

# Publikationen

zur rechtlichen Zusammenarbeit

8/2020

შედარებითი სამართლის  
ქართულ - გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische Zeitschrift  
für Rechtsvergleichung



Gefördert durch:



Bundesministerium  
der Justiz und  
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



თინათინ წებულის სახელმძღვანელოს

სახელმწიფოსა და

საგარეო ურთიერთობების მინისტრის

8/2020

Deutsch-Georgische  
ZEITSCHRIFT FÜR  
RECHTSVERGLEICHUNG

შპლარკაბოთი  
სამარტოღოს

ქარტოვლ-ბერმანვლი ჟურნალი



VERLAG DES INSTITUTS FÜR STAAT UND RECHT

Die vorliegende Publikation wird durch finanzielle Unterstützung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V (IRZ) herausgegeben.

Seit ihrer Gründung im Jahr 1992 berät die Deutsche Stiftung für internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) ihre Partnerstaaten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Reformierung ihrer Rechtssysteme und der Justizwesen. Rechtsstaatlichkeit und Demokratisierung sind Voraussetzung, um grundrechtliche Freiheiten zu wahren, stabile staatliche und gesellschaftliche Strukturen zu stärken sowie wirtschaftliches Wachstum anzuregen. Diesen Entwicklungsprozess zu unterstützen ist Aufgabe der IRZ, wobei die Bedürfnisse des jeweiligen Partnerstaats immer im Mittelpunkt stehen.

Die Zusammenarbeit mit Georgien basiert auf einer gemeinsamen Erklärung zwischen dem georgischen Justizministerium und dem Bundesministerium der Justiz von 2005 und wurde im Jahr 2006 aufgenommen. Die Schwerpunkte der Tätigkeit liegen in der Umsetzung internationaler Abkommen in georgisches Recht, in der Beratung im Straf- und Strafvollzugsrecht sowie der Aus- und Fortbildung von Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwendern.

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR  
INTERNATIONALE RECHTLICHE  
ZUSAMMENARBEIT E.V.



Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



თინათინ წერეთლის სახელობის  
სახალაგნიფოცა და  
საპართლის ინესტიტუტი



Die Zeitschrift wurde von Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) gegründet. Ab der 3. Ausgabe 2020 wird sie von der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V (IRZ) gefördert.

## **Schriftleitung**

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Prof. Dr. Olaf Muthorst

Assoz. Prof. Lado Sirdadze

## **Herausgeber**

Prof. Dr. Dr. hc Tiziana J. Chiusi

Prof. Dr. Olaf Muthorst

Notar Justizrat Richard Bock

Richter Wolfram Eberhard

Prof. Dr. Arkadiusz Wudarski

Richter Dr. Timo Utermark

Rechtsanwalt Dr. Max Gutbrod

Prof. Dr. Giorgi Khubua

Prof. Dr. Lasha Bregvadze

Prof. Dr. Irakli Burduli

Prof. Dr. Zviad Gabisonia

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Assoz. Prof. Dr. Shalva Papuashvili

Assoz. Prof. Lado Sirdadze

David Maisuradze

Rechtsanwalt Giorgi Zhorzholiani

Demetre Egnatashvili

Rechtsanwalt Ketevan Buadze

Rechtsanwalt Nikoloz Sheqiladze

Tornike Darjania

Assist. Prof. Dr. Temur Tskitishvili

## **Technische Unterstützung und Layout**

David Maisuradze

## **Arbeitsgruppe**

Nino Kavshbaia

Khatia Papidze

Tatia Jorbenadze

Ana Baiadze

ISSN 2587-5191

© Tinatin-Tsereteli-Institut für Staat und Recht, 2020

© Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) 2020

© Autoren, 2020

G. Kikodze Str. 3, Tbilisi, +995 322983245, [administration@isl.ge](mailto:administration@isl.ge)

[www.lawjournal.ge](http://www.lawjournal.ge), [www.isl.ge](http://www.isl.ge)



# Inhaltsverzeichnis

## AUFSÄTZE

<b>Das System des deutschen Notariats</b>	7
<i>Richard Bock</i>	
<b>Eingriffskondition durch Verfügung im georgischen und deutschen Recht</b>	12
<i>David Maisuradze</i>	
<b>Die Besonderheiten der Wohnraummiete</b>	32
<i>Giorgi Rusiashvili / Nino Kavshbaia</i>	

## RECHTSPRECHUNG

Verfassungsmäßigkeit der Verpflichtung zur Beschaffung eines elektronischen Personalausweises ( <i>Papidze / Sirdadze</i> )	42
OGH: Doktrin des Versicherungsinteresses; Aufhebung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wegen Nichteinhaltung der Prinzipien von Treu und Glauben ( <i>Meladze</i> )	46
OGH: Übertragen des Eigentums des belasteten Gegenstands auf Hypothekengläubiger ( <i>Kavshbaia</i> )	50
OGH: Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des öffentlichen Registers (Grundbuch), Erwerb von Eigentum durch Auktion ( <i>Kavshbaia</i> )	53
OGH: Auferlegung von Kreditrückzahlungen und Schadensersatz durch Definition der kausalen Anerkennung von E-Mail-Schulden ( <i>Tedoradze</i> )	56

## REZENSION

<b>Anmerkungen zur Dissertation von Ushangi Bakhtadze: „Kriminologische Analyse des Kriminalisierungsprozesses</b>	59
<i>Temur Tskitishvili</i>	



# Das System des deutschen Notariats\*

*Justizrat Richard Bock, Notar a.D.*

*Generalbevollmächtigter der Bundesnotarkammer für internationale Angelegenheiten*

## I. Das notarielle Berufsrecht

### 1. Das öffentliche Amt

Notare bekleiden in Deutschland ein öffentliches Amt. Sie sind damit ein Teil der Justiz und übernehmen hoheitliche Aufgaben. Im Unterschied zu einem Richter wird der Notar aber in Deutschland nicht in der Staatsorganisation selbst tätig, sondern er übt sein öffentliches Amt in einem freien Beruf aus. Er ist organisatorisch und wirtschaftlich selbständig.

Notare werden in Deutschland vom Staat bestellt und abberufen. Die Berufskammern haben als Selbstverwaltungskörperschaften der Notare im Bestellungsverfahren eine unterstützende bzw. beratende Rolle. Das Justizministerium ernannt die Notare aufgrund Vorschlags der Kammern.

Nach der Bundesnotarordnung und dem Beurkundungsgesetz (das sind die zwei grundlegenden Gesetze, die die notarielle Amtstätigkeit regeln) ist der Notar zuständig für Beurkundungen und Beglaubigungen. Diese beiden Begriffe müssen streng auseinandergehalten werden.

Unter Beglaubigungen verstehen wir nur die Beglaubigung von Unterschriften. Wenn der Notar eine Unterschrift beglaubigt, bestätigt er, dass er sich von der Identität und der Geschäftsfähigkeit des Unterschreibenden überzeugt hat.

Mehr beinhaltet die Beglaubigung nicht. Außerdem darf der Notar Kopien beglaubigen (also beispielsweise Standesamtsurkunden, Zeugnisse und natürlich Kopien von notariellen Urkunden). Das ist aber eine völlig untergeordnete Tätigkeit. Auch die reinen Unterschriftsbeglaubigungen haben in der Praxis einen relativ geringen Stellenwert. Im Zentrum notarieller Amtshandlungen steht die Beurkundung.

Die Beurkundung ist die spezifische Tätigkeit des lateinischen Notariats. Das Produkt einer Beurkundung ist eine öffentliche Urkunde. Die häufig für die Beurkundung in englischen Übersetzungen anzutreffende Bezeichnung „ratification“, „notarisation“ oder „approval“ gibt den Vorgang unzureichend wieder (die richtige Übersetzung wäre „authentication“). Man unterscheidet die Beurkundung von Willenserklärungen, also im wesentlichen von Verträgen, und die Beurkundung von Tatsachen. Bei der Beurkundung von Willenserklärungen handelt es sich beispielsweise um Kaufverträge über Immobilien, Bestellung von Grundpfandrechten und sonstige Belastung von Grundstücken, Abschluss von Gesellschaftsverträgen, Errichtung von Testamenten, Abschluss von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen. Die Beurkundung von Willenserklärungen beansprucht ungefähr 95 % der Arbeitsleistung eines deutschen Notars. Daneben gibt es noch die Beurkundung von Tatsachen. Dabei handelt es sich im wesentlichen um die Beurkundung des Verlaufs von Hauptversamm-

---

\* Herrn Prof. Dr. Kaspar Frey, Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder), danke ich für seine wertvollen Hinweise.



lungen von Aktiengesellschaften. Der Unterschied im äußeren Ablauf der Beurkundung von Willenserklärungen (also von Verträgen) und Tatsachen (also Hauptversammlungen) ist, dass der Notar die beurkundeten Willenserklärungen den Beteiligten vorlesen und von ihnen unterschreiben lassen muss, während er bei Tatsachenfeststellungen lediglich seine Wahrnehmungen in einem notariellen Protokoll notiert und dieses sodann alleine unterzeichnet.

## 2. Der Amtsbereich

Jedem Notar wird vom Justizministerium ein Ort zugewiesen, an dem er sein Büro unterhalten muss. Das Gebiet um diesen Ort herum wird als Amtsbereich bezeichnet, der topographisch exakt festgelegt ist. Der Notar in Deutschland darf diesen Amtsbereich grundsätzlich nicht verlassen. Insbesondere kann er sein Büro nicht in eine andere Stadt verlegen. Dadurch wird unter anderem erreicht, dass auch in ländlichen Regionen qualifizierte Notare zur Verfügung stehen.

Die Zuweisung eines Amtsbereichs an jeden Notar hat zur Folge, dass eine flächendeckende Versorgung der gesamten Bevölkerung mit notariellen Amtstätigkeiten gewährleistet ist. Man erreicht dadurch eine erhebliche Bürgernähe.

Gleichzeitig herrscht in Deutschland aber freie Notarwahl. Das bedeutet, dass sich jeder Bürger einen Notar aussuchen kann, und zwar in ganz Deutschland. Es ist nur so, dass der Bürger in diesem Fall zum Notar gehen muss und nicht umgekehrt. Der Grundsatz der freien Notarwahl bedeutet auch, dass es Notaren gestattet ist, notarielle Urkunden über Grundstücke zu errichten, die nicht in ihrem Amtsbereich liegen und auch Gesellschaften zu gründen, die ihren Sitz außerhalb des Amtsbereichs haben.

## 3. Bestellung zum Notar

Die umfangreichen und vielfältigen Zuständigkeiten der Notare haben dazu geführt, dass nur sehr gute Juristen in Deutschland zum Notar bestellt werden.

Notare sind in Deutschland – wie Richter und Staatsanwälte – sogenannte Volljuristen. Sie haben ein Jurastudium an einer Universität sowie eine zweijährige praktische allgemein-juristische Ausbildungsphase bei Gerichten, Rechtsanwälten und Verwaltungsbehörden absolviert und die entsprechenden beiden Staatsprüfungen bestanden. Sie können sich danach bei einer regionalen Notarkammer für den notariellen Anwärterdienst bewerben. Voraussetzung für die Übernahme in den notariellen Anwärterdienst ist in der Regel, dass der Kandidat das zweite juristische Staatsexamen mit einem Prädikat im oberen Bereich bestanden hat. Normalerweise werden nur Kandidaten genommen, die zu den zwei bis drei Prozent der besten Absolventen eines Jahrgangs gehören.

Die Notaranwärter müssen sodann einen mindestens dreijährigen Anwärterdienst absolvieren. In dieser Zeit wird jeder Notaranwärter auf die speziellen Aufgaben des Notariats vorbereitet. Die Ausbildung erfolgt bei verschiedenen erfahrenen Notaren und wird begleitet von zahlreichen notarspezifischen Fortbildungsveranstaltungen.

Da nur so viele Notaranwärter ernannt werden, wie nach drei bis fünf Jahren Notarstellen frei werden, kann jeder Notaranwärter sich nach Ablauf der Anwärterzeit erfolgreich um eine freie Notarstelle bewerben.

Während der Anwärterzeit wird der Notaranwärter zu Vertretungen von anderen Notaren herangezogen. Es ist einem Notar nicht gestattet, sein Büro an Werktagen zu schließen. Will er in

Urlaub gehen oder ist er krank, braucht er einen Vertreter. Die Vertretung wird durch einen Notaranwärter sichergestellt.

#### 4. Das Anwaltsnotariat

Deutschland ist ein föderales Staatsgebilde. Historisch war Deutschland bis ins 19. Jahrhundert in zahlreiche kleine und kleinste Einzelstaaten zersplittert. In einigen dieser Staaten bestand seit dem 18. Jahrhundert für Notare die Möglichkeit, zusätzlich noch als Rechtsanwalt tätig zu sein. Diesen Doppelberuf gibt es in einigen ehemaligen Landesteilen der Bundesrepublik Deutschland bis heute. Infolgedessen sind in Deutschland ca. 3,8 % aller Rechtsanwälte zusätzlich als Notare zugelassen. Sie benötigen hierfür eine spezielle Ausbildung und müssen eine umfangreiche Prüfung bei der Bundesnotarkammer ablegen. Der Anwaltsnotar ist nicht etwa eine Mischform zwischen Anwalt und Notar, sondern es handelt sich um einen Berufsträger, der beide Berufe parallel ausübt. Durch entsprechende Berufsregeln ist sichergestellt, dass er in derselben Angelegenheit nicht gleichzeitig als Rechtsanwalt tätig werden kann. Falls er in einer Anwaltsgesellschaft arbeitet, erstreckt sich diese Verpflichtung auf sämtliche dort tätigen Anwälte. Die Trennung wird von der Aufsichtsbehörde streng überwacht. Bis auf die vorstehend in Nr. 3 geschilderte Verfahrensregelung gilt die Bundesnotarordnung für Anwaltsnotare in vollem Umfang.

#### 5. Das Verfahren der Stellenbesetzung

In jedem Amtsbereich wird die Anzahl der Notarstellen durch das Justizministerium festgelegt. Die Stellenzahl richtet sich dabei nicht nach der Anzahl der Einwohner, die in einem Amtsbe-

reich leben, sondern nach der Anzahl der Urkundsgeschäfte, die durchschnittlich in diesem Amtsbereich abgewickelt werden. Jeder Notar ist verpflichtet, am Ende eines jeden Jahres seine Urkundsgeschäfte an die Aufsichtsbehörde zu melden, damit diese über die Notwendigkeit der Neuerrichtung oder Streichung von Notarstellen unterrichtet wird.

Wird eine Notarstelle frei oder wird eine neue Notarstelle geschaffen, kann sich jeder Notar und Notaranwärter bewerben. Die Stelle wird so- dann durch das Justizministerium in der Regel mit dem dienstältesten Bewerber besetzt. Notare gehen hierbei stets Notaranwärtern vor, allerdings nur, wenn sie auf ihrer bisherigen Stelle mindestens einen Zeitraum von fünf Jahren verbracht haben. Folge dieses sogenannten Anciennitätsprinzips ist es, dass Notarstellen im städtischen Bereich zumeist nicht durch Notaranwärter besetzt werden können, weil sich dienstältere Notare hierauf bewerben. Notaranwärter beginnen zumeist auf einer kleinen Notarstelle auf dem Lande. Nach fünf Jahren können sie sich auf eine frei werdende größere Stelle bewerben (Vorrück-System). Auf diese Weise ist eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen auch in abgelegenen, wirtschaftlich weniger attraktiven Regionen sichergestellt.

Notarstellen sind nicht verkäuflich, da es sich um ein öffentliches Amt handelt. Infolgedessen sind bei der Ernennung zum Notar oder beim Wechsel des Amtssitzes an den Amtsvorgänger bzw. dessen Erben keine Zahlungen zu leisten.

#### 6. Dienstaufsicht und Disziplinarmaßnahmen

Die starke Rolle des Staates wird vor allem im Bereich der Aufsicht über Notare sichtbar. Die Dienstaufsicht wird durch das Landgericht mit-

tels Geschäftsprüfungen durchgeführt. Den Landgerichten obliegt damit die regelmäßige Prüfung und Überwachung eines jeden Notars. Die Prüfungen erfolgen in Abständen von vier Jahren. Sie dauern in der Regel eine Woche. Der Prüfer ist berechtigt, sich sämtliche Urkunden, Akten, Rechnungen und Bankkonten des Notars vorlegen zu lassen.

Geprüft wird die gesamte Amtstätigkeit, also insbesondere:

- die Führung der vorgeschriebenen Verzeichnisse, Akten und Dateien,

- die Sicherheit und Funktionalität der elektronischen Ausrüstung, sowie die

ordnungsgemäße automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten im Hinblick auf

die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften,

- sämtliche Verfügungen über Treuhandkonten und deren Dokumentation,

- die Erfüllung der dem Staat gegenüber obliegenden Verpflichtungen, insbesondere der

steuerlichen Anzeigepflichten und der Verpflichtungen im Rahmen der

Geldwäscheprävention,

- die richtige Berechnung der Gebühren und deren Erhebung,

- die zügige Abwicklung des Vollzugs der Urkunden,

- die Einhaltung beurkundungsrechtlicher Vorschriften, nicht jedoch die Zweckmäßigkeit

des Inhalts der Urkunden. Für letzteres ist der Notar den Beteiligten gegenüber selbst verantwortlich.

Notare, die ihre Amtspflichten verletzen, begehen ein Dienstvergehen. Dienstvergehen können im Disziplinarverfahren mit folgenden Maßnahmen geahndet werden:

- Mißbilligung als leichteste Disziplinarmaßnahme,

- Geldbuße als mittelschwere Disziplinarmaßnahme, im Höchstfall 100.000.-€,

- Entfernung aus dem Amt als schwerste Disziplinarstrafe.

Eine nur zeitweilige Entfernung aus dem Amt ist im Gegensatz zu vielen anderen Ländern des lateinischen Notariats nicht möglich, da Notarstellen wegen der den Notaren obliegenden Vollzugspflicht für ihre Urkunden durchgängig besetzt sein müssen.

Die Gründe für die endgültige Amtsenthebung sind in der Bundesnotarordnung geregelt. Häufigster Grund ist privater Vermögensverfall oder die Tatsache, dass die Art der Amtsführung die Interessen der Klientel gefährdet. Die in der Bundesnotarordnung geregelten Amtsenthebungsgründe sind jedoch nicht abschließend. Vielmehr gibt es zahlreiche weitere Fälle, die ein Verbleiben des Notars im Amt als untragbar erscheinen lassen. Hierzu zählen beispielsweise systematische Verstöße gegen Gebührenvorschriften.

Wird ein Notar durch ein Gericht zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr rechtskräftig verurteilt, erlischt sein Amt automatisch, egal, um welches Delikt es sich handelt. Dann bedarf es keiner Amtsenthebung.

Zuständig für die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen sind die Gerichte als Disziplinarbehörden, die auf einen entsprechenden Antrag der Kammer oder des Justizministeriums tätig

werden. Dem Notar steht gegen verhängte Disziplinarmaßnahmen der Rechtsweg offen.

Amtsenthbungsverfahren dauern in der Regel recht lange. Dem Notar stehen bereits im Ermittlungsverfahren zahlreiche Rechtsmittel zur Verfügung und er hat auch die Möglichkeit, durch Verzögerungstaktik das Verfahren in die Länge zu ziehen. Daher ist es erforderlich, ihn in diesen Fällen präventiv vorläufig des Amtes zu entheben.

Eine vorläufige Amtsenthebung kann gegen den Notar ausgesprochen werden, wenn die Aufsichtsbehörde Gründe für eine dauerhafte Amtsenthebung für gegeben hält und das weitere Verbleiben im Amt eine Gefahr für die Klientel darstellen oder den Fortgang der Ermittlungen beeinträchtigen würde. In aller Regel wird daher ein Notar bis zur endgültigen Entscheidung über seine Amtsenthebung durch die Aufsichtsbehörde vorläufig suspendiert.

## 7. Amtshaftung und Versicherungspflicht

Notare sind für sämtliche Amtshandlungen den Beteiligten gegenüber in vollem Umfang verantwortlich. Die Haftung des Notars kann nicht ausgeschlossen oder begrenzt werden. Der Notar haftet bereits für leichte Fahrlässigkeit, allerdings nur, soweit der Geschädigte für seinen Schaden nicht anderweitig Ersatz erlangen kann. Amtshaftungsansprüche gegen einen Notar sind vor den Zivilgerichten geltend zu machen.

Der Notar ist verpflichtet, sich gegen die Inanspruchnahme aus der gesetzlichen Haftpflicht zu versichern. Die Mindestversicherungssumme beträgt 500.000,- € für jeden Einzelfall. Die regionalen Kammern können für ihren Bereich höhere Mindestbeträge festsetzen. Darüber hinaus steht

es jedem Notar frei, sich auch gegen höhere Schäden zu versichern.

Der Versicherungsschutz besteht nur, sofern ein Notar seine Amtspflichten nicht wesentlich verletzt hat. Hat er sie wesentlich verletzt, entfällt der Versicherungsschutz und der Notar haftet selbst. Gleiches gilt, soweit der von ihm zu verantwortende Schaden seine Haftpflichtversicherungssumme übersteigt. Da in diesen Fällen häufig kein ausreichendes Privatvermögen vorhanden ist, unterhalten die regionalen Kammern einen Notarversicherungsfonds. Dieser wird aus Beiträgen sämtlicher deutscher Notare gebildet. Vorsätzlich geschädigte Klienten haben einen unmittelbaren Anspruch gegen den Fonds.

## 8. Berufskammern

Kammern sind Selbstverwaltungskörperschaften, in denen die Notare zwangsweise Mitglieder sind. Neben der Bundesnotarkammer gibt es 21 regionale Kammern. Jeder Notar ist Mitglied der für ihn zuständigen regionalen Notarkammer.

Die Aufgaben der regionalen Notarkammern sind im wesentlichen folgende:

- Vorbereitung von Disziplinarmaßnahmen
- Einstellung, Bezahlung und Ausbildung von Notaranwärtlern
- Verwaltung freier Notarstellen bis zur Ernennung eines Nachfolgers
- Vorbereitung von Stellenbesetzungen
- Fortbildung der Notare und Mitarbeiter der Notare
- Bearbeitung von Beschwerden gegen Notare

Hierbei erfüllen die Kammern eine Filterfunktion. Sofern die Beschwerde eines Bürgers sich lediglich auf die Amtsführung der Notare bezieht, wird versucht, das Problem gütlich zu lösen. Handelt es sich um den Verdacht einer Disziplinarmaßnahme, leitet sie diese ein.

Notare sind verpflichtet, Beiträge zu entrichten. Diese richten sich nach dem Umsatz, den Urkundenzahlen oder sie werden auf der Grundlage eines Mischsystems erhoben.

Mit den Beiträgen wird außer den Kosten der laufenden Verwaltung und den Abführungen an die Bundesnotarkammer in einigen Kammern noch die Unterstützung kleiner Notarstellen finanziert, sofern dies zur Versorgung der Bevölkerung in wirtschaftlich schwachen Gebieten erforderlich ist.

Die regionalen Notarkammern sind in der Bundesnotarkammer zusammengefasst. Die Präsidenten der regionalen Notarkammern bilden sozusagen das Parlament der Bundesnotarkammer. Das Präsidium der Bundesnotarkammer besteht aus dem Präsidenten und sechs weiteren Mitgliedern.

Aufgabe der Bundesnotarkammer ist die Vertretung der Interessen des deutschen Notariats nach außen, also gegenüber der Bundesregierung, den europäischen Institutionen sowie den internationalen Notarorganisationen.

Die Bundesnotarkammer unterhält einen wissenschaftlichen Dienst, das Deutsche Notarinstitut, mit ca. 30 Juristen, den jeder Notar kostenfrei beliebig oft nutzen kann. Das Institut produziert für die Kollegen insgesamt ca. 8000 Gutachten pro Jahr.

Die Bundesnotarkammer ist ferner zuständig für die gesamte notarielle Informationstechnologie. Sie ist u.a. staatliche Zertifizierungsstelle für elektronische Signaturkarten, betreibt im Auftrag

des Bundesjustizministeriums zwei staatliche Register, entwickelt und verwaltet (ab 1.1.2022) das zentrale Urkundenarchiv für sämtliche ab diesem Zeitpunkt produzierten Urkunden, ferner die Technologie für die ab August 2021 vorgesehenen Distanzbeurkundungen. In der IT-Abteilung der Bundesnotarkammer sind derzeit ca. 150 Mitarbeiter beschäftigt.

Die Bundesnotarkammer wird vom Bundesjustizministerium (BMJV) zu allen Gesetzgebungsvorhaben angehört, die die von uns betreuten Rechtsgebiete (Schuld- und Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Gesellschaftsrecht) sowie selbstverständlich das gesamte notarielle Berufsrecht betreffen. Auf Arbeitsebene findet insoweit ein permanenter Austausch zwischen den im Ministerium zuständigen Referenten und Referatsleitern und den entsprechenden Abteilungen innerhalb der Geschäftsführung der Bundesnotarkammer statt. Zu umfangreicheren Projekten werden dem BMJV ausführliche gutachterliche Stellungnahmen vorgelegt.

Die Geschäftsführung der Bundesnotarkammer besteht aus etwa fünfzehn besonders qualifizierten Notaranwärtinnen, die sich für einen Zeitraum von drei bis fünf Jahren für diese Tätigkeit verpflichten. Drei von ihnen leiten die IT-Abteilung, drei weitere unsere Geschäftsstelle in Brüssel. Von dort werden die mit der europäischen Gesetzgebung befassten Institutionen der EU-Kommission in gleicher Weise unterstützt, wie das BMJV von unserer Zentrale in Berlin.

## **II. Zuständigkeiten des Notariats und das notarielle Beurkundungsverfahren**

### **1. Grundstücksrecht**

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch können Verpflichtungen über die Veräußerung und den Erwerb von Grundbesitz nur in notarieller Form

eingegangen werden. Dies bedeutet, dass sämtliche Verträge, in denen das Eigentum an einer Immobilie übertragen werden soll, der notariellen Beurkundung unterliegen.

Hierbei handelt es sich um Kaufverträge, auch Angebote, Schenkungsverträge und Auseinandersetzungsverträge von Erbengemeinschaften über Grundbesitz. Weiterhin beurkundungspflichtig ist die Bestellung von Grundpfandrechten, sofern sich der Eigentümer in der Urkunde der Zwangsvollstreckung unterwirft.

Das deutsche Beurkundungsrecht legt dem Notar zahlreiche Verpflichtungen im Rahmen der Urkundsgestaltung auf. Er hat nicht nur den Sachverhalt aufzuklären, den Willen der Beteiligten zu erforschen, sie rechtlich zu beraten und Unklarheiten zu vermeiden oder zu beseitigen. Er ist vielmehr zusätzlich verpflichtet, stets den sichersten und zweckmäßigsten Weg zu wählen, für eine ausgewogene Vertragsgestaltung zu sorgen, sowie den Beteiligten bei mehreren Möglichkeiten die verschiedenen Alternativen aufzuzeigen und zu erläutern. Ihn trifft damit eine umfassende Gestaltungsverpflichtung. Zusätzliche besondere Amtspflichten obliegen ihm im Bereich des Verbraucherschutzrechts.

Gegenstand der notariellen Beurkundung ist der gesamte Inhalt des Geschäfts einschließlich etwaiger Nebenabreden. Nebenabreden sind auch dann beurkundungspflichtig, wenn sie, für sich genommen, privatschriftlich getroffen werden können. Will also beispielsweise der Verkäufer die verkaufte Immobilie noch für einige Zeit mieten, unterliegt auch der Mietvertrag der notariellen Beurkundung, obwohl ein Mietvertrag an sich auch formfrei abgeschlossen werden kann. Wird er als Teil eines Kaufvertrags nicht mitbeurkundet, ist der gesamte Vertrag unwirksam.

Nach Abschluss des Geschäfts hat der Notar den Vertrag zu vollziehen, also eventuell fehlende Wirksamkeitsvoraussetzungen zu schaffen, für die Löschung von nicht vom Erwerber zu übernehmenden Belastungen zu sorgen, öffentliche Genehmigungen einzuholen und zum Schluss die Anträge auf Eintragung in die öffentlichen Register (Grundbuch, Handelsregister) zu stellen.

Bevor der Notar einen Vertrag über einen Immobilientransfer beurkundet, muss er zwingend das Grundbuch einsehen.

Aus dem Grundbuch ersichtlich sind neben dem Grundstück sämtliche das Grundstück betreffenden dinglichen Rechte. Im Grundbuch ist also der Eigentümer eingetragen, ferner Hypotheken oder Grundschulden und sonstige Grundstücksbelastungen wie z.B. Wegerechte, Wohnungsrechte oder Nießbrauchsrechte. Das Grundbuch gibt daher abschließend Auskunft über sämtliche das Grundstück betreffenden Rechte. Was nicht im Grundbuch eingetragen ist, existiert nicht. Umgekehrt genießt jede Grundbucheintragung öffentlichen Glauben.

In vielen Ländern, zumal in Europa, gibt es zwar auch relativ verlässliche Register über Grundbesitz und Belastungen. Nach vielen Rechtsordnungen können jedoch Rechte an Grundstücken, zum Beispiel ein Wegerecht oder ein privatrechtliches Bebauungsverbot, auch außerhalb des Grundbuchs wirksam begründet werden. Ein gutgläubiger Erwerber hat solche Rechte zu dulden, was in Deutschland nicht möglich wäre.

Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erfordert bei der Abfassung von Verträgen, die Grundbesitz betreffen, daher ein hohes Maß an Präzision. Der Notar muss zunächst in der Urkunde sämtliche Grundstücksbelastungen aufführen, unabhängig davon, ob sie vom Erwerber zu übernehmen oder vom Veräußerer noch zu löschen

sind. Ihm obliegen als Vorprüfungsstelle für die Eintragung ins Grundbuch zahlreiche sonstige Pflichten, also die Feststellung der Identität der Beteiligten, die Feststellung der Wirksamkeit vorgelegter Vollmachten, die Einholung etwa erforderlicher behördlicher Genehmigungen sowie die exakte Vorformulierung sämtlicher Grundbucheintragungen.

Bei Schenkungsverträgen über Grundbesitz muss der Notar für die Sicherung des Überträgers sorgen, ihn also insbesondere fragen, ob er sich Rechte an der Immobilie vorbehält, zum Beispiel ein Wohnungsrecht oder ein Nießbrauchsrecht, oder ob er unter bestimmten Umständen die Immobilie zurückerwerben möchte – zum Beispiel beim Tod des Erwerbers.

Eintragungen im Grundbuch können nur aufgrund von Anträgen erfolgen, die von einem Notar gestellt wurden. Andere Personen sind hierzu nicht berechtigt. Die Antragstellung erfolgt ausschließlich elektronisch. Nur Notare verfügen über die entsprechende Zugangsberechtigung und das hierfür erforderliche digitale Equipment. Der technische Ablauf ist derselbe wie nachstehend in Abschnitt 2. für das Anmeldeverfahren zum Handelsregister näher beschrieben.

Die umfassende gesetzlich geregelte notarielle Beurkundung, sorgfältige Vorbereitung und Durchführung von Immobilienverträgen durch den Notar sowie das exklusive Recht zur Antragstellung führt dazu, dass die Grundbücher, von verschwindend geringen Ausnahmen abgesehen, richtig sind und Streitigkeiten aus solchen Verträgen höchst selten vorkommen. Das Notariat erfüllt auf diese Weise mehrere gesellschaftlich relevante Funktionen. Durch die Pflicht zur Errichtung öffentlicher Urkunden bei allen Transfers und Belastungen von Immobilien werden sämtliche diesbezüglichen Vorgänge für die staatlichen

Organe transparent gemacht. Der Finanzverwaltung wird hierdurch die Steuererhebung erleichtert und die Strafverfolgungsbehörden werden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützt. Das gilt insbesondere im Bereich von Korruptions- und Geldwäschedelikten. Darüber hinaus vermeidet die notarielle Beurkundung Streitigkeiten zwischen den Beteiligten, fördert auf diese Weise den Rechtsfrieden und entlastet die Justiz.

## 2. Gesellschaftsrecht

Dem Gesellschaftsrecht kommt in allen Ländern mit einer marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsverfassung eine zentrale Bedeutung zu. Im Zentrum der notariellen Aktivitäten in Deutschland steht das Kapitalgesellschaftsrecht. Wir unterscheiden hierbei zwischen Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Bei Aktiengesellschaften ist die notarielle Beurkundung vorgeschrieben für die Gründung und alle Beschlüsse der Hauptversammlung von börsennotierten Aktiengesellschaften und bei nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften für Kapitalmaßnahmen und Satzungsänderungen.

Die häufigste Gesellschaftsform ist die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. In Deutschland gibt es über eine Million Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Sämtliche wesentlichen Vorgänge im Bereich der Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind beurkundungspflichtig, insbesondere

- die Gründung,
- alle Beschlüsse über die Änderung der Satzung, insbesondere Kapitalmaßnahmen,

- die Abtretung von Geschäftsanteilen oder die Veräußerung von ganzen Gesellschaften,
- Treuhandverträge über Geschäftsanteile.

Ebenso wie im Immobilienrecht obliegen dem Notar auch im Gesellschaftsrecht zahlreiche Aufklärungs- und Gestaltungspflichten. So hat er bei der Gründung einer Gesellschaft zu regeln, inwieweit die Geschäftsführer zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt oder die Gesellschafter zur Mitarbeit verpflichtet sind, ob die Anteile vererblich sind, ob die anderen Gesellschafter bei der Abtretung von Anteilen ein Mitspracherecht haben, wie der Gewinn verteilt wird und welche Abfindung ein Gesellschafter bekommt, wenn er aus der Gesellschaft ausscheidet.

Des weiteren unterliegen der Beurkundungspflicht sämtliche Umwandlungsvorgänge nach dem Umwandlungsgesetz, also Verschmelzungen, Spaltungen und Änderungen der Rechtsform. Damit befindet sich ein wesentlicher Teil der Gestaltung und Abwicklung von Verträgen im Bereich gesellschaftsrechtlicher Strukturveränderungen bei Unternehmenstransaktionen in Deutschland in der Verantwortung des Notariats.

Notare unterliegen im Gesellschaftsrecht umfangreichen Verpflichtungen gegenüber den Finanzbehörden. Sämtliche Urkunden, die dieses Rechtsgebiet tangieren, sind dem Finanzamt anzuzeigen. Die Finanzverwaltung erhält auf diese Weise über die aus dem Handelsregister ersichtlichen Informationen hinaus Einblick nicht nur in die rechtlichen Strukturen und sonstigen Verhältnisse von Gesellschaften und Unternehmensgruppen, sondern auch über die den Transaktionen zugrundeliegenden Geldflüsse.

Die zentrale staatliche Informationsquelle im deutschen Gesellschaftsrecht ist das Handelsregister. Es wird bei den Amtsgerichten geführt.

Sämtliche Eintragungen in das Handelsregister erfolgen aufgrund einer Anmeldung, die zwingend der notariellen Beglaubigung bedarf. Anmeldungen zum Handelsregister erfolgen auf elektronischem Weg. Nur Notare sind nach den gesetzlichen Bestimmungen berechtigt, Anträge auf Eintragung in das Handelsregister zu stellen. Nur sie verfügen über die hierzu erforderliche elektronische Ausstattung und die notwendige Zugangsberechtigung. Die Übermittlung erfolgt in einer Art elektronischem Container. In dem Container befindet sich als Bilddatei (pdf-Datei) ein qualifiziert elektronisch signierter scan, der in Papierform vorliegenden Registeranmeldung mit allen Unterschriften und Siegel des Notars, ferner eine xml-Datei, also ein strukturierter Datensatz mit dem einschlägigen Text, der im Handelsregister veröffentlicht wird, sowie ein Notarattribut, das durch Verlinkung mit dem zentralen Notarverzeichnis der Bundesnotarkammer automatisch angehängt wird.

Für das Handelsregister bedeutet die elektronische Übermittlung eine außerordentliche Arbeitserleichterung und Kostenersparnis.

Die gesamte Datenfernübertragung geschieht fälschungssicher auf entsprechend geschützten Internetwegen. Die anmeldeberechtigten Notare sind mit Chipkarten ausgestattet, die durch die Bundesnotarkammer vergeben werden. Die Chipkarten werden mit einem sechsstelligen Code jeweils aktiviert.

Das Handelsregister ist zur Einsichtnahme für jedermann offen. Aus dem Handelsregister sind alle für den Rechtsverkehr wichtigen Daten einer jeden Gesellschaft ersichtlich. Insbesondere gibt das Register darüber Auskunft, welche Personen eine Gesellschaft rechtsverbindlich nach außen vertreten können. Die Eintragungen im Handelsregister genießen öffentlichen Glauben. Jeder kann sich auf die Richtigkeit des Registers verlas-



sen. Wenn also beispielsweise eine im Handelsregister fälschlicherweise als Geschäftsführer eingetragene Person für eine Gesellschaft einen Vertrag abschließt, ist dieser wirksam.

Die Eintragungen im Handelsregister, die ausschließlich aufgrund notariell geprüfter Anmeldungen erfolgen, gewährleisten darüber hinaus eine vollständige Transparenz bezüglich aller gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse. Dies gilt zu Gunsten von Geschäftspartnern, Banken und der öffentlichen Verwaltung, insbesondere auch den Finanzbehörden.

### 3. Erbrecht

In Deutschland gibt es zwei relevante Formen letztwilliger Verfügungen, nämlich Testamente von Einzelpersonen und sogenannte Erbverträge. Erbverträge sind gemeinschaftliche Testamente, die von Ehegatten, jedoch auch von weiter entfernt oder gar nicht miteinander verwandten Personen errichtet werden können. Testamente unterliegen nicht der notariellen Beurkundungspflicht. Erbverträge müssen hingegen notariell beurkundet werden.

Obwohl Testamente handschriftlich abgefasst werden können, wählen viele Menschen den sicheren Weg der notariellen Beurkundung. Der sichere Weg bedeutet, dass die Testamente richtig und unzweideutig abgefasst sind. Gerichtliche Streitigkeiten aus notariellen Testamenten sind höchst selten. Streitigkeiten aus privat abgefassten Testamenten sind demgegenüber häufig. Notarielle Testamente sind, ebenso wie Erbverträge, in die amtliche Verwahrung zu nehmen. Sie können daher nicht verschwinden und werden im Erbfall eröffnet. Notarielle Testamente und Erbverträge ersparen den Erbschein. Ein Erbschein ist ein Zeugnis über die Erbfolge. Bei einem privatschriftlichen Testament muss der Erbe

ein solches gerichtliches Zeugnis über seine Erbstellung beantragen, was zeitaufwendig und teuer ist.

Notarielle Testamente und Erbverträge sind durch die Notare elektronisch beim Zentralen Testamentsregister zu melden. Das Testamentsregister wird von der Bundesnotarkammer geführt. Zweck des Registers ist es sicherzustellen, dass nach dem Versterben eines Testators das Testament oder der Erbvertrag dem Nachlassgericht zur Eröffnung eingereicht wird. Das gesamte Verfahren erfolgt elektronisch über ein besonders geschütztes Intranet, welches von der Bundesnotarkammer administriert wird.

Liegt ein privatschriftliches Testament vor, sind die Notare nach dem Erbfall zuständig für die Aufnahme von Anträgen auf Erteilung eines Erbscheins oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses. Beide Urkunden werden beim Notar beantragt und durch das Nachlassgericht erteilt.

Gleiches gilt, falls kein Testament vorhanden und infolgedessen die gesetzliche Erbfolge eingetreten ist. Die gesetzlichen Erben müssen sich ebenfalls durch einen Erbschein bzw. ein Europäisches Nachlasszeugnis legitimieren.

### 4. Familienrecht

Im Bereich des Familienrechts ist der Notar zuständig für die Beurkundung von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen. Scheidungsvereinbarungen sind häufig. In der Regel wird das eheliche Vermögen auseinandersetzt, es werden Unterhaltsansprüche der Ehegatten und Unterhaltsansprüche von Kindern geregelt, ferner die Verteilung von Anwartschaften in einer gesetzlichen oder privaten Rentenversicherung.

### 5. Beweiskraft und Vollstreckbarkeit von Urkunden

Privaturkunden begründen in einem gerichtlichen Verfahren lediglich den Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den unterzeichnenden Personen abgegeben worden sind. Öffentliche Urkunden, also Notarurkunden, begründen demgegenüber in einem Gerichtsverfahren den Beweis des gesamten beurkundeten Vorgangs. Was alles zum Beurkundungsvorgang gehört, ist am Beispiel eines Vertrages über den Transfer einer Immobilie oben in Abschnitt 1. oder für die Gründung einer Gesellschaft in

Abschnitt 2. näher beschrieben.

Die von einem deutschen Notar errichteten öffentlichen Urkunden sind hinsichtlich der darin begründeten Ansprüche vollstreckbar. Der Anspruchsberechtigte kann ohne vorheriges Gerichtsverfahren unmittelbar aus der Urkunde die Vollstreckung seines Anspruchs betreiben. Die Urkunden entfalten dieselbe Wirkung wie ein Gerichtsurteil. Einwendungen gegen die Vollstreckung sind sodann – wie bei einem Gerichtsurteil – im Vollstreckungsverfahren mit besonderen eingeschränkten Rechtsmitteln möglich.

## Eingriffskondiktion durch Verfügung im georgischen und deutschen Recht

David Maisuradze

Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Tinatin Tsereteli Institut für Staat und Recht

Als zentrale Norm der Eingriffskondiktion nennt Art. 982 des georgischen Zivilgesetzbuchs (im Folgenden GeoZGB) die Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung. Diese gibt dem Berechtigten einen Bereicherungsanspruch dem Eingreifenden gegenüber. Als erste Voraussetzung wird eine Verfügung ohne Zustimmung genannt. Die Rechtsfolgen der unentgeltlichen Verfügung eines Nichtberechtigten regelt dann Art. 990 GeoZGB. Die diesen beiden Artikeln entsprechende Norm ist im § 816 BGB enthalten.

Eine Entwicklung der Systematik des georgischen Bereicherungsrechts scheint ohne eine Einbeziehung der des deutschen Rechts sowie der deutschen Rechtswissenschaft ausgeschlossen zu sein, da das georgische Bereicherungsrecht dem deutschen am ähnlichsten ist. In mehreren Fällen sind die rechtlich bedeutsamen Probleme, die in der georgischen Realität auftreten können, in der deutschen Rechtstradition bereits recht gut identifiziert, untersucht und behandelt. Die deutsche Rechtsprechung und Dogmatik bietet oft eine ganze Reihe alternativer Ansätze für ein und dieselbe Rechtsfrage: die vorherrschenden wissenschaftlichen Positionen, Mindermeinungen und Ansichten der Justiz sind oft widersprüchlich, aber dank der entwickelten deutschen Rechtstradition beinhalten all diese Ansichten in der Regel wertvolle wissenschaftliche Ideen, die einem Land wie Georgien für dessen Verständnis und dessen Rechtsanwendung zugutekommen können.

Neben den Ähnlichkeiten gibt es erhebliche Unterschiede im georgischen und deutschen Kondiktionsrecht: Das georgische System des Bereicherungsrechts stammt aus einem von *Detlef König* entwickelten Entwurf, der in Deutschland keinen Anklang fand. Außerdem müssen die Regelungen des Bereicherungsrechts systematisch übereinstimmend mit den anderen privatrechtlichen Instituten angewendet werden; diese Institute sind, beide Rechtssysteme betrachtet, nicht deckungsgleich. Daher muss bei der vergleichenden Analyse stets berücksichtigt werden, dass es unangemessen wäre, deutsche Ansätze ohne Bedenken einzuführen.

Betreffend der Eingriffskondiktion durch Verfügung eines Nichtberechtigten ist im georgischen Recht praktisch alles unklar und vage. Selbst das Wesen und die Rechtsnatur der Verfügung bleiben umstritten. Interessant ist auch, welche dogmatischen Unterschiede die im georgischen und deutschen Recht unterschiedlich funktionierenden Prinzipien der Trennung und Abstraktion sowie der kausalen Tradition verursachen. Es ist auch nicht klar, was unter den gesetzlichen Voraussetzungen der Eingriffskondiktion durch Verfügung eines Nichtberechtigten gemeint sein soll; wie sollten zum Beispiel die Begriffe „Berechtigter“ und „Unberechtigter“ verstanden werden, oder was bedeutet „dem Berechtigten gegenüber wirksam“? Besonders verwirrend ist die vom georgischen Gesetzgeber vorgeschriebene Rechtsfolge der Eingriffskondik-

tion im Unterschied zu der des Schadensersatzrechts.

## I. Der Begriff der Verfügung im georgischen und deutschen Recht

Wichtigste Voraussetzung der Eingriffskondition durch Verfügung nach Art. 982 und Art. 900 GeoZGB (im deutschen Recht § 816 BGB) ist die Verfügung selbst. Dieser grundlegende Begriff des Privatrechts wird jedoch in der georgischen und deutschen Tradition unterschiedlich verstanden.

### 1. Der Begriff der Verfügung im deutschen Recht

Nach deutschem Recht ist die Verfügung eine unmittelbare Einwirkung auf ein (in der Regel dingliches) Recht, das heißt eine Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung eines Rechts.<sup>1</sup> Die Verfügung erfolgt nach deutschem Recht durch Rechtsgeschäft, nämlich durch Verfügungsgeschäft.<sup>2</sup> Davon unterscheidet sich das Verpflichtungsgeschäft. Letzteres begründet allein die Leistungspflicht gegenüber einem anderen; mittels des Verpflichtungsgeschäfts wird ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien hergestellt, aufgrund dessen der Gläubiger das Recht hat, vom Schuldner eine Handlung oder Unterlassung zu fordern. Die rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen entstehen in der Regel aus einem Vertrag. In Ausnahmefällen kann es sich jedoch auch um ein einseitiges Rechtsgeschäft handeln, beispielsweise um ein bindendes Versprechen

nach § 657 BGB (entspricht dem öffentlichen Versprechen einer Auszeichnung nach Art. 755 GeoZGB).<sup>3</sup>

Im Gegensatz zum Verpflichtungsgeschäft wirkt sich das Verfügungsgeschäft direkt auf ein bestehendes Recht aus.<sup>4</sup> Zur Sicherheit des Rechtsverkehrs gilt daher für die Verfügungsgeschäfte der Grundsatz des *numerus clausus*. Aufgrund ihrer direkten Auswirkung auf die Rechte des jeweiligen Rechtsinhabers ist die Verfügung in der Regel nur dann gültig, wenn der Verfügende (z. B. der Veräußerer) eine besondere Befugnis, die sogenannte Verfügungsbefugnis innehat.<sup>5</sup> Diese Befugnis liegt grundsätzlich beim Rechtsinhaber (Ausnahmen: Insolvenzverwalter, Testamentsvollstrecker).<sup>6</sup> Die Verfügungsbefugnis ist als Wirksamkeitsvoraussetzung der Verfügung eines der Hauptunterscheidungsmerkmale des Verfügungs- vom Verpflichtungsgeschäft.<sup>7</sup>

Im Gegensatz zum Verpflichtungsgeschäft gilt für die Verfügung der Prioritätsgrundsatz. Dieser Grundsatz besagt, dass eine Person mit Verfügungsbefugnis über dasselbe Recht nur einmal verfügen kann; alle nachfolgenden Verfügungen sind nichtig. Beispielsweise hat der Eigentümer nicht das Recht, sein Eigentum mehrmals zu übertragen. Nach der ersten Veräußerung verliert er das Eigentumsrecht und dementsprechend auch die Verfügungsbefugnis. Dieser Prio-

<sup>1</sup> Schulze, R., in: Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 8. Aufl., § 816, Rn. 4.

<sup>2</sup> Brox, H./Walker, W. D., Allgemeiner Teil des BGB, 38. Aufl., 2014, Rn. 104.

<sup>3</sup> Dörner, H., in: Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 8. Aufl., Vor §§ 104-188, Rn. 4.

<sup>4</sup> BGHZ 101, 26.

<sup>5</sup> Brox, H./Walker, W. D., Allgemeiner Teil des BGB, 38. Aufl., 2014, Rn. 107.

<sup>6</sup> Dörner, H., in: Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 8. Aufl., Vor §§ 104-188, Rn. 4.

<sup>7</sup> Brox, H./Walker, W. D., Allgemeiner Teil des BGB, 38. Aufl., 2014, Rn. 109.

ritätsgrundsatz gilt nicht für Verpflichtungsgeschäfte: Eine Person kann dieselbe Verpflichtung gegenüber einer Vielzahl von Gläubigern übernehmen; hier gilt gerade nicht das Prinzip *primo in tempore, potior in iure*. So kann der Eigentümer eines Gegenstandes denselben Gegenstand durch drei verschiedene Verträge an drei verschiedene Personen verkaufen; jeder dieser Kaufverträge ist wirksam. Zwar kann der Verkäufer seine Verpflichtung nur einmal erfüllen, die anderen Schuldner können dann jedoch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.<sup>8</sup>

Ein Verfügungsgeschäft ist grundsätzlich ein Vertrag, es gibt jedoch auch einseitige Verfügungsgeschäfte. Darüber hinaus handelt es sich bei den meisten Verfügungen um dingliche Rechtsgeschäfte, da sie einen direkten Einfluss auf die absoluten dinglichen Rechte haben, während sich die Verpflichtungsgeschäfte nur auf die zwischen den Parteien eines Schuldverhältnisses bestehenden relativen Rechte beziehen. Aus diesem Grund wird manchmal „Verpflichtungsgeschäft“ als Synonym für „dingliches Recht“ verwendet. Die Verwendung dieser beiden als Synonyme ist jedoch ungenau, da es auch schuldrechtliche Verfügungsgeschäfte gibt. Beispielsweise ist die Abtretung nach § 398 BGB im Rahmen des Schuldrechts gesetzlich geregelt<sup>9</sup> (dem entspricht jedoch im georgischen Recht Art. 199 GeoZGB, welcher im Kapitel des Sachenrechts enthalten ist).

## 2. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip in Deutschland

Nach dem im deutschen Recht herrschenden Trennungsprinzip sind Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte rechtlich immer unabhängig voneinander bestehende, unterschiedliche und vollwertige Rechtsgeschäfte, obwohl sie in der Wirklichkeit zeitlich zusammenfallen können.<sup>10</sup> Zum Beispiel kombiniert ein einfacher Vorgang des Erwerbs einer beweglichen Sache drei verschiedene Rechtsgeschäfte: Erstens ein Verpflichtungsgeschäft, durch das sich der Käufer zur Übergabe des Kaufpreises und der Verkäufer zur Übergabe der Sache verpflichten; zweitens einen Vertrag über die Übertragung des Eigentums an dem Gegenstand und drittens einen Vertrag über die Übertragung des Eigentums an dem geschuldeten Geld. Erst infolge des Trennungsprinzips wird die Verfügung als Rechtsgeschäft betrachtet. In Rechtsordnungen, in denen das Trennungsprinzip abgelehnt wird, wird die Verfügung entweder als ein rechtlich bedeutsamer Realakt betrachtet, auf den die Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Rechtsgeschäfts (und daher auch die des Vertrags) nicht zutreffen müssen (Traditionsprinzip) oder hat die Verfügung als eigenständige Handlung überhaupt keine rechtliche Bedeutung; besser gesagt: die Verfügung bzw. die unmittelbare Einwirkung auf ein dingliches Recht erfolgt durch dieselbe Rechtsgeschäft, das die Parteien verpflichtet (Einheitsprinzip).

Der zweite im deutschen Recht geltende Grundsatz ist das Abstraktionsprinzip, nach welchem die Rechtsgrundlage der Verfügung – die *causa* – ein Verpflichtungsgeschäft sein kann, die *causa* selbst jedoch nicht im Inhalt des Verfügungsgeschäfts enthalten ist. Anders gesagt ist

<sup>8</sup> Brox, H./Walker, W. D., Allgemeiner Teil des BGB, 38. Aufl., 2014, Rn. 110

<sup>9</sup> Brox, H./Walker, W. D., Allgemeiner Teil des BGB, 38. Aufl., 2014, Rn. 104.

<sup>10</sup> Looschelders, D., Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl., 2018, § 1, Rn. 28.

ein Verfügungsgeschäft immer abstrakt. Folglich hängt die Wirksamkeit eines Verfügungsgeschäfts nicht von der Wirksamkeit ihrer Rechtsgrundlage – des Verpflichtungsgeschäfts – ab. Der Zweck des Abstraktionsprinzips besteht gerade darin, das Verfügungsgeschäft im Falle eines Mangels des Verpflichtungsgeschäfts unberührt zu lassen und damit die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu gewährleisten.<sup>11</sup>

### 3. Rechtlicher Charakter und Wesen der Verfügung im georgischen Recht

Bei der Ausarbeitung des georgischen Zivilgesetzbuchs wurde das im deutschen Recht vorherrschende Abstraktionsprinzip und – zumindest nach Angaben einiger an der Ausarbeitung beteiligter Juristen – auch das Trennungsprinzip abgelehnt. Die georgische Rechtswissenschaft, die die Übernahme des deutschen Systems ausgeschlossen hatte, war also gezwungen, ein alternatives System zu erschaffen. Dies ist aber leider nicht geschehen: Der Wortlaut des georgischen Zivilgesetzbuchs erlaubt in vielen Fällen nicht die Entwicklung einer eindeutigen Position; die Rechtsprechung und die Wissenschaft beginnen tatsächlich erst jetzt, sich eingehend mit diesem Thema zu befassen. Praktisch alle grundlegenden Aspekte des Verfügungsbegriffs sind im georgischen Recht bis heute unklar oder umstritten.

Es ist klar, dass die Regelung des georgischen Zivilgesetzbuchs, welche von der Gesetzgebungscommission getroffen wurde, keinen Raum für das Abstraktionsprinzip lässt. Das geht eindeutig aus dem Wortlaut des Art. 186 GeoZGB hervor, wonach zur Übertragung des Eigentums an einer Sache neben der Übergabe des Gegen-

stands auch notwendig ist, dass die Übertragung „auf der Grundlage eines wirksamen Rechts“ erfolgt. Unter einem „wirksamen Recht“ wird richtigerweise das Recht verstanden, die Übertragung des Eigentums aus einem kausalen Verpflichtungsgeschäft beanspruchen zu können. Die Verfügung ist in Georgien daher nicht abstrakt von einer Verpflichtung, da die Voraussetzung für eine wirksame Verfügung ein wirksames Verpflichtungsgeschäft ist.

Es gibt Meinungsverschiedenheiten bezüglich des Trennungsprinzips. Einige Wissenschaftler lehnen das Trennungsprinzip im georgischen Recht ab oder erkennen seine praktische Bedeutung ohne das Abstraktionsprinzip nicht an, was letztendlich auf eine Ablehnung des Trennungsprinzips hinausläuft.<sup>12</sup> Das Trennungsprinzip abzulehnen bedeutet aber auch, ein Verfügungsgeschäft abzulehnen; nach Ansicht der Befürworter dieser Position erfolgt jede Verfügung ohne Rechtsgeschäft, die Übergabe stellt demnach einen bloßen Realakt dar.

Die zweite Ansicht, wonach das Trennungsprinzip auch in der georgischen Gesetzgebung anerkannt werden sollte, scheint überzeugender zu sein, da dieses Prinzip auch ohne das Abstraktionsprinzip seinen eigenen Wert und eine praktische Bedeutung hat.<sup>13</sup> Obwohl die Kommission

<sup>11</sup> Brox, H./Walker, W. D., Allgemeiner Teil des BGB, 38. Aufl., 2014, Rn. 117 ff.

<sup>12</sup> Chanturia, L., Eigentum der unbeweglichen Sachen, 2003, S. 183 (auf Georgisch); Chanturia, L., Kreditsicherungsrecht, 2013, S. 137; Totladze, L., Kommentar zum Georgischen Zivilgesetzbuch, Buch II, Chanturia (Hrsg.), 2018, Art. 180, Rn. 3 ff (auf Georgisch).

<sup>13</sup> Rusiashvili, G., Trennungsprinzip im georgischen Sachenrecht, Deutsch-georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, S. 20 ff (auf Georgisch) und die dort zitierte Literatur: Rusiashvili, G., Fälle im bürgerlichen Recht, 2015, S. 257 f (auf Georgisch); Zarándia, T., Sachenrecht, 2. Aufl., 2019, S. 317 ff (auf Georgisch); Chechelashvili, Z., Eigentumsübergang an beweglichen Sachen, Sammlung des georgischen Privatrechts I, 2004, 90 ff (auf Georgisch); Mariamidze,

bei Ausarbeitung des Zivilgesetzbuchs eher dazu geneigt hatte, das Trennungsprinzip abzulehnen, kann die zweite Ansicht bereits heute als die in der Literatur und in der Rechtsprechung vorherrschende Meinung angesehen werden.<sup>14</sup>

Die Argumentation innerhalb dieses wissenschaftlichen Streits konzentriert sich normalerweise weitgehend auf die Übertragung des Eigentums, andere Fälle der Verfügung bleiben weitgehend unbeachtet. Zu nennen ist hier beispielsweise die Abtretung gemäß Art. 199 GeoZGB. Nach Art. 199 II GeoZGB ist die Abtretung ein Vertrag. Dieser Vertrag ist offensichtlich kein Verpflichtungsgeschäft, weil dieser Vertrag Rechte an der abgetretenen Sache unmittelbar berührt. Das heißt, hier handelt es sich um einen gesetzlich geregelten Fall, welcher die Verfügung durch ein Rechtsgeschäft – also offensichtlich durch ein Verfügungsgeschäft – und nicht durch einen Realakt anordnet.<sup>15</sup>

Ein Beispiel für ein im GeoZGB geregeltes einseitiges Verfügungsgeschäft ist die Aufgabe des Eigentums nach Art. 184 GeoZGB.<sup>16</sup> In dem Arti-

kel wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine solche Verfügung einen Antrag und dessen Registrierung erfordert. Es ist anzumerken, dass der Antrag über die Aufgabe des Eigentums an Immobilien auch von jenen Autoren als Willenserklärung angesehen wird, die das Verfügungsgeschäft im georgischen Recht nicht anerkennen.<sup>17</sup> Eine Willenserklärung, welche ohne eine weitere Willenserklärung unmittelbar zu einer Rechtsfolge führt, ist jedoch nichts anderes als ein einseitiges Rechtsgeschäft.<sup>18</sup> Selbst die Autoren, die ein dingliches (Verfügungs-)Geschäft ablehnen, müssen daher direkt oder indirekt anerkennen, dass es sich bei einer Verfügung zumindest in einigen Fällen um ein Rechtsgeschäft handeln kann, welches kein Verpflichtungsgeschäft ist.

In der deutschen Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Ausübung bestimmter Gestaltungsrechte, wie beispielsweise die der Anfechtung, der Kündigung, des Rücktritts oder der Einrede eine Verfügung in Form eines einseitigen Rechtsgeschäfts darstellt, wenn der Rechtsinhaber auf ein bestehendes Recht unmittelbar einwirkt.<sup>19</sup> Diese in Deutschland recht kontroverse Ansicht könnte im georgischen Recht zumindest teilweise akzeptabler sein und Gegenstand künftiger Forschungen werden. Insbesondere bei Geltung des Kausalitätsprinzips anstelle des Abstraktionsprinzips kann eine Einrede, die ein Verpflichtungsgeschäft auflöst, in einigen Fällen eine

---

G., Fälle im Sachenrecht, I, 2014 (auf Georgisch); Zoidze, B., Georgisches Sachenrecht, 2. Aufl., 2003, S. 9 ff (auf Georgisch); Meladze, G., Durch Verfügung eines Nichtberechtigten verursachte Eingriffskondiktion, Deutsch-georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung 7/2020, S. 39 ff (auf Georgisch).

<sup>14</sup> S. Rusiashvili, G., Trennungsprinzip im georgischen Sachenrecht, Deutsch-georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, S. 21 (auf Georgisch) und die dort zitierte Entscheidungen: OGH ՏԵ-1283-1538-09; OGH ՏԵ-221-213-2012; OGH ՏԵ-483-457-2012; OGH ՏԵ-304-289-2013; OGH ՏԵ-1147-1094-2013; OGH ՏԵ-1504-1424-2017.

<sup>15</sup> S. Rusiashvili, G., Trennungsprinzip im georgischen Sachenrecht, Deutsch-georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, S. 23 (auf Georgisch).

<sup>16</sup> Für andere Beispiele siehe Rusiashvili, G., Trennungsprinzip im georgischen Sachenrecht, Deutsch-georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, S. 23 (auf Georgisch).

---

<sup>17</sup> Totladze, L., Kommentar zum Georgischen Zivilgesetzbuch, Buch II, Chanturia (Hrsg.), 2018, Art. 184, Rn. 2.

<sup>18</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 38. Aufl., Rn. 96 ff; Maisuradze, D./Darjania, T./Papuashvili Sh., GeoZGB AT, Sammlung von Fällen, 2017, S. 35 (auf Georgisch); Vgl. Kereselidze, D., Allgemeine systematische Konzepte des Privatrechts, 2009, S. 232-233, 240-242 (auf Georgisch); sowie Chanturia, L., Einführung in ZGB AT, 2000, S. 311-315, 329-330 (auf Georgisch).

<sup>19</sup> Thomale, Chris, Die Einrede als materielles Gestaltungsrecht in AcP 212 (2012) S. 920-970.

unmittelbare sachenrechtliche Wirkung haben: beispielsweise vernichtet die Anfechtung eines kausalen Verpflichtungsgeschäfts auch die entsprechende Verfügung. Die Anfechtung eines Verpflichtungsgeschäfts wirkt sich daher manchmal nicht nur auf die Verpflichtung direkt, sondern auch auf die sachenrechtliche Lage aus und kann in diesem Sinne als Verfügungsgeschäft betrachtet werden.<sup>20</sup>

Leider ist in der georgischen Rechtsdogmatik nicht nur der rechtliche Charakter der Verfügung – also die Frage, ob die Verfügung durch Realakt oder Rechtsgeschäft erfolgt – sondern auch das Wesen der Verfügung selbst umstritten. In der georgischen Rechtsprechung gibt es Fälle, in denen der Abschluss eines verpflichtenden Vertrages als Verfügung angesehen wurde,<sup>21</sup> so beispielsweise eine Schenkung<sup>22</sup> oder auch ein Kaufvertrag<sup>23</sup>. Die Gerichte neigen, ob absichtlich oder nicht, tatsächlich zur Anerkennung des Konsensprinzips, welches aber im georgischen Recht keine gesetzliche Grundlage hat: sowohl im georgischen als auch im deutschen Recht wird unter einer Verfügung nur das unmittelbare Einwirken auf ein bestehendes Recht, das heißt, die Übertragung, die Belastung, die Änderung oder die Aufhebung eines Rechts, verstanden.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Zur Anfechtung der Verfügungsgeschäft selbst siehe unten IV. 2.

<sup>21</sup> Dazu *Rusiashvili, G.*, Kommentar zum Georgischen Zivilgesetzbuch, Buch I, Chanturia (Hrsg.), 2017, Art. 102, Rn 6.

<sup>22</sup> OGH 3b-8-6-2013.

<sup>23</sup> OGH 3b-918-876-2013; OGH 3b-236-497-08; OGH 3b-236-497-08.

<sup>24</sup> S. *Rusiashvili, G.*, Kommentar zum Georgischen Zivilgesetzbuch, Buch I, Chanturia (Hrsg.), 2017, Art. 102, Rn 5 f (auf Georgisch); *Schulze, R.*, in: *Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger* (Hrsg.) *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, 8. Aufl., § 816, Rn. 4.

## II. Der Nichtberechtigte

Gemäß § 816 I BGB entsteht ein Kondiktionsanspruch, wenn ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung trifft. Die Verfügung eines Nichtberechtigten wird auch in Art. 990 I GeoZGB erwähnt. Art. 982 I GeoZGB nennt zwar nicht ausdrücklich den „Nichtberechtigten“, tatsächlich wird aber mit den Worten „eine Person, die ohne Zustimmung das Rechtsgut einer anderen Person [durch Verfügung] verletzt“ eine nicht berechtigte Person beschrieben. Der Schuldner des Kondiktionsanspruchs im Falle der unberechtigten Verfügung ist daher sowohl nach deutschem als auch nach georgischem Recht der Nichtberechtigte. Es ist klar, dass hier die mangelnde Befugnis zur Verfügung gemeint ist.

Neben dem Besitz- und Nutzungsrecht ist die Verfügungsbefugnis ein grundlegendes Element des Eigentumsrechts,<sup>25</sup> dementsprechend ist derjenige, der nicht Eigentümer des durch eine Verfügung übertragenen Rechts ist, der Nichtberechtigte.<sup>26</sup>

In Ausnahmefällen kann jedoch auch der Rechtsinhaber nicht berechtigt sein, insbesondere wenn ihm die Verfügungsbefugnis entzogen oder eingeschränkt wurde.<sup>27</sup> Einige Fälle der Einschränkung der Verfügungsbefugnis sind gesetzlich geregelt, so beispielsweise in Art. 513 GeoZGB; nach der Norm ist eine Veräußerung nichtig, wenn der Käufer den gekauften Gegenstand vor Ausübung des Wiederkaufsrechts veräußert. Diese Veräußerungsbeschränkung gilt jedoch maximal für eine Dauer von 10 Jahren, da die Frist für einen Wiederkauf gemäß

<sup>25</sup> *Zarandía, T.*, Sachenrecht, 2. Aufl., 2019, S. 223

<sup>26</sup> BGH NJW 1990, 2680; BGH NJW 1980, 176.

<sup>27</sup> *Rusiashvili, G.*, Kommentar zum Georgischen Zivilgesetzbuch, Buch I, Chanturia (Hrsg.), 2017, Art. 102, Rn 11 ff (auf Georgisch).



Art. 514 GeoZGB einen Zeitraum von 10 Jahren nicht überschreiten darf.<sup>28</sup> Art. 945 GeoZGB wird in der Literatur als ein weiterer Grund für die Einschränkung der Verfügungsbefugnis angesehen.<sup>29</sup>

Außer in den Fällen, die gesetzlich exakt festgelegt sind, ist nach einer Ansicht die Beschränkung der Verfügungsbefugnis durch Vertrag nur vorübergehend, nach anderer Ansicht hingegen für die Lebensdauer einer Person zulässig (zum Beispiel durch Schenkung – mit der zusätzlichen Regelung, dass der Beschenkte den Gegenstand zu Lebzeiten des Schenkers nicht veräußern oder belasten darf). Einerseits wäre die Verweigerung der Zulässigkeit einer vertraglichen Beschränkung eine ungerechtfertigte Abweichung vom Grundsatz der Vertragsfreiheit, andererseits würde die dauerhafte beziehungsweise endgültige Entziehung der Verfügungsbefugnis durch vertraglichen Vorbehalt das Eigentumsrecht bedeutungslos machen. Daher wird die Zulässigkeit eines solchen Vorbehalts nur unter der Bedingung einer zeitlichen Begrenzung, quasi als Zwischenposition, angenommen.<sup>30</sup>

Eine solche Zwischenposition ist aber immer noch vage (was genau „vorübergehend“ bedeutet, ist sehr unbestimmt) und stellt den Rechtsinhaber vor eine unverhältnismäßig große Einschränkung.<sup>31</sup> Die Sicherheit im Rechtsverkehr und die Vertragsfreiheit werden im deutschen Recht viel besser gewährleistet. Gemäß § 137 BGB darf die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden.

<sup>28</sup> Zarandia, T., Sachenrecht, 2. Aufl., 2019, S. 225 (auf Georgisch).

<sup>29</sup> Zarandia, T., Sachenrecht, 2. Aufl., 2019, S. 225 (auf Georgisch).

<sup>30</sup> Dazu Zarandia, T., Sachenrecht, 2. Aufl., 2019, S. 224 ff (auf Georgisch).

<sup>31</sup> BGHZ 19, 359.

Neben den Interessen des Rechteinhabers gewährleistet diese Vorschrift auch die Sicherheit und die Freiheit des Rechtsverkehrs, da sie die privatautonome Entstehung von *res extra commercium* ausschließt.<sup>32</sup> Darüber hinaus schützt das deutsche Recht auch den Grundsatz der privaten Autonomie angemessen, indem § 137 S. 2 BGB vorschreibt, dass die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein veräußerliches Recht nicht zu verfügen, durch das im Satz 1 vorgesehene Beschränkungsverbot nicht berührt wird.<sup>33</sup> Mit dieser Vorschrift belässt der Gesetzgeber den vertraglichen Vorbehalt im Schuldverhältnis; er entfaltet keine sachenrechtliche Wirkung. Wenn eine Vertragspartei gegen einen die Verfügungsbefugnis einschränkenden oder ausschließenden Vorbehalt verstößt, gilt dies daher als Pflichtverletzung. Gleichzeitig bleibt aber die Befugnis des Rechtsinhabers zur Verfügung über das Recht an der Sache im Verhältnis zu Dritten unberührt. Daher liegt nach deutschem Recht im Falle der vertraglich ausgeschlossenen beziehungsweise beschränkten Verfügungsbefugnis das Tatbestandsmerkmal des Nichtberechtigten im Sinne von § 816 I BGB nicht vor. Dieser Ansatz sollte auch im georgischen Recht verfolgt werden.

Ein Miteigentümer ist soweit nichtberechtigt, als er über das Eigentumsrecht ohne Zustimmung der anderen Miteigentümer verfügt.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> BGHZ 56, 278.

<sup>33</sup> Kropholler, J., BGB Kommentar, georgisch übersetzt von T. Darjania und Z. Chechelashvili, 2014, § 137, Rn. 1 (auf Georgisch); Dörner, H., in: Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 8. Aufl., § 137, Rn. 1 ff.

<sup>34</sup> Rusiashvili, G., Kommentar zum Georgischen Zivilgesetzbuch, Buch I, Chanturia (Hrsg.), 2017, Art. 102, Rn. 14 und dort zitierte Entscheidungen: OGH sl-178-167-2014; OGH sl-8-6-2013.

Ein Nichtberechtigter ist aber nicht diejenige Person, die – obwohl sie selbst kein Rechtsinhaber ist – von dem Berechtigten ermächtigt oder gesetzlich befugt ist, über die Sache zu verfügen. Gemäß Art. 102 GeoZGB kann der Berechtigte in eine Verfügung einer anderen Person über sein Recht an einer Sache einwilligen. Art. 102 GeoZGB bezeichnet diese Person zwar als „Nichtberechtigten“, jedoch nur aus zeitlicher Perspektive vor dem Erfolgen einer Einwilligung des Berechtigten betrachtet und in Bezug auf eine andere Person als den Rechteinhaber, welche ohne dessen Einwilligung tatsächlich nicht berechtigt ist. Im Falle einer vorherigen Einwilligung wird es daher keinen Nichtberechtigten im Sinne des Art. 982 I und Art. 990 I GeoZGB geben. Dem Art. 102 I GeoZGB entspricht § 185 I BGB mit dem vollkommen gleichen Wortlaut.<sup>35</sup>

Soweit die Verfügung durch ein Rechtsgeschäft erfolgt, finden auch die Art. 103 ff GeoZGB – welche die Vertretung regeln – Anwendung. Ein Verfügungsgeschäft kann wie alle anderen Rechtsgeschäfte durch einen Vertreter abgeschlossen werden. Wenn die Vollmacht das Recht zum Abschluss eines Verfügungsgeschäfts umfasst, wird der Verfügende nicht als ein Unberechtigter, sondern als ein Berechtigter betrachtet.

Nach der herrschenden und korrekten Ansicht wird durch eine nachträgliche Genehmigung im Sinne des Art. 102 II GeoZGB beziehungsweise § 185 II Var. 1 BGB eine Verfügung eines Nichtberechtigten zwar wirksam, allerdings ohne dabei dem Nichtberechtigten selbst eine Verfügungsbefugnis zu verleihen.

<sup>35</sup> S. Dörner, H., in: Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 8. Aufl., § 185, Rn. 1 ff.

### III. Der Berechtigte als Kondiktionsgläubiger

Art. 982 I und II GeoZGB bezeichnen den Kondiktionsgläubiger als „Berechtigten“. Der „Berechtigte“ ist auch der Gläubiger der Herausgabeverpflichtung nach Art. 990 I GeoZGB. In den Sätzen 1 und 2 des § 816 I BGB wird auch der „Berechtigte“ als Gläubiger genannt.

Grundsätzlich ist der Berechtigte derjenige, der die Verfügungsbefugnis innehat, also Inhaber der jeweiligen Rechtsposition ist. Es wäre jedoch nicht richtig, den Berechtigten negativ als „nicht-Nichtberechtigten“ zu interpretieren. Die Begriffe des Berechtigten und des Nichtberechtigten im Sinne der Art. 982, 990 GeoZGB beziehungsweise des § 816 BGB sind nicht völlig inkompatibel und schließen sich auch nicht gegenseitig aus. Insbesondere ist es möglich, dass eine Person Nichtberechtigter im Sinne der Art. 982 und 990 GeoZGB ist (also nicht befugt ist, über ein Recht unabhängig zu verfügen), gleichzeitig aber Gläubiger der Ansprüche aus denselben Normen und in diesem Sinne „berechtigt“ ist. Beispielsweise kann ein Miteigentümer über sein Miteigentum nicht unabhängig ohne die anderen Miteigentümer verfügen.<sup>36</sup> In diesem Sinne ist er ein Nichtberechtigter und wird im Falle einer Veräußerung des Miteigentums an einen Dritten ohne Zustimmung der Miteigentümer Schuldner des Anspruchs nach Art. 982 GeoZGB. Andererseits kann der Miteigentümer als Anspruchsgläubiger gemäß derselben Norm auftreten und ist in diesem Sinne Berechtigter.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Rusiashvili, G., Kommentar zum Georgischen Zivilgesetzbuch, Buch I, Chanturia (Hrsg.), 2017, Art. 102, Rn. 14 und zitierte Entscheidungen: OGH 3b-178-167-2014; OGH 3b-8-6-2013 (auf Georgisch).

<sup>37</sup> Schulze, R., in: Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 8. Aufl., § 816, Rn. 3.

Das Gegenteil ist der Fall, wenn eine Person befugt ist, über das Eigentum an einer Sache zu verfügen, sie aber bei einer Verfügung über eben dieses Eigentum durch eine andere Person nicht Gläubiger der Ansprüche nach Art. 982 I und II oder Art. 990 I GeoZGB sein kann. So hat eine Person, die vom Rechtsinhaber gemäß Art. 102 I beziehungsweise Art. 107 GeoZGB ein Verfügungsrecht erhalten hat, offensichtlich die Befugnis, über das Recht selbst zu verfügen. Wenn jedoch eine andere, nicht berechtigte Person die Verfügung an ihrer statt durchführt, entsteht der Kondiktionsanspruch nicht auf Seiten des Verfügungsbefugten, sondern nur beim Rechtsinhaber selbst. In diesem Sinne kann die Person, der der Rechtsinhaber die Verfügungsbefugnis erteilt hat, nicht „Berechtigter“, also auch kein Gläubiger des Art. 982 I und II beziehungsweise Art. 990 I GeoZGB, sein.

Mit anderen Worten: Der Begriff der Berechtigung bezieht sich bei den Merkmalen „Nichtberechtigter“ und „Berechtigter“ auf verschiedene Dinge: die fehlende Berechtigung des Schuldners stellt einen Mangel in der Befugnis dar, unabhängig verfügen zu können, während unter der Berechtigung des Gläubigers das Recht zu verstehen ist, die Rückgabe der Bereicherung fordern zu können. Das heißt, dass der Begriff des „Berechtigten“ im Sinne der Art. 982, 990 GeoZGB gleichbedeutend ist mit dem des Kondiktionsgläubigers: Wie in anderen Kondiktionsfällen ist hier der Gläubiger derjenige, auf dessen Kosten der Schuldner bereichert ist.

#### IV. Die Wirksamkeit der Verfügung gegenüber dem Berechtigten

Gemäß § 816 I 1 BGB liegt eine Eingriffskondition durch Verfügung eines Nichtberechtigten nur dann vor, wenn die Verfügung dem Berech-

tigten gegenüber wirksam ist. Einen ähnlichen Vorbehalt findet man in Art. 990 I GeoZGB, nicht aber in Art. 982 GeoZGB, der zentralen Norm der Eingriffskondition darstellt. Es ist aber evident, dass das Wort „Verfügung“ nur ein solches Rechtsgeschäft meinen kann, das dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, da sich im Falle einer unwirksamen Verfügung der rechtliche Status des Eigentums nicht ändert und folglich weder der Nichtberechtigte noch der gutgläubige Dritte auf Kosten des Berechtigten bereichert sein kann.

##### 1. Die Gutgläubigkeit des Erwerbers

Die Gutgläubigkeit des Erwerbers ist bei einer Verfügung des Berechtigten keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Eine Verfügung eines Nichtberechtigten kann jedoch nur dann wirksam sein, wenn der Empfänger der Verfügung gutgläubig ist.<sup>38</sup> Die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb im deutschen Zivilrecht sind in den §§ 932 ff, 936, 892 ff BGB sowie den §§ 1032 II, 1138, 1155 ff, 1192, 1200, 1207, 1208, 2366 ff BGB geregelt. Im georgischen Recht sind für gutgläubigen Erwerb von Immobilien die Art. 185 und 312 GeoZGB einschlägig,<sup>39</sup> den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen normiert schließlich Art. 187 GeoZGB.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Schulze, R., in: Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 8. Aufl., § 816, Rn. 6.

<sup>39</sup> Ausführlicher: Zarandia, T., Sachenrecht, 2. Aufl., 2019, S. 295 ff (auf Georgisch).

<sup>40</sup> Zarandia, T., Sachenrecht, 2. Aufl., 2019, S. 333 ff (auf Georgisch).

## 2. Die Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Verfügung

Da die Verfügung durch Rechtsgeschäft erfolgt, gelten auch die für die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte festgelegten allgemeinen Normen. Ein Rechtsgeschäft kommt durch eine oder mehrere Willenserklärungen zustande, es gelten daher die Bestimmungen des Art. 51 GeoZGB beziehungsweise des § 130 BGB über die Wirksamkeit von Willenserklärungen.

Da es sich bei den meisten Verfügungen um zweiseitige Rechtsgeschäfte oder Verträge handelt, unterliegt ihre Wirksamkeit darüber hinaus den in den Art. 327 ff GeoZGB beziehungsweise den §§ 145 ff BGB festgelegten Bedingungen. Insbesondere wird ein Verfügungsgeschäft nur wirksam, wenn zwei übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen, die alle wesentlichen Geschäftseigenschaften enthalten.

Ein Verfügungsgeschäft kann wie jedes andere Rechtsgeschäft nichtig werden, wenn zumindest eine der Nichtigkeitsvoraussetzungen erfüllt ist. Die isolierte Anfechtung eines Verfügungsgeschäfts unabhängig vom Verpflichtungsgeschäft ist zulässig<sup>41</sup> und führt zu dessen Nichtigkeit; mit erfolgter Anfechtung liegt keine dem Berechtigten gegenüber wirksame Verfügung im Sinne der Art. 982 und 990 GeoZGB mehr vor.

Im Zusammenhang mit der Anfechtung eines Verfügungsgeschäfts existiert ein weiteres Prob-

lemfeld: mit der erfolgreichen Anfechtung einer anfechtbaren Verfügung ist der wirksame Rechtserwerb des ehemaligen Empfängers der Verfügung ausgeschlossen. Problematisch wird dies, wenn der Empfänger der anfechtbaren Verfügung vor dem Erfolgen der Anfechtung an einen Dritten weiterverfügt. Fraglich ist dann, ob der Erwerber, der zeitlich gesehen vor dem Erfolgen der Anfechtung über den Gegenstand verfügt, als Nichtberechtigter im Sinne der Art. 982, 990 GeoZGB beziehungsweise des § 816 BGB zu betrachten ist. Zwar war die erste Verfügung zu dem Zeitpunkt der zweiten Verfügung (noch) wirksam, mit erfolgter Anfechtung wird sie aber rückwirkend (*ex tunc*-Wirkung) nichtig. Folglich muss der zweite Verfügende als Nichtberechtigter betrachtet werden.<sup>42</sup> Interessant ist auch die Frage der Gutgläubigkeit des Dritten: da der Veräußerer in der Zwischenzeit der potenziellen Nichtigkeit (oder der „schwebenden Wirksamkeit“) des ersten Verfügungsgeschäfts (noch) als Eigentümer anzusehen ist, erweist sich der Dritte auf den ersten Blick immer als gutgläubig. Eine solche Entscheidung würde jedoch die Sicherheit des Rechtsverkehrs beeinträchtigen.

Nach § 142 II BGB wird derjenige, der die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste, bei erfolgter Anfechtung so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen.<sup>43</sup> Im deutschen Recht wird folglich die Kenntnis oder das Kennenmüssen eines Dritten ob der Anfechtbarkeit beziehungsweise der möglichen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts einem bezüglich der fehlenden

<sup>41</sup> Dazu *Rusiashvili, G.*, Trennungsprinzip im georgischen Sachenrecht, *Deutsch-georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1/2019, S. 27 (auf Georgisch) und dort zitierte Literatur; *Mayer-Maly, T.*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 3. Aufl., 1993, § 142, Rn. 19; *Heinrichs*, in *Palandt BGB Kommentar*, 73. Aufl., 2014, § 142, Rn. 4; *Dörner, H.*, in: *Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger* (Hrsg.) *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, 8. Aufl., § 142, Rn. 8.

<sup>42</sup> *Dörner, H.*, in: *Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger* (Hrsg.) *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, 8. Aufl., § 142, Rn. 8.

<sup>43</sup> *Kropholler, J.*, *BGB Kommentar*, georgisch übersetzt von T. Darjania und Z. Chechelashvili, 2014, § 142, Rn. 1 f (auf Georgisch).

Verfügungsbefugnis bösgläubigen Erwerber gleichgesetzt.<sup>44</sup> Das GeoZGB enthält keine solchen Vorschriften; da der rechtliche Charakter der Verfügung als Rechtsgeschäft in Georgien noch nicht (an)erkannt und verstanden wurde, findet sich auch in der Rechtsprechung und in der wissenschaftlichen Literatur keine entsprechende Stellungnahme. Im Interesse des sicheren Rechtsverkehrs und des angemessenen Schutzes der Parteiinteressen wäre es ratsam, in der georgischen Rechtstradition einen § 142 II BGB ähnlichen Ansatz zu verfolgen.

### 3. Das kausale Rechtsgeschäft als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Verfügung

Das Abstraktionsprinzip gewährleistet im deutschen Recht die Wirksamkeit eines Verfügungsgeschäfts, auch wenn das kausale Verpflichtungsgeschäft nichtig ist.<sup>45</sup> Nach georgischem Recht ist dagegen aufgrund dessen Fehlens und der Geltung des Kausalitätsprinzips die Wirksamkeit des kausalen Verpflichtungsgeschäfts Voraussetzung für ein wirksames Verfügungsgeschäft.

Nach deutschem Recht ist es möglich, sich eine Rechtssituation vorzustellen, in der ein Nichtberechtigter das Eigentum eines anderen durch ein wirksames Verfügungsgeschäft überträgt, auch wenn die *causa* – also das Verpflichtungsgeschäft – überhaupt nicht existiert oder aber nichtig ist. Eine solche Verfügung ändert die dingliche Rechtslage und ist auch gegenüber dem Berechtigten wirksam. So etwas ist im georgischen Recht unmöglich. Bei Ermangelung oder

Unwirksamkeit des kausalen Geschäfts ist die Möglichkeit einer wirksamen Verfügung über das Eigentum eines Dritten rechtlich ausgeschlossen. Folglich ist eine jede „Verfügung“ gegenüber dem Berechtigten als rechtlich bedeutungslos anzusehen und fällt im Gegensatz zum deutschen Recht nicht in den Anwendungsbereich der Art. 982 I und 990 I GeoZGB. In dem Fall, dass die Sache bereits übergeben wurde, kann der Berechtigte als Eigentümer mittels Vindikation die Sache zurückfordern, auch wenn der Erwerber gutgläubig gewesen ist. Nach deutschem Recht ist eine Vindikation hingegen ausgeschlossen, eine Rückgabe muss über § 816 I BGB erfolgen.

In der georgischen Gerichtspraxis existiert diesbezüglich eine Entscheidung,<sup>46</sup> der grundlegende Sachverhalt lautet wie folgt: A hatte als Vertreter des B ein Veräußerungsgeschäft mit C abgeschlossen und ihm das Eigentum an einem im Eigentum des B stehenden Gegenstand übertragen. C war diesbezüglich gutgläubig, das Gericht stellte aber fest, dass der rechtliche Grund des von A abgeschlossenen Verfügungsgeschäfts ein nichtiges Verpflichtungsgeschäft war (das Geschäft wurde gemäß Art. 54 GeoZGB für nichtig erklärt, da sich herausstellte, dass die Vollmacht gefälscht gewesen war). Der Gerichtshof hatte zu Recht entschieden, dass in diesem Fall die Frage nach der Gutgläubigkeit des Käufers unerheblich ist, da das Kausalgeschäft nichtig war und die Verfügung schon aufgrund dessen nicht wirksam erfolgen konnte.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Dörner, H., in: Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 8. Aufl., § 142, Rn. 8.

<sup>45</sup> Brox, H./Walker, W. D., Allgemeiner Teil des BGB, 38. Aufl., 2014, Rn. 117 ff.

<sup>46</sup> OGH 5b-464-434-2010; Zarandia, T., Sachenrecht, 2. Aufl., 2019, S. 304 f (auf Georgisch).

<sup>47</sup> OGH 5b-464-434-2010; Vgl. Zarandia, T., Sachenrecht, 2. Aufl., 2019, S. 304 f (auf Georgisch).

#### 4. Die Genehmigung einer unwirksamen Verfügung

Der sehr vage Wortlaut des Art. 982 II GeoZGB impliziert, dass ein Berechtigter eine ihm gegenüber unwirksame, von einem Nichtberechtigten vorgenommene Verfügung im Austausch gegen das Rückforderungsrecht des vom Nichtberechtigten Erlangten genehmigen kann;<sup>48</sup> dies würde dazu führen, dass die Verfügung nachträglich wirksam wird, der Nichtberechtigte jedoch weiterhin „nicht berechtigt“ ist. Gemäß Art. 102 II GeoZGB kann eine unwirksame Verfügung eines Nichtberechtigten genehmigt werden.<sup>49</sup> Die Möglichkeit einer solchen Genehmigung ist auch im deutschen Recht anerkannt.<sup>50</sup> Insbesondere entspricht § 185 II Alt. 1 BGB dem Art. 102 II GeoZGB. Nach Erfolgen einer solchen Genehmigung wird der Mangel bezüglich der Voraussetzung „Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten“ beseitigt und § 816 I BGB einschlägig; Im georgischen Recht gibt es dafür eine gesonderte Anspruchsgrundlage: Art. 982 II GeoZGB.

Eine solche Genehmigung bewirkt normalerweise das Wirksamwerden einer nichtigen Verfügung, falls diese Verfügung von einem Nichtberechtigten getroffen und nicht nach Treu und Glauben erworben wurde. Fraglich ist, ob auch die Verfügung eines Nichtberechtigten genehmigt werden kann, deren Nichtigkeit auf das Fehlen allgemeiner Wirksamkeitsvoraussetzungen des kausalen Vertrages beziehungsweise der dafür erforderlichen Willenserklärung zurückzu-

führen ist. Entgegen der geäußerten Meinung<sup>51</sup> sollte diese Frage verneint werden, da die Genehmigung in diesem Sinne die Beseitigung nur desjenigen Willensmangels bedeuten kann, welcher mit der fehlenden Verfügungsbefugnis verbunden ist. Das heißt, eine Verfügung darf nur dann durch eine Genehmigung wirksam werden, wenn ihre Wirksamkeit nur dadurch beeinträchtigt wurde, dass das Verfügungsgeschäft von einem Nichtberechtigten abgeschlossen wurde. So kann der Berechtigte bei Vorliegen eines Vertrages zwischen einem Verfügenden und einem Dritten einen Mangel in der Willensäußerung wie etwa das Fehlen der *essentialia negotii*, eine Täuschung, eine Anwendung von Zwang oder die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung nicht durch Genehmigung beseitigen.

Gleiches sollte in Fällen gelten, in denen die unwirksame Verfügung aufgrund des Fehlens eines kausalen Verpflichtungsgeschäfts nichtig ist. Die Genehmigung im Sinne des Art. 102 II GeoZGB entfaltet ihre rechtliche Wirkung nur gegenüber der Verfügung selbst und nicht gegenüber deren *causa* - das Verpflichtungsgeschäft. Die Verfügungsbefugnis eines Berechtigten bedeutet nur die Befugnis, die dingliche Rechtslage durch ein unmittelbares Einwirken auf ein eigenes Recht zu ändern, durch eine Genehmigung werden keine Verpflichtungen zwischen anderen Personen berührt. Ein Dritter sollte grundsätzlich nicht befugt sein, die Wirksamkeit eines Verpflichtungsgeschäfts zwischen anderen Personen zu beeinflussen.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Schnitger, H./Shatberashvili, L., Onlinekommentar zum georgischen Zivilgesetzbuch gcc.ge, 2018, Art. 982, Rn. 13 ff (auf Georgisch).

<sup>49</sup> S. Rusiashvili, G., Kommentar zum Georgischen Zivilgesetzbuch, Buch I, Chanturia (Hrsg.), 2017, Art. 102, Rn. 1 ff (auf Georgisch).

<sup>50</sup> BGHZ 56, 134.

<sup>51</sup> S. Meladze, G., Durch Verfügung eines Nichtberechtigten verursachte Eingriffskondition, Deutsch-georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung 7/2020, S. 40 (auf Georgisch).

<sup>52</sup> Daher darf Meladzes Meinung nicht geteilt werden (Meladze, G., Durch Verfügung eines Nichtberechtigten verursachte Eingriffskondition, Deutsch-georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung 7/2020, S. 40 [auf

Ausnahmen bilden Fälle, in denen der Berechtigte befugt ist, sowohl die Verfügung als auch das von einer anderen Person abgeschlossene Verpflichtungsgeschäft zu genehmigen. Dies ist beispielsweise bei der Vertretung der Fall. Wenn ein Nichtberechtigter bei Abschluss eines Verpflichtungsgeschäfts als Vertreter auftritt, aber keine Vertretungsmacht hat oder deren Grenzen verletzt, kann der Vertretene gemäß Art. 111 I GeoZGB ein solches Rechtsgeschäft genehmigen. Wenn die dem Berechtigten gegenüber unwirksame Verfügung auf einem Verpflichtungsgeschäft beruht, das der Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossen hatte, hat der Berechtigte die Möglichkeit, sowohl das Verpflichtungs- (Art. 111 I GeoZGB) als auch das Verfügungsgeschäft (Art. 102 II GeoZGB) zu genehmigen. Die Genehmigungen können dabei mittels eines einheitlichen Aktes erklärt werden, obwohl rechtlich betrachtet zwei verschiedene Rechtsgeschäfte genehmigt werden. In solchen Fällen ist Art. 982 II GeoZGB problemlos anwendbar.

## 5. Die Rechtswidrigkeit der wirksamen Verfügung

Nach der viel zitierten Formulierung<sup>53</sup> des georgischen Obersten Gerichtshofs liegt der Grund des Anspruchs aus einer Eingriffskondition „in der Rechtswidrigkeit der Verletzung [des Rechtsguts], weil die Handlung selbst nicht verboten ist“. Hier stützt sich das Gericht vermutlich auf die deutsche Lehre vom Handlungs- und Er-

folgsunrecht und ist zu Unrecht der Ansicht, dass ein rechtswidriges Ergebnis durch eine zulässige (rechtmäßige, nicht verbotene) Handlung verursacht werden kann. Die Lehre des Handlungsunrechts besagt, dass der Verletzungserfolg die Rechtswidrigkeit indiziert. Nach dieser Lehre ist der Erfolg jedoch weder Voraussetzung noch Wesen der Rechtswidrigkeit, sondern nur der fast unfehlbare Indikator für ihr Vorliegen, welcher nur bei der Darlegung von Rechtfertigungsgründen seine Indizwirkung verliert. Aus diesem Grund sind die Anhänger der Lehre des Handlungsunrechts der Ansicht, dass im Falle eines Verletzungserfolgs nicht der Erfolg selbst, sondern die Handlung, die diesen Erfolg verursacht hatte, rechtswidrig ist.<sup>54</sup> Die abweichende Ansicht, dass ein rechtswidriges Ergebnis ohne eine rechtswidrige Handlung vorliegen kann, ist zu alt,<sup>55</sup> um von einem Gericht im 21. Jahrhundert ernsthaft vertreten zu werden.

Unter dem vom Gericht verwendeten, ungenauen Begriff der „Rechtswidrigkeit des Erfolgs“ könnte – statt der Vorstellung, dass der Erfolg selbst ohne Rechtswidrigkeit der Handlung rechtswidrig sein könne – auch das Erfolgsunrecht zu verstehen sein (was immer zu bejahen ist, wenn in irgendeiner Weise, sogar durch eine Naturkatastrophe, der Erfolg eintritt, den das Gesetz zu vermeiden sucht). In der Tat umfasst die Eingriffskondition auch die Bereicherung durch Naturgewalten,<sup>56</sup> die dann natürlich nicht durch eine verbotene Handlung erfolgt; diese Fälle stellen aber eher die Ausnahme dar, über die auch das Gericht kein Wort verliert.<sup>57</sup> Viel-

Georgisch]), wonach es möglich ist, auch ein Verpflichtungsgeschäft gemäß Art. 102 II GeoZGB zu genehmigen.

<sup>53</sup> Siehe z.B. OGH sl-472-448-2013; OGH sl-308-293-2013; OGH sl-1545-1465-2017; OGH sl-1247-1167-2017; OGH sl-852-796-2017; OGH sl-731-684-2017; OGH sl-1459-2019; OGH sl-1224-2019.

<sup>54</sup> *Staudinger*, BGB Handkommentar, 8. Aufl., 2014, § 823, Rn. 72.

<sup>55</sup> *Verde*, Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht, in: Jusletter 18. April 2016, S. 13 ff.

<sup>56</sup> *König*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, Köln 1981, 1550.

<sup>57</sup> Vgl. *Meladze, G.*, Durch Verfügung eines Nichtberechtigten verursachte Eingriffskondition,

mehr hält es in manchen Fällen eines rechtswidrigen Eingriffs die Eingriffshandlung selbst für zulässig, was völlig inakzeptabel ist. Eine Verfügung eines Nichtberechtigten kann in Ausnahmefällen zwar nicht schuldhaft sein, sie ist jedoch stets rechtswidrig und daher auch rechtlich verboten. Dies impliziert schon die „Nichtberechtigung“ des Verfügenden selbst: keine rechtlich unbefugte Handlung kann gesetzlich erlaubt sein.

Diese theoretische Argumentation gewinnt praktische Bedeutung für das Verhältnis zwischen dem Deliktsrecht und der ungerechtfertigten Bereicherung. Nach Ansicht des georgischen Obersten Gerichtshofs kann eine Eingriffskondition nur dann vorliegen, wenn die den Erfolg herbeiführende Handlung nicht verboten ist, anderenfalls „würden wir uns mit einem Delikt und einem Schadensersatzanspruch befassen“.<sup>58</sup> Hier versucht das Gericht, die Anwendungsbereiche der Art. 982 und 992 GeoZGB so zu trennen, dass zwischen ihnen keine Konkurrenz besteht, was nicht überzeugt. Schadensersatz- und Kondiktionsansprüche können nebeneinander bestehen, dies stellt kein Problem dar; ein Nebeneinander ist sogar in einigen Fällen notwendig, um den

schutzwürdigen Interessen gerecht zu werden.<sup>59</sup> Eine Verfügung eines Nichtberechtigten kann gleichzeitig sowohl zu einem Kondiktions- als auch zu einem Schadensersatzanspruch (bzw. teilweise auch alternativer Ansprüche) führen, vergleiche hierzu ein Beispiel weiter unten (V.2.a.). In solchen Fällen wäre ein angemessener Schutz der schutzwürdigen Interessen unmöglich, wenn die Rechtswidrigkeit der Verfügung eines Nichtberechtigten auszuschließen wäre.

## V. Die Rechtsfolgen der entgeltlichen Verfügung eines Nichtberechtigten

§ 816 I 1 BGB, der sich mit der entgeltlichen Verfügung eines Nichtberechtigten befasst, sieht als Rechtsfolge die „Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten“ an den Berechtigten durch den Nichtberechtigten vor. Art. 982 I GeoZGB sieht unter den gleichen tatsächlichen Umständen die folgende Rechtsfolge vor: Der Unberechtigte hat den Berechtigten für den durch die Verfügung verursachten Schaden zu entschädigen. Fraglich ist, was darunter verstanden wird und welche Unterschiede oder Ähnlichkeiten zwischen diesen beiden Vorbehalten bestehen können.

### 1. Der Schadensersatz aufgrund einer ungerechtfertigten Bereicherung

Nach dem genauen Wortlaut des Gesetzes ist die rechtliche Folge des Art. 982 I GeoZGB der Schadensersatz. Der Wortlaut des zweiten Absatzes desselben Artikels weist auch auf eine so-

---

Deutsch-georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung 7/2020, S. 37 ff (auf Georgisch). Der Autor kritisiert die Position des Gerichts aus einer anderen Perspektive: er ist der Ansicht, dass die Rechtswidrigkeit keine Voraussetzung für einen Anspruch aus Eingriffskondition sein sollte. Die Argumentation ist an für sich richtig, weil der Tatbestand der Eingriffskondition auch ohne menschliches Handeln – d. h. auch ohne Rechtswidrigkeit – eingetreten kann. Die Argumentation betrifft jedoch die Voraussetzungen der Eingriffskondition im Allgemeinen und nicht das Vorliegen einer Verfügung eines Nichtberechtigten im Besonderen. Letzteres kann nicht durch rechtmäßiges Handeln herbeigeführt werden.

<sup>58</sup> OGH slb-472-448- 2013; OGH slb-308- 293-2013; OGH slb1545-1465-2017; OGH slb-1247-1167-2017; OGH slb-852-796-2017; OGH slb-731-684-2017; OGH slb-1459-2019; OGH slb-1224-2019.

<sup>59</sup> In Bezug auf das Verhältnis zwischen Kondition und Schadensersatz S. Meladze, G., Durch Verfügung eines Nichtberechtigten verursachte Eingriffskondition, Deutsch-georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung 7/2020, S. 36 (auf Georgisch).



fortige Entschädigung durch den Eingreifenden hin. Dieser Vorbehalt des Gesetzgebers wurde in der georgischen Rechtsliteratur kritisiert. Ein Blick auf diese Kritik genügt jedoch, um zu erkennen, dass die unangemessenen Worte des Gesetzgebers zu erheblichen Missverständnissen führen. Zum Beispiel stelle nach Ansicht von *Heinrich Schnitger* und *Lia Shatberashvili* dieser Wortlaut ein Missverständnis des Gesetzgebers dar, gemeint sein könne nur, dass in Höhe des „Gesamtwerts des verletzten Rechtsgutes, also zum Marktpreis, entschädigt werden muss“.<sup>60</sup> Hintergrund dieser Ansicht ist, dass der Marktpreis des angegriffenen Gegenstands nicht immer der Höhe des Schadens entspricht.<sup>61</sup> Das trifft zu, aber die Entschädigung in Höhe des Marktpreises ist nicht die vorgesehene rechtliche Konsequenz der Bereicherungskondiktion, sondern die des Deliktsrechts. Ziel des Kondiktionsanspruchs ist die Herausgabe des auf Kosten des Gläubigers Erlangten, nicht aber die Entschädigung seines Verlustes. Die Perspektive ist hier wichtig: die Höhe des Kondiktionsanspruchs wird entsprechend der Bereicherung des Schuldners bestimmt, während im Falle eines Schadensersatzes die Verlusthöhe des Gläubigers entscheidend ist. Der Marktwert eines Gegenstands entspricht möglicherweise nicht immer der Höhe des Schadens, in vielen Fällen jedoch auch nicht der Höhe einer Bereicherung des Schuldners. Daher ist die Rückgabe in Höhe des „Gesamtwerts des Bereicherungsgutes“ oder des „Marktpreises des Bereicherungsgegenstands“ bei der ungerechtfertigten Bereicherung nicht die richtige Rechtsfolge. Noch überflüssiger ist es, von

<sup>60</sup> *Schnitger, H./Shatberashvili, L.*, Onlinekommentar zum Georgischen Zivilgesetzbuch gcc.ge, 2018, Art. 982, Rn. 7 (auf Georgisch).

<sup>61</sup> *S. Schnitger, H./Shatberashvili, L.*, Onlinekommentar zum Georgischen Zivilgesetzbuch gcc.ge, 2018, Art. 982, Rn. 8 und dort zitierte Literatur.

einer „Entschädigung“ in Höhe des Marktwertes zu sprechen.<sup>62</sup>

Die Rückgabe des Werts (und prinzipiell nicht die „Entschädigung“) wird im Entwurf von *Detlef König* erörtert, auf dem der georgische Gesetzgebungsansatz zur ungerechtfertigten Bereicherung beruht. In diesem Zusammenhang weist *Giorgi Rusiashvili* zu Recht darauf hin, dass *König* damit die Kondiktion zu einem kompensationsorientierten Anspruch gemacht habe, während der Hauptzweck der Kondiktion darin bestehen sollte, das Erlangte zurückzugeben und eine Geldleistung nur im Falle einer Unmöglichkeit der Rückgabe der Sachleistungen verwendet werden sollte.<sup>63</sup> Daher ist dem Reformvorschlag von *Giorgi Rusiashvili* zuzustimmen, wonach die Worte des Art. 982 GeoZGB „verpflichtet ist, den Berechtigten für den dadurch verursachten Schaden zu entschädigen“ durch die Worte „verpflichtet, das Erlangte an den Berechtigten zurückzugeben“ ersetzt werden sollten.<sup>64</sup>

Unabhängig hiervon sollte jedoch beachtet werden, dass dieser völlig unangemessene Vorbehalt auch ohne eine Gesetzesänderung nicht wörtlich genommen werden sollte, da dieser zu einer Verwechslung zwischen Kondiktion und Delikt führt. Der Vorbehalt führt zu einer vollständigen Verweigerung des Kondiktionsanspruchs aus der Verfügung eines Nichtberechtig-

<sup>62</sup> Zur falschen Verwendung des Begriffs „Entschädigung“ s. *Rusiashvili, G.*, Reformvorschlag für ungerechtfertigte Bereicherung, 2020, S. 73 ff (auf Georgisch).

<sup>63</sup> *Rusiashvili, G.*, Reformvorschlag für ungerechtfertigte Bereicherung, 2020, S. 73 ff (auf Georgisch); siehe auch die Entscheidungen: BGH NJW 1995, 55; BGH ZIP 2002, 532; BGH NJW 2002, 1874.

<sup>64</sup> *Rusiashvili, G.*, Reformvorschlag für ungerechtfertigte Bereicherung, 2020, S. 70 ff (auf Georgisch); Siehe auch *Meladze, G.*, Durch Verfügung eines Nichtberechtigten verursachte Eingriffskondiktion, *Deutsch-georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 7/2020, S. 35 (auf Georgisch).

ten, weil der Ersatz des Verlustes bei einer schuldhaften und rechtswidrigen Verfügung bereits vollständig von Art. 992 GeoZGB abgedeckt wird. Die beiden Rechtsinstitute haben neben ihren unterschiedlichen Rechtsfolgen auch unterschiedliche Voraussetzungen. Eine notwendige Voraussetzung des Schadensersatzes (mit einigen Ausnahmen) ist insbesondere das Verschulden, während der Kondiktionsanspruch gerade nicht auf dem Verschulden beruht. Daher muss man sich davor hüten, den vom Gesetzgeber vorgeschlagenen Vorbehalt im Sinne der grammatikalischen Auslegungsmethode wörtlich zu interpretieren. Es bleibt damit die systematische, die teleologische und die historische Interpretationsmethode, von denen letztere den Entwurf *Königs* unterstützt, der von der Rückgabe des Wertes spricht. Diese Auslegung ist jedoch, wie bereits erwähnt, unangemessen und – da die systematische und die teleologische Interpretation jeweils in andere Richtungen entwickelt werden können – auch nicht die einzige Alternative. Es wäre daher zielführender, wenn der von *Rusiashvili* verfasste Vorschlag bereits vor einer etwaigen Gesetzesänderung als die korrekte Auslegung der Norm in ihrer aktuellen Fassung betrachtet werden würde.

Es wird angemerkt, dass der georgische Oberste Gerichtshof die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Art. 982 I GeoZGB häufig korrekt erläutert. Insbesondere weist er zu Recht darauf hin, dass es sich hier trotz der Erwähnung von „Schäden“ nicht wirklich um ein Institut des Schadensersatzes handelt und folglich das Verschulden keine Voraussetzung des Anspruchs darstellen kann. Richtig ist auch, dass „der in dieser Norm genannte Schaden im Falle der Unmöglichkeit, das Erhaltene zurückzugeben, dessen Wert meint“.<sup>65</sup> Leider handelt aber das Ge-

richt manchmal gegen seine eigene Auslegung, indem es diese Norm anders subsumiert. In einem Fall hat der Oberste Gerichtshof beispielsweise den Schuldner trotz korrekter Auslegung der Norm (das obige Zitat stammt aus dieser Entscheidung) angewiesen, den entgangener Gewinn gemäß Art. 982 I GeoZGB zu erstatten.<sup>66</sup>

## 2. Die Herausgabe des Erlangten

Wie bereits erwähnt, sollte die Herausgabe „des durch die Verfügung Erlangten“ als Ergebnis einer korrekten Auslegung der Rechtsfolge von Art. 982 I und II GeoZGB angesehen werden. Genau dies ist auch die Rechtsfolge von § 816 I 1 BGB. Doch auch diese scheinbar eindeutigen Worte führen zu Meinungsverschiedenheiten in der deutschen wissenschaftlichen Literatur. Es gibt drei Positionen, wie die „Pflicht zur Herausgabe des Erlangten“ verstanden werden kann.

### a. Die Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten

Nach der heutigen herrschenden Meinung in Deutschland erfasst „das durch die Verfügung Erlangte“ dasjenige, was der Nichtberechtigte als Gegenleistung aufgrund des der Verfügung zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts (*causa*) bekommt;<sup>67</sup> so beispielsweise den im Austausch für den Kaufgegenstand gezahlten Kaufpreis. Nach dieser Auffassung muss ein Nichtberechtigter als Schuldner genau den Betrag, den er erhalten hat, zurückzahlen, auch wenn dieser den Marktwert des veräußerten Gegenstands über-

796-2017; OGH 3b-731-684-2017; OGH 3b-1459-2019; OGH 3b-1224-2019.

<sup>65</sup> OGH 3b-472-448-2013; OGH 3b-308-293-2013; OGH 3b-1545-1465-2017; OGH 3b-1247-1167-2017; OGH 3b-852-

<sup>66</sup> OGH 3b-308-293-2013.

<sup>67</sup> BGH NJW 97, 191.

schreitet. Diese Position wird vom Wortlaut der Norm selbst gestützt. Darüber hinaus ist die Bewertung eines Gegenstands und damit die Festlegung eines Gewinnziels ein wesentlicher Bestandteil des Eigentumsrechts und folglich auch der Verfügungsbefugnis. Daraus folgt, dass der sich Nichtberechtigte auch in dem Fall, in dem er den Marktwert des Gegenstandes erhält, auf Kosten des Berechtigten bereichert, indem er dessen Eigentumsrecht für sich vereinnahmt und es dadurch verletzt.<sup>68</sup>

Wenn ein Nichtberechtigter infolge der Veräußerung des Gegenstands weniger als den Marktwert erhält, schuldet er nach dieser Ansicht gemäß § 816 BGB nur die Rückgabe des tatsächlich Erlangten und nicht den Marktwert des Gegenstandes. Ein solcher Ansatz ist deshalb gerechtfertigt, weil der Kondiktionsanspruch nicht auf einem Verschulden des Bereicherten beruht. Eine Haftung ohne Verschulden kann eine schwere Belastung für den Schuldner darstellen. Im Falle eines Verschuldens werden im Deliktsrecht die Interessen des Schuldners dadurch geschützt, dass er eine Entschädigung für denjenigen Verlust verlangen kann, den er durch die Differenz zwischen dem Marktwert des Gegenstandes und dem vom Nichtberechtigten tatsächlich Erlangten erleidet.

Diese Ansicht, die in Deutschland vorherrscht, sollte auch in Georgien geteilt werden, da sie einerseits genau dem Wesen der Kondiktion entspricht und diese gut vom deliktischen Schadensersatzanspruch trennt und andererseits der korrekte und ausgewogenste Ansatz bezüglich des Schutzes der Interessen aller Parteien darstellt. Die Anwendung der Ansicht des georgischen Obersten Gerichtshofs, wonach ein Eingriff

durch Verfügung immer eine zulässige Handlung impliziert, führt hingegen dazu, dass es unmöglich ist, einen Anspruch auf Schadensersatz zusammen mit einem Kondiktionsanspruch zu fordern, was im Ergebnis unerwünscht sein muss (s. o. unter IV. 6.).

### b. Die Begrenzung auf den Marktwert

In Deutschland wurde auch eine andere Ansicht vertreten, wonach ein Nichtberechtigter als Schuldner das durch die Verfügung Erlangte zurück zu geben hat, die Höhe der Rückgabe jedoch auf den Marktwert des verfügbaren Gegenstands begrenzt werden sollte.<sup>69</sup> Nach dieser Auffassung habe der Nichtberechtigte das, was den objektiven Wert des verfügbaren Gegenstands übersteigt, nicht auf Kosten eines anderen erworben, sondern aufgrund seiner Handlungen oder seiner Geschicklichkeit. Daher müsse dieser Mehrwert nicht nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgegeben werden.

Zunächst muss dieser Auffassung entgegnet werden, dass die Bewertung eines Gegenstandes und damit auch die Erzielung eines Gewinns ein wesentlicher Bestandteil des Eigentumsrechts und folglich der Verfügungsbefugnis ist. Daraus folgt, dass der Nichtberechtigte sich auch im Fall des Empfangs des Marktwerts auf Kosten des Berechtigten bereichert, indem er von dessen Recht Gebrauch macht und es dadurch verletzt.<sup>70</sup> Darüber hinaus würde diese Position den Nichtberechtigten in gewisser Weise dazu ermutigen, über das Recht eines anderen zu verfügen, da es

<sup>68</sup> *Schulze, R.*, in: *Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger* (Hrsg.) *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, 8. Aufl., § 816, Rn. 9.

<sup>69</sup> *Larenz, K./Canaris, C. W.*, *Lehrbuch des Schuldrechts Band II/2: Besonderer Teil/ 2. Halbband*, 13. Auflage, 1994, § 72, I, 2 a.

<sup>70</sup> *Schulze, R.*, in: *Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger* (Hrsg.) *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, 8. Aufl., § 816, Rn. 9.

ausgeschlossen wäre, dass er das überverdiente Geld anderweitig (z. B. mit Entschädigung) zurückzugeben hätte; damit verbliebe dieser Betrag letztendlich bei ihm. Dieses Ergebnis ist nicht zu rechtfertigen, da es keinen rechtlichen Weg lässt, die durch eine rechtswidrige Handlung erzielten Einnahmen zurückzufordern. Daher ist diese Ansicht abzulehnen.

### c. Die Befreiung von der Verpflichtung als das durch die Verfügung Erlangte

Nach der dritten Auffassung stellt das durch die Verfügung Erlangte im Sinne von § 816 BGB die Befreiung von der Verpflichtung aus jenem kausalen Verpflichtungsgeschäft, das der Verfügung zugrunde lag, dar.<sup>71</sup> Diese Auffassung basiert auf dem Gedanken, dass die Erfüllung der Verpflichtung aus dem Verpflichtungsgeschäft durch den Entgeltschuldner dazu führt, dass der nicht-berechtigt Verfügende eine (Gegen-)Leistung erhält, die aufgrund des Abstraktions- und Trennungsprinzips rechtlich nicht mit dem Verfügungsgeschäft zusammenhängt. Der Entgelterhalt des Nichtberechtigten stellt die Erfüllung einer wirksamen Verpflichtung des Erwerbers gegenüber dem Nichtberechtigten dar. Somit wird letzterer durch Erhalt dieses Betrages weder auf Kosten eines anderen noch ungerechtfertigt bereichert. Der Grund für die Annahme einer Bereicherung des Nichtberechtigten auf Kosten des Berechtigten ist, dass die von ihm übernommene Verpflichtung durch die Leistung erlischt. Das Erlöschen der Verpflichtung durch Leistung steht gerade mit der Verfügung in einem direkten, ursächlichen Zusammenhang. Dagegen hängt der Erhalt der Gegenleistung einer Veräußerung nicht ursächlich mit der Verfügung, sondern nur

mit dem kausalen Verpflichtungsgeschäft zusammen.

Nach dieser Meinung ist der Wert der Verpflichtung, von der der Nichtberechtigte befreit wurde, zu erstatten. Dieser Wert entspricht folglich dem objektiven Marktwert des Gegenstands, über den verfügt wurde. In Bezug auf die Ergebnisse führt dieser Ansatz also zu der von *König* vorgeschlagenen Regelung, die vom georgischen Gesetzgeber im GeoZGB umgesetzt wurde. Die Begründung ist in diesem Fall jedoch viel solider. Trotzdem ist das Ergebnis unangemessen und daher kann diese Ansicht auch nicht geteilt werden.

Darüber hinaus hat dieser Ansatz weder in Deutschland noch in Georgien eine gesetzliche Grundlage. Insbesondere verpflichtet § 816 I 2 BGB den Erwerber, das durch die unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten Erlangte zurückzugeben. Der gleiche Normbefehl ist in Art. 990 I GeoZGB enthalten. Wenn wir die obige Ansicht von *Medicus* und *Petersen* teilen würden, wäre es völlig unverständlich, warum der Gesetzgeber in Bezug auf die Konsequenz zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Verfügungen unterscheidet: ein Nichtberechtigter wird doch auch im Falle einer unentgeltlichen Verfügung von seiner Verpflichtung aus dem kausalen Verpflichtungsgeschäft befreit und in diesem Sinne bereichert. Dementsprechend wird deutlich, dass sich der Gesetzgeber nur auf die Gegenleistung des Verpflichtungsgeschäfts bezieht, die ein Nichtberechtigter nur im Falle einer entgeltlichen Verfügung erhält.

## VI. Die Rechtsfolgen der unentgeltlichen Verfügung eines Nichtberechtigten

Die Rechtsfolge einer unentgeltlichen Verfügung eines Nichtberechtigten ist in

<sup>71</sup> *Medicus, D./Petersen, J.*, Bürgerliches Recht, 27. Aufl., 2019, Rn. 723.

Art. 990 I GeoZGB geregelt; demnach ist „eine Person, die aufgrund dieser Verfügung unmittelbar rechtliche Vorteile erhalten hat, verpflichtet, diese an einen Berechtigten zu übertragen“. Eine Verpflichtung gleichen Inhalts ist in § 816 I 2 BGB enthalten.

Es ist bemerkenswert, dass die Rechtsfolge von Art. 990 GeoZGB korrekt formuliert ist und sich daher von dem oben diskutierten Art. 982 GeoZGB unterscheidet. Dies weist erneut darauf hin, dass die Formulierung des letztgenannten Artikels ein Fehler des Gesetzgebers ist und sein korrektes Verständnis die Pflicht statuiert, das Erlangte zurückzugeben; insbesondere die systematische Auslegung muss zu dieser Schlussfolgerung führen, es ist völlig unverständlich, warum diese beiden Normen mit sehr ähnlichen Dispositionen zu zwei völlig unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen führen sollten.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass nach georgischem Recht die Möglichkeit der unentgeltlichen Veräußerung eines Gegenstandes durch einen Nichtberechtigten sehr begrenzt ist. Insbesondere kann nach Art. 187 II 1 Var. 4 GeoZGB ein gutgläubiger Erwerber nicht Eigentümer einer Sache werden, wenn er die Sache unentgeltlich erhalten hatte. Diese Einschränkung gilt nur für unbewegliche Sachen. Gemäß Satz 2 desselben Artikels gilt diese Einschränkung auch nicht für Geld und Wertpapiere sowie Gegenstände, die auf einer Versteigerung veräußert wurden. Der Ausschluss eines gutgläubigen Erwerbs durch eine unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten wird in der georgischen Rechtsliteratur mit der „umstrittenen“<sup>72</sup> beziehungsweise der „lockeren Natur des unentgeltlichen Er-

werbs“<sup>73</sup> erklärt. Eine solche Einschränkung gibt es im deutschen Zivilrecht nicht. Im Falle einer unentgeltlichen Verfügung eines Nichtberechtigten über eine bewegliche oder unbewegliche Sache wird in Deutschland der gutgläubige Erwerber Eigentümer; der ursprüngliche Eigentümer hat gegenüber dem nichtberechtigten Verfügenden einen Anspruch auf Rückgabe des durch die Verfügung Erlangten nach § 816 I 2 BGB. In Georgien behält der ursprüngliche Eigentümer sein Eigentum und kann die Rückgabe der Sache mittels Vindikation verlangen. Generell kann gesagt werden, dass aufgrund dieser in Art. 187 II GeoZGB verankerten Rechtsfolge der Anwendungsbereich des Art. 990 I GeoZGB sehr eingeschränkt ist, da die unentgeltliche Veräußerung von unbeweglichem Vermögen durch einen Nichtberechtigten ein recht seltener Fall ist.

Die Unentgeltlichkeit der Verfügung impliziert, dass der Verfügende keine Gegenleistung erhält, auch nicht zugunsten Dritter. Bei einem gemischten Schenkungsvertrag muss nach herrschender Meinung entschieden werden, ob der entgeltliche oder unentgeltliche Teil überwiegt.<sup>74</sup>

In der deutschen wissenschaftlichen Literatur ist umstritten, ob ein unentgeltlicher Erwerb mit den Fällen gleichgesetzt werden sollte, in denen eine gutgläubige Person aufgrund einer wirksamen Verfügung – jedoch ohne rechtliche Grundlage, also ohne ein wirksames kausales Verpflichtungsgeschäft – Eigentum erwirbt. Ein Teil der in der Literatur geäußerten Ansichten unterstützt eine analoge Anwendung des § 816 I 2 BGB.<sup>75</sup> Nach dieser Auffassung kann der ursprünglich

<sup>72</sup> Zarandia, T., Sachenrecht, 2. Aufl., 2019, S. 335 (auf Georgisch) und dort zitierte Literatur.

<sup>73</sup> Zoidze, B., Georgisches Sachenrecht, 2. Aufl., 2003, 83. 99 (auf Georgisch); Zarandia, T., Sachenrecht, 2. Aufl., 2019, S. 354 (auf Georgisch).

<sup>74</sup> BGH WM 64, 616.

<sup>75</sup> Grunsky, W., Bereicherungsansprüche bei rechtsgrundloser Verfügung eines Nichtberechtigten, JZ 62, 208; BGHZ 37, 363.

Berechtigte die Übergabe der Sache auch vom unentgeltlichen Erwerber verlangen, wenn dieser die Sache von einem Nichtberechtigten erhalten hatte. Im Gegensatz dazu lehnt die vorherrschende Meinung diese Ansicht ab und schließt im Allgemeinen die Gleichsetzung des rechtsgrundlosen und des unentgeltlichen Erwerbs aufgrund der schutzwürdigen Interessen des unentgeltlich und gutgläubig Erwerbenden aus.<sup>76</sup> Dieser wissenschaftliche Streit ist im georgischen Recht völlig unbedeutend, da im georgischen Zivilrecht aufgrund des Kausalitätsprinzips ein Erwerb des Eigentums durch eine wirksame Verfügung unmöglich ist, wenn das kausale Verpflichtungsgeschäft nichtig ist.

## VII. Zusammenfassung

Die georgischen und die deutschen gesetzlichen Bestimmungen die Eingriffskondiktion betreffend sind ziemlich ähnlich. Die Unterschiede werden zum einen durch das im georgischen Recht abgelehnte Abstraktionsprinzip des deutschen Rechts und zum anderen durch das im georgischen Recht anstelle des Abstraktionsprinzips

geltenden Kausalitätsprinzips verursacht.

Das Prinzip der Trennung muss auch im georgischen Recht anerkannt werden. Die Auffassung, dass eine Verfügung nur einen Realakt darstellt, ist nicht zu teilen. Die Verfügung ist als vollständiges Rechtsgeschäft zu betrachten, für dessen Wirksamkeit auch die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Willenserklärung und Rechtsgeschäfte gelten. Im Gegensatz zum deutschen Ansatz kann die Verfügung nicht wirksam sein, wenn das Verpflichtungsgeschäft nichtig ist. Dies schränkt den Anwendungsbereich der Art. 982 und 990 GeoZGB im Vergleich zum § 816 BGB ein.

Die seltsame Entscheidung des georgischen Gesetzgebers, wonach die Rechtsfolge der Eingriffskondiktion einen Schadensersatzanspruch auslöst, muss als Fehler angesehen werden. Die Interpretation dieser Vorschrift sollte deswegen nicht nach der historischen Methode erfolgen, sondern anhand der teleologischen und systematischen Auslegung erfolgen. Das Auslegungsergebnis, nach dem das durch die Verfügung Erlangte zurückgegeben werden soll, scheint das Richtige zu sein.

---

<sup>76</sup> *Esser, J./Weyers, H. L., Schuldrecht, Band II Besonderer Teil, 2000, § 50, II, 3.*

## Die Besonderheiten der Wohnraummiete

Assoc. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Nino Kavshbaia

Bei der Gestaltung der Rechtsverhältnisse die Wohnraummiete betreffend orientierte sich der georgische Gesetzgeber, genauso wie in allen anderen Fällen, am deutschen. In Deutschland existieren zum sozialen Schutz des Mieters einer Wohnung im BGB und auch außerhalb des BGB eine ganze Reihe von Vorschriften zur Regulierung dieser Rechtsverhältnisse.<sup>1</sup> Der georgische Gesetzgeber hat diesen Regelungskomplex im georgisches ZGB nur teilweise rezipiert und dabei einige Modifikationen vorgenommen, die mit dem sozialen Schutzcharakter unvereinbar sind. Für die Wohnungsmiete sind im georgischen ZGB folgende Regelungen vorgesehen: Art. 536 II, 540, 541 III, 542, 546 II, 548 I, 550, 552, 555, 560, 562, 563 und 571 GZGB. Neben diesen speziellen Regelungen stehen die allgemeinen Vorschriften des Mietrechtes.

### I. Der Wohnraum

Das in den oben angegebenen Normen geregelte Wohnraummietrecht findet nur dann Anwendung, wenn der vermietete Raum zu (privaten) Wohnzwecken benutzt wird. Im Falle einer anderweitigen Verwendung sind die Vorschriften des Wohnraummietrechtes nur infolge ausdrücklichen Verweises anwendbar.

Für die Zuordnung des Raums zu Wohnungszwecken sind objektive Kriterien nicht entscheidend, sondern der Wille der Parteien, ihn zu diesen Zwecken zu mieten beziehungsweise zu vermieten. Deswegen darf sich eine Partei, die den Raum vertragswidrig zu Wohnungszwecken benutzt, nicht auf die oben angegebenen speziellen Schutz- und Regulierungsnormen berufen.<sup>2</sup> Genauso finden diese Regeln zum Schutz des Mieters keine Anwendung, wenn der Mieter die Wohnung an eine weitere Person zu Wohnzwecken (sog. Endmieter) untervermietet. In diesem Fall finden die oben angegebenen Vorschriften auf das Verhältnis zwischen dem Eigentümer (beziehungsweise Hauptvermieter) und dem Zwischenmieter (beziehungsweise Untervermieter) keine Anwendung, da dieses Mietverhältnis gewerblichen Zwecken dient. Eine Beendigung des Hauptmietvertrages aber betrifft indirekt auch den Endmieter, da der Mietvertrag, den dieser mit dem Zwischenmieter geschlossen hatte, ihm grundsätzlich nicht die oben beschriebene Rechtsstellung gegenüber dem Hauptvermieter einräumen kann (aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse).<sup>3</sup> Im Unterschied zu § 565 BGB, lässt sich im GZGB keine Norm finden, die in einem solchen Fall imperativ feststellt, dass das zwischen dem Endmieter und dem alten Zwischenmieter existierende Rechtsverhältnis zwischen dem Endmieter und dem

---

<sup>1</sup> M.-P. Weller, Der Mietvertrag als enfant terrible der Privatrechtsdogmatik? JZ 2012, 881.

---

<sup>2</sup> BGH MDR 1969, 657.

<sup>3</sup> BGHZ 84, 90.

Hauptvermieter oder einem neuen Zwischenvermieter fortbesteht, wodurch auf dieses Verhältnis die Vorschriften zum Schutz des Wohnraummieters entsprechende Anwendung finden können. Die Nichtexistenz einer solchen Norm lässt letztendlich den Endmieter ohne realen Schutz. Um diese Regelungslücke zu beseitigen, erscheint eine analoge Anwendung des Art. 572 GZGB am geeignetsten.

Die Anwendung des Wohnraummietrechtes ist zweifelhaft, wenn etwa ein Rechtsanwalts- oder Architektenbüro oder eine Medizinklinik ein Gebäude sowohl zu gewerblichen Zwecken als auch zu Wohnzwecken anmietet. Aufgrund der Tatsache, dass ein einheitlicher Mietvertrag nicht entgegen des Parteiwillens geteilt werden kann, muss die Frage, ob hier ein Wohnraummietvertrag vorliegt, nach dem Wert der zur Wohnzwecken benutzten Räumlichkeiten und ihrer Bedeutung für das ganze Mietverhältnis entschieden werden. Deswegen finden die Regelungen zum Schutz des Mieters nur dann Anwendung, wenn es dem Mieter hauptsächlich auf die als Wohnung genutzten Räumlichkeiten angekommen ist beziehungsweise ankommt.<sup>4</sup> Für alle Räume, die dem Mieter zur Nutzung als Wohnraum übergeben wurden, bleiben die allgemeine Regelungen des Mietrechtes in Kraft, die durch die Normen des Wohnraummietrechtes ausgefüllt werden.

## II. Die Rechte und Pflichten der Parteien

Im Falle der Wohnraummiete sind nicht nur solche Regelungen wie der Wegfall und die Minderung der Miete (Art. 536 II GZGB) zwingend, sondern auch solche Normen, die die Rechte und Pflichten der Parteien regeln und auf die Beson-

derheiten eines Wohnraummietvertrages zugeschnitten sind.

### 1. Der vertraglich vorgesehene Nutzungsrahmen

#### a) Allgemeines

Bei Abschluss eines Mietvertrages ist grundsätzlich die Nutzungsart und der Nutzungsrahmen durch die Parteien festzulegen. Eine geschäftliche Tätigkeit, die in den zu Wohnzwecken vermieteten Räumlichkeiten ausgeübt wird, kann nicht pauschal durch den Vermieter untersagt werden, es sei denn, diese tritt nach außen erkennbar in Erscheinung.<sup>5</sup> Eine Vereinbarung, wonach dem Mieter eine bestimmte Nutzungsart untersagt wird, ist nach Art. 54 Var. 3 GZGB im Fall einer persönlichen Nutzung der Räumlichkeiten als Wohnung nur dann wirksam, wenn sie mit den Sittengesetzen im Einklang steht.<sup>6</sup> Die Nichtigkeit einer solchen Vereinbarung kann durch grundrechtlich geschützte Interessen des Mieters ausgelöst werden, welche den Vermieter nach Treu und Glauben (horizontale Wirkung der Grundrechte) zur Duldung bestimmter Nutzungsarten verpflichten.<sup>7</sup>

Zum Beispiel erfasst die vertragliche Nutzung einer Wohnung aufgrund des Art. 17 II der Verfassung (Informationsfreiheit) auch den Zugang zu Kommunikationsmitteln, sofern dieser auf Kosten des Mieters erfolgt. Deswegen hat der Vermieter grundsätzlich zu dulden, dass der Mieter auf eigenen Kosten eine Fernsehantenne auf- oder eine Telefonverbindung herstellt.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> BGH MDR 1986, 842; *Emmerich*, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, Vor. § 535 Rn. 27 ff.

<sup>5</sup> BGH NJW-RR 2009, 1311.

<sup>6</sup> BGH MDR 2008, 134; BGH MDR 2013, 15.

<sup>7</sup> *G. Hager*, Von der Konstitutionalisierung des Zivilrechts zur Zivilisierung der Konstitutionalisierung, JuS 2006, 769.

<sup>8</sup> BVerfGE 90, 27.



Abgesehen von dem oben Gesagten darf ein Mieter mit körperlicher Behinderung die Zustimmung des Vermieters (die nicht durch Vereinbarung entzogen werden kann) zu Umbaumaßnahmen verlangen, die notwendig sind, um die Wohnung oder ihre Zugänge behindertengerecht zu gestalten. Im Falle des Fehlens einer entsprechenden speziellen Regelung<sup>9</sup> soll sich dieser Anspruch des Mieters aus der Verpflichtung des Vermieters zur Übergabe der Sache in einem geeigneten Zustand, gestützt auf Art. 11 IV der Verfassung, ergeben. In diesem Fall darf der Vermieter seine Zustimmung zum Umbau der Wohnung nur dann versagen, wenn seine Interessen in Bezug auf die Erhaltung der Wohnung in ihrem momentanen Zustand die Interessen des Mieters an einer barrierefreien Wohnung überwiegen.<sup>10</sup> In diesem Fall muss die Schwere und die Dauer der Behinderung dem Ausmaß und der Dauer der nötigen Bauarbeiten sowie der Möglichkeit eines Rückbaus gegenübergestellt werden.<sup>11</sup> Gibt der Vermieter seine Zustimmung zum Umbau der Wohnung, so hat der Mieter die Wohnung nach der Beendigung des Mietverhältnisses in ihren Ausgangszustand zurückzusetzen (Art. 564 GZGB).

#### *b) Die Nutzung der Wohnung durch Dritte*

Der Vermieter darf das Besuchsrecht von Familienmitgliedern oder sonstigen Angehörigen durch Mietvertrag oder interne Satzung nicht einschränken.<sup>12</sup> Genauso darf er – ausgehend von Art. 5 IV 1 der Verfassung – dem Mieter nicht verbieten, dass seine Familienmitglieder

zusammen mit ihm in der Wohnung leben, vorausgesetzt, dies führt nicht zu einer Überbelastung der Wohnung. Unzulässig ist auch der Hinweis darauf, dass der Aufenthalt von Kindern in der Wohnung unerwünscht ist.<sup>13</sup>

Darüber hinaus hat der Vermieter gemäß Art. 550 S. 1 GZGB kein Recht, dem Mieter die Überlassung der Wohnung an Dritte zu untersagen, wenn dieser diesbezüglich ein berechtigtes Interesse vorweisen kann und kein Verstoß gegen die Interessen des Vermieters feststellbar ist. Diese Vorschrift muss im systematischen Zusammenhang mit Art. 549 GZGB, der die allgemeine Zustimmungsbedürftigkeit regelt, gelesen werden. Mit der Zustimmung zur Untervermietung wird nicht automatisch eine Zustimmung erfasst, die Wohnung an einen beliebigen Dritten und in beliebiger Form zu übergeben.<sup>14</sup> Darüber hinaus ist es zwingend notwendig, dass der Vermieter den Zugriff auf die vermietete Sache nicht gänzlich verliert.<sup>15</sup>

Berechtigt kann jedes Interesse des Mieters sein, welches von der Recht- und Sozialordnung anerkannt ist.<sup>16</sup> Liegt ein solches Interesse vor, darf der Vermieter die Untervermietung nur dann untersagen, wenn die Person des Dritten für ihn nicht hinnehmbar ist (und er ein berechtigtes Interesse hat, dass diese sich gerade nicht in seinen Räumlichkeiten aufhält); besteht die Gefahr einer Beschädigung oder übermäßigen Abnutzung der Sache (gerade aufgrund die Untervermietung) oder liegt ein anderer Grund vor, der das berechtigte Interesse des Mieters überwiegt, kann vom Vermieter nicht gefordert werden, dass er der Überlassung der Sache an einen

<sup>9</sup> Vgl. § 554a BGB.

<sup>10</sup> BVerfG, 28.03.2000 - 1 BvR 1460/99.

<sup>11</sup> *Rolfs*, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 554a Rn. 11 ff.

<sup>12</sup> BGH NJW 1964, 108; *J. Esser/H.-L. Weyers*, Schuldrecht BT II/1, 8. Aufl., Heidelberg 1998, 172.

<sup>13</sup> *Häublein*, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 535 Rn. 32.

<sup>14</sup> BGH MDR 2014, 268.

<sup>15</sup> BGH MDR 2014, 887.

<sup>16</sup> BGH NJW 1985, 130; *Bieber*, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 553 Rn. 7.

Dritten zustimmt (Art. 550 S. 1 GZGB). Ein solcher Grund (für den Verzicht), der in der Person des Dritten liegen kann, ist etwa der begründete Verdacht, dass diese Person die Wohnung zur Begehung von Straftaten benutzen oder zumindest den Rahmen der vertraglich zulässigen Nutzung überschreiten wird.<sup>17</sup> Um eine Verweigerung zu rechtfertigen, ist der Umstand, dass die Parteien verschiedene sittliche Vorstellungen haben, nicht ausreichend.<sup>18</sup> Für ein berechtigtes Interesse des Mieters genügt es etwa, dass dieser in Abwesenheit (beispielsweise arbeitsbedingt) aus der Wohnung Nutzungen ziehen möchte.<sup>19</sup> In einigen Fällen kann der Vermieter eine Mieterhöhung als Bedingung für seine Zustimmung zur Untervermietung verlangen (etwa, wenn diese zu einer erhöhten Abnutzung der Wohnung führt). Dabei kann der Vermieter seine Zustimmung unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Mieters zur Erhöhung des Mietzinses erteilen.

Mit einer unberechtigten Verweigerung der Zustimmung verletzt der Vermieter seine Pflichten aus Art. 394 ff. GZGB, weshalb auf Seiten des Mieters neben dem Anspruch auf die Zustimmung auch ein Schadenersatzanspruch entsteht, etwa in Höhe der dem Mieter mangels Möglichkeit der Untervermietung entgangenen Einkünfte (Art. 411 GZGB).<sup>20</sup> Wenn der Mieter unbefugt, das heißt, ohne die Zustimmung des Vermieters, die Wohnung weitervermietet, verletzt er damit zwar seine vertraglichen Pflichten; einer Geltendmachung der Rechte des Vermieters (zum Beispiel die fristgemäße Kündigung nach Art. 562 II lit. a GZGB) steht aber die Einrede des Rechtsmissbrauchs entgegen, wenn der Vermie-

ter verpflichtet gewesen war, seine Zustimmung zur Untervermietung zu erteilen.<sup>21</sup>

## 2. Die Duldungspflicht betreffend Maßnahmen des Vermieters

Der Vermieter ist zwar generell verpflichtet, den Mieter beim Gebrauch der gemieteten Sache nicht zu stören (Art. 531 I GZGB), daneben trifft ihn aber auch die Pflicht zur Erhaltung der Mietsache (Art. 532 GZGB); woran er auch eigene Interessen hat. Deshalb hat der Mieter des Wohnraums alle durch den Vermieter veranlasste Maßnahmen zu dulden, die dem Erhalt der Mietsache dienen (Art. 540 S. 1 GZGB). Aufgrund der Tatsache, dass Wohnungsmieter besonderen Kündigungsschutz genießen und regelmäßig längerfristig in den Räumlichkeiten verbleiben, kann dem Vermieter nicht immer zugemutet werden, mit Erhaltungsmaßnahmen bis zum Vertragsende zu warten, weshalb dem Mieter die Pflicht zur Duldung der notwendigen Maßnahmen obliegt (Art. 540 S. 2 GZGB). Dies ist nicht der Fall, wenn die Maßnahmen ihm, seinen Angehörigen oder vergleichbaren Personen besondere Umstände bereitet und bei der Gegenüberstellung der beiderseitigen Interessenlage die Mieterinteressen überwiegen. Der Vermieter ist verpflichtet den Mieter über die durchzuführenden Maßnahmen zu unterrichten (Art. 540 S. 2 GZGB). Diese Benachrichtigung ist Grundvoraussetzung dafür, dass der Vermieter überhaupt befugt ist, vom Mieter die Duldung der Maßnahme zu fordern. Art. 540 S. 2 GZGB schließt aber nicht die Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 526 I GZGB (Mietminderung) aus.

In Art. 540 GZGB ist nur von „Erhaltungsmaßnahmen“ und den dafür notwendigen Aufwen-

<sup>17</sup> Esser/Weyers, Schuldrecht BT II/1, oben Anm. 12, 174.

<sup>18</sup> BGH NJW 2004, 1444.

<sup>19</sup> BGH MDR 2006, 740; BGH ZIP 2014, 54.

<sup>20</sup> BGH ZIP 2014, 54.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 02.02.2011 - VIII ZR 74/10.

dungen die Rede.<sup>22</sup> Die Maßnahmen, die der Modernisierung und Verbesserung der Sache dienen, wie etwa Einsparungen von Energie und Wasser oder die Schaffung von neuen Räumlichkeiten sind zwar von dieser Vorschrift nicht erfasst, sie soll aber analog anwendbar sein, wenn die Maßnahmen keine besondere Last für den Mieter und seine Familienmitglieder darstellen.

Abgesehen von Art. 540 GZGB darf der Vermieter die Wohnung nur dann betreten, wenn eine Gefahr der Verletzung gewichtiger, eigener Interessen besteht.<sup>23</sup> Deswegen darf er, wenn ein solcher Gefahrenverdacht betreffend eine erhebliche Pflichtverletzung des Mieters besteht, die vermietete Wohnung betreten. Darüber hinaus hat der Mieter bei einem Verkauf der Mietsache dem potentiellen Käufer – und bei Beendigung des Mietverhältnisses dem potentiell nachfolgenden Mieter – die Möglichkeit der Besichtigung der Wohnung gewähren, wenn diese nicht zu Unzeit erfolgen soll; die Anforderungen diesbezüglich regelt Art. 8 III GZGB.

### 3. Die Mietzahlung und die Mieterhöhung

#### a) Allgemeines

Im Fall von Wohnraummietverträgen wird der Mietzins, wie in allen anderen Fällen, durch privatautonome Vereinbarung der Parteien bestimmt, welche ihrerseits in ihrer Ausgestaltung durch die allgemeinen Vorschriften der Gesetzes- und Sittenwidrigkeit beschränkt wird (Art. 54 GZGB). Das deutsche Recht regelt diese Frage nicht im BGB, sondern im Wirtschaftsrecht, welches ein Übersteigen des Mietzinses von 20 % der ortsüblichen Miete verbietet. In einem solchen Fall führt eine Überschreitung bezüglich

der Miethöhe zur teilweisen Nichtigkeit des Mietvertrages (Art. 61 GZGB).

Weder im GZGB noch in einem anderen Gesetz lässt sich eine vergleichbare Regelung bezüglich der Miethöhe finden. Deren Begrenzung spielt aber eine zentrale Rolle zur Gewährung des sozialen Charakters der Wohnungsmiete – die Miete eines Unternehmerraumes und die eines Wohnraumes sollen nicht nach gleichen Maßstäben beurteilt werden. Mangels einer speziellen Regelung muss zur Regulierung des Mietpreises für Wohnraum auf Art. 536 II GZGB zurückgegriffen werden.

#### b) die Erhöhung der Miete

Eine zweite, genauso problematische Abweichung vom „sozialen deutschen Mietrecht“ betrifft die Frage der Mieterhöhung. Der deutsche Gesetzgeber hatte die Frage der Mieterhöhung nicht dem Parteiwillen anvertraut, sondern in § 573 I 2 BGB eine Regelung vorgesehen, die es dem Vermieter verbietet, aufgrund einer Mieterhöhung das Mietverhältnis zu kündigen. Dies erfasst sowohl die Kündigungsandrohung (Kündigungserklärung durch aufschiebende Bedingung, wenn der Mieter keine Zustimmung zur Mieterhöhung erklärt) als auch die Kündigungserklärung zu dem Zweck, mit anderen Mietern ein günstigeres Geschäft abzuschließen. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift führt zur Nichtigkeit der Kündigung.<sup>24</sup>

Im Gegensatz dazu sieht Art. 562 II lit g GZGB die Möglichkeit der unmittelbaren Kündigung des Mietverhältnisses vor, wenn der Mieter sich weigert, die vom Vermieter geforderte, erhöhte Miete zu zahlen, sofern diese der Marktmiete entspricht. Auf den ersten Blick widerspricht die-

<sup>22</sup> Vgl. im Gegensatz dazu §§ 555a I und 555b BGB.

<sup>23</sup> K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II/1, 13. Aufl., München 1986, 228.

<sup>24</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 573 Rn. 36.

se Vorschrift der deutschen Regelung. Hier ist aber Folgendes zu berücksichtigen: Die deutsche Regelung zielt nicht darauf ab, die Möglichkeit der Mieterhöhung gänzlich auszuschließen, sondern verhindert Kündigungen nur in den Fällen, in denen die geforderte Miete über die gemäß § 557 BGB zulässigen Mieterhöhungskonstellationen hinausgeht. Im Fall der sog. Staffelmiete (die Vereinbarung eines zu festgelegten Intervallen steigenden Mietzinses) ist die Mieterhöhung nämlich zulässig. Gleiches gilt für die Indexmiete; letztere knüpft die Mieterhöhung an die Erhöhung der durch staatliche Stellen festgestellten Lebenshaltungskosten. Darüber hinaus darf der Vermieter vom Mieter die Zustimmung zu einer Mieterhöhung verlangen (§ 558 I-IV BGB), wenn diese ihrer Höhe nach mindestens die letzten 15 Monaten lang unverändert geblieben ist (zugleich muss zur Zulässigkeit bei Kundgabe des Mieterhöhungsverlangens mindesten ein Jahr seit der letzten Mieterhöhung verstrichen sein) und sich die Miete auf weitere drei Jahre um mehr als 20% erhöht. Zudem ist eine Erhöhung nur bis zur ortsüblichen Schwelle zulässig.

Zwar sind im georgischen GZGB die Regelungen betreffend die Mieterhöhung auf eine Norm reduziert (Art. 562 II lit. c GZGB) aber dadurch, dass diese Vorschrift auf die „ortsübliche Miete“ rekurriert, ist es möglich, die deutsche Regelung zumindest teilweise zu berücksichtigen und das dem Vermieter verliehene Mieterhöhungsrecht restriktiv auszulegen. Hier ist der Umstand zu berücksichtigen, dass der Sozialcharakter der Wohnungsmiete größtenteils eben von der Beschränkung der Mieterhöhungsmöglichkeiten geprägt wird.<sup>25</sup>

### III. Die Beendigung des Mietverhältnisses

Zur Sicherung des sozialen Charakters der Wohnraummiete ist eine Einschränkung der Beendigungstatbestände (welche nicht nur die Kündigung umfassen) gewissermaßen notwendig; im Rahmen dessen müssen spezielle Mechanismen zum Schutz des Mieters aufgestellt werden. Leider ist es aber ziemlich unklar, was genau das Ziel des georgischen Gesetzgebers gewesen ist, vor allem betreffend Art. 560 GZGB: wenn der Wohnungsmietvertrag auf eine bestimmte Zeit geschlossen ist, darf der Mieter nicht später als zwei Monate vor dem Ende des Mietverhältnisses durch schriftlichen Antrag verlangen, dass das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit fortgesetzt wird, wozu dann die Zustimmung des Vermieters erforderlich ist. Dies stellt einen Entzug der Positionen dar, die dem Mieter nach Art. 559 GZGB eingeräumt werden. Während Art. 559 II GZGB bei Fortsetzung der Nutzung durch den Mieter ohne einen Widerspruch des Vermieters das Mietverhältnis in ein unbefristetes Verhältnis verwandelt, braucht der Mieter eines Wohnraumes gemäß Art. 560 GZGB eine zwei Monaten zuvor abgegebene schriftliche Erklärung und die ausdrückliche Zustimmung des Vermieters. Tatsächlich wäre im Wohnraummietrecht gegenteiliges zu erwarten.

Das deutsche BGB schränkt, damit die Regelungen zum Schutz des Mieters von der Kündigung im Wohnraummietrecht nicht umgangen werden, die Möglichkeit des Abschlusses eines befristeten Mietvertrages (§ 575 I BGB) ein und sieht einen solchen nur dann als zulässig an, wenn der Vermieter einen besonderen Grund dafür hat, die Wohnung nur für bestimmte Zeit zu vermieten. Beispiele für einen solchen besonderen Grund sind etwa die Absicht, nach Ablauf des Vertrages die Wohnung selbst zu nutzen, umbauen beziehungsweise abreißen zu lassen oder sie nahen Angehörigen zur Verfügung zu

<sup>25</sup> Vgl. OGH, Urt. v. 31. August 2018, № AS-1038-2018.

stellen. Darüber hinaus sind in den §§ 575 II-IV BGB eine Reihe von zusätzlichen Beschränkungen für einen Abschluss eines befristeten Mietvertrages vorgesehen.

Der georgische Gesetzgeber hat einen anderen Weg gewählt und dabei die Notwendigkeit des Schutzes von Wohnraummietern gänzlich vernachlässigt. Der Abschluss eines befristeten Wohnraummietvertrages ist unbeschränkt möglich und seine Verlängerung ist schwieriger als die sämtlicher anderer Mietverträge (siehe oben), was nur schwerlich zu rechtfertigen ist. Der Vermieter hat weitreichende Möglichkeiten, den in Art. 562 GZGB verankerten Kündigungsschutz umzugehen, sodass diese Vorschrift praktisch funktionslos geworden ist. Ohne eine Gesetzesänderung bestünde die einzig gangbare Lösung darin, den Vermieter zu verpflichten, seine Zustimmung im Sinne des Art. 560 I GZGB immer dann geben zu müssen, wenn ihm kein besonderer Verweigerungsgrund zur Seite steht. Als Orientierung für die Annahme eines berechtigten Weigerungsinteresses kann Art. 575 I GZGB dienen. Rechtstechnisch könnte eine „Verpflichtung zur Zustimmungsausübung“ soweit konstruiert werden, dass eine Weigerung, das Verhältnis auf unbestimmte Zeit fortzusetzen, unbeachtlich ist, wenn sie nicht auf einen berechtigten Grund gestützt werden kann.

### 1. Das Schriftformerfordernis der Kündigung (Art. 563 GZGB)

Für die Kündigung eines Wohnraummietvertrages ist die Schriftform im Sinne des Art. 69 GZGB erforderlich. Dies folgt aus Art. 563 GZGB. Die Vorschrift spricht zwar von der „Aufhebung“ des Mietverhältnisses und meint die Aufhebung durch Vereinbarung (Aufhebungsvertrag), nach dem *a maiore ad minus*-Schluss muss dieses Formerfordernis aber auch

für die Kündigung gelten: all die Argumente, die für das Schriftformerfordernis bezüglich eines Aufhebungsvertrages sprechen (Warnfunktion, Beweisfunktion), streiten umso mehr für ein solches Erfordernis bei einer einseitigen Vertragsbeendigung.<sup>26</sup>

Im Fall eines Formverstoßes ist die Kündigung gemäß Art. 59 I GZGB unwirksam; dies gilt für sämtliche Kündigungsarten.<sup>27</sup>

Aus dem Zusammenspiel von Art. 562 GZGB und Art. 563 GZGB folgt, dass eine schriftliche Kündigung eine Begründung enthalten muss, das heißt, einer der in Art. 562 GZGB aufgeführten Gründe muss angegeben werden. Dies ist zwingend, da andernfalls beide Normen ihren Sinn verlieren und das Schriftformerfordernis sich in eine Formalität verwandeln würde. Der Mieter hätte dann keine Möglichkeit, unverzüglich zu überprüfen, ob einer der Kündigungsgründe tatsächlich vorliegt beziehungsweise dessen Fehlen in einem nachfolgenden Prozess zu beweisen. Eine ohne Begründung erfolgte Kündigung ist daher nicht nach Art. 59 I GZGB nichtig, sie ist nichtig, weil es gänzlich an einer ihrer Wirksamkeitsvoraussetzungen<sup>28</sup> fehlt.

### 2. Die ordentliche Kündigung

Der Mieter einer Wohnung muss bei einer Kündigung die in Art. 561 GZGB vorgesehene dreimonatige Frist beachten – die in Art. 562 GZGB vorgesehene Beschränkung erfasst nur die Kündigung seitens des Vermieters (Art. 562 I GZGB). Eine Verlängerung dieser Frist durch Parteivereinbarung ist unzulässig.

<sup>26</sup> Vgl. OGH, Urt. v. 30. Dezember 2005, № AS-826-1098-05.

<sup>27</sup> D. Looschelders, Schuldrecht AT, 15. Aufl., München 2017, Rn. 496.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 15.12.2010 - VIII ZR 9/10; Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 573 Rn. 94.

Im Gegensatz dazu darf der Vermieter das Mietverhältnis nur im Falle eines berechtigten Interesses im Sinne des Art. 562 GZGB kündigen; die Aufzählung in Art. 562 II GZGB ist abschließend. Hierzu gehört vor allem eine erhebliche und verschuldete Pflichtverletzung des Mieters, welche zwar nicht so erheblich ist, um eine fristlose Kündigung nach Art. 543 GZGB zu rechtfertigen,<sup>29</sup> aber zugleich keine vorherige Mahnung in Bezug auf Pflichtverletzung erfordert.<sup>30</sup> Darüber hinaus kann der Vermieter kündigen, wenn er die Wohnung für sich selbst oder für nahe Angehörige braucht (Art. 562 II lit. b GZGB); gleiches gilt, wenn dem Mieter ein rechts- oder sittenwidriges Verhalten gegen den Vermieter zur Last gelegt werden kann, welches eine Fortsetzung der Vermietung unzumutbar macht (Art. 562 II lit. d GZGB). Letzter Kündigungsgrund bildet gewissermaßen einen Auffangtatbestand, der das Einfließenlassen von Wertungsgesichtspunkten ermöglicht.

### 3. Die „möblierte“ Wohnung

Hochproblematisch für den Mieter ist Art. 562 III GZGB, der dem Vermieter das Recht gibt, das Mietverhältnis beliebig (unter Einhaltung der Frist des Art. 561 GZGB) zu kündigen, wenn die vermietete Wohnung „möbliert“ ist. Hier ist zum einen unverständlich, von welchen Motiven sich der Gesetzgeber bei Schaffung dieser Regelung leiten ließ, zum anderen ist fraglich, welcher Anwendungsbereich und welche praktische Bedeutung dem oben erwähnten Kündigungsschutz zukommen soll, wenn in der georgischen Realität fast alle Wohnungen möbliert vermietet werden. Die einzige Lösung zur Beibehaltung des sozialen Charakters des Wohnungsmietrechts und zum Schutz des Mieters von den

Launen des Vermieters bis zur vollständigen Eliminierung dieser Norm ist eine strikt restriktive Auslegung dieser Vorschrift durch die Gerichte.

Die Quelle dieser Unverständlichkeit ist die unvollständige und unrichtige Rezeption der §§ 564b VII und 565 III a. F. BGB. Der regulatorische Gehalt dieser Regelungen ist jetzt in § 549 II Nr. 2 BGB fixiert. Danach gelten im Falle der Vermietung einer Wohnung, die „Teil der vom Vermieter selbst bewohnten Wohnung ist und die der Vermieter überwiegend mit Einrichtungsgegenständen auszustatten hat“ einige mieterschützende Mechanismen nicht (so zum Beispiel der Kündigungsschutz). Damit ist in Deutschland die Vermietung einer möblierten Wohnung an für sich nicht ausreichend für ein Entfallen des Kündigungsschutzes, erforderlich ist, dass ein räumlicher Zusammenhang mit einer vom Vermieter selbst bewohnten Wohnung besteht. Hintergrund dieser Ausnahmeregelung ist, dass das Leben in den vermieteten Räumen direkte und gegebenenfalls nachteilige Auswirkungen auf den Lebensraum und auf die Privatsphäre des Vermieters haben kann. Die deutsche Regelung sieht aber zusätzlich eine Rückausnahme vor nach der trotz der oben erwähnten Umstände die Mechanismen zum Schutz des Mieters in Kraft bleiben. Diese ist einschlägig, wenn „der Wohnraum dem Mieter zum dauernden Gebrauch mit seiner Familie oder mit Personen überlassen ist, mit denen er einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt führt“.<sup>31</sup> Als Familie im Sinne dieser Vorschrift gilt auch eine Partnerschaft ohne Kinder, genauso wie ein dauerhaftes Zusammenleben durch Ehe oder Verwandtschaft verbundener Personen zum Zweck

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 25.10.2006 - VIII ZR 102/06.

<sup>30</sup> BGH, Urt. v. 28.11.2007 - VIII ZR 145/07.

<sup>31</sup> Weidenkaff, in Palandt BGB Kommentar, 73. Aufl. 2014, § 549 Rn. 15.

einer gemeinsamen Haushaltsführung (z. B. Geschwister, Oma und Enkelkind usw.).<sup>32</sup>

All diese Voraussetzungen, die die Existenz der oben problematisierten Norm erträglich machen, wurden vom georgischen Gesetzgeber ignoriert. Deswegen ist der einzige Weg, mit der Norm praktisch umzugehen, die ignorierten Voraussetzungen mittels teleologischer Reduktion oder mittels Auslegung hineinzulesen. Andernfalls kann nahezu jeder Wohnraummietvertrag nach Belieben gekündigt werden (siehe oben), was sowohl in rechtsdogmatischer als auch in rechtspolitischer Hinsicht ein völlig unerwünschtes Ergebnis darstellt.

Was die „Möblierung“ selbst betrifft, ist erforderlich, dass die Wohnung zumindest größtenteils durch den Vermieter selbst mit den lebensnotwendigen Gegenständen ausgestattet wurde; es dem Mieter also möglich ist, die Wohnung ohne zusätzliche Einrichtung zu bewohnen.<sup>33</sup> Nicht erforderlich ist das Vorhandensein von lebensnotwendigem Hausrat. Der Wert der für die Einrichtung verwendeten Gegenständen im Vergleich zu den vom Mieter eingebrachten kann nicht zur Abgrenzung einer Möblierung herangezogen werden, zum einen, weil es bei Gebrauchsmöbel kaum möglich ist, einen einheitlichen Marktwert festzustellen, zum anderen, da schon ein einziges Designerstück des Mieters den Gesamtwert der vom Vermieter aufgestellten Gegenständen überwiegen kann.<sup>34</sup>

#### 4. Die fristlose Kündigung

Für eine fristlose Kündigung eines befristeten als auch eines unbefristeten Wohnungsmietvertrages gilt Art. 541 GZGB mit der Modifikation, dass eine Einschränkung der in Abs. 1 und 2 angegebene Gründe durch Parteivereinbarung unzulässig ist. Wie oben schon angemerkt, muss die schriftlich zu erklärende Kündigung nach Art. 563 GZGB die Angabe eines besonderen Kündigungsgrundes enthalten. Im Fall des Fehlens eines solchen Grundes ist sie unwirksam.<sup>35</sup>

Im Vergleich zur Art. 541 GZGB enthält Art. 542 GZGB noch einen weiteren Grund für eine fristlose Kündigung: Wenn sich die Wohnung (oder ein sonstiger Aufenthaltsort) in einem solchen Zustand befindet, dass ihr Gebrauch erhebliche Gefahren für die menschliche Gesundheit birgt, darf der Mieter das Mietverhältnis fristlos kündigen (Art. 542 S. 1 GZGB). Dies gilt selbst dann, wenn er schon bei Vertragsschluss Kenntnis von diesem Zustand erlangt hatte (Art. 542 S. 2 GZGB). Eine Gesundheitsgefährdung durch den Gebrauch der Mietsache wird nach objektiven Maßstäben bestimmt; dabei muss die Gefahrursache die Wohnung selbst sein, wobei aber auch äußere Einwirkungen auf diese Wohnung etwa durch Lärm erfasst werden.<sup>36</sup> Eine nur vorübergehende und leicht zu beseitigende Gefahr ist nicht ausreichend.<sup>37</sup> Nach dieser Vorschrift ist der Mieter aber nicht verpflichtet, den Eintritt einer Gesundheitsschädigung abzuwarten, sondern darf die Kündigung ab dem Moment erklären, in dem eine reale Gefahr wie etwa der Einsturz des Gebäudes besteht. Selbst dann, wenn die Gesundheitsgefährdung

<sup>32</sup> Weidenkaff, in Palandt BGB Kommentar, 73. Aufl. 2014, § 549 Rn. 8, 18.

<sup>33</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 549 Rn. 18.

<sup>34</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 549 Rn. 18

<sup>35</sup> BGH MDR 2009, 558; BGH ZIP 2010, 5; Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 569 Rn. 38.

<sup>36</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 569 Rn. 9 f.

<sup>37</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 569 Rn. 8.

nur von einem Zimmer ausgeht, hat der Mieter das Recht zur fristlosen Kündigung, wenn dieses

Zimmer wesentlich für den Gebrauch der ganzen Wohnung ist.<sup>38</sup> Für die fristlose Kündigung seitens des Vermieters verbleibt Art. 558 GZGB.

---

<sup>38</sup> *Emmerich*, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 569 Rn. 11.



## Rechtsprechung

► 1 – 8/2020

**Verfassungsmäßigkeit der Verpflichtung zur Beschaffung eines elektronischen Personalausweises\***

**1. Artikel 16 des Grundgesetzes von Georgien sieht den Schutz eines Glaubens vor, der mit Demokratie und Menschenrechten vereinbar ist und ein gewisses Maß an Überzeugungskraft, Ernsthaftigkeit und Kohärenz erreicht.**

**2. Bei der Ausarbeitung offizieller, einheitlicher Dokumente ist es besonders wichtig, die Einheitlichkeit des Dokuments aufrechtzuerhalten, und es ist in der Regel unzulässig, ihre Zusammensetzung so zu bestimmen, dass sie den Ansichten einzelner Personen unterliegt, auch auf der Grundlage des Glaubens.**

***(Leitsätze des Verfassers)***

*Entscheidung des Verfassungsgerichts von Georgien in der Rechtssache N 1/1/1404 "Nana Sepashvili und Ia Rekhviashvili gegen das Parlament von Georgien und den Justizminister von Georgien"*

*Artikel 14 des georgischen Gesetzes über die Registrierung von georgischen Staatsbürgern und Ausländern mit Wohnsitz in Georgien, Identitätsregeln (Wohnsitz) und Reisepass eines georgischen Staatsbürgers;*

*Artikel 58 der vom Erlass des Justizministers von Georgien vom 27. Juli 2011 genehmigten Regeln №98 über die Genehmigung der Regeln für die Registrierung und Abmeldung von Bürgern Georgiens und Ausländern mit Wohnsitz in Georgien, Personalausweis, Reisepass, Reisepass und Reisedokument;*

*Artikel 11 und 16 des Grundgesetz von Georgien.*

### I. Sachverhalt

Gemäß des Verfassungsanspruchs beantragten die Kläger, deren Personalausweis abgelaufen war, bei der State Services Development Agency die Ausstellung eines Personalausweises ohne Online-Ausweisfunktion. Das Territorialbüro der Agentur sowie das Gericht erklärten den Klägern, dass sie nach dem Gesetz nur einen elektronischen Personalausweis erhalten könnten.

Die Kläger lehnen aufgrund ihrer religiösen Überzeugung die Verwendung elektronischer Dokumente ab. Aufgrund der zwingenden Regel, die in den umstrittenen Normen festgelegt ist, kann der Kläger jedoch kein anderes Dokument verwenden, weshalb er vollständig vom gesellschaftlichen Leben isoliert bleibt. Die Kläger sind der Ansicht, dass der Staat sie nach der umstrittenen Verordnung verpflichtet, gegen ihren eigenen Glauben zu handeln, was nach Ansicht der Kläger einen Eingriff in die innere Dimension der Religionsfreiheit darstellt (forum internum).

---

\* aus dem Georgischen von Salome Kaldani.

Den Klägern zufolge enthält der elektronische Personalausweis über seine integrierte elektronische Komponente (Chip) viel mehr Informationen über die Person als der laminierte Personalausweis, was die Gefahr einer staatlichen Kontrolle der Kläger erhöht.

Die Kläger machen außerdem geltend, dass sie gegenüber Personen diskriminiert werden, die von den Gesetzesänderungen von 2011 nicht betroffen sind und weiterhin unbefristete nicht elektronische Ausweise verwenden. Infolgedessen behandelt die neue Verordnung im Wesentlichen gleiche Personen - Kläger und Personen, die unbefristete nicht elektronische Ausweise verwenden - unterschiedlich. Der Kläger nennt den Glauben als Kriterium der Differenzierung.

Infolgedessen forderten die Kläger als Inhaber des Verfassungsanspruchs die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Normen, die die zwingende Ausstellung elektronischer (Chip-) Ausweisdokumente vorsehen.

## **II. Zusammenfassung der Argumentation des Gerichts**

### **1. Religionsfreiheit Artikel 16 Grundgesetz**

Das Verfassungsgericht von Georgien erörterte zunächst die Verfassungsmäßigkeit der Normen in Bezug auf Artikel 16 der Verfassung von Georgien, der die Religionsfreiheit garantiert. Zu diesem Zweck wurde geprüft, ob einerseits die Überzeugungen der Kläger und andererseits die mit diesen Überzeugungen verbundenen Handlungen zu dem durch diesen Artikel geschützten Bereich gehören. Das Verfassungsgericht hielt diese Trennung für notwendig, da Artikel 16 Absatz 1 der Verfassung nicht vorsieht, dass Handlungen, die auf Glauben beruhen (Handlungen oder Verweigerungen), geschützt

werden. Nach Ansicht des Gerichtshofs muss eine Klage, damit sie auf der Grundlage der Religionsfreiheit (automatisch)geschützt wird, in der Ausübung der Religion begründet sein, daher muss eine enge und direkte Verbindung zwischen der Klage und der Religion bestehen. Das Verfassungsgericht ist der Ansicht, dass ein solcher Zusammenhang zweifellos zu einem Zeitpunkt besteht, zu dem das Handeln (objektiv) ein unmittelbares Erfordernis der betreffenden Religion ist.

Der Gerichtshof stellt fest, dass im vorliegenden Fall, da die Überzeugung der Kläger nicht mit Demokratie und Menschenrechten unvereinbar ist und gleichzeitig den Standard der Überzeugungskraft und Ernsthaftigkeit erfüllt, diese in den Anwendungsbereich von Artikel 16 Absatz 1 der Verfassung fällt. Was die Handlungen der Kläger angeht: Um den elektronischen Personalausweis abzulehnen, hielt es das Gericht für notwendig, ihre diesbezügliche Aufrichtigkeit zu beurteilen und festzustellen, ob sie dies (subjektiv) als eine aus ihrer Religion resultierende Notwendigkeit betrachteten. Er sah dies als gegeben an, weil es "keinen Grund gab, an der Aufrichtigkeit zu zweifeln".

Das Gericht stellte außerdem fest, dass das Fehlen eines Ausweises dem Bürger Unbehagen bereitet, und prüfte, ob dies einen Eingriff in die Glaubensfreiheit nach den umstrittenen Normen darstellt. Nach Ansicht des Gerichtshofes sollte dieses Unbehagen nicht als direkte Folge der Gültigkeit der angegriffenen Normen angesehen werden. Die Ursache war nicht die Erfüllung der Normanforderung (Beschaffung des elektronischen Dokuments), sondern deren Nichterfüllung (Verweigerung der Annahme des elektronischen Dokuments). Folglich kann dieses Unbehagen als Nebeneffekt von im Wesentlichen neutralen Normen nicht mit vom Staat ausgeübten Zwang gleichgesetzt werden und somit nicht als "Ein-

griff" des Staates in die Glaubens- oder Religionsfreiheit oder als durch solche Eingriffe verursachter Schaden angesehen werden.

Darüber hinaus erörterte das Gericht, ob der Staat eine aktive Verpflichtung hat, Personen, die sich aus religiösen Gründen weigern, einen elektronischen (mit Chip) Personalausweis zu führen, von der umstrittenen Regelung auszunehmen und den Inhalt, die Form oder die technischen Parameter offizieller Dokumente individuell ändern zu lassen.

Das Gericht hielt dies für unangemessen, da es den Zugriff des Staates auf den internen Verwaltungsprozess ungerechtfertigt einschränken, die erforderliche Einheitlichkeit offizieller Dokumente in Verwaltungsangelegenheiten verletzen und die Glaubwürdigkeit einer Reihe von Rechtsbeziehungen gefährden würde, die gegen gefälschte Dokumente gesichert sind.

Nach Ansicht des Gerichtshofs ist es Sache des Staates, zu entscheiden, ob er es Personen ohne hochwertige Ausweispapiere ermöglicht, bei Öffentlichkeitsarbeit von öffentlicher und staatlicher Bedeutung, die die Interessen der gesamten Öffentlichkeit (wie Wahlrecht und Referendum) betreffen oder mit der Erfüllung Georgiens internationalen Verpflichtungen verbunden ist und nicht nur der Befriedigung von täglichen Lebensbedürfnissen dieser Menschen dient, teilzunehmen.

Infolgedessen stellte das Gericht fest, dass der Staat bei der Ausarbeitung und Annahme der umstrittenen Normen nicht gegen die aktiven und passiven Verpflichtungen der Verfassung verstoßen hat und die umstrittene Norm der Glaubens- / Religionsfreiheit im Sinne der Verfassung nicht widerspricht.

## **2. Das Recht auf Gleichheit - Artikel 11 Grundgesetz**

In Bezug auf das durch Artikel 11 Absatz 1 Grundgesetz garantierte Recht auf Gleichstellung prüfte das Gericht, ob die Tatsache, dass Personen, die einen ständigen nicht elektronischen Personalausweis besitzen, nicht verpflichtet sind, einen neuen elektronischen Personalausweis zu erhalten, zu einer Verfassungswidrigkeit der umstrittenen Normen führt. Das Gericht lehnte die Verfassungswidrigkeit der Normen in Bezug auf diesen Artikel ab, da jeder Person, einschließlich der von den Klägern identifizierten Mitglieder der Gruppe, im Falle der Erneuerung ihres Personalausweises gemäß der geltenden Verordnung ein elektronischer Personalausweis ausgestellt wird. Dementsprechend haben nach der neuen Verordnung alle Personen, einschließlich der Inhaber eines unbefristeten nicht elektronischen Personalausweises, einen identischen Rechtsstatus, wenn es um die Erlangung eines Personalausweises geht.

Infolgedessen stellte das Gericht fest, dass die angegriffene Norm nicht gegen das Recht auf Gleichheit verstößt.

In Anbetracht des Vorstehenden wurde der Klage nicht stattgegeben.

### **III. Kommentar**

In diesem Urteil hat das Verfassungsgericht ein interessantes Argument bezüglich der verfassungsmäßigen Rechte auf Religions- und Glaubensfreiheit und deren Einschränkung entwickelt. Der vom Gericht auferlegte Standard für die Beweise (oder "Quasi-Beweise") sollte jedoch nicht übersehen werden. Es kann bestritten werden, dass das Gericht die Durchführung bestimmter Handlungen nur als Ausübung einer Religion anerkennt, weil "das Gericht keinen Zwei-

fel an der Aufrichtigkeit der Kläger hat". Das Gesetz kennt einen solchen Beweisstandard nicht<sup>1</sup>. Es ist nicht zu rechtfertigen, dass das Gericht eine Partei auffordert, etwas zu genehmigen und ihr gleichzeitig das Wort "anzuvertrauen" und ihr zu sagen, dass es, da es keinen Zweifel an seiner Aufrichtigkeit hat, das, was sie sagt, als begründet ansieht. Wenn bestimmte Tatsachen nicht nachgewiesen werden müssen, muss das Gericht sie der Partei erklären und wenn Beweise benötigt werden, muss es sogar die Vorlage relevanter Beweise verlangen, bevor es die Aussagen der Partei teilt.

Trotz alledem sind die Fragen im Zusammenhang mit der Entscheidung des Verfassungsgerichts besonders interessant. Die Rolle elektronischer Ausweisdokumente ist sehr groß. Das Verfassungsgericht ist zu Recht der Ansicht, dass der legitime Zweck ihrer Existenz darin besteht, dass es schwierig ist, diese Dokumente zu fälschen. Es sollten jedoch auch andere legitime Zwecke gebührend berücksichtigt werden. Mit Hilfe moderner Technologien kann ein elektronischer Personalausweis einerseits andere Dokumente signieren und andererseits die relevanten Daten problemlos auf jedes elektronische Dokument übertragen. Dies ist sehr wichtig für die Digitalisierung aller Gesetze. Die Digitalisierung des

---

<sup>1</sup> Was dem Gesetz jedoch unbekannt ist, kann dem Verfassungsgericht bekannt sein, und umgekehrt kann dem Verfassungsgericht unbekannt sein, was dem Gesetz bekannt ist. Zum Beispiel hat das Gericht den Mechanismus der Widerlegung der abstrakten Veröffentlichung aufgrund der Eintragung in das öffentliche Register mit sachlichem Wissen über den Streit herausgefunden. Artikel 427 I e der Zivilprozessordnung von Georgien wurde als unbekannt befunden, und aufgrund seiner „Abwesenheit“ ging der normative Inhalt von Artikel 430 derselben Zivilgesetzgebung verloren (siehe daher die Entscheidung des Verfassungsgerichts von Georgien vom 17. Oktober 2017 № 3/4/550 „Bürger Georgiens“ Nodar Dvali gegen Parlament von Georgien “und die Entscheidung des Verfassungsgerichts von Georgien vom 30. April 2019 (08.02.765, „Bürger von Georgien Davit Dzotsenidze gegen das Parlament von Georgien“).

Gesetzes verbessert wiederum die Situation der Bevölkerung und ermöglicht die Erstellung von Dokumenten, die zu geringeren finanziellen<sup>2</sup> und zeitlichen Kosten legitimiert und vor Fehlern geschützt sind. Dies spart administrative Ressourcen und vereinfacht die Bereitstellung von Diensten für die Bürger<sup>3</sup>. Wenn der Staat unter Senkung der Kosten die Situation seiner Bürger verbessern kann ist er dazu verpflichtet. Und wenn der Staat (die Person) zu etwas verpflichtet ist, dann hat er das Recht dazu<sup>4</sup>. Da das Vorhandensein einer elektronischen Identität eine notwendige Voraussetzung dafür ist, dass die Bevölkerung die positiven Aspekte der Digitalisierung des Rechts genießen kann, ist der Staat verpflichtet und hat auch das Recht, solche ID-Karten zu erstellen. Neben der sicheren und einfachen Unterzeichnung elektronischer Dokumente (z. B. Anträge, Verträge, Klagen) mit elektronischen Ausweisen und der Absicherung gegen Fälschung dieser Dokumente ist die Fähigkeit zur Übertragung von Informationen auch für die Digitalisierung des Gesetzes wichtig. Einer der ersten

---

<sup>2</sup> In Deutschland wurden beispielsweise die Kosten für die Herausgabe von Prospekten durch das Bundesministerium der Finanzen im Rahmen eines Automatisierungsprogramms von 100.000 auf 10.000 Euro gesenkt. Siehe hierzu Sh. Brydenbach / f. Glatz, Digitalisierung des Rechts, Georgisch-Deutsche Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1/2020, 3.

<sup>3</sup> Dies impliziert die Vereinfachung und Verbesserung der Beteiligung der Bürger an staatlichen Verfahren jeglicher Art, und dies schließt nicht nur die Exekutive und die Justiz, sondern auch den Gesetzgeber ein. Beispielsweise würden elektronische Personalausweise, wenn sie mit dem entsprechenden Automatisierungsprogramm implementiert werden, an dem bereits gearbeitet wird, die Einreichung von Legislativvorschlägen durch die Bürger und deren Verarbeitung durch das Parlament erleichtern. Siehe hierzu L. Sirdadze / G. Zhorzholiani, Perspektiven zur Digitalisierung und Automatisierung des Gesetzgebungsprozesses im Parlament von Georgien, Georgisch-Deutsche Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 4/2020, 9.

<sup>4</sup> J. C. Joerden, Logik im Recht, 3. Aufl., Berlin [u. a.] 2018, 182.

Schritte in der Automatisierung ist die Dateneingabe (Input)<sup>5</sup>. Wenn der Personalausweis der Träger grundlegender Informationen über die Person ist (die Informationen, die bereits von außen auf diesen Personalausweis geschrieben sind und über die der Staat bereits verfügt), vereinfacht dies einen Großteil des Prozesses. Darüber hinaus fallen der Antrag und seine Einreichung zeitlich zusammen, und in diesem Fall ist kein gesondertes Verfahren erforderlich. Darüber hinaus geschieht dies so, dass der Antrag gegen alle Arten von Fehlern abgesichert ist. Beispielsweise kann ein Bürger nur auswählen, welchen Dienst er erhalten möchte und kann mit nur einer Aktion mit einem elektronischen Personalausweis einerseits seine Daten in das Programm eingeben und andererseits diesen Antrag senden. Der gesamte dahinterstehende Prozess wird vom System automatisch ausgeführt.

Die Tatsache, dass der Staat das Recht hat, der Bevölkerung solche vereinfachten und kostengünstigeren Dienstleistungen anzubieten, ist unbestritten. Es stellt sich jedoch die Frage, inwieweit der Bürger verpflichtet ist, dem Erhalt eines elektronischen Personalausweises zuzustimmen, und es wird argumentiert, dass dies eine notwendige Voraussetzung für die vollständige Digitalisierung und Automatisierung des Rechts ist. Natürlich ist der Bürger nicht verpflichtet, die vereinfachten und sicheren Dienste zu nutzen und den elektronischen Personalausweis tatsächlich zur Erstellung offizieller Dokumente zu verwenden. Die Pandemie hat uns jedoch gezeigt, dass digitale und automatisierte Verfahren alternativlos sind und dass der Staat darauf vorbereitet sein muss, dass ein Bürger oder Beamter sich nicht bei einer Verwaltungs-

behörde melden und dort manuell Verwaltungsverfahren einleiten kann. Um das Funktionieren staatlicher Stellen nicht vollständig zu blockieren und gleichzeitig die vollständige Identifizierung des Antragstellers nicht zu verweigern, ist der Staat mit Hilfe eines digitalen Systems dazu verpflichtet, dem Beamten zu ermöglichen, vollständige Verwaltungsverfahren ohne physischen Kontakt mit Bürgern und Arbeitnehmern durchzuführen. Daher ist der Bürger wiederum verpflichtet, über einen Personalausweis zu verfügen, mit dem er unter allen Bedingungen identifiziert werden kann, was im Fall eines laminierten Dokuments nicht möglich ist.

Khatia Papidze / Lado Sirdadze

## ► 2 – 8/2020

### **Doktrin des Versicherungsinteresses; Aufhebung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wegen Nichteinhaltung der Prinzipien von Treu und Glauben \***

**1. § 829 BGB ist eine dispositive Norm. Die Parteien können vereinbaren, inwieweit die Haftung der Versicherer erweitert oder verringert wird.**

**2. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen können logischerweise nicht als vage im Sinne von § 345 BGB und gleichzeitig als ungültig gemäß § 346 BGB angesehen werden.**

**3. Die AGB sind nach § 346 BGB auch dann nichtig, wenn der Inhalt der Bedingung allgemein verstanden wird, der Umfang ihrer Anwendung jedoch unklar ist.**

**(Leitsätze des Verfassers)**

<sup>5</sup> T. Wend, Legal Tech für Massenklagen – eine digitale Fertigungsstraße, in Breidenbach/Glatz (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, 2. Auflage, München 2020, Kap. 2.4.

\* aus dem Georgischen von Salome Kaldani.

§§ 799, 829, 342, 343, 345, 346 BGB Georgien

*Urteil der Zivilprozesskammer des Obersten Gerichtshofs vom 21. Juli 2014 № AS-291-273-2014*

### **Sachverhalt:**

Zwischen den Parteien (natürliche Person und Versicherungsgesellschaft) wurde ein Versicherungsvertrag geschlossen. Der Vertrag versicherte das Auto des Klägers und seine Haftpflicht als Fahrer. Die Versicherungssumme betrug USD 6.000 und die Versicherungsprämie (zu zahlender Betrag) betrug GEL 848. Gemäß des Versicherungsvertrages wurde festgelegt, welche Fälle mit oder ohne Verschulden der Fahrer im Schutz enthalten ist. Ausnahmen wurden auch durch den Versicherungsvertrag festgelegt. Insbesondere würde ein Unfall aufgrund von Risikoausschlüssen nicht als Unfall angesehen, wenn die vorsätzliche Handlung eines Fahrers zu folgenden oder ähnlichen groben Gesetzesverstößen führen würde: Wenden oder Verlassen des Autos auf einem Bahnübergang, wenn eine Barriere geschlossen ist, Stehen / Anhalten auf Schienen, Tunneln oder Brücken, in die entgegengesetzte Verkehrsrichtung fahren, Überholen, während man eine durchgezogene Linie in einem Tunnel oder auf einer Brücke überquert, ein vorbeifahrendes Fahrzeug (mit Ausnahme einer dreispurigen oder mehrspurigen Überführung) überholen, indem man die Straße überquert.

Während der Kläger ein versichertes Fahrzeug fuhr, wechselte er von einer Fahrspur zur nächsten, wo er mit einem Lastwagen kollidierte, der sich auf derselben Fahrspur in dieselbe Richtung bewegte. Der Kläger hatte keine Kontrolle über das Lenkrad, kollidierte mit dem linken Hinterrifen des Lastwagens und dann mit der Bord-

steinkante auf der linken Seite, woraufhin er mit dem Lastwagen "Mani" kollidierte. Der Schaden für den Kläger betrug 6.000 US-Dollar.

Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage ab. Das Berufungsgericht hob die Entscheidung des Untergerichts auf und forderte den Angeklagten auf, Schadensersatz zugunsten des Klägers zu zahlen. Das Kassationsgericht erklärte die Berufung für unzulässig.

### **Kritik der gerichtlichen Argumentation:**

Das Kassationsgericht teilte das folgende Argument des Berufungsgerichts: 1. Der Klage des Klägers lag ein Sachverhalt zu Grunde, bei dem grob fahrlässig gehandelt wurde. 2. § 829 des BGB ist dispositiv. Zwar sieht die genannte Norm die Entlastung des Versicherers für den Fall vor, dass der Versicherungsunfall durch grobe Fahrlässigkeit des Fahrers verursacht wurde, sie kann jedoch keine zwingende Bedeutung haben. Die Vertragsparteien stellten fest, dass der vom Fahrer verursachte Schaden (einschließlich vorsätzlicher Handlungen) versichert war, und definierten Ausnahmen von dieser Regel (Risikoausschlüssen). 3. Die von den Parteien festgelegten Risikoausschlüsse wurden als AGB gemäß § 342-348 BGB bewertet. 4. Im vorliegenden Fall gab es keine von den Parteien vorgesehenen Risikoausschlüssen, da der Kläger nicht das überholende Fahrzeug überholte, sondern das bereits vorwärtsfahrende Fahrzeug überholte, das sich auf einer anderen Fahrspur befand. Daher hat das Berufungsgericht einen Verstoß, der als Risikoausschluss vom Vertrag angesehen wird, wie das Überholen eines Fahrzeugs, zu Recht ausgeschlossen. 5. Die Worte "ähnliche grobe Verstöße", die in den Risikoausschlüssen des Vertrages zwischen den Vertragsparteien erwähnt werden, sollten nach Ansicht des Gerichtshofs als vage Aufzeichnung im Sinne von § 345 BGB und

als Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauens und des guten Glaubens nach § 346 BGB angesehen werden.

Die Regelung von § 829 BGB stärkt das Grundprinzip des Versicherungsrechts, das in der Doktrin als Versicherungsinteresse bezeichnet wird, und verpflichtet den Versicherer, sich um den Versicherungsgegenstand zu kümmern<sup>1</sup>. Beispielsweise bezieht sich das Versicherungsinteresse bei Personenversicherungen auf das Leben und die Gesundheit des Versicherten und bei Sachversicherungen auf die Instandhaltung des Eigentums<sup>2</sup>. Der Begriff Versicherungszins ist der georgischen Gerichtspraxis nicht bekannt<sup>3</sup>. Das Konzept des Versicherungsinteresses findet sich auch nur in der Gesetzgebung. Wir sprechen von Artikel 10 III des georgischen Versicherungsgesetzes, wonach der Versicherte, der kein Versicherer ist, bei der Versicherung von Eigentum ein Interesse an der Aufrechterhaltung dieses Eigentums haben muss. Letzteres ist nichts anderes als das vorgenannte Versicherungsinteresse. Bei der Festlegung des Geltungsbereichs dieser Norm sollte jedoch darauf geachtet werden, dass sie nur für Sachversicherungen verwendet wird. Das Gesetz regelt nicht die Verwendung von Versicherungszinsen für andere Arten von Versicherungen<sup>4</sup>. Das Bestehen von Versicherungsinteressen muss jedoch in § 799 BGB in Frage gestellt werden<sup>5</sup>, der die allgemeine Norm des Versicherungsrechts darstellt und auf alle Arten von Versicherungen angewendet werden kann. Mit der doctrine of insurance Interest soll verhindert werden, dass der Versicherungsnehmer rechts-

widrige Leistungen erhält<sup>6</sup>. Damit soll auch der Versicherungsgeber vor skrupellosen und rechtswidrigen Handlungen des Versicherungsnehmers geschützt werden.

§ 829 BGB befreit den Versicherer von der Entschädigung für Schäden, die der Versicherte vorsätzlich oder grob fahrlässig am versicherten Gegenstand verursacht. Die Stellungnahme zum rechtlichen Charakter von § 829 BGB ist geteilt. Nach der in der georgischen Doktrin geäußerten Meinung ist die genannte Norm - wie § 822 II BGB und auch § 828 - eine zwingende Bestimmung<sup>7</sup>. Im Gegensatz dazu erkennt die georgische Rechtsprechung § 829 BGB einstimmig als dispositive Norm an. Beispielsweise hat der Oberste Gerichtshof in einer Reihe von Entscheidungen<sup>8</sup> festgestellt, dass die Parteien eine strengere oder leichtere Haftung im Versicherungsvertrag vereinbaren können. Im vorliegenden Fall haben die Parteien im Vertrag nicht angegeben, was als grobe und einfache Fahrlässigkeit angesehen wird. Die Parteien können eine andere Bestimmung als § 829 BGB und unterschiedliche Haftungsgrade für die Haftung des Versicherers vereinbaren. Dies zeigt deutlich die dispositive Natur der Norm. Eine ähnliche Einschätzung findet sich in anderen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs. In einem der Fälle<sup>9</sup> weist das Kassationsgericht beispielsweise darauf hin, dass, wenn die Parteien die Frage der Form der Anklage nicht anders definiert haben als die gesetzliche Regelung im Vertrag, davon ausgegangen wird, dass die Bestimmung von § 829 BGB für das betreffende Versicherungsver-

<sup>1</sup> K. Iremashvili, Online-Kommentar zum Zivilgesetzbuch von Georgien [06.08.2020], §. 829, Tal 1, [www.gccc.ge](http://www.gccc.ge)

<sup>2</sup> Iremashvili (Sk. 1), Artikel 799, 15. Feld; K. Cannar, Wesentliche Fälle im Versicherungsrecht, 1985, 4.

<sup>3</sup> T. Bzhinava, Die Lehre vom Versicherungsinteresse und ihre Bedeutung im Versicherungsvertrag, Tiflis 2019, 42.

<sup>4</sup> Bzhinava (Sk. 3), 42.

<sup>5</sup> Bzhinava (Sk. 3) 41.

<sup>6</sup> Bzhinava (Sk 3) 38

<sup>7</sup> K. Iremashvili, Kriterien des rechtlichen Verhältnisses der Parteien in Versicherungsbeziehungen, Tiflis 2016, 105.

<sup>8</sup> Urteil des Obersten Gerichtshofs von Georgia vom 4. Mai 2018 №as-180-180-2018; Urteil des Obersten Gerichtshofs von Georgia vom 1. Juli 2016 №as-1306-1226-2015.

<sup>9</sup> Urteil des Obersten Gerichtshofs von Georgia vom 29. Dezember 2017 №as-1147-1067-2017.

hältnis gilt. Bei der Lösung dieses Problems wird die Position der georgischen Rechtsprechung gegen die in der Doktrin anerkannte Meinung mit folgendem Argument geteilt: Der Zweck von § 829 BGB besteht darin, das Interesse des Versicherers vor den skrupellosen und rechtswidrigen Handlungen des Versicherten zu schützen. Wenn der Versicherer sich weigert auf der Grundlage der freien Meinungsäußerung den ihm gesetzlich gewährten Schutzmechanismus anzuwenden, benötigt er dementsprechend keinen solchen Schutz mehr und der Versicherer sollte auch kein Versicherungsinteresse an dem Versicherungsgegenstand haben müssen. Sehr wichtig ist § 10 III des georgischen Versicherungsgesetzes, der von den Gerichten Georgiens bei der Beilegung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit Sachversicherungen angewendet werden muss<sup>10</sup>. Im vorliegenden Rechtsstreit bestand jedoch keine Notwendigkeit, diese Norm anzuwenden, da eine Vereinbarung zwischen den Parteien das Risiko einer vorsätzlichen (gefälschten) Beschädigung des versicherten Gegenstands durch den Versicherten ausschloss. Obwohl diese Norm vom Gericht nicht angewendet wurde, wurde diesbezüglich kein Grund angegeben, was darauf zurückzuführen ist, dass die georgische Rechtsprechung mit der aktuellen Situation nicht vertraut ist und daher die Doktrin des Versicherungsinteresses völlig ignoriert.

Darüber hinaus teilte der Oberste Gerichtshof die Argumentation des Berufungsgerichts hinsichtlich der Qualifikation der in § 342 bis 348 BGB im Versicherungsvertrag vorgesehenen Risikoausschluss. Zunächst musste das Gericht auf der Grundlage der § 342 und 343 BGB feststel-

len, ob eine bestimmte Vertragsbedingung eine Standardbedingung war. Nach den im vorliegenden Fall festgestellten tatsächlichen Umständen war die Risikoausschluss die Bedingung des Versicherungspakets und diese erfüllt ausdrücklich alle Elemente von Artikel 342 I BGB, wonach die Bedingung wie folgt festgelegt sein muss: 1. Vorab festgelegt; 2. Zur Mehrfachverwendung bestimmt; 3. Eine Partei (Anbieter) muss es für eine andere Partei festlegen; 4. Ziel sollte es sein, Regeln festzulegen, die sich von den gesetzlich festgelegten Normen unterscheiden oder diese ergänzen. Die Voraussetzungen von Artikel 343 I BGB wurden ebenfalls erfüllt: 1. Sichtbarer Verweis auf die üblichen Ausnahmebedingungen und 2. Möglichkeit des Auftragnehmers, sich mit dem Inhalt dieser Bedingungen vertraut zu machen und im Falle seiner Zustimmung deren Annahme. Das Berufungsgericht hat ohne dogmatische Begründung die im Vertrag vorgesehenen Ausnahmen als Standardbedingungen korrekt bewertet.

Ungeachtet des Vorstehenden hat das Berufungsgericht eine eindeutige Fehlinterpretation vorgenommen, als es die Risikoausschluss - "solche groben Verstöße" - gemäß § 345 und 346 BGB qualifiziert hat. Diese beiden Artikel schließen sich logischerweise gegenseitig aus. Insbesondere gilt § 345 BGB im Falle der Unklarheit einer Vertragsbedingung, wenn diese zwei oder mehr Bedeutungen haben kann. In einem solchen Fall besteht die rechtliche Konsequenz darin, einer günstigen Auslegung für die andere Partei den Vorzug zu geben. § 346 BGB gilt im Zusammenhang mit der Klarheit der Bedingung, wenn diese unbestimmt ist. Insbesondere wenn der Inhalt der Bedingung allgemein verstanden wird, obwohl ihr Kontext in einem bestimmten

<sup>10</sup> Artikel 10 III des georgischen Versicherungsgesetzes ist so formuliert, dass das versicherte Interesse eine versicherte Person haben muss, die kein Versicherer ist. Dieser Wortlaut ist jedoch auf Folgendes zurückzuführen: Es wird davon ausgegangen, dass der Versicherer (der auch versichert ist) bereits ein Versicherungsinteresse an dem Versicherungsgegenstand hat.



Fall unklar ist<sup>11</sup>. Die rechtliche Konsequenz an dieser Stelle ist die Ungültigkeit der Bedingung. Das Berufungsgericht weist zu Recht darauf hin, dass eine Vertragsbedingung die Möglichkeit einer unendlich weiten Definition bietet. Die dadurch verursachte Mehrdeutigkeit impliziert, dass für den Klienten oder genauer statistisch für die durchschnittliche Person unklar ist, in welchen speziellen Fällen die oben genannte Bedingung verwendet wird. Daher hätte die Bedingung - "ähnliche grobe Verstöße" - gemäß § 346 BGB aufgehoben und das Protokoll nicht durch § 345 BGB oder darüber hinaus durch eine Kombination dieser Artikel definiert werden dürfen.

Schließlich ist anzumerken, dass sich die georgische Rechtsprechung bei der Festlegung der AGB immer an der folgenden Reihenfolge von Normen orientieren und diese befolgen sollte: § 344 BGB: ob er einer Einzelvereinbarung widerspricht (§ 342 III BGB) oder ob die Bedingung unzulässig ist (§ 346-348 BGB)<sup>12</sup>. Leider bietet die georgische Rechtsprechung kein Schema für die Definition von Standardbedingungen, was eine Voraussetzung für unangemessene Entscheidungen schafft.

*Giorgi Meladze*

### ► 3 – 8/2020

#### **Übertragen des Eigentums des belasteten Gegenstands auf Hypothekengläubiger\***

**1. In Ermangelung einer Vertretungsbefugnis ist ein im Namen eines anderen geschlossener Hypothekenvertrag gemäß § 54, 59 I BGB (Georgien) nichtig.**

<sup>11</sup> C. Rusiashvili, Kommentar zum Zivilgesetzbuch von Georgien, Buch III, Chanturia (Hrsg.), 2019, Art. 346, 236. Feld.

<sup>12</sup> Rusiashvili (Sk. 11), Art. 345, 220. Feld.

\* aus dem Georgischen von Salome Kaldani.

**2. Der Hypothekar darf den belasteten Gegenstand gemäß § 300 BGB (Georgien) nicht durch den entsprechenden Verweis im Vertrag in Besitz nehmen. Wegen Nichterfüllung der Verpflichtung als Vorbehalt ist die Ausübung dieses Rechts nicht zulässig.**

#### **(Leitsätze des Verfassers)**

*§ 54,56 und 300 BGB (Georgien)*

*§ 75 VIII des Gesetzes über Vollstreckungsverfahren*

*Urteil vom 17. Januar 2019 № AS-985-2018*

**Sachverhalt:** Der Vorsitzende hat im Namen der Partnerschaft außerhalb der Vertretung einen Darlehensvertrag abgeschlossen und das im Besitz der Partnerschaft befindliche Grundstück verpfändet. Die Forderung des Hypothekars wurde durch einen Schiedsspruch bestätigt. Die Vollstreckung endete vergeblich - der Gegenstand der Hypothek wurde bei der zweiten Neuauktion auch nicht verkauft, was zur Aufhebung des Pfandrechts an dem Gegenstand zugunsten des Sicherungsgebers gemäß § 75 VIII des Gesetzes über Vollstreckungsverfahren führte. Die Mitglieder der Partnerschaft reichten eine Klage gegen die Sicherungsgeber ein und forderten die Ungültigkeit des Hypothekenvertrags<sup>1</sup> und die Befreiung des Gegenstands von der rechtlichen Belastung. Der Grund für die Ungültigkeit des Vertrages sei die mangelnde Vertretung gewesen. Den Klägern zufolge hätten die Hypothekare jedoch aufgrund eines erfolglosen Vollstreckungsverfahrens die Forderung verloren. Die Beklagten haben die Forderung nicht berücksich-

<sup>1</sup> Abhängig von den Umständen des Einzelfalls wurden die Kredit- und Hypothekentransaktionen durch einen einzigen Vertrag abgedeckt. Für die Zwecke der Diskussion wird in dieser Form auf die Vereinbarung zur Belastung der Hypothek hier und danach verwiesen.

tigt und darauf hingewiesen, dass der erfolglose Verkauf des belasteten Gegenstands keinen Verlust des Anspruchs bedeutet. Die Beklagten reichten später eine Widerklage ein, um die Übertragung des Eigentums an dem durch die Hypothek belasteten Gegenstand zu beantragen, wie dies in der Vereinbarung zwischen den Parteien vorgesehen ist.

**Zusammenfassung des Falls:** Das erstinstanzliche Gericht gab dem Antrag der Beklagten statt und lehnte es ab, den Hypothekenvertrag aufzuheben. Die Entscheidung wurde von den Klägern angefochten, die darauf hinwiesen, dass die Partei der Darlehens- und Hypothekenverträge nicht die Partnerschaft, sondern deren Vorsitzender war.

Das zweitinstanzliche Gericht hat das Ergebnis geändert und der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Position der Kläger zur Unzulässigkeit der Vertretung der Partnerschaft und den daraus resultierenden Rechten und Pflichten aus dem Darlehensvertrag nicht berücksichtigt. Ihm zufolge gab die Gründungsvereinbarung dem Vorsitzenden die Befugnis, die Partnerschaft beim Dritten zu vertreten. Im Gegensatz dazu hatte er nach demselben Dokument nicht das Recht, über das Gesellschaftsvermögen zu verfügen, das gemäß § 54 und 59 BGB als Grund für die Ungültigkeit des Hypothekenvertrags zu beurteilen war. Daher fand die Übertragung des Eigentums an dem Gegenstand auf den Kreditgeber nicht statt.

Im Gegensatz zum Gericht erster Instanz stellte das Berufungsgericht klar, dass ein vertraglicher Vorbehalt zur Übertragung des Eigentums an einem belasteten Gegenstand auf einen Hypothekar nicht automatisch das in § 300 BGB vorgesehene Recht wirksam macht. Dies erfordert einen gemeinsamen Antrag des Schuldners und des Gläubigers bei der Grundbuchamt Eine

Vereinbarung über die Verpflichtung, den Gegenstand der Hypothek im Voraus auf den Hypothekar zu übertragen, kann nicht als Bedingung ausgelegt werden. Nach der Begründung des Berufungsgerichts ist es unzulässig, den Schuldner auf Basis von § 300 BGB zu zwingen.

Die Angeklagten legten gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts Revision ein und wiesen darauf hin, dass den Mitgliedern der Partnerschaft die Darlehens- und Hypothekenverträge bekannt waren. Jedoch beschwerten sie sich erst, nachdem Sie erfahren haben, dass der Vorsitzende den Darlehensbetrag für private Zwecke genutzt hat. Nach Ansicht der Kreditgeber sollte die Untätigkeit der Mitglieder der Partnerschaft als endgültige Genehmigung der Vereinbarungen angesehen werden. Die Beklagten waren auch nicht mit der Erklärung des Berufungsgerichts zu § 300 BGB einverstanden.

Das Kassationsgericht ließ das Ergebnis unverändert und wies darauf hin, dass der Vorsitzende der Partnerschaft unter den Umständen des Einzelfalls zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem Notar die Gründungsvereinbarung der Partnerschaft vorlegte, in der der Umfang seiner Vertretung angegeben war. Der oberste Gerichtshof erklärte, dass die mangelnde Vertretung des Vorsitzenden der Partnerschaft die Grundlage für die Ungültigkeit des Hypothekenvertrags sei, da die Transaktion ohne die erforderliche Genehmigung abgeschlossen worden sei (§ 59 I BGB).

Kommentar: Das Gericht entscheidet korrekt über das Schicksal des Hypothekenvertrags und betrachtet ihn als eine Handlung, die außerhalb der Vertretung und folglich ohne Rechtskraft durchgeführt wird. Der Fall der Übernahme der Verpflichtung, einen Gegenstand im Namen einer anderen Person zu belasten, ist ein klares Beispiel dafür, dass das Schicksal der Wirksam-

keit eines verbindlichen Geschäfts, das ohne Verfügungsrecht abgeschlossen wurde, nicht immer auf die gleiche Weise entschieden wird. Zum Beispiel ist ein verbindlicher Vertrag über den Kauf des Eigentums eines Dritten im eigenen Namen kein nichtiges Rechtsgeschäft. Die Partei selbst übernimmt alle Risiken, die mit der Unmöglichkeit der Leistung verbunden sind. Im Gegensatz dazu ist ein ohne wirksame Vertretung geschlossenes Rechtsgeschäft nichtig, da, um einen Kauf im Namen eines anderen zu tätigen, eine Vertretung erforderlich ist. Einen Dritten ohne dessen Willen zu binden ist nicht möglich, § 111 I BGB. In diesem Fall erfolgt das Rechtsgeschäft auch nicht mit der vertretenen Person<sup>2</sup>. Nicht weil der Gegenpartei, wie vom Kassationsgericht angezeigte, der Mangel an Vertretungsmacht bekannt war<sup>3</sup>, sondern weil der Wille der vertretenen Person nicht zum Ausdruck gebracht wurde. Wenn der generelle Mangel an Befugnissen zur Begründung einer Verpflichtung im Bereich des Schuldrechts unbedeutend ist, ist die Äußerung des Willens im Namen eines anderen ohne angemessene Befugnisse auch ein unüberwindbares Hindernis für die schuldrechtliche Beilegung. Wenn daher im vorliegenden Fall nachgewiesen würde, dass der Vorsitzende der Partnerschaft die Transaktion in seinem eigenen Namen und nicht im Namen der Partnerschaft abgeschlossen hat, wäre die gerichtliche Begründung unzulässig.

Aus dem Wortlaut des Urteils lässt sich nur schwer ableiten, ob die Sicherungsnehmer nachweisen konnten, dass die Partnerschaft über die vom Vorsitzenden abgeschlossenen Rechtsgeschäfte Bescheid wusste. Wenn dies genehmigt war, sollte die Untätigkeit der Partnerschaft als endgültige Genehmigung des Vertrags ange-

sehen werden. Unter solchen Bedingungen wäre die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht zu beanstanden.

Das Gericht entscheidet auch zu Recht über die Zulässigkeit der Übertragung des Hypothekensubjekts auf den Hypothekar. Ein vorgefertigtes Versprechen würde nicht ausreichen, um den gesetzlichen Inhalt des Eigentumsrechts zu erweitern. In normalen Fällen hat der Hypothekar nicht das Recht, das Eigentum an dem Gegenstand zu erwerben, sondern nur eine Duldung des Eigentümers zum Verkauf des Gegenstandes zu beantragen. Darüber hinaus kann die Bereitschaft der Schuldner, das Eigentum an dem Gegenstand an den Sicherungsnehmer zu übertragen ist nicht im Interesse des Gesetzgebers. Das Gesetz schützt den Schuldner in solchen Fällen<sup>4</sup>.

Obwohl die Notwendigkeit, diese Umstände in diesem Einzelfall zu prüfen nicht nachgewiesen wurde, gäbe es auch die Möglichkeit, die Hypothek aus anderen Gründen zu kündigen. Es ist wahrscheinlich, dass die Hypothek auf längere Zeit ausgeschlossen wird aufgrund einer Gegenforderung wegen des erfolglosen Vollstreckungsverfahrens nach § 299 III BGB. Gemäß § 75 VIII des Gesetzes über Vollstreckungsverfahren sind in einem solchen Fall Vollstreckungsverfahren ausgeschlossen, um denselben Anspruch auf identisches Vermögen gegen denselben Gläubiger zu befriedigen. Wenn der Verkauf eines belasteten Objekts nicht durchsetzbar ist, wird dem Hypothekenrecht folglich sein wirtschaftlicher Wert entzogen<sup>5</sup>. Diese Argumentation ist jedoch unter der Annahme unmöglich, den normativen Inhalt der genannten Bestimmung als teilweise

<sup>2</sup> Rusiashvili, Fälle im allgemeinen Teil des Zivilrechts, Tiflis 2015, 88.

<sup>3</sup> Dies gilt nur für die Zwecke der Haftung der vertretenen Person gemäß Artikel 113 III des ZK.

<sup>4</sup> Rusiashvili, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch II, Tiflis, 2018, Artikel 300, 1., 5. Felder.

<sup>5</sup> Rusiashvili, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch II, Tiflis, 2018, Artikel 299, 20. Feld.

ungültig anzuerkennen<sup>6</sup>. Das Verfassungsgericht entschied, dass der Verlust der Fähigkeit des Gläubigers, die Forderung infolge des Vollstreckungsverfahrens zu erfüllen, nach der ersten Versteigerung und zwei erneuten Versteigerungen nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. Nach geltendem Schuldrecht konnten die Kläger daher die Aufhebung des Hypothekenrechts nach § 299 III BGB nicht geltend machen.

Trotz der Tatsache, dass die Entscheidung im Einklang mit dem Gesetz steht, unternimmt das Gericht zu Unrecht zu große Anstrengungen (einschließlich unbedeutender Fälle), um die tatsächlichen Umstände endlos zu wiederholen, was es schwierig macht, die wichtigsten Teile der Entscheidung zu verstehen. Gleiches gilt für diejenigen Teile der Begründung, deren Streichung aus dem allgemeinen Text diesen überhaupt nicht beeinträchtigen würde<sup>7</sup>. Die Bereitstellung von Inhalten wird auch durch die Initialen aller an dem Streit beteiligten Mitglieder der Partnerschaft (und im Allgemeinen aller Personen) erschwert.

Die Bedeutung des Urteils spiegelt sich in der korrekten Auslegung von § 300 BGB wider, wenn Personen, die am schuldrechtlichen Prozess beteiligt sind, versuchen, die Verletzlichkeit des Auftragnehmers auszunutzen und im Voraus der Übertragung des belasteten Eigentums direkt auf den Sicherungsnehmer zuzustimmen. Wenn die Rechtsprechung schließlich festlegt, dass der Gläubiger das Eigentum an der Hypothek erst dann übernehmen kann, wenn der Schuldner nach der Verzögerung der Verpflichtung seinen Willen zum Ausdruck gebracht hat, weiß der Hy-

pothekar, dass es keinen Sinn ergibt, einen solchen Vorbehalt in den Vertrag aufzunehmen.

*Nino Kavshbaia*

#### ► 4 – 8/2020

#### **Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des öffentlichen Registers (Grundbuch), Erwerb von Eigentum durch Auktion\***

**Bei einer Vindikationsklage kann der Beklagte dem Kläger nur dann die Rechtmäßigkeit des Besitzes (ein Recht zum Besitz) entgegenhalten, wenn der Kläger eine eingetragene Position des Eigentümers gemäß § 312 I BGB hat.**

#### **(Leitsätze des Verfassers)**

*Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 8. Mai 2018 № AS-382-382-2018*

*§172,312 I BGB*

#### **I. Sachverhalt**

Trotz der Unterzeichnung des Darlehens und der Hypothekenverträge erhielt der Darlehensnehmer das Geld nicht, aber der belastete Gegenstand wurde zum Verkauf angeboten, wodurch er von einem Dritten gekauft wurde. Der Käufer erhob eine Vindikationsklage gegen den Kreditnehmer/Besitzer/Eigentümer, dem der Gegenstand noch gehörte. Die Beklagte erkannte die Forderung nicht an und wies darauf hin, dass dem Kläger die Unrechtmäßigkeit des Vollstreckungsverfahrens zum Zeitpunkt des Kaufs des Gegenstandes bei einer Auktion bekannt war.

<sup>6</sup> Urteil des Verfassungsgerichts vom 14. November 2019 vom 05.02.879.

<sup>7</sup> Zum Beispiel der motivierende Teil des Urteils, Randnrn. 67-77, 81-82.

\* aus dem Georgischen von Salome Kaldani.

## II. Zusammenfassung der gerichtlichen Argumentation

Das erstinstanzliche Gericht bestätigte die Klage, gegen die der Beklagte Berufung eingelegt hatte. Das Gericht zweiter Instanz ließ das Ergebnis unverändert. Mit seiner Begründung konnte der Angeklagte das Bestehen von Rechten zum Besitz nicht nachweisen.

Das Gericht dritter Instanz erklärte die Berufung für unzulässig und wies auf die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des Registereintrags hin. Ihm zufolge musste der Angeklagte das Recht zum Besitz nachweisen, obwohl diese Verfahrensverpflichtung nicht ordnungsgemäß erfüllt wurde.

## III. Kommentar

Das Gericht missversteht unter Berücksichtigung der mangelnden und vagen Begründung der getroffenen Entscheidung die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit des Registereintrags. § 312 I BGB hat den Zweck, eine sachenrechtliche Position zu veröffentlichen, die ein Gleichgewicht zwischen zivilrechtlichen Umsatzansprüchen aufrechterhält und den Interessen des Eigentümers Rechnung trägt. Es ist letztendlich ungerechtfertigt, es als unantastbares Dogma im Prozess zu verwenden, da es dem Besitzer das Recht entzieht, das Eigentum desjenigen, der behauptet, Eigentümer zu sein (Vindikant) zu bestreiten. Ein solcher Streit wird immer dadurch beigelegt, dass angegeben wird, dass der Kläger als Eigentümer registriert ist und daher ein Eigentumsrecht besteht. Die Verfahrensbeschränkungen des Beklagten betreffen auch nicht die Zwecke des Verfahrens - das eingetragene Eigentum befreit die Person lediglich von der Last, das Eigentum an dem Gegenstand zu beweisen, garantiert jedoch nicht, dass sein Ei-

gentumsanspruch nicht erfolgreich entkräftet wird. Der Oberste Gerichtshof selbst stellt in einem seiner Urteile<sup>1</sup> fest, dass das Gericht seine Schlussfolgerung auf die Rechtmäßigkeit des Kaufs des Gegenstandes nicht auf die Eintragungen des öffentlichen Registers stützen kann. Die Ungenauigkeit der unterschiedlichen Argumentation ist in dem fraglichen Urteil zu sehen, in dem das Gericht tatsächlich nicht einmal eine Prüfung der Umstände des Falles eingeleitet hat, nachdem der Name des Klägers auf dem Auszug des öffentlichen Registers zu sehen war. Aus dem gleichen Grund ist es für das Gericht unangemessen, darauf hinzuweisen, dass der Beklagte die Rechtmäßigkeit des Besitzes nicht nachgewiesen hat, weil der Kläger nach Ansicht des Beklagten nie das Eigentum an der Sache erworben hatte und das Gericht entscheiden<sup>2</sup> musste, ob eine solche registrierte Person der Eigentümer war. Diesem Argument konnte nicht entgegengehalten werden, dass der Beklagte zur Geltendmachung dieser Möglichkeit eine Widerklage auf Aufhebung der eingetragenen Position hätte erheben müssen, da dies die Freiheit einer Person, ihr eigenes Rechtsmittel zu wählen, beeinträchtigt hätte. Der Erfolg einer Vindikationsklage setzt die Erfüllung von drei Voraussetzungen voraus, von denen die erste das Eigentum am Gegenstand des Klägers ist. Der Beweis des Gegenteils sollte dem Angeklagten die Möglichkeit geben, den Streit auch innerhalb der Widerklage zu seinen Gunsten zu entscheiden.

Dem Beklagten zufolge hat er den Darlehensbetrag nicht erhalten - unter diesen Umständen besteht keine Verpflichtung zur Rückzahlung des

<sup>1</sup> Siehe Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 12. Februar 2008 № AS-691-1021-07.

<sup>2</sup> Für die Zwecke der Analyse wird davon ausgegangen, dass der Beklagte Beweise für seine Position vorgelegt hat. Wenn sich der Angeklagte darauf beschränkt, lediglich anzugeben, dass der Kläger zu Unrecht als Eigentümer registriert ist, ist es für das Gericht natürlich sinnlos, dies zu untersuchen.

Darlehens. Die Registrierung einer Hypothekenvertrages ist jedoch eine Voraussetzung für die Entstehung der Hypothek des Eigentümers (§ 288 11 BGB), die bis auf den Widerruf der entsprechenden Aufzeichnung als Ausnahme vom Grundsatz des Verjährungsrechts besteht<sup>3</sup>. Der Inhalt der eingetragenen Position, die in diesem Fall von einer Person eingenommen wird, die fälschlicherweise als Hypothekar angegeben ist, beschränkt sich auf die Möglichkeit, eine vom gutgläubigen Käufer beantragte Hypothek zu erhalten, die auf der Rechtmäßigkeit des Eintrags im öffentlichen Register beruht<sup>4</sup>.

Die Rechtfertigung, mit der der Beklagte versucht, seine Position zu verteidigen, beruht auf der Unrechtmäßigkeit der Zwangsauktion und dem Wissen des Käufers darüber, welche dem gutgläubigen Erwerb von Eigentum ähnelt. In der Tat war der Kläger, wenn die vom Beklagten angegebenen tatsächlichen Umstände zuträfen, überhaupt kein Hypothekar, sondern nur formell als Inhaber einer Hypothek ausgewiesen (siehe oben). Das Gericht hätte diese Frage prüfen und darauf hinweisen müssen, dass das kognitive Element in Bezug auf die Umstände des Erwerbs der Immobilie beim Erwerb der Immobilie über eine Auktion nicht berücksichtigt werden sollte. Beim Erwerb eines eingetragenen Rechts an einem Rechtsgeschäft wird der Fehler zwischen dem fiktiven (Registrierung der Person als Eigentümer) und dem tatsächlichen Zustand zu Gunsten der Person, die gutgläubig ist, entschieden. Im Falle einer erzwungenen Durchführung wird die rechtliche Konstruktion nicht so verstanden, dass der Erwerber Eigentum vom Schuldner erwirbt, was zu einem Auseinanderfallen von Realität und Fiktion führen kann. Damit die Abwicklung des Erwerbs von Eigentum durch ein

Rechtsgeschäft zu einer Zwangsauktion führen kann, muss deren Legitimität auch gesetzlich vorgeschriebene Ausnahmen enthalten. Dies wäre wiederum möglich, wenn der Auktionator angewiesen würde, die wesentliche Grundlage des Anspruchs zum Zeitpunkt der Antragstellung zu untersuchen - um festzustellen, ob die registrierte Position mit der real existierenden übereinstimmt<sup>5</sup>. Nach der rechtmäßigen Entscheidung des Gesetzgebers hat der Auktionator jedoch kein Recht dazu. Somit entsteht beim Zwangsverkauf keine Diskrepanz zwischen Realität und Fiktion, was das Vertrauen in den guten Glauben der Person, die das Eigentum erwirbt, ausschließt. Diese Argumentation gilt für die sachenrechtlichen Positionen (Siehe Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 12. Februar 2008 № AS-691-1021-07) von Einzelpersonen, bedeutet jedoch nicht, dass die Unehrllichkeit des Erwerbers, beispielsweise für Zwecke der unerlaubten Handlung, überhaupt keine Bedeutung hat. Wenn der Erwerb von Eigentum infolge der Auktion noch von der tatsächlichen Rechtslage des "Entfremders" (des Initiators der Auktion) abhängen würde, würde niemand daran teilnehmen und die Auktion würde überhaupt nicht stattfinden, was überhaupt nicht erlaubt ist.

Eine Person, die das aufgrund des Gewinns der Auktion erworbene Eigentum anfechten möchte, muss die Auktion selbst angreifen. Um dies zu erreichen, reicht es nicht aus, die Unehrllichkeit des Käufers anzuzeigen, da die Gutgläubigkeit nur in Bezug auf einen Eintrag im öffentlichen Register bestehen kann. Der Gewinner der Auktion erwirbt das Eigentum nicht auf der Grundlage der § 183, 312 II BGB, sondern auf der

<sup>3</sup> Chanturia, Kreditrecht, Tiflis, 2012, 62-64.

<sup>4</sup> Rusiashvili / Sirdadze / Egnatashvili, Warenrecht, Sammlung von Fällen, Tiflis, 2019, 433-434.

<sup>5</sup> Das öffentliche Register hat dagegen das Recht dazu. Die Registrierungsstelle ist eine zur Führung des Registers befugte Stelle, die auch verpflichtet ist, die Richtigkeit der Daten in Übereinstimmung mit den gesetzlich festgelegten Anforderungen sicherzustellen, wie dies beispielsweise in den Artikeln 3 VI1 und VI2 des Gesetzes über das öffentliche Register belegt ist.

Grundlage von § 75 V des Gesetzes über Vollstreckungsverfahren.

Das Hauptmanko des Urteils ist sein Versuch, präzise zu sein - angesichts des Inhalts ist es zweifelhaft, ob überhaupt eine Frage vom Gericht erörtert wurde. Nur die Zusammensetzung der Norm zu zitieren, kann schwer als notwendiger Bestandteil der Arbeit des höheren Gerichts angesehen werden. Zumindest wird dabei die Rolle des Justizrechts bei der Erläuterung der Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Kassationsbeschwerde völlig ignoriert (§ 391 V BGB).

Das betrachtete Urteil ist ein Beispiel dafür, dass die Gültigkeit einer Entscheidung, die auf einer falschen (oder - nichtexistierenden) Begründung beruht, vom Zufall abhängt. Selbst wenn die vom Beklagten angegebenen Umstände berücksichtigt würden, würde das Ergebnis entsprechend den Umständen des Einzelfalls unverändert bleiben<sup>6</sup>. Dies schließt jedoch nicht aus, dass in anderen Fällen eine unbefriedigende Entscheidung ohne Berücksichtigung derselben Details getroffen wird. Beispielsweise kann ein Vindikationsklage auch dann bestätigt werden, wenn es dem Angeklagten im Gegensatz zur anderen Partei gelingt, die Unrichtigkeit der registrierten Daten nachzuweisen.

*Nino Kavshbaia*

## ► 5 – 8/2020

### **Auferlegung von Kreditrückzahlungen und Schadensersatz durch Definition der kausalen Anerkennung von E-Mail-Schulden\***

<sup>6</sup> Ein weiteres Beispiel für eine Kombination aus falschem Denken und korrekter Lösung des gleichen Problems finden Sie unter: Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 22. Januar 2020 № AS-1719-2019.

\* Aus dem Georgischen von Salome Kaldani.

**1. Die Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehensbetrags und zur Rückzahlung des Schadens kann sich aus der elektronischen Korrespondenz mit der kausalen Erfassung der Forderung durch den Darlehensnehmer ergeben. In diesem Fall wird die Verjährungsfrist neu berechnet.**

**2. Die Auslegung des Textes der elektronischen Korrespondenz ist zulässig, der wahre Inhalt wird jedoch durch die logische Begründung, den allgemeinen Kontext und den situativen Hintergrund bestimmt, der die Überzeugung des Richters auf der Grundlage des Standards der allgemeinen Vorsicht bildet.**

**(Leitsätze des Verfassers)**

*§- §§ 134, 137, 141, 394, 400, 411, 429, 431, 623, 625 BGB*

*§-§§ 102 III, 105, 410 Zivilprozessordnung*

*Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 12. März 2019 № AS-1067-1026-2016*

### **I. Sachverhalt**

Unter der Bedingung der Zinszahlung wurde zwischen den Parteien zweimal zu unterschiedlichen Zeiten ein mündlicher Darlehensvertrag geschlossen. Der Kreditgeber reichte eine Klage gegen den Kreditnehmer wegen Nichterfüllung der Verpflichtung ein und forderte die Zahlung von Kapital, Zinsen und nicht verdientem Einkommen. Die Beklagte reichte eine Widerklage mit dem einer Begründung, weswegen sie den Vertrag nicht erfüllen konnte.

Die Klage wurde in erster und zweiter Instanz teilweise bestätigt. Der im ersten Vertrag genannte Anspruch wurde als unbegründet angesehen. Es ist richtig, dass die Überweisung eindeutig bestätigt wurde, aber der Kläger keine Partei des Darlehensvertrags war und daher auch

keinen Anspruch auf die Forderung hatte. Er überwies den Betrag an den Beklagten im Rahmen der Abtretungsvereinbarung als Vertreter des Kreditgebers. Die Verjährungsfrist für den Antrag war ebenfalls abgelaufen. Bei Verstoß gegen die Bestimmungen des zweiten Darlehensvertrags war der Beklagte verpflichtet, das Darlehen zurückzuzahlen und auch den Schadensersatz zu zahlen.

Die Beklagte legte gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts Kassation ein. Der Oberste Gerichtshof lehnte den Antrag vom Kreditgeber ab und bestätigte die angefochtene Entscheidung nach § 410 ZPO.

## **II. Zusammenfassung der gerichtlichen Argumentation**

Gegenstand des Obersten Gerichtshofs war das Erfordernis des zweiten Darlehensvertrags, dessen Begründungsnormen die §§ 623, 625, 394, 411 und 400 BGB waren. Der Angeklagte bestritt, einem Darlehensvertrag zugestimmt zu haben. Das Gericht befand die Forderung für formell rechtsverbindlich und entschied, dass eine Bewertung des Inhalts der elektronischen Korrespondenz das Bestehen einer Darlehensbeziehung zwischen den Parteien bestätigte. Infolgedessen wurde die Meinung des Angeklagten bezüglich der Fehleinschätzung der Korrespondenz und der damit verbundenen Beweise für die Schuldenberechnung nicht geteilt.

Der Angeklagte bestand auf eine andere Interpretation des Inhalts der E-Mail auf der Grundlage der Entscheidung des House of Lords von United Kingdom, in der das Thema "Interpretation eines wichtigen Ausdrucks" erwähnt und die Interpretation des Textes als sogenannte "Matrix der Fakten" angesehen wird. Der Oberste Gerichtshof stellte klar, dass das House of

Lords auch logische Überlegungen unterstützt, um den wahren Inhalt des Textes zu bestimmen, wobei der Kontext, der Standard der durchschnittlichen Vorsicht der Person und andere Aspekte im Mittelpunkt stehen, die der Willenserklärung in der georgischen Gerichtspraxis ziemlich nahekommen.

Bei der Prüfung der vorgelegten Schuldenberechnungstabellen aus dem Grund der Unzuverlässigkeit blieb die Erklärung vom Angeklagten unbeantwortet, dass die darin enthaltenen Informationen nicht die Haftung des Unternehmens gegenüber dem Kläger widerspiegeln, sondern es sich lediglich um eine andere Art von Rechnungen handelte. Der Oberste Gerichtshof erörterte die kausale Anerkennung der Schuld, die das Rechtsverhältnis bestätigen soll und ein Versprechen enthält. Es wurde zweifellos davon ausgegangen, dass die E-Mail-Korrespondenz eine kausale Anerkennung der Verpflichtung aus dem Darlehensvertrag darstellte und alle Elemente enthielt, die die vom Kläger vorgelegten Tatsachen rechtlich bestätigten.

Für die Verjährungsfrist wurde jedoch keine Verjährungseinrede erhoben, da die kausale Anerkennung als der Beendigung der Verjährungsfrist angesehen wird. Für die Erfüllung von § 137 BGB ist die Anerkennung eines Schuldners nur dann gültig, wenn die Anerkennung in der Verjährungsfrist erfolgt. Gemäß § 141 BGB bleibt die Zeit bis zur Kündigung unabsehbar. Dementsprechend führte die Anerkennung des Beklagten zur Erneuerung der Verjährungsfrist.

Nach §§ 429 und 431 BGB liegt der Leistungsnachweis stets in der Verantwortung des Schuldners. Das Verfahren in diesem Fall war ein Schulddokument gemäß § 102 III ZPO, aber der Angeklagte verteidigte sich nicht, indem er es vorlegte.



Der Angeklagte betrachtete das Fehlen einer Bestätigung des Darlehens im Allgemeinen als Gegenargument für das Bestehen der Schulden, obwohl das Gericht das Bestehen eines Darlehensvertrags feststellte. Demgegenüber standen die Voraussetzungen für nicht verdientes Einkommen aufgrund der Nichterfüllung einer monetären Verpflichtung sowie der Faktor, dass der

Cashflow immer einen gewissen Gewinn bringen kann. Unter Berücksichtigung dieser Umstände wurde für den Beklagten neben der Zahlung von Kapital und Zinsen gemäß § 411 BGB die Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz als angemessen angesehen.

*Alexander Tedoradze*

## **Anmerkungen zur Dissertation von Ushangi Bakhtadze: „Kriminologische Analyse des Kriminalisierungsprozesses“\***

*Assoc. Prof. Dr. Temur Tskitishvili*

*TSU, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Tinatin Tsereteli Institut für Staat und Recht*

Die Dissertation von Ushangi Bakhtadze, Doktorand für Strafrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Staatlichen Universität Ivane Javakhishvili Tbilisi, befasst sich mit dem aktuellen Thema der „Kriminologische(n) Analyse des Kriminalisierungsprozesses“. Neben der Tatsache, dass sich die Dissertation mit einem aktuellen Thema befasst, kommt ihr aufgrund der kaum entwickelten Rechtskriminalologie in Georgien eine besondere Bedeutung zu. Die kriminologische Analyse der Kriminalisierung von Handlungen ist nicht nur aus theoretischer, sondern auch aus praktischer Sicht wichtig, da sie sich mit einem Prozess befasst, der eng mit der praktischen Gesetzgebung verbunden ist. Um die Mängel im bisherigen System aufzudecken und Empfehlungen zu seiner Verbesserung zu entwickeln, die zur erfolgreichen Umsetzung des Ziels der Kriminalprävention beizutragen imstande sind, ist die kriminologische Analyse des Kriminalisierungsprozesses wichtig; es ist wichtig, nicht nur eine zu sanktionierende Handlung zu kriminalisieren, sondern auch zu analysieren, wie korrekt, fehlerfrei und effektiv das aktuelle kriminalistische System läuft.

In der Dissertation wird sowohl georgische als auch fremdsprachige Literatur verwendet. Der Autor des Themas äußert eine Reihe bemerkenswerter Meinungen zu dem Thema, es sollte jedoch auch beachtet werden, dass einige der in

der Dissertation geäußerten Ansichten umstritten sind und zu abweichenden Ergebnissen führen können. Die diesbezüglichen Bemerkungen werden nachstehend aufgeführt.

1. Da sich das Dissertationsthema mit der kriminologischen Analyse des Kriminalisierungsprozesses befasst, widmete der Dissertant der Kriminalisierungsgrundlage besondere Aufmerksamkeit, in deren Zusammenhang in der Dissertation festgestellt wird, dass es „für die Kriminalisierung wichtig sei, dass die Handlung rechtswidrig ist“ (S. 10). Die Rechtswidrigkeit einer Handlung wird also als Grund für ihre Kriminalisierung angesehen (S. 70). Diese Sichtweise ist abzulehnen, da Kriminalisierungsmotiv einer Handlung nicht ihre Rechtswidrigkeit, sondern die ihr innewohnende soziale Gefahr ist, anders gesagt: die soziale Gefahr, die von einer Handlung ausgeht, geht ihrer Rechtswidrigkeit voraus. Die Handlung wird also gerade durch ihre Kriminalisierung rechtswidrig. Nach dem Grundsatz der Legalität kann eine Handlung nur dann als rechtswidrig angesehen werden, wenn sie kriminalisiert und unter Strafe gestellt wird.

2. In der Dissertation heißt es: „der Staat sollte bei der Untersuchung des Handlungsverbots zunächst herausfinden, ob diese Handlung rechtswidrig ist“ (S. 61). Aus diesen Überlegungen ergäbe sich die Folgerung, dass eine Handlung auch ohne ein staatliches Verbot rechtswidrig sein kann und daher das Verbotensein einer

---

\* Übersetzt aus dem Georgischen von David Maisuradze.

Handlung nicht Auslöser ihrer Rechtswidrigkeit ist – anders ausgedrückt: die Rechtswidrigkeit einer Handlung wäre die Grundlage für ihr Verbotensein und ihre Kriminalisierung. Diese Ansicht ist unvertretbar; es gibt keine Rechtswidrigkeit ohne ein staatliches Handlungsverbot.

Laut der Dissertation „ist es sehr wichtig, die Rechtswidrigkeit einer Handlung festzustellen, um diese kriminalisieren zu können“ (S. 61). Aus dieser Ansicht müsste man also folgen können, dass es vor einer Kriminalisierung möglich ist, die Rechtswidrigkeit einer Handlung herzuleiten, woraus wiederum folgt, dass die Verwirklichung des Tatbestandes kein Indiz für eine rechtswidrige Handlung sein kann. Wie aber kann die Rechtswidrigkeit einer Handlung ohne die Existenz von Rechtfertigungsgründen festgestellt werden? Letztere erfordern nämlich zwingend die Verwirklichung eines Tatbestandes, woraus sich ergibt, dass die Verwirklichung des Tatbestandes erst die Rechtswidrigkeit der Tat indiziert, weshalb im System der Straftat die Prüfung der Rechtswidrigkeit erst nach der Prüfung der Tatbestandsverwirklichung erfolgt; dies wird aber gerade vom Dissertanten nicht angezweifelt (S. 61). In Bezug auf das Verhältnis zwischen der Tatbestandsverwirklichung und der Rechtswidrigkeit ist auf die Erläuterungen des § 11 StGB hinzuweisen, wonach eine rechtswidrige Handlung eine Handlung ist, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Dieses Verständnis von Rechtswidrigkeit verschafft dem Legalitätsprinzip erst seine große Bedeutung. Wenn es aber keine Rechtswidrigkeit ohne einen im Strafgesetzbuch vorgesehenen Tatbestand gibt, so folgt daraus, dass die Rechtswidrigkeit einer Handlung nur durch Vorliegen einer sie verbietenden Norm festgestellt werden kann.

3. Der Dissertant ist einerseits nicht der Ansicht, dass eine Strafandrohung ein Verbot darstellt, vertritt aber andererseits, dass die Normen

des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs Verbotsnormen sind, weil sie das Verbot einer Handlung normieren (S. 64). Es scheint also, dass der Autor die Sanktionsdrohung nicht als Teil der Norm, sondern sie als über beziehungsweise neben dem Handlungsverbot stehend betrachtet. Es ist unmöglich, die oben genannte Auffassung anders zu erklären. Wenn eine Norm des Besonderen Teils eine Verbotsnorm ist, dann ist es die Strafandrohung, die ihr einen solchen Charakter verleiht. Es mag Verbotsnormen geben, die keine Strafe vorsehen<sup>1</sup> oder deren Sanktionsfolge von einer anderen Norm festgelegt wird, aber dies schließt den verbietenden Charakter der Strafe und die Tatsache, dass dieser verbietende Charakter einer strafrechtlichen Norm vorwiegend aus deren Strafandrohung resultiert, noch nicht aus. Wenn der Dissertant alle Strafnormen des Besonderen Teils als Verbotsnormen ansieht, fragt man sich, ob er beispielsweise Art. 322 GeoStGB, der die Befreiung einer Person von der Haftung für ein Verbrechen gegen den Staat bei tätiger Reue regelt oder Art. 382 GeoStGB, der den Begriff der Militärdienstverweigerung definiert und keine Höhe der Strafe bestimmt, berücksichtigt hat. Die Dissertation hätte sich damit auseinandersetzen müssen, ob wirklich alle Normen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs als Verbotsnormen angesehen werden können.

4. Der Dissertant vertritt einerseits kein enges strafrechtliches Verständnis der Rechtswidrigkeit, sieht aber andererseits die Entkriminalisierung der Handlung als Verbotsaufhebung (S. 69-79) an. Diese Position ist nicht folgerichtig. Bezeichnet man die Entkriminalisierung einer Handlung als Verbotsaufhebung, so streitet diese An-

<sup>1</sup> Zum Beispiel die Normen des Georgischen Gesetzes über das Gesundheitswesen, die illegale Abtreibung verbieten. Dies schließt jedoch das in Art. 133 GeoZGB vorgesehene Verbot nicht aus.

sicht für – nicht gegen – ein strafrechtliches Verständnis der Rechtswidrigkeit. Denn wenn es eine „allgemeine Rechtswidrigkeit“ gibt, so dürfte diese gerade nicht durch die Entkriminalisierung einer Handlung beeinflussbar sein, da dann der Verbotscharakter unabhängig von der Existenz einer Verbotsnorm bestehen müsste.

5. Der Dissertant betrachtet eine Verbotsaufhebung nicht als Grund für eine nunmehr vorliegende Rechtmäßigkeit der betreffenden Handlung, sondern ist der Ansicht, dass die Handlung trotz der Entkriminalisierung und der Aufhebung des Verbots für die Öffentlichkeit rechtswidrig bleiben kann. Es stellt sich jedoch die Frage, welche Auswirkungen ein solches Verständnis der Rechtswidrigkeit für das Strafrecht hätte. Kann eine solche „Rechtswidrigkeit“ als Merkmal einer Straftat angesehen werden? Kann dann entgegen des Legalitätsgrundsatzes eine Person für eine entkriminalisierte Handlung zur Verantwortung gezogen werden?

6. Der Dissertant weist darauf hin, dass der Staat durch die Kriminalisierung einer Handlung ihren rechtswidrigen Charakter zum Ausdruck bringt und eine Garantie dafür gibt, dass der Täter bestraft wird, wenn er die Tat schuldhaft begeht (S. 70). Diese Einschätzung sagt aber nichts über die Beziehung und die Unterschiede zwischen der Tatbestandsverwirklichung und der Rechtswidrigkeit aus. Vielmehr wird die Rechtswidrigkeit als Merkmal des Tatbestands dargestellt. In der Dissertation wird mehrfach wiederholt, dass der Staat die Rechtswidrigkeit einer Handlung vor ihrer Kriminalisierung erörtert und bejaht (S. 76), was der Grund für die falsche Schlussfolgerung ist, dass die Rechtswidrigkeit ein Merkmal des Tatbestands sei, ohne die letzterer nicht verwirklicht werden könnte. Der Tatbestand ergibt sich dann aus der Kriminalisierung und wenn die Rechtswidrigkeit als Grundlage der Kriminalisierung angesehen wird, muss folglich

die Tatbestandsverwirklichung einer rechtmäßigen Handlung als unmöglich angesehen werden. In diesem Zusammenhang stellt sich dann aber die Frage, wie die Notwehr die Rechtswidrigkeit ausschließen kann. Die Notwehr – als auch der Notstand – schließt ja die Tatbestandsverwirklichung nicht aus; die Tatbestandsverwirklichung ist also gerade nicht abhängig davon, dass die sie verwirklichende Handlung auch rechtswidrig ist. Die Position des Dissertanten muss zu den Schlussfolgerungen der Vertreter der Theorie der negativen Tatbestandsmerkmale führen, die das Fehlen von Rechtfertigungsgründen als negatives Merkmal des Tatbestands betrachteten und eine Tatbestandsverwirklichung bei fehlender Rechtswidrigkeit ausschließen.<sup>2</sup>

7. Der Dissertant betrachtet also einerseits die Rechtswidrigkeit als Grundlage für die Kriminalisierung einer Handlung, andererseits kommt er aber selbst zu dem Schluss, dass es problematisch sei, die Rechtswidrigkeit als Grundlage für die Kriminalisierung einer Handlung zu betrachten, wobei er sich bei letzterer Aussage auf die Blanketttatbestände bezieht (S. 73); diese stellen Handlungen nicht allgemein, sondern nur in bestimmten Fällen unter ein strafrechtliches Verbot. Der Dissertant wirft die Frage auf, auf welcher Basis eine Handlung durch eine Blankettstrafnorm kriminalisiert werden könnte und kommt zu dem Schluss, dass die moralische Grundlage in der Tatsache, dass der Staat als Träger hoheitlicher Gewalt entscheide, eine bestimmte Handlung zu kriminalisieren, zu finden sei (S. 73). Aus dieser Auffassung muss aber zwangsläufig folgen, dass die Grundlage eines Handlungsverbot erst durch den Staat geschaffen wird, was schwerlich vertretbar scheint. Die-

---

<sup>2</sup> Zur Theorie der negativen Merkmale siehe C. Roxin, *Strafrecht*, AT, Band I, München, 2006, S. 630, §14 H Rn. 72; H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. Aufl., Berlin, 1996, S. 248-251.

se Ansicht mag in Bezug auf Ordnungswidrigkeiten mehrheitsfähig sein, denen eher eine regulatorische als eine schützende Funktion zukommt. In Bezug auf Straftaten muss der Grund für das Verbot einer Handlung ihre soziale Gefahr sein, unabhängig von der Art und Weise des Deliktes, da das Strafrecht das schärfste Sanktionsmittel in den Händen des Staates ist.

Die Dissertation streitet also dafür, dass die Aufstellung eines strafbewehrten Verbots durch den Gesetzgeber grundsätzlich gerechtfertigt ist, weil er durch die Kriminalisierung einer Handlung die Basis für ihr Verbotensein schafft (S. 75) und bekräftigt damit, dass es keine Grundlage für die Kriminalisierung einer Handlung gibt, wenn der Gesetzgeber diesbezüglich nicht aktiv wird; es ist dann vielmehr erst der Akt des Staates selbst, der den Strafbarkeits- beziehungsweise Kriminalisierungsgrund schafft.

8. Der Dissertant fragt sich, ob der Ausgangspunkt für die Kriminalisierung einer Handlung ihre Rechtswidrigkeit oder der durch sie verursachte Schaden ist (S. 77) und kommt zu dem Schluss, dass dies von Fall zu Fall zu entscheiden ist. Die Tatsache, dass der Dissertant zumindest teilweise die Schadensverursachung und nicht die Rechtswidrigkeit als Kriminalisierungsgrund einer Handlung ansieht, zeigt, dass es ihm schwerfällt, seine eigene Position – nach der die Rechtswidrigkeit einer Handlung die Grundlage ihrer Kriminalisierung ist – konsequent zu verteidigen.

9. Der Dissertant ist der Ansicht, dass der Eintritt eines Schadens mit Umständen einhergehen kann, die die Rechtswidrigkeit oder die Schuld ausschließen (S. 97), im Stadium der Kriminalisierung einer Handlung aber muss der Schaden nicht nur abstrakt, allgemein und objektiv, sondern auch rechtswidrig sein (S. 98). Diese Argumente schließen sich gegenseitig aus. Die Recht-

fertigungs- und Entschuldigungsgründe werden nicht im Stadium der Kriminalisierung, sondern zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich richterlich im Einzelfall erörtert. Weshalb soll dann der rechtswidrig verursachte Schaden die Grundlage einer Kriminalisierungsentscheidung sein? Die Frage, ob der Schaden rechtswidrig verursacht wurde, erfordert eine Prüfung der Rechtfertigungsgründe, die im Stadium der Kriminalisierung nicht behandelt werden können, da dies nicht die Aufgabe des Gesetzgebers, sondern die des Richters ist. Die Rechtswidrigkeit einer Handlung kann somit nicht abstrakt, sondern nur konkret festgestellt werden.

10. Der Dissertant führt aus, dass es keinen Schaden gibt, wenn es kein Opfer gibt (S. 99) und betrachtet nach dem Schadensprinzip das Verursachen eines Schadens als Grundlage für die Kriminalisierung einer Handlung und teilt die Ansicht, dass es ohne Opfer keinen Schaden und daher auch keine Straftat gibt (S. 100). Es stellt sich jedoch die Frage, ob ein Tatbestand wie der in Art. 212 GeoStGB – Geldfälschung in der Absicht, dieses als echt in Verkehr zu bringen – ein Opfer haben kann. Denn es ist nicht einmal das tatsächliche Inverkehrbringen von Falschgeld notwendig, um den Tatbestand zu erfüllen, es genügt der Bestand einer abstrakten Gefahr; das Vermögen eines Dritten muss nicht konkret gefährdet sein.

11. Der Dissertant vertritt also einerseits, dass eine Straftat immer einen Schaden und ein Opfer verursachen muss, räumt aber andererseits die Existenz eines Verbrechens ein, das kein Opfer hat (S. 101), was sich gegenseitig ausschließt.

12. In der Dissertation wird *O. Gamkrelidze* als Anhänger der Theorie der einheitlichen Rechtsordnung (S. 64) betrachtet, während er tatsächlich als Anhänger der Theorie von *K. Binding* an-

gesehen werden kann.<sup>3</sup> Es gibt zwar Gemeinsamkeiten zwischen diesen Theorien, eine Gleichsetzung wäre aber nicht richtig, da diese Theorien unterschiedliche Verständnisse der Rechtswidrigkeit der Handlung bieten. Während die Theorie von *Binding* die verbietende Natur einer Strafnorm ausschließt und ihr lediglich eine strafende Funktion zuschreibt, schließt die Theorie der einheitlichen Rechtsordnung die Verbotsnatur einer Strafnorm nicht aus. Nach letzterer ergibt sich die Rechtswidrigkeit einer Handlung jedoch nicht ausschließlich aus strafrechtlichen Verbotsnormen, sondern kann sich auch auf einer Verbotsnorm eines anderen Rechtsgebiets beruhen. Daher spielt es für die Rechtswidrigkeit einer Handlung keine Rolle, mit welcher Rechtsnorm das Verbot in direktem Zusammenhang steht, da die Rechtsgebiete nicht fragmentiert, sondern als integraler Bestandteil der einheitlichen Rechtsordnung betrachtet werden.<sup>4</sup> Der Grund für diesen Irrtum und das Missverstehen der Ansicht von *Gamkrelidze* ist, dass die Dissertation seine Arbeit durch eine andere Arbeit referenziert, dem Dissertanten also die erste Quelle trotz ihrer Verfügbarkeit nicht bekannt gewesen ist. Ein Autor einer wissenschaftlichen Arbeit darf eine fremde Auffassung nicht nur aus ihrer Primärquelle, sondern grundsätzlich auch aus der Schrift eines anderen zitieren. Wenn die Primär-

arbeit jedoch verfügbar ist, ist ein Zitat aus ihr nicht nur wünschenswert, sondern auch erforderlich.

13. Die Festlegung der Handlungssanktion wird vom Dissertanten als die zweite Stufe der Kriminalisierung bezeichnet (S. 9), diese Auffassung ist jedoch nicht vertretbar, da dieser Vorgang zwar eine zweite, jedoch separate, jenseits der Kriminalisierung liegende Stufe darstellt, die ihren eigenen Namen hat und als Pönalisierung bezeichnet wird. Leider wird dieser Begriff in der nicht einmal erwähnt.

14. In der Dissertation wird der durch die Handlung verursachten Schaden als Grund der Kriminalisierung der Handlung angesehen. Wäre es stattdessen nicht besser gewesen, mit dem Rechtsgüterschutz als Rechtfertigung für die Kriminalisierung argumentieren? Denn so stellt sich die Frage, ob man die Möglichkeit eines Schadenseintritts bei dem Versuch sowie der Vorbereitung einer Straftat bejahen kann, insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine unvollendete Straftat stets, die Vorbereitung einer Straftat aber nur in dem Fall eines Verbrechens strafbar ist. Gemäß Art. 18 StGB ist nur die Vorbereitung einer schweren, besonders schweren und einiger, weniger schweren Taten strafbar. Wenn die Vorbereitung einer Straftat grundsätzlich zu dem Eintritt eines Schadens führen kann, warum sollte der Gesetzgeber dann eine Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen mit der Kategorie des Verbrechens verknüpfen?

Während das Bestehen eines Schadens bei unvollendeten Straftaten umstritten ist, so gilt gegenteiliges bezüglich der Erkenntnis, dass das Rechtsgut nicht nur vor vollendeten, sondern auch vor unvollendeten Straftaten zu schützen ist. Die Dissertation bemüht bezüglich des Schadenseinschlags beim Versuch die Figur des Gefährdungsschadens (S. 113). Schon der Wortlaut

<sup>3</sup> Siehe Gamkrelidzes Sicht auf die Rechtswidrigkeit: O. Gamkrelidze, Der Begriff der Rechtswidrigkeit und das Gesetz des Strafrechts, „Leben und Gesetz“, 2013, #2 (17), November-Dezember, S. 3-12 (auf Georgisch); O. Gamkrelidze, Kommentar zum GeoStGB, Aufl. 3, in: Gamkrelidze, Probleme des Strafrechts, Bd. III, Tiflis, 2013, S. 331-332, 168-172 (auf Georgisch).

<sup>4</sup> Zur Theorie einer einheitlichen Rechtsordnung siehe C. Roxin, Strafrecht, AT, Band I, München, 2006, S. 613, § 14 E, Rn. 31, 32; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, AT, Lehrbuch, 11. Aufl., Bielefeld, 2003, S. 302, § 16 Rn. 7; Wessels/Beulke, Strafrecht, AT, Die Straftat und ihr Aufbau, 40. Aufl., Heidelberg, 2010, S.101, Rn. 274; R. Rengier, Strafrecht, AT, 3. Aufl., München, 2011, S. 134; U. Ebert, Strafrecht, AT, 3. Aufl., Heidelberg, 2001, S. 74.

des Begriffs legt jedoch nahe, dass hier tatsächlich kein Schaden verursacht wird.

Das georgische Strafgesetzbuch fordert teilweise das „Verursachen eines qualifizierten Schadens“ als Merkmal eines Grundtatbestandes oder einer Tatbestandsqualifikation. Hier handelt es sich jedoch um jeweils vollendete Straftaten, für die der qualifizierte Erfolg für die Vollendung erforderlich ist, während im Fall der unvollendeten Straftat der genannte Erfolg gar nicht verursacht wird. Wenn aber die Grundlage für die Sanktionsrechtfertigung einer unvollendeten Straftat die Schadenszufügung sein soll, wie kann dann noch zwischen der vollendeten und unvollendeten Straftat unterschieden werden?

15. In der Dissertation wird darauf hingewiesen, dass nach dem Schadensprinzip auch harmlose Handlungen kriminalisiert werden können (S. 113). Wenn eine Handlung harmlos ist, warum wird sie dann trotzdem unter Strafe gestellt und inwieweit entspricht sie dann noch dem Schadensprinzip? Der Dissertant betrachtet also einerseits die Schadensverursachung als Rechtfertigungsgrund für die Bestrafung einer unvollendeten Tat, erklärt aber andererseits harmloses Handeln für kriminalisierungsfähig, was milde ausgedrückt überraschend ist.

16. Der Dissertant stellt einerseits auf das Vorliegen eines Gefährdungsschadens beim Erwerb einer Waffe und bei sämtlichen unvollendeten Straftaten ab (S. 113), ist aber andererseits dazu bereit, die Rechtswidrigkeit eines Handelns ohne Schadensverursachung zu bejahen; diesbezüglich führt er den Falscheid als Beispiel an (S. 116-117). Allerdings stellen sowohl der Falscheid als auch der illegale Erwerb und das illegale Tragen einer Waffe abstrakte Gefährdungsdelikte dar. Wenn in einem Fall ein Gefährdungsschaden anzunehmen ist, warum nicht bei einer anderen Straftat des gleichen Typs? Die Auffassung des

Dissertanten bezüglich der Gefährdungsschäden läuft auf einen Strafbarkeitsausschluss einer Tat ohne Schaden hinaus, sofern dieser nicht im Mindesten die Gefahr eines Schadenseintritts innewohnt. Auf den folgenden Seiten der Dissertation (S. 116) argumentiert der Dissertant jedoch, dass eine formelle Straftat (in dem Fall der Falscheid) keinen Schaden anrichtet und der Grund ihrer Kriminalisierung in der Rechtswidrigkeit der Handlung zu suchen sei, was sich jedoch mit obiger Argumentationslinie beißt.

Der Dissertant ist der Ansicht, dass ein Falscheid keinen konkreten Schaden verursache (S. 116), gleichwohl sein Verbot auf der Möglichkeit eines Schadenseintritts beruhe, welche ein wichtiges Tatbestandselement sei (S. 116-117). Der Autor führt weiter aus, dass die Schadensverursachung infolge eines Falscheids aber nicht der Grund für dessen Rechtswidrigkeit sei (S. 117). Wenn der Gefährdungsschaden ein wichtiges Tatbestandselement eines Falscheides ist, dessen Kriminalisierung wiederum auf dem Schadensprinzip beruht, warum sollte der Gefährdungsschaden nicht der Grund für die Rechtswidrigkeit des Leistens eines Falscheides sein? Oder warum schließt der Dissertant sonst den Gefährdungsschaden als Grund der Rechtswidrigkeit aus?

17. Der Dissertant argumentiert, dass die Rechtswidrigkeit des versuchten Totschlags eher auf der verwerflichen Absicht des Täters beruhe (S. 117), was nicht den Tatsachen entspricht. Versuchte Straftaten werden nicht nur aufgrund des Tätervorsatzes bestraft. Das moderne Strafrecht knüpft an die Handlung des Täters an und macht damit deutlich, dass die Bestrafung einer Handlung in erster Linie auf die Verwerflichkeit der Handlung selbst und ihrer Gefahr für Dritte zurückzuführen ist. Dem gegenüber betrachteten die Anhänger der subjektiven Theorie die Handlungsabsicht des Täters als Bestrafungsgrundlage

der versuchten Straftat;<sup>5</sup> diese Theorie wird aber heute mehrheitlich abgelehnt und gehört der Vergangenheit an. Der aktuelle Stand der Wissenschaft ist der der subjektiv-objektiven Theorie, nach der sowohl auf subjektive als auch auf objektive Merkmale abgestellt wird,<sup>6</sup> namentlich vor allem die Täterabsicht und die Handlungsgefahr. Der Versuch einer Straftat erfordert aus subjektiver Sicht die Absicht des Täters zur Tat und aus objektiver Sicht den Beginn einer Handlungsausführung, die eine konkrete Bedrohung für ein Rechtsgut darstellt.<sup>7</sup> Ohne die Heranziehung objektiver Merkmale ist es mit ausschließlichen Blick auf die subjektiven Merkmale unmöglich, „gewöhnliche“ Versuche von untauglichen Versuchen zu unterscheiden. Es wird auch kaum gelingen, überzeugend zu begründen, warum ein absolut untauglicher Versuch nicht bestraft werden sollte (Art. 20 GeoStGB).

18. Die Auffassung des Dissertanten zur abstrakten Gefährdung ist unverständlich: „Wenn es um das Verbot einer Handlung geht, die eine abstrakte Gefährdung enthält, muss die Gefährdung auf eine konkrete Gefährdung reduziert werden, der Staat muss sie dann auf dieser Grundlage verbieten“ (S. 121). Der Autor argumentiert weiter und verweist auf die Möglichkeit einer realen, konkreten Gefährdung in abstrakten Gefährdungsdelikten (S. 122), beantwortet jedoch nicht, warum es notwendig ist, eine konkrete Gefahr in ein abstraktes Gefährdungsdelikt hineinzulesen und weshalb eine

Handlung, die eine reale Gefahr verursache, als Gefährdungsdelikt angesehen wird. Darüber hinaus nimmt der Dissertant irrtümlicherweise an, dass das Fahren mit zu hohen Geschwindigkeiten nur dann als konkretes Gefährdungsdelikt angesehen werden kann, wenn der zu schnell fahrende Fahrer den entgegenkommenden Fahrer bemerkt; die Entstehung einer konkreten Gefahr hängt gerade nicht von subjektiven, den Täter betreffenden Umständen ab, sondern davon, ob das fremde Rechtsgut in die konkret existierende Gefährdungszone fällt. Das Bestehen einer konkreten Gefahr fällt aber nicht zwangsläufig mit dem Vorliegen eines konkreten Gefährdungsdelikts zusammen. Es ist richtig, dass die Entstehung einer konkreten Gefahr ein Merkmal eines konkreten Gefährdungsdelikts ist, erstere kann sich aber auch bei einem abstrakten Gefährdungsdelikt realisieren. Standardmäßig hat man es jedoch mit einem abstrakten Gefährdungsdelikt zu tun, es sei denn, der Gesetzgeber verlangt einen Kausalzusammenhang zwischen der Handlung und der verursachten Gefahr. Ein klassisches Beispiel hierfür ist der Raub (Art. 179 GeoStGB), der ein formales\* Verbrechen darstellt und eine konkrete Gefahr – einen Angriff auf ein Opfer – erfordert.

19. Die Dissertation trennt die Handlungen, die unmittelbar eine abstrakte Gefahr erzeugen (S. 120), von denjenigen, die das Entstehen einer solchen wahrscheinlich machen (S. 122). Der letztgenannte Fall betrifft laut Verfasser das Verbot von Handlungen, die „an für sich nicht gefährlich sind, aber zukünftig eine Gefahr verursachen können“. Als eine solche Handlung wird das Tragen einer Waffe angesehen. Würde man diese Ansicht teilen, müsste man zu dem Schluss

<sup>5</sup> Zur subjektiven Theorie siehe *B. Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2012, S. 284, Rn. 634.

<sup>6</sup> Für eine gemischte (dualistische) Theorie siehe *B. Heinrich*, ebenda, S. 285, Rn. 636. Zur dualistischen Theorie und ihrer Bedeutung im georgischen Strafrecht siehe *M. Turava*, Strafrecht, AT, Aufl. 9, Tiflis, 2013, S. 314 (auf Georgisch).

<sup>7</sup> siehe *K. Mtschedlischwili-Hädrich*, Strafrecht AT, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Tiflis, 2011, S. 40 (auf Georgisch).

\* Anmerkung des Übersetzers: In der georgischen Literatur werden solche Verbrechen als formal bezeichnet, deren Tatbestand keinen Taterfolg erfordert, um das Verbrechen als vollendet angesehen zu werden.



kommen, dass es strafbare Handlungen gibt, die weder das geschützte Rechtsgut verletzen noch eine Gefährdung für dieses darstellen, was nicht der strafrechtlichen Realität entspricht. Eine Handlung, von der keinerlei Bedrohung ausgeht, ist nicht zu sanktionieren. Wenn eine Handlung das Rechtsgut weder schädigt noch gefährdet, gibt es keinen Grund, diese für strafbar zu erklären. Das illegale Tragen einer Waffe ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt und daher nach geltendem Recht strafbar.

20. Neben strafrechtlichen und verfassungsrechtlichen Grundsätzen, die bei der Kriminalisierung zu beachten sind, nennt der Dissertant einen „übergesetzlichen Grundsatz“ (11. S.). Es stellt sich jedoch die Frage, was unter diesem Grundsatz zu verstehen ist und wie angemessen es ist, einen solchen Grundsatz bei der Klassifizierung von Grundsätzen unterscheiden zu wollen. Es gibt zwar übergesetzliche Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, die die Rechtswidrigkeit beziehungsweise die Schuld ausschließen (Art. 32 und 38 GeoStGB), diese ergeben sich aber, trotz einer fehlenden ausdrücklichen Normierung im StGB, aus den dort gesetzlich fixierten Grundsätzen. Auch enthält das georgische Strafgesetzbuch spezielle Artikel, die die Annahme solcher übergesetzlicher Rechtfertigungs- beziehungsweise Entschuldigungsgründe rechtfertigen können. Diese Grundsätze werden in den meisten Fällen nicht ausdrücklich vom Gesetzgeber erwähnt, sondern werden als gegeben vorausgesetzt. In diesem Sinne kann sogar ein strafrechtlicher Grundsatz selbst als übergesetzlich bezeichnet werden. Wenn wir dieses Verständnis der Klassifizierung zugrunde legen, ist es unmöglich, übergesetzliche von den strafrechtlichen Grundsätzen zu trennen. Es bleibt noch zu erwähnen, dass das georgische materielle Strafgesetzbuch im Gegensatz zur Strafprozessordnung und zur Jugendgerichtsordnung keine ausdrückliche Auflistung von strafrechtlich zu beach-

tenden Grundsätzen enthält. Eine Auseinandersetzung des Dissertanten mit der Frage, was unter dem angeführten übergesetzlichen Grundsatz zu verstehen ist, wäre überdies wünschenswert gewesen.

21. Die Auffassung des Dissertanten, der *ultima ratio*-Grundsatz gelte nur für den Gesetzgeber (S. 28), ist inakzeptabel. Dieser Grundsatz findet seine Anwendung auch im Gerichtsverfahren und spielt eine besondere Rolle im Jugendstrafrecht, wo die strafrechtliche Sanktion nur die letzte Wahl sein sollte, nämlich dann, wenn der Einsatz anderer Mittel nicht ausreicht oder der Einsatz einer nicht punitiven (disziplinären) Maßnahme nicht ausreicht, um die Schuld zu begleichen.<sup>8</sup> Das *ultima ratio*-Prinzip beeinflusst in erheblichem Maße im „Erwachsenen“-Strafrecht die Strafzumessung. Nach Art. 53 I GeoStGB darf „eine strengere Form der Strafe nur verhängt werden, wenn eine weniger strenge Form der Strafe den Zweck der Bestrafung nicht erreicht“. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass dem *ultima ratio*-Prinzip eine leitende Funktion für den Richter bei der Festlegung der Strafhöhe zukommt. Die einschränkende Sichtweise des Dissertanten, dass dieser Grundsatz nur eine Bedeutung für das Verfassungsrecht entfaltet, muss somit zu Missverständnissen führen.

22. Der Dissertant weist darauf hin, dass der Legalitätsgrundsatz sowie das *ultima ratio*-Prinzip negative Grundsätze sind (S. 28), gibt jedoch nicht an, was er darunter konkret versteht. Nach dem Legalitätsgrundsatz haben das Strafgesetzbuch und die darin enthaltenen Tatbestände eine Garantiefunktion inne, es stellt sich daher die Frage, welche negative Rolle der genannte Grundsatz erfüllen soll oder ob ein Grundsatz überhaupt eine negative Bedeutung haben kann.

<sup>8</sup> F. Streng, Jugendstrafrecht, 3. Auflage, 2012, S. 212, Rn. 424.

23. Bei der Erörterung der Kriminalisierung einer Handlung werden in der Dissertation Beispiele angeführt, die strafrechtlich irrelevant sind und nicht zur Erklärung der Gründe für das strafrechtliche Verbot einer Handlung herangezogen werden können. So zum Beispiel das grundlose Zeigen einer roten Karte durch einen Schiedsrichter (S. 75). Bei der Erörterung eines Problems sollten auch Beispiele angeführt werden, die für das betreffende Problem relevant sind. Es ist auch zu beachten, dass ein Zusammenhang des Dissertationsthema mit dem auf Seite 41 behandelten Thema kaum ersichtlich wird.

24. Der Dissertant stellt fest, es gebe nur wenige Theoretiker, die sich mit dem Bestehen eines subjektiven Abwehrrechts des Einzelnen, nicht bestraft zu werden, sofern nicht die materiell- und kompetenzrechtlichen Voraussetzungen einer Strafnorm erfüllt sind, auseinandersetzen (S. 52). Es handelt sich dabei nicht um ein Recht des Staates, sondern um ein Abwehrrecht des Einzelnen gegen diesen, das sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Eckpfeiler der Rechtsstaatlichkeit ableitet und unverhältnismäßige beziehungsweise rechtswidrige staatliche Eingriffe in das Recht eines Einzelnen untersagt. Daraus folgt, dass jegliche Strafanwendung auf einer gesetzlichen Grundlage (Strafnorm) beruhen muss, die diese rechtfertigt, da dem Einzelnen das Recht zukommt, nicht ohne Grund seiner Freiheit beraubt zu werden. Die Tatsache, dass dieses subjektive Abwehrrecht das Verbot unverhältnismäßiger Eingriffe beinhaltet, wird auch indirekt durch die Stellungnahme des Dissertanten zur Entscheidung des Verfassungsgerichts (S. 159) bestätigt, in der es um die Übereinstimmung einer Strafnorm mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ging.

25. Der Dissertant ist der Ansicht, dass „jedes strafrechtliche Verbot die Grundrechte beeinträchtigt“ (S. 59), welche in der Form nicht geteilt

werden kann. In diesem Zusammenhang stellt sich nämlich die Frage, wessen Recht durch das Mordverbot beeinträchtigt wird. Wenn das Verbot des Mordes Grundrechte beschneidet, warum besteht dann ein Recht, sich gegen dieses Verbrechen zu verteidigen?

Der Dissertant versucht hier, zwischen einer Verletzung und einer Beeinträchtigung eines Individualrechts zu unterscheiden (S. 53) und kommt zu dem Schluss, dass ein solches auch dann beeinträchtigt wird, wenn die Bestrafung für ein Ausüben dieses Rechts verdient ist (ebenda). Diese Ansicht ist jedoch sehr umstritten. Der Strafvollzug bringt immer einen Eingriff in individuelle Rechte des Bestraften mit sich; aber inwieweit sind die Begriffe „Eingriff in ein Recht“ und „Beeinträchtigung eines Rechts“ deckungsgleich? Die Rechtseinschränkungen sind notwendiger Bestandteil eines Strafvollzugs, daher wird die Freiheitsstrafe auch „Freiheitsentzug“ und die Geldstrafe auch „Geld(ein)buße“ genannt. Der Begriff „Beeinträchtigung“ ist aber eher negativ konnotiert und stets mit einer Rechtsverletzung verbunden. Der Strafvollzug stellt keine Beeinträchtigung der Rechte des Täters dar, obwohl diese bestimmten faktischen Einschränkungen unterliegen.

26. Die Dissertation führt weiter aus, dass das Strafrecht dem Schutz des Staates dient (S. 93). Es ist wahr, dass das Strafrecht die Interessen des Staates schützt, aber gleichzeitig und nicht zuletzt auch die Interessen und Rechtsgüter des Einzelnen. Während das sowjetische Strafgesetzbuch den ersten Abschnitt den „Verbrechen gegen den Staat“ einräumte, beginnt der Besondere Teil des modernen georgischen Strafgesetzbuches mit den „Verbrechen gegen die Person“.

27. Der Dissertant vertritt die Auffassung, dass das Strafrecht im Kern staatlich legitimierte „Bosheit“ ist (S. 93), diese Aussage wird aber

weder erklärt noch begründet. Warum ist der Einsatz des Strafrechts „boshaft“, wenn es darum geht, Recht und Ordnung aufrechtzuerhalten und die Kriminalität einzudämmen? In einer rechtsstaatlichen und demokratischen Gesellschaft kann das Strafrecht nicht als „Bosheit“ angesehen werden, dies trifft nur auf solche Staatsordnungen zu, in denen die Staatsgewalt das Strafrecht als Terrormittel gegen die eigene Bevölkerung missbraucht.

28. Die Befugnis zur Kriminalisierung und Entkriminalisierung einer Handlung liegt laut Dissertanten ausschließlich beim Gesetzgeber (S. 100). Es wäre der Auseinandersetzung dienlich gewesen, auch die Ansichten derjenigen Autoren zu diskutieren, die glauben, dass die Befugnis der Entkriminalisierung auch dem Richter und der Staatsanwaltschaft zusteht. (N. Todua<sup>9</sup> und K. Mtschedlischwili-Hädrich<sup>10</sup>).

29. Laut Dissertation meint der deutsche Begriff „Unrecht“ eher Amoral und Asozialität als Ungerechtigkeit (S. 127), was sachlich falsch ist. Der Begriff „Recht“ entspricht dem georgischen Wort „სამართალი“ und „un“ ist ein Präfix, das eine Negation ausdrückt. Folglich heißt Unrecht „უმართლობა“ auf Georgisch. Dieses Wort zeigt unmittelbar, dass es um Gegensatz eines Zustands von Recht und Gerechtigkeit geht. Die Position des Dissertanten zu diesem Begriff ist besonders überraschend, da er eigentlich ein naturrechtliches Verständnis des Rechts unterstützt. Gesetze können sowohl ungerecht als auch gerecht sein, diese Aufteilung ist aber nach den naturrechtlichen Theorien unmöglich, da das Recht

nicht von der Idee des Rechts getrennt werden kann und Recht nicht nur das ist, was in Form eines positiv geltenden Gesetzes existiert. Wenn man sich auf ein solches Rechtsverständnis stützt, erscheint „Unrecht“ nicht nur als Gegenspieler des „Gesetzes“, sondern auch als Gegenposition der Gerechtigkeit.

30. Laut des Dissertanten hat eine geringe Wertigkeit beziehungsweise Bedeutung des durch die Handlung verletzten Rechtsguts eine Auswirkung auf die Schuldqualität, nicht aber auf das Vorliegen des Tatbestandes oder die Rechtswidrigkeit jener Handlung. Er führt als Beispiel das Eindringen in das Eigentum (Geschäft) eines anderen zum Zweck eines Kleindiebstahls an (S. 129-130). Der Autor berücksichtigt dabei jedoch nicht, dass diese Handlung angesichts der Art und Weise ihrer Ausführung (Eindringen in den Besitz eines anderen) nicht als eine geringe Rechtsgutsverletzung angesehen werden kann, anders, wenn es sich um einen Kleindiebstahl an einem öffentlichen Ort gehandelt hätte. Liegt ein versuchter Diebstahl bei rechtswidrigem Eindringen in das Eigentum eines anderen vor, kann auch nicht überzeugend argumentiert werden, dass die Verletzung der Unversehrtheit des Eigentums eines anderen das durch Artikel 160 des Strafgesetzbuchs geschützte, davon unabhängige, Rechtsgut verletzt.

Dem Dissertanten muss folgende Frage gestellt werden: Wenn der Täter im Garten eines Nachbarn unbefugt einen Apfel schneidet, ist jener dann über das Notwehrrecht zur unlimitierten Gewaltanwendung berechtigt? Richtigerweise muss eine solch weit gehende Rechtfertigung von Abwehrmaßnahmen ausgeschlossen werden.<sup>11</sup> Es stellt sich nur die Frage nach der

<sup>9</sup> N. Todua, Fragen der Kriminalisierung / Entkriminalisierung von Handlungen in der strafrechtlichen Gesetzgebung Georgiens, in: Todua, N. (Hrsg.), Tendenzen der Liberalisierung des Strafrechts in Georgien, Tiflis, 2016, S. 105 (auf Georgisch).

<sup>10</sup> K. Mtschedlischwili-Hädrich, Strafrecht AT, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Tiflis, 2011, S. 27.

<sup>11</sup> M. Turava, Strafrecht AT, Die Lehre vom Verbrechen, Tiflis, 2011, S. 365 (auf Georgisch); B. Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2012, S. 155-156, Rn. 363-364.

dogmatischen Begründung dieses Ausschlusses: liegt diese in dem geringen Maß an Schuld, in der geringen Bedeutung des verletzten Rechtsguts oder Irrelevanz der Handlung im strafrechtlichen Sinne? Klar ist, dass der Ausschluss des Notwehrrechts mit der Irrelevanz der Handlung, der geringen Bedeutung des Rechtsguts oder auch dem Fehlen eines rechtswidrigen Angriffs zusammenhängen kann; die fehlende Schuldfähigkeit oder sogar das geringe Maß an Schuld kann jedoch nicht Grundlage des Ausschlusses des Notwehrrechts sein, da dieses auch im Falle eines Angriffs Schuldunfähiger besteht.

31. Laut der Dissertation spielt das Rechtsgut für die Kriminalisierung einer Handlung keine Rolle (S. 134), was keine Zustimmung verdient. Die Zusammensetzung der Tatbestände im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches, ihre systematische Stellung und die ihre Aufteilung erfolgt nach dem jeweils geschützten Rechtsgut, ein Umstand, der auf die Bedeutung des Rechtsguts für die Kriminalisierungsentscheidung hinweist. Der gesetzliche Tatbestand, der immer auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter gerichtet ist, ergibt sich aus der Handlungskriminalisierung. Wenn dies nicht der Fall ist, wenn also der Tatbestand nicht auf den Schutz eines Rechtsgutes ausgerichtet ist, wird das Verfassungserfordernis verletzt, wonach eine Strafnorm nur dann legitim ist, wenn sie dem Schutz mindestens eines Rechtsgutes dient.<sup>12</sup>

32. Der Dissertant versucht, die Unzweckmäßigkeit der Bestrafung von Selbstmordversuchen aus der Position einer Ungerechtigkeit der paternalistisch motivierten Bestrafungen heraus zu begründen und weist darauf hin, dass eine strafrechtliche Verurteilung den Selbstmordwilligen ein Leben lang als Straftäter brandmarken wür-

de. (S. 151). Dagegen beruht die Unzweckmäßigkeit der Bestrafung eines Selbstmordversuchs eher auf anderen Gründen: die Bestrafung des Selbstmordversuches erfüllt keine präventive Zwecke, denn wenn sich eine Person zum Selbstmord entscheidet, sieht sie ihr Leben als nicht mehr lebenswert an; Einschüchterungsversuche von staatlicher Seite durch Androhung einer Bestrafung sind deshalb zwecklos und ineffektiv.

33. Nicht verwendet wurde die Arbeit von Prof. Nona Todua zur Kriminalisierung und Entkriminalisierung (siehe: Tendenzen der Liberalisierung des Strafrechts in Georgien, Tiflis, 2016). Da die georgische Literatur bereits knapp bemessen ist, wäre es für den Verfasser der Dissertation ratsam gewesen, auch die zuvor veröffentlichten georgisch-sprachigen Arbeiten zu verwenden, wenn sie für den Themenkomplex der Dissertation relevant sind. Die Verwendung dieser Arbeit wäre auch vor dem Hintergrund wichtig gewesen, dass N. Todua eine andere Ansicht als die des Dissertanten bezüglich der Entkriminalisierung von Handlungen vertritt.

34. In der Dissertation wird auch die sogenannte zweistufige Kriminalisierung erörtert, bei der eine Handlung derart unter Strafe gestellt wird, dass deren Erstbegehung nur als Ordnungswidrigkeit geahndet wird und der Täter nur für jede weitere Begehung strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wird (S. 209). Es wird jedoch nicht diskutiert und ausreichend begründet, ob eine solche Lösung des Problems angemessen ist. Ein ähnlicher Vorschlag wurde in der Literatur mit dem Argument kritisiert, dass ein Unterschied zwischen einer Ordnungswidrigkeit und einer Straftat besteht, der sich nach dem Grad der Gefährlichkeit einer Handlung richtet,<sup>13</sup>

<sup>12</sup> B. Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2012, S. 4, Rn. 8.

<sup>13</sup> T. Tsereteli, Die Lehre vom Verbrechen, in: Probleme des Strafrechts, I, Tiflis, 2007, S. 19-30 (auf Georgisch); N.

letztere wird jedoch nicht von der Anzahl vorheriger gleichartiger Tatbegehungen des Täters beeinflusst.<sup>14</sup> Die wiederholte Begehung einer Straftat sagt nur etwas über Psyche des Handelnden aus. Es ist bedauerlich, dass in der Dissertation die in der Literatur geäußerten Ansichten zu dem betreffenden Thema nicht berücksichtigt wurden.

35. Der Dissertant glaubt, dass die soziale Gefährlichkeit einer Handlung durch das positive Recht (S. 219) begründet wird, was nicht der Realität entspricht. Die Handlung ist sozial gefährlich, weil sie geeignet ist, die Gesellschaft zu beeinträchtigen, indem sie auf die Verletzung eines Rechtsguts abzielt oder diese herbeiführen kann. Daraus folgt, dass eine Handlung sozial gefährlich ist, unabhängig davon, ob sie nach geltendem Recht verboten ist. Es ist daher gerechtfertigt, die soziale Gefahr einer Handlung als Grundlage für ihre Kriminalisierung zu betrachten. Um überhaupt feststellen zu können, dass die soziale Gefahr einer Handlung auf ihrer Kriminalisierung durch das positive Recht beruht, wäre es weiterhin unerlässlich gewesen, die Weite des Rechtsgutbegriffs, welcher der Diskussion zugrundegelegt werden soll, vorab zu erläutern. Es existiert nämlich sowohl ein formeller als auch ein materieller Rechtsgutbegriff. Erster erfasst nur solche Rechtsgüter, die vom geltenden Recht als ein

solches determiniert werden. Dagegen hängt die Existenz eines Rechtsgutes im materiellen Sinne nicht davon ab, ob es durch positives Recht geschützt ist; nach diesem Rechtsgutsverständnis ist die Kriminalisierung folglich nicht-notwendige Voraussetzung für die soziale Gefährlichkeit einer Handlung, diese liegt (auch zeitlich) unabhängig davon vor.

36. Schließlich ist der Dissertant der Ansicht, dass die kontinentalen Rechtswissenschaftler den mit der Kriminalisierung verbundenen Problemen nicht die gebührende Aufmerksamkeit schenken. Als Grund dafür wird ihr geringes Interesse an der Auseinandersetzung mit philosophischen Werken angesehen (S. 27). Diese Behauptung des Dissertanten ist völlig unbegründet: es würde genügen, den Dissertanten aufzufordern, das Werk von Claus Roxin – ein weltberühmter deutscher Gelehrter und (auch von ihm zitierter) Rechtswissenschaftler – sorgfältig zu lesen, um ihm die Unvertretbarkeit seiner Ansicht vor Augen zu führen. In dem Werk ist ein ziemlich umfangreicher Raum dem Schutz des Rechtsgutes und seiner Bedeutung für die Legitimierung der Kriminalisierung von Handlungen gewidmet.<sup>15</sup> Der Grund für die unbegründete Behauptung der Dissertation ist wohl, dass der Autor die von ihm zitierte Schrift nicht sorgfältig gelesen hat. Es ist nicht nachvollziehbar, europäische und besonders deutsche Wissenschaftler zu beschuldigen, kaum philosophische Werke zu verwenden, während Deutschland die Heimat nicht weniger berühmter Philosophen ist. Es genügt, an die Ansichten der weltbekannten Philosophen Kant und Hegel zur Strafe zu erinnern, die auch unter dem Namen Vergeltungstheorie bekannt geworden sind, die heute als eine der klassischen Straftheorien gilt.

---

Ugrekheldze, Einige aktuelle Fragen der Trennung von Verbrechen und Ordnungswidrigkeiten, „Matsne“, Wirtschafts- und Rechtsreihe, 1982, #3, S. 94 f (auf Georgisch). Es gibt jedoch eine andere Meinung zur Trennung von Verbrechen und Ordnungswidrigkeit, wonach die Trennung nicht auf der sozialen Gefährdung der Handlung beruht, siehe *O. Gamkrelidze*, Probleme des Strafrechts, I, Tiflis, 2011, S. 116 (auf Georgisch).

<sup>14</sup> *M. Lekveishvili, G. Mamulashvili*, in: *Lekveishvili/Mamulashvili/Todua*, Strafrecht BT, Buch I, 7. Aufl., Tiflis, 2019, S. 21 (auf Georgisch); *T. Tskitishvili*, Die das Leben und die Gesundheit des Menschen gefährdende Straftate, Tiflis, 2015, S. 77, Fn. 164 (auf Georgisch).

<sup>15</sup> *C. Roxin*, Strafrecht, AT, Band I, München, 2006, S. 8-63.