

Publikationen

zur rechtlichen Zusammenarbeit

4/2021

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 წეტელის სახელთბის
სახელმწიფოსა და
საპარტოლის ინსტიტუტი

4/2021

Deutsch-Georgische
ZEITSCHRIFT FÜR
RECHTSVERGLEICHUNG

შპს აკადემიური
სამართლებრივი

ქართული-გერმანული 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 წეტელის სახელობის
სახალგაზრობა და
საპარტიო ინსტიტუტი



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
Frank Hupfeld
Khatuna Diasamidze
Assoz. Prof. Dr. Sul Khan Gamqrelidze
Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili
Assoz. Prof. Dr. Shalva Papuashvili
Assoz. Prof. Lado Sirdadze
David Maisuradze
Rechtsanwalt Giorgi Zhorzholiani
Rechtsanwalt Temur Bigvava
Rechtsanwalt Zviad Batiashvili
Khatia Papidze
Rechtsanwalt Gocha Oqreshidze
Demetre Egnatashvili
Rechtsanwalt Ketevan Buadze
Rechtsanwalt Nikoloz Sheqiladze
Tornike Darjania
Assist. Prof. Dr. Temur Tskitishvili
Sul Khan Gvelesiani
Giorgi Kvantaliani

Technische Unterstützung und Layout

David Maisuradze

Arbeitsgruppe

Nino Kavshbaia
Tatia Jorbenadze
Ana Baiadze
Tilman Sutor

ISSN 2587-5191 (print)

ISSN 2667-9817 (online)

© Tinatin-Tsereteli-Institut für Staat und Recht, 2021

© Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) 2021

© Autoren, 2021

G. Kikodze Str. 3, Tbilisi, +995 322983245, administration@isl.ge, www.lawjournal.ge, www.isl.ge

Inhaltsverzeichnis

AUFSÄTZE

Verbraucherschutz im nationalen und europäischen Recht	7
<i>Arnd Weishaupt</i>	
Dauer der Beschlagnahme von Eigentum im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit von Eigentumsrechten	78
<i>Gocha Parulava</i>	

RECHTSPRECHUNG

Verhinderung der Störung der Grabpflege: Das Recht, neben dem eigenen Kind begraben zu werden (<i>Kavshbaia</i>)	29
Verfassungswidrigkeit des nullgleichen Start-preises bei einer Versteigerung (<i>Kavshbaia</i>)	37

REZENSION

Anmerkungen zur Dissertation von Tamar Makharoblidze: „Nationale und Internationale Standards von Jugendstrafe“	34
<i>Temur Tskitishvili</i>	

Verbraucherschutz im nationalen und europäischen Recht

Dr. Arnd Weishaupt
Richter am Oberlandesgericht

I. Regelungsbedarf

Wer am Rechtsverkehr teilnimmt, muss grundsätzlich selbst in der Lage sein, seine Interessen wahrzunehmen. Auf diesem Grundgedanken basieren das europäische Sekundärrecht und auch das deutsche Vertragsrecht. Er findet seine Ausprägung in der Vertragsfreiheit, die es den Parteien grundsätzlich gestattet, frei zu entscheiden, *ob* sie sich vertraglich binden wollen und *wie* die Bindung inhaltlich ausgestaltet sein soll. Eingeschränkt ist die Vertragsfreiheit insbesondere dort, wo die Regelungsmaterie einen besonderen Schutzbedarf einer der Parteien mit sich bringt. Dies gilt etwa im Wohnraummietrecht, da die Wohnung den zentralen Lebensmittelpunkt des Mieters bildet. Schon früh hat der Gesetzgeber aber auch den Schutz bestimmter Personengruppen erkannt und kodifiziert, etwa den Schutz nicht voll Geschäftsfähiger vor den Folgen rechtsgeschäftlichen Handelns.

Immer mehr in den Fokus rückt der Schutz einer weiteren Personengruppe, welche typischerweise im rechtsgeschäftlichen Verkehr strukturell benachteiligt ist, nämlich die der Verbraucher. Ihr Schutzbedarf besteht jedoch nur, soweit sie nicht mit ihresgleichen in geschäftliche Beziehungen tritt, sondern mit einem Unternehmer. Denn dieser wird in geschäftlichen Angelegenheiten grundsätzlich gewandter sein, so

dass der Unternehmer die vom Gesetz gewährte Dispositionsfreiheit regelmäßig zu seinen Gunsten und damit zu Lasten des Verbrauchers zu nutzen weiß. Dies gilt um so mehr, als der Unternehmer dem Verbraucher meist die Vertragsbedingungen vorgibt, ohne dass diese Gegenstand echter Verhandlungen sind. Somit bezeichnen die Begriffe „Verbraucher“ und „Unternehmer“ die zwei sich im Verbraucherschutzrecht gegenüberstehenden Pole¹.

Um diesem Ungleichgewicht entgegenzuwirken, beschreitet das Verbraucherschutzrecht zwei grundsätzliche Wege, wobei sich in der Rechtswirklichkeit freilich auch Kombinationen finden. Der eine im Hinblick auf den Schutzgedanken effizientere Weg besteht in materiellen Regelungen des Verbraucherschutzes. Diese beschränken die Dispositionsfreiheit insoweit, als von den gesetzlichen Vorschriften zum Nachteil des Verbrauchers abweichende Ausgestaltungen für unwirksam erklärt werden. Ebenfalls zu den materiellen Vorschriften zählen Widerrufsrechte,

¹ Für das Verbrauchergeschäft hat sich auch die Bezeichnung „B2C“ oder „B to C“ eingebürgert. Dies steht als Abkürzung für „Business to Consumer“, also das Verhältnis Unternehmer/Verbraucher. Entsprechend steht „B2B“ für „Business to Business“, d.h. das Verhältnis unter Unternehmern, während „C2C“ ein Geschäft „Consumer to Consumer“ bezeichnet, an dem nur Verbraucher beteiligt sind.

Beweislastregelungen sowie Regelungen zur Kostenlast oder zur Gefahrtragung zugunsten des Verbrauchers. Derlei Vorschriften finden sich im Sekundärrecht der Europäischen Union etwa in den Richtlinien betreffend den e-commerce oder auch den Kauf im Allgemeinen.

Das Gegenmodell bildet der eher formelle Verbraucherschutz, der den Schwerpunkt auf Informationspflichten und Formvorschriften legt. Dieser findet sich etwa im Verbraucherkreditrecht der Europäischen Union. Wie noch zu zeigen sein wird, ist der Schutz des Verbrauchers in diesem an sich besonders regelungsbedürftigen Bereich in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union nur schwach ausgeprägt und lässt den Verbraucher ausgerechnet gegenüber einem übermächtigen Vertragspartner wie einer Bank weitgehend auf sich allein gestellt.

II. Entwicklungslinien

Einzelne der heutigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben zwar schon weit vor Gründung der Union und ihrer Vorgängerorganisationen einzelne Regelungen oder ganze Gesetze erlassen, die eine ähnliche Zielsetzung hatten wie heutige Verbraucherschutzvorschriften². Seine jetzige Ausprägung hat das Verbraucherschutzrecht in den Mitgliedstaaten der Europäi-

schen Union jedoch insbesondere aufgrund des Sekundärrechts der Union gefunden. Zu unterscheiden ist dabei zwischen Verordnungen und Richtlinien, Art. 288 AEUV. Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat, Art. 288 Abs. 2 AEUV. Dagegen ist die Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel, Art. 288 Abs. 3 AEUV.

Hinsichtlich der Richtlinien ist zu unterscheiden: Verfolgt sie das Ziel einer Mindestharmonisierung, so stellt sie den Mindeststandard auf, der durch das nationale Recht in den Mitgliedstaaten nicht unterschritten werden darf. Demgegenüber können die Mitgliedstaaten den Mindeststandard überschreiten und strengere Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers erlassen.

Anders liegt es jedoch, wenn eine Richtlinie das Ziel einer Vollharmonisierung innerhalb ihres jeweiligen Anwendungsbereiches verfolgt. In einem solchen Fall ist der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten stark eingeschränkt. Sie müssen die Vorgaben der Richtlinie wahren, ohne dabei in Regelungsumfang, Regeldichte und Regelungsqualität „nach unten“ oder „nach oben“ abweichen zu dürfen³. Im Bereich des Verbraucherschutzes ist der europäische Gesetzgeber zunehmend zum Prinzip der Vollharmonisierung übergegangen.

Im Hinblick auf die Kodifizierung des Verbraucherschutzrechts verfolgen Deutschland und Georgien unterschiedliche Ansätze. In Deutschland fanden sich zentrale Vorschriften des Verbraucherschutzes zunächst außerhalb des Bürgerli-

² Als Vorläufer der Verbraucherschutzgesetze kann man in Deutschland das Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte aus dem Jahr 1894 ansehen. Dieses Gesetz bezweckte den Schutz des geschäftlich oft wenig erfahrenen Abzahlungskäufers vor Vertragsbedingungen, deren Risiko dieser bei Abschluss des Vertrages nicht richtig einschätzen konnte. Insbesondere spätere Fassungen dieses Gesetzes enthielten bereits Elemente eines Schutzes, wie ihn spätere Verbraucherschutzgesetze kennen, etwa in Gestalt des in den 70er Jahren eingeführten Widerrufsrechts des Abzahlungskäufers, dazu näher BeckOGK/Alexander, BGB, Stand: 01.10.2020, § 13 Rn. 10-11.4.

³ BeckOGK/Alexander, BGB, Stand: 01.10.2020, § 13 Rn. 38-39.

chen Gesetzbuches in besonderen Gesetzen⁴. Durch das am 01.01.2002 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts wurden zahlreiche Schutzvorschriften in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert. Dabei findet sich der Verbraucherschutz nunmehr gleichsam an „passender“ Stelle im Bürgerlichen Gesetzbuch: So enthalten die §§ 433 bis 473 BGB Vorschriften über den Kauf, die unabhängig von der Qualität der Vertragsparteien gelten, und die §§ 474 bis 479 BGB enthalten besondere Vorschriften zum Verbrauchsgüterkauf, also für Verträge, durch die ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft. Der Verbraucherschutz im Bereich des Kaufrechts ist somit im Zusammenhang mit den allgemeingültigen Vorschriften zum Kauf im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt. In Deutschland gibt es also nicht ein sämtliche Regelungsbereiche umfassendes Verbraucherschutzgesetzbuch.

Dagegen hat sich Georgien für einen anderen Weg entschieden. Bereits die Verfassung von 1995 nannte den Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern als Staatszielbestimmung. Dies führte zum Bemühen, ein entsprechendes Rahmengesetz zum Verbraucherschutz zu erlassen. Bislang ist es dazu jedoch nicht gekommen⁵. Durch das im Jahr 2014 geschlossene und am 01.07.2016 in Kraft getretene Assoziierungsabkommen mit der Europäischen Union ist Georgien jedoch in der Pflicht, die nationale Gesetzgebung auch im Bereich des Verbraucherschutzes mit dem EU-Recht zu harmonisieren⁶, vgl. etwa

Punkt 2.6 „Consumer Policy“ der Association Agenda. Vor diesem Hintergrund ist eine Kodifizierung des Verbraucherschutzes nicht nur ein Erfordernis aufgrund des tatsächlich bestehenden Schutzbedürfnisses, sondern auch eine Verpflichtung gegenüber der Europäischen Union.

III. Verbraucherbegriff

Das Unionsrecht weist keinen einheitlichen Verbraucherbegriff auf. In einer Vielzahl von Richtlinien und Verordnungen finden sich vielmehr auf die jeweilige Regelungsmaterie bezogene Verbraucherbegriffe. Diese weisen jedoch bestimmte Gemeinsamkeiten auf und sind durch wiederkehrende Strukturelemente geprägt⁷.

Der Verbraucher ist stets eine natürliche Person⁸. Der Grund für diese Beschränkung dürfte darin liegen, dass juristischen Personen grundsätzlich abverlangt werden kann, ihre Interessen auch ohne besonderen Schutz durch den Gesetzgeber selbst zu wahren. Dieser Gedanke trifft jedoch nicht per se auf jede juristische Person zu⁹. Zu denken ist etwa an Idealvereine oder Stiftungen, die sich nicht gewerblich oder wirtschaftlich betätigen. Demgemäß stellt Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher den Mitgliedstaaten die Einbeziehung juristischer Personen frei und nennt als Beispiele, in denen eine solche Ausweitung in Betracht kommt, Nichtregierungsorganisationen, aber auch neu gegründete oder kleine und mittlere Unternehmen.

⁴ Zu nennen sind etwa das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, das Verbraucherkreditgesetz, das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das Fernabsatzgesetz.

⁵ Stand: Januar 2021.

⁶ Website der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V.,

<https://www.irz.de/index.php/partnerstaaten/georgien/3049-online-seminar-zum-verbraucherschutz>

⁷ BeckOGK/Alexander, BGB, Stand: 01.10.2020, § 13 Rn. 123 ff.

⁸ MünchKomm-BGB/Micklitz, 8. Aufl. 2018, § 13 Rn. 14.

⁹ Zur Problematik der Ausweitung auf juristische Personen instruktiv Faber, ZEuP 1998, 854 (860 ff.).

Die natürliche Person muss bei Verträgen zu einem Zweck handeln, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Diese Definition findet sich nahezu wortgleich in diversen Richtlinien¹⁰. Der Europäische Gerichtshof hat hierzu entschieden, dass dieser Begriff jeden nicht gewerblich oder beruflich Tätigen bezeichnet¹¹. Der Gerichtshof betont in seiner Rechtsprechung aber auch, dass der Verbraucherbegriff stets auf der Grundlage der jeweiligen Bestimmungen des Unionsrechts auszulegen ist¹². Demgemäß muss sich Auslegung stets am Schutzzweck der jeweiligen unionsrechtlichen Regelungen orientieren¹³.

In Deutschland findet sich der Begriff des Verbrauchers zu Beginn des Bürgerlichen Gesetzbuches in dessen erstem Buch „Allgemeiner Teil“, und dort im Abschnitt 1 „Personen“:

§ 13 BGB – Verbraucher

Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

Verbraucher kann demnach auch in Deutschland nur eine natürliche Person, nicht aber eine juristische Person sein. Den Zweck des von dieser natürlichen Person geschlossenen Rechtsgeschäfts definiert das Gesetz negativ: Dieser darf nicht ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

¹⁰ Faber, ZEuP 1998, 854 (856).

¹¹ EuGH, Urteil vom 05.12.2019 - C-708/17, C-725/17; EuGH, Urteil vom 04.10.2018 - C-105/17.

¹² EuGH, Urteil vom 05.12.2019 - C-708/17, C-725/17.

¹³ BeckOGK/Alexander, BGB, Stand: 01.10.2020, § 13 Rn. 133.

Positiv formuliert bedeutet dies, dass das Rechtsgeschäft ihrem privaten oder unselbständigen beruflichen Bereich zuzuordnen sein muss.

Problematisch kann der Kauf eines Kraftfahrzeugs sein, wenn dieses sowohl privat als auch im Rahmen der freiberuflichen oder gewerblichen Tätigkeit benutzt wird. Zu fragen ist danach, welcher Nutzungszweck überwiegt: Überwiegt der private Nutzungszweck, so handelt es sich um ein Verbrauchergeschäft¹⁴. Bank- und Börsengeschäfte eines Ingenieurs zur Pflege des eigenen Vermögens sind grundsätzlich keine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit¹⁵. Wer sich auf seinen Verbraucherstatus beruft, trägt dafür die Darlegungs- und Beweislast¹⁶. Jedoch ist im Zweifel bei einem objektiven Verbrauchergeschäft § 13 BGB zu bejahen¹⁷.

IV. Unternehmerbegriff

Das Unionsrecht enthält auch keinen umfassenden und einheitlichen Unternehmerbegriff. Im Vergleich zum Verbraucherbegriff ist der Sprachgebrauch zum Unternehmerbegriff noch vielfältiger, dies teilweise sogar in Abhängigkeit von der jeweiligen Sprachfassung der Richtlinie¹⁸. Die unterschiedliche Begriffswahl erklärt sich daraus, dass die Bezeichnung des unternehmerisch

¹⁴ OLG Celle, Urteil vom 11.08.2005 – 7 U 17/04; MünchKomm-BGB/Micklitz, 8. Aufl. 2018, § 13 Rn. 52.

¹⁵ BGH, Urteil vom 25.01.2011 – IX ZR 350/08.

¹⁶ BGH, Urteil vom 11.07.2007 – VIII ZR 110/06.

¹⁷ BGH, Urteil vom 30.09.2009 – VIII ZR 7/09.

¹⁸ So wird der zu gewerblichen Zwecken Handelnde in verschiedenen Richtlinien in der deutschen Fassung als „Gewerbetreibender“ (Haustürgeschäfte-Richtlinie), „Lieferer“ (Fernabsatz-Richtlinie) oder „Unternehmer“ (Verbraucherrechte-Richtlinie) bezeichnet, in der englischen Fassung derselben Richtlinien als „trader“ oder „supplier“, in der französischen Fassung als „commerçant“, „fournisseur“ oder „professionnel“, BeckOGK/Alexander, BGB, Stand: 01.10.2020, § 14 Rn. 30 und 30.1.

Tätigen häufig im Hinblick auf den geregelten Sachverhalt erfolgt. Dennoch lassen sich dem Unionsrecht auch für den Unternehmer allgemein kennzeichnende Kriterien entnehmen¹⁹. Auszugehen ist dabei vom Schutzzweck der zugrunde liegenden Vorschriften, wobei der Unternehmerbegriff insbesondere aus der Gegenperspektive des Verbraucherbegriffs zu bestimmen ist.

Nicht entscheidend ist die Rechtsform des unternehmerisch Handelnden²⁰: Unternehmer können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Maßgeblich ist vielmehr der Zweck ihres Handelns: Dieser muss ihrer gewerblichen oder beruflichen²¹ Tätigkeit, also ihrer Geschäftssphäre, zuzuordnen sein²². Der Zweck des Handelns bestimmt damit die Grenzziehung zwischen dem Unternehmer- und dem Verbraucherbegriff: Den Unternehmer kennzeichnet positiv, dass sein Handeln seiner Geschäftssphäre zuzuordnen ist, den Verbraucher kennzeichnet umgekehrt negativ, dass dies bei ihm nicht der Fall ist.

Im deutschen Recht definiert das Bürgerliche Gesetzbuch den Begriff des Unternehmers gleich anschließend an die Definition des Verbrauchers in § 13 BGB wie folgt:

§ 14 BGB - Unternehmer

(1) Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechts-

geschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

(2) Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.

Eine natürliche oder juristische Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt, ist Unternehmer. Dabei setzt eine gewerbliche Tätigkeit ein selbständiges (also nicht: angestelltes) und planvolles, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus²³, während die Absicht der Gewinnerzielung nicht nötig ist²⁴. Als Unternehmer kommen nicht nur Kaufleute in Betracht, sondern auch Freiberufler (Ärzte, Rechtsanwälte und so weiter), Handwerker, Landwirte als Gewerbetreibende²⁵.

Unerheblich ist, ob die Tätigkeit des Unternehmers gesetzlich zulässig ist²⁶. Unterstellte man nur erlaubte Tätigkeiten dem Unternehmerbegriff, so würde der Handelnde für seinen Gesetzesverstoß dadurch belohnt, dass er von den strengen Vorschriften zum Verbraucherschutz befreit ist²⁷.

V. Anwendungsprobleme und Umgehungsstrategien

Die den Anforderungen des Unionsrecht genügende präzise Begriffsbestimmung im deutschen Zivilrecht führt jedoch nicht dazu, dass die

¹⁹ BeckOGK/Alexander, BGB, Stand: 01.10.2020, § 14 Rn. 31.

²⁰ MünchKomm-BGB/Micklitz, 8. Aufl. 2018, § 14 Rn. 2.

²¹ Vgl. die Time-Sharing-Richtlinie, die lediglich auf die berufliche Tätigkeit Bezug nimmt.

²² BeckOGK/Alexander, BGB, Stand: 01.10.2020, § 14 Rn. 39.

²³ MünchKomm-BGB/Micklitz, 8. Aufl. 2018, § 14 Rn. 19.

²⁴ BGH, Urteil vom 29.03.2006 – VIII ZR 173/05.

²⁵ Jauernig/Mansel, BGB, 18. Aufl. 2021, § 14 Rn. 2.

²⁶ Siehe Deutscher Bundestag, Drucksachen 13/8444, Seite 24, zur Neudefinition des Begriffs „Handelsgewerbe“.

²⁷ MünchKomm-BGB/Micklitz, 8. Aufl. 2018, § 14 Rn. 27.

Frage, ob ein Geschäft zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer vorliegt, in jedem Falle einfach zu beantworten ist. Denn grundsätzlich ist es auch einem Unternehmer nicht verwehrt, ein bestimmtes Rechtsgeschäft als Verbraucher abzuschließen. Dies kann einerseits zu Abgrenzungsfragen führen, eröffnet aber zugleich Möglichkeiten zur Umgehung von Verbraucherschutzvorschriften. Da sich der Gesetzgeber bei einer jeden Rechtsreform der praktischen Probleme bei der Anwendung der Normen bewusst sein sollte, soll im Folgenden dargestellt werden, welche Anwendungsprobleme sich in der Praxis gezeigt haben und wo die Schwächen des Verbraucherschutzes liegen, die trotz des zwingenden Charakters der Schutzvorschriften Möglichkeiten zur Umgehung eröffnen können.

Aufgezeigt werden soll dies am besonders praxisrelevanten Beispiel des Verkaufs eines Gebrauchtwagens. Kauft ein Verbraucher ein Fahrzeug von einem Unternehmer, insbesondere einem Gebrauchtwagenhändler, so handelt es sich um einen Verbrauchsgüterkauf nach § 474 BGB. Für diesen gelten zum einen – teilweise mit bestimmten Modifikationen – die allgemeinen Vorschriften des Kaufrechts. Diese allgemeinen kaufrechtlichen Vorschriften stellen in der Regel dispositives Gesetzesrecht dar. Demnach steht es den Parteien eines Kaufvertrags grundsätzlich frei, von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen zu treffen.

Handelt es sich aber um einen Verbrauchsgüterkauf, so kann von bestimmten Vorschriften nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden, § 476 BGB. Besonders relevant: Beim Verbrauchsgüterkauf kann die Gewährleistung des verkaufenden Unternehmers für Mängel der Kaufsache nicht ausgeschlossen werden. Der Gebrauchtwagenhändler haftet damit für Mängel des Fahrzeugs, was für ihn ein erhebliches Haftungsrisiko bedeutet. Außerdem sehen die Vor-

schriften eine besondere Beweislastverteilung vor, die unten näher behandelt werden soll²⁸.

Um sich diesen für sie ungünstigen Vorschriften zu entziehen, haben insbesondere Gebrauchtwagenhändler verschiedene Strategien entwickelt. Da der Ausschluss der Gewährleistung nur dann nicht möglich ist, wenn ein Unternehmer etwas an einen Verbraucher verkauft, geht das Bemühen dahin, entweder die Unternehmereigenschaft auf Verkäuferseite oder die Verbrauchereigenschaft auf Käuferseite zu verschleiern.

1. Deklaration als Privatgeschäft

Aus dem Umstand, dass der Verkäufer einen Gebrauchtwagenhandel betreibt, kann nicht zwangsläufig geschlossen werden, dass er im konkreten Einzelfall ein Fahrzeug als Unternehmer verkauft. Denn auch der Gebrauchtwagenhändler kann das ausschließlich von ihm privat genutzte Fahrzeug veräußern; dies stellt regelmäßig kein Unternehmergegeschäft dar mit der Folge, dass die oben skizzierten Verbraucherschutzvorschriften nicht gelten, ein Gewährleistungsausschluss also möglich ist. Abzustellen ist darauf, zu welchem Zweck der Verkäufer das Fahrzeug genutzt hatte²⁹.

Dies machen sich Gebrauchtwagenhändler mitunter zunutze, indem sie das Fahrzeug in der Kaufvertragsurkunde als ihren Privatwagen deklarieren. Um missbräuchliches Verhalten zu vermeiden, ist danach zu fragen, ob sich das Rechtsgeschäft bei objektiver Betrachtung für den Kunden als Privatverkauf oder als Unternehmergegeschäft dargestellt hat. Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Käufer, der ein Fahrzeug von einem Händler erwirbt, davon

²⁸ Siehe Abschnitt VI.1.b.

²⁹ BGH, Urteil vom 13.03.2013 – VIII ZR 186/12.

ausgehen darf, dass es sich nicht um das Privatfahrzeug des Händlers handelt, sondern um ein Fahrzeug aus seinem Händlerbestand.

Entscheidend ist zudem, ob der Verkäufer aufgrund sonstiger Umstände erkennbar die Erwartung des Käufers geweckt hat, er erwerbe das Fahrzeug von einem Händler. Dies ist etwa der Fall, wenn der Verkäufer das Fahrzeug auf einem Online-Portal unter seinem gewerblichen Namen angeboten hatte. Dies kann er auch nicht allein dadurch korrigieren, dass er sich nach Abschluss der Vertragsverhandlungen eine Kaufvertragsurkunde unterzeichnen lässt, welche mit „Verkauf eines Fahrzeugs von privat“ überschrieben ist. Vielmehr muss er es gegen sich gelten lassen, dass er sich zunächst den Anschein gegeben hat, das Fahrzeug als Händler zu verkaufen, und mit dieser Eigenschaft bereits um Interessenten geworben hat³⁰.

Dagegen würde es den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht, allein auf den Wortlaut der Urkunde abzustellen. Nach der Lebenserfahrung wird diese erst hervorgeholt, wenn die Verhandlungen bereits „gelaufen“ und der Käufer den Kaufentschluss gefasst hat. Regelmäßig wird der Vertragsurkunde als „juristische Förmerei“ kam mehr Aufmerksamkeit gewidmet. Dagegen kennt der Interessent den Inhalt der Anzeige auf dem Online-Portal nur zu genau. Demnach ergibt sich auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass der Verkäufer den von ihm bestimmten Inhalt der Anzeige gegen sich gelten lassen muss und den zunächst erweckten Anschein, das Fahrzeug als Händler zu veräußern, nicht mehr durch einen - gegebenenfalls sogar versteckten - Hinweis in der Urkunde ausräumen kann³¹.

2. Agenturgeschäft

Auch bei einem sogenannten Agenturgeschäft besteht die Gefahr der Umgehung von Verbraucherschutzvorschriften. Dabei handelt es sich um die Konstellation, dass der Händler ein Fahrzeug „im Kundenauftrag“ veräußert. Dies bedeutet, dass der Verkauf des Fahrzeugs kein Eigengeschäft des Händlers darstellt, sondern dieser als Stellvertreter seines Kunden tätig wird. Der Kaufvertrag kommt dann zwischen dem Erwerber und dem Kunden des Händlers zustande. Ist der Kunde selbst Verbraucher, so kommen die Verbraucherschutzvorschriften nicht zur Anwendung, denn diese wirken zugunsten des Verbrauchers gegenüber einem Unternehmer, nicht aber gegenüber einem anderen Verbraucher.

Mit dem - grundsätzlich zulässigen - Agenturgeschäft hat sich auch der Europäische Gerichtshof befasst³². Ausgangspunkt der Entscheidung ist die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie RL 1999/44/EG, welche zu den Rechtssetzungsakten gehört, die ihre eigene Begriffsbestimmung des Verbrauchers enthält:

Artikel 1 Geltungsbereich und Begriffsbestimmungen

(1) Zweck dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter zur Gewährleistung eines einheitlichen Verbraucherschutz-Mindestniveaus im Rahmen des Binnenmarkts.

dahinter stehende Rechtsgedanke ist aber auch auf Fälle anzuwenden, in denen sich der Verkäufer öffentlich zu seiner eigenen Eigenschaft, nämlich der Eigenschaft als Händler, äußert.

³² EuGH, Urteil vom 09.11.2016 – C-149/15.

³⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 03.09.2020 – I-10 U 60/20.

³¹ Dies ist im Hinblick auf Eigenschaften der Kaufsache, die der Verkäufer in der Werbung herausgestellt hat, ausdrücklich in § 434 Absatz 1 Satz 3 BGB geregelt. Der

(2) *Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck*

a) *„Verbraucher“ jede natürliche Person, die im Rahmen der unter diese Richtlinie fallenden Verträge zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann;...*

c) *„Verkäufer“ jede natürliche oder juristische Person, die aufgrund eines Vertrags im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit Verbrauchsgüter verkauft;...*

Der Europäische Gerichtshof hat den Begriff „Verkäufer“ im Sinne des Art. 1 Abs. 2 c der Verbrauchsgüter-Richtlinie dahin ausgelegt, dass er auch einen als Vermittler für Rechnung einer Privatperson handelnden Gewerbetreibenden erfasst, der dem Verbraucher / Käufer nicht ordnungsgemäß mitgeteilt hat, dass der Eigentümer der Kaufsache eine Privatperson ist.

In dem vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fall hatte eine Werkstatt ein Fahrzeug eines Kunden als Vermittler verkauft, dabei aber nicht ordnungsgemäß offengelegt, dass die Werkstatt lediglich als Vermittler auftrat und der eigentliche Verkäufer eine Privatperson war. Zu prüfen war für den Europäischen Gerichtshof, ob der Verbraucher, der das Verbrauchsgut gekauft hat, unter solchen Umständen durch die RL 1999/44 dahingehend geschützt wird, dass der Vermittler als Verkäufer im Sinne dieser Richtlinie angesehen werden kann.

Der Europäische Gerichtshof hat es als unerlässlich erachtet, dass der Verbraucher von der Identität des Verkäufers und insbesondere von seiner Eigenschaft als Privatperson oder Gewerbetreibender Kenntnis erlangt. Wenn also unter Umständen wie denen des Ausgangsfalls ein Gewerbetreibender als Vermittler für eine Privat-

person handelt, würde die fehlende Kenntnis des Verbrauchers von der Eigenschaft, in der der Gewerbetreibende beim Verkauf handelt, ihm seine durch die RL 1999/44 garantierten Rechte nehmen. Damit im Rahmen der Richtlinie ein wirksamer Verbraucherschutz gewährleistet ist, muss der Verbraucher davon in Kenntnis gesetzt werden, dass der Eigentümer eine Privatperson ist. Die Haftung des Verkäufers nach der RL 1999/44 muss daher einem Vermittler auferlegt werden können, der mit seinem Auftreten gegenüber dem Verbraucher die Gefahr eines Irrtums erzeugt, indem er ihm den Eindruck vermittelt, dass er Eigentümer der Kaufsache sei.

3. Einschaltung eines Verbrauchers auf Unternehmenseite

Eine spezielle Variante beim Vermittlungsvertrag besteht darin, dass der Händler vor der Veräußerung des Fahrzeugs einen Verwandten, der kein Unternehmer ist und der Verkäufer sein soll, im Kraftfahrzeug-Brief eintragen lässt. Der Sinn dieses Vorgehens liegt ebenfalls darin, dem Käufer als Verbraucher seinen besonderen gesetzlichen Schutz vorzuenthalten. Dabei ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzulegen: Dient die Eintragung des Verwandten nur dazu, ein in Wahrheit vorliegendes Eigengeschäft des Unternehmers zu verschleiern, so hat dies zur Folge, dass sich der Händler so behandeln lassen muss, als hätte er das Fahrzeug an den Verbraucher verkauft³³.

4. Einschaltung eines Unternehmers auf Verbraucherseite

Manche Händler versuchen, dem Verbraucherschutzrecht dadurch auszuweichen, dass sie ihre Kunden zu Unternehmern machen wollen.

³³ Vgl. etwa BGH, Urteil vom 22.11.2006 – VIII ZR 72/06.

Dazu lassen sie ihre Kunden unterschreiben, dass sie Unternehmer seien.

Maßgeblich für die Verbrauchereigenschaft ist aber der Geschäftszweck zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, denn es steht nicht zur Disposition der Parteien, ob ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt oder nicht³⁴. Hierbei ist zu unterscheiden: Täuscht der Käufer seine Unternehmereigenschaft vor, weil er weiß, dass der Verkäufer an ihn sonst nicht veräußert hätte, so bleibt er Verbraucher, kann sich aber nicht auf die Vorschriften zum Verbraucherschutz berufen. Ging die Initiative jedoch vom Verkäufer aus, dem durchaus bekannt war, dass der Käufer tatsächlich Verbraucher ist, ist kein Anlass gegeben, dem Käufer die spätere Berufung auf seine Verbrauchereigenschaft zu verwehren. Haben nämlich beide Vertragsparteien um die Verbrauchereigenschaft des Käufers gewusst und lediglich im Zusammenwirken nach außen den Anschein gesetzt, es handele sich um ein Geschäft B2B, so ist ein besonderes Schutzbedürfnis des Verkäufers nicht zu erkennen. Vielmehr bleibt es bei der durch den tatsächlichen und auch dem Verkäufer bekannten Geschäftszweck bedingten Geschäft B2C. In der Praxis wird der sich auf seine Verbrauchereigenschaft berufende Käufer aber den Nachweis zu führen haben, dass er tatsächlich als Verbraucher gehandelt hat und ihm die Berufung auf die Schutzvorschriften nicht verwehrt ist, weil der Verkäufer ihn wider besseres Wissen zu den Angabe veranlasst hat, Unternehmer zu sein.

VI. Ausgestaltung des Verbraucherschutzes

Die auf Grundlage der Vorgaben der Union in Deutschland erlassenen Vorschriften des Verbraucherschutzes betreffen verschiedene Vertragstypen und Situationen. Hinsichtlich der Aus-

gestaltung des Verbraucherschutzes ist zwischen zwei Grundmodellen zu unterscheiden. Zum Teil wird dieser vorrangig durch materielle Regelungen bewirkt, zum Teil in erster Linie durch eher formelle Regelungen.

1. Materieller Verbraucherschutz

Bei den Regelungen des materiellen Verbraucherschutzes sind wiederum zwei Grundlinien zu unterscheiden.

a) Schutz vor Abweichungen vom gesetzlichen Standard

Der eine der Grundgedanken des materiellen Verbraucherschutzes besteht darin, dass der Verbraucher vor Abweichungen vom gesetzlichen Standard zu schützen ist. Typisches Beispiel hierfür ist der Verbrauchsgüterkauf. Durch die allgemeinen kaufrechtlichen Regelungen, nach denen der Verkäufer für Sachmängel einzustehen hat, ist der Käufer bereits in einer Weise geschützt, welche die objektiv verstandenen Interessen beider Vertragsparteien ausgewogen berücksichtigt. Jedoch können die Parteien davon abweichende Vereinbarungen treffen. So ist ein Ausschluss der Gewährleistungen des Verkäufers für Sachmängel in vielen Bereichen geradezu üblich. Eine solche vom gesetzlichen Standard abweichende Vereinbarung stört aber die durch die gesetzliche Regelung geschaffene Balance der beiderseitigen Interessen. Wie bereits dargelegt, sind Abweichungen vom gesetzlichen Standard insbesondere in Geschäften B2C zu Lasten des Verbrauchers zu besorgen. Vor diesem Hintergrund geht der materielle Verbraucherschutz zum einen dahin, die Möglichkeiten zum Abweichen vom gesetzlichen Standard zu begrenzen oder sogar – soweit die Abweichungen zu Lasten des Verbrauchers erfolgen – auszuschließen.

³⁴ BGH, Urteil vom 22.12.2004 – VIII ZR 91/04.

Ein weiteres Beispiel hierfür ist der Schutz des Vertragspartners vor unangemessener Benachteiligung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen. Solche standardisierten Vertragsbedingungen sind in aller Regel so ausgestaltet, dass der Verwender das dispositives Gesetzesrecht soweit wie möglich zu seinen Gunsten umgestaltet. Die Schutzvorschriften beruhen auf dem Gedanken, dass die gesetzlichen Regelungen zu einem sachgerechten Interessenausgleich führen. Abweichungen davon sind den Parteien auch in Standardverträgen im Rahmen der inhaltlichen Vertragsfreiheit grundsätzlich möglich. Dies aber nur in bestimmten Grenzen: Überschreitet die dadurch bewirkte Benachteiligung des Vertragspartners die Grenze zur Unangemessenheit, so ist die Klausel unwirksam. Durch die Bestimmungen zum Schutz vor unangemessener Benachteiligung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden zwar auch Unternehmer geschützt, ihr Schutz reicht jedoch nicht so weit wie der Schutz von Verbrauchern vor benachteiligenden AGB-Klauseln.

b) Modifizierung des gesetzlichen Standards

Der andere Grundgedanke des materiellen Verbraucherschutzes geht dahin, dass das gesetzliche, allgemein gültige Grundmodell zu Gunsten des Verbrauchers umgestaltet wird.

aa) Hervorzuheben sind insoweit die Regelungen zum Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen in bestimmten Situationen, insbesondere bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen sowie bei Verbraucherdarlehensverträgen.

Grundsätzlich ist derjenige, der eine Willenserklärung abgibt, an diese gebunden, ein Lossagungsrecht besteht nicht. Wer etwa einen Kaufvertrag schließt, hat sich grundsätzlich unwiderruflich gebunden – auch wenn viele Verkäufer in

der Praxis dem Käufer ein Umtauschrecht gewähren, welches etwa im Weihnachtsverkauf oft zeitlich noch ausgeweitet wird. Etwas anderes gilt jedoch, soweit das Gesetz ein Widerrufsrecht gewährt. In diesem Fall tritt die Bindung endgültig erst dann ein, wenn der Widerrufsberechtigte dieses Recht nicht innerhalb der dafür bestimmten Frist – meist zwei Wochen – ausgeübt hat. Durch das Widerrufsrecht wird vom gesetzlichen Grundmodell also insofern abgewichen, als die Bindung nicht bereits mit Wirksamwerden der Willenserklärung eintritt, sondern einseitig, nämlich nur zu Gunsten des Widerrufsberechtigten, aufgeschoben wird, dieser also eine Überlegungsfrist erhält. Widerrufsrechte sind gleichsam das klassische Verbraucherrecht schlechthin.

bb) Eine andere Modifizierung des gesetzlichen Standards findet sich wiederum in den Vorschriften zum Verbrauchsgüterkauf. Dabei gilt nach § 477 BGB eine Beweislastumkehr: Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang, der nach § 446 BGB regelmäßig mit der Übergabe der verkauften Sache eintritt, ein Sachmangel, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil der Zeitpunkt des Gefahrüberganges maßgeblich für die Sachmangelhaftung des Verkäufers ist. So ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat, § 434 Absatz 1 Satz 1 BGB. Das Vorliegen des Mangels bereits in diesem Zeitpunkt muss im Streitfall der sich auf den Mangel berufende Käufer beweisen. Die Beweislastumkehr in § 477 BGB befreit ihn für den Verbrauchsgüterkauf zwar nicht von der Last, den Mangel nachweisen zu müssen. Ist ein solcher erwiesen und hat er sich innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang gezeigt, so ist es beim Verbrauchsgüterkauf jedoch grund-

sätzlich Sache des Verkäufers nachzuweisen, dass er gleichwohl erst nach Gefahrübergang eingetreten ist und der Verkäufer deshalb für den Mangel nicht einzustehen hat³⁵.

cc) Zum Teil erstrecken sich die materielle Schutzvorschriften, welche den gesetzlichen Standard zu Gunsten des Verbrauchers umgestalten, auch auf sehr spezielle Konstellationen, etwa die Zusendung unbestellter Ware. So wird durch die Lieferung beweglicher Sachen ein Anspruch des Unternehmers gegen einen Verbraucher nicht begründet, wenn der Verbraucher die Waren nicht bestellt hat. Ausgeschlossen ist damit auch der grundsätzliche bestehende gesetzliche Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer. Die Vorschrift soll verhindern, dass dem Verbraucher von ihm nicht gewünschte Leistungen aufgedrängt werden und ihm aufgrund des unerwünschten Verhaltens des Unternehmers irgendwelche Pflichten entstehen, etwa auch Zahlungspflichten durch konkludente Annahme der Leistung³⁶.

Eine weitere spezielle Konstellation betrifft Gewinnzusagen: Ein Unternehmer, der Gewinnzusagen oder vergleichbare Mitteilungen an Verbraucher sendet und durch die Gestaltung dieser Zusendung den Eindruck erweckt, dass der Verbraucher einen Preis gewonnen hat, hat dem Verbraucher diesen Preis zu leisten, § 661a BGB. Diese Norm begründet ein eigenständiges gesetzliche Schuldverhältnis, welches sich weder den gängigen rechtsgeschäftliche Vorschriften zuordnen lässt noch dem allgemeinen Deliktsrecht³⁷.

2. Formeller Verbraucherschutz

Das zweite Grundmodell zur Ausgestaltung des Verbraucherschutzes besteht im formellen Schutzvorschriften.

a) Formvorschriften

Dabei wird der Verbraucherschutz zum einen durch Formvorschriften verwirklicht. So soll ein Schriftformerfordernis, wie es etwa für den Verbraucherdarlehensvertrag vorgesehen ist, den Verbraucher vor den Folgen übereilter Entscheidungen bewahren.

Übereilungsschutz durch Formvorschriften ist in den Rechtsordnungen vieler Staaten jedoch nicht beschränkt auf Rechtsgeschäfte, an denen Verbraucher beteiligt sind. Regelmäßig finden sich Formvorschriften auch dort, wo es um Geschäfte von besonderer Tragweite geht. So unterliegt etwa in Deutschland ein Kaufvertrag über eine Immobilie besonderen Formvorschriften³⁸. Gleiches gilt für den Schluss der Ehe³⁹.

b) Informationspflichten, insbesondere im Bankwesen

Wesentliches Element des formellen Verbraucherschutzes sind zum anderen Informationspflichten des Unternehmers. Diese beruhen auf dem Leitbild des informierten oder zumindest informierbaren Verbrauchers. Besonders ausgeprägt findet sich dieser Gedanke in den Regelungen zum Verbraucherkreditvertrag, welcher im Folgenden als Beispiel eines weitgehend misslungenen Verbraucherschutzes näher betrachtet werden soll, sowie in den Regelungen zum Versicherungsvertrag.

³⁵ BGH, Urteil vom 15.01.2014 – VIII ZR 70/13.

³⁶ MünchKomm-BGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, § 241a Rn. 2.

³⁷ MünchKomm-BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 661a Rn. 6-9.

³⁸ Notarielle Beurkundung, § 331b Absatz 1 BGB.

³⁹ Eheschluss durch entsprechende Erklärung vor dem Standesbeamten, § 1310 Absatz 1 BGB.

aa) Selbstverständlich enthalten auch die Vorschriften zum Verbraucherkreditvertrag Regelungen zum materiellen Verbraucherschutz, etwa in Form von umfassenden Widerrufsmöglichkeiten. Den Kern des Verbraucherschutzes bilden jedoch die umfangreichen Informationspflichten des Kreditgebers. Dieser muss den Darlehensnehmer etwa informieren über⁴⁰

- den Namen und die Anschrift des Darlehensgebers,
- die Art des Darlehens,
- den effektiven Jahreszinssatz,
- den Nettodarlehensbetrag,
- den Sollzinssatz,
- die Vertragslaufzeit,
- Betrag, Zahl und Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen,
- den Gesamtbetrag,
- die Auszahlungsbedingungen,
- alle sonstigen Kosten sowie die Bedingungen, unter denen die Kosten angepasst werden können,
- den Verzugszinssatz und die Art und Weise seiner etwaigen Anpassung sowie gegebenenfalls anfallende Verzugskosten,
- die Rechtsfolgen ausbleibender Zahlungen,
- das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufsrechts,
- das Recht des Darlehensnehmers, das Darlehen vorzeitig zurückzuzahlen,
- bestimmte den Datenschutz betreffende Rechte.

Fehlt es an bestimmten dieser Angaben, so ist der Verbraucher-Kreditvertrag nichtig, § 494 Absatz 1 BGB. Soweit der Darlehensnehmer das Darlehen empfängt oder in Anspruch nimmt, wird der Vertrag aber gültig. Jedoch ermäßigt sich der dem Verbraucherdarlehensvertrag zugrunde gelegte Sollzinssatz auf den gesetzlichen

Zinssatz, wenn die Angabe des Sollzinssatzes, des effektiven Jahreszinses oder des Gesamtbetrags fehlt. Ist der effektive Jahreszins zu niedrig angegeben, so vermindert sich der dem Verbraucherdarlehensvertrag zugrunde gelegte Sollzinssatz um den Prozentsatz, um den der effektive Jahreszins zu niedrig angegeben ist. Nicht angegebene Kosten werden vom Darlehensnehmer nicht geschuldet. Ist im Vertrag nicht angegeben, unter welchen Voraussetzungen Kosten oder Zinsen angepasst werden können, so entfällt die Möglichkeit, diese zum Nachteil des Darlehensnehmers anzupassen. Fehlen im Vertrag Angaben zur Laufzeit oder zum Kündigungsrecht, ist der Darlehensnehmer jederzeit zur Kündigung berechtigt. Fehlen Angaben zu Sicherheiten, so können Sicherheiten nicht gefordert werden.

bb) Besonders deutlich wird das Leitbild des informierbaren Verbrauchers in

§ 491a Absatz 3 Satz 1 BGB:

Der Darlehensgeber ist verpflichtet, dem Darlehensnehmer vor Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrages angemessene Erläuterungen zu geben, damit der Darlehensnehmer in die Lage versetzt wird, zu beurteilen, ob der Vertrag dem von ihm verfolgten Zweck und seinen Vermögensverhältnissen gerecht wird.

Der Bezug zu den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers zeigt die Problematik: Viele Darlehensnehmer können die wirtschaftlichen Folgen der Darlehensaufnahme nicht richtig einschätzen und geraten früher oder später in eine Schuldenfalle, aus der letztlich nur die Privatinsolvenz herausführt. Dies kann naturgemäß vor allem mit Blick auf den überschuldeten Darlehensnehmer nicht wünschenswert sein, aber auch mit Blick auf den Darlehensgeber, der seine

⁴⁰ Art. 247 § 3 Absatz 1 EGBGB

Forderungen in einem solchen Fall häufig nicht mehr realisieren kann. Ob die immer umfangreicher werdenden Informationspflichten diesem Risiko jedoch effektiv begegnen, erscheint äußerst fraglich.

c) Kritik des Informationsmodells

Die umfangreiche Information des Verbrauchers, wie sie die entsprechenden EU-Richtlinien und in deren Umsetzung die Gesetze der Mitgliedstaaten vorsehen, führen nur zu einem unvollkommenen Verbraucherschutz. Das Problem liegt schon darin, dass die Information das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Verbraucher und Unternehmer nicht ausgleicht. Nimmt ein Verbraucher ein Darlehen bei einer Bank auf, so besteht das Ungleichgewicht bereits darin, dass die Bank die Rechtslage deutlich besser kennt als der Verbraucher und daher nur die Bank in der Lage ist, Gestaltungsmöglichkeiten, die das Gesetz eröffnet, zu ihren Gunsten zu nutzen. Dem begegnet das Verbraucherschutzrecht durch Informationspflichten, die den Verbraucher – so der theoretische Ansatz – in den Stand versetzen sollen, vor Vertragsschluss zu überblicken, worauf er sich einlässt und welche wirtschaftlichen Folgen der Vertragsschluss mit sich bringt.

Dies ist aber nur die eine Seite der Medaille. Wesentlich stärker fällt ins Gewicht, dass ein Vertrag mit einer Bank in aller Regel nicht etwa das Ergebnis freier Verhandlungen zwischen dieser und dem dank der Informationspflichten nunmehr vermeintlich informierten Verbraucher ist. Eine solche Vorstellung ginge gänzlich an der Lebenswirklichkeit vorbei. Vielmehr diktiert die Bank einseitig die Vertragsbedingungen, auf die der Darlehensnehmer keinerlei Einfluss nehmen kann. Dem kann der Kunde nichts entgegenzusetzen: Die Bank ist auf einen einzelnen Privatkunden nicht angewiesen, und dieser wird sich immer derselben Situation ausgesetzt sehen, egal

welche Bank er wählt. Auf die Ausgestaltung des Vertrages hat er keinerlei Einfluss, ein Darlehensvertrag mit einer Bank ist niemals das Ergebnis freier Verhandlungen. Schon deshalb ist das Informationsmodell, auf dem das Verbraucherkreditrecht beruht, unvollkommen: Vom theoretischen Ansatz her gleicht es nur das Informationsdefizit des Verbrauchers aus – und auch dies geschieht in der Praxis freilich nicht. Das Ungleichgewicht der Kräfte bei der Vertragsgestaltung lässt der auf Information begründete Verbraucherschutz dagegen unangetastet. Dies ist um so unverständlicher, als gerade im Bank- und im Versicherungswesen das Ungleichgewicht der Kräfte besonders augenfällig und daher das Bedürfnis nach materiellem Verbraucherschutz so groß ist wie in kaum einem anderen Rechtsbereich.

Hinzu kommt, dass die gesetzlich statuierten Informationspflichten den Verbraucher keineswegs bei der Darlehensaufnahme in die Lage versetzen, eine überlegte Entscheidung über die Kreditaufnahme zu treffen. Die Idee, dass ein Marktteilnehmer, ist er nur hinreichend gut informiert, stets eine für ihn optimale Entscheidung trifft, ist bloßes Wunschdenken. Dies schon deshalb, weil die Informationspflichten derart umfangreich sind, dass sie zu äußerst komplexen Vertragsgestaltungen, oft in Form von Allgemeinen Kreditbedingungen, führen und der Verbraucher in der Praxis mit einem ganzen Paket an Unterlagen konfrontiert wird⁴¹. So erhält derjenige, der ein Darlehen aufnehmen möchte, mitunter 50 oder mehr Seiten umfassende Hinweise. Es liegt auf der Hand, dass kaum ein Verbraucher diese Hinweise tatsächlich zur Kenntnis nimmt. Das Modell der EU führt somit zur Desinformation durch Überinformation. Bei dem Erlass ihrer Richtlinien dürfte die EU insbesondere den

⁴¹ BeckOGK/Knops, BGB, Stand: 01.09.2020, § 491 Rn. 5.

einfach denkenden Verbraucher, der sich mit dem Darlehensbetrag etwa den Wunsch nach einem neuen Auto erfüllen möchte, gänzlich aus dem Blick verloren haben. Dieser wird regelmäßig nicht imstande oder nicht willens sein, ins Detail gehende Ausführungen zum effektiven Jahreszinssatz oder zur Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung nachzuvollziehen.

d) Alternativer Lösungsansatz

Vorzugswürdig gegenüber immer neuen Pflichten zur Information und Erstellung von Produktblättern sowie Zinsformeln für die Zinsatzberechnung wäre ein effektiver, materieller Verbraucherschutz. Der Verbraucher muss sich auf ein faires Vertragsrecht verlassen können, ohne befürchten zu müssen, bei Vertragsbedingungen, Kosten, Entgelten und den Bedarfsänderungen bei Wandel der Lebensumstände überverteilt zu werden. Dies betrifft vor allem den langfristigen Immobiliarkredit, bei dem Bedarfsänderungen während der Laufzeit eher die Regel als die Ausnahme sind⁴².

Als Beispiel eines unnötig kompliziert gestalteten Verbraucherschutzes sei hier die Angabe des effektiven Jahreszinssatzes genannt. Die Idee ist, dass dem Verbraucher durch die Angabe des effektiven Jahreszinssatzes die tatsächlichen Kosten des Kredites vermittelt werden und er auf diese Weise verschiedene Kreditangebote miteinander vergleichen kann⁴³. Der effektive Jahreszinssatz beinhaltet dem Grundsätze nach nämlich alle Kosten und Gebühren, die bei einer Kreditaufnahme anfallen. Dazu gehören etwa die Sollzinsen, also die Zinsen, die jährlich für den Kredit zu zahlen sind, das Disagio, das dazu führt,

dass der Auszahlungsbetrag unter dem zurückzahlenden Darlehensbetrag liegt, sowie auch die Kosten für eine Restschuldversicherung, wenn die Bank den Abschluss einer solchen verlangt. Das Problem liegt bereits darin, dass nicht immer alle möglichen Kosten eines Kredits in die Berechnung des effektiven Jahreszinssatzes eingehen. So können zum Beispiel noch Kosten für die Kontenführung oder eventuelle Bereitstellungszinsen hinzukommen⁴⁴. Im Ergebnis bedeutet der effektive Jahreszinssatz also einen Zinssatz, der in dieser Höhe zu keinem Zeitpunkt des Kredites zu zahlen ist. Ändert sich die Kreditlaufzeit, so erweist sich die ursprüngliche Angabe des effektiven Jahreszinssatzes ohnehin als unzutreffend.

Ein wirksamer Verbraucherschutz würde insoweit nicht bei der Informationspflicht im Hinblick auf den effektiven Jahreszinssatz ansetzen. Transparenz, wie sie das Verbraucherschutzrecht dem Grunde nach anstrebt, wäre erst erreicht, wenn der Bank sämtliche Entgelte außer dem nachschüssig am Ende des Jahres zu zahlenden Zins untersagt wären. Ein sachlicher Grund dafür, dass das Kreditinstitut neben dem Zins sehr kreative weitere Kostenpositionen erheben kann, wie etwa Bereitstellungszinsen, ein Disagio oder sonstige Gebühren, ist nicht ersichtlich. Wer ein Auto kauft, zahlt den vereinbarten Kaufpreis - nicht mehr und nicht weniger. Niemand käme auf die Idee, beim Autoverkauf zusätzlich zum Kaufpreis Bearbeitungsgebühren, ein Aufgeld oder sonstige Provisionen zu verlangen. Dass dies beim Kreditvertrag anders ist, liegt allein darin begründet, dass den Kreditinstituten an einer Vergleichbarkeit der Angebote gerade nicht gelegen ist. Die diversen Kostenpositionen, die obendrein unterschiedlich berechnet werden, dienen allein der Verschleierung der tatsächlichen Belastung des Kreditnehmers. Nichts

⁴² BeckOGK/Knops, BGB, Stand: 01.09.2020, § 491 Rn. 5.

⁴³ MünchKomm-BGB/Schürnbrand/Weber, 8. Aufl. 2019, § 491a Rn. 16; BeckOGK/Knops, BGB, Stand: 01.09.2020, § 491 Rn. 18.

⁴⁴ Zum effektiven Jahreszinssatz im Einzelnen BeckOK/Möller, BGB, Stand: 01.08.2020, § 492 Rn. 15.

sprache dagegen, als Entgelt für die Darlehensgewährung allein den Sollzins zuzulassen, der dann freilich entsprechend höher ausfiele, aber keine sonstigen Gebühren. Der Verbraucherschutz wäre umso effizienter, wenn ein Verstoß gegen das Verbot der Vereinbarung weiterer Entgelte nicht nur zur Unwirksamkeit des zusätzlich vereinbarten Entgelts führte, sondern auch zum Entfall des an sich zulässigerweise vereinbarten Sollzinses, das Darlehen dann also gänzlich kostenfrei zu gewähren wäre. So könnte dem Versuch der Banken, weitere Kostentreiber zu kreieren, wirksam entgegengewirkt werden. Ein Verbot weiterer Entgelte und Kosten neben dem Sollzins würde gewährleisten, dass der Kreditnehmer, auch ohne sich zunächst durch ein Informationspaket zu wühlen, genau wüsste, dass er für einen Kredit in Höhe von 10.000 € bei einem Sollzinssatz von 5% per annum am Ende des Jahres genau 500 € zahlen müsste. Dieser Weg wäre wesentlich effizienter, als eine Vielzahl phantasievoller Kostenpositionen zuzulassen und der Bank lediglich aufzuerlegen, diese dem Kunden zu erläutern und – teilweise - in einen effektiven Jahreszinssatz umzurechnen.

Ähnliches gilt für die Vorfälligkeitsentschädigung. Grundsätzlich ist es den Kunden möglich, vorzeitig das Darlehen in bestimmter Höhe zurückzuführen. Unter Umständen muss er jedoch eine Vorfälligkeitsentschädigung dafür entrichten. Anstelle einer wenig durchschaubaren Regelung zur Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung wäre es im Sinne des Verbraucherschutzes wünschenswert, wenn es dem Kreditnehmer etwa nach Ablauf einer bestimmten Vertragslaufzeit gestattet wäre, den Kredit in beliebiger Höhe vorzeitig zu tilgen und der zu zahlende Zins sich dann nur noch auf die Restschuld bezieht. Dies wäre zwar insoweit ein Ungleichgewicht zwischen den Rechten des Kreditnehmers und des Kreditgebers, als letzterer den Kreditvertrag

grundsätzlich nicht vorzeitig auflösen kann. Aber dem Kreditgeber bliebe es unbenommen, dies bei der Festlegung des Sollzinssatzes zu berücksichtigen, also einen entsprechend erhöhten Sollzinssatz zu verlangen.

3. Kombinationsmodelle, insbesondere Online-Handel

Ein Bereich, der im Unterschied zum vorstehend behandelten Verbraucherkreditrecht sehr weitgehend durch eine gelungene Kombination aus formellen und materiellen Vorschriften des Verbraucherschutzes geregelt ist, ist der Online-Handel. Das besondere Regelungsbedürfnis ergibt sich zum einen daraus, dass dem Online-Handel immer stärkere Bedeutung zukommt. Dies gilt nicht nur in Zeiten der Corona-Pandemie, in der viele den coronasicheren Einkauf am eigenen PC dem Gang in den Supermarkt vorziehen und in der der Marktriese Amazon seinen Umsatz noch erheblich steigern konnte. Der Umsatz über Online-Plattformen hat längst in Euro gemessen zweistellige Milliardenbeträge erreicht. Um so wichtiger ist ein effektiver Verbraucherschutz auch in diesem Bereich. Zum anderen ergibt sich das Schutzbedürfnis daraus, dass der Käufer die Ware, die er bestellt, anders als beim Kauf im Geschäft vor Ort nicht sieht, nicht in die Hand nehmen und prüfen kann. Er muss sich bei seiner Kaufentscheidung vielmehr allein auf die Angaben und Bilder des Verkäufers verlassen. Außerdem kann der Käufer mit dem Verkäufer nicht unmittelbar über die Vertragsbedingungen sprechen, sondern ist für alle wichtigen Informationen auf die Website des Verkäufers angewiesen.

a) Vertragsschluss

Vor diesem Hintergrund gelten schon für den Vertragsschluss besondere Bestimmungen. Bevor der Käufer eine kostenpflichtige Bestellung abschicken kann, also spätestens im Warenkorb oder im Kassbereich, muss der Anbieter klar und verständlich in hervorgehobener Weise über die wesentlichen Vertragsbestandteile informieren, etwa über den Gesamtpreis der Waren oder Dienstleistungen einschließlich aller Steuern und Abgaben und die Versandkosten. Damit der Anbieter die Kostenpflichtigkeit seiner Leistung nicht verschleiern kann, ist es erforderlich, dass, soweit die Bestellung durch das Anklicken einer Schaltfläche abgeschickt wird, dieser Button gut lesbar mit „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet ist. Anderenfalls kommt ein Vertrag nicht zustande.

Ein Problem besteht darin, dass unlautere Anbieter dem Kunden häufig Nebenleistungen ohne ausdrückliche Vereinbarung unterzuschieben versuchen. Ein Beispielfall ist der Versuch, demjenigen, der über das Internet eine Reise bucht, eine Rücktrittsversicherung dadurch unterzuschieben, dass ein entsprechendes Häkchen für den Abschluss bereits voreingestellt ist. Eine so geschlossene Vereinbarung über Nebenleistungen ist unwirksam. Vielmehr muss der Kunde die Nebenleistung bewusst ausgewählt, das Häkchen also selbst gesetzt haben. Nur dann wird die Nebenleistung zum Vertragsbestandteil.

b) Widerrufsrecht

Im Online-Handel steht dem Kunden ein 14tägiges Widerrufsrecht zu. Die Frist läuft erst, wenn der Verkäufer eine entsprechende Widerrufsbelehrung erteilt hat. Bei der Bestellung von Waren beginnt sie an dem Tag des Erhalts der Waren, ansonsten mit Vertragsschluss. Keine Widerrufsmöglichkeit besteht jedoch bei bestimmten Waren, etwa solchen, die speziell auf

den Kunden zugeschnitten sind (maßangefertigte Kleidung), schnell verderblichen Lebensmitteln oder wenn die Rückgabe aus hygienischen Gründen nicht in Betracht kommt.

c) Rückabwicklung nach Widerruf

Nach dem Widerruf muss der Kunde die Ware innerhalb von 14 Tagen zurücksenden. Der Kunde muss die Ware zwar ordnungsgemäß verpacken, er hat jedoch nicht die Pflicht, die Originalverpackung zu verwenden. Geht die Ware auf dem Transportweg verloren oder wird sie beschädigt, so geht dies zu Lasten des Verkäufers, der die entsprechende Gefahr trägt. Der Verkäufer muss dem Käufer das Geld innerhalb von 14 Tagen zurückzahlen. Er kann mit der Überweisung aber warten, bis er die Ware zurückerhalten hat. Die Rückerstattungspflicht bezieht sich auch auf die Versandkosten, soweit es sich nicht um zusätzliche Kosten für eine besondere Versandart, etwa eine Expresslieferung handelt. Im Unterschied zur früheren Rechtslage muss jedoch der Kunde die Kosten für die Rücksendung der Ware tragen. Viele Internetanbieter übernehmen die Rücksendekosten jedoch auf freiwilliger Basis.

d) Verlust der Ware auf dem Versandweg

Der Verkäufer trägt nicht nur das Risiko, dass die Ware nach Widerruf auf dem Rückweg verloren geht, sondern auch bereits das Risiko des Verlustes auf dem Versandweg zum Kunden hin. Hat er für den Versand einen zuverlässigen Spediteur ausgewählt, so muss der Verkäufer jedoch nicht erneut liefern. Er kann aber nicht die Bezahlung der verlorengegangenen Ware verlangen.

Besondere Bedeutung haben insoweit Fehler des Zustellers. Zustellunternehmen arbeiten häu-

fig unter hohem Zeitdruck. So kommt es, dass die Auslieferungsfahrer die Ware häufig beim nächstbesten Nachbarn abgeben, wenn sie den eigentlichen Adressaten nicht antreffen. Wenn der Kunde jedoch nicht sein Einverständnis mit der Übergabe an den betreffenden Nachbarn erklärt hat, diesen also nicht als Empfangsboten eingesetzt hat, hat er die Ware erst erhalten, wenn der Nachbar ihm diese übergibt. Geschieht dies nicht, etwa weil der Nachbar die Ware unterschlägt, so fällt dies nicht in den Risikobereich des Kunden. Eine Zahlungspflicht ist demnach noch nicht begründet. Gleiches gilt in den Fällen, in denen der Zusteller die Ware ohne ausdrückliche Autorisierung durch den Adressaten einfach vor der Haustür abstellt und sie dann abhandelt. Familienangehörige des Kunden gelten hingegen als empfangszuständig, so dass die Übergabe an sie wie eine Übergabe an den Adressaten persönlich wirkt.

VII. Fazit

Durch umfassende Regelungen der Europäischen Union ist das Verbraucherschutzrecht in den Mitgliedstaaten in den letzten Jahrzehnten mehr und mehr ausgebaut worden. Aber auch außerhalb der Europäischen Union wird zunehmend der Bedarf an einem verstärkten Verbraucherschutz erkannt. Als Beispiel hierfür sei Georgien genannt. Dies gilt jedoch nicht nur für europäische Staaten. Auch außereuropäische Staaten

wie etwa Jordanien haben sich der Thematik inzwischen angenommen.

Ein effektiver Schutz des Verbrauchers wird nur durch materielle Bestimmungen gewährleistet. Gerade in dem Bereich, in dem ein effizienter Verbraucherschutz besonders nützlich ist, nämlich dem Verbraucherkreditrecht, liegt der Schwerpunkt des durch die EU vorgegebenen Verbraucherschutzes jedoch auf formellen Bestimmungen, insbesondere betreffend die überaus umfangreichen Informationspflichten. Damit wird dem strukturell bedingten Ungleichgewicht der Kräfte zwischen dem Verbraucher, dem Darlehensnehmer, und dem Unternehmer, dem Kreditinstitut, nicht ausreichend entgegengewirkt. Insoweit besteht dringender Reformbedarf. Regelungsziel muss insoweit ein faires Vertragsrecht sein, welches insbesondere dem Unwesen im Bereich der der Bank geschuldeten Entgelte begegnet.

Als gelungene Regelungen zum Verbraucherschutz können dagegen die Vorschriften über den Onlinehandel sowie diejenigen zum Verbrauchsgüterkauf angesehen werden. Hier liegt der Schwerpunkt des Schutzes erkennbar auf materiellen Regelungen, die den Verbraucher davor bewahren, dass das dispositive Gesetzesrecht allzu sehr zu seinem Nachteil abbedungen wird, und die die allgemeinen Bestimmungen insoweit modifizieren, als dem Verbraucher noch günstigere Rechtspositionen als nach allgemeinem Recht eingeräumt werden.

Dauer der Beschlagnahme von Eigentum im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit von Eigentumsrechten*

Gocha Parulava

Abteilung für Aufsicht und strategische Entwicklung der Staatsanwaltschaft, stellvertretender Leiter,
Generalstaatsanwaltschaft Georgiens

I. Einleitung

Das Recht auf Eigentum und Erbschaft wird durch Art. 19 der Verfassung von Georgien anerkannt und garantiert. Jede Bestimmung in der Verfassung wäre bedeutungslos, wenn andere Rechtsvorschriften einen angemessenen Schutz der Menschenrechte nicht vorsehe.

Bei der Umsetzung des Rechtsverfahrens werden Gesetze angewendet, die auf dem betreffenden Rechtsgebiet unmittelbar anwendbar sind. Jedes Gesetz muss mit der Verfassung in Einklang stehen, es gibt jedoch keine vollkommenen Gesetze. Gesetze werden von Menschen geschaffen und Fehler sind ein wesentlicher Bestandteil der Menschheit. Aus diesem Grund ist es nicht ungewöhnlich, dass Normen in diesem oder jenem Rechtsbereich die durch die Verfassung garantierten Rechte einer Person verletzen, obwohl dies für den Gesetzgeber keineswegs offensichtlich ist - seine Handlungen stehen ja im Einklang mit dem Gesetz.

Es ist dem Gesetzgeber objektiv unmöglich, ein Rechtsverhältnis im Detail zu regeln. Er verwendet oft unbestimmte rechtliche Konzepte und allgemeine Formulierungen. Dies gibt der

Exekutive natürlich Handlungsspielraum. Obwohl die Exekutive in diesem Fall durch die Grundrechte auch stark eingeschränkt ist.¹

Die in der Strafprozessordnung vorgesehenen Zwangsmaßnahmen schränken die grundlegenden Menschenrechte ein. Die Rechtspflege wäre ohne Eingriffe in die Verfassungsrechte unmöglich gewesen. Je intensiver die Eingriffe, desto mehr Garantien muss das Gesetz bieten.

Konstitutionelle Menschenrechte werden von Natur aus als eine Art von Rechten deklariert, die den Menschen nicht durch die Verfassung gewährt wurde, sondern nur vom Staat bekannt und anerkannt werden.²

Der Staat ist für den Schutz der Menschenrechte nach unmittelbar geltendem Recht verantwortlich. Das Gesetz muss so formuliert sein, dass Personen, die im Namen des Staates handeln, nicht die Möglichkeit haben, mehr in ihre Rechte einzugreifen, als zur Erreichung eines legitimen Ziels in einem demokratischen Staat erforderlich ist. Der Zweck dieser Artikel ist die

* Aus dem Georgischen von *Teimuraz Lomidze*.

¹ *Loladze b.* Einschränkung der Exekutivgewalt durch Grundrechte, Sammlung von Artikeln "Schutz der Menschenrechte: Gesetzgebung und Praxis", Tiflis, 2018, 185.

² *Kobakhidze I.* Verfassungsrecht, Favorite Style Ltd, Tiflis, 2019, 49.

Verfassungsmäßigkeit der Dauer der Beschlagnahme zu bewertet, die in der Strafprozessordnung von Georgien festgelegt ist. Die Beschlagnahme an sich ist eine sehr breite Institution, und in vielerlei Hinsicht kann der Umfang ihrer Verfassungsmäßigkeit erörtert werden. Gegenstand dieses Artikels ist jedoch die Bestimmung der Verhältnismäßigkeitsgrenzen der Eingriffe in das, durch die Verfassung Georgiens geschützten, Eigentumsrecht. Die Fristen spielen in Strafverfahren eine wichtige Rolle, sie "schaffen eine Garantie dafür, dass die Rechte und berechtigten Interessen der Teilnehmer des Verfahrens tatsächlich geschützt werden".³ Die Dauer der Beschlagnahme berührt die gesetzlichen Rechte und Interessen des Eigentümers. Der Zweck des Artikels ist es herauszufinden, inwieweit das Gleichgewicht zwischen öffentlichen und privaten Interessen gewahrt bleibt und ob das verfassungsmäßige Recht des Einzelnen im Namen des öffentlichen und staatlichen Interesses ungerichtlich eingeschränkt wird.

II. Berechnung der Beschlagnahmungsfristen

Die Frage der Beschlagnahme von Eigentum ist in den Art. 151-158 der Strafprozessordnung von Georgien geregelt. Als Maßnahmen des Strafverfahrenszwang kann das Gericht zur Enteignung, das Eigentum des Angeklagten, der für seine Handlungen materiell verantwortlichen Person und / oder der mit ihm verbundenen Person, auf Antrag der beschädigten Partei, einschließlich der Bankkonten, beschlagnahmen, wenn Beweise dafür vorliegen, dass das Eigentum versteckt oder ausgegeben wird und / oder das Eigentum strafrechtlich erlangt wurde.⁴

Die Beschlagnahme von Eigentum wird auch zur Vorbereitung eines der in den Art. 323-330 und 331¹ GStGB vorgesehenen Verbrechen oder bei Vorbereitung anderer besonders schwerer Verbrechen sowie um deren Verhinderung zu gewährleisten, wenn ausreichende Beweise dafür vorliegen, dass das vorhandene Eigentum zur Begehung eines Verbrechens verwendet wird.⁵

Das Gericht kann das Eigentum auch beschlagnahmen, wenn ausreichende Beweise dafür vorliegen, dass es Eigentum eines korrupten, kriminellen, Angehörigen der "Diebeswelt" / "Diebes im Gesetz" oder einer Person gehört, die nach Art. 194 III c) GStGB⁶, wegen eines Verbrechens verurteilt wurde, und / oder ein Verbrechen wurde gegen das Eigentum begangen und / oder es wurde auf kriminelle Weise erlangt.⁷

Art. 158 der Strafprozessordnung von Georgien bezieht sich auf die Dauer einer gerichtlichen Entscheidung über die Beschlagnahme von Eigentum - das Eigentum wird vor Vollstreckung des Urteils beschlagnahmt, bis Beendigung der Strafverfolgung und / oder Untersuchung. Gemäß diesem Art. unterscheidet sich die Frist für die Beschlagnahme von Eigentum erheblich von offenen Strafsachen, die strafrechtlich verfolgt und untersucht werden.

Wenn eine Person strafrechtlich verfolgt wird und das Eigentum von ihr oder einer verwandten Person beschlagnahmt wird, gilt die Beschlagnahme während des gesamten Strafverfahrens. Die Beschlagnahme wird aufgehoben, wenn die Strafverfolgung während der Untersuchung oder des Verfahrens beendet wird oder wenn die sachliche Anhörung des Strafverfahrens abgeschlossen und das Urteil vollstreckt wurde.

³ Autorenkollektiv, Strafverfahren (Einzelne Institute des allgemeinen Teils), Gogshelidze R. Herausgegeben von der zweiten Ausgabe, „Samartali“ Verlag, Tiflis, 2009, 417.

⁴ Art. 151 I der Strafprozessordnung von Georgien.

⁵ Art. 151 II der Strafprozessordnung von Georgien.

⁶ GStGB steht für Strafgesetzbuch von Georgien.

⁷ Art. 151 III der Strafprozessordnung von Georgien.

Nach Einleitung eines Strafverfahrens wird gemäß den Verfahrensgesetzen die Frist für die Übermittlung an das Gericht mitberechnet. Daher hängt die Dauer der Strafverfolgung in der Ermittlungsphase von der Festlegung der Sitzung des Einleitungsverfahrens ab.

Gemäß Art. 169 VIII der Strafprozessordnung von Georgien darf eine Person vor der Anhörung vor dem Gerichtsverfahren nicht länger als 9 Monate, wegen eines Verbrechens, für verdächtig befunden werden, es sei denn, sie wurde vor Ablauf des Verfahrens in diesem Zeitabschnitt wegen eines anderen Verbrechens angeklagt. Im Falle einer erneuten Anklage endet die Frist für die ursprüngliche Anklage und die Laufzeit wird ab dem Tag der Einreichung einer neuen Anklage berechnet. Nach Ablauf der genannten Frist wird die Strafverfolgung gegen die Person eingestellt. Dem genannten Artikel zufolge beträgt die strafrechtliche Verfolgung zum Zeitpunkt der Untersuchung 9 Monate, und diese Frist ist ebenfalls an Bedingungen geknüpft. Theoretisch könnte es weitere 9 Monate dauern, wenn eine Person für einen neuen Fall erneut belastet wird. Der Gesetzgeber verbietet jedoch nicht die Erhebung von mehreren Anklagen in gleicher Sache, und wenn eine neue Straftat begangen wird, beginnt die Frist von neun Monaten mehrmals neu zu laufen. Infolgedessen verlängert sich die Dauer der Beschlagnahme von Eigentum proportional zur Dauer der Strafverfolgung, auch wenn die Gründe für die Beschlagnahme möglicherweise nichts mit der neuen Straftat zu tun haben.

Sobald der Fall vor Gericht steht, wird die Frist für die Verurteilung festgelegt. Die Dauer der Beschlagnahme hängt von der Vollstreckung des Urteils ab, und das Urteil wird gemäß Art. 279 I GStGB vollstreckt, sobald es vom Gericht öffentlich bekannt gegeben wird. Dementsprechend wird die Frist für die Beschlagnahme des Vermögens proportionell mit der Verlängerung der

Dauer der strafrechtlichen Verfolgung verlängert, selbst wenn die Gründe für die Beschlagnahme nicht im direkten Zusammenhang mit dem neuen Straftat stehen.

Gemäß Art. 185 Abs. 6 des Strafgesetzbuchs fällt das erstinstanzliche Gericht das Urteil spätestens 24 Monate nach der Entscheidung zur Weiterleitung zur sachlichen Prüfung an den Untersuchungsrichter. Gemäß Abs. 7 desselben Artikels gilt diese Frist nicht für ein Strafverfahren, in dem der Angeklagte es vermeidet, vor Gericht zu erscheinen, und / oder nach dem Angeklagten gefahndet wird.

Es ist zu beachten, dass die Dauer der strafrechtlichen Verfolgung vor Gericht erst nach der Entscheidung in der vorgerichtlichen Anhörung zum Übergang zum Hauptverfahren berechnet wird. Dieser Zeitraum umfasst nicht den für die vorgerichtliche Anhörung erforderlichen Zeitraum, und die Dauer dieser Anhörung ist nicht gesetzlich festgelegt. Die Sitzung kann mehrmals verschoben werden und mehrere Wochen oder Monate dauern. Das Gesetz begrenzt die Frist für eine Gerichtsverhandlung nicht, wenn der Fall gegen einen gesuchten oder versteckten Angeklagten verhandelt wird. Eine Analyse der oben genannten Normen macht deutlich, dass es unmöglich ist, die maximale Beschlagnahmungsdauer in Strafverfolgungsfällen zu berechnen, da in einigen Fällen sowohl der Neunmonatszeitraum der Untersuchung als auch der Zweijahreszeitraum des Verfahrens unbegrenzt verlängert werden können.

Noch deutlicher wird das Ausmaß der Beschlagnahmefrist in Strafsachen, in denen keine Strafverfolgung eingeleitet wurde. Wenn Art. 151 I der Strafprozessordnung von Georgien verlangt, dass das Eigentum dem Angeklagten gehören sollte, der für seine Handlungen materiell verantwortlich ist, oder einer mit ihm verbunde-

nen Person, ist laut Abs. 3 desselben Artikels nicht notwendig, dass selbst der Angeklagte in dem Fall erscheint, da das Gericht Eigentum auch dann beschlagnahmen kann, wenn ausreichende Beweise dafür vorliegen, dass eine Straftat gegen dieses Eigentum begangen und / oder auf kriminelle Weise erlangt wurde.

In Fällen, in denen die strafrechtliche Verfolgung noch nicht begonnen hat, hängt die Dauer der Beschlagnahme mit der Beendigung der Untersuchung zusammen.

Art. 103 des Strafgesetzbuches von Georgien legt die Untersuchungsdauer fest, wonach die Ermittlungen innerhalb einer angemessenen Frist durchgeführt werden sollen, jedoch nicht länger als durch das Strafgesetzbuch festgelegte Verjährungsfrist für die strafrechtliche Verfolgung. Die Verjährungsfrist für die strafrechtliche Verfolgung ist in Art. 71 GStGB definiert und beträgt zwei Jahre ab Begehung einer Straftat, für die die Höchststrafe von zwei Jahren Haft nicht überschritten wird. Sechs Jahre – bei Begehung eines weiteren, weniger schweren Verbrechens; Zehn Jahre - bei Begehung eines schweren Verbrechens; Fünfzehn Jahre – bei Begehung von Straftaten im Amt, zwanzig Jahre - bei der Begehung von Sexualverbrechen; dreißig Jahre - bei der Begehung eines besonders schweren Verbrechens. Das Strafgesetzbuch sieht auch Straftaten vor, für die die Verjährungsfrist für die Strafverfolgung überhaupt nicht gilt.⁸

In Anbetracht all dessen kann das Strafprozessrecht die Eigentumsrechte für viele Jahre oder sogar auf unbestimmte Zeit einschränken.

III. Einschränkung des Eigentumsrechts

⁸ Die Verjährungsfrist gilt nicht für den Fall, der im internationalen Abkommen Georgiens vorgesehen ist, und für die Täte, die in den Artikeln 1441-1443 des Strafgesetzbuchs von Georgien vorgesehen sind, sowie für Täte, die in den Artikeln vorgesehen sind 137, 141 und 253-255².

Gemäß Art. 19 der Verfassung Georgiens wird das Eigentums- und Erbrecht anerkannt und gesichert. Es liegt im öffentlichen Interesse, dieses Recht auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise einzuschränken.

Ohne Eigentumsrechte ist eine demokratische Gesellschaft nicht möglich. Das Verfassungsgericht hat wiederholt das Ziel und den Zweck des genannten Rechts klargestellt. Insbesondere „ist das Recht auf Eigentum nicht nur die Grundlage der menschlichen Existenz, sondern gewährleistet auch seine Freiheit, eine angemessene Verwirklichung seiner Fähigkeiten und Fertigkeiten, um das Leben mit Verantwortung zu führen. All dies setzt die privaten Initiativen des Einzelnen im wirtschaftlichen Bereich voraus, die zur Entwicklung der Wirtschaftsbeziehungen, des freien Unternehmertums, der Marktwirtschaft und der normalen und stabilen zivilen Verkehrs beitragen.“⁹

Der Begriff des Eigentums wird nach dem liberalen Konzept als ein Menschenrecht definiert, das noch vor der "Staatlichkeit" existierte. Solche Rechte bestehen unabhängig vom Staat, weil sie nicht vom Staat geschaffen wurden (natürliche Theorie der Menschenrechte). Eigentum ist einer der Hauptbestandteile der persönlichen Freiheit. Wenn der Staat einer Person keine Freiheit, kein Leben oder Eigentum gewährt, dann sollte Erwerb des Eigentums nicht vom Staat abhängig sein und vom ihm regulierbar sein, so diese Theorie.¹⁰ Das Verfassungsgericht verbindet auch das Recht auf Eigentum mit der Achtung der Menschenwürde: „Die Achtung des verfassungsmäßigen Grundwertes, der Menschenwürde, in ihrem sozialen und wirtschaftlichen Kon-

⁹ Entscheidung Nr. 1 / 2/384 des Verfassungsgerichts von Georgien vom 2. Juli 2007.

¹⁰ Pirtskhalashvili A., Kommentar zur Verfassung Georgiens, Kapitel 2, Staatsbürgerschaft Georgiens. Grundlegende Menschenrechte und Freiheiten, „Petiti“ Verlag, Tiflis, 2013. 206.

text hängt maßgeblich von der vollständigen Verwirklichung der Eigentumsrechte ab. Eigentum stellt eine Quelle der persönlichen Unabhängigkeit und Entfaltung für einen Menschen dar. Das Bestreben des Menschen, sein eigenes Eigentum zu Zwecken seiner Unabhängigkeit und seinen eigenen Wohlstand zu schaffen, verdient zweifellos den Respekt des Staates, der sich in der Gesetzgebung über den Erwerb von Eigentum widerspiegeln sollte, die einerseits den ungehinderten Genuss dieses Rechts und andererseits effektiver ziviler Umsatz gewährleistet.“¹¹

1. Es soll ein Eingriff vorliegen

Das Verfassungsgericht unterscheidet zwischen Eingriffen in das Eigentum nach der Schwere¹² - unter Beschlagnahme oder Einschränkung.

Die Beschlagnahme von Eigentum verbietet dem Eigentümer, über das Eigentum zu verfügen und es gegebenenfalls zu nutzen. Nutzung und Verfügung sind untrennbare Bestandteile des Eigentumsrechts, daher liegt ein Eingriff in das Recht in Form einer Einschränkung vor, wobei das Verbot der Nutzung des Eigentums ein intensiverer Eingriff ist.

Der Oberste Gerichtshof von Georgien betont in einer seiner Entscheidungen, dass sich der Inhalt des Eigentumsrechts im Recht des Eigentümers manifestiert, die volle Kontrolle über die Sache auszuüben und nach eigenem Ermessen

darüber zu verfügen, und dieses Recht sollte nicht gefährdet werden.¹³

Der Begriff Eigentum meint, unter anderem, auch das Verfügen (einschließlich beweglicher und unbeweglicher Sachen, Bankkonten, Eigentumsrechte), einschließlich der Vernichtung, nach Ermessen des Eigentümers, zusammen mit der Nutzung und dem Besitz.¹⁴ Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs ist das Verbot der Verwendung von Eigentum nur dann zulässig, wenn es zur wirksamen Bekämpfung der Kriminalität unweigerlich erforderlich ist und gleichzeitig alle anderen Mittel/Mechanismen zur Erreichung des Beschlagnahmezweckes ausgeschöpft sind (zum Beispiel - eine begründete Annahme, dass aus dem Erlös des Eigentums ein terroristischer Akt finanziert werden soll. Es ist klar, dass in diesem Falle zur Prävention des Verbrechens alleine nur Einschränkung der Vermögensverfügung offensichtlich nicht ausreicht, um Kriminalität zu verhindern, und es besteht auch eine erhöhte Notwendigkeit, eine Nutzung des Vermögens zu verbieten).¹⁵

2. Der Eingriff muss auf gesetzlichen Grundlagen erfolgen

Gemäß Art. 19 II der Verfassung Georgiens muss die Einschränkung des Eigentumsrechts in den gesetzlich festgelegten Fällen und gemäß dem festgelegten Verfahren ausgeübt werden. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsge-

¹¹ Entscheidung Nr. 3/1/512 des Verfassungsgerichts von Georgien vom 26. Juni 2012.

¹² Tugushi T., Burjanadze G., Mshvenieradze G., Gotsiridze G., Menabde V., "Menschenrechte und die Praxis des Verfahrens des Verfassungsgerichts von Georgien", Tiflis, 2013, 254.

¹³ Kartoza m. Konstitutionelle und zivilrechtliche Änderung der Eigentumsrechte, Sammlung von Artikeln "Schutz der Menschenrechte: Gesetzgebung und Praxis", Tiflis, 2018. p. 135. Entscheidung der Zivilprozesskammer des Obersten Gerichtshofs von Georgien, №AS-189-182-2013, 16.01.2016.

¹⁴ Entscheidung Nr. 2 / 1/631 des Verfassungsgerichts von Georgien vom 18. April 2016.

¹⁵ Bitchia Sh. "Verfahrensfolgen des Ablaufs der Verjährungsfrist für die Anklage vor der Untersuchung", Jubiläumssammlung, Guram Nachkebia - 75, Meridian Verlag, Tiflis, 2016, 158.

richts von Georgien ist es notwendig, ein „Gesetz“ als Produkt der Gesetzgebungstätigkeit zu schaffen, für die Einschränkung des Rechts und die öffentliche Notwendigkeit durch Gesetz zu bestimmen. So galt beispielsweise Eigentum, das durch einen einzigen Akt des Premierministers beschlagnahmt wurde, als verfassungswidrig.¹⁶

Die Beschlagnahme von Strafsachen erfolgt gemäß den Regeln der georgischen Strafprozessordnung. Der Kodex legt die Voraussetzungen für die Durchsetzung der Beschlagnahme und das Verfahren zu seiner Durchführung fest, dementsprechend sind Eingriffe in diesen Teil rechtmäßig.

3. Es muss ein legitimer Zweck vorliegen.

Gemäß Art. 19 II der Verfassung Georgiens ist die Einschränkung von Eigentumsrechten im öffentlichen Interesse zulässig. Bis 2018 wurde das legitime Ziel als „grundlegendes öffentliches Bedürfnis“ definiert. Zu den öffentlichen Interessen gehören notwendige öffentliche Bedürfnisse, der Unterschied in den Begriffen lässt keine Eingriffsmöglichkeit im Eigentum durch unterschiedliche Interpretationen.

Im Strafprozess liegt das öffentliche Interesse in der Wahrheitsaufklärung, der Aufdeckung der Straftat, der Bestrafung des Täters, der Effektivität des Verfahrens, der Optimierung des effizienten Einsatzes von personellen und materiellen Ressourcen, der Verhinderung neuer Straftaten, der Aufrechterhaltung von Recht und Ordnung, usw. Privates Interesse bezieht sich auf den Schutz einer bestimmten Person vor der Verlet-

zung oder Einschränkung bestimmter Rechte und Interessen durch den Staat.¹⁷

Die Beschlagnahme des Vermögens wird auf Grundlage einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme zur möglicherweise Enteignung des Vermögens durchgeführt.

Die Definition einer strafrechtlichen Zwangsmaßnahme ist nicht gesetzlich geregelt, umfasst jedoch "vorbeugende Maßnahmen, die durch die Verfahrensbeteiligten die ordnungsgemäße Erfüllung ihrer Pflichten und die Verhinderung der Störungen bei Durchsetzung der Gerechtigkeit in den Phasen der Ermittlung, Strafverfolgung und / oder beim Strafprozess gewährleisten."¹⁸

Obwohl die konkreten Zwecke und Gründe für die Anwendung dieser Maßnahmen unterschiedlich sind, verfolgen sie nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs alle ein gemeinsames Ziel von Zwangsmaßnahmen: Störung der Ermittlungen zu verhindern und die Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Rechtspflege zu schaffen.¹⁹

„Es besteht kein Zweifel, dass eine der Hauptaufgaben des Staates darin besteht, die Kriminalität wirksam zu bekämpfen und eine angemessene Rechtspflege zu fördern. "Die reibungslose Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen, die Wiedergutmachung von kriminellen Schäden und die Verhinderung krimineller Aktivitäten stehen im öffentlichen Interesse."²⁰ Der zweite Zweck der Beschlagnahme ist die Sicherstellung einer möglichen Entziehung von Eigentum. Es sei da-

¹⁶ Tugushi T., Burjanadze G., Mshvenieradze G., Gotsiridze G., Menabde V., „Menschenrechte und die Praxis des Rechtsverfahrens des Verfassungsgerichts Georgiens“, Tiflis, 2013, 257-258.

¹⁷ Bichia Sh. "Verfahrensfolgen des Ablaufs der Verjährungsfrist für die Anklage vor der Untersuchung", Jubiläumssammlung, Guram Nachkebia - 75, Meridian Verlag, Tiflis, 2016, 158.

¹⁸ Entscheidung №2 / 1/631 des Verfassungsgerichts von Georgien vom 18. April 2016.

¹⁹ An gleicher Stelle

²⁰ Entscheidung N3 / 2/574 des Verfassungsgerichts von Georgien vom 23. Mai 2014.

rauf hingewiesen, dass dieses Ziel nach Ansicht des Verfassungsgerichts legitim ist.²¹

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hielt im Fall Gogitidze und andere gegen Georgien (№ 36862/05; 12.05.2015) die Entziehung des Eigentums für legitim, da Enteignung des illegalen und unbegründeten Vermögens nicht rechtswidrig ist. Der Europäische Gerichtshof weist darauf hin: "Der Aspekt der Entschädigung impliziert die Wiederherstellung des Status quo vor der ungerechtfertigten Bereicherung des Beamten - Rückgabe an den rechtmäßigen Eigentümer oder, wenn ein solcher fehlt, an den Staat".²²

Bei der Definition eines "legitimen Zwecks" stützt sich das Gericht auf den "Inhalt" einer bestimmten Maßnahme und ihre "Bedeutung". Erfüllt der besondere legitime Zweck der Maßnahme diese Kriterien, kann sie als „wesentliches öffentliches Bedürfnis“ im Sinne von Art. 21 Abs. 2 der Verfassung Georgiens betrachtet werden.

So wurde beispielsweise die Kriminalitätsbekämpfung vom Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 2. Juli 2007 berücksichtigt.²³

4. Der Eingriff muss Verhältnismäßig sein

Die Rechtmäßigkeit der Einschränkung verfassungsrechtlicher Rechte setzt voraus, dass die Einschränkung ein „geeignetes“, „erforderliches“

und „angemessenes“ Mittel zur Zielerreichung ist.

„Ein Maß der Einschränkung für die verfassungsmäßigen Rechte, einschließlich der Eigentumsrechte, stellt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit dar. Dieses Prinzip ist ein Mechanismus, um den Gesetzgeber bei der Einschränkung der Menschenrechte zu hindern, und folglich ein Element der verfassungsrechtlichen Kontrolle. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass restriktive rechtliche Regelungen ein sinnvolles und notwendiges Mittel zur Erreichung eines wertvollen öffentlichen (berechtigten) Ziels sein müssen. Gleichzeitig sollte die Intensität der Einschränkung des Rechts in einem angemessenen Verhältnis zu dem zu erreichenden öffentlichen Ziel stehen. Es ist unzulässig, ein legitimes Ziel auf Kosten verstärkter menschenrechtlicher Einschränkungen zu erreichen.“²⁴

„Es ist unzulässig, strengere Beschränkungen zu erlassen, als es ein konkretes öffentliches Bedürfnis erfordert. Der Gesetzgeber muss beide Anforderungen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abwägen. Einseitiges Privileg entspricht nicht dem verfassungsrechtlichen Verständnis von Privateigentum, das eine Belastung seiner gesellschaftlichen Funktion impliziert. Gleichzeitig ist es für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der auferlegten Beschränkungen wichtig zu sehen, wie notwendig und inwieweit sie in einem bestimmten Regelungsbereich einzuführen sind. Daher muss der Eingriff in das Eigentum einer Person in einem angemessenen Verhältnis zum öffentlichen Nutzen stehen.“²⁵

In einem Rechtsstaat besteht die berechtigte Erwartung, dass das Verhältnis zwischen privaten

²¹ Entscheidung №2 / 1/631 des Verfassungsgerichts von Georgien vom 18. April 2016.

²² Sammlung - "Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gegen Georgien" (2005-2019), verfügbar in der elektronischen Bibliothek <http://www.library.court.ge/>

²³ Tugushi T., Burjanadze G., Mshvenieradze G., Gotsiridze G., Menabde V., „Menschenrechte und die Verfahrenspraxis des Verfassungsgerichts Georgiens“, Tiflis, 2013, 266 und Beschluss №1 / 2/384 des Verfassungsgerichts von Georgien (Art. 21 der Verfassung Georgiens schützte das Eigentumsrecht in der bis 2018 geltenden Fassung der Verfassung).

²⁴ Entscheidung №3/1/512 des Verfassungsgerichts von Georgien vom 26. Juni 2012.

²⁵ Entscheidung Nr. 1 / 2/384 des Verfassungsgerichts von Georgien vom 2. Juli 2007.

und öffentlichen Interessen fair ist. Je mehr die Regierung in die menschliche Freiheit eingreift, desto höher sind die Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen.²⁶

Grundsätzlich kann der Gesetzgeber bei der Einschränkung des Eigentumsrechts dem zuständigen Gericht die Abwägung öffentlicher und privater Interessen übertragen. In jedem Einzelfall kann der Richter, trotz der Notwendigkeit von Zwangsmaßnahmen, am besten beurteilen, ob ein erhöhtes Interesse der anderen Partei besteht, dass die Verhältnismäßigkeit der Einschränkung des Rechts ausschließt. Einem Richter eines ordentlichen Gerichts bedarf es jedoch nicht, ein ähnliches Ermessen einzuräumen, wenn das durch die Anwendung von Zwangsmaßnahmen geschützte öffentliche Interesse in jedem Fall die durch die Beschlagnahme beschränkten Interessen des Eigentümers überwiegt. In solchen Fällen ist es dem Gesetzgeber möglich, den Interessenausgleich nicht dem Gericht zu übertragen, sondern die Abwägung dieser Interessen von vornherein zugunsten der Beschlagnahmezwecke selbst zu entscheiden.²⁷

Nach Angaben des Berufungsgerichts "führt die Beschlagnahme von Eigentum nicht zum Entzug von Eigentum, sondern wird nur als vorübergehende Maßnahme bei der laufenden Untersuchung dieses Strafverfahrens gemäß den Anforderungen des Strafverfahrens, basierend auf den notwendigen öffentlichen Bedürfnissen, verwendet."²⁸

Die Einschränkung verfassungsrechtlicher Rechte ist dann gerechtfertigt, wenn das legitime

Ziel so erreicht wird, dass keine Entfremdung des eingeschränkten Gutes und seines tragenden Gegenstandes erfolgt. "Einschränkung bedeutet ein fairer Interessenausgleich und nicht den Fall, dass ein Interesse an die Stelle eines anderen tritt."²⁹

Auf dieser Grundlage kann die Beschlagnahme von Eigentum in seiner Anfangsphase gerechtfertigt sein. In obigem Urteil hält das Berufungsgericht die Beschlagnahme gerade deshalb für einen gerechtfertigten Akt, weil sie vorübergehender Natur ist und nicht zum Widerruf des Eigentumsrechts führt. Vorübergehend kann nicht als endgültig verstanden werden. Wenn wir davon ausgehen, dass der Person, die den Prozess im Gange gesetzt hat, es möglich sein wird, vor Abschluss der Ermittlungen die Immobilie auf unbestimmte Zeit beschlagnahmen zu lassen, für 6, 10, 15, 25 oder 30 Jahre, wird das faktisch zu einem Widerruf des Eigentumsrechts führen, wodurch die Ratio des Eigentums verloren geht.

5. Der Eingriff soll im Kernbereich des Rechtes stattfinden.

In Art. 21 Abs. 2 der Verfassung Georgiens gab es in Bezug zu Rechtmäßigkeit des Eingriffs im Eigentumsrecht eine direkte Bestimmung - die Verfassung hielt die Einschränkung der Eigentumsrechte für zulässig, "so dass der Kernbereich der Eigentumsrechte nicht verletzt wurde". „Nach der Ausgabe vom 23. März 2018 ist das Eigentumsrecht durch Art. 19 der Verfassung geschützt und ein solcher Hinweis auf den Wesensgehalt des Rechts ist nicht mehr zu finden. Dies bedeutet nicht, dass die Erhaltung des Wesensgehalts bei der Feststellung der Verfassungsmäßigkeit einer Einschränkung nicht mehr wichtig

²⁶ Entscheidung Nr. 1 / 2/384 des Verfassungsgerichts von Georgien vom 2. Juli 2007.

²⁷ Entscheidung N2 / 3/680 des Verfassungsgerichts von Georgien vom 21. Juli 2017.

²⁸ Urteil №1c / 293-17 des Berufungsgerichts Tiflis vom 1. März 2017, verfügbar in der elektronischen Rechtsbibliothek www.library.court.ge.

²⁹ Entscheidung Nr. 1/2/411 des Verfassungsgerichts von Georgien vom 19. Dezember 2008.

ist. Die Wahrung des Wesens ist für alle Grundrechte wichtig, bei denen die Verfassung einen Eingriff in das Recht zulässt. Die Wahrung des Kerns des Rechts wird im Rechtsdogma anders behandelt. Einige Wissenschaftler betrachten es als inneren Bestandteil des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, während andere es als eigenständige Kategorie betrachten. „Es stellt sich die Frage, ob das Prinzip der Wesenserhaltung ein eigenständiges Prinzip ist, wenn es innerhalb eines anderen Prinzips betrachtet wird. Wir können nicht sagen, dass es absolut vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abweicht. Eine der Anforderungen der Verhältnismäßigkeit besteht darin, Kernbereich des Rechts zu schützen.“³⁰ „Nach der absoluten Theorie in der deutschen Literatur sind das „Prinzip des Schutzes von Kernbereich“ und das „Prinzip der Verhältnismäßigkeit“ nicht dasselbe. Die Besonderheit des Prinzips des Kernbereichsschutzes besteht darin, dass es keiner Abwägung unterliegt, während die unter der Verhältnismäßigkeit fallende Werte messbar sind.“³¹

Unabhängig davon auf welche Ebene das Prinzip des Kernbereichsschutzes untersucht werden muss - im Kontext der Verhältnismäßigkeit oder als separates, unabhängiges Kriterium - ist es wichtig, dass die staatlichen Behörden Eigentumsrechte nicht so einschränken, dass der Kernbereich des Eigentumsrechts verletzt wird. Laut dem Verfassungsgericht von Georgien bedeutet die Tatsache, dass der Eigentümer aufgrund der Beschränkung die für den Inhalt des Eigentums charakteristischen Elemente förmlich beibehält, nicht, dass der Eingriff in das Eigentum gerechtfertigt ist. Die Wahrung des Kernbereichs dieses Rechts hängt von den Grenzen des Rechts-

inhalts ab, da der Inhalt das Wesen bestimmt. In jedem Fall einer Beschränkung des Inhalts des Eigentums muss das Eigentum, das Eigentum bleiben und er muss in der Lage sein, die durch diese Einschränkung verursachte Last zu tragen.³²

Es ist klar, dass die Beschlagnahme von Eigentum in der Anfangsphase der Untersuchung gerechtfertigt ist und alle Elemente der Legitimität eines Eingriffs in das Verfassungsrecht aufweist. Mit der Zeit nimmt jedoch der Umfang der Intervention zu und die Einschränkung wird intensiv. Es ist nicht zulässig, nach mehreren Monaten oder Jahren die Gründe für Rechtfertigung des Rechtseingriffs so zu erhalten, dass der Zweck der Beschränkung nicht mehr erreichbar ist.

Der Zweck der Beschlagnahme von Eigentum ist die Gewährleistung der Rechtspflege, um die mögliche Enteignung von Eigentum sicherzustellen. Wenn die Ermittlungsbehörden seit Jahren nicht in der Lage sind, den Wahrheitsgehalt eines Strafverfahrens festzustellen, den Angeklagten zu identifizieren und es nicht einmal die Möglichkeit des Verfahrensabschlusses gibt, kann die Eigentumsbeschränkung einer Privatperson, zum gleichen Zweck, nicht mehr gerechtfertigt werden.

In der Praxis schreibt der Ombudsmann auch zur Problematik der Langzeitbeschlagnahme: „In einem der untersuchten Fälle wird die Ermittlung auch nach Ablauf der Verjährungsfrist fortgesetzt und Bürger D. B. ist auf Anordnung des Bezirksgerichts Mzcheta seit mehr als 10 Jahren an der Nutzung und Veräußerung des beschlagnahmten Grundstücks gehindert. Die Zweckmäßigkeit der Beschlagnahme wurde seit 2008 nicht mehr überprüft. In den beiden anderen vom Ombudsmannsam untersuchten Fällen wurde das

³⁰ Zoidze B., "Prinzip der Wahrung des Wesens der Grundrechte, Überprüfung des Verfassungsrechts", N5 April 2012, 141.

³¹ Zoidze B., "Prinzip der Wahrung der Essenz der Grundrechte, Überprüfung des Verfassungsrechts", N5 April 2012, 143.

³² Entscheidung Nr. 1/2/411 des Verfassungsgerichts von Georgien vom 19. Dezember 2008.

Eigentum für 13 und 11 Jahre beschlagnahmt. Insbesondere wurden mit Beschluss des Stadtgerichts Tiflis vom 22. November 2005 die Wohnungen von 240 Bürgern beschlagnahmt, von denen während der Ermittlungen nur 51 Wohnungen von der Beschlagnahme frei geworden sind, der Rest ist immer noch beschlagnahmt. Im zweiten Fall wurde laut dem Bürger T.K. auf Beschluss des Stadtgerichts von Tiflis vom 1. Mai 2007 die ihm gehörende Immobilie beschlagnahmt.³³

Das Problem bei der strafrechtlichen Regulierung der Beschlagnahme ist nicht nur die lange Beschlagnahmedauer, sondern auch die Unfähigkeit, die während dieser Zeit getroffene Entscheidung regelmäßig zu überprüfen.

Der Angeklagte hat in strafrechtlich verfolgten Fällen theoretisch die Möglichkeit, bei Gericht die Aufhebung der Beschlagnahme zu beantragen, was man über die, dem Angeklagten nahestehenden oder für sein Handeln maßgeblich verantwortlichen Personen, nicht sagen kann. Sie sind nicht Partei des Strafverfahrens und können keinen Antrag vor einem Gericht oder einer Staatsanwaltschaft stellen, der nicht direkt gesetzlich vorgesehen ist, und der Angeklagter kann im Namen eines anderen keinen Antrag stellen. Folglich können ihre Eigentumsrechte auch für lange Zeit ungerechtfertigt eingeschränkt sein.

Bezüglich des Zeitpunkts der Beschlagnahme ist die Position der Mitglieder des Verfassungsgerichts von Georgien in der abweichenden Stellungnahme zum Beschluss³⁴ N2 / 1/631 vom 18.

April 2016 interessant. Die Richter weisen darauf hin, dass „die Strafprozessordnung das Recht des Angeklagten oder einer ihm nahestehenden Person nicht vorsieht, vor Gericht zu gehen, um die Beschlagnahme von Eigentum zu überprüfen. Die Intensität dieser Beschränkung wird insbesondere durch die Möglichkeit erhöht, die Vermögensbeschlagnahme auf unbestimmte Zeit zu verlängern.“ Die Gültigkeitsdauer der Beschlagnahme des Eigentums der mit dem Angeklagten verbundenen Person oder der für seine Handlungen materiell verantwortlichen Person kann auf unbestimmte Zeit verlängert werden, auch dann, wenn ihre Schuld am Verschwinden des Angeklagten nicht nachgewiesen ist. Folglich kann das Eigentum dieser Personen auf unbestimmte Zeit beschlagnahmt werden, obwohl sie weder für eine Straftat angeklagt sind noch die Möglichkeit haben, auf die Dauer der Beschlagnahme Einfluss zu nehmen. „Infolge solch grober Eingriffe in die Eigentumsrechte kann diesen Personen das Verfügungsrecht sowohl über bewegliche als auch unbewegliche Vermögen und auf Bankkonten eingeschränkt werden oder darüber hinaus das Recht auf Nutzung gestoppt werden.“

Es sei darauf hingewiesen, dass das Verfassungsgericht von Georgien die Verfassungsbeschwerde № 1434 angenommen hat,³⁵ die sich auf den Wortlaut des Art. 151 III - „und/oder ein Verbrechen gegen dieses Eigentum und/oder es ist auf krimineller Weise beschaffen wurde“ bezieht und daneben noch die Verfassungsmäßigkeit von Art. 158 in Bezug auf Art. 19 I der Verfassung Georgiens überprüfen mochte. Das Gericht hat zu diesem Zeitpunkt noch keine Entscheidung getroffen.

³³ Bericht des Bürgerbeauftragten Georgiens über die Lage der Menschenrechte und Freiheiten in Georgien 2018, 281.

³⁴ Der Verfassungsgerichtshof hat mit dieser Entscheidung die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Dauer der Beschlagnahme nicht untersucht, da die Klägerinnen nicht gegen eine bestimmte Norm Berufung eingelegt hätten und dadurch den Umfang der Berufung nicht überschreiten könnten.

³⁵ Verfassungsbeschwerde №2 / 1/1434 im Fall von Otar Marshava gegen das georgische Parlament.

IV. Fazit

Für einen Rechts- und Sozialstaat ist es unabdingbar, einerseits über eine verfassungsrechtliche Garantie des Eigentums als Institution zu verfügen und andererseits dem Eigentümer ausreichende Mittel zum Rechtsschutz dieses Rechts zu bieten, sowie Garantien für ihre Förderung und Bereitstellung zu schaffen.³⁶

Das Problem bei der strafrechtlichen Regulierung der Beschlagnahme ist ihre Dauer. Der Zeitpunkt der Beschlagnahme ist sowohl für Ermittlungs- als auch für Strafverfolgungsfälle problematisch.

Strafverfolgungsfälle werden bis zur Beendigung der Strafverfolgung oder bis zur Vollstreckung des Urteils beschlagnahmt, was eine neunmonatige Untersuchungsfrist und eine zweijährige Probezeit umfasst, die sich wiederum auf unbestimmte Zeit erstrecken kann, wodurch ein ungerechtfertigtes Risiko von Eigentumsverletzungen entsteht. Die Beschlagnahmefrist für ungelöste Ermittlungsfälle bezieht sich auf die Verjährungsfrist für die Strafverfolgung, die je nach Kategorie der Straftaten auf 2, 6, 10, 15, 20, 30 Jahre oder lebenslanglich festgelegt wird. In der Praxis gibt es Fälle, in denen trotz Ablauf der Verjährungsfrist die Ermittlungen nicht eingestellt werden und somit die Beschlagnahmefrist noch andauert. Diese Art von Gesetzgebung birgt die Gefahr einer rechtswidrigen Einschränkung von

Eigentumsrechten.

Die im Strafverfahren festgelegten Verfahrensfristen stellen eine wesentliche Garantie für die Einschränkung der Menschenrechte dar, weshalb die Verhängung einer unbestimmten oder ungerechtfertigt langen Frist für eine Zwangsmaßnahme eine rechtswidrige Gefahr des Eingriffs in ein verfassungsmäßiges Menschenrecht birgt. Der dauerhafte Entzug des Verfügungs- oder Nutzungsrechts bedeutet die Erschöpfung dieses Rechts, den Verlust seines Wesens. Die Lösung dieses Problems besteht darin, eine bestimmte Frist für die Beschlagnahme im Strafprozessrecht festzulegen und eine Verpflichtung zur periodischen Überprüfung vorzusehen. Es sollte einen Mechanismus in der Gesetzgebung geben, der die Möglichkeit der Beschlagnahme von Eigentum für Jahre ausschließt. Der maximale Zeitraum, in dem die Immobilie beschlagnahmt werden darf, muss festgelegt werden. Die maximale Frist kann von der Kategorie der Straftat abhängen, aber der Staatsanwalt sollte in jedem Strafverfahren verpflichtet sein, alle 6 Monate einen Antrag beim Gericht zu stellen, um die Beschlagnahme des Eigentums zu verlängern und zu begründen, warum die bereits abgelaufene Frist nicht für die Ermittlung ausreichte. Darüber hinaus sollte der Grundstückseigentümer die Möglichkeit haben, eine regelmäßige Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme durch ein Gericht zu beantragen.

³⁶ Urteil des Verfassungsgerichts von Georgien Nr. 2 / 1-370,382.390.402.405 vom 18. Mai 2007 und Tugushi T., Burjanadze G., Mshvenieradze G., Gotsiridze G., Menabde V., Menschenrechte und die Verfahrenspraxis des Verfassungsgerichtshofs von Georgien, Tiflis, 2013, 226.

RECHTSPRECHUNG*

► 1-4/2021

**Verhinderung der Störung der Grabpflege:
Das Recht, neben dem eigenen Kind begraben
zu werden**

**1. Es ist unzulässig, dass einem Elternteil das
Recht entzogen wird, neben dem eigenen Kind
begraben zu werden. Es ist unerheblich, dass
die Beerdigung neben dem Kind, auf dem
Grundstück mit drei Grabstellen, neben dem, in
einer Konfliktbeziehung bestehenden, geschie-
denen zweiten Elternteil führt.**

**2. Die Unzulässigkeit der Trennung des Mit-
eigentumsgrabes ergibt sich aus Art. 1332
GZGB, der die Aufnahme des Grabes in den
Nachlass ausschließt.**

**3. Das Recht, Ein Grab zu pflegen, darf einer
Person nicht gewährt werden, wenn diese nicht
zugestimmt hat.**

(Leitsätze des Verfassers)

Art. 172, 1151, 1158, 1159, 1332 GZGB

*Richtlinie N 20-103 der Gemeinderat Tiflis vom
30. Dezember 2014 über die Einrichtung und
Pflege von Friedhöfen in der Gemeinde Tiflis*

*Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 10. März
2017 № 38-61-57-2017*

I. Der Sachverhalt

Ein Elternteil wollte, das auf dem Stadtfriedhof liegende, Grab seines verstorbenen Kindes pflegen, obwohl der ehemalige Mann dagegen war. Die Mutter reichte eine Klage ein, um die Störung seitens des ehemaligen Mannes aufzuheben, ihr ein Recht zu gewähren, nach dem Tod neben seinem Kind begraben zu werden und die Pflegepflicht ihres Grabes auf die von ihr benannte Person aufzuerlegen.

II. Zusammenfassung der Entscheidungsgründen

Durch die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts wurde die Forderung teilweise bestätigt: Nach dem Tod des Klägers wurde die zur Pflege des Grabes befugte Person aufgrund mangelnden Willens nicht identifiziert. Als Grundlage zur Anerkennung des Rechts der Mutter zur Grabpflege hat das Gericht auf die Richtlinie N 20-103 der Gemeinderat Tiflis vom 30. Dezember 2014 „Über die Einrichtung und Pflege von Friedhöfen in der Gemeinde Tiflis“ gestützt. Im Gerichtsprozess wurde ferner festgestellt, dass das Grab zu einem Zeitpunkt eingerichtet wurde, als die Parteien noch nicht geschieden waren, und zur Pflege eine für der Personen bestimmten Grabes, beide Parteien berechtigt waren. Das Gericht stellte fest, dass der Kläger und der Beklagte Miteigentümer des Grabes waren.

* Aus dem Georgischen von *Teimuras Lomidze*.

Die Entscheidung wurde von dem Beklagten angefochten, mit der Begründung, dass es keine Tradition gab, die es für zulässig hielt, ehemaligen Ehepartner zusammen zu begraben. Darüber hinaus erklärte der Beklagte, dass er inzwischen erneut geheiratet hatte und in Zukunft mit dieser Frau zusammen begraben werden möchte.

Die zweite Instanz bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz bezüglich des Miteigentums der Grabplätze, wonach die Störung der Grabpflege und das Verbot neben dem Grab des Kindes begraben zu werden als unzulässig empfunden wurde. Die Entscheidung wurde vom Beklagten angefochten.

Das Kassationsgericht erklärte die Klage für unbegründet und stellte klar, dass das Grab gemäß Art. 1332 GZGB nicht im Nachlass enthalten ist, weshalb es unzulässig ist, die Vorschriften des Miteigentums anzuwenden. Das Gericht dritter Instanz wies auch darauf hin, dass das Berufungsgericht dem Anspruch des Klägers nach den Regeln für das Miteigentum der Ehegatten zu Recht stattgegeben habe.

III. Kommentar

Trotz der richtigen Entscheidung ist unklar, warum das Gericht das Miteigentumsregime der Ehegatten zur Beurteilung der tatsächlichen Umstände herangezogen hat. Das Kassationsgericht ist in seiner Begründung uneinheitlich, wenn es darauf hinweist, dass Art. 1332 GZGB das Grab vom Nachlass ausschließt und es daher unmöglich ist, das Miteigentumsregime auf das Grab auszudehnen, obwohl es gleichzeitig die Begründung des Berufungsgerichts für richtig hält, das zum Gegenteil hin argumentiert.¹

Die Erörterung sachenrechtlicher Rechtspositionen wird unter den Bedingungen noch unangemessener, wenn das Gericht selbst auf das Gesetz zur Festlegung der Regeln für die Einrichtung des Friedhofs verweist. Laut Art. 2 lit. b) der Richtlinie N 20-103 der Gemeinderat Tiflis vom 30. Dezember 2014 „Über die Einrichtung und Pflege von Friedhöfen in der Gemeinde Tiflis“ ist der Stadtfriedhof ein Gebiet, das im Eigentum einer selbstverwalteten Einheit fehlt. Im vorliegenden Fall war das Grab also weder Eigentum des Klägers noch des Angeklagten - sie hatten nur das Recht, einen bestimmten Abschnitt zu verwenden, um die Leichen der Menschen zu begraben. Es bleibt dem Gericht und damit dem Leser der Entscheidung unklar, wem die Rechte an dem für das Grab zugewiesenen Gebiet gehören, was durch die Tatsache belegt wird, dass der Kläger und der Beklagte, wegen der durch die während der Ehe entstandenen Rechte als Miteigentümer des Grabes betrachtet werden.²

Die Anwendung des negatorischen Anspruchs ist ferner problematisch, weil dieser eine Gleichstellung des Grabes mit den verkehrsfähigen Sachen erfordert, was absurd ist. Wenn das Gericht seine Entscheidung mit einer schon existenten rechtlichen Konstruktion in Einklang bringen wollte, hätte es besser nicht von dem römisch-rechtlichen Prinzip³ abgewichen und hätte besser das Grab nicht als verkehrsfähige Sache anerkannt. Die richtige Lösung lag darin zu erkennen, dass die Pflege eines Kindergrabes, sowie das Recht auf Bestattung neben dem eigenen Kind, ein aus dem Elternrecht abgeleitetes Recht darstellt. Deshalb ist es unwichtig, welche Beziehung die geschiedenen Eltern des Verstorbenen zuei-

¹ Motivationsschreiben, Punkt 19-20

² Motivationsschreiben, Punkt 16-18

³ D.1.8.6.2 (Marc. 3 inst.): "Religiöse und sakrale Gegenstände können nicht Eigentum einer Person werden". Jeder Ort seinerseits würde freiwillig von jemandem zum religiösen Gegenstand gemacht, der die Toten auf seinem Land begraben würde. D.1.8.6.4 (Marc. 3 inst.).

inander gepflegt haben. Diese Lösung kann auch aus Art. 1198 Abs. 5 des GZGB abgeleitet werden: Wenn ein Elternteil das Recht hat, eine Beziehung zum eigenem Kind zu haben, bedeutet dies auch, dass es die Möglichkeit haben muss, die Erinnerung an das verstorbene Kind in dieser Form zu behalten.

Nino Kavshbaia

► 2-4/2021

Verfassungswidrigkeit des nullgleichen Startpreises bei einer Versteigerung

Verfassungswidrig ist eine Norm, die dem Vollstreckungsbeamten das Recht einräumt, zum zweiten Mal in der Versteigerung den anfänglichen Preis auf „Null“ festzusetzen.

Art. 3 III 3 des Anhangs III 1 der Verordnung Nr. 21 des Justizministers von Georgien „Über die Genehmigung der Formulare, Regeln und Prozedere für die Durchführung von Zwangsversteigerung“ (aufgehoben)

Art. 19 I der Verfassung

Urteil des Verfassungsgerichts vom 28. Mai 2019 № 2 / 2/867

I. Der Sachverhalt

Die Klägerin bestritt die Verfassungsmäßigkeit von Art. 3 III 3 des Anhangs III 1 der Verordnung Nr. 21 des Justizministers von Georgien „Über die Genehmigung der Formulare, Regeln und Prozedere für die Durchführung von Zwangsversteigerung“ in Bezug auf zu Art. 19 I der Verfassung. Gemäß der umstrittenen Norm wurde der Startpreis, der bei der zweimaligen Versteigerung des zu verkaufenden Vermögens auf „Null

GEL“ festgelegt. Die Klägerin stützte sich auf folgende Argumente:

- Die umstrittene Regelung ermöglicht den Verkauf teurer Immobilien zu einem unangemessen niedrigen Preis.

- Der Kläger stimmte zu, dass der Mindestkaufpreis des Versteigerungsgegenstandes 5% seines Marktwerts und nicht Null GEL ist, weil das Gebot auch 5% beträgt. Diese Marke ist jedoch nach Ansicht des Klägers auch verfassungswidrig.

Der Beklagte erkannte die Forderung nicht an und gab an:

- Der Startbetrag bei der zweimaligen Versteigerung beträgt 5%, was den Kauf von Immobilien für Null GEL ausschließt.

- Art. 49 IV des Gesetzes über Vollstreckungsverfahren gibt dem Schuldner die Möglichkeit, die Immobilie selbst unter der Kontrolle des nationalen Vollstreckungsamt zu verkaufen, mit dem Vorbehalt, dass der Verkauf die Gebühr, die Vollstreckungskosten und die Gläubigeransprüche abdeckt.

- Gemäß Art. 53 des Gesetzes über Vollstreckungsverfahren kann das nationale Vollstreckungsamt die Veräußerung von Eigentum auf andere, als die gesetzlich festgelegte, Weise auf der Grundlage des Antrags des Gläubigers und des Schuldners, vor öffentlicher Bekanntgabe der Versteigerung, bestimmen.

- Der Schuldner kann das Vermögen selbst auf der Versteigerung kaufen;

- Die Hauptaufgabe des Vollstreckungsverfahrens besteht darin, das Eigentum zu veräußern, da das Scheitern des Verkaufs dazu führt, dass das Eigentum aus dem Beschlagnahmungs- und Vollstreckungsverfahren frei wird und ein erneutes Vollstreckungsverfahren mit gleichem

Anspruch für den gleichen Gläubiger nicht mehr stattfinden wird.

- Wenn der Versteigerungsgegenstand ein zweites Mal auch nicht gekauft wurde, ist es offensichtlich, dass der Wert falsch bestimmt wurde;

- Es besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass der Erwerber nach dem Kauf des Gegenstands bei einer Zwangsversteigerung, beim Gericht einen Antrag stellen muss, um die Personen aus dem erworbenen Eigentum auszusiedeln.

- Nach der Regelung, die vor der streitigen Regelung galt, betrug der Mindestpreis des Versteigerungsgegenstands 25% seines Marktwertes. Sollte der Versteigerungsgegenstand immer noch nicht veräußert werden können, wäre dem Gläubiger angeboten, die Immobilie insgesamt zu übereignen und dem Schuldner die Differenz zwischen der Verpflichtung und dem Marktwert des Vermögens zu zahlen. Diese Regel schützte die Interessen des Gläubigers nur unzureichend.

Zeugenaussagen zufolge wird der Marktpreis der Immobilie ohne Berücksichtigung der Übergangsrechte festgelegt, weshalb der Käufer häufig auf den Kauf der Immobilie zu 75% oder 50% des Marktpreises verzichtet und weswegen eine erneute Versteigerung erforderlich wird.

II. Zusammenfassung der Besprechung des Gerichts

Das Gericht bestätigte die Forderung und erklärte Art. 3 III 3 des Anhangs III 1 der Verordnung Nr. 21 des Justizministers von Georgien „Über die Genehmigung der Formulare, Regeln und Prozedere für die Durchführung von Zwangsversteigerung“ für verfassungswidrig.

Obwohl als legitimer Zweck der Einschränkung von Eigentumsrechten, die Sicherzustellen der Forderungen der Gläubiger genannt

wurde und die Einschränkung der streitigen Norm als nützliches Mittel zur Erreichung dieses Ziels angesehen wurde, fand das Verfassungsgericht die Komponente des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit - die Erforderlichkeit - als nicht gegeben.

Der Gerichtshof wies darauf hin, dass der Anfangswert des Eigentums vom nationalen Vollstreckungsamt selbst bestimmt wurde, nämlich von seinem Bewertungsdienst nach Art. 47 II des Gesetzes über Vollstreckungsverfahren und nach Art. 12 der "Statut des nationalen Vollstreckungsamtes, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, die im Bereich der Regierungsführung des Justizministeriums von Georgien tätig ist". Gemäß dem Anhang zum Statut des Bewertungsdienstes wird beim Bewertungsverfahren davon ausgegangen, dass das bewertete Eigentum nicht belastet ist. Das Verfassungsgericht kam daher zu dem Schluss, dass die bestehende Verordnung es ermöglichte, dass der bei der ersten und zweiten (wiederholten) Versteigerung der für den Versteigerungsgegenstand festgelegte Startpreis viel höher war als die Differenz zwischen dem Marktwert dieses Gegenstands und den Übergangsrechten. Das wäre eventuell der Grund für die zweite, wiederholte Versteigerung. Nach Ansicht des Verfassungsgerichts wäre eine weniger schmerzhaftere Möglichkeit, in das Recht einzugreifen, die Schaffung solcher Vorschriften, bei der die Festlegung des Startpreises die Belastung des Eigentums berücksichtigen würde. Unter diesen Umständen wurde die Norm nicht wegen des Startpreises als verfassungswidrig angesehen, sondern wegen der fehlerhaften Berechnung des Marktwertes.

III. Kommentar

Es ist unklar, was die Erklärung einer Norm für verfassungswidrig mit sich bringt, wenn eine an-

dere Regelung (die Regel zur Bestimmung des Marktwerts von Immobilien), für die, die Anweisung des Verfassungsgerichts notwendig geworden ist, in Kraft bleibt. Diese Inkompatibilität weist darauf hin, dass die Erklärung einer Norm für verfassungswidrig aufgrund einer anderen Norm falsch ist und im Allgemeinen nichts ergibt. Art. 3 Abs. III der „Verordnung über die Genehmigung von Formularen, Regeln und Prozedere für die Zwangsvollstreckung“ legt den Startpreis der zweiten wiederholten Versteigerung auf 5% des Marktwerts des Vermögens fest. Dies ist eine

Scheinänderung: Das Anfangsgebot lag bereits bei 5% des Marktwerts des Vermögens, und die Entscheidung des Verfassungsgerichts beseitigte nicht das, was es selbst als problematisch erkannte. Es konnte dies auch nicht tun, da das Verfassungsgericht über die Grenzen der Verfassungsklage nicht hinausgehen darf. Jedoch, alleine deswegen, dass die streitige Norm inhaltlich mit einer anderen Regelung verbunden ist, die vom Verfassungsgericht als problematisch angesehen wird, bedeutet nicht unbedingt, dass die streitige Norm auch verfassungswidrig ist.

Nino Kavshbaia

Anmerkungen zur Dissertation von Tamar Makharoblidze: „Nationale und Internationale Standards von Jugendstrafe“^{1*}

Dr. Temur Tskitishvili

Assistenzprofessor, Wissenschaftlicher Mitarbeiter der staatlichen Universität Tiflis und Tinatin Tsereteli Institut für Staat und Recht

Das Begriff Jugendstrafrecht gilt in Georgien als ein neues Rechtsgebiet. Die Normen für die Jugendgerichtsbarkeit existierten zwar schon im GStGB, bevor Georgien das Jugendgerichtsgesetz verabschiedete, jedoch wurde nach der Verabschiedung des Gesetzes die Jugendgerichtsbarkeit zu einem neuen, unabhängigen Bereich. 2015 wurde das Jugendgerichtsgesetz verabschiedet, das sowohl materielle als auch prozessuale Straf- und Vollstreckungsfragen regelt.

Die Dissertation von Tamar Makharoblidze, Doktorandin in Strafrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät der TSU, widmet sich, ausschließlich, dem Aspekt des Jugendstrafrechts, das sich mit der Anwendung von Strafen befasst. Anzumerken ist auch, dass in der Dissertation nicht nur über die Verurteilung von Jugendlichen die Rede ist, sondern sich auch mit gesonderten Fragen der Strafvollstreckung beschäftigt. Der Aufsatz konzentriert sich auch auf internationale Standards für die Jugendstrafe.

Da die Jugendstrafjustiz ein neu etabliertes Feld in Georgien ist, hat die wissenschaftliche Forschung dazu noch keine lange Geschichte. Man kann sagen, dass der Aufsatz von Tamar

Makharoblidze die zweite Dissertation² über Jugendgerichtsbarkeit ist, jedoch die erste über nationale und internationale Standards des Jugendstrafrechts. Bei der Ausarbeitung der Dissertation stützte sich die Doktorandin hauptsächlich auf georgische und englische Literatur. In dem Aufsatz erläutert die Verfasserin eine Reihe interessanter Meinungen, aber es gibt auch einige Bemerkungen:

1. Die Doktorandin stellt fest, dass "die Wiederherstellung der Justiz mit dem Streben nach Rache verbunden ist, die in der Jugendgerichtsbarkeit unzulässig ist" (S. 27-28), jedoch sollte die Wiederherstellung der Justiz nicht mit nackter Rache gleichgesetzt werden. Die Wiederherstellung der Gerechtigkeit im modernen Recht impliziert das Streben nach gerechter Vergeltung. Es wäre gut, eine klare Ausdruckweise für die Wiederherstellung der Gerechtigkeit im Bezug auf andere Ziele. Wie kann das Problem gelöst werden, wenn eine Person im Jugendalter eine schwere Straftat begeht, für die die Verjährungsfrist nicht gilt? Zum Beispiel – Völkermord.³ Das

* Aus den Georgischen von *Teimuras Lomidze*.

¹ Die Bemerkungen beziehen sich auf die zur Verteidigung eingereichte Fassung der Dissertation.

² Zuvor wurde die folgende Dissertation zur Jugendgerichtsbarkeit verteidigt: Shekiladze Kh., Priorisierung des Wohls von Jugendlichen in Konflikt mit dem Gesetz im Prozess der Jugendgerichtsbarkeit (Strafverfahren), 2020.

³ Die Begehung eines Völkermords durch einen Jugendlichen ist aufgrund der Art der Straftat tatsächlich (und nicht theoretisch)

moderne Strafrecht ist ein präventives Strafrecht und konzentriert sich mehr auf die Verhinderung von Kriminalität und die Resozialisierung des Täters als auf die Wiederherstellung der Justiz. In der Geschichte der Strafjustiz gab Fälle, in denen die Legitimität der Bestrafung eher auf der Wiederherstellung der Gerechtigkeit als die Prävention der Kriminalität oder Resozialisierung beruhte. Zum Beispiel ein Strafprozess in Deutschland gegen die Nationalsozialisten – Verurteilung lange nach der Tat, obwohl von diesen Personen Begehungen einer neuen Straftat eher unwahrscheinlich war. In diesem Falle wurden bei der Verurteilung der Straftäter sowohl die Prävention der Straftat als auch die Resozialisierung des Täters von den Strafzwecken ausgeschlossen und die Wiederherstellung der Gerechtigkeit als einzige legitime Grundlage für die Vollstreckung der Strafe genannt.⁴

In der Jugendgerichtsbarkeit ist es unzulässig, die Wiederherstellung der Gerechtigkeit als primäres Strafziel zu nehmen. Dies zeigt sich daran, dass im Jugendstrafrecht, die Anwendung der Normen auf Jugendliche, auf einer erzieherischen Perspektive erfolgen soll, weshalb das Jugendstrafrecht als Erziehungsstrafrecht bezeichnet wird und das letzteres als - Täterstrafrecht.⁵

Die Tatsache, dass die Wiederherstellung der Gerechtigkeit nicht das primäre Ziel der Jugendstrafrecht ist, bedeutet jedoch nicht, dass die Wiederherstellung der Gerechtigkeit als einer der Zwecke der Bestrafung insgesamt abgelehnt wird. Die Jugendstrafe sollte sich in erster Linie auf den Täter und die Resozialisierung des Täters konzentrieren, aber die Straftat und ihre Schwere

re verlieren nicht an Bedeutung. Wie in der Fachliteratur angegeben ist, orientiert sich die Strafe, nach der Resozialisierung des Täters im Jugendstrafrecht, auf die Vergeltung.⁶ Folglich ist das Streben nach gerechter Vergeltung oder Wiederherstellung der Gerechtigkeit nicht das primäre Ziel und folgt Zielen wie der Resozialisierung des Täters und der Prävention von Kriminalität. Die Jugendkriminalität wird auch als Erziehungsstrafrecht bezeichnet, aber es wäre falsch, ihre Existenz allein aus erzieherischer Sicht zu rechtfertigen.⁷

2. In dem Aufsatz heißt es, dass "es in Georgien kein Jugendgericht gibt" (S. 35). Allerdings gibt es Jugendrichter, Fachanwälte und Rechtsanwälte, die in der Doktorarbeit nicht genannt werden.

3. Die Doktorandin teilt die Strafe in freiheitsentziehende und nichtfreiheitsentziehende Strafen ein, wobei der Entzug des Rechts auf Arbeit, gemeinnützige Arbeit, Geldstrafen bei der zweiten Variante zuweist (S. 37 und 130). Diese Ansicht wird nicht geteilt, da alle Strafen die Einschränkung der Freiheit zur Folge haben und die Strafe daher als Übel interpretiert wird.⁸ Es wäre zweckmäßiger gewesen, wenn die Doktorandin die Strafen - der Verhaftung zugeordneten und nicht der Verhaftung zugeordneten Strafen eingeteilt hätte. Auch § 75 JGG⁹ weist auf die Zweckmäßigkeit einer solchen Strafteilung hin.

weniger wahrscheinlich, jedoch kann der Jugendliche als Mittäter an der Straftat beteiligt sein.

⁴ Roxin C., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München, 2006, S. 88, §3 Rn. 44.

⁵ Schöch, in: Meier/Rössner/Schöch, Jugendstrafrecht, 3. Auflage, München 2013, S. 217, §11 Rn. 5.

⁶ Schöch, in: Meier/Rössner/Schöch, Jugendstrafrecht, 3. Auflage, München 2013, S. 217, §11 Rn. 5.

⁷ Steng F., Jugendstrafrecht, 4. Auflage, Heidelberg, 2016, S. 9, §1 III Rn. 16.

⁸ Albrecht P.-A., Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen, ZStW 1985, S. 833; Jescheck H.-H., Weigend Th., Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., Berlin, S. 65; Kargl W., Friede durch Vergeltung, Über den Zusammenhang von Sache und Zweck im Strafbegriff, GA 1998, S. 60-61; Pawlik M., Person, Subjekt, Bürger, Zur Legitimation von Strafe, Berlin, 2004, S. 15.

⁹ Diese Abkürzung bezieht sich auf das Jugendgerichtsgesetz.

4. In der Dissertation heißt es, dass die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 keine Verpflichtungen enthält (S. 46), jedoch behandelt Art. 25 Abs. 2 und Art. 26 Verpflichtungen betreffend den Minderjährigen. Insbesondere wie die Verpflichtung, allen Kindern allgemeinen Sozialschutz, allgemeine Bildung und Grundschulbildung zu gewähren.

5. Die Doktorandin findet es strittig, ob die Geldstrafe leichter ist als andere Strafen außer Freiheitsstrafen (S. 66). Gleichzeitig stellt sie fest, dass Hausarrest die härteste Strafe nach einer Haftstrafe ist (S. 131). Es wird zu Recht angenommen, dass eine härtere Strafe als Hausarrest nur Freiheitsstrafe ist. Hausarrest ist in der Tat eine Gefängnisstrafe, die von einem Häftling zu Hause verbüßt wird. Die Möglichkeit solche Schlussfolgerungen zu ziehen wird durch die Beschränkungen des Hausarrests gegeben, die dem Verurteilten auferlegt werden, sowie es der Name der Strafe selbst ermöglicht. Eine Geldstrafe von Hausarrest oder Entzug des Rechts auf Arbeit kann nicht als härtere Strafe angesehen werden. Eine Geldstrafe gegenüber dem Hausarrest oder Entzug des Rechts auf Arbeit kann nicht als härtere Strafe angesehen werden. Obwohl die Doktorandin die Geldstrafe für die leichteste Strafe hält, bestreitet sie nicht, dass Hausarrest die härteste Form der Strafe nach Freiheitsentzug ist. Was den Entzug des Rechts auf Arbeit angeht, erleidet der Verurteilte einen materiellen Verlust, da er die Tätigkeit nicht ausüben kann und seine Einkommensquelle verliert. Es kann schwieriger sein, für eine Person, die finanziell nicht stark genug ist, eine Geldstrafe zu zahlen, als in Haft zu sitzen. Es sollte jedoch beachtet werden, dass das Gesetz bei der Verhängung einer Geldstrafe die Berücksichtigung der materiellen Situation des Verurteilten vorschreibt, was bedeutet, dass eine Geldstrafe bereits für insolventen Personen ausgeschlossen ist. Was

die Schwere angeht, so kann eine der Ausnahmen in Bezug auf andere Strafen die gemeinnützige Arbeit sein, was die Frage aufwirft, ob es sich um eine strengere, leichtere oder noch schwerere Strafe als eine Geldstrafe handelt. Diese Strafe gilt im deutschen Strafrecht als eine Form der Vollstreckung einer unbezahlten Geldbuße. Dies kann jedoch wiederum darauf hinweisen, dass gemeinnützige Arbeit immer noch eine härtere Strafe ist als eine Geldstrafe. Bei der Diskussion, welche Strafe härter ist, reicht es aus, sich zu fragen, welche Strafe wir verbüßen möchten, wenn wir uns an der Stelle des Verurteilten befinden: Dass wir zum Beispiel 500 GEL bezahlen oder gemeinnützigen Arbeit leisten? Das GStGB definiert das Strafsystem nach dem Prinzip: von leicht bis schwer. Die Abstufung der Strafe in Art. 66 JGG nach Schwere ist wirklich umstritten, da Hausarrest vor den Strafen wie Entzug des Rechts auf Arbeit und Zivildienst vorgesehen ist, während die letzten beiden genannten Strafen als leichter gelten als Hausarrest.

6. Die Doktorandin setzt die obige Diskussion bei Art. 59 - bezüglich einer Strafe der Tatmehrheit - fort und stellt fest, dass: "Ein Richter versuchen sollte, alle Verbrechen mit der gleichen Strafe zu bestrafen, um sich aus dieser Situation zu 'rütteln', denn die Rangfolge der Strafen ist vom Gesetz nicht vorgesehen" (S. 67). Es sei unbegründet, dass ein Richter für alle Delikte die gleiche Strafe verhängen solle, um sich aus der Situation zu „rütteln“, wie die Dissertation betont. Es stellt sich die Frage, wenn das GStGB für diese Verbrechen nicht die gleiche Strafe vorsieht, welche Lösung uns die Doktorandin zu diesem Thema bietet?

7. Es ist unbegründet zu argumentieren, dass der Hinweis auf eine Geldbuße im JGG an erster Stelle, dem Zufallsprinzip zuzuschreiben ist (S. 67). Nicht nur im JGG, sondern auch im GStGB beginnt die Satzliste mit einer Geldstrafe.

8. Im Zusammenhang mit der Festsetzung der Höhe der gegen einen Jugendlichen zu verhängende Geldbuße fragt die Doktorandin, warum bei der Festsetzung der Mindesthöhe der Geldbuße auf das GStGB verwiesen wird, wenn dies im JGG hätte festgelegt werden können. Diese Position des Gesetzgebers scheint darauf zurückzuführen, dass die Art und das System der Strafen grundsätzlich vom GStGB bestimmt werden. Und das JGG regelt die Frage der Verurteilung von Jugendlichen. Trotz des Bestehens des JGG verliert das GStGB nicht an Bedeutung für die Bestimmung der Strafbarkeit und Bestrafung der Tat, auch in Bezug auf Jugendliche, und bleibt in dieser Hinsicht ein wichtiger Gesetzgebungsakt. Auch die Existenz von hinweisenden Normen, die zu den Normenklassifikationen zählen, ist dem Gesetz nicht fremd.

9. Die Doktorandin weist auf die Anwendung der Rechtsanalogie in Bezug auf die Regel der Ersetzung einer Geldbuße durch gemeinnützige Arbeit hin (S. 71-72). Dabei ist jedoch zu beachten, dass es hier um die Frage der Bestrafung und nicht um die Entlassung aus der Verantwortung geht, fraglich ist jedoch, inwieweit das Legalitätsprinzip in solchen Fällen eine Lösung durch das Analogieprinzip zulässt?

10. Die Doktorandin weist darauf hin, dass der insolvente Verurteilte, wenn er die Geldstrafe nicht zahlen kann, nicht zu einer Freiheitsstrafe verurteilt werden sollte (S. 76), sie bietet jedoch keinen Lösungsvorschlag an.

11. Wenn die Doktorandin über die Zweckmäßigkeit der Verhängung einer bestimmter Höhe der Geldstrafe gegen einen jugendlichen Verurteilten diskutiert, die ihn nicht zu einer neuen Straftat drängt, stellt sie die Frage, wie hoch die Geldstrafe in Georgien sein darf (S. 84-85) und antwortet, dass schon 250 GEL für einen Jugendlichen in Georgien nicht einfach zu bezah-

len seien, geschweige die 1000 GEL. Eine abstrakte Antwort auf diese Frage halte ich für ungerechtfertigt noch dazu hängt es auch von den individuellen Umständen ab. Zum Beispiel der materielle Stand des Verurteilten, der auch in Art. 42 des GStGB es genannt wird

12. Die Doktorandin weist darauf hin, dass es besser wäre, ein „Ratensystem“ für Jugendliche einzuführen (S. 85). Allerdings kennt die georgische Gerichtspraxis meines Wissens seit langem eine solche Regel nicht nur für Minderjährige, sondern auch für Erwachsene.

13. Kontrovers finde ich die Meinung der Doktorandin, dass der Hausarrest gegen Minderjährige auf schwere Straftaten ausgeweitet werden sollte (S. 114). Eine solche Ausweitung des Anwendungsbereichs des Hausarrests und seiner Ausdehnung auf Verurteilte schwerer Straftaten wird nicht zur Verwirklichung der Ziele beitragen, denen diese Form der Bestrafung dient. Dies kann wiederum zur Verbreitung von Kriminalität beitragen und die Jugendkriminalität fördern. Die Doktorandin konkretisiert und weist aus Gründen der Genauigkeit darauf hin, dass es ratsam ist, bei Personen, die wegen schwerer Straftaten verurteilt wurden, mit gewissen Vorbehalten nur dann Hausarrest zu verhängen, wenn der Verurteilte noch nicht vorbestraft ist und keine Gewalttat begangen hat (116. S.). Dies schließt jedoch noch nicht die Risiken aus, die mit der Anwendung des Hausarrests gegen Täter schwerer Straftaten verbunden sind. Es ist jedoch auch zu beachten, dass Art. 47¹ des GStGB im Gegensatz zum JGG die Schwere der Straftaten nicht festlegt, bei denen sie die Anwendung des Hausarrests verweigert. Es regelt ferner nur Einzelfälle, die Schwere der Straftat ist nicht angegeben. So verbietet es beispielsweise den Hausarrest für Täter häuslicher Straftaten und Wehrpflichtigen gegenüber (Art. 471 Abs. 6), die auf nachvoll-

ziehbaren Gründen beruhen. Darüber hinaus schließt Art. 47¹ Abs. 2 auch die Anwendung des Hausarrests bei verurteilten Personen aus, was bei der Anordnung von Hausarrest, im Allgemeinen, ein zu berücksichtigender Umstand werden sollte, wenn die Verurteilung auf die Gefahr eines Rückfalls hinweist, was die Angemessenheit der Anwendung von Hausarrest gegen die verurteilte Person in Frage stellt.

14. Wie die Doktorandin hervorhebt, besteht eine der wichtigsten Errungenschaften des JGG darin, dass Freiheitsentzug als extreme Maßnahme eingesetzt werden sollte (S. 117). Jedoch darf nach Art. 53 Abs. 1 Straffgesetzbuch "eine härtere Strafe nur verhängt werden, wenn eine mildere Strafe den Strafzweck nicht erreicht", was darauf hindeutet, dass nicht nur das JGG, sondern auch das GStGB den Freiheitsentzug nur für die Extremfälle festlegt, wenn der Strafzweck nicht durch eine andere Strafe erreicht werden kann.

15. Nach Ansicht der Doktorandin kann die Mindestdauer des Hausarrests bei weniger schweren Delikten weniger als 6 Monate betragen (S. 124). Es sei darauf hingewiesen, dass bei weniger schwerwiegend Straftaten die Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren verhängt werden kann. Und die Mindestfreiheitsstrafe nach dem GStGB beträgt 6 Monate. Beim Verhältnis von Hausarrest und Freiheitsentzug ist zu beachten, dass der Gesetzgeber bei der Berechnung Hausarrest und Freiheitsentzug gleichsetzt und ein Tag Hausarrest einem Tag Freiheitsentzug entspricht (Art. 47¹ Abs. 4). Das GStGB erlaubt in Ausnahmefällen die Anordnung von Hausarrest für weniger als 6 Monate, aber nur dann, wenn der Freiheitsentzug, die gemeinnützige Arbeit, die Arbeit zur Verbesserung oder Geldstrafe durch Hausarrest ersetzt wird. Vor diesem Hintergrund ist die Position der Doktorandin zur Reduzierung des Mindesthausarrests umstritten. Zu beachten

ist, dass es sich bei Hausarrest um eine Freiheitsstrafe handelt und der Gesetzgeber bei der Berechnung der Fristen einen Tag Hausarrest mit einem Tag Freiheitsentzug gleichsetzt, aber dennoch ist sie nicht gleich schwer wie die Freiheitsstrafe, sondern eine leichtere Strafe als Freiheitsstrafe. Darüber hinaus ist die Frage der Wirksamkeit von kurzfristigen Strafen in der Literatur bereits umstritten. In einer Ansicht wirkt eine kurzfristige Strafe nicht lange genug zur moralischen Beeinflussung des Verurteilten, jedoch reicht es aus die Person zu verderben.¹⁰ Wenn die Doktorandin über die Verkürzung sechsmonatigen Hausarrests diskutiert, stellt sich die Frage, ob in Fällen, in denen sie den Einsatz eines sechsmonatigen Hausarrests für unangemessen hält, Maßnahmen der restitutiven Justiz zum Einsatz kommen sollten. Sollte der sechsmonatige Hausarrest im Einzelfall eine schwere Strafe für den, mit dem Gesetz im Konflikt stehenden, Jugendlichen darstellen, sollte er, überhaupt nicht bestraft werden, sondern andere nicht bestrafende Maßnahmen angewendet werden. Eine solche Herangehensweise an die Problematik leitet sich auch aus dem modernen Präventivstrafrecht ab, für das der Strafvollzug kein Selbstzweck ist und den Strafverzicht unter den gegebenen Umständen für zulässig hält, obwohl die Straftat begangen wurde.

16. Die Doktorandin erwähnt, dass sich ein Richter nicht auf den Gerechtigkeitsgedanken, wohl aber auf den vom Gesetzgeber festgelegten Gerechtigkeitsmaßstab berufen kann (S. 125). Es stellt sich jedoch die Frage, wie das Problem gelöst werden kann, wenn das Gesetz fehlerhaft ist und nicht die Möglichkeit einer fairen Entscheidung zulässt? Wenn keine Verzögerung möglich ist, weil dies zu schweren Menschenrechtsverletzungen führen kann. Die Entschei-

¹⁰ Pradeli J., *Strafrechtsvergleichung*, übersetzt von e. Sumbatashvili, Herausgeber T. Ninidze, Tiflis, 1999, S. 425.

dung¹¹ des Obersten Gerichtshofs von Georgien vom 29. Juni 2015 beweist, dass ein Richter in Ausnahmefällen nicht auf der Grundlage der geltenden Gesetzgebung, sondern unter Berücksichtigung der Rechtsprinzipien entscheiden könne.

17. In der Dissertation heißt es (S. 128), dass die Anwendung des Hausarrestes als zusätzliche Maßnahme gelten sollte, wenn es für mehrere Male eingesetzt werden kann. In Art. 45 JGG sollte ein Hinweis darüber stehen, so dass „der Richter“ die Norm nicht analysieren zu müssen braucht, um ein Verbot auf dessen Grundlage zu bestimmen.“ Dass die Dauer des Verbots gesetzlich festgelegt ist, wird geteilt. Dass die Notwendigkeit besteht, die Dauer des Verbots gesetzlich festzulegen, ist man einig darüber, jedoch nicht mit der Begründung, dass der Richter von der Last der Normanalyse entlastet werden sollte. Normanalyse, gehört zu der üblichen Tätigkeit des Richters während des Normzuordnungsprozess und der Richter kann von der genannten Aufgabe nicht entlastet werden. Die Weigerung eines Richters, eine Norm zu analysieren, ist dasselbe wie eine Weigerung, sich an Normzuordnungstätigkeit nicht zu beteiligen.

18. Die Doktorandin kritisiert, dass "die Auferlegung von Verboten und Verpflichtungen nach Artikel 45 JGG nicht mit der Kategorie der Straftaten zusammenhängt, während Hausarrest von Minderjährigen nur bei weniger schweren Straftaten verhängt werden kann" (S. 128-129). Darüber hinaus fragt die Doktorandin, ob die Erfüllung einer Verpflichtung eine zusätzliche strafbegleitende Maßnahme ist. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei die-

sem Fall um eine restitutive Justizmaßnahme handelt.¹² Die Stelle von Art. 45 im JGG liefert dazu die Antwort. Darüber hinaus ist die Bestimmung in Art. 40 zu berücksichtigen, wonach das Absehen von Strafe zulässig ist, wenn hinreichende Anhaltspunkte für die Vermutung vorliegen, dass der Jugendliche eine weniger schwere oder schwerere Straftat begangen hat. Das heißt, dass diese Maßnahme nicht als wiederherstellende Justizmaßnahme gegen den Täter einer besonders schweren Straftat verwendet wird, was logisch ist. Es sollte auch beachtet werden, dass, wenn das JGG die Anwendung des Hausarrests für weniger schwere Straftaten zulässt, das Absehen von Strafe auch bei Vorliegen von einer Vermutung der in Verbindung mit schwereren Straftat begründenden Beweisen möglich wird, was zu einer Inkonsistenz führen kann. Auf die Frage der Doktorandin, ob die Pflicht nach § 45 JGG gleichzeitig mit der Verurteilung auferlegt werden kann, beantwortet diese Frage der Art. 75 Abs. 2 JGG, wonach ein Richter befugt ist, neben einer nichtfreiheitsentziehender Strafe eine oder mehrere in Art. 45 vorgesehenen Pflichten zu verhängen. Die Angemessenheit der Pflichtauflegung neben einer Strafe bestimmt ebenfalls der genannte Artikel. Es handelt sich, nämlich, um den Gebrauch von Freiheitsstrafen und den Fall, wenn die Pflicht nicht erfüllt wird oder deren Erfüllung die geistigen und körperlichen Fähigkeiten des Jugendlichen übersteigt.

19. Gemäß Art. 69 Abs. 3 JGG kann ein Jugendlicher wegen einer weniger schweren Straftat unter Hausarrest gestellt werden. Die Doktorandin fragt in diesem Zusammenhang ob diese Vorschrift (Einschränkung des Hausarrests) nur dann gilt, wenn Hausarrest als Hauptstrafe oder Hausarrest als Zusatzstrafe verwendet wird (S. 133). Um herauszufinden, ob in einem ande-

¹¹ Tskitishvili T., Die Strafe und Strafzumessung, Tiflis, 2019, S. 43; Nachkebia G., Methodische Probleme der kriminalpolitischen Liberalisierung des Strafgesetzes in Georgien, im Buch: Todua N., (Hrsg.), Trends bei der Liberalisierung des Strafrechts in Georgien, Tiflis, 2016, S. 102.

¹² Shalikashvili M., Mikanadze G., Jugendgerichtsbarkeit (Lehrbuch), Tiflis, 2016, S. 102-104.

ren als in einer minder schweren Kategorie (gegen Täter einer schweren Kategorie von Straftaten) die Hausarreststrafe als eine zusätzliche Strafe verhängt werden kann, muss geprüft werden, ob dem jugendlichen Sträfling überhaupt eine zusätzliche Strafe verhängt werden kann, was der besondere Teil des GStGB nicht beinhaltet. Das GStGB erlaubt die Verhängung zusätzlicher Strafen wie Geldbußen, gemeinnützige Arbeit, den Entzug des Rechts ein Amt anzutreten oder sich anderweitig zu beschäftigen, auch wenn dies nicht im entsprechenden Artikel des privaten Teils des GStGB vorgesehen ist (Art. 42 Abs. 5, 44, Art. 5, Abs. 5 Art. 43 Abs. 3). Art. 47¹ GStGB sieht einen solchen Verweis auf Hausarrest jedoch nicht vor, was darauf hindeutet, dass Hausarrest nach dem GStGB nur verwendet wird, wenn es als Strafe nach dem entsprechenden Artikel des privaten Teils vorgesehen ist. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass das JGG nicht auf die Möglichkeit der Anwendung zusätzlicher Strafmaßnahmen in Fällen verweist, die nicht in den einschlägigen Artikeln des GStGB vorgesehen sind, die auf dem Legalitätsprinzip beruhen. Einerseits stellt sich die Frage, wenn Hausarrest als zusätzliche Bestrafung für weniger schwere Straftaten eingesetzt wird, warum es nicht für schwere Straftaten eingesetzt werden kann. Es ist jedoch zu beachten, dass das GStGB das Hausarrest für weniger schwere Straftaten vorsieht, die die Höchstgrenze der Freiheitsstrafe 5 Jahre nicht überschreiten. Würde das Gesetz die Anwendung des Hausarrests auch dann vorsehen, wenn dies nicht als Strafe nach dem einschlägigen Paragraphen des privaten Teils des GStGB vorgesehen ist, würde die Anwendung unverhältnismäßig schwerer Strafen gegen Verurteilte drohen. Eine solche Lösung des Problems würde auch nicht mit dem Legalitätsprinzip vereinbar sein. Nach diesem Grundsatz ist auch strittig, ob andere Strafen ohne Freiheitsentzug

(Geldstrafe, gemeinnützige Tätigkeit, der Entzug des Rechts ein Amt anzutreten oder sich anderweitig zu beschäftigen) als Zusatzstrafe angebracht sind, wenn diese Strafen nicht in dem privaten Teil des GStGB vorgesehen sind.

20. Nach der Diskussion über den Hausarrest kommt die Doktorandin zu dem Schluss, dass „der Einsatz von Hausarrest als zusätzliche Strafe nicht angemessen ist“ (S. 133). Diese Schlussfolgerung ist umstritten. Obwohl es sich um eine Strafe handelt, die einen freiheitsentziehenden Charakter hat, kann sie in Verbindung mit einer Strafe wie einer Geldstrafe verwendet werden, die seinerseits auch als Haupt- oder Zusatzstrafe verwendet werden kann. Die Anwendung einer Geldstrafe oder eines Hausarrests zusammen mit anderen Strafen birgt die Gefahr einer unverhältnismäßigen Belastung des Verurteilten, jedoch gilt diese Bestimmung abstrakt nicht in allen Fällen. Ob ein Verurteilter zusätzlich zu einer anderen Strafe, beispielsweise einer Geldstrafe oder zu Hausarrest verurteilt werden kann, ist unter Berücksichtigung der Natur und Schwere der Strafe, Persönlichkeit des Verurteilten, der wirtschaftlichen Lage und anderer individueller Umstände zu entscheiden.

21. Die Doktorandin kritisiert die Ansicht des Gesetzgebers, dass Art. 177 Abs. 3 keinen Hausarrest bei schwerem Diebstahl unter den erschwerenden Umständen vorsehe (S. 149). Sie weist darauf hin, dass Diebstahl unter Minderjährigen ein weit verbreitetes Verbrechen ist und somit den Hausarrest rechtfertigt, wenn der Diebstahl unter erschwerenden Umständen wie zum Beispiel wiederholter schwerer Bandendiebstahl, durch widerrechtliches Betreten einer Wohnung, oder eines Fahrzeugs. Der Gesetzgeber lässt den Hausarrest bei Diebstahl zu, wenn er ohne erschwerende Umstände begangen wird (Art. 177 Abs. 1 S. 1) oder bei erschwerenden Umständen wie bei einem Diebstahl, der einen

erheblichen Schaden verursacht hat und durch widerrechtliches Betreten eines Parkplatzes oder Lagers begangen wurde (Art. 177 Abs. 2).

Die Position von Tamar Makharoblidze, dass auch in anderen Fällen von Diebstählen Hausarrest eingesetzt werden sollte, kann nicht geteilt werden. Diebstahl ist zwar kein Gewaltverbrechen und ein gewaltfreies Eigentumsdelikt, aber nicht alle Fälle von Diebstahl sind von der gleichen Gefahr gekennzeichnet. Interessant ist die Position des Gesetzgebers, wenn er den Hausarrest bei Diebstahl durch unerlaubtes Eindringen in eine Lagerhalle oder einen Parkplatz erlaubt. Was hat den Gesetzgeber zu einer heterogenen Herangehensweise an den Hausarrest in diesen Diebstählen motiviert? Die Position des Gesetzgebers ist darauf zurückzuführen, dass Einbruchdiebstahl eine erhöhte Handlungsgefahr mit sich bringt, das mit einer erhöhten Gefährdung des Opfers - beziehungsweise des Eigentümers, verbunden ist. Bei einem Diebstahl durch unrechtmäßiges Betreten einer Wohnung besteht eine Gefahr, dass die Diebe mit dem Eigentümer in Kontakt kommen können, wodurch nicht nur das Eigentum, sondern auch Gesundheit und Leben des Eigentümers gefährdet werden kann, wenn der Eigentümer die Diebe in seiner Wohnung erwischt. Wenn ein Dieb illegal in die Wohnung eines anderen einbricht, nimmt er billigend in Kauf, dass seine Handlungen einen offensichtlichen Charakter annehmen könnte, wenn er den Eigentümer in der Wohnung antrifft oder ihn später erwischt und dadurch der Diebstahl zu einem gefährlicheren Verbrechen sich fortentwickelt, wie Raub. Folglich ist der Täter in einem solchen Fall einer größeren Gefahr ausgesetzt. Jeder, der einen Einbruch begeht, gilt potenziell als Person, von der in Zukunft Raub zu erwarten ist. Folglich ist der Täter in einem solchen Fall gefährlicher. Die Strafen für Einbruchdiebstahl sind härter als Taschendiebstahl, nicht nur wegen der

höheren Gefährlichkeit des Täters, sondern auch wegen der Gefährdung des Opfers.

Wird der Hausarrest gegen Minderjährige bei der Begehung schwerer Straftaten als zulässig angesehen, müssen wir in jedem Fall des Diebstahls Hausarrest anwenden, da die Höchststrafe nach Art. 177 (Teil 3) Freiheitsstrafen bis zu zehn Jahren beträgt. Es sei darauf hingewiesen, dass bei dem Art. 177 als erschwerende Umstände für Haftung, Diebstahl in großen Mengen durch eine organisierte Gruppe und andere darstellt. Wenn der Wert der Diebesbeute 10.000 GEL übersteigt, ist dies mit einem größeren Diebstahlsrisiko verbunden, was mit einem größeren materiellen Verlust für den Eigentümer verbunden ist.

Auch bei der Gruppenkriminalität und darüber hinaus bei der organisierten Kriminalität ist der Einsatz von Hausarrest ungerechtfertigt. Eine erhöhte Gefahr bei Gruppenaktivitäten sollte berücksichtigt werden.

Die Doktorandin weist darauf hin, dass Diebstahlsfälle bei Jugendlichen häufiger vorkommen als Begehung anderer Straftaten. Es stellt sich jedoch die Frage, ob dieses oder jenes Verbrechen weit verbreitet ist, inwieweit es als Legitimationsgrundlage für den Einsatz humaner Strafen angesehen werden kann. Je weiter die Kriminalität verbreitet ist, desto legitimer ist es, sie mit strengen Präventivmaßnahmen zu bekämpfen. Es ist zwar die Rede von Jugendstrafrecht und der Strafe für Diebstahl, aber nicht alle Fälle von Diebstahl sind gleichzusetzen und bedürfen einer differenzierten Betrachtung je nach Gefährlichkeit der Handlung bzw. des Täters. Der Gesetzgeber bestimmt die Höhe der Strafe im Hinblick auf die Gefahr der Tat, und der Gesetzgeber kann die Persönlichkeit des Täters vor der Begehung der Straftat nicht berücksichtigen, jedoch zeigen einige Handlungen unter Berücksich-

tigung ihrer Natur und bestimmten qualifizierenden Umständen auch die persönliche Gefährdungen von ihrem Täter. Je mehr Hindernisse der Täter beispielsweise bei der Begehung einer Straftat überwinden muss, desto größer ist die Gefahr. Dies gilt auch für Einbruchdiebstahl. Bei einem Einbruch muss der Täter besondere Anstrengungen unternehmen, um das Hindernis zu überwinden. Zu beachten ist auch, dass durch den Einbruch die Unverletzlichkeit der Wohnung beeinträchtigt wird, die ein durch Art. 160 GStGB geschütztes Rechtsgut ist. Daher greift die handelnde Person nicht nur in das Rechtsgut - Eigentum, sondern auch in das Recht des Hausfriedens.

22. Die Doktorandin behandelt die in Art. 187 Abs. 2 GStGB vorgesehene Straftat (Beschädigung oder Zerstörung fremden Eigentums: a) durch Brandstiftung, Explosion oder durch Einsatz allgemein gefährlicher Mittel; b) wiederholt und stellt fest, dass in diesem Fall nur der Freiheitsentzug ungerechtfertigt ist, da ein solches Urteil dem Richter keine alternativen Mittel erlaubt (S. 151-152). Die Doktorandin behandelt dieses Thema im Kapitel der Dissertation, in dem die Anwendung des Hausarrests als Form der Bestrafung analysiert wird. Sie kritisiert, dass keine anderen Freiheitsentzugsalternativen als Art. 187-2 Abs. 2 vorgesehen sind, legt jedoch nicht fest, welche Strafe als Ersatzstrafe anzusehen ist. Berücksichtigt man jedoch, in welchem Abschnitt der Dissertation die Doktorandin dieses Thema behandelt, kommen wir zu dem Schluss, dass sie den Hausarrest als passende Ersatzstrafe sieht. Es stellt sich die Frage nach der Angemessenheit des Hausarrests, wenn es darum geht, einen Gegenstand durch Anzünden, Sprengen oder andere allgemein gefährliche Mittel zu beschädigen oder zu zerstören. Auch hier wird nicht nur in das Eigentum einer bestimmten Person eingegriffen, sondern es entsteht auch eine Gefahr für die

Menschen in der Umgebung, die zwar nicht am Tatort waren, aber möglicherweise hätten sein können. Zu beachten ist, dass das GStGB Hausarrest für Verbrechen gegen das Leben, Mord unter mildernden Umständen (Art. 110, 111, 112) sowie fahrlässige Tötung (Art. 116) vorsieht. Obwohl es sich um Verbrechen gegen das Leben handelt, kann der Hausarrest in diesen Fällen dadurch gerechtfertigt werden, dass es sich um mildernde Umstände und fahrlässig begangene Verbrechen handelt.

Bei der Erörterung der Richtigkeit der in Art. 187 Abs. 2 vorgesehenen Strafe weist die Doktorandin darauf hin, dass ein Richter mit Berücksichtigung der besten Interessen eines Minderjährigen, auf Grundlage von individuellen Bewertungsberichten, die in Art. 66 JGG geregelte andere Art der Strafe (152. S.) anwenden kann, da dieser Norm außer Freiheitsentzug keine weitere Strafe vorsieht. Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine solche Lösung des Problems dem Legalitätsprinzip widerspricht?

23. Die Doktorandin stellt fest, dass der Bewährungshelfer gemäß der Anordnung Nr. 178 des georgischen Ministers für Strafvollzug und Bewährung vom 31. Dezember 2015, über die Genehmigung der Regeln und Methoden für die Verwendung der elektronischen Überwachung, berechtigt ist, einen Verurteilten, auf begründeter Bitte des Verurteilten oder des gesetzlichen Vertreters, in vorgeschriebenen Fällen, die Fußfessel vorübergehend zu entfernen. Einer der Fälle ist eine Geschäftsreise im Zusammenhang mit beruflichen Tätigkeiten, was einerseits die Existenz gewisser Privilegien impliziert, die willkommen sind, andererseits erscheint die Durchsetzung dieses Privilegs unmöglich, dass ein Minderjähriger eine Geschäftsreise verbunden mit beruflicher Tätigkeit unternimmt (S. 193). Diese Meinung wird nicht geteilt, da die Person unter 18 Jahre alt ist und nach georgischem Recht Per-

sonen ab 16 Jahren in Arbeitsbeziehungen eingebunden werden können. Darüber hinaus gibt es Berufe, die keinen Bezug zur langfristigen Hochschulausbildung haben. Folglich kann sich ein Minderjähriger auf einer Geschäftsreise im Zusammenhang mit einer beruflichen Tätigkeit befinden.

24. Die Doktorandin stellt eine Frage ob gemäß der „Anordnung Nr. 178 des georgischen Ministers für Strafvollzug und Bewährung vom 31. Dezember 2015“ der Verurteilte während der Geschäftsreise die mit beruflichen Tätigkeit verbundene ist, die georgische Grenze nicht überschreiten darf“ (S.193-194). Die oben genannte Frage wird durch die gesetzliche Bestimmung des Art. 471 (Hausarrest) des GStGB beantwortet, wonach "ein Verurteilter während der Dauer des Hausarrests die georgische Grenze nicht überschreiten darf". Diese Anforderung ist zwingend und hochrangiger als eine Ministerialverordnung. Unter den „Dienstreisen“ sind daher, die Dienstreisen innerhalb des Landes gemeint.

25. Die Doktorandin zweifelt an der Effektivität des Entzugs des Arbeitsrechts, als eine alternative Bestrafung von Personen (Jugendlichen), die mit dem Gesetz in Konflikt geraten sind und weist auf die schweren materiellen Folgen für die Jugendlichen hin. Sie meint, dass durch den Arbeitsentzug die minimalen Einkommen weggenommen werden, wovon ein normales Leben und Entfaltung abhängig ist (S. 200). Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Anwendung der erwähnten Strafe mit der begangenen Straftat in Verbindung steht, ob die Straftat mit den Aktivitäten eines Minderjährigen zusammenhängt. Die Entziehung der Tätigkeit darf einem Minderjährigen nicht ohne Rücksicht auf die individuellen Umstände auferlegt werden. Auch unabhängig davon, welche Straftaten begangen wurden und ob die Aktivitäten des Jugendlichen

eine Wiederholungsgefahr darstellen. Bei einer solchen Drohung ist es ratsam, diese Strafe anzuwenden. Die Doktorandin stellt fest, dass das Recht der Erwerbstätigkeit des minderjährigen Jugendlichen zu verbieten, nicht der Durchsetzung des Strafzwecks beisteuert (S. 201). Es ist jedoch unklar, was der Staat tun soll, wenn die Aktivitäten eines jugendlichen Straftäters ein hohes Rückfallrisiko bergen? Es stimmt, dass die Beschäftigung in Georgien heute ein ernstes Problem darstellt; die Arbeitslosigkeit von Minderjährigen und Menschen im Allgemeinen stellt separate Schwierigkeiten dar, aber dies kann nicht als Argument dafür angesehen werden, dass der Entzug des Rechts auf Arbeit für einen jugendlichen Straftäter keine effektive Strafe in jedem Fall darstellt. Die Entziehung des Betriebsrechts ist dann unwirksam, wenn die individuellen Umstände nicht berücksichtigt werden.

Die Dissertation setzt die Diskussion fort: „Wie wird der Jugendliche mit diesem Urteil resozialisiert-rehabilitiert? Wie kann ein neues Verbrechen vermieden werden? Wird die Person kriminelle aktiv, ist dies bereits ohne Verhängung dieser Strafe verboten. Beschäftigung und Arbeit hingegen tragen zur Erfüllung der Strafziele bei. Daher ist der Entzug des Rechts auf Arbeit keine auf Strafzweck gerichtete Form der Straffart“ (S. 201). Wie aus der Diskussion hervorgeht, hat die Doktorandin keine klare Vorstellung vom Inhalt der Entziehung des Rechts auf Arbeit. Das Verbot der Erwerbstätigkeit bedeutet nicht ein Verbot krimineller Handlungen (z. B. Diebstahl, Raub, usw.), die bereits verboten sind, sondern ein Verbot einer Handlung, die im Allgemeinen nicht strafbar ist, aber dazu verwendet wurde ein Verbrechen zu begehen. Dazu gehören zum Beispiel medizinische, pharmazeutische Tätigkeiten, Arbeit als Fahrer (wenn es eine Einkommensquelle

ist)¹³, Lehrtätigkeit, Interessenvertretung und so weiter. Einige Arten von Tätigkeiten, einschließlich der meisten der hier aufgeführten Tätigkeiten, erfordern eine volljährige Person und schließen die Minderjährigen als Arbeitnehmer aus. Wenn die Straftat im Zusammenhang mit einer rechtmäßigen und zulässigen Tätigkeit begangen wurde und der Jugendliche an der Straftat beteiligt ist, kann dem jugendlichen Straftäter das Recht auf Ausübung von Tätigkeiten entzogen werden, wenn von ihm in Zukunft, auf diesem Gebiet, Wiederholung von Straftaten zu erwarten war, in dem der Jugendliche tätig war.

Es ist unmöglich, dass einem Jugendlichen bei der Entziehung des Rechts auf Arbeit solcher Tätigkeit untersagt werden, die eine Straftat darstellt, da kein Recht auf Begehung einer Straftat besteht. Bestrafung ist immer mit Einschränkung eines Rechts verbunden. Dies gilt auch für das Verbot der Ausübung des Arbeitsrechts, worunter auch das Verbot von Tätigkeiten fällt, für die ein Recht allgemein besteht und zulässig ist.

26. Die Doktorandin hält es für zweifelhaft, dass mit der Entziehung des Rechts auf Arbeit der Zweck einer Strafe wie der Resozialisierung-Rehabilitation eines Minderjährigen erreicht wird, aber wir dürfen nicht vergessen, dass die Strafe immer ein unangenehmes Ergebnis ist. Sie

ist ein gewisser Gegenschlag für das begangene Verbrechen. Die Strafe darf keine Anreizwirkung haben. Die Strafe unterscheidet sich von einer restitutiven Justizmaßnahme, die ebenfalls mit gewissen Einschränkungen verbunden ist, sich aber in ihren Folgen von der Strafe unterscheidet. Die Frage, die die Dissertation zum Tätigkeitsverbot aufwirft, kann auch in Bezug auf andere Strafen, sogar in Bezug auf Freiheitsstrafen, gestellt werden. Inwieweit trägt Freiheitsentzug zur Resozialisierung-Rehabilitation eines Jugendlichen bei? Es ist verständlich, dass die Resozialisierung-Rehabilitation durch eine Inhaftierung oder ein Verbot von Erwerbstätigkeit für Jugendliche wenig beiträgt, aber diese Maßnahmen werden eingesetzt, wenn aus präventiver Sicht ein extremer Bedarf besteht. Bestrafung ist das letzte Mittel in den Händen des Staates. In bestimmten Fällen kann dem konkreten Strafzweck Vorrang eingeräumt werden. Daher sollte bei der Strafanmaßung bestimmt werden welcher Zweck vorrangig ist. Art und Umfang der zu verbüßenden Strafe sind entsprechend zu wählen. Zu beachten ist auch, dass die Ziele einer Strafe unisono und nicht isoliert erreicht werden können, jedoch sind nicht alle Strafen im Einzelfall gleichermaßen wirksam, um die Ziele einer Strafe zu erreichen. Im Einzelfall kann die Frage nach der Notwendigkeit der Erreichung des Ziels der Kriminalprävention in den Vordergrund gestellt werden und dementsprechend die Strafe entsprechend gewählt werden, was nicht bedeutet, dass Resozialisierung-Rehabilitation des Täters ein sekundäres Ziel ist. Die Nichterreichung dieses Ziels birgt die Gefahr des Rückfalls, was die Bedeutung des Erreichens des Ziels der Resozialisierung-Rehabilitation des Täters für die Kriminalprävention deutlich macht. Dass die Erreichung eines bestimmten Strafzwecks im Einzelfall Vorrang haben kann, wird durch die Institutionen der Bewährung oder Umwandlung der Stra-

¹³ Das Fahrverbot als Entzug der Erwerbstätigkeit wird in der Praxis weit ausgelegt und als Bestrafung des Verkehrsrechts definiert, auch wenn das Fahren eines Autos für eine bestimmte Person nicht zu seiner Erwerbstätigkeit gehörte und nicht seine Einnahmequelle darstellte. Es ist ratsam, die Fahrerlaubnis nur dann zu verbieten, wenn sie mit den Aktivitäten des Verurteilten zusammenhängt, was nicht bedeutet, dass das Fahrverbot in anderen Fällen nicht einer Person auferlegt werden kann. In anderen Fällen sollte es nicht als Hauptstrafe, sondern als parallel zur Strafe verhängte Einschränkung verwendet werden, wie bei der Einschränkung des Wahlrechts (in Anbetracht der Schwere des Verbrechens). Anzumerken ist auch, dass das georgische Strafgesetzbuch das Verbot der Fahrerlaubnis nicht direkt als Strafe angibt, anders als im deutschen Strafgesetzbuch, wo die genannte Sanktion eine der Strafen ist.

fe in eine leichtere Strafe gut veranschaulicht. Angesichts der Schwere der begangenen Straftat und der Gefahr des Wiederauftretens der Straftat kann der Verurteilte je nach Priorität des kriminalpräventiven Ziels zu einer schweren Strafe verurteilt werden, die zur Resozialisierung und Rehabilitation des Verurteilten nicht beiträgt. Nachdem der Verurteilte jedoch einen Teil der Strafe (die gesetzlich vorgesehene Nachfrist) verbüßt hat und durch sein Verhalten zeigt, dass das Rückfallrisiko verringert ist und die vollständige Verbüßung der Strafe nicht erforderlich ist, kann entschieden werden, die Strafe aufzuheben oder ihn auf Bewährung freizulassen, was die Resozialisierung-Rehabilitation des Täters erleichtern wird. Bei der Beurteilung, welchem Ziel im Einzelfall Vorrang eingeräumt werden sollte, sind, wie gesagt, gesonderte Umstände zu beurteilen, von denen die Art der Handlung, die Schwere der Straftat und die Persönlichkeit des Täters die wichtigsten sind. Letzteres ist im Jugendstrafrecht von besonderer Bedeutung. All dies deutet daraufhin, dass der Entzug des Rechts auf Arbeit die Verwirklichung der Ziele der Jugendstrafe nicht ausschließt, wenn die Strafe unter Berücksichtigung der Umstände verhängt wird. Es ist auch zu bedenken, dass die Entziehung des Rechts auf Arbeit kein generelles Arbeits- und Tätigkeitsverbot bedeutet, sondern eine Einschränkung des Rechts auf eine bestimmte Art von Tätigkeit, die in der Regel vom Richter im Urteil festgelegt wird.

27. Anders als bei der Verhängung einer Geldbuße und eines Hausarrests schien die Doktorandin die Rechtsprechung zum Entzug der Erwerbstätigkeit nicht studiert zu haben. Hätte sie die Rechtsprechung zu dieser Art von Strafe studiert, wäre sie nicht zu den Schlussfolgerungen gekommen, die sie in ihrer Dissertation präsentiert hat. Für die Doktorandin wäre es wünschenswert gewesen, die Rechtsprechung zum

Entzug des Rechts auf Arbeit, auch gegenüber Erwachsenen, zu studieren.

28. Die Doktorandin stellt fest, dass "Gemeinnützige Arbeit die innovativste Strafe ist, die der Gesetzgeber in den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts geschaffen hat" (S. 202). Die Literatur weist jedoch darauf hin, dass das Urteil tatsächlich 1920 aus der Einführung von Kollektivarbeit ohne Freiheitsentzug durch die sowjetischen Behörden entstand.¹⁴

29. Nach Art. 44 Abs. 4 des GStGB darf die Gemeinnützige Arbeit nicht an die erste und zweite Gruppe von Behinderten, Schwangeren, Mutter eines Kindes unter sieben Jahren, Personen, die das Rentenalter erreicht haben und in Wehrpflicht befindliche Personen verhängt werden. Das JGG (Art. 71) sieht solche Beschränkungen nicht vor, die die Doktorandin als Mangel des JGG wertet und darauf hinweist, dass „Minderjährige mindestens die gleichen Garantien und den gleichen Schutz genießen sollten wie Erwachsene“ (S. 206). Die Meinung der Doktorandin, dass nach § 71 JGG Minderjährige schlechter gestellt seien als Erwachsene kann nicht geteilt werden. Vielmehr kann ein abstraktes Verbot der Inanspruchnahme gemeinnütziger Arbeit nach § 44 Abs. 4 GStGB (nach Personenkreis) einen Richter in bestimmten Fällen zu einer härteren Strafe gegen einen Verurteilten zwingen, wenn keine andere Alternative zur Bestrafung vorhanden ist.¹⁵ Dementsprechend verschärft Art. 71 JGG nicht die Situation eines jugendlichen Verurteilten im Vergleich zu einem Erwachsenen, sondern gibt dem Richter auch die Möglichkeit,

¹⁴ Pradeli J., Strafrechtsvergleichung, übersetzt von e. Sumbatashvili, Herausgeber T. Ninidse, 1999, S. 436.

¹⁵ Tskitishvili T., Verhältnismäßigkeit der Strafe, im Buch: Todua N., (Hrsg.), Tendenzen der Liberalisierung der georgischen Strafgesetzgebung in Georgien, Tiflis, 2016, S. 549-551; Dvalidze I., Allgemeiner Teil des Strafrechts, Strafe und andere strafrechtliche Folgen des Verbrechen, Tiflis, 2013, S. 50-51

die Frage nicht abstrakt, sondern unter Berücksichtigung der individuellen Fähigkeiten des Jugendlichen zu entscheiden. Das Strafrecht sollte es dem Richter erlauben, den Fall individuell zu entscheiden. Eine verurteilte Person kann behindert sein, aber dennoch die Möglichkeit haben, gemeinnützige Arbeit zu leisten. Bei der Verhängung einer Strafe sollte der Richter berücksichtigen können, inwieweit die eingeschränkte Fähigkeit des Verurteilten die Möglichkeit zur Ausübung eines gemeinnützigen Dienstes ausschließt. Es ist zu beachten, dass der Strafvollzug kein arbeitsrechtliches Verhältnis darstellt. Folglich ist es ungerechtfertigt, während der Vollstreckung der Strafe die im Arbeitsverhältnis geltenden Beschränkungen zu berücksichtigen. Die Ziele von Arbeitsrecht und Strafe sind unterschiedlich. Die abstrakte Übertragung aller Beschränkungen der Arbeitsbeziehungen im Strafrecht kann im Einzelfall zu den gegenteiligen Ergebnissen führen, deren Erreichung mit dieser Beschränkung in Arbeitsbeziehungen bezweckt war. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Erfüllung der gemeinnützigen Arbeit den geistigen und körperlichen Fähigkeiten des jugendlichen Strafgefangenen angemessen sein soll. Die Arbeit darf sein Leben und seine Gesundheit nicht gefährden.

30. Art. 76 JGG entzieht einem Richter das Recht, gegen einen jugendlichen Straftäter eine mildere Strafe zu verhängen, wenn er in der Vergangenheit schon verurteilt wurde. Diese Bestimmung erlaubt es uns zu sagen, dass man auch auf die vergangene Zeit nach der Verurteilung nicht achtet, da man in der Norm nicht von Verurteilung spricht, sondern um das „in der Vergangenheit ergangene Urteil“. Darüber hinaus ist die Vorschrift des § 17 Abs. 4 GStGB zu beachten, wonach eine Verurteilung wegen einer Straftat in der auf Rückfall gestützt werden kann, wenn er während der Minderjährigkeit begangen

worden ist. Dies bedeutet, dass die Verurteilung des Jugendlichen in der Vergangenheit nicht die gleiche Bedeutung hat wie eine Erwachsenenverurteilung. Wenn die Vorstrafe des Jugendlichen keinen Rückfall der Tat begründet, sollte sie nicht als erschwerende Umstände der Strafe berücksichtigt werden. Es ergibt sich die Frage, warum ihm das Blockierungsrecht der Strafzumessungsfunktion zuerkannt werden soll, das milder als gesetzlich vorgesehen ist? Wenn eine frühere Verurteilung des Jugendlichen, für eine mildere Strafe als gesetzlich vorgesehen ist, als Hindernis angesehen wird, bedeutet dies, dass diese der früheren Tat gleichgesetzt wird und nicht berücksichtigt, dass eine Person, insbesondere ein Jugendlicher, die Möglichkeit hat sich selbst zu verändern. Die Wiederholung einer Straftat (insbesondere einer anderen Art und nicht der gleichen Tat) impliziert nicht immer die irreparable Natur des Täters. Es kann einen situativen Fall einer Straftat geben, bei dem der Täter zusammen mit dem Tatgegenstand ein Opfer der Umstände ist. Eine in der Vergangenheit ergangene Verurteilung des Minderjährigen kann im Verhältnis zu einem Erwachsenen eine andere Bedeutung haben. Vor diesem Hintergrund kritisiert die Doktorandin die Einschränkung nach Art. 76 GStGB zurecht, jedoch kann ihre Meinung nicht geteilt werden, indem sie behauptet, dass diese Norm dem Grundsatz des Verbots der doppelten Bestrafung (*ne bis in idem*) widersprechen könnte (S. 245). Nach diesem Grundsatz ist es unzulässig, eine Person zweimal zu bestrafen oder für die Tat, für die sie einmal verurteilt wurde, erneut zu verurteilen. Obwohl es ungerechtfertigt erscheint für die in der Vergangenheit verurteilten Person, stellt dies trotzdem keine rechtliche Inkonsequenz dar, die dem Grundsatz des Doppelbestrafungsverbots gleichkommt, ebenso wie der Grundsatz des Doppelbestrafungsverbots nicht mit dem Grundsatz der Dop-

pelverwertungsverbot gleichgesetzt werden kann.

31. Es ist bedauerlich, dass die Doktorandin ein berühmtes Buch von Al.Vacheishvili nicht verwendet hat (Strafe und soziale Schutzmaßnahmen, Tiflis 1960). Dementsprechend enthält die Dissertation keinen Hinweis auf die Monographie, die in Bezug auf Strafen die erste in georgischer Sprache war, die nach wie vor als wertvolle Arbeit gilt.

32. Die Dissertation verwendet in der Arbeit den Begriff "Kennzeichnung" (S. 169). Es ist besser, den Begriff "Stigmatisierung" zu verwenden, da er im georgischen Wortschatz ein angemessener und etablierter Begriff ist.

33. In der Arbeit finden wir einen formalen Mangel, wie beispielsweise die Bezugnahme auf eine Zeitschrift unter einem anderen Namen. Zum Beispiel wird einer der von der Autorin genannten Aufsätze der Juristischen Zeitschrift Staatlicher Universität von Tiflis (in der ersten Ausgabe von 2019), als ein Aufsatz von der Zeitschrift „Das Recht“ aufgeführt. Ich glaube, dass die Zeitschrift mit diesem Namen im Moment nicht veröffentlicht wird.

34. In der Dissertation finden wir Stellungnahmen von der Doktorandin, die weniger in direktem Zusammenhang mit dem behandelten Thema steht. Zum Beispiel die Position des Europäischen Gerichtshofs zur körperlichen Züchtigung eines Jugendlichen und welches Grundrecht dadurch verletzt wird (S. 176). Die vorliegende Frage betrifft die elektronische Überwachung und ihre Verfassungsmäßigkeit.

35. Da die Dissertation den Titel "Nationale und internationale Standards zur Jugendstrafe" trägt, wäre angebracht in der Arbeit und unter anderem im Inhaltsverzeichnis eine stärkere Differenzierung zwischen internationalen Standards

und durch die nationale Gesetzgebung festgelegte Ansätze vorzuführen.

36. Im einleitenden Teil der Dissertation (S. 3) heißt es, dass die analytische Methode in Verbindung mit anderen Methoden verwendet wurde. Ich denke, auch dies war nicht notwendig, da die Dissertation und die Erforschung des relevanten Problems dies bereits implizieren. Ohne analytisches Denken und Herangehen ist eine Dissertation nicht möglich.

37. In dem Aufsatz steht, dass auch die soziologische Methode verwendet wurde, aber es ist nicht klar, worin sich dies manifestiert. Hat die Dissertation beispielsweise eine soziologische Studie durchgeführt, die aus der Arbeit nicht ersichtlich ist?

38. Die Dissertation behandelt die in den Abschnitten 2 und 3 in Art. 72 des JGG vorgesehenen Regelungen und die Möglichkeit ihrer Weiterentwicklung (S. 225-226), jedoch wurde dieser Artikel aus der aktuellen Fassung des JGG entfernt.

39. Die Titel einiger Teilabschnitte der Dissertation sind sprachstilistisch nicht wohlgeformt. Zum Beispiel trägt der Unterabschnitt „3.1.“ die Überschrift „Geldstrafe als unabhängiges Einkommen eines Minderjährigen“ (S. 68). Es wäre wünschenswert, den Titel dieses Unterabschnitts anders zu formulieren. Zum Beispiel „die Bedeutung des unabhängigen Einkommens eines Jugendlichen für eine Zumessung der Geldstrafe“ oder „das unabhängige Einkommen eines Jugendlichen als notwendige Bedingung für Zumessung einer Geldstrafe“.

40. Ich denke auch, dass der Titel der Dissertation mehr Ausarbeitung benötigt. Der Titel des Dissertationsthemas lautet "Internationale und nationale Standards der Strafe bei den Minderjährigen". Der Titel hätte wie folgt formuliert

sein sollen: „Nationale und internationale Standards für die Verurteilung und Vollstreckung von Strafen in der Jugendgerichtsbarkeit“. In dem Aufsatz werden hauptsächlich Fragen der gesetzlichen Regelung der Jugendstrafe und Verurteilung erörtert, aber der Gegenstand der Untersu-

chung sind auch die Schwierigkeiten des Strafvollzuges in Bezug auf Jugendliche.

Ungeachtet der bisherigen Ausführungen wird die Arbeit positiv bewertet und schmälert ihre Bedeutung sowohl in theoretischer als auch in praktischer Hinsicht nicht.