistungsbeziehung im Mehrpersonenverhältnis erfordert, ging dahin, daß Inhalt der fraglichen Leistungsverpflichtung des Diebes an den Unternehmer war, diesen das Eigentum an den Tieren zu verschaffen. Aufgrund der Regelung des § 935 BGB war es ihm aber nicht möglich, Eigentum an einer gestohlenen, sprich abhanden gekommenen Sache zu verschaffen. In der Konsequenz wurde gesagt - sicherlich auch ein wenig vom Ergebnis her argumentiert - daß keine Leistung i.S.d. § 812 I 1. Alt. BGB vorläge, weil der Leistungszweck nicht erreicht werden könne, und daß daher der Weg für die Nichtleistungskondition eröffnet sei. Entscheidend war hier also die konkrete Ausgestaltung der Leistungshandlung, deren Beurteilung bei reiner Besitzverschaffung

⁶⁸ Req. 11.9.1940, S. 1941, I. 121

schon wieder anders ausgefallen wäre. Der direkte Zugriff auf den Unternehmer als dem Bereicherungsinhaber ist dem Bestohlenen ganz in der Manier einer Versionsklage gestaltet worden.

Die französische Rechtsprechung hätte diesen Fall wohl genau entgegengesetzt entschieden. So gibt es jedenfalls eine Entscheidung der *Cour de Cassation*, die dem ursprünglichen Eigentümer einer gestohlenen Sache einen Herausgabeanspruch gegen den gutgläubigen Erwerber des Diebesguts aus *enrichissement sans cause* abgesprochen hat.⁶⁹ Nach deren Dogmatik liegt folglich selbst in dem Vertrag zwischen dem Dieb und dem Erwerber eine *cause légitime*.

Entnimmt man diesen beiden Entscheidungen die jeweilige Grundregel, daß der gutgläubige Erwerb einer gestohlenen Sache durch einen Dritten nach deutschem Recht einer Direktkondition ausgesetzt ist, nach französischem Recht dagegen konditionsfest ist, so liegt hiern neben den Fällen des unentgeltlichen Erwerbs ein weiteres Beispiel für die totale Umkehrung der Grundentscheidungen beider Rechtssysteme hinsichtlich der Übernahme der Versionsklage.

In jedem Falle macht das letzte Beispiel deutlich, daß die Frage nach Unterschieden und Gemeinsamkeiten beider Bereicherungsrechte nicht allein durch ein Studium der jeweiligen Konstruktionen beantwortet werden kann, sondern daß es dafür auch des Verständnisses einzelner Teilgebiete beider Rechtsordnungen bedarf. Dies kann leider für die französische Seite dieser Arbeit nur ansatzweise geleistet werden.

Teil 4: Gesamtwürdigung

Obwohl er sich in der Mehrzahl der praktischen Fälle wohl entsprechend des ersten Beispiels eher als hauptsächlich dogmatischer Natur behaupten dürfte, darf der Unterschied, der sich letztlich aus den jeweiligen Grundentscheidungen ergibt, nicht unterschätzt werden. Ob und wie sich diese gewonnenen Erkenntnisse in Selbstverständnis und Funktion des Bereicherungsrechts auswirken, soll der letzte Teil der Arbeit zu klären versuchen.

I. Selbstverständnis und Funktion

Eine Beurteilung der Bedeutung und des Selbstverständnisses des französischen Bereicherungsrechts im weiteren Sinne muß im Vergleich zu BGB eher schwach ausfallen. Es lassen sich viele Belege dafür finden, daß die Rechtsordnung nach dem *Code Civil* das Bereicherungsrecht als absolutes Auffangregelwerk betrachtet. Vorne an steht die Tatsache, daß man neben der *répétition de l'indu* die Regelung eines ergänzenden Bereicherungssta-

⁶⁹ Civ. 11.2.1931, D. 1931. 1. 129

bestands nicht bedacht hat. Es ist nicht einmal an eine anspruchsbegründende Generalklausel gedacht worden, die dann in guter französischer Tradition zur weiteren Ausgestaltung der Rechtsprechung überlassen worden wäre.

Auch hat der Gesetzgeber sich zu keiner neuen Regelung durchgerungen; es fand sich ja stattdessen der Grundsatz nach a. 1235 C.C., der eine Ausformulierung der Gerechtigkeit sein sollte. Und so ist es dann auch gekommen, daß sich das Bereicherungsrecht nach der *enrichissement sans cause* in seiner heutigen Gestalt stark als ein Recht der Billigkeit behauptet. Es dient dazu, sozusagen als letzte Instanz Ungerechtigkeit auszugleichen, und zwar dort, wo es mangels anderweitiger Regelungen nicht dazu kommt. Ständig präsent ist aber seine Nachrangigkeit gegenüber anderen Ansprüchen, die es selbst durch seine eigenen Voraussetzungen etabliert.

Auch ist schon mehrfach festgestellt worden, daß sich das Bereicherungsrecht inhaltlich nicht als Schadensersatzrecht versteht, sondern allein Herausgabeansprüche zusprechen kann. Für alles weitere begrenzt es seinen Anwendungsbereich und überläßt das Feld anderen Ansprüchen. Ihrer Rechtsnatur nach werden sowohl die *répétition de l'indu*, als auch die *enrichissement sans cause* zu den quasi-vertraglichen Ansprüchen gezählt.⁷⁰

Allerdings darf man den Vorwurf der Lückenhaftigkeit des *Code Civil* auch nicht zu weit fassen. Denn das französische Recht hat aufgrund seiner Konstruktion in anderen Bereichen auch einen erheblich geringeren Bedarf für die Anwendung des Bereicherungsrechts. Erwähnt seien in diesem Zusammenhang neben den oben angesprochenen Sonderabständen allein die sich aus dem Fehlen des Gebildes des Abstraktionsprinzips ergebenden Unterschiede. Eine Herausgabe in Form einer Rückübertragung nach fehlgeschlagenem Kauf ist in Frankreich nicht nötig.

Aufgrund des schmalen Anwendungsbereichs der *répétition de l'indu* und der verwaisten Bedeutung der *enrichissement sans cause* läßt sich das französische Bereicherungsrecht insgesamt vielleicht als von Billigkeitsdenken dominierte *ultima ratio* bezeichnen.

Den §§ 812 ff kommt dagegen eine vergleichsweise gewichtigere Bedeutung innerhalb des BGB zu. Nicht nur, daß es abschließend geregelt ist und nur in seiner Interpretation und Auslegung über die Jahre fortgebildet wurde. Auch wird es vielerorts im BGB aus Auslegungsregel von anderen Teilgebieten wie dem Rücktrittsrecht oder dem EBV berufen, wobei es u.U. sogar noch den Rechtsgrund eines Anspruchs stellt.

Dies macht aber auch gleichzeitig seine Notwendigkeit deutlich. Gerade das Abstraktionsprinzip des BGB fordert ein derartiges Ausgleichsrecht, wo keine spezielleren Regeln existieren. Andererseits wird es auch von der Einschligigkeit anderer Vorschriften gesprochen, so beispielsweise durch die Verwendungsersatzregelungen des EBV.

⁷⁰ Malaurie/Aynès, *Droit Civil - Les Obligations*, Ra. 930; Terré/Simier-Legrand, *Droit Civil - Les Obligations*, Ra. 968; a.A. Mazaud/Cahiers, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Ra. 715, die der *enrichissement sans cause* eine eigene Rechtsnatur zuschreiben

Nicht zu unterschlagen ist, daß auch im deutschen Recht die Billigkeit eine wesentliche Rolle spielt im Selbstverständnis der §§ 812 ff BGB, und daß es gerade dieser Aspekt ist, der die stärkste Motivation zur Rechtsfortbildung durch die Gerichte bildet.⁷¹ Inhaltlich geht es ebenfalls um Herausgabeansprüche, für weitergehende Haftung verweist das Bereicherungsrecht auf die allgemeinen Vorschriften. Die §§ 812 ff BGB begründen ein gesetzliches Schuldverhältnis, womit auch gleichzeitig die Rechtsnatur des Anspruchs festgelegt ist.

II. Erklärungsversuche für unterschiedliche Ausgestaltung, Kritik und Möglichkeiten der Annäherung

An Ende der Arbeit erscheinen problematisch hauptsächlich die Unterschiede in Mehrpersonenverhältnissen, sowie Einzelheiten bei der Festlegung des Umfangs der Herausgabepflicht, Schwierigkeiten, die beispielsweise bei der Anerkennung eines Vertrages als Rechtsgrund oder bei der Interpretation einer Leistungshandlung entstehen, liegen nicht unbedingt im Problembereich des Bereicherungsrechts. Trotz des anfänglich unüberwindbar erscheinenden dogmatischen Unterschieds der *enrichissement sans cause* zeigt die nähere Beschäftigung mit dem französischen Bereicherungsanspruch, daß der Unterschied zumeist in der dogmatischen Konstruktion verbleibt. Die Ergebnisse liegen oftmals gleich oder zumindest vertretbar nahe beieinander. Die Ursache hierfür liegt wohl in dem gemeinsamen Leitmotiv der Billigkeit.

Gründe für unterschiedliche Konstruktion und Ergebnisse mögen wohl hauptsächlich in der Funktion und dem Selbstverständnis des Rechts des jeweiligen Systems liegen. Möglicherweise hat auch die deutsch-französische Geschichte ihren Anteil an der deutschen Entscheidung gegen die Versionsklage. Zumindest ist es bemerkenswert, daß sich der BGB-Gesetzgeber so deutlich gegen die *actio de in rem verso* ausgesprochen hat, obwohl sie in den vorher praktizierten Rechtsordnungen Geltung hatte und auch von den Gerichten gerne bemüht wurde.⁷² Vielleicht ist auch das allgemein im BGB spürbare Mißtrauen gegenüber der Rechtsprechung ein Grund dafür gewesen, auf eine der *actio de in rem verso* nachgebildete Generalklausel zu verzichten und in den §§ 812 ff BGB die Anspruchsvoraussetzungen vorzugeben. Mit Sicherheit haben auch andere Grundentscheidung von *Code Civil* und BGB die Ausprägung ihrer Bereicherungsrechte mit zu verantworten.

Eine weitergehende kritische Würdigung über die Vorzugswürdigkeit eines der beiden Systeme soll an dieser Stelle unterbleiben. Sicherlich haben beide Rechtsordnungen ihre Vor- und Nachteile. Vielleicht liegt gerade hierin eine Chance, geleitet durch den in beiden Rechten dominanten Gedanken der Billigkeit, die letztlich in der Praxis nicht allzu häufig

gen Unterschiede zu überwinden. Technische Differenzen sollten dabei jedenfalls kein Hindernis bedeuten.

⁷¹ Vgl. nur Rechtsprechung des BGH zu den Schwarzarbeitsfällen in BGH NJW 1990, 2542

⁷² Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, §38 III, S. 544

Nachrichten aus dem Institut*

von

Christian v. Bar**

1. Ende und Neuaufbruch

Dieser Bericht, den ich aus Zeitgründen erst im Dezember 2003 verfassen kann, ist bereits der letzte über die Arbeiten des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Osnabrück. Denn rein rechtlich gesprochen gibt es unser schönes Institut schon seit dem 1. Oktober 2003 nicht mehr. Es ist an diesem Tage zusammen mit dem ehemaligen Institut für Europarecht in dem neugegründeten European Legal Studies Institute (ELSI; Institut für Europäische Rechtswissenschaft; Institut pour le Droit en Europe) des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück aufgegangen. In dem neuen Institut werden haushaltsrechtlich vier Lehrstühle zusammengefasst, von denen sich derzeit wiederum zwei im Besetzungsverfahren befinden. Wir werden insgesamt um die 25 bis 30 Mitarbeiter sein. Über Näheres werde ich in dem ersten Jahresbericht des ELSI informieren. Die nachfolgende Zusammenfassung unserer Tätigkeiten bezieht sich noch ganz auf das Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung.

2. Die Bibliothek

Seine Bibliothek ist im vergangenen Jahr wieder erfreulich gewachsen. Sie besteht jetzt aus ca. 45.000 Bänden, davon ca. 31.000 Zeitschriftenbände und ca. 14.000 Monographien. Gesammelt werden weiterhin das Schrifttum zum Internationalen Privatrecht (ohne Länderbezugsangabe) sowie Literatur aus den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Deren Erweiterung wird uns auch in der Bibliotheksversorgung vor große Herausforderungen stellen. Noch können wir allerdings in durchaus erfreulichem Umfang auf einige Sondermittel zurückgreifen.

*Im Anschluss an IVO 10 (2000/2001) S. 50-74.

Dr. jur., Dr. jur. h.c. (Leuven); Universitätsprofessor und Direktor des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Osnabrück; Bencher (Hons.) of Gray's Inn; FBA.

3. Das gemeineuropäische Privatrecht der auftragslosen Geschäftsführung und der ungerechtfertigten Bereicherung

Im Rahmen des von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) geförderten wissenschaftlichen Schwerpunktprojektes des Instituts, der Betreuung und der Mitwirkung in der Study Group on a European Civil Code (soglich Nr. 4 und 5), haben wir die Verantwortung für die gesetzlichen Schuldverhältnisse, d.h. für das Deliktsrecht, das Bereicherungsrecht und das Recht der auftragslosen Fremdgeschäftsführung. Unser Ständiges Seminar gilt derzeit schwerpunktmäßig den beiden zuletzt genannten Rechtsgebieten. Seine Erträge fließen nicht nur in die kommentierten und annotierten „Principles“ ein, die wir hierzu (und zum Deliktsrecht) im Zusammenwirken mit unseren beiden Advisory Councils und der Co-ordinating Group entwerfen, sondern auch in ein Jus Commune Europaeum-Lehrbuch zum Recht der negotiorum gestio und der ungerechtfertigten Bereicherung. Die Arbeiten hieran werden wegen vielfältigen anderen Aufgaben aber noch einige Jahre in Anspruch nehmen. Zwischenergebnisse haben wir in einer Reihe von Aufsätzen veröffentlicht.

4. Drafting Principles of European Tort Law, Unjustified Enrichment Law and Negotiorum Gestio

Die Hauptaufgabe des von mir geleiteten Osnabrücker Working Teams der Study Group on a European Civil Code besteht darin, die rechtsvergleichende Vorarbeit für und die Ausarbeitung von Grundregeln des Europäischen Deliktsrechts, des Europäischen Bereicherungsrechts und des Europäischen Rechts der auftragslosen Fremdgeschäftsführung zu leisten. Diese Grundregeln werden mit einer rechtsvergleichenden Einleitung, mit Kommentaren („comments“) und mit einem Anmerkungsapparat („notes“) versehen, der die geltende Rechtslage in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union widerspiegelt. Alle Vorarbeiten und die Durchführungs- und Umsetzungs Schritte sind Aufgabe des Working Teams. Es eröffnet seine ersten Entwürfe in wiederkehrenden Sitzungen zunächst mit seinen Advisory Councils, dann mit dem sogenannten Drafting Committee der Study Group und legt die Texte sodann der Co-ordinating Group (einem Gremium aus ca. 45 Professoren aus ganz Europa) in einem revolvierenden System zu mehreren konsekutiven Lesungen vor. Sobald ein bestimmtes Kapitel von der Co-ordinating Group vorerst abschließend (d.h. vorbehaltlich einer Endredaktion) gebilligt ist, beginnt die Arbeit an den Übersetzungen in die übrigen Sprachen der EU-Mitgliedsstaaten, ein komplizierter Prozess nicht zuletzt deshalb, weil er seinerseits noch einmal Rückwirkungen auf den englischen Ausgangstext ha-

ben kann, dessen Veränderungen sich dann zwingungsartig auch wieder auf die Fassungen in den übrigen Sprachen auswirken.

Das Working Team bestand im Berichtszeitraum aus den folgenden Mitgliedern:

- Begoña Alfonso de la Riva* LL.M. (Spanien) bis 31.08.2003
Dr. Erwin Beyens LL.M. (Belgien und Frankreich)
Dr. Ewaldia Eleftheriadou LL.M. (Griechenland)
Ina El Kobbria (Schottland; Tagungsorganisation)
Andreas Fötschl LL.M. (Österreich)
Caterina Gozzi LL.M. (Italien)
Lodewijk Gualtherie van Weezel (Niederlande) bis 31.08.2002
Dr. Matthias Hinner (Deutschland)
Rosalie Koohoven (Niederlande) ab 1.03.2003
Dr. Maria Angeles Martin-Vida (Spanien) ab 1.09.2003
José Carlos de Medeiros Nobrega LL.M. (Portugal)
Sandra Rohlfing (allgemeine Organisation)
Johan Sandstedt (Skandinavien)
Dr. Stephen Swann (England)
Stephen Love (Übersetzung) vom 1.06.2003 – 30.09.2003

Es hat auf das engste mit seinen Advisory Councils kooperiert, nämlich dem

Advisory Council on Tort Law –

- Professor John W.G. Blackie* (Strahelyde), *Professor Carlo Carronero* (Mailand), *Dr. Eugenie Dacoronia* (Athen), *Professor Jan Kleinman* (Stockholm), *Professor Guillermo Palao Moreno* (Valencia), *Professor Edgar du Perron* (Amsterdam), *Professor Geneviève Viney* (Paris I) (bis Ende 2002), *Professor Denis Mazeaud* (Paris II, ab 2003), *Professor Bénédicte Fauvarque-Cosson* (Paris II) -

der sich mit uns im Institut zu gemeinsamen Sitzungen am 5. und 6. April 2002 und am 23.-25. Januar 2003 traf.

und dem Advisory Council on Negotiorum Gestio und Unjustified Enrichment Law –

- Professor Eric Clive* (Edinburgh), *Professor Jiljo Gomes* (Porto), *Professor Marie Goré* (Paris II), *Justitieradet Professor Torngy Hastad* (Stockholm), *Professor Ewan McKen-*

drick (Oxford), *Professor Peter Schlechtriem* (Freiburg i.Br.), *Dr. Kristina Maria Stig* (Aarhus) -

welcher sich am 20. und 21. September 2002 und am 17. und 18. September 2003 mit uns in Osnabrück traf.

Das Working Team tritt regelmäßig einmal pro Woche (falls notwendig, auch häufiger) für ca. 1 ½ Stunden zusammen. Es erörtert Landesberichte zu Detailfragen des Rechts der auftragslosen Geschäftsführungen und der ungerechtfertigten Bereicherung sowie neueste Entscheidungen aus allen Mitgliedstaaten der EU, und zwar zu den genannten beiden Rechtsgebieten sowie zum Deliktstrafe. Außerdem werden hier die Textentwürfe für alle unsere drei Rechtsgebiete vorberaten, d.h. unter Einschluss des Deliktstrafe. Für dieses und das Recht der auftragslosen Fremdgeschäftsführungen haben wir inzwischen auch die zeitaufwendige und schwierige Übersetzung der in englischer Sprache bereits grundsätzlichlich verabschiedeten Artikel in alle (!) übrigen Sprachen der EU begonnen. Am weitesten fortgeschritten sind die Arbeiten zum Recht der auftragslosen Fremdgeschäftsführungen. Die Artikel sind abschließend beraten, so dass wir uns bereits ganz auf die comments und notes konzentrieren können. Wir hoffen, diesen Band im Jahre 2004 zum Druck geben zu können.

Die Mitglieder des Working Teams, die ja alle noch eigene Forschungsprojekte verfolgen, sind bzw. waren aber auch deshalb so hoch belastet, weil sie zeitgleich die „notes“ (die Anmerkungen) zu den „principles“ auf dem Gebiet des Deliktstrafe vorbereiten und an der Studie zu den Grenzmaterialien zwischen Vertragsrecht einerseits und Deliktstrafe und Sachenrecht andererseits (unten Nr. 7) mitwirken.

5. Trust Law

Dr. Stephen Swann beginnt mit ersten Vorbereitungen zu europäischen Grundregeln des Trustrechts. Er arbeitet seit September 2003 eng mit Frau *Inés Conio Griedes* zusammen.

6. Organisatorische und sonstige Aufgaben im Rahmen der Study Group

Viele Kräfte werden durch die Vorbereitung und Durchführung der Sitzungswochen der Co-ordination Group gebunden (hauptsächlich verantwortlich: *Ina El Kobbria*). Auf den Sitzungswochen der Co-ordination Group, die zweimal jährlich und i.d.R. von mitwochs bis son-

tags stattfindenden (bislang: Utrecht Dezember 1999, Rom Juni 2000, Salzburg Dezember 2000, Stockholm Juni 2001, Oxford Dezember 2001, Valencia Juni 2002, Porto Dezember 2002, Helsinki Juni 2003, Leuven Dezember 2003; demnächst Warschau Juni 2004, Mailand Dezember 2004 und Berlin Juni 2005), sind gewöhnlich um die 45 Kollegen anwesend, manchmal mehr. In der Regel sind Kollegen aus 22 Jurisdiktionen vertreten. Die Anfertigung der umfangreichen Protokolle dieser Beratungen gehört wiederum zu unseren Aufgaben.

Nicht zu unterschätzen ist der Zeit- und Arbeitsaufwand, den die aus Anlass der Gründung der Co-ordinating Group erforderlich gewordene Reise- und Vortragstätigkeit bedeuten. Die Study Group und ihr Projekt müssen in Europa bekannt gemacht werden. Manchmal, so scheint es, folgt ein Kongress dem anderen auf dem Fuße. Außerdem veranstalten die lokalen Organisatoren der Sitzungswochen regelmäßig nationale Zusatzkongresse am Vortag des Beginns der Beratungen, um den Aufmerksamkeitsgrad zu erhöhen, politische Verantwortungssträger zu erreichen, aber auch, um örtliche Sponsoren für die finanziell nicht leicht zu schulternden Sitzungswochen zu finden. Jede von ihnen kostet gut und gerne 20.000 Euro.

7. Studie zum außervertraglichen Haftungsrecht und zum Sachenrecht in ihrer Beziehung zum Vertragsrecht

Im Jahre 2002 hat sich ein von Professor Probnig (Hamburg) und mir geleitetes internationales Autorenteam auf eine entsprechende Ausschreibung der EU Kommission um die Ausarbeitung einer „Study on non-contractual liability law and property law as they relate to contract law“ beworben und am 26. Dezember 2002 (!) den Zuschlag erhalten. Einzelheiten folgen im nächsten Bericht. Die inzwischen auf über 500 Seiten angewachsene Studie befindet sich z.Zt. im Überarbeitungsstadium. Wir warten noch auf die Ergebnisse einer zweiten großen Fragebogenaktion. Ende Februar 2004 muss die Studie der EU Kommission vorliegen.

8. Übersetzung der Principles of European Contract Law

Zusammen mit Professor Reinhard Zimmermann (Hamburg) haben wir ferner die „Principles of European Contract Law“, die „Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts“, in die deutsche Sprache übersetzt, und zwar vollständig mit Kommentaren und Anmerkun-

gen. Einen Teil dieser Übersetzung verdanke ich Frau *Santra Rohlfing*. Der ca. 600 Seiten starke Band ist im Jahre 2002 bei Sellier European Law Publishers in München erschienen.

9. Internationales Privatrecht I

Im Jahre 2003 ist es gelungen, die längst überfällige zweite Auflage des ersten Bandes („Allgemeine Lehren“) meines zweibändigen Lehrbuches zum Internationalen Privatrecht abzuschließen und zu veröffentlichen. Diesen ersten Band haben noch Professor *Peter Mankowski* (Hamburg) und ich zusammen überarbeitet. Die Neuauflage des zweiten Bandes (des Besonderen Teils) wird Professor Mankowski allein in Angriff nehmen. Ich bin aus Gründen der Arbeitsbelastung ausgeschieden. Das gilt auch für die Kommentierung des Internationalen Eherechts im „Staudinger“.

10. Ausländisches Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache

Das Institut hat die (intern) sogen. „Datenbank“, also die Sammlung deutschsprachiger Veröffentlichungen zum ausländischen Privat- und Privatverfahrensrecht Recht, kontinuierlich fortgeführt. Die jährlich erscheinenden „updates“ werden als CD-ROM veröffentlicht. Eine neue Buchausgabe ist im Druck und wird in Kürze erscheinen. Die Datenbank wurde betreut von Frau *Nicole Sreitz*, Herrn *Lars Haverkamp* und Herrn *Daniel Smith*.

11. Laufende individuelle Forschungsprojekte

Im Institut findet natürlich weiterhin auch viel Individualforschung statt. Ich nenne insbesondere die folgenden Dissertationsvorhaben: Deliktische Haftung für mittelbare Rechtsgutsverletzungen im deutschen Zivilrecht (*Arbab*); Vergleichende Werbung (Kehlbedies); Der Anspruch iure proprio auf Ersatz des immateriellen Schadens wegen der Tötung eines nahen Angehörigen in Deutschland und Italien (*Gozzi*); Anknüpfung von Konkurrenzregeln (*Schütz*); Mobilarsicherheiten im russischen Recht (*Kettler*); Zahlung fremder Schuld (*Sandtredt*); Konzernkollisionsrecht (*Nieporze*); Internationale Handelschiedsgerichtbarkeit in Singapur (*Reder*); Auskunftsansprüche im Internationalen Umwelthaftungsrecht (*Osthaus*); Nichtvermögensschäden im französischen Privatrecht (*Zilbers*); Kausalität im französischen Recht der Haftung für reine Vermögensschäden (*Chebel*); Massenunfälle bei der Personenbeförderung mit Auslandsberührung (*Sreitz*); Rückabwicklung im Gegenseitigkeitsverhältnis (*Rohlfing*); Haftung für immaterielle Schäden im chinesischen Recht

(*Jiao*); Rechtsfragen deutsch-chinesischer Ehen (*Zong*); Saldotheorie in Portugal und Brasilien (*de Medeiros Nóbrega*); The use of trust law within securitisation of credits. A comparative analysis (*Conto Guedes*); Kompetenz der EU zur Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs (*El Kobbia*); Niehethliche Kindschaft in deutsch-niederländischen Fällen (*Koohoven*); Die Hilfeleistung im Notfall (*Försch*); Haftung für Körperverletzungen beim Betrieb von Luftfahrzeugen (*Vrizer*); Das kollisionsrechtliche Werk Ernst Zitelmanns (*Decker*); Arzthaftung im niederländischen Recht (*Heppes*); Versorgungsausgleich nach ausländischem Recht oder unter Einbeziehung ausländischer Anwartschaften (*Wehrlich*); Das IPR der Geschäftsführung ohne Auftrag (*Nickel*); Der Direktanspruch gegen Haftpflichtversicherungen (*Schmid*); Die Stellung des Sachverständigen im englischen und deutschen Zivilprozess (*Twissina*).

Frau Dr. *Evalia Eieflheriadou* wird sich in ihrer Habilitationsschrift der Frage zuwenden, inwieweit „title-based securities“ (Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung, Sicherungszession) dem Normalregime dinglicher Kredit sicherheiten unterliegen oder eine eigene Existenzberechtigung haben. Herr Dr. *Mathias Hinner* widmet sich habilitandi causa der Entwicklung einer übergreifenden privatrechtlichen Konkurrenzlehre.

12. Tagungs- und Kongressreisen; Vorträge

Herr *Johan Sandtehl* hat an der Tagung der Co-ordinating Group in Stockholm im Juni 2001 teilgenommen. Herr *Erwin Beysen* und Frau Dr. *Evalia Eieflheriadou* besuchten die 28. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Fachgruppe Zivilrecht, in Hamburg. Frau *Alfonso de la Riva* war mit uns in Oxford. Herr Dr. *Mathias Hinner* hat an der Tagung der Co-ordinating Group in Valencia im Juni 2002 sowie im November 2002 an einer Tagung der ERA („Drafting a European Tort Law“) teilgenommen, außerdem an den Neunten Gesprächen zum deutschen und europäischen Umweltrecht vom 27.-28. Februar 2003 in Osnabrück. Frau *Sandra Rohlfing* nahm an der Tagung der Co-ordinating Group in Porto im Dezember 2002 sowie im April 2003 an einer Tagung der ERA in Trier („European Contract Law – the Action Plan 2003“) teil. Frau *Ina El Kobbia*, die mit der Organisation und den minutes beauftragt ist, und Herr Dr. *Stephen Swann* sind regelmäßig bei allen Sitzungen der Co-ordinating Group dabei. Frau Dr. *Martin Vda* hat in Regensburg und Spanien an diversen Tagungen und Seminaren teilgenommen: im Oktober 2001 an der Universität Regensburg („The most recent developments regarding consumer's protection“), im Mai 2002 ebenfalls an der Universität Regensburg („The position of the Government in the Spanish constitutional order“), im Juni 2002 an der Universität von Granada („The principle of equality in the Spanish Constitution“) sowie an der Universität Regensburg („The most recent developments in Central and Eastern Europe regarding constitutional ju-

risdiction and protection of fundamental rights“), im Juli 2002, ebenfalls an der Universität Regensburg („The future Constitution of the European Union“) sowie im Oktober 2002 („Economic relations between Russia and the European Union“) und schließlich im September 2003 an der Universität Barcelona („Citizenship, regulation and public service“). Herr Dr. *Stephen Swann* hat auf der Tagung der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Dresden (September 2003) über europäisches Bereichsrecht referiert, im Juni 2002 auf einer Tagung der Universität Catania über die Arbeiten der Study Group gesprochen und im Februar 2002 über englisches Gemeinnützigkeitsrecht am Großbritannienzentrum der Humboldt Universität Berlin vorgelesen. Im Jahre 2001 hat er zweimal auf Tagungen in Rom referiert

Ich selber habe Vorträge und Vorlesungen gehalten in Brüssel (25.10.2002), in Budapest (5.10.2003), in Hamburg (3.3.2003), in Helsinki (10.6.2003), in Karlsruhe (15.2.2002 und 21.2.2003), in Leuven (1.12.2001 und 16.5.2003), in Münster (31.1.2002), in Paris (12.4.2002), in Porto (10.12.2002), in Rom (12.7.2002), in Regensburg (22.-3.2002), in Trier (14.3.2002, 17.11.2002 und 4.4.2003), in Utrecht (12.4.2003), in Valencia (10.6.2002), in Warschau (8.3.2002) und in Wustrau (Richterkademie 9.-13.9.2002).

Ich habe ferner alle Sitzungswochen der Study Group geleitet (Stockholm, Juni 2001; Oxford, Dezember 2001; Valencia, Juni 2002; Porto, Dezember 2002; Helsinki, Juni 2003 und Leuven, Dezember 2003). Am 16.11.2003 habe ich in Osnabrück die Rede zum Volksrautrag gehalten.

13. Gutachten und Redaktorentätigkeit

Zu meinen Obliegenheiten gehörte des weiteren die Erstellung von Gutachten für Organisationen der Wissenschaft (u.a. für die National Research Foundation of Southern Africa, das Europäische Hochschulinstitut in Florenz, die Niederländische Organisation voor Wetenschappelijk Onderzoek und den Österreichischen Fonds zur Förderung der Wissenschaften), Gutachten für Stipendiaten (DAAD, Humboldt-Stiftung, Konrad Adenauer Stiftung, Studienstiftung des Deutschen Volkes und eine Reihe ausländischer Universitäten) und Gutachten für Gerichte über ausländisches Recht. Die Letzteren betrafen u.a. Fragen des italienischen Vertragsrechts, des niederländischen Adoptionsrechts und des spanischen Scheidungsrechts. Diese größeren Gutachten werden in den IPG veröffentlicht werden. Ich bin weiterhin als Redaktor für das Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht im „Staudinger“ tätig und wirke in dem wissenschaftlichen Beirat mehrerer ausländischer Zeitschriften mit (Il Foro Padano, Padua; European Review of Private Law, Den Haag; Europa e Diritto Privato, Rom; The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Kap-

stadt; European Legal Cultures, Moskau; Russian Journal of Comparative Law, Moskau). Außerdem obliegt mir für die Fakultät die Herausgabe der Osnabrücker Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen (ORA).

14. Forschungsantrag unter dem 6. Forschungsrahmenprogramm der EU

Viel Zeit, Kraft und Reistätigkeit nahmen die langwierigen Vorarbeiten und später die Koordination eines Forschungsantrages unter dem 6. Forschungsrahmenprogramm der Europäischen Union in Anspruch. Die Federführung lag zwar bei Professor *Hans Schulte-Wölke* (Bielefeld) (ohne dessen Expertise und ohne dessen Team wir den am Ende 400 Seiten starken Antrag niemals bewilligt hätten), doch haben auch wir für die Study Group unserer Scherffen beitragen und Verbindungen zu einer ganzen Reihe von ausländischen Forschungsteams und Forschungseinrichtungen herstellen müssen. Über Erfolg oder Misserfolg dieses gewaltigen Antrages und über seine Hintergründe wird der nächste Bericht genauer informieren. Mit einer Entscheidung ist etwa in der Jahresmitte 2004 zu rechnen.

15. Abgeschlossene Promotionen und Magisterarbeiten

Im Berichtszeitraum wurden mehrere von mir betreute Promotionen mit der mündlichen Prüfung abgeschlossen. Es promovierten zum Dr. jur.: *Erwin Beysen* („Der privatrechtliche Schutz des Softwareherstellers vor Programmpiraterie in Deutschland, Frankreich und Belgien“), *Mario Devermann* („Organisationsverschulden im klinischen Bereich“), *Evelina Eleftheriadou* („Die Haftung aus Verkehrspflichtverletzung im deutschen und griechischen Deliktsrecht“), *Matthias Hühner* („Haftung für Altfasern beim Grundstückskauf“), *Friedrich Isenhardt* („Das Eingreifen Dritter in Schuldverhältnisse“) und *Dirk Schjeller-Langheine* („Beweiserleichterungen im japanischen Schadenersatzprozess. Antworten auf Herausforderungen des zivilen Haftungsrechts der Gegenwart“). Darüber hinaus habe ich sechs Zweitvoten zu Dissertationen anderer Erstbetreuer erstellt.

Den LL.M.-Titel erwarben unter meiner Betreuung: Frau *Caterina Gozzi* („Bereichsrechtliche und deliktrechtliche Ansprüche aus der Verletzung des Rechts am eigenen Bild im deutschen und italienischen Recht“), *Johan Sandstred* („Bürgerschaftsrecht aus skandinavischer und deutscher Perspektive“) und *Lodewijk Gualthérie van Waezel* („Öffentlichrechtliche Körperschaften als Geschäftsführer ohne Auftrag im niederländischen und deutschen Recht“).

16. Prüfungen und Lehre

Ich habe im Berichtszeitraum folgende Vorlesungen und Seminare gehalten: im WS 02/03: Einführung in das Zivilrecht, Schuldrecht BT II und IPR I; im SS 03: Rechtsvergleichung, IPR II und ein Seminar zum europäischen Privatrecht. Im WS 2001/02 sowie im SS 2002 hat Herr *Dr. Hühner* das Repetitorium im Zivilrecht abgehalten. Außerdem hat Herr *Dr. Hühner* im SS 2003 eine Vertiefungsvorlesung zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag und zum Bereichsrecht gehalten. Frau *Dr. Eleftheriadou* und Frau *Rohlfing* haben Arbeitsgemeinschaften zum Allgemeinen Teil und zum Schuldrecht durchgeführt.

Ich habe im Berichtszeitraum insgesamt 21 Examensarbeiten korrigiert, als Kommissionsvorsitzender sieben mündliche Prüfungen im ersten Staatsexamen abgenommen, neun Dissertationen und fünf Magisterarbeiten votiert und mehrere mündliche Prüfungen für Erasmus-Studenten abgehalten.

17. Auszeichnungen

Herr *Erwin Beysen* ist am 18.1.2002 in Brüssel in Anerkennung seiner Arbeiten zum belgischen Sachenrecht mit dem Förderpreis der Belgisch-Deutschen Juristenvereinigung ausgezeichnet worden. Herr *Lars Haverkamp* ist am 26.4.2003 in Hamburg mit dem ZENP-Preis 2002 (Abteilung Rechtsvergleichung) für die beste studentische Seminararbeit geehrt worden. Mir hat die juristische Fakultät der Katholischen Universität Leuven (Belgien) am 16.5.2003 die Ehrendoktorwürde verliehen.

18. Geistes- und Sozialwissenschaften in der DFG

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) hat im Zuge einer Initiative für die Geisteswissenschaften Wissenschaftsjournalisten damit beauftragt, geisteswissenschaftliche Forschungsprojekte der Öffentlichkeit allgemeinverständlich nahe zu bringen. Der Ende 2003 veröffentlichte Band „Einblicke. Geistes- und Sozialwissenschaften in der DFG“ enthält S. 100-111 auch einen Beitrag von *Barbara Schwerdtfeger*, „Ein Gesetzbuch für Europa, Forscher und eine Vision“, der unsere Arbeitsgruppe vorstellt.

19. Schriftenreihe des Instituts

Unsere „Schriften zum Internationalen Privatrecht und Rechtsvergleichung“ (seit 2003 im Universitätsverlag Osnabrück bei V&R unipress) umfassen inzwischen die folgenden Titel:

- Bd. 1: *Husted*, Grundzüge des costaricanischen Rechts der Handelsgesellschaften sowie des Einzelunternehmens mit beschränkter Haftung (1996)
- Bd. 2: *Herrmanns-Engel*, Die rechtliche Berücksichtigung des Menschen vor der Zeugung: eine Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Zivilrecht (1997)
- Bd. 3: *Reckhorn-Hengemihle*, Die neue spanische GmbH nach dem Gesetz 2/1995 vom 23. März 1995 (1997)
- Bd. 4: *Poulsen*, Haftung, Haftungsherabsetzung und Versicherung unter dem dänischen Schadensersatzgesetz. Mit vergleichenden Hinweisen auf das norwegische Recht (1998)
- Bd. 5: *Song*, Die Vesselstündigung der juristischen Person im deutschen und koreanischen Recht (1999)
- Bd. 6: *Plagmeier*, Kollisionsrechtliche Probleme internationaler Franchisesysteme (1999)
- Bd. 7: *Jabs*, Die Emigration deutscher Juristen nach Großbritannien (1998)
- Bd. 8: *Nolle*, Der zivilrechtliche Schutz der Privatsphäre in England (1999)
- Bd. 9: *Billier*, HIV-Infektionen durch Bluttransfusionen im französischen Haftungsrecht (2000)
- Bd. 10: *Spinellis*, Das Vertrags- und Sachenrecht des internationalen Kunsthandels (2000)
- Bd. 11: *Ohlenborg*, Die Haftung für Fehlverhalten von Richtern und Staatsanwälten im deutschen, englischen und französischen Recht (2000)
- Bd. 12: *Leonard*, Kausalität und die Struktur des Verschuldensdelikts. Eine Analyse der deliktischen Struktur anhand des Kausalitätserkennungsverfahrens (2001)
- Bd. 13: *Feuerstein*, Grundlagen und Besonderheiten des außervertraglichen Haftungsrechts der VR China (2001)
- Bd. 14: *Hilfk*, Chancen und Grenzen einer unmittelbaren Sanktionierung anwaltlichen Fehlverhaltens in den USA und Deutschland (2001)
- Bd. 15: *Fasterling*, Die Abstimmung des Schadensersatzes mit dem versicherungsrechtlichen Schadensausgleich bei Personenschäden am Beispiel der Rechte Schwedens und Dänemarks (2001)
- Bd. 16: *Hilling*, Das kollisionsrechtliche Werk Heinrich Freiherr v. Coccejis (1644-1719) (2002)
- Bd. 17: *Baumgärtel*, Der Schutz geographischer Bezeichnungen in Frankreich und Deutschland: der Konflikt zweier Schutzsysteme (2002)

Bd. 18: *Ebersohl*, Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz in der schwedischen Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte (2003).

20. Nachrichten von ehemaligen Mitgliedern und Gästen des Instituts

Jeroen und *Marianne Antonides* zeigen die Geburt ihres ersten Sohne, *Jay*, an. Die Professorinnen *Lubov* und *Viktorja Boitsova* wurden mit der Ehrenmedaille der Russischen Akademie der Wissenschaften ausgezeichnet. Sie haben inzwischen mehrere neue juristische Zeitschriften gegründet, in deren internationalen Beraterstab ich mitwirke. *Günter Deppenkemper* war mit einem Stipendium der Mathews-Stiftung zu Forschungszwecken in Rom. Dr. *Kajia Fach Gomez* ist aus Harvard nach Zaragoza zurückgekehrt und hat ihre Publikationsstätigkeit wieder aufgenommen. *Lodewijk Gualtherie van Wezel* ist zur Weltbank nach Washington gegangen. Dr. *Mario Feuerstein* wechselte an die Sendai-Universität in Japan, wo er deutsches Recht unterrichtet. Dr. *Sevilay Erodlu* (Istanbul), *Danila Gürpinar* (Izmir) und Dr. *Annamaria Herpai* (Miscolic) hielten bzw. halten sich für mehrere Monate aufgrund eines DAAD-Forschungsstipendiums im Institut auf. Dr. *Wessel Henkamp* ist nach seiner Rückkehr aus New York nun als Anwalt in der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer in Frankfurt/Main tätig. Herr *Stefan Keitler* geht mit einem Forschungsstipendium des DAAD nach Moskau. Dr. *Björn FASTERLING* wurde zum Professor Associe an der Universität Nizza ernannt.

21. Veröffentlichungen aus dem Institut Januar 2001 bis November 2003

Christian v. Bar

- Le Groupe d'Etudes sur un Code Civil Européen, Rev.int.dr.comp. 2001 S. 127-139
- Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert. Texte, Übersetzungen, Materialien I und II (mit P. Dopffel). Zweiter Band. Tübingen: Mohr 2001 (Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 42) XXV, 758 S.
- Sachenrecht in Europa. Systematische Einführungen und Gesetzestexte. Band 4: Landesrechtliche Belgien [Beyson], Frankreich [Beyson], Italien [Päfer/Plancker] und Spanien [Rodriguez Mariscal]. Osnabrück: Rasch 2001. 559 S.

- Ausländisches Privat- und Privatverfahrensrecht. CD-ROM. 7. Aufl. 2001 auf dem Stande v. 31.1.2001 (Köln u.a. 2001)
- Towards a European Civil Code, in: *IN-LAW. Report of the conference "European Lawyers in the 21st Century"*, Tübing University September 21-23, 2000 (Faculty of Law, Tübing University 2001) S. 11-12
- Die Überwindung der Lehre von den Quasiverträgen in den Privatrechten der Europäischen Union, in: *Festschrift für Hans Stoll* (Tübingen 2001) S. 93-112
- Die Äquivalenz des Common Law für das kontinentaleuropäische Konzept der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag, in: *Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag* (München 2001) S. 441-461
- Konturen des Deliktsrechtskonzepts der Study Group on a European Civil Code. Ein Werkstattbericht, *ZEuP* 2001 S. 515-532
- Die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, *ZEuP* 2001 S. 799-804
- A Civil Code for Europe, *Juridisk Tidsskrift (JT)* 2001 S. 3-14
- Laudatio auf Ursula Far-Hollender anlässlich ihrer Verabschiedung aus dem aktiven Dienst der DFG am 13.11.2000 in Bonn, in: *Ehlers* (Hrsg.), *Mensch und Umwelt. Colloquium Geographicum Band 25* (Sankt Augustin 2001) S. 12-15
- On Drafting Principles of Tortious Liability in: *Barrett/Bernardeau, Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe* (Trier 2002; ERA-Forum, special issue) S. 67-73.
- Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission of European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code (submitted on behalf of the two groups with Ole Lando and Stephen Swann), in: *ERPL* 2002 S. 183-248, *Europa e diritto privato* 2002 S. 133-199, in: *Schulte-Nölke, Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, S. 291-347 (Band 22 der Schriftenreihe der Europäischen Rechtsakademie Trier, Köln 2002) und in: *Alpa und Danovi* (Hrsg.), *Diritto Contrattuale Europeo e Diritto del Consumatori. L'Integrazione Europea e il Processo Civile. Materiali del Seminario del 12 Luglio 2002*, S. 301-359 (Milano 2003)

- Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts. Teile I und II. Kommission für Europäisches Vertragsrecht. Deutsche Ausgabe mit Reinhard Zimmermann (München: Sellier European Law Publishers 2002); XXXVI, 571 S.
- Auf dem Wege zu Europäischen Grundregeln der außervertraglichen Schadenshaftung, in: *Peter Schlechtriem* (Hrsg.), *Wandlungen des Schuldrechts*, S. 165-178 (Schriften der Ernst von Caemmerer-Gedächtnisstiftung, Vol. 5, Baden-Baden 2002).
- A Plea for Drafting Principles of European Private Law, in: *ERA-Forum. scripta iuris europaei* 2002 S. 100-101
- Die Resolution des Europäischen Parlaments vom 15. November 2001 zur Angleichung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten, *ZEuP* 2002 S. 629-633
- Des principes à la codification: perspectives d'avenir pour le droit privé européen, *Les Annales de la Seine*, 3. Juni 2002, no. 33, S. 1-4
- Vom Europäischen Vertragsrecht zum Europäischen Vermögenrecht, in: *Schulte-Nölke/Schulze, Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, S. 263-269 (Band 22 der Schriftenreihe der Europäischen Rechtsakademie in Trier, Köln 2002).
- Il gruppo di studio sul Codice Civile Europeo ed i suoi oggetti, *Economia e diritto del teziario* 2002, 377-384
- From Principles to Codification: Prospects for European Private Law, *The Columbia Journal of European Law* 2002 S. 379-388 ; auch in: *Alpa und Danovi* (Hrsg.), *Diritto Contrattuale Europeo e Diritto del Consumatori. L'Integrazione Europea e il Processo Civile. Materiali del Seminario del 12 Luglio 2002*, S. 39-53 (Milano 2003)
- A Civil Code for Europe (in Russian), *Russian Journal of Comparative Law* 1 (2002) S. 59-72
- Paving the Way Forward with Principles of European Private Law, in: *Grundmann/Stuyck, An Academic Green Paper on European Contract Law*, S. 137-145 (The Hague a.o. 2002)

- Geschäftsbesorgungen im Sinne des Rechts der Geschäftsführung ohne Auftrag. Eine rechtsvergleichende Skizze, in: *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag* (Tübingen 2003) S. 699-719.
 - Internationales Privatrecht. Erster Band: Allgemeine Lehren. 2. Aufl. München: Beck 2003; XLIII, 745 S. (mit Peter Mankowski)
 - From the General Law of Contract to Patrimonial Law. Some Observations prompted by the Valencia Meeting of the Study Group on a European Civil Code, in: *Pablo Moreno/Tras Albenlosa/Reyes López (Co-ordinadores), Derecho Patrimonial Europeo*, S. 19-26 (Cizur Menor 2003)
 - The Common Frame of Reference and the Works of the Study Group on a European Civil Code, in: *ERA-Forum 2/2003. scripta iuris europaei 2003* S. 100-101
 - Response to the *Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law* (COM (2003) 63) (with Stephen Swann), *ERPL 5* (2003) S. 595-622
- Erwin Beysen*
- Landesbericht Sachenrecht Belgien, in: v. Bar (Hrsg.), *Sachenrecht in Europa. Übersetzung der Gesetzestexte* (S. 99-174) in Zusammenarbeit mit M.E. Storme (Osabrück 2001), S. 1-174.
 - Landesbericht Sachenrecht Frankreich, in: *Sachenrecht in Europa* aO S. 177-313.
 - Der privatrechtliche Schutz des Softwareherstellers vor Programmpiraterie: Eine Untersuchung der Rechtsgrundlagen nach deutschem, französischem und belgischem Recht (Hamburg 2003, 354 S.).
 - Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung der französischen Cour de Cassation zu irreführenden Gewinnzusagen, *VersRAI 2003*, S. 57-62.
- Nicola Everitt*
- Some Remarks on the Recent Developments in Divorce Law in the Republic of Ireland and England, *Familia 2001* (I) S. 199 - 220.

- Andreas Fötschl*
- Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des OGH zum Schmerzensgeld - Anmerkung zu OGH vom 16.5.2001, ZVR 2001, 284, *VersRAI 2001* S. 60-64.
 - German Case-note zur Entscheidung des OGH, Urteil vom 2.7.1998, in: *JB1 1999*, S. 47, Zur Haftung für die Beschädigung eines gefälligkeitshalber gelenkten fremden PKW, *ERPL 2001* S. 94-110.
 - Anmerkung zur Entscheidung des OGH, Urteil vom 16.9.1999 in *JB1 2000*, S. 113, Zur zivilrechtlichen Haftung für die Unterlassung der Verhinderung einer mit Strafe bedrohten Handlung nach § 286 StGB, *VersRAI 2001* S. 24-31.
 - Zum Deliktsschutz von Forderungen in der Rechtsprechung des OGH Teil 1: zu OGH 23.9.2000, in: *JB1 2002*, S. 182, *VersRAI 2002* S. 57-63.
 - Zum Deliktsschutz von Forderungen in der Rechtsprechung des OGH Teil 2: zu OGH 21.2.2002 in *JB1 2002*, S. 459 = *RdW 2002*, S. 408, *VersRAI 2003* S. 9-15.
- Mathias Hüner*
- Reservehaltungskosten und Geschäftsführung ohne Auftrag - Eine kritische Betrachtung der Einordnung der Vorhaltekosten in das Recht der GoA, *ZVR 2003* S. 220-234.
- Stefan Keitler*
- Recent case law, *ERPL 2003*, S. 235-263.
 - Recent case law, *ERPL 2003*, S. 555-578.
- María Angeles Martín Yida*
- Droit Privé Français (Droit des Obligations & Droit des Sociétés), *Northumbria Law Press*, (Newcastle-upon-Tyne 2001).
 - Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva [Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen von Förderungsmaßnahmen] (Madrid: Civitas, 2003, 252 S.).

- Los derechos fundamentales en las relaciones sanitarias [Grundrechte im Gesundheitsbereich] (mit Jerónimo Sánchez-Beato, Estefanía), (Granada: Grupo Editorial Universitario, 2003, 323 S.).
- El mejor Internet jurídico [Das Beste in Jura aus dem Internet] (mit Jerónimo Sánchez-Beato, Estefanía, Estefanía), (Granada: Grupo Editorial Universitario, 2002, 98 S.).
- Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión [Historische Entwicklung des Gleichheitsgrundsatzes und Ausschlussparadox], (Granada: Universidad de Granada, 2003 (Colección Feminæ) (im Druck).
- Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen von Antidiskriminierungs-Maßnahmen in Spanien, in: Häberle, Peter (Hrsg.): Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, 51. Band, (Tübingen, 2003), S. 573-585.
- Poder Judicial y Estado territorialmente descentralizado: el caso de Alemania [Richterliche Gewalt und dezentralisierter Staat: der Fall Deutschlands], in: Cámara Villar, Gregorio (Hrsg.): El Poder Judicial y la Comunidad Autónoma de Andalucía (Actas de la V Sesión de las Jornadas para la Celebración del XX Aniversario del Estatuto de Autonomía para Andalucía), (Granada: Comares, 2003).
- La votación pública por llamamiento de las parlamentarias andaluzas en los supuestos de embarazo o parto reciente (comentario al artículo 86.2 del Reglamento del Parlamento Andaluz) [Die namentliche Abstimmung der Abgeordneten im andalusischen Parlament bei Schwangerschaft oder kurz nach der Geburt (Kommentar zum Artikel 86.2 der Andalusischen Parlamentsordnung)], (mit Jerónimo Sánchez-Beato, Estefanía), in: Cano Buoso, Juan (Hrsg.): El Parlamento de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Actas de la III Sesión de las Jornadas para la celebración del XX Aniversario del Estatuto de Autonomía para Andalucía), (Granada: Comares, 2003).
- Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense" [Entwicklung des Gleichheitsgrundsatzes in den Vereinigten Staaten. Ursprung und Entwicklung der Förderungsmaßnahmen im amerikanischen Recht], in: Revista Española de Derecho Constitucional, 68. Band, 2003.

- Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea" [Modelle von Förderungsmaßnahmen in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union], in: Teoría y realidad constitucional, 12. Band.
- Las *Zustimmungsgesetze* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán [Die Zustimmungsgesetze in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts], in: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 6. Band, 2003 (im Druck).
- Presencia y participación parlamentarias de las minorías en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [Parlamentarische Vertretung und Beteiligung der Minderheiten in der Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichts], in: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 5. Band, 2002, S. 377-286.
- El concepto constitucional de familia a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [Der verfassungsrechtliche Begriff «Familie» nach der Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichts], in: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 4. Band, 2001, S. 405-420.
- La nueva Constitución Federal Suiza. Una visión general de sus claves y novedades (Übersetzung ins Spanische von Koller, Heinrich und Biaggini, Giovanni: Die neue schweizerische Bundesverfassung - Neuerungen und Akzentsetzungen im Überblick), in: Teoría y Realidad Constitucional, 10-11. Band, 2002-2003, S. 611-634.
- Carlos de Medeiros Nóbrega*
- Portuguese Case Note zum Erbensucherfall BGH 23.9.99, European Review of Private Law 2002, Volume 10, Band 4, S. 579-584.
- Johan Sandstedt*
- Ersatz des positiven oder negativen Interesses? - Zwei schwedische Urteile über die Vergabe öffentlicher Aufträge, VersRAI 2001, S. 57-60.
- Kurze Informationen über die Änderungen im schweizerischen Deliktsrecht, VersRAI 2002, S. 9-11.

- Schmerzensgeld für Angehörige? – Kommentar zu der neuesten schwedischen Entwicklung, VersRAI 2002, S. 11-15.
- Mitwirkung in Scheinmater (Hrsg.), Verbraucherkart in Europa – Alles Gewährleistungrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG, Sellier European Law Publishers, (München 2003), S. 501-516.
- Weiteres zum schwedischen Angehörigenschmerzensgeld, in: VersRAI 2003, S. 43-47.
- Om avtalsrättsligt ogiltighet, sakrättsliga anspråk, preskription och hävd [“Über vertragsrechtliche Unwirksamkeit, sachenrechtliche Ansprüche, Verjährung und Ersitzung“], in: Juridisk Tidskrift (JT) 2003-04 s. 378-392 (unter Herausgebung).

Stephen Swann

- A European Civil Code. Legal and Political Foundations, in: Consiglio Nazionale Forense. La Riforma dei Codici in Europa e il progetto di Codice Civile Europeo. Materiali dei Seminari 2001 raccolti da Guido Alpa e Emilio Nociola Buccico, S. 7-57 (Milano 2002)
- Anmerkung zu BGH 23.9.1999, ERPL 2002, 589-595
- Conference Report: „European Contract Law“ (Europäische Rechtsakademie Trier, 14/15 March 2002), ERPL 2002 S. 723-733
- The UK Definition of Charity. A Manifesto for Change, in: Barker/Selbig (eds.), Charity Law and Change. British and German Perspectives/Gemeinnützigenrecht im Wandel. Britische und deutsche Perspektiven (Trier 2002) S. 79-105.
- Response to the *Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law* (COM (2003) 63) (with Christian v. Bar), ERPL 5 (2003) S. 595-622