

Publikationen

zur rechtlichen Zusammenarbeit

Sonderband
2021

შედარებითი სამართლის
ქართულ - გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische Zeitschrift
für Rechtsvergleichung



Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



Sonderband
2021

Deutsch-Georgische
ZEITSCHRIFT FÜR
RECHTSVERGLEICHUNG

შპლარკაბოთი
სამარტოღოს

ქარტოვი-ბერმანული 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:



Bundesministerium
der Justiz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



თინათინ წერეთლის სახელობის
სახალაგნიშოსა და
საპარტოლის 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

Die Digitalisierung des Rechts <i>Stephan Breidenbach / Florian Glatz</i>	7
Entscheidungen, Prozesse und Rechtsanwendung automatisieren: Das Schicksal von Regeln ist Code <i>Stephan Breidenbach</i>	9
Vergeblicher Versuch, einen Scheintoten zu reanimieren – Anmerkungen zur Entscheidung des VGG in Sachen Dvali . / . Georgisches Parlament (No.3/4/550) <i>Wolfram Eberhard</i>	15
Überschriften für Rechtssätze <i>Kaspar Frey / Lado Sirdadze</i>	25
Überschriften in notariellen Urkunden <i>Kaspar Frey / Lado Sirdadze</i>	38
Die Reform des Hypothekenrechtes – Die Wohnung verliert nur derjenige nicht, der keine hat <i>Giorgi Rusiashvili</i>	51
Die Notwendigkeit des dinglichen Vertrags im georgischen Recht <i>Giorgi Rusiashvili</i>	62
Die Stellungnahme des Julians zur Celsinischen Durchgangstheorie in D. 24.1.3.13 <i>Giorgi Rusiashvili</i>	79
Grundzüge von Pensionsreformen <i>Max Gutbrod</i>	111
Die Treuepflicht als Verhaltensstandard des Gesellschafters im Gesellschaftsrecht (am Beispiel des deutschen Rechts) <i>Roin Migriauli</i>	116
Haftung aus Art. 5 Abs. 5 EMRK bei Freiheitsentziehungen in Georgien – eine Betrachtung aus deutscher Sicht <i>Ulrich Hagenloch</i>	122

Die Digitalisierung des Rechts*

Stephan Breidenbach*

Florian Glatz**

Ein Blick zurück: Im 16. Jahrhundert bereitete die Erfindung des Buchdrucks den Weg für die Reformation, die wissenschaftliche Revolution und die Aufklärung. Im 19. Jahrhundert begann mit der Dampfmaschine und der Industrialisierung die Entwicklung der modernen Gesellschaft. Die Digitalisierung führt uns wieder an eine Zeitenwende. Sie wird als „Dritte Industrielle Revolution“, als „Informationsgesellschaft“ oder als „Zweites Maschinenzeitalter“ bezeichnet. Manche sprechen bereits von der Metamoderne.¹

Wohin führen die mit der Digitalisierung einhergehenden Konsequenzen, die tiefgreifender sind als nur neue Apps, Plattformen oder selbstfahrende Autos? Hierarchien lösen sich auf und werden durch wesentlich dezentralere Organisationsformen und Formen der

Selbstorganisation abgelöst. Cloud-basierte Dienste ermöglichen eine vollkommen neue Form der Zusammenarbeit und des Austauschs über Grenzen hinweg. Jeder kann etwas gemeinsam mit allen für alle entwickeln, wie das Flaggschiff Wikipedia es bereits seit Jahren erfolgreich zeigt. Alles ist in einem kontinuierlichen Veränderungsprozess und jeder neue Entwicklungsstand ist morgen schon veraltet. Wir leben unaufhörlich in einem Beta-Modus, in dem sich alles verflüssigt. In Echtzeit stehen wir ständig miteinander in Kontakt und greifen auf Informationen oder auch Musik sofort zu. Wir haben Zugang statt Besitz, da tendenziell gegen Null gehende Vervielfältigungskosten offenen Zugang ermöglichen. Bezahlung wird durch Open Access abgelöst. Was digital ist, wird gemessen. Datenanalysen beschneiden unser privates Selbst und ermöglichen zugleich eine neue Sicht auf Muster, Korrelationen und Zusammenhänge. *Machine Learning* und *Künstliche Intelligenz* sind nach Kevin Kelly wie die neue Elektrizität.² Jeder Schritt wird ein Stück weit „kognifiziert“ werden. Alle diese Entwicklungen schließen uns einen globalen Raum auf, den wir mit Bewusstsein füllen müssen.

Juristen schienen lange Zeit auf eine seltsame Weise unberührt von dieser Entwicklung. Unter dem Begriff *Legal Tech* hat sich ein Hype und zugleich eine Grundsatzdiskussion herausgebildet: Digitalisierung

* Erstpublikation in: Stephan Breidenbach/Florian Glatz, *Rechtshandbuch Legal Tech*, München (C.H.BECK), 2. Aufl. 2021.

** Prof. Dr. Stephan Breidenbach ist Hochschullehrer, Mediator und Unternehmer. Mit KnowledgeTools International und dem Legal Tech Center arbeitet er bereits seit über fünfzehn Jahren an Legal-Tech-Lösungen zur Unterstützung der inhaltlichen Arbeit von Juristen.

*** Florian Glatz ist als Rechtsanwalt, Softwareentwickler, Unternehmer und Forscher an der Schnittstelle zwischen Recht und Technologie tätig. Er ist Gründer und Leiter des Legal Tech Centers an der Europa-Universität Viadrina und Präsident des Blockchain Bundesverbands.

¹ Vgl. *Keks Ackermann*, Part 2: Digital Dynamics: The potential of digitisation, 12.02.2018, <https://medium.com/future-sensor/part-2-digital-dynamics-829abfb537dd>, zuletzt abgerufen am 15.11.2019.

² *Kelly*, *The Inevitable: Understanding the 12 Technological Forces That Will Shape Our Future*, 2016.

kommt mit Verzögerung auch im Recht an. Die ersten Reaktionen sind entweder Übertreibungen – morgen keine Anwälte mehr nötig – oder es wird abgewiegelt: haben wir schon, brauchen wir nicht und geht wieder weg. Schauen wir genau hin, zeichnet sich ein anderes Bild ab.

Legal Tech macht Karriere. Wollte noch vor wenigen Jahren kaum ein Jurist etwas von den Möglichkeiten digitaler Technologien bei der Unterstützung inhaltlicher Arbeit im Recht wissen, so gibt es jetzt kaum eine größere Anwaltskanzlei, die keine Legal-Tech-Arbeitsgruppe hat. Vor diesem Hintergrund ist die Entstehung dieses Buches, und jetzt bereits nach kurzer Zeit der 2. Auflage, zu sehen. Im Kern geht es um die Folgen der Digitalisierung für das Recht.³ Und selbst jetzt noch, nach etlichen Konferenzen zum Thema, ob an der Bucerius Law School, vom Bundesverband der Unternehmensjuristen, dem Deutschen Anwaltstag 2017 oder der *Berlin Legal Tech 2017, 2018 und 2019*, so gibt es kaum einen Bereich, in dem diese Folgen nicht unterschätzt werden. Welche konkreten Anwendungen verändern den Alltag des Juristen? Wie lässt sich das Potential digitaler Technologien für die konkrete Arbeit ausschöpfen? Wie können wir die Chancen nutzen, ohne dabei Risiko und Nebenwirkungen zu unterschätzen?

Rechtsberatung beginnt gerade, sich grundlegend zu verändern. Die wesentlichen Bereiche sind:

- Industrialisierung des Rechts,
- Künstliche Intelligenz und
- Vernetzung durch Blockchain.

Jeder der drei Kernbereiche setzt die Standardisierung von Wissen voraus. Das ermöglicht wiederum

menschliche Denk- und Kommunikationsprozesse zu automatisieren. In allen drei Fällen führt die maschinengesteuerte Automatisierung dazu, dass die klassischen Mittelsmänner und Mittlerorganisationen zumindest prinzipiell überflüssig werden.

A. Industrialisierung

Zum einen sehen wir eine Entwicklung, auf die eine andere Berufsgruppe, die Wirtschaftsprüfer, besser vorbereitet scheint: Es geht in Richtung Standardisierung. In einem Economist-Beitrag vom 15. Mai 2015 mit dem Titel „Attack of the bean-counters“⁴ – heißt es über Anwaltskanzleien:

„They are run by lawyers, not professional managers, insist on charging by the “billable hour” rather than by results and use little technology more advanced than e-mail. Nonetheless, most big law firms have continued to be highly profitable.“

Und dann weiter zu dem massiven Einstieg der Big Four (Deloitte, Ernst & Young, KPMG und PwC) in den Rechtsmarkt:

„[...] they will have trouble resisting this inefficient and lucrative market.“

Ist der gewohnte Umgang mit Recht, sind die Leistungen von Anwaltskanzleien tatsächlich ineffizient? Ist es möglich, in vielen Bereichen des Rechts anders zu arbeiten? Effektiver? Eine Antwort jedenfalls ist es, nach Möglichkeiten der Standardisierung zu suchen. Hier findet sich eines der größten Potentiale der Digitalisierung im Recht.

Digitale Tools – Legal Tech – ermöglichen die „Industrialisierung“⁵ auch von Rechtsdienstleistungen mit

³ Vgl. *Susskind*, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, 2008; und *Susskind/Susskind*, *The Future of the Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts*, 2015; jüngst *Fries*, *Legal Law and Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?*, NJW 2016, 2860 ff.

⁴ *The Economist*, *Attack of the bean-counters*, 2015, <https://www.economist.com/news/business/21646741-lawyers-beware-accountants-are-coming-after-your-business-attack-bean-counters>, zuletzt abgerufen am 16.9.2017.

⁵ Vgl. *Breidenbach*, *Landkarten des Rechts – von den Chancen industrieller Rechtsdienstleistung*, FS Heussen, 2009.

einer Standardisierung auf hohem Niveau. Der Paradigmenwechsel liegt hierbei darin, Recht nicht mehr vom ganzen Dokument, Schriftsatz oder Vertrag her zu betrachten, sondern als eine intelligente Zusammenstellung von Bausteinen. Dabei geht es nicht darum, die ganze Welt des Rechts auf Bausteine zu reduzieren. Die Frage ist, wie weit es sich wiederholende Elemente gibt, die sich als Bausteine erfassen lassen. Auch bisher schon haben sich Juristen Diktat- oder Formularhandbücher oder einfach eine alte Akte genommen, um daraus etwas Neues zusammen zu stellen. Digitale Werkzeuge gehen das grundsätzlicher an.

Verträge sind ein Paradebeispiel. Sie können mit Vertragsgeneratoren, einer Sammlung von atomisierten Klausel-Bausteinen in einer Gestaltungswissen repräsentierenden Wissensarchitektur erzeugt werden. Dabei bilden sie das beste Expertenwissen so ab, dass auch ein wenig erfahrener Nutzer, oder sogar ein Laie, einen guten, rechtssicheren Vertrag entwerfen kann.

Industrialisiert wird auch jetzt schon die Abwicklung von Standardrechtsfällen. Darauf bauen neue Geschäftsmodelle, wie etwa die Durchsetzung der Rechte von Fluggästen (flightright.de), von Mietern (wenigermiete.de) oder von Verkehrsteilnehmern (geblitzt.de). Massenweise vorkommende Fälle, die einzeln kaum den Aufwand lohnen und dennoch rechtlich nicht trivial sind, werden so zur lohnenswerten Dienstleistung. Es gibt nur wesentlich mehr Massenfälle, als man bisher geglaubt hat. Kommt ein Fall bei einer Kanzlei nur einmal vor, kann das aus einer Makroperspektive ganz anders aussehen. Nicht inhaltlich, aber strukturell gleiche Fälle mit wiederkehrenden Ausführungen finden sich zu hunderten und tausenden bei Auseinandersetzungen, z.B. mit Krankenkassen, Arbeitgebern oder Vermietern. Für den einzelnen Anwalt sind die Fälle bei sorgfältiger Bearbeitung kaum ertragreich. Der jetzt entstehende Markt wird Know How und Fälle zusammen zu bringen. Durch gezieltes Marketing, durch Dienstleister oder durch neue Formen, Inhalte und Vorarbeiten für beide Seiten ertragreich zu teilen. Das

deckt einen großen Bedarf. Steigende Komplexität des Rechts verlangt mehr Rechtsrat und verursacht dadurch steigende Kosten. Hier hilft die Industrialisierung. Sie kann einen bedeutenden Beitrag dazu leisten die Kosten zu senken und so mehr Recht für größere Verkehrskreise – *Access to Law* – zu erschließen. Und Bausteine können von den jeweils besten Spezialisten erstellt, überwacht und verantwortet werden. Damit hat die Industrialisierung von Rechtsdienstleistungen auch das Potential, zu mehr Qualität in den juristischen Berufen beizutragen.

Mittlerweile ermöglichen es Generatoren nicht nur für einzelne Verträge, sondern für ganze Rechtsgebiete, mit feinsten Bausteinen komplizierte Texte zu erstellen. Zunächst für Anwälte, unter Umständen immer mehr ohne Anwälte. Anwälte werden Prozesse und Systeme designen, mit denen ihre Klienten selbstständig agieren können. Ein Konzern, der Tausende Verträge am Tag abschließt, braucht dafür mehr als nur Anwälte, er braucht intelligente Systeme. Ein kleines Unternehmen benötigt nicht für jede Transaktion einen Anwalt, muss sich aber rechtssicher bewegen. Die Frage ist nicht ob, sondern wie weit sich Situationen und Kontexte standardisieren lassen.

In Vertrags- und Schriftsatzgeneratoren helfen kleinste Bausteine in einer intelligenten Architektur dem Nutzer, effektiver und besser zu arbeiten. In dieser Architektur sind idealerweise bereits die Regeln der jeweiligen Domäne implementiert. Sie strukturieren, führen den Nutzer und schließen Möglichkeiten aus oder ein. Der nächste Schritt liegt nun auf der Hand: was regelbasiert ist, lässt sich automatisieren. Oder plakativ: Das Schicksal von Regeln ist Code⁶.

Ganze Bereiche der Verwaltung oder zum Beispiel der Compliance in Unternehmen sind regelbasiert. Regeln sind hier rechtliche Vorschriften, Prozessregeln, Berechnungen und eben die regelbasierte Zusammen-

⁶ Vgl. Kap. 2.2. von *Breidenbach*, Entscheidungen, Prozesse und Rechtsanwendung automatisieren – Das Schicksal von Regeln ist Code.

setzung von Texten, Bescheiden oder Reports aus Bausteinen. Aus der Sicht einer möglichen Automatisierung sind dies alles eben Regeln, die sich digitalisieren lassen. Sind die einzelnen Arbeitsergebnisse nur von Daten und Informationen abhängig, lassen sich diese Vorgänge auch komplett automatisieren. Erst wenn Bewertungen im weitesten Sinne, Subsumtionen oder Beurteilungen, erforderlich sind, ist heute die Grenze der Automatisierung erreicht. In einem automatisierten Vorgang muss das zumindest dem richtigen Bearbeiter bzw. Entscheider zugewiesen werden.

Neue Geschäftsmodelle folgen nach. Statt hoher Stundensätze für die Konzeption von Standardverträgen zeigen sich zwei Varianten. In der einen bieten Anwälte ihren Mandanten konfektionierte Vertragsgeneratoren, mit denen sie selbst ihre Verträge erstellen. Die Anwälte stehen für Inhalt und Qualität der Bausteine. Die andere Variante ist, dass Anwälte mit Legal Tech erheblich günstiger Inhalte produzieren und ihren Markt bei ebenso günstigen Preisen in der Skalierung suchen. Kostete ein BaFin-Prospekt zwischen fünfzig- und hunderttausend Euro, geht das so auch für unter zehntausend Euro. Ein neues Geschäftsmodell ist es, auf Basis dieser Möglichkeiten zusätzlich die gesamte Vertragsverwaltung für Mandanten zu übernehmen. Quasi ein Ausgleich für entgangene Einnahmen durch Vertragsgeneratoren.

B. Machine Learning

Das dominante Transportmedium für Informationen im Recht ist immer noch die natürliche Sprache. Deshalb liegt ein Schwerpunkt der Digitalisierung des Rechts in der Entwicklung von Verfahren, die Computern die Erschließung und Kontextualisierung des semantischen Bedeutungsgehalts eines in natürlicher Sprache verfassten Texts ermöglichen. Die gängige Bezeichnung dieser Verfahren lautet *Machine Learning*, ein Bereich der sogenannten *Künstlichen Intelligenz* (KI). Für die Rechtsinformatik (heute *Law & AI*) läutet

das einen Paradigmenwechsel ein. In den neunziger Jahren arbeitete man an der Entwicklung formaler Sprachmodelle, welche dann als Grundlage semantischer Textanalysen dienten. Die Technik sollte „verstehen“. Es gibt jedoch keine heute sichtbare Forschungsrichtung in der KI, die echtes Verstehen ermöglichen wird.⁷ Heute bauen durch Software und Hardware simulierte neuronale Netze diese Modelle auf der Basis großer Datenmengen (Big Data) selbst, angepasst auf die Bedürfnisse von Maschinen. Die einst in mühevoller Kleinstarbeit zusammengestellten formalen Datenbanken dienen heute lediglich der Validierung und dem Training dieser sich selbst strukturierenden künstlichen Intelligenzen.

Forschungen zur Rechtsinformatik und zur Künstlichen Intelligenz im Recht gibt es seit Jahrzehnten. So wichtig diese Grundlagenforschung war, wurde sie dennoch von der explosionsartigen Zunahme aus der Praxis stammender digitaler Lösungen überholt. Wie lange es nun noch dauern wird, bis wir dem Computer eine Frage stellen, die er mit einer selbstständigen Lösung beantwortet, sei dahingestellt. Die aktuellen Möglichkeiten sind bereits so vielversprechend, dass es sich zurzeit keine Großkanzlei weltweit leisten kann, sich nicht mit KI zu beschäftigen. Überall dort, wo große Textmengen bearbeitet werden müssen, sind Einsatzmöglichkeiten für KI vorgezeichnet. KI-Werkzeuge unterstützen zum Beispiel die Vertragsanalyse, besonders in einer Due Diligence, und lesen Schlüsselinformationen aus Tausenden von Verträgen aus. In Massenfällen werden bereits Argumentationsmuster in Schriftsätzen erkannt und damit wird ermöglicht, Erwidierungen teilweise automatisiert zu produzieren. KI heute ist so vor allem Mustererkennung und Suche. Es geht darum, aus großen Datenmengen Muster abzuleiten, die es ermöglichen, Zusammenhänge zu erkennen und Prognosen abzugeben.⁸

⁷ von Büнау im Interview „Was kann KI – heute und morgen?“, *Rethinking Law* 1/2018, S. 7f.

⁸ von Büнау im Interview „Was kann KI – heute und morgen?“, *Rethinking Law* 1/2018, S. 6.

Viele Erwartungen an KI heute sind unrealistisch und übertrieben. Dennoch: An der Künstlichen Intelligenz im Recht führt kein Weg mehr vorbei.

Ebenfalls unter das Thema Maschinenintelligenz fällt die wachsende Verbreitung autonom handelnder Systeme. Wie diese neue Kategorie von Agenten rechtlich zu behandeln ist, man denke nur an die Frage der Haftung für Schäden, ist heute noch weitestgehend offen, übt aber schon enormen Druck auf politische Entscheider aus. Das gilt vor allem für die bevorstehende Massenverbreitung selbstfahrender Autos und anderer Produkte der modernen Robotik. Doch auch im rein immateriellen Software-Bereich spielen autonome Systeme eine herausragende Rolle, wie die Diskussion um High-Frequency-Trading⁹ vor einigen Jahren schon vorweggenommen hat.

C. Blockchain

Die Blockchain-Technologie ermöglicht es Transaktionen über Wirtschaftsobjekte zu *standardisieren* und dadurch den Austausch von Werten weitgehend zu *automatisieren*. Zusätzlich macht sie eine ganze Reihe von *Mittelsmännern*, die heute noch für den sicheren Verkehr von Geldern und anderen digitalisierten Daten und Werten notwendig sind, weitgehend überflüssig.

Die neuartige Transaktionstechnik, welche zuerst Bitcoin – die erste vollständig dezentrale digitale Währung – möglich machte, fußt auf einer Netzwerk- und Datenbanktechnologie, deren Anwendung weit über den elektronischen Zahlungsverkehr hinausreicht. Manche gehen gar soweit, die Erfindung und anschließende Verbreitung des Internets als passenden Ver-

gleich heranzuziehen, wenn es um die Einschätzung der gesamtgesellschaftlichen Bedeutung dieser Technologie geht.

Wie das Internet selbst, ist Blockchain zunächst eine Netzwerktechnologie. Die Netzwerkprotokolle, die dem Internet zugrunde liegen, definieren eine gemeinsame Sprache für alle Teilnehmer des Internets, mit dem Ziel den weltweiten Austausch digitaler Datenpakete zu ermöglichen. Jedes mit dem Internet verbundene Endgerät (Laptops, Smartphones, Server, IoT-Geräte usw.) spricht dieselbe Sprache und kann deshalb an dem globalen Datenaustausch teilnehmen.

Die Netzwerkprotokolle, die der Blockchain-Technologie zugrunde liegen, bauen auf dieser Sprache des Internets auf und gehen einen bedeutenden Schritt weiter. Die Protokolle eines Blockchain-Netzwerks definieren eine Sprache für die Auszeichnung und den Austausch ökonomischer Werte, egal ob rein digital oder verknüpft mit anderen Wirtschaftsobjekten wie physischen und intellektuellen Gütern oder rechtlichen Forderungen. Der Kern eines Blockchain-Netzwerks ist sein geteiltes, dezentral geführtes Transaktionsregister, in dem das gesamte Netzwerk über die Transaktion von Gütern kollektiv Buch führt. Durch algorithmisch-gestützte Konsensmechanismen halten die Netzwerkteilnehmer ihre lokale Replikation der Transaktionshistorie auf dem aktuellen, identischen Datenbestand.

Die Folgen dieser Technologie sind kaum zu unterschätzen. Vor der Erfindung der Blockchain-Technologie waren Informationen über wirtschaftliche Werte für Computer ununterscheidbare Bits und Bytes im globalen Datenstrom. Intermediäre waren notwendig, um diesen Informationen den entsprechenden Wert zuzuweisen und gegenüber Dritten durchzusetzen. Auf dieser Prämisse gründete sich beispielsweise das Unternehmen Paypal, das noch heute mit dem Slogan „Das neue Geld“ Werbung macht. Die Innovation des Unternehmens war es, die im globalen Datenstrom insignifikanten Daten über Transaktionen zwischen Paypal-Konten relevant zu machen.

⁹ Vgl. *Urstadt*, *Börse on Speed*, *Technology Review* 2010, S. 2 online, <https://www.heise.de/tr/artikel/Boerse-auf-Speed-1001874.html?seite=2>, zuletzt abgerufen am 15.11.2019. Dort wird auch Paul *Wilmott*, *Oxford University*, mit der Aussage zitiert, dass der dominierende Algorithmehandel und das unfassbare Tempo der Abwicklung der Auslöser dafür sein könnten, dass kleinste Kursdifferenzen lawinenartige Abstürze erzeugen.

Die Blockchain-Technologie macht ein Unternehmen wie Paypal überflüssig. Auszeichnung und Transfer wirtschaftlicher Werte erfolgen in der Sprache der Blockchain-Protokolle. Kein Mittelsmann ist mehr notwendig, um dieser Auszeichnung Geltung zu verleihen.

In Blockchain-Netzwerken, die dem ganzen Internet offenstehen (wie Bitcoin und Ethereum), ermöglicht die Blockchain dezentrales, anonymisiertes Interagieren. Vertrauen in Mittler, zum Beispiel in Banken, wird durch anonymisiertes Vertrauen auf technischer Basis ersetzt. Im Bereich des globalen Zahlungsverkehrs führt der Wegfall von Mittelsmännern wie Paypal, Western Union und MoneyGram zu einer erheblichen Reduktion der Transaktionskosten. Hiervon profitieren beispielsweise Gastarbeiter, die weltweit regelmäßig Kleinstbeträge in ihre Herkunftsländer schicken, um dort eine Familie oder manchmal ein ganzes Dorf zu ernähren. Der sogenannte „Remittance-Markt“ hat ein Gesamtvolumen von ca. 500 Milliarden Euro.¹⁰ Ein weiterer Anwendungsfall ist das Internet of Things: Die Ökonomisierung der gesammelten Daten erfordert Handel und Bezahlbarkeit mit Kleinstbeträgen, was jedoch nur dann wirtschaftlich ist, wenn die Monopolgebühren der Netzwerkbetreiber entfallen.

Auch außerhalb des Zahlungsverkehrs spielt die Technologie eine vielversprechende Rolle. Im Bereich globaler Handelslieferketten etwa liegt der Mehrwert auf der Hand: eine Vielzahl von Akteuren kommt mit einem Wirtschaftsgut in Berührung und erst in einer Gesamtschau wird eine Aussage darüber möglich, ob die gehandelte Ware den steigenden Compliance-An-

forderungen in der Rechtsordnung der Endabnehmer genügt. Anstatt digitaler Währungen wird in einem solchen Fall über den Handel eines physischen Guts Buch geführt. Das Blockchain-Startup Everledger nutzt die Technologie um die Herkunft von Diamanten fälschungssicher nachweisen zu können.¹¹ Das Unternehmen Provenance will die Vorteile dieser Technik auch der Lebensmittelindustrie zur Verfügung stellen.¹² Startups sowie etablierte Konzerne setzen verstärkt auf Möglichkeiten, dezentral erzeugten Strom auch dezentral zu handeln, auf blockchainbasierten Strombörsen.¹³

Auch für Musik und Texte eröffnen sich neue Vertriebs- und vor allem auch differenzierte Abrechnungswege. Sie ermöglichen es, die Einnahmen nach einem transparenten Schlüssel zu verteilen, zu Lasten der Monopole. Die Sängerin und Produzentin Imogen Heap zeichnet ein neues Blockchain-basiertes Bild von der Musikindustrie:

*„our own internet of agreements for music, where artists would be represented fairly“.*¹⁴

Auf dieser standardisierten, netzwerkweit geteilten Datenbasis können individuelle Beziehungen zwischen einzelnen Akteuren auf völlig neue Art und Weise automatisiert werden. Für Computerprogramme sind die Transaktionen in einem Blockchain-Netzwerk auf inhaltlicher Ebene sehr viel verständlicher, da sie stark

¹⁰ Weltweit sind 2014 nach Weltbankdaten insgesamt 596,6 Milliarden US-Dollar und 2015 582,5 Milliarden US-Dollar an Rücküberweisungen von Migranten in ihre Herkunftsländer erfolgt, *The World Bank*, Migration and Remittances Data, 2017, <http://www.worldbank.org/en/topic/migrationremittancesdiasporaissues/brief/migration-remittances-data>, zuletzt abgerufen am 15.11.2019; zu weiteren Informationen siehe auch Migration and Remittances Factbook 2016, 3rd Edition, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/23743/9781464803192.pdf>, zuletzt abgerufen am 15.11.2019.

¹¹ *Volpicelli*, How the blockchain is helping stop the spread of conflict diamonds, <http://www.wired.co.uk/article/blockchain-conflict-diamonds-everledger>, 2017, zuletzt abgerufen am 15.11.2019.

¹² Vgl. *Provenance*, Pioneering a new standard for trust in food retail, 2017, <https://www.provenance.org/case-studies/co-op>, zuletzt abgerufen am 15.11.2019.

¹³ *Mhim*, New York probt die Abschaffung der Energieversorger, FAZ, 2016, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/energiepolitik/new-york-probt-die-abschaffung-der-energieversorger-14367393.html>, zuletzt abgerufen am 15.11.2019.

¹⁴ *Heap*, Blockchain Could Help Musicians Make Money Again, Harvard Business Review, 2017, <https://hbr.org/2017/06/blockchain-could-help-musicians-make-money-again>, zuletzt abgerufen am 15.11.2019.

strukturiert sind und die Struktur wiederum netzwerkweit einheitlich festgelegt ist.

Computerprogramme werden damit in die Lage versetzt selbstständig über wirtschaftliche Güter zu verfügen, mithin Transaktionen zu automatisieren. Derartige Programme werden in der Blockchain-Welt „Smart Contracts“¹⁵ genannt. Ein solches Programm kann etwa die Transaktionslogik von bekannten rechtlichen Transaktionen – etwa eines Kaufvertrags – abbilden und selbstständig durchsetzen. Software tritt hier an die Stelle von Vertragsbestandteilen. Anstatt wie rechtliche Verträge gegenseitige Obligationen der Parteien zu definieren, sind Smart Contracts eher mit einem Warenautomaten zu vergleichen, der auf mechanische Weise die Erfüllung der ihm geschuldeten Kaufpreisforderung erzwingt.

Die Komplexität der abbildbaren Transaktionen lässt sich beliebig steigern. Kollaborative Entscheidungsfindung in Gremien, Organisationen und Unternehmen kann auf der Blockchain abgebildet werden. Bekanntes Beispiel hierfür wurde die Organisation „The DAO“, welche einen dezentral organisierten Investmentfond als Programmlogik in einem Smart Contract abbildete.¹⁶ Jeder, der wollte, konnte sich in den Fond einkaufen und damit an den Investmententscheidungen mitwirken sowie am Gewinn teilhaben. Zwar verstießen die Erfinder und Bewerber dieses unregulierten Vehikels damit gegen Vorschriften des amerikanischen Wertpapierrechts,¹⁷ doch überwog selbst für die *Securities Exchange Commission (SEC)* der innovative Charakter des Gebildes, sodass in diesem Fall von einer Strafe abgesehen wurde.

¹⁵ Vgl. mit weiteren Beispielen *Fries*, Legal Law and Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, NJW 2016, 2862.

¹⁶ *Karapetsas*, The DAO v1.0 Code, 2016, <https://github.com/slockit/DAO/wiki/The-DAO-v1.0-Code>, zuletzt abgerufen am 15.11.2019.

¹⁷ Siehe die SEC Entscheidung, Securities Exchange Act of 1934, Release No. 8107, 2017, <https://www.sec.gov/litigation/investreport/34-81207.pdf>, zuletzt abgerufen am 15.11.2019.

Netzwerke, die von Blockchain-Protokollen Gebrauch machen, müssen allerdings weder öffentlich sein noch auf anonym agierenden Teilnehmern beruhen. Im zwischenbetrieblichen und inter-institutionellen Bereich läutet die Blockchain ein neues Organisationsparadigma ein, wie Geschäftsbeziehungen künftig gelebt werden. Anstatt isolierter, deal-basierter Austauschbeziehungen werden ganze Industriesektoren gemeinsam eine Blockchain-basierte Vertrauensinfrastruktur betreiben, auf welcher dann wirtschaftlicher Austausch weitgehend automatisiert werden kann. Die Datensilos existierender innerbetrieblicher ERP-Systeme werden aufgebrochen und in einer gemeinsamen Datenbank vereint.

D. Perspektiven

Für das Recht und alle mit Recht arbeitenden Berufsgruppen geht es darum, sich einer digitalen Zukunft nicht auszuliefern, sondern sie zu gestalten. Praxis, Aus- und Weiterbildung in und Forschung zur Digitalisierung des Rechts können zusammenfinden. Forscher, Entwickler und Anwender – insbesondere Anwälte und Unternehmensjuristen – arbeiten an transdisziplinären Instituten wie dem Bucerius Law Port oder dem *Legal Tech Center* an der Europa-Universität Viadrina an der Zukunft des Rechts. Legal Tech hat das Potential, Effektivität und Qualität juristischer Arbeit grundlegend zu verbessern. Der Zugang zum Recht kann durch die Digitalisierung einen Quantensprung machen.¹⁸

Was ist heute schon möglich? Was muss jetzt schon im Blickfeld sein, um morgen nicht den Anschluss zu verlieren? Was sind die Trends für die nächsten zehn

¹⁸ *Susskind*, China as the Next Leader in Legal Technology?, 2017, <https://www.scl.org/articles/9979-china-as-the-next-leader-in-legal-technology>, zuletzt abgerufen am 15.11.2019, verlangt nach „Upgrading Justice“: ‘to harness the power of existing and emerging technologies in comprehensively modernising our legal profession, court system, and law schools; and, in turn, to increase access to justice, to support business and commerce, and promote the rule of law’.

bis fünfzehn Jahre, die jetzt erste Maßnahmen erfordern, um in der Zukunft des Rechts eine Rolle zu spielen? Das sind die Fragen, von denen dieses Buch sich leiten lässt.

Entscheidungen, Prozesse und Rechtsanwendung automatisieren: Das Schicksal von Regeln ist Code^{*}

Stephan Breidenbach

Im Winter 2015 stehen zehntausende Flüchtlinge vor dem Lageso (Landesamt für Gesundheit und Soziales) in Berlin. Die Berliner Verwaltung droht an dem Ansturm zu scheitern. Die Hälfte der Sachbearbeiter, die auf der Basis eines ohnehin wenig praxistauglich formulierten Asylbewerberleistungsgesetzes massenweise Entscheidungen treffen müssen, ist krank. Was tun? Im Rahmen eines Pro Bono Projektes nehmen wir, das Team von knowledgeTools, die einzelnen Entscheidungskategorien des Gesetzes auseinander. Experten im Amt, meist erfahrene Bearbeiter, tragen in Workshops auch die weiteren Spezialnormen, Prozessschritte und Verfahrensregeln des Landes Berlin bei. Zum Teil ist das Spezialwissen, über das nur zwei oder drei Personen verfügen, die auch regelmäßig bisher eingebunden werden müssen. Wir visualisieren mit Rullemapping, so dass jeder sofort folgen kann und auf Fehler und Auslassungen aufmerksam machen kann. Es entsteht ein Bild der Regelungs- und Entscheidungsstruktur eines ganzen Behördenteils, bis die Beteiligten zum Schluss kommen, dass alles Wesentliche dargestellt ist. Die Beteiligten stehen dabei unter enormem Druck und haben wenig Zeit. Das Ganze dauert insgesamt zehn Tage. Der Netto-Zeiteinsatz des Wissensarchitekten betrug drei Tage.

Was wären die Alternativen gewesen? Auf dieser Basis die Textbausteine und Formulare einzufügen und so zu automatisieren, hätte sich angeboten, kam jedoch nicht in Frage. Eine notwendige Ausschreibung hätte zwei Jahre verlangt. So wurde unsere Wissensar-

chitektur eingesetzt, um die neuen Mitarbeiter zu schulen. Der damalige Interimspräsident des Lageso, der frühere McKinsey Manager Sebastian Muschter, bezeichnete die Möglichkeiten unseres Systems als eine Revolution.

Ein weiteres Beispiel: Anfragen an Rechtsschutzversicherungen sind im Detail mit Reaktion und Gegenreaktion mühsam und kompliziert. Copy and Paste ist keine Lösung, da viele Details variieren. Im Rahmen eines Verfahrens mit vielen Tausend versicherten Klägern wurde der Prozess visualisiert und auf der Basis in kurzer Zeit automatisiert. Er steht jetzt für jede Anfrage – und ihre Ablehnung und Gegenreaktion – zur Verfügung. Regeln muss man nur einmal erfassen. Die Inhalte der Begründungen, dass Versicherungsschutz besteht, variieren natürlich je nach Fall. Gerade in dieser Konstellation ist es enorm wichtig, dass sich die Daten, mit welchen Argumenten wer ablehnt, und wie erfolgreich welche Gegenstrategie ist, detailliert auswerten lassen.

Wir können und müssen automatisieren. Sonst erstickten wir an Vorschriften, Bürokratie und Compliance. Wir können das schneller und effektiver, als wir denken. Davon handelt dieser Beitrag. Er beschreibt auch eine konkrete Anwendung, das von meinem Unternehmen knowledgeTools entwickelte System Logos¹. Das ist der Tatsache geschuldet, dass eine Darstellung nicht möglich ist, ohne konkret zu werden.

^{*} Erstpublikation in: Stephan Breidenbach/Florian Glatz, *Rechtshandbuch Legal Tech*, München (C.H.BECK), 2. Aufl. 2021. Eine frühere Vorversion dieses Beitrags findet sich in *Rethinking Law* 02/2019, S.50-54.

¹ Vgl. www.knowledgetools.de.

A. Überblick – für den schnellen Leser

Regeln sind überall. Recht, Prozesse, Formulare und Vorschriften bestimmen unser Leben. Die Verwaltung arbeitet regelbasiert. Compliance verlangt von Unternehmen, zahlreiche Regeln zu beachten, sich selbst Regeln zu setzen und Prozesse zu definieren. Als Bürgerinnen und Bürger werden unsere Verpflichtungen und Ansprüche von Recht und Regeln geformt. Die Ergebnisse sind meist Texte – Anträge, Bescheide, Reports, Vermerke usw., die oft auch Ergebnisse von Berechnungen enthalten. Dieser Beitrag zeigt, dass es schon heute und mit relativ geringem Aufwand möglich ist, weite Teile des Umgangs mit Recht und Regeln einschließlich von Berechnungen und vor allem auch jeglicher daraus folgenden *Textproduktion zu automatisieren*².

Im Prinzip liegt es schon lange auf der Hand: Das Schicksal von Regeln ist Code. Jede Regel lässt sich prinzipiell in Computercode abbilden. Damit ist die Automatisierung von regelbasierten Systemen und bestimmten Teilen des Rechts vorgezeichnet. Bisher musste jedoch für jeden *Einzelfall* tatsächlich Code geschrieben werden. Das war und ist ein langsamer Prozess, verbunden mit einer Zersplitterung der Systemlandschaften in viele unverbundene Einzelanwendungen. Jede neue Anwendung muss sich von den IT-Verantwortlichen die Frage gefallen lassen, wie sie das in ihre Landschaft integrieren können. Im Übrigen, so sagen die Verantwortlichen, habe man Anwendungen wie SAP, sicher eine mächtige Anwendung, die genau das jedoch nicht leisten kann. Die Folge ist, dass große Teile der Verwaltung und von Compliance in Unternehmen sowie viele komplizierte, aber letztlich digitale rechtliche Entscheidungen, einzelne Insellösungen ausgenommen, händisch bearbeitet werden. Trotz vieler Templates basiert die Textproduktion nicht durchgängig auf Bausteinen, die sich anhand von Regeln zusammensetzen.

Der nächste großen Schritt steht an - *automatisieren ohne programmieren*. Genau dies ermöglichen unsere Methode – *Rulemapping* - und unser System – *Lo-*

gos. Zusammen können sie jeden Vorgang, der auf Regeln beruht, mit allen Prüf- und Prozessschritten und mit allen zu erzeugenden Texten, Bescheiden, Formularen strukturell und – aus unserer Sicht - visuell erfassen. Alle Beteiligten können transparent verbessern und verändern. Zugleich (!) automatisieren wir mit der Logos-Maschine durch den Einsatz von Künstlicher Intelligenz ohne weitere Programmierung.³

Ausgangspunkt sind Gesetzbücher, Verfahrensvorschriften oder vorgefundene Prozesse – regelbasiertes, oft kompliziertes Wissen, meist in Form von Text. Die Regeln dienen jeweils einem bestimmten Zweck: eine regelkonforme Entscheidung zu treffen, eine Berechnung vorzunehmen oder einen Bescheid oder Report zu produzieren.

Wir nennen die Methode *Rulemapping*.⁴ In einem ersten Schritt erfassen wir die Aufgaben-spezifischen Regeln visuell. Rulemapping bildet das notwendige Regelwissen in seinem Handlungszusammenhang, der jeweiligen Aufgabe, ab. So entsteht eine Wissensarchitektur, die den Gang der Prüfung oder Abarbeitung der Regeln zeigt. Sie enthält auch die Regeln, wie die Texte aus Bausteinen mit vielen Alternativen zusammengesetzt werden.

Im Gegensatz zu den herkömmlichen Visualisierungsansätzen sind mit Rulemapping auch komplizierte Regeln mit Ausnahmen und Unterausnahmen für jeden Beteiligten nachvollziehbar. So kann noch fehlendes Wissen identifiziert und ergänzt werden. Vor allem können Prozesse überprüft und verändert werden. Gleichzeitig entsteht eine Liste der notwendigen Daten und Informationen, die für eine automatische Bearbeitung notwendig sind. Sie ist die Basis für das automatisch generierte Eingabeformular.

Rulemapping erfasst Wissen und ist gleichzeitig ein Designwerkzeug. Entworfen wurden damit bereits in Zusammenarbeit mit dem Bundesjustizministerium Bundesgesetze wie die Reform des Versorgungsausgleichs.

² Vgl. zur Entwicklung der Automation *Grupp/Bues*, Die Automation des Rechts: Zu Anforderungen und Möglichkeiten im Rechtsmarkt heute, *Rethinking Law* 02/2019, S.19ff.

³ Vgl. auch Kap. 2.4. von *Wend*, Legal Tech für Massenklagen.

⁴ Vgl. Kap. 9.2. von *Breidenbach*, Rulemapping.

Der nächste Schritt ist naheliegend. Visualisiert sind die Regeln bereits – in einer visuellen Sprache, die jede Regel in ihrem Handlungszusammenhang wiedergibt. Das ist bereits ein digitales Format. Diese Darstellung produziert automatisch Code. Mit den notwendigen Textbausteinen und Formularen automatisiert dieser Code wiederum den gesamten Arbeitsablauf des Bearbeiters, ohne weitere Programmierung – ausgenommen notwendige Bewertungen.

Rulemapping ist die Oberfläche, das was der Anwender sieht. Unterhalb der visuellen Darstellung des regelbasierten Wissens für die konkrete Aufgabe liegt die ‚Maschine‘ von Logos. Die Maschine ist so gestaltet, dass das visualisierte Regelgefüge, die Wissensarchitektur, bereits alles weitere steuert. Was auf der Oberfläche zu sehen ist, ist damit bereits codiert und nach der Eingabe der Daten und Informationen ausführbar. Keine weitere Programmierung ist erforderlich. *Menschliche Intelligenz und maschinelle Regel-Intelligenz werden durch Rulemapping zusammengeführt.* Rulemapping ist so der Schlüssel, um in kürzester Zeit jeden noch so komplizierten praktischen Prozess in Unternehmen, Kanzleien und Verwaltung bereits mit dem visuellen Entwurf zu automatisieren.

Ein solches Werkzeug haben wir anhand von vielen praktischen Anwendungssituationen entwickelt und verfeinert. Erfahrungen haben wir etwa mit Vertragsgeneratoren für komplizierte Finanzierungsinstrumente, automatisiert erstellten Anlageprospekten, Compliance, Zuwendungsprüfungen und Bescheiden eines Bundesministeriums sowie Massenverfahren gegen Behörden und Unternehmen auf Kläger- und Beklagenseite.

Im Einzelnen: Zunächst geht es um unterschiedliche Typen von Regeln, die es zu digitalisieren und automatisieren gilt (B.). Regeln brauchen Input (C.). Steht Sprache mit ihrer Mehrdeutigkeit nicht einer Digitalisierung von Regeln im Weg (D.)? Um Regel in Code zu verwandeln, müssen sie präzise erfasst werden, am besten visuell (E.). Will man nicht das Gestern in Code von heute verwandeln, lautet dann die Frage, wie es besser und effektiver geht. Auf der transparenten Basis von heute lässt sich neu denken (F.). Dann geht es noch einmal um das System, das diese Vorarbeiten ohne

weitere Programmierung in eine weitgehende Automatisierung verwandelt (G.). Am Ende erfolgt ein kurzer Blick auf eine entscheidende Ressource – die aus den Vorgängen zu gewinnenden Daten (H.).

B. Die Welt der Regeln

Der Staat arbeitet regelbasiert:

- Entscheidungen auf der Basis von Recht: Leistungen und Ansprüche des Staates sind detailliert in Gesetzen und Verordnungen geregelt.
- Prozesse und Handlungsabläufe nach Gesetzes- oder Verwaltungsregeln: Daraus folgen Verfahrensschritte, die ebenfalls in Normen oder in internen Verwaltungsregeln erfasst sind.
- Berechnungen von Ansprüchen und Verpflichtungen auf der Basis von Vorschriften: Leistungsansprüche und Forderungen lassen sich nach gesetzlichen Regeln berechnen. Eine Konkretisierung der Regeln mit weiteren Ausnahmen oder Unterausnahmen erfolgt durch die Rechtsprechung.
- Texte – etwa Entscheidungen – aus Bausteinen, die nach Regeln zusammengesetzt werden, vor allem Bescheide (Verwaltungsakte) der Verwaltung, haben – einzeln betrachtet - unterschiedliche Inhalte und Begründungen. Aus einer Makro-Sicht wiederholen sich jedoch kleine und kleinste Bausteine in vergleichbaren Situationen. So sind auch sie im Ergebnis nach Regeln zusammengesetzt. Es gilt, diese Bausteine und Regeln ihrer Architektur herauszuarbeiten.

Dabei gehen Prozesse, rechtliche Prüfungen und Entscheidungen, Textproduktion und eventuelle Berechnungen ineinander über.

Anwälte arbeiten mit Recht und Regeln. Richard Tromans kommentiert das so: „Law firms are inefficiency factories and automation is the cure“⁵. Auch Unternehmen arbeiten in vielen Teilen regelbasiert. Compliance ist die Unternehmenssicht auf Vorschriften von Regulierungsbehörden und Verwaltung. Aber unter-

⁵ <https://www.artificiallawyer.com/2018/06/11/law-firms-are-inefficiency-factories-automation-is-the-cure/>, zuletzt abgerufen am 15.11.2019.

nehmensinterne Regeln legen ebenso detailliert Entscheidungsprozesse und Verfahren fest - von der Vorstandsvorlage bis zur Reisekostenabrechnung.

C. Input

Regeln brauchen Input: Sie können als „Eingabe“ Daten, Informationen oder Bewertungen erfordern:

- Daten sind in unserem Zusammenhang eindeutige Zuordnungen: Name, Adresse, Alter, Einkommen etc.
- Informationen sind alle Fragen, die sich mit ja oder nein beantworten und damit digitalisieren lassen.
- Bewertungen erfordern ein menschliches Urteil. Ob jemand im Sinne einer Vorschrift zuverlässig ist, lässt sich vielleicht an Kriterien näher bestimmen, erfordert aber eine menschliche Bewertung. Dies kann auch eine Verwaltungspraxis oder eine, vielleicht unausgesprochene, politische Erwägung sein. Ermessen muss ausgeübt werden, Beurteilungsspielräume müssen ausgefüllt werden – durch Menschen.

Der Grundsatz ist: *Alles, was auf Daten und Informationen beruht, kann automatisiert werden.* Wenn der regelbasierte Vorgang klar ist, in Code überführt wird und mit Daten und Informationen nur digital zu verarbeitender Input benötigt wird, steht einer kompletten Automatisierung nichts im Weg.

Ist dagegen ein menschliches Urteil erforderlich – etwa bei der Auslegung eines Tatbestandsmerkmals, einer Ermessensausübung oder einem Beurteilungsspielraum – muss der automatische Vorgang den zuständigen Bearbeiter darauf aufmerksam machen.

D. Eine gemeinsame visuelle Sprache für Regeln

Digitalisierung und Automatisierung fordern von Juristen, Verwaltungsfachleuten, Prozessspezialisten und allen, die Regeln entwerfen, Klarheit und Präzision. Code kann nur so gut sein wie das, was ein Wissensarchitekt oder Entwickler von einem Juristen verstanden hat. Es braucht zum Beispiel einen klaren Prozess, um

ihn in einem Programm einzubetten. Ein *Tatbestand*, der für den Rechner ein Bedingungsgefüge ist, muss exakt bestimmt sein, mit allen Alternativen und Ausnahmen und ihrem Verhältnis zueinander, um die Rechtsfolge durch Code auszulösen.

Benötigt wird daher eine kommunikative *Schnittstelle* zwischen den Spezialisten für Recht und sonstige Regeln und den Entwicklern. Die effektivste Art, Regeln präzise darzustellen und über sie klar zu kommunizieren, ist sie zu visualisieren. Das ist keineswegs neu. Methoden und Software sind in den unterschiedlichsten Ausprägungen am Markt. Sie haben allerdings eines gemeinsam: Sie erfassen nicht die Besonderheiten juristischen Denkens und Handelns und sind für den Laien schwer nachvollziehbar. Und vor allem: sie visualisieren nur, führen aber zu keiner Automatisierung.

E. Rulemapping – Visualisierung von Regeln

Wir haben Rulemapping⁶ entwickelt, um über Regeln zu kommunizieren. Herausgekommen ist eine intuitiv nachvollziehbare und einfache visuelle Methode. Regeln werden in ihrem Handlungszusammenhang visualisiert. Inspiriert wurde es von der Arbeits- und Denkweise von Juristen in der vorwiegend auf Gesetzen beruhenden kontinentaleuropäischen Rechtstradition. Im Rulemapping entstehen Wissensbäume. Baumdarstellungen von Wissen finden sich nun seit über 3000 Jahren. Die Besonderheit von Rulemapping ist: Regeln werden so dargestellt wie sie auch abgearbeitet werden. Niemand hat etwas davon, ein Gesetzbuch abzubilden. Ein Bearbeiter in einer Kanzlei, einer Verwaltung oder einem Unternehmen hat eine bestimmte Fragestellung vor sich. Sie erfordert Prüfschritte, Prozessschritte, also einen Ausschnitt aus dem Regelgefüge. Juristen haben hier eine traditionelle Vorgehensweise. Sie fangen mit dem Ergebnis als Frage an und arbeiten sich dann schrittweise durch die Fragestellung. Sie prüfen im Zivilrecht erst, ob ein Anspruch entstanden ist, dann ob er wieder erloschen ist und zuletzt, ob er durchsetzbar ist. Dann gehen Sie in die notwendige Tiefe, halten das Ergebnis für die

⁶ Vgl Kap 9.2. von Breidenbach, Rulemapping.

Unterfrage fest und gehen zum nächsten Punkt. Das ist fundamental anders, als alle bekannten Visualisierungen, vom Flow Chart bis zu Business Process Modelling. Der Gewinn ist Klarheit und durch die abschichtende Vorgehensweise Verständlichkeit.

Der Regelbaum im Rulemapping beginnt daher mit dem jeweils verfolgten Ziel, z. B. einen Prüfprozess zu automatisieren oder der Aufgabe, einen Fall nach Regeln entscheiden. Von dort werden die Regeln für die Bearbeitung ab geschichtet und in der Reihenfolge der Abarbeitung als einzelne Schritte bereitgestellt. Der Bearbeitungsstand wird farblich markiert. Regeln, Ausnahmen, Unterausnahmen usw. erscheinen dort und *nur* dort, wo sie für die Prüfung einer Frage oder die Abarbeitung eines Prozesses relevant sind.

Visualisierte Regeln schaffen Klarheit. Rulemapping liefert einen visuellen Standard, sich über Regeln zu verständigen. Die visuelle Repräsentation erlaubt es Experten unterschiedlicher Wissensdomänen, eine gemeinsame Verständnisebene zu entwickeln. Rulemapping kann die visuelle, *sprachliche* Schnittstelle zwischen Juristen, Regelexperten, Prozessverantwortlichen und Entwicklern bilden. Es macht die Architektur von Regeln sichtbar. Es liefert eine Wissensarchitektur.

Rulemapping ist in Gesetzgebungsverfahren (u.a. im Bundesjustizministerium) erprobt. Für die Methode gab es, zusammen mit dem Bundesjustizministerium 2011 den Preis für gute Gesetzgebung. Rulemapping wird in einigen der größten in Deutschland tätigen Anwaltskanzleien zur Produktion von rechts-basierten Texten (Schriftsätzen und Verträgen) genutzt. Das Bundesverkehrsministerium nutzte Rulemapping zur Bewältigung des Toll Collect Schiedsverfahrens.

In der praktischen Anwendung ermöglicht Rulemapping ein schnelles Austesten statt langwieriger Planungsprozesse. Beteiligte Fachreferate, Experten und Praktiker können in Tagen statt in Monaten oder Jahren eine Blaupause für den jeweiligen Bereich erstellen. Sie visualisieren jeden Arbeitsschritt des Bearbeiters, jede rechtliche Prüfung, jede Berechnung, jede Textproduktion mit ihren Bausteinen. Die eingangs beschriebene Abbildung der einzelnen Fragestellungen

des Asylbewerberleistungsgesetzes im Lageso, der früher für Flüchtlinge zuständigen Behörde in Berlin, hat einschließlich der Visualisierung der rechtlichen Prüfung, Abläufe und Anspruchsberechnung nur wenige Tage gedauert. Benötigt wird hierfür ausschließlich die Moderation durch erfahrene „Wissensarchitekten“. Das Ergebnis ist eine transparente, für jeden Beteiligten nachvollziehbare Landkarte aller im Rahmen eines Verwaltungsvorgangs abzuarbeitenden Regeln: Recht, Prozesse, Berechnungen und nach Regeln zusammengesetzte Texte.

F. Neues Denken statt alte Zöpfe

Der visualisierte Vorgang lädt alle Beteiligten ein, auf der Basis des visualisierten Wissens neu zu denken. Was lässt sich vereinfachen und an Bürokratie kostengünstiger bearbeiten? Müssen Normen geändert werden, um den Vollzug besser zu gestalten? Die transparente Visualisierung ermöglicht unmittelbar Überlegungen und Diskussionen, ob eine umgesetzte Prozessregel so und nicht anders sinnvoll ist. Alle Beteiligten, besonders die Bearbeiter, vollziehen anhand der Visualisierung detailliert nach, was fehlt oder zu verändern gilt. Statt externer Berater und oft überbezahlter Berater agieren hier die Beteiligten selbst. Jede Änderung wird sofort Bestandteil des visuellen Prototypen. So lassen sich auch die nächsten Schritte zu einer vollzugsorientierten Gesetzgebung gehen, die ein erhebliches Einsparpotential bietet.

G. Automatisieren ohne Programmieren

Rulemapping visualisiert nicht nur. Es codiert Regeln ausführungsbereit. Aus Sprache wird über die Visualisierung Computercode. Die hinter der Repräsentation stehende formale Abbildung des Bedingungsgefüges ist bereits in Code übersetzt. Durch den mit einem universellen System produzierten Code entfällt die Notwendigkeit, im Einzelfall zu programmieren. Die Regelmachine automatisiert, was man sieht.

Auch alle Texte werden automatisiert erstellt. Voraussetzung ist ein Paradigmenwechsel. Ein Text ist

nicht mehr ein Dokument, eventuell mit ein paar austauschbaren Teilen. Stattdessen bestehen Texte aus kleinsten Bausteinen, Atomen, die je nach Situation – Daten und Informationen – entlang von Regeln zusammengesetzt werden. *Lego for Law. Lego for Rules.* So passen sie fugenlos in die Automatisierung. Natürlich erfordert es zu Beginn Arbeit, einen Text so herunter zu brechen, dass alle notwendigen Varianten in einer sinnvollen Architektur abgebildet sind.

H. Daten, Daten Daten

Daten sind die neue Elektrizität (*Kevin Kelly*⁷). Wir wollen nicht nur automatisieren, sondern alle Daten aus allen automatisiert abgewickelten Entscheidungen, Bescheiden, Vorgängen, Reports usw. zur Verfügung haben. Stellt man sich einen so digitalisierten Bereich als eine Landkarte vor, auf der alle Vorgänge eine Spur hinterlassen, dann kann man zählen und auswerten. Wie oft, in welchem Kontext, mit welchen anderen Bausteinen und Entscheidungspunkten zusammen, von

wem und zu welchem Zeitpunkt? Alles lässt sich dann in beliebiger Kombination auswerten. Wie oft in 11.000 Fällen kam eine bestimmte Ausnahme vor? Wie oft in Kombination mit einer weiteren Ausnahme? Wie oft im Zeitraum der letzten drei Monate usw.?

Daten können, unter Wahrung des Datenschutzes, eine große Ressource sein, unsere Systeme zu verbessern und angemessenere Entscheidungen zu treffen. Sie ermöglichen uns, mehr über die Rechtswirklichkeit zu erfahren. Wie und mit welchen Argumenten zum Beispiel Rechtsschutzversicherer Deckung ablehnen, darüber konnten wir bisher nur spekulieren. Anhand von über 4.000 Anfragen in der Diesel-Auseinandersetzung wertet eine gerade vorliegende Dissertation ein automatisierendes System aus und schlüsselt die Argumentationsmuster detailliert auf. Das wiederum liefert einen tiefen Einblick in das Verhalten von Rechtsschutzversicherern gegenüber ihren Kunden.

Daten, sinnvoll genutzt, ermöglichen es, unsere komplizierten Regelungssysteme besser zu gestalten.

⁷ Kelly, *The Inevitable: Understanding The 12 Technological Forces That Will Shape Our Future*, 2016.

Vergeblicher Versuch, einen Scheintoten zu reanimieren – Anmerkungen zur Entscheidung des VGG in Sachen Dvali ./. Georgisches Parlament (No.3/4/550)

von Richter i.R. Wolfram Eberhard, unter Mitarbeit von Assoz. Prof. Lado Sirdadze

Der georgische Gutgläubensschutz beim Erwerb einer Immobilie hat samt dem Registerrecht durch die Gesetzesänderungen des Jahres 2007 höchst bedenkliche Veränderungen erfahren, welche die Position des Erwerbers auf eigentümliche Weise privilegieren. Anders ausgedrückt, ein ausgewogener Gutgläubensschutz ist seit 2007 „scheintot“; er kann zwar noch wirken, wenn die Gerichte es so wollen, aber bei genauem Hinsehen funktioniert er nicht mehr richtig.

Dem hätte schon längst gegengesteuert werden müssen, was das VGG in seiner Entscheidung Dvali ./. Georgisches Parlament nun offensichtlich versucht hat. Dieser Versuch ist sehr zu begrüßen – das Ergebnis ist es leider nicht.

Vorab sei klargestellt, dass die Wortwahl in der Diskussion des vorliegenden Problemkreises verwirrend sein kann.

Als „Einspruch“ wird nachfolgend jede Art von Äußerung verstanden, die Missfallen mit dem Inhalt des Registers beinhaltet.

Als „Widerspruch“ wird der förmliche, im Falle seiner Berechtigung in das Register einzutragende Protest gegen den Inhalt desselben verstanden.

I.

Im Zentrum der Problematik stehen die Artikel 185 und 312 Absatz 2 GZGB (nachfolgende Artikel ohne Gesetzesangabe sind stets solche des GZGB), mit denen

die rechte Balance zwischen dem Schutz des Verfügungsbefugten und dem Funktionieren des rechtsgeschäftlichen Verkehrs und damit auch dem Schutz des Erwerbers eines Rechts an einer Immobilie gefunden werden soll.

Anders ausgedrückt, die erwähnten Normen sollen regeln, wieweit der vom Register erzeugte Rechtschein reichen darf.

Bereits beim ersten Studium der erwähnten Normen ist der Leser irritiert:

Sowohl in der vor 2007 geltenden Fassung wie in der seitdem geltenden divergiert der Gutgläubensschutz erheblich; in der zuletzt erwähnten stärker als zuvor. Mit anderen Worten: Der Schutzzweck der zitierten Normen deckt sich nur teilweise und unvollkommen:

Artikel 185 sichert den Erwerber einer Immobilie, der darauf vertrauen darf, dass der Veräußerer deren Eigentümer ist, weil er im Register steht.

Damit wird – abweichend vom römischen Recht, das allein dem (wahren) Eigentümer Schutz gewährt hatte¹ – dem Rechtsschein der Vorrang vor den Inte-

¹ *M. Kaser*, Das Römische Privatrecht, München 1971, § 91 II 2; *M. Kaser/R. Knütel*, Römische Privatrecht, 19. Aufl., München 2008, § 24 Rn. 3; *R. Sohm*, Institutionen des römischen Rechts, Berlin 1884, § 53; *G. Schiemann*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, Jura 1981, 631, 635.

ressen des Eigentümers eingeräumt.² Da dieser Schutz aber zur Wahrung der involvierten Interessen, insbesondere des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, nicht grenzenlos sein kann, der Eigentümer also nicht in allen Fällen das Nachsehen haben darf, nimmt Artikel 185 den sog. bösgläubigen Erwerber nicht in Schutz^{3,4}.

Dass diese Ausnahme von der Rechtsscheinwirkung, genauer gesagt, dass das Erlöschen des Scheins sehr theoretisch ist, liegt auf der Hand.⁵ Denn der Beweis der Bösgläubigkeit wird häufig schwer zu führen sein.⁶ Im Ergebnis ist der Schutz des Erwerbers damit praktisch betrachtet nach wie vor umfassend. Dies dürfte auch dem georgischen Gesetzgeber früher einmal bewusst gewesen sein, weshalb der Schutz des guten Glaubens eine weitere und (eigentlich) wesentlich praktikablere Einschränkung erfahren hat: Der gute Glaube des Erwerbers eines Rechts an einer Immobilie ist gemäß Artikel 312 Absatz 2 auch dann zerstört, wenn ein Widerspruch,⁷ also ein Protest gegen die Richtigkeit des Registers, zu dessen Akten gelangt ist. (Dass der Rechtsanwender nicht erfährt, wie ein solcher Widerspruch denn anzubringen wäre und wie das diesbezügliche Verfahren gestaltet ist, steht auf einem anderen Blatt, zu welchem weiter unten Stellung genommen werden soll.) Wohlgemerkt, hier kommt es nicht auf die Kenntnis des Erwerbers vom Widerspruch an, sondern einfach nur auf die Tatsache der Eintragung des Widerspruchs in das Register.⁸ Wenn der Er-

werber nicht in die Registerakten schaut, bevor er ein Immobilienrecht „kauft“, geht das zu seinen Lasten.

Eine Zusammenschau der Artikel 185 und 312 Absatz 2 lehrt den Rechtsanwender jedoch das Staunen (meint er doch, in beiden Normen müsste als „es sei denn“ Gleichlautendes formuliert worden sein, das heißt die Ausnahmen von der Regel müssten identische sein).

Artikel 185 regelt ausweislich der Überschrift des Kapitels den Erwerb des Eigentums an einer Immobilie; er verschafft dem Wortlaut des Registers betreffend die Person des Eigentümers, also dem Rechtsschein, überragende Bedeutung für den Erwerb des Eigentums an einer Immobilie.

Dem gegenüber wird in Artikel 312 Absatz 2 betreffend den Erwerb eines beliebigen im Register eingetragenen Rechts ein anderer Maßstab für den Schutz der Inhaberinteressen gegenüber dem Rechtsschein des Registers gewählt: Artikel 312 Absatz 2 misst neben dem Wortlaut des Registers in Bezug auf den Inhaber (Eigentümer) auch dem „Widerspruch“ gegen die Eintragung Gewicht zu. Der Interessenschutz wird mit anderen Worten stärker in Richtung des wahren Inhabers eines Rechts an einer Immobilie verlagert. Damit wird in wesentlich stärkerem Maße als in Artikel 185 ein Mittelweg bei der Abwägung der divergierenden Interessen eingeschlagen.

Der Umstand, dass der vom „Registereigentümer“ hergeleitete Erwerb des Eigentums an einer Immobilie mit Hilfe des Artikels 185 einen wesentlich stärkeren Schutz erfährt als deren wahrer Inhaber sowie als andere Rechtsinhaber und die Erwerber anderer Rechte an einer Immobilie, lässt eine bevorzugte Stellung des Erwerbers von Immobilieneigentum zu Tage treten. Für diese ist keine Rechtfertigung erkennbar. Es ist mit anderen Worten kein überzeugender Grund erkennbar, der es beispielsweise erlauben würde, den Erwerber eines Erbbaurechts schlechter zu behandeln als den Erwerber einer Immobilie.

Der Schutz eines möglichst reibungslos funktionierenden und schnellen Wechsels eines Rechts an einer Immobilie mag es erforderlich erscheinen lassen, die Rechtsscheinwirkungen des Registers soweit auszu-

² Kohler, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 892 Rn. 1 ff.; Gursky, in Staudinger, BGB, Neubearb. 2013, § 892 Rn. 1 ff.

³ Vgl. § 892 BGB, dazu Kohler, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 892 Rn. 1.

⁴ Das Rechtsscheinprinzip wird dabei, anders als gemäß im Mobiliarsachenrecht, nicht durch das Veranlassungsprinzip eingeschränkt, J. Lieder Die Lehre vom unwirksamen Rechtsscheinträger, AcP 210 (2010), 869 ff.; H. Westermann, Die Grundlagen des Gutgläubensschutzes, JuS 1963, 6; Gursky, in Staudinger, BGB, Neubearb. 2013, § 892 Rn. 7.

⁵ Kohler, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 892 Rn. 4 ff.

⁶ BGH NJW-RR 2013, 789 Rn. 15; RGZ 90, 398; KGJ 49 A 204 f.; OLGZ 1973, 82; OLG Köln OLGZ 1969, 174; Gursky, in Staudinger, BGB, Neubearb. 2013, § 892 Rn. 161.

⁷ Siehe dazu umfassend Chiusi, Detusch-Georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1/2019, 3.

⁸ Vgl. RGZ 128, 55; OLG Düsseldorf DNotZ 1976, 170; Gursky, in Staudinger, BGB, Neubearb. 2013, § 892 Rn. 188.

schöpfen, wie nicht die dunklen Bereiche beweisbarer Bösgläubigkeit tangiert werden.⁹ Wenn man dies aber tut, dann muss jedes Recht an einer Immobilie denselben Schutz erfahren. Es hätte Artikel 312 Absatz 2 also ebenfalls nur den Ausnahmefall der Bösgläubigkeit enthalten dürfen. (Hierbei mag dahinstehen, ob die Geschwindigkeit der Immobilientransaktionen ein bedeutendes, zu schützendes Element der georgischen Rechtsordnung ist, wie es das VGG in seiner Entscheidung unter u.a. in Nr. 42 und 44 betont, oder ob häufig überbewertet wird¹⁰.)

Erschwerend kommt hinzu, dass Artikel 185 ZGB in seinem heutigen gesetzlichen Umfeld – verglichen mit der früheren Fassung des Gesetzes – ein wesentlich erhöhtes Risikopotential aufweist. Zur Erinnerung: Bis zum Jahre 2007 war die Norm flankiert von einem verstärkten Formzwang bei der Eigentumsübertragung. Artikel 183 ZGB ordnete in seiner alten Fassung die notarielle Beurkundung des Erwerbsvorganges und die Benennung des Erwerbsgrundes im Vertrag an. Damit wurden in einen solchen vertraglichen Vorgang bedeutende „Bremsklötze“ eingebaut. Solche lässt der heutige Art.183 vermissen, demzufolge die einfache Schriftform ausreicht und folglich auch keine notarielle Belehrung und Überwachung des Erwerbsvorgangs mehr zwingend ist. So offenbart sich wieder einmal die (international gängige) Methode des sorglosen, wenig umsichtigen Umgangs mit dem Körper des Gesetzes. Diesen kann man in mancher Hinsicht mit dem menschlichen Körper vergleichen: Behält man bei Eingriffen in den Körper nichts stets das gesamte „Gebäude“ im Auge, so bricht dieses leicht zusammen oder funktioniert nicht mehr wie vom Schöpfer vorgesehen. Mit anderen Worten, entfernt man dem menschlichen Körper ein wichtiges Organ, dann gerät er zumindest in eine Schiefelage, wenn nicht gar der Exitus eintritt. Artikel 185 ohne den Schutzschirm des Artikels 183 „leben“ zu lassen, muss das System gleichsam ins Wanken bringen. Ebenso leichtfertig, ja schädlich muss sich übrigens die Streichung der Artikel 313 – 315 ZGB auswir-

ken, auf welche hier nicht näher eingegangen werden soll.

Die Tatsache, dass heute in Georgien der Kauf einer Immobilie genauso einfach vonstatten gehen kann wie der Erwerb banaler Gegenstände des Alltags (unterstellt diese werden üblicherweise ebenfalls schriftlich abgewickelt), nährt leider auch den Verdacht, dass die Autoren der Neufassung des hier einschlägigen ZGB im Jahre 2007 noch ganz andere Ziele verfolgt haben als nur die Schnelligkeit des Immobilienverkehrs ...

II.

Es sei wiederholt, dass das VGG mit seiner Entscheidung ein zu begrüßendes Ziel verfolgt hat, das heißt ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen Eigentümerschutz und Schutz des Erwerbers einer Immobilie. Leider lässt die Umsetzung dieses Zieles bedeutende, ja unverzichtbare Wünsche offen:

1. Zwar erkennt das VGG¹¹, dass sich die Artikel 185 und 312 Absatz 2 unterscheiden, aber gleichzeitig gelten¹². Es sei den Gerichten überlassen, wie sie die Kollision lösen (a.a.O.). Dass damit der Erwerb einer Immobilie einem Unsicherheitsfaktor ausgesetzt wird, der jegliche Rechtssicherheit zunichte macht und die vom VGG betonte Geschwindigkeit des Immobilienverkehrs torpedieren kann, problematisiert das Gericht leider nicht.

2. Aber selbst wenn man die Meinung des VGG akzeptiert, es habe die ihm zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit unterbreiteten Artikel 185 und 312 Absatz 2 „individuell“ zu behandeln, nicht jedoch die Kollision zwischen ihnen zu lösen, so kann diese Behandlung doch nicht so weit gehen, dass die Kluft zwischen den kollidierten Normen zusätzlich vertieft wird:

Artikel 185 darf nach dem Willen des VGG nun keine Anwendung mehr finden, wenn gegen die Registereintragung „Einspruch“ eingelegt worden ist und der Erwerber davon Kenntnis hat.

⁹ Kohler, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 892 Rn. 2.

¹⁰ wie Chiusi mit gewichtigen Argumenten ausgeführt hat. S. dazu Chiusi, Detusch-Georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1/2019, 8.

¹¹ Nr.10 der Entscheidung.

¹² Nr.11 der Entscheidung.

Damit wird das einschlägige Regelwerk stark verändert:

Es wird nicht nur, wie es im Sinne einer harmonisierenden Gesetzgebung zu erwarten gewesen wäre, der Ausnahmetatbestand des Artikels 185 im Modus des Artikels 312 Absatz 2 erweitert.

Statt dessen wird zum einen der Begriff „Einspruch“, also jegliche Beschwerde (vor dem Gericht, dem Register oder vor einer anderen Verwaltungsbehörde) abweichend von der Wortwahl in Artikel 312 Absatz 2 („Widerspruch“, also ein Protest, der zu seiner Wirksamkeit der Eintragung in die Registerakten bedarf¹³) perpetuiert, obwohl eine Vereinheitlichung vorzunehmen gewesen wäre, welche die im höchsten Maße vergleichbaren Tatbestände der Artikel 185 und 312 nahe gelegt hätte.

Zum anderen werden die Ausnahmetatbestände der Artikel 185 und 312 stärker als bisher voneinander abweichend gestaltet, ohne dass dafür eine innere Rechtfertigung erkennbar oder zumindest vom Gericht begründet worden wäre.

Bislang war der Ausnahmetatbestand des Artikels 185 eingliedrig gefasst (Bösgläubigkeit des Erwerbers als einziges Kriterium für den Ausschluss des Erwerbs), während derjenige des Artikels 312 Absatz 2 alternativ formuliert war (Widerspruch gegen die Eintragung beim Register oder Bösgläubigkeit).

Nunmehr wird die Eingliedrigkeit des Artikels 185 nicht nur aufgegeben, sondern an deren Stelle ein den Charakter des bisherigen (eingliedrigen) Begriffs verändernder zweigliedriger Ausnahmetatbestand geschaffen. Anstelle der Bösgläubigkeit des Erwerbers betreffend das Fehlen des Eigentums des Bucheigentümers treten Einspruch (durch wen, bei wem?) und Kenntnis des Erwerbers vom Einspruch.

3. Artikel 185 setzt in der nunmehr vom VGG angeordneten Neufassung die starke Betonung des Erwerberschutzes nahezu ungebremst fort. Denn auch hier muss dem Erwerber sein Wissen bewiesen werden, das heißt, dass er von der Einlegung eines „Einspruchs“ ge-

gen die Registereintragung informiert war. Damit findet keine ernsthafte Abkehr vom Geist des Artikels 185 statt. Denn in der Praxis wird es dem Erwerber sehr häufig möglich sein, das Wissen vom Einspruch mit Erfolg zu leugnen. - Wird mit dieser Neuregelung noch der „legitime Zweck“ gewahrt (den das VGG so gerne ins Feld führt, ohne hier allerdings eine tiefergehende Begründung zu liefern)?

Jedenfalls beruht das Ergebnis des VGG auf Prämissen, welche sich bei näherem Hinsehen kaum als tragfähig erweisen:

- Das VGG hat, wie bereits ausgeführt, sich für verpflichtet angesehen, sowohl Artikel 185 als auch Artikel 312 Absatz 2 individuell zu prüfen, das Zusammenwirken der beiden Normen dagegen nicht. Woraus sich dies rechtfertigt, erfährt der Leser leider nicht. Es ist zumindest im Ergebnis auch nicht zu rechtfertigen, weil ein Gesetz ein lebendiger Organismus ist, in dem kein „Organ“ isoliert funktionieren kann. Eine Prüfung von Normen ohne einen Blick nach links oder rechts, quasi mit Scheuklappen, muss ein schiefes, nicht funktionales Bild ergeben. Mit anderen Worten: Eine Norm mag für sich gesehen verfassungsgemäß oder verfassungskonform auslegbar sein, sie muss aber zusätzlich in den Kontext passen. Dies ist hier, wie oben ausgeführt worden ist, nicht der Fall.
- Dies alles hat das VGG vermutlich auch gesehen (leider, ohne dass es in Worte gefasst worden wäre). Vermutlich deshalb greift das Gericht zu dem einzig möglichen Instrument, welches sein Vorgehen rechtfertigen könnte und argumentiert so, dass der Leser annehmen muss, Artikel 185 sei gegenüber Artikel 312 Absatz 2 die vorrangige Norm. Leider wird auch das nicht begründet.

Überzeugen kann diese Vorgehensweise zudem nicht: Artikel 185 ist Teil des Abschnitts 3, Kapitel 3 des GZGB betreffend den Erwerb des Eigentums an Immobilien. Artikel 312 Absatz 2 steht dagegen in Abschnitt 4 betreffend das Öffentliche Register.

Wäre die zuletzt genannte Norm Teil eines Kapitels betreffend den Erwerb von immobilienähnlichen Rechten gewesen, so könnte man mit Fug davon ausgehen, dass es keine Auswirkungen auf den

¹³ Vgl. § 899 BGB.

vorliegenden, den Eigentumserwerb betreffenden Fall hat. Da Artikel 312 jedoch in einem anderen Kontext steht und nach seinem Wortlaut uneingeschränkt Geltung beansprucht, ist es verfehlt, Artikel 185 als vorrangig zu behandeln. Dazu müsste zumindest aus der Entstehungsgeschichte beider Normen zu entnehmen sein, dass der besagte Vorrang vom Gesetzgeber gewollt war. Aus der Sache ergibt sich dies jedenfalls nicht. Artikel 312 Absatz 2 kann vielmehr für sich die – auch vom VGG¹⁴ betonte – Gleichgewichtigkeit zwischen den Parteiinteressen in Anspruch nehmen, während Artikel 185 ohne Not die Interessen des Erwerbers stärker schützt als diejenigen des Eigentümers.

- Wie auch immer man sich bei der isolierten Prüfung der Verfassungsmäßigkeit beider Normen entscheidet, der bereits oben betonte Kontext der Normen hätte eine vertiefte Erörterung erfordert, um eine Prüfung der Kollision entbehrlich oder gar unzulässig zu machen.

Fatale Folge dieser Verfahrensweise ist, dass die Gerichte die beschriebene Kollision zu lösen haben werden. Dies ist bislang, soweit ersichtlich, nicht geglückt, wie beispielhaft die Entscheidungen des Obergerichts¹⁵ zeigen. In der zuerst erwähnten Entscheidung behandelt das Gericht lediglich Artikel 312, in der späteren Entscheidung werden beide Normen herangezogen, aber letztlich doch auf Artikel 312 abgestellt. Bereits hier wird deutlich, was zu befürchten war: Die Gerichte wissen nicht, wie mit der Kollision der Normen umzugehen ist, oder sie vermögen den Vorrang des Artikels 312 zumindest nicht zu begründen. Das birgt für die Parteien das enorme Risiko der Rechtsunsicherheit. Wer sich traut, die Gerichte anzurufen, der muss mit Überraschungen rechnen – ein völlig unhaltbarer Zustand.

- Diese Malaise wird in Folge der Entscheidung des VGG nicht etwa geheilt werden, sondern sich eher verschlimmern. Denn das Gericht hat, wie oben unter I. bereits im Einzelnen ausgeführt, die konkurrierenden Normen weiter voneinander entfernt als sie

es bislang waren und damit das Kollisionspotential verschärft.

Warum das VGG Artikel 185 nicht „einfach“ für verfassungswidrig erklärt hat (weil das „Gleichgewicht“ nicht gewahrt ist), ist unverständlich. Die Folge wäre gewesen, dass Artikel 312 Absatz 2 allein hätte Geltung beanspruchen können. Stattdessen hat das Gericht eine verfassungskonforme Auslegung versucht, die die Grenzen dieses Rechtsinstituts sprengt. Verfassungskonform wäre die Auslegung nur gewesen, wenn sie den bisherigen Regelungsansatz des Gesetzgebers als Leitschnur genommen und zum Beispiel die Ausnahmeregelung des Artikels 312 Absatz 2 auch für Artikel 185 als gültig erklärt hätte. Mit der Einführung einer neuen Ausnahmeregelung – Einspruchseinlegung und Kenntnis davon anstelle von Widerspruch oder Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit des Registers – überschreitet das Gericht seine Befugnisse, weil es gleichsam quasilegatorisch tätig geworden ist. Es hat mit anderen Worten zwei im Kern gleiche Tatbestände völlig unterschiedlichen Regelungen unterworfen – eine Verfahrensweise, die im Prinzip nur dem Gesetzgeber (im Rahmen der Verfassung) erlaubt ist. Es hätte dem Gericht wohl angestanden, anstelle der Schaffung neuer, verschärfter Unsicherheit, den Rechtsfrieden zu befördern. Dazu hätte es entweder Artikel 185 verfassungskonform den Ausnahmeregelungen des Artikels 312 Absatz 2 unterwerfen können oder es hätte Artikel 185 für nichtig erklären können verbunden mit Hinweisen an den Gesetzgeber, wie eine Neuregelung zu gestalten sei.

III.

Die Bedenken gegen die Entscheidung des VGG nehmen zu, wenn man sich der Frage stellt, wie denn ein „Einspruch“ gegen die Registereintragung wirken kann und wie er auszusehen hat. Dieselbe Unklarheit haftet übrigens auch Artikel 312 Absatz 2 an.

1. Ziel und Zweck des Einspruchs bzw. des Widerspruchs?

Das VGG hat dahingehend erkannt, dass – Kenntnis des Erwerbers unterstellt – bereits der „Einspruch“ an

¹⁴ Nr. 37 der Entscheidung.

¹⁵ Entscheidungen des Obergerichts Georgiens vom 26.07.2013 – 524-498-2013 – und vom 06.03.2015 – 1298-1236-2014.

sich den Gutgläubenserwerb unmöglich macht. Damit wird der Immobilienverkehr und seine reibungslose Abwicklung einem enormen Stress ausgesetzt. Jedermann (oder würde das VGG nur den vormals zurecht eingetragenen Eigentümer als Einspruchsführer akzeptieren?) kann nun „Sand in das Getriebe“ des Verfügungsgeschäfts streuen. Auf die Frage, ob der Einspruchsführer zurecht gegen den Inhalt des Registers vorgeht, kommt es ja nach der nunmehr vom VGG angeordneten Fassung des Artikels 185 nicht an. Die vom VGG beschworene Störung der Entwicklung des Immobilienmarktes und die damit zusammenhängende Störung der wirtschaftlichen Entwicklung Georgiens wird also nicht etwa vermieden, sondern durch die neue Fassung des Artikels 185 eher befördert.

Mit anderen Worten: Schon auf Grund der vorstehenden Überlegungen wird deutlich, dass die Einspruchseinlegung allein kein entscheidendes Kriterium zur Beurteilung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Eigentumsübergangs an einer Immobilie sein kann. Es muss vielmehr ein Widerspruch eingelegt worden sein. Hinzu muss die Überlegung treten, dass der Widerspruch gegen die Richtigkeit des Registers nur dann Wirkung entfalten darf, wenn

- die ihm zugrunde liegenden Tatsachen dem Widerspruchsführer (zumindest) voraussichtlich einen Berichtigungsanspruch verschaffen werden, also einen Widerspruch gegen den Inhalt des Registers rechtfertigen,
- dieser von einem unparteiischen Organ, sprich den Gerichten, überprüft worden ist,
- der Widerspruch in das Register eingetragen worden ist.

Aber welcher Art von Beweisführung muss der Anspruch auf Eintragung des Widerspruchs in das Register genügen?

Erkennt man die einem Widerspruch zu Grunde liegenden Behauptungen erst dann als ausreichend an, wenn für sie der sog. Vollbeweis erbracht worden, also eine Beweisführung erfolgt ist, die jedem vernünftigen Zweifel an der Richtigkeit der den Widerspruch tragenden Tatsachen Schweigen gebietet? Oder muss es aus-

reichen, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Berechtigung des Widerspruchs spricht?¹⁶

Hält man den Vollbeweis für erforderlich, dann wird häufig bis zur Klärung der Rechtfertigung des Widerspruchs geraume Zeit vergehen. Denn es wird unter Umständen neben der Vorlage von Urkunden deren Echtheit zu überprüfen sein; das wird die Einholung eines Sachverständigengutachtens und/oder die Einvernahme von Zeugen erforderlich machen. Die zitierte Störung des Immobilienverkehrs samt ihrer Folgen wäre perfekt.

Folglich bedarf es eines Mittelweges, der die Rechte des Erwerbers und die Interessen des Immobilienverkehrs sowie des Staates in annähernd gleichem Maße tangiert wie die Rechte des wahren Eigentümers der Immobilie. Es muss mit anderen Worten ein schnelles Verfahren vermählt werden mit einer ausreichenden Wahrscheinlichkeit für die Berechtigung oder Nichtberechtigung des Widerspruchs. Einen Weg aus dem Dilemma bietet die Methode, welche dem Artikel 42 Absätze 3 und 4 ZVG [Zwangsvollstreckungsgesetz] zugrunde liegt, nämlich die Anwendung der schriftlichen Bestätigung, welche im Falle der Unwahrheit strafrechtlich zu verfolgen ist.

Diese strafbewährte Bestätigung hat als Teil eines – sogleich noch zu beschreibenden – summarischen Verfahrens den unschätzbaren Vorteil, dass der Widerspruchsführer für seine Behauptungen zwar nicht den zeitaufwändigen Vollbeweis erbringen muss, aber die Beschleunigung des Widerspruchsverfahrens durch Artikel 42 ZVG auch nicht „umsonst“ bekommt; er muss mit empfindlichen Strafen rechnen, wenn er eine falsche Bestätigung in die Welt setzt.

Wie gerade angedeutet, ist und kann die schriftliche Bestätigung nicht das einzige Element der summarischen Beweisführung sein. Zulässig müssen neben der erwähnten Bestätigung der widersprechenden Partei und/oder dritter Personen auch die anderen Beweismittel der ZPO sein, aber – sonst verlöre das Verfahren wieder an Fahrt – sie müssen sofort zur Verfügung stehen. Es darf also nicht erforderlich sein, dass der Wi-

¹⁶ Kohler, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 899 Rn. 9.

derspruchsführer oder die gegnerische Partei die Beweismittel erst durch Ladung von Zeugen oder durch noch zu erfolgende Einholung eines Sachverständigengutachtens beschaffen lässt. Das heißt,

- Zeugen und Sachverständige müssen sofort, das heißt ohne Ladung in der mündlichen Verhandlung zur Verfügung stehen,
- Urkunden (dazu zählen auch schriftlich eingeholte Sachverständigengutachten) müssen sofort vorgelegt werden können,
- der Augenschein muss am Ort der Beweisaufnahme möglich sein.

Dabei wird vorausgesetzt, dass das Verfahren wegen seiner Eilbedürftigkeit ohnehin nur schriftlich, ohne (nachholbare) Anhörung des Gegners stattfindet (womit sich die Beweismittel auf Urkunden und schriftliche Bestätigungen beschränken würden). – Natürlich kann und darf auf Grund einer schriftlichen Bestätigung von Urkunden sowie wegen der beschriebenen Beschränkung der Beweismittel nicht erwartet werden, dass der sog. Vollbeweis immer erbracht werden kann. Diese Einschränkung muss jedoch hingenommen werden, will man das Institut des Widerspruchs nicht zum „stumpfen Schwert“ verkommen lassen.

Unnötig zu betonen, dass das summarische Verfahren nicht das „Ende vom Lied“ sein muss. Wenn es von den Parteien so gewollt wird, dann muss ein Verfahren auf Berichtigung des Registers – warum ist Artikel 313 gestrichen worden? – nachfolgen, in dessen Rahmen notwendig die endgültige Klärung der Richtigkeit des Registers zu erfolgen hat.

Fazit: Die Einlegung des Einspruchs bzw. des Widerspruchs an sich kann nicht das entscheidende Kriterium für die Durchbrechung der Vermutung der Artikel 185 und 312 Absatz 2 sein. Dieser Erkenntnis wird aber in keinem der vorstehend zitierten Artikel Rechnung getragen.

2. Adressat des Einspruchs bzw. des Widerspruchs?

Hier bieten sich im Wesentlichen zwei Möglichkeiten an, wenn man die abwegige Idee beiseite lässt, ein „Einspruch“ im Sinne des Artikels 185 liege schon dann

vor, wenn er öffentlich (oder gar privat?) dem ausweislich des Registers Berechtigten gegenüber erklärt wird.

Der Anspruchsteller könnte gegenüber einer Verwaltungsbehörde, naheliegend gegenüber dem Register selbst, gegen die falsche Eintragung Widerspruch einlegen. Das wäre wegen der – zumindest beim Register als Adressaten des Einspruchs – großen Sachnähe vorteilhaft. Als schwerwiegender Nachteil muss jedoch die Frage der Prüfung der Berechtigung des Einspruchs gesehen werden. Lässt man den Einspruch allein auf Grund der Behauptungen des Einspruchsführers zu, so ist es seinem Belieben überlassen, den Immobilienverkehr ohne großen Aufwand und vermutlich auf längere Zeit zu blockieren. Fordert man dagegen den Nachweis der Berechtigung eines Einspruchs, so liegt bei genauem Hinsehen auf der Hand, dass die Behörde – mangels richterlicher Vorbildung und mangels geeigneter Werkzeuge zur Verifizierung vorgelegter Beweise – eher zufällig ein befriedigendes Verfahren durchführen können. Denn wie soll eine Behörde zum Beispiel Zeugen oder Sachverständige verantwortlich vernehmen? Dass dies kaum möglich wäre, ergibt schon ein Blick in die ZPO. Und beschränkt man das Verfahren auf die Vorlage von – hoffentlich nicht gefälschten! – Urkunden, dann würde die Beweisführung häufig stark zum Nachteil des Anspruchstellers amputiert.

3. Eine Entscheidung des Verfassungsgerichts sollte von dem Bemühen getragen sein, bestehende Unklarheiten zu bereinigen, nicht sie zu vertiefen, zu perpetuieren oder gar neu zu schaffen. Dazu hätte das VGG im vorliegenden Fall zumindest die Frage erörtern sollen, ob es nicht im Interesse der Rechtssicherheit angebracht gewesen wäre, eine Regelung dahingehend zu schaffen, dass ein Einspruch an sich jenseits der Schaffung von Bösgläubigkeit keine Wirksamkeit entfalten kann. Wirkungen kann nur ein Widerspruch entfalten, also die Erhebung und die Eintragung eines Protests gegen den Registerinhalt in das Register, Dergleichen kann nur mittels Einschaltung der Gerichte realisiert werden. – Ergänzende Hinweise des VGG zu dem dafür zu schaffenden Regelwerk wären sicherlich zielführend gewesen.

IV.

Dadurch dass sich das VGG letztlich der Frage nicht gestellt hat, wie die von ihm zurecht betonte Verkehrssicherheit (als Teil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) effektiv verwirklicht werden kann, soll heißen, wie ein Widerspruchsverfahren gegen eine Registereintragung im Einzelnen gestaltet sein muss, bewegt es sich leider auf ähnlichen Pfaden wie der unglücklich agierende Gesetzgeber.

Hier besteht Anlass, einen **Exkurs** zur Problematik des einstweiligen Rechtsschutzes bzw. des summarischen Verfahrens einzuschalten:

Diese Problematik existiert nicht nur im Bereich des Widerspruchs gegen unrichtige Registereintragungen, sondern sie ist auch in vielen anderen Bereichen des georgischen Verfahrensrechts dingfest zu machen. In all diesen Bereichen werden die dafür erforderlichen Verfahren denkbar stiefmütterlich behandelt, soll heißen, sie werden sehr zurückhaltend und damit ineffektiv oder gar nicht geregelt. Anders ausgedrückt der Gesetzgeber stellt die Gerichte vor die Wahl entweder nach Gutdünken, man wird häufig auch sagen müssen, willkürlich zu entscheiden oder ein förmliches Beweisverfahren durchzuführen, dessen vielfach nicht zu vermeidende Länge das summarische Verfahren ad absurdum führt, weil es seinen Zweck, einen schnellen und damit effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, nicht erfüllen kann.

Besonders bedenklich wird es, wenn der Gesetzgeber anstelle der Gerichte Behörden, insbesondere die Nationale Vollstreckungsbehörde, mit summarischen Verfahren betraut, obwohl ihnen weder (die oben beschriebenen) Instrumente des einstweiligen Rechtsschutzes vollständig zur Verfügung stehen noch ein „normales“ Beweisverfahren, also das Verfahren des Vollbeweises, möglich ist.

Ein Blick in die zivilen Verfahrensgesetze Georgiens mag dies – ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit – verdeutlichen:

a. Der krasseste Fall ist in Artikel 91¹ ff. ZVG zu finden. Hier wird der einstweilige Rechtsschutz, das summarische Verfahren, also ein Verfahren, das zu-

nächst Erkenntnisverfahren ist und damit zur Kernaufgabe der Gerichte zählt, der Nationalen Vollstreckungsbehörde übertragen. Damit aber nicht genug. Es findet sich kein Wort in diesen Normen, wie denn die notwendige Erkenntnis zur Behandlung dieses Verfahrens gewonnen werden soll. Entscheidet sich die Behörde, welche übrigens häufig schon mangels der erforderlichen Ausbildung ihrer Entscheidungsträger und/oder mangels eines mit Unabhängigkeit ausgestatteten Amtes (fehlende Unabhängigkeit) zur Durchführung des Verfahrens ungeeignet ist, für eine schnelle Entscheidung, so wird sie dies vielfach auf Grund von Vermutungen tun müssen. Entscheidet sie sich – ungeachtet des zeitlichen Korsetts des Artikels 91⁷ Absatz 1 ZVG - für eine gründliche Aufklärung des Falles (wie sollte diese aber ohne die Mittel der ZPO vonstatten gehen?), so wird schon wegen des erforderlichen Zeitaufwandes für ein solches Verfahren die antragstellende Partei das Nachsehen haben; wenn die Behörde dann endlich entscheidet, ist „das Kind im Zweifel schon in den Brunnen gefallen“.

b. Mit vergleichbaren Mängeln ist das Verfahren gemäß Artikel 191 ff. ZPO belastet. Hier wird zwar nur das Gericht ermächtigt, einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren. Aber die Methode der Entscheidungsfindung, das „fact finding“, wird mit keinem Wort angesprochen. Wenn damit beabsichtigt ist, das Gericht auf die Regeln des Vollbeweises zu verweisen, so wird das Verfahren zwangsläufig zur Farce degradiert. Denn die bereits mehrfach angesprochene Geschwindigkeit der Entscheidung kann so nicht erreicht werden.

Gegen die Anwendbarkeit der Regeln des Vollbeweises spricht im Übrigen Artikel 193 ZPO, der dem Gericht - in einem lapidaren Satz – aufgibt, binnen eines Tages zu entscheiden. Aber nach welchen Regeln? Allein auf Grund von „nackten“ Behauptungen der antragstellenden Partei?

c. Ähnlich unhaltbare verfahrensrechtliche Zustände offenbaren zum Beispiel die Artikel 67 und 268 Absatz 1.g. ZPO sowie die Artikel 18⁴, 23, 31, 36 Absatz 2.g. und 50³ ZVG. Alle diese Normen (die Liste ist nicht abschließend!) sind nahezu zwingend darauf

angelegt, einem Entscheidungsorgan häufig übermenschliche, ja hellseherische Fähigkeiten abzuverlangen. Damit läuft das Verfahren Gefahr, den Charakter eines Lottospiels anzunehmen, und letztlich eine der beiden Parteien eines Prozesses oder Verfahrens, manchmal auch Dritte, zu benachteiligen.

V.

Die vorstehenden Ausführungen sollten erhellt haben, dass die Problematik des Widerspruchs gegen unrichtige Registereintragungen vor allem vom Gesetzgeber schlicht ignoriert worden ist. Leider hat es auch das VGG verabsäumt, den „Finger in die Wunde zu legen“.

Auf diese Weise kann ein Scheintoter nicht zum Leben erweckt werden, dessen dringende Reanimierung von keinem ernsthaft geleugnet werden dürfte, der objektiv Denkenden an einer ausgeglichenen Lösung interessiert ist.

Was ist zu tun?

Die obigen Ausführungen legen es nahe, dass

- (1) der Schutz von Verkäufer und Käufer im Rahmen eines Erwerbsgeschäfts durch gesteigerten Formzwang erfolgen muss,
- (2) die Information Beteiligter über den (geänderten) Registerinhalt effektiver gestaltet werden muss, also auch hier der Schutz von Verkäufer und Käufer gleichermaßen durch gesteigerten Formzwang ausgebaut werden muss,
- (3) das Widerspruchsverfahren geregelt werden muss, wobei das summarische Verfahren (übrigens auch zum Nutzen vieler anderer ähnlich gelagerter Tatbestände) praktikabler und gerechter zu gestalten ist.
- (4) die endgültige gerichtliche Klärung des Registerinhalts zulässig sein muss.

(1) Der 2007 aus höchst dubiösen Gründen neu gefasste Artikel 183 GZGB sollte in seiner alten Form wiederaufleben. In ihm wäre anzuordnen, dass für den Erwerb einer Immobilie die Einigung der Vertragspar-

teien und die Eintragung des Erwerbers in das Register erforderlich ist.

Die Einigung muss der notariellen Beurkundung bedürfen, die den Notar zwingt, nicht nur die Identität der Erschienenen zu überprüfen und die Urkunde zu verlesen, sondern auch ihren Inhalt samt der Reichweite der Erklärungen zu erläutern.

Dass sich Georgien mit solchen Änderungen bzw. mit der Rückkehr zu früher einmal für essentiell befundenen Verfahrensweisen nicht mehr ganz so „modern“ aufstellt wie andere Rechtsordnungen bzw. wie es interessierte Verkehrskreise höchst eigennützig postulieren, sollte in Kauf genommen werden. Die Erfahrungen der Zeit nach 2007 sollten Mahnung genug sein, wieder mehr Vorsicht und Ausgewogenheit im Immobilienverkehr anzustreben.

(2) Wird zum Beispiel eine Änderung der Person des Eigentümers im Register vorgenommen, sollte es zwingendes Recht werden, dass dem „alten“ Eigentümer eine entsprechende Benachrichtigung zugestellt wird. Dafür muss ein Verfahren zur Verfügung stehen, welches die Förmlichkeiten erfüllt, die auch bei gerichtlichen Ladungen einzuhalten sind, siehe Artikel 70 ff. ZPO. Damit würde der Überrumpelung des eingetragenen Eigentümers effektiv vorgebeugt und ihm eine faire Chance zum förmlichen Widerspruch gegen die angekündigte Rechtsänderung eingeräumt.

Dasselbe Verfahren ist bei Änderung anderer eingetragener Rechte anzuwenden.

(3) (a) Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Registers muss in dasselbe eintragbar sein; nur dann darf er als solcher Wirkungen zu Lasten des Erwerbers entfalten und zwar unabhängig von dessen Kenntnis von der Eintragung. Nur so wird der Eigentümer unerträglicher Beweisprobleme enthoben und das – oben schon häufig erwähnte – Gleichgewicht der Parteien hergestellt.

(b) Über die Eintragung hat einzig und allein ein Gericht zu entscheiden und zwar auf Antrag des Widersprechenden.

- (c) Die Regeln des summarischen Verfahrens haben auch hier Anwendung zu finden. Dieses Verfahren müsste allerdings dringend so überarbeitet werden, dass die Rechtsanwender – im vorliegenden wie auch in anderen gleichgelagerten Fällen – damit ausgewogen arbeiten können; dergleichen lässt sich vom gegenwärtigen summarischen Verfahren der Artikel 191 ff. ZPO leider nicht feststellen. Hier wäre ein nachhaltiges „Reinemachen“ erforderlich, soll das summarische Verfahren nicht weiterhin von unerträglichen Unwägbarkeiten belastet werden. Mit anderen Worten: Auch ein summarisches Verfahren muss berechenbar sein, es darf nicht vom Zufallsprinzip beherrscht werden.
- (d) Der Ausgang des Verfahrens hat sich danach zu richten, ob der Antragsteller gegen eine bevorstehende Änderung des Registers Tatsachen behaupten kann, die der Änderung voraussichtlich entgegenstehen, sie verbieten. Der Darlegung einer Gefährdung des Anspruchs im Sinne von Artikel 191 Absatz 1 Satz 1, 2. Halbsatz ZPO würde es im Falle des Widerspruchs nicht bedürfen, weil eine solche Gefährdung, wie die Praxis vielfach unter Beweis gestellt hat, in solchen Fällen droht.
- (e) Die unter c. erwähnten Behauptungen müssen

durch schriftliche, strafbewährte Bestätigungen und/oder durch sofort (im oben umschriebenen Sinne) zur Verfügung stehende Beweismittel erhärtet werden – erhärtet in einer Weise, die eine große Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Behauptungen ergibt, ohne dass ein an Sicherheit grenzendes Maß der Wahrscheinlichkeit erreicht sein muss.

(4) Sowohl eine auf Berichtigung des Registers zielende Klage wie auch eine auf Zustimmung zur Änderung des Registers gerichtete Klage müssen zulässig sein. Für den erstgenannten Fall hatte die Artikel 313 zutreffend angeordnet. Seine Streichung im Jahre 2007 ist gänzlich unverständlich. Damit wurde die Korrektur von Fehlern oder Schlimmerem dem Zugriff der Gerichte entzogen, was sich auch durch die Richtigkeitsvermutung des Artikels 185 nicht rechtfertigen lässt. Folgerichtig heißt es ja auch in Art. 312 Absatz 1, dass die Vermutung gilt, bis die Unrichtigkeit des Registers bewiesen worden ist. Die letztgenannte Norm läuft leer, wenn dem Betroffenen die Führung des Beweises der Unrichtigkeit verwehrt wird.

Ebenso muss natürlich dem Erwerber die Möglichkeit gegeben sein, einen sich mit Erfolg gegen die Änderung des Registers Wehrenden gerichtlich auf Zustimmung in Anspruch zu nehmen.

Überschriften für Rechtssätze*

Kaspar Frey**

Lado Sirdadze***

Überschriften gab es schon immer für größere Abschnitte von Gesetzen. Seit 1981 stattet der deutsche Gesetzgeber regelmäßig auch die einzelnen Paragraphen mit amtlichen Überschriften aus. Nach einem kurzen Überblick über deren Geschichte und Zweck schlägt der Beitrag Kriterien für gute Überschriften vor. Er stellt zur Diskussion, ob in Einzelfällen auch Absatzüberschriften sinnvoll sein könnten.

In den USA kennt man schon seit dem 19. Jahrhundert Sachüberschriften für Rechtssätze. Nicht alle standen „über“ dem Rechtssatz¹, manche auch neben einem Fließtext² oder nur in der Inhaltsübersicht von Ge-

setzen.³ Deutsche Gesetze, etwa das BGB, waren weniger leserfreundlich. Sachüberschriften gab es zwar für Gliederungspunkte⁴, nicht aber für einzelne Paragraphen. 1931 fügte Heinrich Schönfelder den Bezeichnungen der Einzelschriften („§ 1“)⁵ nichtamtliche Überschriften („Beginn der Rechtsfähigkeit“) hinzu, die er in eckige Klammern setzte. Im Vorwort zur 1. Auflage seiner Gesetzessammlung schrieb er: „Um den noch wenig gesetzeskundigen Rechtsstudierenden das Zurechtfinden im Gesetz zu erleichtern, glaubte ich, diese Ausgabe mit Paragraphenüberschriften, einer besonders übersichtlichen Druckanordnung und einem sehr ausführlichen Sachverzeichnis versehen zu sollen.“⁶ Diese Idee setzte sich durch, wenn auch sehr langsam.⁷

* Dieser Beitrag besteht überwiegend aus dem Aufsatz, der von Prof. Dr. Kaspar Frey in 2016 in Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG 2016, 325) veröffentlicht wurde. Die Verantwortlichkeit von Prof. Dr. Kaspar Frey beschränkt sich nur auf diesem Teil des Beitrages.

** Prof. Dr. Kaspar Frey ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder).

*** Assoziierter Prof. Lado Sirdadze ist Lehrstuhlinhaber für LegalTech, Digitalisierung des Rechtes und Wirtschaftsrecht an der Universität von Business und Technologien in Tbilisi, Georgien.

¹ 1900 Lacey Act, 18 USC 42-43 16 USC 3371-3378, <http://www.fws.gov/le/pdffiles/Lacey.pdf>; vgl. Fn. 53.

² The Societies Registration Act, 1860, http://www.roc.gov.bd/acts/societies_registrationact1860.html;
1917 Immigration Act: H.R. 10384; Pub.L. 301; 39 Stat. 874. 64th Congress; February 5th, 1917, http://library.uwb.edu/guides/usimmigration/1917_immigration_act.html. Am Rand des Fließtextes von Chapter 29 steht z.B.: „Immigration Act. ‘Aliens’ defined,“ weiter unten: „Enforcement in the Philippines.“, ohne dass diese Randbemerkungen eindeutig einer bestimmten Zeile des Normtextes zugeordnet werden könnten.

³ Investment Company Act of 1940 [as amended through P.L. 112-90, approved January 3, 2012], <https://www.sec.gov/about/laws/ica40.pdf>: “TABLE OF CONTENTS Sec. 1. Findings and Declaration of Policy. Sec. 2. General Definitions [...]”.

⁴ 1900 gab es im BGB noch keine Unterkapitel (z.B. vor § 1415), also fünf Gliederungsebenen. Nur die Überschriften für Bücher, Abschnitte und Titel wiederholten diesen Begriff („Erster Titel. Natürliche Personen.“ gegenüber „II. Vertragsmäßiges Güterrecht. 1. Allgemeine Vorschriften.“). Eingehend zur Gliederung deutscher Gesetze Hamann, ZG 2015, 381, 391 f.

⁵ Vgl. zur Terminologie das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 3. Aufl. 2008, online unter <http://hdr.bmj.de>, C. 5.2., Rn. 369, 372. Darauf verweisen die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) in § 42 Abs. 4 und die sächsische VwV Normerlass vom 5.7.2014, SächsABL. S. 858, 860 zu Anlage 2. Vertiefend Hamann, ZG 2015, 381, 386.

⁶ Zitiert nach Hans Wrobel, Heinrich Schönfelder – Sammler Deutscher Gesetze, Beck, 1997, S. 53.

⁷ Andere Verlage wie etwa NOMOS, WoltersKluwer und C.F. Müller folgten zwischen 1949 und 1986 (Auskünfte dieser Verlage vom November 2015), 1950 (BGBl. I, S. 45) das Gesetz über den Lohnsteuer-Jahresausgleich für das Kalenderjahr 1949; 1956 das BWahlG, BGBl. I, S. 383. Im Palandt finden sich

Bis 1980 findet man amtliche Paragrafenüberschriften nur vereinzelt, zunächst unterhalb des Gesetzesrangs⁸, 1934 dann im Heimarbeitsgesetz (RGBl. I, S. 214) und 1935 in der Vergleichsordnung (RGBl. I, S. 321).

Erst seit 1981 ist es üblich, neue deutsche Gesetze mit amtlichen Paragrafenüberschriften auszustatten.⁹ Einige ältere Gesetze wie StPO und GVG müssen sich auch heute noch mit Verlagsüberschriften begnügen¹⁰, die untereinander differieren.¹¹ Andere ältere Gesetze wie das HGB werden Schritt für Schritt nachgerüstet: Ergänzt oder ändert man einen Paragrafen, erhält er auch eine Überschrift.¹² Vollständig bestückt wurde 2002 das BGB.¹³ Und seit der Jahrtausendwende verwendet auch die EU vermehrt Artikelüberschriften.¹⁴

durchgängige Sachüberschriften erst seit der 34. Auflage 1975 (Auskunft des Verlages C.H. Beck oHG vom 16.11.2015).

⁸ Z.B. 1922 ein für allgemeingültig erklärter Vertrag (RGBl. I, S. 762); 1929 diverse Verordnungen (RGBl. I, S. 9, 15, 33, 112).

⁹ Nach Durchsicht des BGBl. I wohl seit Mitte 1981. So hat das Subventionsabbaugesetz vom 26.6.1981, BGBl. I, 537 Sachüberschriften, nicht aber die Neufassung der Bekanntmachung des Patentgesetzes vom 16.12.1980, BGBl. I, 1981, 2. Nach *Hamann*, ZG 2015, 381, 388 hat heute ein Fünftel der deutschen Einzelvorschriften keine amtliche Überschrift. – Zuweilen finden sich dann auch paragrafenscharfe amtliche Inhaltsverzeichnisse, etwa im BWahlG, GenG, GKG, GmbHG, GNotKG, GWB, MarkenG, OWiG, RVG, StGB, VwVfG und WpHG.

¹⁰ Mehr Beispiele und Statistik bei *Hamann*, ZG 2015, 381, 388 f.

¹¹ Z.B. § 213 StPO: Nomos, Beck – „Terminbestimmung“; C.F.Müller – „Terminsanberaumung“; Carl Heymanns Verlag – „Bestimmung der Hauptverhandlung“.

¹² Überschriften erhielten die §§ 238-343 HGB 1985 durch brachte das Bilanzrichtliniengesetz vom 19.12.1985, BGBl. I, 2355, später neu gefasste Einzelnormen folgen diesem Vorbild, z.B. §§ 8-13h HGB.

¹³ Vgl. die Anlage zu Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I, 2001, 3138, 3189 ff.). Einzig § 1588 BGB hat statt einer Paragrafen- eine Titelüberschrift. Der Beck-Verlag [siehe den übernächsten Absatz dieses Aufsatzes] empfiehlt in solchen Fällen eigentlich, eine nichtamtliche Überschrift einzufügen. Erste verstreute Überschriften wurden durch Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes vom 27. Juni 2000 (BGBl. I 2000, 897, 899) eingeführt.

¹⁴ Z.B. in der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl Nr. L 180 S. 22), nicht aber in der Richtlinie über harmonisierte Investmentfonds (OGAW-Richtlinie) 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 (AbL L 302 vom 17.11.2009, S. 32).

Für die historischen georgischen Rechtsquellen waren die Artikelüberschriften fremd. Auch die Verfassung Georgiens von 1921 enthielt keine Artikelüberschriften. Diese finden sich aber in der sowjetischen Gesetzgebung. Diese Herangehensweise wurde auch nach der Wiederherstellung der Unabhängigkeit Georgiens überwiegend erhalten, aber das war vermutlich nicht die Fortsetzung der sowjetischen Tradition, sondern dazu haben meistens die deutschen Gesetze beigetragen, die Vorbild für den georgischen Gesetzgeber waren. 1997, als das georgische Zivilgesetzbuch (GZGB) verabschiedet wurde, war das BGB noch nicht vollständig mit Überschriften bestückt, aber die Gesetzesausgaben erhielten von den Verlagen schon seit langem nichtamtliche Überschriften. Deswegen ist es logisch, dass auch der georgische Gesetzgeber die Artikelüberschriften benutzt hat. Merkwürdig, aber auf die Überschriften wurde in der Verfassung Georgiens von 1995 verzichtet. In der neuen Fassung der Verfassung vom 2018 haben alle Artikel Überschriften, was ohne Zweifel zu begrüßen ist.

Überschriften machen ein Gesetz übersichtlich und dienen besserer Lesbarkeit.¹⁵ Der Leser hat meist eine konkrete Rechtsfrage und möchte anhand der Überschrift wissen, ob die Normlektüre zur Lösung beitragen könnte. So kann er die für seine Frage relevanten Normen schneller auffinden. In sehr kurzen Gesetzen kann deshalb auf Sachüberschriften verzichtet werden.¹⁶ Das Handbuch der Rechtsförmlichkeit¹⁷ sagt zu Recht, dass Überschriften die Orientierung erleichtern; Schwierigkeiten eines Legisten¹⁸, eine Überschrift zu

¹⁵ So BT-Drs. Nr. 14/6040, S. 272, Zu Absatz 2 (S. 34).

¹⁶ In der Schweiz heißt es, auf Sachüberschriften könne bei weniger als *fünf* Artikeln verzichtet werden; Gesetzestechnische Richtlinien des Bundes, 2. Aufl. 2013, korrigierter Nachdruck 2015, letzte Änderung 11.8.2015, herausgegeben von der Schweizerischen Bundeskanzlei, <https://www.bk.admin.ch/themen/gesetz/00050/index.html>. – Vgl. auch 2.1.8 der Niederösterreichischen Legistischen Richtlinien 2015,

http://www.noel.gv.at/bilder/d90/Legistische_Richtlinien_2015.pdf: Drucktechnische Hervorhebungen erleichtern das „Schnelllesen“ des Textes.

¹⁷ HdR 2008 (Fn. 5) Rn. 372.

¹⁸ Im österreichischen Sprachgebrauch ist *Legist* die Berufsbezeichnung für Juristen, die ausschließlich oder überwiegend mit dem Ausarbeiten von Gesetzes-

finden, zeigten, dass zu viel in einen Paragraphen zusammengezwängt worden sei¹⁹. Zwang zu Überschriften ist also Zwang zur Klarheit. Keineswegs aber erfordert Klarheit Überschriften.²⁰ Rechtssätze müssen aus sich heraus klar sein.

Für die georgische Gesetzgebung sind die Überschriften der Rechtssätze noch wichtiger. Weil die Gesetze kein amtliches Sach- oder Inhaltsverzeichnis haben, bleiben sie einziges Hilfsmittel für die Leser bei der Orientierung. Zwar hatte der Entwurf der Geschäftsordnung des georgischen Parlaments²¹ ein Inhaltsverzeichnis, während der Besprechungen wurde aber leider darauf verzichtet. Inhaltsverzeichnisse (natürlich ohne Hinweise auf die Seiten) könnten für die georgische Gesetzgebung sehr hilfreich sein.

Was aus diesem Zweck folgt, sagt eine interne Arbeitsanweisung im Verlag C.H. Beck: „Überschriften ... sollen den geregelten Gegenstand so kurz und präzise²² wie nur irgend möglich kennzeichnen; Kürze ist wichtiger als letzte Detailgenauigkeit... Werden in einem Paragraphen mehrere Aspekte geregelt, die sich einem Oberbegriff zuordnen lassen, wird nur dieser als Überschrift verwandt... Handelt es sich dagegen um verschiedene Gegenstände, die auch in der Überschrift deutlich hervorgehoben werden sollen, sind alle zu nennen; je nachdem, wie nah oder fern die geregelten Bereiche einander stehen, sind sie durch Komma oder Semikolon zu trennen.“

Man mag geneigt sein, die täglichen Zeitungsüberschriften zu studieren und daraus zu lernen. Doch die Zwecke sind verschieden. Schlagzeilen stehen im Wettbewerb um die Aufmerksamkeit des Lesers und

Verkaufszahlen. Sie suchen die Ausnahme²³, nicht die Regel. Sie wollen zum Lesen motivieren²⁴, überraschen, übertreiben und provozieren (z.B. „Nach 2 Jahren sind Käufer chancenlos.“ statt „Verjährung“ oder „Regelmäßige Verjährungsfrist“). Paragraphenüberschriften dagegen dienen der Orientierung. Sie benötigen keine Originalität, Übertreibung oder Wertung²⁵. Sie brauchen nicht zu versprechen, dass die Norm lesenswert ist. Rechtssätze sind meist komprimierter als Zeitungsartikel, verlangen entsprechend kürzere Überschriften und folglich meist nur das Thema.

I. Kriterien für gute Überschriften

Überschriften von Rechtssätzen sollten sowohl in Gesetzen als auch in Verträgen folgende Eigenschaften aufweisen, die hier nach Wichtigkeit geordnet sind:

1. korrekt

In den Überschriften im BGB finden sich nur sehr wenige Fehler. Sprachlich besser als „§ 907 Gefahr drohende Anlagen.“ wäre z.B. „Gefahr durch benachbarte Anlagen“. Inhaltlich besser als „§ 56 Mindestmitgliedzahl des Vereins.“ wäre „Mitgliedzahl bei Eintragung“. Denn ein Verein darf zu anderen Zeitpunkten weniger als die im Normtext genannten sieben Mitglieder haben. – *Korrekt* bedeutet allerdings nicht *vollständig*, denn sonst müsste der Rechtssatz in der Überschrift wiederholt werden.

Im GZGB sind relativ viele Überschriften falsch. Oft geht es um einen schwerwiegenden Fehler. ZB. Heißt die Überschrift von Art. 401 GZGB: „Unmöglichkeit der Leistung“, aber im Text geht es um den Verzug, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Falsch ist auch zB „Art. 491. Kündigungsrecht des Käufers“. Dieser Artikel

oder Verordnungstexten betraut sind. Wesentliches Kriterium zur Unterscheidung von anderen juristischen Berufen ist, dass Legisten generelle Rechtsvorschriften erstellen und nicht individuelle (wie etwa Bescheide oder Urteile).

¹⁹ Ähnlich *Esslinger/Schneider*, Die Überschrift, 5. Aufl. 2015, Vorwort.

²⁰ Vgl. aber HdR 2008 (Fn. 5) Rn. 372 „Auslegungshilfe“. Kritisch dazu auch *Hamann*, ZG 2015, 381, 388.

²¹ Entwurf abrufbar unter:

<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/186619?>

²² Eine klare und knappe Gesetzessprache wird seit der Aufklärung gefordert; vgl. *Schneider*, Gesetzgebung. Ein Lehr- und Handbuch, 3. Aufl. 2002, Rn. 436 f.

²³ *Esslinger/Schneider* (Fn. 19), S. 1.

²⁴ *Esslinger/Schneider* (Fn. 19), S. 4 f., Forderung 5: Lese-Anreiz. Es geht um Funktion, nicht um Niveau. *Wir sind Papst!* ist gelungen, „*Top-Geheimnis überraschend gelüftet*“ dagegen inhaltsarm.

²⁵ Im Journalismus auch *Kommentar*: Der objektiven Schlagzeile folgt eine kommentierende Überschrift; vgl. *Esslinger/Schneider* (Fn. 19), S.11-24.

betrifft Rücktritt des Käufers und verweist auch auf Art. 352 (dass der Begriff „Kündigung“ auch im Text des Rechtsatzes verwendet ist, bedeutet nicht, dass die Überschrift richtig ist, weil sie dasselbe wiederholt). Auch Art. 298 GZGB hat eine falsche Überschrift – „Rechte der Dritten“. Der Artikel hatte früher auch einen ersten Absatz, der die Rechte der Dritten bei der Hypothek betraf, und der zweite Absatz betraf die Rechte des persönlichen Schuldners. 2007 wurde der erste Absatz gelöscht und deswegen geht es in diesem Artikel nicht mehr um die „Dritten“, sondern nur um „persönliche Schuldner“. Trotzdem bleibt als Überschrift „Rechte der Dritten“, was falsch ist – nach der systemischen und historischen Auslegung ist es klar, dass „persönlicher Schuldner“ und „Dritte“ voneinander zu unterscheiden sind.

Um eine falsche Überschrift zu ändern, braucht man einen Gesetzentwurf. Das ist dringend notwendig, wenn der Unterschied zwischen der Überschrift und dem Inhalt (und nicht dem Text!) des Rechtssatzes so groß ist, dass der Leser, der nach den Antworten sucht, falsche Vorstellungen über die Norm bekommen und die notwendige Norm übersehen oder seine Zeit durch die Lektüre einer nicht passenden Norm verschwenden kann. Ein weiterer Grund, warum die Änderung der Überschrift dringend erforderlich sein könnte, ist solch einer Unterschied zwischen der Überschrift und dem Inhalt, dass die Auslegung der Norm auf diesem Fehler basieren und der Wille des Gesetzgebers falsch verstanden werden kann. In anderen Fällen ist die Änderung nicht dringend notwendig und kann Schritt für Schritt durchgeführt werden²⁶.

Schwieriger ist es bei den Überschriften, die nicht Artikel, sondern ganze Gesetze betreffen. In solchen Fällen ist ein Fehler besonders irreführend für den Leser. Beispielsweise „Kinderrechtsgesetzbuch“ enthält inhaltlich viel mehr als nur die *Rechte* der Kinder. Deswegen könnte „Kindergesetzbuch“ eine bessere Überschrift sein. Diese Idee wurde vor der Initiierung des Entwurfes geäußert, aber ein Hinweis auf „*Rechte* der

Kinder“ wurde bevorzugt. Manchmal ist in der Gesetzüberschrift nicht der Inhalt, sondern ein technischer Hinweis auf den Rang des Gesetzes falsch. Beispielsweise hatte „das *organische* Gesetz über normative Akte“ bis Inkrafttreten der neuen Fassung der Verfassung Georgiens den Rang des „(einfachen) Gesetzes Georgiens“. Im Rahmen der Harmonisierung der Gesetzgebung mit der Verfassung wurde das (*einfache*) Gesetz „zur Änderung des *Gesetzes Georgiens* über normative Akte“ in das *organische* Gesetz „zur Änderung des *organischen Gesetzes Georgiens* über normative Akte“ nicht geändert, was ein Fehler war. Zur Folge hatte das, dass im Dezember 2018 die Änderung eines *organischen* Gesetzes durch einen Entwurf des „*einfachen*“ Gesetzes Georgiens initiiert wurde, was relativ weniger Stimme braucht. Solch eine Herangehensweise ist verfassungswidrig. Obwohl der falsche technische Hinweis in der Überschrift über den Rang des Gesetzes den echten Rang des Gesetzes nicht ändert und der Entwurf gemäß dem Verfahren für das *organische* Gesetz abgestimmt wurde, ist zweifelhaft, ob für Korrektur dieses Fehlers die einfache Ankündigung des Vorsitzenden des georgischen Parlaments – dass es einen technischen Fehler gab und der Entwurf als Entwurf des *organischen* Gesetzes abgestimmt würde – genug war.

2. aussagekräftig

Der Leser soll sogleich erkennen, worum es im Rechtssatz geht. Daran fehlt es z.B. bei § 38 BGB, der mit „Mitgliedschaft“ überschrieben ist. Denn um Mitgliedschaft geht es auch in den vor- und nachstehenden Paragraphen. Aussagekräftiger wäre wie in § 15 GmbHG „Übertragung der Mitgliedschaft“. Das ist zwar nicht vollständig. Aber die in der Überschrift nicht erfassten Themen (Vererbung, Überlassung zur Ausübung) sind dieser Überschrift immerhin deutlich näher als den Nachbarüberschriften („Berufung auf Verlangen einer Minderheit.“, „Austritt aus dem Verein.“).

Die Überschrift von Art. 38 GZGB ist „Schadensersatz“. Von dieser Überschrift ist es unklar, um wessen Verantwortlichkeit und welchen Schaden es geht. Der Leser muss die ganze Norm lesen, um zu verstehen,

²⁶ Vgl. zB das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über akademische Stipendien (N4348-rs, 27.12.2018), Art. 1, Abs. 2 (Diese Überschrift ist auch ein Beispiel der besonders langen Überschriften – sie besteht aus 19 Zeilen!).

was sie betrifft. Das weist darauf hin, dass die Überschrift ihre Orientierungsfunktion nicht vollständig erfüllt und nicht aussagekräftig ist. Ein anderes Beispiel könnte Art. 289¹ GZGB sein, dessen Überschrift „Hypothekenbrief“ ist. Die Überschrift ist zwar kurz, ist aber nicht aussagekräftig, weil die folgenden sieben Artikel auch den Hypothekenbrief betreffen. Deswegen ist es von dieser Überschrift her unklar, um welche Aspekte des Hypothekenbriefs es in diesem Artikel geht.

Nicht aussagekräftig und irreführend ist auch die Überschrift von Art. 545 GZGB „Pflicht des Vermieters“. Die Pflicht des Vermieters sind in vielen anderen Artikeln geregelt als nur in diesem Artikel, der nur Aufwendungen betrifft.

Manchmal ist nicht nur die Überschrift der Paragraphen, sondern diejenigen der Gesetze unklar. Beispielsweise ist die Überschrift des Gesetzbuches über Sicherheit und freien Verkehr der Güter irreführend, das unter anderen auch viele Vorschriften zum Baurecht enthält. Viele Schwierigkeiten tauchen bei solchen Gesetzen auf, durch die andere Gesetze geändert werden. Die alte Herangehensweise des georgischen Parlaments, dass durch ein Gesetz mit der Überschrift „über Änderung verschiedener Gesetze“ viele unterschiedliche Gesetze gleichzeitig geändert würden, war besonders schlecht. Für den Leser war es völlig unklar, was von diesen Gesetzen zu erwarten war. Heute hat das georgische Parlament auf solche Überschriften verzichtet, aber das Problem ist heute, dass viele Gesetze dieselben Überschriften haben, beispielsweise: „das Gesetz über Änderung des GZGB“. In solchen Fällen ist die Identifizierung des konkreten Gesetzes nicht nur für Leser, sondern auch für den Gesetzgeber (wenn eines von ihnen geändert werden muss) schwierig. Würden die Gesetze solcher Art in der Überschrift ein Datum oder eine Nummer enthalten, dann würden sie leicht identifizierbar sein.

Aussagekräftig sind auch Zahlen. Sie wirken klar, verlässlich und objektiv. Nach „§ 195 Regelmäßige Verjährungsfrist“ erwartet man eigentlich „§ 197 BGB Verjährungsfrist in besonderen Fällen.“ „Dreißigjährige Verjährungsfrist.“ war besser. Natürlich liegt in der Verlässlichkeit von Zahlen auch das Risiko, dass man sich auf Angaben in der Überschrift verlässt, ohne den

Text zu lesen. Überschriften, die Zahlen enthalten, sind deshalb noch sorgsamer zu wählen als Wortüberschriften. So wäre die hypothetische Überschrift „Kündigungen bis zum 15. oder Ende eines Monats“ (§ 622 Abs. 1 BGB) irreführend, weil Absatz 2 Abweichendes regelt.

3. kommentarfrei

Amtliche Versuche, den Inhalt eines Rechtssatzes zu konkretisieren, gehören in den Rechtssatz, nicht in seine Überschrift. „Verbesserung der Luftqualität“ über § 45 BImSchG oder „Schutz des Bankkunden“ über § 30a AO sind werbewirksam, aber nicht normspezifisch. Über § 720 BGB heißt es: „Schutz des gutgläubigen Schuldners.“ Auch das ist kommentiert und sogar schlecht kommentiert. Denn diese Norm schützt auch grob fahrlässige Schuldner, die i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB gerade nicht „gutgläubig“ sind. Korrekt kommentiert wäre „Schutz des kenntnislosen Schuldners.“ Besser kommentiert man gar nicht: „Kenntnisloser Schuldner.“ Das ist kürzer und passender. Denn auch eine korrekte Schutzzweckangabe geht unnötig über den Normtext hinaus. Ebenso wenig gehören Angaben zur Dogmatik in die Überschrift. So wäre es auch besser, wenn auch in der Überschrift von Art. 185 GZGB die Wörter „Schutz der Erwerber“ nicht erwähnt würden. Richtig ist aber die Überschrift von Art. 187 – „Gutgläubiger Erwerber“ – die ohne irgendwelche Kommentierung die Leser wissen lässt, dass es in diesem Artikel um die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs geht.

Zu Recht heißt es über § 242 BGB nicht etwa „Einbruchstelle für höherrangiges Recht“, „Generalklausel“ oder gar „Richterlicher Freiraum“. Natürlich ist Freiheit von Kommentaren ein Ideal und die Auswahl einer Überschrift nie völlig wertfrei. Aber Fehler vermeidet, wer Kommentare vermeidet. Vor allem aber vermeide man Unschärfen im Normtext. Dann wirken sich – wie im Falle des § 720 BGB – Fehler in den Überschriften nicht aus.

4. verständlich

Unverständlichkeit ergibt sich bei Rechtssätzen zuweilen aus dem Satzbau, bei kurzen Überschriften hingegen meist nur aus den einzelnen Wörtern. Fremdwörter, missverständliche Fachwörter und zu lange Wörter kann man oft durch verständlichere Wörter ersetzen. Sie verbessern die Orientierung und erhöhen den Mut zu lesen.

Verständlichkeit hängt von den Adressaten ab. Das sind auch Nichtjuristen.²⁷ Ein für viele Adressaten unverständlicher Ausdruck darf m.E. nur gewählt werden, wenn er deutlich präziser ist. So enthält die Überschrift von § 68 AktG das Wort „Vinkulierung“, während für Nichtjuristen der andere Teil der Überschrift „Veräußerung von Geschäftsanteilen“ ausreichen würde. Ginge es in der Norm nur um „Vinkulierung von Namensaktien“, wäre „beschränkte Übertragbarkeit von Namensaktien“ vermutlich der bessere Titel. Ist der übliche Ausdruck weniger präzise (Gesellschafterversammlung), der unübliche (Gesellschafterversammlung) aber ebenfalls verständlich, sehe ich keinen Vorrang. Letzterer Ausdruck zeigt besser, dass sich Gesellschafter nicht immer am selben Ort „versammeln“ müssen, um einen Beschluss zu fassen; § 48 Abs. 2 GmbHG.

Die Überschrift von Art. 310 ??? ist „treuhänderische Verwaltung (Sequestration)“. Nur „Sequestration“ wäre für Nichtjuristen, die nach einer Norm über treuhänderische Verwaltung suchen, unklar. Deswegen wäre nur „treuhänderische Verwaltung“ besser als nur der juristische Begriff „Sequestration“, aber dieses Wort in Klammern schadet auch nicht, weil die Überschrift nicht zu lang wird.

Bei Wörtern mit mehr als fünf Silben²⁸ oder zwanzig Buchstaben sollte man m.E. prüfen, ob sie Fachwörter oder dem Leser geläufig sind oder ob sie besser geteilt werden. Dieses Problem ist aus sprachlichen Gründen für deutsche Rechtssätze wichtiger als für georgische. Die Überschrift wird dann länger, aber verständlicher. Z.B. könnte man in § 838 BGB die „Haftung des Gebäudeunterhaltungsverpflichteten“ wenigstens in „Haftung des zur Gebäudeunterhaltung Verpflichteten“ auflösen und in § 2338 BGB, also im Pflichtteilsrecht, statt „Pflichtteilsbeschränkung“ auch „Beschränkung des Pflichtteils“ sagen. Das erste Wort der Überschrift ist dabei etwas stärker betont als die folgenden. Deshalb wäre in § 1004 BGB „Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung“ nur geringfügig besser als „Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch“. – Im Handbuch der Rechtsförmlichkeit²⁹ heißt es, als Überschriften bewährt hätten sich: „Übergangsvorschriften“, „Verordnungsermächtigung“, „Inkrafttreten“, „Straf- und Bußgeldvorschriften“. Der Beck-Verlag empfiehlt ferner „Straftaten“, „Ordnungswidrigkeiten“, „Anwendungsbereich“ oder „Geltungsbereich“, „Begriffsbestimmungen“ (nicht „Definitionen“ oder Ähnliches), „Verfahrensvorschriften“, „Fristen“, „Verjährung“, „Behörden“, „Zuständigkeit(en)“, „Inkrafttreten“, „Außerkräfttreten“ (oder „Zeitlicher Geltungsbereich“) und speziell bei EU-Richtlinien: „Umsetzungspflicht“, „Adressat“.³⁰ In der Tat dürften diese Wörter inzwischen auch dem Laien geläufig und deshalb unbedenklich sein.

Schließlich ist Verwechslungsgefahr vorzubeugen, etwa bei „Geschäftsführung“ (Organ oder Befugnis), „Erfüllungsort“ (§ 29 ZPO; Leistungs- oder Erfolgsort) oder „nicht rechtsfähige Vereine“ (§ 54 BGB meint: nicht eingetragene). Unpassend sind Wortspiele, Anspielungen, Reim und Stabreim, weil sie die Aussage fast immer verlängern oder vernebeln.³¹

²⁷ Zum Adressaten *Antos*, in: Verständlichkeit als Bürgerrecht?, S. 9 ff. m.w.N. Zur Verständlichkeit von Gesetzen instruktiv *Lötscher*, Bulletin suisse de linguistique appliquée 62/1995, 109-127, insbes. S. 118 f.: Das Prinzip normativer Relevanz verbietet weitgehend verständnisfördernde Beispiele und Wiederholungen. *Müller*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 1999, Rn. 147: Adressaten sind Juristen und Fachleute, die vermitteln.

²⁸ *Schneider* (Fn. 21) Rn. 439 will keine Zusammensetzungen mit mehr als drei Gliederworten; sein kürzestes Beispiel hat acht Silben und 28 Buchstaben.

²⁹ S.o. Fn. 5, Rn. 373.

³⁰ Siehe den 2. Absatz dieses Aufsatzes.

³¹ Beispiele bei *Esslinger/Schneider* (Fn. 19), S. 51-69.

5. kurz

a) *Wörter streichen.* Kürze ist wichtiger als letzte Detailgenauigkeit³². Überflüssige Wörter sollte man streichen, auf den einleitenden Artikel im Nominativ kann man meist verzichten³³, also „Liquidation“ statt „Die Liquidation der Gesellschaft“. Insbesondere Adjektive sind oft unscharf („erforderliche Liquidation“³⁴) oder überflüssig („korrekte Liquidation“). Auch das Nebeneinander von männlicher und weiblicher Form sollte man vermeiden, wenn es die Überschrift deutlich verlängert. M.E. zu Recht heißt es über § 25 StVO nicht „Fußgängerinnen und Fußgänger“, sondern „Fußgänger“.³⁵ Das Thema übergeordneter Überschriften muss in den nachrangigen Überschriften meist nicht wiederholt werden. Unter „III. Verwaltungsakt“ hätten im VwVfG also „Abschnitt 1. Zustandekommen“ und „§ 35 Begriff“ genügt, statt jeweils „des Verwaltungsaktes“ anzufügen.

Bei georgischen Rechtsätzen gibt es viele Fälle, in denen in der Überschrift zwei Wörter mit denselben Inhalt oder ein und dasselbe Wort in Singular und in Plural steht. Das zweite Wort steht meistens in Klammern. So wird die Überschrift länger, was unnötig ist und den Leser bei der Suche stört. Wenn in der Überschrift statt zweier nur ein Wort verwendet werden kann (besonders dann, wenn das erste das andere inhaltlich umfasst), muss nur eines von ihnen in der Überschrift stehen. Beispielsweise ist die Überschrift des Art. 16 des Gesetzes Georgiens über die Bekämpfung des Terrorismus „Art. 16. Dritte/Vermittler“. Das Wort „Vermittler“ könnte problemlos gestrichen werden, weil unter Dritten u.a. auch Vermittler gemeint sind. Die Kombination von Singular und Plural haben manchmal eine große Bedeutung³⁶, aber in meisten Fällen könnten die Nomen in der Überschrift nur im

Singular oder nur im Plural verwendet werden. Das würde keine Probleme bei der Auslegung verursachen und Rechtssätze werden auf diese Weise leserfreundlicher. Außerdem könnte man natürlich immer das *Argumentum a maiore ad minus* und *Argumentum a minori ad maius* verwenden. Ob die Norm nur eine oder mehrere Personen betrifft, muss nicht von der Überschrift, sondern von dem Text des Artikels selbst her klar sein.

Wenn Stichwörter benutzt werden können, so dass der Leser den Inhalt verstehen kann, muss der Gesetzgeber sie immer benutzen. Besonders dann ist das gerechtfertigt, wenn die Stichwörter keine technischen Begriffe sind, sondern auch im Alltag gebraucht werden. Beispielsweise ist die Überschrift von Art. 100 „Zustimmung vor Abschluss eines Rechtsgeschäfts (Einwilligung)“ und die Überschrift von Art. 101 „Zustimmung nach Abschluss eines Rechtsgeschäfts (Genehmigung)“. In beiden Fällen, könnten die Stichwörter benutzt werden, weil sie in Georgien im Alltag immer gebraucht werden.

b) *Wortteile streichen.* Für Wortteile gilt Entsprechendes. So ist „Nachfolgeklausel“ zwar gängig, aber fast jeder ergänzende Rechtssatz in einem Vertrag kann als „Klausel“ bezeichnet werden. Statt „Nachfolgeklausel“ schreibt man also besser „Nachfolge“, „Tod eines Gesellschafters“ oder „Erben werden Gesellschafter.“

c) *Ganze Sätze durch Stichwörter ersetzen.* Ganze Sätze sind meist unnötig und kürzbar, z.B. „Geschäftsführer“ statt „Geschäftsführer sind die Gesellschafter.“ Enthält die Überschrift einen Satz und damit eine Aussage, konkurriert sie mit der Aussage im Rechtssatz. Dieser ist nur selten sinnlich durch einen (noch) kürzeren Satz ersetzbar. Stichwörter oder der nächst höhere Oberbegriff in der Überschrift dagegen erweitern das Thema und werden es nur in Einzelfällen zu stark abstrahieren. Keine taugliche Strategie hingegen wäre es, Verben zu substantivieren, nur um ganze Sätze zu vermeiden³⁷. „§ 566 Kauf bricht nicht Miete.“³⁸ oder

³² Beck-Verlag a.a.O. (Absatz 2 dieses Aufsatzes). Ein Negativbeispiel gibt Hamann, ZG 2015, 381, 389.

³³ Näher Esslinger/Schneider (Fn. 19), S. 36-38, 42.

³⁴ „Erforderlichkeit der Liquidation“ zeigt besser, dass sie nicht immer erforderlich ist; vgl. § 145 HGB.

³⁵ Näher HdR 2008 (Fn. 5) B.1.8.

³⁶ Beispielsweise im Strafrecht könnte für Beurteilung der Strafbarkeit von größer Bedeutung sein, ob das Nomen in Singular oder in Plural steht. Siehe beispielsweise Art. 109 Abs. 1 Nr. 2. GStGB.

³⁷ Gegen die Tabuisierung von Verben Esslinger/Schneider (Fn. 19), S. 99-102.

³⁸ Prägnant, aber inhaltlich schief. Dazu Hamann, ZG 2015, 381, 388.

„Erwerber wird Vermieter.“ ist besser als „Einrücken in die Vermieterstellung bei Eigentumsübertragung.“ Dasselbe gilt auch für Art. 572 GZGB, der denselben Inhalt und dieselbe Überschrift hat.

Besonders problematisch ist Art. 273 GZGB, wo die Überschrift eigentlich länger ist als selbst der Artikel. Anstelle der langen Überschrift „Art. 273. Ablösung des Pfandrechtes wegen Übereignung der verpfändeten Sache an den Pfandgläubiger (Konsolidierung)“ könnte nur ein Stichwort benutzt werden. Für Nichtjuristen könnte „Konsolidierung“ unklar sein und die Orientierungsfunktion nicht vollständig erfüllen, aber weil der Artikel nur aus einigen Wörtern besteht, wäre Verwendung dieses Stichwortes als Überschrift gerechtfertigt.

d) *Schlusspunkte und Fragezeichen meiden?* Ein abschließender Punkt ist dann verzichtbar, wenn die Überschrift eine eigene Zeile³⁹ erhält, wie das bei Kapitelüberschriften üblich und m.E. Geschmackssache ist. In georgischen Gesetzen erhalten die Überschriften eine eigene Zeile, sind aber nicht zentriert, sondern stehen links. Deswegen ist ein Punkt nach der Überschrift nicht notwendig. Ohne separate Zeile ist der Punkt nach der Paragrafennummer und nach der Sachüberschrift zur optischen und inhaltlichen Unterteilung m.E. auch dann nötig, wenn schon der Wechsel von Fett- und Normaldruck eine Zäsur andeutet.

Fragezeichen sind meist verzichtbar („Haftung des Vereins für Organe.“) und nur in Fragesätzen erlaubt. Fragen halten den Leser auf, denn sie lenken ihn von seiner eigenen Frage ab und drängen ihn, im Normtext nach der Antwort zu suchen. Aber sie sind aus Sicht des Lesers geschrieben und m.E. erlaubt, wenn sie ausnahmsweise besonders kurz und klar sind: „Werden Erben Gesellschafter?“ ist besser als „Einrücken von Erben in die Gesellschafterstellung bei Nachfolgeklau- sel“.

³⁹ Wohl deshalb heißt es in Österreich im Handbuch der Rechtssetzungstechnik, Teil 1: Legistische Richtlinien 1990, Herausgegeben vom Bundeskanzleramt (www.bka.gv.at/2004/4/23/legricht1990neu.doc), Nr. 144: „Am Ende einer Überschrift oder eines Titels ist kein Punkt zu setzen.“

e) *Doppelpunkte meiden.* Ein Doppelpunkt ist eine kurze Verbindung zwischen einer Ankündigung und dem durch sie betontem Gedanken.⁴⁰ Überschriften für Rechtssätze verdienen weitere Verkürzung: Die Ankündigung entfällt.

6. gleichartig

a) *inhaltlich gleichartig.* Aufeinander folgende Rechtssätze streben zuweilen eine vollständige Regelung eines gewissen Rechtsbereichs an. Die Überschriften sollten dann gleichartig und überschneidungsfrei sein (Beispiel aus dem Vereinsrecht: „§ 21 Nicht wirtschaftlicher Verein.“, „§ 22 Wirtschaftlicher Verein.“).⁴¹ Jedenfalls hilft es dem Leser, wenn klar wird, ob nach Regel und Ausnahme, nach Attributen (Zeit, Ort, Art und Weise), nach Tatbeständen oder nach Rechtsfolgen gegliedert wird. Die Überschriftenfolge in §§ 843-845 BGB lautet derzeit

§ 843 Geldrente oder Kapitalabfindung.

§ 844 Ersatzansprüche Dritter bei Tötung.

§ 845 Ersatzansprüche wegen entgangener Dienste.

Das ist unübersichtlich⁴², weil die Perspektive wechselt. Zur *Tötung* (§ 844) würde die *Körperverletzung* passen, zu Ersatzansprüchen *Dritter* (§ 844) solche des *Verletzten*. *Geldrente* (§ 843) kann es auch nach § 844 BGB geben, Ansprüche *Dritter* (§ 844) auch nach § 845 BGB. Am nächsten läge es m.E., in den Überschriften einheitlich den zu ersetzenden Schaden zu skizzieren, also

§ 843 Geminderte Erwerbsfähigkeit.

§ 844 Beerdigungskosten; entgangener Unterhalt bei Tötung.

§ 845 Entgangene Dienste.

Natürlich gehen dadurch auch Informationen verloren und es ist abzuwägen, welche Informationen für

⁴⁰ Näher *Esslinger/Schneider* (Fn. 19), S. 38-40.

⁴¹ Z.B. §§ 236-239 BGB.

⁴² Zum missglückten System auch *Wagner* in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 843 Rn. 2.

den Leser hilfreicher sind. Wichtig ist nur, in die Abwägung einzubeziehen, welche Zeit und Anstrengung der Leser zusätzlich aufwenden muss, um den Perspektivwechsel der Überschriften nachzuvollziehen.

Irrführend könnte sein, wenn parallele Artikel nicht gleichartig sind. Beispielsweise ist die Überschrift des Art. 183 GZGB, der Auflassung der unbeweglichen Sachen betrifft, „rechtsgeschäftlicher Erwerb der unbeweglichen Sachen“, während die parallele Norm bezüglich der beweglichen Sachen „Erwerbsgründe der beweglichen Sachen“ heißt. Das lässt den Leser falsch denken, dass anders als Art. 183 GZGB, Art. 186 GZGB nicht nur den rechtsgeschäftlichen Erwerb, sondern auch andere Erwerbsgründe betrifft. Deswegen wäre es gerechtfertigt, wenn diese zwei Artikel gleichartige Überschriften hätten: „Art. 183. Auflassung der unbeweglichen Sachen“ und „Art. 186. Übereignung der beweglichen Sachen“ (für „Auflassung“ und „Übereignung“ wird in georgischer Sprache ein und dasselbe Wort benutzt).

b) formal gleichartig. Man kann Überschriften vereinzelt⁴³ auch in die Form von Sätzen (§ 566 BGB: „Kauf bricht nicht Miete.“) oder Fragen kleiden: „Werden Erben Gesellschafter?“. Das Reichsgericht formulierte seine Leitsätze überwiegend, aber nicht durchgängig in Frageform; gestört hat das m.E. nicht, auch wenn der BGH diese Praxis nicht fortsetzte.⁴⁴ Der Wechsel von Stichwort, Aussage und Frage wirkt meist unruhig, kann aber – insbesondere in einen Vertrag – auch belebend wirken, z.B. „§ 11 Werden Erben Gesellschafter? ... § 12 Abfindung für weichende Erben“.

Die selteneren Überschriften oberhalb der Paragrafenebene mag man hervorheben und dazu in einer eigenen Zeile zentrieren⁴⁵. Das ist für Paragrafenüberschriften weder üblich noch sinnvoll, weil es die Suche nach dem interessierenden Thema verlangsamen würde. Denn das senkrecht wandernde Auge müsste hin- und herspringen, um den Anfang der Überschrift und

dann den zugehörigen Anfang des Normtextes zu erfassen. Bezeichnung („§ 1“) nebst Überschrift („Geltungsbereich.“) eines Rechtssatzes beginnen also immer linksbündig. Wie oben schon erwähnt, stehen die Überschriften in georgischen Gesetzen links erhalten aber eigene Zeile. Deswegen stört das den Leser bei der Suche nicht.

*c) überall Überschriften.*⁴⁶ Ein Sonderfall der Ungleichartigkeit ist ein Wechsel zwischen Überschrift und fehlender Überschrift. Der Text wirkt dann unruhig, sein Verfasser inkonsequent und der Leser fragt sich, ob im Fehlen einer Überschrift eine verschlüsselte Information liegt. Zudem hat sich der Leser daran gewöhnt, die Lektüre einer Paragrafengruppe damit zu beginnen, die Überschriften durchzusehen, also z.B. die fett gedruckten Begriffe von oben nach unten zu überfliegen. Das ist möglich, weil Paragrafen gewöhnlich linksbündig gesetzt werden und das Auge also nur senkrecht zu wandern braucht. Fehlen dann Überschriften, werden die überschriftslosen Paragrafen zunächst nicht wahrgenommen. Oder die Suche erfordert insgesamt deutlich mehr Konzentration oder Zeit, weil der Leser abwechselnd senkrecht nach Fettdruck sucht und waagrecht Normalschrift liest. Das spricht dagegen, in einem Gesetz ohne Paragrafenüberschriften nur einzelne, neu formulierte Rechtssätze mit einer Überschrift auszustatten. Vertretbar ist es aber, Überschriften für aufeinanderfolgende Paragrafen einer zusammenhängend eingefügten Gruppe von Paragrafen einzuführen.

Bei Gesetzestexten lässt sich das Problem allerdings praktisch dadurch lösen, dass der Herausgeber der Textausgabe in eckigen Klammern Überschriften ergänzt. So sind in Art. 50-218 EGBGB und in den meisten HGB-Paragrafen⁴⁷ die Überschriften immer noch in eckigen Klammern, weil nur geänderte Paragrafen amtliche Überschriften erhalten.

⁴³ Näher *Esslinger/Schneider* (Fn. 19), S. 46-51.

⁴⁴ Vgl. etwa RGZ 1, 4; RGZ 171, 400.

⁴⁵ Vgl. in Österreich das Handbuch (Fn. 36), Nr. 111 im Gegensatz zu Nr. 117. So z.B. *GesbR-Reformgesetz*, Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, Teil I, ausgegeben am 21. November 2014.

⁴⁶ *Müller*, Handbuch der Gesetzgebungstechnik, 1963, S. 44, nimmt dafür einen „ziemlich farblosen Inhalt“ in Kauf. – In der *VwGO* haben nur §§ 55c und 71 Überschriften.

⁴⁷ Amtliche Überschriften enthalten Neufassungen hier seit 1985; vgl. Fn. 12.

d) ungleich dem Rechtssatz?

Nichts ist einzuwenden, wenn das Eingangswort des Rechtssatzes in der Überschrift wiederholt wird, z.B. „§ 13 Verbraucher. Verbraucher ist...“. Nur muss die Überschrift deutlich kürzer sein als der Rechtssatz. Deshalb heißt es nicht „§ 1968. Kosten der Beerdigung. Der Erbe trägt die Kosten der Beerdigung.“ Das wäre zu langweilig gewesen. „Beerdigungskosten.“ ist zwar länger, aber geläufig und noch auf einen Blick erfassbar. Bei längeren Sätzen ist deren auszugsweise Wiederholung in der Überschrift aber unschädlich. „§ 1828 Genehmigung dem Vormund gegenüber.“ wäre m.E. besser als das derzeitige „Erklärung der Genehmigung.“ Denn zwei von drei Wörtern mit „-ung“ zu substantiieren ergibt inhaltsarmes Beamtendeutsch.

7. an Rechtsfolgen orientiert

Rechtsfolgen indizieren Normrelevanz. So wie § 125 BGB von „Nichtigkeit wegen Formmangels“ spricht, hätte man § 134 mit „Nichtigkeit wegen Gesetzesverstößes“ und § 138 mit „Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit“ überschreiben können. Dasselbe gilt beispielsweise für Art. 54 GZGB „rechtswidrige und sittenwidrige Rechtsgeschäfte“, Art. 55 GZGB (Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Machtmissbrauchs) und Art. 59 GZGB „Formwidrigkeit“. Entscheidend ist, was der Leser sucht, z.B. *vor* der eigenen Handlung, was er darf, oder *nachher*, welchen Schaden er ersetzen muss. Zu Recht steht z.B. über § 280 BGB nicht „Pflichtverletzung, Verzögerung“, sondern „Schadensersatz wegen Pflichtverletzung“, über § 823 BGB nicht „Verletzung absoluter Rechtsgüter und von Schutzgesetzen“, sondern „Schadensersatzpflicht“. Das kommt allerdings nur bei den wenigen Rechtsvorschriften in Betracht, die Rechtsfolgen aussprechen. Zuweilen kann auch eine Negation die Rechtsfolgen verdeutlichen; § 935 BGB: „Kein gutgläubiger Erwerb von abhanden gekommenen Sachen“ wäre ohne das „Kein“ irreführend. Im Hinblick auf Absatz 2 wäre auch „Nicht gutgläubig erwerbbar Sachen“ möglich gewesen. Der georgische Gesetzgeber hat auf solche negative Formulierungen leider oft verzichtet. Beispielsweise sollte die Überschrift von Art. 293 nicht „Erstreckung der Hypothek

auf die Früchte der unbeweglichen Sache“ sein, sondern „Nichterstreckung der Hypothek auf die Früchte“ (Hinweis auf unbewegliche Sachen überflüssig, weil es um eine Hypothek geht). Richtig ist die Überschrift von Art. 114 GZGB „Unzulässigkeit des Insichgeschäfts“, weil Insichgeschäfte nach der Regel unwirksam und nur ausnahmsweise wirksam sind.

8. beschränkt auf ein Thema

Nur *ein* Thema⁴⁸ liegt vor bei einem – aus Sicht des typischen Lesers – nahe liegenden Oberbegriff, z.B.

- „Gewinn und Verlust“ (Ergebnis)

- „Vertretung und Geschäftsführung“ (Führung der Geschäfte) und evtl. noch bei:

- „Urlaub, Krankheit“ (Nichtarbeit),

aber wohl nicht mehr bei

- „Auflösung und Übernahme“, weil dem typischen Leser die logische Verknüpfung fehlen wird (bei Kündigung ist statt Auflösung auch Übernahme möglich) und sicher nicht mehr bei

- „Name, Sitz, Zweck“, mit denen man vielleicht nur Pflichtaufgaben kurz erledigen will.

Liegt nur ein Thema vor, gehören der Oberbegriff (Ergebnis) oder das – meist verständlichere – Begriffspaar (Gewinn und Verlust) in die Paragrafenüberschrift. Sind in einem Paragrafen mehrere Aspekte geregelt und hervorzuheben, die nicht unter einen Oberbegriff passen, sind – so auch der Beck-Verlag⁴⁹ – alle zu nennen. Ob bei einer Aufzählung von Aspekten in der Überschrift ein „und“ (§ 675c. Zahlungsdienste und elektronisches Geld.) oder ein Komma benutzt wird (§ 762 BGB. Spiel, Wette.⁵⁰), ist m.E. Geschmackssache.

⁴⁸ Für Gesetzesüberschriften gilt in den Verfassungen der meisten US-Einzelstaaten „No law shall embrace more than one object, which shall be expressed in its title“; darauf wies schon *Schneider* (Fn. 21), Rn. 319 hin.

⁴⁹ Siehe Absatz 4 dieses Aufsatzes.

⁵⁰ Ein Überschriftskomma findet sich etwa auch in §§ 397, 426, ein Semikolon z.B. in §§ 7, 87, 193, 312a, 374, ein „und“ in §§ 26, 44, 77, 288, 325, ein „oder“ in § 113 BGB.

Österreich schätzt den Gedankenstrich. Der georgische Gesetzgeber bevorzugt in der letzter Zeit ein Schrägstrich⁵¹. Deshalb war zwischen den kurzen Wörtern „Spiel“ und „Wette“ m.E. genügend Platz für das verständlichere „und“, während der Leser sich zwischen den sperrigen Begriffen „Zahlungsdienste“ und „elektronisches Geld“ eher über ein Komma und eine Pause freut. Ein Semikolon – und erst recht ein Punkt – zeigt einen etwas weiteren inhaltlichen Abstand der Themen, z.B. „§ 1486. Vorbehaltsgut; Sondergut.“ und ist damit ein Indiz dafür, dass man den Paragraphen in zwei selbstständige teilen könnte.

Enthalten Paragraphenüberschriften ganz verschiedene Themen wie z.B. „Name, Sitz, Zweck“⁵²,

muss ein Leser, der sich nur für den Zweck interessiert, noch den richtigen Absatz finden. Dazu kann man z.B. jedes Stichwort aus der Überschrift „**§ 1 Name, Sitz, Zweck.**“ als Absatzüberschrift wiederholen: „(3) Zweck. Die Gesellschaft soll ...“. Oder man lässt den Text des 3. Absatzes mit diesem Stichwort beginnen⁵³: „(3) Zweck der Gesellschaft ist es, Windkraftanlagen zu entwickeln und zu betreiben.“ Doch m.E. dulden Kürze und Klarheit eines Rechtssatzes keinen Kompromiss. Separate Themen gehören in separate Paragraphen⁵⁴: „**§ 3 Zweck.** Die Gesellschaft soll Windkraftanlagen entwickeln und betreiben.“

Ungerechtfertigt ist, zwei ganz unterschiedliche Themen – einerseits die Unwirksamkeit wegen Formwidrigkeit und andererseits die Anfechtungserklärung und die Folgen der Anfechtung – in einem Artikel (Art. 59 GZGB) zu behandeln und als Überschrift „Unwirksamkeit wegen Formwidrigkeit“ zu benutzen. Diese zwei Themen sind so unterschiedlich, dass mindestens die entsprechenden Stichwörter in der Überschrift mit einem Punkt getrennt sein sollten. Die Unmöglichkeit, einen Oberbegriff zu finden, könnte ein Hinweis für

Gesetzgeber sein, dass diese zwei Themen nicht unter einem Artikel behandelt werden dürfen.

II. Überschriften für Absätze

1. Grundlagen und Beispiele

Absatzüberschriften sind in Deutschland, in Georgien und Europa, soweit ersichtlich, unüblich⁵⁵, auch in den USA findet man sie nur gelegentlich.⁵⁶ Sie verlängern den Text, unterbrechen den Lesefluss aber kaum, weil Absätze ohnehin in einer neuen Zeile beginnen. Sie helfen, innerhalb eines Paragraphen die entscheidende Stelle zu finden. Gut gewählte Absätze markieren Sinneinheiten, denen verhältnismäßig leicht Überschriften zugeordnet werden können. Tendenziell sollten sie kürzer sein als die Paragraphenüberschriften, jedenfalls in einem angemessenen Verhältnis zur Absatzlänge stehen. § 441 BGB und § 37 VwVfG beispielsweise sähen dann so aus (die Einfügungen sind kursiv gesetzt):

§ 441 Minderung

(1) *Statt Rücktritt.* ¹Statt zurückzutreten, kann der Käufer ...

(2) *Mehrere Beteiligte.* Sind auf der Seite des Käufers ...

(3) *Umfang.* ¹Bei der Minderung ist der Kaufpreis ...

(4) *Erstattung.* ¹Hat der Käufer ...

§ 37 Bestimmtheit und Form des Verwaltungsaktes; Rechtsbehelfsbelehrung

(1) *Bestimmtheit.* Ein Verwaltungsakt muss inhaltlich hinreichend bestimmt sein.

⁵¹ Siehe zB Art. 344² GStGZ

⁵² Beispiel aus der Vertragsgestaltung.

⁵³ In Kommentaren nicht unüblich ist, einen Absatz mit einem Stichwort zu beginnen; vgl. etwa *Wiedemann*, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., § 183 Rn. 10-22: In Länderberichten ist in der ersten Zeile eines Absatzes das Land halbfett gedruckt; auf Überschriften wurde deshalb verzichtet.

⁵⁴ Ähnlich HdR 2008 (Fn. 5) B.1.7, Rn. 105.

⁵⁵ HdR 2008 (Fn. 5) C.5.1, Rn 375 „Die Absätze sind ... mit vorgesetzten eingeklammerten arabischen Ziffern zu versehen.“

⁵⁶ Lacey Act (Fn. 1). Dort heißt es etwa “[...] § 3373. Penalties and sanctions

(a) Civil penalties

(1) Any person who [...]

(b) Hearings

Hearings held during [...].”

(2) *Form*. Ein Verwaltungsakt kann schriftlich, elektronisch, mündlich oder in anderer ...

(3) *Erlassende Behörde*. Ein schriftlicher oder elektronischer Verwaltungsakt muss die ...

(4) *Dauerhaft überprüfbare Signatur*. ...

(5) *Verkürzungen*. Bei einem schriftlichen Verwaltungsakt ...

(6) *Rechtsbehelfsbelehrung*. ...

2. Einheitlichkeit

Ergibt sich, dass Absatzüberschriften für einzelne Absätze sinnvoll, für andere unnötig sind, sollte man zumindest innerhalb von Paragrafengruppen, besser für das gesamte Gesetz einheitlich entscheiden (vgl. oben I.6.c). Leser werden die Lektüre eines Paragrafen dann damit beginnen, die Absatzüberschriften durchzusehen. Das ist möglich, wenn Absätze linksbündig und ihre Überschriften kursiv gesetzt werden, das Auge also nur senkrecht zu wandern braucht. Dieses „Scannen“ der Überschriften ist bei Absätzen angesichts ihrer tendenziell kürzeren Überschriften und Zwischenabstände deutlich einfacher als bei Paragrafen. Bei Sätzen würden linksbündige Überschriften den Text zu sehr verlängern, anders bei Nummern, jedenfalls wenn es viele sind und ihr jeweiliger Text nicht allzu kurz ist. So sind etwa die in runde Klammern gesetzten Überschriften zu den Nummern in §§ 308 f. BGB, sowie in Art. 347 f. GZGB, die dasselbe betreffen, m.E. sehr hilfreich. Je kürzer der überschriebene Text, desto kürzer sollte die Überschrift sein. Bei § 438 Abs. 5 BGB kann man statt „*Minderung*“ „*Minderungsrecht*“, „*Minderungsrecht als Einrede*“ oder dergleichen schreiben, aber der kurze Absatz drängt, die kürzest mögliche Überschrift zu wählen.

3. Kriterien für das Ob

a) *Lange Paragrafen*. Nur Gesetze mit langen Paragrafen benötigen Absatzüberschriften. Lang sind m.E. Paragrafen mit mehr als zwei Absätzen und durchschnittlich mehr als zwei Zeilen (130 Buchstaben) pro

Absatz. Da für Paragrafen mit nur einem Absatz die Paragrafenüberschrift genügt, geht es darum, wie viele Paragrafen nur zwei Absätze haben und keine Überschrift brauchen und wie viele dritte, vierte und weitere Absätze es gibt, denen eine Überschrift nützen würde. Als Faustregel kann man z.B. formulieren: Absatzüberschriften empfehlen sich, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind: Das Gesetz enthält erstens weniger zweite Absätze als Absätze mit höherer Zählbezeichnung.⁵⁷ Zweitens enthält der durchschnittliche zu überschreibende Absatz mehr als 130 Buchstaben. Jedenfalls sind kurze Paragrafen- und Absatzüberschriften besser als mehrzeilige Paragrafenüberschriften.⁵⁸

b) *Unübersichtliche Paragrafen*. In Grenzfällen gilt: Absatzüberschriften sind umso weniger nötig, je übersichtlicher ein Rechtssatz ist, je schneller man also das Thema aus dem Text ersieht. Überschriften sind unnötig, wenn jeder Absatz bereits mit einem überschrifttauglichen Stichwort beginnt (vgl. oben I.8), z.B. im BGB „§ 580a. Kündigungsfristen.“

(1) Bei einem Mietverhältnis über Grundstücke ...

(2) Bei einem Mietverhältnis über Geschäftsräume

...

(3) Bei einem Mietverhältnis über bewegliche Sachen ...“

Solche Gliederungen sind freilich sehr selten; und sehr störend wäre eine Wiederholung hier auch nicht: „(1) *Grundstücke*. Bei einem Mietverhältnis über Grundstücke ...“ oder „§ 247. Basiszinssatz. Der Basiszinssatz beträgt ...“.

Außerdem sind Absatzüberschriften umso weniger nötig, je technischer der Inhalt ist, z.B. § 475 Abs. 3: „(3) Die Absätze 1 und 2 gelten unbeschadet der §§ 307 bis 309 nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz.“ Hier könnte man als Absatzüberschrift immerhin „*Scha-*

⁵⁷ BGB: 1238-mal „(2)“, 794-mal „(1a)“, „(2a)“ oder höher. – EStG: 149-mal „(2)“, 484-mal „(1a)“, „(2a)“ oder höher. Im EStG wären Absatzüberschriften also sinnvoll, nicht aber im BGB.

⁵⁸ Vgl. z.B. § 37a BImSchG „Mindestanteil von Biokraftstoffen an der Gesamtmenge des in Verkehr gebrachten Kraftstoffs; Treibhausgasminderung“.

densersatz.“ einfügen. Heißt es in einem fiktiven Absatz z.B. „(4) §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Satz 2 ... bleiben unberührt.“, wählt man Absatzüberschriften wie „Konkurrenzen“ oder „Anwendungsbereich“. Dieses allgemeine Problem ist bei Absätzen häufiger, weil sich eher Absätze als ganze Paragraphen auf technische Inhalte beschränken.

4. Testphase

Fertig formulierte Absätze werden durch Überschriften leserfreundlicher. Für einen erst entstehenden Absatz bringen sie Vor- und Nachteile, die abzuwägen sind: Verlässt sich ein Legist zu sehr auf die Leitfunktion einer Überschrift, ringt er vielleicht weniger um die sprachliche Klarheit des Normtextes. Andererseits unterstützen Überschriften die thematische Fokussierung. Dieser heilsame Zwang zur Fokussierung ist umso wichtiger, je länger der zu überschreibende Text ist. Bei den kürzeren Absätzen sind Überschriften deshalb weniger dringlich als bei ganzen Paragraphen.

Bevor man deshalb in neuen Gesetzen amtliche Absatzüberschriften einführt, sollte man Erfahrungen sammeln. Verlage könnten Absatzüberschriften in eckigen Klammern einfügen. Sie waren ja schon bei den Paragraphenüberschriften Vorreiter. Kommentatoren haben durch absatzbezogene Zwischenüberschriften längst gute Vorschläge gemacht, die man als verlagsseitige und später als amtliche Absatzüberschriften übernehmen kann. Zeigt sich Akzeptanz, wird man

zunächst Novellen absatzreicher alter Gesetze zum Anlass nehmen, sie mit nunmehr amtlichen Absatzüberschriften auszustatten. Juristen sind eben vorsichtig. Und klare Gesetze sind ein hohes Gut.

Bevor in den georgischen Gesetzen die Überschriften für Absätze hinzugefügt werden, ist die Nummerierung der Sätze in den Absätzen notwendig. Auf diese Weise wären die Gesetze leserfreundlicher und das würde auch zur Entwicklung der strukturierten und systemischen Denkweise der georgischen Juristen beitragen, weil sie das motivieren würde, nicht pauschal die ganzen Artikel zu zitieren, sondern genauer seine Absätze und Sätze.

III. Zusammenfassung

Rechtssätze brauchen Überschriften. Gute Überschriften sind korrekt, aussagekräftig, verständlich, kommentarfrei, kurz und untereinander gleichartig. Sie sollten sich möglichst auf nur ein Thema beschränken. Leser finden die für sie relevanten Normen dann schneller. Um den Lesern die Orientierung zusätzlich zu erleichtern, kann man für einzelne Gesetze Absatzüberschriften einführen. Die georgische Gesetzgebung braucht Überarbeitung. Nicht nur die Überschriften der einzelnen Artikel, sondern auch die der Gesetze sind oft problematisch. Außer Überschriften für Absätze brauchen die Gesetze auch Sach- bzw. Inhaltsverzeichnisse und eine Nummerierung der Sätze der Absätze.

Überschriften in notariellen Urkunden *

Kaspar Frey **

Lado Sirdadze ***

Nach einem kurzen Überblick schlägt der Beitrag Kriterien vor, anhand derer Notare gute Überschriften für Rechtssätze finden können.

In Formularbüchern vor dem 20. Jahrhundert gaben Überschriften zwar das Thema von anschließend abgedruckten Formularen an, die zitierten Formulare selbst aber enthielten keine Überschriften und keine Gliederungspunkte, auf die hätte Bezug genommen werden können.¹ Immerhin eine Gliederung nach Paragraphen findet sich z.B. 1927 bei *Wagner*² und 1930 bei *Goldmann*, freilich weiterhin ohne Sachüberschriften.³ 1931 fügte Heinrich Schönfelder in seiner Gesetzessammlung den Bezeichnungen der Einzelschriften („§ 1“) nichtamtliche Überschriften („[Beginn der Rechtsfähigkeit]“) hinzu. Solche Sachüberschriften finden sich 1933 für notarielle Urkunden im Bürobuch von *Wag-*

ner/Morell.⁴ Aber es dauerte lange, bis sich Sachüberschriften durchsetzten.⁵ Erst seit 1981 ist es üblich, in neuen deutschen Gesetzen Paragraphen mit Sachüberschriften auszustatten,⁶ und seitdem findet man sie durchgängig auch im Münchener Vertragshandbuch.⁷ Gute Überschriften haben sich aus der Praxis⁸ heraus entwickelt. Schriften zur Vertragsgestaltung sagen kaum etwas darüber.⁹

* Die Verantwortlichkeit von Prof. Dr. Kaspar Frey beschränkt sich nur auf dem deutschen Teil des Beitrages.

** Prof. Dr. Kaspar Frey ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder).

*** Assoziierter Prof. Lado Sirdadze ist Inhaber des Lehrstuhls für LegalTech, Digitalisierung des Rechtes und Wirtschaftsrecht an der Universität von Business und Technologien (BTU) in Tbilisi, Georgien.

¹ Etwa „Vollständiges und nach dem heutigen Curial-Stilo eingerichtetes Formular“ herausgegeben von Joh. Jodoco Beck, 6. Aufl., Franckfurth und Leipzig 1755; Handbuch des theoretischen und praktischen Notariats, E. Albr. Jenni, Bern 1815; C.F. Koch, Formularbuch für instrumentirende Gerichts-Personen und Notarien, 3. Aufl., Aderholz, Breslau 1849.

² *Wagner/Bergschmidt*, Bürobuch des Rechtsanwalts und Notars, 19. und 20. Auflage 1927, z.B. im Muster 482.

³ Formularbuch für die freiwillige Gerichtsbarkeit, herausgegeben von *Goldmann, Heinitz, Loewenfeld und Rausnitz*, 2. Band, BGB I, 1. Lieferung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 14.-16. Aufl., Heymanns Verlag, Berlin 1930.

⁴ *Wagner/Morell*, Bürobuch des Rechtsanwalts und Notars, 23.-25. Auflage 1933, Muster 565; ohne Sachüberschriften noch die Voraufgabe von *Wagner*, 21.-22. Auflage 1930.

⁵ Paragraphen ohne Sachüberschriften verwendet etwa durchgängig *Kersten*, Formularbuch der Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1937, vgl. etwa Rn. 125, 436, 440 mit jeweils 5 Seiten Text. In Rn. 508 sind finden sich Sachüberschriften über Abschnitten: Die 40 Paragraphen sind durch 15 Abschnittsüberschriften gegliedert. Vereinzelt Sachüberschriften finden sich bei *Planck/Kettnaker*, Die Führung des Grundbuchs, 4. Aufl. 1960 bearbeitet von *Kehrer*: Mit Sachüberschriften vor Paragraphen etwa Formular 28, ohne sie etwa Formular 24 (mit immerhin 12 Paragraphen); Sachüberschriften nur auf der Gliederungsebene oberhalb der Paragraphen z.B. Formular 29 (mit 10 Paragraphen).

⁶ *Frey*, Überschriften für Rechtssätze, ZG 2016, S. 325. Zur Gliederung deutscher Gesetze *Hamann*, ZG 2015, 381.

⁷ *Heidenhain/Meister* (Hrsg.) Band 1 (1982): Gesellschaftsrecht, durchgängig bei Gesellschaftsverträgen. Aus dem Vorwort: „Die Bearbeiter waren dabei bemüht, eine einheitliche und übersichtliche Gliederung sowohl der Formulare als auch der Anmerkungen auch demjenigen Benutzer eine Hilfestellung bei seiner Arbeit zu bieten, der den fertigen Entwurf des von ihm zu gestaltenden Rechtsverhältnisses hier nicht vorfindet.“ In den Fußnoten zu einzelnen Überschriften finden sich keine Hinweise zum Ob einer Sachüberschrift.

⁸ Für hilfreiche Kritik danken wir Herrn Notar Woinar, Frankfurt (Oder).

⁹ Kurze Hinweise finden sich z.B. bei *Kunkel*, Vertragsgestaltung, 2015, 4.1.2.1. (S. 102) „Die Strukturierung ... dient ... der Förderung der Übersichtlichkeit (etwa durch Zwischenüberschriften)“. *Kröger/Kummermehr/Sternemann/Zittel*, FormularBibli-

I. Zweck von Überschriften

Sachüberschriften erleichtern die Orientierung, erst recht, wenn die Urkunde mit einer kurzen Gliederung beginnt. Sachüberschriften machen notarielle Urkunden für die Parteien übersichtlich¹⁰, erübrigen hier und da Rückfragen bei der Beurkundung und dienen später einer besseren Lesbarkeit. Der Leser nämlich, der die Urkunde später zur Hand nimmt, hat meist eine konkrete Rechtsfrage und möchte anhand der Überschrift wissen, ob die Lektüre eines bestimmten Paragraphen im Vertrag zur Lösung beitragen könnte. So kann er die für seine Frage relevanten Regeln schneller auffinden. In sehr kurzen Urkunden kann deshalb auf Sachüberschriften verzichtet werden, im Übrigen sind sie heute die Regel.¹¹ Leser notarieller Urkunden sind neben den Vertragsparteien oder dem Testator und seinen Erben auch weitere Stellen, die sich in der Urkunde zurecht finden wollen. Dazu gehören etwa Mitarbeiter beim Grundbuchamt oder Finanzamt, Handelsregister, Familien- oder Nachlassgericht. Hat ein Notar einmal Schwierigkeiten, eine Überschrift zu finden, hat er zu viel Verschiedenes in einen Paragraphen geschoben. *Zwang zu Überschriften ist also Zwang zur Klarheit.* Keineswegs aber erfordert Klarheit Überschriften. Notarielle Formulierungen müssen aus sich heraus klar¹² sein.

othek Vertragsgestaltung – Schuldrecht, Teil 4 § 4 Gestaltung eines Online-Shops Rn. 65, beck-online: „die drucktechnische Hervorhebung (allein) der Überschrift zur jeweiligen Information. Die Information darf nicht mit verwirrenden oder ablenkenden Zusätzen versehen werden.“ *Schmittat*, Einführung in die Vertragsgestaltung, 4. Aufl. 2015, Rn. 77 (S. 59) empfiehlt Zwischenüberschriften für die Hauptgliederungspunkte. Heussen/*Pischel*, Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, 4. Aufl. 2014, Teil 6, Rz. 26: zur Groß- und Kleinschreibung im Vertragsenglisch. *Maschmann/Sieg/Göpfert*, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 189 (S. 72): überall, vollständig, transparent.

¹⁰ *Schmittat*, Einführung in die Vertragsgestaltung, 4. Aufl. 2015, Rn. 77 (S. 59); Aderhold/Koch/Lenkaitis, Vertragsgestaltung, 3. Aufl. (2018), § 6 Rn. 13 m.w.N.

¹¹ Ohne Überschriften z.B. *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Kapitel 6, C I 1, Rn. 3073. Nur mit Zahlen als Überschriften unterer Ebene *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Teil 7, D III, Rn. 3601, 1) -7).

¹² Eine klare und knappe Sprache wird für Gesetze seit der Aufklärung gefordert; vgl. *Schneider*, Gesetzgebung. Ein Lehr- und Handbuch, 3. Aufl. 2002, Rn. 436 f.

Im Vergleich zu Zeitungsartikeln verzichten notarielle Urkunden in ihren Überschriften meist auf Originalität, Übertreibung und Wertung und suchen stattdessen sachlich neutrale Standardisierung. Im Vergleich zu Gesetzen ist ihr Leserkreis im Durchschnitt kleiner, bestimmbarer und sachkundiger. Aber auch Sachkundige freuen sich über gute Überschriften, erst recht, wenn sie für notarielle Klarheit bezahlen. § 17 Abs. 1 BeurkG verlangt solche Klarheit für die gesamte Niederschrift, also auch für Überschriften. Sie helfen bei der späteren Auslegung.¹³

II. Kriterien für gute Überschriften

Überschriften von Rechtssätzen sollten wie in Gesetzen¹⁴, so auch in notariellen Urkunden folgende Eigenschaften aufweisen, die hier nach Wichtigkeit geordnet sind:

1. Korrekt

Überschriften in deutschen notariellen Urkunden sind selten unrichtig, vereinzelt aber doch etwas missverständlich.

Mit der Übergabe der gekauften Sache geht im Zweifel die Gefahr über (§ 446 BGB), nicht umgekehrt. Wer den Zeitpunkt des Gefahrübergangs bei Kauf oder Schenkung anders festlegt, ändert nichts an der Übergabe. Soll bei einer Grundstücksschenkung die Gefahr mit dem Tod des Schenkers übergehen, so ist dies kein „Übergabetag“¹⁵. „Gefahrübergang“ genügt. Auch dass

¹³ Die Überschrift als Auslegungshilfe nutzt der BGH in MittBay-Not 2019, 508 mit Anm. *Forschner* (Überschrift „Übersetzung“ spricht gegen Verbindlichkeit); OLG München in NJOZ 2012, 525 (Überschrift „Generalvollmacht“ indiziert weitest möglichen Umfang); ZEV 2016, 708 (Überschrift „Rückforderung“, also bezieht sich dortige Bewilligung darauf); NJW-RR 2017, 649 (einheitliches Rechtsgeschäft, weil unter derselben Überschrift); NJOZ 2016, 413 (Trennung zwischen Geltendmachung und Erfüllung in der Überschrift, also auch im Text); ferner OLG Düsseldorf NJOZ 2015, 1017 (Auslegung einer AGB nach ihrer Überschrift).

¹⁴ *Frey*, Überschriften für Rechtssätze, ZG 2016, S. 325.

¹⁵ *Hoffmann-Becking / Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, VI. ErbR, 26. Schenkung

– neben dem Besitzrecht – der unmittelbare Besitz zu einem bestimmten künftigen Zeitpunkt übergeht¹⁶, ist vertraglich nicht regelbar.

„Übertragung des Grundbesitzes“¹⁷ entfernt sich unnötig vom juristischen Sprachgebrauch, wenn „Übertragung von Grundeigentum“ oder „Übertragung von Miteigentumsanteilen“ gemeint ist. Für die meisten Mandanten wird das verständlich sein.

„Grundbuchstand“¹⁸ bezeichnet wie „Verhandlungsstand“ oder „Stand heute“ einen Zwischenstand in einem dynamischen Prozess. Diese Wortneubildung ist vertretbar, aber unnötig. „Grundbuchlage“¹⁹ (ähnlich „Akten-“ oder „formelle Rechtslage“) ist etwas besser, „Grundbuchinhalt“ deutlich besser. Entsprechend lässt man den Ergänzungsstrich in „Grundbuch- und Sachstand“²⁰ besser weg. Dabei ist „Sachstand“ inhaltsleer. Heißt es etwa „Das Grundstück ist mit einem Einfamilienhaus bebaut, das von den Übergebern selbst zu eigenen Wohnzwecken bewohnt wird.“²¹, genügt als Überschrift „Grundeigentum“.

auf den Todesfall ohne Überlebensbedingung, § 3 Übergabe- und Verrechnungstag, Gefahrübergang und Haftung. Eine „Übergabe“ nach § 854 II BGB scheitert i.d.R. daran, dass der Besitz des Verkäufers mit seinem Tod nicht aufgegeben wird, sondern auf den Erben übergeht.

¹⁶ Z.B. *Kamanabrou*, Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 2019, Grundstückskaufvertrag, § 3 Besitzübergang, Gewährleistung. *Krauβ*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Kapitel 15, M, Rn. 6767 unter C III; *Hertel* in *Limmer/Hertel/Frenz/Mayer*, Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2, Rn. 4, Kaufvertrag, „IV. Besitz, Nutzen, Lasten“ mit Erläuterung in Rn. 215.

¹⁷ Früher *Krauβ*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Aufl. 2012, Kapitel 14, K, Rn. 5371.

¹⁸ *Holland*, in: *Limmer/Hertel/Frenz/Mayer* - Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 3, Rn. 2 – Bauträgervertrag über ein noch zu errichtendes Wohnungseigentum, Bauträgervertrag, Kauf- und Werklieferungsvertrag, I., „1. Grundbuchstand“.

¹⁹ *Hoffmann-Becking / Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht III. C. Schenkung, 1. Schenkungs- und Übertragungsvertrag, § 1 Grundbuchlage, Beteiligte.

²⁰ *Krauβ*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Kapitel 7, F III 3, Rn. 3355, I. Grundbuch- und Sachstand. Bei *Hoffmann-Becking / Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, III. B. 1. Kaufvertrag über ein unbebautes Grundstück (Bauland), heißt es nur „I. Vorbemerkung“.

²¹ *Hoffmann-Becking / Gebele* a.a.O. (Fn. 20).

„Freistellung von Grundbuchbelastungen“ ist leicht schief, weil nicht das Grundbuch belastet ist, sondern laut Grundbuch das Grundeigentum. „Freistellung von Belastungen“ genügt. „Abtretung von Eigentümerrechten an Grundpfandrechten“ ist leicht schief, weil nicht Rechte an Rechten abgetreten werden, sondern Eigentümergrundsschulden und -hypotheken, die u.U. zu Unrecht noch für eine Bank eingetragen sind. Besser wäre also „Grundpfandrechte des Verkäufers“.

Erhält jemand anlässlich seiner Einlage in eine GmbH einen Geschäftsanteil, so ist das keine „Gegenleistung“²² der GmbH. Sie muss nichts leisten²³, weil der neue Geschäftsanteil mit Errichtung oder Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung²⁴ von selbst entsteht (§ 54 Abs. 3 GmbHG) – und dies auf Kosten der Mitgesellschafter, nicht der Gesellschaft.²⁵ Und wenn „Barzahlung“ verlangt wird, ist vermutlich „Zahlung“, also „Geldleistung“ gemeint, eine Überweisung also zugelassen. Auch das GmbHG spricht von Geldeinlagen.²⁶

Sofern mit „Ausschluss der Auseinandersetzung“²⁷ nur ein Ausschluss auf Zeit gemeint ist, ist „Aufschub der Auseinandersetzung“ besser. „Grundschuldbestellung“²⁸ ist irreführend, wenn die Grundsuld bereits

²² *Hoffmann-Becking / Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, IX. Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 6. Bar- und Sachgründung einer GmbH (Einbringung eines Unternehmens – Einfacher Gesellschaftsvertrag, Nachschusspflichten, Sonderrechte) – hier: Einbringungsvertrag, § 2 Gegenleistung und Einbringungswert.

²³ Und wenn, dann keinen Geschäftsanteil, sondern nur eine ordnungsgemäße und zügige Durchführung der Kapitalerhöhung, vgl. etwa *Ziemons* in *BeckOK* § 55 GmbHG Rn. 120.

²⁴ *Lieder*, MünchKomm GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 55 Rn. 147; *Ziemons* in *BeckOK* § 55 GmbHG Rn. 135.

²⁵ Wer die Subsumtion unter § 20 Abs. 1 S. 1 UmwStG („... erhält der Einbringende dafür neue Anteile“) erleichtern möchte, bleibt mit „Neuer Anteil für die Einlage“ näher am Gesetz.

²⁶ Vgl. §§ 7 Abs. 2 S. 2, 19 Abs. 4 S. 1 GmbH, § 27 Abs. 3 AktG, § 111 HGB, anders §§ 36a, 186 Abs. 3 S. 4 AktG.

²⁷ *Hoffmann-Becking / Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht VI. ErbR, 4. Geschiedenen-testament, II. Testament, § 5 Ausschluss der Auseinandersetzung. Bis zur Volljährigkeit des jüngsten meiner Kinder schließe ich im Wege der Auflage die Auseinandersetzung meines Nachlasses aus. Dies gilt auch im Falle des Todes eines Miterben.

²⁸ *Kamanabrou*, Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 2019, Grundstückskaufvertrag, § 4.

bestellt ist, „Aufstellungsvoraussetzungen“²⁹ änderbar in „Aufstellungsempfehlung“, wenn es um ein technisches Gerät geht, das auch anders aufgestellt werden könnte.

„Auftrag und Ermächtigung für den Notar“ ist inhaltlich unpräzise, wenn statt „Ermächtigung“ „Vollmacht“ gemeint ist, der Notar also im Namen eines Mandanten handeln soll. Sprachlich ist „Ermächtigung für den Notar“ statt „des Notars“ aber schief. Das „für“ kann in anderen Fällen (z.B. „Geschenk für den Notar“) klarstellen, dass der Notar nicht aktiv ermächtigt, sondern ermächtigt wird. Doch das drückt die Endung „ung“ schon aus und ist inhaltlich ohnehin eindeutig. Man sagt auch „Bevollmächtigung“, „Beauftragung“ oder „Ernennung“ „des Notars“ und nicht „für den Notar“. Sprachlich besser wäre also etwa „Auftrag und Vollmacht für den Notar“ oder „Auftrag für den Notar und Ermächtigung“.

„Vor dem unterzeichneten Notar“³⁰ ist zwar keine Überschrift, sondern althergebrachte³¹ Einleitung, aber m.E. sprachlich missglückt: Der Notar kann nicht unterzeichnet werden³². Es geht also leider nicht kürzer als „Vor dem unterzeichnenden Notar“ oder „Vor dem Notar, der unterzeichnet hat“.

Teils gelingt es nicht, das Gemeinte verkürzt anzugeben. Geht es etwa um „Hinweise des Notars und Erfordernisse für weitere Vereinbarungen“, so ist „Hin-

weise des Notars und weitere Vereinbarungen“³³ irreführend. Denn das klingt, als ob dieser Paragraph weitere Vereinbarungen zwischen den Parteien enthielte. „Hinweise des Notars“ genügt.

In Georgien trifft man oft in den notariell beurkundeten Verträgen Überschriften, wie „Vertragsgegenstand“ und „Frist des Vertrags“. Diese Klauseln betreffen aber nicht den *Vertragsgegenstand* oder *Vertragsfrist*, sondern den Gegenstand/Inhalt der *Verpflichtung* und die *Frist zur Erfüllung der Verpflichtung*. Vertragsgegenstand hat andere Bedeutung und darf nicht als Überschrift für Beschreibung des Inhalts der Parteienverpflichtungen benutzt werden. Wenn in der Vertragsklausel geregelt ist, in welcher Frist der Schuldner die Leistung erbringen muss, soll sie dann auch so heißen und „Frist des Vertrags“ ist hier falsch. Wie lange der Vertrag in Kraft bleiben soll, ist ein anderes Thema und darf nicht mit der Frist zur Erfüllung verwechselt werden.

In Georgien gibt es einen Trend, in allen Verträgen eine Klausel mit der Überschrift „*Force-majeur*“ zu haben. Auch die von den Notaren beurkundeten Verträge sind keine Ausnahme. Das georgische Recht kennt aber die Rechtsfigur von „*Force-majeur*“ überhaupt nicht! Was diese Klauseln in den Verträgen tatsächlich regeln, ist „Unmöglichkeit der Leistung“. Diese sind aber zwei unterschiedliche Rechtsinstitute. Georgien hat das deutsche Recht übernommen³⁴, so dass es hier keinen Platz für französische „*Force-majeur*“ gibt. Es ist falsch, eine Klausel mit diesem Begriff zu benennen, die die Unmöglichkeit der Leistung betrifft. Auch die Rechtsprechung³⁵ unterscheidet leider zwischen diesen zwei Rechtsfiguren nicht. Wenn die Notare auch so vorgehen, hilft das überhaupt nicht weiter. In solchen Fällen ist annehmbar, dass es weder dem Notar noch den Parteien klar ist, was sie in dieser Klausel vereinbaren wollen.

²⁹ Kamanabrou, Vertragsgestaltung, 5. Aufl 2019, § 8 Einweisung in das Rasterkraftmikroskop; § 9 Aufstellungsvoraussetzungen.

³⁰ Z.B. generell in Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, vgl. etwa Form A.III.16, VI. 12 f.

³¹ Handbuch des theoretischen und praktischen Notariats, Verlag C. Albr. Jenni, Bern 1815, S. 182: „In Kraft dieser Obligation, die zu wahrer Urkunde unter der gewohnten Signatur des unterzeichneten Notarii also ausgefertigt worden ist.“ Ebenso z.B. Heidenhain/Meister, Münchener Vertragshandbuch, Band 1 Gesellschaftsrecht, 1. Aufl. 1982 und 2. Aufl. 1985, je unter IV.1. und ebenda Hölters je unter V.1.

³² Duden, Band 4, Die Grammatik, Rn. 830, 9. Aufl. 2016: „Attributiv verwendbar ist das Partizip II nur von transitiven Verben, die das werden-Passiv oder sein-Passiv (i. w. S.) bilden.“ „Unterzeichnet werden oder sein“ passt also nur zu einem Schriftstück, nicht zum Notar.

³³ Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 5756, D, § 1.

³⁴ Chiusi, Zur Funktion der Rechtsvergleichung für Georgien, Deutsch-Georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 2/2019, 9.

³⁵ Sirdadze, Urteilsbesprechung: Beschluss des Berufungsgerichts Tbilisi v. 8.2.2011, 2b/4450-10, Deutsch-Georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, 57 ff.

Ganz problematisch ist auch die Überschrift „Ausschluss der Haftung“, unter der eigentlich eine sekundäre Leistungspflicht und der Umfang des Schadensersatzes geregelt sind. Wenn man Schaden ersetzen muss, kann man dann nicht davon ausgehen, dass die Haftung ausgeschlossen ist. Betrifft die Vertragsklausel die sekundären Leistungspflichten, soll sie dann auch so heißen.

Flasch wird auch oft die Überschrift „Vollmacht“ benutzt, wenn es um „Treuhandvertrag“ gemäß Art. 724 GZGB geht. Das macht es später auch für den Richter³⁶ schwierig, den richtigen Willen der Parteien festzulegen.

Der schwierigste Fall ist, wenn die Parteien vor dem Notar einen dinglichen Vertrag schließen wollen. Im georgischen Recht ist für den Schuldvertrag über Immobilien weder notarielle Beglaubigung noch Beurkundung, sondern nur einfache Schriftform erforderlich. In Georgien gibt das Trennungsprinzip den Parteien Gelegenheit, den Kaufvertrag im Voraus in schriftlicher Form zu schließen und dann bei „Auflassung“³⁷ den dinglichen Vertrag bei Notar zu beurkunden. Wenn es in dem Vertrag lediglich um die Übereignung geht, darf dann die Urkunde nicht „Kaufvertrag“ heißen.

2. Konkret

Abstrakte Kategorien sind unverzichtbar. Rechtswissenschaft, notarielle Muster und Registerschubladen orientieren sich an Oberbegriffen. Aber auch sie sollten so konkret wie möglich sein. Mandanten verstehen Abstraktes oft nur vage und fühlen sich bei konkreten Formulierungen selbst besser verstanden. *So abstrakt wie nötig und so konkret wie möglich* sollte der Notar also formulieren.

Beim Verkauf werden für den Kaufgegenstand ver-

schiedene Abstraktionsgrade gewählt, z.B. „Verkauf“³⁸, „Vertragsgegenstand“³⁹ (abstrakt), „Kaufgegenstand“ oder „Kaufobjekt“ (konkreter) oder z.B. „Verkaufter Geschäftsanteil“ (konkret). „Vertragsgegenstand“ hat den Vorteil, dass der Notar seine Standardüberschrift nicht an den konkreten Vertragstyp anpassen muss. Konkretisierung hilft dem Leser. „Kaufobjekt“ dürfte ein guter Kompromiss sein. Die Überschrift „Verkauf“ (oder „Kauf“) innerhalb eines Kaufvertrages hingegen braucht man nicht, wenn die Paragrafengruppe bereits mit „Kaufvertrag“ überschrieben ist. Vor „§ 2 Kaufpreis“ sollte dann statt „§ 1 Verkauf“⁴⁰ besser „§ 1 Kaufobjekt“ stehen. Dass „Kaufobjekt“ und „Kaufpreis“ zusammen einen Kauf ergeben, braucht man in der Einzelüberschrift nicht klarzustellen, zumal der Kaufgegenstand ja „verkauft“ wird.

Hat man im Rahmen einer Sicherungsvereinbarung Sorge vor Maßnahmen *konkurrierender Gläubiger*, ist „Maßnahmen Dritter“⁴¹ zu abstrakt, weil mit Dritten auch Behörden oder Nachbarn gemeint sein könnten.

³⁸ Krauß, in: Heckschen/Herrler/Starke (Hrsg.), 7. Aufl. 2019, Beck'sches Notar-Handbuch, A. Grundstücksrecht, A.I. Grundstückskauf Rn. 611 - Kaufvertrag über eine noch zu vermessende Teilfläche aus einem mit einem Grundpfandrecht belasteten Flurstück, Verkauf (ohne Paragrafenzeichen).

³⁹ Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht III.C. 2. Schenkung eines Gesellschaftsanteils an einer GmbH mit Rückforderungsrecht im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, Schenkungsvertrag über einen GmbH-Geschäftsanteil mit Geschäftsanteilsabtretung, § 1 Vertragsgegenstand. Ferner Kamanabrou, Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 2019, § 5 Rn 38: Sicherungsvereinbarung, § 2 Vertragsgegenstand (statt z.B. „Sicherheit“).

⁴⁰ Hertel in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2, Rn. 4 – Grundstückskaufvertrag: Kaufvertrag, „II. Verkauf“, „III. Kaufpreis“ (unter II. sind u.a. auch die Parteien aufgeführt vgl. Rn. 109). Kamanabrou, Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 2019, § 6 Rn 54 Erwerb unbeweglicher Sachen, Grundstückskaufvertrag, § 1 Kaufobjekt, Belastungen, Verkauf, § 2 Kaufpreis, Kaufpreisfälligkeit. Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, III. A. 16. Unternehmenskaufvertrag (GmbH-Anteile) – käuferfreundlich, § 1 Kaufgegenstand und Verkauf, § 2 Kaufpreis ...

⁴¹ Kamanabrou, Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 2019, § 5 Rn 38: Sicherungsvereinbarung, § 6 Maßnahmen Dritter.

³⁶ Vgl. zB Urteil des OGH Georgiens v. 5.12.2014 № as-658-625-2014.

³⁷ S. dazu Chiusi, Rechtsvergleichende Anmerkungen zum gutgläubigen Erwerb von Immobilien im GZGB anhand der Entscheidung „Dvali gegen gegengeorgisches Parlament“, Deutsch-Georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, 1.

Bei einem Pflege- und Dienstleistungsvertrag ist „§ 1 Inhalt, Gegenstand“⁴² recht abstrakt und der Unterschied zwischen Gegenstand und Inhalt unscharf. Besser ist dann z.B. „Leistungen“.

Ein Sicherungsgeber versichert, keinen Beschränkungen zu unterliegen. Hier verwirrt die Überschrift „Verfügungsrecht und Lasten“⁴³ durch das Nebeneinander von (positivem) Verfügungsrecht und (negativen) Lasten. Man erwartet Lasten, die es aber nicht gibt. „Verfügungsrecht und Lastenfreiheit“ ist besser.

Wird im Rahmen einer modifizierten Zugewinngemeinschaft „ausgleichsfreies Vermögen“ vereinbart, ist das konkreter als „Grundsatz“⁴⁴, zumal Laien hinter einem Grundsatz nicht unbedingt Ausnahmen vermuten. Fürchtet ein Notar, dass Ausnahmen überlesen werden, sollte er sich nicht mit einer Überschrift begnügen, sondern am Text arbeiten. Der muss aus sich heraus klar sein. Entsprechend ist „Gütertrennung“ in einem Ehevertrag konkreter und besser als „Güterstand“⁴⁵. – Die Klassifizierung „Familienrechtliche Anordnungen“⁴⁶ in einem Testament ist für viele Mandanten zu abstrakt; sie könnten erbrechtliche Verfügungen erwarten, die Familienmitglieder betreffen. Geht es um § 1638 BGB, ist z.B. „Minderjährige Erben“ besser.

Soll zwecks vorzeitigen Zugewinnausgleichs Gütertrennung vereinbart werden, so ist vor nur zwei Unterpunkten („Vereinbarung der Gütertrennung“ und „Regelung der Rechtsverhältnisse am Grundbesitz“) die zusammenfassende Überschrift „Vermögensauseinan-

dersetzung und weitere Vereinbarungen“⁴⁷ verzichtbar. Jedenfalls wären z.B. „Gütertrennung und Grundstücksregelungen“ aussagekräftiger, weil sie näher an den Überschriften der Unterpunkte bleibt.

In Georgien findet man in sehr vielen Verträgen eine Klausel mit der Überschrift „Bestimmungen des Vertrags“. Hier werden die wichtigsten Pflichten und Rechte der Parteien geregelt. „Bestimmungen des Vertrags“ ist aber zu abstrakt und sagt eigentlich nichts. Andererseits sind alle Klauseln, die im Vertrag stehen, „Bestimmungen des Vertrags“. Deswegen sollte man auf diese Überschrift verzichten.

3. Kommentarfrei

Notarielle Versuche, den Inhalt eines Rechtssatzes zu konkretisieren, gehören in den Rechtssatz, nicht in seine Überschrift. Meist werden dort einige wichtige Worte des Rechtssatzes aufgegriffen. Neue Wörter gehören eher nicht in die Überschrift oder eben auch in den Rechtssatz. Zum Beispiel ist es sinnvoll, zwischen Verkäufer und Käufer einen Verrechnungstag festzulegen, also einen Tag, bis zu dem z.B. Steuern, Versicherungen und Versorgungskosten intern zeitanteilig oder verbrauchsabhängig noch vom Verkäufer zu tragen sind. Im Rechtssatz ist dann u.U. nur davon die Rede, wann Gefahr, Nutzen und Lasten übergehen, nicht aber von einem „Verrechnungstag“. Der steht nur in der Überschrift.⁴⁸ Das ist ein hinnehmbarer Verstoß gegen das Kommentarverbot, aber doch ein Verstoß. Hätte der Notar den Verrechnungstag im Text der Vorschrift näher definiert, wäre vielleicht klar geworden, ob und wann der Verkäufer Einzelposten auch separat in Rechnung stellen darf.

⁴² Früher *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Aufl. 2012, Kapitel 4, C III, Rn. 1370, § 1.

⁴³ *Kamanabrou*, Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 2019, § 5 Rn 38: Sicherungsvereinbarung, § 4 Verfügungsrecht und Lasten. Auch in § 6 Rn. 54, Erwerb unbeweglicher Sachen, Grundstückskaufvertrag, „§ 7 Genehmigungen, Vorkaufsrechte“ irritiert das Nebeneinander zwischen (den für die Parteien meist positiven) Genehmigungen und (negativen) Vorkaufsrechten.

⁴⁴ *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Kapitel 9, E III 3, Rn. 3881, 1.

⁴⁵ *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Teil 2, C I 1, Rn. 1095, B I.

⁴⁶ *Hoffmann-Becking / Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht VI. ErbR, 4. Geschiedenen-testament, II. Testament, § 4 Familienrechtliche Anordnungen. Ebenso Muster 10.

⁴⁷ Früher *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Aufl. 2012, Kapitel 14, K, Rn. 5371, II.

⁴⁸ *Hoffmann-Becking / Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht VI. ErbR, 26. Schenkung auf den Todesfall ohne Überlebensbedingung, § 3 Übergabe- und Verrechnungstag, Gefahrübergang und Haftung.

4. Verständlich

Verständlichkeit hängt von den Adressaten⁴⁹ ab. Das sind neben den Mandanten insbesondere auch Mitarbeiter beim Grundbuchamt und Finanzamt. Deshalb finden sich bspw. in Kaufvertragsmustern oft das Grundbuchamt betreffende Zwischenüberschriften (Freistellung von Grundbuchbelastungen, Vormerkung, Löschungsbewilligung und -antrag, Auflassung). Überschriften wie „Erklärungen zum Grundbuchamt“⁵⁰ zeigen den Mandanten: Es geht hier nicht um verdeckte Vorteile für die Gegenseite, sondern um Fachausdrücke.

Soweit die Fachausdrücke nicht für Dritte wie etwa das Grundbuchamt nötig sind, kann man Fremdwörter, missverständliche Fachwörter und zu lange Wörter zuweilen durch verständlichere Wörter ersetzen. Statt „Salvatorische Klausel“⁵¹ geht z.B. „Teilunwirksamkeit“⁵². Ein für Mandanten unverständlicher Ausdruck darf m.E. nur gewählt werden, wenn er deutlich präziser ist. „Veräußerung von Geschäftsanteilen“ z.B. ist für Nichtjuristen deutlich verständlicher, „Vinkulierung“ für Juristen dagegen nur etwas aussagekräftiger. Ist der übliche Ausdruck weniger präzise

(Gesellschafterversammlung), der unübliche (Gesellschafterversammlung) aber ebenfalls verständlich, gibt es keinen Vorrang. Letzterer Ausdruck zeigt besser, dass sich Gesellschafter nicht immer am selben Ort „versammeln“ müssen, um einen Beschluss zu fassen; § 48 Abs. 2 GmbHG.

Verwechslungsgefahren gilt es vorzubeugen, etwa bei „Geschäftsführung“ (Geschäftsführer oder Geschäftsführungsbefugnis?), „Erfüllungsort“ (vgl. § 29 ZPO; Leistungs- oder Erfolgsort?) oder „nicht rechtsfähiger Verein“ (§ 54 BGB meint: nicht eingetragener Verein). Außerdem empfiehlt es sich, bei mehreren Begriffen in einer Überschrift eine logische Reihenfolge und die Reihenfolge der Unterpunkte einzuhalten. „Abfindung/Ausscheiden“⁵³ und „Ergebnisverteilung, Vorwegvergütung“⁵⁴ dreht man besser herum.

Bei Wörtern mit mehr als fünf Silben⁵⁵ oder zwanzig Buchstaben sollte man m.E. prüfen, ob sie Fachwörter oder dem Leser geläufig sind oder ob sie besser geteilt werden. Die Überschrift wird dann länger, aber verständlicher. Z.B. kann man statt „Zwangsvollstreckungsunterwerfung“⁵⁶ (sieben Silben, 32 Buchstaben) „Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung“ sagen, statt „Gebäudeunterhaltungsverpflichteter“ (10 Silben, 32 Buchstaben) „Zur Gebäudeunterhaltung Verpflichteter“ und statt „Pflichtteilsbeschränkung“ (fünf Silben, 24 Buchstaben) auch „Beschränkung des Pflichtteils“ sagen. Das erste Wort der Überschrift ist dabei etwas stärker betont als die folgenden. Deshalb wäre „Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung“ nur geringfügig besser als „Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch“.

In vielen georgischen Verträgen trifft man eine ganz unklare Überschrift „Regeln für die Beilegung der Streitigkeiten“. Was die so überschriebene Klausel tatsächlich betrifft, ist die Gerichtbarkeit. Die Überschrift „Zuständiges Gericht“ oder „Zuständiges Gericht“ wäre hier korrekt, verständlich und kurz.

⁴⁹ Zum Adressaten *Antos*, in: Verständlichkeit als Bürgerrecht?, S. 9 ff. m.w.N. Zur Verständlichkeit von Gesetzen instruktiv *Löttscher*, Bulletin suisse de linguistique appliquée 62/1995, 109-127, insbes. S. 118 f.: Das Prinzip normativer Relevanz verbietet weitgehend verständnisfördernde Beispiele und Wiederholungen. *Müller*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 1999, Rn. 147: Adressaten sind Juristen und Fachleute, die *vermitteln*.

⁵⁰ *Hoffmann-Becking / Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht III. C. Schenkung, 1., § 7.

⁵¹ *Kamanabrou*, Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 2019, § 9 Rn. 63, Erriichtung einer GmbH, § 9; *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Teil 5, B I, Rn. 1993, § 8.

⁵² *Kamanabrou*, Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 2019, § 6 Rn 54, Erwerb unbeweglicher Sachen, Grundstückskaufvertrag, „§ 10 Schriftform, Teilunwirksamkeit“.

⁵³ *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Teil 5, B II, Rn. 2007, § 11.

⁵⁴ Vgl. etwa *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Kapitel 15, Munter E, § 10 (die Vorwegvergütung sollte dort erläutert werden). Ähnlich früher *ders.*, 3. Aufl. 2012, Kapitel 14, K, Rn. 5371, I. Vorbemerkungen, Sachstand, persönliche Verhältnisse, § 1 Persönliche Verhältnisse, § 2 Grundbuch- und Sachstand.

⁵⁵ *Schneider* (Fn. 12), Rn. 439, will keine Zusammensetzungen mit mehr als drei Gliederworten; sein kürzestes Beispiel hat acht Silben und 28 Buchstaben.

⁵⁶ *Hoffmann-Becking / Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht VI. ErbR, 36. Verpfändung eines Erbteils, § 4 Zwangsvollstreckungsunterwerfung.

5. Kurz

a) Wörter streichen. Kürze ist in Überschriften wichtiger als letzte Detailgenauigkeit⁵⁷. Überflüssige Wörter sollte man streichen, auf den einleitenden Artikel im Nominativ kann man meist verzichten⁵⁸, also „Liquidation“ statt „Die Liquidation der Gesellschaft“. Insbesondere Adjektive sind oft unscharf („erforderliche Liquidation“) oder überflüssig („korrekte Liquidation“). Auch das Nebeneinander von weiblicher und männlicher Form sollte man vermeiden, wenn es die Überschrift deutlich verlängert.⁵⁹ Wenn es ausnahmsweise übergeordnete Überschriften gibt, muss ihr Thema in den nachrangigen Überschriften meist nicht wiederholt werden.

Jedes Wort einer Überschrift lässt sich auf seine Notwendigkeit überprüfen. Statt „Verpflichtungen im Zeitraum bis Vollzug“⁶⁰ genügt „Verpflichtungen vor Vollzug“. Nach „Teilung des Geschäftsanteils“ dürfte „des Schenkers“⁶¹ unnötig sein. Nach „Weitere Pflichten“ ist „der Vertragsteile“⁶² verzichtbar. Wenn „Beteiligte“ nur die bereits genannten Parteien sind, genügt statt „Grundbuchlage, Beteiligte“⁶³ auch „Inhalt des

Grundbuchs“.

Laien werden sich für das Ergebnis und weniger für den juristischen Vorgang interessieren. Deshalb ist „Ausschluss des Versorgungsausgleichs“⁶⁴ kürzbar auf „Kein Versorgungsausgleich“. Statt „Vereinbarung über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung“⁶⁵ genügt „Unterhalt nach Scheidung“, statt „Bestellung von Grundpfandrechten im Erwerberinteresse“, genügt „Grundpfandrechte im Erwerberinteresse“ und in „Geltung gesetzlicher Bestimmungen“⁶⁶ kann man die „Geltung“ gestrichelt streichen: „Gesetzliche Bestimmungen“.

Wenn ein Oberbegriff passt, brauchen Unterbegriffe nicht zusätzlich in die Überschrift, wenn sie in ihrer Summe zur Konkretisierung wenig beitragen. „Haftung bei Rechts- und Sachmängeln“⁶⁷ kann man auf „Rechte bei Mängeln“⁶⁸ kürzen, während nur „Mängel“ den Eindruck erwecken könnte, solche seien schon bekannt. Dass ein Rücktritt in einem zu schließenden Kaufvertrag schon vollzogen sei, liegt dagegen fern. Deshalb genügt statt „Rücktrittsrechte und Rücktrittsfolgen“⁶⁹ schlicht „Rücktritt“. Statt „Zahl und Nennbeträge der Geschäftsanteile“⁷⁰ genügt „Geschäftsanteile“.

⁵⁷ Interne Arbeitsanweisung im Verlag C.H.Beck, zitiert in ZG 2016, 325, 327. Ein Negativbeispiel gibt Hamann, ZG 2015, 381, 389.

⁵⁸ Näher Esslinger/Schneider, Die Überschrift, 5. Auflage 2015, S. 36-38, 42.

⁵⁹ Näher das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 3. Aufl. 2008, online unter <http://hdr.bmj.de>, B.1.8.

⁶⁰ Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, III. A. 16. Unternehmenskaufvertrag (GmbH-Anteile) – käuferfreundlich, § 7 Verpflichtungen im Zeitraum bis Vollzug.

⁶¹ Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht III.C. 2. Schenkung eines Gesellschaftsanteils an einer GmbH mit Rückforderungsrecht im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, Schenkungsvertrag über einen GmbH-Geschäftsanteil mit Geschäftsanteilsabtretung, § 2 Teilung des Geschäftsanteils des Schenkers.

⁶² Früher Holland in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer - Würzburger Notarhandbuch, 1. Aufl. 2005, Teil 2 Kap. 4, Rn. 1262 f. – Bauträgervertrag über ein noch zu errichtendes Wohnungseigentum, Bauträgervertrag, Kauf- und Werklieferungsvertrag, „§ 7 Weitere Pflichten der Vertragsteile“.

⁶³ Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht III. C. Schenkung, 1. Schenkungs- und Übertragungsvertrag, § 1 Grundbuchlage, Beteiligte

⁶⁴ Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht V. FamilienR, 16. Ehevertrag junger Eheleute, Ehevertrag, II. Ausschluss des Versorgungsausgleichs.

⁶⁵ Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht V. FamilienR, 16. Ehevertrag junger Eheleute, Ehevertrag, III..

⁶⁶ Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Kapitel 9, E III 3, Rn. 3881, 5.

⁶⁷ Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht III. C. Schenkung, 1., § 3 Haftung bei Rechts- und Sachmängeln.

⁶⁸ Hertel in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer - Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2, Rn. 4 – Grundstückkaufvertrag „V. Beschaffenheit, Rechte bei Mängeln“ mit guter Begründung in Rn. 260.

⁶⁹ Holland in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer - Würzburger Notarhandbuch, 1. Aufl. 2005, Teil 2 Kap. 4, Rn. 1262 f. – Bauträgervertrag, Kauf- und Werklieferungsvertrag, „§ 8 Rücktrittsrechte und Rücktrittsfolgen“.

⁷⁰ Kamanabrou, Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 2019, Übertragungsvertrag, § 3 Stammkapital, Zahl und Nennbeträge der Geschäftsanteile.

Übertreiben darf man dabei nicht. Einen Erbvertrag sollte man nicht mit „Widerruf“ beginnen⁷¹, weil Laien nicht sofort klar ist, dass es nicht um einen künftigen Widerruf des Erbvertrags geht, sondern um den „Widerruf früherer Verfügungen“. „Ausgleichung“⁷² ist etwas zu kurz und zu positiv, wenn gemeint ist: „Keine Ausgleichung unter Abkömmlingen“.

Bei „Vollmacht“⁷³ kann unklar sein, ob die Gegenseite oder der Notar bevollmächtigt werden soll, deshalb am Ende besser „Vollmacht für den Notar“. „Einbringung“⁷⁴ ist etwas kurz, wenn sich aus keiner anderen Überschrift in der Urkunde ergibt, dass es nur um die „Einbringung von Grundeigentum“ geht.

In Georgien könnte wegen sprachlicher Gründe die Anwendung der in Deutschland überflüssigen Wörter manchmal nicht nur gerechtfertigt, sondern auch erforderlich sein. Beispielsweise könnte man auf „vom Vertrag“ nach „Rücktritt“ nicht verzichten, weil ohne dieses das georgische Wort für „Rücktritt“ „Ausgang“ bedeutet. Die Klausel, die Rücktritt regelt, mit „Ausgang“ zu benennen, hätte keinen Sinn. Das heißt, hier muss die Überschrift „Rücktritt vom Vertrag“ sein. Anders ist es zum Beispiel bei Überschrift „Parteien des Vertrags“. Hier ist „des Vertrags“ überflüssig.

b) Wortteile streichen. Für Wortteile gilt Entsprechendes. So ist „Nachfolgeklausel“ zwar gängig, aber fast jeder ergänzende Rechtssatz in einem Vertrag kann als „Klausel“, „Bestimmung“ oder „Vorschrift“ bezeichnet werden. Statt „Nachfolgeklausel“ schreibt man also besser „Nachfolge“ (oder verständlicher „Tod eines Gesellschafters“ oder „Erben werden Gesellschafter.“⁷⁵), statt „Verzichtsklausel“⁷⁶ besser „Ver-

zicht“ (auf weitere Ansprüche nach einem Erbaseinsetzungsvertrag). Statt „Außerordentliches Kündigungsrecht“⁷⁷ genügt „Außerordentliche Kündigung“, statt „Kaufpreis, Kaufpreisfälligkeit“⁷⁸ genügt „Kaufpreis, Fälligkeit“, statt „... nach dem Vollzugstag“⁷⁹ genügt „...nach Vollzug“, statt „Rücktrittsrechte“⁸⁰ meist „Rücktritt“, statt „Vormundbenennung“⁸¹ genügt „Vormund“.

c) Sonstige Kürzungsmöglichkeiten. Aussagesätze in der Überschrift konkurrieren meist mit der Aussage im Rechtssatz. Stichwörter sind dann besser. Fragen an den Text sollte man dem Leser überlassen und sie ihm nicht vorgeben. (Ausnahmen sind denkbar: „Werden Erben Gesellschafter?“ ist ein Stilwechsel, aber kürzer und verständlicher als „Vererbung von Gesellschaftanteilen“ oder gar „Einrücken von Erben in die Gesellschafterstellung bei Nachfolgeklausel“.) Ein abschließender Punkt ist dann verzichtbar, wenn die Überschrift wie meist eine eigene Zeile erhält. Ein Doppelpunkt ist eine kurze Verbindung zwischen einer Ankündigung und dem durch sie betontem Gedanken.⁸² Überschriften für Rechtssätze verdienen weitere Verkürzung: Die Ankündigung entfällt.

6. Gleichartig

a) Inhaltlich gleichartig. Das Verständnis wird ein wenig erschwert, wenn Perspektive, Ausdrucksweise oder Kategorie von Überschrift zu Überschrift wechseln. Bei Kaufverträgen etwa wechselt die Perspektive oft zwischen Kauf und Verkauf: Das Kaufobjekt wird

⁷¹ Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, VI. ErbR, Muster 13, II. Erbvertrag, § 1 Widerruf.

⁷² Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, VI. ErbR, Muster 7, § 5.

⁷³ Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Kapitel 15, J, § 6 Vollmacht, Vollzug.

⁷⁴ Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Kapitel 15, M., 6767, C.

⁷⁵ Zu Rechtsfolgen in der Überschrift unten II.7.

⁷⁶ Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, VI. ErbR, 37. Erbaseinsetzung, § 5.

⁷⁷ Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Teil 5, C II, Rn. 2047, § 4.

⁷⁸ Kamanabrou, Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 2019, Grundstückskaufvertrag, § 2.

⁷⁹ Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, III. A. 16. Unternehmenskaufvertrag (GmbH-Anteile) – käuferfreundlich, § 9 Verpflichtungen der Verkäuferin nach dem Vollzugstag.

⁸⁰ Ebenda (Fn. 79) § 11.

⁸¹ Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, VI. ErbR, 8. Berliner Testament (Pflichtteilklausel), II. Gemeinschaftliches Testament, § 5.

⁸² Näher Esslinger/Schneider (Fn. 58), S. 38-40.

verkauft.⁸³ Das stört kaum, lässt sich aber hier und da vermeiden. So ist es nicht nötig, den Kaufvertrag mit „Verkauf“ zu überschreiben. Zu den Genetivkonstruktionen „Entrichtung des Kaufpreises“ und „Finanzierung des Kaufpreises“ passt „Höhe des Kaufpreises“ besser als „Kaufpreishöhe“.⁸⁴

Ist „§ 8 Ausscheiden eines Gesellschafters“ noch im Blick, versteht jeder, dass sich „§ 9 Ausschließung“⁸⁵ ebenfalls auf Gesellschafter bezieht. Anderenfalls überschreibt man § 9 besser ausführlicher: „§ 9 Ausschluss eines Gesellschafters“. Entsprechendes gilt für die Überschriftenfolge „Vollmacht in vermögensrechtlichen Angelegenheiten“ – „Nicht vermögensrechtliche Angelegenheiten“⁸⁶: Besser wiederholt man „Vollmacht“ oder lässt sie jeweils weg. Diese sprachliche Symmetrie ist aber kein Selbstzweck, sondern nur ein Hilfsmittel zum Verständnis. Das Nebeneinander von „Erbeinsetzung“ und „Vermächtnisse“⁸⁷ zum Beispiel wird durch „Erbeinsetzung“ und „Einsetzung eines Vermächtnisnehmers“ oder durch „Erbe“ und „Vermächtnisnehmer“ nicht besser.

Auf der gleichen Gliederungsebene ist ein gleichbleibender Abstraktionsgrad anzustreben. Zu „B. Ehevertragliche Vereinbarungen“ passt „C. Erbrechtliche Verfügungen“⁸⁸, aber nicht „C. Pflichtteilsverzicht“⁸⁹.

Da Letzteres aber verständlicher ist, sollte man die Überschrift B weglassen und die dortigen Unterpunkte aufwerten (z.B. „B. Modifizierte Zugewinngemeinschaft“, „C. Unterhaltsverzicht“, „D. Pflichtteilsverzicht“). Auf ungleichen Gliederungsebenen sollten möglichst nicht die gleichen Überschriften stehen. Dem wird nur scheinbar ausgewichen, indem man unter „Kauf“ einen Unterpunkt „Verkauf“ nennt.⁹⁰ Als Gliederungstiefe genügen in der Regel 1-2 Ebenen, die sich m.E. erst aus mindestens 3 Unterpunkten rechtfertigen.⁹¹ Zu viele abstrahierende Kategorien erschweren die Orientierung des Nichtjuristen, die sie eigentlich erleichtern sollen.

b) Formal gleichartig. Welche Gliederungszeichen verwandt werden, ist gleichgültig, solange dies innerhalb derselben Urkunde einheitlich geschieht. Dazu gehört dann auch, dass nicht einzelne Gliederungszeichen ohne Überschrift bleiben oder gar ein Rechtssatz fehlt⁹². Durchlaufende Nummerierung von Paragraphen erleichtert die Bezugnahme. Überschriften sind drucktechnisch hervorzuheben.⁹³ Jedenfalls wenn man viele kurze Paragraphen bildet, sollte man deren Überschriften linksbündig setzen und nicht zentrieren.⁹⁴ Denn

⁸³ Z.B. Kamanabrou, Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 2019, Grundstückskaufvertrag, § 1 Kaufobjekt, Belastungen, Verkauf.

⁸⁴ Früher Holland in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer - Würzburger Notarhandbuch, 1. Aufl. 2005, Teil 2 Kap. 4, Rn. 1262 f. In der 5. Aufl. 2018, Kap. 3, Rn. 2, besser: V. Kaufpreis (inkl. Entrichtung), XI. Kaufpreisfinanzierung. Ähnlich Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Teil 5, C II, Rn. 2047, § 1 Darlehen, § 2 Darlehenszins und Tilgung.

⁸⁵ Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Teil 5, B II, Rn. 2007, §§ 8, 9.

⁸⁶ G. Müller in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 3 Kap. 3, Rn. 1 – Umfassende Vorsorgevollmacht mit Patientenverfügung und vorsorglicher Betreuungsvollmacht, II. und III.

⁸⁷ Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht VI. ErbR, 4. Geschiedenen-testament, §§ 2, 3.

⁸⁸ Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Teil 9, A I, Rn. 4347, B. Ehevertragliche Vereinbarungen, C. Erbrechtliche Verfügungen. Entsprechend wäre „Eherechtliche Vereinbarungen“ möglich.

⁸⁹ Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Teil 2, C I 1, Rn. 1095, B. und C.

⁹⁰ Hertel in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2, Rn. 4 – Grundstückskaufvertrag: „Kaufvertrag“, „II. Verkauf“. Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, III. A. 17. Unternehmenskaufvertrag (GmbH-Anteile) – verkäuferfreundlich, § 1 Kaufgegenstand und Verkauf. Ähnlich Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Kapitel 15, M, Rn. 6767, „Einbringung von Grundbesitz“, ... „C. Einbringung“; ders., Kapitel 15, F, Rn. 6754, Übertragung in vorweggenommener Erbfolge, ... § 2 Überlassung. Wilke in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 5 Kap. 3, Rn. 1 – Gründung einer GmbH, § 1 Einrichtung einer Gesellschaft.

⁹¹ Jeweils zwei Unterpunkte genügten früher Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Aufl. 2012, Kapitel 14, K, Rn. 5371.

⁹² Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Kapitel 15, M.: In Rn. 6767 folgt auf § 16 § 18. Wie hier Maschmann/Sieg/Göpfert, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 189 (S. 72).

⁹³ Dombek/Kroiß, FormularBibliothek Vertragsgestaltung – Schuldrecht, Kröger/Kummermehr/Sternemann/Zittel, Teil 4 § 4 Gestaltung eines Online-Shops Rn. 65, beck-online.

⁹⁴ So aber für Gesetze in Österreich im Handbuch der Rechtssetzungstechnik, Teil 1: Legistische Richtlinien 1990, Herausgegeben vom Bundeskanzleramt (<http://docplayer.org/83496662-Handbuch-der-rechtssetzungstechnik-teil-1-legistische-richtli>

Zentrierung verlangsamt die Suche nach dem interessierenden Thema: Das senkrecht wandernde Auge muss hin- und herspringen, um den Anfang der Überschrift und dann den zugehörigen Anfang des Normtextes zu erfassen. Das ändert sich selbstverständlich, sollten einmal notarielle Verträge als verlinkte Dateien gelesen werden, in denen jeweils nur ein Paragraph auf dem Bildschirm sichtbar ist.

7. An Rechtsfolgen orientiert

Rechtsfolgen indizieren Relevanz. Entscheidend ist, was der Leser sucht: z.B. *vor* der eigenen Handlung, was er darf, oder *nachher*, welchen Schaden er ersetzen muss. Soweit es um Rechtsfolgen geht, sollten sie in der Überschrift angesprochen werden, also z.B. nicht „Pflichtverletzung, Verzögerung“, sondern „Schadensersatz wegen Pflichtverletzung“.

8. Beschränkt auf ein Thema

Nur *ein* Thema liegt vor bei einem – aus Sicht des typischen Lesers – nahe liegenden Oberbegriff, z.B.

„Gewinn und Verlust“ (Ergebnis), „Vertretung und Geschäftsführung“ (Führung der Geschäfte) und evtl. noch bei „Urlaub, Krankheit“ (Nichtarbeit), aber wohl nicht mehr bei „Auflösung und Übernahme“, weil dem typischen Leser die logische Verknüpfung fehlen wird (bei Kündigung ist statt Auflösung auch Übernahme möglich) und sicher nicht mehr bei „Name, Sitz, Zweck“, mit denen man vielleicht nur Pflichtaufgaben kurz erledigen will.⁹⁵ Wenn sich ein Oberbegriff finden lässt, ist die Zusammenfassung möglich, aber nicht notwendig.

Oft werden verschiedene Themen als „Vorbemerkung“⁹⁶, „Allgemeines“⁹⁷ oder „Grundbuch- und Sach-

stand“⁹⁸ zusammengefasst. Das ist nachvollziehbar, wenn man aus Platzgründen nicht für jedes Thema einen eigenen Paragraph aufmachen möchte und es keinen konkreteren Oberbegriff gibt. Bei Bedarf kann der Notar einen inhaltsarmen Oberbegriff nutzen und z.B. einen „Grundstückskauf-, -schenkungs- und -übertragungs-, Miet- und Erbvertrag“ laienverständlich einleiten: „Vorbemerkung: Herr E möchte eine Hälfte seines Grundstücks in Berlin an seine Söhne S1 und S2 verkaufen und übertragen. Die andere Hälfte schenkt er seiner Tochter T. Mieterin M soll nicht wegen Eigenbedarfs gekündigt werden. Sollte ein Kind vor Herrn E versterben, vermacht es den Geschwistern seinen Grundstücksteil. Zu diesem Zweck schließen die Parteien folgenden

Vertrag über das Hausgrundstück Bachstraße 10.“

Zuweilen aber gibt es zu den Themen des ersten Paragraphen konkretere Oberbegriffe als „Vorbemerkung“, nämlich z.B. „Parteien“, im Familien- oder Erbrecht „Familien- und Vermögensverhältnisse“⁹⁹, bei einer Patientenverfügung „Eigenverantwortliche und freie Entscheidung“ oder in einem Grundstückskaufvertrag „Grundeigentum“.

Entsprechend findet man am Ende notarieller Urkunden oft Überschriften wie „Schlussbestimmungen“¹⁰⁰. Dabei ist „Bestimmungen“ wenig aussagekräftig und „Schluss“¹⁰¹ oft rein örtlich gemeint, also eben-

nien-1990.html), Nr. 117 im Gegensatz zu Nr. 111. So z.B. GesbR-Reformgesetz, Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, Teil I, ausgegeben am 21. November 2014.

⁹⁵ Näher unten, II.8. am Ende.

⁹⁶ Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht VI. ErbR, 4. Geschiedenentestament, I.; ebenso 8. Berliner Testament (Pflichtteilklausel), I.; ebenso III. B. 1. Kaufvertrag über ein unbebautes Grundstück (Bauland), I.

⁹⁷ Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Teil 2, C I 1, Rn. 1095, A.; ebenso Teil 9, A I, Rn. 4347, A.

⁹⁸ S.o. Fn. 20.

⁹⁹ Vgl. Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Kapitel 9, E I 8, Rn. 3809, 1. Erblasser, a) Familienverhältnisse, b) Vermögensverhältnisse.

¹⁰⁰ Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, III.C. 2. Schenkung eines Gesellschaftsanteils an einer GmbH mit Rückforderungsrecht im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, Schenkungsvertrag über einen GmbH-Geschäftsanteil mit Geschäftsanteilsabtretung, § 9; dies. unter III. A. 16 § 12. Ebenso Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Teil 5, B II, Rn. 2007, § 14. G. Müller in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 3 Kap. 3, Rn. 1 – Umfassende Vorsorgevollmacht mit Patientenverfügung und vorsorglicher Betreuungsvollmacht, XI.

¹⁰¹ Diese Überschrift verwenden Hoffmann-Becking / Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, III. B. 5., V.

falls inhaltsleer. Denn viele Schlussbestimmungen könnten auch weiter vorn stehen oder tun dies sogar¹⁰², einige taugten gar als Anfangsbestimmungen¹⁰³. „Miscellaneous“ oder „Sonstiges“¹⁰⁴ beschreibt den Restposten an Regeln und Hinweisen geringfügig besser, auch weil sich hier gelegentlich Anträge, Hinweise oder Belehrungen finden¹⁰⁵, die nichts „bestimmen“¹⁰⁶. Zum Teil werden deshalb „Belehrungen, Hinweise“ vor die „Schlussbestimmungen“ gezogen¹⁰⁷. Die Alternative zu „Schluss“ oder „Schlussbestimmungen“ ist es, die einzelnen Unterthemen (z.B. Teilunwirksamkeit, Schiedsgericht, Kosten, Steuern, Abgaben, Abschriften, Durchführung) in der Überschrift zu benennen, entweder als Aufzählung in einer etwas längeren Überschrift¹⁰⁸ oder besser in separaten Paragraphen¹⁰⁹. Wenn

diese nicht allzu kurz sind, lohnt der zusätzliche Platz- und Zeitverbrauch für separaten Paragraphen im Interesse der Übersichtlichkeit. Das gilt auch außerhalb von „Schlussbestimmungen“, z.B. bei „Schriftform, Teilunwirksamkeit“¹¹⁰ oder „Mängelhaftung, Belastungsübernahme, Erschließungskosten“¹¹¹.

Wählt man dennoch eine einzige Überschrift, sind dort – so auch der Beck-Verlag¹¹² – alle Aspekte zu nennen. Ob bei einer Aufzählung von Aspekten in der Überschrift ein „und“ oder ein Komma benutzt wird, ist m.E. Geschmackssache. Ein Komma ist kürzer, ein „und“ verständlicher. Ein Semikolon – und erst recht ein Punkt – zeigt einen etwas weiteren inhaltlichen Abstand der Themen und ist damit ein Indiz dafür, dass man den Paragraphen doch besser in zwei selbstständige teilen sollte. Was durch „und“ verbunden ist, sollte auf der gleichen Ebene stehen. „Auslegung und Wirksamkeit“¹¹³ ist schief, wenn die Auslegung nur ein Mittel sein soll, zur Wirksamkeit zu gelangen. Z.B. „Teilunwirksamkeit“ ist dann besser.¹¹⁴ Soll das beschenkte Kind zum Ausgleich an das Geschwisterkind zahlen und sich zugleich etwas auf den Pflichtteil anrechnen lassen, so ist „Ausgleich“ oder „Gegenleistung und Anrechnung“ gut, nicht aber „Gegenleistung und Ausgleich“¹¹⁵, weil auch die „Gegenleistung“ an das Geschwisterkind dem Ausgleich zwischen den Geschwistern dient.

¹⁰² Früher *Holland* in *Limmer/Hertel/Frenz/Mayer*, Würzburger Notarhandbuch, 1. Aufl. 2005, Teil 2 Kap. 4, Rn. 1262 f., § 13 Schlussbestimmungen, § 14 Finanzierungsvollmacht und entsprechend „§ 1 Grundbuchstand, Vorbemerkungen, Kaufgegenstand“.

¹⁰³ Bei *Hoffmann-Becking / Gebele* (Fn. 19) heißt es unter 2. „Die Gesellschaft hat keinen Grundbesitz.“

¹⁰⁴ *Hoffmann-Becking / Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, III. SchuldR, 25. Erwerb einer Minderheitsbeteiligung (mit Investorenvereinbarung), D. Zum Englischen *dies.* unter III. A. 16, § 12.

¹⁰⁵ *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Teil 2, C I 1, Rn. 1095, E. Schlussbestimmungen „Wir beantragen ...“. *Hoffmann-Becking / Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, III. SchuldR A. 16., § 12 Schlussbestimmungen „... wurde vorgelesen...“. *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Kapitel 15, M., 6767, D. Schlussbestimmungen, II. Hinweise.

¹⁰⁶ Ähnlich, wenn unter „Gesetzliche Bestimmungen“ u.a. eine salvatorische Klausel folgt, vgl. *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Teil 2, C II, Rn. 2047, § 7.

¹⁰⁷ *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Teil 2, C I 1, Rn. 1095, D. und E. *Müller* in *Limmer/Hertel/Frenz/Mayer*, Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 3 Kap. 3, Rn. 1 – Umfassende Vorsorgevollmacht mit Patientenverfügung und vorsorglicher Betreuungsverfügung, „X. Hinweise des Notars“, „XI. Schlussbestimmungen“.

¹⁰⁸ *Hoffmann-Becking / Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht VI. ErbR, 34. Erbteilskauf- und -übertragungsvertrag, „§ 9 Durchführung, Hinweise und Belehrungen, Kosten“. Ähnlich unter XI. Umwandlungsrecht, Verschmelzungsvertrag, 6. Verschmelzungsvertrag, „§ 7 GmbH-Beteiligungen/Steuern/Grundbuchanträge/Kosten“.

¹⁰⁹ *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Kapitel 15, F, Rn. 6755, § 7 Hinweise des Notars, § 8 Vollzugsauftrag, § 9 Kosten, Abschriften; M, Rn. 6767 unter D, Schlussbestimmun-

gen: I Bestimmungen über Wirksamkeit und Vollzug II. Hinweise, III. Kosten und Steuern, IV. Abschriften. Ebenso *Maschmann/Sieg/Göpfert*, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 189 (S. 72).

¹¹⁰ *Kamanabrou*, Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 2019, § 10.

¹¹¹ *Hoffmann-Becking / Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, VI. ErbR, 28. Vorweggenommene Erbfolge, II. Übertragungsvertrag, § 4 ... Lasten des Grundstücks, ..., § 5 Mängelhaftung, Belastungsübernahme, Erschließungskosten.

¹¹² Siehe Fn. 57.

¹¹³ *Hoffmann-Becking / Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, VI. ErbR, 15. Erbvertrag (Ausländischer Erblasser), § 6 (zur Auslegung und Umdeutung).

¹¹⁴ Vgl. oben, II.4.

¹¹⁵ *Hoffmann-Becking / Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, VI. ErbR, 28. Vorweggenommene Erbfolge, II. Übertragungsvertrag, § 2.

Wählen wir als Fallstudie einen GbR-Vertrag, dessen § 1 mit „Name, Sitz, Zweck“¹¹⁶ überschrieben ist, also drei verschiedene Themen regelt. Hier muss ein Leser, der sich nur für den Zweck interessiert, noch den richtigen Absatz finden. Bei Paragraphen mit vielen Themen empfehlen sich Absatzüberschriften, insbesondere, wenn die notarielle Urkunde überwiegend lange oder unübersichtliche Paragraphen enthält.¹¹⁷ Absatzüberschriften kann man wie folgt setzen:

§ 1 Name, Sitz, Zweck

(1) *Name*. Die Gesellschaft heißt ...

(2) *Sitz*. Sitz der Gesellschaft ist ...

(3) *Zweck*. Die Gesellschaft ...

Stattdessen kann man den ersten Satz jedes Absatzes mit einem Stichwort aus der Überschrift beginnen¹¹⁸, z.B.

(3) Zweck der Gesellschaft ist ...

Die zweite Methode engt die stilistische Freiheit naturgemäß ein und führt u.U. zu schlechtem Stil:

(3) Zweck der Gesellschaft ist die Entwicklung und Betreibung von Windkraftanlagen.

Lässt man die unschönen Substantivierungen weg, wirkt der Text immer noch gekünstelt und zu lang:

(3) Zweck der Gesellschaft ist es, Windkraftanlagen zu entwickeln und zu betreiben. Oder:

(3) Der Zusammenschluss bezweckt¹¹⁹, Windkraftanlagen zu entwickeln und zu betreiben.

Denn „Zweck“ oder „bezweckt“ plus Infinitiv macht den Satz umständlich und ist als Bezugnahme auf § 705 BGB unnötig. „Soll“ ist besser, aber kaum für die Überschrift geeignet. Hier dürfen die Wörter in Überschrift und Vorschrift abweichen, also

(3) *Zweck*. Die Gesellschaft soll Windkraftanlagen entwickeln und betreiben.

oder in einem separaten Paragraphen:

§ 3 *Zweck*. Die Gesellschaft soll Windkraftanlagen entwickeln und betreiben.

So steigt die Zahl der Paragraphen, nicht die der Wörter. Denn weil man die Gesamtüberschrift „Name, Sitz, Zweck“ entfällt.

Was man in georgischen Verträgen oft trifft, ist eine Überschrift „Rücktritt vom Vertrag und Schadensersatz“. Ist hier (außer dem Rücktrittrecht) nur Schadensersatz beim Rücktritt geregelt, würde dann nur „Rücktritt vom Vertrag“ ausreichen. Betrifft diese Klausel aber alle Arten des Schadens, wäre es besser, Schadensersatz in einer anderen Klausel zu regeln und auch die Überschrift aufzuteilen.

Eine weitere Klausel, wo zwei verschiedene Themen oft unter einer Überschrift gegeben ist, ist „Sprache und Exemplare des Vertrags“. Am besten wäre diese zwei Themen zu trennen.

Man sollte auch auf „Anwendbares Recht und zuständiges Gericht“ verzichten. Die Überschrift ist zu lang und betrifft zwei selbstständige Themen.

III. Zusammenfassung

Rechtssätze brauchen Überschriften. Gute Überschriften sind insbesondere korrekt, konkret, verständlich, kurz und untereinander gleichartig. Sie sollten sich möglichst auf nur ein Thema beschränken. Leser finden und verstehen die für sie relevanten Rechtssätze dann schneller.

¹¹⁶ Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Kapitel 15, M, Rn. 6767, E. „§ 1 Firma und Sitz“; Reul in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 5 Kap. 4, Rn. 169 „§ 1 Firma, Sitz, Geschäftsjahr“. Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Teil 5, B III, Rn. 2014 „§ 1 Errichtung, Firma, Sitz, Zweck“.

¹¹⁷ Näher Frey, ZG 2016, S. 325, 335-337.

¹¹⁸ In Kommentaren nicht unüblich ist, einen Absatz mit einem Stichwort zu beginnen; vgl. etwa Wiedemann, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., § 183 Rn. 10-22: In Länderberichten ist in der ersten Zeile eines Absatzes das Land halbfett gedruckt; auf Überschriften wurde deshalb verzichtet.

¹¹⁹ Z.B. Münchener Vertragshandbuch Gesellschaftsrecht, Band 1 (1996), Muster I.4. § 1.

Die Reform des Hypothekenrechtes – Die Wohnung verliert nur derjenige nicht, der keine hat

Assoc. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Im Jahr 2018¹ wurde das georgische Pfand- und Hypothekenrecht grundlegend reformiert. Das betrifft zunächst Art. 254 und Art. 286 ZGB.² Ab jetzt darf es: *für die Sicherung der Forderungen aus dem Darlehen oder sonstigen Kreditverträgen von natürlichen Personen (einschließlich der individueller Unternehmer) nicht die Transportmittel gem. Art. 53 des „Gesetzes über die öffentliche Verkehrsmittel“ verpfändet werden, genauso wie die technische Ausrüstung der für die Landwirtschaftliche Benutzung bestimmte Kraftfahrzeuge und der Bahntransport (Art. 254 VI ZGB).* Dieses Verbot gilt nicht für die kommerziellen Banken, Mikrokredit-Organisationen oder Einlageninstituten, die keine Banken sind (Art. 254 VII ZGB).

Die im Hypothekenrecht erfolgten Änderungen sind noch umfassender und betreffen alle Immobilien, zusammen mit Wasser- und Lufttransportmittel: *für die Sicherung der Forderungen aus dem Darlehen oder sonstigen Kreditverträgen von natürlichen Personen (einschließlich der individueller Unternehmer) dürfen nicht die Immobilien oder Wasser- und Lufttransportmittel mit der Hypothek belastet werden (Art. 286 IV ZGB).* Dieses Verbot wiederum gilt nicht zu Lasten der oben angegebenen Kreditinstitutionen (Art. 286 V ZGB) und auch nicht in den Fällen, wenn aus dem Vertrag zwischen den Parteien folgt, dass die mit der Hypothek belastete Immobilie der Hypothekar (natürlicher Person oder individueller Unternehmer) als Wohnung oder als Sitz (im Falle des juristischen Person) benutzt werden soll (Art. 286 VI 1 ZGB). Durch diese Ausnahme

beabsichtigte der Gesetzgeber die Möglichkeit der sog. „Wohnungsverpfändung“, die in Georgien weit verbreitet ist, beizubehalten (s. dazu unten). Aber auch diese rechtliche Konstruktion ist verboten, wenn zu Gunsten des Gläubiger schon zwei andere Hypotheken eingetragen sind (Art. 286 VI 1 ZGB). Womit ein klares Ziel verfolgt wird – dem sog. Privatwucherer jede Möglichkeit abzuschneiden eine Sicherung des Darlehens in Form der Hypothek zu bekommen. Und eben dies stellt einen einzigen und wirklichen Grund für die Gesetzesänderungen dar – der Schutz der Bevölkerung von Überschuldung und die Einschränkung der „bösen“ Praxis von Privatwucherer.³

Die oben geschilderte Änderungen betreffen zwar im Falle des Pfandrechtes nur eine Kategorie der Sachen und sollten somit auf dem ersten Blick nicht so spürbar sein, bedeuten aber dafür im Falle der Hypothek seine faktische Aufhebung als Kreditsicherungsmittel zwischen den natürlichen Personen. Aber auch im Pfandrecht erfolgten Änderungen (Art. 254 VI ZGB), die nicht so unbedeutend angesichts der Tatsache sind, dass die Kraftfahrzeuge meistbeliebte Sachen für Pfandrechtbestellung sind. Aber in diesem Fall kann die Umgehung dieses Verpfändungsverbotes nicht so schwierig sein, da der Verpfänder das Auto auseinandernehmen und als Einzelteile verpfänden darf. Diese Einzelteile fallen dann nicht mehr unter den Fahrzeugbegriff nach Art. 53 des Gesetzes über das öffentliche Verkehrsmittel.

¹ Das Gesetz №3315-RS v. 21/07/2018.

² S. das georgische Zivilgesetzbuch auf Englisch – <https://matsne.gov.ge/en/document/view/31702?publication=101>

³ <https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/186591?> Zuletzt gesehen – 30.11.2018.

1. Die Verfassungswidrigkeit der Gesetzesänderung

Wie oben schon gesehen, durch angesprochene Gesetzesänderung wurde es generell verboten die Darlehensforderungen von natürlichen Personen mit der Hypothek an der Sache einer anderen natürlichen Person zu sichern. Damit hat der Gesetzgeber als Sicherungsmittel der Forderung, die aus dem zwischen den natürlichen Personen entstandenen Verhältnis entspringt, praktisch aufgehoben. Es ist schon jetzt eindeutig das ein Eingriff in ein Rechtsinstitut, das mehr als zwei Tausend Jahre alt ist und das in allen entwickelten Rechtsordnungen gilt und dieses auf eine Art und Weise so zu modifizieren – tatsächlich aber: aufzuheben – noch niemandem eingefallen ist, nicht so leicht zu begründen ist, vor allem durch so einfache und nichtssagende Argumente, wie der „Schutz vor der Überschuldung“. Hier entsteht sogar ohne tiefgreifende Reflexion die Frage, was die Überschuldung mit der Hypothek zu tun hat? Dieses nicht durchdachte Argument kann in zwei weitere spezifische Argumente eingeteilt werden: das Argument der Verfassungswidrigkeit und das Argument der unsystematischen Vorgehensweise mit dem Akzent darauf, dass diese Änderungen tatsächlich niemanden einen Schutz gewährt, dafür Schaden für jeden bringt. Unten versuchen wir dies näher zu erklären.

a) Verletzung der Eigentumsgarantie

Nach Art. 19 I der georgischen Verfassung ist das Eigentum anerkannt und gewährleistet. Diese Formulierung erfasst nicht nur das Recht des Einzelnen sich gegen die staatlichen Eingriffe in sein Eigentum zu erwehren, sondern, vor allem, Garantie des Eigentums als Institut,⁴ sog. Institutsgarantie.⁵

⁴ Pirtskhalashvili, in: Demetrashvili/Kobakhidze/Izoria/Papuashvili/Putkaradze/Turava, Kommentar zur georgischen Verfassung, 2013, 210; Die Entscheidung des georgischen Verfassungsgerichtes v. 26/06/2012 №3/1/512 - Heike Cronqvist vs. the Parliament of Georgia.

⁵ Von der Institutsgarantie soll die sog. Institutionelle Garantie unterschieden werden. Die Erste meint das Garantieren von privatrechtlichen „Instituten“, in Gegensatz dazu betrifft die institutionelle Garantie die Schaffung und Erhaltung von öffentlichen Einrichtungen.

Aber diese, in georgischer Verfassung vorgesehene Eigentumsgarantie gewährleistet nicht die Status quo-Erhaltung eines privatrechtlichen Institutes – etwa den gesamten Regelungskomplex zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes –, sondern nur die Erhaltung der Grundnormen, die das Wesen der Eigentumsgewährleistung prägen.⁶ So ein Wesensmerkmal des Eigentums ist die Tatsache, dass man es frei besitzen, nutzen und darüber frei verfügen darf. Wenn der Gesetzgeber ab einem bestimmten Zeitpunkt entscheidet, dass die Eigentumsnutzung an die staatliche Zustimmung gebunden ist, wird damit das Wesen des Eigentums entscheidend verändert – danach wird es nur das Eigentum geben dessen Nutzung an die staatliche Zustimmung gekoppelt ist, womit eine von den Wesensmerkmalen des Eigentums – seine freie Nutzungsmöglichkeit – verletzt ist. Dies bedeutet aber zugleich, dass der Gesetzgeber generell befugt ist, die Änderungen vorzunehmen, wenn er damit die Grundstrukturen des Eigentumsrechtes nicht antastet und diese Änderungen nicht als ein Verstoß gegen die Institutsgarantie gelten. Die Institutsgarantie wendet sich primär an dem Gesetzgeber und lässt ihm gewissen Spielraum bei der Gestaltung des Inhaltes des Eigentumsrechtes solange diejenigen Strukturen nicht betroffen sind, die das Wesen des Eigentums prägen.⁷

aa) Die Verletzung der Institutsgarantie

Die Möglichkeit eigene Sachen mit der Hypothek (oder Pfandrecht) zu belasten ist ein Teil der Verfügungsbefugnis des Eigentümers, da diese Befugnis als die Macht der rechtsgeschäftlichen Einwirkung auf das bestehende Recht im Sinne seiner Aufhebung, Übertragung, Belastung oder Inhaltänderung definiert.⁸ Somit stellt die Belastung mit der Hypothek eine von den Verfügungsformen über die Sache dar. Da die Verfügungsmöglichkeit seinerseits ein Wesensmerkmal des Eigentums ist, könnte die gesetzliche Änderung, die der natürlichen Person verbietet für die Sicherung der Dar-

⁶ M. Sachs, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 2017 Rn. 51.

⁷ G. Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen. Baden-Baden 1988, 75 ff.

⁸ R. Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Tübingen 2006, Rn. 450.

lebensforderung von anderen natürlichen Personen eigene Sachen mit der Hypothek zu belasten als die Verletzung des Eigentums im Sinne einer Verletzung der Institutsgarantie darstellen.⁹ Aber hier ist die Tatsache problematisch, dass die Norm nicht generell die Verfügung einschränkt, sondern nur eine einzige Form der Verfügung, nämlich – Belastung mit der Hypothek – und das auch nur zwischen bestimmten Subjekten.

Darüber hinaus soll der folgenden Tatsache Rechnung getragen werden: durch Art. 19 I ZGB sind das „Eigentum“ und das „Erbrecht“ nur als Institute gewährleistet, die nicht von Natur aus gegeben sind, aber erst vom Gesetzgeber ausgestaltet werden sollen.¹⁰ Deswegen schaffen zunächst die einfachgesetzlichen Normen demjenigen materiellen Inhalt die durch die Verfassung gewährleistet ist als Eigentums- oder Erbrecht. Im Falle solcher Grundrechte spricht man von normgeprägte Grundrechte, d. h. von den Grundrechten, die durch das einfache Recht in ihrem konkreten Umfang erst begründet werden sollten.¹¹ Zum Beispiel wenn der Gesetzgeber festlegen würde, dass die städtischen Privatgrundstücke nicht mit einem Gemüsegarten bebaut werden darf, so ist im Nachhinein der Schutzbereich des Eigentums durch diese Beschränkung bestimmt und künftig nur das Eigentum „ohne Bebauungsrecht mit einem Garten geschützt“ ist.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass, da das Verbot der Hypothekenbestellung keine völlige Beschränkung des Verfügungsrechtes darstellt und zugleich dem Gesetzgeber die Befugnis verliehen worden ist, einfachgesetzlich den Inhalt des Eigentums auszugestalten, dieses Verbot nicht als Verletzung der Institutsgarantie bewertet werden kann.¹²

bb) Abgrenzung der Ausgestaltung vom Eingriff

Das erreichte Ergebnis, d. h. die Tatsache, dass die Institutsgarantie nicht verletzt worden ist, bedeutet nicht, dass es sich im Falle von Gesetzesänderung im Rahmen der dem Gesetzgeber durch Verfassung verliehenen Befugnis automatisch um eine Ausgestaltung des Inhaltes des Eigentumsinstitutes handelt. Stattdessen könnte es sich hier um einen Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechtes handeln, der nur unter den Voraussetzungen einer Schrankenregelung gerechtfertigt werden kann.

Die genaue Abgrenzung zwischen der Ausgestaltung und Eingriff ist ziemlich problematisch.¹³ Hier ist vor allem die Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes¹⁴ zu erwähnen, wonach der Zweck von normgeprägten Grundrechten die Gewährleistung der Freiheit im rechtlichen Leben, d. h. der Privatautonomie sei. Deswegen liegt eine Ausgestaltung vor, wenn der Gesetzgeber für den Einzelnen die Kompetenzen schafft, womit sie ihre rechtliche Beziehungen selbständig gestalten können¹⁵ – d. h. der Staat mit dem Zweck agiert die verschiedenen privaten Rechtsphären zu schaffen und voneinander abzugrenzen.¹⁶ Zu solchen Maßnahmen sollten etwa die Vorschriften über die Formbedürftigkeit des Hypothekenvertrages zugerechnet werden.¹⁷ Aber auch die Autonomie selbst ist in diesem Kontext begrenzt. Wenn der Gesetzgeber im Rahmen seiner Zuständigkeit die Grenzen schafft, gibt etwa die Inhaltsvorgaben für die Vertragsgestaltung um den Schutz von typischerweise Schwächeren zu gewährleisten, liegt hier immer noch die Ausgestaltung des Grundrechtes (Vertragsfreiheit).¹⁸ Anders liegt es im Falle, wenn der Gesetzgeber eine Norm schafft, die lediglich der Durchsetzung von Allgemeininteressen dient, die mit der Abgrenzung der verschiedenen Pri-

⁹ Die in Art. 286 VI 1 ZGB vorgesehene Ausnahme ändert in diesem Kontext nichts, das die Möglichkeit die Sache mit Hypothek zu belasten soll unabhängig von der Absicht des Hypothekars bestehen in belasteten Wohnung zu leben.

¹⁰ *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, s. oben Anm. 30, 75 ff.

¹¹ *V. Epping*, Grundrechte, 7. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 2017, Rn. 433.

¹² *Epping*, Grundrechte, s. oben Anm. 34, Rn. 433.

¹³ Vgl. etwa BVerfGE 84, 223, 226, wo das Verfassungsgericht zunächst vom Eingriff spricht, dann aber die gleiche Maßnahme als Ausgestaltung einstuft.

¹⁴ BVerfGE 92, 41.

¹⁵ *S. Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte: Stellung und Funktion vorbehaltloser Freiheitsrechte in der Verfassungsordnung, Tübingen 2006, 128; *U. Mager*, Einrichtungsgarantien, Tübingen 2003, 435.

¹⁶ BVerfGE 92, 42.

¹⁷ Grundsätzlich ist weder das Einführen des neuen noch das Aufheben von alten Form als Grundrechtseingriff zu bewerten.

¹⁸ *Epping*, Grundrechte, s. oben Anm. 34, Rn. 435.

vatsphären nichts zu tun hat.¹⁹ Dies soll eindeutig als Eingriff bewertet werden.

Im vorliegenden Fall dient die Gesetzesänderung im Pfand- und Hypothekenrecht nicht mehr der Gewährleistung von Autonomie mittels Abgrenzungen von verschiedenen Privatrechtssphären, sondern dem abstrakten Interesse, das der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung als „Schutz von der Überschuldung bezeichnet“ und das mit dem Privatinteressen von Einzelnen nicht gleichgesetzt werden darf, da in diesem Fall, wenn dem Einzelnen eine Überschuldung, bzw. Verlust der belasteten Sache wegen Überschuldung nicht droht, dann soll diese Beschränkung zu seinen Lasten nicht gelten. Aber diese Beschränkung gilt auch für diesen Fall und das bedeutet, dass es hier nicht um den Schutz von Einzelnen geht, sondern um die Gewährleistung des abstrakten öffentlichen Interesse, dass es in der Gesellschaft niemanden gibt, der seine Wohnung verloren hat. Für die Verfolgung dieses abstrakten Zweckes soll jedem die Möglichkeit der Belastung seiner Sachen durch Hypothek abgenommen werden.

Nach einer in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes²⁰ geäußerten und stark kritisierte²¹ Theorie, soll die Abgrenzung zwischen Ausgestaltung und Eingriff je nachdem erfolgen, ob der Staat mit der eingeführten Regulation schon existente Rechtspositionen beschränkt. Deswegen kann die ein und dieselbe Norm in einem Fall als Eingriff in das Grundrecht des jetzigen Eigentümers darstellen und zugleich eine Ausgestaltung des Eigentumsrechtes von künftigen Eigentümer darstellen.²² Auch nach dieser Theorie liegt hier trotzdem ein Eingriff vor, da die Änderungen auch die bisherigen Eigentümer betreffen.²³

¹⁹ Epping, Grundrechte, s. oben Anm. 34, Rn. 435.

²⁰ Epping, Grundrechte, s. oben Anm. 34, Rn. 437; 462 ff.

²¹ Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, s. oben Anm. 38, 123.

²² BVerfGE 52, 27; BVerfGE 72, 76; D. Ehlers, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, VVDStRL 51 (1992), 225.

²³ Es gibt auch eine dritte Theorie für die Abgrenzung (vgl. etwa Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, s. oben Anm. 38, 130), die zwischen Ausgestaltung und Eingriff je nachdem grenzt, ob die Beschränkung mittels privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfolgt, aber dieses Kriterium stellt nur eine generelle Leitlinie dar und meint natürlich nicht die Fälle, wenn im Zivilgesetzbuch eine Regelung entsteht, die nur den öffentlichen Interessen dient.

cc) Eingriff in den Schutzbereich und seine Grenzen

Somit dürfen die vorliegenden Gesetzesänderungen nicht mehr als Ausgestaltung des Eigentumsgrundrechtes, sondern nur als Eingriff bewertet werden, wenn sie in seinen Schutzbereich eingreifen. Da durch Art. 19 der georgischen Verfassung geschütztes Grundrecht ein Jedermann-Grundrecht ist, ist der persönliche Schutzbereich hier natürlich eröffnet. Der sachliche Schutzbereich erfasst die Gesamtheit aller Vermögensrechte die einem durch die Rechtsordnung auf solche Art und Weise zugewiesen ist, dass er diese nach eigener Entscheidung und in eigenen Interessen ausüben kann.²⁴ Da Eigentum an der Sache ist archetypisch für den Eigentumsbegriff im Sinne von Art. 19 der Verfassung. Was der Umfang des Schutzes angeht, so schützt dieser Artikel nicht nur den Bestand des Eigentums, sondern gewährleistet auch seine Nutzung, Verwaltung und eine Verfügung darüber.²⁵ Wenn die Nutzungsgrenzen auch streitig sein könnten – ob etwa das Eigentum an dem Hund auch seine Benutzung für Hundekämpfen erfasst²⁶ – ist es eindeutig, dass der Verfügungsbegriff in jedem Fall auch die Belastung der Sache mit der Hypothek erfasst und das einen Teil seiner Definition darstellt (s. oben). Als Eingriff ist eine Regulation zu bewerten der abstrakt und generell eine von den Elementen des Eigentumsrechts einschränkt.²⁷ Im vorliegenden Fall ist das die Verfügungsbefugnis. Somit liegt hier eindeutig ein Eingriff in den geschützten Bereich des Eigentumsrechtes vor.

d) Eingriffsrechtfertigung

Ein Eingriff in das Eigentumsgrundrecht ist nur auf Grund eines Gesetzes für die Verfolgung von öffentlichen Interesse zulässig (Art. 19 II der georgischen Verfassung). Vorliegend sind diese formellen Voraussetzungen des Eingriffs ohne weiteres gegeben; das Änderungsgesetz des Hypothekenrechtes war formell verfassungsgemäß. Was die materiell-rechtliche Verfassungsmäßigkeit angeht, dafür sollten die Änderungen einem legitimen öffentlichen Interesse dienen und ein

²⁴ BVerfGE 112, 107; BVerfGE 115, 110.

²⁵ BVerfGE 105, 30; BVerfGE 115, 111.

²⁶ BVerfGE 110, 173.

²⁷ Epping, Grundrechte, ზედივთ სჯ. 10, Rn. 475.

geeignetes, notwendiges und verhältnismäßiges Mittel für die Durchsetzung dieses Interesses darstellen.

Es gibt keine einheitliche und allgemein anerkannte Definition von öffentlichen Interesse. Es stellt einen Auffangtatbestand dar, dessen Inhalt für jeden konkreten Fall durch Subsumtion ausgefüllt werden soll. Trotzdem ist es aber möglich es folgenderweise zu umschreiben: das Handeln im öffentlichen Interesse bedeutet die Belange des Gemeinwohls über die Individualinteressen zu stellen. Ein Paradebeispiel dafür ist die Sozialbindung des Eigentums – „Das Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“²⁸ Die Vorschrift des deutschen Grundgesetzes verpflichtet den Gesetzgeber bei der Gestaltung des Inhaltes und Grenzen des Eigentums das öffentliche Interesse zu berücksichtigen. Somit ist die Nutzung des Eigentums nicht unbeschränkt, sondern begrenzt durch öffentliche Belange, was ein Ausdruck des Sozialstaatsprinzips darstellt.²⁹ Eben ausgehend von diesem Prinzip ist es zulässig die Verbote im Sinne von Baurecht, Denkmalschutz oder Naturschutz aufzustellen, unter dem Vorbehalt, dass diese das Wesen des Eigentums nicht antasten.³⁰ Zwar schränken diese Normen die Möglichkeit des Einzelnen ein, sein Eigentum nach seinem Belieben zu nutzen, aber die Gemeinwohlinteresse, das sich dahinter versteckt überwiegt diese Beschränkung und stellt eine zulässige Grundrechtsschranke.

Aber die vorliegenden Beschränkungen im Hypothekenrecht sind außerhalb dieses Paradigmas. Der Grundsatz, wonach das Eigentumsrecht des Einzelnen deshalb beschränkt werden soll, damit er durch eigenes unverantwortliches Handeln dieses Eigentum nicht gänzlich verliert und damit nicht in Armut fällt, was letztendlich in seinen Interessen liegt, kennt das moderne Verfassungsrecht nicht. Die Grundrechte existieren dafür um den Einzelnen vor staatlichen Übergriffen zu schützen, aber eine logische Folgerung aus der vorliegenden Gesetzesänderung ist, das Umgekehrte: Der Staat ist dafür da um den Einzelnen vor seinen Grundrechten zu schützen. Die Grundrechtsbeschränkung von Einzelnen durch sein eigenes Interesse zu rechtfertigen

widerspricht dem Konzept des Grundrechtes als Abwehrrecht,³¹ d. h. ein Recht, das der Einzelne vom Staat schützen soll und nicht umgekehrt.

Schutz des Einzelnen vor sich selbst³² darf nicht als legitimer Zweck im liberalen Staat angesehen werden und die Grundrechtsbeschränkung darf nicht durch seinen Schutz gerechtfertigt werden. Was der Gesetzgeber hier macht, ist die Beschränkung des Grundrechts von der Bestrebung aus, es besser zu schützen, was aber absurd ist. Ein und dasselbe Recht kann entweder geschützt oder beschränkt sein. Es kann aber durch die Beschränkung nicht besser geschützt werden. Durch den Inhalt der Grundrechte, die ausschließlich als individuelle Freiheits- und Abwehrrechte³³ konzipiert sind, ist ihre Beschränkung für die bessere Gewährleistung von Individualinteresse nicht gedeckt. Deswegen hat diese Beschränkung mit Gewährleistung der öffentlichen Interessen nichts zu tun, weil es nämlich keine Personengruppe gibt deren Interessen durch die Änderungen im Hypothekenrecht geschützt wären. Die Beschränkung des Grundrechtes aufgrund des öffentlichen Interesse meint eine Gegenüberstellung zwischen individuellen Interessen (die beschränkt werden sollten) und der Interessen der Öffentlichkeit (die gewährleistet werden soll),³⁴ aber es darf nicht auf beiden Seiten ein und dasselbe Grundrecht von ein und derselben Person stehen. Der Eigentümer dessen Eigentumsgrundrecht beschränkt wurde kann nicht durch diese Beschränkung geschützt sein. Das ist ein dogmatischer Nonsens und Missverständnis von Begriffen.³⁵ Somit schützt diese Gesetzesänderung nie-

²⁸ Art. 14 II GG.

²⁹ BVerfGE 25, 117.

³⁰ BVerfGE 24, 389; BVerfGE 100, 243.

³¹ G. Jellinek, System der subjektiv öffentlichen Rechte, 2. Aufl. Tübingen 1919, 94.

³² Wenn der Einzelne ausnahmsweise eines Schutzes von sich selbst bedarf – z. B. Minderjährige oder Geisteskranke – dieser Schutz erfolgt nicht im Rahmen eines und derselben Grundrechtes, d. h. durch die Beschränkung durch des gleichen Grundrechtes, dessen Schutz dient die konkrete Maßnahme. Das Institut des Minderjährigenschutzes, das dem Einzelnen im konkreten Fall das Grundrecht der Vertragsfreiheit schränkt, dient der Durchsetzung und dem Schutz von seinen anderen Grundrechtes (Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Eigentum usw.).

³³ G.-J. Glaeßner, Sicherheit in Freiheit: Die Schutzfunktion des demokratischen Staates und Freiheit der Bürger, Opladen 2003, 79 ff.

³⁴ BVerfGE 38, 370; BVerfGE 58, 338; BVerfGE 71, 246; BVerfGE 74, 214.

³⁵ Etwa wenn durch die Vorschriften des Verbraucherrechtes die Vertragsfreiheit des Unternehmer beschränkt ist – abgesehen

manden in verfassungsrechtlichen Sinne und eine Diskussion über die Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Interesses ist obsolet,³⁶ weswegen sie eindeutig verfassungswidrig ist.³⁷

Hier erübrigt es sich die Geeignetheit des Gesetzes zu prüfen, d. h. die Frage, ob das Mittel (die (teilweise) Aufhebung des Pfandrechts und Hypothek) gar nicht geeignet ist für die Verfolgung des verfassungswidrigen Zweckes – „Schutz der Bevölkerung vor der Überschuldung“³⁸ –, da davon abgesehen die Änderungen schon *per se* verfassungswidrig sind wegen des Fehlens des legitimen Zweckes.

b) Die Verletzung der Vertragsfreiheit

Neben der Verletzung des Eigentumsgrundrechtes, sind die Gesetzesänderungen auch wegen der Verletzung der Vertragsfreiheit verfassungswidrig. Aus nach Art. 12 der georgischen Verfassung gewährleisteten Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit entspringt das Recht auf Vertragsfreiheit, dessen Zweck die Schaffung der Privatautonomie für die Selbstbestimmung des Einzelnen in seinem Rechtsleben ist.³⁹

davon, dass dies überhaupt keinen Eingriff darstellt, sondern nur die Ausgestaltung des Grundrechtsinhalts (s. oben) – hier liegt die öffentliche Interesse im Schutz des schwächeren Vertragsgegners, nämlich des Verbrauchers. Aber es wäre doch absurd für die Gewährleistung der Vertragsfreiheit des Unternehmers ihn selbst mit zusätzlichen Pflichten zu belasten? Darüber hinaus darf der Eingriff in das Eigentumsgrundrecht nicht unter gleichen Voraussetzungen gerechtfertigt werden, wie die Ausgestaltung des Grundrechtsinhalts.

³⁶ Die Tatsache, dass die Belastung der Sache nur teilweise (zu Gunsten von natürlichen Personen für die Sicherung der Darlehensforderung) verboten wird, kann das Fehlen des öffentlichen Zweckes nicht rechtfertigen. Darüber hinaus ist die Zulassung der Hypothekenbestellung zu Gunsten von Banken gesondert zu behandeln. Die Tatsache, dass eine Bürgschaftsübernahme nicht verboten wird, macht es ziemlich leicht dem Hypothekenverbot umzugehen. Vgl. dazu unten, bei der Kritik der Gesetzesänderungen aus zivilrechtlichen Perspektive.

³⁷ Die Verfassungsmäßigkeit der vorliegenden Gesetzesänderung stellten auch verschiedenen Ausschüsse des georgischen Parlaments unter der Frage, nicht nur bei den Ausschusssitzungen, sondern wurde auch im Gutachten des Rechtsausschusses festgelegt. S. das Gutachten – <https://info.parliament.ge/file/1/BillPackageContent/10639?>, Zuletzt besucht – 30.11.2018.

³⁸ Für die Verfolgung dieses Zweckes sollte der Gesetzgeber schon das Darlehen bzw. verzinsliches Darlehen aufheben und gar nicht die Hypothek, da es keinen direkten Zusammenhang zwischen Überschuldung und Hypothek gibt (s. dazu unten).

³⁹ BVerfGE 89, 231.

Damit ist primär die Möglichkeit angesprochen, die Verträge nach eigenem Belieben zu schließen.⁴⁰ Die neu geschaffenen Art. 254 VI und Art. 286 IV ZGB machen nicht nur das Verfügungsgeschäft (d. h. den dinglichen Vertrag) nichtig, sondern auch die schuldrechtliche Vereinbarung über die Hypothek/Pfand (vgl. dazu auch unten) unmöglich und stellen damit einen Beschränkung der Vertragsfreiheit dar, die genauso wenig gerechtfertigt werden kann, nach verfassungsrechtlichen Kriterien, wie der Eingriff in das Eigentumsgrundrecht (s. oben).

2. Die Kritik der Gesetzesänderung aus zivilrechtlichen Perspektive

Abgesehen davon, dass diese Gesetzesänderungen eindeutig verfassungswidrig sind, basiert das Verbot die Sachen mit einer Hypothek oder Pfandrecht zu belasten auf dem Unwissen von elementaren Grundsätzen des Zivilrechts bzw. der Tatsache, dass die zivilrechtliche Vermögenshaftung unbeschränkt ist. Das Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung bedeutet, dass wenn eine Person eine Wohnung hat und weit über seine Zahlungsfähigkeit hinaus Schulden begründet hat, sie im Rahmen der Zwangsvollstreckung⁴¹ diese Wohnung unbedingt verlieren wird.⁴² Nur derjenige Schuldner verliert nach der Überschuldung seine Wohnung nicht, der diese vorhinein gar nicht hat. D. h., wenn der Zweck des Gesetzgebers darin liegt, dass die Einzelnen ihre Wohnungen nicht verlieren, dann soll er die Auszahlung des Darlehens an die Wohnungseigentümer generell verbieten. Aber wenn einer für die unentbehrliche chirurgische Operation das Geld braucht, ist es eine alternative das durch die Hypothek gesicherte Darlehens ist es eigene Wohnung dringend für halben Preis zu verkaufen bzw. anstatt das eigene Auto zu verpfänden es weit unter den Wert zu verkaufen. Er ist vollkommen unrichtig, dass der Gesetzgeber die Einzelnen eben dazu zwingt.

⁴⁰ BVerfGE 95, 303.

⁴¹ Vgl. Art. 40 ff. des georgischen Vollstreckungsgesetzes.

⁴² Eine Hypothek kann dieses Verfahren nur beschleunigen, aber wenn der Gläubiger durch einstweilige Verfügung rechtzeitig den Sacharrest beantragt, ist dann der Verlust der Sache unanwendbar.

a) Der unsystematische Charakter der (teilweisen) Aufhebung der Hypothek

Ein Verbot eigene Sachen für die Sicherung des von der natürlichen Person genommenen Darlehen zu verbieten stellt eine unsystematische Vorgehensweise im Rahmen der Zivilrechtsdogmatik dar, wobei die Einzelnen vor Wucher (einschließlich des Wohnungsverlustes) durch andere Rechtsfiguren geschützt sind, wie etwa gesetzes- und sittenwidrige Geschäfte (Art. 54 ZGB), das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 8 III ZGB), Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 115 ZGB) usw. Die Hypothek, als Institut, genauso wie der Kaufvertrag oder Darlehensvertrag – und generell kein Institut des Zivilrechts, deren dogmatische Konturen seit Jahrhunderten geprägt sind – darf nicht *per se*, d. h. als rechtliches Konstrukt, wucherisch sein. Ein Wuchergeschäft kann im Einzelfall ein konkreter Hypothekenvertrag oder ein konkretes Darlehen sein. Aber auch hier darf es keine allgemeingültige Grenze geben für alle Fälle (was der Gesetzgeber eben mit der Einführung von Art. 625 II ZGB gemacht hat). So soll es zum Beispiel möglich sein einer GmbH, die möglicherweise bald insolvent wird, ein Darlehen mit einem Zinssatz von 35 % zu geben, was eben als eine Kompensation für das Risiko des Darlehensgebers in so einer Situation anzusehen ist. Im Gegensatz dazu im Falle einer Person, die dringend eine chirurgische Operation braucht,⁴³ ist schon ein Darlehen iHv 5000 Lari mit 27% Zinssatz ein Wuchergeschäft nach Art. 54, Var. 3 ZGB.⁴⁴ Aber es ist doch absurd, dass die abstrakte Möglichkeit des Abschlusses von Wuchergeschäft als Rechtfertigung der Aufhebung des ganzen Institutes zu betrachten. Umso mehr ist absurd die Möglichkeit der Belastung der Sache mit der Hypothek aufzuheben, die nur die Forderung aus dem Darlehen sichert, nimmt aber vom Schuldner nicht dasjenige weg, was er nicht schon durch Abschluss des Wucherdarlehens verloren hat. Wie oben schon angedeutet, wenn der Schuldner ein Darlehen nimmt, das er nicht zurückzahlen kann und eine Wohnung besitzt, wird er diese Wohnung im

Rahmen der Zwangsvollstreckung unbedingt verlieren. Das einzige womit die Hypothek den Schuldner zusätzlich belastet, ist die Tatsache, dass er in der Zwischenzeit – d. h. im Zeitraum zwischen Hypothekenbestellung und Vollstreckung – er die Sache faktisch nicht mehr (bzw. nicht so lukrativ) veräußern und das empfangene Geld woanders verstecken kann.⁴⁵ Das Hypothekenverbot lässt eine solche Möglichkeit zu. Es ist aber doch absurd, dass das Ziel des Gesetzes die Förderung des Schuldners zu einer solchen Vorgehensweise wäre und es kann nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden. Ansonsten bleibt aber die Gegebenheit, dass die Hypothek nicht der Privilegierung des Gläubigers auf Kosten der zusätzlichen Belastung des Schuldners dient, sondern der Privilegierung des Hypothekars gegenüber anderen Gläubiger, denen es nicht mehr gelingt den Hypothekar von der Zwangsvollstreckung an der Sache bei Seite zu lassen und er kann eine rangmäßige Befriedigung verlangen (vgl. Art. 40¹ des Gesetzes über die Zwangsvollstreckung).

Nach der Belastung der Sache mit der Hypothek besteht das Risiko sie zu verlieren. Aber dieses Risiko ist schon vorher da, nämlich mit der Eingehung der Verpflichtung. Darüber hinaus, wenn der Gesetzgeber tatsächlich als Ziel gesetzt hätte die Bevölkerung vor sich selbst zu schützen, müssten noch mehr „wucherische“ (im Sinne des Änderungsgesetzgebers natürlich) Geschäfte verboten werden, wie etwa die Schenkung und andere unentgeltliche Geschäfte. Das Verbot zu Gunsten von natürlichen Personen die Hypothek zu bestellen kommt einem Verbot für den ledigen Männern im Alter von 20-30 Jahren die Wohnung zu verkaufen – da diese statistisch zur Verschwendung neigen – nahe. Das klingt natürlich nicht ganz ernst, aber vorliegende gesetzgeberische Entscheidung ist davon nicht so weit entfernt.

Es ist auch eindeutig, dass der Gesetzgeber mit dem Verbot von Hypothek- und Pfandbestellung das Ziel verfolgt hat die private Darlehensgeber davon abzuhalten natürlichen Personen das Darlehen zu gewähren, da sie keine Sicherungen mehr dafür bekommen dürfen. Aber abgesehen von der Legitimität des Zieles, hat

⁴³ G. Rusiashvili/D. Egnatashvili, Fälle zum Schuldrecht: Gesetzliche Schuldverhältnisse, Tbilisi 2016, 149 ff.

⁴⁴ Deswegen ist es erforderlich, dass die Gerichte dabei seine Funktion vergewissern und eine stimmige Praxis in Bezug auf Wuchergeschäfte entwickeln, die nach Art. 54, Var. 3 ZGB nichtig erklärt werden sollten.

⁴⁵ Aber auch diese Möglichkeit könnte der Schuldner bald verlieren, wenn in Georgien die Insolvenzanfechtung gesetzlich geregelt wird, worüber schon diskutiert wird.

der Gesetzgeber einen indirekten Weg für seine Verfolgung gewählt. Aber dieser indirekte Weg ist an sich sehr problematisch bzw. verfassungswidrig, da der Gesetzgeber an dem Transparenzgrundsatz gebunden ist. D. h. die Tätigkeit des Gesetzgebers soll transparent sein, nicht nur nach dem Verfahren, sondern auch seinem Inhalt nach.⁴⁶ Der Gesetzgeber soll seine Ziele offenlegen und darf nicht unter dem „offiziell deklarierten“ Zweck was anderen verdecken. Wenn der Gesetzgeber tatsächlich zum Zweck gehabt hätte die Bevölkerung vor der Überschuldung zu schützen, dann sollte er konsequenterweise den Darlehensvertrag und nicht die Hypothek aufheben, da die Schuld aus dem Darlehensvertrag und nicht aus der Hypothek entsteht. Diese Vorgehensweise ist auch deswegen unsystematisch, da die Sicherung der Darlehensschuld durch die Bürgschaft weiterhin möglich bleibt, die wiederum „gefährlicher“ ist als die Hypothek, da der Bürge mit dem Gesamtvermögen und demnach auch mit der Wohnung haftet.

b) Die Umgehung des gesetzlichen Verbotes

Darüber hinaus ist auch unsystematisch und auch nicht ganz verständlich, warum die Möglichkeit bleibt, die Kaufpreisforderung der natürlichen Person durch eine Hypothek zu sichern, aber dasselbe im Falle von Darlehensforderung unmöglich ist. Das wird die Parteien dazu zwingen durch Scheinkauf das Darlehen zu verdecken, was im Falle seiner Aufdeckung nichtig sein wird (Art. 56 I ZGB), aber die Hypothek wird trotzdem in Kraft bleiben, da sie gewöhnlich auch einen Konditionsanspruch aus dem nichtigen Vertrag sichert.⁴⁷

Art. 286 IV 2 ZGB kann der Praxis von Privatwucherer nicht entgegenwirken, da diese nunmehr durch Strohleute das Darlehen vergeben werden; auf Namen dieser Strohleute je zwei Hypothek eintragen werden, was von niemandem entdeckt werden kann. Somit haben die Privatwucherer trotzdem eine Möglichkeit ihre eigene Tätigkeit ungehindert weiterzutreiben. Das Verbot wird tatsächlich ein großes Problem

für alle diejenige privaten Darlehensgeber werden, die nicht beabsichtigen in der belasteten Wohnung zu leben – da dort der Darlehensnehmer bleiben soll⁴⁸ –, und auch keine Möglichkeit haben der Dienste eines Strohmanns zu bedienen.

Der Gesetzgeber hat bei vorliegender Gesetzesänderung völlig außer Acht gelassen, dass eine Hypothek (zusammen mit der gesicherten Forderung) abtretbar ist (Art. 295 ZGB). Für den konkreten Fall meint dies, dass die Privatwucherer sich mit den Banken über die Abtretung der gesicherten Forderung und Hypothek einigen könnten⁴⁹ und dadurch trotz des Verbotes zum Hypothekar werden. Zwar stellt Art. 286 IV ZGB ein Verbotsgesetz im Sinne von Art. 54 Var. 1 ZGB, d. h. erklärt nicht nur den schuldrechtlichen, sondern auch den dinglichen Vertrag für nichtig,⁵⁰ aber das schließt nicht die Eintragung der (nichtigen) Hypothek im öffentlichen Register aus. Den Registerbeamten obliegt keine Pflicht den materiell-rechtlichen Inhalt des vorgelegten Vertrags auf seine Wirksamkeit zu überprüfen und der Gesetzgeber hat dieses Verbot nicht zum formellen Grund der Verweigerung der Eintragung gemacht.⁵¹ Das bedeutet, dass das Registeramt auch künftig verbotswidrig zu Gunsten von natürlichen Personen die Hypotheken eintragen wird, was zwar unwirksam sein wird (Art. 286 IV, 54, Var. 1 ZGB) aber der gutgläubige Erwerber wird es trotzdem schaffen nach der Abtretung sie wirksam zu erwerben (Art. 297 ZGB). Somit braucht ein Privatwucherer für den (gutgläubigen) Hypothekenerwerb nur Folgendes zu machen: zunächst den Strohmann als Hypothekar eintragen lassen

⁴⁶ J. Bröhmer, *Transparenz als Verfassungsprinzip: Grundgesetz und Europäische Union*, Tübingen 2004, 147 ff.

⁴⁷ Rusiashvili, in von dem Chaturia, Hrsg., *Kommentar zum georgischen ZGB, Sachenrecht*, Band II, Tbilisi 2017, Art. 286 Rn. 7.

⁴⁸ Darüber hinaus ist eine Kontrolle darüber, ob der Hypothekar in der belasteten Wohnung auch wohnt, praktisch gar nicht möglich.

⁴⁹ Wofür die Banken natürlich einen Preis über den Wert der Forderung fordern werden.

⁵⁰ Eine gegenteilige Auslegung ist natürlich nicht so sinnvoll, da wenn der obligatorischen Hypothekenvertrag in Kraft bleiben wird, dass der Schuldner wegen Pflichtverletzung (Unmöglichkeit der Belastung der Sache) dem Gläubiger Schaden ersetzen soll, was natürlich widerspricht der Bestrebung des Gesetzgebers.

⁵¹ Dafür wäre eine Vorschrift im Gesetz über öffentliches Register oder in der „Instruktion zum öffentlichen Register“ erforderlich.

und dann von ihm die Hypothek „gutgläubig“⁵² zu erwerben.⁵³

Es gibt aber noch einen weiteren, gesetzmäßigen, Weg die vom Gesetzgeber aufgebauten Hürden zu überwinden und den Kredit mit einem Recht an Immobilien zu sichern. Das ist nämlich die Sicherungsübereignung.⁵⁴ Im Falle der Sicherungsübereignung wird der Kredit nicht durch ein Verwertungsrecht an der Sache, sondern unmittelbar durch das Eigentum gesichert. Das zur Kreditsicherung übergebenes Eigentum verbleibt endgültig bei dem Gläubiger mit dem Eintritt des Sicherungsfalls. Als rechtliche Konstruktion wird dabei meistens das bedingte dingliche Geschäft benutzt. Man kann sich dabei sowohl der aufschiebenden (Art. 96 ZGB) als auch der auflösenden (Art. 97 ZGB) Bedingung bedienen.⁵⁵ Im Ersten Fall erwirbt der Gläubiger das Volleigentum erst nachdem der Schuldner den Darlehensbetrag nicht rechtzeitig zurückgibt – negative Bedingung (Art. 94 ZGB). Im zweiten Fall überträgt der Schuldner gleich mit der Sicherungsvereinbarung das volle Eigentum an den Gläubiger, so dass das Geschäft unter der positiven Bedingung (Art. 93 ZGB) der Rückzahlung der Darlehensvaluta steht. Diese rechtliche Konstruktion könnte, wenn georgische Gerichte und vor allem Kreditsuchende seine Bedeutung richtig einschätzen würden, tatsächlich zu einer Alternative der Hypothek und Pfand werden und eine Abhilfe schaffen in der vom Gesetzgeber verursachten absurden Lage.

3. Zweck der Privilegierung der Banken und Mikrokredit-Organisationen

Die Änderungen in Art. 276 III und 286 IV ZGB verbieten wegen „des Schutzes der Bevölkerung“ nur die Sicherung der Darlehensforderungen von natürlichen Personen die Hypothek oder Pfand zu benutzen. Das Gleiche verbietet er aber nicht im Falle der Sicherung

der Forderungen von kommerziellen Banken oder Mikrokredit-Organisationen (286 V).⁵⁶ Das ist eine ziemlich verdächtige Privilegierung von kommerziellen Kreditinstituten. Grund für den Verdacht ist die Tatsache, dass der Anteil von Banken an das Exmittieren von Privathäuser kaum geringer ist als von privaten Darlehensgeber. Der Gesetzesänderung durch das Parlament liegt keine offizielle Statistik zu Grunde wie viele Menschen, einerseits wegen Bankdarlehen (und vergleichbare Institutionen) und andererseits wegen Privatwucherer, ihre Wohnungen verloren haben. In einzelnen nichtoffiziellen Quellen⁵⁷ spricht man von den Zahlen die, das georgische nationale Vollstreckungsbüro geliefert hat und in denen es darum geht, wie viele mit der Hypothek belastete Sachen von natürlichen Personen verwertet wurden und wie viele von den Kreditinstituten. Darüber hinaus hat man noch die Statistik aufgestellt mit Hilfe des öffentlichen Registers, indem zwischen den zu Gunsten von Kreditinstituten und Privaten eingetragenen Hypotheken unterschieden wird. Trotzdem darf man aus diesen Zahlen keinen bindenden Schluss ziehen. In der Verwertungsstatistik konnte die Befriedigungsmöglichkeit des Hypothekars durch den Eigentumserwerb an belastetsten Sachen (nach der Vereinbarung der Verfallsklausel) gem. Art. 300 I ZGB nicht berücksichtigt werden. Die Banken befriedigen aber ihr Interesse vornehmlich auf diese Art und Weise und verwerten die mit der Hypothek belasteten Sache nur sehr selten.⁵⁸ Das Vollstreckungsbüro kann diese Verfallsstatistik natürlich nicht liefern. Das gleiche gilt für Privatversteigerungen nach Art. 302 ff. ZGB. Was die vom öffentlichen Register aufgestellte Statistik angeht, auch daraus darf man keinen Schluss ziehen, da dort nur zwischen Kreditinstituten

⁵² Der Nachweis, dass er nicht gutgläubig gewesen ist, wird praktisch unmöglich zu führen.

⁵³ Das Gleiche gilt für den gutgläubigen Erwerb eines Pfandrechtes an das Kraftzeug im Falle des Registerpfandrechtes nach Art. 312 ZGB.

⁵⁴ Vgl. *G. Rusiashvili/L. Sirdadze/D. Egnatashvili*, Fälle zum Sachenrecht, Tbilisi 2019, 283 ff.

⁵⁵ *Bölling*, Das Sicherungseigentum an Immobilien nach dem georgischen ZGB (Teil 1 und 2) WiRO 2004, 1, 35.

⁵⁶ Eine „interessante“ Begründung dafür bietet die Gesetzesbegründung, erreichbar unter: <https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/186591?>, Zuletzt gesehen – 30.11.2018.

⁵⁷ <https://commerciant.ge/ge/post/qartulma-ocnebam-ipotekit-dazaralebulebis-imedebi-ver-gaamartla-gamosaxlebis-statistika-izrdeba> <https://commerciant.ge/ge/post/ipotekit-datvirtuli-287-atasi-qonebidan-200-atasi-kerdzomevaxsheebze-modis-sesxebis-70-problemuria>, Zuletzt gesehen – 17.03.2019.

⁵⁸ Die Banken machen das aber unter dem Verstoß von gesetzlichen Vorschriften, da Art. 300 I ZGB die Vereinbarung des Verfalls erst nach der Fälligkeit des Hypothekensculdes zulässig ist, die Banken vereinbaren dies aber von vorneherein, s. dazu *Rusiashvili*, in von dem Chaturia, Hrsg., Kommentar zum georgischen ZGB, Sachenrecht, Band II, Tbilisi 2017, Art. 300 Rn. 4 ff.

und „sonstigen Personen“ unterschieden wird. Diese alle „sonstigen“ (selbst wenn natürliche) Personen die als Hypothekare eingetragen sind, dürfen nicht alle zusammen zu den Privatwucherer zugerechnet werden und Hypotheken sichern auch nicht nur die Darlehensforderungen. Generell, macht man die statistische Erforschung für so eine gravierende Änderung anders. Jedenfalls ist es erforderlich die Kriterien von vorneherein festzulegen, die geeignet sind ein aussagekräftiges Ergebnis zu umschreiben. Zum Beispiel hat sich niemand darum gekümmert sowohl in der Statistik des öffentlichen Registers als auch des Vollstreckungsbüros die Hypotheken an den Sachen von natürlichen und juristischen Personen voneinander zu unterscheiden (und auch nicht diejenigen Hypotheken, die nur zu Gunsten von natürlichen und juristischen Personen stehen). Fraglich ist ob die gelieferten Zahlen auch die Steuer- und Zwangshypotheken miterfasst haben. Im Falle der Pfandverwertung gibt es überhaupt keine Statistik. In der richtig aufgestellten Statistik sollte man nicht je nachdem Status und Anzahl von Hypothekaren unterscheiden, sondern zwischen dem von Kreditinstituten und Privatwucherer (und nicht generell Privatpersonen) gewährten Darlehen. Dabei wäre es noch zu berücksichtigen, dass die Günstigkeit des Darlehens sich nicht nur nach dem effektiven Zinssatz bemisst – was natürlich schon wichtig ist –, sondern auch danach, wie lang etwa die Laufzeit des Vertrages ist, ob Vertragsstrafen für vorzeitige Rückzahlung vorgesehen sind, ob der Darlehensgeber eine sog. „gute“ persönliche Kreditgeschichte zur Voraussetzung der Darlehensgewährung macht. Eben nach diesen detaillierten (und vielen anderen) aufgestellten Kriterien sollte man das Bankdarlehen dem von Privatwucherer gewährten Darlehen gegenüberstellen.

Aber es ist keine große Sozialforschung dafür notwendig, um zu begreifen, dass Exmittierung hauptsächlich von Banken betrieben wird und nicht die Privatwucherer. Auch die Verbreitung von diesen Letzten ist dadurch verursacht worden, dass ein Bankenkredit für viele Personen einfach unerreichbar bzw. zu ungünstig ist. Es ist sehr unwahrscheinlich, dass sich jemand an Privatwucherer gewendet hätte, wenn die Bank unter gleichen Bedingungen ihm ein Kredit zur Verfügung gestellt hätte. Vor allem betrifft das jetzt im

Gesetz aufgestellte Verbot nicht nur Privatwucherer, sondern überhaupt alle natürliche Personen, die einer anderen natürlicher Person gegen eine Sicherheit ein Darlehen gewähren möchte. Die Beschränkung von diesen kann nicht durch „böse“ Praxis von Privatwucherer gerechtfertigt werden. Genauso wie nicht mehr gerechtfertigt wären zum Schutz des Verbrauchers nicht nur zu Lasten des Unternehmers, sondern generell zu Lasten des Verkäufers die Beschränkung einzuführen, da die Unternehmer typischerweise in der Rolle des Verkäufers agieren.

Dass der Gesetzgeber gar nicht den Zweck verfolgte die Schuldner von Banken zu schützen kann man deutlich aus folgender Tatsache sehen: Im ZGB sind im Rahmen dieser Reform zwei neue Vorschriften entstanden, nämlich Art. 300 II¹ und Art. 301 I², die zu Lasten des Hypothekenschuldners die Positionen der Banken (als Hypothekaren) verbessern. Bis zu dieser Änderung, wenn der Wert der Sache zum Zeitpunkt der Befriedigung des Hypothekars durch Eigentumsübergang an der Sache für die Begleichung der Forderung nicht ausreichend war, galt die Forderung trotzdem als beglichen (es sei denn, es war im Vorhinein was anderes vereinbart). Die gleiche Regelung galt im Falle, wenn der Verwertungserlös die Forderung nicht gedeckt hat. Mit den Änderungen von 21.07.2018 wurde diese Regelung zu Gunsten von Banken und zu Lasten der Hypothekenschuldner modifiziert. Die gleiche Änderung trat im Pfandrecht in Kraft (s. Art. 276 III ZGB). Dies lässt sich sicher nicht als „Schutz der Bevölkerung vor der Überschuldung“ subsumieren. Deswegen steht der reale Zweck des Gesetzgeber unter einem Fragezeichen, da er die tatsächlich vorhandenen Mängel im Pfand-⁵⁹ und Hypothekenrecht⁶⁰ nicht beseitigt hat, dafür aber auf jegliche Art und Weise der Stärkung der rechtlichen Positionen von Banken und Mikrokredit-Organisationen beigetragen hat. Durch diese Regulationen wurden Kreditinstituten von allen möglichen Konkurrenten (nicht nur von Privatwucherer) befreit,

⁵⁹ Rusiashvili, in von dem Chaturia, Hrsg., Kommentar zum georgischen ZGB, Sachenrecht, Band II, Tbilisi 2017, Art. 260 Rn. 4; Art. 260¹ Rn. 4.

⁶⁰ Rusiashvili, in von dem Chaturia, Hrsg., Kommentar zum georgischen ZGB, Sachenrecht, Band II, Tbilisi 2017, Art. 300 Rn. 4.

was ihnen die Möglichkeit geben wird den Zinssatz noch weiter zu erhöhen.⁶¹

4. Zusammenfassung

Die sog. „Überschuldung der Bevölkerung“ ist (und wird auch künftig) nicht durch die Möglichkeit der Belastung einer eigenen Sache durch Pfand oder Hypothek verursacht, sondern durch den erhöhten Zinssatz und durch die totale Armut, die in Georgien herrscht und niemanden interessiert bedingt. Die vom Gesetzgeber geschaffene Beschränkungen treffen nur die sog. „Privathypothekaren“ was den offiziellen Zweck des Gesetzgebers – „Schutz der Bevölkerung vor der Überschuldung“ ziemlich verdächtig macht.

Die tatsächlich vorhandenen Probleme erfordern eine komplexe Lösung.⁶² Nur der Gesetzgeber kann beim Problem des Wucherdarlehens keine Abhilfe schaffen. Trotzdem soll es aber den kommerziellen Kreditinstituten einen „Anstoß“ geben für die Herabsetzung von Zinsen. Trotzdem kann der Gesetzgeber keine Regelung für jeden einzelnen Fall schaffen, das ist nämlich die Sache von Gerichten. Vor allem erwecken die vorliegenden Änderungen einen Verdacht, dass es dem Gesetzgeber gar nicht um die Befreiung

der Bevölkerung vor den Schulden (mittels des Schutzes „von sich selbst“) ging, sondern um die Befreiung der Banken von den Konkurrenten. Der Grund der Überschuldung ist nicht das Institut der Hypothek, sondern die soziale Lage, die heute in Georgien vorherrscht. Die Funktion des Staates sollte nicht darin liegen die Bürger vor der Aufnahme von Darlehen zu hindern, sondern darin liegen ihnen Zurückzahlungsmöglichkeit zu geben. So eine Fürsorge um die Bürger lässt nicht unter dem Begriff des Sozialstaats fassen und hat mehr mit einer sozialistischen Beschränkung von individuellen Rechten gemein. In einem sozialistischen Staat sind aber viele andere institutionelle Einrichtungen vorhanden, die das gewährleisten, dass eine Situation, in der der Einzelne dringende chirurgische Operation nur durch sein einziges Auto bezahlen kann, gar nicht entstehen werden kann. Der moderne georgische Staat gewährleistet weder diese elementaren Belange des Einzelnen, sondern nimmt ihm zugleich die Möglichkeit weg sie durch das Kreditpotential der eigenen Sache zu befriedigen. Deswegen ist es das mindeste, was dem Gesetzgeber vorgeworfen werden kann, die Verfolgung von unrichtigen Zielen durch unrichtige Instrumente – ohne den verdächtigen Zweck der Privilegierung von kommerziellen Kreditinstituten nochmals zu erwähnen.

⁶¹ Art. 625 II ändert in diesem Kontext gar nicht, da auch ein Darlehen für 49 % ist in absoluten Mehrheit der Fälle ein Wuchergeschäft.

⁶² Man soll etwa vergewissern, dass auch die Hypothek- und Pfandgeschäfte auch wegen Übersicherung nichtig sein dürften gem. Art. 54, Var. 3 (vgl. dazu *Rusiashvili*, in von dem Chaturia, Hrsg., Kommentar zum georgischen ZGB, Sachenrecht, Band II, Tbilisi 2017, Art. 260 Rn. 4; Art. 260¹ Rn. 3).

Die Notwendigkeit des dinglichen Vertrags im georgischen Recht

Assoc. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

I. Einleitung

Das Thema des vorliegenden Aufsatzes bildet das Trennungsprinzip an sich, d. h. die Frage, ob es losgelöst von andere Prinzipien eine eigenständige Bedeutung haben kann und von Nutzen sein kann in einem System, in dem das Abstraktionsprinzip ganz eindeutig zurückgewiesen wird.

Die unterschiedlichen Prinzipien, wonach die Eigentumsübertragung nach verschiedenen Rechtsordnungen konstruiert ist, sind die Folgende: 1. Konsensprinzip, wonach das Eigentum nur kraft des schuldrechtlichen Geschäftes übergeht, *solo consensu*. In Rechtsordnungen mit Konsensprinzip gilt auch das Einheitsprinzip. Da das Eigentum nur durch ein schuldrechtliches Geschäft erworben wird, gibt es auch nur dieses einzige schuldrechtliche Geschäft, das zwar notwendig, aber gleichzeitig vollkommen ausreichend für die Änderung der dinglichen Rechtslage ist.¹ Dem Konsensprinzip wird das Traditionsprinzip gegenübergestellt – für die Eigentumsübertragung ist neben dem schuldrechtlichen Geschäft noch eine Besitzverschaffung an der Sache notwendig.² 3. Noch weitgehender ist das Trennungsprinzip, das besagt, dass es nicht nur das schuldrechtliche, sondern auch das dingliche Geschäft gibt und das Eigentum eben mit diesem letzten Geschäft übergeht. Das Verhältnis zwischen diesen dinglichen und obligatorischen Geschäften ist Gegenstand

der Unterscheidung zweier nachfolgender Prinzipien, nämlich zwischen dem Kausalitäts- und Abstraktionsprinzip. 4. Nach dem Kausalitätsprinzip ist, obwohl das dingliche Geschäft von dem obligatorischen getrennt ist, nur dann wirksam, wenn ein wirksames Verpflichtungsgeschäft (*causa*) zugrunde liegt (Prinzip der kausalen Tradition) – ohne wirksamen Verpflichtungsgeschäft ist kein Eigentumsübergang möglich.³ 5. Die von dem schuldrechtlichen Geschäft unabhängige Wirksamkeit des dinglichen Geschäftes, d. h. seine abstrakte Natur erkennt das Abstraktionsprinzip an (vgl. § 929 BGB).

Bei der Rezeption des deutschen Sachenrechts hat die georgische Gesetzgebungskommission und deren *spiritus rector* deutscher Professor Rolf Knieper das Abstraktionsprinzip ausdrücklich verworfen. So steht im Art. 186 des georgischen ZGB,⁴ dass es für die Übereignung von beweglichen Sachen nur eines gültigen Anspruches auf Übereignung (Kausalgeschäft) und Übergabe (*traditio*) bedarf. Damit ist die Geltung des Abstraktionsprinzips von vorne herein ausgeschlossen. Nicht so eindeutig ist die Lage mit dem Trennungsprinzip. Die Literaturlauffassungen sind diesbezüglich zweigeteilt,⁵ die Rechtsprechung⁶ spricht meistens für

¹ Dieses System gilt etwa in Frankreich, vgl. etwa Art. 711 CC und Art. 1138 CC (a. F.), Der Grundtatbestand dieser letzter Regelung ist in neu gefassten Art. 1196 CC erhalten. Aber im 2. Satz dieser Vorschrift sind schon einige Züge der Trennung zwischen dem Abschluss des obligatorischen Geschäft und (automatischen) Eigentumsübergang zu erkennen, indem diese letzte von der Willen der Parteien abhängig gemacht werden kann, was deutlich in die Richtung des dinglichen Geschäftes geht.

² Vgl. etwa Art. 609 der spanischen *Codigo civile*.

³ Vgl. etwa Art. 714 des schweizerischen ZGB und Art. 425, 426, 1053 ABGB.

⁴ S. das georgische Zivilgesetzbuch auf Englisch – <https://matsne.gov.ge/en/document/view/31702?publication=101>

⁵ E. Kurzynsky-Singer/T. Zarandia, Rezeption des deutschen Sachenrechts in Georgien, in: Transformation durch Rezeption. Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsreformen im Kaukasus und in Zentralasien, Tübingen 2014, 123 ff.; Zurab Chechelashvili, Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen, in von der Migri-auli/Zoidze/Chechelashvili, Hrsg., Collected Articles in the Georgian Private Law, Band I, Tbilisi 2004, 90 ff.; Giorgi Mariamidze, Fallbuch zum Sachenrecht, Band I, Tbilisi 2014 (Auf

das Trennungsprinzip. Das Trennungsprinzip an sich bedeutet zunächst nichts anderes, als dass das Verfügungsgeschäft einen selbständigen Vertrag darstellt, der zwar rein tatsächlich mit der verpflichtenden Einigung zusammenfallen kann, rechtlich aber als selbständiges Rechtsgeschäft zu werten ist.⁷

II. Das Trennungsprinzip im deutschen Recht

Wesentlich für die moderne Rechtsdogmatik war, wie das Trennungsprinzip zusammen mit dem Abstraktionsprinzip in der Begriffswelt von *Friedrich Carl von Savigny* auftauchte.⁸ Dieses Auftauchen hat wie fast alle zivilrechtlichen Rechtsfiguren seinen Vorläufer im Römischen Recht. Die beiden berühmten Stellen aus dem römischen Recht, aus denen *Savigny* das Abstraktionsprinzip ableitet,⁹ hat er zunächst benutzt, um das Trennungsprinzip zu untermauern. Zum einen ist dies ein Fragment aus den Institutionen,¹⁰ wo die Anerkennung des Willens des Übereignenden gefordert wird, zum anderen eine Stelle *Julians*,¹¹ in der er (Julian) den Fall beschreibt, dass eine Sache zu Übereignungszwe-

cken übergeben wird, dabei aber Dissens zwischen Empfänger und Geber (Veräußerer) über den Rechtsgrund besteht. Nach *Julian* geht in diesem Fall das Eigentum über, was *Savigny* zur Stützung seiner Konzeption des abstrakt dinglichen Geschäfts anführt.

Im modernen deutschen Recht wird der eigenständige Wert des Trennungsprinzips in rechtspolitischer Hinsicht wenig beachtet. Fast immer wenn seine Notwendigkeit diskutiert wird geht es darum, ob das Abstraktionsprinzip notwendig ist bzw. mit dem Abstraktionsprinzip auch das Trennungsprinzip gerechtfertigt ist.¹² Deswegen wird meistens das Trennungsprinzip nur als Vorstufe der abstrakten Gestaltung bezeichnet.¹³ Einen Beweis dafür liefern diejenige Rechtsordnung der deutschen Rechtsfamilie, wobei das Trennungsprinzip mit dem Kausalitätsprinzip kombiniert wird. Hierzu zählen Österreich, Schweiz, Griechenland usw.¹⁴ Trotzdem mag die oben genannte Vorgehensweise aus deutscher Perspektive auch richtig sein – ja, es ergibt nicht viel Sinn für den deutschen Juristen, sich

Georgisch); *Ekaterine Danelia*, Trennungsprinzip auf dem Beispiel des Schenkungsvertrages, *Georgian Law Review – Special Edition* 2008, 31 ff. (Auf Georgisch); *Nino Begishvili*, Eigentumsübertragung – Trennungs- oder Einheitsprinzip? *Studentischer Rechts-Zeitschrift* (2013), 53 ff. (Auf Georgisch); vgl. gegen Trennungsprinzip *Lado Chaturia*, *Eignatum an unbeweglichen Sachen*, Tbilisi 2003, 183 ff. (Auf Georgisch); *Ders.*, Kreditsicherungsrecht, Tbilisi 2013, 137 (Auf Georgisch); ohne jegliche Argumentation *Levan Totladze*, in von dem Chaturia, Hrsg., Kommentar zum georgischen ZGB, Sachenrecht, Band II, Tbilisi 2017, Art. 186 Rn. 30 ff. (Auf Georgisch).

⁶ Vgl. Supreme Court of Georgia, № as-1283-1538-09, Mai 25, 2010; Supreme Court of Georgia, № as-221-213-2012, Juli 24, 2012; Supreme Court of Georgia, № as-483-457-2012, September 20, 2012; Supreme Court of Georgia, № as-304-289-2013, Oktober 25, 2013; Supreme Court of Georgia, № as-1147-1094-2013, Juli 14, 2014; Supreme Court of Georgia, № as-1504-1424-2017, Februar 9, 2018.

⁷ *Astrid Stadler*, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tübingen 1996, 7.

⁸ *Friedrich Carl v. Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band III, Berlin 1840, 312 f.; *Wilhelm Felgentraeger*, *Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre*, Leipzig 1927, 31 ff.

⁹ *Friedrich Carl v. Savigny*, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Band II, Berlin 1854, 257; *Felgentraeger*, *Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre*, oben Fn. 8, 33 f.; *Dieter Haag Molkenteller*, *Die These vom dinglichen Vertrag*, Frankfurt a. M. 1991, 86 f.; *Jens T. Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?* Tübingen 2006, 121.

¹⁰ Inst. 2.1.40.

¹¹ D. 41.1.36.

¹² Für die Gleichsetzung von diesen zwei Prinzipien *Hans Brox*, *Allgemeiner Teil*, 36. Aufl., München 2012, Rn. 117; *Hans-Martin Pawlowski*, *Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., Heidelberg 2003, Rn. 591; *Bernd Rütters*, *Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., München 1993, Rn. 285; *Karl Larenz*, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 13. Aufl. München 1986, § 39 II d (19). Vgl. auch *Claude Witz*, *Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété*, Festschrift für Günther Jahr (1993), 533.

¹³ *Stadler*, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, oben Fn. 7, 114, 277, 732; in dieser Richtung auch *Heinrich Honsell*, *Tradition und Zession – kausal oder abstrakt?* FS *Wiegand*, Bern-München 2005, 357 ff.

¹⁴ Freilich lassen sich auch in modernen deutschen Rechtsliteratur die Beiträge finden, die die reale Bedeutung des Trennungsprinzips vollkommen richtig einschätzen (vgl. *Stefan Habermeyer*, *Das Trennungsdenken*, AcP 195 (1995), 283; *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?* oben Fn. 9, 113 ff.; *M. Pietrek*, *Konsens über Tradition?* Tübingen 2015). Diese reale Bedeutung liegt eben darin, dass das „es sich beim Trennungsprinzip nichts anderes als den Ausdruck einer universal geltenden, namentlich die europäischen Privatrechtsordnungen prägenden Notwendigkeit [handelt], bei allen auf Übertragung von subjektiven Rechten gerichteten Transaktionen zwei unterschiedliche rechtliche Momente sowohl in den Rechtsfolgen als auch tatbestandlich auseinanderzuhalten: die dingliche und die obligatorische Seite einen jedenfalls wirtschaftlich, in vielen Fällen auch tatsächlich einheitlichen Vorgangs“ (*Habermeyer*, AcP 195 (1995), 283). Insgesamt besteht ein Gesamtkonsens darüber, dass es unmöglich ist ohne Trennungsprinzip das eigenständige Sachenrecht und Konzept des selbständigen dinglichen Rechtes zu etablieren (*Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?* oben Fn. 9, 112, s. dazu detailliert unten, bei der Zusammenfassung).

mit der hypothetischen Geltung des Trennungsprinzips als Teil des Kausalitätsprinzips zu beschäftigen, wenn es dieses Kausalitätsprinzip in Deutschland gar nicht gibt. Aber eben deswegen können die Argumente aus dem deutschen Diskurs für das georgische Recht nicht immer fruchtbar gemacht werden.

III. Anhaltspunkte für das Trennungsprinzip im ZGB

Nach einer Auffassung sei das georgische ZGB so konzipiert, dass es keine Trennung zum Ausdruck bringen soll. Die Vertreter dieser Auffassung weisen zunächst auf Art. 186 ZGB – der Tatbestand der Eigentumsübertragung – hin, wonach das dingliche Geschäft tatsächlich nicht erwähnt ist. Nach dieser Vorschrift ist für die Eigentumsübertragung neben dem Kausalgeschäft nur noch *traditio* – Realakt der Besitzverschaffung notwendig. Das ist ein beachtliches Argument gegen die Trennung, aber diese kann man mit Verweis auf Art. 714 des schweizerischen ZGB entkräften, wo auch keine Rede vom dinglichen Geschäft ist, aber es in der Schweiz eindeutig anerkannt ist. Davon abgesehen verweisen die generelle Systematik,¹⁵ die Formulierungen einiger gesetzlicher Vorschriften und gesetzlich geregelter Rechtsfiguren des georgischen ZGB eindeutig auf den Trennungsgedanken:

1. Zunächst ist da Art. 477 ZGB,¹⁶ der die vertragstypischen Pflichten des Kaufvertrages bestimmt: Hier ist, genauso wie in § 433 BGB, von der Verpflichtung zur Besitzverschaffung und Verpflichtung zur Eigentumsübertragung gesondert die Rede. Das bedeutet, dass nur aus dem Abschluss des Kaufvertrages und der Besitzübergabe für seine Erfüllung kein automatischer

Eigentumsübergang folgt, sondern diese Übergabe des Eigentums durch einen separaten Rechtsakt erfolgen soll. Dieser separate Rechtsakt kann aber nur das Verfügungsgeschäft in Form des dinglichen Vertrages sein.

2. Im Sachenrecht ist, neben dem Eigentumsübergangstatbestand, der Tatbestand des Eigentumsvorbehalts geregelt, nämlich in Art. 188 ZGB,¹⁷ dessen Wesen und Mechanismus ohne dinglichen Vertrag nicht zu erklären ist. Aufschiebend bedingt kann nur der Vertrag und nicht der Realakt der *traditio* (Besitzübergabe) sein.¹⁸ Wenn es aber keinen dinglichen Vertrag gibt, dann könnte nur der Kaufvertrag bedingt geschlossen werden.¹⁹ Dann ist unverständlich, warum der Eigentumsvorbehalt im Sachenrecht geregelt ist. Wenn der Kaufvertrag bedingt ist, dann ist er wirklich bedingt, d. h. für beide Seiten – bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung wird der Käufer nicht Eigentümer, aber auch der Verkäufer hat keinen Anspruch auf die Zahlung des Kaufpreises.²⁰ Diese ungewollte Folge des bedingten Kaufvertrages versuchen die Franzosen mit verschiedenen Konstruktionen zu überwinden – dogmatisch sauber scheinen diese aber nicht zu sein.²¹ Insofern stellt ein unbedingt geschlossener Kaufvertrag und das bedingte Übereignungsgeschäft den bestmöglichen Ausgleich von den gegenseitigen Interessen dar, dafür muss aber zunächst der dingliche Vertrag anerkannt werden.

3. Ohne Trennungsprinzip ist nicht zu erklären, was das in Art. 102 ZGB²² (fast wortgleich zu § 185 BGB) ge-

¹⁵ Etwa, dass dem georgischen ZGB zugrundeliegendes Pandektensystem notwendigerweise auf die Existenz von Trennungsprinzip hindeutet und das souveräne Sachenrecht ohne dingliches Geschäft undenkbar ist, dazu *Jakob Fortunat Stagl*, Eigentumsübertragung beim Kauf beweglicher Sachen im DCFR und CESL, *RabelsZ* 79 (2015), 388 f.; *Horst Heinrich Jakobs*, Gibt es den dinglichen Vertrag? *ZRG RA* 119 (2002), 287 ff.; *Hans Brandt*, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, Leipzig 1940, 66 f.; Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, hrsg. von Benno Mugdan, Band III, Berlin-Leipzig 1899, 2, 5.

¹⁶ **Art. 477 Begriff. Inhalt.** (1) *Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen sowie die damit verbundenen Dokumente und die Ware zu übergeben. ...*

¹⁷ **Art. 188 Eigentumsvorbehalt.** (1) *Hat der Veräußerer sich vorbehalten, dass die Übertragung des Eigentums auf den Erwerber nur nach der Zahlung des Kaufpreises der Sache erfolgen kann, so wird vermutet, dass die Übertragung des Eigentums auf den Erwerber nach der vollständigen Zahlung des Kaufpreises erfolgt. Gerät der Erwerber mit der Zahlung in Verzug und erklärt der Veräußerer den Rücktritt, so müssen die wechselseitig bereits erbrachten Leistungen zurückerstattet werden. ...*

¹⁸ *Honsell*, FS Wiegand, oben Fn. 13, 353; *ders.*, *Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, § 14.

¹⁹ *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 7, 278 ff.

²⁰ *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 7, 280.

²¹ *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 7, 279.

²² **Art. 102 Verfügung eines Gegenstands durch einen Nichtberechtigten.** (1) *Die Verfügung eines Gegenstands durch einen Nichtberechtigten ist wirksam, wenn sie mit vorheriger Zustimmung*

regelte „Verfügungsgeschäft“ bedeutet. Die Anerkennung der Verfügung, die als Oberbegriff sowohl den dinglichen Vertrag als auch die Forderungsabtretung und generell die Rechtsübertragung erfasst, ist eben die direkte Anerkennung des Trennungsprinzips,²³ da dieses Prinzip nichts anderes als die Trennung zwischen dem schuldrechtliche Geschäft und dem Geschäft, wodurch direkt auf die dingliche Rechtslage eingewirkt wird, ist.²⁴

Genauso sieht auch Art. 982 I, II ZGB als eine Form des Eingriffs in fremde Rechtspositionen durch Verfügung über fremdes Recht²⁵ und Möglichkeit der Genehmigung dieser Verfügung durch den Berechtigten²⁶

mung des Berechtigten erfolgt. (2) Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt.

²³ Larenz, Schuldrecht Besonderer Teil, oben Fn. 12, § 39 II d (16), Habermeier, AcP 195 (1995), oben Fn. 14, 288 Anm. 1; Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 7, 7.

²⁴ Das eigenständige Verfügungsgeschäft ist ein wichtiges Glied der Gestaltungsfreiheit. Wenn man neben den Kaufvertrag für die Eigentumsübertragung noch ein anderes Rechtsgeschäft braucht, dann kann man dieses andere Geschäft auch anders gestalten. Als Beispiel dar der Fall angeführt werden, wenn einer dem anderen eine Vollmacht gibt in seinen Namen einen Kaufvertrag abzuschließen, aber gibt ihm keine Verfügungsbefugnis über die Sache. Trotzdem mach der Vertreter beides, schließt nicht nur den Kaufvertrag ab, sondern verfügt auch über die Sache in fremden Namen. Nach der Klärung der tatsächlichen Lage ist der Verkäufer damit einverstanden, dass der Käufer der Eigentümer wird, aber ohne ausgeprägten Konzept des Verfügungsgeschäftes, bleibt unklar was er genehmigen soll nach Art. 102 II ZGB – Den Kaufvertrag kann er natürlich nicht genehmigen, da er sowieso wirksam ist, aber den Realakt darf er nicht genehmigen, da er eine faktische Handlung und somit genehmigungsunfähig ist. Somit bleibt es dem Verkäufer ein einziger Weg übrig, er soll dem Käufer die Sache von Anfang an übereignen.

²⁵ Vgl. dazu detailliert BGHZ 29, 159; BGH WM 1975, 1180; RGZ 88, 359; E. v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel (1954), 357; Lorenz, in Staudinger BGB, 15. Aufl., 2007, § 816 Rn. 23; Schwab, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 2017, § 816 Rn. 4; D. Medicus/J. Petersen, Bürgerliches Recht, 24. Aufl., München 2013, Rn. 726; Wendehorst, in Beck OK BGB, 43. Aufl., 2017, § 816 Rn. 16.

²⁶ BGH NJW 1951, 1452; BGH NJW 1972, 1197; RGZ 106, 44; BGH NJW 1960, 860; BGH NJW 1991, 695; K. Larenz/C.-W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, II/2, München 1994, § 69 II 1c; Schwab, in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 816 Rn. 34; Lorenz, in Staudinger BGB, 15. Aufl., 2007, § 816 Rn. 9; dazu zunächst: P. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin 1919, § 816 Anm. 1a; A. v. Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB, II, München 1918 \odot F. Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 105 (1909) 354; vgl. für diesbezügliche Rechtssprechung RG 12.3.1923 (IV); RGZ 106, 44; RG 211.10.1926 (IV); RGZ 115, 31; D. König, Gutachten und

(Art. 982 II ZGB). Nach dieser Vorschrift stellt die Verfügung ein Rechtsgeschäft (und kein Realakt) dar, womit unmittelbar auf die fremden Rechtspositionen eingewirkt wird. Deswegen kann darunter nur das dingliche Geschäft (und andere Verfügungsgeschäfte, d. h. die von der obligatorischen Einigung zu trennende Geschäfte) verstanden werden, da der Kaufvertrag oder ein anderes obligatorisches Geschäft selbst, wenn sie über eine fremde Sache abgeschlossen wird, keine unmittelbare Einwirkung auf die dinglichen Rechtspositionen hat und damit in diese Rechtspositionen nicht eingegriffen werden kann.

In diesen Zusammenhang gehört auch das im Sachenrecht geregelte Abtretungsgeschäft.²⁷ Aus systematischer Stellung und Inhalt dieser Vorschriften ist eindeutig, dass die Abtretung eine vom Forderungskauf bzw. Forderungsschenkung usw. zu trennendes eigenständiges Verfügungsgeschäft darstellt.²⁸ Ansonsten wäre es unerklärbar was das im Sachenrecht, in Art. 199 II 1 ZGB geregelte Abtretungsgeschäft sein sollte. Eindeutig ist es, dass darunter weder der Kaufvertrag über die Forderung noch ein anderes obligatorisches Geschäft über die Forderung gemeint ist, da es dann nämlich nicht so einleuchtend wäre, was diese Vorschrift im Sachenrecht verloren hat. Darüber hinaus kann mit einem Kaufvertrag niemand an einen anderen eine Forderung übertragen; durch den Kaufvertrag kann man nur eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung eingehen (Art. 477 ZGB). Im Gegensatz dazu ist in Art. 199 II 1 ZGB von einem Geschäft die Rede wodurch diese Forderungsübertragung tatsächlich erfolgt. Deswegen kann das in dieser Vorschrift erwähnte Geschäft nur das „dingliche“²⁹ Abtretungsgeschäft, d. h. ein Verfügungsgeschäfts, sein.³⁰ Dann ist ziemlich unklar warum die Eigentumsübertragung eben nur der Realakt sein soll.

Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, Köln 1981, 1552.

²⁷ **Art. 199 ZGB. Forderungsabtretung.** (2) Die Abtretung der Forderung wird durch Vertrag zwischen dem Inhaber der Forderung und dem Dritten durchgeführt. In diesem Fall tritt der Dritte an die Stelle des früheren Inhabers.

²⁸ Vgl. dazu Honsell, FS Wiegand, oben Fn. 13, 366 ff.

²⁹ Obwohl die Abtretungsgeschäft und dingliches Geschäft ihren Natur nach identisch sind, ist es terminologisch falsch den Ersteren als „dinglichen“ Geschäft zu bezeichnen, da die Forderung keine Sache ist.

³⁰ Vgl. dazu Honsell, FS Wiegand, oben Fn. 13, 366 ff.

4. Das in Art. 324 ZGB³¹ geregelte Veräußerungsgeschäft, das von dem zur Veräußerung verpflichtenden obligatorischen Geschäft zu trennen ist, ist ein weiter Nachweis des Trennungsprinzips. Hierzu gehört noch Art. 114 ZGB,³² der eine wortgleiche Übernahme des § 181 BGB darstellt und vom Erfüllungsgeschäft spricht, d. h. von dem Rechtsgeschäft wodurch ein anderes Rechtsgeschäft erfüllt wird. Das ist eine typische Beziehung zwischen dem schuldrechtlichen Kausal- und dem dinglichen Erfüllungsgeschäft.

5. Wenn es im georgischen Recht kein dingliches Rechtsgeschäft gibt bleibt unklar, was die im Sachenrecht normierte Dereliktion (Art. 184 ZGB), der Verzicht auf die Hypothek (Art. 299 ZGB), auf Pfandrecht (Art. 272 ZGB) oder auf ein anderes dingliches Recht (z. B. 238 I) ist. Diese sind alle einseitige Rechtsgeschäfte und natürlich keine reinen Realakte. Für ihre Vornahme ist ein rechtsgeschäftlicher Wille erforderlich.³³ Aber wenn diese Akte eben Rechtsgeschäfte sind, sollten sie in die Kategorie des dinglichen Rechtsgeschäftes fallen, da sie keine schuldrechtliche Wirkung haben. Dann ist aber schwer zu erklären, dass das georgische Recht nur einseitige dingliche Rechtsgeschäfte kennt und keine zweiseitigen, nämlich die Übereignung.

Darüber hinaus gibt es im georgischen Sachenrecht jede Menge Vorschriften die eine Möglichkeit der Gestaltung des dinglichen Rechtes durch Parteivereinbarung zulassen, etwa der Verfallsklausel im Pfand- oder Hypothekenrecht (Art. 260¹, 300 I, 301 I¹ ZGB).³⁴ Wenn

es aber kein dingliches Geschäft gibt, sind alle diese Vorschriften ein Teil der schuldrechtlichen Vereinbarung und sollten dann im besonderen Schuldrecht unter dem Titel „Pfandvertrag“ bzw. „Hypothekenvertrag“ usw. stehen.³⁵

Aber mit all diesen Vorschriften und einer generellen Betrachtung, dass die Rezeption des deutschen Gütertransfersystems nirgendwo ohne Trennungsprinzip erfolgt ist, konnte man die georgischen Skeptiker nicht überzeugen. Genauso wenig wie mit dem Argument, dass im Unterschied zum Institutionensystem, das dem ZGB zugrunde liegende Pandektensystem notwendigerweise auf die Existenz des Trennungsprinzips hindeutet und der dingliche Vertrag das konstruktive Korrelat eines souveränen Sachenrechts darstellt.³⁶ Aber ohne dingliches Geschäft und mit unserem im Gesetz geregelten Traditionsprinzip landen wir bei der spanischen Lösung, bei dem sog. Mittelweg einer romanischen Rechtsordnung, wo das Einheitsprinzip durch das Traditionsprinzip ergänzt wird (vgl. dazu unten). Ein absonderliches Ergebnis, wenn man bedenkt, dass wir mit der Rezeption des deutschen Rechtes begonnen haben. Spanier gehen genauso wie die Franzosen davon aus, dass der schuldrechtliche Vertrag alles enthält, was mit der Verfügung zusammenhängt, aber im Unterschied zu Frankreich, ist noch die Besitzverschaffung für den Eigentumsübergang erforderlich. Aber da auch für das spanische Recht Ausgangspunkt das Einheitsprinzip bildet, sollten wir einen kurzen Blick auf die Rechtsordnung werfen, die in dieser Hinsicht den paradigmatischen Charakter hat, nämlich auf Frankreich.

³¹ **Art. 324 Umfang eines Vertrages über die Belastung einer Sache.** Verpflichtet sich eine Person zur Veräußerung oder Belastung ihrer Sache, so erstreckt sich diese Verpflichtung auch auf das Zubehör der Sache, soweit in dem Vertrag nichts anderes vorgesehen ist.

³² **Art. 114 Unzulässigkeit des Insichgeschäfts.** Sofern nichts anderes vereinbart ist, kann ein Vertreter nicht im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft für die Erfüllung irgendeiner Verpflichtung schon besteht.

³³ Vgl. Enneccerus/Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957, § 78 II 1 b (290); Kohler, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 875 Rn. 1 ff.; Damrau, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 1255 Rn. 1.

³⁴ **Art. 260¹ Übergang des Pfandgegenstandes ins Eigentum des Gläubigers (Pfandgläubigers) (29.06.2007 N5127-RS).** Der Pfandgegenstand kann aus den in diesem Gesetz vorgesehenen Gründen ins Eigentum des Gläubigers (Pfandgläubigers) nur im Falle des eingetragenen Pfandrechts übergehen. Darauf ist ausdrücklich im Vertrag hinzuweisen (29.06.2007 N5127-RS).

Art. 300 Übergang der mit Hypothek belasteten unbeweglichen Sache ins Eigentum des Gläubigers (Hypothekengläubigers) (29.06.2007 N5127-RS). 1. Verzögert der Eigentümer einer mit Hypothek belasteten unbeweglichen Sache die Befriedigung der mit Hypothek gesicherten Forderung, so kann die mit Hypothek belastete unbewegliche Sache auf einen gemeinsamen Antrag des Gläubigers und des Schuldners beim Grundbuchamt ins Eigentum des Gläubigers (Hypothekengläubigers) übergehen (25.12.2013 N1864-RS).

³⁵ Darüber hinaus, wenn man zulässt, dass die Ausgestaltung des Inhalts des dinglichen Rechtes (etwa der Verfallsklausel für Pfand- oder Hypothekenrecht) nur im Rahmen der obligatorischen Vereinbarung erfolgt, bleibt es unklar mit welchem Inhalt es an den Dritten übergehen soll, da die schuldrechtliche Vereinbarungen nur *inter partes* wirken, vgl. dazu in der Zusammenfassung.

³⁶ Stagl, RabelsZ 79 (2015), oben Fn. 15, 388.

IV. Zum Trennungsgedanken im französischen Recht

Im französischen Recht ist das Trennungsprinzip ausdrücklich verworfen.³⁷

Die Zurückweisung von diesem als zu „deutsch“ verstandenen Prinzip wird im französischen Recht damit begründet, dass es im Gesetz nirgendwo zum Ausdruck kommt, dass es für die Übereignung außer dem Kaufvertrag noch ein Verfügungsgeschäft erforderlich sei. Mit dem Abschluss des Kaufvertrages geht das Eigentum an den Käufer über: „... la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé“.³⁸

Trotzdem ist dem französischen Privatrecht, ungeachtet entgegenstehender Stimmen in der Literatur, der Trennungsgedanke durchaus bekannt,³⁹ wenn gleich es im Code civil nicht zum Ausdruck kommt.⁴⁰ Auch im französischen Recht gibt es bestimmte Fälle, in denen der Kaufvertrag allein keinen Eigentumsübergang bewirkt. Das ist etwa der Fall des Gattungskaufs und Kauf der noch nicht entstandenen Sachen. In beiden Fällen ist es faktisch unmöglich, dass bereits mit dem Abschluss des Kaufvertrags das Eigentum auf den Käufer übergeht.⁴¹ Im Falle des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt ist der sofortige Eigentumsübergang zwar möglich, aber von den Parteien nicht gewollt. In all diesen Fällen tritt neben dem Kaufvertrag noch eine weitere Handlung zur Eigentumsübertragung hinzu: die Spezifikation (Individualisation) der Gattungsschuld;⁴² die Zahlung des vom Käufer geschuldeten Kaufpreises; oder das Entstehen der Sache. Man kann diese Liste der Durchbrechung des Einheitsprinzips⁴³ noch weiterführen: Die rechtsgeschäftliche Forderungszession bedarf in Frankreich außer dem Kaufvertrag (bzw. anderen Schuldvertrag) für die Wirksamkeit der Abtretung noch regelmäßig eine Abtretungsanzeige an den

Schuldner.⁴⁴ Damit weist die französische Forderungsabtretung einige Züge der Rechtsübertragung des deutschen Sachenrechts auf.⁴⁵ D. h. wenn die Parteien ihr Geschäft vollständig durchführen wollen, kommen sie ohne mehrere Akte nicht aus. Auch bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Orderpapieren setzt der Kaufvertrag zwar nur einen Parteikonsens voraus, die Übertragung des Rechts bedarf aber eines zusätzlichen Aktes: das Indossament und die Übergabe des Papiers.⁴⁶

Wie man sieht, kennt somit auch das französische Recht die Konstellationen, bei denen außer dem schuldrechtlichen Vertrag noch etwas Zusätzliches für den Eigentumsübergang erforderlich ist,⁴⁷ hat für ihn aber keine ausgeformte Rechtsfigur zur Verfügung. Dann stellt sich aber die Frage, warum man dennoch so nachdrücklich die Konzeption des dinglichen Vertrages bekämpft.

V. Kritik am Trennungsprinzip

Die Kritik am Trennungsprinzip hat eine lange Geschichte. Bereits *Otto v. Gierke*⁴⁸ bezeichnete es als ei-

³⁷ Larenz, Schuldrecht Besonderer Teil, oben Fn. 12, § 39 II c (16); Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Band I, Tübingen 1971, § 15 (213 ff.); Witz, FS Jahr, oben Fn. 12, 547.

³⁸ Art. 1583 CC.

³⁹ Habermeier, AcP 195 (1995), oben Fn. 14, 287.

⁴⁰ Art. 1138, 1583 Code civil.

⁴¹ Habermeier, AcP 195 (1995), oben Fn. 14, 287.

⁴² Witz, FS Jahr, oben Fn. 12, 538 ff.

⁴³ Vgl. Witz, FS Jahr, oben 12, 543.

⁴⁴ Art. 1690 Code civil.

⁴⁵ Habermeier, AcP 195 (1995), oben Fn. 14, 289.

⁴⁶ Habermeier, AcP 195 (1995), oben Fn. 14, 289 und dort angegebene Literatur.

⁴⁷ Darüber hinaus kennt das französische Recht sogar einen abstrakten Tatbestand des Eigentumserwerbs: auch das französische Recht, wie jede andere entwickelte Rechtsordnung, kennt den gutgläubigen Eigentumserwerb, wenn der Erwerber, der von einem Nichtberechtigten die Sache erwirbt, trotzdem der Eigentümer wird (vgl. Art. 2279, 2268 CC a. F., Cour de cassation, 20.02.1996, Bull. civ. 1996 I Nr. 96, 66; Cour d'appel de Paris, 15.02.1961 (Dame Morel d'Arleux c. Desourtheau et autres). Zwar kann der Erwerber von einem Nichteigentümer durch das Rechtsgeschäft kein Eigentum erwerben, da niemand mehr übertragen kann als er selbst hat – *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, aber in diesem Fall wird der gutgläubiger Erwerber mit dem Besitzerwerb trotzdem Eigentümer und der frühere Eigentümer kann von ihm die Sache nicht mehr herausverlangen, es sei denn die Sache war gestohlen oder verloren worden. Das Gleiche gilt für den Fall, wenn Recht des Erwerbers auf das Eigentumserwerb mit *ex post-* oder *ex ante-*Wirkung unwirksam wird. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn der gutgläubiger Erwerber das Eigentum erwirbt. Somit stellt der Besitzerwerb einen selbständigen Rechtsgrund für den Eigentumserwerb, die abstrakt ist, d. h. unabhängig von den restlichen Voraussetzungen des rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs.

⁴⁸ O. v. Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889, 336; „... ist es doch eine dokt-

ne „doktrinäre Vergewaltigung des Lebens“, wenn man für den Kauf von paar Handschuhen drei Rechtsgeschäfte abschließen soll.⁴⁹ Und dieser Einwand ist heute noch sehr beliebt. Ihn kann man aber ziemlich leicht entschärfen. Sie basiert auf dem Verständnis des Rechtsgeschäftes als einer tatsächlichen Handlung, was heute noch ziemlich verbreitet ist,⁵⁰ nichtsdestotrotz ist er aber falsch.⁵¹ Zwar spricht *Gierke* korrekterweise von „zwei verschiedene(n) Betrachtungsformen“, er versäumt aber dessen Bedeutung zu erläutern und die Notwendigkeit zu verdeutlichen.⁵² Tatsächlich stellt das Trennungsprinzip ein Ausdruck der Notwendigkeit dar, dass bei einzelnen faktischen Geschehnissen zwei Fragen voneinander getrennt werden sollte, die zwei verschiedene Seiten des faktischen Tatbestandes darstellen und sich voneinander sowohl in Bezug auf Rechtsfolgen als auch in Bezug der faktischen Voraussetzungen unterscheiden: Z. B. die Tatsache, dass der Verkäufer nicht der Eigentümer der Sache gewesen ist, ist vollkommen bedeutungslos für die Wirksamkeit des

von ihm geschlossenen Kaufvertrages. Im Gegensatz dazu ist diese Tatsache von entscheidender Bedeutung für den Tatbestand des Eigentumserwerbs (wird der Erwerber nach Art. 186 I ZGB Eigentümer oder nur unter den Voraussetzungen der Art. 187 I ZGB). Genauso ist die Tatsache, dass die verkaufte Sache schon längst untergegangen ist für die Wirksamkeit des über sie geschlossenen Kaufvertrages unwichtig. An einer untergegangenen Sache kann aber niemand Eigentum erwerben.

Somit postuliert das Trennungsprinzip eine Mehrheit von Tatbeständen und nicht notwendig eine Mehrheit von Sachverhalten. Daraus folgt nicht die Wirksamkeit der dinglichen Verfügung unabhängig vom Kausalgeschäft, aber umgekehrt – die Wirksamkeit und Geltung des Kausalgeschäftes dann, auch wenn das dingliche Geschäft außer Kraft gesetzt wird. Diese Zergliederung in zwei rechtliche Tatbestände, die an verschiedene Voraussetzungen gebunden sind, erlaubt, den Eigentumsübergang scheitern zu lassen, selbst wenn das Verpflichtungsgeschäft wirksam bleibt. Ohne das Trennungsprinzip ist das eigentlich ein ziemlich schwer zu bewältigendes Problem, weil, wenn es kein dingliches Geschäft gibt, der schuldrechtliche Grund sozusagen alle Wirkungen absorbiert. Das führt dazu, dass sich jede Veränderung hinsichtlich des schuldrechtlichen Vertrages unmittelbar auf der dinglichen Ebene auswirkt. So kann der Eigentumsübergang teilweise nicht rückgängig gemacht werden, ohne gleichzeitig das Verpflichtungsgeschäft außer Kraft zu setzen, obwohl der Eigentumsübergang manchmal oder sogar oft bestehen bleiben soll.

Solch allgemeinen Überlegungen reichen wohl nicht aus, um das Trennungsprinzip für das georgische Recht zu verfechten. Dessen Gegner lassen sich auf dogmatische Diskussion gar nicht ein, sondern machen nur den ganz einfachen Einwand geltend:⁵³ Was bringt das für die Praxis? Deswegen könnten wir an dieser Stelle auf Kasuistik nicht verzichten.

rinäre Vergewaltigung des Lebens wenn der Entwurf durch lehrbuchartige Sätze uns zwingt, die einfachste Veräußerung einer beweglichen Sache in mindestens drei voneinander rechtlich ganz unabhängige juristische Vorgänge zu zerlegen. Wer in einen Laden geht und ein Paar Handschuhe kauft, die er sofort bezahlt und mitnimmt, muß fortan sich stets vor Augen halten, daß dreierlei geschehen ist: 1. es ist ein obligationenrechtlicher Vertrag geschlossen und das aus ihm entstandene Schuldverhältnis durch Erfüllung getilgt; 2. es ist ein von diesem Rechtsgrunde völlig losgelöster dinglicher Vertrag hinsichtlich der Übertragung des Eigentums geschlossen; 3. es ist außer diesen zwei Rechtsgeschäften eine Übergabe vorgenommen, die, zwar eine Rechtshandlung, aber kein Rechtsgeschäft ist. Sind das nicht bare Fiktionen? Indem nun aber zwei gegeneinander selbständige Verträge erdichtet werden, wo es sich in Wahrheit nur um zwei verschiedene Betrachtungsformen eines einheitlichen Rechtsgeschäftes handelt, wird nicht nur der wirkliche Hergang auf den Kopf gestellt, sondern auch das materielle Recht durch Überspannung eines formalen Gedankens geschädigt.“

⁴⁹ Dazu auch *E. Strohal*, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* (JherJb) 27 (1889), 337; *A. Bechmann*, Der Kauf nach gemeinem Recht I: Geschichte des Kaufs im römischen Recht, Erlangen 1876, 608; *შორო*. Vgl. für die nachfolgende Kritik aus national-sozialistischen Perspektive, die das Trennungsprinzip als römisch-rechtlichen Relikt bekämpft hat *H. Lange*, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, Tübingen 1933, 20.

⁵⁰ Vgl. z. B. *K. Larenz*, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., München 1989, § 18 II d (315).

⁵¹ *Habermeier*, AcP 195 (1995), oben Fn. 11, 287; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? oben Fn. 9, 115.

⁵² *Habermeier*, AcP 195 (1995), oben Fn. 11, 287.

⁵³ Abgesehen von dem Argument, dass es nirgendwo im Gesetz normiert ist, was, wie wir oben gesehen haben, nicht zutrifft.

VI. Willensmängel und Gestaltungsfreiheit

Das ist aber nicht so schwierig auf die konkreten Fälle zu verweisen, wo das Trennungsprinzip eine Bedeutung erlangen könnte, weil es tatsächlich eine Vielzahl von Konstellationen gibt, bei denen jemand kein Eigentum erwerben soll, obwohl das schuldrechtliche Kausalgeschäft wirksam und auch die Übergabe erfolgt ist. Wie oben schon angemerkt wurde, ist es ohne Trennungsprinzip normalerweise unmöglich den Eigentumsübergang scheitern zu lassen ohne auch das Kausalgeschäft nichtig zu erklären, was zu unerwünschten Ergebnissen führt.

1. Minderjähriger bzw. geisteskranker Erwerber

Man denke etwa an den minderjährigen Erwerber: Die Eltern schließen für ihr 10-jähriges Kind einen Kaufvertrag, woraus das Kind einen wirksamen Übereignungsanspruch erwirbt. Wenn drei Tage später der Verkäufer für die Übereignung kommt, findet er nur das Kind zu Hause und übergibt ihm die Sache. Ist hier das Eigentum an das Kind übergegangen? Eigentlich liegen hier alle gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen vor – eine gültige *causa* und eine zum Erfüllungszweck erfolgte Übergabe durch den Verkäufer, weil für den Realakt der Besitzverschaffung nur ein natürlicher Wille erforderlich ist,⁵⁴ was der Zehnjährige sicherlich hat. Aber trotzdem ist es klar, dass der minderjährige Gläubiger hier kein Eigentum erwerben soll, da ihm damit sein Anspruch aus dem Kaufvertrag verloren geht, es sich um ein für ihn nachteiliges Geschäft handelt. Wenn das Kind die Sache gleich nach der Übergabe aus dem Fenster wirft, soll es die Übereignung einer anderen Sache fordern dürfen, was auch von dem Minderjährigenschutz erfasst ist.⁵⁵ Das deutsche Recht hat eine sehr feine Lösung dieser Fälle entwickelt – der Minderjährige erwirbt zwar Eigentum, aber das gilt nicht als Erfüllung, weil ihm die Empfangs-

kompetenz fehlt.⁵⁶ Diese Trennung zwischen Eigentumserwerb und Erfüllungswirkung setzt nicht nur das Trennungsprinzip, sondern auch eine innere Abstraktion zwischen Kausalgeschäft und Übereignung voraus, die im georgischen Recht nicht zu verwirklichen ist. Deswegen ist die einzige gerechte Lösung den Eigentumsübergang an den Minderjährigen scheitern zu lassen, damit er, wenn er die Sache aus dem Fenster wirft, zumindest eine fremde Sache zerstört. Aber woran könnte man diesen Eigentumserwerb scheitern lassen? Nur ein dingliches Geschäft könnte ein rechtsgeschäftliches Willensmoment enthalten und nur auf der Ebene der dinglichen Willenseinigung könnte man wegen Willensmangel des Minderjährigen die Übereignung scheitern lassen. Dafür braucht man aber zunächst das Trennungsprinzip.

Die gleiche Konstellation kann man für den Geisteskranken bilden. Und das gilt überhaupt für alle Fälle bei denen der Eigentumserwerb an Willensmängel oder an gesetzlichen Verbot scheitern soll, trotz der Wirksamkeit des Kausalgeschäftes. Man denke etwa an Erwerbsverbote usw.

2. Anfechtung des dinglichen Geschäftes

Die separate Anfechtbarkeit des dinglichen Geschäftes ist natürlich nur dann gewährleistet, wenn es dieses überhaupt gibt. Diese Anfechtung ist im praktischen Leben nicht ganz bedeutungslos. Es ist nicht immer zusammen mit der Übereignung auch das ihr zugrunde liegende Geschäft aus der gleichen (Fehleridentität) oder aus irgendwelchem anderen Grund anfechtbar.⁵⁷ Abgesehen von dem für Georgien eher lehrbuchartigen Fall, wie etwa die irrtümliche Übereignung der

⁵⁴ H. J. Wieling, Sachenrecht, Band 1, 2. Aufl., Heidelberg 2006, § 2 IV 2 c (98).

⁵⁵ Helmut Kohler/Heinrich Lange, BGB Allgemeiner Teil, 42. Aufl., München 2018, § 10 Rn. 18; vgl. dagegen Manfred Harder, Die Erfüllungsannahme durch den Minderjährigen, lediglich ein rechtlicher Vorteil, JuS 1977, 151.

⁵⁶ Andreas Wacke, Nochmals - Die Erfüllungsannahme durch den Minderjährigen - lediglich ein rechtlicher Vorteil? JuS 1978, 83.

⁵⁷ S. für die separate Anfechtbarkeit des dinglichen Geschäftes Theo Mayer-Maly, in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1993, § 142 Rdn. 19; Stefan Grundmann, Zur Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts, JA 1985, 82; OLG Hamm VersR 1975, 814 f.; Heinrichs, in Palandt BGB Kommentar, 73. Aufl. 2014, § 142 Rn. 4; Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, hrsg. von Benno Mugdan, Band I, 473; Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung unveröffentlichter Quellen, Berlin-New York 1985, 738 ff., 77; Hans-Peter Haferkamp, Anfechtung von Grund- und Erfüllungsgeschäft, Jura 1988, 512.

Auster inklusive Perle,⁵⁸ kann man auch in Georgien den Kaufvertrag durchaus ohne Irrtum abschließen, dann aber bei der Eigentumsübertragung einen Irrtum begehen. Man denke etwa an den Gattungskauf, woraus der Verkäufer eine Sache mittlerer Qualität schuldet (Art. 380 ZGB), dann sich aber vergeift und eine andere Sache gleicher Gattung übergibt, die aber dreimal so viel kostet als die mittelmäßige Sache. Oder der Verkäufer irrt über die Kreditwürdigkeit seines Gegenübers und verzichtet deswegen bei der Eigentumsübertragung auf den Eigentumsvorbehalt⁵⁹ – Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften der Person (Art. 74 II ZGB). In beiden Fällen hat der Verkäufer sich natürlich nicht beim Abschluss des Kaufvertrages oder bei der Abgabe der Tilgungsbestimmung, sondern nur beim dinglichen Einigungstatbestand geirrt. Ohne gesonderte Anfechtung des dinglichen Geschäftes ist das Ergebnis vollkommen ungerecht – es macht doch für den Verkäufer keinen Unterschied, ob er die Sache irrtümlicherweise verkauft, oder sie irrtümlicherweise übereignet hat.⁶⁰ In solchen Fällen das Eigentum endgültig übergehen zu lassen, ist mit den Grundsätzen der Privatautonomie nicht vereinbar, aber da man den Realakt nicht anfechten kann, ist der einzige sinnvolle Ausweg die Anerkennung des dinglichen Geschäftes. Diese separate Anfechtbarkeit des dinglichen Geschäftes bildet die Kehrseite von Gestaltungsfreiheit.

3. Gestaltungsspielraum durch Trennungsprinzip

Das Bild vervollständigen die Fälle bei denen nur durch das dingliche Geschäft eine sinnvolle Gestaltung von Kausalgeschäft und dem darauf bezogenen Erfüllungsakt erreicht werden kann. Dass die dogmatisch korrekte Gestaltung des Eigentumsvorbehalts nur mit Hilfe des dinglichen Geschäftes möglich ist haben wir oben schon erwähnt.

Darüber hinaus pflegt man in Georgien beim Kauf eines neuen Autos, im Vertragsformular auch die Seriennummer des Autos einzutragen – das Identifizierungsmerkmal eines konkreten Autos. Unter dem Trennungsprinzip wäre das kein Problem – es läge ein Kauf einer Gattungssache vor und eine Übereignung des durch die Seriennummer bestimmten konkreten Autos. Aber ohne diese Zergliederung mit Hilfe des Trennungsprinzips liegt hier eine Stückschuld vor – Kauf eines konkreten Autos. Ohne dingliches Geschäft gehört alles das, was im Vertrag steht zum Kaufvertrag. Dann hat aber der Käufer ein Problem, da das georgische Recht, im Unterschied zum deutschen, beim Stückkauf kein Nachlieferungsanspruch kennt (Art. 490 I ZGB). Wenn ein Stückkauf vorliegt und die gekaufte Sache untergeht, oder schon vorher untergegangen ist, tritt natürlich Unmöglichkeit ein und der Käufer kann nur Schadenersatz bzw. Rücktritt geltend machen. Ohne Trennungsprinzip ist diese Lösung zwingend. Dies ist aber keine sinnvolle Gestaltung des Kaufvertrages über ein neues Auto. Wer ein neues Auto kauft, will sich natürlich einen Nachlieferungsanspruch vorbehalten.

In diesem Zusammenhang gehört auch die registerrechtliche Gestaltung der Übereignung von Immobilien. Im georgischen öffentlichen Registerrecht gilt kein Bewilligungsprinzip.⁶¹ Man hat vor dem Registeramt nur den entsprechenden Vertrag vorzulegen, dieser bildet dann die Grundlage der entsprechenden Eintragung.⁶² Auch die Aufhebung der Eintragung passiert genauso. Abgesehen vom registertechnischen Fehler,⁶³ soll zunächst der der Eintragung zu Grunde liegende Vertrag durch das Gericht für unwirksam erklärt werden.⁶⁴ Nun gibt es auch Fälle, bei denen trotz der Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages die Eintragung gelöscht werden soll, aber was man zur Grundlage dieser Löschung macht, ist vollkommen unklar. Man denke an den Fall, wenn etwa der Verkäufer nach dem wirksam geschlossenen Grundstückskauf geisteskrank wird und die Eintragung in so einem Zustand vor-

⁵⁸ Michael Martinek, Die Perle in der Auster, JuS 1991, 710 ff.

⁵⁹ Haferkamp, Jura 1998, oben Fn. 57, 513; Harm Peter Westermann in Westermann/Eickmann, Sachenrecht, 7. Aufl., Heidelberg 1998, § 4 IV 1; RGZ 66, S. 385 ff.

⁶⁰ Vgl. Grundmann, JA 1985, oben Fn. 57, 84; Achim Lindemann, Die Durchbrechungen des Abstraktionsprinzips durch die höchstrichterliche Rechtsprechung seit 1900, Konstanz 1989, 53; Füller, Eigenständiges Sachenrecht? Oben Fn. 9, 144 mit weiteren Literaturnachweisen.

⁶¹ J. Wilhelm, Sachenrecht, 4. Aufl., Berlin-New York 2010, Rn. 582 ff.

⁶² Vgl. Art. 11 des Gesetzes über den öffentlichen Registeramt und Art. 12 der Instruktion des öffentlichen Registeramtes.

⁶³ Art. 26 I g) des Gesetzes über den öffentlichen Registeramt und Art. 17 I der Instruktion des öffentlichen Registeramtes.

⁶⁴ Art. 26 I b) des Gesetzes über den öffentlichen Registeramt und Art. 17 II der Instruktion des öffentlichen Registeramtes.

nimmt. Hier handelt es sich um einen Willensmangel, dieser könnte aber nur auf der Rechtsgeschäftsebene berücksichtigt werden. Wenn es aber außer dem Kaufvertrag keine anderen rechtsgeschäftlichen Ebenen gibt, müsste die Eintragung wirksam bleiben, was aber unrichtig ist.⁶⁵

4. Dingliches Geschäft und Veräußerungsverbot

Im Zusammenhang mit der Gestaltungsfreiheit gehört auch das Thema des Veräußerungsverbot, weil es nur mit dem Trennungsprinzip möglich ist, diesem Verbot die dingliche Wirkungen zu versagen, aber schuldrechtlich es (*inter partes*) dennoch zur Geltung zu bringen.⁶⁶ Die französische Konstruktion des Veräußerungsverbot ist minder überzeugend.⁶⁷

Ohne Trennungsprinzip ist es unmöglich die entgegengesetzten Interessen der Parteien im Falle der Vereinbarung eines Veräußerungsverbot zum Ausgleich zu bringen. Zum Beispiel: der Verkäufer verkauft ein vom Vater hinterlassenes Sofa, obwohl er vorher seinem Bruder versprochen hat, diese Sache nicht zu veräußern. Fraglich ist, inwieweit dieses (rechtsgeschäftliche) Verbot die Möglichkeit der Eigentumsübertragung an den Dritten beschränken soll. Nach dem deutschen Recht hat eine derartige Beschränkung keine dingliche Kraft (§ 137 BGB). Die Vereinbarung kann die Befugnis des Verfügenden das Eigentum an den Dritten zu übertragen nicht einschränken – im Falle der Verfügung erwirbt der Dritte das Eigentum durch das Rechtsgeschäft und nicht erst als gutgläubiger Erwerber. § 137 BGB darf mit dieser Funktion nur unter der Geltung des

Trennungsprinzips denkbar sein, d. h. nur dann, wenn obligatorische und dingliche Geschäfte voneinander getrennt sind. Diese Vorschrift steht zwar nicht im direkten Zusammenhang mit dem Abstraktionsprinzip – unabhängige Wirksamkeit des dinglichen Geschäftes von schuldrechtlicher *causa* – dient aber dem gleichen Zweck. Die Verkehrsfähigkeit der Sachen wäre deutlich eingeschränkt, wenn die im Schuldvertrag vereinbarte Bedingungen, sei es das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot oder der Entzug der Verfügungsbefugnis, den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb durch den Dritten stören könnte. Das deutsche Recht kommt mit Hilfe des § 137 BGB zu dem Ergebnis, dass das dingliche (Verfügungs-)Geschäft wirksam ist, aber die Partei, die trotz des Verbotes verfügt hat, nach § 280 BGB haftet oder eine Vertragsstrafe zahlen soll. Im Unterschied zum deutschen Recht lässt sich im französischen so ein Mittelweg nicht finden. Das französische Recht unterscheidet nicht zwischen schuldrechtlichen- und Verfügungsgeschäft und kann somit auch nicht zwischen den Folgen des einen oder des anderen unterscheiden. Das Veräußerungsverbot in Frankreich hat automatisch eine mittelbare dingliche Wirkung da eine Verfügung durch den neuen Eigentümer entgegen des Verbotes dem ursprünglichen immer das Recht gibt vom Vertrag zurückzutreten.⁶⁸ Mit dem Wegfall des obligatorischen Geschäftes verliert aber der Verfügende automatisch sein Eigentum und wird zum Nichtberechtigten und der Dritte darf nicht mehr von ihm das Eigentum durch ein Rechtsgeschäft erwerben. Wegen dieser gravierende Rechtsfolgen war das Veräußerungsverbot in Frankreich, nach früher verbreiteter Auffassung, unzulässig. Mit dem Einführen einer neuen Regelung im Code civil (Art. 900-1) im Jahr 1971 ist es eindeutig zulässig, wenn es einen vorläufigen Charakter trägt und sich dahinter ein legitimes Interesse versteckt. Durch diese Regelung beschränkt das französische Recht die Privatautonomie schon auf der Ebene des Schuldvertrages, um damit die unerwünschte Folgen auf dinglicher Ebene zu vermeiden, was für das georgische Recht kein gutes Beispiele sein kann.

⁶⁵ Heute (d. h. ohne dingliches Geschäft) kann die Eintragung nur aus zwei Gründen gelöscht werden – Verfahrensfehler und die Nichtigkeit des Kausalgeschäftes. Aber erst zum Zeitpunkt entstandener Willensmangel stellt weder den ersten noch den zweiten Fall dar. Deswegen ist es eine einzige richtige Lösung die Notwendigkeit von beiderseitigen Willensübereinstimmung – dingliches Geschäft – auch für die Eintragung anzuerkennen. Das gleiche Problem stellt sich im Falle des Minderjährigen, Geisteskranken, vollmachtlosen Vertreter oder von einem anderen (ohne Zustimmung des Eigentümers) mittels Vorlage des Vertrages erfolgte Eintragung vor.

⁶⁶ Jörg Maurer, Die Prinzipien der Abstraktion, Kausalität und Trennung, insbesondere bei Verfügungen, Frankfurt a. M. 2003, 54; Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 7, 251 f.

⁶⁷ Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 7, 252 ff.

⁶⁸ Vgl. etwa Art. 1184 CC a. F. und Art. 954 CC.

5. Übereignung durch den Vertreter und Vertrag zugunsten Dritter

Ein Fall der Gestaltungsfreiheit mittels Trennungsprinzip ist auch die Übereignung mittels Vertreter auf der Veräußerer- oder Erwerberseite.

Wenn der Vertreter auf der Veräußerungsseite dem Erwerber die Sache im Namen des Vertretenen mit entsprechender Befugnis übergibt, kommt in dieser Übergabe die Verfügung des Veräußerers zugunsten des Erwerbers zum Ausdruck und die Besitzverschaffung ist eben ihm zuzurechnen. Genauso wenn der Vertreter auf der Seite des Erwerbers steht, die Übergabe der Sache durch den Veräußerer an ihn, als eine Besitzverschaffung an den vertretenen Erwerber gilt.⁶⁹ Aber ohne das beiderseitige willentlichen Element bei der Besitzübergabe, ist diese Konstruktion nicht aufzubauen. Dass die tatsächliche Übergabe an eine Person, nämlich an den Vertreter, als die Übergabe an einen anderen – an den Vertretenen – gelten soll, erfordert eine Willensübereinstimmung über diese Tatsache. Ein reiner Realakt der Besitzverschaffung kann das nicht zum Ausdruck bringen.⁷⁰ Das gleiche gilt für die Übereignung mittels Geheißperson in allen ihren Variationen,⁷¹ die ohne den dinglichen Vertrag nicht zu konstruieren sind.

Auch der Vertrag zugunsten Dritter (Art. 349 ff. ZGB) wird ohne Trennungsprinzip zu einem sonderlichen Konstrukt. Und das gilt sowohl für den „echten“ als auch für den „unechten“ Vertrag zugunsten Dritter. Wenn es kein dingliches Geschäft gibt, erwirbt der Dritte das Eigentum vom Versprechenden ohne seine rechtsgeschäftliche Mitwirkung,⁷² nur aufgrund des Realaktes, was auf eine unzulässige Verfügung zugunsten

Dritter hinausläuft. Trotzdem ist das – ohne Anerkennung des dinglichen Geschäftes – eine unabwendbare Rechtsfolge: Nach dem Abschluss des Kaufvertrages (oder eines anderen obligatorischen Vertrages) zugunsten des Dritten ist das Kausalgeschäft schon gebildet und (ohne dingliches Geschäft) braucht man nur noch den Realakt der Besitzübergabe. Aber bei diesem Realakt wirkt der Dritte nicht mehr rechtsgeschäftlich mit, sondern erwirbt dann automatisch mit dem Besitzerwerb das Eigentum. Er kann gar nicht wissen, was für eine Sache er entgegennimmt, aber trotzdem erwirbt er (aufgrund des natürlichen Willens beim Besitzerwerb) das Eigentum,⁷³ was natürlich eine nicht mehr hinnehmbare Rechtsfolge darstellt.⁷⁴ Gleiche Probleme entstehen bei Vermächtnissen und vielen anderen Fällen.

VII. Diktat des Realaktes

Hier sollten noch die Fälle erwähnt werden, wenn ohne dingliches Geschäft, nicht nur unter Wertungswidersprüchen angreifbare Fälle entstehen, sondern ein sachenrechtliches Leerraum entsteht, wenn niemand mehr sagen kann, wo das Eigentum gelandet ist.

Aber bis dahin könnte man das georgische Eigentumsübertragungssystem zusammenfassend mit seinen oben beschriebenen Aporien als „Diktat des Realaktes“ bezeichnen. D. h. es ist eben der Realakt der Übergabe, der zumindest in einigen Fällen über den Eigentumsübergang entscheidet. Was ist aber damit gemeint? Wenn man nochmals einen kurzen Blick auf das französische Eigentumsübertragungsmodell wirft ist es natürlich eindeutig, dass hier die einzigen dinglichen Rechtsverhältnisse gestaltende Kraft, eben dem Willen in Gestalt des Verpflichtungswillens zukommt. Und das ist viel überzeugender und viel konsequenter, nämlich das eigenständige Wesen des dinglichen Rechtes gänzlich zu negieren und zu sagen, dass es keinen selbstän-

⁶⁹ *Wilhelm*, Sachenrecht, oben Fn. 61, Rn. 897.

⁷⁰ Das ist eine Art von Fiktion die mittels rechtsgeschäftlichen Einigung geschöpft wird. Aber der Realakt könnte die Fiktion nicht zum Ausdruck bringen. Diese Einigung könnte auch kein Teil des Schuldrechtlichen Vertrages sein, weil das ist die Einigung über sachenrechtlichen Verfügungsmodus, die nichts schuldrechtliches in sich hat, vgl. dazu *Wilhelm*, Sachenrecht, oben Fn. 61, Rn. 896 ff.

⁷¹ Generell zum Geheißerwerb *Oechsler* in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 929 Rn. 2; *Dieter Medicus*, Bürgerliches Recht, 21. Aufl., München 2007, Rn. 563, *Wilhelm*, Sachenrecht, oben Fn. 61, Rn. 893.

⁷² *Gottwald*, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 33; BGH NJW 1995, 520; *Grüneberg*, in Palandt BGB Komm., 77. Aufl. 2017, § 333 Rn. 1.

⁷³ Wenn wir in Georgien von den Erfüllungstheorien nicht die „Vertragstheorie“ anerkenne, wofür man aber trotzdem das Trennungsprinzip braucht, s. dazu Kapitel VII.1.

⁷⁴ Dieses Ergebnis darf nicht mit dem Hinweis darauf gerechtfertigt werden, dass der Dritte immer ein Zurückweisungsrecht hat (Art. 351 ZGB), wonach auch das Eigentumserwerb rückwirkend entfällt, da es trotzdem absurd ist, dass jemand – selbst wenn für unbeachtliche Zeit – ohne sein Wissen und Wollen das Eigentum erwirbt.

digen, von rechtsgeschäftlichen Willen getragenen Schöpfungsakt braucht, als diese Schöpfungsfunktion dem Realakt zuzuweisen. Weil dann beansprucht dieser Realakt tatsächlich diese schöpfende Funktion. Wie gut der Realakt das meistern kann, haben wir schon gesehen: anhand vom Eigentumserwerb von Minderjährigen, der unter Wertungsgesichtspunkten nicht zu rechtfertigen ist, und anhand des „Autokaufs auf Georgisch“, bei dem man nicht mehr weiß, ob er eine Stück- oder Gattungssache gekauft hat.

Der Realakt ist generell nicht geeignet, strikte sachenrechtliche Zuordnungsverhältnisse zu schaffen,⁷⁵ auch nicht in Verbindung mit der obligatorischen Willenskomponente, was sich anhand der drei folgenden Fällen bestätigt. Es geht bei diesen Fällen nicht darum, ob das Eigentum übergehen soll oder nicht und ob das unter Wertungsgesichtspunkten angreifbar ist oder nicht, sondern ob überhaupt feststellbar ist, wo das Eigentum gelandet ist:

1. Der Käufer und der Verkäufer schließen einen Kaufvertrag. Danach übergibt der Verkäufer dem Käufer die versprochene Sache, fügt aber ausdrücklich hinzu, dass er damit die Sache noch nicht übereignen will. Was ist hier eigentlich passiert? Einerseits ist es ziemlich klar, dass hier das Eigentum nicht übergehen darf, aber andererseits stellt sich die Frage „warum?“. Der gesetzliche Tatbestand der Eigentumsübertragung ist hier eindeutig erfüllt – der Kaufvertrag ist geschlossen worden und die Sache ist übergeben. Man könnte einwenden, dass der Verkäufer hier nicht zur Erfüllung der Verbindlichkeit übergeben hat. Das lässt sich aber so einfach nicht feststellen. Für die Bestimmung der Erfüllung werden drei alternative Theorien angeboten: das ist zunächst die Theorie der realen Leistungsbewirkung;⁷⁶ die Theorie der finalen Leistungsbewirkung⁷⁷ und die Vertragstheorie.⁷⁸ Die herr-

schende davon ist die erstere, die Theorie der realen Leistungsbewirkung, wonach für die Erfüllung die tatsächliche Herbeiführung des Leistungserfolgs genügt,⁷⁹ d. h. beim Kaufvertrag: Übergabe und Übereignung; beim Dienstvertrag: Verrichtung der Tätigkeit usw. Die Theorie der realen Leistungsbewirkung baut auf dem sachenrechtlichen Vorgang, nämlich darauf auf, dass bewirkt wurde, was versprochen war, d. h. wenn die Eigentumsübertragung versprochen war und tatsächlich übertragen worden ist, dann handelt es sich auch um eine Erfüllung und nicht umgekehrt. Die umgekehrte Reihenfolge zugrunde zu legen ist widersinnig, es leuchtet nicht ein zu behaupten, „dass, wenn die Eigentumsübertragung versprochen wurde und es erfüllt worden ist, auch übertragen worden ist“. Aber den genannten Fall mit dieser Theorie zu lösen bedeutet eben dies: ausgehend vom Erfüllungstatbestand den sachenrechtlichen Vorgang zu definieren und zu sagen, dass das Eigentum hier deshalb nicht übergegangen ist, da hier keine Erfüllung vorliegt. Das überzeugt nicht. Deswegen soll man die herrschende und die praktischen Fälle am besten lösende Theorie der realen Leistungsbewirkung für das georgische Recht über den Haufen werfen, weil sie hier einfach nicht passt – hier nicht erklärt, warum das Eigentum nicht übergegangen ist. Vielleicht könnte man aber hier die Klarheit darüber, was passiert ist, mittels einer anderen Theorie herstellen, nämlich durch die Theorie der finalen Leistungsbewirkung, die die Erfüllung nicht mehr als einen Realakt definiert. Nach dieser Theorie ist neben der reinen Leistungserbringung bzw. dem Akt an sich eine Leistungszweckbestimmung durch den Leistenden erforderlich, bei der der Schuldner Leistung auf eine bestimmte Schuld bezieht. Aber auch das geschieht methodisch fehlerhaft, weil diese Theorie nicht dafür geschaffen worden ist, um für diesen einfachen Fall eine Lösung zu bieten und generell die sachenrechtlichen Verhältnisse zu klären, d. h. diejenige Funktion zu erfüllen, die die sachenrechtlichen Grundsätze und Institute haben. Diese Theorie ist da, um Fälle mehrerer gleichartiger Leistungen zu klären (Art. 387 I 1 ZGB)⁸⁰ usw., aber nicht die Frage ob das Eigentum überhaupt übergegangen ist. Aber immerhin ist diese

⁷⁵ Hans Josef Wieling, Sachenrecht, Band 1, 2. Aufl., Heidelberg 2006, § 1 III 1 b (29).

⁷⁶ BGH NJW 1991, 1295; BGH NJW 1992, 2699; BGH, NJW-RR 2008, 109.

⁷⁷ Heinrichs, in Palandt BGB Kommentar, 73. Aufl. 2014 § 362 Rn. 5; OLG Hamm, NJW-RR 1989, 700; Dennhardt, in Bamberger/Roth Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 362 Rn. 21; Wenzel, in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2007, § 362 Rn. 14; Schwab, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 812 Rn. 49.

⁷⁸ Larenz, Schuldrecht AT, oben Fn. 50, § 18 I 1.

⁷⁹ BGH NJW 1991, 1295.

⁸⁰ Dennhardt, in Bamberger/Roth Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 362 Rn. 21.

zweite Theorie zumindest imstande, hier die Lage bezüglich des Eigentumsübergangs eindeutig zu machen – der Käufer hat kein Eigentum erworben, da der Verkäufer gar nicht mit der Tilgungsbestimmung geleistet hat.

2. Aber auch mit dieser Theorie kommt man nicht mehr weiter – und dabei merkt man den oben angesprochenen methodischen Fehler – wenn der Verkäufer mit Tilgungsbestimmung die Sache übergibt, aber der Käufer, der sie entgegennimmt, meint, dass er zwar den Besitz, aber momentan noch kein Eigentum erwerben möchte. In einem solchen Fall würde doch niemand behaupten, dass jemand entgegen seinen Willen das Eigentum erwerben kann. Deswegen verfehlt hier diese zweite Erfüllungstheorie ihren Zweck. Tilgungsbestimmung ist eine einseitige rechtsgeschäftsähnliche Handlung, die unabhängig von der Zustimmung des Gegners Wirkung erzeugt. Aber warum dann dennoch hier kein Eigentum übergehen soll, obwohl alle gesetzlich festgelegten Voraussetzungen (Kausalgeschäft und Besitzübergabe zum Zweck der Erfüllung) vorliegen, ist unklar. Aber zum Schluss könnte man die letzte und in Deutschland längst überwundene⁸¹ dritte Erfüllungstheorie, nämlich die Vertragstheorie, ins Spiel bringen, wonach die Erfüllung auf die rechtsgeschäftliche Einigung der Parteien beruht, dass die Leistung die Erfüllung bewirken soll. Die Erfüllung ist dann ein Vertrag. Aber eigentlich kann man für das georgische Recht die Prüfung dieser Theorie gleich verwerfen. Nach dieser Konstruktion ist die Erfüllung eine Vereinbarung, dass mit dem Bewirken der Leistung der darauf gerichtete Anspruch aufgehoben werden soll,⁸² und somit eine Verfügung über den Anspruch, die zwar kein dingliches Geschäft darstellt, aber immerhin von dem obligatorischen zu trennenden Verfügungsgeschäft für deren Konstruieren man das Trennungsprinzip braucht. Aber lassen wir diesen dogmatischen Einwand beiseite und versuchen zumindest mit Hilfe dieser Vertragstheorie den vorliegenden einfachen Fall irgendwie vertretbar zu klären: Der Käufer verzichtet darauf mit der Inbesitznahme der Sache Eigentum an ihr zu erwerben –. Diesmal gelingt das wirklich. Der

Käufer erwirbt kein Eigentum, da er sich mit dem Verkäufer nicht über die Erfüllung geeinigt hat.

3. Aber die Vertragstheorie hilft nicht weiter, wenn man den am Anfang angeführten Fall von *Julian* umgestaltet und aus dem versteckten Dissens den offenen Dissens macht. Z. B.: A und B haben einen Kaufvertrag über eine gattungsgemäß bestimmte Sache geschlossen und gleichzeitig einen Mietvertrag über eine gleiche Gattungssache. Beides soll B am folgenden Tag liefern. Am nächsten Tag erscheint der Schuldner und übergibt nur eine Sache ohne ein einziges Wort darüber zu verlieren. Der Gläubiger nimmt sie genauso wortlos entgegen. Was wurde hier erfüllt, der Miet- oder Kaufvertrag und vor allem wer ist der Eigentümer dieser Sache? Wenn die Sache gleich nach der Übergabe durch den Blitz getroffen wird, wird der Schuldner natürlich versuchen zu behaupten, dass die Sache eben für die Erfüllung des Kaufvertrages übergeben wurde und die Gegenseite schon die Gefahr trägt, der Gläubiger wird eben auf das Gegenteilige bestehen. Die erfüllungsrechtliche Vertragstheorie vermag hier keine eindeutige Lösung zu liefern.

In diesem Falle könnte man wohl nicht sagen, dass die Parteien sich nicht über die Erfüllung geeinigt haben – eben das Umgekehrte ist der Fall: sie haben sich über die Erfüllung des Vertrages geeinigt, aber Erfüllung von welchem Vertrag? Dazu ist der reine Erfüllungsvertrag nicht mehr aussagekräftig. Wenn es um mehrere gleichartige Leistungen geht, dann schafft es eine Zuordnung zu dem entsprechenden Vertrag, aber nicht die Identifizierung dessen was geleistet wurde – nur Besitz oder auch das Eigentum. Man könnte den Eigentumsübergang wohl nicht mit folgendem Argument begründen: „Eigentum ist übergegangen, da kein Mietvertrag erfüllt wurde“, oder umgekehrt. Tatsächlich ist der Leistungsinhalt dasjenige worauf sich der Erfüllungsbegriff aufbaut, deswegen er zunächst festgestellt werden soll. Aber dieser Leistungsinhalt kann nur durch den dinglichen Rechtsakt bestimmt werden, weshalb dieses dingliche Geschäft auch als Minimalkonsens⁸³ bezeichnet wird. Wenn man nicht weiß was

⁸¹ Larenz, Schuldrecht AT, oben Fn. 50, § 18 I 1.

⁸² Larenz, Schuldrecht AT, oben Fn. 50, § 18 I 1.

⁸³ Oechsler in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 929 Rn. 24; Fritz Baur/F. Baur, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009, § 5 IV; Hans Christoph Grigoleit, Abstraktion und Wil-

geleistet wurde, ob nur der Besitz oder auch das Eigentum, darf man noch gar nicht von der Erfüllung sprechen. Nur ausgehend von diesem Minimalkonsens wäre hier die Argumentationsführung folgerichtig: Der Kaufvertrag wurde nicht erfüllt, da kein Eigentum übertragen worden ist, und Eigentum wurde deswegen nicht übertragen, weil dafür das dingliche Geschäft notwendig ist, das hier offensichtlich nicht geschlossen worden ist. Die erfüllungsrechtliche Perspektive ist ungeeignet für die Feststellung dessen, ob Eigentum übergegangen ist oder nicht, weil eben der umgekehrte Zusammenhang zwischen diesen zwei Vorgängen besteht. Zunächst sollen die dinglichen Geschehnisse exakt festgestellt werden, damit überhaupt von einer Erfüllungswirkung gesprochen werden kann.

Zusammenfassend gilt folgendes: Der zwischen dem obligatorischen Vertrag und Eigentumsübergang dazwischengeschobene Realakt kann dazu beitragen, dass weder rein schuldrechtliche noch die sachenrechtlichen Lösungen funktionieren. Damit ist gemeint, dass die drei oben aufgezählten Fälle in Frankreich überhaupt nicht problematisch wären.⁸⁴ In Deutschland wären sie mit Hilfe des dinglichen Vertrages noch einfacher zu lösen. Aber mit dieser georgischen Kombination von Einheits- und Traditionsprinzip ist keiner von diesen Fällen befriedigend zu bewältigen. Deswegen hat Witz⁸⁵ insoweit Recht, wenn er meint, dass Traditionsprinzip ohne Trennungsprinzip nicht sinnvoll ist.⁸⁶ Man konnte darüber hinaus noch sagen, dass es sogar schädlich ist.

Aber dieser Befund, dass das Traditionsprinzip ohne Trennungsprinzip die Eigentumsverhältnisse nicht befriedigend regeln kann, ist einem gewichtigen Einwand ausgesetzt. Es gab nämlich in der Geschichte ein hochentwickeltes Rechtssystem, das eben „dieses Model“

der Eigentumsübertragung benutzt hat und es gibt noch einige moderne Rechtsordnungen, die das immer noch machen. Dieses System ist nämlich das klassische römische Recht gewesen.

VIII. traditio im Römischen Recht

Das klassische römische Recht kannte keinen dinglichen Vertrag; *traditio* selbst war nur der Akt der tatsächlichen Besitzhingabe, dem erst die zugrundeliegende *causa* die Bedeutung der Übereignung verliehen hat.⁸⁷ *Causa* ist im Römischen Recht ein typischer, von der Rechtsordnung als Eigentumserwerbsgrund anerkannter rechtsgeschäftlicher Tatbestand und ist nicht mit dem modernen schuldrechtlichen Kausalgeschäft gleichzusetzen.⁸⁸ Bei *donatio* und *dotis datio*, d. h. bei reinen Bargeschäften, besteht sie in der Einigung über den Rechtszweck der Übereignung (*causa donationis*, *causa dotis*) zum Zeitpunkt der tatsächlichen Hingabe. Beim Kauf bestand die *causa* im Kaufvertrag selbst.⁸⁹ Dagegen liegt *causa* nicht in dem schuld begründenden Rechtsgeschäft (*Stipulation*, *Damnationslegat*) bei der Erfüllung von Stipulations- und Vermächtnisschulden, sondern in der Einigung über die schuld befreiende Wirkung, die die Leistung in sich trägt (*causa solvendi*).⁹⁰

Abgesehen von den einfachen Sachverhalten (reine Bargeschäfte), ist das römische System durch den Gegensatz zwischen dem kaufweisen Erwerb und dem Erwerb auf Grund von Stipulation und Vermächtnis geprägt.⁹¹ Für die ersteren ist der gesamte Grundtatbestand – diese ist darum kausal – für den letzteren mit der *traditio* verbundene Erfüllungsabrede maßgebend, deswegen ist sie genauso abstrakt wie die moderne Übereignung nach § 929 S. 1 BGB. Grund dafür liegt in den Überresten des archaischen Kaufvertrages als ein einheitliches Bargeschäfts, das nicht zwischen Ver-

lensmängel - Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts, AcP 199 (1999), 380.

⁸⁴ Nach französischen rein schuldrechtlichen Lösung wäre das Eigentum gleich mit dem Abschluss des Kaufvertrages übergegangen, bzw. im letzten Fall – mit der Aussonderung der gekauften Sache. Dies wäre zwar für den Käufer unerkennbar, aber trotzdem die Lösung des Falles wäre dogmatisch ziemlich eindeutig.

⁸⁵ Witz, FS Jahr, oben Fn. 12, 533.

⁸⁶ Aber darüber hinausgehende Gleichsetzung dieser zweier Prinzipien ist nicht mehr ganz berechtigt, vgl. dazu Habermeier, AcP 195 (1995), oben Fn. 14, 285.

⁸⁷ Vgl. vor allem Paul Jörs, Wolfgang Kunkel, Leopold Wenger, Römisches Privatrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1949, 127; Max Kaser, Das Römische Privatrecht, 2. Aufl., München 1971, 417 ff.

⁸⁸ Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Privatrecht, oben Fn. 87, 127.

⁸⁹ Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Privatrecht, oben Fn. 87, 127.

⁹⁰ Paul. D. 6.2.4; Hermog. D. 41.3.46; Heinrich Lange, Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition, Leipzig 1930, 44 ff.

⁹¹ Vgl. etwa Paul. D. 41, 4, 2 pr. und 41,3,48; Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Privatrecht, oben Fn. 87, 128.

pflichtungsgeschäft und Erfüllungsgeschäft unterschied und von denen der Kaufvertrag des klassischen Rechts sich noch nicht völlig befreit hat.⁹² *Solutio* als *causa* des Eigentumserwerbs entspringt dagegen aus der Eigenart des altrömischen Haftungsrechts. Die altzivilen Formalgeschäfte begründeten einen Zustand des „Gebundenseins“ für den Schuldner. Dieser Zustand des „Gebundenseins“ konnte nur durch *solutio*, ein besonderes Lösungsgeschäft, aufgehoben werden. Deswegen hat die *solutio* im Vergleich mit dem Verpflichtungsgeschäft ein hohes Maß an Selbständigkeit und das ist der Grund dafür, warum sie und nicht das Verpflichtungsgeschäft für den Eigentumserwerb maßgebend ist.⁹³

Dieses römisch-rechtliche Modell ist eine ziemlich raffinierte Lösung, die auf die präzise Mischung der Elemente des Realaktes mit der erfüllungsrechtlichen Lösung je nach dem Typ des Kausalvertrages beruht. Diesen römischen Weg schlugen auch die Spanier ein, indem sie die Handschenkung als reines Verfügungsgeschäft einstufen.⁹⁴ Auch *Savigny* hat die Grundlagen für das Trennungsprinzip aufgrund der Handschenkung entwickelt.⁹⁵ Deshalb soll man als Ausbruch des kollektiven Unbewussten bzw. wie es *Theo Meyer-Maly*⁹⁶ plastisch bezeichnet, „Wiederkehr von Rechtsfiguren“ bewerten, wenn das georgische OGH ohne *Savigny* und ohne die Spanier den Schenkungsvertrag als dingliches Geschäft definiert. Weil die georgischen Richter vollkommen zu Recht meinen, dass, wenn es beim Kaufvertrag das Verfügungsgeschäft nicht gibt und das Kausalgeschäft die Verfügung als unselbständiges Element aufnimmt, dann bei der Schenkung das Umgekehrte der Fall ist. Hier wird das Kausalgeschäft um die Verfügung formiert und dann soll dieser letzte das Verpflichtungselement als untergeordnetes „Etwas“ in sich aufnehmen.⁹⁷ Dann könnte man die Schenkung nicht mehr in eine Reihe zusammen mit dem Kaufvertrag stellen. Aber das ist dann ein endgültige Abkehr vom deutschen Rechtssystem, abgesehen davon, dass die Schenkung im georgischen Recht, nach der Gesetzesystematik und ihrer inhaltlichen Ausgestaltung, ein ganz normales Verpflichtungsgeschäft darstellt mit obligatorischen Pflichtenprogramm usw. Im Übrigen passt dieses römische Modell in die Systematik des ZGB nicht hinein. Es ist einfach zu schwierig durchzudenken und zu umständlich für eine Rezeption im georgischen Recht. Selbst das nachklassische römische Recht tendierte dazu, *traditio* als abstrakte Einigung aufzufassen;⁹⁸ eben deswegen hat *Savigny* es vereinfacht in Form des dinglichen Vertrages rezipiert.⁹⁹ Eine so komplizierte Lösung wie die römisch-rechtliche passt nicht in den Rahmen des modernen einfachdogmatischen Denkens.

IX. Zusammenfassung

Die Idee eines eigenständigen Sachenrechtes und des Konzeptes des dinglichen Rechtes ist ohne Trennungsprinzip nicht aufrechtzuerhalten, und gerade dem Trennungsprinzip kommt dabei die entscheidende Bedeutung zu und nicht dem Abstraktionsprinzip, weil eben nur das Trennungsprinzip entscheidet, ob das dingliche Recht eine eigenständige Gestalt haben kann. Das Abstraktionsprinzip regelt nur die Folgen davon. Das deutsche Recht kennt die Fälle von kausalen Verfügungen. Etwa die Aufrechnung (§ 389 BGB),¹⁰⁰ wo vorausgesetzt wird, dass Haupt- und Gegenforderung existieren. Das Abstraktionsprinzip wird auch in Urheber- und Patentrecht durchgebrochen.¹⁰¹ Aber einen Fall der Durchbrechung des Trennungsprinzips, d. h. Negierung des Verfügungsgeschäfts könnte es nicht

⁹² *Ernst Rabel*, Grundzüge des Römischen Privatrechts, München-Leipzig-Berlin 1915, 440; *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Recht, oben Fn. 87, 128.

⁹³ *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Privatrecht, oben Fn. 87, 128, dieses System der *causae traditionis* wird noch schwieriger mit allen diesen Ausnahmeregeln, die die römische Juristen für die einzelne Fälle bereit gehabt haben.

⁹⁴ *Michael Rainer*, Europäisches Privatrecht, Die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 2007, 339.

⁹⁵ *Savigny*, Obligationenrecht, II, oben Fn. 9, 257; *Felgentraeger*, *Savignys* Einfluß auf die Übereignungslehre, oben Fn. 8, 33 f.; *Haag Molkeneller*, Die These vom dinglichen Vertrag, oben Fn. 9, 86 f.; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Oben Fn. 9, 121.

⁹⁶ *Theo Mayer-Maly*, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, JZ 1971, 1 ff.

⁹⁷ Das Trennungsprinzip setzt nicht voraus, dass die Trennung zweier Rechtsgeschäfte auch äußerlich erkennbar ist (*Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Oben Fn. 9, 115). Wenn man sich aber der äußeren Erscheinung des Vertrages zu sehr vertraut, dann ist die Schenkung nur reines Verfügungsgeschäft.

⁹⁸ *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Privatrecht, oben Fn. 87, 129.

⁹⁹ *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Privatrecht, oben Fn. 87, 29 mit weiteren Nachweisen.

¹⁰⁰ *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 7, 16 mit weiteren Nachweisen.

¹⁰¹ *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Oben Fn. 9, 113.

geben, weil es eben die Hauptsäule des eigenständigen Sachenrechts darstellt.¹⁰² Einzige schöpfende und gestaltende Kraft im privaten Güterverkehr ist dem rechtsgeschäftlichen Willen vorbehalten. Wenn man aber diesen Willen nur auf der schuldrechtlichen Ebene anerkennt, wie das nämlich die Franzosen machen, dann degradiert das Sachenrecht nur zum unselbständigen Annex des Schuldrechtes und das dingliche Recht wird nur zur unselbständigen Form der Existenz des obligatorischen Rechts. Zwar geht in Frankreich das Eigentum schon mit dem Abschluss des Kaufvertrags über (Art. 1583 CC), d. h. ab dem Zeitpunkt, in dem die Parteien sich über den Kaufpreis und Kaufgegenstand geeinigt haben und die Sachübergabe entbehrlich ist, aber dafür es um das erworbene Eigentum vollumfänglich nutzen zu dürfen notwendig ist, dass dieses Eigentum auch gegenüber Dritten als übergegangen gilt und nicht nur zwischen den vertragsschließenden Parteien. Das erfordert in Frankreich aber zusätzlich noch den Besitzübergang an den Erwerber (vgl. etwa Art. 1198 I CC¹⁰³).¹⁰⁴ So hat etwa der Käufer gem. Art. 2279 CC die Vindikation erst nachdem die Sache in seinem Besitz gelangt ist.¹⁰⁵ Das Eigentum, das durch gegenüber jedem wirkendem Recht nicht geschützt ist, ist aber nur ein relatives Recht, das nur zwischen den vertragsschließenden Parteien gilt. Das widerspricht aber dem Hauptgrundsatz des Sachenrechtes, wonach die

dinglichen Rechte gegenüber jedermann wirkende Rechte sind.¹⁰⁶

Eine strikte Gliederung zwischen Sachenrecht und Schuldrecht ergibt nur dann einen Sinn, wenn es hierbei nicht nur um die Stoffteilung geht, sondern um die zwei Sphären des Zivilrechtes, die sich voneinander ihrem Wesen nach unterscheiden. Dieser Unterschied könnte aber generell nur darin gesehen werden, dass das Schuldrecht das Verhältnis zwischen den Parteien (eines Vertrags oder gesetzlichen Schuldverhältnisses) umfasst und außenstehende Dritte bei dieser Regelung nicht erfasst, wogegen das Sachenrecht eben prinzipiell außengerichtet ist und Regelungskomplexe schafft, die auch von Außenstehenden respektiert werden soll.¹⁰⁷ Das selbständige Sachenrecht setzt notwendigerweise ein gegenüber jedermann wirkendes Eigentum voraus,¹⁰⁸ dessen Konstruktion aber ohne Trennungsprinzip unmöglich ist.

Das subjektive Recht wird als die Macht definiert, den Willen durchzusetzen (Willenstheorie).¹⁰⁹ Dieser Wille ist allein durch gesetzliche Verbote beschränkt, sonst kann der Einzelne aber beliebige Rechtswirkungen erzeugen. Wenn der Einzelne nach seinem Belieben ein persönliches Recht oder ein dingliches Recht ausüben kann, muss es ein unterschiedlicher Wille sein, der ein persönliches oder dingliches Recht zum Entstehen bringt. Deswegen war es nur folgerichtig, wenn *Savigny* die Arten der subjektiven Rechte dazu verwandte, in ein Sachen- und Schuldrecht aufzuspalten, basiert auf Unterscheidung zwischen dinglichem und persönlichem Recht.¹¹⁰

Die Franzosen negieren ganz absichtlich diesen eigenständigen Wert des Sachenrechtes und bauen vollkommen bewusst das System um die schuldrechtliche

¹⁰² *Savigny*, System des heutigen römischen Rechtes, III, oben Fn. 8, 312 ff.; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Oben Fn. 9, 120.

¹⁰³ Art. 1198 I CC.

¹⁰⁴ Wenn die gleiche Sache an zwei verschiedene Verkäufer verkauft wird, so erwirbt das „wirkliche“ Eigentum nur derjenige, der als Erster in Besitz der Sache kommt und nicht derjenige der zunächst den Kaufvertrag abgeschlossen hat. Das bedeutet nämlich, dass das Eigentum, den der Erstkäufer gleich mit dem Abschluss des ersten Kaufvertrages erworben hat, eben nur ein relatives Eigentum (nur zwischen Verkäufer und Käufer anerkanntes Eigentum) gewesen war, die mit dem Abschluss des zweiten Kaufvertrages und Besitzübergabe automatisch weggefallen ist. Das Wegfallen des absoluten Rechtes auf solche Art und Weise ist undenkbar und das bedeutet, dass für den Zweiterwerber gilt immer noch der Verkäufer als Eigentümer. Vgl. dazu *Jakob Fortunat Stagl*, Der Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen - Gedanken über die Methode der Rechtsvereinheitlichung am Beispiel der Study Group on a European Civil Code, Jb. Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004, 391.

¹⁰⁵ *E. v. Caemmerer*, Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübergabe, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (RabelsZ) 12 (1938/39), 686.

¹⁰⁶ *Stagl*, Jb. Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004, 391; *R. Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag. Traditionsprinzip, Konsensprinzip, *ius ad rem* in Geschichte, Berlin 2002, 216.

¹⁰⁷ *C. v. Bar/U. Drobnig*, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe, München 2004, 323.

¹⁰⁸ *Stagl*, Jb. Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004, oben Fn. 104, 391.

¹⁰⁹ *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Oben Fn. 9, 120.

¹¹⁰ *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? Oben Fn. 9, 121; *Molkensteller*, Die These vom dinglichen Vertrag, oben Fn. 9, 106 f.; *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, oben Fn. 7, 49.

causa. Das ist eine alternative Vision des Rechtes, die man gefällig finden kann oder auch nicht. Aus deutscher Sicht eher nicht. Aber was eindeutig nicht gefällig ist, ist die Mischung dieser zweier Systemen, bzw. das

Schwanken zwischen deutscher und französischer Lösung ist das, was das georgische Recht definiert – eine Menge von nicht durchdachten Grundsätzen und ein Wirrwarr von ungelösten Fällen.

Die Stellungnahme des Julians zur Celsinischen Durchgangstheorie in D. 24.1.3.13

Assoc. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

A. Einleitung

Die Celsinische Durchgangstheorie und die Position des Julian dazu gehören spätestens seit Jhering zu den umstrittensten Fragen in der Romanistik. Wie die neuesten Beiträge dazu ausdrücklich betonen, bedarf es einer besonderen Legitimation, um dieses Problem nochmals zu behandeln.¹ Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Richtigkeit dieser These zu überprüfen und sich mit verschiedenen Meinungen in der älteren und neueren Literatur nochmals auseinanderzusetzen. Da alle behandelten Texte gestörte Delegationsverhältnisse betreffen, bezüglich derer sich die Frage stellt, ob der Durchgang erfolgt ist, ist es zunächst geboten, den Begriff der Delegation im Römischen Recht zu erläutern. Das klassische römische Recht kennt zwei Grundformen der Delegation: *delegatio ad solvendum* und *delegatio ad promittendum*. Die erste geschieht dadurch, dass der Anweisende (Delegant) dem Angewiesenen (Delegaten) die Ermächtigung erteilt, an den Anweisungsempfänger (Delegatar) zu leisten. Die bewirkte Leistung gilt dann als vom Delegaten an den Deleganten und von diesem an den Delegatar erbracht. Die *delegatio solvendi* kann der Schuldnerfüllung dienen, wenn etwa ein Gläubiger seinen Schuldner anweist an seinen Gläubiger zu zahlen, wodurch sowohl der Schuldner-Delegat als auch der Gläubiger-Delegant befreit werden. Sie kann aber auch

zu anderen Zwecken, z. B. zur Schenkung, Mitgiftsbestellung, Darlehensgewährung usw. verwendet werden (Paul. D. 46.3.56; D. 50.17; 180).²

Die auf Anweisung vorgenommene Zahlung bewirkt auch im modernen Recht die Schuldnerfüllung.³ Im Verhältnis zwischen Deleganten und Delegaten ist die an den Delegatar vorgenommene Zahlung als an den Gläubiger-Delegant bewirkt anzusehen. Der Grund hierfür liegt darin, dass der Wille des Gläubiger-Delegant und Schuldner-Delegat dahin geht, dass der letzte an Dritten-Delegatar leistet und dieser anstelle und für Rechnung des Gläubigers die Leistung empfängt.⁴ Das war schon in der Pandektenwissenschaft ein feststehender Grundsatz.⁵ Im Verhältnis zwischen den Deleganten und Delegatar gilt die Leistung als von Deleganten erbracht, da beide vereinbart haben, sie solle der Erfüllung des Anspruchs dienen, der dem Delegatar gegen den Deleganten zusteht. Bei den Römern findet sich dieser Gedanke präzise formuliert bei Paulus - *qui mandat solvi, ipse videtur solvere* (D. 46.3.56) Ulpian (Ulp. D. 16.1.8.3) - *solvit enim et qui reum delegat* - es zahlt auch derjenige, der seinen Schuldner anweist zu zahlen und Julian - *Qui debitorem suum delegat,*

¹ Stefan Weyand, *Der Durchgangserwerb in der juristischen Sekunde*, Göttingen 1989, 1.

² Max Kaser/Rolf Knütel, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl., München 2008, § 54 Rn. 10.

³ Josef Kohler, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2. Vermögensrecht; T. 1, Berlin 1906, 61.

⁴ Ulrich von Lübtow, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht*, Berlin 1965, 30.

⁵ Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906, 808 Anm.8.

pecuniam dare intellegitur, quanta ei debetur (D. 46.1.18). Im Falle der *delegatio ad promittendum* ermächtigt der Delegant den Delegaten, sich dem Delegatar durch Stipulation zu verpflichten.⁶ In diesen Fällen unterscheidet man zwischen der Übertragung der titulierten⁷ Forderung, indem die bestehende Verpflichtung in der Stipulation genannt wird und der abstrakten Stipulation, indem diese Verpflichtung des Delegaten gegenüber dem Deleganten eben nicht genannt wird. Im Unterschied zu dem letzten Fall bildet die Übertragung der titulierten Forderung das regelmäßige Anwendungsfeld der Novation,⁸ was auch einen Schuldnerfüllungsgrund bildet - *quae res efficit, ut [debitor] a me liberetur et incipiat tibi teneri, quae dicitur novatio obligationis*.⁹

Als Erfinder von Durchgangstheorie gilt der Römische Jurist Celsus. Sie findet ausschließlich in Fällen der *delegatio ad solvendum* statt.¹⁰ Nach dieser Konstruktion muss das Eigentum an dem geleisteten Gegenstand nicht unmittelbar vom Delegaten an den Delegatar, sondern zunächst auf den Deleganten und erst von diesem auf jenen übergehen.¹¹ Das Eigentum bleibt nur für eine sog. juristische Sekunde bei dem Anweisenden und geht dann an den Anweisungsbegünstigten über. Ob es dabei um eine Juristenfiktion¹² oder „zwar einen (in der Körperwelt) unsichtbaren, aber doch (rechtlich) real gedachten Vorgang“¹³ handelt, ist in der Literatur heftig umstritten. Die intensive Auseinandersetzung mit der Durchgangstheorie beginnt in der wissenschaftlichen Literatur mit

Rudolf von Jhering. Er war der eigentliche Namensgeber und zugleich ihr heftigster Kritiker. Diese Theorie bezeichnet er als „theoretisch in jeder Weise verwerflich“, „nicht allgemein durchführbar“, „unnötig“ und „gefährlich.“¹⁴ In der Mitte des 20. Jahrhunderts bezweifelten sogar einige Stimmen in der Literatur, ob es diese Theorie bei den Römern überhaupt gegeben hat.¹⁵

In einem ungestörten *delegatio*, wo sowohl Valutaverhältnis als auch Deckungsverhältnis vollwirksam sind, ist der Durchgangserwerb bei den Römern nirgends erkennbar, weil man ihn dort auch nicht benötigt hat.¹⁶ Könnte das Eigentum im Endeffekt an den Delegatar übergehen, ist es ohne Bedeutung, ob das Eigentum zunächst an den Deleganten und nur dann an den Delegatar oder direkt vom Delegaten an den Delegatar übergegangen ist.

Auf die Durchgangstheorie braucht man nur zurückzugreifen, wenn das Valutaverhältnis gestört ist und das Eigentum aus irgendwelchen Gründen nicht an den Delegatar übergehen kann. Dann stellt sich die Frage, ob zumindest der Delegant durch die Leistung seitens des Delegaten an den Delegatar das Eigentum erworben hat und der Schuldner-Delegat dadurch *ipso iure* befreit ist. Die Bewirkung des Durchgangs liegt somit primär in den Interessen des Schuldners und diese Annahme ist auch in seiner ursprünglichen, von Celsus geäußerten Form, durch den Schuldnerschutz geprägt.¹⁷ Der Schuldner muss von seiner Schuld gegenüber dem Deleganten *ipso iure* freigestellt werden und der anweisende Gläubiger muss Eigentümer werden.

Da die Sache aber beim anweisungsbegünstigten Dritten ist, muss der Anweisende sie selbst zu-

⁶ Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht (oben Anm. 2), § 54 Rn. 12.

⁷ Wolfgang Endemann, Der Begriff der Delegatio im Klassische Römischen Recht, Marburg 1959, 12.

⁸ Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht (oben Anm. 2), § 54 Rn. 12.

⁹ Gai, II, 38.

¹⁰ Fritz Sturm, Julian D. 24, 1, 39 neu erklärt, SZ 79 [1962], 131; Hans Julius Wolff, Julian und die celsinische „Durchgangstheorie“, Mel. Meylan I [1963], 421.

¹¹ Horst Heinrich Jakobs, Delegation und Durchgangserwerb, SZ 91 [1974], 217 f.

¹² Max Kaser, Durchgangserwerb, Lab. 26 [1980], 38.

¹³ Wolff, Mel. Meylan I [1963] (oben Anm. 10), 432.

¹⁴ JhrJb. 2 [1858], 148 f.

¹⁵ Jakobs, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 250.

¹⁶ Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 47.

¹⁷ Berthold Kupisch, Der angebliche Durchgangserwerb des Celsus (Ulp. D. 24, 1. 3, 12), SZ 93 [1976], 63.

rückholen und folglich sowohl das Prozessrisiko als auch das Insolvenzrisiko des Anweisungsbegünstigten tragen. Er muss gegenüber dem Delegatar aus eigenem Recht vorgehen. Dieses eigene Recht konnte je nachdem, ob die Sache (bzw. das Geld) beim Dritten noch vorhanden oder schon verbraucht ist, eine *vindicatio* oder *condictio* sein. Die vermeintlichen Gegner der Durchgangstheorie Julian und Afrikan lassen diese *ipso iure* Befreiung des Schuldner nicht zu (D. 46.3.38.1, *Afr. lib. 7 quaes.*, vgl. dazu unter dem entsprechenden Kapitel). Wenn das Eigentum an den Dritten (Delegatar) nicht übergehen kann, dann geht das Eigentum auch an den Delegatanten mittels Durchgangserwerbs nicht über. Der Schuldner (Delegat) behält sein Eigentum und wird von seiner Schuld *ipso iure* nicht freigestellt. Er hat aber gutgläubig an den vom Gläubiger angegebenen Dritten geleistet und ist allein aus diesem Grund schutzwürdig. Afrikan und Julian befreien ihn deshalb *ope exceptionis*. Da der Schuldner der Eigentümer des Geldes geblieben ist, hat er gegen den Dritten die *rei vindicatio* (bzw. die *condictio*). Den beiden Juristen erscheint es aber offenbar unbillig, dass er das Geld von dem Dritten selbst holen muss und nochmals von seinem Gläubiger in Anspruch genommen werden muss. Aus diesem Grund gewähren sie dem angewiesenen Schuldner gegen Abtretung seiner *vindicatio* an anweisende Gläubiger eine *exceptio* gegen die nochmalige Inanspruchnahme von diesem Gläubiger. Ein Aspekt, der in der Literatur eher kaum behandelt wird, ist, dass die Befreiung *ipso iure* und *ope exceptionis* in der Praxis zu ziemlich unterschiedlichen Ergebnissen geführt haben muss, da es ansonsten für den Römern nicht notwendig gewesen wäre, diese beiden Lösungswege zu erfinden.

Dieser Unterschied muss in der Besonderheit der Befreiung *ope exceptionis* liegen. Der Schuldner hat diese *exceptio* nur dann, wenn er zuvor seine Klagen gegen den Dritten an den Gläubiger

abgetreten hat. Als einzige mögliche Art der Klageabtretung kommt die Abtretung durch Prozessvertretung in Betracht.¹⁸ Die Abtretung muss folglich dadurch geschehen, dass der Schuldner den Gläubiger im Prozess gegen den Anweisungsbegünstigten zu *cognitor* oder *procurator in rem suam* einsetzt. Mit dieser Lösung hat aber der Zedent-Schuldner mindestens bis zu *litis contestatio*, d.h. bis zum Zeitpunkt, in dem der Zessionar-Gläubiger *dominus litis*-Inhaber der übertragenen Rechtsstellung¹⁹ wird, echte Mitwirkungspflicht. Unter diese Mitwirkungspflicht fällt auch die Mitteilung der prozesserheblichen Tatsachen – etwa die Benennung der Zeugen bei der *litis contestatio*, an deren Defizit der anweisende Gläubiger sicherlich leiden wird, wenn er aus eigenem Recht gegen Dritten klagt, da die begründenden Tatsachen dieser Klage in einer fremden Spähe, nämlich im Verhältnis zwischen Angewiesenem und Anweisungsbegünstigtem liegen. Die Lösung durch die *exceptio* ist für den Gläubiger günstiger. Somit muss festgestellt werden, dass wenn der Durchgangserwerb und die damit verbundene *ipso iure*-Befreiung des Schuldners ausschließlich dem Schuldnerschutz dient, die Befreiung *ope exceptionis* eher für den Ausgleich zwischen Gläubiger und Schuldnerinteressen geeignet ist.

B. Durchgangstheorie in Fragmenten von Celsus

Wegen ihres begrenzten Rahmens konzentriert sich die vorliegende Arbeit auf die Texte, die den

¹⁸ Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht (oben Anm. 2), § 55 Rn. 3. Die Alternative - Abtretung durch den novationshalber vorgenommene Stipulation zwischen Gläubiger und anweisungsbegünstigten Dritten, wäre es zwar denkbar, wird aber in Wirklichkeit kaum durchführbar sein, da der Anweisungsbegünstigte ebenso wenig bereit sein wird das empfangene Gegenstand freiwillig zurück zu versprechen, wie es freiwillig herauszugeben, wodurch alle Auseinandersetzungen vermieden werden könnten.

¹⁹ Wulf-Dieter Gehrich, Kongitur und Prokurator in rem suam, Göttingen 1963, 74.

Kern der Exegese bilden. Weitere Texte können nur auszugsweise und als Beispiele herangezogen werden.

I. D. 12.1.32 (Celsus 5. dig)

Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est²⁰.

Tu bittet *ego* und Titius um ein Darlehen und aus diesem Anlass weist *ego* seinem Schuldner an, dem *tu* das Geld zu versprechen. *Tu* meint aber, dass es ihm der Schuldner des Titius verspricht. Celsus entscheidet, dass der *tu* dem *ego* zur Rückzahlung verpflichtet ist. Grund für die Verpflichtung ist nicht das Versprechen (das ist nämlich zwischen *ego* und *tu* nicht zustande gekommen), sondern, dass dem *tu* das Geld des *ego* zugeflossen ist.

Wie Jakobs²¹ zutreffend geäußert hat, ist der Grund für die Verpflichtung des Delegatars gegenüber dem Deleganten darin zu sehen, dass das Geld des Deleganten an den Delegatar gelangt sei, ohne dass in diesem Verhältnis eine Darlehensabrede zustande gekommen ist. Das diese Annahme

mittels der Durchgangstheorie sich ohne weiteres erklären lässt, besagt er selbst.²²

Gegen die Anwendung der Durchgangstheorie spricht aber, dass hier ein Fall der *delegatio ad promittendum* vorliegt, indem, wie schon gesagt, der Durchgangserwerb ausgeschlossen ist, da der Wille des Schuldners nicht dahin geht, mit der Leistung an den Delegatar gleichzeitig an den Deleganten zu leisten. Zwar ist diese Stipulation hier wegen Dissens nichtig,²³ das aber ändert an den vom Schuldner bei der Leistung übergebenen Tilgungsbestimmung nichts. In diesem Zusammenhang muss auf den Text des Julian D. 24.1.39 hingewiesen werden. Ohne auf einzelne Probleme des Textes einzugehen, ist, wie schon oben gesagt, die einheilige Meinung der Forscher,²⁴ dass in Fällen der *delegatio ad promittendum*, die Durchgangstheorie nicht zur Anwendung kommen darf und zwar unabhängig davon, ob die Stipulation wirksam geblieben ist oder nicht. Wegen der Novationswirkung der Stipulation erlischt die frühere Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger und es entsteht eine neue gegenüber dem Dritten. Der darauf getätigten Zahlung des Schuldners fehlt die Tilgungsbestimmung, seiner Schuld auch gegenüber dem ersten Gläubiger nachzukommen, weil diese Schuld gar nicht mehr bestehen muss. Die Durchgangstheorie ist hier grundsätzlich nicht anwendbar.

Auch nach Jakobs²⁵ kann diese Stelle nicht für die Begründung der Durchgangstheorie herangezogen werden. Die Leistung des Schuldners wird nicht in zwei Eigentumsübertragungen zergliedert mit der Folge, dass das Eigentum zunächst an den *ego* und dann an *tu* übergeht. Wäre das nämlich

²⁰ Wenn du sowohl mich als auch Titius nach Darlehen gefragt hast, und ich meinen Schuldner angewiesen habe dir zu versprechen, du es aber in der Annahme versprechen ließest, es sei ein Schuldner des Titius, ist fraglich, ob du mir [oder dem Titius] verpflichtest bist. Ich habe Bedenken, weil du überhaupt keinen Vertrag mit mir abgeschlossen hast. Doch liegt für mich die Annahme näher, dass du verpflichtet bist, nicht weil ich dir das Geld als Darlehen ausgezahlt habe (das kann nur unter derjenigen geschehen, die sich darüber einig sind), sondern deswegen, weil es recht und billig ist, dass mein Geld, das zu dir gelangt ist, mir von dir zurückgegeben wird.

²¹ Jakobs, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 216 f.

²² Jakobs, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 217.

²³ Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 122; Endemann, Delegatio (oben Anm. 7), 54.

²⁴ Sturm, SZ 79 [1962] (oben Anm. 10), 131; Max Kaser, Festschrift für Wilhelm Felgentraeger zum 70. Geburtstag, hrsg. von Max Kaser, Göttingen 1969, 293; Wolff, Mel. Meylan I [1963] (oben Anm. 10), 421.

²⁵ Jakobs, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 218 f.

der Fall, dann gehörte dem *tu* zugeflossenes Eigentum dem *ego* und dann wäre auch das Entstehen der Obliegenheit zu seinen Gunsten gerechtfertigt. Anders erklärt Jakobs das Fragment, indem er *pecunia mea* nicht als rechtliche, sondern als wirtschaftliche Zugehörigkeit des Geldes zu dem Vermögen des *ego* ansieht. Es findet kein Durchgang statt, das Geld ist aber wirtschaftlich dem Vermögen des *ego* zuzuordnen, deshalb muss durch diese wirtschaftliche Zuordnung die Obligation zwischen *ego* und *tu* entstehen.

Abgesehen davon, dass sich eine solche Deutung nicht mit Argumenten aus dem Text bekräftigen lässt, führt sie außerdem zu einem sich selbst widersprechenden Ergebnis, da sich diese wirtschaftliche Zugehörigkeit im vorliegenden Fall ohne Durchgangstheorie gar nicht bejahen lässt. Wie schon gesagt, war die Stipulation zwischen *debitor* und *tu* nichtig und es fand damit keine Novation der Schuld mit Erfüllungswirkung gegenüber dem *ego* statt. Der *debitor* bleibt dem *ego* nach wie vor verpflichtet. Wenn er danach auf diese nichtige Stipulation leistet und dadurch gleichzeitig keinen Durchgang bei dem *ego* bewirkt, bleibt er ihm auch weiter verpflichtet. Die Lösung, dass der *debitor* sich durch *exceptio* gegen die Abtretung seiner *vindicatio* an *ego* wehren kann, ist zwar denkbar, es finden sich aber keine Anhaltspunkte dafür im Text. Ohne Durchgang bleibt der Schuldner dem *ego* auch nach der Zahlung verpflichtet und das Geld, das dem *tu* zufließt, ist sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich das Geld des Schuldners. Das ist der Fall, wenn die wirtschaftliche Zugehörigkeit der rechtlichen folgt. Somit steht Jakobs, der hier keine Notwendigkeit für die Anwendung der Durchgangstheorie sieht und allein auf die wirtschaftliche Zugehörigkeit abstellt, im Widerspruch zu sich selbst.

Die Verneinung der Durchgangstheorie durch Jakobs ist jedoch nicht völlig unbegründet. Auffällig an dem Fragment ist nämlich, dass das Ergebnis

mit *bonum et aequum* begründet wird, obwohl es sich um einen Text des Celsus handelt, der mit der Durchgangstheorie als eigenschöpferischer Rechtsfigur selbstbewusst arbeiten musste und der zudem, wie oben dargestellt, den Vorgang des Durchganges genau beschrieben hat. Fraglich ist, weshalb er für seine Begründung die Heranziehung der Billigkeitsgesichtspunkte gebraucht hat? Das könnte eher für seine Unsicherheit bei der Anwendung der Rechtsfigur des Durchgangserwerbs sprechen, die dann eigentlich keine ausgeprägte und ausformulierte Rechtsfigur darstellen würde.

Wegen dieser „Unsicherheit“ behauptet Jakobs,²⁶ der gegen das Vorhandensein des Durchgangsgedanken bei der Römern argumentiert, dass dieser Entscheidung von Celsus von vorneherein nicht die Rechtsfigur des Durchganges zugrunde liegt, sondern es sich lediglich um eine Billigkeitsentscheidung handelt. Jedoch kann eine andere Erklärung für diese „Unsicherheit“ gefunden werden, wenn man berücksichtigt, dass im D 12.1.32 eine Stipulation (selbst wenn es sich um eine nichtige handelt) vorliegt. Aus diesem Grund wäre die Durchgangstheorie gar nicht anzuwenden. Wie oben schon gesagt, bieten nur die Fälle der *delegatio ad solvendum* den direkten Anwendungsbereich für die Durchgangstheorie, in einem Fall der *delegatio ad promittendum* muss sie grundsätzlich nicht zur Anwendung kommen.

Obwohl hier ein Fall der *delegatio ad promittendum* vorliegt und die Durchgangstheorie nicht anwendbar ist, wendet Celsus sie trotzdem an. Das braucht aber eine Rechtfertigung und diese Rechtfertigung ist am Ende des Textes erwähnte *bonum et aequum*. Schon jetzt muss auf eine Klassikerkontroverse hingewiesen werden, denn Julian und Celsus entscheiden in gleichen Fällen anders. Es ist eindeutig, dass Celsus die Lösung nach der

²⁶ Jakobs, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 217f.

Durchgangstheorie bevorzugt, selbst dann, wenn es sich nicht ganz sauber begründen lässt.

II. D. 24.1.3.12. (Ulpian 32 Sab.)

Im Mittelpunkt der Diskussion der Durchgangstheorie in der romanistischen Literatur steht D. 24.1.3. § 12-13. In diesem Fragment von Celsus scheint diese Theorie unzweifelhaft zum Ausdruck zu kommen. Das Fragment ist in der älteren und neueren Literatur viel diskutiert und viel verdächtigt worden, was seinen Wert für die Ermittlung des wirklichen Gedankenguts des Celsus kaum geschmälert hat. Im Folgenden wird darauf näher eingegangen.

§ 12: Sed si debitorem suum ei solvere iusserit, hic quaeritur, an nummi fiant eius debitorque liberetur. Et Celsus libro quinto decimo digestorum scribit videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori. Nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere: nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse²⁷.

²⁷ wenn er aber seinen Schuldner anweist an sie [an die Ehefrau] zu zahlen, ist fraglich, ob das Geld ihr Eigentum wird und der Schuldner befreit wird. Und Celsus schreibt in fünfzigsten Buch der Digesten, man darf nicht sagen, dass der Schuldner befreit würde und das Geld das Eigentum des Mannes, nicht der Frau geworden sei, da, wenn die Schenkung *nach ius civile* nicht gehemmt wurde, die [regelmäßige] Abfolge des Geschehens die sein würde, dass das Geld von deinem Schuldner an dich und dann von dir an deine Ehefrau übergegangen wäre, da wegen der miteinander zu verbindenden Rechtshandlungen eine Klage verborgen bleibt, übrigens das der Schuldner dem Gläubiger gibt und der Gläubiger der Frau. Nicht neu und bewundernswert sei, dass das, was du durch einen anderen

Die Fallschilderung des § 12 von Ulpian, die nach seinem Bericht dem Celsus gehören muss, was auch von niemanden ernstlich bezweifelt wird, ist Folgendes: Der Ehemann (das folgt aus dem vorausgehenden Fragment), der seine Ehefrau beschenken möchte, weist seinen Schuldner an, das Geld an die Ehefrau auszuzahlen. Dass die Ehefrau kein Eigentum an dem Geld erlangt, ist für den Juristen eindeutig, fraglich ist, ob zumindest der Ehemann der Eigentümer wird. Celsus bejaht das, mit dem Argument, dass im Falle der Nichtexistenz des Schenkungsverbotes das Eigentum zuerst an dem Ehemann und dann an die Ehefrau übergegangen wäre. Die Schnelligkeit, mit der diese Rechtshandlungen miteinander verbunden werden, verursacht den Irrtum, weil man statt zwei Leistungsvorgängen nur einen annimmt. Das Schenkungsverbot macht aber nur diesen letzteren Eigentumsübergang unwirksam. Der Ehemann erwirbt aber das Eigentum an das Geld wirksam, wodurch der Schuldner sich auch befreit. Da der Text sich als sehr problematisch erweist, erfolgt die Exegese Satz für Satz.

a. *an nummi fiant eius debitorque liberetur*

Der erste Streitpunkt des Textes liegt bereits im ersten Satz. Man streitet darüber, wessen Eigentumserwerb Celsus in seiner Frage mit *eius* gemeint hat. Eine Meinung der Forscher²⁸ nimmt an, dass mit *eius* der Ehemann gemeint ist. Die Frage lautet nämlich - „ob der Ehemann das Eigentum an dem Geld erwirbt und der Schuldner sich dadurch befreit.“ Diese Annahme ist jedoch nicht richtig. Es ist zunächst völlig unerklärbar, wie Cel-

empfängst, gleichwohl du empfängst: da auch im Falle, wenn jemand dir gegenüber ein Vertreter deines Gläubigers zu sein vorspielt, von deinem Schuldner das Geld auf dein Geheiß empfängt, auch das Geld dir gehört und dir auch *actio furti* zusteht.

²⁸ Karlheinz Misera, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln 1974, 46; Jakobs, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 219, 234 ff.

sus gleich nach dem Eigentumserwerb des Ehemannes fragen konnte, wenn der Eigentumsübertragung an die Ehefrau in Frage steht und diese nicht zuvor verneint wird. Dem Gegenargument,²⁹ wonach die Unmöglichkeit des Eigentumserwerbes durch die Ehefrau so eindeutig ist, dass sie nicht einmal erwähnt werden muss, kann nicht gefolgt werden. Das ist gerade nicht eindeutig, da es hier nicht um eine einfache Ehegattenschenkung handelt, sondern um eine Ehegattenschenkung mittels Delegation und indirekte Zuwendung durch den Schuldner. In diesen Fällen ist die Auswirkung des Schenkungsverbotes immer streitig, was die ausdrückliche Verneinung des Eigentumserwerbs der Ehefrau nötig macht.³⁰

Das zweite Argument ergibt sich dagegen aus dem vorausgehenden § 11 des Fragments. Im D. 24.1.3.§ 11 steht - *Si quis igitur nummos uxori dederit, non fieri eius apparet, quia nihil corporis eius fieri palam est*. Daraus folgt eindeutig, dass mit *eius* der Eigentumserwerb der Frau gemeint ist. Dies kann in einem unmittelbar nachfolgenden Satz ohne ausdrücklichen Hinweis nicht anders sein.³¹ Selbst der *ne dici possit*-Satz ist der überwiegenden Meinung der Literatur³² zufolge auf folgende Weise zu übersetzen: „man müsse sehen, ob man nicht sagen darf, der Schuldner werde befreit und das von ihm gezahlte Geld falle in das Eigentum des Mannes.“ Dadurch wird mittelbar durch die rhetorische Gegenfrage³³ der Eigentumserwerb der Ehefrau verneint und zugleich eine neue Frage aufgeworfen - im Mittelpunkt der

Untersuchung steht nämlich der Eigentumserwerb des Ehemannes.³⁴

b. *pecunia pervenit*

Dieser Übergang des Geldes ist in zweifacher Weise äußerst umstritten. Erstens streitet man darüber, ob es sich um Übergang im eigentumsrechtlichen oder nur im wirtschaftlichen Sinne handelt und zweitens, ob die Entscheidung von Celsus eine pauschal verfasste Fiktion ist oder sich im Rahmen der bestehenden Dogmatik rechtsgeschäftlich konstruieren lässt. Was den ersten Passus der Begründung der Lösung des Celsus betrifft, nämlich: *nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret*, findet man eine unterschiedliche Interpretation der Forscher, obwohl *pecunia pervenit* am ehesten den Eigentumsübergang bezeichnen kann.³⁵ Nach Bund³⁶ wollte Celsus mit *pecunia pervenit* nur andeuten, dass das Geld virtuell (oder wirtschaftlich betrachtet) von den Ehemann komme, so dass es gerechtfertigt war, den Eigentumserwerb der Frau zu leugnen. Diese Meinung wurde in der neueren Forschung³⁷ zu Recht verworfen. Erstens ist im vorausgegangenen Satz nach sachenrechtlicher Zuordnung der Münzen - *nummi fiant eius* und *nummos factos mariti* und nicht nach virtueller oder wirtschaftlicher Zuordnung gefragt worden. Sie findet auch keine Stütze im *nam et si*-Satz, bei dem es sich um den Übergang des Geldes als solchen und damit im eigentumsrechtlichen Sinne handelt, nicht aber um die

²⁹ Jan Dirk Harke, *Argumenta iuventiana*, Berlin 1999, 91.

³⁰ Fabian Klinck, *Erwerb durch Übergabe an Dritte nach klassischem römischem Recht*, 2004 Berlin, 312 Anm. 72.

³¹ Kupisch, *SZ* 93 [1976] (oben Anm. 17), 59 Anm. 34; Gerhard von Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*. 4. Band, Tübingen 1920, 318 f.; Hans Ulrich Haberlin, *Die Kausalbeziehungen bei der delegatio*, *SZ* 74 [1957], 126 f.

³² Kaser, *Lab.* 26 [1980] (oben Anm. 12), 26, Lübtow, *Darlehensbegriff* (oben Anm. 4), 32 ff.

³³ Klinck, *Erwerb durch Übergabe* (oben Anm. 30), 302 Anm. 9.

³⁴ Kaser, *Lab.* 26 [1980] (oben Anm. 12), 26; Klinck, *Erwerb durch Übergabe* (oben Anm. 30), 301; Weyand, *Durchgangserwerb* (oben Anm. 1), 42; a. A. Eric Pool, *De minutulis curat philologue: Was bedeutet videndum/videmus ne?* *SZ* 100 [1983]; 454 ff.; Schanbacher, *TR* 60 [1992], 7 Anm. 38.

³⁵ Beseler, *Beiträge IV* (oben Anm. 32), 139; Haberlin, *SZ* 74 [1957] (oben Anm. 31), 129.

³⁶ Elmar Bund, *Iura* 11 (1960), 253 und *ders.*, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln 1965, 142 f.

³⁷ Weyand, *Durchgangserwerb* (oben Anm. 1), 84.

Zuordnung des Vermögenswertes zum einem bestimmten Vermögen, was eher für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise sprechen könnte.

Nach der Meinung von Jakobs³⁸ veranschaulicht der Jurist mit der *nam et si*-Satz, der wiederum nur den hypothetischen Fall darstellt, dass die Parteien die *delegatio* ausschließlich wegen der Existenz des Schenkungsverbots vorgenommen haben. Hätte es das Schenkungsverbot nicht gegeben, dann hätte der Ehemann verlangt, das Geld an ihn zu zahlen und dann selbst an die Frau weitergeleitet. Dadurch wird der Umgehungscharakter der Delegation betont und ein Argument gewonnen, um den Eigentumserwerb der Frau auch wegen dieser Umgehung zu verneinen. Diese Annahme ist in der Literatur längst verworfen worden.³⁹ Die Problematik des Falles liegt nicht darin, ob die Frau kein Eigentum erwerben soll, was oben eindeutig verneint wurde, sondern ob es zumindest der Ehemann erwirbt. Der *nam et si*-Satz dient nämlich der Begründung des Eigentumserwerbs des Ehemanns und nicht der Verneinung des Eigentumserwerbs der Ehefrau. Außerdem hat diese indirekte Leistung mittels Delegation einen eindeutigen praktischen Wert, indem dem Ehemann die Annahme und folgende Übergabe des Geldes erspart bleibt. Hätte es kein Schenkungsverbot gegeben, dann wäre es aus praktischen Gründen dennoch wahrscheinlich, dass die Parteien eine Delegation vorgenommen hätten. Die Anweisung verfolge nämlich nicht nur den Zweck der Umgehung des Schenkungsverbot, sondern bewirke auch eine Abkürzung der Leistungswege. Auch wenn die Schenkung nicht verboten wäre, wäre die *delegatio* vorgenommen worden.⁴⁰

³⁸ Jakobs, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 240 f.

³⁹ Kupisch, SZ 93 [1976] (oben Anm. 17), 232. Weyand, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 86 ff.

⁴⁰ Klinck, Erwerb durch Übergabe (oben Anm. 30), 302.

Am überzeugendsten ist die Annahme des überwiegenden Teils der Literatur,⁴¹ wonach durch *pecunia pervenit* eine tatsächlich erfolgte Eigentumsübergang bezeichnet worden ist. Celsus und Ulpian verlangen ausdrücklich, dass der Ehemann der Eigentümer des Geldes wird; nur dann wird der Schuldner befreit. Der durch die Operation verfolgte Zweck ist der Schuldnerschutz. Die Wirksamkeit des Teils des Vorgangs, der rechtlich einwandfrei ist, nämlich die Schuldnerfüllung an den Gläubiger, soll gerettet werden.⁴² Die Zerlegung bewirkt, dass das Eigentum zunächst vom Schuldner an den Gläubiger übergeht und, wie Wieacker⁴³ überzeugend dargestellt hat, eine „logische Sekunde“ danach von Gläubiger an den Dritten. Diese zweite Eigentumsübergang vom Ehemann an die Ehefrau scheitert hier allerdings an den Schenkungsverbot und das Eigentum bleibt beim Ehemann „stecken“.⁴⁴

aa) Kritik Jherings

Jhering⁴⁵ macht in seiner scharfen Kritik der Durchgangstheorie geltend, dass die verschiedene Vorgänge, die sich hier an den einen Akt knüpfen, auf ebenso viele Traditionen zurückzuführen, hieße ihre ideale Natur zu verkennen und das Übersinnliche in der Form des Sinnlichen zwingen.⁴⁶ Nach Jhering erwirbt *ex re mea* auch derjenige, der nicht *res mea* erwirbt, sondern eine fremde Sache auf meine Kosten erhält, wenn ich darüber disponiert habe, ohne Besitz und Eigentum an ihr zu erlangen. Die Durchgangstheorie gebe den idealen Vorgängen auf dem Gebiet des Vermögensrechts eine Krücke, die sie nicht nötig hätten.

⁴¹ Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 28, Kupisch, SZ 93 [1976] (oben Anm. 17), 63 Anm. 17.

⁴² Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 28.

⁴³ Wieacker, Die juristische Sekunde: Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz, in: Existenz und Ordnung, FS Erik Wolf, 422 ff., 450.

⁴⁴ Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 28.

⁴⁵ JhrJb. 2 [1858], 147 ff.

⁴⁶ Lübtow, Darlehensbegriff (oben Anm. 4), 31.

Wenn es auch nur um ein bloßes juristisches Konstruktionsmittel, einen reinen Schuldbegriff geht, so könnte er dennoch zum praktischen Gebrauch verwandt werden und Unheil stiften.⁴⁷ Die Alternativlösung, die Jhering anbietet, ist „die Unabhängigkeit der Solution von der Tradition“⁴⁸ - die sog. „abstrakte solutio.“ Dabei geht es also um die Fälle, in denen die Leistung des geschuldeten Gegenstandes an den Gläubiger durch andere Vorgänge ersetzt wird: durch Delegation oder sonstwie durch Leistung an einen Nichtgläubiger mit Willen des Gläubigers.⁴⁹ Wenn Jhering gegen die Durchgangslösung spricht, deren Vorhandensein er in D. 24.1.3.12 dennoch anerkennt, ist Jakobs⁵⁰ einen Schritt weitergegangen als Jhering, indem er verneint, dass es die Durchgangstheorie bei den Römern überhaupt gegeben hat. Problem des Digesten 24.1.3.12 ist nicht die Durchgangstheorie. Die Entscheidung von Celsus ist eine „Entscheidung gegen das Traditionsprinzip bei der Übereignung zugunsten des Prinzipals, dass ein Schuldner, der auf Geheiß des Gläubigers einem Dritten zahlt, von seiner Schuld frei wird.“

Demgegenüber wendet Kaser⁵¹ mit überzeugender Argumentation ein, dass das Prinzip der „Unabhängigkeit der Solution von der Tradition“ nicht so weit reichen kann, wie es sich Jhering und Jakobs vorstellen. Zutreffend ist dieses Prinzip dann, wenn die Zahlung mit Willen des Gläubigers durch einen anderen Vorgang ersetzt wird, wie bei der Schuldtilgung durch *delegatio*, bei der Schenkung durch *acceptilatio* usw. Wenn jedoch die Parteien an der Schuldbefreiung durch *traditio* der geschuldeten Sache festhalten, bleibt es bei der Regel, dass diese *traditio* gültig sein muss, also eine gültige *causa* erfordert. Dass eine *delegatio* die *solutio* nur ersetzen kann, wenn sie gültig ist, ver-

steht von sich selbst.⁵² Hier mangelt es der *traditio* gerade an einen solchen *causa*. Bleibt man bei der Annahme von Jakobs, muss dann mit der Nichtigkeit der *traditio* auch die *solutio* (des Schuldner-Delegaten an Gläubiger-Deleganten) nichtig sein, da die „Unabhängigkeit der Solution von der Tradition“ nicht imstande ist, eine Durchbrechung des Traditionsprinzips in einem Fall zu decken, in dem ein mit Nichtigkeitssanktion ausgestattetes Verbot verletzt würde.⁵³ Die Schuldtilgung kann folglich nur durch die Durchgangslösung erreicht werden.

Was gegen die pauschale Verneinung des Vorhandenseins der Durchgangstheorie im klassischen Recht allgemein und in diesem Fragment konkret einzuwenden ist, ist, dass durch den Satz *quod per alium accipias, te accipere* zum Ausdruck gebracht ist, dass es auf irgendeine Weise zum Durchgangserwerb des Deleganten kommen muss, sonst ist es unerklärbar, was dasjenige sein konnte, das der Ehemann durch einen anderen empfängt. Das von Jhering und Jakobs angebotene Prinzip „der Unabhängigkeit der *solutio* von der *traditio*“ vermag diesen Satz nicht zu erklären.

c. *una actio*, die verborgen bleibt

Aus diesem Grund schlägt Jakobs vor, die beiden Sätze von *et si* bis zur *accipere* auszustreichen, mit dem Argument, dass derjenige, der den Mut hat, völlig neue Fragestellungen aufzuwerfen, auch den Mut hat, sie zu bejahen, ohne sich weiterer Argumente dafür zu bedienen, besonders solche unglücklichen wie den Folgenden.⁵⁴ Eine solche neue Fragestellung und neue Lösung wäre die Entscheidung für den Eigentumserwerb des Mannes an dem seiner Frau tradierten Geld gewesen, deren dogmatische Grundlage die oben er-

⁴⁷ Lübtow, Darlehensbegriff (oben Anm. 4), 31.

⁴⁸ JhrJb. 1 [1875], 305 f.

⁴⁹ Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 29.

⁵⁰ Jakobs, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 238 f.

⁵¹ Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 29.

⁵² Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 29.

⁵³ Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 30.

⁵⁴ Jakobs, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 240 f.

wähnte Entscheidung gegen das Traditionsprinzip bildet.

Diese Annahme lässt sich mit der Argumentation von Kaser ohne weiteres entkräften, der Streichungsversuch der Sätze seitens Jakobs ist jedoch nicht völlig grundlos. Der Satz ist zumindest problematisch, da gar nicht klar ist, welches diese *una actio* - „eine Rechtshandlung“ ist, die verborgen bleibt. Der Satz solle offenbar zum Ausdruck bringen, dass durch die *celeritas* der Erwerbshandlungen bei Delegation der wahre sachenrechtliche Ablauf, also die Übereignung des Geldes durch den Schuldner an den Ehemann und durch diesen an die Ehefrau, verborgen bleibe und man stattdessen eine Übertragung durch den Schuldner an die Ehefrau wahrzunehmen glaube. In diesem Sinne sei aber das Bild, dass eine Rechtshandlung verdeckt bleibe (*unam actionem occultari*), vollkommen schief,⁵⁵ weil hier nämlich nicht eine, sondern sogar beide dieser Auszahlungen verborgen sind.

Aus diesem Grund schlägt Weyand vor,⁵⁶ unter *una actio* nicht einzelne Rechtshandlung zu verstehen, sondern sie „abstrakt numerisch“ aufzufassen: Durch die rasche Folge der miteinander zu verbindenden Rechtshandlungen glaubt man, nur eine Rechtshandlung, nämlich den Direkterwerb der Ehefrau vom Schuldner, zu konstatieren, während in Wahrheit zwei Rechtshandlungen vorliegen, nämlich der Erwerb des Ehemannes vom Schuldner und der anschließende Erwerb der Ehefrau vom Ehemann; also ist der Anzahl nach eine Rechtshandlung verborgen. Durch diese Annahme ist jedoch das Problem nicht gelöst, sondern lediglich verschleiert. Neben der tatsächlichen Auszahlung des Schuldners an die Ehefrau sind es zwei Eigentumsübertragungen, die verborgen bleiben. Diese Eigentumsübertragungen sind nicht sichtbar. Folgt man Weyand und seinen „abstrakt nu-

merischen“ Erklärung, indem neben einer tatsächlichen Handlung (Auszahlung) zwei rechtliche Handlungen (Eigentumsübertragungen) vorliegen, dann sind es insgesamt drei Handlungen. Man sieht die tatsächliche Auszahlung, daneben gibt es aber zwei und nicht eine Handlung, die verborgen bleiben. Somit versagt diese „abstrakt numerische“ Betrachtungsweise für die Erklärung der *una actio*. Mit dieser Vermengung der tatsächlichen und rechtlichen Handlungen kommt Weyand außerdem im Widerspruch mit seiner vorherigen Annahme, bei der er eine klare Linie zwischen diesen beiden gezogen hat.

aa) Betrachtung des verborgenen Rechtshandlung im Zusammenhang mit dem Übergang des Geldes

Wenn man unter der verborgenen Rechtshandlung den sachenrechtlichen Vorgang (*pecunia pervenit*) versteht, dann ist es nicht eine, sondern es sind, wie schon gesagt, sogar zwei Rechtshandlungen die verborgen bleiben, da weder die Eigentumsübertragung vom Schuldner an den Ehemann noch vom Ehemann an die Ehefrau ersichtlich ist. Nach Haberlin⁵⁷ ist es der Leistungserfolg und nicht die Eigentumsübertragung, die verborgen bleibt. Nach ihm betrifft selbst der Fall „die Herbeiführung mehrerer Leistungserfolge durch einen sachenrechtlichen Vorgang.“ Zwar mag die Annahme zutreffen, dass mit *una actio* etwas anderes als die Eigentumsübertragung gemeint ist, dass rechtfertigt es aber kaum, im ganzen Fall nur einen einzigen sachenrechtlichen Vorgang zu sehen. Mit *pecunia pervenit* betont Ulpian/Celsus gerade, dass zwei Eigentumsübertragungen stattgefunden haben müssen. Außerdem kann diese *pecunia pervenit* nur im technisch-juristischen Sinne als Eigentumsübertragung verstanden werden.

⁵⁵ Weyand, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 97.

⁵⁶ Weyand, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 98.

⁵⁷ Haberlin, SZ 74 [1957] (oben Anm. 31), 128.

bb) Verständnis der verborgenen Rechts- handlung im Sinne des schuldrechtlichen Leistungserfolgs

Eine andere Erklärung bietet Jakobs an.⁵⁸ Nach ihm ist die Auszahlung durch den Schuldner an die Ehefrau eine einzige Handlung, die also gerade nicht verdeckt ist, sondern selbst etwas verdeckt und so erscheint, als würde sie allein stattfinden. Diese Annahme ist aber nicht ganz überzeugend und schwerlich hätte Celsus, wie schon gesagt, als sichtbare von zwei Handlungen, die Auszahlung als tatsächlichen Vorgang gemeint haben. Obwohl diese Auszahlung der einzige sichtbare Vorgang des Falles ist, ist gerade ihr juristischer Gehalt mehrdeutig. Ob diese eine tatsächliche Handlung, eine oder sogar zwei Rechtshandlungen darstellt, muss noch geklärt werden. Es ist gerade die Kernfrage des Textes, wer durch diese Auszahlung an wen leistet und von wem an wen durch diese Auszahlung das Eigentum übergeht. Diese tatsächliche Handlung enthält in sich zwei juristische Handlungen, von denen eine verborgen und eine sichtbar ist.

Zutreffender erscheint daher die Annahme von Bürge,⁵⁹ indem er die *actio* mit dem Handlungszweck im Sinne des Leistungserfolgs übersetzt. Verborgen ist die schuldrechtliche *dare* und nicht die sachenrechtliche *pecunia pervenit*. Nicht einer von zwei *pecunia pervenit* ist sichtbar und der andere unsichtbar, sie sind beide unsichtbar. Es ist eine von zwei *dare*, die verborgen bleibt. Die sichtbare *dare* ist die Leistung des Ehemannes an die Ehefrau. Dass mit der *delegatio ad solvendum* der Ehemann an die Ehefrau leistet, ist auch ohne Vorstellung des Durchgangsgedanken klar.⁶⁰ Die

Handlung, die aber verborgen bleibt, ist nur im Rahmen der besonderen juristischen Konstruktion erkennbar, während der zweite zwar nicht sinnlich, aber juristisch durchaus ersichtlich ist. Diese zweite sichtbare juristische Handlung ist nämlich die Leistung des Ehemannes an die Ehefrau - *creditorum uxori dare*. Das folgt nicht zuletzt aus der Fragestellung des Celsus, ob *debitorque liberetur*. Die Handlung, die verborgen bleibt, muss diejenige sein, durch die sich der Schuldner befreit. Die Antwort auf diese Frage muss der Leistungsvorgang enthalten, der unsichtbar geblieben ist, sonst ergibt sich aus der Fragestellung und der Antwort wenig Sinn.

Juristisch sichtbar war somit die Leistung des Ehemannes an die Ehefrau, da sich der Schuldner dadurch nicht befreien konnte. Der Schuldner könnte sich nur mit der Leistung an den Ehemann befreien haben. Ob diese Leistung Erfolg gehabt hat oder fehlgeschlagen ist, bleibt aber gerade verborgen. Unzweifelhaft ist, dass die Leistung des Ehemannes an die Ehefrau keinen Erfolg gehabt hat. Daraus konnte man schließen, dass auch die Leistung des Schuldners an den Ehemann keinen Erfolg gehabt haben könnte. Das wäre etwa dann der Fall, wenn diese zwei Leistungen derart miteinander verbunden wären, dass sie keine selbständige „Existenz“ hätten und die Erfolglosigkeit des einen auch die Erfolglosigkeit des anderen bedeuten würde. Eine solche Gefahr besteht tatsächlich, wenn man sich keine Mühe gibt, die Leistungen zu spalten und durch die Annahme der abstrakten *solutio* (Prinzip der „Unabhängigkeit der Solution von der Tradition,“ vgl. oben) der Leistung des Schuldners an den Ehemann eine selbständige Existenz abspricht. Celsus verneint aber eine solche Annahme im gestörten Leistungsverhältnis. Die Leistung des Schuldners ist eine selbständige Leistung, die er zuvor an den Ehemann bewirkt

⁵⁸ Jakobs, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 229 f.

⁵⁹ Alfons Bürge, Der Text als Problem des Kontextes, SZ 115 [1998], 154.

⁶⁰ Das es hierbei um die unanfechtbare Annahme des Klassikers handelt, belegen die zur Regel gewordenen Ausdrücken - *qui mandat solvi, ipse videtur solvere* (Paul., D. 46.3.56) *Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intellegitur, quanta ei debe-*

tur (Iul., D. 46.1.18) und *solvit enim et, qui reum delegat* (Ulp., D. 16.1.8.3), s. o. in der Einleitung.

hat. Obwohl sie in empirischer Zeit und Handlung mit der Leistung des Ehemannes an die Ehefrau zusammenfällt, geht sie ihr in „juristischer“ Zeit vor. Unter *celeritas* kann keinesfalls die empirische Schnelligkeit verstanden werden, da es gar keine zwei empirischen Handlungen gibt, sondern nur die „juristische“ Schnelligkeit, dass man eine tatsächlichen Handlung in einer sog. „juristischen Sekunde“ in zwei juristische Handlungen trennt und anschließend wieder verknüpft. Somit kann unter verborgener Rechtshandlung nur die vorherige Leistung des Schuldners an den Ehemann verstanden werden.

Das ist auch die Antwort am Anfang aufgeworfene Frage ob *debitorque liberetur*. Der Jurist sagt, dass der Schuldner sich dadurch befreit, dass er an den Ehemann leistet und ihm das Eigentum verschafft. Es finden zwei sachenrechtliche Vorgänge statt: 1. Übereignung des Geldes vom Schuldner an den Ehemann und 2. erfolglose Übereignungsversuch durch Ehemann an die Ehefrau. Dazu kommen aber noch zwei Leistungsvorgänge. Die *pecunia pervenit* – Gliederung der einen tatsächlichen Auszahlung in zwei Eigentumsübertragungen, ist nur ein Mittel für Celsus, wodurch er es schafft, den Leistungserfolg im Deckungsverhältnis zu retten.⁶¹ Der Schuldner befreit sich nicht durch Übereignung an die Ehefrau, sondern an den Ehemann. Dass das Geld wegen des Verbots nicht an die Ehefrau übergegangen ist, wirkt sich auf seine Befreiung nicht mehr aus, da dieser Erfolg nicht den Inhalt seiner Leistung, sondern den Inhalt der nachfolgenden Leistung des Ehemannes bildet.

cc) Die Stellungnahme

Der *nam celeritate*-Satz gilt ausschließlich für das gestörte Anweisungsverhältnis, denn eine

⁶¹ Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 27; Klinck, Erwerb durch Übergabe (oben Anm. 30), 305.

Rechtshandlung bleibt nur in diesem Fall verborgen. Würde Celsus sagen, dass im ungestörten Anweisungsverhältnis, etwa wenn der Ehemann nicht seine Ehefrau, sondern seinen Gläubiger begünstigt hat, zwei Leistungen vorliegen, würde er damit eine schlichte Banalität ausdrücken, die schon viele vor ihm ausgedrückt haben und die einen feststehenden Grundsatz darstellte.⁶² Diese zwei Leistungen liegen auch ohne Durchgangstheorie vor. Ohne Durchgangserwerb gilt der Direkt-erwerb. Dann erwirbt der Anweisungsbegünstigte das Eigentum direkt vom Angewiesenen, was man vor Celsus auch angenommen hat. Aber auch mit dieser Annahme liegen im ungestörten Anweisungsverhältnis, sowohl bereicherungsrechtlich als auch „solutionsrechtlich“⁶³, zwei Leistungen vor: 1. Leistung des Schuldners an den Ehemann und 2. Leistung des Ehemannes an die Ehefrau. In diesem Falle ist die Zerlegung in zwei sachenrechtliche Vorgänge gar nicht nötig.⁶⁴ Würde Celsus nämlich sagen, dass im ungestörten Anweisungsverhältnis, dadurch, dass der Schuldner der Ehefrau das Eigentum an dem Geld verschafft hat, er selbst an den Ehemann und der Ehemann an die Ehefrau geleistet hat, wäre dies etwas ganz Banales und allgemein Bekanntes. Gerade diese Wörter möchte aber Jakobs ihm in den Mund legen.⁶⁵ Im ungestörten Anweisungsverhältnis ist es in Bezug auf Vorliegen zweier Leistungen ohne Unterschied, ob man einen Direkterwerb oder einen Durchgang konstruiert. Es liegen in jedem Fall zwei erfolgte Leistungen vor.

Gar nicht banal ist die Aussage des Celsus, wenn man ihn nur für den Fall des gestörten Anweisungsverhältnisses annimmt. Bleibt man im gestörten Anweisungsverhältnis beim Direkterwerb, so ist dieser Direkterwerb fehlgeschlagen. Der

⁶² S. o. Anm. 60, außerdem Max Kaser, Das Römische Privatrecht - Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., München 1971, 532.

⁶³ Weyand, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 107.

⁶⁴ Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 30.

⁶⁵ Zust. auch Klinck, Erwerb durch Übergabe (oben Anm. 30), 312.

Schuldner konnte wegen des Schenkungsverbots der Ehefrau kein Eigentum verschaffen. Folglich ist die Leistung des Ehemannes an die Ehefrau fehlgeschlagen. Wegen der Konstruktion des Direkterwerbs ist aber mit dem Fehlschlagen der Leistung des Ehemannes zugleich auch die Leistung des Schuldners an den Ehemann fehlgeschlagen, da der Schuldner der Eigentümer der *nummi* geblieben und deshalb nicht befreit worden ist. Folglich sind im Falle des Direkterwerbs beide Leistungen fehlgeschlagen.

Celsus verbleibt aber nicht bei dem Direkterwerb, sondern konstruiert eine neue *ordo rei gestae*, er konstruiert den Durchgang. In diesem Fall ist zwar die Leistung des Ehemannes an die Ehefrau fehlgeschlagen, der Schuldner hat aber dem Ehemann zuvor noch das Eigentum an dem Geld verschafft. Im Unterschied zu der Konstellation des Direkterwerbs ist hier die Leistung des Schuldners nicht erfolglos geblieben, mit dem Durchgang ist sein Leistungserfolg eingetreten. Das ist aber gerade das Neue an der Lösung von Celsus. Der Leser, der bis dahin nur nach Direkterwerb konstruiert hat, wird diesen Leistungserfolg nicht bemerken. Dies ist eine Erklärung für die Verwendung des Wortes *occultari*. Dieser Leistungserfolg ist aber aufrechterhalten, der Schuldner hat sich dadurch befreit, dass er dem Ehemann das Eigentum an dem Geld verschaffen hat. Früher passten die Leistungen des Schuldners und des Ehemannes derart zusammen, dass die Erfolglosigkeit der einen auch die Erfolglosigkeit der anderen bedeutete. Indem Celsus zwei aufeinanderfolgende sachenrechtlich Vorgänge annimmt, zerlegt er sie aber in ein juristisches „vorher“ und „nachher“. Wegen des Durchgangs war der Leistungserfolg des Schuldners von dem Leistungserfolg des Ehemannes unabhängig. Diese Unabhängigkeit ist erstmals von Celsus erzielt worden und er deckt sie auch auf. Dieser Aufdeckung bedarf es aber nur im gestörten Anweisungsverhältnis, da beide

Leistungen sonst ohnehin wirksam und sichtbar sind.

Wie schon oben gesagt, kann unter der verborgenen *actio* nicht der sachenrechtliche Vorgang (*pecunia pervenit*) verstanden werden. Celsus konnte nicht gesagt haben, dass der Eigentumsübergang zunächst vom Schuldner an den Ehemann und dann von ihm an die Ehefrau verborgen bleibt, da gerade dies seine Theorie bildet. Diese beiden verborgenen Eigentumsübertragungen konnten nicht eine verborgene Handlung i.S.v. *una actio* darstellen, da erstens, wie schon gesagt, sie zwei verborgene Handlungen und nicht eine Handlung sind, und zweitens sie auch verborgen sein müssen, da sie einer von Celsus erstmals erfundenen Konstruktion zugrunde liegen, deren Sichtbarkeit Celsus von anderen nicht erwarten konnte.

Diese *una actio* konnte nur etwas sein, was auch früher unter Umständen sichtbar, unter Umständen aber auch nicht sichtbar war. Das kann aber nur die Leistung des Schuldners an den Ehemann sein, die im ungestörten Anweisungsverhältnis immer sichtbar, im gestörten Anweisungsverhältnis aber nicht sichtbar war, da sie gar nicht vorhanden war. Mit der Annahme des Durchganges schafft es Celsus, diesen Leistungserfolg jetzt auch im gestörten Anweisungsverhältnis aufrechterhalten. Für den nicht geschulten und nach dem Direkterwerb konstruierenden Leser besteht aber die Gefahr, dass er diesen Leistungserfolg nicht bemerken wird, obwohl er jetzt tatsächlich vorhanden ist. Diese Verborgenheit deckt Celsus mit dem *nam celeritate*-Satz auf.

d. Rechtsgeschäftliches Zustandekommen des Durchgangserwerbs für den ersten Fall

Die zentrale Frage für die Erklärung des rechtsgeschäftlichen Zustandekommens des Durch-

gangserwerbs ist, wie der Ehemann hier Eigentümer des Geldes werden konnte. Grundsätzlich musste er dazu den Besitz an den Münzen erlangen, sie müssten ihm übergeben worden sein.⁶⁶ Eine überwiegende Auffassung in der früheren Romanistik⁶⁷ hat einen Besitzerwerb des Ehemannes durch die Ehefrau als Stellvertreterin angenommen. Die gleiche Konstruktion wird auch sonst für den Zweck der Zahlung aufgrund Aktivlegitimation, z. B. beim Einziehungsdarlehen *utilitatis causa*⁶⁸ gestattet. Damit wird der angewiesene Schuldner befreit. Darauf (*deinde*, d.h. in der gleichen „juristischen Sekunde“) gehe das Eigentum am Geld durch *brevi manu traditio* vom Ehemann an die Delegatarin (Ehefrau) über. Zu beachten ist aber das Gegenargument von Kaser,⁶⁹ dass der Wille der Frau nicht dahingehend unterstellt werden darf, dass sie den Besitz für ihren Ehemann erwerbe. Nach Weyand⁷⁰ werden allerdings die Interessen der Ehefrau nicht davon berührt, ob zuvor der Ehemann Eigentümer des an sie gezahlten Geldes wird oder nicht. Diese Unbetroffenheit der Interessen sieht er schon als ausreichend, um das Verhalten der Ehefrau nach den Regeln der Auslegung des rechtsgeschäftlichen Handelns auf eine „objektivierte Interessenlage“ abzustellen und diesen Besitzmittlungswillen bei der Ehefrau zu unterstellen.⁷¹

Eine andere Erklärung wäre es, den Empfang des Geldes durch die Frau als bloße Inkassantin des Ehemannes anzunehmen. Dagegen spricht, dass die freie Stellvertretung beim Besitzerwerb und bei dem dadurch vermittelten Eigentumser-

werb im klassischen Recht der Regel nach auf den *procurator* (und daneben auf den *tutor*) beschränkt ist.⁷² Die nächste in Betracht kommende Annahme wäre es, wenn man sich die Eigentumsübertragung von F auf M als *constitutum possessorium* vorstellt.⁷³ Diese Annahme hat wohl die längste Tradition.⁷⁴ Das *constitutum possessorium*⁷⁵ ist ein „Übergabesurrogat“, bei dem der Besitzer, allenfalls der besitzende Eigentümer, einen anderen ohne Sachübergabe dadurch zum Besitzer (Eigentümer) macht, dass er gleichzeitig mit der Vereinbarung des Besitz- (Eigentums-) Übergangs ein Verhältnis wie Kommodat, Miete, Nießbrauch usw. vereinbart, auf Grund dessen er die Sache als Detentor in seiner Gewalt behält.⁷⁶ Aber auch ein solcher Besitzkonstitut in Form des „In-sich-Konstitut“, mit dem die Ehefrau, entgegen ihrem wirklichen Willen, den Besitz und das Eigentum an dem von S empfangenen Geld für eine logische Sekunde auf M übertragen haben sollte, erscheint fernliegend. Zu berücksichtigen ist, dass die Ehefrau, anders als der *procurator* (vgl. etwa Cels. D. 24.2.18 pr.) nicht als Stellvertreterin des Ehemannes auftreten konnte.⁷⁷ Das wäre aber für ein „In-sich-Konstitut“ unentbehrlich.

Somit führt keine dieser Annahmen zu einer eindeutigen und befriedigenden Klärung der Frage, wie Celsus den Durchgangserwerb rechts-

⁶⁶ Klinck, Erwerb durch Übergabe (oben Anm. 30), 306.

⁶⁷ Jhering, JhrJb. 1 [1875], 305 mit Anm. 33; Christoph Gottlieb Adolf von Scheurl, Zur Lehre vom römischen Besitzrecht, Erlangen 1886, 116; Otto Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, JhrJb. 36 [1887] 63; Isidor Harburger, Das *constitutum possessorium* im römischen und heutigen Recht: Ein civilistischer Versuch /I., Erlangen 1881, 80 f.; Last, JhrJb. 2 [1913], 29 f.

⁶⁸ Wieacker, FS Erik Wolf (oben Anm. 43), 423.

⁶⁹ Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 31; schon aber Aru, Bull. 44 [1936/1937], 356.

⁷⁰ Weyand, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 105.

⁷¹ Weyand, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 105 Anm. 178.

⁷² Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 31.

⁷³ Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 31; Behrend, Verh. 15. dt. Juristentag, 75 Fn.5.

⁷⁴ Cujaz, in lib. XVII digest. Salvii Juliani. Ad § ult. L. III., et L. IV. De donat. Inter vir. et ux.; Salvatore Riccobono, Bull. 8 [1895], 219; Wilhelm Kindel, Die Grundlagen des römischen Besitzrechts Vahlen, Berlin 1883, 318 f.; Ludwig Reuß, *constitutum possessorium*, Das **constitutum possessorium** im römischen Recht, Berlin 1905, 60; Silvio Perozzi, Scritti I, Della tradizione, Scritti giuridici, I, Milano 1948, 66; Weyand, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 106, 108 f.; wohl aber schon Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts IV, Beilage X, V, Berlin 1841, 590 ff.; a. A. Ernst Rohde, Studien im Besitzrecht I, Abschnitt IX, Düsseldorf und Marburg 1907/1913, 35 ff.

⁷⁵ Kaser, RPR I (oben Anm. 62), 394.

⁷⁶ Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 32.

⁷⁷ Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 36.

geschäftlich als zustande gekommen angesehen haben könnte. Aus diesem Grund erscheint es geboten, den zweiten Fall aus diesem Paragraph zu betrachten, den Celsus/Ulpian an den ersten Fall mit den Wörtern *nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere*, anknüpft. In diesem Satz muss ein gemeinsamer Gedanke der beiden Fälle zum Ausdruck kommen.

e. *nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere*

Bedenken gegen die Echtheit dieses Satzes wurden insoweit geäußert, das er nicht mit dem für die klassische Zeit geltenden Prinzip *per extraneam personam nobis adquri non posse*⁷⁸ in Einklang steht. Nach einer Meinung ist es justinianisches Recht,⁷⁹ dass man durch jede freie Person Besitz und Eigentum erwerben kann. Im klassischen Römischen Recht war der unmittelbare rechtsgeschäftliche Erwerb auf Gewaltunterworfenen beschränkt: *per liberam personam, quae in potestate nostra non sunt, adquri nobis nihil potest*.⁸⁰ Hier scheint Celsus diesem Prinzip zu widersprechen. Zwar wurde dieses Prinzip im spätklassischen Recht aufgelockert, Pomponius lässt in seiner Digesten 41.1.53⁸¹ den Besitz als *id, quod naturaliter adquritur* bezeichnen und seinen Erwerb auch *per liberam personam* als möglich erachtet, wenn der Erwerber den Besitz für einen anderen erwerben will. Aber selbst diese Auflockerung hilft nicht weiter, da der Wille der Ehefrau, wie schon gesagt, nicht dahingehend unterstellt werden kann, dass sie den Besitz für den Ehemann erwirbt. Dieser Widerspruch lässt sich allerdings beheben, wenn man beachtet, dass *per alium* „durch

einen anderen“ nicht notwendigerweise ein Erwerb nach Grundsätzen der Stellvertretung im Sinne von Gaius ausgedrückt werden soll.⁸² Noch korrekter ist vielleicht die Übersetzung von Kupisch,⁸³ der *per alium* als „über einen anderen“ übersetzt. Damit wird deutlicher zum Ausdruck gebracht, dass von Celsus nicht das Auftreten der Ehefrau als unmittelbare Stellvertreterin des Ehemannes gemeint ist.

f. D. 24.1.3.12, Satz 6 - *falsus procurator*-Fall

Im zweiten Fall aus dem Fragment spielt jemand gegen den *tu* vor, ein *procurator* seines Gläubigers zu sein, weswegen der Schuldner des *tu* auf seine Anweisung an den *falsus procurator* zahlt. Der Fall wird gleich entschieden - der *tu* erwirbt das Eigentum an das Geld und auch eine *actio furti* muss ihm gegenüber der *falsus procurator* zustehen. Ob dieser Fall noch von Celsus herührt⁸⁴ oder selbst dem Ulpian zuzurechnen ist,⁸⁵ lässt sich mit letzter Gewissheit nicht sagen.

Wie Gaius⁸⁶ sich ausdrückt : *furti autem actio ei competit cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire*. Das heißt: Die Diebstahlsklage steht dem zu, der ein Interesse daran hat, dass die Sache heil sei, auch wenn er nicht der Eigentümer ist. Daher konnte sogar derjenige, der für *custodia* einzustehen hatte und dem die Sache gestohlen wurde, die *actio furti* an-

⁷⁸ Gai. II, 95; Paul. sent. 5,2,2.

⁷⁹ Beseler, Beiträge IV (oben Anm. 32), 52.

⁸⁰ Gai. II, 95.

⁸¹ Franz Josef Hölzl, Friedrich Carl von Savignys Lehre von der Stellvertretung, Ein Blick in seine juristische Werkstatt, Göttingen 2000, 18 Anm. 21.

⁸² Max Kaser, Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, Wien, 1986, 260 Anm. 18.

⁸³ Kupisch, SZ 93 [1976] (oben Anm. 17), 304 ff.

⁸⁴ Jakobs, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 242; Kupisch, SZ 93 [1976] (oben Anm. 17), 82 f.; anders aber schon ders., in St. Sanf. II [1982], 307.

⁸⁵ Watson, SD 33 [1976], 197; nach Weyand muss zumindest Indikativ *constat* aus der Feder Ulpians stammen, daraus kann ihm aber nicht die ganze Entscheidung zugeschrieben werden, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 102.

⁸⁶ Gai. III, 203.

strengen.⁸⁷ Im vorliegenden Fall ist die Annahme, dass dem *tu* eine *actio furti* zustehen müsse, ziemlich unproblematisch,⁸⁸ selbst wenn er an dem Geld kein Eigentum erworben hat, da die *actio furti* nicht notwendig dem Eigentümer, sondern demjenigen zusteht, der die Diebstahlsgefahr⁸⁹ trägt. Im Falle der gestörten *delegatio ad solvendum* trägt der anweisende Gläubiger die Diebstahlsgefahr, auch ohne an dem Geld Eigentum zu erwerben, da er in diesem Fall möglicherweise seine Forderung aufgrund einer *exceptio* des angewiesenen Schuldners nicht mehr durchzusetzen vermag.⁹⁰ Problematisch ist in diesem Fall wiederum, wie im Ausgangsfall, wie der *tu* das Eigentum an dem Geld erwerben muss. Unproblematisch ist, weshalb der *falsus procurator* kein Eigentum an das Geld erwerben muss. Er kennt nämlich seine Nichtberechtigung und begeht mit der bewussten Annahme der *indebitum* ein *furtum*, was einen Erwerb der *nummi* selbst ausschließt.⁹¹ Das Eigentum verbleibt jedoch nicht beim Schuldner, sondern geht an den anweisenden Gläubiger. Wie dies konstruiert wird, ist wiederum strittig. Nach Kaser geschieht dies, wie bereits oben dargestellt, kraft Fiktion, da es auch hier an der sachenrechtlichen Begründetheit eines tatsächlichen Erwerbs fehlt.⁹² Dagegen wendet Weyand ein, dass hier jegliche für Fiktionen gebräuchlichen sprachlichen Wendungen fehlen,⁹³ worauf unten näher eingegangen wird.

g. Rechtsgeschäftliches Zustandekommen des Durchgangserwerbs für den zweiten Fall

Nach der Darstellung der beiden Fälle bietet es sich an, das rechtsgeschäftliche Zustandekommen der Durchgangstheorie noch näher zu untersuchen.

aa) *falsus Procurator als Besitzmittler*

Seit Jhering⁹⁴ nimmt die Romanistik insofern fast unumstritten an, dass das Durchgangseigentum dem Anweisenden hier durch den Empfänger (*falsus procurator*) vermittelt werde.⁹⁵ Die oben für den Schenkungsfall dargestellte Konstruktion begegnet hier aber noch mehr Einwänden. 1. Der erste für den Schenkungsfall dargestellte Einwand, dass eine solche „freie Stellvertretung beim Besitzerwerb“ im klassischen römischen Recht überhaupt nicht möglich war, bleibt auch für diesen zweiten Fall unverändert gültig. 2. Der zweite Einwand im *procurator*-Fall ist es, wie Kupisch⁹⁶ und W. Krüger⁹⁷ mit Recht hervorgehoben haben, dass schlechterdings nicht vorstellbar ist, wie ein *falsus procurator* von den Klassikern als Stellvertreter des Anweisenden betrachtet werden konnte.⁹⁸ Nach Weyand wäre als Gegenargument denkbar, dass die Klassiker bei der Beurteilung des Geschehens nicht auf den wirklichen Willen des *falsus procurator* abgestellt hätten, sondern auf den objektiven Erklärungswert seines Verhaltens. In diesem Fall würde aber der vermeintliche Gläubiger des *tu* und nicht *tu* selbst das Eigentum an dem

⁸⁷ Theo Mayer-Maly, *Römisches Recht*, 2., erw. Aufl., Wien 1999, 163.

⁸⁸ Weyand, *Durchgangserwerb* (oben Anm. 1), 102.

⁸⁹ Kaser, *RPR I* (oben Anm. 62), 616 f., *ders.*, FS Lütow (1980), 291 f.

⁹⁰ Weyand, *Durchgangserwerb* (oben Anm. 1), 103.

⁹¹ Kaser, *Lab. 26* [1980] (oben Anm. 12), 42; Jakobs, *SZ 91* [1984] (oben Anm. 11), 242 f.

⁹² Kaser, *Lab. 26* [1980] (oben Anm. 12), 31 f; *ders.* *Rechtsquellen* (oben Anm. 80), 274, 262 ff.

⁹³ Weyand, *Durchgangserwerb* (oben Anm. 1), 104.

⁹⁴ *JhrJb.* 1 [1857], 305 mit Anm. 33.

⁹⁵ Weyand, *Durchgangserwerb* (oben Anm. 1), 104.

⁹⁶ Kupisch, *SZ 93* [1976] (oben Anm. 17), 72 Anm. 121.

⁹⁷ Wolfgang Krüger, *Erwerbszurechnung kraft Status, eine romanistisch-rechtsvergleichende Untersuchung*, Berlin 1979, 53 Anm. 121.

⁹⁸ Weyand, *Durchgangserwerb* (oben Anm. 1), 105; bereits aber Axel Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung I*, Uppsala, 1927, 125.

Geld erwerben. Der Eigentumserwerb des *tu* lässt sich auch nicht mit dieser Annahme erklären.

bb) Der Schuldner als Besitzmittler

Nach Weyand⁹⁹ ist in beiden Fällen als Besitzmittler nicht die Ehefrau oder der *falsus procurator*, sondern der angewiesene Schuldner anzusehen. Der Anknüpfungspunkt hierbei ist, dass der Angewiesene an den Anweisenden leisten will. Soll die Leistung aber auch sachenrechtliche Qualität besitzen und sei es „nur nach der Bewertung des die Interessensituation rechtlich würdigenden Juristen,“ wird der Wille des Schuldners dahin gehen, dem Ehemann den Besitz zu mitteln. Dem kann jedoch so nicht gefolgt werden. Aus der Annahme des Besitzmittlungswillens des Angewiesenen ergeben sich fast die gleichen Schwierigkeiten wie im Falle der Annahme dieses Willens bei der Anweisungsbegünstigten. Zunächst muss festgestellt werden, dass der Durchgangserwerb bei Anweisungsverhältnissen nicht dem Willen der beteiligten Parteien entspricht,¹⁰⁰ d. h. diese Leistung gegenüber den Deleganten soll gerade nicht die sachenrechtliche Qualität haben. Diese Schwierigkeit lässt sich auch nicht dadurch aufheben, dass man den angewiesenen Schuldner als Besitzmittler ansieht, weil auch aus seiner Sicht nicht zum Erwerb des Durchgangseigentums des Ehemanns kommen muss. Dabei muss man von dem Normalfall, vom ungestörten Anweisungsverhältnis, ausgehen. In diesem Fall muss es aus der Sicht des Schuldners (selbst nach der von Weyand gebotenen Auslegung nach objektivierten Parteiinteressen) gar nicht zum Eigentumserwerb des anweisenden Ehemanns kommen, da, wie schon gesagt,

die Durchgangstheorie im ungestörten Anweisungsverhältnis eine unnötige Krücke darstellt (s. o. bei der Jherings Kritik). Der angewiesene Schuldner liberiert sich schon dadurch, dass er dem Anweisungsbegünstigten das Eigentum direkt verschafft, so dass er beim Anweisenden keinen Durchgang zu bewirken braucht. Zwar kann nach Kaser¹⁰¹ der Wille des Schuldners dahingehend unterstellt werden, dass im gestörten Anweisungsverhältnis, wenn etwa die Delegatarin (Ehefrau) kein Eigentum erwerben soll, ihn zumindest der Ehemann erwerben soll, da er sich auf diesem Wege befreit. Diese Annahme führt aber zu einem unlösbaren Zirkelschluss. Man muss bedenken: 1. die Ehefrau kann das Geld deshalb nicht erwerben, da es rechtlich vom Ehemann kommt, 2. das Geld kommt rechtlich deshalb vom Ehemann, da der Schuldner ihm zuvor das Eigentum an das Geld verschafft hat und 3. das Eigentum hat er dem Ehemann deshalb verschafft, da es die Ehefrau nicht erwerben konnte. Damit ist dies eine wirkliche *petitio principii*. Eine solch komplizierte und sich widersprechende Interpretation kann nicht korrekt sein. Deshalb muss man die Absicht aufgeben, diesen Besitzmittlungswillen beim Schuldner zu suchen. Im modernen deutschen Recht hätten beide Fälle von Celsus ihren Platz in der Problematik des Geheißerwerbs gefunden. Die Übergabe des Geldes an den Deleganten kann durch die Übergabe auf sein Geheiß an die Ehefrau oder *falsus procurator* ersetzt werden,¹⁰² selbst wenn dieser dem Delegant den Besitz nicht mittel.¹⁰³ Das Geheiß ersetzt aus Gründen des Verkehrsbedürfnisses gänzlich den Besitzerwerb.¹⁰⁴

⁹⁹ Weyand, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 106.

¹⁰⁰ Werner Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken, Paderborn/ München/ Wien/Zürich 1990, 65; Gerhard Hassold, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis, Anweisung und Vertrag zugunsten Dritter als Modell, München 1981, 77.

¹⁰¹ Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 31.

¹⁰² BGH NJW 1999, 425.

¹⁰³ BGH NJW 1999, 425 Leitsatz 1; Malte Masloff, Eigentumserwerb durch Geheißpersonen, JA 2000, 503 (504); a. A. Martinek, Traditionsprinzip und Geheißerwerb. Archiv für die civilistische Praxis, AcP 188 (1988), 573 (610).

¹⁰⁴ Masloff, JA 2000 (oben Anm. 103), 503 (504).

cc) Die Stellungnahme

Die in dem Literatur vertretenen Auffassungen, die auf Grund des *nec novum*-Satzes den tatsächlichen Besitzerwerb des Ehemannes zu konstruieren und zu rechtfertigen versuchen, vermögen den Gegenargumenten nicht standzuhalten. Diese Verwirrung basiert auf dem falschen Verständnis des *nec novum*-Satzes. Zunächst muss geklärt werden, was unter dem „durch einen anderen“ (oder „über einen anderen“) erworben gemeint ist. Das kann nicht das Eigentum gewesen sein, da, wie bereits oben gezeigt, das Eigentum an den Deleganten unmittelbar vom Delegaten und nicht mittels Mediation durch den Delegatar übergeht (s. o. die Ausführungen zum *pecunia pervenit*). Wenn der Eigentumserwerb durch einen anderen ausscheidet, kann auf diesem mittelbaren Wege nur Besitz erworben werden. Die Versuche, den Besitzerwerb *per alium* zu konstruieren, sind aber deshalb fehlgeschlagen, weil man den Schuldner oder die Ehefrau als Besitzmittler ansehen möchte. Indessen übersieht man, dass, wenn der Delegant durch Delegatarin oder Delegat den mittelbaren Besitz erwirbt, dies gar nicht mehr Besitzerwerb „durch einen anderen“ oder „über einen anderen“ ist, sondern ein direkter Erwerb des mittelbaren Besitzes. Dann hätte der Jurist in diesem Satz nur zum Ausdruck gebracht, dass der Erwerb des mittelbaren Besitzes gleichfalls als Besitzerwerb gilt. Eine solche Banalität darf man dem Celsus selbst angesichts des Hinweises *nec novum aut mirum esse* nicht zusprechen. Eine andere Erklärung dieses Satzes ist jedoch denkbar. Dasjenige, was der Ehemann „durch einen anderen“ erlangt, ist zwar der Besitz, in diesem Satz ist es jedoch nicht gesagt, dass der Ehemann auf irgendwelche Weise den Besitz tatsächlich erlangen muss, sei es durch die Ehefrau als freie Stellvertreterin oder den Schuldner als Besitzmittler. Erlangte der Ehemann tatsächlich irgendwelche Art des Besitzes, dann wäre es völlig unverständlich, was „*per alium*“ zum Ausdruck bringen soll, si-

cherlich nicht das, dass jemand, der zuvor keinen Besitz hat, um ihn zu haben, diesen Besitz von einem anderen erwerben soll. Durch dieses *per alium* würde zum Ausdruck gebracht, dass es sich im vorliegenden Fall um eine ungewöhnliche Art des Besitzerwerbs handelt, der eigentlich kein Besitzerwerb ist, sondern vom Juristen einem solchen nur gleichgestellt wird. Die richtige Lesart des Satzes wäre: der Ehemann erwirbt keinen Besitz, diesen Besitz erwirbt ein anderer. Dieser Besitzerwerb durch den anderen gilt aber (ohne jede Konstruktion des Besitzmittlungsverhältnisses oder Besitzerwerbs durch Stellvertretung für den Deleganten) als Besitzerwerb durch den Deleganten (Ehemann). Die Übergabe des Geldes an die Ehefrau auf Geheiß des Ehemannes wird der Übergabe an den Ehemann gleichgestellt. Auf den Willen der Ehefrau, diesen Besitz mit dem Ehemann zu mitteln, kommt es für Celsus nicht mehr an. Entgegen der Auffassung von Weyand¹⁰⁵ wird mit dieser Annahme nicht nur der Begründungsaufwand des tatsächlichen Besitzerwerbs erspart, sondern das rechtsgeschäftliche Zustandekommen des Eigentumserwerbs erst möglich gemacht, da diese Begründung des Besitzmittlungsverhältnisses gar nicht möglich ist.

Diese Annahme will zwar Celsus nicht die Vorstellung des Geheißerwerbs, wie sie sich in der modernen Dogmatik entwickelt hat, zusprechen, es liegt jedoch der Schluss nahe, dass der Jurist seine Entscheidung durchaus vergleichbar begründet. Diese Meinung ist in der Literatur¹⁰⁶ bereits geäußert worden und anhand dieser Fragmenten wird behauptet, dass die Durchgangsthe-

¹⁰⁵ Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 106 Anm. 185.

¹⁰⁶ Hans Josef Wieling, Handbuch des Sachenrechts I, 5. überarb. Aufl., Berlin/Heidelberg [u.a.] 2007, § 9 VIII a, 332 Anm. 3 spricht von der 2000jährigen Tradition; Franz-Josef Kolb, Geheißerwerb, eine Positionsbestimmung im Spannungsfeld zwischen Traditionsprinzip und Verkehrsbedürfnis, Frankfurt am Main [u.a.] 1997, 86 f.

orie und der Geheißerwerb klassisch-römischen Ursprungs seinen.¹⁰⁷

Was den *nec novum aut mirum*-Satz betrifft, ist dadurch nicht zwingend zum Ausdruck gebracht, dass diese Annahme von Celsus eine gängige Lösung in der Welt der Juristen ist. Sie ist eben eine solche nicht. Celsus konnte aber ausgedrückt haben, dass dieser Fall so alltäglich ist, dass die Übergabe an einen Erwerber auf sein Geheiß hin durch die Übergabe an einen Dritten ersetzt wird, dass auch die Rechtswissenschaft eine entsprechende und den Parteiinteressen angepasste Lösung dafür finden soll. Und wenn nach Verkehrsanschauung die Übergabe an einen Dritten als „Besitzerwerb“ des Deleganten angesehen werden darf, so muss es in der Juristenwelt nicht etwas anderes gelten. Ebenso argumentiert die herrschende Lehre heute, die die Existenz der Rechtsfigur des Geheißerwerbs mit den praktischen Bedürfnissen des Verkehrs zu rechtfertigen sucht.¹⁰⁸

h. Die Durchgangstheorie - Juristenfiktion oder rechtlich real gedachter Vorgang?

Im Zusammenhang mit dem oben Erwähnten ist es notwendig, die Natur der Durchgangstheorie zu erörtern. Eine starke Strömung in der Literatur¹⁰⁹ sieht völlig richtig davon ab, dass in *nam si*-Satz nur die wirtschaftliche Betrachtungsweise be-

tont ist und sieht, wie schon gesagt, den wirklichen Wert der Konstruktion im sachenrechtlichen Durchgangserwerb. Im Falle dieser Konstruktion handelt es jedoch nicht um einen real (selbst wenn juristisch) gedachten Vorgang, sondern um eine Fiktion. Kaser¹¹⁰ bezeichnet sie als Fiktion mit sachenrechtlicher Wirkung. Hierbei wendet Weyand mit Recht ein, dass rechtliche und sinnliche Realitäten voneinander unabhängig sind, wenn auch das Recht auf körperliche Zustände Bezug nimmt. Selbst wenn etwas sinnlich nicht nachvollziehbar ist, bedeutet das kaum, dass es auch rechtlich tatsächlich nicht existiert. Seine Existenz in diesem Falle ist aber keine Fiktion. Von einer Fiktion kann nur die Rede sein, wenn etwas weder in der Körperwelt noch in der juristischen Realität vorhanden ist und seine Existenz lediglich mittels juristischer Technik unterstellt wird. Der Irrtum, weshalb der Eigentumserwerb des Ehemannes als Fiktion aufgefasst wird, ist dadurch verursacht, dass eine reale, das heißt sinnlich-körperliche Zahlung an den anweisenden Ehemann gar nicht stattgefunden hat.¹¹¹ Daraus ergibt sich aber nicht, dass diese Auszahlung auch in der rechtlichen Welt gar nicht existiert und man sie fingieren muss.

Kaser glaubt, Celsus zerlege die Zahlung im Zuwendungsverhältnis in zwei Zahlungen, eine im Deckungs- und eine im Valutaverhältnis. Es wird damit das Vorhandensein der zwei Auszahlungen auf sinnlich-körperlicher Ebene fingiert. Überzeugend erscheint jedoch die Annahme Weyands, wonach vielmehr eine juristische Interpretation des einen körperlich-sinnlichen Zahlungsaktes in zwei rechtliche Übereignungsakte stattfindet. Statt zu fingieren, betont Celsus, dass die juristische Realität mit der sinnlichen nicht zusammenpasst, während in der sinnlichen Welt eine Auszahlung stattfindet, passieren in der juristischen

¹⁰⁷ *Klinck*, Erwerb durch Übergabe (oben Anm. 30), 337.

¹⁰⁸ Vgl. BGH. WM 69, 831; NJW 73, 142; JZ 82, 683; *Ernst Wolf*, Lehrbuch des Sachenrechts, 2., durchges. u. erheb. erw. Aufl., Köln [u.a.] 1979, § 5 A IV c 2; *Hermann Eichler*, Institutionen des Sachenrechts, ein Lehrbuch, II 1, Berlin 1957, 101 Anm. 33; *Manfred Wolf/Marina Wellenhofer*, Sachenrecht, mit Fällen und Aufbauschemata, 24., überarb. Aufl., München 2008, Rn. 402.

¹⁰⁹ *Lenel*, JhrJb. 36 [1887] (oben Anm. 67), 11; *Endemann*, Delegation (oben Anm. 7), 47; *Giuseppina Sacconi*, Ricerche sulla delegazione in diritto romano, Milano 1971, 47; *Misera*, Schenkung unter Ehegatten (oben Anm. 28), 28 f., 3; *Kaser*, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 38; *Hans Hermann Seiler*, Utile per inutile non vitiatur : zur Teilunwirksamkeit von Rechtsgeschäften im römischen Recht, FS Kaser [1986], 254.

¹¹⁰ *Kaser*, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 38 f.

¹¹¹ *Weyand*, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 93.

Welt zwei Übereignungsakte. Wären diese Übereignungsakte Fiktionen gewesen, hätte Celsus natürlich nicht sagen können, dass einer von ihnen verborgen bleibt, da Fiktion nicht nur verborgen bleibt, sondern gar nicht existiert und ihre Existenz lediglich unterstellt wird. Ein anderes Argument für die Fiktion, dass sich nämlich ein Eigentums-erwerb des Ehemannes im römischen Recht dieser Zeit rechtsgeschäftlich gar nicht konstruieren lässt, haben wir oben schon verneint. Somit ist anzunehmen, dass der Durchgangserwerb keinen fiktiven, sondern einen wirklich passierten Vorgang in der rechtlichen Welt darstellt.

Ferner verdient das Argument von Weyand¹¹² Beachtung, dass im *nam et si*-Satz die Vorstellung einer Fiktion keine Stütze findet. Insbesondere bedient sich Celsus bei seiner Argumentation nicht typischerweise Fiktionen gebrauchter sprachlicher Wendungen, wie *quasi, quemadmodum si, ac si, perinde, proinde atque si* etc. Zwar mag das Gegenargument zutreffen, wonach das Fehlen dieser Wörter durch das Fehlen einer gefestigten Terminologie im römischen Recht gerechtfertigt wird. Ein gänzlich fehlendes dieser Wörter spricht aber eher gegen als für die Fiktion.

i. Die Stellungnahme

Nach Kaser¹¹³ ist, wie schon erwähnt, die Durchgangstheorie eine vollumfängliche Fiktion, da sich dieser Durchgangserwerb rechtsgeschäftlich gar nicht konstruieren lässt. Hätte es sich aber bei der Entscheidung *pecunia pervenit* um eine Fiktion gehandelt, dann hätte sich Celsus nicht darum bemüht, diese dennoch mithilfe des *nec novum*-Satzes im Rahmen der sachenrechtlichen Dogmatik zu halten. Eine Fiktion lässt sich dogmatisch nicht begründen, da sie gerade die Überwindung und Erweiterung des Anwendungsfeldes der

bestehenden Dogmatik ist.¹¹⁴ Bei der Fiktion werden zur Gleichsetzung zweier Situationen in ihren Rechtsfolgen zwei verschiedene Tatbestände gleichgestellt, d.h. der Eigentumsübergang vom Schuldner an den Ehemann wird als erfolgt angesehen, obwohl dieser rechtsgeschäftlich nicht erfolgen konnte. Dann hätte nämlich Celsus alle möglichen Gesichtspunkte für die Begründung dieser Gleichstellung heranziehen können, nicht aber die dogmatische. Dass es im Falle des *nec novum*-Satzes gerade um solche dogmatische Argumentation handelt, wurde oben dargestellt.

C. Die Durchgangstheorie in Fragmenten von Julian

I. D. 46.3.38.1 (Africanus 7 quaest)

Das wichtigste Fragment, das gegen die Annahme der Durchgangstheorie durch den Julian spricht, ist D. 46.3.38.1.

Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur. Alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit conditionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare: sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus debitorem suum iubeat solvere: nam ibi quoque, quia nummi mulieris non fiunt, debitorem non liberari, sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si conditionem, quam adversus mulierem habet, praestet. Furti tamen actionem in proposito mihi post divortium

¹¹² Weyand, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 94.

¹¹³ Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 31 ff.

¹¹⁴ Weyand, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 93 Anm. 103; Josef Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Frankfurt a. M., 23, 29.

*competituram, quando mea intersit interceptos nummos non esse*¹¹⁵.

Ego weist seinen Schuldner an an Titius zu zahlen und zugleich verbietet er dem Titius das Geld anzunehmen. Wenn der Schuldner nichtwissend gezahlt hat, kommt es entscheidend darauf an, ob Titius das Geld in Bereicherungsabsicht angenommen hat oder nicht. Besteht eine solche Absicht nicht, dann wird der Schuldner befreit. Wenn Titius aber das Geld in Bereicherungsabsicht angenommen hat, begeht er damit einen Diebstahl, weshalb das Eigentum beim Schuldner verbleibt. Aus diesem Grund kann der Schuldner *ipso iure* nicht befreit werden. Er wird aber *ope exceptione* befreit, wenn er seine *condictio furtiva* gegenüber der Titius dem *ego* abzutreten bereit ist. Im zweiten Fall hat der Ehemann, der seine Ehefrau beschenken möchte, seinen Schuldner angewiesen, das Geld an sie auszuzahlen. Wegen des Schenkungsverbots wird das Geld nicht das Eigentum der Ehefrau und es verbleibt beim Schuldner. Aus diesem Grund scheidet seine Befreiung *ipso iure* aus, er kann aber *ope exceptionis* befreit werden, wenn er wiederum seine *condictio* gegenüber der Ehefrau dem Ehemann abtritt. In diesem Fall steht ihm nämlich eine *exceptio* gegenüber der Inanspruchnahme durch den Ehemann zu. Der dritte Fall stellt eine Abwandlung vom zweiten Fall dar.

¹¹⁵ Wenn ich meinen Schuldner anweise dem Titius zu zahlen, dann aber dem Titius verbiete das Geld anzunehmen und der Schuldner dennoch nichtwissend zahlt, meint er auf diese Weise, dass der Schuldner sich befreit, wenn der Titius nicht in der Absicht das Geld angenommen hat um sich dadurch zu bereichern. Sonst begeht er einen Diebstahl des Geldes, das Geld bleibt im Eigentum des Schuldners und da von Rechts wegen nicht befreit werden darf, ist es gerecht ihm eine Einrede zu gewähren, wenn er bereit ist seine Bereicherungsklage aus dem Diebstahl, die er gegenüber den Titius hat, mir abzutreten. Gleiches muss man wahrnehmen, wenn der Ehemann seine Frau beschenken möchte und seinen Schuldner angewiesen hat zu zahlen. Aus dem Grund, dass das Geld nicht das Eigentum der Frau wird, muss der Schuldner nicht befreit werden, soll aber sich durch Einrede schützen können, wenn er seine Bereicherungsklage, die er gegen den Schuldner hat, dem Ehemann abtritt. Eine *actio furtiva* muss mir im vorliegenden Fall nach der Scheidung zustehen, auf das Interesse, das das Geld nicht gestohlen wird.

Zwischen Anweisung und Auszahlung passiert die Scheidung. Wegen dieser Scheidung wird der Widerrufswille der Schenkung seitens des Ehemannes vermutet.¹¹⁶ Nimmt die Ehefrau bewusst das Geld als *indebitum* trotzdem an, so begeht sie dadurch ein *furtum*. *Actio furti* steht aber nicht dem Schuldner, sondern dem Ehemann zu. Wie bereits ausgeführt, muss die *actio furti* nicht notwendigerweise dem Eigentümer der Sache zustehen, sondern demjenigen, der das Interesse daran hat, das die Sache heil sei. Dieses Interesse hat hier der Ehemann. Da ihm die Erlangungsmöglichkeit des Geldes vom Schuldner wegen *exceptio* versperrt ist, trifft ihn auch die Gefahr des *furtum*.¹¹⁷

1. Vergleich mit D. 24.1.3.12

In der Literatur wird diese Entscheidung nahezu einstimmig dem Julian zugeschrieben.¹¹⁸ Einen eindeutigen und noch nicht widerlegten¹¹⁹ Anhaltspunkt dafür bietet „*existimavit*“, durch das sich die Entscheidung von Julians Schüler Afrikan offensichtlich zum Magister zurückführen lässt. Dass die beiden Fälle mit dem in D. 24.1.3.12 dargestellten in umgekehrter Reihenfolge übereinstimmen, wird von der überwiegenden Meinung ohne weiteres angenommen.¹²⁰ Nach dieser Meinung macht der Umstand, dass hier im Hauptfall die Zahlung an einen nicht mehr berechtigten Empfangsberechtigten, in D. 24.1.3.12 aber gegenüber einem *falsus procurator* erfolgt, zumindest für den hier interessierenden Fall furtiver Zueignung keinen Unterschied. Die Sachlage im Hauptfall von D. 24.1.3.12 und im Erläuterungsfall

¹¹⁶ *Misera*, Schenkung unter Ehegatten (oben Anm. 28), 34.

¹¹⁷ *Weyand*, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 117.

¹¹⁸ *Kaser*, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 41 ff.

¹¹⁹ *Misera*, Schenkung unter Ehegatten (oben Anm. 28), 39 f.; *Andreas Wacke*, Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt, ANRW II 15, 462 ff.; *Wieacker*, FS Erik Wolf (oben Anm. 43), 349.

¹²⁰ *Weyand*, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 118; *Kaser*, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 44.

von D. 46.3.38.1 ist sogar völlig identisch. Die Entscheidung der beiden Fälle ist aber konträr.

Diese Divergenz hat natürlich eine Menge von Interpolationsvermutungen erweckt,¹²¹ die in neuerer Zeit teilweise überwunden sind.¹²² Ohne auf die Kompilatoren zurückzugreifen, versucht Wolff,¹²³ diese Divergenz zwischen dem Hauptfall von D. 46.3.38.1 und dem Hilfsfall von D. 24.1.3.12 dadurch aufzuheben, dass er behauptet, im ersten Falle werde die Täuschung gegenüber dem Angewiesenen (Schuldner), in letzteren gegenüber dem Anweisenden (Ehemann) verübt. Demgemäß wird der Schuldner deshalb nicht befreit, weil hier ein „eigener und daher primär von ihm selbst zu vertretender Irrtum“ über die Inkassobefugnis vorlag. Dagegen wendet man völlig zurecht ein, dass der Schuldner *ignorans* war und dass doloses Verhalten zweifellos dem Gläubiger zuzurechnen ist, in dessen Geschäftskreis und Interesse der ursprünglich Inkassoberechtigte tätig wurde.¹²⁴ Dazu kommt, dass, hätte Julian das Risiko der Erlangung des Geldes vom Anweisungsbegünstigten dem Schuldner aufzubürden gedacht, dann hätte er ihm keine *exceptio* gegen Abtretung seiner Konditionsansprüche gewährt. Mit dieser *exceptio* wird für den Schuldner ein mit der *ipso iure*-Befreiung vergleichbares Ergebnis erzielt. Daher ist eindeutig, dass es hier nicht um zwei wegen materieller Tragweite (etwa wegen geringer Schutzbedürftigkeit des Schuldners) verschiedene Lösungen handelt, sondern um völlig verschiedene Lösungen für den gleichen Fall.

a. Der erster Fall ist nicht ein Fall von Delegation, sondern lediglich der Inkassoermächtigung

Dem kann jedoch so nicht gefolgt werden. Im ersten Fall von Afrikan/Julian handelt es sich gar nicht um einen Delegationsfall. Titius ist nicht derjenige, an dem *ego* eine Leistung bewirken will, sei der Zweck dieser Leistung die Schuldertilgung oder die Begründung eines neuen Verhältnisses (etwa der Schenkung). Zwischen *ego* und Titius besteht kein Valutaverhältnis, da es sonst ausdrücklich betont würde, wie die Römern es in anderen Fällen zu betonen pflegten: *si debitorem meum iussero pecuniam Titio dare donaturus ei* (Julian, 46.3.34.7), *Vir uxori pecuniam cum donare vellet, permisit ei* (Julian, 24.1.29) usw. Nimmt man an, dass hier ein Fall der Delegation geschildert wird und dieser Fall wegen Verbots des *ego* gestört sein muss, dann müsste das Valutaverhältnis zwischen *ego* und Titius noch näher geschildert sein, da nicht jedes Valutaverhältnis wegen Annahmeverbot als mangelhaft angesehen werden darf. Wäre der Titius ein Gläubiger des *ego* und wäre der Zweck der Anweisung die Schuldtilgung gewesen, dann könnte lediglich das Verbot der Annahme seitens *ego* den *causa* im Valutaverhältnis für den Empfang des Geldes nicht einfach entfallen lassen. Dies kann aber aufgrund mangelnder Anhaltspunkte im Sachverhalt nicht diskutiert werden. Aus diesem Grund ist zu folgern, dass dieser Weg auch keinen richtigen Lösungsweg darstellt und Julian den Fall nicht nach Grundsätzen der Delegation, sondern nach Stellvertretungsgrundsätzen entscheidet.

Titius ist nämlich weder ein Gläubiger des *ego* noch derjenige, den *ego* zu beschenken beabsichtigt. Er ist hier nämlich nicht ein Delegatar, an den die Schuld delegiert wird, sondern lediglich ein mittelbarer Stellvertreter des *ego*, der zum Inkasso des Geldes ermächtigt wird. Das Geld muss er nicht in der Absicht annehmen, es behalten zu dürfen, sondern in der Absicht, es an *ego* weiter-

¹²¹ Beseler, Beiträge IV (oben Anm. 32), 187.; Lübtow, Darlehensbegriff (oben Anm. 4), 44 f.; Haymann, Bull. 51/52 (1948), 412 ff.; Wolff, Mel. Meylan I [1963] (oben Anm. 10), 426 (*ab si paratus*).

¹²² Dagegen Sturm, SZ 79 [1962] (oben Anm. 10), 122 f. Anm. 49; gegen H. J. Wolff zudem Kaser, FS Felgentraeger (oben Anm. 24), 293, 290 Anm. 76.

¹²³ Mel. Meyan I (oben Anm. 10), 424 f., 428.

¹²⁴ Weyand, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 119; Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 43 f.

zuleiten. Der Ausgleich zwischen Vertreter und Vertretenem muss im Innenverhältnis passieren. So ist etwa aufgrund des bestehenden *mandatum* im Innenverhältnis der Vertreter gegenüber dem Vertretenen verpflichtet ihm das Eigentum zu verschaffen.

b. Die Stellungnahme zum ersten Fall

Mangels Valutaverhältnisses konnte hier kein Durchgangserwerb stattfinden. Im Falle der Leistung an einen mittelbaren Stellvertreter wird der Schuldner nicht mithilfe der besonderen juristischen Konstruktion befreit, indem eine tatsächliche Auszahlung in zwei Eigentumsübertragungen zerlegt wird, sondern allein dadurch, dass er dem mittelbaren Stellvertreter das Eigentum verschafft. Dass die Zahlung an einen zum Empfang ermächtigten Dritten den Schuldner liberierte, war bekanntlich ein feststehender Grundsatz des Klassikers.¹²⁵ Darüber hinaus erfolgte die Befreiung auch dann, wenn die Empfangsberechtigung durch Entzug oder anderweitig erloschen war, der Schuldner jedoch in Unkenntnis dieses Umstandes an die ihm bezeichnete Person leistete.¹²⁶ Die Anwendung der Durchgangstheorie würde diesen Vorgang in einen unnötigen Zirkel verwandeln. Wenn das Eigentum wegen Durchgangs zunächst an den Vertretenen, dann an den Vertreter und schließlich mittels Ausgleichs im Innenverhältnis wieder an den Vertretenen übergehen soll, so ist hier ein Vorgang entbehrlich. Somit ist diese Theorie beim Erwerb durch mittelbare Stellvertretung gar nicht anwendbar. Vielmehr verbleibt man in diesem Fall beim herkömmlichen Direkterwerb durch den mittelbaren Stellvertreter und die Be-

freiung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger durch eine abstrakte *solutio*.

Dafür, dass es sich hier tatsächlich um einen Fall der mittelbaren Stellvertretung handelt, sprechen auch andere Argumente als lediglich das Fehlen des Valutaverhältnisses. *Ego* hat seinen Schuldner angewiesen an Titius zu zahlen, dann hat er aber diesem verboten die Zahlung anzunehmen. Das könnte eher den Entzug der Vertretungsmacht als etwas anderes bedeuten. Dieser Entzug im Innenverhältnis ist aber unschädlich, da *ego* die Vertretungsmacht des Titius durch besondere Mitteilung an den Schuldner begründet hat. Die Vertretungsmacht bleibt bestehen und Titius erwirbt das Eigentum an dem ihm ausgezahlten Geld, das er später an *ego* weitergeben muss. Etwas anderes gilt, wenn Titius von Anfang an keine Weitergabe des Geldes an *ego* beabsichtigt hat. Dann hat er mit der Annahme des Geldes ein *furtum* begangen und kein Eigentum daran erworben. Da der Schuldner das Eigentum an das Geld behält, kann er auch nicht *ipso iure* befreit werden. Da er aber redlich war und aufgrund der besonderen Kundgabe der Vertretungsmacht durch den Ehemann gehandelt hat, erscheint seine Befreiung *ope exceptione* dennoch angebracht. Dieser ganze Vorgang hat aber mit der Delegation und Durchgangstheorie nichts zu tun. Darauf, dass hier lediglich ein Fall der Stellvertretung geschildert wird, deutet auch das *principum* des Fragmentes und aller anderen Paragraphen (D. 46.3.38 pr., §§ 1-5), indem die Auszahlung des Geldes entweder an Sklaven oder an *statuliber* des Anweisenden geht, nicht aber an Gläubiger des Anweisenden, was die Annahme der Delegation rechtfertigen würde.

¹²⁵ Max Kaser, Das Römische Privatrecht - Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, München 1955, 532.

¹²⁶ Haymann, Bull. 51/52, [1948], 399 ff; Sturm, SZ 79 [1962] (oben Anm. 10), 24; Fritz Schwarz, Die *Grundlage der condictio* im klassischen Recht, Münster/Köln. 1952, 153 Anm. 8.

2. Der zweite Fall des D. 46.3.38

In D. 46.3.38.1 gibt es aber ein Fragment, das ohne weiteres einen Fall der Delegation darstellt. Das ist nämlich der zweite Fall von D. 46.3.38.1. Hier weist der Ehemann den Schuldner an, an seine Ehefrau zu zahlen. Diese *traditio* ist aber wegen des Schenkungsverbots nichtig und der Fall ist somit mit dem ersten Fall aus D. 24.1.3.12 identisch. Desto überraschender klingt die Entscheidung von African/Julian, die im Gegensatz zu Ulpian/Celsus nicht die Befreiung des Schuldner *ipso iure* zulässt, sondern ihm lediglich eine *exceptio* gegen die Abtretung seiner *condictio* gegen die Ehefrau gewährt.

Von einer Klassikerkontroverse kann allerdings nur unter der Prämisse die Rede sein, dass das Fragment echt ist. Das wird in der Literatur aber sehr bezweifelt. Dass der Satz mit *post divortium* von einem Glossator zugefügt worden ist, hat schon Faber festgestellt.¹²⁷ Ein beachtlicher Teil der Literatur sieht die Erklärung des zweiten Falles als unecht an.¹²⁸

a. Interpolationsvermutungen bezüglich des Fragments

Das der Text sprachlich (dazu gehören die nachlässig hingeschriebenen Indikative *servatur, fiunt, habet* in der indirekten Rede)¹²⁹ und inhaltlich verderbt überliefert worden ist, ist wahrscheinlich. Bei der Abtretung der Klage kommt gleich die *condictio* in Betracht, ohne vorherige Erwähnung der *vindicatio*¹³⁰. Da der Schuldner der Eigentümer des

Geldes geblieben ist, muss er zunächst eine *vindicatio* gegen die Ehefrau und nur nach Verbrauch des Geldes eine *condictio* haben. So unstrukturiert kann die Entscheidung eines Klassikers nicht gefasst sein.¹³¹ Ein Argument für die Unechtheit des Textes könnte sich auch aus dem Kontext des Fragments D. 46.3.38 ergeben, weil es grundsätzlich unter den Fällen der Stellvertretung keinen Platz für den Delegationsfall geben darf.

b. Die Stellungnahme

Obwohl die dargelegten Argumente durchaus beachtlich sind, konnte dennoch nicht für die Unechtheit des Textes entscheidend die Stellung genommen werden. Dabei sind die von Kaser¹³² für die Echtheit dargelegten Argumente zu berücksichtigen. Der Mechanismus mit der Abtretung und der *condictio* ist viel zu gut klassisch, als dass er einem Nachklassiker zuzutrauen wäre.¹³³ Dass African in fr. 38.1 zu beiden Fällen neben der *condictio* nicht die *vindicatio* nennt, die mit jener konkurriert, erklärt sich damit, dass die *vindicatio nummorum*, die dem Kläger den Eigentumsbeweis an den Geldstücken aufbürdete, wesentlich unpraktischer war als die *condictio*.¹³⁴ Gewiss ist es, dass es außer der Durchgangslösung und der *ipso iure* Befreiung des Schuldners, bei den Römern vor Celsus eine andere gangbare Lösung gegeben haben muss. Diese andere, durchaus klassische Lösung, könnte die Befreiung des Schuldners *ope exceptionis* sein, die etwas von dem älteren Julian vertreten würde. Außerdem ergibt sich aus dem

¹²⁷ Faber, *Coniecturae ad Pandectas*, Lyon 1661, III 19, 74: „der unverständige Glossator bezieht den Schlusssatz auf den Vergleichsfall und nicht auf Ausgangsfall, wozu allerdings *in propositio* zwingt, das African stets in dieser Bedeutung gebraucht“; Sturm, SZ 79 [1962] (oben Anm. 10), 74.

¹²⁸ Lübtow, *Darlehensbegriff* (oben Anm. 4), 45;

¹²⁹ Siber, St. Riccobono 3, 269; Wolff, Mel. Meylan I [1963] (oben Anm. 10), 426.

¹³⁰ Haymann, Bull. 51/52, 418; Beseler, St. Riccobono 1, 309.

¹³¹ Endemann, *Delegatio* (oben Anm. 7), 37 ff.; und Haymann, BDIR 51/52 [1948], 412 ff., Wolff, Mel. Meylan I [1963] (oben Anm. 10), 426, 428 ff., 432;

¹³² Kaser, FS Felgentraeger (oben Anm. 24), 290 Anm. 76, 77 - „Was die „nachlässig hingeschriebenen Indikative“ betrifft, könnte *servatur* nicht Julian, sondern erst African in Julians Äußerung eingefügt haben. Das *fiunt* und *habet* gehören zu Aussagen, die der Jurist als Gegenbenheit anführen will und die er darum nicht in den Konjunktiv der indirekten Rede zu setzen braucht.“

¹³³ Kaser, FS Felgentraeger (oben Anm. 24), 290.

¹³⁴ Kaser, FS Felgentraeger (oben Anm. 24), 290 Anm. 77.

palingenetischer Zusammenhang¹³⁵, dass das Fragment auch in LIB. VII *Africani quaesitiounum* unter dem Titel *De solutionibus et liberationibus* gestanden haben muss, weshalb auch beide Fälle, sowohl der Fall der mittelbaren Stellvertretung als auch der der Delegation nebeneinander stehen können.

II D. 46.3.34.7 (Iulianus 54 dig)

Den letzten Text von Julian, den wir unter dem Gesichtspunkt der Durchgangstheorie betrachten möchten, ist D 46.3.34.7.

*Si debitorem meum iussero pecuniam Titio dare donaturus ei, quamvis Titius ea mente acceperit, ut meos nummos faceret, nihilo minus debitor liberabitur: sed si postea Titius eandem pecuniam mihi dedisset, nummi mei fient*¹³⁶.

Der Gläubiger hat seinen Schuldner angewiesen, das Geld dem Titius zu zahlen in der Absicht, es ihm zu schenken. Titius nimmt aber das Geld mit dem Willen in Empfang, es für den Gläubiger zu erwerben. Der Schuldner hat ermächtigungsgemäß geleistet und wird daher sofort befreit ohne Rücksicht darauf, in welcher Absicht Titius das Geld angenommen hat.¹³⁷ Hier ist es offensichtlich, dass er das Geld in der Absicht annimmt, um es für *ego* zu erwerben.

Nach Lübtow¹³⁸ soll das Geld erst dadurch das Eigentum des Gläubigers werden, dass Titius es ihm übergibt, wobei dann die unbeantwortete Frage auftaucht, wer in der Zwischenzeit Eigentümer gewesen ist.¹³⁹ Eindeutig ist, dass der Schuld-

ner von seiner Schuld nur dann befreit wird, wenn er das Eigentum an dem Geld verloren hat, anders kommt die *ipso iure* Befreiung nicht in Betracht.¹⁴⁰ Mit der Übergabe an Titius konnte er sein Eigentum nicht verloren haben, da dafür eine gültige *causa* im Valutaverhältnis fehlt. Im Valutaverhältnis zwischen *ego* und Titius müsste eine Schenkung zustande gekommen sein. Sie ist aber nicht zustande gekommen mangels Einigung. Titius will sich offensichtlich nichts schenken lassen.¹⁴¹

Das Eigentum geht aber an *ego* erst über, wenn Titius ihm die Sache tatsächlich übergibt, somit konnte in der Zwischenzeit nur Titius der Eigentümer gewesen sein. Diese Annahme erscheint auch nicht so fernliegend, wenn man bezüglich der Eigentumsfrage eigene Art „Schwebezustand“ annimmt. Das Geld muss bis zur endgültigen Klärung der Sachlage vorübergehend an Titius übergehen. Überlegt er es sich anders, nachdem sich die Schenkungsabsicht des *ego* aufdeckt und entschließt sich dazu, die Sache dennoch als Geschenk zu behalten, dann wird ihm das Eigentum rückwirkend zufallen. Will er sich auch nach der Aufklärung der Lage von *ego* nichts schenken lassen, dann wird er die Sache dem *ego* geben und jetzt wird der *ego* so angesehen, als ob er während der ganzen Zeit Eigentümer gewesen sei. Dieser Schwebezustand könnte eventuell für die Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger von Bedeutung sein. Das darf aber mangels Anhaltspunkten im Text nicht problematisiert werden. Der Text gibt aber für einen sachenrechtlichen Durchgangserwerb nichts her. Somit können wir aus keinem der von uns betrachteten Texte des Julian ein Argument für die Annahme gewinnen, dass der Durchgangsgedanke dem Julian nicht fremd war.

¹³⁵ Otto Lenel, Palingenesia, Leipzig 1889, 21 Nr. 79.

¹³⁶ Wenn ich meinen Schuldner anweise das Geld dem Titius zu geben, den ich beschenken möchte, obgleich Titius das Geld in der Absicht annimmt, um es zu meinem Eigentum zu machen, wird der Schuldner dennoch befreit; wenn aber Titius danach das Geld übergibt, wird das Geld mein Eigentum.

¹³⁷ Lübtow, Darlehensbegriff (oben Anm. 4), 46.

¹³⁸ Lübtow, Darlehensbegriff (oben Anm. 4), 46.

¹³⁹ Lenel, JhrJb. 36 [1887] (oben Anm. 67), 103.

¹⁴⁰ Kaser, FS Felgentraeger (oben Anm. 24), 291 Anm. 79.

¹⁴¹ Lübtow, Darlehensbegriff (oben Anm. 4), 46.

D. Stellungnahme des Julian zur Durchgangstheorie in D. 24.1.3.13.

Zu einer anderen Annahme könnte uns D. 24.1.3.13 führen. Dieser Paragraph schließt unmittelbar an den von uns betrachteten § 12 des D. 24.1.3 an. Ein Aspekt, der erörtert werden muss, ist, dass in allen Digestenausgaben von Mommsen im Text ein Fehler unterlaufen ist. Der Satz *Iulianus nullius esse momenti, perinde enim habendum, atque si ego acceptam et rem meam factam uxori meae dedissem* ist zweimal im Text wiederholt, der Anfang des Satzes - *si donaturum mihi iussero uxori meae dare* ist dagegen in 13. Fn. versetzt. Der Text steht allerdings im Codex Florentinum ohne diese Wiederholung und zusammen mit dem Anfang des Satzes.

Unter dem Verdacht der Nachklassizität steht der Text allerdings aus einem anderen Grund. Alle diese Interpolationsvermutungen¹⁴² führen jedoch zu keinem sinnvollen Ergebnis und rechtfertigen weder den Eingriff der Kompilatoren noch legen sie den Grund dar, warum Julian selbst so nicht entschieden haben könnte. Andere Forscher, die dem Text mindestens eine teilweise Echtheit zusprechen, nehmen eher eine Gedankenverwirrung der Klassiker an. Entweder hat Ulpian¹⁴³ die Aussage des Julian nicht richtig verstanden oder ist es Julian, der in Widerspruch mit sich selbst gekommen ist.¹⁴⁴ Inwieweit das zutreffen kann, wird im Folgenden anhand verschiedener Argumente überprüft.

I. D. 24.1.3.13 (Ulp. 32 Sab.)

§ 13: Huic sententiae consequens est, quod Iulianus libro septimo decimo digestorum scripsit, si donaturum mihi iussero uxori meae dare: ait enim

¹⁴² Carlo Arno, *Fictio brevis manus*, Pavia 1930, 18 f.

¹⁴³ Sturm, SZ 79 [1962] (oben Anm. 10), 122 f. Anm. 40.

¹⁴⁴ Max Kaser, SZ 77 [1960], Wolfgang Endemann, *Der Begriff der Delegatio im Klassischen Römischen Recht*, 466.

Iulianus nullius esse momenti, perinde enim habendum, atque si ego acceptam et rem meam factam uxori meae dedissem: quae sententia vera est. [quod Iulianus. perinde]¹⁴⁵.

Der Ehemann hat denjenigen, der ihn zu beschenken beabsichtigte, angewiesen, die Sache statt ihm seiner Ehefrau zu geben. Nach Julian muss die Entscheidung die gleich sein, als wenn der Ehemann die Sache zunächst selbst empfangen hätte und dann an die Ehefrau weitergegeben hätte. Der Fall, den Julian in D. 24.1.3.13 entscheidet, ist den Fällen aus D. 46.1.3.38 und D. 24.1.3.12 sehr ähnlich, deshalb ist es zunächst völlig unverständlich, wie Julian, der in D. 46.1.3.38 ausdrücklich einen ganz anderen Lösungsweg wählt als Celsus, in seiner Digesten 24.1.3.13 dennoch an die Celsinische Theorie anschließt.

1. *huius sententiae consequens est*

Einen ersten Streitpunkt des Textes bildet die *huius sententiae consequens est* und worauf sie sich beziehen kann. In der Forschungsliteratur gibt es eine starke Strömung, die annimmt, dass sich diese *consequentia* nur auf die erste Entscheidung in § 12 bezieht, wofür die größere Ähnlichkeit der Fallkonstellationen dieser beiden Entscheidungen spricht.¹⁴⁶ Dem kann jedoch so nicht gefolgt werden. Vielmehr muss sich die Entscheidung von Julian auf beide Fälle beziehen. Im Fall von Julian und im ersten Fall von Celsus ist die Lage tatsächlich sehr ähnlich, da es sich in beiden Fällen um verbotene Ehegattenschenkungen handelt. Im zweiten Fall von Celsus geht es jedoch gerade

¹⁴⁵ Dieser Meinung entspricht, was Julian [im siebzigsten Buch der Digesten schreibt, wenn ich denjenigen, der mich zu beschenken beabsichtigt, anweise, meiner Frau zu geben:] [Julian] meint, es habe keine wichtigen Folgen und müsse ebenso eingeschätzt werden, wie wenn ich die empfangene und meine gewordene Sache meiner Frau gegeben hätte: was auch richtig ist.

¹⁴⁶ Weyand, *Durchgangserwerb* (oben Anm. 1), 122; Wolff, *Mel. Meylan I* [1963] (oben Anm. 10), 430.

nicht darum. Bedenkt man jedoch den Kontext des ganzen Fragments, in dem es hauptsächlich um gestörte Anweisungsverhältnisse geht und in dem verbotene Ehegattenschenkungen als besonders lebensnahe Beispiele herangezogen werden, erscheint der *falsus procurator*-Fall als den anderen zwei Fällen nicht so unähnlich. Zwar wird in diesem Fall das Anweisungsverhältnis nicht durch das Schenkungsverbot gestört, wohl aber durch *furtum falsi procuratoris*. Die Konsequenz ist in beiden Fällen dieselbe. Wegen dieser Störung erwirbt der Anweisungsbegünstigte kein Eigentum und man muss die Wege suchen, um den angewiesenen Schuldner zu befreien. Folglich besteht kein Grund für die Unterscheidung, auf welchen Fall konkret sich *huius sententiae consequens* beziehen kann, vielmehr bezieht es sich als drittes Beispiel gestörter Anweisungsverhältnisse auf beide. Der Unterschied zu den oben dargelegten zwei Fällen ist aber wesentlich, da es hier nicht um die Anweisung des *debitor*, sondern um *donaturus* handelt. Darauf wird jedoch im Folgenden näher eingegangen.

2. *nullius esse momenti*

Bei dem nächsten Streitpunkt des Textes handelt es sich um die Wortverbindung *nullius esse momenti*. Ein weitverbreitete Ansicht in der Sekundärliteratur ist, dass Julian dadurch dem ganzen Rechtsgeschäft jegliche Wirkung versagt und auch den Eigentumserwerb des Ehemanns verneint hat.¹⁴⁷ Auch aus dem Verhältnis *donaturus*-Ehemann könnten die Rechtsfolgen nicht aufrechterhalten werden. Nach Sturm¹⁴⁸ geht die Erörterung des Julianus „an der Celsinischen Lehre

ganz vorbei.“ Die Frage des Julian ist es nämlich nicht, ob der Ehemann das Eigentum erwerben kann, sondern, dass es die Frau nicht erwerben kann. Für die Bejahung dieser letzteren sind sowohl die Durchgangstheorie als auch die Nichtigkeit des Gesamtvorganges gleichermaßen geeignet.

Ob mit der Annahme *huius sententiae consequens est* dem Ulpian tatsächlich ein Fehler unterlaufen ist, bedarf einer näheren Prüfung. Dass die Nichtigkeit des Gesamtvorganges und das Belassen des Eigentums bei dem Schuldner nicht die *consequens huius sententiae* sein kann, hat schon Jakobs¹⁴⁹ erkannt. In dem oben gelagerten *huius sententiae* sind Ulpian und Celsus gerade darum bemüht, das Eigentum mindestens dem Ehemann zuzusprechen, die pauschale Verneinung seines Eigentumserwerbs konnte natürlich nicht die Folge des oben dargelegten sein. Die Lösung des Sturm, dass es dem Julian darum geht, den Eigentumserwerb der Ehefrau zu verneinen, nicht aber den Eigentumserwerb durch den Ehemann zu bejahen, was für ihn in diesem Fall völlig gleichgültig ist, kann nicht ganz zutreffen. Das trifft insoweit nicht zu, da, wie sich aus den Fällen des Celsus ergibt, gerade letzteres – ob der Ehemann das Eigentum erwirbt – problematisch ist. Dass die Frau kein Eigentum erwerben kann, ist ziemlich einleuchtend und wird auch nicht weiter diskutiert.

Was die wortgetreue Übersetzung des *nullius esse momenti* betrifft, ist es nicht als „es ist nichts zustande gekommen“ zu übersetzen, sondern eher als „hat keine wichtige Folgen.“¹⁵⁰ Daraus ergibt sich, dass es keinesfalls die Nichtigkeit des Gesamtvorganges bedeuten könnte.

Vielmehr bezieht sich die Aussage, dass es keine wichtigen Folgen hat, auf den Unterschied zwi-

¹⁴⁷ Jhering, JhrJb. 2 [1858], 259; Betti, Bull. 41, 217 f.; Sturm, SZ 79 [1962] (oben Anm. 10), 133; Aru, Bull. 44, 337 ff.

¹⁴⁸ Sturm, SZ 79 [1962] (oben Anm. 10), 133, Das Missverständnis des Julianus ist jedoch nicht auf Kompilatoren, sondern auf Ulpian zurückzuführen, der durch *huius sententiae consequens* erst zwei auf völlig unterschiedliche Fallproblematiken bezogene Entscheidungen miteinander verknüpft hat.

¹⁴⁹ Jakobs, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 213 f.

¹⁵⁰ Georges, Lateinisch – Deutsch, Handwörterbuch II, 5. Aufl. Leipzig 1862, 990.

schen diesen zwei letzteren Fällen. Wie schon oben bemerkt, ist der Fall des *donaturus* mit dem des *debitor* nicht identisch¹⁵¹ und deshalb ist eine pauschale Übertragung der auf den ersten Fall gemünzten Entscheidung auf den zweiten Fall nicht möglich, auch wenn Julian dies dennoch getan hat. Ulpian, der diese zwei Entscheidungen von Hochklassikern miteinander verknüpft, muss irgendwie betonen, dass Julian einen Schritt weiter gegangen ist als Celsus und auch im Falle des *donaturus* gleich entschieden hat. Nur das besagt diese Aussage, dass es keinen Unterschied macht, statt *debitor* den *donaturus* anzuweisen, da auch in diesem Falle ein Durchgang bei dem Ehemann stattfindet. Selbst diese Aussage könnte eher dem Ulpian als dem Julian gehören, da sie gleich nach den Worten *ait enim Julianus* folgt. Julian konnte seine Entscheidung nicht mit *nullius momenti* beginnen, wenn noch nicht klar ist, wovon die Rede sein wird. Wovon die Rede sein wird, ist aber für den Ulpian schon klar, der besagt, dass selbst in einen anderen Fall Julian gleich entschieden hat und einen Schritt weiter gegangen ist. Damit lässt sich auch, wie von Wolf¹⁵² dargelegt, die *huius sententiae consequens* klären, die ihren Sinn verliert, wenn Julian den gleichen Fall gleich oder den anderen Fall anders entschieden hat und nur Sinn hat, wenn Julian in einem anderen Fall gleich entschieden hat.

3. *perinde enim habendum*

Eines der wichtigsten Argumente, das zuungunsten der Anerkennung der Durchgangstheorie von Julian spricht, wird aus dem *perinde enim habendum* abgeleitet. Das Argument lässt sich bis zu

Jhering zurückführen: „Wer behauptet, es sei so gut, als ob dies und das geschehen wäre, sagt damit aus, dass es nicht geschehen ist.“¹⁵³ Eine solche Behauptung liegt in der Aussage des Julian unzweifelhaft vor, da es laut ihm nur so aussieht, „als ob das Eigentum zunächst an dem Ehemann und dann an die Ehefrau übergegangen wäre.“ Tatsächlich lässt er einen solchen Vorgang nicht zu.

Eine andere Meinung¹⁵⁴ misst der Durchgangstheorie nur die Rolle einer fiktiven Hilfskonstruktion bei. Julian schildert einen zweiten fiktiven Fall, der lediglich ein Vergleichsfall ist. Wegen dieser Vergleichbarkeit muss die Lösung des zweiten Falles auch für den ersten Fall gelten. Mit einer solchen Erklärung ist aber nicht geklärt, inwieweit Julian die Wirkungen des sog. Durchgangsgedanken angenommen hat. Nur soweit, um den Eigentumserwerb durch die Ehefrau zu verneinen (was allerdings auch ohne Durchgangstheorie evident sein könnte) oder sogar soweit, um den Eigentumserwerb durch den Ehemann zu bejahen, was ohne Durchgangsgedanken unmöglich erscheint. Was das erste Argument betrifft, dass Julian nicht so „kühn“ wie Celsus in seiner Annahme des Durchgangserwerbs war, ist dem zuzustimmen. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass der „Durchgangsgedanke“ dem Julian völlig fremd war. Wäre das nämlich der Fall gewesen, dann hätte er ihn einfach gar nicht für die Begründung seiner Entscheidung herangezogen. Vielmehr ist der Grund für die nicht so „kühne“ Entscheidung des Julians in der Besonderheit des Falles zu suchen. Wie schon oben betont wurde, leistet an die Ehefrau im Fall von Julian, im Unterschied zu D. 24.1.3.12 und D. 46.1.3.38, nicht der *debitor*, sondern lediglich ein *donaturus*. Folglich ist die *delegatio ad solvendum* mit der Befreiungswirkung für den Delegaten von vorneherein ausgeschlossen, da keine Schuld besteht, die delegiert werden muss. Es liegt

¹⁵¹ So die überwiegende Annahme: *Aru*, BDIR 44 [1936/1937], 342 f.; *Jakobs*, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 245 ff.; zustimmend *Flume*, Rechtsakt, 70 f. - *Endemann*, Delegatio (oben Anm. 7), 37 ff.; und *Haymann*, Bull. 51/52 [1948], 412 ff., zustimmend auch *Wolff*, Mel. Meylan I [1963] (oben Anm. 10), 426, 428 ff., 432; die aber von der Unechtheit des D. 46.3.38.1 ausgehen.

¹⁵² *Wolff*, Mel. Meylan I [1963] (oben Anm. 10), 429 ff.

¹⁵³ *JhrJb.* 2 [1858], 145.

¹⁵⁴ *Jakobs*, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 213.

hier kein typischer Fall der Delegation vor, in dem durch anweisungsmäßige Leistung der Schuld des Anweisenden gegenüber dem Anweisungsbegünstigten diese zum Erlöschen gebracht werden muss, sondern gerade durch diese Anweisung muss das Schuldverhältnis zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsbegünstigten erst begründet werden. Erst mit der Übertragung des Geldes konnte eine wirksame Schenkung zustande gekommen sein, bis dahin ist der *donaturus* nicht verpflichtet, an die Ehefrau zu leisten. Aus diesem Grund könnte hier die Durchgangstheorie nicht direkt anwendbar sein, besonders von Julian, für den die Durchgangslösung nicht die erstrangige Bedeutung hatte. Da die Durchgangstheorie nicht direkt anwendbar ist und Julian sie dennoch anwendet, lässt sich auch diese fiktive Umschreibung mit *perinde enim habendum* erklären.

Eine noch weitere Annahme, dass Julian den Durchgangsgedanken nur dafür heranzieht, um das Eingreifen des Schenkungsverbots zu veranschaulichen, der Durchgang aber rechtlich gar nicht stattfinden soll,¹⁵⁵ überzeugt nicht. Zwar ist die Betonung, dass das Schenkungsverbot auch in dem Fall eingreift, wenn der Angewiesene den Anweisenden erst beschenken will und noch nicht selbst verpflichtet ist, gar nicht banal,¹⁵⁶ da es nicht offensichtlich ist, ob das Schenkungsverbot hier eingreifen soll (es scheint, dass durch Übertragung der Erwerbssaussichten der Ehemann keinen Vermögensnachteil im Sinne des Gegenpaars *pauperior-locupletior* erleidet, (dazu sogleich)). Wenn hier aber Julian das Eingreifen des Schenkungsverbotes notwendig findet, dann ist das seine Wertungsentscheidung, er braucht sie nicht besonders zu begründen. Für die Veranschaulichung dessen, dass hier das Schenkungsverbot deshalb

eingreift, da der Vermögenszufluss als aus dem Vermögen des Ehemannes stammend angesehen wird, würde es ausreichen zu sagen *quasi rem meam uxori meae dederim* statt die Eigentumsübergang vom *donaturus* an den Ehemann besonders zu betonen: *acceptam et rem meam factam*. Somit geht die Argumentationsweise des Julians über die Begründung der bloßen Wertungsentscheidung hinaus, weshalb der Durchgangserwerb nicht von der Hand zu weisen ist.

Andere Erklärung von Julians Entscheidung bietet Weyand an. Unter dem Kapitel „Erwerbssaussicht als Vermögenswert“ entwickelt er den Standpunkt, dass Julian das Eingreifen des Schenkungsverbotes vermittels eines anderen Vermögensbegriffes begründet, der nicht nur voll erworbene Rechtspositionen, sondern auch bloße Erwerbsschancen als rechtlich anzuerkennende Vermögenspositionen erfasst.¹⁵⁷ „Dieser äußerst weite schenkungsrechtliche Vermögensbegriff reicht noch über das moderne Anwartschaftsrecht hinaus,¹⁵⁸ das eine gesicherte, einseitig nicht mehr entziehbare Rechtsposition erfordert.“¹⁵⁹ Folglich ist schon mit dem Verlust dieser Erwerbssaussichten das für Ehegattenschenkungen kennzeichnende Merkmal der *pauperior-locupletior* verwirklicht.¹⁶⁰ Diese Annahme erscheint jedoch als sehr bedenklich. Würde man schon wegen der Schenkungsbereitschaft des Schuldners diese Erwerbssaussichten dem Vermögen des Ehemannes zuordnen, hieße es, ihm eine Seifenblase zuzusprechen, da der *donaturus* jederzeit von seinem Absicht zurücktreten kann. Dagegen spricht auch, dass die Erwerbssaussicht von Julian und anderen Juristen¹⁶¹ in anderen

¹⁵⁷ Weyand, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 128.

¹⁵⁸ Dieter Medicus/Jens Petersen, Bürgerliches Recht. eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 22., neu bearb. Aufl. Köln 2009, Rn. 456.

¹⁵⁹ Elmar Bund, Untersuchungen zur Methode Julians, Köln 1965, 142; Endemann, Delegatio (oben Anm. 7), 38; Aru, Bull. 44 [1936/1937], 342.

¹⁶⁰ Misera, FS Günther Beitzke, 419.

¹⁶¹ D. 24.1.31.7 (*Pomp. 14 ad Sab.*)

¹⁵⁵ Cujaz, in lib. XVII. digest. Salvii Juliani, ad §. ult. l. III., et l. IV. De donat. inter vir. et ux., Kupisch, Bull. 98/99 [1995/1996], 60 f.; im Ergebnis ebenso Stolmar, utilis actio, 50 f.

¹⁵⁶ So aber etwa Wolff, Mel. Meylan I [1963] (oben Anm. 10), 432 Fn. 83; Gegen ihn Weyand, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 124 und Kupisch, SZ 93 [1976] (oben Anm. 17), 87.

Texten ausdrücklich nicht anerkannt wurde. In D. 24.1.5.13 (*Ulp. 32 Sab.*) äußert Julian selbst den Gedanke, dass der Erbe durch Verzicht auf die Erbschaft zugunsten eines anderen nicht ärmer wird: *neque enim pauperior fit, qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit*. Die Argumentation des Weyand ist auch deshalb nicht überzeugend, weil Julian das Eingreifen des Verbots mit den Wörtern begründet: *si ego acceptam et rem meam factam uxori meae dedissem*. Dadurch ist gerade zum Ausdruck gebracht, dass das Geld auf irgendwelche Weise an den Ehemann übergehen soll oder so angesehen wird, als ob es an den Ehemann übergegangen wäre. Hätte Julian schon die bloßen Erwerbssaussicht dem Vermögen des Ehemannes zugerechnet, dessen Übertragung an die Ehefrau unter das Verbot fällt, dann brauchte er nicht diesen vorherigen Übergang von *donaturus* an den Ehemann zu konstruieren. Der Jurist könnte einfach sagen, dass die Übertragung des Erwerbssaussichten genauso eine *donatio inter virum et uxorem* darstellt, wie die Übertragung des eigenes Geldes dargestellt hätte. Das sagt Julian aber nicht, sondern zieht für die Begründung seiner Entscheidung den Durchgangserwerb (selbst wenn mittels der Fiktion) heran, wodurch klar wird, dass erst mit dem Erwerb der Sache (*accipere*), sie dem Vermögen des Ehemannes zuzuordnen ist. Schließlich spricht gegen die Zurechnung der Erwerbssaussichten zum Vermögen des Ehemannes folgendes Argument: Wenn Julian die Sache schon wegen der Bereitschaft des *donaturus*, sie dem Ehemann zu schenken, dem Vermögen des Ehemannes zuordnet und aus diesem Grund die Möglichkeit der Übertragung an die Ehefrau verneint, dann muss das Eigentum beim *donaturus* verbleiben. Tritt der *donaturus* von seinem Absicht zurück und will den Ehemann doch nicht mehr beschenken, dann hat letzterer keine Möglichkeit mehr zu der Sache zu kommen. Die Sache geht sowohl dem Vermögen der Ehefrau als auch seinem Vermögen verloren. Das konnte aber

nicht der Sinn und Zweck des Schenkungsverbotes sein. Die Annahme der Erwerbssaussichten als Vermögenswertes führt folglich zu einem ungerechtfertigten Ergebnis, das weder mit dem Zweck des Schenkungsverbots noch mit dem Gedanken der Begünstigung des Ehemannes zu rechtfertigen ist.

Damit kommen wir zu der Frage, warum Julian, der eigentlich kein Verfechter der Durchgangstheorie war, diesen Gedanke hier dennoch ausnahmsweise herangezogen hat.

4. Umdrehung des Schutzzwecks der Durchgangstheorie durch den Julian

Was aber während der Auseinandersetzung mit verschiedenen Meinungen in Bezug auf diese zwei Texte auffällig ist, ist, dass die Textkritik fast gar nicht um eine Darlegung der Wertungsgründe für die diversen Entscheidungen der Klassiker bemüht war. Die Textkritik war so sehr mit der Darstellung der juristisch-logischen Feinheiten der beiden Konstruktionen beschäftigt, dass die wahren Hintergründe für diese Konstruktionen teilweise unbeachtet geblieben sind. Diese Hintergründe müssen aber tatsächlich existiert haben, denn die Verschiedenheit der Lösungen nur auf das Gutdünken der Klassiker zurückzuführen, wäre ein Fehler. Nach einer Meinung in der Forschungsliteratur sind die Entscheidungen in ihrer rechtlichen Konzeption umso konträrer, wenn sie sich in ihrem materiellen Ergebnis nicht oder kaum unterscheiden.¹⁶² Dem kann so nicht gefolgt werden, die Entscheidungen müssen sich unterscheiden und in der Praxis zur divergierenden Ergebnissen führen (s. o. bei der Einleitung), ansonsten wäre es das Bestreben der Klassiker, lediglich die Begriffsjurisprudenz darstellen, was den Römern jedoch so fremd war.

¹⁶² Weyand, Durchgangserwerb (oben Anm. 1), 118; Kaser, Lab. 26 [1980] (oben Anm. 12), 44.

Wie in der Literatur zutreffend betont wurde, dient die Durchgangstheorie in gestörten Anweisungsverhältnissen dem Schutz des Schuldners, der Doppelinanspruchnahme nicht fürchten muss und auch nicht das Prozessrisiko und das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Delegatars tragen muss. Durch diese Schutzwürdigkeit des Schuldners ist bedingt, dass der Durchgangserwerb nur in Fällen der *delegatio ad solvendum* und nicht in Fällen der *delegatio ad promittendum* stattfindet. In diesem letzten Fall fehlt es von vorneherein an der vom Schuldner übergebenen doppelten Tilgungsbestimmung, seiner Schuld auch gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger nachzukommen. In diesem Fall ist er nicht schutzwürdig.

Jakobs,¹⁶³ der in Einstimmigkeit mit oben genannten Forschern im Falle von Julian den Eigentumserwerb des Ehemanns mit der Annahme der Gesamtnichtigkeit verneint, bedient sich folgender Argumente. In gestörten Anweisungsverhältnissen, wenn der *debitor* leistet und der Delegat kein Eigentum erwirbt, geht das zum Nachteil des Schuldners, da er nochmals in Anspruch genommen werden kann. Julian und Afrikan schützen ihn durch *exceptio*, Ulpian und Celsus durch die Durchgangstheorie. Diese beidem Lösungen stehen im Konkurrenzverhältnis, da sie nur verschiedene Mittel zur Verfolgung des gleichen Zieles – Befreiung des Delegaten sind. Dieses Ziel besteht aber nicht, wenn nicht der *debitor*, sondern der *donaturus* leistet, da noch keine Schuld besteht, von der er befreit werden muss. Die Schenkung ist nicht zustande gekommen; sie ist durch das bloße *iussum* jedenfalls nicht vollzogen.¹⁶⁴ Die Leistung an die Frau ist nichtig, der Delegat bleibt Eigentümer und der Mann hat gegen ihn keine Rechte.¹⁶⁵ Der *donaturus* kann ruhig vindizieren. Von der gleichen Prämisse geht auch Kupisch¹⁶⁶ aus: Der

Durchgangsgedanke darf ausschließlich wegen Schuldnerschutz herangezogen werden. Da es an einer vergleichbaren Schutzbedürftigkeit des *donaturus* fehlt, müsste sie hier von vorneherein entbehrlich sein.

Das kann jedoch so nicht zutreffen. Zwar ist die Annahme richtig, dass der *donaturus* im gestörten Anweisungsverhältnis nicht schutzwürdig ist. Es findet aber eine „Umdrehung des Schutzzwecks“ statt. Mit der Anwendung des Durchgangsgedankens schützt Julian nicht den *donaturus*, sondern den Ehemann. Erwirbt er nämlich kein Eigentum und verbleibt es bei dem Schenkenden, so hat der Ehemann keine Möglichkeit mehr, das Geld zu erlangen, wenn der *donaturus* es sich inzwischen anders überlegt hat und keine Schenkung mehr beabsichtigt.¹⁶⁷ Dadurch geht das Geld sowohl dem Vermögen der Ehefrau als auch dem Vermögen des Ehemanns verloren. Das konnte aber nicht Ziel und Zweck des Verbotes sein, der die bestehende Güterzuordnung innerhalb der Familie gewährleisten soll und dem Abfluss, nicht aber dem Zufluss der Güter hindern muss.¹⁶⁸ Das Verbot muss nicht dem Schenkenden die zusätzliche Möglichkeit verschaffen, von seiner Absicht zurückzutreten und das Geld dennoch zum Nachteil des Mannes zu behalten, wenn ihm ohne Schenkungsverbot diese Möglichkeit nicht mehr zustehen würde.

Hier hat man es nämlich mit der Kollision der zweier Rechtsinstitute zu tun. Bleibt nämlich Julian bei seiner ursprünglichen Lösung mit der *exceptio*, besteht das Ergebnis darin, dass das Schenkungsverbot in Kollision mit dieser Lösung zu einem Ergebnis führt, das im Widerspruch zu seinem eigentlichen Sinn und Zweck steht. Das darf aber nicht zugelassen werden. Deshalb beruft sich Julian auf die nach seiner Sicht subsidiäre Durch-

¹⁶³ Jakobs, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 248.

¹⁶⁴ Jakobs, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 248.

¹⁶⁵ Kaser, FS Felgentraeger (oben Anm. 24), 292.

¹⁶⁶ S. o. Anm. 17.

¹⁶⁷ Kaser, FS Felgentraeger (oben Anm. 24), 292.

¹⁶⁸ Misera, FS Günther Beitzke, 409;

gangstheorie, die nur zu Anwendung kommt, wenn die anderen Lösungswege versagen.

5. Die Stellungnahme

Diese letzte Annahme wäre noch eine Möglichkeit, um das *nullius esse momenti* zu erklären, das jetzt dahingehend verstanden werden kann, dass es keinen Unterschied macht, ob der Delegat-*donaturus* im Unterschied zum Delegat-debitor schutzwürdig ist oder nicht, da in dem Falle, dass er nicht schutzwürdig ist, der Ehemann schutzwürdig ist. Genau gesagt, gerade aus dem Grund, dass der Delegat (*donaturus*) nicht schutzwürdig ist, da der Delegat (Ehemann) nach der fehlgeschlagenen Schenkung keinen Anspruch ihm gegenüber hat, das Geld an ihn zu übertragen, ist der letztere schutzwürdig. Der Durchgangsgedanke kommt auch in diesem Fall zur Anwendung. In diesem Sinne ist natürlich die Entscheidung von Julian eine *consequentia*, eine Weiterentwicklung des Gedankens von Celsus, indem Julian mit der Anwendung des Durchgangsgedanken nicht den Angewiesenen (Delegaten), sondern den Anweisenden (Deleganten) schützt.

E. Endergebnis

Im Ergebnis ist mit nur wenigen Abweichungen entgegen der neuen Auffassung an den in der

älteren Literatur größtenteils bereits geäußerten Meinungen festzuhalten.¹⁶⁹ Dass die Meinungsunterschiede zwischen Celsus und Julian nicht die „Durchgangstheorie“ an sich, sondern nur deren Anwendungsbereich betreffen¹⁷⁰, ist längst erkannt worden. Julian kennt den der Durchgangstheorie zugrundeliegenden Gedanken der Aufspaltung der Anweisung in ihre beiden Leistungskomponenten. Damit begründet er, wie Celsus, die Anwendbarkeit des Schenkungsverbots im Falle der Anweisung.¹⁷¹ Auch er misst dieser Leistungsspaltung sachenrechtliche Konsequenzen zu.¹⁷² Der Unterschied zu Celsus besteht darin, dass, während Letzterer dem Durchgangserwerb allgemeine Geltung für gestörte Anweisungsverhältnisse zuweist, Julian ihn nur auf die Fälle beschränkt, in denen er dem betätigten Willen des Deleganten entspricht und seine Anwendung von den besonderen Bedürfnissen der Sachgerechtigkeit im Einzelfall gefordert wird.¹⁷³ Zwischen Julian und Celsus besteht keine Klassikerkontroverse im eigentlichen Sinne, d.h. dass Celsus auf der einen und Julian auf der anderen Seite stünde. Vielmehr steht Julian auf beiden Seiten, da für ihn, je nach der Konstellation, der Durchgangsgedanke nicht fremd ist. Er steht aber keinesfalls im Widerspruch mit sich selbst, da die Fälle, in denen er die Durchgangstheorie anwendet oder nicht anwendet, voneinander eindeutig abgrenzbar sind. Diese Theorie spielt für ihn nur eine subsidiäre Rolle und kommt nur dann in Frage, wenn die Lösung durch Abtretung und *exceptio* nicht mehr einschlägig ist.

¹⁶⁹ Wolff, Mel. Meylan I [1963] (oben Anm. 10), 409; Kaser, FS Felgentraeger (oben Anm. 24), 293; Klinck, Erwerb durch Übergabe (oben Anm. 30), 337. Jakobs, SZ 91 [1984] (oben Anm. 11), 246;

¹⁷⁰ Gradenwitz, Ungültigkeit, 223 ff.

¹⁷¹ Klinck, Erwerb durch Übergabe (oben Anm. 30), 337.

¹⁷² a. A. etwa Klinck, Erwerb durch Übergabe (oben Anm. 30), 337.

¹⁷³ Kaser, FS Felgentraeger (oben Anm. 24), 293.

Grundzüge von Pensionsreformen *

RA Dr. Max Gutbrod

1. Typen von Pensionssystemen

Vor entsprechenden staatlichen Regelungen haben mittlere für die junge und ältere Generationen gesorgt, Riten und Religionen setzen dafür Maßstäbe. In modernen Gesellschaften bestehen vielfältige gesetzliche Regelungen für den Umgang mit denen, die nicht als geschäftsfähig anerkannt werden, der älteren Generation wird typischerweise durch Pensionssysteme geholfen, im Alter selbständig zu bleiben. Wie viele kontinentale Systeme hat auch das sowjetische dafür das so genannte Umlagesystem gewählt. Beim Umlagesystem finanzieren über den Staatshaushalt Pensionsbeiträge und Steuern der arbeitenden Bevölkerung die auszahlenden Pensionen.

In Deutschland gilt zwar im Allgemeinen ein ähnliches Umlagesystem und wird gerade unter dem Stichwort Grundversorgung¹ kontrovers diskutiert. Gut Verdienende oder Selbständige aber können und müssen in manchen Fällen aufgrund berufsspezifischer Regelungen sich privat versichern². Die privaten Versicherungen können nur aufgrund des Ansparsystems funktionieren, bei diesem System werden Pensionsbeiträge

* Der Beitrag wurde im März 2019 fertiggestellt.

¹ die SPD will damit Reformen der letzten Jahre fortsetzen, die unter dem Stichwort von "gerechten Renten" Mindest-Pensionsbeträge z. B. aufgrund von Kindererziehungszeiten oder Bedarf gewährt haben, von wirtschaftsnaher Seite werden konkrete Maßnahmen für kapitalbasierte Versorgungssysteme vorgeschlagen, eher politisch s.

https://www.focus.de/finanzen/boerse/aktien/mehr-kapitalismus-in-deutschland-muessen-wir-bald-alle-aktien-kaufen-friedrich-merz-will-die-rente-revolutionieren_id_10817682.html, eher wissenschaftlich in

https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/studien/190730_Studie_Altersvorsorge.pdf, besucht am 1.8.2019

² s. zum Beispiel <https://www.abv.de/berufsstaendische-versorgungswerke.html>, beide besucht am 1.4.2019

aus dem Vermögen aus der Pensionskasse gezahlt, die die laufenden Zahlungen erhalten. Typischerweise sind Ansparsysteme so ausgestaltet, dass der, der kürzer Pensionen bezieht, für den zahlt, der länger in ihren Genuss kommt.

2. Pensionssysteme und Kapitalmarkt

Immer wieder werden die Vorteile von Ansparsystemen anhand der USA diskutiert. Die dortigen Fonds der - für das Pensionssystem zuständigen - Einzelstaaten³ sind große Investoren am Kapitalmarkt. Die für US-amerikanische innovative Unternehmen typische rasche weltweite Expansion beruht auch darauf, dass diese Unternehmen in allen Stadien ihrer Entwicklung Zugang zu Kapital haben. Dieses Kapital stammt wesentlich auch aus Anlagen von Pensionsfonds.

Der Kapitalmarkt ist Teil des Gründungsmythos der USA: Der junge Staat konnte Kriege gegen England im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit nur über Anleihen finanzieren, die wiederum Liquidität und Volumen des eigenen Marktes erforderten⁴. So gibt es schon lang Stimmen, die die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts als einen wesentlichen Grund dafür ansehen, dass sich die USA schneller als die anderen Kolonien entwickelt haben, die immer wieder, nach Rohstoffbooms, in die Austauschwirtschaft zurückgefallen

³ der bekannteste ist CalPERS, s.

<https://en.wikipedia.org/wiki/CalPERS>, besucht am 8.8.2019

⁴ Die Bedeutung des Kapitalmarkts in den USA ist ausführlich in der Sammlung von Schriften von Alexander Hamilton, dem ersten Finanzminister der USA dargestellt, die, die ich bei einem kurzen Besuch im Washingtoner Museum of American History auf dem Verkaufsstand gefunden habe, Sylla/Cohen, Alexander Hamilton on Finance, Credit and Debt

sind⁵. Wegen der verhältnismäßigen Größe der USA im globalen Maßstab dominiert ein funktionierender US-Kapitalmarkt leicht die globalen Märkte. Das wiederum hat für die USA wohl nicht nur positive Auswirkungen. Vielmehr könnte die damit verbundene Bedeutung der Finanzindustrie Arbeitskraft in den US insgesamt so verteuern, dass im internationalen Wettbewerb andere Produktion in den USA prohibitiv teuer wird. Da sich für einen so starken Kapitalmarkt Importüberschüsse durch Darlehen finanzieren lassen, kommt es auch zu keiner Abwertung, Produktion in einem derartigen Markt leidet also nachhaltig⁶.

Für ein kleines Land wie Georgien bietet die Entwicklung des Kapitalmarkts natürlich andere Chancen und Risiken als für einen Weltkapitalmarkt wie die USA⁷. Die Währung eines kleinen Landes, das vielfältige Handelsbeziehungen mit größeren Nachbarn hat, wird immer von den Nachbarwährungen und in der Welt häufig verwendeten Leitwährungen abhängen. Für Georgien ist also, ohne dass die Reihenfolge genau bestimmbar und fest wäre, Abhängigkeit von den Wirtschaften der USA, der Euro-Länder, Russlands, China, der Türkei und dem Iran wahrscheinlich. Die Abhängigkeit verhältnismäßig kleiner Währungen von fremden Währungen und Kapitalmärkten nimmt zu, wenn Währungsblöcke größer werden, wie zum Beispiel durch die Einführung oder mögliche Erweiterungen des Euro. Dann sind Wechselkurse und Zinsen häufig relativ wenig von mit dem Land verbundenen Faktoren abhängig, sie werden in einem solchen Fall vielmehr wesentlich so von außen beeinflusst, dass Kredite den kleineren Ländern zeitweilig fast aufgedrängt werden, es aber zu unvermittelten Zinserhöhungen und Kapitalabfluss

kommt, wenn sich die Nachfrage nach Krediten in den Leitmärkten verstärkt. Solche Effekte könnte ein privates Pensionssystem abmildern, weil durch es unabhängige Nachfrage nach Krediten und Anlagen entstehen könnte.

3. Vorteile des Ansparmodells

Auch darüber hinaus können private Pensionssysteme viele Vorteile haben.

Private Pensionssysteme können die wirtschaftlichen Auswirkungen der demographischen Entwicklung abfedern, weil, wenn zum Beispiel sich die Bevölkerung wesentlich vermindert, nicht mehr, wie beim Umlagesystem, wenig Junge für viele Alte zu sorgen hätten, sondern die vielen Alten ihre Pensionen durch eine Verminderung des in den Pensionsfonds vorhandenen Vermögens erhielten. Für nach-sowjetische Staaten dürfte es auch sinnvoll sein, einen Teil der Löhne derer anzusparen (also u. a. für die Finanzierung von Unternehmen zu nutzen), die nach Einführung der Marktwirtschaft wesentlich mehr verdienen, als zuvor gezahlt wurde. Private Pensionssysteme könnten auch wesentlich dazu beitragen, die informelle Wirtschaft zu reduzieren, weil die zukünftigen Pensionäre Interesse an der Teilnahme an Pensionssystemen, etwa an mit Pensionssystemen verbundenen Subventionen haben könnten und daher legale Arbeitsverhältnisse vorziehen. Das könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn der staatliche Zuschuss zu privaten Pensionszahlungen attraktiv ist. Die Erwartung einer Pensionszahlung könnte zudem die Korruption wesentlich vermindern, wenn bei einer Verurteilung wegen Wirtschaftsstraftaten ein Verlust der Pensionsansprüche droht. In Deutschland ist z. B. bei Strafverfahren von Mitarbeitern im öffentlichen Dienst die Frage typischerweise zentral, ob die Verurteilung zur Aberkennung der Ruhegehaltsansprüche führt.

Die Einführung eines privaten Pensionssystems könnte zudem die rechtliche Entwicklung des Landes wesentlich befördern und zukünftige Pensionäre an ihr interessieren, weil das private Pensionssystem alle Elemente des Rechtssystems berührt und die zukünftigen Pensionäre daran interessiert sein werden, ihre

⁵ die These steht am Anfang des Lebenswerks von Celso Furtado, s. *The Economic Growth of Brazil*, 1963. Celso Furtado hatte zwar insbesondere auf die regionale Entwicklungspolitik Brasiliens in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wesentlichen Einfluss. Wissenschaftlich ist er aber eher ein Außeneiter geblieben. Die meisten seiner für die vorliegende Thematik wichtigen Werke scheinen nur auf Portugiesisch verfügbar zu sein

⁶ darauf hatte Furtado schon 1983 hingewiesen, s. *Brasil, A construção interrompida*, S. 15. In vielem wirkt die Politik Präsident Trumps so, als würden entsprechende Bedenken bis heute nicht ernst genommen werden

⁷ zu den Chancen s. in <https://oc-media.org/opinion-georgia-pension-reforms-do-nothing-for-most-georgians/>, besucht am 8.8.2019

Ansprüche gesichert zu wissen. Ein privates Pensionsystem kann schließlich auch insoweit antizyklisch wirken, als Pensionäre, wenn sie vom Schwinden ihrer wahrscheinlichen Pensionsansprüche hören, ins Erwerbsleben zurückkehren.

4. Schwierigkeiten eines privaten Pensionssystems

Damit ist aber auch gleichzeitig schon die Schwierigkeit der Einführung eines privaten Pensionssystems angedeutet: Viele privaten Pensionssysteme scheitern daran, dass die technische Schwierigkeit der Einführung unterschätzt wird. Zusammen gefasst muss der Staat Mechanismen zur Verfügung stellen, die verlässliche, ertragreiche und zweckmäßige Investitionen über die Lebenszeit der Pensionäre hinweg umfassend sichern.

Zentral ist natürlich, dass die angesparten Aktiva über die für ein Pensionssystem typische relativ lange Laufzeit erhalten bleiben.

Zudem sollte der zukünftige Pensionär jederzeit über seine Ansprüche unterrichtet sein. Das ist einer der Gründe dafür, dass in den meisten privaten Pensionssystemen die angesparten Summen nur in liquide Vermögenswerte angelegt werden dürfen. So lässt sich dann relativ genau jederzeit feststellen, wie viel Vermögen zur Verteilung zur Verfügung steht. Das heißt praktisch, dass eigentlich nur die Anlage in an der Börse gehandelte Aktien und Obligationen als Anlagegegenstand in Frage kommt⁸. Die Höhe der jeweilig monatlich festen, bis zum Lebensende des Berechtigten zustehenden Pension lässt sich durch komplizierte Berechnungen, die Statistik einbeziehen und von sogenannten Aktuaren verlässlich durchgeführt werden können, wenn diese Aktuare ehrlich sind. In Russland hat wohl die Sorge davor, dass die entsprechenden Berechnungen unzuverlässig waren und die Wirtschaftskrise nach 2008 das in Pensionsfonds verwaltete Vermögen wesentlich vermindert hat, zu einer Gesetzge-

bung geführt, die die Restrukturierung des Pensionsystems einleiten sollte. Insbesondere sollte die Gesellschaftsform der Pensionsfonds verändert und ihre Berichtspflichten verschärft werden. Allerdings sind die Anzeichen gering, dass diese Restrukturierung tatsächlich zu größerer Transparenz geführt hat. Diese scheint dem Anschein nach dazu beigetragen zu haben, dass Investoren die Vermögen der von ihnen beherrschten Fonds deutlich aufgebläht, ihnen Vermögen entzogen und sich dann abgesetzt haben⁹. Zu allgemeiner Beunruhigung in der Bevölkerung hat dies nicht geführt, da der Staat aufgrund einer im Zusammenhang mit der Restrukturierung des Pensionssystems eingeführten Staatsgarantie Ersatz geleistet hat. In Kasachstan haben wohl ähnliche Besorgnisse dazu geführt, dass die Vermögensverwaltung einer monopolistisch agierenden Staatsgesellschaft übertragen worden ist¹⁰.

Wesentliches Element eines privaten Pensionssystems kann eine vielfältige Vermögensverwalter – Industrie sein¹¹. Wenig spricht aber dafür, dass eine solche in Verbindung mit der Einführung privater Pensionssysteme in postsowjetischen Staaten entstanden ist. Russische Vermögensverwalter scheinen keine überregionale Bedeutung erlangt zu haben. Der kasachische staatliche Vermögensverwalter ist im Zusammenhang von Skandalen aufgefallen¹². In Armenien sind zwei nach ihrer Selbstdarstellung eingeführte Vermögensverwalter eingesetzt wurden¹³, die aber nur am Rande mit Armenien zu tun zu haben scheinen.

⁸ welche Herausforderungen etwa die Erhöhung des Aktienanteils bietet zeigt sich an https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/studien/190730_Studie_Altersvorsorge.pdf, besucht am 10.8.2018, s. beispielsweise die Zusammenfassung auf S. 14

⁹ s. <https://www.vedomosti.ru/finance/articles/2015/08/04/603353-motileva-snyali-s-pensii>, besucht am 1.4.2019, <https://www.kp.ru/daily/26834/3875390/>, besucht am 1.4.2019

¹⁰ s. in https://www.interfax.kz/?lang=eng&int_id=13&news_id=199, besucht am 8.8.2019, die Hoffnung, dass diese Monopolisierung aufgehoben werde

¹¹ wie schwer eine befriedigende Vielfalt zu erzielen ist mögen die Proteste in Chile gerade gegen diese Vielfalt im Pensionssystem illustrieren, <https://www.telesurenglish.net/news/Chileans-Take-to-the-Streets-to-Reject-Current-Pension-Model-20190331-0021.html>

¹² https://www.inform.kz/en/chief-of-unified-accumulative-pension-fund-arrested-for-2-months_a2987032

¹³ <https://www.towerswatson.com/en/Insights/Newsletters/Global/global-news-briefs/2018/01/armenia-pension-reform-to-start-july-2018>

Selbst wenn man davon ausgeht, dass derartige Verwalter aufgrund eines durchsichtigen Ausschreibungsverfahrens ausgewählt worden sind kann man sich kaum vorstellen, dass diese Auswahl, etwa bei ein Machtwechsel, nicht politisch heftig attackiert wird.

Für sachgemäße Anlagen sind hochqualifizierte und ehrliche Vermögensverwalter erforderlich. Diese sind schon deshalb schwer zu finden, weil ihre Tätigkeit gegenüber den freien Vermögensverwaltern, die zum Beispiel große Vermögen verwalten, vielfältig reguliert sein muss, also weniger attraktiv ist. In Krisenfällen wird der Haltung des Vermögens auch wesentlich davon abhängen, ob der Vermögensverwalter sich um die Restrukturierung seines Portfolios kümmert. Typischerweise könnte sich zum Beispiel bei Schuldverschreibung durch intensive Verfolgung von in Schwierigkeiten geratenen Emittenten die Rückzahlungsquote wesentlich erhöht werden, wenn der Schuldner in Konkurs geht. Um die Rückzahlungsquote aber erhöhen zu können sind eine Reihe von schnell zu treffenden Ermessensentscheidungen erforderlich. Zum Beispiel gilt es zu entscheiden, ob ein Schuldner verklagt wird oder der Geschäftsführer eines Schuldners gerichtlich verfolgt wird. Die Aufsicht über Vermögensverwalter hat schon in normalen Situationen es typischerweise nicht leicht zu verhindern, dass der Vermögensverwalter Wertpapiere kauft, die eine mit ihm verbundene Investitionsbank zu emittieren geholfen hat. In Restrukturierungsfällen kommen Entscheidungen über die Frage hinzu, ob eine bestimmte Rückzahlungsquote den Umständen angemessen ist, die kaum objektiv überprüft werden können. Daher ist ein weites Ermessen der jeweiligen Überwachungsbehörde erforderlich.

Selbst wenn das Pensionssystem privat ist und der Staat Haftung deutlich ablehnt wird die drohende politische Unruhe, falls Ansprüche in bedeutender Höhe ausfallen, dazu führen, dass mindestens teilweise Ansprüche vom Staat garantiert werden. Daher haftet der Staat praktisch für die Qualität der Überwachung.

Um, wie oben angedeutet, in der Tat den lokalen Markt zu stärken, bestehen häufig Vorschriften, dass das angelegte Vermögen im Lande zu investieren ist. In einer globalen Welt, in der Kapitalverkehrskontrollen eher die Ausnahme sind, sind derartige Vorschriften

technisch typischerweise nicht einfach. Ihre Zulässigkeit ist zudem zweifelhaft, wenn das Land in Handelsverträgen wie der WTO Gleichbehandlung anderer Länder versprochen hat. Häufig sind dennoch etwa Vorschriften dahingehend, dass nur in Wertpapiere investiert werden darf, die an einer im Lande bestehenden Börse gehandelt werden¹⁴.

Es mag zudem Zeit brauchen, bis die Infrastruktur, zum Beispiel die Börsen, die Verwahrstellen für Wertpapiere, die die Pensionäre vor dem Risiko des Konkurses von Vermögensverwahrern und Börsen schützen, und die Gesetzgebung im einem Land entwickelt genug sind, um Investitionen in diesem Lande zu rechtfertigen. Zudem mögen lokalen Emittenten erst mit der Zeit gefunden werden können.

5. Einfluss der Politik

Nicht zuletzt stellen die angesparten Summen insbesondere für Regierung eine Versuchung da, die kurzfristig Ausgaben finanzieren wollen¹⁵. Der einmalige Eingriff in private Pensionsansprüche wird aber auf lange Zeit das Vertrauen in das System zerstören.

6. Zur politischen Relevanz des Themas

Veränderungen, die sich auf das Pensionssystem beziehen haben, immer das Potenzial, erhebliche soziale Auswirkungen zu haben. So spricht zum Beispiel viel dafür, dass die politische Stabilität der Bundesrepublik in dem Anfangsjahrzehnten auch wesentlich damit zusammen hängen, dass insbesondere die vom Krieg enttäuschte Generation durch die so genannte

¹⁴ s. für Polen <https://www.pensionfundsonline.co.uk/content/country-profiles/poland>, daher effekt auf Markt <https://www.reuters.com/article/poland-pensions/poland-expects-new-pension-scheme-to-boost-its-bourse-idUSL8N1VK1W0>, s. für Argentinien etwa <http://www.oecd.org/finance/private-pensions/41408080.pdf>

¹⁵ s. für die polnische Reform von 2013 <https://www.reuters.com/article/poland-pensions/poland-expects-new-pension-scheme-to-boost-its-bourse-idUSL8N1VK1W0>, in Russland im Zusammenhang mit der Annexion der Krim, s.

Bruttolohnbindung ruhig gestellt wurde. Nach ihr stieg das Rentenniveau gleichzeitig mit dem Lohnniveau¹⁶. Diese Bruttolohnbindung war so insbesondere in der Wirtschaftskrise nach der deutschen Vereinigung nicht zu halten und wurde daher zurück genommen, ohne dass dies offen erklärt wurde¹⁷. Viel spricht dafür, dass sowohl der Niedergang der SPD als auch der Aufstieg der AfD auch mit der Enttäuschung vieler Rentner über ihre geringe Rente zusammen hängt.

Private Pensionssysteme sind auch in Zusammenhängen krisenanfällig, die von Politikern nicht oder nur indirekt zu beeinflussen sind. Wenn die Währung eines Landes nicht stark ist, wenn z. B. im Land im Wesentlichen der Dollar verwendet wird, kann es, z. B. wenn die Attraktivität von emerging Markets sinkt, zu

abrupten Abwertungen kommen, die mit der Wirtschaftskraft des Landes an sich nicht viel zu tun haben. Wegen der Abwertung können die Lebenshaltungskosten der zukünftigen Pensionäre erheblich steigen, wenn diese sich im Wesentlichen von importierten Gütern versorgen. Wenn aber die Pensionsfonds überwiegend in Aktiva investieren, die in der Währung des Landes denominiert sind, verlieren die Pensionäre durch eine Abwertung eine für sicher gehaltene Lebensgrundlage¹⁸. Üblicherweise werden sie, da sie ja Währungsschwankungen selbst nicht beeinflussen können, entsprechende Entwicklung mit großer Unzufriedenheit über die politische Führung wahrnehmen.

Umso mehr sollten Regierungen vorsorgen, wenn sie das technisch schwierige private Rentensystem einführen.

¹⁶ Abelshäuser, Werner: Deutsche Wirtschaftsgeschichte seit 1945, München 2004.

¹⁷ s. G. Bäcker, Sozialpolitik und soziale Lage in Deutschland II, Wiesbaden 2010, 353 ff.

¹⁸ das scheint derzeit in Kasachstan der Fall zu sein.

Die Treuepflicht als Verhaltensstandard des Gesellschafters im Gesellschaftsrecht (am Beispiel des deutschen Rechts)*

Rechtsanwalt, Assoc. Prof. Doc. Roin Migriauli

1. Statt einer Einführung

Ein Rechtsverhältnis zeichnet sich durch das Gegenüberstehen der Rechte und Pflichten ihrer Teilnehmer aus. In diesem Spannungsverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten wird von einem bestimmten Teilnehmer sowohl die Ausübung des Rechts des Rechtsverhältnisses „zu seinem eigenen Vorteil“ (eigennützig), als auch die Übernahme bestimmter Pflichten „zugunsten der Anderen“ (fremdnützig) hervorgehoben.¹

Die Personenvereinigung (die Gesellschaft) ist eine schuldrechtliche Kategorie, die ihrerseits voll von Rechtsverhältnissen ist. Die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse entstehen hauptsächlich zwischen dem Gesellschafter² und der Gesellschaft, sowie zwischen der Gesellschaft und ihrer Geschäftsführung. In den gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen spielen ebenfalls die Verhältnisse zwischen den Gesellschaftern (Mitgesellschaftern), also die Verhältnisse der Gesellschafter untereinander, welche sich auf den Gesellschaftsvertrag³ berufen, eine wichtige Rolle. Die zentrale Pflicht

der Teilnehmer der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse ist der Schutz der Rechte von einzelnen beteiligten Subjekten,⁴ also der Schutz der Rechte des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft und der Rechte eines Gesellschafters gegenüber einem oder mehreren (anderen) Gesellschaftern. Das Gesetz über die gewerblichen Unternehmer hält „die mit den Gesellschafterverhältnissen verbundenen Angelegenheiten“ für einen Sachverhalt, der mit der Gesellschaftervereinbarung (der Satzung) zu regeln ist (Artikel 3, Absatz 4¹, Satz 1 des Gesetzes über die gewerblichen Unternehmer).

Daher ist der Gesellschafter, neben den Rechten, auch an verschiedene Pflichten gebunden. Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsformen der Gesellschaft, sind den Gesellschaftern unterschiedliche Pflichten auferlegt. Diese Pflichten kommen hauptsächlich gegenüber der Gesellschaft zum Ausdruck. In Kapitalgesellschaften ist beispielsweise die Einzahlung der Einlage bzw. der Nachschüsse auf das Stammkapital (Gesellschaftskapital) eine ausdrückliche Pflicht des Gesellschafters, während in einer Personengesellschaft der Gesellschafter der Geschäftsführung verpflichtet ist.

Aus diesem Pflichtenspektrum des Gesellschafters müssen wir die Treuepflicht als eine besondere Pflicht hervorheben. Die Treuepflicht kommt nicht

* Zur Sammlung und Analyse der Materialien für den vorliegenden Artikel hat die Rechtsanwältin der Kanzlei „Migriauli und Partner“, Frau Nana Pertaia (LL.M) einen großen Beitrag geleistet.

Aus dem Georgischen von Tamar Khavtasi.

¹ Vgl. Carsten Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. neu bearbeitete Auflage, 2018, übersetzt von R. Migriauli, 2019, S. 126, Rn. 8.

² Unter „der Gesellschafter“ wird sowohl der Gesellschafter der gewerblichen Gesellschaft, als auch das Mitglied der nicht-gewerblichen juristischen Person und der Teilnehmer (Mitglied) der Personengesellschaft, einschließlich der Genossenschaft der gemeinsamen Unternehmung verstanden.

³ Unter „der Gesellschaftsvertrag“ wird nicht nur die Gesellschaftervereinbarungen, einschließlich der Satzungen (beispielsweise in den gewerblichen Gesellschaften), sondern auch

die Gründungsvereinbarungen der Gesellschafter (beispielsweise der Vertrag über die gemeinsame Unternehmung) verstanden.

⁴ Vgl. Irakli Burduli, Die Treuepflicht als der Handlungsmaßstab der Mehrheit und Minderheit im Körperschaftsrecht, am Beispiel des deutschen Rechts, in Zeitschrift: „Rechtsprechung und Gesetz“, 2012 N4 (35), S.50.

nur im Handeln zugunsten der Gesellschaft zum Ausdruck, sondern gilt auch gegenüber den Mitgesellschaftern. In diesem Fall tritt das „zu seinem eigenen Vorteil“ (eigennützig) ausgeübte Recht des Gesellschafters zugunsten der Handlungen zurück, welche einerseits auf die Förderung des Gesellschaftszwecks und der Vermeidung solcher Handlungen, welche der Gesellschaft schädlich sind, gerichtet sind sowie andererseits auf die Achtung der Rechte der Mitgesellschafter. Daher gilt die Treuepflicht auch gegenüber dem Aktionär/dem Gesellschafter.

Die Treuepflicht entstand im US-amerikanischen Recht.⁵ Sie ist als *duty of loyalty* bekannt. In der deutschen Rechtsliteratur wird sie als „Treuepflicht“ bezeichnet. Im deutschen Recht gibt es aber keine Legaldefinition der Treuepflicht. Ein Teil der deutschen Wissenschaftler schreiben sie der Kategorie der sogenannten „ungeschriebenen Kompetenzen“ zu, wohingegen sie ein zweiter Teil als eine eigenständige Pflicht betrachtet. Die restlichen Wissenschaftler nehmen sie als der Teil der Sorgfalts- oder/und Schweigepflicht wahr.⁶

Die Treuepflicht wurde in Deutschland zunächst im Gesellschaftsrecht, vor allem im Recht der Personengesellschaften entwickelt.⁷ Es ist eine Tatsache, dass sie zumindest als Rechtsgrundsatz gilt und einen erheblichen Einfluss auf die einzelnen Angelegenheiten der Corporate Governance ausübt.⁸

Die Entwicklung dieses Rechtsinstituts in der Personengesellschaft beruhte auf jenem Umstand, dass in diesen Gesellschaften der persönliche Zusammen-

schluss der Gesellschafter enger ausgestaltet ist.⁹ Darüber hinaus ist die Treuepflicht in den Personengesellschaften, in denen die Organisationsstruktur persönlichen Charakter trägt, viel intensiver als in großen Kapitalgesellschaften, in denen die Zahl der Aktionäre einige Hundert überschreitet.¹⁰

Die persönliche Gebundenheit der Gesellschafter zueinander ist im georgischen Recht auch in Personengesellschaften, wie Gesellschaften mit Solidarhaftung, Kommanditgesellschaften und Genossenschaften der gemeinsamen Unternehmung stärker ausgeprägt. Daher ist der Einfluss des einzelnen Gesellschafters nicht nur in Personengesellschaften selbst, sondern auch gegenüber den anderen Gesellschaftern größer, was die Anforderungen an seine Treuepflicht weiter erhöht.

Die Treuepflicht hat sich auch auf Kapitalgesellschaften ausgeweitet. Im deutschen Gesellschaftsrecht ist schließlich die Treuepflicht unter den Gesellschaftern der GmbH, ebenfalls zwischen den Gesellschaftern der GmbH und der Gesellschaft selbst sowie in Aktiengesellschaften einerseits unter den Aktionären und andererseits zwischen dem Aktionär und der Aktiengesellschaft anerkannt.¹¹

2. Aus der Treuepflicht entstandene Pflichten

Aus der Treuepflicht ergeben sich auch unterschiedliche Pflichten des Gesellschafters gegenüber den einzelnen Gesellschaftern oder der Gesellschaft. In der deutschen Rechtsliteratur sind diese Pflichten des Gesellschafters folgendermaßen aufgeteilt:

- Handlungspflichten
- Unterlassungspflichten
- Duldungspflichten

⁵ Diesbezüglich s. Machavariani Sopio, „Die Leitung der Unternehmensgruppen in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika und die Integration der Leitungsgrundsätze im georgischen Privatrecht“, Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades des Rechts, Staatliche Universität Tbilissi, Tbilissi, 2015, S. 127.

⁶ Vgl. Machavariani Sopio, „Die Leitung der Unternehmensgruppen in Deutschland und in den vereinigten Staaten von Amerika ...“, S. 127.

⁷ Zu „Personengesellschaften“ gehören nach dem deutschen Recht Offene Handelsgesellschaften (OHG), Kommanditgesellschaften (KG), Gesellschaften des bürgerlichen Rechts (GbR), Partnerschaften usw.

⁸ Machavariani Sopio, S. 127.

⁹ Carsten Schäfer, S. 127, Rn. 8.

¹⁰ Irakli Burduli, Die Treuepflicht als der Handlungsmaßstab der Mehrheit und Minderheit im Körperschaftsrecht, am Beispiel des deutschen Rechts, in Zeitschrift: „Rechtsprechung und Gesetz“, 2012 N4 (35), S.51.

¹¹ Vgl. Carsten Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. neu bearbeitete Auflage, 2018, übersetzt von R. Migriauli, 2019, S. 463, Rn. 23 (GmbH), S. 612, Rn. 18 (AG).

- Zustimmungspflichten¹²

Die Handlungspflicht beinhaltet die **Informierungspflicht** der Mitgesellschafter. Die Information der Mitgesellschafter dient zum Schutz der Interessen. Wenn ein Gesellschafter der Gesellschaft mit Solidarhaftung beispielsweise vorhat, Geld aus der Gesellschaftskasse zu entnehmen (beispielsweise zur Bezahlung der Studiengebühren des eigenen Kindes), wird die Treuepflicht von seiner Seite aus als eingehalten angesehen, wenn er die anderen Gesellschafter diesbezüglich im Voraus benachrichtigt. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der andere Gesellschafter noch stärker darauf angewiesen ist, Geld aus der Gesellschaftskasse zu entnehmen (beispielsweise zur Finanzierung einer Operation).¹³ Es kann auch sein, dass, zur Vermeidung des Schadens der Gesellschaft bei der Entnahme von Geld aus der Gesellschaftskasse, ein Entnahmelimit für den Gesellschafter festgelegt wird.¹⁴ Die Information der anderen Mitgesellschafter ist auch dafür notwendig, da es sein kann, dass über diese Angelegenheit die Gesellschafterversammlung entscheiden muss. Die Gesellschafterversammlung kann sogar dem Gesellschafter überhaupt untersagen, Geld aus der Gesellschaftskasse zu entnehmen.¹⁵

Die Treuepflicht drückt sich nicht nur in einer aktiven Handlung aus, sondern auch in der Unterlassung einer Handlung, welche zum Schaden und gegen die Interessen der Gesellschaft und des Mitgesellschafters durchgeführt wird. Das beste Beispiel für die **Unterlassungspflicht** ist die Abstandnahme vom Wettbewerb. Die Gesellschafter einer Gesellschaft sind dazu verpflichtet, nicht als Gesellschafter in eine Ge-

sellschaft einzutreten, welche im Markt mit ihrer eigenen Gesellschaft konkurriert. §112.1 des deutschen Handelsgesetzbuches (HGB) verbietet ausdrücklich einem Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft (OHG) den Wettbewerb, also das Betreiben von Geschäften im selben Handelszweig der Gesellschaft sowie die Teilnahme an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter. Dazu bedarf dieser Gesellschafter die Einwilligung der anderen Gesellschafter. Dogmatisch ist das Wettbewerbsverbot Ausdruck der Treuepflicht.¹⁶ Daher betrifft nach dem deutschen Recht das Wettbewerbsverbot im gleichen Maß alle Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft (OHG) sowie alle Komplementäre einer Kommanditgesellschaft.

Vergleichen wir das deutsche Modell des Wettbewerbsverbotes mit dem georgischen Modell des Gesellschaftsrechts, dann sollte das Wettbewerbsverbot alle Gesellschafter der Gesellschaft mit Solidarhaftung sowie alle Komplementären der Kommanditgesellschaft betreffen. Leider ist der Begriff „Wettbewerbsverbot“ nicht nur aus dem heute geltenden Gesellschaftsrecht verschwunden, wo es durch den Begriff „Interessenkonflikt“ ersetzt wurde (vgl. Artikel 9.5, das Gesetz über die gewerblichen Unternehmer, aktuelle Fassung), sondern es gilt nur noch für geschäftsführende Personen der Gesellschaft (Direktoren). Die Regulierung über das Wettbewerbsverbot war im Artikel 35 des Gesetzes „über die gewerblichen Unternehmer“ der Fassung aus dem Jahr 1994 verankert.¹⁷ Nach diesem Artikel wurden die Kommanditisten aus dem Wettbewerbsverbot ausgeschlossen, es sei denn, die Satzung der Gesellschaft legte es präzise anders fest. Diese Regulierung bestätigte auch, dass das Wettbewerbsverbot eine direkte Anwendung auf die Komplementären der Kommanditgesellschaften fand.

Die Unterlassungspflicht ist auch mit der Ausübung des Stimmrechts des Gesellschafters verbunden. Dies wird insbesondere bei der Beschlussfassung über Di-

¹² Carsten Schäfer, Gesellschaftsrecht, übersetzt von R. Migriauli, 2019, S. 127, Rn. 9.

¹³ Die Regeln über die Entnahme von Geldern aus der Gesellschaftskasse war im Artikel 27 des Gesetzes „über die gewerblichen Unternehmer“ der Fassung aus dem Jahr 1994 detaillierter vorgeschrieben.

¹⁴ Beispielsweise war nach dem Artikel 27.1 des Gesetzes „über die gewerblichen Unternehmer“ der Fassung aus dem Jahr 1994 für den Gesellschafter im letzten Geschäftsjahr ein festgestellter Anteil an Geld in Höhe von bis zu 4% des Kapitals vorgesehen.

¹⁵ Vgl. Artikel 27.2 des Gesetzes „über die gewerblichen Unternehmer“ der Fassung aus dem Jahr 1994.

¹⁶ Carsten Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. neu bearbeitete Auflage, 2018, übersetzt von R. Migriauli, 2019, S. 130, Rn. 12.

¹⁷ Der Artikel 35 des Gesetzes „über die gewerblichen Unternehmer“ der Fassung aus dem Jahr 1994 wurde im Jahr 2008 aufgehoben.

videndenausschüttungen deutlich. Ist der Gesellschafter „gierig“ auf die Dividende, kann es sein, dass er der Gesellschaft die Möglichkeit nimmt, dass für die Dividenden bestimmte Geld zur Entwicklung der Gesellschaft zu nutzen. Stattdessen könnte der Gesellschafter aufgrund der Treuepflicht das Treffen einer solchen Entscheidung unterlassen und mehr Loyalität (Treue) zum Wohl der Gesellschaft zeigen.

Zur Erklärung der **Duldungspflicht** müssen wir uns wieder dem deutschen Recht zuwenden, weil das georgische Recht und die georgische Rechtsliteratur zu diesem Thema schweigen. Als Beispiel der Duldungspflicht wird der Umstand gesehen, wenn ein Gesellschafter die Nutzung eines Gegenstandes aus dem Gesellschaftsvermögen durch einen anderen Gesellschafter dulden muss.¹⁸ Sagen wir beispielsweise, dass die Gesellschaft einem Gesellschafter einen Lagerraum zum unentgeltlichen Gebrauch überlassen hat, welchen er zum Lagern der aus seinem verbrannten Haus geretteten Gegenstände gebraucht. Aufgrund der Treuepflicht, die eine ethische Kategorie darstellt,¹⁹ müssen die anderen Gesellschafter eine solche Nutzung des Gesellschaftsvermögens dulden. Für die Gesellschafter sollte es erträglich sein, dass die Gesellschaft das genannte Vermögen während des bestimmten Zeitraumes nicht für die geschäftlichen Zwecke nutzen kann und daraus keinen Gewinn erhält.

Die **Zustimmungspflicht** des Gesellschafters ist für die georgische unternehmerische und gesellschaftsrechtliche Praxis fremd. Die Erteilung der Zustimmung durch den Gesellschafter stellt einen Teil dessen Befugnisse dar, welche er auf der Gesellschafterversammlung beim Fassen der Beschlüsse ausübt. Jeder Gesellschafter der gewerblichen Gesellschaft denkt, dass er beim Fassen der Beschlüsse unabhängig ist und er sein Stimmrecht nach eigenem Ermessen ausüben kann. Die Treuepflicht setzt dieser Befugnis des Gesellschafters jedoch eine gewisse Grenze und zwingt ihn, auf der Hauptversammlung

über einen Beschluss abzustimmen, der in erster Linie der Gesellschaft zugutekommt. In der deutschen Rechtsprechung sind der Zustimmungspflicht des Gesellschafters strenge Voraussetzungen gesetzt, wenn es um die Änderung des Gesellschaftsvertrags (der Satzung) oder um die Durchführung der Leitungsmaßnahmen durch einen Geschäftsführer geht.²⁰ An sich selbst sollte die Satzungsänderung der Förderung der Gesellschaftsinteressen dienen, während der Gesellschafter seine persönliche Eitelkeit überwinden und über die in der Versammlung zu entscheidenden Frage abstimmen muss. Beispielsweise hat ein Gesellschafter (C) einer offenen Handelsgesellschaft (OHG), auf dessen Initiative die Gesellschaft mit dem Holzhandel angefangen hat, sich beleidigt gefühlt, als die anderen beiden Gesellschafter (A und B) in der Versammlung die Änderung des Gesellschaftsvertrags (der Satzung) gefordert haben. Es wurde festgestellt, dass der Holzhandel für die Gesellschaft unrentabel wurde, während der Großhandel mit Baumaterialien der Gesellschaft erhebliche Gewinne einbringen würde. Aufgrund des Status der offenen Handelsgesellschaft erforderte das Einstellen des Holzhandels die Vornahme einer Änderung im Gesellschaftsvertrag. Seinerseits zwang die Treuepflicht den Gesellschafter (C), seine persönliche Eitelkeit zu überwinden und den anderen Gesellschaftern bei der Gesellschaftsvertragsänderung zuzustimmen. Beim Fassen eines solchen Beschlusses sollten ihm keine zusätzlichen Lasten auferlegt werden.²¹

3. Verhaltensschranken des Gesellschafters bei der Treuepflicht

Die Treuepflicht zwingt den Gesellschafter bei der Ausübung seiner Rechte bestimmte Schranken einzuhalten, die sich aus dem Verbot einer willkürlichen

¹⁸ Carsten Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. neu bearbeitete Auflage, 2018, übersetzt von R. Migriauli, 2019, S. 127, Rn. 9.

¹⁹ Vgl. Irakli Burduli, Die Treuepflicht als der Handlungsmaßstab der Mehrheit und Minderheit im Körperschaftsrecht, am Beispiel des deutschen Rechts, in Zeitschrift: „Rechtsprechung und Gesetz“, 2012 N4 (35), S.52, 61.

²⁰ Vgl. Die Media-Saturn-Entscheidung des BGH. Urteil v. 12.4.2016 - II ZR 275/14. Quelle: Carsten Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. neu bearbeitete Auflage, 2018, übersetzt von R. Migriauli, 2019, §59, S. 703-704, Rn. 9.

²¹ Vgl. Carsten Schäfer, Gesellschaftsrecht, übersetzt von R. Migriauli, Fall 13, S. 128-129, Rn. 11.

und unverhältnismäßigen Rechtsausübung ergeben.²²

Die Treuepflicht ist nur dem Gesellschafter auferlegt. Er ist durch diese Pflicht nicht nur gegenüber seiner Gesellschaft gebunden, sondern auch gegenüber seinen Mitgesellschaftern. Daher stellt die Treuepflicht keine Pflicht des Geschäftsführers dar und es ist unzulässig, sie auf geschäftsführende Personen der Gesellschaft zu übertragen. Die georgische Rechtsprechung hat jedoch leider den Personenkreis erweitert, auf welchen die Treuepflicht ausgedehnt werden kann und hat ihre Einhaltung auch dem Geschäftsführer auferlegt. Das oberste Gericht Georgiens hat in einer seiner Urteile die Treuepflicht mit der Sorgfaltspflicht und der Pflicht zu Treu und Glauben der Pflichtentriade des Geschäftsführers zugeschrieben und erklärt, dass sie das Treffen der sich aus den besten Interessen der Gesellschaft ergebenden Entscheidungen umfasst.²³

Die Einhaltung der Treuepflicht ist vor allem dem Mehrheitsgesellschafter (den Mehrheitsgesellschaftern) auferlegt. Der Mehrheitsgesellschafter (der majoritäre Gesellschafter), der über eine Kontrollbeteiligung verfügt, kann mit seiner Entscheidung einen Einfluss nicht nur auf die strategische Wirtschaftspolitik der Gesellschaft, sondern auch auf die Rechtslage des Minderheitsgesellschafters (des minoritären Gesellschafters) ausüben. In einigen Fällen kann der Mehrheitsgesellschafter seine Beteiligungsvorrechte missbrauchen und durch den Gesellschaftsbeschluss den Minderheitsgesellschaftern solche Pflichten auferlegen, dass sie vor den Ausschluss aus der Gesellschaft oder vor die Einschränkung ihrer Rechte gestellt werden.

Ein ähnlicher Umstand kann im Fall der Kapitalerhöhung der Gesellschaft vorkommen, welche von Mehrheitsgesellschaftern beschlossen wird. Sie können beispielsweise absichtlich die Kapitalerhöhung der Gesellschaft in Höhe von GEL 100.000,- beschließen, wenn sie wissen, dass der Minderheitsgesellschafter (die Minderheitsgesellschafter) mit 10% Anteil nicht

über ausreichende finanzielle Kapazitäten (GEL 10.000,-) verfügt, um das erhöhte Kapital innerhalb des festgelegten Zeitraumes auszugleichen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Minderheitsgesellschafter der Mehrheit bezüglich der Kapitalerhöhung deswegen widerspricht, weil er wegen ausreichender finanzieller Ressourcen in der Gesellschaft keine Notwendigkeit zur Kapitalerhöhung sieht.

Genau die Treuepflicht ist jener Faktor, der die Mehrheitsgesellschafter davon abhalten kann, Beschlüsse gegen Minderheitsgesellschafter zu fassen. Der Minderheitsgesellschafter soll die Möglichkeit haben, durch die Erhebung einer Klage vor Gericht einen solchen Beschluss anzufechten. Das Gericht muss herausfinden, welchem Zweck die Kapitalerhöhung diene. Wenn der Beschluss über die Kapitalerhöhung als Ziel keine Notwendigkeit der Gesellschaftsfinanzierung hätte, würde dies bedeuten, dass der Beschluss sich gegen Minderheitsgesellschafter richtet, insbesondere um deren Einfluss zu verringern. Ein solches Ergebnis kann nur dann entstehen, wenn die Minderheitsgesellschafter nicht über ausreichendes Geld oder Vermögen verfügen und sie die Nachschüsse auf das erhöhte Kapital nicht einzahlen können. In einem solchen Fall wird entweder die Anzahl ihrer Geschäftsanteile verringert oder sie werden aus der Gesellschaft ausgeschlossen (Sie verlieren den Geschäftsanteil²⁴). Die Fassung eines solchen Beschlusses von Mehrheitsgesellschaftern führt zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in die Rechte des Minderheitsgesellschafters, weswegen der Beschluss zur Kapitalerhöhung als Verstoß gegen die Treuepflicht angesehen wird.

Was die Beschlüsse betrifft, die für die Gesellschaft von wesentlicher Bedeutung sind, so muss bei deren Fassen die Beteiligung aller Gesellschafter sichergestellt sein. Anderenfalls werden die Grundsätze der Gleichbehandlung und der gegenseitigen Achtung der Gesellschafter untereinander verletzt.²⁵

²² Carsten Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. neu bearbeitete Auflage, 2018, übersetzt von R. Migriauli, 2019, S. 129, Rn. 8.

²³ Das oberste Gericht Georgiens, der Fall №31-687-658- 2016, 06.11.2018.

²⁴ Vgl. Artikel 3.7 des Gesetzes über die gewerblichen Unternehmer.

²⁵ Vgl. Irakli Burduli, Die Treuepflicht als der Handlungsmaßstab der Mehrheit und Minderheit im Körperschaftsrecht, am Beispiel des deutschen Rechts, in Zeitschrift: „Rechtsprechung und Gesetz“, 2012 N4 (35), S. 63.

Außerdem ist die Auslegung des Inhalts der Treuepflicht nicht so zu verstehen, dass sie nur die Verpflichtung des Mehrheitsgesellschafters ist und ihm bestimmte Verhaltensstandards vorschreibt. Die deutsche Rechtsprechung hat sich bereits so entwickelt, dass die Treuepflicht als die Verpflichtung eines beliebigen Kleingesellschafters angesehen wird und als ihre Rechtsgrundlage Artikel 117 des deutschen Aktiengesetzes genannt wird²⁶. Ein Messwert der Treuepflicht ist, welches Handeln der Gesellschafter /

Aktionär durchführt. Schützt er nur eigene Interessen und fügt damit den Mitgesellschaftern und der Gesellschaft Schaden zu oder ist

ihm das Interesse des Unternehmens vorrangig.²⁷

Daher beruht die Treuepflicht dogmatisch auf dem besonderen Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft sowie auf dem Verhältnis der Gesellschafter untereinander, dessen Grundlage der Gesellschaftsvertrag darstellt.²⁸

²⁶ Vgl. Machavariani Sopio, S. 128.

²⁷ Ausführlich, Burduli I., Grundlagen des Aktienrechts, der erste Band, Tbilissi, Meridiani, 2010, S. 371.

²⁸ Ausführlich, Carsten Schäfer, übersetzt von R. Migriauli, 2019, Tbilissi, S. 127-128.

Haftung aus Art. 5 Abs. 5 EMRK bei Freiheitsentziehungen in Georgien – eine Betrachtung aus deutscher Sicht –

Ulrich Hagenloch

1. Allgemeine Themenstellungen:

a) Die Haftung bei rechtswidrigen Freiheitsentziehungen durch Hoheitsträger bildet sowohl in Georgien als auch in Deutschland eine Nahtstelle zwischen dem Zivilrecht einerseits sowie dem Straf- und dem Verwaltungsrecht andererseits. Nach letzterem richtet sich meist die Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Handelns. Der Grund und der Umfang der Haftung beurteilen sich hingegen nach den zivilrechtlichen Bestimmungen, einschließlich der jeweils in nationales Recht transformierten Haftung aus Art. 5 Abs. 5 EMRK. Sowohl in Georgien als auch in Deutschland sind für die Entscheidung über die Haftungsansprüche aus Art. 5 Abs. 5 EMRK die Zivilgerichte berufen.

b) Die den Schadenersatzforderungen zu Grunde liegenden Freiheitsentziehungen können folgenden Zielsetzungen dienen:

Der überwiegende Teil der Freiheitsentziehungen trägt einen strafenden (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK) oder einen das Strafverfahren sichernden (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. c) 1. Alt. EMRK) Charakter. Im georgischen Recht fallen hierunter schwerpunktmäßig die gerichtlich ausgesprochenen Strafen und sonstigen freiheitsentziehenden Maßnahmen nach dem Strafgesetzbuch und nach der Strafprozessordnung sowie die Verwaltungshaft nach Art. 24, 32 des Gesetzes über Verwaltungsordnungswidrigkeiten.

Die Freiheitsentziehung kann aber auch der Abwehr von Gefahren für Dritte oder der Vermeidung einer Selbstgefährdung dienen, also präventiver Art sein (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. c) 2. Alt. EMRK; Art. 5 Abs. 1 lit. e) EMRK). Hierzu zählen im georgischen Recht etwa Frei-

heitsentziehungen nach Art. 26 Nr. 1 lit. a) und lit. c) des Gesetzes über die Polizei, Freiheitsentziehungen nach Art. 21^{16ff.} der Verwaltungsgerichtsordnung in Verbindung mit Art. 18 Nr. 1 des Gesetzes über die psychische Gesundheit, Freiheitsentziehungen nach Art. 244 Nr. 1 1. Alt. des Gesetzes über Verwaltungsordnungswidrigkeiten sowie die Anordnung von Untersuchungshaft wegen einer Wiederholungsgefahr nach Art. 171 Nr. 1 der Strafprozessordnung.

Weitere Formen einer grundsätzlich konventionsgemäßen Freiheitsentziehung sind jene zur Herbeiführung bestimmter Handlungen gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. b) EMRK, also beispielsweise die Erzwingungshaft, jene gegen Minderjährige nach näherer Maßgabe von Art. 5 Abs. 1 lit. d) EMRK sowie die Auslieferungs- und Abschiebehaft (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. f) EMRK).

c) Zu anderen als diesen in Art. 5 Abs. 1 EMRK genannten Zwecken ist eine Freiheitsentziehung nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (künftig Gerichtshof) von vornherein konventionswidrig.¹

Jedoch können verschiedene Zielsetzungen zusammenkommen. So kann die Freiheitsentziehung bei einer Suizidgefahr sowohl der Abwendung einer Eigen- als auch einer Fremdgefährdung dienen. Eine Untersuchungshaft kann sowohl zur Sicherung des Strafverfahrens gerechtfertigt sein als auch präventiv zur Abwendung weiterer Straftaten in Betracht kommen. Eine

¹ EGMR, Urteil vom 06.11.1980 in Sachen G. vs. Italy - application no. 7367/76, Rn. 96; EGMR, Urteil vom 29.01.2008 in Sachen S. vs. United Kingdom - application no. 13229/03, Rn. 43; EGMR, Urteil vom 04.12.2018 in Sachen I. vs. Germany - application no. 10211/12, Rn. 126

Sonderform mit präventivem und sanktionierendem Charakter stellen auch die strafrechtlichen Maßnahmen gegen Schuldunfähige nach Art. 191 des Strafgesetzbuchs in Verbindung mit Art. 22 des Gesetzes über die psychische Gesundheit dar.

d) Hinsichtlich des gegenständlichen Anwendungsbereichs von Art. 5 Abs. 1 EMRK, der auch für die Verfahren nach Art. 5 Abs. 5 EMRK maßgeblich ist, wird auf den vom Gerichtshof herausgegebenen „Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights“² und auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 18.04.2016³ verwiesen.

2. Grundsätzliche Rechtsfragen zu Art. 5 Abs. 5 EMRK:

a) Art. 5 Abs. 5 EMRK gilt sowohl in Georgien als auch in Deutschland innerstaatlich mit Gesetzeskraft. Sie begründet damit eine nicht vom Verschulden abhängige Schadenersatzpflicht.⁴ Diese steht mit einem sich aus dem sonstigen Recht ergebenden Amtshaftungs- bzw. Staatshaftungsanspruch⁵ in einer Anspruchskonkurrenz. Dies gilt insbesondere bei Freiheitsentziehungen auf Grund einer in Art. 18 Abs. 4 der Verfassung Georgiens, Art. 1005 Abs. 3 ZGB genannten Maßnahme.

b) Art. 5 Abs. 5 EMRK enthält keine Regelungen zur haftungsrechtlichen Zurechnung und zur Bemessung des Schadenersatzanspruchs.

Damit beurteilen sich diese Fragen für die innerstaatlichen Gerichte nach dem jeweiligen nationalen Recht, in Georgien also nach Art. 408 ff. ZGB.⁶ Der Ge-

richtshof wendet in seinen Entscheidungen zu Art. 5 Abs. 5 EMRK die allgemein anerkannten Prinzipien des Schadenersatzrechts an, so etwa die Differenzmethode (in Georgien Art. 408 Abs. 1 ZGB) oder die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze zur Kausalität.⁷ Nur wenn das innerstaatliche Recht eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen einer Konventionsverletzung gewährt, kommt eine gerechte Entschädigung nach Maßgabe des Art. 41 EMRK in Betracht.⁸ Für deren Ausspruch ist ausschließlich der Gerichtshof im Verfahren einer Individualbeschwerde zuständig, also die nationale Gerichtsbarkeit nicht eröffnet.⁹

Der Schadenersatzanspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK schließt konventionsrechtlich den Ausgleich des immateriellen Schadens dem Grunde nach ein.¹⁰ Dies hat zur Folge, dass sich der Anspruch zumindest nach dem deutschen Rechtsverständnis auch in seiner innerstaatlichen Ausgestaltung auf die Gewährung von Schmerzensgeld erstreckt.¹¹ Der Bundesgerichtshof begründet dies im Urteil vom 19.09.1993 u.a. wie folgt:¹²

„...Bei Art. 5 Abs. 5 MRK handelt es sich um ein Gesetz im Sinne von § 253 BGB (Hinweis: in etwa mit Art. 413 Abs. 1 ZGB vergleichbar), aufgrund dessen wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld gefordert werden kann.“

von Art. 3 EMRK aus deutscher Sicht: BGH, Urteil vom 04.07.2013 - III ZR 342/12 - BGHZ 198, 1; ständige deutsche Rechtspraxis, vgl. etwa BGH, Urteil vom 19.09.2013 - III ZR 405/12 - NJW 2014, 67

⁷ vgl. etwa EGMR, Urteil vom 16.06.2005 in Sachen S. vs. Germany - application no. 61603/00 - NJW-RR 2006, 308, Rn. 176; EGMR, Urteil vom 27.09.1990 in Sachen W. vs. The Netherlands - application no. 12535/86, Rn. 38; EGMR, Urteil vom 10.05.2011 in Sachen W. vs. Poland - application no. 33475/08, Rn. 32

⁸ EGMR, Urteil vom 20.03.2018 in Sachen A. vs. Turkey - application no. 13237/17, Rn. 174 f.; EGMR, Entscheidung vom 08.10.2019 in Sachen R. c. Swiss - application no. 36391/16, Rn. 15

⁹ so im Zusammenhang mit Art. 3 EMRK aus deutscher Sicht: BGH, Urteil vom 04.07.2013 - III ZR 342/12 - BGHZ 198, 1

¹⁰ EGMR, Urteil vom 16.06.2005 in Sachen S. vs. Germany - application no. 61603/00 - NJW-RR 2006, 308, Rn. 178; ständige Rechtsprechung

¹¹ siehe zuletzt: BGH, Urteil vom 04.07.2013 - III ZR 342/12 - BGHZ 198, 1; BGH, Urteil vom 18.04.2019 - III ZR 67/18 - NJW 2019, 2400

¹² BGH, Urteil vom 29.04.1993 - III ZR 3/92 - BGHZ 122, 268

² https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_5_eng.pdf, ältere russischsprachige Fassung unter

https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_RUS.pdf

³ BVerfG, Beschluss vom 18.04.2016 - 2 BvR 1833/12 - NVwZ 2016, 1079

⁴ BGH, Urteil vom 04.07.2013 - III ZR 342/12 - BGHZ 198, 1; BGH, Urteil vom 18.04.2019 - III ZR 67/18 - NJW 2019, 2400; zuletzt: OLG Braunschweig, Beschluss vom 25.11.2019 - 11 W 3/19 - MDR 2020, 222

⁵ im Folgenden nur noch Amtshaftungsanspruch genannt

⁶ so zur sog. haftungsbegründenden Kausalität, also den tatbestandlichen Voraussetzungen der Haftung, bei einer Verletzung

a) Die in Art. 5 MRK geschützte Freiheit ist ein immaterielles Rechtsgut, das weniger durch seinen materiellen Wert, als durch seine Bedeutung für das persönliche Wohl gekennzeichnet ist. Wenn deswegen bei konventionswidriger Verletzung der Freiheit Schadensersatz zu leisten ist, bedeutet dies - ungeachtet der Tatsache, daß ein Freiheitsentzug auch zu einem wirtschaftlichen Schaden führen kann - zunächst Ersatz für den Verlust der Freiheit selbst, also immateriellen Schadensausgleich (...). Die Konvention läßt dem Freiheitsrecht besonderen, weitreichenden Schutz zukommen. Sie hat es selbst mit einem unmittelbaren, bei den nationalen Gerichten einklagbaren Schadensersatzanspruch bewehrt, während die Verletzung ihrer übrigen Garantien, sofern innerstaatliches Recht keinen Ausgleichsanspruch vorsieht, nur im Rahmen von Art. 5 MRK gerecht entschädigt werden kann. ... Der Schutz, den die Konvention bezweckt, wird deshalb erst dann vollständig gewährt, wenn nicht nur für den nicht notwendigerweise eintretenden wirtschaftlichen Schaden, sondern auch für den nichtwirtschaftlichen Schaden, den der Verlust der Freiheit immer bedeutet (...), unmittelbar und nicht erst aufgrund des Art. 50 MRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Ersatz geleistet wird.

b) Grundsätze des deutschen Schadensersatzrechts stehen dem nicht entgegen... Der deutsche Gesetzgeber hat auch das Verfahren der MRK - mit der Zuständigkeit des Gerichtshofs und der Individualbeschwerde - anerkannt und so eine Rechtsschutzweiterung gegenüber dem bisherigen deutschen Recht zugelassen.“

Inhaltliche Abweichungen von dem konventionsrechtlich zugesprochenen immateriellen Ausgleich lassen sich dadurch vermeiden, dass die innerstaatlichen Gerichte die Bemessung des Schmerzensgelds an der Rechtsprechung des Gerichtshofs ausrichten.¹³ Der Bundesgerichtshof leitet die Berechtigung hierzu aus der den deutschen Gerichten zivilprozessual eröffneten Schadensschätzung (§ 287 ZPO) ab.¹⁴ Überzeugender dürfte freilich sein, die vom Bundesgerichtshof im

soeben auszugsweise wiedergegebenen Urteil vom 19.09.1993¹⁵ dargelegten Erwägungen auf den gesamten Haftungsumfang zu erstrecken; ihnen also zu entnehmen, dass der konventionsrechtliche Schadenersatzanspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK vom Gesetzgeber auch hinsichtlich der Bemessungskriterien in nationales Recht übergeleitet wurde. Nur so konnte der Gesetzgeber nämlich verlässlich verhindern, dass die nationale Entschädigung die konventionsrechtlich gebotene unterschreitet. In der deutschen Praxis hat diese Thematik allerdings keine große praktische Relevanz, da zwischen den Größenordnungen der vom Gerichtshof einerseits und der von den deutschen Gerichten andererseits für angemessen erachteten finanziellen Kompensation ohnehin keine signifikanten Abweichungen bestehen.¹⁶

c) Nach dem deutschen Rechtsverständnis ist der Schadenersatzanspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK in seiner innerstaatlichen Ausgestaltung übertragbar, pfändbar und aufrechenbar.¹⁷ Hierfür ist (über eine Verweiskette) maßgeblich, ob die Forderung nach näherer Maßgabe von § 399 Alt. 1 BGB (im Kern mit Art. 199 Abs. 1 ZGB inhaltsgleich) abgetreten werden kann, also ob die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger die Identität der Forderung verändert.¹⁸

Von diesen Grundsätzen ausgehend sind zwar aus deutscher Sicht Entschädigungsforderungen nach Art. 34, 41 EMRK weder übertragbar, noch pfändbar oder aufrechenbar. Dies beruht darauf, dass sie nicht von Gesetzes wegen entstehen, sondern auf einer konstitutiven Ermessensentscheidung des Gerichtshofs beruhen. Der mit dieser bezweckte Ausgleich einer schwerwiegenden Rechtsverletzung ist personenbezogen und kann nicht erreicht werden, wenn die Kompensation einem Dritten zufließt.¹⁹ Dies gilt aber für den anders gelagerten Anspruch auf Schadensersatz nach Art. 5

¹³ vgl. etwa: BGH, Urteil vom 19.09.2013 - III ZR 407/12 - juris; OLG Braunschweig, Beschluss vom 25.11.2019 - 11 W 3/19 - MDR 2020, 222; OLG Hamm, Urteil vom 14.11.2014 - I-11 U 16/14 - juris; dazu weitere Ausführungen unter 6. c)

¹⁴ BGH, Urteil vom 19.09.2013 - III ZR 407/12 - juris

¹⁵ BGH, Urteil vom 29.04.1993 - III ZR 3/92 - BGHZ 122, 268

¹⁶ vgl. Zusammenstellung im Beschluss des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 12.09.2013 - 2 W 2/13 - juris

¹⁷ BGH, Urteil vom 12.11.2015 - III ZR 204/15 - BGHZ 207, 365

¹⁸ BGH, Urteil vom 12.11.2015 - III ZR 204/15 - BGHZ 207, 365; BGH, Beschluss vom 22.05.2014 - IX ZB 72/12 - WM 2014, 1141

¹⁹ BGH, Urteil vom 01.10.2009 - III ZR 18/09 - BGHZ 182, 301; vgl. zu Geldentschädigung wegen unwürdiger Haftbedingungen ergänzend: BGH, Urteil vom 01.10.2009 - III ZR 18/09 - BGHZ 182, 301

Abs. 5 EMRK nicht. Diese Norm gewährt dem von einer konventionswidrigen Freiheitsentziehung Betroffenen einen unmittelbaren und vor den innerstaatlichen Gerichten geltend zu machenden Rechtsanspruch. Er ist daher wie jede andere auf den Ausgleich eines immateriellen Schadens gerichtete Forderung grundsätzlich übertragbar.²⁰

3. Begriff der Freiheitsentziehung:

Der Begriff der Freiheitsentziehung ist in Art. 5 Abs. 5 EMRK nicht näher definiert und daher von den Gerichten auszulegen. Wie bereits ausgeführt, ist dafür aber stets das konventionsrechtliche Verständnis maßgebend.

a) Verhältnis zur Freiheitsbegrenzung:

Nach diesem wird bereits auf tatbestandlicher Ebene, also nicht erst bei der Güter- und Rechtsfolgenabwägung, zwischen der Freiheitsentziehung und der Freiheitsbeschränkung differenziert.²¹ Insoweit wählt die deutsche Verfassung eine andere Systematik, so dass vom grundgesetzlichen Freiheitsbegriff sowohl Freiheitsentziehungen als auch Freiheitsbeschränkungen umfasst werden. Diese beiden Begriffe werden vom Bundesverfassungsgericht inhaltlich wie folgt abgegrenzt:²²

„...Der Schutzbereich des Grundrechts umfasst sowohl freiheitsbeschränkende als auch freiheitsentziehende Maßnahmen. Eine Freiheitsbeschränkung liegt vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist. Eine Freiheitsentziehung als schwerste Form der Freiheitsbeschränkung ist nur dann gegeben, wenn die tatsächlich und rechtlich an sich gegebene körperliche Bewegungsfreiheit durch staatliche Maßnahmen nach jeder Richtung hin aufgehoben wird (vgl. BVerfGE 94, 166).“

Ab welcher Intensität der freiheitsbeeinträchtigenden Wirkung der Schutzbereich von Art. 5 EMRK erreicht wird, mithin eine Freiheitsentziehung vorliegt, hängt letztlich von dem Umständen des Einzelfalles ab. Jedenfalls muss aber die Schwelle eher niedrig angesetzt werden, um Art. 5 EMRK seiner normativen Zielsetzung gemäß als wirkungsvolle Schutznorm auszugestalten. Auch kann es nicht entscheidend darauf ankommen, ob die Bewegungsfreiheit durch unmittelbaren körperlichen Zwang oder rein faktisch durch gleichwertige andere Maßnahmen ausgeschlossen ist²³. Nachfolgend soll an Hand von zwei Verfahren aufgezeigt werden, welche Eingriffsintensität in etwa bestehen muss.

Mit Urteil vom 21.11.2019²⁴ hat der Gerichtshof bei einer Unterbringung von Asylbewerbern in Transitzentren an der Grenze Ungarns zu Serbien eine Freiheitsentziehung verneint. Die Antragsteller hätten sich als Asylbewerber freiwillig in die Transitzonen begeben. Es sei ihnen jeder Zeit möglich gewesen, diese wieder in Richtung Serbien, von wo aus sie eingereist waren, zu verlassen. Dort habe ihnen auch keine Gefahr für Leib und Leben gedroht. Zu einer faktischen Freiheitsentziehung führe auch nicht, dass die Antragsteller die Sorge gehabt hätten, von Serbien aus weiter nach Griechenland abgeschoben zu werden. Anders hat der Gerichtshof dies hingegen beim Festhalten in Transitbereichen von internationalen Flughäfen gesehen, da die Antragsteller in diesen Verfahren die Transitbereiche aus eigenem Entschluss in keine Richtung verlassen konnten, ihnen also auch der Rückweg versperrt war.²⁵

Auf der Linie dieser ständigen Rechtsprechung liegt auch, dass der Gerichtshof Ausgangsbeschränkungen zur Verhinderung einer weiteren Ausbreitung der Covid-19-Pandemie nicht als Freiheitsentziehungen verstanden hat. Der Beschwerdeführer sei keiner individuellen Präventivmaßnahme oder individuellen Überwa-

²⁰ dazu: BGH, Urteil vom 12.11.2015 - III ZR 204/15 - BGHZ 207, 365

²¹ EGMR, Urteil vom 23.02.2017 in Sachen T. vs. Italy - application No. 43395/09, Rn. 80 mwN.

²² BVerfG, Beschluss vom 08.03.2011 - 1 BvR 47/05 - NVwZ 2011, 743

²³ dazu näher: Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 23.11.2020 - Vf. 59-VII-20 – juris

²⁴ EGMR, Urteil vom 21.11.2019 in Sachen I. u.a. vs. Hungary - application no. 47287/15

²⁵ vgl. Urteil des EGMR vom 21.11.2019 in Sachen Z.A. u.a. vs. Russia - application nos. 61411/15, 61420/15, 61427/15 und 3028/16, Rn. 133 ff.; Urteil des EGMR vom 25.06.1996 in Sachen A. vs. France - application no. 19776/92, Rn. 42 ff.

chung unterworfen worden. Zudem habe er seine Wohnung aus verschiedenen Gründen verlassen dürfen und soziale Kontakte pflegen können. Die Maßnahmen stünden daher keinem Hausarrest gleich.²⁶

Wegen der weiteren Einzelheiten zur Rechtsprechung des Gerichtshofs wird auf den Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights verwiesen, insbesondere auf die dort in Rn. 19 enthaltene Übersicht über Formen der Freiheitsentziehung außerhalb von Festnahme und Haft.

b) Allgemeines Verhältnis zu unangemessenen Bedingungen der Freiheitsentziehung:

Art. 5 Abs. 5 EMRK schützt nur die Freiheitsentziehung als solche. Ist diese dem Grunde nach gerechtfertigt, können deshalb unangemessene Umstände des Freiheitsentzugs nicht zu Schadenersatzansprüchen aus Art. 5 Abs. 5 EMRK führen. Insoweit ist konventionsrechtlich lediglich der Regelungsbereich von Art. 3 EMRK eröffnet²⁷ und damit für die zivilrechtliche Haftung nur das allgemeine innerstaatliche Recht der Amtshaftung maßgebend.²⁸

c) Einzelfragen zur Abgrenzung zwischen Art. 3 EMRK und Art 5 EMRK:

Allerdings wird zumindest nach der deutschen Rechtsprechung der Schutzbereich von Art. 5 EMRK betroffen, wenn eine freiheitsentziehende Maßnahme gegen eine Person verhängt wird, bei der aus gesundheitlichen Gründen eine Haft- oder Unterbringungsunfähigkeit vorliegt. Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus:²⁹

„...Nach der Senatsrechtsprechung betrifft Art. 5 Abs. 5 EMRK die Freiheitsentziehung als solche, nicht den Haftvollzug beziehungsweise die Modalitäten der Haft; daher ergeben sich aus Art. 5 Abs. 5 EMRK keine

Rechte von inhaftierten Personen in Bezug auf ihre Behandlung in der Haft (...). Die Behandlung in der Haft darf zwar nicht "unmenschlich" oder "erniedrigend" sein. Entsprechende Verstöße gegen Art. 3 EMRK fallen aber nicht unter Art. 5 EMRK, sondern können nur, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen, nicht anders als andere Verstöße gegen Regelungen zur Ausgestaltung der Haft einen Amtshaftungsanspruch begründen. Ausnahmsweise können die Umstände der Haft im Rahmen des Art. 5 EMRK dann von Bedeutung sein, wenn sie im Hinblick auf den gesundheitlichen Zustand des Betroffenen zu dessen Vollzugsuntauglichkeit führen (...) Reichen die im Vollzug - einschließlich der etwaigen Unterbringung in einem Anstalts- oder in einem externen Krankenhaus - zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nicht aus, um von der Haft ausgehende schwerwiegende Gesundheitsbeeinträchtigungen oder Lebensgefahren abzuwenden, kann die Vollzugstauglichkeit zur Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Haft werden und können insoweit die Umstände der Haft ausnahmsweise auf die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 5 Abs. 5 EMRK durchschlagen. Denn in einem solchen Fall ist die Haft generell nicht vollziehbar. Hiervon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen lediglich die konkreten Haftbedingungen unzulässig sind. So wird etwa der Anwendungsbereich des Art. 5 EMRK im Fall menschenunwürdiger Haftbedingungen nicht berührt, selbst wenn die Haft unzulässig und der Betroffene in letzter Konsequenz zu entlassen wäre, weil und solange die Vollzugsanstalt auch unter Berücksichtigung aller ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten menschenwürdige Haftbedingungen nicht schaffen kann (...).“

Wird eine der in Art. 5 Nr. 1 lit. d) und lit. e) EMRK³⁰ geregelten Freiheitsentziehungen in einer Einrichtung vollzogen, in welcher der mit der Unterbringung erstrebte Zweck überhaupt nicht erreicht werden kann, unterliegt dies nicht dem Regelungsbereich von Art. 3 EMRK, sondern führt zu einer insgesamt rechtswidrigen Freiheitsentziehung. Insoweit schlagen also deren Umstände tatbestandlich auf eine Verletzung von Art. 5

²⁶ EGMR, Urteil vom 13.04.2021 in Sachen T. vs. Romania - application no. 49933/20, Rn. 40 ff.

²⁷ vgl. EGMR, Urteil vom 30.01.2020 in Sachen J.M.B u.a. vs. France - application no. 9671/15; Rn. 161 ff.; EGMR, Urteil vom 21.01.2011 in Sachen M.S.S. vs. Belgium and Greece - application no. 30696/09, Rn. 338 ff.

²⁸ BGH, Urteil vom 04.07.2013 - III ZR 342/12 - BGHZ 198, 1; BGH, Urteil vom 18.04.2019 - III ZR 67/18 - NJW 2019, 2400

²⁹ BGH, Urteil vom 18.04.2019 - III ZR 67/18 - NJW 2019, 2400

³⁰ vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 25.01.2005 in Sachen E. vs. Sweden - application No. 56529/00, Rn. 34 ff. zur Unterbringung aus Gründen des Infektionsschutzes

EMRK durch.³¹ Dies erklärt sich damit, dass nach allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien eine zur Verwirklichung des Regelungszwecks ungeeignete Maßnahme von vornherein rechtswidrig ist.

Als eine rechtlich eigenständige Freiheitsentziehung wird in der deutschen Rechtsprechung auch verstanden, wenn ein zwangsweise untergebrachter Patient in einer psychiatrischen Klinik nicht nur kurzfristig³² mittels einer sog. 5-Punkt- oder 7-Punkt-Fixierung mit sämtlichen Gliedmaßen am Bett festgezurret wird. Hierbei handelt es sich nicht lediglich um eine spezifische Ausformung der richterlich angeordneten Unterbringung, sondern wegen des Ausschlusses jeder autonomen Bewegung um einen qualitativ anderen Eingriff in das Freiheitsrecht des Patienten. Dies hat u.a. zur praktischen Folge, dass die Fixierung nicht bereits durch die richterlich angeordnete Unterbringung gerechtfertigt ist, sondern wegen des verfassungsrechtlichen Richter vorbehalts³³ einer gesonderten gerichtlichen Entscheidung bedarf.³⁴

4. Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung:

Im Rahmen der Haftung aus Art. 5 Abs. 5 EMRK ist unmittelbarer Prüfungsgegenstand zwar allein die konkrete Rechtsanwendung, also die gerichtliche oder behördliche Entscheidung über die Freiheitsentziehung.³⁵ Dies ändert aber nichts daran, dass sich die gerichtliche Prüfungscompetenz aus den nachfolgend näher dargelegten Gründen mittelbar auf das gesamte innerstaatliche Recht, einschließlich des Verfassungsrechts, zu erstrecken hat.

³¹ vgl. EGMR, Entscheidung vom 06.09.2016 in Sachen W.D. vs. Belgium - application no. 73548/13, Rn. 125 ff.; EGMR, Urteil vom 04.12.2018 in Sachen I. vs. Germany - application no. 10211/12; Rn. 138 ff.

³² in der Regel länger als eine halbe Stunde

³³ vgl. Art. 13 Nr. 2 der Verfassung Georgiens; Art. 5 Abs. 3 und 4 EMRK

³⁴ BVerfG, Urteil vom 24.07.2018 - 2 BvR 309/15 - BVerfGE 149, 293

³⁵ vgl. EGMR, Urteil vom 25.03.1999 in Sachen N. vs. Bulgaria - application no. 31195/96, Rn. 60

a) Grundsätzliche Maßgeblichkeit des nationalen Rechts:

Grundsätzlich richtet sich die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung nach dem nationalen Recht;³⁶ und zwar einschließlich des internationalen Rechts.³⁷ Um eine Freiheitsentziehung legitimieren zu können, muss das innerstaatliche Recht aber der wertsetzenden Bedeutung des konventionsrechtlichen Freiheitsrechts gerecht werden.³⁸ Zudem verlangt Artikel 5 Abs. 1 EMRK, dass das nationale Recht frei von Willkür angewandt wird.³⁹

Die mit Verfahren nach Art. 5 Abs. 5 EMRK befassten Zivilgerichte haben daher auf der ersten Stufe stets zu prüfen, ob die verfahrensgegenständliche Freiheitsentziehung einem der nach Art. 5 Abs. 1 EMRK konventionsgemäßen Zwecke dient (dazu oben 1. c)) und dem nationalen, ggf. konventions- oder verfassungsgemäß auszulegenden Recht entspricht.⁴⁰ Wird dies bejaht, kommt es auf der zweiten Stufe darauf an, ob die konkrete Rechtsanwendung im innerstaatlichen Recht den inhaltlichen Anforderungen von Art. 5 EMRK sowohl hinsichtlich der materiell-rechtlichen Voraussetzungen als auch der verfahrensrechtlichen Standards genügt.

b) Vereinbarkeit der nationalen Rechtsanwendung mit der wertsetzenden Bedeutung des Freiheitsrechts:

Dies hat zur Folge, dass den Zivilgerichten im Rahmen der Verfahren nach Art. 5 Abs. 5 EMRK eine nach

³⁶ EGMR, Urteil vom 04.12.2018 in Sachen I. vs. Germany vom 04.12.2018 - application no. 10211/12, Rn. 135; EGMR, Urteil vom 17.12.2009 in Sachen M. vs. Germany - application no. 19359/04 - NJW 2010, 2495, Rn. 90; EGMR, Urteil vom 29.01.2008 in Sachen S. vs. United Kingdom - application no. 13229/03 Rn. 67; ständige Rechtsprechung

³⁷ EGMR, Urteil in Sachen M. vs. France vom 29.03.2010 - application no. 3394/03, Rn. 79

³⁸ vgl. EGMR, Urteil vom 17.12.2009 in Sachen M. vs. Germany - application no. 19359/04 - NJW 2010, 2495 Rn. 90 ff. zur nachträglichen Sicherungsverwahrung früheren Rechts; dazu auch EGMR, Urteil vom 04.12.2018 in Sachen I. vs. Germany - application no. 10211/12, Rn. 135 ff.

³⁹ vgl. auch EGMR, Urteil vom 20.03.2018 in Sachen S. A. vs. Turkey - application no. 16538/17, Rn. 116

⁴⁰ vgl. BGH, Urteil vom 18.04.2019 - III ZR 67/18 - NJW 2019, 2400; BGH, Urteil vom 29.04.1993 - III ZR 3/92 - BGHZ 122, 268

der Systematik des sonstigen Rechts sehr ungewöhnliche Aufgabe zukommt. Sie haben nicht nur die Rechtsanwendung durch andere Richter oder durch sonstige Amtsträger am Maßstab der Konvention zu messen. Vielmehr obliegt ihnen ggf. auch, mittelbar zu prüfen, ob die bei der Freiheitsentziehung erfolgte Anwendung des innerstaatlichen Gesetzesrechts mit der Konvention vereinbar ist. Die Zivilgerichte können sogar inzident über die Vereinbarkeit nationaler Gesetze mit der Verfassung entscheiden müssen. Dabei soll hier offen bleiben, ob sie bei einer von ihnen gesehenen Verfassungswidrigkeit vorab im Wege eines konkreten Normenkontrollverfahrens⁴¹ das Verfassungsgericht anzurufen hätten und ob dem nach dem georgischen Verfassungsverständnis entgegenstünde, dass es sich nicht um die unmittelbare Anwendung eines als verfassungswidrig bewerteten Gesetzes, sondern um eine reine Vorfrage handelt.

Besonderes Gewicht hat die wertsetzende Bedeutung des Freiheitsrechts unter den nachstehend genannten Gesichtspunkten.

aa) Bestimmtheitsgebot:

Zentrale Bedeutung hat die Wahrung des aus dem Freiheitsrecht folgenden Bestimmtheitsgebots.⁴²

Dessen Zweck und Inhalt werden in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts etwas umfangreicher dargestellt als in den naturgemäß meist etwas gedrängter formulierten Entscheidungen des Gerichtshofs. Deshalb soll an dieser Stelle zunächst die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts referiert werden. Stellvertretend für alle Entscheidungen mag folgendes Zitat aus einem Urteil vom 24.07.2018 stehen:⁴³

„a) Schon nach dem allgemeinen, im Rechtsstaatsprinzip (...) gründenden Gebot hinreichender Bestimmtheit der Gesetze ist der Gesetzgeber gehalten, Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rück-

sicht auf den Normzweck möglich ist (vgl. ... BVerfGE 134, 141...; BVerfGE 143, 38...). Die Betroffenen müssen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach ausrichten können (vgl. ... BVerfGE 113, 348...; BVerfGE 131, 88...). Die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Norm dienen ferner dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen sowie die Gerichte in die Lage zu versetzen, die Verwaltung anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren (BVerfGE 113, 348...). Dies setzt voraus, dass hinreichend klare Maßstäbe bereitgestellt werden. Die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit des Bürgers darf nicht einseitig in das Ermessen der Verwaltung oder gar Privater gestellt sein (vgl. BVerfGE 113, 348...). Dabei sind die Anforderungen an den Grad der Klarheit und Bestimmtheit umso strenger, je intensiver der Grundrechtseingriff ist, den eine Norm rechtfertigen soll (vgl. BVerfGE 128, 282...; BVerfGE 134, 33...). (...).

Grundsätzlich fehlt es an der notwendigen Bestimmtheit nicht schon deshalb, weil eine Norm auslegungsbedürftig ist (vgl. ... BVerfGE 117, 71...; BVerfGE 128, 282...). Das Bestimmtheitsgebot schließt die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe bis hin zu Generalklauseln nicht aus (vgl. ... BVerfGE 92, 1...; BVerfGE 126, 170...). Der Gesetzgeber muss in der Lage bleiben, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden (...). Dabei lässt sich der Grad der für eine Norm jeweils erforderlichen Bestimmtheit nicht abstrakt festlegen, sondern hängt von den Besonderheiten des jeweiligen Tatbestands einschließlich der Umstände ab, die zur gesetzlichen Regelung geführt haben (...). Gegen die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe bestehen keine Bedenken, wenn sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt (...). Die Rechtsprechung ist zudem gehalten, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (vgl. BVerfGE 126, 170...; BVerfGE 131, 268...; BVerfGE 134, 33...).

⁴¹ vgl. Art. 60 Nr. 4 lit. c) der Verfassung Georgiens

⁴² vgl. EGMR, Urteil vom 20.03.2018 in Sachen S. A. vs. Turkey - application no. 16538/17, Rn. 116

⁴³ aus BVerfG, Urteil vom 24.07.2018 - 2 BvR 309/15 - BVerfGE 149, 293

b) Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG (Hinweis: Hinsichtlich des dort geregelten Gesetzesvorbehalts mit Art. 13 Nr. 3 der Verfassung Georgiens vergleichbar) konkretisiert die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Bestimmtheitsanforderungen und verstärkt den bereits in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG (Hinweis: Hinsichtlich des dort geregelten Schutzes der persönlichen Freiheit mit Art. 13 Nrn. 1 und 2 der Verfassung Georgiens vergleichbar) enthaltenen Vorbehalt des Gesetzes (...). Die Vorschrift verpflichtet den Gesetzgeber, insbesondere die Fälle, in denen eine Freiheitsentziehung zulässig sein soll, hinreichend klar zu bestimmen. Freiheitsentziehungen sind in berechenbarer, messbarer und kontrollierbarer Weise zu regeln (vgl. ... BVerfGE 131, 268...; BVerfGE 134, 33...). Dabei ist zu berücksichtigen, dass präventive Freiheitsentziehungen ebenso stark in das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG eingreifen wie Freiheitsstrafen (vgl. BVerfGE 134, 33...)“.

Der Kerngehalt dieser Ausführungen findet sich in zahlreichen Entscheidungen des Gerichtshofs wieder.⁴⁴ Die oben wiedergegebenen Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts bilden deshalb jene Gründe ab, auf denen auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs beruht.

Abschließend sei zur Thematik des Bestimmtheitsgebots angemerkt, dass sich neben der Frage der Vorhersehbarkeit hoheitlichen Handelns noch folgende, eher etwas vernachlässigte Problematik stellt: Eher offen und weit gefasste Straftatbestände führen nicht nur zu Rechtsunsicherheit, sondern vergrößern auch den Kreis potentieller Straftäter erheblich. Dadurch verlagert sich die Entscheidung darüber, welches Verhalten nicht nur objektiv strafbar und im Einzelfall auch objektiv strafwürdig ist, stark auf die exekutive und judikative Ebene. Zugleich wird damit der Umfang des den Polizei- und Ermittlungsbehörden in den Ermittlungsverfahren eröffneten „Selektionsprozesses“⁴⁵ erweitert,

aber auch dem Richter ein eher breiter Entscheidungsspielraum eröffnet. In einem Rechtsstaat ist zwar davon auszugehen, dass ausschließlich nach zulässigen Kriterien darüber befunden wird, gegen welchen potentiellen Straftäter überhaupt ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird, gegen wen eine Verfahrenseinstellung erfolgt und wer letztlich angeklagt und verurteilt wird. Dies ändert jedoch nichts daran, dass weit gefasste Tatbestände bei abstrakter Betrachtung die Gefahr einer im Sinne von Art. 5 EMRK rechtswidrigen Willkür, vor allem auch einer sachwidrigen „Selektion“ oder einer willkürlichen Differenzierung bei der inhaltlichen Entscheidung, erhöhen können.

bb) Verhältnismäßigkeitsgebot, einschließlich Dauer von Untersuchungshaft:

In ständiger Rechtsprechung betont der Gerichtshof das besondere Gewicht des aus dem Freiheitsrecht folgenden Verhältnismäßigkeitsgebots.⁴⁶ Die damit generell verbundenen Abwägungsfragen treten bei jeder nach dem nationalen Verfassungs- und Verwaltungsrecht erforderlich werdenden Güterabwägung auf, so dass sie hier nicht weiter vertieft werden.

Allerdings soll die für die gerichtliche Praxis besonders relevante Dauer der Untersuchungshaft näher beleuchtet werden. Gleichermaßen wie beim Bestimmtheitsgebot werden auch hierbei die argumentativen Begründungen vom Bundesverfassungsgericht tendenziell breiter gefasst als vom Gerichtshof, so dass die juristische Herleitung am deutschen Verfassungsrecht aufgezeigt werden soll. Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu in ständiger Rechtsprechung aus:⁴⁷

„Im Hinblick auf die besondere Bedeutung des Rechts auf Freiheit der Person (...) ist der Grundrechtsschutz bereits durch die Verfahrensgestaltung zu bewirken (...). Unverzichtbare Voraussetzung eines rechtsstaatlichen Verfahrens ist, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen (...)

⁴⁴ siehe etwa: EGMR, Urteil vom 15.12.2016 in Sachen K. u.a. vs. Italy - application no. 16483/12, Rn. 92; EGMR, Urteil vom 21.10.2013 in Sachen K. u.a. vs. Spain - application no. 42750/09, Rn. 125; EGMR, Urteil vom 30.04.2013 in Sachen T. vs. Ukraine - application no. 49872/11, Rn. 262; EGMR, Urteil vom 23.02.2012 in Sachen C. vs. Romania - application no. 29226/03, Rn. 120

⁴⁵ Wer wird letztlich „herausgegriffen“ und wer nicht?

⁴⁶ zuletzt: EGMR, Urteil vom 28.10.2018 in Sachen S.u.a. vs. Denmark - application nos. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Rn. 82 mwN.

⁴⁷ Auszug aus BVerfG, Beschluss vom 01.04.2019 - 2 BvR 382/19 - NStZ-RR 2019, 289

und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht (...).

Die mit Haftsachen betrauten Gerichte haben sich bei der zu treffenden Entscheidung über die Fortdauer der Untersuchungshaft mit deren Voraussetzungen eingehend auseinanderzusetzen und diese entsprechend zu begründen (vgl. BVerfG, Beschluss ... vom 17. Januar 2013 - 2 BvR 2098/12...). In der Regel sind in jedem Beschluss über die Anordnung der Fortdauer der Untersuchungshaft aktuelle Ausführungen zu dem weiteren Vorliegen ihrer Voraussetzungen, zur Abwägung zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Beschuldigten und dem Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit geboten, weil sich die dafür maßgeblichen Umstände angesichts des Zeitablaufs in ihrer Gewichtigkeit verschieben können (...). Die zugehörigen Ausführungen müssen in Inhalt und Umfang eine Überprüfung des Abwägungsergebnisses am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur für den Betroffenen selbst, sondern auch für das die Anordnung treffende Fachgericht im Rahmen einer Eigenkontrolle gewährleisten und in sich schlüssig und nachvollziehbar sein (...). Die fachgerichtlichen Ausführungen müssen hierzu die maßgeblichen Umstände des jeweiligen Einzelfalls umfassend berücksichtigen und regelmäßig auch den gegen das Vorliegen eines Haftgrundes sprechenden Tatsachen Rechnung tragen, um die (Prognose-)Entscheidung des Gerichts auch intersubjektiv nachvollziehbar zu machen. Eine Überprüfung der fachgerichtlichen Entscheidung auf die zutreffende Anwendung einfachen Rechts nimmt das Bundesverfassungsgericht hingegen ausschließlich im Rahmen des Willkürverbots vor (ergänzender Hinweis: Gemeint sind hiermit die fachgerichtlichen Ausführungen zum Vorliegen einer Flucht- oder Verdunkelungsgefahr und zum dringenden Tatverdacht. Dies entspricht insoweit der ständigen Rechtsprechung zum verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab bei der fachgerichtlichen Anwendung des einfachen Rechts) (...).“

Zumindest bei den für die Wahrung der Verhältnismäßigkeit gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. c) EMRK erforderlichen inhaltlichen Voraussetzungen stimmen die Anforderungen des Gerichtshofs mit jenen des Bundesver-

fassungsgerichts im Ergebnis überein.⁴⁸ Auch der Gerichtshof betont, dass sich die (noch) angemessene Dauer der Untersuchungshaft nicht abstrakt beurteilen lasse. Entscheidend sei vielmehr, ob im konkreten Einzelfall das öffentliche Interesse an einer Fortdauer der Inhaftierung der Achtung der individuellen Freiheit vorgehe. Zu diesem Zweck seien unter gebührender Berücksichtigung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung alle Umstände zu prüfen, die für oder gegen das Überwiegen des öffentlichen Interesses sprechen.⁴⁹ Auch hinsichtlich des Vorliegens der Haftgründe, also des dringenden Tatverdachts sowie der Flucht- oder Verdunkelungsgefahr,⁵⁰ legt der Gerichtshof den Gerichten eine Begründungspflicht auf, die in etwa der vom Bundesverfassungsgericht geforderten entspricht.⁵¹

Bei der Verhältnismäßigkeit dürfte die vom Gerichtshof geforderte Intensität der Begründungspflicht allerdings etwas unter dem vom Bundesverfassungsgericht verlangten Niveau einer intersubjektiven Nachvollziehbarkeit liegen. Um Missverständnisse zu vermeiden, sei aber angemerkt, dass die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht dahin gehen, vordergründig viel zu schreiben; erst recht nicht floskelhafte oder abstrakte Formulierungen zu verwenden. Die Anforderungen zielen vielmehr auf eine umfassende Bewertung der konkreten Verfahrenssituation ab, um hierdurch einen möglichst hohen Grad an Transparenz und an nach außen vermittelbarer Verständlichkeit zu erreichen.

Unabhängig vom Ergebnis der konkreten Güterabwägung bildet in Georgien die durch Art. 13 Nr. 5 der Verfassung vorgegebene Höchstdauer von neun Monaten auch konventionsrechtlich für eine Untersuchungshaft die zeitliche Obergrenze.⁵² Hieran ändert

⁴⁸ zusammenfassend zur Rechtsprechung des EGMR: Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, Rn. 194 ff.

⁴⁹ umfassend: EGMR, Urteil vom 05.07.2016 in Sachen B. vs. Moldova - application no. 23755/07, Rn. 89 ff.; EGMR, Urteil vom 03.10.2006 in Sachen Mck. vs. United Kingdom - application no. 543/03, Rn. 41 ff.

⁵⁰ vgl. Art. 171 der Strafprozessordnung

⁵¹ EGMR, Urteil vom 28.11.2017 in Sachen M. vs. Georgia - application no. 72508/13, Rn. 222

⁵² vgl. zur Maßgeblichkeit des innerstaatlichen Rechts, zu dem auch die Verfassung zählt, oben 4. a)

auch nichts, dass die Verfassung Georgiens insoweit über die konventionsrechtlichen Mindeststandards hinausgeht.

cc) Wechselwirkungen mit anderen Grundrechten und Verfassungsgütern:

(1) Das Recht auf persönliche Freiheit steht wie jedes andere konventions- und verfassungsrechtliche Freiheitsrecht in Wechselwirkungen mit anderen Grundrechten und mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang. Sind kollidierende Rechtsgüter oder Rechtsgüter verschiedener Rechtsträger gegeneinander abzuwägen, wirkt sich dies auf das Freiheitsrecht beschränkend aus, um insgesamt betrachtet eine optimale Balance zwischen den unterschiedlichen Rechtsgütern herbeiführen zu können.⁵³ Haben diese hingegen dieselbe Zielrichtung und schützen sie denselben Rechtsträger, wie etwa beim Zusammenwirken von materiellem Freiheitsrecht, Richtervorbehalt und Grundrechtsschutz durch Verfahren⁵⁴ und bei Überlagerungen mit dem Recht auf Versammlungsfreiheit,⁵⁵ wirkt das Zusammentreffen mehrerer Schutzgüter rechtsbestärkend.

(2) Nicht abschließend ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs erörtert, ob die wertsetzende Bedeutung des Freiheitsrechts zu zusätzlichen Anforderungen führen kann, wenn sich die freiheitsentziehende Maßnahme gegen eine Personen richtet, die im öffentlichen Leben eine rechtlich besonders geschützte Funktion wahrnimmt. Dies gilt insbesondere, wenn es Repräsentanten einer der drei Staatsgewalten, Pressevertretern oder Angehörigen der rechtsberatenden Berufe durch freiheitsentziehende Maßnahmen faktisch erschwert oder vereitelt wird, weiterhin in einer dem Leitbild ihrer Funktion entsprechenden Weise am öffentlichen Leben teilzuhaben. Diese Thematik beschränkt sich auch nicht auf den eigentlichen Freiheitsentzug, sondern schließt gleichermaßen Auflagen ein, unter denen eine freiheitsentziehende Maßnahme außer Vollzug gesetzt wird.

Der Gerichtshof hat die hiermit verbundenen Fragen zwar in Bezug auf die Ausübung richterlicher Tätigkeit in einer Entscheidung angetippt⁵⁶ und bei einer vermehrt auftretenden Inhaftierung von Rechtsanwälten auch bereits vertieft behandelt.⁵⁷ Dennoch ist die juristische Meinungs- und Entscheidungsfindung hierzu bislang eher offen. Deshalb soll hier nur kurz angedeutet werden, dass ein möglicher Lösungsweg in einer gesteigerten inhaltlichen Begründungspflicht sowie in einem ausgeprägt rechtsstaatlichen Vorgehen bei der Ermittlung der Tatsachen und bei der Verfahrensgestaltung liegen könnte. Eine ähnliche Konzeption zeigt der Gerichtshof bei freiheitsentziehenden Maßnahmen gegen Angehörige von rechtsberatenden Berufen auf.⁵⁸ Der Gerichtshof führt hierzu aus, dass die Freiheit der Rechtsanwälte ein wesentlicher Bestandteil einer demokratischen Gesellschaft sei; die Verhaftung von Rechtsanwälten, vor allem großen Umfangs, müsse daher eine besonders strengen Prüfung unterzogen werden. Mit einem solchen Vorgehen ließe sich auch bei anderen Repräsentanten des öffentlichen Lebens zumindest erschweren, dass sie weder privilegiert werden noch wegen ihrer Funktion irgendwelche Nachteile erfahren. In diese Richtung gehen auch zwei neuere Entscheidungen des Gerichtshofs, die sich mit der Inhaftierung von Journalisten und Parlamentariern befassen.⁵⁹

Wird die freiheitsentziehende Maßnahme gegen Auflagen außer Vollzug gesetzt, kann sich die im öffentlichen Interesse liegende Funktion ausnahmsweise auch auf die Sachentscheidung selbst auswirken. So kann beispielsweise eine elektronische Überwachung nach Art. 199 Abs. 2 der Strafprozessordnung die Ausübung einer öffentlichen Funktion als Rechtsanwalt

⁵³ vgl. etwa: BVerfG, Urteil vom 30.07.2008 - 1 BvR 3262/07 - BVerfGE 121, 317 zum Rauchverbot in Gaststätten

⁵⁴ dazu auch: BVerfG, Urteil vom 24.07.2018 - 2 BvR 309/15 - BVerfGE 149, 293

⁵⁵ dazu näher unter 4.c)

⁵⁶ EGMR, Urteil vom 03.03.2020 in Sachen B. vs. Turkey - application no. 66448/17, Rn. 144

⁵⁷ EGMR, Urteil vom 13.11.2003 in Sachen E. u.a. vs. Turkey - application nos. 23145/93 und 25091/94, Rn. 669

⁵⁸ EGMR, Urteil vom 13.11.2003 in Sachen E. u.a. vs. Turkey - application nos. 23145/93 und 25091/94, Rn. 669

⁵⁹ zur Untersuchungshaft gegen einen Journalisten wegen regierungskritischer Berichterstattung: EGMR, Urteil vom 10.11.2020 in Sachen S. u.a. vs. Turkey - application no 23199/17, Rn. 142 ff., Rn. 193 ff.; zur Untersuchungshaft gegen ein Parlamentsmitglied: EGMR, Urteil vom 20.12.2020 in Sachen D. vs. Turkey - application no 14305/17. Rn. 283 ff.

oder Pressevertreter erheblich erschweren und damit verfassungsrechtlich geschützte Interessen beeinträchtigen. Bei der Auswahl der nach Art. 199 der Strafprozessordnung in Betracht kommenden Auflagen ist daher diese spezifische Belastung wegen des Verhältnismäßigkeitsgebots zu berücksichtigen und ggf. einer anderen Auflage der Vorrang zu gewähren.

(3) Selbstredend ist im Verfahren nach Art. 5 Abs. 5 EMRK inzident auch zu prüfen, ob eine Freiheitsentziehung dem angegebenen Zweck auch tatsächlich dienen sollte. Art. 18 EMRK⁶⁰ konkretisiert insoweit lediglich ein allgemeines rechtsstaatliches Prinzip. Allerdings versteht sich auch, dass die Wahrung dieses Prinzips in einem Rechtsstaat eine pure Selbstverständlichkeit ist und sich deshalb gesonderte Ausführungen hierzu in der gerichtlichen Entscheidung erübrigen; jedenfalls solange keinerlei Anzeichen für einen Rechtsmissbrauch erkennbar sind.

dd) Verfahrensrechtliche Anforderungen:

Unter dem Stichwort „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ sind im deutschen Verfassungsrecht in verschiedenen Bereichen aus dem materiellen Grundrechtsgehalt heraus qualifizierte verfahrensrechtliche Anforderungen entwickelt worden. Stark verkürzt dargestellt, gründet diese Notwendigkeit einer prozeduralen Absicherung der Grundrechte darauf, dass der innere Prozess der Meinungsfindung oder Überzeugungsbildung angesichts der den Hoheitsträgern bei ihren Entscheidungen oft zukommenden Ermessens- und Beurteilungsspielräumen einer unmittelbaren Kontrolle kaum zugänglich ist. Zur Verdeutlichung dieser Problematik soll das richterliche Vorgehen bei der tatsächlichen Überzeugungsbildung und bei der Strafzumessung dienen:⁶¹

- Ob sich ein Richter vom Vorliegen oder Nichtvorliegen bzw. vom mangelnden Nachweis einer Tatsache überzeugt, beruht auf einem höchstpersönlichen inneren Vorgang, der unmittelbar nur sehr begrenzt überprüfbar ist. Um sicherzustellen, dass dennoch die rechtlichen Vorgaben gewahrt werden, bedarf es daher verfahrensrechtlicher Schutzmechanismen. Zu diesen zählen zum einen die bei der Gewinnung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen zu beachtenden rechtsstaatlichen Verfahrensstandards, wie etwa die Gewährung rechtlichen Gehörs oder eine faire Verfahrensführung. Zum andern muss der eigentliche Akt der richterlichen Überzeugungsbildung in den Gründen der Entscheidung in nachvollziehbarer Weise niedergelegt sein. Nur so wird nämlich nach außen erkennbar, ob die richterliche Überzeugung auch tatsächlich verfahrensgemäß gewonnen wurde und ob der Richter die wertschöpfende Bedeutung des Freiheitsrechts sachgerecht in die Entscheidungsfindung eingebracht hat. Zudem bewirkt die Begründungspflicht eine gewisse Selbstkontrolle des Richters, hat mithin also auch präventive Effekte, indem sie kaum vertretbare oder gar willkürliche Entscheidungen erschwert.

- Bei Straftaten besteht für den Richter meist ein sehr weites Strafrahmen, innerhalb dessen er die Freiheitsstrafe ansiedeln kann. Aus dem bloßen Ergebnis der Entscheidungsfindung heraus, lässt sich deshalb so gut wie nicht ersehen, ob ein Richter alle Kriterien berücksichtigt hat, die im konkreten Einzelfall für die Strafzumessung relevant sind. Erst recht besagt das Ergebnis der Strafzumessung etwas darüber, ob in diese auch Gesichtspunkte eingeflossen sind, die nach der Konvention und der Verfassung nicht berücksichtigt werden dürfen. Um die freiheitsentziehende Maßnahme einer effektiven Überprüfung am Maßstab der Konvention und der Verfassung zuführen zu können und um einer potenziellen Willkür entgegenzuwirken, bedarf es daher einer aus dem materiellen Gehalt des Freiheitsrechts abgeleiteten Begründungspflicht. Diese vertieft jene Begründungserfordernisse, die sich bereits aus den in der Konvention und in der Verfassung gewährleisteten originären Verfahrensrechten und aus den einfach-rechtlichen Regelungen der jeweiligen Ver-

⁶⁰ dazu: EGMR, Urteil vom 30.04.2013 in Sachen T. vs. Ukraine - application no. 49872/11, Rn. 294 ff.; EGMR, Urteil vom 03.07.2012 in Sachen L. vs. Ukraine - application no. 6492/11, Rn. 105 ff.

⁶¹ vgl. zum Grundrechtsschutz durch die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens zuletzt: BVerfG, Beschluss vom 20.08.2020 - 1 BvR 886/20 - FamRZ 2020, 1725; BVerfG, Beschluss vom 23. 01.2019 - 2 BvR 2429/18 - NJW 2019, 915; BVerfG, Beschluss vom 11.06.2018 - 2 BvR 819/18 - NJW 2018, 2948; dazu umfassender: BVerfG, Beschluss vom 20.12.1979 - 1

BvR 385/77 - BVerfGE 53, 30; Heidebach, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, 2014

fahrensordnungen ergeben.⁶²

Welchen Umfang diese verfahrensrechtlichen Pflichten im Detail haben, lässt sich nicht allgemeingültig beantworten. Auch mag sein, dass der Gerichtshof in diesem Zusammenhang in der Vergangenheit etwas geringere Anforderungen an die Begründungspflicht gestellt hat als das Bundesverfassungsgericht.⁶³ Tendenziell wird aber die notwendige Intensität der Begründung auch konventionsrechtlich umso höher, je intensiver der Eingriff in das Freiheitsrecht, je sensibler die Wechselwirkungen mit anderen Rechten und je schwieriger und komplexer die rechtlichen und tatsächlichen Problemstellungen sind. Jedoch geht es auch hier nicht um den äußeren Umfang der Begründung, sondern darum, dass auf die spezifischen Gegebenheiten des jeweiligen Verfahrens eingegangen und dadurch, wie das Bundesverfassungsgericht formuliert, eine intersubjektive Nachvollziehbarkeit erreicht wird. Zudem scheint der Gerichtshof in neuerer Zeit die Anforderungen an die Begründungsintensität erhöht zu haben. So hat er etwa ausgeführt, dass sich eine gerichtliche Entscheidung über die Anordnung und Fortdauer der Untersuchungshaft nicht auf stereotyp-formalistische Formulierungen beschränken dürfe oder auf einer abstrakten Ebene erfolgen könne. Sie müsse vielmehr die Gründe für die Freiheitsentziehung in überzeugungskräftiger Weise und unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalls enthalten sowie auf die Argumente der Verteidigung eingehen.⁶⁴ Gemessen an diesen Vorgaben dürften zwischen den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts und jenes des Gerichtshofs keine Unterschiede mehr bestehen.

Auf diesen verfahrensrechtlichen Ausstrahlungen des Freiheitsrechts beruht zudem, dass der Gerichtshof

⁶² siehe zum verfassungsrechtlichen Gewicht des Richtervorbehalts (vgl. Art. 13 Nr. 2 der Verfassung Georgiens) aus Sicht des deutschen Rechts ergänzend: BVerfG, Urteil vom 24.07.2018 - 2 BvR 309/15 - BVerfGE 149, 293

⁶³ vgl. zu dessen Maßstäben: EGMR, Urteil vom 28.10.2018 in Sachen S.u.a. vs. Denmark - application nos. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Rn. 92; EGMR, Urteil vom 28.10.2014 in Sachen U. vs. Latvia - application no. 16858/11, Rn. 28; EGMR, Urteil vom 17.12.2009 in Sachen M. vs. Germany - application no. 19359/04 - NJW 2010, 2495, Rn. 79

⁶⁴ EGMR, Urteil vom 09.02.2021 in Sachen H. vs. The Netherlands - application no. 73329/16, Rn. 68 ff.

bei freiheitsentziehenden Maßnahmen bestimmte Anforderungen an das bei der Tatsachenermittlung zu beachtende Verfahren stellt. Insoweit überlagert sich das Freiheitsrecht mit den originär verfahrensrechtlichen Schutzgütern, vor allem mit dem Gebot eines fairen Verfahrens (Art. 6 EMRK). So führt der Gerichtshof beispielsweise aus, Art. 5 Abs. 1 lit. e) EMRK erfordere, dass eine psychische Erkrankung durch das Gutachten einer zuständigen Behörde zuverlässig nachgewiesen werde.⁶⁵ Ebenso kann der materielle Freiheitsgehalt von Art. 5 EMRK gebieten, dass der Betroffene im gerichtlichen Verfahren persönlich angehört wird.⁶⁶ Notwendig ist des Weiteren, dass anstehende Verhandlungstermine rechtzeitig mitgeteilt werden⁶⁷ und dass dem Gebot der Waffengleichheit Rechnung getragen ist.⁶⁸

c) Auswirkungen dieser Grundsätze auf freiheitsentziehende Maßnahmen im Zusammenhang mit Versammlungen:

Im Folgenden sollen einige Fragen behandelt werden, die sich den Zivilgerichten bei freiheitsentziehenden Maßnahmen im Zusammenhang mit Versammlungen stellen. Eine besondere Problematik dieser Verfahren liegt darin, dass die maßgeblichen gesetzlichen Regelungen gehäuft unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden, was sich wegen des Bestimmtheitsgebots als problematisch erweisen kann. Zudem können freiheitsentziehende Maßnahmen sowohl die von ihnen konkret Betroffenen in der Wahrnehmung ihres Rechts auf Versammlungsfreiheit hindern, als auch auf potenzielle künftige Versammlungsteilnehmer abschreckend wirken.

⁶⁵ EGMR, Urteil vom 04.12.2018 in Sachen I. vs. Germany - application no. 10211/12, Rn. 146; siehe auch EGMR, Urteil vom 09.07.2019 in Sachen B. vs. Denmark - application no. 51072/15, Rn. 78

⁶⁶ EGMR, Urteil vom 10.05.2016 in Sachen D. vs. Switzerland - application no. 52089/09, Rn. 72; EGMR, Urteil vom 13.07.1995 in Sachen K. vs. Greece - application no. 17977/91, Rn. 47

⁶⁷ EGMR, Entscheidung vom 22.10.2019 in Sachen V. vs. Belgium - application no. 27703/16, Rn. 45

⁶⁸ EGMR, Urteil vom 10.05.2016 in Sachen D. vs. Switzerland - application no. 52089/09, Rn. 72; EGMR, Urteil vom 15.11.2005 in Sachen R vs. Austria - application no. 67175/01, Rn. 32; EGMR, Urteil vom 19.02.2009 in Sachen A. u.a. vs. United Kingdom - application no. 3455/05, Rn. 204

aa) Die Wechselwirkungen zwischen der Versammlungsfreiheit und dem Recht der persönlichen Freiheit werden in Folgenden an Hand der deutschen Verfassungslage aufgezeigt, ohne damit eine auch nur mittelbare Aussage zum georgischen Rechtsverständnis verbinden zu wollen.

(1) Zentraler Ansatz im deutschen Recht ist, dass durch die Versammlungsfreiheit das Recht gesichert wird, mit anderen Personen zum Zwecke einer gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung örtlich zusammen zu kommen. In ihrer idealtypischen Ausformung dienen daher Demonstrationen der gemeinsamen körperlichen Sichtbarmachung von Überzeugungen, bei der die Teilnehmer einerseits in der Gemeinschaft mit anderen eine Vergewisserung dieser Überzeugungen erfahren und andererseits nach außen Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen.⁶⁹ Eingriffe in die Versammlungsfreiheit sind deshalb nur zum Schutz gleichgewichtiger anderer Rechtsgüter und unter strikter Wahrung der Verhältnismäßigkeit zulässig.⁷⁰

Des Weiteren folgt aus dem Selbstbestimmungsrecht des Veranstalters, dass dieser grundsätzlich autonom über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Versammlung befinden kann.⁷¹ Hierbei kann der Veranstalter grundsätzlich alle Orte wählen, die dem allgemeinen öffentlichen Verkehr eröffnet sind. Zu diesen zählt zunächst der öffentliche Straßenraum, da dieser das natürliche und geschichtlich leitbildprägende Forum ist, auf dem Bürger ihre Anliegen besonders wirksam in die Öffentlichkeit tragen und hierüber die Kommunikation anstoßen können. Insbesondere innerörtliche Straßen und Plätze dienen nicht nur dem Verkehr, sondern werden heute auch als Stätten des Informations- und Meinungsaustausches angesehen sowie zur Pflege menschlicher Kontakte und Begegnungen genutzt. Öffentliche Versammlungen finden daher besonders auf innerörtli-

chen Straßen und Plätzen günstige Bedingungen, um die von den Sammlungsteilnehmern erhobenen Forderungen einem allgemeinen Publikum zu Gehör zu bringen und um Protest oder Unmut sinnbildlich "auf die Straße zu tragen".⁷²

Entsprechendes gilt aber auch für Stätten außerhalb des öffentlichen Straßenraums, an denen in ähnlicher Weise ein öffentlicher Verkehr eröffnet ist und an denen hierdurch auch Orte der allgemeinen Kommunikation entstehen. Ob ein solcher außerhalb öffentlicher Straßen, Wege und Plätze liegender Ort als ein öffentlicher Kommunikationsraum zu beurteilen ist, muss an Hand des Leitbilds des öffentlichen Forums beantwortet werden.⁷³

(2) Freiheitsentziehende Maßnahmen im Zusammenhang mit Demonstrationen zielen häufig darauf ab, Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu beseitigen oder zu vermeiden. Sie sind deshalb sowohl unter dem Blickwinkel des Bestimmtheitsgebots und der Verhältnismäßigkeit als auch der wertsetzenden Bedeutung des Freiheitsrechts sensibel.

(2.1) Wie bereits unter 4. b) aa) näher ausgeführt, bestehen gegen die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe keine Bedenken, solange sich der Regelungsgehalt mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden oder auf Grund einer gefestigten Rechtsprechung zuverlässig ermitteln lässt. Allerdings lassen sich die hierzu im allgemeinen Verwaltungsrecht entwickelten Grundsätze nicht uneingeschränkt auf freiheitsentziehende Maßnahmen übertragen, da bei diesen das Bestimmtheitsgebot besonderes Gewicht erlangt.⁷⁴ Deshalb kann die Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, wie etwa der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, zwar hinreichend bestimmt sein, um eine verwaltungsrechtliche Maßnahme zu rechtfertigen. Dies besagt aber noch nicht, dass deshalb auch den an einen freiheitsentziehenden Eingriff zu stellenden Bestimmtheitsanforderungen genügt wird. Umso mehr gilt dies, wenn

⁶⁹ ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; statt aller: BVerfG, Urteil vom 22.02.2011 - 1 BvR 699/06 - BVerfGE 128, 226

⁷⁰ zuletzt: BVerfG, Beschluss vom 17.04.2020 - 1 BvQ 37/20 - NVwZ 2020, 711, mwN.

⁷¹ ständige Rechtsprechung; zuletzt: BVerfG, Beschluss vom 21.09.2020 - 1 BvR 2152/20, mwN.

⁷² vgl. auch BVerfG, Urteil vom 22.02.2011 - 1 BvR 699/06 - BVerfGE 128, 226

⁷³ zum Ganzen umfassend: BVerfG, Urteil vom 22.02.2011 - 1 BvR 699/06 - BVerfGE 128, 226

⁷⁴ BVerfG, Urteil vom 24.07.2018 - 2 BvR 309/15 - BVerfGE 149, 293

die Freiheitsentziehung unmittelbar an eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung anknüpft, also nicht durch einen zusätzlichen hoheitlichen Akt, wie etwa durch eine vorhergehende polizeiliche Anordnung oder durch eine Auflösung der Versammlung, deren Teilnehmern verdeutlicht wird, dass es aus Sicht der zuständigen Verwaltungsbehörden ab jetzt „ernst werde“.

(2.2) Wie bereits angesprochen, sind Eingriffe in die Versammlungsfreiheit nach dem deutschen Verfassungsverständnis nur zum Schutz gleichgewichtiger anderer Rechtsgüter und unter strikter Wahrung der Verhältnismäßigkeit zulässig.⁷⁵ An einem strengen Maßstab sind erst recht Maßnahmen zu messen, die nicht nur die Ausübung des Versammlungsrechts beeinträchtigen, sondern auch mit einer Freiheitsentziehung verbunden sind, also zu einem der stärksten Eingriffe in die in der Konvention und in der Verfassung verbürgten Freiheitsrechte führen. Elementare Voraussetzung jedweder an die Teilnahme an einer Demonstration anknüpfenden Maßnahme freiheitsentziehender Art ist deshalb, dass sie sowohl der wertsetzenden Bedeutung des Freiheitsrechts gerecht wird als auch der strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Eingriffen in die Versammlungsfreiheit Stand hält. Diese beiden verfassungs- und konventionsrechtlichen Schutzgüter überlagern und verstärken sich hierbei.

(2.3) Erfolgt eine Freiheitsentziehung, hängt deren rechtliche Bewertung zum einen davon ab, ob der Betroffene bereits eine straf- oder ordnungswidrigkeitsrechtlich relevante Pflichtverletzung begangen hat und zum andern davon, ob die freiheitsentziehende Maßnahme aus sanktionierenden oder aus präventiven Gründen erfolgte.

Wird eine Freiheitsentziehung ohne eine bereits begangene Pflichtverletzung angeordnet, hat sie als rein präventive Maßnahme besonders strengen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu genügen. In seinem grundlegenden und intensiv begründeten Urteil vom 09.07.2019⁷⁶ hebt der Gerichtshof u.a. hervor, dass sich eine Präventivhaft nicht auf Art. 5 Abs. 1 lit. b)

EMRK stützen lasse, sondern dass Art. 5 Abs. 1 lit. c) EMRK hierzu eine abschließende Regelung enthalte. Aber auch Art. 5 Abs. 1 lit. c) EMRK erlaube nicht allgemein generalpräventive Maßnahmen gegen eine Person oder eine Personengruppe, die von den Behörden - zu Recht oder zu Unrecht - als gefährlich angesehen werde oder bei der eine Neigung zur Begehung rechtswidriger Handlungen bestehen möge. Vielmehr könne eine präventive Freiheitsentziehung nur erfolgen, wenn sie erforderlich sei, um eine konkret drohende und gegenständlich konkretisierbare Straftat zu verhindern.

Für freiheitsentziehende Maßnahmen im Zusammenhang mit Demonstrationen ist des Weiteren von Belang, dass der in Art. 5 Nr. 1 lit. c) EMRK der englischen Textfassung verwandte Begriff einer „offence“ mit dem in Art. 6 EMRK der englischen Textfassung enthaltenen Begriff „criminal offence“ inhaltsgleich ist.⁷⁷ Ebenso wie bei dem in Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK enthaltenen Begriff der Verurteilung⁷⁸ besagt dies aber nicht, dass es sich nach dem innerstaatlichen Recht zwingend um kriminelles Unrecht handeln muss.⁷⁹ Deshalb werden etwa Regelungen des nationalen Rechts, die im Zuge einer Entkriminalisierung des Strafrechts in das Recht der Ordnungswidrigkeiten verlagert wurden, konventionsrechtlich als strafrechtliche Bestimmungen („criminal offence“) verstanden. Dies hat der Gerichtshof für das deutsche Recht der Ordnungswidrigkeiten ausdrücklich entschieden,⁸⁰ müsste aber wegen der ähnlichen normativen Konzeption auch für das georgische Gesetz über Verwaltungsordnungswidrigkeiten gelten. Zwar mag die dort in Art. 24, 32 vorgesehene Verwaltungshaft zusätzliche Fragestellungen aufwerfen. Diese betreffen aber vor allem die Verhältnismäßigkeit bei der Rechtsanwendung⁸¹ und ändern daher nichts am sanktionierenden Normzweck als solchem.

⁷⁵ zuletzt: BVerfG, Beschluss vom 17.04.2020 - 1 BvQ 37/20 - NVwZ 2020, 711

⁷⁶ EGMR, Urteil vom 09.07.2019 in Sachen B. vs. Denmark - application no. 51072/15, Rn. 78 ff.

⁷⁷ vgl. Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, Rn. 59 mwN.

⁷⁸ in der englischen Textfassung „conviction“

⁷⁹ Weitere Einzelheiten und Nachweise hierzu im Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Rn. 17 ff.; https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_en_g.pdf

⁸⁰ EGMR, Urteil vom 21.02.1984 in Sachen Ö. vs. Germany - application no. 8544/79, Rn. 50 ff.

⁸¹ dazu sogleich unter bb) (2)

Ist es im Rahmen einer Versammlung zu einer Straftat im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c) EMRK gekommen, ist entscheidend, ob die Freiheitsentziehung der Sicherung eines Verfahrens nach der Strafprozessordnung bzw. nach dem Gesetz über Verwaltungsordnungswidrigkeiten diene oder ob sie als präventive Maßnahmen die Begehung weiterer Straftaten verhindern sollte. Allerdings können auch beide Zielrichtungen zugleich vorliegen. So kann etwa eine Festnahme zum Zweck der Identitätsfeststellung sowohl verfahrenssichernd einer Ermittlung der persönlichen Daten dienen, als auch präventiv die Begehung weiterer strafbarer Handlungen oder Ordnungswidrigkeiten verhindern. Die generelle Eignung hierfür folgt daraus, dass sich ein identifizierter Teilnehmer bei einer aus der Demonstration heraus begangenen Straftat kaum noch in einer vermeintlich anonymen Masse oder hinter einer äußeren Verhüllung „verstecken“ kann, sondern durch die Identitätsfeststellung zwischenzeitlich „enttarnt“ ist und bei einer Begehung weiteren Straftaten mit einer persönlichen Zuordnung rechnen muss.

(2.4) Von erheblicher Bedeutung für die Abwägungsentscheidung ist zudem, dass rechtswidrige Freiheitsentziehungen nicht nur den unmittelbar Betroffenen in seinem Freiheitsrecht verletzen, sondern auch die Ausübung des Rechts auf Versammlungsfreiheit als generell risikobehaftet erscheinen lassen. Das Bundesverfassungsgericht führt zur abschreckenden Wirkung einer rechtswidrigen polizeilichen Einkesselung nach einer Sitzblockade deshalb u.a. aus:⁸²

„ ...Zu beanstanden ist weiter, dass weder das Landgericht noch das Oberlandesgericht in der etwa zehnstündigen Festsetzung der Beschwerdeführerin die hiermit verbundene abschreckende Wirkung für zukünftige potentielle Demonstrationsteilnehmer berücksichtigt haben. (...). Die Entscheidungen lassen insoweit die Wirkung des staatlichen Zwangs unbeachtet, der mit der Einkesselung der Versammlungsteilnehmer einhergeht und der darauf gerichtet ist, deren freie Willensbetätigung ganz wesentlich einzuschränken. Gerade dieser Willensbeugung und dem Ausgeliefertsein der staatlichen Hoheitsgewalt kann eine abschreckende Wirkung

für den künftigen Gebrauch grundrechtlich garantierter Freiheiten - namentlich der durch Art. 8 Abs. 1 GG geschützten Teilnahme an Demonstrationen - zukommen. In der Folge sind die Fachgerichte gehalten, entsprechende Erwägungen bei der Frage nach der Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen (...).“

bb) Von diesen allgemeinen Rahmenbedingungen ausgehend werden noch einige Ausführungen zu einzelnen im Zusammenhang mit Versammlungen relevanten Regelungen des georgischen Rechts unterbreitet. Diese sollen aber nur Denkanstöße für eine vertiefere innergeorgische Diskussion geben; sie sind daher nur stichwortartig und ergebnisoffen gefasst.

(1) § 226 des Strafgesetzbuches wirft sowohl Fragen in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot als auch in Bezug auf die wertsetzende Bedeutung der Versammlungsfreiheit auf.

Einer vertieften Betrachtung könnte insoweit vor allem zuzuführen sein, ob das tatbestandliche Erfordernis einer groben Störung der öffentlichen Ordnung das Bestimmtheitsgebot wahrt. In diesem Zusammenhang kommt es zunächst darauf an, ob die georgische Rechtsprechung diesem Tatbestandsmerkmal bereits hinreichend klare Konturen verliehen hat, also eine Freiheitsstrafe nur an Handlungen anknüpfen kann, die diesen durch die Rechtsprechung näher definierten tatbestandlichen Erfordernissen entsprechen. Diese müssten zudem derart restriktiv gefasst sein, dass sie den verfassungs- und konventionsrechtlichen Stellenwert der Versammlungsfreiheit berücksichtigen und erst eingreifen, wenn deren Schutz hinter dem Schutz anderer Rechtsgüter zurücktreten kann.

Bei den in der letzten Alternative näher genannten Störungshandlungen, insbesondere bei der Störung des Verkehrs, verschärft sich dieses Spannungsverhältnis zum materiellen Gehalt des Versammlungsrechts. Ein bestimmtes Störungsniveau ist zumindest im öffentlichen Raum fast jeder Versammlung immanent. Eine irgendwie geartete Sanktion, erst recht freiheitsentziehender Art, setzt daher voraus, dass dem durch die Sanktion erstrebten Schutz vor Störungen des Verkehrs sowie von Unternehmen und anderen Einrichtungen

⁸² BVerfG, Beschluss vom 14.02.2017 - 1 BvR 2639/15 - NVwZ 2017, 1198

bei einer Abwägung mit der Versammlungsfreiheit Vorrang gebührt. Wo diese Schwelle verläuft, wird letztlich durch das nationale Verfassungsrecht, in einem nicht entziehbaren Kerngehalt auch durch Art. 11 EMRK,⁸³ vorgegeben. Die bereits dargelegten Grundsätze des deutschen Rechts, die den öffentlichen Raum zunehmend auch als ein verfassungsrechtlich geschütztes Forum für Kommunikationen verschiedenster Art verstehen, leiten sich aus dem Verfassungsverständnis des Grundgesetzes ab und sind daher auf andere Staaten nicht unmittelbar übertragbar. Außer Zweifel steht allerdings, dass auch die Verfassung Georgiens der Versammlungsfreiheit einen hohen Stellenwert beimisst und damit zumindest dem Grunde nach vergleichbare Abwägungsentscheidungen zu treffen sind. Verschieben kann sich mithin allenfalls die konkrete Grenzziehung, nicht aber die verfassungsrechtliche Thematik als solche.

Rechtsdogmatisch könnte sich eine solche restriktive Interpretation von Art. 226 des Strafgesetzbuches dadurch herbeiführen lassen, dass das Recht auf Versammlungsfreiheit als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund verstanden wird. Vorstellbar ist aber auch, aus der Verfassung ein Art. 226 des Strafgesetzbuches immanentes, die Strafbarkeit beschränkendes Tatbestandsmerkmal abzuleiten.

(2) Art. 166 des Gesetzes über Verwaltungsordnungswidrigkeiten wirft hinsichtlich des Bestimmtheitsgebots ähnliche Fragen wie Art. 226 des Strafgesetzbuches auf. Besonders weit und eher ohne klare Kontur erscheint insbesondere das Tatbestandsmerkmal der Bürgerruhe. Ob dieser unbestimmte Rechtsbegriff überhaupt hinreichend konkretisiert werden kann, vermag letztlich nur beurteilen, wer der georgischen Sprache mächtig ist und das georgische Rechtsverständnis von Bürgerruhe im Detail kennt. Daher soll an dieser Stelle nur ein etwas dickeres Fragezeichen in den Raum gestellt werden.

(3) Schließlich verdienen noch die im Gesetz über die Verwaltungsordnungswidrigkeiten geregelten frei-

heitsentziehenden Maßnahmen ein Augenmerk. Soweit die in Art. 244 ff. des Gesetzes geregelten Freiheitsentziehungen präventiven Charakter tragen, dürfte den Anforderungen der Konvention grundsätzlich zu genügen sein; und zwar sowohl hinsichtlich einer präventiven Identitätsfeststellung als auch hinsichtlich einer Aufnahme in einen polizeilichen Gewahrsam. Selbstredend wäre dabei aber stets den aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot folgenden strengen Vorgaben zu genügen.

Eine verfahrenssichernde Freiheitsentziehung erscheint hingegen generell problembehaftet. Dies gilt insbesondere, wenn die Ordnungswidrigkeit selbst nicht mit einer Verwaltungshaft belegt ist. Ließe man auch in diesen Fällen eine Festnahme zu, wären zur Verfahrenssicherung Eingriffe eröffnet, welche für die verfahrensabschließende Sachentscheidung von vornherein ausgeschlossen sind. Eine derart überschießende Eingriffsintensität dürfte wohl generell als unverhältnismäßig einzustufen sein. Aber auch soweit als Sanktion für die begangene Ordnungswidrigkeit eine Verwaltungshaft im Sinne von Art. 24, 32 des Gesetzes vorgesehen ist, wird man sich fragen müssen, ob der Haftgrund der Fluchtgefahr angesichts einer Haftdauer von maximal 14 Tagen überhaupt vorstellbar ist und ob eine auf eine Verdunkelungsgefahr gestützte Festnahme über einen kurzen Zeitraum hinaus noch verhältnismäßig sein kann.

5. Inhaltliche Prüfungsintensität der Zivilgerichte:

In den Verfahren nach Art. 5 Abs. 5 EMRK stellt sich die Frage, inwieweit die Zivilgerichte an die rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen der Ausgangsentscheidung gebunden sind; vor allem, ob die freiheitsentziehende Maßnahme auf ihre objektive Richtigkeit oder auf ihre Vertretbarkeit hin zu überprüfen ist oder ob sie erst bei einer willkürlichen Rechtsanwendung als im Sinne von Art. 5 EMRK rechtswidrig bewertet werden kann.

a) Zur Bindungswirkung anderer gerichtlicher Entscheidungen:

Ist die Rechtswidrigkeit der Maßnahme in einem ge-

⁸³ zur Rechtsprechung des EGMR zusammenfassend: Guide on Article 11 of the European Convention on Human Rights Rn. 1 ff., insb. Rn. 10 ff.; EMRK https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_11_ENG.pdf

richtlichen Verfahren festgestellt worden, sind die Zivilgerichte nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hieran im Verfahren nach Art. 5 Abs. 5 EMRK insoweit gebunden, als eine materielle Rechtskraftwirkung eintritt. Diese wird in Georgien allerdings etwas weitreichender verstanden als in Deutschland,⁸⁴ so dass hier nur jene Fallgestaltungen erörtert werden sollen, bei denen die zivilprozessuale Lage vergleichbar sein dürfte.

Eine Bindungswirkung tritt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor allem ein, wenn ein Verwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit der Maßnahme festgestellt hat.⁸⁵ Dies betrifft nicht nur allgemeine verwaltungsgerichtliche Feststellungsurteile,⁸⁶ sondern auch einen entsprechenden gerichtlichen Anspruch im Rahmen einer sog. Fortsetzungsfeststellungsklage.⁸⁷ Gleichermaßen bindet die Zivilgerichte, wenn in einem gerichtlichen Verfahren die Rechtswidrigkeit einer Abschiebehaft bei ausreisepflichtigen Ausländern festgestellt wurde⁸⁸ oder wenn ein Strafurteil in einem Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben und der Verurteilte freigesprochen wird.⁸⁹ Einzelheiten dieser Problemstellung sind allerdings in der deutschen Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt.⁹⁰

⁸⁴ hierzu:

<http://lawlibrary.info/ge/books/Civil-Procedure-Com.pdf>, Art. 10 Rn. 4 ff., Rn. 9 ff.

⁸⁵ BGH, Urteil vom 23.07.2020 - III ZR 66/19 - VersR 2020, 1315; BGH, Urteil vom 18.05.2006 - III ZR 183/05 - NVwZ 2006, 960

⁸⁶ korrespondierend Art. 25 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung Georgiens

⁸⁷ Hierbei handelt es sich um eine besondere Ausgestaltung der allgemeinen verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage, mit der bei einem fortbestehenden Rechtsschutzbedürfnis die Rechtswidrigkeit exekutiven Handelns auch noch im nachhinein festgestellt werden kann. Die verfahrensrechtliche Grundlage hierfür bildet in Deutschland § 113 Abs. 1 Satz 4 der Verwaltungsgerichtsordnung (dazu aus verwaltungsgerichtlicher Sicht zu einer der Vorbereitung eines Amtshaftungsverfahrens dienenden Fortsetzungsfeststellungsklage zuletzt: OVG Lüneburg, Urteil vom 25.06.2019 - 1 LB 160/17 - juris)

⁸⁸ BGH, Urteil vom 18.05.2006 - III ZR 183/05 - NVwZ 2006, 960; zusammenfassend: BGH, Urteil vom 18.04.2019 - III ZR 67/18 - NJW 2019, 2400

⁸⁹ vgl. auch zur Bindung an die gerichtliche Feststellung einer menschenunwürdigen Unterbringung: BGH, Urteil vom 04.11.2004 - III ZR 361/03 - BGHZ 161, 33

⁹⁰ zum Ganzen: Zimmerling in:

Um mögliche Missverständnisse zu vermeiden, sei aber ausdrücklich angemerkt, dass dem bereits erwähnten Umfang der materiellen Rechtskraftwirkung ein besonders Augenmerk gewidmet werden muss. Zumindest nach dem deutschen Verfahrensrecht erfordert dies eine Identität des Verfahrensgegenstandes und damit mittelbar verbunden auch eine Identität der maßgeblichen rechtlichen und tatsächlichen Parameter. Infolgedessen tritt eine Bindungswirkung nicht ein, wenn sich die Rechtslage geändert hat oder wenn unterschiedliche rechtliche Kriterien bestehen. Bei der beispielhaft bereits genannten Aufhebung einer rechtskräftigen Verurteilung im Wiederaufnahmeverfahren steht deshalb nur mit Bindungswirkung fest, dass die Verurteilung nicht den gesetzlichen Vorgaben gemäß erfolgte. Daraus ist aber nicht abzuleiten, dass auch eine zuvor angeordnet gewesene Untersuchungshaft im konventionsrechtlichen Sinne rechtswidrig war. Für diese ist nämlich nach dem innerstaatlichen Recht allein ausschlaggebend, ob ein dringender Tatverdacht und ein Haftgrund vorlagen. Demgemäß besagen auch ein in einem Strafverfahren erfolgter Freispruch oder die Einstellung eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens nicht, dass eine vorherige polizeiliche Festnahme oder eine angeordneten Untersuchungshaft rechtswidrig waren.⁹¹

Die aus den jeweiligen Verfahrensordnungen abgeleitete Bindungswirkung kann sich ihrer Art gemäß nur auf den objektiven Verstoß gegen das innerstaatliche Recht beziehen. Dies mag zwar häufig dazu führen, dass auch im Sinne von Art. 5 EMRK eine Rechtswidrigkeit eintritt. Zwingend ist das aber nicht, da es insoweit aus den sogleich dargelegten Gründen zu unterschiedlichen Bewertungsmaßstäben kommen kann.

b) Prüfungsmaßstab bei Freiheitsentziehungen auf Grund gerichtlicher Entscheidungen:

Die Anknüpfung an das nationale Recht bringt sowohl den Gerichtshof als auch die mit Schadenersatzansprüchen aus Art. 5 Abs. 5 EMRK befassten innerstaatlichen Gerichte in ein besonderes Dilemma, wenn

Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 839 BGB, Rn. 292 f.

⁹¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 06.04.2000 in Sachen L. vs. Italy - application Nr. 26772/956, Rn. 155

die Freiheitsentziehung auf einer gerichtlichen Entscheidung beruht. Einerseits versteht sich von selbst, dass es weder dem Gerichtshof noch den Zivilgerichten zukommen kann, die innerstaatliche Rechtslage im Rahmen von Art. 5 Abs. 5 EMRK wie eine Art Super-Revisionsinstanz zu prüfen oder gar die im Ausgangsverfahren erfolgte Beweiswürdigung durch eine eigene zu ersetzen. Ansonsten würde die rechtsgestaltend-konstitutive bzw. rechtsfeststellende Wirkung einer rechtskräftigen richterlichen Entscheidung⁹² faktisch beseitigt. Zum ändern kann es aber auch nicht sein, dass eine durch eine Verurteilung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK bewirkte Freiheitsentziehung konventionsrechtlich bereits durch den rechtsgestaltenden Charakter der strafrichterlichen Entscheidung⁹³ rechtmäßig wird. Dann liefe nämlich der Schutz der Konvention bei gerichtlichen Freiheitsentziehungen strafrechtlicher Art gänzlich leer.

So zweifelsfrei freilich ist, dass diese beiden denkmöglichen Extrempositionen auszuschneiden haben, so problematisch ist es, den durch die Konvention gebotenen Prüfungsumfang der mit Amtshaftungsansprüchen befassten Zivilgerichte zu ermitteln. Hinsichtlich der Rechtsprechung des Gerichtshofs wird insoweit vorab auf die Zusammenfassung und auf die weiteren Verweise unter Rn. 23 ff. des bereits erwähnten Guide on Art. 5 of the Convention Bezug genommen.

aa) Für die Bewertung verfahrensrechtlicher Fehler hat das Urteil des Gerichtshofs vom 04.08.1999⁹⁴ zentrale Bedeutung. In ihm legt er dar, dass nicht jeder Verstoß gegen das nationale Recht die Konvention verletze. Insbesondere sei eine Inhaftierung grundsätzlich rechtmäßig, wenn sie auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung durchgeführt werde. Demgemäß würden bloße Schreibfehler, auch bei der Angabe der maßgeblichen Rechtsnormen, im konventionsrechtlichen Sinn zu

keiner Rechtswidrigkeit führen.

Im Anschluss hieran verfolgt der Bundesgerichtshof im Urteil vom 18.05.2006 nachstehenden Ansatz:⁹⁵

„a) Die Begriffe "rechtmäßig" und "auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise" in Art. 5 Abs. 1 MRK verweisen auf das innerstaatliche Recht und begründen die Verpflichtung, dessen materielle und prozessuale Regeln einzuhalten (Zitat vom Autor erweitert: EMRK, Urteil in Sachen D. vs. The Netherlands vom 04.08.1999 - application no. 31464/96 - NJW 2000, 2888 Rn. 44). Allerdings ist in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anerkannt, dass eine Freiheitsentziehung grundsätzlich rechtmäßig ist, wenn sie aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung stattfindet. Die spätere Feststellung eines Irrtums des Richters bei seiner Entscheidung muss nicht im nachhinein zwangsläufig die Rechtmäßigkeit der inzwischen erlittenen Freiheitsentziehung berühren. Deshalb haben es die Konventionsorgane stets abgelehnt, Beschwerden von verurteilten Straftätern anzunehmen, die behaupten, der Schuldspruch oder die gegen sie verhängte Strafe beruhen auf einem Tatsachen- oder Rechtsirrtum (EMRK aaO Rn. 45). In ähnlichem Sinne hat auch der erkennende Senat bereits entschieden, dass dann, wenn ein deutsches Strafurteil vollstreckt wird, das nach deutschem Recht vollstreckbar ist, die Vollstreckung rechtmäßig ist, auch wenn das Urteil unrichtig ist, weil etwa der Sachverhalt nicht zutreffend ermittelt ist, die Rechtsanwendung Fehler aufweist oder Verfahrensverstöße unterlaufen sind, solange diese Fehler nach den innerstaatlichen Vorschriften nicht zur Beseitigung des Urteils führen können oder geführt haben (Zitat vom Autor erweitert: BGH, Urteil vom 14.07.1971 - III ZR 181/69 - BGHZ 57, 33, 42 f). Auch im Hinblick auf einzelne Verfahrensfehler wie etwa den Verstoß gegen bestimmte Zuständigkeits- oder Formvorschriften oder bei versehentlich unterlaufenen Schreibfehlern hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einen Konventionsverstoß verneint (Zitat vom Autor erweitert: vgl. etwa EMRK, Urteil in Sachen D. vs. The Netherlands vom 04.08.1999 - application no. 31464/96 - NJW 2000, 2888, Rn. 52...). Es ist nämlich nicht Sinn

⁹² dazu: BGH, Urteil vom 14.07.1995 - V ZR 171/94 - NJW 1995, 2993; zur Abgrenzung im strafrechtlichen Bereich: BGH, Beschluss vom 12.10.1977 - 2 StR 410/77 - BGHSt 27, 287; BGH, Beschluss vom 13.12.2016 -3 StR 440/16 - StraFo 2017, 117; OLG Dresden, Beschluss vom 07.08. 2020 -2 Ws 362/20 - juris

⁹³ Gleiches gilt für verwaltungsrichterliche Entscheidungen im Rahmen der Verwaltungshaft

⁹⁴ EGMR, Urteil vom 04.08.1999 in Sachen D. vs. The Netherlands - application no. 31464/96, NJW 2000, 2888, Rn. 44 ff.

⁹⁵ Auszug aus BGH, Urteil vom 18.05.2006 - III ZR 183/05 - MDR 2006, 1284

und Zweck des Art. 5 MRK, einen Staat für die Verletzung gegebenenfalls noch so wichtiger Formvorschriften zu "bestrafen", sondern es geht um die Behebung eines infolge der Rechtsverletzung eingetretenen Schadens (...). ...

b) Der hier in Rede stehende Formfehler einer unwirksamen Zustellung des Bescheides hatte indessen die unmittelbare materiell-rechtliche Konsequenz, dass die Aufenthaltsgestattung des Klägers fortbestand. Damit fehlte es für die Anordnung der Abschiebungshaft sowohl an einer verfahrensmäßigen als auch an einer materiell-rechtlichen Grundlage. Dies bedeutet, dass gerade der Kernbereich des in Art. 5 MRK garantierten Rechts auf Freiheit tangiert war...

c) Die Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung hängt auch nicht davon ab, dass die staatlichen Amtsträger willkürlich gehandelt haben. Zwar bezweckt Art. 5 MRK auch und gerade, die Freiheit des einzelnen vor willkürlichen Übergriffen staatlicher Stellen zu schützen (Zitat vom Autor erweitert: EMRK, Urteil in Sachen B. vs. France vom 18.12.1986 - application no. 9990/82 - NJW 1987, 3066, Rn. 54 und 59...; veröffentlicht auch unter: <https://www.legal-tools.org/doc/6bb88c/pdf/>); indessen geben weder Wortlaut noch Sinn der Bestimmung etwas dafür her, dass dieser Schutz nur und erst bei einem Verstoß gegen das Willkürverbot einsetzen soll. Es reicht vielmehr, dass die freiheitsentziehende Maßnahme einer Gesetz- und Rechtmäßigkeitsprüfung im vorstehend beschriebenen Sinne nicht standhält. Dies gilt sogar dort, wo die innerstaatlichen Anforderungen an eine Freiheitsentziehung strenger sind als die in der Konvention selbst festgelegten (...)"⁹⁶.

bb) In einer weiteren Entscheidung führt der Bundesgerichtshof⁹⁶ ergänzend aus, dass auch zur Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung führen könne, wenn ein Richter auf einer unzutreffenden Tatsachengrundlage entschieden habe.⁹⁷ Hierbei betont der Bundesgerichtshof allerdings, dass die Richter im Amtshafungsverfahren nicht ihre eigene Bewertung der Tatsachen an Stelle jener des Richters im Ausgangsverfahren

setzen können. Diese Ausführungen beziehen sich zwar im konkreten Fall auf Prognoseentscheidungen, bei denen dem Richter des Ausgangsverfahrens ein eher breiter Bewertungsspielraum zuzubilligen ist.⁹⁸ Im Kern muss aber allgemein gelten, dass es bei richterlichen Tatsachenfeststellungen naturgemäß nicht nur eine einzige konventionsrechtlich zulässige Entscheidung geben kann und dass alle anderen Bewertungen per se rechtswidrig sind. Daher sind die in den gerichtlichen Entscheidungen über die Freiheitsentziehung getroffenen Tatsachen im Amtshafungsverfahren nur darauf hin zu überprüfen, ob sie in einem konventionsgemäßen Verfahren gewonnen wurden und im Ergebnis der Beweiswürdigung nicht schlechthin unvertretbar erscheinen.

Demgemäß überprüft auch der Gerichtshof bei einer Untersuchungshaft in tatsächlicher Hinsicht nur, ob der dringende Tatverdacht und der Haftgrund ohne Willkür festgestellt wurden.⁹⁹ In einer weiteren Entscheidung führt der Gerichtshof aus, dass er zwar an die Feststellungen der innerstaatlichen Gerichte nicht gebunden sei, es aber zwingender Gründe bedürfe, um von ihnen abzuweichen.¹⁰⁰

cc) Die Grenzziehung bei Rechtsfragen ist in der deutschen Rechtsprechung noch nicht im Detail geklärt; und wohl auch nicht allgemeingültig zu beantworten.

Die vom Bundesgerichtshof in dem unter 5. b) aa) auszugsweise wiedergegebenen Urteil vom 18.05.2006¹⁰¹ aufgestellten Grundsätze haben zur Folge, dass bei einer rechtskräftigen Verurteilung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK auch konventionsrechtlich eine Rechtswidrigkeit nur bestehen kann, wenn einer der in den nationalen Verfahrensordnungen vorgese-

⁹⁶ BGH, Urteil vom 18.04.2019 - III ZR 67/18 - NJW 2019, 2400

⁹⁷ so grundsätzlich auch: EGMR, Urteil in Sachen D. vs. The Netherlands vom 04.08.1999 - application no. 31464/96 - NJW 2000, 2888, Rn. 45

⁹⁸ vgl. auch 5. c) 3. Absatz

⁹⁹ vgl. etwa: EGMR, Urteil in Sachen B. vs. Moldova vom 05.07.2016 - application no. 23755/07, Rn. 89 ff.; ebenso die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; siehe den unter 3. b) bb) auszugsweise wiedergegebenen Beschluss vom 01.04.2019 - 2 BvR 382/19 - NStZ-RR 2019, 289, dort am Ende

¹⁰⁰ EGMR, Urteil vom 28.10.2018 in Sachen S.u.a. vs. Denmark - application nos. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Rn. 153 ff.

¹⁰¹ BGH, Urteil vom 18.05.2006 - III ZR 183/05 - MDR 2006, 1284

henen Wiederaufnahmegründe¹⁰² vorliegt. Der Gerichtshof hat sich bislang nicht dazu geäußert, ob er diesen vom Bundesgerichtshof innerstaatlich angelegten Prüfungsmaßstab billigt. Voraussetzung hierfür dürfte allerdings zumindest sein, dass das innerstaatliche Recht der Wiederaufnahme in seiner praktischen Umsetzung der wertsetzenden Bedeutung von Art. 5 EMRK gerecht wird.

Nicht erörtert ist in der deutschen Rechtsprechung, ob für eine konventionsrechtliche Rechtswidrigkeit der Verurteilung das objektive Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes genügt oder ob die Verurteilung von den zuständigen Fachgerichten im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens aufgehoben sein muss. Letzteres drängt sich aber zumindest dann auf, wenn die entsprechenden innerstaatlichen Verfahrensregelungen ihrerseits konventionsgemäß sind. Ansonsten ergäben sich in den nationalen Rechtsordnungen nahezu unlösbare Wertungswidersprüche zwischen der ausschließlich im fachgerichtlichen Verfahren aufhebbaren Verurteilung einerseits und einer zivilrechtlichen Schadenersatzpflicht für eine weiterhin zu vollziehende rechtskräftige Verurteilung andererseits. Hierfür spricht zudem, dass die generelle Konzeption aller Rechtsschutzsysteme darauf gerichtet ist, gerichtliche Fehler primär durch eine die Sachentscheidung korrigierende Maßnahme zu beseitigen (vgl. auch Art. 1005 Abs. 2 ZGB) und den zivilrechtlichen Sekundärrechtsschutz nur als Mittel zur Kompensation von fortwirkenden Folgen des Fehlers zu verstehen.

Bei gerichtlichen Freiheitsentziehungen, die nicht auf Verurteilungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK beruhen, ist die Grenzziehung allerdings deutlich problematischer. Als Richtschnur dient im deutschen Recht in etwa, ob der Richter die Bedeutung von Rechtsfragen verkannt hat.¹⁰³ Hierunter fallen insbesondere alle Fehlverständnisse des Konventions- und des Verfassungsrechts. Ob der Richter im Ausgangsverfahren dem wertsetzenden Charakter von rechtlichen Regelungen nicht Rechnung getragen hat, ist nach rein objektiven Maßstäben zu bewerten, da die Haf-

tung aus Art. 5 Abs. 5 EMRK verschuldensunabhängig ist. Einer konventionsrechtlichen Rechtswidrigkeit gerichtlichen Handelns steht deshalb nicht einmal entgegen, dass die freiheitsentziehende Maßnahme den Vorgaben eines vom Verfassungsgericht als verfassungsgemäß erachteten nationalen Gesetzes entsprach und der Richter im Ausgangsverfahren hieran nach dem innerstaatlichen Recht gebunden war.¹⁰⁴

Bei einfach-rechtlichen Verfahrensfehlern ist entscheidend, ob die verletzten Vorschriften die Sicherung von verfassungs- und konventionsrechtlich geschützten Rechten bezwecken¹⁰⁵ oder ob sie eher als bloße Ordnungsvorschriften zu verstehen sind bzw. einem effizienten Verfahrensablauf dienen; mithin einem eher breiten innerstaatlichen Gestaltungsrahmen unterliegen. Vor allem eine erhebliche Verletzung von Verfahrensbestimmungen, die der Verwirklichung rechtsstaatlicher Prinzipien dienen, wird in aller Regel auch einen Verstoß gegen die Konvention bewirken. Gleiches gilt bei einer deutlichen Missachtung von prozeduralen Vorgaben, die darauf gerichtet sind, einer gerichtlichen Entscheidung erst Wirksamkeit nach außen zu verleihen. Hierunter fallen beispielsweise die unterbliebene Bekanntgabe einer gerichtlichen Maßnahme oder erhebliche Mängel bei der Verkündung einer Entscheidung. Bei derartigen Verfahrensverstößen verbietet sich auch, einem auf Art. 5 Abs. 5 EMRK gestützten Schadenersatzanspruch den Einwand eines rechtmäßigen Alternativverhaltens entgegenzusetzen, also etwa sinngemäß vorzubringen, der Betroffene hätte bei einer verfahrensgemäßen Zustellung oder Verkündung im Ergebnis dieselbe Freiheitsentziehung erleiden müssen wie die rechtswidrig erduldet.¹⁰⁶ Allenfalls können Erwägungen zum rechtmäßigen Alternativverhalten im Einzelfall bei der Bemessung eines Schmerzensgelds

¹⁰² etwa nach Art. 310 der georgischen Strafprozessordnung

¹⁰³ so etwa: BGH, Urteil vom 18.04.2019 - III ZR 67/18 - NJW 2019, 2400

¹⁰⁴ vgl. BGH, Urteil vom 18.04.2019 - III ZR 67/18 - NJW 2019, 2400 für die vom EGMR für konventionswidrig erachteten Regelungen im früheren deutschen Recht der nachträglichen Sicherungsverwahrung

¹⁰⁵ dazu oben 4. b) dd) letzter Absatz

¹⁰⁶ zum Ganzen: BGH, Urteil vom 18.05.2006 - III ZR 183/05 - MDR 2006, 1284; vgl. auch: EGMR, Urteil vom 25.03.1999 in Sachen N. vs. Bulgarien - application no. 31195/96, NJW 2000, 2883, Rn.76

berücksichtigt werden.¹⁰⁷

Bei sonstigen Fragen des einfachen Rechts dürfte es in etwa darauf ankommen, ob die der freiheitsentziehenden Maßnahme zu Grunde liegende Rechtsauffassung aus der Sicht des nationalen Rechts schlechthin unvertretbar war. Als Anhaltspunkt könnte hierbei die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Überprüfung fachgerichtlicher Entscheidungen im Rahmen der Individual-Verfassungsbeschwerde dienen. In diesen Verfahren stellt das Bundesverfassungsgericht darauf ab, ob die Anwendung des einfachen Rechts schlechthin unvertretbar erscheint und damit gegen das im allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verankerte Willkürverbot verstößt.¹⁰⁸ Für einen solchen Prüfungsmaßstab könnte auch sprechen, dass der Gerichtshof den Schutzzweck von Art. 5 EMRK u.a. in der Vermeidung willkürlicher Freiheitsentziehungen sieht,¹⁰⁹ also damit ein Gleichklang zwischen dem mit der Konvention verfolgten Ziel und der inhaltlichen Prüfungsdichte herbeizuführen wäre. Auch entspräche dies jenen Maßstäben, die der Gerichtshof bei Tatsachenfeststellungen anlegt.¹¹⁰

c) Prüfungsmaßstab bei sonstigen freiheitsentziehenden Maßnahmen:

Soweit die freiheitsentziehende Maßnahme auf einer Entscheidung der Exekutive beruht und keine bindende gerichtliche Feststellung zur Rechtmäßigkeit vorliegt, ist diese von den Zivilgerichten eigenverantwortlich zu bewerten. Bei den Rechtsfragen ist hierbei eine rein objektive Betrachtung geboten. Als etwas problematischer erweist sich allerdings, inwieweit die der exekutiven Maßnahme zu Grunde liegenden tatsächlichen Umstände von den Zivilgerichten im Rahmen des Verfahrens nach Art. 5 Abs. 5 EMRK zu überprüfen sind. Zu dieser Frage hat die Rechtsprechung

noch keine ganz klaren Kriterien herausgearbeitet.

Obwohl dies in den Entscheidungen nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, dürften die Gerichte zumindest tendenziell auf den Erkenntnisstand und auf die Erkenntnismöglichkeiten im Zeitpunkt der Vornahme der freiheitsentziehenden Maßnahme abstellen, also im Kern eine ex-ante-Betrachtung vornehmen. Dies erscheint auch sachgerecht und dem Normzweck zu entsprechen. Zwar geht es hier nicht um die Feststellung von Verschulden. Dies ändert aber nichts daran, dass die Rechtmäßigkeit eines exekutiven Handelns in tatsächlicher Hinsicht grundsätzlich an Hand der im Zeitpunkt des Erlasses der Maßnahme vorhandenen objektiven Rahmenbedingungen zu ermitteln ist.

Vor allem bei prognostischen Elementen, so etwa bei der Einschätzung einer Gefahrenlage im Rahmen des polizeilichen Gewahrsams,¹¹¹ bei der Ermittlung der von einem psychisch Kranken möglicherweise ausgehenden Gefahr oder bei der Feststellung der Flucht- oder Verdunkelungsgefahr muss den zuständigen Behörden zudem ein gewisser Beurteilungsspielraum zugestanden werden. Dies beruht darauf, dass Prognosen ihrer Art gemäß Unwägbarkeiten in sich tragen¹¹² und damit nur begrenzt objektivierbar sind.

Aber auch andere Tatsachengrundlagen sind von den mit dem Amtshaftungsanspruch befassten Zivilgerichten nicht im nachhinein vollständig neu zu bewerten. Vielmehr ist entscheidend, ob die freiheitsentziehende Maßnahme auf tatsächlichen Umständen beruht, die verfahrensgemäß erhoben und dokumentiert wurden sowie den damals objektiv erkennbaren Rahmenbedingungen entsprachen. Hierbei ist die Prüfungsdichte aber deutlich intensiver als bei gerichtlichen Entscheidungen, weil den freiheitsentziehenden Maßnahmen von exekutiven Organen keinerlei rechtsgestaltende oder rechtsfeststellende Wirkung zukommt.

¹⁰⁷ vgl. OLG Braunschweig, Beschluss vom 25.11.2019 - 11 W 3/19 - MDR 2020, 222

¹⁰⁸ ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; zuletzt: BVerfG, Beschluss vom 27.05.2020 - 2 BvR 121/14 - NVwZ-RR 2020, 665

¹⁰⁹ EGMR, Urteil vom 03.10.2006 in Sachen McK. vs. United Kingdom -- application no. 543/03, Rn. 30; EGMR, Urteil vom 28.10.2018 in Sachen S.u.a. vs. Denmark - application nos. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Rn. 73 ff.

¹¹⁰ siehe oben 5. b) bb) letzter Absatz

¹¹¹ dazu: EGMR, Urteil vom 28.10.2018 in Sachen S.u.a. vs. Denmark - application nos. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Rn. 153 ff. mit Anmerkung Hoffmann, NVwZ 2019, 141

¹¹² BGH, Urteil vom 18.04.2019 - III ZR 67/18 - NJW 2019, 2400

6. Schadensrechtliche Fragen:

Wie bereits erwähnt, beurteilen sich die schadensrechtlichen Fragen nach dem nationalen Recht¹¹³. Deshalb soll hier nur punktuell auf einige Aspekte eingegangen werden, die einen spezifischen Bezug zum Amtshaftungsanspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK aufweisen.

a) Zunächst ist anzumerken, dass in der deutschen Rechtsprechung bislang nicht beantwortet ist, ob die schadensrechtlichen Regelungen zum Mitverschulden (§ 254 BGB, inhaltlich mit Art. 415 ZGB korrespondierend) und zum Ausschluss von Amtshaftungsansprüchen bei unterlassener Rechtsmitteleinlegung (§ 839 Abs. 3 BGB, inhaltlich mit Art. 1005 Abs. 2 ZGB korrespondierend) auf Ansprüche aus Art. 5 Abs. 5 EMRK anwendbar sind.¹¹⁴ Da die normativen Bestimmungen zum Mitverschulden im europäischen Rechtskreis auf ein allgemeines zivilrechtliches Haftungsprinzip gründen, ist diese Frage wohl zu bejahen. Zum Haftungsauschluss wegen unterlassener Rechtsmitteleinlegung dürfte grundsätzlich dasselbe gelten, weil es sich hierbei nur um eine gesonderte Ausprägung des Mitverschuldens handelt.¹¹⁵

Allerdings kommen derartige Fallgestaltungen praktisch nur ausnahmsweise in Betracht, was auch die fehlende deutsche Rechtsprechung hierzu erklärt. Insbesondere darf ein Mitverschulden nicht bereits daraus abgeleitet werden, dass ein Betroffener seine Verfahrensrechte in einer objektiv betrachtet ungünstigen Weise wahrgenommen haben mag. So kann beispielsweise einem sein Schweigerecht ausübenden Beschuldigten nicht entgegengehalten werden, er hätte den Erlass eines Haftbefehls oder eine Verurteilung verhindern können, wenn er Angaben zur Sache gemacht oder einen Alibizeugen benannt hätte. Eine solche zivilrechtliche Betrachtungsweise würde die autonom vom Beschuldigten zu treffende Entscheidung darüber, ob

und wie er seine prozessualen Rechte im Verfahren ausübt, in rechtsstaatswidriger Weise mittelbar untergraben.

b) Der Schadenersatzanspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK wird nicht durch die im deutschen Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) vorgesehenen Entschädigungsleistungen verdrängt.¹¹⁶ Dies beruht darauf, dass weder die tatbestandlichen Voraussetzungen noch die Rechtsfolgen und die normativen Zielsetzungen übereinstimmen und daher das StrEG nicht *lex specialis* sein kann. Allerdings sind nach dem StrEG erhaltene Entschädigungsleistungen nach den allgemeinen Grundsätzen zum Vorteilsausgleich auf die Schadenposten aus Art. 5 Abs. 5 EMRK insoweit anzurechnen, als eine inhaltliche Kongruenz besteht.¹¹⁷ Entsprechendes könnte im georgischen Recht für die Ansprüche aus Art. 176 Nr. 5 der Strafprozessordnung gelten.

c) Zur Bemessung des Schmerzensgelds wird auf die Ausführungen unter 2. b) verwiesen.

d) Nicht abschließend ist in der deutschen Rechtsprechung erörtert, ob und ggf. inwieweit von einem finanziellen Ausgleich in Form von Schmerzensgeld abgesehen werden kann, wenn der Betroffene für die rechtswidrige Freiheitsentziehung eine andere Kompensation erlangt hat. Der Gerichtshof lässt dies zwar in gewissem Umfang zu.¹¹⁸ Im deutschen Recht erscheinen derartige Erwägungen aber angesichts des außerordentlich hohen verfassungsrechtlichen Schutzes des Freiheitsrechts nicht unproblematisch. Tendenziell vorzugswürdig erscheint es deshalb, der Verletzung des Freiheitsrechts einen eigenständigen immateriellen Stellenwert beizumessen, der einem Ausgleich durch andere Maßnahmen allenfalls begrenzt zugänglich

¹¹³ siehe oben 2. a)

¹¹⁴ ausdrücklich offengelassen in: BGH, Urteil vom 19.09.2013 - III ZR 405/12 - NJW 2014, 67

¹¹⁵ BVerwG, Urteil vom 15.06.2018 - 2 C 19/17 - BVerwGE 162, 253; Zimmerling in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 839 BGB Rn. 230

¹¹⁶ BGH, Urteil vom 29.04.1993 - III ZR 3/92 -, BGHZ 122, 268

¹¹⁷ vgl. auch: BGH, Urteil vom 26.01.1989 - III ZR 192/87 - BGHZ 106, 313; OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.05.2006 - I-18 U 12/06 - NJW 2006, 2336

¹¹⁸ vgl. EGMR, Beschluss vom 08.10.2019 in Sachen P. c. Suisse - application no. 36391/16, Rn. 19 ff. für einen wegen der rechtswidrigen Freiheitsentziehung gewährten Strafnachlass; EGMR, Urteil vom 25.03.1999 in Sachen N. vs. Bulgarien - application no. 31195/96, Rn. 76 für die Genugtuungsfunktion einer gerichtlichen Feststellung der Rechtswidrigkeit

ist.¹¹⁹ Demgemäß hat es das Bundesverfassungsgericht sogar für verfassungswidrig erachtet, dass bei einer rund zwölfstündigen rechtswidrigen Freiheitsentziehung von einer Zubilligung von Schmerzensgeld u.a. wegen der zwischenzeitlich festgestellten Rechtswidrigkeit des polizeilichen Handelns abgesehen wurde.¹²⁰

Selbstredend ist für die Zubilligung von Schmerzensgeld allerdings erforderlich, dass eine gewisse Eingriffsintensität überschritten wird. Sehr kurze Freiheitsentziehungen können daher einen Ausgleich des immateriellen Nachteils vor allem dann nicht gebieten, wenn sie nicht zielgerichtet erfolgt sind und sofort beendet wurden, nachdem ihre Rechtswidrigkeit erkannt wurde. Zum Schutz des Freiheitsrechts muss diese Schwelle jedoch sehr niedrig angesetzt werden. Dennoch dürfte zumindest im Ergebnis sachgerecht

sein, dass das Oberlandesgericht Koblenz im Urteil vom 30.06.1999¹²¹ die Gewährung von Schmerzensgeld nicht für erforderlich erachtet hat, wenn der Betroffene rechtswidrig zur Polizeiwache mitgenommen und dort 1 ½ Stunden festgehalten wurde, um seine Personalien festzustellen und um eine Alkoholüberprüfung durchzuführen. Eine feste Untergrenze gibt es insoweit aber nicht, da letztlich die Umstände des Einzelfalles maßgeblich sind. Als grobe Orientierung mag aber dienen, dass das Bundesverfassungsgericht auch bei einer etwas weniger als zwei Stunden dauernden rechtswidrigen Freiheitsentziehung die Gewährung schon Schmerzensgeld zumindest dann für erforderlich erachtet, wenn für den Betroffenen eine besonders belastende Situation (hier: Schmerzen wegen des Abnehmens einer Bandage) entstanden ist.¹²²

¹¹⁹ für Berücksichtigung bei der Bemessung des Schmerzensgeldes: OLG Braunschweig, Beschluss vom 25.11.2019 - 11 W 3/19 - MDR 2020, 222; OLG Nürnberg, Urteil vom 12.04.2017 - 4 U 1824/16 - juris

¹²⁰ BVerfG, Beschluss vom 11.11.2009 - 1 BvR 2853/08 - NJW 2010, 433; in dieselbe Richtung gehend: BVerfG, Beschluss vom 29.06.2016 - 1 BvR 1717/15 - NVwZ 2017, 317 für eine zumindest achtstündige rechtswidrige polizeiliche Festsetzung

¹²¹ OLG Koblenz im Urteil vom 30.06.1999 - 1 U 1285/96 - NJW 2000, 963

¹²² BVerfG, Beschluss vom 29.11.2019 - 1 BvR 2666/18 - MDR 2020, 632; siehe auch: OLG Koblenz, Beschluss vom 07.03.2018 - 1 U 1025/17 - NVwZ-RR 2018, 615: [Schmerzensgeld von 400.- € für eine Person, die zu Unrecht in der Nacht für etwa 13 Stunden auf einer Polizeidienststelle in Gewahrsam genommen worden war]; OLG Hamm, Urteil vom 14.11.2014 - I-11 U 16/14 - juris: [Schmerzensgeld von 500.- € pro Monat für rechtswidrige nachträgliche Sicherungsverwahrung] OLG Koblenz, Urteil vom 05.11.2003 - 1 U 611/03 - juris: [Schmerzensgeld von 500.- € bei rechtswidriger Unterbringung in psychiatrischer Klinik für knapp einen Tag] LG Marburg, Urteil vom 08.07.2014 - 2 O 63/13 - juris: [Schmerzensgeld von 25.- € pro Tag für rechtswidrige nachträgliche Sicherungsverwahrung] Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 12.09.2013 - 2 W 2/13 - juris: [Schmerzensgeld von 20.- € pro Tag bei rechtswidriger Abschiebehaft] OLG Frankfurt, Urteil vom 16.07.2019 - 8 U 59/18 - juris [Schmerzensgeld von 12.000.- € bei rechtswidriger mehrwöchiger Unterbringung in psychiatrischer Klinik und mehrfachen Fixierungen] OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.11.2015 - 9 U 78/11 - juris [Schmerzensgeld von 25.000.- € bei rund zweimonatiger rechtswidriger Unterbringung in psychiatrischer Klinik]