

Naturalis obligatio

Heinrich Honsell, Zürich

I. Begriff und Anwendungsbereich

Die Festschrift für Mario Talamanca, den berühmten Kollegen, trägt den Titel *iuris vincula*. Wenn ich ihm einen Beitrag zum Thema der *naturalis obligatio* widme, so fragt es sich als erstes, ob dieser Begriff nicht eine *contradictio in adiecto* ist, eben eine *obligatio sine vinculis iuris*. Die römischen Juristen haben dies so erklärt, dass der Begriff *per abusio* verwendet wird¹, und noch heute sprechen wir von „uneigentlichen“ oder „unvollkommenen Verbindlichkeiten“.

Im europäischen Privatrecht ist der Begriff der *naturalis obligatio* kontrovers². Zunächst ist strittig, ob zwischen Naturalobligation und unvollkommener Verbindlichkeit zu unterscheiden ist³. Nicht durchgesetzt hat sich in der modernen Diskussion der historisch verfehlte Ansatz von ESSER⁴, der den Begriff mit der Distinktion von Schuld und Haftung vermengt und meint, die Naturalobligation sei eine haftungslose Schuld. Überholt ist auch die begriffliche Streitfrage, ob es sich um ein lediglich nicht durchsetzbares Schuldverhältnis handle oder aber um eine echte Obligation, welche aber ihre Wirkungen erst durch Erfüllung entfalte⁵. Dieser Streit stellt einen Rückfall in Begriffsjurisprudenz dar. Ob man eine Obligation ohne Verpflichtung noch eine „Obligation“ oder gar einen „echte Obligation“ nennen soll, ist eine (zu verneinende) terminologische Frage, aus der keine sachlichen Entscheidungen abgeleitet werden können.

Heute kann man ohne spitzfindige Begriffe und gekünstelte Unterscheidung überall dort von *naturalis obligatio* sprechen, wo zwar kein prozessualer Zwang zur Leistung besteht, aber die einmal erbrachte Leistung nicht als rechtsgrundlos erfolgtes *indebite solutum* zurückgefordert werden kann. Zwar besteht keine Verpflichtung, wohl aber eine *causa* des Behaltendürfens.

Zum besseren Verständnis dieser Kategorie muss man sich zunächst klar machen, dass auch die typischen Verkehrsgeschäfte regelmässig nicht nur ein Verpflichtungsgeschäft, sondern auch eine Rechtsgrundabrede enthalten. Der Vertrag erzeugt nicht nur eine Verpflichtung, sondern auch den Rechtsgrund für das Behaltendürfen. Dass die beiden Begriffe zu unterscheiden sind, wird an den Ausnahmefällen deutlich, z.B. bei den sog. Handgeschäften, etwa beim Kauf einer präsenten Sache in einem Ladengeschäft, wo eine Verpflichtung nicht besteht, sondern nur eine Rechtsgrundabrede. Die in Deutschland herrschende Lehre hat dies nie richtig gesehen, sondern hält auch bei den Handgeschäften daran fest, dass sowohl ein Verpflichtungs- wie ein Erfüllungsgeschäft vorliege⁶. Das läuft auf die Fiktion einer Ver-

¹ Allerdings zu *naturaliter debere*, was aber keinen Unterschied macht; vgl. Ulp. D. 15,1,41: *Nec servus quicumque debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem*. Ähnlich Iul. D. 46,116, 4 *nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusio* intellegi possunt debitores ...

² Vgl. etwa FUCHS FS Medicus [1999] 123; ZIMMERMANN, *The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition* [1990], 7 ff.

³ So für das deutsche Recht zuletzt FUCHS [aaO.] 139, der nur die Leistung aus sittlicher Pflicht oder Anstand im Sinne von § 814 2. Alternative BGB als Naturalobligation gelten lassen will, von der er eine Kategorie mit der Bezeichnung „unvollkommene Verbindlichkeit“ unterscheidet, der alle anderen Fälle zuzuweisen seien.

⁴ *Schuldrecht I* [3. Aufl. 1968], § 7 I 3; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I* 1 [8. Aufl. 1995], § 7 III 1.

⁵ Vgl. die Nachweise bei FUCHS [aaO.] 131.

⁶ S. statt aller FIKENTSCHER, *Schuldrecht* (8. Aufl. 1992), Rn 656; ESSER *Schuldrecht II* (3. Aufl. 1969) 3; PALANDT/THOMAS, *Kommentar zum BGB* [59. Aufl. 2000], Einl. vor §§ 433 Rn 7.

pflichtung für eine „logische Sekunde“ hinaus. Eine überflüssige Konstruktion, wenn man sich klar macht, dass die Privatautonomie selbstverständlich auch bloße Rechtsgrundabreden zulässt.

Die Unterscheidung zwischen Verpflichtungsgeschäft und Rechtsgrundabrede ist für die hier interessierenden sog. unvollkommenen Verbindlichkeiten relevant, die man auch Naturalobligationen nennt.

Die Distinktion „Verpflichtungsgeschäft und Rechtsgrundabrede“ hat allerdings nur für die Hauptleistungspflichten Bedeutung. Was diese betrifft, erschöpft sich die Wirkung der Naturalobligation in der blossen Nichtkondizierbarkeit. Fallweise kommen aber auch weitere Wirkungen in Betracht. So ist etwa bei der Ehe- oder Partnervermittlung, die in einigen Ländern als Naturalobligation ausgestaltet ist, auch eine Verletzung von Nebenpflichten denkbar. Weiter kann man fragen, ob eine Naturalobligation Grundlage einer Bürgschaft, Novation oder Aufrechnung sein kann.

Die meisten europäischen Kodifikationen kennen die Naturalobligation, wenn auch einige nur der Sache nach:⁷

Art. 2034 codice civile behandelt unter der Überschrift „Obbligazioni naturali“ sowohl die Leistung aus sittlicher Pflicht, als auch die sonstigen Fälle der Naturalobligation:

„Non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace.

I doveri indicati dal comma precedente, e ogni altro per cui la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato, non producono altri effetti.”

Vergleichbare Bestimmungen enthalten die Artt. Art. 402 – 404 des *portugiesischen código civil*⁸:

Art. 402 Noção

„A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça.

Art. 403 Não repetição do indevido

1. Não pode ser repetido o que for prestado espontaneamente em cumprimento de obrigação natural, excepto se o devedor não tiver capacidade para efectuar a prestação.

2. A prestação considera-se espontânea, quando é livre de toda a coacção.”

Art. 404º Regime

„As obrigações naturais estão sujeitas ao regime das obrigações civis em tudo o que não se relacione com a realização coactiva da prestação, salvo as disposições especiais da lei.”

Eine Legaldefinition und eine eingehendere Normierung der Naturalobligation enthält das jüngste europäische Gesetzbuch, das *niederländische Burgerlijk Wetboek*. Dort heisst es in Buch 6 Art 3:

„(1) Een natuurlijke verbintenis is een rechtens niet-afdwingbare verbintenis.

(2) Een natuurlijke verbintenis bestaat:

a. wanneer de wet of een rechtshandeling aan een verbintenis de afdwingbaarheid onthoudt;

b. wanneer iemans jegens een ander een dringende morele verplichting heeft, van zodanige aard dat naleving daarvan, ofschoon rechtens niet afdwingbaar, naar

⁷ Der Begriff fehlt in den deutschsprachigen Gesetzbüchern.

⁸ Im spanischen código civil findet sich keine vergleichbare Regelung.

maatschappelijke opvattingen als voldoening van een aan die ander toekomende prestatie moet worden aangemerkt.”

Eine natürliche Verbindlichkeit liegt also vor, wenn a) das Gesetz die Verbindlichkeit ausschliesst oder b) die Leistung einer „dringenden moralischen Verpflichtung“ entspricht.

Die Leistung aus sittlicher Pflicht qualifizieren auch etliche andere Rechtsordnungen als unvollkommene Verbindlichkeit, wobei die Normierung, wie im italienischen Recht, meist im Zusammenhang mit der *condictio indebiti* (Zahlung einer Nichtschuld) erfolgt (§ 814 BGB, § 1432 ABGB, Art. 63 I OR, Art. 2034 codice civile, Art. 1235 code civile).

Das gilt auch für den *code civil*, der allerdings in *Art. 1235 II* die sittliche Pflicht nicht eigens erwähnt und den Kondiktionsausschluss für freiwillig erfüllte Naturalobligationen allgemein normiert:

„La répétition n’est pas admise à l’égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.“

§ 814 BGB enthält (ohne Erwähnung des Begriffes der Naturalobligation) nur eine Aussage über die Leistung aus sittlicher Pflicht, die ebenso wie die Leistung in Kenntnis der Nichtschuld, nicht kondiziert werden kann:

„Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach.“

Weitere Fälle des Kondiktionsausschlusses fasst § 1432 ABGB zusammen:

„Doch können Zahlungen einer verjährten oder einer solchen Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungültig ist, oder zu deren Eintreibung das Gesetz die Klagbarkeit verweigert, ebensowenig zurückgefordert werden, als wenn jemand eine Zahlung leistet, von der er weiß, daß er sie nicht schuldig ist.“

Schliesslich nennt *Art. 63 II OR* die verjährte Forderung und die sittliche Pflicht ebenfalls im Kontext des Ausschlusses der *condictio indebiti*:

„Ausgeschlossen ist die Rückforderung, wenn die Zahlung für eine verjährte Schuld oder in Erfüllung einer sittlichen Pflicht geleistet wurde.“

Andere Rechtsordnungen regeln den Rückforderungsausschluss bei Zahlung trotz Verjährung nicht bei der Bereicherung, sondern im Verjährungsrecht (222 II BGB, Art. 2940 codice civile). Im *code civil* fehlt eine Regelung, doch wird die Rückforderung ebenfalls ausgeschlossen, wobei sich die Doktrin auf die Figur der obligation naturelle beruft⁹.

Daneben findet sich die Naturalobligation auch für „Verbindlichkeiten“ aus Spiel und Wette (§ 762 BGB, 1271 ABGB, Art. 514 II OR, Art. 1933 II codice civile, Buch 7 A Art. 1828 Ned. Burg. Wetboek)¹⁰. Wie den Spieleinwand behandeln einige Rechtsordnungen das Differenzgeschäft im Börsenterminhandel (§ 764 BGB, Art. 513 II OR; auch im österreichischen Recht wird das Differenzgeschäft unter § 1271 ABGB subsumiert).

Das deutsche Recht gestaltet auch den sog. Ehemäklerlohn als unvollkommene Verbindlichkeit aus (§ 656 BGB)¹¹.

⁹ Vgl. die Nachweise bei FERID/SONNENBERGER, *Französisches Zivilrecht* [2. Aufl. 1994], 1 C 194 u. Fn 306.

¹⁰ Auch im englischen Recht sind Spiel und Wette unklagbar, das Geleistete kann aber nicht zurückgefordert werden, vgl. z.B. CHITTY *on Contract* II [27.ed. 1994, hrsgg. v. Guest u.a.], 38-016 ff., 38-024 f.

¹¹ Ebenso Art. 416 OR, der aber inzwischen aufgehoben wurde, s. dazu unten III.

Der Sache nach gehört schliesslich auch die Heilung eines Formmangels durch tatsächlichen Vollzug des Geschäfts hierher (so jedenfalls § 1432 II ABGB)¹².

Eine Kuriosität enthält endlich Art. 186 OR, wonach es der kantonalen Gesetzgebung vorbehalten bleibt, „die Klagbarkeit von Forderungen aus dem Kleinvertrieb geistiger Getränke, einschliesslich der Forderungen für Wirtszeche, zu beschränken oder auszuschliessen“. Noch kein Zecher hat indes von dieser skurrilen Möglichkeit Gebrauch gemacht; denn wer nicht zahlt, riskiert eine Strafe wegen Zechprellerei nach Art. 149 StGB. Das ist ein treffendes Beispiel dafür, wie manchmal der Gesetzgeber das Postulat der Einheit der Rechtsordnung aus dem Auge verliert.

Ordnet man die unvollkommene Verbindlichkeit ins Schema der Wirkungen der Obligation ein, so ergibt sich eine Dreiteilung:

Die *gültige Obligation* besteht aus einem Verpflichtungs- und einem Rechtsgrundgeschäft: aus ihr kann geklagt werden und der Gläubiger darf das Geleistete behalten.

Die *unvollkommene Obligation* besteht nur aus einem Rechtsgrundgeschäft: aus ihr kann nicht geklagt werden, der Empfänger darf aber das Geleistete behalten.

Die *nichtige*¹³ *Obligation*: sie erzeugt weder eine Verpflichtung noch einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen. Die Leistung kann kondiziert werden.

Die unvollkommene Verbindlichkeit steht also in der Mitte zwischen der gültigen und der nichtigen Obligation¹⁴.

Die Frage nach der Zulässigkeit einer Bürgschaft, Novation oder Aufrechnung auf der Basis einer Naturalobligation soll hier nur cursorisch behandelt werden. Sie entzieht sich einer einheitlichen Beantwortung, weil sie vom jeweiligen Schutzgrund abhängt. Die Transformation (*Novation*) einer Naturalobligation aus sittlicher Pflicht ist jedenfalls insoweit möglich, als die Form des abstrakten Schuldversprechens (§ 781 BGB) eingehalten wird. Fraglich kann nur sein, ob man darüber hinaus auch die für ein Schenkungsversprechen nötige Form verlangt, was in den meisten Ländern eine notarielle Beurkundung erfordert. Die herrschende Lehre im italienischen Recht lehnt eine Transformation einer Naturalobligation in eine „zivile“ ab, weil Novation nach Art. 1234 I codice civile das Bestehen einer wirksamen Erstverpflichtung voraussetzt¹⁵. Auch hier wird man aber jedenfalls ein Schenkungsversprechen nach Art. 782 genügen lassen¹⁶. Dagegen wird die Begründung einer abstrakten Verbindlichkeit für Forderungen aus Spiel oder Wette, bzw. Ehevermittlung im deutschen Recht ausdrücklich abgelehnt (vgl. § 656 II und § 764 II BGB). Das Schweizer Recht kennt eine vergleichbare Norm nur bei Spiel und Wette (Art. 514 I OR). Art. 5 ned. B.W. hält die Umwandlung der unvollkommenen Verbindlichkeit in eine vollkommene ausdrücklich für zulässig und erörtert diese Frage bei Spiel und Wette (Buch 7 A Art. 1825 ff.) nicht mehr.

¹² Noch weitergehend Art. 1444 II codice civile, der Heilung durch Erfüllung bei allen Nichtigkeitsgründen der Artt. 1441 ff. zulässt.

¹³ Die meisten Rechtsordnungen unterscheiden zwischen Nichtigkeit und Vernichtbarkeit (Anfechtbarkeit), wobei allerdings die verschiedenen Nichtigkeitsgründe unterschiedlich zugeordnet werden. So ist z.B. die Überteilung in Deutschland mit Nichtigkeit sanktioniert (§ 138 II BGB), während andere Länder Anfechtbarkeit annehmen: so etwa Art. 21 OR und insbesondere die Kodifikationen, welche die *laesio enormis* noch kennen (§ 934 ABGB, Art. 1447 ff codice civile, Art. 1674 code civile). Fehlende Geschäftsfähigkeit ist in Italien kein Nichtigkeits-, sondern ein Anfechtungsgrund (Art. 1425 codice civile).

¹⁴ Dazu schon SAVIGNY *Obligationenrecht I* (1851) 110.

¹⁵ Vgl. TRABUCCHI, *Comm. al cod. civ.* Art. 1234 III Rn 1, 1965 III Rn 7; BRECCIA, *Le obbligazioni* [1991], 87 f.; BARBERO, *Dir. Priv.* [2. ed. 1993], Rn 589. Anders das römische Recht, dazu unten II.

¹⁶ Das abstrakte Schuldversprechen, bzw. das Schuldanerkennnis sind nach italienischem recht formfrei (vgl. Art. 1988 codice civile).

Art. 502 IV OR gestattet den Spieleinwand auch dem *Bürgen*, eine Konsequenz, die sich mangels abweichender gesetzlicher Regelung schon aus dem Prinzip der Akzessorietät ergibt. Für die *Aufrechnung* verlangt man im allgemeinen eine vollwirksame Forderung. Das Bestehen einer peremptorischen Einrede schliesst die Aufrechnung aus (s. z.B. § 390 S. 1 BGB). Eine Ausnahme wird regelmässig für die Verjährung gemacht (§ 390 S. 2, Art. 120 III OR), sofern die Aufrechnungslage bereits in unverjährter Zeit bestand. Dies kann man mit der ipso iure Kompensation erklären oder mit der Rückwirkung der Aufrechnungserklärung auf den Zeitpunkt, in dem zuerst eine Aufrechnungslage bestand.

II. Römisches Recht

Schon die klassischen Juristen kannten einige Fälle von unklagbaren Verbindlichkeiten (*obligationes naturales*)¹⁷, obwohl im römischen Recht, namentlich der klassischen Zeit, eine ganz unmittelbare Beziehung zwischen der Existenz eines Forderungsrechts und der Möglichkeit seiner prozessualen Verwirklichung bestand. Forderungsrecht (*obligatio*) und prozessualer Anspruch (*actio*) waren geradezu gleichwertige Begriffe¹⁸. In einem gewissen Gegensatz hierzu steht die Tatsache, dass schon die klassischen Juristen einige Fälle unklagbarer Verbindlichkeiten anerkannten, Obligationen also, deren Eigenart gerade im Fehlen einer *actio* gesehen wurde. Der Begriff wurde als Gegensatz zur *obligatio civilis* geprägt, ähnlich wie bei der *possessio*, beim zivilen und natürlichen Eigentumserwerb oder bei der zivilen und der natürlichen Verwandtschaft. Ganz offensichtlich wurde damit der Gegensatz von *ius civile* und *ius gentium* angesprochen¹⁹. Damit hängt zusammen, dass der Begriff nicht nur für unklagbare Verbindlichkeiten gebraucht wurde, sondern auch für Obligationen, deren Klagbarkeit man aus dem *ius gentium* hergeleitet hatte und die ins *ius civile* rezipiert worden waren²⁰. Die beiden wichtigsten Anwendungsfälle waren die Schulden Gewaltunterworfenen (fehlende Rechts-, bzw. Handlungsfähigkeit von Sklaven und Haussöhnen) und das Fehlen der Form bei der Begründung der Obligation²¹.

Schon in klassischer Zeit wurde der Anwendungsbereich der *naturalis obligatio* erheblich erweitert²², doch ist die Klassizität dieser Erweiterung umstritten²³.

¹⁷ Aus der romanistischen Literatur, die teilweise übertrieben interpolationenkritisch war (vgl. auch Fn 20 u. 23), siehe etwa GRADENWITZ FS Schirmer [1900], 133 ff; SIBER GS Mitteis [1926], 1 ff; ders., *Römisches Privatrecht*, 165 ff; KUNKEL/HONSELL, *Römisches Recht* [4. Aufl. 1987], 216 f.; VÁZNY St. Bonfante IV [1930], 129 ff; PRINGSHEIM SZ 46 [1926], 350 f; LEVY SZ 51 [1931], 554 f; BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio* [1955]; ders. St. Scherillo II, 485 ff; ders., St. Sanfilippo I [1982], 69 ff, 93; CORNIOLEY, *Naturalis obligatio* [1964], dazu KASER SZ 83 [1966], 461 ff; C.E. LONGO, *Ricerca sull' obligatio naturalis* [1962]; MANTELLO, *Beneficium 'servile' - 'debitum' naturale, Seneca, de ben. 3.18.1.ss. - D. 35.1.40.3 (Iav., 2 ex post.Lab.) I* [1979], dazu WALDSTEIN SZ 98 [1981], 479 ff; BÜRGE Gnomon 53 [1981], 686 ff und HORAK TS 53 [1985], 162 ff.

¹⁸ Vgl. etwa die Definition von Celsus D. 44,7,51: *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi*.

¹⁹ SAVIGNY, *Obligationenrecht I* (1851) 23 spricht von einem „augenscheinlichen Zusammenhang“.

²⁰ Paul. D. 50,17,84,1: *Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus*; Iul. D. 46,1,16,4 = Ulp. D. 44,7,10; s. ferner Paul. D. 12,6,15 pr; D. 12,4,3,7; D. 19,2,1; D. 45,1,126,2; Tryph. D. 12,6,64; entgegen SIBER [aaO.] (der *naturalis obligatio* im Sinne von unklagbarer Verbindlichkeit für unklassisch hält) ist das jedoch nicht die einzige Bedeutung. Die These SIBERS scheitert an Gai. 3,119 f; vielleicht war es aber die ursprüngliche Bedeutung (so CORNIOLEY [aaO.] 84 ff; dagegen KASER SZ 83 [1963], 463 ff und ders., *Römisches Privatrecht I*, 480 Fn 14).

²¹ Vgl. SAVIGNY *Obligationenrecht I* (1851) 52 ff.

²² Vgl. die Beispiele bei KASER, *Römisches Privatrecht I*, 481.

²³ Am radikalsten ist die Meinung SIBERS [aaO.]; für Unechtheit ferner BURDESE [aaO.]; gemässiger CORNIOLEY [aaO.]; ältere Literatur bei PRINGSHEIM SZ 46 [1926], 350 f und LEVY SZ 51 [1931], 554 f. Richtig dagegen KASER, *Römisches Privatrecht I*, 481 und II, 335, der die Erweiterung des Begriffes im wesentlichen für klassisch hält.

In dieser Bedeutung ist der Begriff der Naturalobligation in das gemeine Recht übergegangen und wird auch heute noch für alle Fälle verwendet, in denen keine Verpflichtung, wohl aber eine causa des Behaltendürfens besteht (vgl. oben I).

Der Begriff obligatio naturalis hat seine Entstehungsgeschichte also im ius gentium (im Sinne von ius naturale)²⁴. Es handelte sich um Obligationen, die nach altem ius civile nicht klagbar waren. Hierzu zählten ursprünglich auch die typischen Verkehrsgeschäfte (bonae fidei iudicia), welche allerdings schon in vorklassischer Zeit ins ius civile rezipiert worden sind²⁵.

Dies erklärt, weshalb die unzweifelhaft klassische Doppelüberlieferung von Iul. D. 46,1,16,4 und Paul. D. 44,7,10 neben dem Rückforderungsausschluss auch die Klage erwähnt:

Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest.

Von den selteneren Fällen abgesehen, in denen die Klagbarkeit mit dem ius naturale begründet wird²⁶, wird der Begriff in den Digesten überwiegend und hauptsächlich im Sinne einer unvollkommenen Verbindlichkeit verwendet, die nicht klagbar, aber erfüllbar ist.

Sklaven waren nach ius civile nicht rechtsfähig und konnten deshalb weder klagen noch verklagt werden. Eine Verpflichtung war civiliter unwirksam, wohl aber naturaliter gültig²⁷. Der Haussohn konnte sich zwar wirksam verpflichten und auch verklagt werden, doch war eine Vollstreckung gegen ihn unzulässig.

Obwohl nur abusive von einer Schuld gesprochen werden kann, kann doch der Eigentümer des Sklaven einklagen, was diesem „geschuldet“ wird, und umgekehrt kann der Dritte im Rahmen der adjektivischen Klagen gegen den Eigentümer vorgehen.

Das lässt sich durchaus damit in Verbindung bringen, dass Sklaven nur nach ius civile keine Rechtspersönlichkeit hatten, wohl aber nach ius naturale:

Paul. D. 50,17,32: *Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.*

Der zweite wichtige Anwendungsfall war die fehlende Form beim Verpflichtungsgeschäft.

Wie bei den Sklavengeschäften findet man auch hier wieder den Gegensatz von Zivilrecht (Stipulation) und ius gentium (pactum).

Unstreitig erzeugte ein nudum pactum dort, wo eine Stipulation erforderlich war, keine Klage.

Ulp. D. 2,14,7,4 *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*; ebenso

Herm. D. 2,14,45 *ad actionem ... nudum pactum nulli prodesse potest.*

Dass jedoch die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen war sagt Ulp. D. 46,3,5,2 ... *ex pacti conventionem datae repeti non possunt ...*

Es wird auch ausdrücklich bezeugt für Zinsen, welche beim Darlehen nur durch Stipulation bedungen werden konnten, vgl. Ulp. aaO. *puta quaedam earum ex stipulatione quaedam ex pacto naturaliter debebantur.*

Das römische Recht hat keine Theorie der obligatio naturalis entwickelt. Dies beruht auf mehreren Gründen. Zunächst war eine abstrahierende Begriffsbildung, wie wir sie heute kennen, der römischen Jurisprudenz fremd. Es gab keine generelle Theorie der Obligation. Ein zweiter

²⁴ Dazu Kaser, *Ius gentium* (1993).

²⁵ I. 1,2,2: *ex hoc iure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabiles*; s. auch Ulp. D. 1,1,5. Zur Entstehungsgeschichte der bonae fidei iudicia aus dem ius gentium s. KUNKEL/HONSELL, *Römisches Recht*, 216 f. mit zahlreichen Nachweisen in Fn 12.

²⁶ Dies galt z.B. für die *condictio indebiti*, vgl. Paul. D. 12,6,15: *Indebiti soluti condictio naturalis est...*

²⁷ Vgl. z.B. Ulp. D. 44,7,14.

Grund liegt darin, dass die Römer keine Vertrags- und Typenfreiheit in unserem heutigen Sinn gekannt haben, die jede beliebige Verpflichtung anerkennt, wenn sie auf dem Willen der Parteien beruht und nicht gesetz- oder sittenwidrig ist. In Rom galt auch im Schuldrecht ein Typenzwang. Eine klagbare Verpflichtung resultierte im Ergebnis nur aus den anerkannten typischen Verkehrsgeschäften oder einer einseitigen förmlichen Verpflichtung, der Stipulation. Alle anderen Versprechen waren unklagbar.

Zum systematischen Zusammenhang des Rückforderungsausschlusses ist etwas weiter auszuholen.

Die Leistung ausserhalb eines anerkannten Verkehrsgeschäftes war immer eine *datio ob causam* aut ob rem, also wegen eines in der Vergangenheit liegenden Grundes oder eines zukünftigen Erfolgs. Was wegen eines zukünftigen Erfolgs gegeben war, konnte zurückgefordert werden, wenn der Erfolg nicht eingetreten war. Was hingegen wegen eines vergangenen Grundes geleistet worden war, war nicht rückforderbar.

Die verschiedenen Leistungszwecke werden etwa bei Paul. D. 12,6,65 genannt: *In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem aut ob causam aut propter condicionem aut ob rem aut indebitum: in quibus omnibus quaeritur de repetitione. 1. Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. sin autem evidens calumnia detegitur et transactio imperfecta est, repetitio dabitur. 2. Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse... 4. Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem: veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris. 5. Ei, qui indebitum repetit, et fructus et partus restitui debet deducta impensa.*

Ähnlich heisst es in Pomp. D. 12,6,52: *Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit.*

Die Unterscheidung zwischen *datio ob causam* und *datio ob rem* ist auf den ersten Blick verwirrend, weil *res* und *causa* häufig synonym verwendet werden, in der Bedeutung Zweck, zukünftiger Erfolg²⁸, doch hat das Wort *causa* in der angeführten Distinktion eine feste, technische Bedeutung und steht im Gegensatz zur *res*. *res* bezeichnet einen zukünftigen Erfolg, eine vom Gegner zu erbringende Leistung (Tun oder Unterlassen), die häufig auch *causa futura* genannt wird. Dagegen bezeichnet *ob causam* dare einfach die *causa donandi*, die Leistung auf eine *causa praeterita*; also die unentgeltliche, freiwillige Leistung für ein vorausgegangenes Verhalten des Beschenkten (remuneratorische Schenkung). Der enge Zusammenhang, in den die *datio ob rem* mit der *donatio* gestellt wird, mag zunächst überraschen. Doch ist er nicht zufällig, sondern vielmehr Ausdruck einer dem Recht vorgegebenen Struktur: Jede Leistung, die nicht auf reiner Liberalität beruht oder der Tilgung einer Verbindlichkeit dient (*datio solvendi causa*), erfolgt in Erwartung einer Gegenleistung oder als Belohnung für eine bereits erbrachte Leistung. Liegt die zu belohnende Leistung in der Vergangenheit (*do, quia aliquid a te factum est*), so ist die Erlangung einer Gegenleistung nicht der ausschlaggebende Zweck. Die Leistung erfolgt vielmehr auch Liberalität. Der eigentliche Grund, die Remuneration, ist juristisch irrelevante *causa proxima*, blosses Motiv. Dementsprechend betont Pomponius, dass es bei der *datio ob causam* im Gegensatz zur *datio ob rem* nicht darauf ankommt, ob der Beschenkte die Leistung, für die er belohnt werden soll, tatsächlich erbracht hat. Für den Ausschluss der Rückforderung genügt, dass der Schenker wusste, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Andernfalls – bei Leistung auf eine irrig angenommene Schuld – griff die *condictio indebiti* ein (vgl. z.B. auch § 814 BGB). Anders bei der *datio ob rem*. Dort wird nicht *causa donandi*, sondern *causa acquirendi* gegeben. Es heisst nicht: *do, quia factum est*, son-

²⁸ Vgl. dazu HONSELL, *Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte* (1974), 81 ff.

dem *do, ut facias*. Zweck der Leistung ist die Gegenleistung, die erst erbracht werden soll. Bei der *datio ob causam* regiert das kausale *quia*, bei der *datio ob rem* das finale *ut*. Gemeinsam ist beiden Leistungen ein negatives Element: sie erfolgen nicht *causa solvendi*.

Die römische Lehre von den Leistungszwecken bildet ein in sich geschlossenes System: *causa solvendi*: eine Verpflichtung erlischt; *causa credendi* (oder allgemeiner: *acquirendi*): eine Verpflichtung wird durch die Leistung begründet; *causa donandi*: es findet eine Vermögensverschiebung statt, an die in der Regel weitere Rechtsfolgen nicht geknüpft sind; weder entsteht noch erlischt eine Verpflichtung.

Nicht zurückgefordert werden können nach dem Gesagten die Zahlung einer Schuld, deren Nichtbestehen der Zahlende kannte (Ulp. D. 12,6,1,1; Pomp. D. 12,6,50: *quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest*). Ebenso, wie gezeigt, Leistungen *ob causam praeteritam*. Dieser zweite Anwendungsfall eines Rückforderungsausschlusses zeigt, dass es einer weiteren Ausbildung einer Theorie der unvollkommenen Obligation nicht bedurfte. Alle Leistungen auf eine *causa praeterita* waren unkondizierbar, nicht nur solche, die einer sittlichen Pflicht entsprachen. Von dieser Modifikation abgesehen, finden sich die Kondiktionsausschlüsse noch heute gleichsinnig in § 814 BGB, Art. 63 II OR, Art. 2034 I u. 2036 *codice civile*).

Ein weiterer Ausnahmefall, in dem eine Rückforderung grundsätzlich stattfand, ist die Leistung trotz Bestehens einer peremptorischen Einwendung, wenn der Leistende diese infolge eines Irrtums nicht kannte.

Ulp. D. 12,6,24: *Si is, qui perpetua exceptione tueri se poterat, cum sciret sibi exceptionem profuturam, promiserit aliquid ut liberaretur, condicere non potest.*

Dementsprechend heisst es in Marc. D. 12,6,40: *Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest: sed hoc non est perpetuum. nam si quidem eius causa exceptio datur cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatus consulto de intercessionibus: ubi vero in odium eius cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filius familias contra Macedonianum mutuum pecuniam acceperit et pater familias factus solverit, non repetit.*

Wie bei der *condictio indebiti* konnte also nur kondizieren, wer sich über die Existenz der Einrede in einem Irrtum befand.

Für Frauen und Mündel, die ohne Zustimmung ihres Vormunds gezahlt hatten, wurde offenbar aus Schutzgründen eine Ausnahme gemacht.

Neratius D. 12,6,41: *Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est, quia nec natura debet.*

Die Rückforderung wird man auch dem Haussohn zugebilligt haben, es sei denn er hat das Darlehen in Unkenntnis der *exceptio SC Maced.* zurückgezahlt, nachdem er *sui iuris* geworden war.

Bei Leistung in Unkenntnis der Existenz einer peremptorischen Einrede bleibt die Rückforderung also grundsätzlich zulässig.

Dasselbe galt für die Verjährung, die im römischen Recht die seltene Ausnahme war. Auch bei ihr blieb eine *naturalis obligatio* übrig²⁹.

Die bei Marcian formulierte grundsätzliche Zulässigkeit der Rückforderung trotz Bestehens einer peremptorischen Einrede findet sich wieder in § 813 BGB: „Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann auch dann zurückgefordert werden, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde. Die Vorschrift des § 222 Abs. 2 bleibt unberührt.“

²⁹ S. dazu SAVIGNY System V 374 ff.; OR 96 ff. mit Quellen und Lit.; dor5 auch weitere Fälle.

§ 222 II BGB betrifft die Verjährungseinrede und bestimmt, dass die Leistung auf einen verjährten Anspruch auch dann nicht zurückgefordert werden kann, wenn der Leistende die Verjährung nicht kannte.

Die Naturalobligation konnte, ungeachtet des Akzessorietätsprinzips, Grundlage einer Bürgschaft in der Form der fideiussio sein (Iul. D. 46,1,16,3); sie konnte noviert (Iul. D. 46,2,1) und zur Aufrechnung (Ulp. D. 16,2,6) gestellt werden, um nur die wichtigsten Fälle zu nennen³⁰. Diese Stellen reden allgemein, beziehen sich aber wohl überwiegend, wenn auch nicht ausschliesslich³¹ auf Geschäfte von Sklaven.

III. Naturalobligation heute?

Die Verbindlichkeiten von Sklaven sind nur noch von rechtshistorischer Bedeutung. Was vom römischen Recht insoweit bleibt, ist die Bezeichnung der unvollkommenen (nicht klagbaren) Verbindlichkeit als Naturalobligation. Dabei ist die Einführung der Kategorie der sittlichen Pflichten erst durch die Abkehr vom römischen Kontrakt- und Konditionensystem notwendig geworden. Denn im römischen Recht war die *datio ob causam*, wie wir gesehen haben, auch dann nicht kondizierbar, wenn der Grund gar nicht vorgelegen hatte. Heute hingegen ist jede rechtsgrundlose Leistung kondizierbar, so dass man für Leistungen auf Grund einer sittlichen Pflicht eine Ausnahme machen musste.

Was sonst noch bleibt für die unvollkommene Verbindlichkeit ist wenig. Sieht man von der Verjährung einmal ab, so ist es der Sache, aber nicht dem Begriffe nach die Heilung (Konvaleszenz) durch Leistung auf ein unwirksames Geschäft, die in Italien für alle Fälle des *annullamento* gilt (Artt. 1441 ff., 1444 II); in Deutschland dagegen nur bei Formmangel (§ 313 S. 2 BGB). Die Figur der Naturalobligation, bzw. des Kondiktionsausschlusses wird hierfür nur in § 1432 ABGB verwendet.

In der Sache ist es aber höchst aufschlussreich, wie mit der Aufgabe des römischen Kontraktssystems und der Einführung eines undifferenzierten Nichtigkeitsbegriffes, der sowohl die Verpflichtung wie den Rechtsgrund erfasst (also die Erfüllungsklage verhindert und die Rückforderung ermöglicht), die abweichende, sachgerecht differenzierende Lösung des römischen Rechts, namentlich beim Formmangel, verloren gegangen ist.

Der undifferenzierte Nichtigkeitsbegriff, wie er insbesondere im deutschen Recht herrschend ist, stellt auch im Bereich der Sitten- und Verbotswidrigkeit eine unzulässige Verallgemeinerung römischer Grundsätze des Stipulationsrechts dar³² und verkennt die sachgerechte Konsequenz, dass die *repetitio soluti* nicht nur bei Formmangel, sondern auch in Fällen der Sittenwidrigkeit³³ ausgeschlossen ist.

Daneben sind es im wesentlichen die Komplexe Spiel/Wette, Differenzgeschäfte³⁴ und der Lohn des Ehemaklers. Diesen Fällen ist gemeinsam, dass es um den Schutz des Verpflichteten vor leichtfertiger Übernahme einer Verpflichtung geht. Der Schutz vor Übereilung durch Unverbindlichkeit reicht jedoch nicht weit und ist relativ wertlos, weil der Vertragspartner, dem

³⁰ Weiteres bei KASER, *Römisches Privatrecht* I, 80 f.; SAVIGNY, *Obligationenrecht* I, 49 f.

³¹ Vgl. die eingehende Quellenanalyse bei SAVIGNY *Obligationenrecht* I 22 ff.

³² Vgl. etwa Ulp. D. 45,1,26: *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti*.

³³ In den Digesten findet sich z.B. kein Beleg dafür, dass bei Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit eine Kondiktion gewährt wurde, vgl. L. Mitteis FS Wach (1917) 19 f.. Die *condictio ob causam* entfiel aus den oben II genannten Gründen. Die *condictio indebiti* schied schon deshalb aus, weil es an einem entschuldbaren Irrtum fehlte (vgl. HONSELL *Rückabwicklung* 80). Moderne Beispiele im Bereich der Sitten- bzw. Verbotswidrigkeit sind die Fälle, in denen sich das Verbot nur gegen die Verpflichtung richtet, nicht gegen die Erfüllung, bzw. gegen die Verknüpfung einer Handlung, die freiwillig bleiben muss, mit einer Geldleistung (Näheres bei HONSELL 141 ff. ders., *Die zivilrechtliche Sanktion der Sittenwidrigkeit*, JZ 1975, 439 ff.).

³⁴ Dazu etwa HONSELL, *Der Differenzeinwand im Börsenterminhandel*, FS Ostheim 1990, 263.

das Gesetz die Klage verwehrt, Vorleistung verlangen wird. Das war bei den Prostituierten schon immer so, und im antiken Rom auch bei den Anwälten. Auch Kontakt- oder Ehevermittlungsinstitute verlangen Vorkasse, genauso wie Banken für ihre Kunden Börsentermingeschäfte oder den heutigen Options- bzw. Derivatehandel (der das Börsentermingeschäft verdrängt hat) regelmässig nicht auf Kredit durchführen.

Die Idee des Übereilungsschutzes hatte im römischen Recht ihren Ort bei der Schenkung (*donatio*), die nur Rechtsgrund- und nicht Verpflichtungsgeschäft war. Das Schenkungsversprechen bedurfte der Stipulationsform. Die Handschenkung hingegen war formlos gültig. Dieser Regelung lag die Überlegung zugrunde, dass mancher sich leichtfertig zu einer Schenkung verpflichtet, dass aber keines weiteren Schutzes bedarf, wer tatsächlich zur Hergabe des Geschenkes bereit ist. Zumindest bei moderner Betrachtung der Formzwecke war das im römischen Recht die *ratio* aller Realkontrakte³⁵. Ob diese *ratio* sozioökonomisch heute noch gültig ist, mag dahinstehen. Dessenungeachtet wurde sie vielfach rezipiert. So ist noch heute die Handschenkung nach deutschem, schweizerischem und österreichischem Recht formlos gültig³⁶, wohingegen ein Schenkungsversprechen der notariellen³⁷ oder immerhin der Schriftform³⁸ bedarf.

Bei gegenseitigen Verträgen hat diese Idee keine Berechtigung. Wo es sich nicht um unentgeltliche Leistungen handelt, erreicht man mit einer tatsächlichen (Vor)-Leistungspflicht nichts. Denn der Vertragspartner, der die Gegenleistung will, ist regelmässig zur Vorleistung bereit.

Der schweizerische Gesetzgeber hat daher Art. 416 OR (Unklagbarkeit des Lohnes bei der Ehevermittlung) aufgehoben³⁹. Ebenso ist der Differenzeinwand in Deutschland und Österreich durch die Börsengesetze⁴⁰, in der Schweiz durch die Judikatur⁴¹ weitgehend ausgeschlossen. Auch beim Spiel wird der Einsatz meist vorher bezahlt. Immerhin ist die Unklagbarkeit von Spiel und Wette verbreitet und sollte beibehalten werden. Im Volksmund handelt es sich hierbei um Ehrenschnulden. Dieser Begriff reflektiert die fehlende rechtliche Sanktion und weist gleichzeitig auf eine oft nicht weniger gewichtige konventionelle Verpflichtung.

³⁵ Vgl. statt aller KUNKEL/HONSELL, *Römisches Recht* /4. Aufl. 1987) 252 f.

³⁶ Art. 242 OR, § 943 ABGB, § 516, 518 II (Heilung des Formmangels durch Vollzug); nach Art. 783 sind nur Schenkungen von mässigem Wert formlos gültig.

³⁷ Z.B. § 518 I BGB, Art. 782 codice civile, § 1 I lit. d) öst. Notariatszwangsgesetz.

³⁸ Art. 243 OR.

³⁹ Man hat Art. 416 OR gestrichen und durch eine Neuregelung der Ehe- und Partnervermittlung ersetzt: der Anspruch des Vermittlers ist nunmehr klagbar, doch bestehen verschiedene Vorschriften zum Schutz des Konsumenten (vgl. Art. 406a – h OR).

⁴⁰ Der Differenzeinwand kommt nur noch bei an der Börse nicht zugelassenen Werten oder inoffiziellen Geschäften (usw.) in Betracht, wenn das Börsentermingeschäft nach §§ 53 u. 58 Börsengesetz unverbindlich ist (vgl. etwa SCHWARK NJW 1989, 2675 ff).

⁴¹ Man unterstellt Börsentermingeschäfte entgegen dem Wortlaut nicht der Vorschrift von Art. 513 II OR, sofern es sich um «ernste» Geschäfte und nicht um blosses Spiel handelt. Diese Unterscheidung ist unhaltbar und nur von dem Bestreben getragene Optionsgeschäfte aus dem Anwendungsbereich des Art. 513 II OR herauszunehmen. In Wahrheit ist das aber im Hinblick auf den klaren Wortlaut ohne den Gesetzgeber nicht möglich. Kriterien für blosses Spiel sind nach der Rechtsprechung bezeichnender Weise nur Fälle, in denen der Kunde schutzwürdig erschewint, so etwa ein Missverhältnis zwischen dem Vermögen des Spekulanten und den möglichen Verlusten, völliges Fehlen von Börsenkenntnissen sowie planloses Vorgehen (BGE 120 II 42 ff.; 65 II 21; ausführlich dazu BAUER, *Börsenmässige Termingeschäfte im schweizerischen und deutschen IPR* (Diss. Basel 1988), 185 ff.; AMONN *Schweizerisches Privatrecht* VII/2, 467 ff.; FORSTMOSER/PULVER, *Der Optionshandel in der Schweiz*, Sonderbeilage Nr. 6 der Wertpapiermitteilungen 1988, 3 ff.). Im Interesse der Verkehrssicherheit wird der Spieleinwand bei Termingeschäften an der Börse, der SOFFEX usw. nur unter besonders strengen Voraussetzungen zugelassen. Das schweizerische Bundesgericht nimmt sogar eine Vermutung dahin an, dass Termingeschäfte nicht in Spielabsicht geschlossen werden (BGE 120 II 44 f.).

IV. Ausblick

Unser Streifzug durch das Recht der Naturalobligation in den kontinental-europäischen Rechten hat gezeigt, dass der Begriff und sein Anwendungsfeld historisch stark romanistisch geprägt und praktisch heute von eher geringer Bedeutung ist. Er hat aber gleichzeitig gezeigt, wie nahe verwandt die Regelungen in den einzelnen europäischen Ländern dem römischen Mutterrecht sind. Der Spieltrieb der Geschichte hat zwar etliche Facetten erzeugt, deren gemeinsame Wurzeln jedoch deutlich sichtbar bleiben. Die Töchter sehen sich ziemlich ähnlich. Das ist nicht nur bei der Naturalobligation so, sondern fast überall im *droit privé Romain*. Die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches, das irgendwann einmal kommen wird, wird dieser Umstand erheblich erleichtern.