

Publikationen

zur rechtlichen Zusammenarbeit

8/2022

შედარებითი სამართლის
ქართულ - გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische Zeitschrift
für Rechtsvergleichung



Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



8/2022

Deutsch-Georgische
ZEITSCHRIFT FÜR
RECHTSVERGLEICHUNG

შპლაკობითი
სამართლის

ქართულ-გერმანული ჟურნალი



Juristische Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis

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



BSH
Think Legally.

MG
LAW

in collaboration with
Andersen Global in Georgia

ISSN 2587-5191 (print)

ISSN 2667-9817 (online)

© Juristische Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis, 2022

© Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) 2022

© Autoren, 2022

www.lawjournal.ge

Schriftleitung

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili
Assoz. Prof. Lado Sirdadze
Prof. Dr. Olaf Muthorst
Assoz. Prof. Dr. Tamar Zarandia

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. Tanel Kerikmäe
Prof. Dr. Giorgi Khubua
Prof. Dr. Lasha Bregvadze
Prof. Dr. Irakli Burduli
Prof. Dr. Zviad Gabisonia
Frank Hupfeld
Khatuna Diasamidze
Assoz. Prof. Dr. Sulkhan 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
Dr. Archil Chochia
Rechtsanwalt Gocha Oqreshidze
Demetre Egnatashvili
Rechtsanwalt Ketevan Buadze
Rechtsanwalt Nikoloz Sheqiladze
Tornike Darjania
Assist. Prof. Dr. Temur Tskitishvili
Razhden Kuprashvili
Sulkhan Gvelesiani
Natali Gogishvili

Technische Unterstützung und Layout

David Maisuradze

Arbeitsgruppe

Sopo Zarandia
Nino Kavshbaia
Tatia Jorbenadze
Ana Baiadze
Tilman Sutor

Inhaltsverzeichnis

AUFSÄTZE

| | |
|---|----|
| „Grace“-Zinsen <i>Giorgi Rusiashvili</i> | 7 |
| Verwaltung und Verfügung des Gesamthandgegenstands <i>Tamar Zarandia</i> | 13 |
| The Role of Close and the Closest Connection of the Law in the Absence of Parties’ Agreement under the Rome I Regulation <i>Nikoloz Nebulishvili</i> | 27 |
| The Role of the Characteristic Performance Party in Determining the Law to be Applied according to Rome I Regulation in Private International Law <i>Nikoloz Nebulishvili</i> | 38 |
| General aspects of the implementation of legislative initiative by voters in Georgia <i>Maka Tsulaia</i> | 45 |

„Grace“-Zinsen*

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

I. Einleitung

In diesem Artikel geht es um eine der jüngsten Entscheidungen des Stadtgerichts Tiflis, dessen Hauptproblem bei der vorzeitigen Rückzahlung des Bankkredits, die Zahlung von sogenannten „Grace“-Zinsen war. Die tatsächlichen Umstände des Falles lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Im Jahr 2017 wurden zwischen dem Kreditnehmer und der klagenden Bank eine generelle Kreditlinie und dazu auch eine spezifische Kreditvereinbarung über 61.000 GEL unterzeichnet. Als Darlehenszinssatz wurden 16 % pro Jahr vereinbart. Darüber hinaus nutzte der Kreditnehmer „Grace“-Frist (Nachfrist), auf deren Grundlage er die ersten 2 Jahre keine monatlichen Raten für das Darlehen einschließlich Zinsen gezahlt hat, dafür zahlt der Kreditnehmer während der nächsten 13 Jahre (156 Monate) neben den üblichen monatlichen Zinsen auch „Grace“-Zinsen in Höhe von 126 GEL. Mit Ablauf der „Grace“-Frist im Jahr 2020 beantragte der Darlehensnehmer eine vorzeitige Rückzahlung des Darlehens, der die Bank zustimmte, die Parteien konnten sich jedoch nicht auf den Geldbetrag einigen, den der Kreditnehmer im Voraus zahlen musste, um von den Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag befreit zu werden. Der Kreditnehmer war der Ansicht, dass er während der Vorauszahlung keine „Grace“-Zinsen zahlen müsste, und er wurde von der Verpflichtung zur Zahlung dieser Zinsen sowie von allen Zinsen, die ab 2020 aufgelaufen sind, befreit – während der Vorauszahlung fallen keine weiteren Zinsen mehr an und der Kreditnehmer wird von der Zahlungspflicht befreit. Daher hinterlegte er

nur den Hauptbetrag und die Gebühren ohne „Grace“-Zinsen.

Demgegenüber war die Bank der Ansicht, dass die „Grace“-Zinsen die Vergütung für die Inanspruchnahme des Kredits in den ersten zwei Jahren darstellen, also die Vergütung für die bereits abgelaufene Zeit, und gehörten daher zum Vorauszahlungsbetrag.

Die Bank verwies auch auf die 2018 per SMS an den Kreditnehmer versandte Belehrung, Anlage Nr. 13, die sich unter folgendem Link <http://goli.ge/ge/aboutsolo/news/solonews?n=518&c=4> befand. Gemäß einer ihrer Bedingungen waren im Falle einer vorzeitigen Rückzahlung auch die „Grace“-Zinsen in einer Summe zu entrichten. Dieser Bedingung und der gesamten Anlage widersprach der Darlehensnehmer jedoch und betrachtete sie nicht als Vertragsbestandteil, da sie zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch gar nicht existierte und erst später entwickelt wurde.

Das erstinstanzliche Gericht hat in seiner Entscheidung die Klage der klagenden Bank abgewiesen und sich der vorstehenden Argumentation des beklagten Kreditnehmers uneingeschränkt angeschlossen. Im Entscheidungstext wurden jedoch einige widersprüchliche Argumente festgehalten: z.B.: in den nichtstreitigen festgestellten tatsächlichen Umständen der Entscheidung, in Ziffer 3.1.5., stellte das Gericht fest, dass die aufgelaufenen Zinsen des Zeitraums auf die verbleibenden 156 Monate verteilt wurden, im Gegenteil, in den streitigen Umständen derselben Entscheidung wurde in Ziffer 3.2.3 davon ausgegangen, dass die Beklagte bei der Vorauszahlung des Kredits nicht verpflichtet war, Zinsen für die Inanspruchnahme der „Grace“-Frist zu zahlen und

* Aus dem Georgischen von *Natali Gogishvili*.

tatsächlich wurde darauf hingewiesen, dass die Zinsen für die „Grace“-Frist noch nicht aufgefallen waren und die endgültige Entscheidung auch auf einer Begründung beruhte.

Nachfolgend die für den jeweiligen Fall maßgeblichen Bedingungen:

| | |
|--|--|
| Kreditvertrag Nr. --- | <p>4.8. Zinssatz auf den in Anspruch genommenen Kreditbetrag: 16 %.</p> <p>4.15. Periodizität der Zahlung der auf den in Anspruch genommenen Kreditbetrag aufgelaufenen Zinsen: 25. eines jeden Monats.</p> |
| Allgemeine Geschäftsbedingungen über die generelle Kreditlinie | <p>3.1.4.2. Auf der Grundlage einer mündlichen oder schriftlichen Erklärung des Kunden bei der Bank können der Kreditbetrag und die Zinsen auch früher als zu dem von den Parteien vereinbarten Plan im Voraus gezahlt werden.</p> <p>9. Gültigkeit und Kündigung des Vertrages</p> <p>9.5.2.2. ohne den Vertrag und/oder andere damit verbundene Verträge zu kündigen, oder auf der Grundlage der Entscheidung, den Vertrag und/oder andere damit verbundene Verträge zu kündigen, vom Kunden zu verlangen, finanzielle Verpflichtungen vor dem Fälligkeitsdatum zu erfüllen [...].</p> <p>9.6. Die vollständige oder teilweise Kündigung des Vertrags und/oder anderer damit verbundener Verträge entbindet den Kunden nicht von der vollständigen und ordnungsgemäßen Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus dem Vertrag und/oder anderen damit verbundenen Verträgen ergeben und/oder durch Gesetz festgelegt wurden [...].</p> <p>10. Änderungen und Ergänzungen</p> <p>10.2. Trotz der Einschränkung vom Paragraph 10.1 des Anhangs N1 des generellen Kreditlinienvertrags ist die Bank jederzeit nach eigenem Ermessen ohne zusätzliche Zustimmung oder Annahme des Kunden berechtigt, einseitig: [...]</p> <p>10.3.1. Wenn eine solche Entscheidung den Zustand des Kunden verschlechtert, benachrichtigt die Bank den Kunden mindestens 15 (fünfzehn) Kalendertage vor dem Datum des Inkrafttretens der Änderung gemäß Art. 6 des Anhangs N1 des generellen Kreditlinienvertrags über eine solche Ent-</p> |

| | | | | scheidung. Der Kunde hat das Recht, einer solchen Änderung innerhalb von 7 (sieben) Kalendertagen nach Erhalt der Mitteilung schriftlich zu widersprechen, [...]. | | | | |
|--|-------------|-----------|----------------|---|---------|----------------|-------------|--|
| Wichtige Vertragsbedingungen | | | | – Zinsausgaben/Beiträge, monatlich (Hauptbetrag + Zinsen) = 1075,38 GEL | | | | |
| Anhang Nr. 1 - Darlehensrückzahlungsplan | | | | | | | | |
| Nº | Datum | Tranche | Anfangsbestand | Zahlen | Prozent | „Grace“-Zinsen | Hauptbetrag | Verwaltungsgebühr für Lebensversicherungen |
| 0 | 18/12 /2017 | 61,000.00 | 0.00 | 0.00 | 0.00 | 0.00 | 0.00 | 0.00 |
| 1 | 27/01 /2020 | 0.00 | 61,000.00 | 1,444.60 | 828.93 | 126.67 | 0.00 | 489.00 |
| 2 | 25/02 /2020 | 0.00 | 61,000.00 | 1,075.38 | 775.45 | 126.67 | 154.84 | 18.42 |
| 3 | 25/03 /2020 | 0.00 | 60,845.16 | 1,075.38 | 773.48 | 126.67 | 156.86 | 18.37 |
| 4 | 27/04 /2020 | 0.00 | 60,688.30 | 1,075.38 | 877.90 | 126.67 | 49.96 | 20.85 |
| ... | | | | | | | | |
| Anhang Nr. 13 | | | | 2.12. Nimmt der Kunde die „Grace“-Frist zur Zahlung von Zinsen in Anspruch, werden die während der „Grace“-Frist aufgelaufenen Zinsen auf den Kreditbetrag auf die Restlaufzeit des Kredits verteilt und vom Kunden planmäßig bezahlt, zusammen mit anderen Zahlungen. Darüber hinaus ist der Kunde für den Fall, wenn der Kunde das Darlehen ganz oder teilweise vor Fälligkeit zurückzahlt, zur vollständigen Rückzahlung verpflichtet, einschließlich der nicht gezahlten Zinsen, die während der Zahlungsfrist auf den Darlehensbetrag angefallen sind. | | | | |

II. Trennung der Abgrenzungsperiode von Zahlungsperioden

Das Hauptproblem in diesem Fall war die Vertragsauslegung, bei der das Gericht grobe Fehler gemacht und die elementaren Auslegungsregeln und -grundsätze missachtet hat, weshalb es zu einem völlig ungerechtfertigten Ergebnis kam. Der Bankkredit als eine Art Kreditvertrag ist ein zweiseitiges Geschäft, also ein Vertrag, dessen Erschaffer der empfangsbedürftige Wille der Parteien – Angebot und

Annahme – ist, der aus Sicht des objektiven Empfängers ausgelegt wird.¹ Das heißt, unerheblich ist der von den Parteien implizierte einseitige Inhalt, entscheidend ist, wie er aus der Sicht eines dem objektivierten Horizont des Empfängers wahrgenommen wurde.

¹ BGH NJW 2006, 286; BGH NJW 2005, 3636 f.; BGHZ 36, 33; BeckOK BGB/Wendtland, 62. Ed. 1.5.2022, BGB § 133 Rn. 27-30.

In dieser Hinsicht besteht der Hauptfehler, den das Gericht bei der Auslegung dieses Vertrags und im Allgemeinen bei der Entscheidung des Falls begangen hat, darin, dass es nicht zwischen den Bezahlungsfrist und den Zinszahlungsfrist des Darlehens unterschieden hat. Den Begründungsteil der Entscheidung widmete er fast ausschließlich der Erörterung der Anlage Nr. 13, die völlig zweitrangig war und keinen wesentlichen Einfluss auf die Entscheidung des Falles hatte.

Natürlich hat der Kreditnehmer in den ersten zwei Jahren keine Zinsen gezahlt, aber das bedeutet nicht, dass die Zinsen für das Darlehen nicht bereits aufgelaufen sind – diese Zinsen sind aufgelaufen, es wurde nur der Beginn ihrer Zahlung auf 2020 verschoben. Ohne diese Unterscheidung zu treffen, kam das Gericht zu einem völlig absurden Ergebnis: Wenn die ersten zwei Jahre nicht auf die im Vertrag festgelegten 16 % Darlehen angerechnet wurden, dann ist nicht ersichtlich, was der Darlehensnehmer in Form von 126 GEL per Monat für 156 Monate ab 2020 zahlen musste, d. h. was war die Grundlage dieser Zahlung (siehe detaillierte Diskussion unten).

Die Zinsabgrenzungsfrist für den Darlehensbetrag bezieht sich auf die Zeit, in der der Darlehensnehmer die Vergütung für den gegebenen Betrag zahlt, und die Zahlungsfrist – den Zeitraum, in dem diese Vergütung direkt gezahlt werden muss. Da der Bankkredit immer entgeltlich ist, wird dieser ständig verzinst, wobei der Zinssatz variieren kann. Üblicherweise wird die Abgrenzungsperiode jährlich vereinbart und die Zahlungsperiode auf jeden Monat oder Tag verteilt.

Der Aufbau eines verzinslichen Darlehens ist vereinfacht gesagt wie folgt: Die Darlehenssumme ist der zur Nutzung überlassene Gegenstand, der Zins der Preis seiner Nutzung. Aufgrund der Tatsache, dass die Verwendung von Geld (oder anderer leihweise überlassener Gattungssache) notwendigerweise ist und vom Entleiher deren Eigentumserlang als Voraussetzung verlangt, geht diese Geld-/Gattungssache im Gegensatz zu einer geliehenen Sache in das Eigentum des Entleihers über und er muss Sachen gleicher Art und Menge zurückgeben und Zinsen als Nutzungsentschädigung bezahlen. Die Zinslaufzeit ist der Zeitraum, für den der Kreditnehmer

die Gebühr zahlt. Wenn diese Gebühr für einen Zeitraum nicht gezahlt wird – es fallen keine Zinsen an, bedeutet dies, dass das Darlehen in diesem Zeitraum unentgeltlich war, was kein Bankkredit mehr sein kann und zu dessen Vergabe eine Geschäftsbank kein Recht hat (siehe unten).

Im Darlehensvertrag steht eindeutig, dass die gesamte Laufzeit gebührenpflichtig war – bei einem Bankkredit konnte es nicht anders sein – und die Gebühr 16 % pro Jahr betrug. Im Vertrag steht zwar nicht, dass das Darlehen zwei Jahre lang unentgeltlich war und erst dann in ein verzinsliches Darlehen umgewandelt würde, aber es wird klar und unmissverständlich darauf hingewiesen, dass die Vergütung 16 % pro Jahr betrug. Das heißt, die Zinsen wurden von Anfang an und ausnahmslos jedes Jahr gleich berechnet, wie es bei jedem anderen Bankkredit obligatorisch ist.

Dass der Kreditnehmer die ersten 2 Jahre laut Plan die Zinsen nicht unverzüglich, sondern später und in Raten in Form eines festen Zinsbetrags (126 GEL pro Monat) gezahlt hat, hat mit der Abgrenzungsperiode nichts zu tun. Dies ist die Zahlungsfrist. Die Parteien können beispielsweise vereinbaren, dass die Zinsen am Ende des Darlehensvertrags in Summe ausgezahlt werden, aber dies ist nur eine Zahlungsmodalität und hat mit einer Abgrenzung nichts zu tun, denn die Abgrenzung erfolgt ab dem Zeitpunkt der Kreditaufnahme (jährlich/vierteljährlich/monatlich etc.). Wenn das Darlehen beispielsweise zehn Jahre läuft, die Zahlung nach zehn Jahren fällig ist und er nicht darauf hinweist, dass seine Zahlungspflicht erst nach zehn Jahren entstehen sollte, und da der Vertrag vorzeitig gekündigt wurde, schuldet er überhaupt nichts. Wir können dieses Beispiel vereinfachen und an die Mietsituation anpassen, die in diesem Teil die Struktur des Darlehens wiederholt.² Wenn die Parteien eines Mietverhältnisses eine monatliche, vierteljährliche oder jährliche Miete vereinbaren, sofern die Zahlung in einer Summe am Ende der fünfjährigen Laufzeit des Mietverhältnisses zu leisten ist und das Mietverhältnis nach Ablauf von vier Jahren endet, hat der

² *Derleder*, in: *Derleder/Knops/Bamberger*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2009, § 10 Rn. 1 (331).

Mieter selbstverständlich die vier Jahresmieten zu zahlen, und diese Verpflichtung erlischt sofort mit Beendigung des Vertrages. Mit der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses gilt die sofortige Fälligkeit der Miete für die abgelaufene Nutzungsdauer auch ohne ausdrückliche Vereinbarung als abschließend vereinbart und ergibt sich aus dem entgeltlichen Charakter des Vertrages.

Im Fall eines gegebenen Darlehens beziehen sich die „Grace“-Zinsen also auf die Bedingung des Aufschubs dieser aufgelaufenen Zinsen, und jede andere Interpretation davon widerspricht dem, was direkt im Vertrag steht,³ und was das Gericht hier leider völlig falsch ausgelegt hat.

III. „Grace“-Zinsen – Verschiebung der Zinszahlung für die ersten zwei Jahre

Die Tatsache, dass die „Grace“-Zinsen in der gegebenen Vereinbarung – die Bedingung, die darunter berücksichtigt wurde – zunächst nur eine Verschiebung des Beginns der Zahlung der für die ersten zwei Jahre aufgelaufenen Zinsen bis 2020 war, steht ausdrücklich im Vertrag selbst:

Der Kreditvertrag ist in zwei Teile gegliedert. Der Inhalt der Leistung der Parteien wird im ersten Teil und im zweiten Teil (Anlage Nr. 1) – "Zahlungsplan" festgelegt. Im Zusammenhang mit diesem ersten Teil sind die folgenden zwei Bedingungen wichtig: In Ziffer 1.4.8 wird der auf den Kreditbetrag (61.000 GEL) zu erhebende jährliche Zinssatz für alle 15 Jahre ausnahmslos auf 16 % festgelegt. In Ziffer 2. 4.15 wird der 25. eines jeden Monats als Periodizität dieser aufgelaufenen Zinszahlung von 16 % festgelegt, und 1075 GEL werden als der ab 2020 zu zahlende monatliche Betrag festgelegt. Diese Zahlen und Vertragsbedingungen können nur so "abgestimmt" werden, dass dieser Betrag (1075 GEL), der von 2020 bis 2032 (156 Monate) zu zahlen ist, direkt zu den 16 %, die in diesen 156 Monaten aufgelaufen und zahlbar sind, und den 16 %, die in den ersten zwei Jahren aufgelaufen sind, hinzugefügt wurde. Ohne ein solches Verständ-

nis sind diese Vertragsbedingungen widersprüchlich und völlig bedeutungslos, denn 1.075 GEL, verteilt auf 156 Monate, sind nicht 16 % des Hauptbetrags (61.000 GEL), sondern 23 % – das heißt, wenn der Kreditnehmer in den ersten zwei Jahren überhaupt keine Zinsen erhalten hat, hätten in den verbleibenden 13 Jahren 23 % berechnet werden müssen, so dass die Höhe dieser Zinsen 1075 GEL betrug. Diese Auslegung ergibt sich nicht aus dem Vertrag, denn dort steht genau das Gegenteil, und der Kreditnehmer hätte nichts anderes erwarten können. Damit entbehrt die vom Berufungsgericht entwickelte Argumentation jeglicher Grundlage, was im Folgenden im Einzelnen erläutert wird.

IV. Auslegungsvorschlag des Gerichts – sich gegenseitig ausschließende Vertragsklauseln, sprachlicher Widerspruch, Rechtswidrigkeit

Die A-priori-Regel für die Auslegung von Vertragsbedingungen ist, dass von den beiden Auslegungsmöglichkeiten immer diejenige gewählt werden muss, die eine „Anpassung“ aller Vertragsbedingungen zulässt⁴ – das heißt, wenn eine Auslegungsmethode in Kraft bleibt und alle Vertragsbedingungen logisch verbindet, ist sie legitimer als die Methode, die auf Kosten der Beseitigung (Ignorierung) einer Bedingung die andere Bedingung in Kraft lässt und nur durch diese Weise gelingt es, einen logischen Inhalt dafür zu finden, der dem hypothetischen Willen der Parteien entspricht.

Unter Berücksichtigung dessen können die beiden im Vertrag genannten Bedingungen – (1.) 16 % pro Jahr und (2.) Zahlung eines Festbetrags von 126,67 GEL für 156 Monate in Form von „Grace“-Zinsen, ab 2020 mit monatlicher Verzinsung – nur so verstanden werden, dass diese „Grace“-Zinsen die monatlichen Zinsen der ersten zwei Jahre sind, und nur dann kann sie gültig bleiben, einen logischen Inhalt haben, genau wie diese zweite Bedingung. Insbesondere entspricht die Höhe dieser „Grace“-Zinsen – 126 GEL – der Division von 16 % des geliehenen Betrags (61.000) für zwei Jahre durch die zwei Jahre später

³ was natürlich nicht erlaubt ist ob. BGH NJW 2009, 1482; MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2021, BGB § 157 Rn. 55 und dort hingewiesene Literatur.

⁴ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2021, BGB § 157 Rn. 6; BGH LM (D) Nr. 27; BGH DB 1990, 1159.

beginnende Rückzahlungsfrist (156 Monate). Erst aus dieser reinen Berechnung geht hervor, dass diese „Grace“-Zinsen die Verteilung der in den ersten zwei Jahren angefallenen Zinsen in Form einer festen Zinsabgrenzung auf die restliche Zahlungsfrist (minus zwei Jahre, die Zahlungsfrist bleibt 156 Monate) – $61.000 : 100 \times 16 \times 2 : 156 = 126$ sind. Nach dieser Auslegung ergänzen sich beide oben genannten Vertragsklauseln logisch und absolut konsequent. Ohne sie bleibt die Tatsache, dass sich die Parteien auf eine völlige Absurdität geeinigt haben: Insbesondere kann der vom Kreditnehmer zu zahlende Betrag ohne diese Erklärung nicht 16 % pro Jahr betragen, sondern muss 23 % betragen, und das ist gar nicht im Vertrag erwähnt.

Die vom Gericht vorgeschlagene Auslegung ist unzutreffend, weil sie mit den verschiedenen Vertragsbestimmungen nicht übereinstimmt, den semantischen Sinn der von den Parteien verwendeten Begriffe völlig sprengt und in einen rechtswidrigen Inhalt mündet, was auch das Gericht hat kein Recht zu tun.

1. Inhaltlicher Widerspruch in der vorgeschlagenen Auslegung des Gerichts

Der Richter hat nicht das Recht, die logische, geordnete und selbstgenügsame Option der von den Parteien vereinbarten Auslegung außer Kraft zu setzen und eine Absurdität der Vereinbarung „vorzuwerfen“. Das erstinstanzliche Gericht ging jedoch, wie teilweise bereits angemerkt, in diese Richtung, widersprach sich aber gleichzeitig selbst, als es die Existenz der „Grace“-Zinsen und des 16 %-Zinssatzes zuließ und gleichzeitig war es der Ansicht, dass der Kreditnehmer bis 2020 nichts zu zahlen hatte (es wurden keine Zinsen berechnet).⁵

Unklar bleibt in diesem Fall, warum im Zahlungsplan die laufenden Zinsen und die „Grace“-Zinsen voneinander getrennt werden, und es erscheint völlig absurd, sowohl die erste als auch die zweite Bedingung. Ohne diese Erklärung schließen sich diese Bedingungen nicht nur gegenseitig aus, sondern sind ge-

trennt voneinander bedeutungslos – es gibt keine Zahlung von 16 % und es ist nicht klar, auf welcher Grundlage die Zahlung von 126 GEL in Form von „Grace“-Zinsen basiert – es entsteht das Bild, dass sich die Parteien auf etwas Absurdes geeinigt haben, wobei keines der Teile zum anderen passt. Wenn „Grace“-Zinsen nicht schon in den ersten beiden Jahren, also ab 2018, die Aufteilung der aufgelaufenen Zinsen auf die Jahre 2020-2032 (156 Monate im Plan angegeben) ist, dann passt einfach rein rechnerisch nichts zusammen, denn wie gesagt, die über diese 13 Jahre verteilten monatlichen 1075 GEL betragen nicht 16 %, sondern 23 % der geliehenen Summe. Deshalb stellt das Gericht zwar selbst das Bestehen von „Grace“ – oder „Schonfrist“ (was terminologisch richtig ist) fest, ignoriert aber völlig den Inhalt dessen, was diese Schonfrist beinhaltet – die fortlaufende Berechnung von 16 % Zinsen von Anfang an und die Verteilung der Zahlung der ersten zwei Jahre auf die Folgeperiode.

Wenn die vom Gericht vorgeschlagene Auslegung zumindest mit den von ihm aufgestellten Grundsätzen übereinstimmte, hätte es sagen müssen, dass das Darlehen für die ersten zwei Jahre vollständig zinsfrei war und für die nächsten 156 Monate zu 23 %, was es nicht getan hat und zu einem widersprüchlichen Ergebnis gekommen ist, dem man sich allein aus diesem einen Grund überhaupt nicht anschließen kann.

Das Gericht erklärte auch nicht, was war die Logik dahinter, die „Grace“-Zinsen getrennt zu halten, denn wenn es sich um gewöhnliche Zinsen handelt, die nach 2020 aufgelaufen sind (und nicht bereits aufgelaufene und nur aufgeschobene Zinsen), wie alle andere Zinsen, warum hat die Bank sie dann nicht zusammengeführt und getrennt?

Ohne die obig genannte geordnete und sich gegenseitig ergänzende Auslegung dieser beiden Bedingungen gibt es also überhaupt keine „Grace“-Frist, denn diese „Grace“-Frist ergibt sich aus der Auslegung, dass die aufgelaufenen 16 % in den ersten 2 Jahren nicht zurückgezahlt und auf die folgenden 156 Monate verteilt wurden. Diese ersten 2 Jahre waren eine Schon- also eine „Grace“-Frist. Wenn diese 16 % in den ersten zwei Jahren gar nicht berechnet wur-

⁵ Dieser widersprüchliche Charakter der Entscheidung wird besonders deutlich durch die Widersprüchlichkeit der Absätze 3.1.5 und 3.2.3 (siehe Einleitung).

den, dann ist nichts aufgeschoben und vergünstigt, aber das Darlehen selbst ist so: Es ist die ersten 2 Jahre unentgeltlich und dann mit 23 % verzinst. Abgesehen davon, dass ein solches Verständnis nichts mehr mit der Vereinbarung der Parteien zu tun hat und schlicht rechtswidrig ist (siehe unten), hat es auch nichts mit dem sprachlichen Verständnis des „Grace“-Begriffs als Vergünstigung zu tun.

Im Rahmen der vom Gericht vorgeschlagenen Auslegung ist die Zahlung dieser 126 GEL ab 2020 jedoch ohne entsprechende ausdrückliche Grundlage rechtswidrig. Wir werden jeden dieser Momente unten im Detail besprechen.

2. Die sprachliche Bedeutung von „Grace“ und die wörtliche Auslegung der Bedingung

Die allgemeinsemantische oder rechtlich-technische Bedeutung von „Grace“-Vergünstigung impliziert zwangsläufig das Bestehen einer Verpflichtung, von der Befreiung oder Milderung gewährt wird, aber wenn der Kreditnehmer in den ersten zwei Jahren überhaupt nicht zahlen musste, dann ist diese Verpflichtung überhaupt nicht entstanden, und die Bank hat ihm keine Vergünstigung gewährt, sondern diese Zeit einfach "geschenkt" und es hätte mit einem anderen Begriff artikuliert werden sollen.

Daher folgt aus dem wörtlichen Verständnis dieser Vereinbarung nur, dass Zinszahlungen gestundet, nicht „vergeben“ werden. Das heißt, „jetzt nehmen und später bezahlen“ bedeutet, dass der Kreditnehmer tatsächlich später zahlen muss, das heißt, es handelt sich nur um eine Milderung seiner Verpflichtung vordergründig, nicht um ein „Geschenk“. Ansonsten hieß die Bedingung: „[...] die Hälfte zahlen“, „zwei Jahre gratis“ usw. Das heißt, aus der wörtlichen Auslegung der Bedingung folgt nicht, dass der Kreditnehmer überhaupt nicht zahlt. Im Gegenteil, diese Grace Period, die im deutschen juristischen Wörterbuch der Schonfrist entspricht, bedeutet genau das – eine tilgungsfreie Zeit, und das Gericht selbst erwähnt dies ("Schonfrist"). Und die Vergünstigung kann in keiner zulässigen oder unzulässigen sprachlichen Weise so verstanden werden, dass die Zinsen

überhaupt nicht bezahlt werden, sondern nur als Aufschub.

3. Rechtswidrigkeit bei der gerichtlichen Auslegung

Die vom Gericht vorgeschlagene Auslegung geht jedoch nicht nur über den semantischen Rahmen der von den Parteien verwendeten Begriffe hinaus, sondern ist allein deshalb unzulässig und rechtswidrig, weil die daraus resultierende Vertragskonstruktion schlicht rechtswidrig ist. Unter den beiden Alternativen der Auslegung, wenn die erste den Willen der Parteien in voller Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gesetzes darstellt und die zweite diesen Willen in direkten Konflikt mit den Anforderungen des Gesetzes bringt, ist der Richter verpflichtet, die erstere zu wählen, und hat kein Recht, in die Willensfreiheit der Parteien einzugreifen, um sie der Eingehung eines rechtswidrigen Geschäftes zu beschuldigen.⁶ Insbesondere dann, wenn zwei rechtliche Konstruktionen, von denen die eine rechtmäßig ist und die andere nicht, gleichermaßen dem von den Parteien tatsächlich gewünschten Ergebnis entsprechen, muss das Gericht bei der Auslegung selbstverständlich den tatsächlichen Willen in diese rechtmäßige Konstruktion „einfügen“, um ihre Gültigkeit zu halten.⁷ Dies ist das Ausgangsprinzip der Auslegung und ihr äußerster Ausdruck ist die Umdeutung nach Art. 60 ZGB, die keine Auslegung mehr ist, sondern eine gerichtliche Berichtigung des Willens der Parteien – wenn die von den Parteien gewählte rechtliche Konstruktion in eine andere Konstruktion umgewandelt wird, die ebenfalls ihrem Willen entspricht und im Gegensatz zu der von ihnen gewählten rechtlich wirksam ist. Das Gericht muss also in jedem Fall die den Anforderungen des Gesetzes entsprechende Auslegung (Rechtskonstruktion) wählen – sofern sie freilich nicht unmittelbar dem tatsächlichen Parteienwillen widerspricht – um die Möglichkeit der Umsetzung (Rechtsgültigkeit) dieses Parteienwillen zu geben.⁸

⁶ MüKoBGB/*Busche*, 9. Aufl. 2021, BGB § 157 Rn. 1; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, 46 ff.; BGHZ 71, 77; BGHZ 20, 110.

⁷ MüKoBGB/*Busche*, 9. Aufl. 2021, BGB § 157 Rn. 1.

⁸ MüKoBGB/*Busche*, 9. Aufl. 2021, BGB § 157 Rn. 1; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, 46 ff.

Dies ergibt sich aus dem Primat der Willensautonomie der Parteien, der sich zunächst auf die Möglichkeit bezieht, ein Tatsachenergebnis herbeizuführen, das nur eine Darstellung rechtlicher Konstruktionen ist.⁹

Abgesehen von allen vorgenannten Argumenten, wonach hier nur die Stundung der Zahlung der bereits aufgelaufenen Zinsen vereinbart wurde und nicht ein unentgeltliches Darlehen für die ersten zwei Jahre, können dieses letzte Eingeständnis und eine solche Erklärung nicht nur legitim sein, weil es den Parteien vorwirft, ohne Notwendigkeit ein rechtswidriges Geschäft eingegangen zu sein, und damit ihre Willensfreiheit verletzt.

Insbesondere das vom Gericht gewährte zweijährige unentgeltliche Darlehen und 126 GEL, die danach auf unbekannter Basis als Zinsen berechnet werden, sind aufgrund der folgenden Umstände rechtswidrig:

a) Gesetzeswiderspruch wegen Unentgeltlichkeit des Kredits

Die Position der Beklagten, die später vom Gericht geteilt wurde und seine eigene Quasi-Erklärung fand, widerspricht dem Grundsatz der Entgeltlichkeit von Bankkrediten. Ein Bankkredit muss entgeltlich sein.¹⁰ Dies ist gemäß Art. 867 ZGB eine zwingende gesetzliche Anforderung, und die Bank kann dem Kunden überhaupt keine andere Art von Kredit (Nichtbank-

kredit) gewähren, da das Gesetz¹¹ und die Satzung der Bank dies ausdrücklich ausschließen.

Dass die Bank kein „kostenloses“ Darlehen vergeben kann, ist nicht nur eine gesetzliche Vorgabe mit entsprechenden privat- und öffentlich-rechtlichen Sanktionen, sondern auch eine Auslegungsregel des Vertrages – der Kreditnehmer, der von der Bank einen Kredit erhält, kann nicht erwarten, dass ihm die Bank einen unentgeltlichen Kredit gewährt und somit der Vertrag zu seinen Gunsten ausgelegt werden kann (dies entspricht nicht der Sichtweise des objektiven Empfängers). Allerdings hat das Gericht hier genau den falschen Weg eingeschlagen. Nach seiner Auslegung:

Dem Kreditnehmer wurden in den ersten zwei Jahren überhaupt keine Zinsen berechnet, später wurden ihm 16 % berechnet, und das ergibt zusammen, wenn man es auf die ganze Zeit verteilt, etwa 14 % pro Jahr, und das reicht für eine Entgeltlichkeit. Mit anderen Worten, es wurde zwar ein niedriger Zins vereinbart, aber es gab immer noch einen bestimmten Zins.

Diese Auslegung ist falsch, da ein verzinsliches Darlehen kein Kauf oder sonstiger Vertrag mit einer einzigen Leistungsverpflichtung ist – es ist in separate Zeiträume und separate Verpflichtungen unterteilt, das in diesen Zeiträumen zu erfüllen ist. Insbesondere wenn beispielsweise bei einem Kauf die Hälfte des tatsächlichen Werts des Objekts in Form der Entgeltlichkeit vereinbart wird, ist es immer noch eine Entgeltlichkeit – eine geringe Entgeltlichkeit, aber immer noch eine Entgeltlichkeit, und wir haben immer noch einen Kauf, kein Geschenk. Bei Krediten ist dies nicht der Fall. Ein verzinsliches Darlehen ist, anders als ein Kauf, ein Dauerschuldverhältnis mit regelmäßig wiederkehrenden Leistungen¹². Das heißt, die Zinszah-

⁹ BGHZ 71, 77; BGHZ 20, 110.

¹⁰ Neben Art. 867 ZGB ist dies auch in Artikel 1 h) des Gesetzes über die Aktivitäten von Geschäftsbanken festgelegt; sehen auch Art. 3 c) der EU-Verbraucherkreditrichtlinie von 2008; Zambakhidze, Kommentar zum Zivilgesetzbuch (Hrsg. Chanturia), Art. 867 Rn. 16, gcc.tsu.ge (28.07.2022); Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs von Georgien vom 4 Dezember 2015 in der Rechtssache № as--914-864-2015; vom 19 Februar 2021 in der Rechtssache №2/12964-20; Bülow, *Kreditvertrag und Verbraucherkreditrecht im BGB*, in: Schulze/Schulte-Nölke, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen 2001, 157; Bülow, in: Bülow/Artz, *Verbraucherkreditrecht*, 10. Aufl., 2019, BGB § 491 Rn. 97, 97a; Roth, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, *Bankrechts-Kommentar*, 3. Aufl., 2020, BGB § 491 Rn. 9-12; BeckOK BGB/Möller, 62. Ed. 1.5.2022, BGB § 491 Rn. 72-76; MüKoBGB/Schürnbrand/Weber, 8. Aufl., § 491 BGB, Rn. 37-40.

¹¹ Art. 20 1 e¹ und 20 III des Gesetzes über die Tätigkeit von Geschäftsbanken. Zwar kann eine Geschäftsbank mit Zustimmung der Nationalbank ausnahmsweise einen zinslosen Kredit vergeben, aber im Sinne der oben genannten Richtlinie ist es generell problematisch, ob diese Ausnahme für Verbraucherkredite gelten kann. Jedenfalls liege diese Einwilligung hier nicht vor, und nach der Begründung des Gerichts sei die Ausleihe rechtswidrig.

¹² BeckOK BGB/Martens, 62. Ed. 1.5.2022, EGBGB Art. 240 § 1 Rn. 16-18.

lungspflicht ist keine Teilung der einmaligen Zinszahlungspflicht, sondern sie entsteht mit Beginn des jeweiligen Zeitraums (Monat oder Tag) und wenn sie nicht entsteht, dann bedeutet das, dass ein zinsloses (unentgeltliches) Darlehen entstanden ist, auf dessen Vergabe die Bank kein Recht hat. Mit anderen Worten, die Tatsache, dass das Darlehen in der nächsten Periode entgeltlich geworden ist, kann die vorherige Periode nicht ebenfalls unentgeltlich machen, da die monatlichen Zinszahlungen eigenständige Verpflichtungen sind, die von Anfang an entstehen, und keine zeitliche „Dehnung“ einer einzelnen Verpflichtung. Es ist unmöglich, diese entgeltlichen und unentgeltlichen Zeiten miteinander zu verbinden und so letztendlich einen (gering) entgeltlichen Kredit zu erhalten, was beispielsweise bei einem Kauf möglich wäre. Somit war das Darlehen nach der Begründung des Gerichts in den ersten zwei Jahren „kostenlos“, was bei Bankkrediten nicht erlaubt ist, da die Bank nicht berechtigt ist, andere Kreditarten zu vergeben (Art. 867 ZGB).

Zusätzlich zu den oben genannten Bestimmungen ist es auch durch wettbewerbswidrige Vorschriften verboten¹³ – es ist einer Geschäftsbank nicht gestattet, mit dem „Verteilen“ unentgeltlicher Kredite zu beginnen. Wenn zum Beispiel eine der großen georgischen Banken beschließt, auch nur für ein Jahr unentgeltliche Kredite zu vergeben, wird am Ende des Jahres keine einzige kleine georgische Bank mehr existieren.

b) Rechtswidrigkeit aufgrund fehlender ausdrücklicher Grundlage für Zinszahlungen

Darüber hinaus ist die vom Gericht vorgeschlagene Definition unzulässig, auch weil in ihrem Rahmen die monatliche Gebühr von 126 GEL ab 2020 ebenfalls rechtswidrig ist, da ihr eine ausdrückliche vertragliche Grundlage fehlt.

Gemäß Art. 868 ZGB ist die Bank nicht berechtigt, dem Kreditnehmer ohne ausdrückliche Angabe der

Grundlage Zinsen in Rechnung zu stellen. In diesem Fall sind die vereinbarten 16 % als Vertragszins nicht mehr Grundlage für die Ansammlung dieser monatlichen 126 GEL, wenn ihre Ansammlung ab 2020 beginnt – wie bereits erwähnt, wenn die Abgrenzungsperiode 156 Monate beträgt, also 13 Jahre ab 2020 und nicht 15 Jahre ab 2018, dann betrug der jährliche Zinssatz 23 %, und dieser Prozentsatz wird nirgendwo im Vertrag erwähnt, und daher entbehren monatlich bezahlte 126 GEL der Anrechnungsgrundlage, womit das Gericht in dieser Vereinbarung einen weiteren rechtswidrigen Umstand „entwickelt“ hat.

c) Unzulässigkeit der „Entwicklung“ rechtswidriger Inhalte für die Vereinbarung

Somit ist die Bank nicht berechtigt, ein zinsloses Darlehen zu vergeben und ohne entsprechende eindeutig festgestellte Grundlage dem Kreditnehmer Zinsen zu berechnen, was die Bank in diesem Fall auch nicht getan hat, weil, wie immer wieder erwähnt wurde, die Zinsen fielen stetig an, und ihre Rückzahlung hätte ab 2020 beginnen sollen und das hätte nicht klarer und einfacher im Vertrag festgehalten werden können. Anstatt jedoch eine logische und einfache Auslegung zu wählen, bei der jede Vertragsklausel ihren Platz im Gesamtkonstrukt hätte und sich harmonisch ergänzen würde, entschied sich das Gericht für eine „Auslegung“, wonach den Parteien ein rechtswidriger Darlehensvertrag vorgeworfen wurde. Allein dieser Umstand stellt für sich genommen einen Eingriff in die Willensfreiheit der Parteien dar – das von den Parteien vereinbarte zulässige und rechtmäßige Geschäft wird seines authentischen Sinns entkleidet, den die Parteien hineingelegt haben, und deren Rechtsinhalt, der mit diesem Willen nichts zu tun hat, zugewiesen wird. Dies stellt eine unzulässige richterliche Willenskorrektur der Parteien dar, die eigentlich völlig über den Auslegungsbereich hinausgeht, einer entsprechenden normativen Grundlage entbehrt und somit völlig unzulässig ist.

In diesem Fall wollten die Bank und der Kreditnehmer einen Kredit über 61.000 GEL vereinbaren, dessen Zinsen der Kreditnehmer 2 Jahre lang nicht bezahlen musste und dann musste er über einen Zeitraum von 13 Jahren mit monatlichen Raten von 1075

¹³ Art. 6 II c) des Wettbewerbsgesetzes und 10^{bis} (3) 1 der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums; Späth, in: Götting/Nordemann, UWG-Kommentar, 3. Aufl., 2016, § 4 UWG Rn. 4.43, 4.44.

GEL zurückzahlen. Um dieses Ziel zu erreichen, fanden sie eine absolut sinnvolle und einfache Rechtsform, nämlich ein 16%-Darlehen für 15 Jahre, mit der Bedingung, dass die in den ersten zwei Jahren angefallenen Zinsen später gezahlt und auf die nächsten 13 Jahre verteilt würden. Das Gericht ersetzte diese Rechtsform durch ein völlig unentgeltliches Darlehen für die ersten zwei Jahre und später durch ein 23%-Darlehen, das den Rahmen der Auslegung des Parteienwillens völlig sprengt und darüber hinaus direkt gegen das Gesetz verstößt zusätzlich zu dem oben Gesagten, auch weil diese 23 % nirgendwo im Darlehensvertrag erwähnt werden und somit den Anforderungen des Art. 868 ZGB widersprechen. Das Gericht ist nicht berechtigt, den von den Parteien tatsächlich gewollten und niedergelegten Willen in eine rechtswidrige Hülle zu hüllen. Dies ist ein Eingriff in die Privatautonomie der Parteien.

Somit hatte das Gericht, um die vorstehenden Punkte zusammenzufassen, die Wahl eine in sprachlicher und materieller Hinsicht logisch geordnete und eigenständige Auslegung nach der Vertragsgestaltung auszusuchen, wonach der Vertrag den Anforderungen des Gesetzes entsprach, oder eine „Auslegung“ auszuwählen, die direkt die Bedeutung der in den Vereinbarungen verwendeten Begriffe ignoriert, wonach die Vertragsbedingungen einander widersprechen und der Vertrag selbst rechtswidrig wird. Das Gericht hat aus nicht nachvollziehbaren Gründen diese zweite Auslegung gewählt, die nicht mehr als Auslegung gelten kann und eher ein Versuch ist, die Parteien an den vom Gericht entwickelten Vertrag zu binden, wozu der Richter natürlich nicht berechtigt ist.

V. Verpflichtung zur Zahlung von „Grace-Zinsen“ bei vorzeitiger Vertragskündigung

Bei längerfristigen entgeltlichen Verhältnissen ist, wenn diese Entgeltlichkeit für einen bestimmten Zeitraum zur Verfügung gestellt wird (z. B. aufgelaufene Zinsen bei einem Darlehen), auch bei vorzeitiger Kündigung dieses Verhältnisses ist diese Leistung selbstverständlich für die abgelaufene Zeit zu zahlen. Wenn die Mietvertragsparteien beispielsweise eine monatliche Miete von 1000 GEL vereinbaren, mit der

Bedingung, dass die erste Jahresmiete nach Ablauf der 10-jährigen Mietzeit gezahlt wird, das Mietverhältnis aber aufgrund einer Vertragskündigung in 3 Jahren endet, muss diese erste Jahresmiete natürlich vom Mieter bezahlt werden. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Entgeltlichkeitsprinzip dieses Vertrages. Genau dies ist im vorliegenden Fall – der Darlehensnehmer kann aufgrund der vorzeitigen Beendigung des Darlehensverhältnisses im Jahr 2020 nicht von der Verpflichtung befreit werden, die bereits in 2018-2019 angefallenen „Grace-Zinsen“ zu zahlen.

1. Die Bedingung der vorzeitigen Rückzahlung umfasst auch die sofortige Zahlung von „Grace-Zinsen“

Dass bei vorzeitiger Kündigung des verzinslichen Darlehensvertrages durch Vorauszahlung die Verpflichtung zur Zahlung der aufgelaufenen Zinsen sofort fällig wird, ergibt sich unmittelbar aus dem Wesen dieser Kündigungsform, jedoch war dies im vorliegenden Fall auch im Vertrag selbst eindeutig festgelegt.

Wie oben erwähnt, wurden für das Darlehen die „Grace-Zinsen“ von Anfang an berechnet. Daraus folgt, dass diese Zinsen zusammen mit dem Hauptbetrag und anderen Gebühren zum Zeitpunkt der Vertragskündigung durch Vorauszahlung im Jahr 2020 fällig waren. Am 10.07.2020 informierte der Kreditnehmer die Bank über die vorzeitige Rückzahlung des Kreditbetrags, er beabsichtigte jedoch nicht, die „Grace-Zinsen“ zu zahlen, die Bank akzeptierte seine Zahlung nicht. Danach hinterlegte der Kreditnehmer den Restbetrag ohne „Grace-Zinsen“.

Das Recht zur vorzeitigen Rückzahlung des Darlehens kann gesetzlich als einseitiges Kündigungsrecht ausgestaltet werden¹⁴, oder dieses Kündigungsrecht kann ausgeschlossen werden und eine vorzeitige Vertragsbeendigung nur durch Abschluss eines Aufhebungsvertrages zwischen dem Darlehensnehmer und der Bank möglich sein¹⁵. Die Bedingung für den Aus-

¹⁴ Knops, in: Derleder/Knops/Bamberger (oben Fn. 2), § 14 Rn. 1 ff. (419).

¹⁵ Weber, Das Vorfälligkeitsentgelt bei vorzeitiger Rückzahlung eines Hypothekendarlehens, NJW 1995, 2952.

schluss der einseitigen Kündigung liegt vor, wenn zwischen der Bank und dem Kreditnehmer ein fester Zinssatz vereinbart ist und einen „Preis“ für diesen festen Zinssatz darstellt¹⁶.¹⁷ In diesem Fall wurde diese Festverzinsung vereinbart und auch das einseitige Kündigungsrecht gemäß Ziffer 3.1.4.2 der Geschäftsbedingungen des generellen Kreditlinienvertrages zwischen der Bank und dem Kreditnehmer ausgeschlossen wurde, wo erwähnt wurde, dass eine vorzeitige Rückzahlung der Zustimmung der Bank bedarf¹⁸.¹⁹ Das heißt, die Kündigung des gegebenen Darlehensverhältnisses durch Aktivierung der Vorauszahlungsbedingung war nur durch Vereinbarung zwischen dem Kreditnehmer und der Bank (Aufhebungsvertrag) möglich, allerdings liegt diese Vereinbarung hier vor, da die Bank auf das vom Kreditnehmer am 10.07.2020 abgegebene Angebot mit Zustimmung reagiert hat. Der Umstand, dass der Kreditnehmer und die Bank unterschiedliche Vorstellungen über den Betrag hatten, der in diesem Fall an die Bank zu zahlen wäre, steht der Gültigkeit der Vereinbarung nicht entgegen, weil aus der Willensäußerung der Parteien nicht hervorgeht, dass der eine oder andere dies (Übereinstimmung des zu zahlenden Betrages mit seinen Vorstellungen) zur Bedingung dieses Aufhebungsvertrags gemacht hat und erst nur in diesem Fall seine Gültigkeit haben wollte. So wurde auf das Angebot des Kreditnehmers mit Zustimmung der Bank ein Aufhebungsvertrag zwischen den Parteien geschlossen, der das bestehende Darlehen kündigte und in den Vorauszahlungsmodus überführte. Aufgrund dieser Vereinbarung war der Darlehensnehmer verpflichtet, die aufgelaufenen und ausstehenden Zinsen zusammen mit den entsprechenden Gebühren und dem verbleibenden Hauptbetrag zu zahlen. Diese Bedingung wird ausdrücklich in derselben Ziffer 3.1.4.2 der Geschäftsbedingungen der generellen

Kreditlinie angegeben – „[...] nach Vereinbarung der Parteien können der Kreditbetrag und die Zinsen im Voraus gezahlt werden [...]“. Dies wird auch durch Ziffer 9.6 dieser generellen Kreditlinie bestätigt²⁰.

Das heißt, dass der Darlehensnehmer bei der Vorauszahlung des Darlehens zwar von der Verpflichtung zur Zahlung der aufgelaufenen Zinsen in der Folgezeit befreit wird, dies gilt jedoch nicht für die bereits aufgelaufenen Zinsen. Bereits aufgelaufene Zinsen sind in jedem Fall zu zahlen, unabhängig davon, ob der Vertrag termingerecht oder vorzeitig beendet wird. Diese selbstverständliche Bedingung wurde in der von den Parteien unterzeichneten Vereinbarung zusätzlich ausdrücklich festgehalten, das bedeutet, dass die für das Jahr 2018-2020 aufgelaufenen 16 % Zinsen, deren Zahlungsaufschubvereinbarung zusammen mit der Kündigung des Darlehens gekündigt wurde, automatisch zum Zeitpunkt dieser Kündigung fällig wurden (Art. 626 I ZGB).

2. Anlage Nr. 13 – Bestimmung der Bedingung für die Zahlung in Summe gemäß Art. 325 ZGB

Zur Anlage Nr. 13: Diese Anlage sei nach Behauptung der Beklagten nicht Bestandteil des Vertrages in Form von Geschäftsbedingungen geworden und damit die Bedingung (2.12)²¹, wonach die Bank bei vorzeitiger Rückzahlung die aufgelaufenen Zinsen des Darlehens während der Schonfrist geltend machen könnte, rechtlich nicht bindend. Der erste Teil dieser

¹⁶ Weber, NJW 1995 (oben Fn. 16), 2951.

¹⁷ argumentum ex Art. 871 I ZGB

¹⁸ „Aufgrund einer mündlichen oder schriftlichen Erklärung des Kunden gegenüber der Bank können der Kreditbetrag und der Zinsvorteil nach Vereinbarung der Parteien auch früher als im Plan vorgesehen vorzeitig gezahlt werden.“

¹⁹ In den Geschäftsbedingungen dieser generellen Kreditlinie (Ziffer 9) ist das Recht des Kunden, den Vertrag nach Kreditaufnahme einseitig zu kündigen, nicht festgehalten. Das Kündigungsrecht wird nur durch Vereinbarung mit der Bank fixiert.

²⁰ „Die vollständige oder teilweise Kündigung des Vertrags und/oder anderer damit verbundener Verträge entbindet den Kunden nicht von der vollständigen und ordnungsgemäßen Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus dem Vertrag und/oder anderen damit verbundenen Verträgen ergeben und/oder durch Gesetz festgelegt wurden (einschließlich Kredit, Kreditlinie, Überziehungskredite und/oder ähnliche Schulden, aufgelaufene Zinsvorteile (einschließlich entgangene Gewinn), Provisionen, Vertragsstrafe sowie jede andere Art von Schulden) bis zum Zeitpunkt der erzwungenen oder freiwilligen Erfüllung dieser Verpflichtung.“

²¹ „Nutzt der Kunde eine Schonfrist zur Zahlung von Zinsen, so werden die während der Schonfrist auf den Kreditbetrag angefallenen Zinsen auf die Restlaufzeit des Kredits verteilt und vom Kunden gemäß dem Zeitplan zusammen mit anderen Zahlungen bezahlt werden. Darüber hinaus im Fall/wenn der Kunde das Darlehen ganz oder teilweise vor Fälligkeit zurückzahlt, ist er zur vollständigen Rückzahlung verpflichtet, einschließlich der nicht gezahlten Zinsen, die während der Schonfrist auf den Darlehensbetrag angefallen sind.“

Behauptung der Beklagten ist richtig, der zweite Teil ist falsch. Die in Anlage Nr. 13 festgehaltenen Bedingungen sind wahrscheinlich nicht wirklich Bestandteil des ursprünglichen Vertragsinhalts in Form von Geschäftsbedingungen geworden, was jedoch nichts daran ändert, dass sie durch die Verwendung des ihr von der Bank im Rahmen des Vertrags gewährten Rechts, ein Vertragsteil geworden sind, die gemäß Art. 325 ZGB die Möglichkeit vorsahen von der anderen Partei zu erbringende Leistung zu spezifizieren/definieren.

Allerdings ist hier anzumerken, dass die Auslegung dieser Anlage Nr. 13 im Sinne des Art. 325 ZGB nur als Sicherungsargument für die Bank herangezogen werden kann, weil die Verpflichtung zur Zahlung der aufgelaufenen „Grace“-Zinsen in einer Summe bei vorzeitiger Rückzahlung, wie im vorigen Kapitel erwähnt, ist bereits im generellen Kreditlinienvertrag eindeutig formuliert und ergibt sich zusätzlich aus dem Darlehensaufhebungsvertrag in der Form der Vorauszahlung.

Was die Anlage Nr. 13 betrifft, ist diese Anlage als die Modalität der Erfüllung der Leistung gemäß Art. 325 ZGB zu verstehen – Bestimmung der Bedingungen der Verpflichtung. Bei solch langfristigen Beziehungen, wie einem Kredit oder einem Arbeitsverhältnis, ist nicht alles im Voraus kalkulierbar. Da der Arbeitgeber das Recht hat, dem Arbeitnehmer mitzuteilen, was er zu einem bestimmten Zeitpunkt tun soll, gilt in diesem Fall die gleiche Regel: Aus jeder Auslegung dieses Darlehens folgt, dass diese Zinsen bereits in den Jahren 2018-2020 aufgelaufen sind und die Zahlungsweise von der Bank einseitig auf der Grundlage der Willenserklärung gemäß Art. 325 ZGB festgelegt wurde. Diese Festlegung basierte auf Ziffer 9.5.2.2 des generellen Kreditlinienvertrags, wonach die Bank berechtigt ist: „[...] Auf der Grundlage der Entscheidung, den Vertrag und/oder andere damit verbundene Verträge zu kündigen, verlangt sie vom Kunden, dass er seine finanziellen Verpflichtungen vor dem Fälligkeitsdatum erfüllt (einschließlich der Höhe des Kredits, der Kreditlinie, des Überziehungskredits und/oder anderer ähnlicher Schulden, aufgelaufener Zinsen); (einschließlich entgangenen

Gewinns), Provisionen und Gebühren sowie jede andere Art von Schulden), in welchem Fall der Kunde keine zusätzlichen Gebühren für die Erfüllung der Verpflichtung im Voraus und/oder für die Refinanzierung von anderen Finanzinstituten zahlen muss.“ Diese Bedingung, die dem Kapitel „Vertragskündigung“ zugeordnet ist, und nicht Ziffer 10.2 und seine Unterpunkte (die sich auf die Vertragsänderung beziehen), ist die zusätzliche Rechtsgrundlage für die Forderung der Bank nach diesem Betrag. Die Ausübung des in Art. 325 ZGB vorgesehenen Rechts stellt keine Änderung des Vertrags oder seiner Modifikation dar, sondern nur eine Konkretisierung der bereits allgemein festgelegten Verpflichtung. Deshalb ist die ausführliche erstinstanzliche Diskussion, ob es Voraussetzungen für die Bank gab, den Vertrag zu ändern, völlig unerheblich – Anlage Nr. 13 war eine Konkretisierung der Verpflichtung des Kreditnehmers, keine anfängliche Auferlegung, und ihre Grundlage war Ziffer 9.5.2.2 des generellen Kreditlinienvertrags, dessen Voraussetzungen hier klar angegeben sind.

VI. Zahlung der Vertragsstrafe und Verfahrensfrage

Aufgrund der Tatsache, dass, wie oben erwähnt, im Falle der Kündigung des Darlehens wegen Vorauszahlung neben dem Hauptbetrag und den Gebühren sofort die vollen Beträge der „Grace-Zinsen“ fällig und zahlbar waren und der Darlehensnehmer diese nicht bezahlte, stellt dies eine Pflichtverletzung dar und er hat dafür die entsprechende, im Vertrag festgelegte Vertragsstrafe zu zahlen.

Was die Verfahrensfrage betrifft, so ist die Auslegung des Vertrags keine Tatsachensache, sondern eine rechtliche Qualifikation. Alle für diese Auslegung erforderlichen Hinweise und Nachweise sind in der Sache eingeholt und von den Parteien umgesetzt worden. Das erstinstanzliche Gericht hat zwar selbst festgestellt, dass es eine „Grace“-Frist gegeben habe, ihr aber einen falschen Rechtsinhalt gegeben. Dem Berufungsgericht steht es frei, die fehlerhafte Auslegung der ersten Instanz zu ändern, und es bedarf dazu keiner Heranziehung zusätzlicher Tatsachen oder der Vorlage von Beweismitteln durch die Parteien.

Verwaltung und Verfügung des Gesamthandgegenstands

Assoz. Prof. Dr. Tamar Zarandia

Dekanin der Juristischen Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis

I. Allgemeine Bestimmungen

Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Verwaltung und Verfügung des Gesamthandgegenstands werden durch Artikel 956 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs geregelt, wonach es sich bei Entscheidungen im Zusammenhang mit der Verwaltung um die kollektive Entscheidungsbefugnis der Teilhaber handelt.¹ Der Hauptgedanke der besprochenen Normen ist die Bestimmung der Grundsätze und Regeln der gemeinsamen Verwaltung – der Teilrechte.² Als eines der Prinzipien kann die Regelung des ersten Teils von Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs angesehen werden, der sich auf die Verwaltung des Gesamthandgegenstands im Hinblick der Stimmenmehrheit bezieht. Es sei auch darauf hingewiesen, dass die zivilrechtlichen Vorschriften über die kollektive Verwaltung des Gesamthandgegenstandes in Fällen zurücktreten, in denen die einzelnen Teilhaber individuelle Rechte ausüben, wie das Recht auf Früchte (Artikel 955 des Bürgerlichen Gesetzbuches), Veräußerung von eigenen Anteilen (Artikel 959 des Bürgerlichen Gesetzbuches) usw.³

Schon die grammatikalische Auslegung der §§ 956 und 957 BGB reicht aus, um zu dem Schluss zu kommen, dass der Gesetzgeber zwischen dem Entscheidungsrecht der Führung und der Durchführung von Geschäftsführungsmaßnahmen unterscheidet. Darüber hinaus sieht der Gesetzgeber in § 958 Abs. 2 BGB auch die Mitwirkungspflicht bei Entscheidungen im Bereich der Geschäftsführung vor. Die allgemeine Pflicht zur Durchführung von Geschäftsführungsmaßnahmen sind jedoch nicht gesetzlich explizit definiert.⁴ Darin kann man den Unterschied zwischen dem Bruch-

teilrecht und Institut der Miterbschaft erkennen. Der Gesetzgeber bestimmt in diesem Fall nicht unmittelbar und eindeutig die Verpflichtung des Bruchteilberechtigten, sich aktiv an der Verwaltung des Gesamthandigentums zu beteiligen. Eine solche Verpflichtung kann sich jedoch nur ausnahmsweise in Form einer Nebenverpflichtung aus dem besonderen Verhältnis der Beteiligten ergeben. Es ist auch möglich, dass das Recht zur Durchführung von Instandhaltungsmaßnahmen gemäß § 956 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu einer Pflicht wird.

II. Verwaltung und Nutzung

Die Begriffe „Verwaltung“ und „Nutzung“ in den Artikeln 956 und 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs werden nicht einheitlich verwendet. Die Grundlage dieses Unterschieds liegt jedoch nicht in der Tatsache, dass Artikel 956 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich auf die gemeinsame Verwaltung bezieht und Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf die Möglichkeit verweist, Entscheidungen in Bezug auf die Verwaltung mit Stimmenmehrheit zu treffen. Um den Unterschied zwischen der Verwaltung und der Nutzung eines Gemeinschaftsrechts zu erkennen, ist es wichtig, zwischen der Entscheidung in Bezug auf die Verwaltung und dem Gegenstand oder Inhalt dieser Entscheidung zu unterscheiden. Im Artikel 956 des Bürgerlichen Gesetzbuchs spricht der Gesetzgeber über die Verwaltung (erster Teil) und der Erhaltung des Gegenstands (zweiter Teil), was darauf hindeutet, dass Maßnahmen ergriffen werden, die für die Instandhaltung des Objekts erforderlich sind. Im Gegensatz dazu bezieht sich Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowohl auf

¹ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 1.

² Vgl. Gehrlein in BeckOK BGB, Hau/Poseck, 58. Edition, Rn. 1.

³ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 1.

⁴ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 2.

die Verwaltung als auch auf die Nutzung einer gemeinsamen Sache. Man darf sagen, dass sich Verwaltung und Nutzung im Sinne von Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur auf den Gegenstand oder Inhalt von Entscheidungen im Zusammenhang mit der Verwaltung und nicht auf die Entscheidung selbst beziehen. Der Inhalt der Entscheidung im Bezug zur Verwaltung umfasst demnach sowohl die Maßnahmen zur Verwaltung als auch die Nutzung des Gesamthandgegenstands.

Verwaltung und Nutzung der Gemeinschaftssache stellt den Gegenstand von Verwaltungsentscheidungen dar.⁵ Verwaltung in diesem Sinne umfasst Maßnahmen, die sich auf das gemeinsame Interesse aller Miteigentümer an dem gemeinsamen Recht beziehen, insbesondere die Instandhaltung oder Veränderung der gemeinsamen Sache oder ihrer Nutzung. Im Gegenteil dazu dient die Nutzung und Früchteziehung im Sinne des § 955 BGB den Interessen des einzelnen Bruchteileigentümers. Die kollektive Entscheidung über die Verwaltung schafft die Voraussetzungen für die individuelle Nutzung.⁶ Was in diesem enthalten ist, wird durch die Art des gemeinsamen Objekts, seinen Eigenschaften und die Verbindung zur aktuellen Situation bestimmt. Die Verwaltung umfasst alle Entscheidungen und Maßnahmen, zu denen auch die Feststellung (Regelung) des Sachverhalts in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gehört, die zugunsten der Interessen aller Beteiligten zu treffen sind und daher gemeinsam entschieden werden müssen. Die Verwaltung unterscheidet sich von der in Artikel 955 (zweiter Teil) des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehenen Nutzung dadurch, dass sie über die Voraussetzungen der Nutzung, insbesondere der persönlichen Nutzung, entscheidet. Im Gegensatz zu dem, was gesagt wurde, wird, wenn es sich um eine Verwaltungsentscheidung handelt, nicht streng zwischen Verwaltung und Verfügung unterschieden. Verfügung kann, sofern der vorgegebene Umfang eingehalten wird, Gegenstand einer Verwaltungsentscheidung sein.⁷ Daher fällt auch die Frage der Veräußerung des gemeinschaftlichen

Gegenstands in den Anwendungsbereich der Artikel 956 und 967 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.⁸ Der Beteiligte darf die wertsteigernde Sache nur gemäß § 956 Abs. 2 BGB verwenden und nur gemäß § 957 Abs. 2 BGB von anderen verlangen. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so kann sich der Gesellschafter nicht auf die Regel der Verwaltung oder Nutzung stützen, somit kann er auch keine objektiv wertsteigernde Veränderung verlangen.

Beispiele für den Gegenstand von Entscheidungen im Zusammenhang mit der Verwaltung sind: jede Entscheidung über die Art der Verbrauch und Nutzung, die Anlage von Geldern und die Deckung der Kosten, die Bestellung oder Abberufung eines Verwalters, die Durchführung der Verwaltung durch einen Miteigentümer, der Abschluss eines Treuhandvertrags bezüglich Eigentumsverwaltung, Anmietung oder Verpachtung, Mietfestsetzung, Mieterhöhungsbeschluss sowie Beendigung oder Fortsetzung des Pacht- oder Mietverhältnisses.⁹ Prinzipiell ist auch nicht ausgeschlossen, dass auch Verfügungen Gegenstand einer geschäftsführungsbezogenen Entscheidung sind.¹⁰ Unter Verwaltung kann auch die faktische Änderung des Gegenstands selbst gemeint sein, beispielsweise infolge von Baumaßnahmen, Instandhaltungsmaßnahmen nach § 956 Abs. 2 können Gegenstand von Verwaltungsentscheidungen sein. So zum Beispiel bei Reparaturkosten oder Schuldentilgung, um eine Zwangsvollstreckung zu vermeiden. Dazu gehört auch die Modernisierung, durch die der Gemeingegenstand an den Stand der technischen Entwicklung angepasst wird. Im Rahmen der Befugnis zur Verwaltung des Gesamthandgegenstands haben die Bruchteileberechtigten auch die Möglichkeit, eine Entscheidung über die Übertragung der Befugnis zur Verwaltung auf einen Dritten zu treffen.¹¹ In den Anwendungsbereich des § 956 BGB fällt jede solche Beschlussfassung oder Durchführung von Maßnahmen, die im Einklang mit den sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden gemeinsamen Interessen der Gesamthandgemeinschaft stehen und der Erhaltung des gemeinsamen Gegen-

⁵ Vgl. *Schmidt* in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 4.

⁶ Vgl. *Soergel/Hadding*, Verlag W.Kohlhammer, 2012, § 744, Rn. 2.

⁷ Vgl. *Eickelberg*, in Staudinger BGB, 2015, § 744 Rn. 9.

⁸ Vgl. BGH NZG 10, 938; NJW 11, 61, 63.

⁹ OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 11; BGHZ 56, 47, 50.

¹⁰ Vgl. *Schmidt* in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 5.

¹¹ *Sänger* in Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage 2019, Rn. 3; BGH NJW 1983, 449.

standes, deren Substanz und des wirtschaftlichen Wertes dient.¹²

Unter dem Begriff Verwaltung fällt nicht: Organisatorische Akte, durch die Gesellschafter die Gestaltung ihres Mitbestimmungsrechts organisieren,¹³ zum Beispiel, Auflösung von Gemeinschaftsrechten oder Verkauf von Gemeingegenständen, Verbot der Anteilverfügung.¹⁴ Verfügungen über den Gesamthandgegenstand (z. B. Belastung mit Hypotheken) werden in der Regel von Verwaltungsmaßnahmen abgegrenzt, können aber Gegenstand von Verwaltungsentscheidungen sein.

III. Auf Konsens basierte Verwaltungsentscheidungen

1. Hauptprinzipien

Gemäß Artikel 956 erster Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann jede Verwaltungsmaßnahme nur im gegenseitigen Einvernehmen, gemeinsam durchgeführt werden. Die Verwaltungs- oder Verwendungsregel kann, wie sich indirekt aus Artikel 957 zweiter Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergibt, einstimmig vereinbart oder angenommen werden. Die Verwaltung kann auf einer langjährigen Praxis oder einer konkludenten Zustimmung beruhen, muss jedoch gemäß den in Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehenen Voraussetzungen nachgewiesen werden.¹⁵ Die Begrenzung des zweiten Teils von Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs findet hier keine Anwendung. Kein Bruchteilberechtigter kann behaupten, dass die von ihm persönlich gebilligte Regelung nicht seinen Interessen entspricht. Nur eine Variante des faktischen Verhältnisses kann das Anspruchsrecht nach dieser Norm entstehen lassen.

Die Geschäftsführung kann einem Beteiligten oder sogar einer dritte Person übertragen werden.¹⁶ Normalerweise sollte dies als Ermächtigung in diesem Tätigkeitsbereich angesehen werden. Im Innenverhältnis

entstehen diesem Beteiligten die Pflichten eines Vertreters (bevollmächtigter Eigentümer). Es kann auch ein herkömmliches Verwaltungssystem eingerichtet werden, das von der Art, wie sie das Gesamthandsrecht als solches vorsieht, fremd ist. Einzelnen Beteiligten können Sonderrechte eingeräumt werden.¹⁷

2. Vereinbarung und Entscheidung

Der Unterschied zwischen Vereinbarungen und Beschlüssen im Falle ihrer einstimmigen Annahme ist eine eher theoretische Frage. Der zweite Teil des Artikels 957 des Bürgerlichen Gesetzbuches konfrontiert die Entscheidung, die mit der Mehrheit der Stimmen, gegen eine Vereinbarung, getroffen wurde. Wenn das Recht einstimmig angenommen wurde, so kommt es nicht darauf an, ob die Einladung und Versammlung (Beschluss) vorher erfolgt ist oder nicht (Einigung). Gemäß Artikel 957 erster Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt für Beschlüsse das Mehrheitsprinzip. Mehrheitsentscheidungen erfordern im Gegensatz zu Vereinbarungen Einhaltung eines Entscheidungsverfahrens für die Legitimität.¹⁸ Beschlüsse sowie Vereinbarungen sind jedoch keine Voraussetzung für die Einberufung einer Sitzung. Vielmehr kommt es nach dem Willen der Beteiligten praktisch darauf an, ob die einstimmig beschlossene Geschäftsordnung als Mehrheitsbeschluss beibehalten werden soll, wenn die Willensäußerung eines der Beteiligten unwirksam ist oder erfolgreich angefochten ist.

Liegen Anhaltspunkte für einen solchen Parteiwillen vor, so hängt die Rechtskraft der einstimmig angenommenen Verwaltungsregel von der Echtheit (rechtskräftig) des gegenseitigen Konsenses ab.

3. Wörtliche und konkludente Einigung

Vereinbarungen und einstimmige Entscheidungen können mündlich oder konkludent getroffen werden. Vermietet einer der beiden Bruchteilberechtigter das gemeinsame Grundstück, so handelt es sich ebenfalls

¹² Vgl. *Saenger* in Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage 2019, Rn. 4; *Staudinger/v. Proff*, 2015, § 744.

¹³ Vgl. *JurisPK-BGB/Ehlers*, 2015, § 745, Rn. 2.

¹⁴ Vgl. BGHZ 101, 24 = NJW 1987, 3177; BGHZ 140, 63 (68 f.) = NJW 1999, 781 (783).

¹⁵ Vgl. *Soergel/Hadding*, Verlag W.Kohlhammer, 2012, § 742, Rn. 3.

¹⁶ *Saenger* in Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage 2019, Rn. 3; *Soergel/Hadding*, Verlag W.Kohlhammer, 2012, § 742, Rn. 3; BGH NJW 1983, 449.

¹⁷ Vgl. *Schmidt* in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 14.

¹⁸ Vgl. *Schmidt* in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 15.

um eine Nießbrauchvereinbarung.¹⁹ Die tatsächliche Einwilligung in eine einseitige Nutzung und Belastung kann auf eine konkludente Regelung hindeuten, vermutlich auch beim nahehelichen Unterhalt. Wird die Garage oder der Zufahrtsbereich für längere Zeit benutzt oder dementsprechend nicht zweckgebunden genutzt, so liegt auch hierin eine Nutzungsvereinbarung. So können in manchen Fällen Entscheidungen „stillschweigend“ getroffen werden, eine solche „Entscheidung“ begründet für sich jedoch keine Verpflichtung. Die praktische Schlussfolgerung liegt nicht nur in der selbstverständlichen Möglichkeit, Mehrheitsbeschlüsse zu ändern. Darüber hinaus kann die Änderung gemäß den Voraussetzungen des zweiten Teils von Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs jederzeit beantragt werden, ohne dass es einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse bedarf. Die bloße Duldung eines Umstands stellt keinen Konsens mit Ausnahme des zweiten Teils von Artikel 957 dar.²⁰ Wenn der Vertrag Mängel enthält, wird die Behebung dieser Mängel durch den zweiten Teil von Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs geregelt.

4. Änderung

Mit allen vereinbarten oder entsprechend einstimmig beschlossenen Änderungen des Verwaltungsreglements bedürfen nur dann eines einstimmigen Beschlusses, wenn dies im Einzelfall dem Willen der Beteiligten entspricht.²¹ Ein solcher Wille wird vermutet, wenn die Mitwirkenden eine Regel annehmen wollen, die durch die endgültige Zustimmung aller oder andernfalls durch den Willen der Mehrheit garantiert wird. Wenn die Regel nicht mit der Mehrheit der Stimmen angenommen wird, kann die Änderung nicht nur durch Vereinbarung, sondern auch im Rahmen der Mehrheitskompetenz gemäß Artikel 957 erster Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs angenommen werden.

IV. Beschlüsse mit Stimmenmehrheit (Artikel 957 Teil 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Die mit Stimmenmehrheit getroffene Entscheidung

über die angemessene Verwaltung des gemeinsamen Objekts und die Nutzung dieses Objekts, ist eine verwaltungsbezogene Entscheidung. Gegenstand der Entscheidung sind nicht die Organisationsakte, mit denen das Gesamthandrecht die Gestaltungsfragen im Innenverhältnis regelt. Mit dieser Norm ist es möglich, interne organisatorische Angelegenheiten durch die Mehrheit der Stimmen der Bruchteilberechtigten zu regeln, mit der Ausnahme, dass die Entscheidung über dieselbe Angelegenheit zuvor nicht einstimmig getroffen wurde. Darüber hinaus ist die Beschlussfassung durch Mehrheitsbeschluss im Gegensatz zu einstimmigen Beschlüssen nur in begrenztem Umfang zulässig.²² Bemerkenswert ist, dass Bruchteilrecht keine durch die Satzung geschaffene juristische Person ist. Die Bruchteilberechtigten können im Innenverhältnis, eine sogenannte quasi-wirtschaftliche innere Organisation auf Grundlage der Satzung der Gemeinschaft bilden.²³ So kann das Gesamthandrecht, „Organe“ wie Vorstand, Versammlung etc. haben (Artikel 953). Damit gleicht sie einer „inneren Wirtschaftsgemeinschaft“, die im Außenverhältnis nicht rechtsfähig ist.²⁴ Durch eine Vereinbarung können die Gesellschafter die Mehrheitsbefugnisse über den Anwendungsbereich des ersten Teils von Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinaus erweitern.

1. Prozedere

Das Entscheidungsverfahren hängt maßgeblich vom Willen der Beteiligten ab. Es gibt keine Vorschriften zum Verfahren und es sollte aus der allgemeinen Idee des Gesetzes hergeleitet werden. Eine Beschlussfassung ist sowohl mündlich (auch fernmündlich) als auch schriftlich (auch elektronisch) zulässig. Entscheidungen können sich auch mit Fragen der sachgemäßen Nutzung befassen. Der Mehrheitsbeschluss darf jedoch nicht zu wesentlichen Änderungen führen, da er erhebliche Auswirkungen auf die wirtschaftlichen oder sonstigen Verhältnisse anderer Beteiligten haben

¹⁹ Vgl. *Soergel/Hadding*, Verlag W.Kohlhammer, 2012, § 744, Rn. 3.

²⁰ BGH NJW 1974, 364.

²¹ BGH NJW-RR 2010, 1312, 1313; Palandt/*Sprau* § 744 Rn. 2; unklar noch RGZ 160, 122, 128.

²² Vgl. *Soergel/Hadding*, Verlag W.Kohlhammer, 2012, § 745, Rn. 1.

²³ BGHZ 25, 311, 313; NJW 1957, 1800.

²⁴ Vgl. *Schmidt* in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 18.

kann.²⁵

2. Rahmen

Die Machtgrenzen der Stimmenmehrheit ergibt sich einerseits aus der Beschränkung des Entscheidungsgegenstandes und andererseits aus dem Schutz materieller Minderheiten. Eine allgemeine Kontrolle der Angemessenheit von Entscheidungen findet jedoch nicht statt.²⁶ Ein Mehrheitsbeschluss reicht nicht aus, wenn sich Zweck oder Form des Gegenstandes wesentlich ändert.²⁷ Der Zuständigkeitsbereich der Mehrheit wird durch den dritten Teil von Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt. Danach kann der Mehrheitsbeschluss auch dann rechtswidrig sein, wenn ein gültiger Beschluss über die Verwaltungsmaßnahme ergangen ist.

3. Bruchteil in einem Nutzungsrecht

Gemäß Artikel 957 dritter Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs hängt der Anteil des einzelnen Bruchteileigentümers von der Zustimmung des jeweiligen Bruchteileigentümers ab. Geschützt ist nicht nur das Bruchteilrecht an den Früchten (insbesondere Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung), sondern auch andere Arten von Nießbrauchsvorteilen.²⁸ Der dritte Teil von Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs garantiert jedoch nicht das in Artikel 955 zweiter Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehene Nutzungsrecht. Es besteht nur so lange, bis bei den Bruchteileigentümern das Prinzip des unentgeltlichen Privatgebrauchs besteht. Hiervon kann durch eine Verwaltungsregel abgewichen werden. Eine Verwaltungsregel kann an eine dritte Person oder an den anderen Bruchteileigentümer als Kompensation übertragen werden.²⁹ Das nach Artikel 956 zweiter Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs geregelte einschränkende Entscheidungsrecht der Nutzung, kann in Rechtskraft nicht nur deswegen eintreten, weil die Nutzung für den eigenen Verbrauch günstiger wäre. Es ist jedoch möglich, dass der Gesamthandgegenstand für ein bestimmtes Entgelt an

den Bruchteileigentümer übertragen wird. Ein Verstoß gegen den dritten Teil von Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann ein Fall sein, wenn eine Entscheidung getroffen wird, Reserven gegen die Minderheitsstimmen aufrechtzuerhalten.³⁰

4. Wesentliche Änderungen

Eine Entscheidung über eine wesentliche Änderung ist nicht mit Stimmenmehrheit möglich. Eine solche Änderung liegt vor, wenn sich der Zweck oder die Form der gemeinsam genutzten Objekte wesentlich ändert. Im Gegensatz zur Miterbschaft mit dem Ziel der Vermögensaufteilung, gehört dazu auch die Entscheidung zur vollständigen Veräußerung, auch zu einem angemessenen Preis. Eine signifikante Änderung kann nicht einfach wegen dieser Bedeutung "wesentlich" werden. Die Wahrung der Eigenschaften des Gegenstands (der erste Teil von Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) gegenüber den Entscheidungen der Mehrheit wird nicht nur durch den dritten Teil desselben Artikels gewährleistet. Die Wesentlichkeit der Änderung bestimmt sich nicht allein nach der in dem Umlauf herrschenden Meinung, sondern danach, wie stark sie auf dem Recht der Gesamthandsgemeinschaft beeinflusst. Eine besondere Rolle spielen dabei beispielsweise die Kosten für den Unterhalt eines gemeinsamen Gegenstands (Artikel 960). Erhebliche Verschlechterungen sind immer als wesentliche Veränderung anzusehen. Die Disposition von Teil 3 beschränkt sich zunächst auf den Gesamthandgegenstand, wenn bei Anwendung auf Miterben auf den gesamten Nachlass bezieht.³¹ Wesentliche Veränderungen sind z. B. die Bedeckung mit Steinplatten der Zufahrtsstraße, der Bau einer Müllabfuhr oder eines Aufzugs oder der Bau einer Garage an der Stelle, an der das Auto geparkt werden kann und so ähnlich.³² Dagegen bewirkt beispielsweise die Anmietung einer Immobilie keine wesentliche Veränderung der Sache und gehört nicht zu einer solchen Entscheidung.

²⁵ Vgl. *Soergel/Hadding*, Verlag W.Kohlhammer, 2012, § 744, Rn. 2.

²⁶ Vgl. *Schmidt* in *MüKo BGB*, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 22.

²⁷ Vgl. *Soergel/Hadding*, Verlag W.Kohlhammer, 2012, § 744, Rn. 3.

²⁸ Vgl. *Schmidt* in *MüKo BGB*, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 24.

²⁹ OLG Köln NZM 2001, 994; *Staudinger/Eickelberg*, 2015, § 745 Rn. 14.

³⁰ Vgl. *Schmidt* in *MüKo BGB*, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 24.

³¹ Vgl. *Schmidt* in *MüKo BGB*, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 25.

³² Vgl. *Soergel/Hadding*, Verlag W.Kohlhammer, 2012, § 744, Rn. 3.

5. Kontrolle der Gerechtigkeit (§ 957 Abs. 2 BGB)

Gemäß Artikel 957 zweiter Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist es möglich, die Gerechtigkeit von Mehrheitsentscheidungen über den allgemein anerkannten Rahmen hinaus zu kontrollieren. Aus dieser Sicht fungiert die auf dieser Norm beruhende Klage teilweise als Klage gegen den Beschluss der Mitgliederversammlung. Der zweite Teil von Artikel 957 ist nicht nur dann anwendbar, wenn es keine Entscheidung gibt, sondern auch, wenn es nach gerechter Beurteilung keine Regelung gibt, die den Interessen aller Beteiligten entspricht. Das im Abschnitt nach Artikel 957 vorgesehene Verfahren gibt die Möglichkeit, die rechtswidrigen Vorschriften ex nunc zu ändern. Gemäß dem zweiten Teil von Artikel 957 ist es auch möglich, Verstöße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung zu berichtigen.³³ Das Erfordernis des Erlasses einer angemessenen Gerechtigkeitsregel stellt einen notwendigen Kompromiss zwischen Inhaltskontrolle und Rechtssicherheit dar. Die allgemeine Zweckmäßigkeitkontrolle wird damit aber auch nicht anerkannt.

6. Rechtsfolge

a) Innerer Effekt

Die rechtlichen Folgen der tatsächlichen Entscheidungen der Mehrheit sind umstritten. Die Innenwir-

kung des Mehrheitsbeschlusses besteht darin, dass alle Beteiligten – einschließlich der Opposition – verpflichtet sind, sich an seiner Umsetzung zu beteiligen.³⁴

Diese Pflicht ist anfechtbar. Das Recht aufzugeben, die Zustimmung zu einer bestimmten Transaktion zu verlangen (und nicht das Recht, die Zustimmung zu Entscheidungen zu verlangen, die allgemein von der Mehrheit der Stimmen akzeptiert werden) (es ist richtiger: Konzession zur Durchführung) ist auch durch den Begünstigten des mit Stimmenmehrheit getroffenen Beschlusses möglich.

b) Außenwirkung

Ein Mittel zur Gewährleistung von Rechtssicherheit ist auch die zunehmend anerkannte Außenwirkung von Mehrheitsentscheidungen.³⁵ Ein mit Stimmenmehrheit gefasster Beschluss verleiht die Verfügungs- und Vertretungsbefugnis.³⁶ Wer zur Vollstreckung der Entscheidung im Innenverhältnis ermächtigt ist, kann die erforderlichen Rechtsgeschäfte mit Dritten sowohl für sich als auch für alle Berechtigten tätigen. Stimmt der Vertragspartner dem zu, so gilt dass die handelnde Person als für alle Mitberechtigten handelt.³⁷ Der Umfang der Verfügungs- und Vertretungsbefugnis aufgrund des mit Stimmenmehrheit gefassten Beschlusses liegt in der Gültigkeit des Beschlusses sowie im Bestimmtheitsgrundsatz.³⁸ Es dürfen nur solche Ge-

³³ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 29.

³⁴ Vgl. Soergel/Hadding, Verlag W.Kohlhammer, 2012, § 745, Rn. 8; Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 30.

³⁵ Vgl. Eickelberg, in Staudinger BGB, 2015, § 745, Rn. 40.

³⁶ Vgl. Soergel/Hadding, Verlag W.Kohlhammer, 2012, § 745, Rn. 2, Eickelberg, in Staudinger BGB, 2015, § 745 Rn. 44, Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 31.

³⁷ Die Praxis des Bundesgerichtshofs zu dieser Frage war zunächst undeutlich: Allerdings spricht sich BGHZ 49, 183 (192 f.) = NJW 1968, 743 (745) (Miterbschaft) zumindest in Eil- und Dringlichkeitsfällen für eine solche Vollmacht aus. Nach BGHZ 56, 47 (50) = NJW 1971, 1265 (1266) ist die Vollstreckung einer Entscheidung durch Mehrheitsbeschluss zugunsten oder gegen Miterben möglich, zumindest wenn es sich nicht um Verfügungen handelt. In Anlehnung an BGHZ 183, 131=NJW 2010, 765 (Miterbschaft) und entsprechend der hier in früheren Auflagen geäußerten Auffassung, werden solche Einschränkungen nicht mehr diskutiert. Nach BGH NJW 2011, 61 kann die Mehrheit der Miteigentümer als Vermieter stellvertretend für alle Miteigentümer das Mietverhältnis durch Rücktritt vom Vertrag kündigen. Die gleiche Regel gilt beispielsweise bei einem gemeinsamen Konto. Voraussetzung ist die Gültigkeit der Entscheidung (Artikel 32). Im Falle seiner

Unwirksamkeit ist der Schutz des Vertrauensgrundsatzes ausgeschlossen.

Das wesentliche und gerechte Argument gegen die Außenwirkung richtet sich auf die Vertretungsbefugnis und die daraus folgende Außenhaftung aller Beteiligten als Gesamtschuldner (§ 427) anstelle von Teilverpflichtungen (§ 748). Daher geht die Grenze der Vertretungsbefugnis, die sich aus dem Beschluss mit Stimmenmehrheit ergibt, bei Vorliegen einer primären Rechtspflicht (z. B. Kauf) mit der Pflicht zur Erfüllung einer Geldpflicht über. Ein Gesellschafter kann andere nicht unmittelbar durch Mehrheitsbeschluss zu Leistungen aus seinem Privatvermögen verpflichten. Bei anderen Transaktionen (Verkauf, Vermietung, Verpachtung) bleibt das Außenhandeln erhalten. Wenn die Handlung im Namen aller Gesellschafter durchgeführt wird, dann wird auch der Gesellschafter mit dem kleinsten Anteil zum Verkäufer, Mieter, Vermieter usw. Und er ist nicht verpflichtet, auf die Vertragserfüllung im Inlandsverhältnis zu warten. Die gemeinsame Ausübung des Stimmrechts aus den Stammaktien der Gesellschaft erfolgt problemlos mit der Mehrheit der Gesellschafterstimmen. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 31.

³⁸ Vgl. Zarandia, Sachenrecht, S. 69 ff.

schäfte eingegangen werden, deren Art im Rahmen des Beschlusses ausgewählt wurde, auch ohne Beteiligung abweichender Beteiligter und sogar gegen deren Willen, eine Außenwirkung, zum Wohle aller, entfalten. Beispielsweise muss die Vermietung eines gemeinschaftlich genutzten Grundstücks zu einem festen oder zumindest bestimmbareren Pachtzins erfolgen. Nur die Entscheidung, das Land zu pachten, reicht nicht aus. Auch der Umstand, ob die mit Stimmenmehrheit getroffene Entscheidung unmittelbar der Erteilung der Vollmacht diene, kann nicht entscheidend sein.³⁹ Genügt die Entscheidung dem Bestimmtheitsanfordernis, so hat die Vollmachtvorschrift nur klarstellende Bedeutung. Erfüllt sie diese Erfordernisse nicht, so ist die Bestimmung über die Erteilung der Vollmacht gegenstandslos. In der Praxis empfiehlt es sich, unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten, sowohl bei Veräußerungen als auch bei Haftungen, alle Gesellschafter zu beteiligen, etwa durch Erteilung der Verfügungs- oder Vollmacht einzeln. Aufgrund der fragwürdigen Rechtslage kann die Mehrheit von der Minderheit eine Vollmachtsurkunde bzw. Vollmacht verlangen. Beteiligte können ggf. selbst für Rechtssicherheit sorgen – mit einer Klage auf Anerkennung der Echtheit, als Hilfskraft – mit einer Klage auf Genehmigung der Transaktion. Diese Klage wäre beispielsweise nicht mangels Rechtsschutzinteresses oder eines fehlenden Anspruchs auf vorsorgliche Bestätigung der Transaktion unzulässig. Im Gegenteil, es ist jedoch auch weniger akzeptabel, die Teilnehmer zu diesen sichersten, aber schwierigsten Weg zu zwingen. Die Möglichkeit, externe Validität durch interne Prozesse sicherzustellen, verhindert nicht die unmittelbare Außenwirkung von Mehrheitsentscheidungen.

7. Falsche Entscheidungen

Fehlerhafte Entscheidungen können ungültig oder nichtig sein.⁴⁰ Im Gegensatz zu dem Gesagten gibt es keine anfechtbaren Entscheidungen im Bruchteilsgemeinschaft. Sie ist zu unterscheiden von der oben erwähnten Stimmenthaltung nach den einschlägigen allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs,

die gegebenenfalls auch die Entscheidung aufhebt.⁴¹ Verfahrensfehler führen zur Nichtigkeit bzw. Kraftlosigkeit der Entscheidung, wenn sie für das Ergebnis der Entscheidung von Bedeutung sind. Nichtigkeitsgründe sind darüber hinaus alle inhaltlichen Verstöße, insbesondere Verstöße gegen § 957 Abs. 3 BGB. Dient die verletzte Norm nur dem Schutz eines Individuums, so kann die Entscheidung durch Verweigerung des Anspruchs oder Verlust des Anspruchs, also durch formlose „Einwilligung“ oder Ausschluss des Anspruchs, korrigiert werden. Eine solche Berichtigung erfolgt, wenn der Bruchteileigentümer die ihm bekannte Bestimmung widerspruchslos akzeptiert (zulässt). Eine bloße weitere Information als „Probeverhandlung“ (außer § 242 BGB) ohne eine solche Zustimmung dürfte nicht ausreichen. Auch ein unbeachteter Beteiligter kann die Verletzung einer gerichtlichen Anhörung nur innerhalb angemessener Frist anfechten. Es gibt keine besonderen Regeln für die Einreichung eines Antrags auf Nichtigkeit. Jede Person kann jederzeit und im Zusammenhang mit Streitigkeiten die Entscheidung anfechten (Nichtigkeit).

V. Das Recht, auf gerechtes Verwaltungs- und Nutzungsrecht (Artikel 957 zweiter Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Alle Nutzer haben das Recht, auf Grundlage des gerechten Einschätzungsrecht bezüglich Verwaltungs- und Nutzungsregeln zu bestimmen. Dies steht unmittelbar im 2. Teil des § 957 BGB, der jedem Beteiligten das Recht einräumt, die angemessene Verwaltung und Nutzung im gemeinsamen Interesse aller Beteiligten zu verlangen, sofern dies nicht durch Vereinbarung oder Mehrheitsbeschluss geregelt ist. Insbesondere ist die Hauptvoraussetzung dieser Norm das Recht, die Form und den Inhalt zu verwalten und das Recht Nutzen zu ziehen, die den Interessen aller Benutzer entsprechen. Darüber hinaus definiert der Gesetzgeber noch eine weitere Voraussetzung, die besagt, dass es keine Entscheidung oder Vereinbarung geben soll, die Form oder Inhalt der Verwaltung und Nutzung bestimmt.

³⁹ Staudinger/Vogel, 11. Aufl. 1975, § 745, Rn. 10, მითითებულია: Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 32.

⁴⁰ Vgl. Eickelberg, in Staudinger BGB, 2015, § 749 Rn. 47.

⁴¹ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 33.

Allerdings schafft die angesprochene Vorgehensweise des Gesetzgebers gewisse Unklarheiten insofern, als der zweite Halbsatz des § 957 BGB das Forderungsrecht davon abhängig macht, dass es weder zu einer Vereinbarung noch zu einer Entscheidung kommen soll.

Ein solcher Fall ist nach der genannten Formulierung aber auch dann zu berücksichtigen, wenn diesbezüglich zwar eine gewisse Vereinbarung zwischen den Parteien besteht, diese aber in bestimmten Aspekten mit Mängeln behaftet ist und es daher im Einzelfall zur Regulierung der Beziehung nicht möglich ist.⁴² Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Beteiligte jederzeit eine Änderung des Inhalts einer solchen fehlerhaften Vereinbarung oder Entscheidung verlangen kann.⁴³ Insbesondere wenn sich die Ehegatten im Scheidungsverfahren befinden, kann eine Neuregelung der Verwaltung und Nutzung der gemeinsamen Eigentums- und Wohngemeinschaft erforderlich sein.⁴⁴ Die in Form eines Beschlusses erlassenen Vorschriften können ebenfalls geändert werden. Der Antrag auf Abänderung der mit Stimmenmehrheit gefassten Beschlüsse kann jedoch nicht nur bei weiteren Änderungen der Verhältnisse gestellt werden. Diejenigen, die mit der durch die Entscheidung angenommenen Regel nicht einverstanden waren, können die Entscheidung mit einer Klage auf der Grundlage des zweiten Teils von Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs anfechten, ohne dass ein Anspruch auf tatsächliche Beziehungen geltend gemacht werden muss. Es trifft zu, dass der zweite Teil von Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs kein Recht auf einen allgemeinen Antrag auf Annahme einer angemessenen Vorschrift gibt, aber das Recht, eine Änderung zu verlangen, besteht immer dann, wenn nach gerechter Beurteilung die gesetzlich (z. B. zweiter Teil von Artikel 955) oder per Beschluss erlassene Regelung nicht den Interessen aller Bruchteilberechtigter entspricht. Voraussetzung für einen gerichtlichen Antrag ist, dass die angestrebte Regelung nicht durch Vereinbarung oder Beschluss er-

reicht werden kann.⁴⁵

Gegenstand der Forderung ist nicht die Gerechtigkeit als solche, sondern immer nur eine bestimmte, vom Kläger geforderte Verwaltungs- oder Nutzungsregel. Dies schließt nicht aus, dass der Beteiligte das Recht hat, im Falle schwieriger Umstände des Falles, unter Berücksichtigung der Gerechtigkeit, eine bestimmte Auswahl aus vielen Lösungen zu treffen. Der Antrag basiert auf einer vernünftigen Einschätzung der Art und Weise, wie die Interessen des Bruchteilberechtigten verwaltet und ex nunc wahrgenommen werden.⁴⁶ Der Inhalt der Vorschrift ergibt sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles aus Artikel 957 zweiter und dritter Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die erste Voraussetzung ist, dass für den Beteiligten möglich sein sollte, eine Entscheidung über die gewünschte Anordnung zu treffen. Die zweite Voraussetzung ist, dass die angestrebte Regelung nach vernünftiger Einschätzung im besten Interesse aller Beteiligten liegen sollte. Drittens soll letztlich die Grenze des dritten Teils gewahrt und eine übermäßige finanzielle Belastung der Gegenseite vermieden werden.⁴⁷ Inhaltskontrolle (die zweite Prämisse) ist nicht dasselbe wie im Fall der Mehrheitsentscheidung. Eine mehrheitliche Entscheidung, eine bestimmte Maßnahme nicht zu ergreifen, kann mit den Interessen und der Gerechtigkeit aller Beteiligten vereinbar sein, selbst wenn eine Entscheidung, die Maßnahme zu ergreifen, vollkommen mit den Interessen und der Gerechtigkeit vereinbar ist.

VI. Individuelles Recht zur Durchführung von Aufbewahrungsmaßnahmen (Artikel 956 zweiter Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Der Zweck des zweiten Teils von Artikel 956 des Bürgerlichen Gesetzbuchs besteht darin, das Recht auf Werterhaltung jedes Beteiligten zu gewährleisten. Anders als der zweite Teil von Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gibt der zweite Teil von Artikel 956 des Bürgerlichen Gesetzbuchs das Recht, Maßnahmen durchzuführen und nicht nur das Recht, eine Zustim-

⁴² BGH NJW 1974, 364.

⁴³ BGHZ 34, 367, 370; NJW 1961, 1299, 1301; BGH NJW 1982, 1753; NJW 1984, 45, 46; 1993, 3326, 3327.

⁴⁴ BGHZ 87, 265; BGH NJW 1982, 1753; NJW 1986, 1340; NJW 1996, 2153, 2154; NJW-RR 1989, 1483; NJW 2000, 1425.

⁴⁵ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 35.

⁴⁶ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 36.

⁴⁷ Vgl. BGHZ 101, 24; BGH NJW 1953, 1427.

mung zu verlangen. Dementsprechend sind hier die Voraussetzungen strenger. Der Ausschluss eines individuellen Rechts kann weder durch Beschluss noch durch Vereinbarung im Voraus ausgeschlossen werden.⁴⁸ Durch eine Organisationsvereinbarung kann jedoch geregelt werden, dass der Kollisionsfall des zweiten Teils von Artikel 956 nicht vorliegt. Dabei handelt es sich nicht um einen unzulässigen Ausschluss individueller Rechte, sondern um eine präventive Regelung. Daher kann jeder Beteiligte im Bedarfsfall auch immer von diesem Recht Gebrauch machen. Neben dem zweiten Teil von Artikel 956 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist es nicht ausgeschlossen, dass der Beteiligte das Geschäft für eine andere Person ohne Auftrag verrichtet. Geschäftsführung ohne Auftrag kann gerechtfertigt sein, insbesondere bei Maßnahmen, die nicht der Instandhaltung dienen, sondern zwingend und dringend sind. Allerdings handelt es sich hierbei um einen Ausnahmefall, da Verfahren nicht mit kollektiven Wahrnehmungsbefugnissen kollidieren dürfen. Der zweite Teil von Artikel 956 spricht nicht von der Pflicht zur Durchführung von Instandhaltungsmaßnahmen. Sie kann sich jedoch im Einzelfall aus einem besonderen Rechtsverhältnis zwischen den Teilnehmern ergeben.

Die Voraussetzungen des § 956 Abs. 2 BGB sind im Einzelfall aus der Sicht eines vernünftigen und wirtschaftlich denkenden Beobachters zu prüfen.⁴⁹ Es sollte eine Erhaltungsmaßnahme vorliegen. Darunter versteht man eine Maßnahme, die dazu dient, ein gemeinsames Objekt in seiner Substanz oder Gebrauchstauglichkeit zu erhalten. Darüber hinaus regelt nach der Auslegung des Obersten Gerichtshofs von Georgien Artikel 956 Teil 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zusammen mit dem Recht auf Teilhabe auch seine Pflicht, erforderlichenfalls im Interesse anderer Miteigentümer zu handeln und solche Handlungen auszuführen, die die Aufrechterhaltung des Gegenstands des gemeinsamen Rechts in Übereinstimmung mit seinem funktionalen Zweck sicherstellen.⁵⁰

Ein Ereignis kann eine Aktion darstellen, aber auch ein Rechtsgeschäft sein. Als Ausnahme kann auch ein Verfügungsgeschäft in Betracht kommen. Die Verbesserung oder der Austausch von Teilen kann eine Instandhaltungsmaßnahme sein. Abweichend hiervon sind reine Ersatzmaßnahmen ausgeschlossen: Zum Beispiel eine Rekonstruktion.

Man kann es gemäß Artikel 957 zweiter Teil verlangen, aber es ist unmöglich gemäß Artikel 956 zweiter Teil, dessen einseitige Umsetzung. Ausgenommen sind erst recht die Maßnahmen zur Wiederherstellung des Gesamthandgegenstands.⁵¹

VII. Wartungskosten für gemeinsam genutzte Artikel

Artikel 960 des Bürgerlichen Gesetzbuchs definiert die Frage der Verteilung der Kosten für den Unterhalt eines gemeinsamen Objekts durch Personen mit gemeinsamen Rechten. Die Kosten werden in der entsprechenden Anzahl von Anteilen verteilt, was sich aus der unteilbaren rechtlichen Verantwortung im Zusammenhang mit dem Objekt ergibt.⁵² Da das Bruchteilrecht als solches durch Vereinigung der Anteilsrechte erlischt, bedarf es daher einer zusätzlichen Aufwendungsverteilungsregelung. § 960 BGB dient dazu, die Anwendung der §§ 973 und 976 BGB auszuschließen. Der Grundgedanke ist, dass die mit einem gemeinsamen Objekt verbundenen Kosten jeden Bruchteilrecht des gemeinsamen Objekts belasten, ebenso wie das ungeteilte Objekt als Ganzes belasten.

Artikel 960 des Zivilgesetzbuches regelt nur die internen Beziehungen zwischen Bruchteilberechtigter.⁵³ Diese Regelung ist Ausdruck und Bestandteil des besonderen Rechtsverhältnisses zwischen den Teilrechtsberechtigten. Bei Geschäften in den Außenbeziehungen ist das gemeinsame Handeln der Bruchteilberechtigter entscheidend. Erfüllen mehrere Personen die Verpflichtung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner.⁵⁴

Es besteht eine Verpflichtung, die Last des gemein-

⁴⁸ Vgl. *Schmidt* in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 41.

⁴⁹ Vgl. *Schmidt* in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 42.

⁵⁰ OGHG № AS-600-2019, 14/11/2019, 1.3.1.

⁵¹ Vgl. *Schmidt* in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 744, 745 Rn. 42.

⁵² *JurisPK-BGB/Ehlers*, 2015, § 748, Rn. 1; BGH NJW-RR 2015, 1473 Rn. 36.

⁵³ Vgl. *Stürner* in Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage 2021, Rn. 1.

⁵⁴ BGHZ 67, 232, 235; BGH NJW 1977, 1686.

samen Objekts zu tragen.⁵⁵ Die Regelung gilt unmittelbar nur für Bruchteilrechte. Im Zusammenhang mit Mitvererbung oder im Falle einer einfachen Interessenvereinigung kann eine analoge Anwendung empfehlenswert sein.⁵⁶

Gläubiger und Schuldner des auf den gemeinsamen Gegenstand bezogenen Kostenersatzverhältnisses, stellen die Bruchteilberechtigten dar und nicht die Dritten, die in einem besonderen Rechtsverhältnis zu den Bruchteilberechtigten stehen.

Individuelle Vereinbarungen von Bruchteilberechtigten haben vorrangige Bedeutung. Wenn solche vorhanden sind, wird die Norm nicht angewendet.⁵⁷ Diese Regel ist also dispositionell, das heißt, es ist möglich, sich auf einen anderen Inhalt zu einigen.⁵⁸

Jedem Beteiligten, dem über seinen Anteil hinaus irgendwelche Verpflichtungen auferlegt werden, kann die Befreiung verlangen.⁵⁹ Nach Zahlung kann er eine Regressrückerstattung verlangen.⁶⁰ Die übrigen Schuldner haften ihm gegenüber als Schuldner, die nur zur Erfüllung eines Teils der Verbindlichkeit verpflichtet sind, und nicht als Gesamtschuldner.⁶¹

Die Übertragung dieses Anspruchs kraft Gesetzes (*cessio legis*) hat keine große praktische Bedeutung. Solange der dritte Gläubiger noch nicht befriedigt ist, kann die Forderung des Schuldners durch Leistung gegen ihn befriedigt werden. Erfüllung kann er hingegen nicht verlangen.

Bestehen im Außenverhältnis Pflichten, die nur zum Teil zu erfüllen sind, die dem internen Verteilungsprinzipien entsprechen, dann ist die Freistellung ausgeschlossen, nicht aber der Regress.⁶² Der Antrag auf Freistellung bzw. Regress im Zusammenhang mit den gemeinsamen Kosten nach § 960 des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird für jede Person gesondert berechnet. Das Recht auf Aufrechnung und Zurückbehaltung bis zur Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners

sollte grundsätzlich bei jedem Beitragszahler geprüft werden.

Die Nichterfüllung dieser Verpflichtung kann zu einer Schadensersatzpflicht gemäß Artikel 394 des Bürgerlichen Gesetzbuchs führen. Im Gegensatz zum Vorstehenden gilt in diesem Fall das in Artikel 405 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehene Vertragsverweigerungsrecht nicht. Eine ständige Nichterfüllung der Verpflichtung kann jedoch gemäß § 961 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Auflösung des Bruchteilrechts verursachen.

1. Die Kosten

Das Gesetz spricht von Erfüllung, die anhand der belasteten Sache stattfinden soll und der deren Gebrauchswert mindert. Dazu könnten zählen Steuern,⁶³ Gebäudeversicherungsprämien und noch mehr. Ein Pfandrecht, mit dem ein Grundstück oder eine bewegliche Sache „belastet“ ist, stellt keine Ausgabe oder Belastung im Sinne dieses Artikels dar.

Darüber hinaus stellen die Kosten für die Instandhaltung des Objekts, die Kosten der Verwaltung und die Gemeinnutzungskosten, die zum Zweck der Instandhaltung des Objekts, der Nutzung und anderer Aufwendungen⁶⁴ anfallen, die durch die Artikel 956 und 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zulässig sind. Darunter fallen nicht die Kosten, die durch das Interesse an der Veränderung der Sache entstehen, sondern zum Beispiel die Kosten für die Sanierung einer maroden Wohngemeinschaft. Auch Prozesskosten, zum Beispiel aus negatorischen Klagen⁶⁵, können in diesen Kosten enthalten sein. Im Gegensatz dazu kann jede Art von "gesetzlicher Anforderung" nicht als "Belastung" in diesem Sinne angesehen werden, aber die damit verbundenen Kosten wohl schon.⁶⁶ Als Ausgabe im Sinne von § 960 BGB ist auch die Verpflichtung zur Zahlung von Versicherungsprämien anzusehen, die der Versicherung der gemeinsamen Sache dient.⁶⁷

⁵⁵ JurisPK-BGB/Ehlers, 2015, § 748, Rn. 3.

⁵⁶ Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 748, Rn. 3.

⁵⁷ JurisPK-BGB/Ehlers, 2015, § 748, Rn. 3.

⁵⁸ BGH NJW 1979, 80.

⁵⁹ BGH NJW 1992, 114; Schulze-Osterloh, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, 1972, 56.

⁶⁰ JurisPK-BGB/Ehlers, 2015, § 748, Rn. 9.

⁶¹ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 748, Rn. 11.

⁶² Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 748, Rn. 11.

⁶³ JurisPK-BGB/Ehlers, 2015, § 748, Rn. 3.

⁶⁴ Stürmer in Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch 18. Auflage 2021, Rn. 8; Saenger in Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage 2019, Rn. 1.

⁶⁵ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 748, Rn. 7.

⁶⁶ JurisPK-BGB/Ehlers, 2015, § 748, Rn. 3.

⁶⁷ BGH NJW 1997, 731, 733.

2. Ausnahmen

Zu den erstattungsfähigen Kosten zählen nach § 960 BGB nicht solche Kosten, die beispielsweise durch die Wertsteigerung der gemeinsam genutzten Sache und die Möglichkeit der Nutzung über den Rahmen der bestehenden Nutzung hinaus entstehen. Begleitet der Anteilseigner solche Kosten mit Zustimmung anderer, so müssen wir im Zweifel bei einer logisch getroffenen (aufgedeckten) inhaltlichen Vereinbarung davon ausgehen, dass der im Vorausleistender ein entsprechender Anteilsanspruch auf Kostenersatz zusteht, wie im Fall von Artikel 960 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.⁶⁸ In diesem Fall ist es nicht entscheidend, inwieweit die Anforderungen des zweiten Teils von Artikel 956 des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfüllt wurden.

§ 960 BGB gewährt dem Bruchteilberechtigten kein Recht, eine angemessene Vergütung für seine Tätigkeit zu verlangen. Zeit- und Arbeitsaufwand sind keine Kosten.⁶⁹ Nur wenn die kompensatorische Inanspruchnahme Dritter akzeptiert wird und nach dem Verhältnis der Gesellschafter zu erwarten war, kann ein solches Anspruchsrecht aus werden § 973 BGB hergeleitet werden, wenn der Gesellschafter selbst eine Maßnahme vornimmt. Bei regelmäßigen Leistungen, auch wenn zwischen den Bruchteilberechtigter ein Partnerschaftsverhältnis bestand, ist die Forderung nach einer Vergütung nur auf Grund einer besonderen Vereinbarung zulässig, die auch stillschweigend getroffen werden kann.⁷⁰

VIII. Übertragung der Verwaltungsvorschrift des Gesamthandobjekts auf den Rechtsnachfolger

Haben die Beteiligten nach § 958 des Bürgerlichen Gesetzbuches die Regelung über die Verwaltung und Nutzung des gemeinsamen Gegenstands bestimmt, so gilt diese Regelung auch für den Rechtsnachfolger. Die Regeln für die Verwaltung und Nutzung des Gesamthandobjekts im Rahmen Gesamthandrechts entfalten, für sich genommen, relative Wirkung, das heißt, sie gelten zwischen den jeweiligen Beteiligten. Ihr Wesen und Zweck liegt jedoch darin, dass das geteilte Recht

als solches eine Manifestation der internen Beziehung zwischen den Beteiligten ist. Artikel 958 des Bürgerlichen Gesetzbuchs garantiert, dass allgemeine oder besondere Rechtsnachfolger auch an die Vereinbarungen von Personen mit Gesamthandrechten gebunden sind.⁷¹ Dies wird erreicht, indem den Rechtsnachfolgern entsprechende Pflichten auferlegt oder für sie festgelegt werden. Diese Verpflichtung haben die universalen Rechtsnachfolger unabhängig von § 958 BGB, außer in den Fällen, in denen die Bruchteilberechtigten selbst die Übertragung einer solchen Verpflichtung in ihrer Verwaltungs- oder Nutzungsordnung ausgeschlossen haben. Daher regelt Artikel 958 des Bürgerlichen Gesetzbuchs weitgehend die Verpflichtung der singulären gesetzlichen Erben.

Artikel 958 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt für jede Gruppe von Personen, die Teileigentum an gemeinsamen Eigentum haben. Der Geltungsbereich umfasst jede Gruppe von Personen, die Anteilseigner am Gesamtvermögen sind, es sei denn, eine Sonderregelung steht dem entgegen.

Sollte in Fällen des gemeinsamen Eigentums die Verwaltungs- oder Nutzungsregel für Rechtsnachfolger gelten, dann sollte dies als Belastung des Bruchteils in das Register eingetragen werden, und wenn wir damit nichts zu tun haben, dann gilt diese Regel nicht direkt an den gesetzlichen Erben. Darüber hinaus gilt diese Regel nicht für die Verpflichtungen aus dem Schuldrecht, die die Aufrechterhaltung der angenommenen Regel vorsieht.⁷² Die in Artikel 958 des Bürgerlichen Gesetzbuchs festgelegte Regel gilt uneingeschränkt für die einstimmig angenommenen Regeln, aber auch für die mit Stimmenmehrheit getroffenen Entscheidungen.

Die Norm umfasst ausnahmslos alle Verwaltungs- und Nutzungsentscheidungen im Sinne der Artikel 956 und 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, unabhängig davon, ob diese Regeln gemeinsam (Artikel 956, Teil 1), durch Mehrheitsbeschluss (Artikel 957, Teil 1) oder auf der Grundlage des zweiten Teils von Artikel 957, auch in Bezug auf die durch die Entscheidung des Ge-

⁶⁸ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 748, Rn. 8.

⁶⁹ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 748, Rn. 9.

⁷⁰ BGHZ 17, 299, 301; BGH WM 1962, 1086.

⁷¹ JurisPK-BGB/Ehlers, 2015, § 747, Rn. 1.

⁷² Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 746, Rn. 2.

richts aufgestellten Regeln.

Der Geltungsbereich umfasst alle gesetzlichen Erben. Dazu gehört zunächst der Rechtserwerb, der durch die rechtsgeschäftliche Veräußerung des Anteils auf der Grundlage des § 959 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgt. Alleiniger gesetzlicher Erbe ist jeder Erwerber eines Anteils der Gesamthandigentum oder eines Teils des Anteils. Die Rechtsnachfolge tritt somit bei jedem Rechtserwerb ein, der auf die Veräußerung eines Anteils an einem gemeinsamen Recht folgt. Auch der Kauf eines unvollständigen Anteils an dem gemeinsamen Recht ist eine besondere gesetzliche Erbschaft.⁷³ Bei der Teilung ist zu beachten, dass bei weiterer Unterteilung eines Teils des Gesamthandigentums an mehrere Personen durch Veräußerung oder durch Teilveräußerung kein zweitrangiges Gesamthandrecht entsteht, sondern jeder Teilerwerber ein singulärer gesetzlicher Erbe an der Gesamthandvermögen in der ursprünglichen Einheit mit anderen Bruchteilinhabern ist.⁷⁴ Ein einzelner gesetzlicher Erbe ist neben dem Erwerb eines Anteils der Personengemeinschaft mit Bruchteils am Gesamtgut stellt auch der Erwerb eines beschränkten Sachenrechts, beispielsweise eines Nießbrauchs oder Pfandrechts an einem Teil des Gesamthandigentum .

Das Rechtsergebnis von Artikel 958 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist die Anwendung der Verwaltungs- und Nutzungsregeln zugunsten und gegen die gesetzlichen Erben. Auf Treu und Glauben kommt es dabei nicht an⁷⁵, denn ohne diese Belastung ist es nicht zulässig, einen Anteil am Gemeinschaftsrecht zu erhalten.

IX. Verfügung des Gesamthandgegenstands

Art. 959 des Bürgerlichen Gesetzbuches definiert die Regeln für die Verfügung über den Gesamthandgegenstand, wonach jeder Beteiligte über seinen Anteil verfügen kann, während der Gesamthandgegenstand nur gemeinsam veräußert wird. Artikel 959 des Bürgerlichen Gesetzbuches gilt nur für solche Gegenstände, deren Bruchteile auf die Gruppe von Personen

mit Bruchteileigentum verteilt sind. verfügen. Die Veräußerung von Anteilen ist nur bei gemeinschaftlichem Eigentum möglich. Ein Einzeleigentümer kann in der Regel frei über den ganzen Gegenstand verfügen. So kann auf der Grundlage von Artikel 956 des Bürgerlichen Gesetzbuchs jeder Bruchteilberechtigte als Bevollmächtigter über seinen Anteil verfügen. Zu dem im Gesamthandgegenstand verbundene rechtliche Kompetenz und entsprechende Verfügungsmacht, folgt aus den summierten Teilen des Gesamthandigentums.

Jeder Beteiligte kann über seinen Anteil frei verfügen.⁷⁶ Zur Verdeutlichung des Verfügungsbegriffs sei gesagt, dass insbesondere unter Verfügungen Veräußerung oder entsprechende Belastung des Anteils oder der Gesamthandgegenstand gemeint sind.

Bei einer geteilten Forderung umfasst die Verfügung auch deren entgeltliche Verwertung.⁷⁷ Unter Verfügung ist auch Veräußerung des Teils eines Anteils gemeint. Befinden sich jedoch alle Anteile in der Hand einer Person, erlischt das Anteilsrecht.⁷⁸ Die Vermietung oder Verpachtung stellt keine Verfügung dar.⁷⁹

Es ist bemerkenswert, dass der erste Satz von Artikel 959 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus zwei Teilen besteht. Der eine Abschnitt bestimmt, dass jeder Beteiligter über seinen Anteil verfügen kann, während der andere Abschnitt festlegt, dass über das gemeinsame Vermögen nur gemeinsam verfügt werden kann. Damit unterscheidet sich der erste Teil dieses Satzes vom zweiten Teil, und die Norm trennt die individuelle Veräußerung des eigenen Anteils durch einen einzelnen Anteilseigner und die vollständige Veräußerung des gemeinsamen Gegenstands durch die gemeinsame Entscheidung der Anteilseigner.⁸⁰ Sobald der Inhalt der unmittelbaren Verfügungsregelung über das Anteilsrecht hinausgeht, bedarf es unverzüglich der Zustimmung aller Anteilseigner. Wird durch Veräußerung, Belastung oder Änderung des unmittelbaren Rechtsinhalts der Gegenstand vollständig veräußert, so gilt die zweite Alternative des § 956 Satz 1 BGB. Es

⁷³ JurisPK-BGB/Ehlers, 2015, § 745, Rn. 2.

⁷⁴ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 746, Rn. 4.

⁷⁵ JurisPK-BGB/Ehlers, 2015, § 745, Rn. 3.

⁷⁶ Gehrlein in BeckOK BGB, Hau/Poseck, 58. Edition, Rn. 1.

⁷⁷ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 747, Rn. 2.

⁷⁸ Vgl. JurisPK-BGB/Ehlers, 2015, § 747, Rn. 2.

⁷⁹ Staudinger/Eickelberg, 2015, Rn. 10.

⁸⁰ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 747, Rn. 5.

gibt Verfügungen, die ihrem Wesen nach den gesamten Gegenstand abdecken und die nicht auf einzelne Anteile beschränkt werden können. So ist beispielsweise für die Abzahlung der Hypothek, die mit dem Miteigentum belastet ist, die Zustimmung aller Miteigentümer erforderlich. Die Aufhebung der Gemeinschaft von Personen mit Bruchteileigentum am Gesamteigentum durch Schaffung von realen Anteilen ist die Verfügung über den Gesamtgegenstand. Auch jede Verfügung der als ungeteiltes Miteigentum bestehenden reale Teile, gilt als Veräußerung der gesamten Sache.⁸¹

Sie gilt nicht für Gesamthandeigentum und für solche Sachen, mit denen bestehende Rechte nicht auf verschiedene Personen verteilt sind. Der Gesamteigentümer kann in der Regel frei über das Ganze verfügen.

1. Verfügung eines Anteils

Die Verfügungsbefugnis nach § 956 Satz 1 erster Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs beruht auf der persönlichen Kompetenz des Schuldners. Jeder Anteilseigner kann über den Vermögensanteil als nur ihm gehörende Rechtssache verfügen. Bei der Vereinigung von Teilhabern am Gesamthandeigentum besteht keine „gemeinsame“ sachenrechtliche Beziehung der Teile des Gesamteigentums untereinander. Das Verfügungsrecht über das veräußerliche Recht darf aufgrund eines Rechtsgeschäfts nicht vollständig ausgeschlossen werden.⁸² Diese Regel gilt auch dann, wenn die an einem Teil des Gesamteigentums Berechtigten, für die gemeinsame Verwaltung, der in Gemeineigentum befindlicher Sache, schuldrechtliche Binnengesellschaft gegründet haben (Gemeintätigkeit – Gemeinschaft). Das Vorliegen eines solchen Verfügungsverbots lässt sich auch ohne unmittelbare Vereinbarung aus dem Innenverhältnis der Gesellschafter ableiten, wobei die tatsächliche Wirkung umstritten ist, weil beispielsweise ein solches Verbot nicht eingetragen wird.⁸³ Auch der Ausschluss des Anspruchs auf Löschung des Gesamthandrechts nach Art. 961 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, für immer oder für einen bestimmten Zeitraum, fällt als solcher nicht in den

Anwendungsbereich des Veräußerungsverbots. Die Rechte eines Beteiligten hinsichtlich der Verfügung über seinen Anteil werden nicht dadurch eingeschränkt, dass ein anderer Beteiligter aus dem Anteilsrecht einen Anspruch gegen ihn erhebt. Gemäß § 964 BGB kann der Beteiligte auch während des Teilungsverfahrens über seinen Anteil verfügen, auch wenn dies zum Erlöschen des Anteilsrechts führt.⁸⁴

2. Verfügung über den Gesamthandgegenstand

Über ein gemeinsames Objekt wird nur gemeinsam verfügt. Der Grundsatz der allgemeinen Gerichtsbarkeit kann nicht durch die in Artikel 957 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehene Mehrheitsentscheidung geändert werden. Die Verfügung muss von allen Beteiligten erfolgen. Verfügt einer für alle, so muss ihm jede andere Partei die entsprechende Vertretungsbefugnis gemäß §§ 103 ff. BGB erteilen oder gemäß § 111 BGB genehmigen, um Rechtskraft zu entfalten und entsprechenden Rechtsfolgen zu verursachen. Aus der bestehenden Vereinbarung zwischen den Beteiligten kann bei Verfügungen die schuldrechtliche Mitwirkungspflicht abgeleitet werden. Erfolgen die Verfügungen im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung und Nutzung, so kann die Mitwirkungspflicht aus den Mehrheitsentscheidungen abgeleitet werden. Die gesetzliche Zustimmungspflicht ergibt sich auch aus § 956 Abs. 2 BGB.

Die rechtliche Ausgestaltung der Verfügung nach § 959 Satz 1 BGB ist umstritten. Einerseits können alle Beteiligten über ihren Anteil verfügen, andererseits erfolgt die Verfügung über den gemeinsamen Gegenstand nur gemeinsam. Wir können dem Gesetzeswortlaut folgen und sagen, dass der Verfügungsgegenstand im ersten Teil dieses Satzes ein Bruchteil und im zweiten Teil ein Gesamthandgegenstand ist, über den nur gemeinsam verfügt werden kann. Dies entspricht dem Gesetzestext und auf den ersten Blick der Prozessrealität. Danach verfügen alle gemeinsam über einen Gegenstand, der keinem bestimmten Beteiligten separat gehört. Die Veräußerung der Gesamthandgegenstand ist somit die gemeinsame Veräußerung aller Miteigentümer ihres Anteils am gemeinschaftlichen

⁸¹ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 747, Rn. 3.

⁸² Vgl. Zarandía, Sachenrecht, S. 224 ff.

⁸³ Vgl. JurisPK-BGB/Ehlers, 2015, § 747, Rn. 3.

⁸⁴ Vgl. Schmidt in MüKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 747, Rn. 11.

Eigentum und nicht die Veräußerung der gemeinschaftlichen Sache als Ganzes durch die Gruppe. Der Verfügungszweck ist die Veräußerung oder Belastung des Gegenstandes in der Gesamtheit, dieser Zweck wird jedoch durch die Sammlung (Summe) der Einzelverfügungen aller Beteiligter erreicht. Diese Frage ist

wichtig, um Fälle zu regeln, in denen die Verfügung eines Beteiligten unwirksam ist. Verfügung aller Berechtigten mit Berücksichtigung dieser Norm, ist ganz normal an die Gültigen an die Bedingung ihrer Gültigkeit im Verhältnis zueinander gebunden.

The Role of Close and the Closest Connection of the Law in the Absence of Parties' Agreement under the Rome I Regulation

Nikoloz Nebulishvili

PhD Candidate at Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Faculty of Law

In the international commercial relationship, due to its dynamic process, the parties try to keep up with the current legal changes. However, in some cases, due to the international specificity of the agreements, it is not possible to agree on a rule regulated by a unified approach, which, due to differences of opinion, requires clarification on the basis of current practice.

The test of "close" and "the closest" connection of the law belongs to the number of non-uniformly regulated tests, which often become a "headache" for the judges from the point of view that the wrong interpretation of the test can harm the interest of the party participating in the international private legal relationship. Therefore, in such cases, it is an effective solution, when examining each specific legal issue, to interpret the narrow or the narrowest test as much as possible in conjunction with the relevant facts and the contract/agreements, so as not to violate the rights of the parties.

The Rome Convention and its "successor" Rome I Regulation are the important sources that allow the judge to regulate the governing law of the private international relationship in the absence of parties' will. In order to ensure the effectiveness, the convention/regulation gives the judge a wide discretion and at the same time obliges to examine all the circumstances of the case, which can "overweigh" the applicable law determined in accordance with the regulation/convention, including in the case of determining the party performing the characteristic performance. The "close" and "the closest" ties of law are called "overweight" criteria in relation to such factors as, for example, the place of conclusion of the contract, other contracts that are directly or indirectly related to the main agreement, the time of conclusion of the contract, place of transaction, etc.

Researchers refer to the test of "close" connection of law under the name of "escape clause", which is regulated by paragraph 4(3) of the Rome I Regulation, and to show the possibility/necessity of its application is the main goal of this article.

Key words: regulation, convention, escape clause, close connection, the closest connection, characteristic performance.

1. Introduction

The main task of Article 4 of the Rome Regulation is to determine the applicable law for the contract between the parties in the absence of choice of law. The determination depends on such important factors as the party autonomy, characteristic performance, close and the closest connection of the contract with other external factors, which significantly affect the legal relationship between the parties.

Research subject of the article:

The subject of the research of the article is to consider, from both a theoretical and a practical point of view, the importance of close and the closest connection, its role in international private law relations, when the parties have not regulated the law by the contract. In accordance with the mentioned connection, the subject of research among other things is the legal ways of determining the connection, which "overweighs" the "rigid" approach established by Article 4(1) of

the Rome Regulation in the part of direct determination of the applicable law and the relatively "flexible" approach established by Article 4(2) in terms of determining the applicable law by the party performing the characteristic performance.

Relevance of the article:

This article is relevant in the practice of international private law, since a unified approach to the close and/or the closest connection of law with other agreement/agreements does not exist and, in fact, cannot exist since it is the primary duty of the judge to examine, among other factors, in each particular case whether there is an obvious closer connection with another contract that would change the "trajectory" of the choice of applicable law.

Purpose of the article:

The purpose of the article is to find the best option in the absence of a unified approach to the definition of close and the closest connection, which is the condition for establishing other applicable law in some cases. The goal is to explain in great detail what to look for in determining closeness based on a variety of examples.

Structure of the article:

The structure of the article develops in the following order: introduction, the main content of the research article, which includes a theoretical and practical overview of close and the closest ties based on the Rome I Regulation and finally, in the form of a conclusion, a summary of the Article.

Research Methods:

The article has a completely practical purpose, which leads to the study of the issue on the basis of legal decisions and examples. In the study of the main content of the article, the method of gathering information is used, on the basis of which the legal research method is predictable

and, as a result, projected, from the point of view that the "void" test, the so-called the definition of the "escape clause" should be as precise as possible. From the historical perspective, the article covers relationship between the Convention and the Regulation, how the "apparent closer/closest connection" has changed from time to time in order to determine the applicable law. As for the multidisciplinary part, since we are talking about the legal evaluation and analysis of the main issue of the article by the Rome Regulation, the article will be considered largely monodisciplinary, which does not require the inclusion of other disciplines.

1. The concept of close, the closest connection in determining the applicable law

The "closest connection test" is found in a major 19th-century treatise by the famous German law professor Friedrich Carl Von Savigny, entitled "*System des heutigen Römischen Rechts.*" In particular, Savigny argued that the task of conflict of laws (private international law) is to determine the "place" of a legal relationship, the legal system with which this relationship has the closest territorial connection.

Today, this test has taken on a functional purpose instead of a purely territorial meaning, reflected both in Article 4 of the Rome I Regulation and in Article 1051(2) of the German Arbitration Act and Article 187(1) of the Swiss Federal Law on International Law.¹

Most modern legal systems have a flexible rule that the contract must be governed by the law of the "closest connection" country. However, they differ in what is meant by "closest connection." However, they differ in what is meant by "closest connection." For example, some countries set certain standards that they adopt to determine the closest connection. Some states suggest that the "closest connection" is the place where the

¹ TransLex Principles No. XIV.2, Law applicable to international contracts, Commentary 1.

contract is made or performed. The section refers to the method that the connection is closest to the law of the country in which the party performs the characteristic contractual obligation.² The second part applies to the closest connection to the usual place of residence and/or the residence of the administration of the party performing the specific obligation, as, for example, it is provided by the provision of Article 36 of the Law of Georgia on Private International Law.³ These countries suggest a more general close connection in contrast to the Rome Regulation, which, under Article 4 of the Regulation, rather removes the issue and gives a different interpretation of the applicable law for greater clarity.

The purpose of Article 4 of the Rome I Regulation is to find a reasonable and fair balance between, on the one hand, the clarity and predictability of the applicable law, and, on the other hand, flexibility and case-by-case relevance. This allows judges to go beyond the content of the first and second paragraphs of Article 4 of the Regulation and look for a close connection between the circumstances of the case and the law in order to determine the applicable law as objectively as possible.⁴ On the other hand, the purpose of the closeness test is to assess the relevant connecting factors from a commercial point of view, which implies the need to determine their practicality on a case-by-case basis.⁵

Although the doctrine of the closest connection is no longer the main principle to determine the implied applicable law under Article 4 of the Rome I Regulation, it remains a complementary

part of the determination of the applicable law under Article 4(3) of the Regulation.⁶ Article 4(3) of the Regulation offers an "escape clause" for cases where, although the applicable law can be determined in accordance with paragraphs 4(1) and/or 4(2) of the Rome I Regulation, but it is clear from all the circumstances, that the contract is clearly more closely related to another country. The said paragraph indicates that the regulation prescribed by paragraph 4(1) and 4(2) should not be easily ignored. There are cases where the court attaches great importance to the place of performance and relatively easily "adjusts" it to the issue of the escape clause if the place of performance is different from the law presumably applicable to the type of contract set out in paragraph 4(1) and/or 4(2). Sometimes an apparent closer connection is determined by technical factors such as, for example, the place of payment, which are different under different applicable laws.⁷

A good example of a closer connection of a contract is the relationship between Article 4(1)(d) and Article 4(1)(c) of the Rome I Regulation. In particular, the general *lex domicilii* established by paragraph 4(1)(d) of the parties who have signed a short-term real estate rental/lease agreement prevails over the general *lex situs* principle provided for by paragraph 4(1)(c), which regulates applicable law for the real estate rental/lease agreements. In addition, if we consider the case where, for example, companies registered in Portugal notarize a lease agreement on real estate in Spain, in such a case, the agreement and the factual circumstances have a closer

² UNCITRAL, HCCH and Unidroit Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts, with a Focus on Sales, Vienna, Austria, 2021, para.90, p.32.

³ Law of Georgia on Private International Law, Article 36..

⁴ Magnus U., Mankowski P., European Commentaries on Private International Law ECPII, Commentary, Volume II, Rome I Regulation, 2017 (hereinafter: "Magnus U., Mankowski P.,

ECPII, Rome I Regulation"), Article 4, Contents and purpose, para. 6, p. 269.

⁵ Frazer J., Escape From Uncertainty: Article 4(3) Rome I Regulation, University of Southampton, S.S.L.R, Vol. 7, 2017, 16.

⁶ Tang Z., Law Applicable in the Absence of Choice, The Modern Law Review Limited, 2008, p. 797-798.

⁷ Tang Z., Law Applicable in the Absence of Choice, The Modern Law Review Limited, 2008, 797-798.

connection to Spanish law than to Portuguese law. The judge is obliged to be guided by Article 4(3) of the Regulation, which establishes the principle of "manifestly closer connection" to determine the applicable law. This is an important general element of the Rome I Regulation and, in addition to paragraph 4(3) of the Regulation, 5(3) of the same Regulation, in paragraphs 7(2) and 8(3). A provision that offers an "escape clause" balances a flexible and rigid approach to applicable law in each specific case.⁸

Although the aim of Article 4 of the Rome I Regulation is to "bring" more clarity in terms of the applicable law, on the other hand, the emphasis is on choosing a reasonable balance between clarity and flexibility.⁹ It is to this end that the principle of closest connection maintains a balance between flexibility and clarity. In particular, paragraph 4(1) of the Regulation suggests a "hard" approach to specify the law applicable to a particular type of contract as clearly and directly as possible. Paragraph 4(2) limits the applicable law to those types of contracts that are not governed by paragraph 4(1) at all or are governed by more than one type of contract element. This is where the flexible approach of paragraph 4(3) "comes in" to check for more "self-insurance" whether there is an "apparent closer" connection that would bring the contract under the law of another country. As a result, it is necessary to maintain the balance. It is better for the court, initially, to be guided by the regulation established by paragraph 4(1) or 4(2) and only in exceptional cases to determine the necessity of using paragraph 4(3). However, some researchers believe that this does not prevent the judge from discussing paragraph 4(3) during the argumentation on the possibility of use, when

arguing the issue of regulation of the contract with paragraph 4(1) or 4(2).

According to paragraph 4(3) of the Rome I Regulation, we learn that when it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected to the law of another country than is defined by the first and second paragraphs, the applicable law is determined according to the law of that other country. As mentioned, this provision allows the court to override the applicable law established by the first and second paragraphs if it is established that there is another important objective circumstance that is more closely related to the contract and another country. Such connections are, for example, (a) the place of conclusion of the contract, (b) the place of performance, (c) the permanent residence of the parties, (d) an obvious closer connection with other contracts.¹⁰

In addition to the above, attention must be paid to the point in time, which Regulation 4(3) does not expressly address, as to when it is appropriate to establish an apparent closer connection. Although it is generally considered that, the date of the conclusion of the contract is the starting point at which to determine the obvious closer connection with the contract. At the same time, future events such as a new place of residence, a change in the contract, other place of performance due to the change, etc., can become the main determining factor of the time and, therefore, the contract, which can lead us to an obvious closer connection with the law of another country.¹¹

⁸ Magnus U., *Mankowski P.*, ECPII, Rome I Regulation, Article 4, The Escape Clause (par.3), para. 184.

⁹ Tang Z., *Law Applicable in the Absence of Choice*, The Modern Law Review Limited, 2008, 798.

¹⁰ Mantovani M., *Freedom of choice and applicable law in the absence of choice in matters relating to a contract (Rome I Regulation)*, 2020, 29.

¹¹ Magnus U., *Mankowski P.*, ECPII, Rome I Regulation, Article 4, The escape clause (par.3), para. 196.

2. The relationship between the Rome Convention and the Rome I Regulation regarding the "close connection" test

In the draft of the 2005 Rome Regulation, there was an idea to remove the "escape clause" in determining the applicable law, which was also provided for at the time in the Rome Convention. The main goal of removing the escape clause was to introduce a very strict legal order. However, such an approach would in fact significantly reduce the flexibility available to determine the applicable law and make the question of determining the law more rigid. Accordingly, in the editorial version of the Rome Regulation, the "escape clause" was given an independent place in determining the applicable law and was not removed from the Regulation.¹²

Provision 16 of the Rome Regulation expressly stipulates that the rules of private international law must be highly predictable in order to ensure legal certainty in the European judicial space in relation to the general objectives of the Regulation. However, at the same time, provision 16 states that the court should retain a discretion to determine the law most closely related to the particular situation.¹³ The mentioned provision emphasizes maintaining a balance between clearly defining the law and flexibility when determining the applicable law, because it is the determination of the applicable law with such a multifaceted approach, if not completely, that ensures as much as possible that it is determined based on the implicit will of the parties and taking into account all significant circumstances. Therefore, provision 16 of the Rome I Regulation effectively provides

the discretionary power of the court to explore all possible options, which may affect the determination of the law and the resolution of the disputed issue in order to protect the balance.¹⁴

Article 4 of the Regulation is entirely based on the principle of proximity. It embodies and conveys the general rule that a contract is governed by the law of the state most closely related to that contract. Article 4(3), the so-called "escape clause" is used where "close connection" is not achieved in practice.¹⁵

Unlike the Rome Convention, the escape clause provided for in Article 4(3) of the Rome I Regulation provides not only the principle of close connection, but also an "apparent" closer connection. In particular, the word "manifestly" was added to the principle of close connection with the argument that paragraph 4(3) should be applied when there is a significant connection than what is provided for by paragraph 4(1) or 4(2). This approach has somewhat raised the "line" for judges in the application of paragraph 4(3).¹⁶ There is an opinion that the provision of Article 4(3) of the Regulation intentionally establishes a high standard of change of the primary rule (applicable law determined by the first or second paragraph of Article 4 of the Rome I Regulation), which is expressed precisely in the concept of "manifestly" close connection. In order to interpret Article 4(3) of the Rome Regulation in accordance with the law, it is appropriate to consider the case law of the Rome Convention, since the predecessor of the Rome Regulation, Article 4(5) of the Convention, also sets the "escape clause" standard, as opposed to that based on the close connection test.¹⁷

¹² Ibid. 185.

¹³ Rome I Regulation, provision 16.

¹⁴ *Frazer J.*, *Escape From Uncertainty: Article 4(3) Rome I Regulation*, University of Southampton, S.S.L.R., Vol. 7, 2017, p. 13.

¹⁵ *Mantovani M.*, *Freedom of choice and applicable law in the absence of choice in matters relating to a contract (Rome I*

Regulation), Max Planck Institute, Luxembourg for Procedural Law, 2020, p.15-16.

¹⁶ *Magnus U., Mankowski P.*, *ECPII, Rome I Regulation, Article 4, The escape clause (par.3)*, para. 187;

¹⁷ *Frazer J.*, *Escape From Uncertainty: Article 4(3) Rome I Regulation*, University of Southampton, S.S.L.R., Vol. 7, 2017, 11-12.

The new wording of the "escape" in the "manifestly closer connection" section of the Rome Regulation does not significantly change the practice of countries that used the identical article of the Rome Convention. In particular, the introduction of the closer connection was prompted by the need to prevent the application of paragraph 4(3) in cases where there is a close connection, although this close connection does not have a significant effect on the contract. To a certain extent, with the word "manifestly" the judges have the obligation to justify in more detail why the contract is applicable to Article 4(3) and what factor determines the obvious closer connection with the agreement, which leads to a different arrangement.¹⁸

3. Lack of a unified approach to the "close connection test"

There is no uniform approach, practice on how to interpret "manifestly closer connection" and probably will not exist based on Article 4(3) of the Regulation. In particular, the purpose of Article 4(3) to provide a more flexible method of determining the applicable law and not to limit the applicable law only to the standard set by paragraph 4(1) and 4(2) of the Regulation is the main principle in the interpretation of the Article. In this regard, the 2009 decision of the CJEU is worth noting,¹⁹ in which the Court mentioned that, regarding the escape clause, Article 4(5) of the Convention applies when it becomes clear from the circumstances that the contract is more closely

related to the law of another country. The mentioned approach is mainly aimed at the correct predictability of determining the applicable law to ensure the protection of the interests of the parties in accordance with such a flexible approach. Similar to Article 4(5) of the Convention, taking into account the differences mentioned in the above chapter, Article 4(3) of the Regulation also contemplates a similar interpretation, whereas Articles 4(1) and 4(2) of the Regulation aim at a clearer definition of the applicable law. Article 4(3) gives the judge the opportunity to go beyond the limited framework and examine other circumstances that may have a greater impact on the applicable law of the agreement than this is determined by Articles 4(1) or 4(2).²⁰

The Rome I Regulation does not provide sufficient guidance on how to identify the country with the closest or apparent closer connection in relation to the contract, nor does it offer sufficient guidance on when to invoke the escape clause.²¹ Article 4(3) of the Rome I Regulation does not contain any reference to the principle of a particularly close link. However, provision 20, sentence 2 of the Rome I Regulation states: In order to determine whether a contract is particularly closely connected with another country, "*inter alia*", it must be taken into account whether the agreement has a particularly close connection with another contract or contracts.²²

The wording "*inter alia*" indicates the obligation that in order to determine the objective applicable law, it is necessary to evaluate/investigate all the circumstances. There is also an

¹⁸ *Magnus U., Mankowski P.*, ECPIL, Rome I Regulation, Article 4, The escape clause (par.3), para. 187; *Frazer J.*, Escape From Uncertainty: Article 4(3) Rome I Regulation, University of Southampton, S.S.L.R, Vol. 7, 2017, p.14.

¹⁹ C-133/08 *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v Balkenende Oosthuizen BV* [2009] ECR I-9687, para. 63, 64., *Frazer J.*, Escape From Uncertainty: Article 4(3) Rome I Regulation, University of Southampton, S.S.L.R, Vol. 7, 2017, p. 13.

²⁰ *Frazer J.*, Escape From Uncertainty: Article 4(3) Rome I Regulation, University of Southampton, S.S.L.R, Vol. 7, 2017, 1 p. 3.

²¹ *Tang Z.*, Law Applicable in the Absence of Choice", *The Modern Law Review Limited*, 2008, p. 798.

²² *Lando O., Nielsen A.P.*, The Rome I Regulation, *Common Market Law*, Kluwer Law International, 2008. (hereinafter: *Lando O., Nielsen A.P.*, Nielsen, CML Rev. 2008), Choice of law in the absence of an agreed choice, p. 1703.

opposite opinion that such circumstances as the origin of the parties, the place of conclusion of the agreement, the language of the agreement are not sufficient grounds for the judge to discuss the principle of a closer connection based on the aforementioned and apply the agreement to another applicable law. However, paragraph 4(3)'s reference to an examination of all the circumstances of the case does not impose such limitations. As a result, regardless of the difference of opinion, it is better for the judge to examine all the circumstances. It is not justified to conclude in advance that the place of conclusion of the contract, the language of the contract or any other circumstance does not have a significant contribution to the determination of the applicable law of a particular case. It may be that, taken separately, the place of conclusion of the contract, the exchange rate, or the language may not have as much "weight" as the place of performance of the contract may have. Although it is quite possible, that one of the above circumstances will lead us to the apparent closer connection of the contract with another law.²³

According to provisions 20 and 21 of the Rome I Regulation, it is written that it should be taken into account whether the contract has a close connection with another contract. However, the statutes do not suggest (1) what constitutes a "closer connection with another contract" and (2) another factor that should be particularly emphasized in providing the applicable law.²⁴

A closely related contract or contracts are an important connecting factor in determining a country's closest or manifestly closer connection to the agreement. It is justified that it makes commercial sense for one law to apply to the whole

transaction rather than different laws governing each component of the transaction. However, there is uncertainty as to the circumstances in which two or more contracts can be considered so closely related that one contract can be used as a significant connecting factor in deciding which country's law is most closely connected to the other. Generally speaking, such contracts must have a substantial relationship with each other, where the existence of one depends on the existence of the other. For example, warranty agreements.²⁵ It is important to note that in this part it is necessary not to violate the factor connecting the agreements with each other, because the reference to another agreement from the point of view that the parties are the same is actually uninformative, since the main emphasis is on the content "chain" and if such a connection does not exist, then the agreements will be deemed to be independent of each other and to consider them together is nonsense for the purpose of determining the applicable law.

As noted, the applicable law standard set out in paragraphs 4(1) and 4(2) of the Regulation can be overcome by paragraph 4(3) if an agreement has an obvious closer connection with another contract or contracts. If that other related agreement is governed by a specific applicable law, that law may apply to the disputed agreement. This may be the case where there is a main contract and the disputed contract is of a dependent character, although in some cases such an approach may be unjustified, for example, when the parties enter into a framework agreement that is enforceable in accordance with separate agreements. In such cases, the framework agreement may not be given a decisive role and an obvious

²³ Magnus U., Mankowski P., ECPII, Rome I Regulation, Article 4, The escape clause (par.3), para. 190.

²⁴ Frazer J., Escape From Uncertainty: Article 4(3) Rome I Regulation, University of Southampton, S.S.L.R, Vol. 7, 2017, p. 15.

²⁵ Tang Z., Law Applicable in the Absence of Choice", The Modern Law Review Limited, 2008, p. 799.

closer connection with the specific agreement, and the applicable law of the framework agreement may not be determined to regulate the specific agreement in dispute. However, as far as the distribution contract is concerned, the main practice of the court is to refer to the international agreement/convention in terms of the legal regulation of the contract related to a particular transaction, even if another law regulates the existing contract between the customer and the distributor. On the other hand, a subsidiary relationship case can be considered where the contract serves only the purpose of providing the possibility of enforcement of the second contract, having only a "supporting" role. For example, for the preparation of a specific stage of the main contract related to the preparation of the international article, an additional international purchase agreement was signed to facilitate the purchase of specific equipment for the main international article contract. The parties did not take into account the applicable law in the additional purchase agreement. In such cases, the judge may, as mentioned in the first case, refer to the apparent more closely related main contract and the applicable law agreed by the parties to the main contract. On the other hand, it is quite possible to ignore the regulation of the main contract and subject it to the regulation of the mentioned CISG in the conditions when the parties have not defined the law to be used by the purchase agreement and at the same time did not exclude it by the contract.²⁶

Accordingly, the application of an apparent closer connection by a judge is a matter of discretion and regulation 4(3) should be applied with the utmost care so as not to prejudice the interest of either party in determining a different applicable law based on other circumstances/contracts. Furthermore, according to regulation 20, there must always be a "manifestly closer connection"

between the main contract and the subsidiary contract; otherwise, the application of paragraph 4(3) may have an adverse effect on the interests of either party. The mere fact that several contracts are embodied in one document or at the same time is not a sufficient basis for the application of paragraph 4(3). From the point of view of the general approach, if the important role of the main contract in relation to the additional contract is determined - the applicable law of the main contract regulates the disputed issue of the additional one. However, the main principle that a judge must not violate before referring to paragraph 4(3) is to fully complete paragraphs 4(1) and 4(2) in reasoning and then independently seek an apparent closer connection to the contract.²⁷

We cannot rule out that the "vagueness" of the definition of the "escape clause" is intentionally left in the sense that paragraph 4(3) maintains a standard of flexibility and does not fall within the framework of the provisions, which somewhat limits the judge's discretion to go to other applicable law. Therefore, to say unequivocally that the terminological ambiguity causes the determination of the applicable law according to paragraph 4(3) becomes difficult. The judge has to provide more justification why he uses another applicable law - it will not be correct, on the contrary, it is possible to look at this issue from the judge's point of view that the wording similar to paragraph 4(3) is due to the purpose of thorough and detailed justification. Since we are talking about flexibility, the clause defining flexibility should not resemble the rigid approach that can be found even under the applicable law referred to in paragraph 4(1). On the contrary, it can be said that there is a desire to find the "best solution" which is revealed in accordance with the subsequent definition of the paragraphs of Article

²⁶ *Magnus U., Mankowski P.*, ECPII, Rome I Regulation, Article 4, The escape clause (par.3), para. 194.

²⁷ *Ibid.*

4, in order to protect the interests of the parties as much as possible, taking into account all the circumstances that accompany the existing legal relationship between them.

4. The role of the court in relation to the determination of close connection

A comparison is always necessary to determine a closer relationship. In particular, the intensity of connection of the generally applicable law determined for a specific contract should be compared with the intensity of the connection of the law that may have more overlap/connection with the factual circumstances of the case. As a result, in determining the applicable law under the Rome Regulation, paragraph 4(3) must clearly override the law applicable to specific cases under paragraphs 4(1) or 4(2).²⁸

The Palace of Justice²⁹ found that when the parties have not agreed on the applicable law, by default the will of the parties to determine the applicable law is determined objectively. In particular, the contract, taking into account the content and economic aspects, is related to the legislation of the country with which the transaction arising from this contract and the performance of the characteristic contractual obligation are most closely related.³⁰

According to German judicial practice, „*hypothetischer-Parteiwille*“ does not consider the implied will of the parties, but focuses on a fair, reasonable assessment of the interests of the parties on an objective basis for determining the applicable law, according to which the applicable law is determined.³¹ The Federal Court of Justice³² also

notes that the interests of the parties are evaluated in accordance with the determination of the center of gravity of the contractual relationship.³³

Under English law, when the parties have not clearly defined the applicable law, the contract will be governed by the system of law with which the transaction has the closest and most real connection. In this case, the judge is not looking for the direct implied intention of the parties, but is trying to determine, in accordance with the standard of a fair and reasonable person at the time of the conclusion of the contract, what applicable law would be the most relevant to regulate the contractual relationship between the parties. To determine this, the court needs to examine all the circumstances of the case. A wide range of factors must be taken into account by the judge, such as, among others, the activities of the parties, the place of performance of the contract, the place of residence, the place of conclusion of the contract, the nature of the contract, the subject matter, and others.³⁴

Paragraph 4(3) of the Regulation directs further inquiry as to whether there is an obvious closer connection of the contract with the country whose law would be the best "prescription" to regulate the agreement relationship. It is recommended that when referring to an escape clause the court should consider the following issues:

1) Does the court pay attention to the essential and relevant elements of the contract, since some factors may not be considered essential in determining the applicable law of a contract. For example, the contract is drawn up in English, but since English is a widely used language in the drafting of international contracts, the issue of

²⁸ *Magnus U., Mankowski P.*, ECPII, Rome I Regulation, Article 4, The escape clause (par.3), para. 188.

²⁹ Definition: Palais de Justice, Paris.

³⁰ *Giuliano M., Lagarde P.*, Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Official Journal C 282, 31/10/1980 (hereinafter – "*Giuliano M., Lagarde P., Report on the Rome Convention*"), 1980, p. 19.

³¹ BGH, 14 April 1953, in IPRspr., 1952-53, No 40, pp. 151 et seq., *Giuliano M., Lagarde P.*, Report on the Rome Convention, 1980, p. 19.

³² Known as well as: "*Bundesgerichtshof*" in German

³³ *Ibid.*

³⁴ *Giuliano M., Lagarde P.*, Report on the Rome Convention, 1980, p. 19.

language is not considered in this section to be an essential condition in determining the applicable law. Similarly, the acceptance is sent by e-mail and the recipient's e-mail box is placed on a server located in New York. Server location shall not be considered material in determining applicable law;³⁵ (2) **Is each element given adequate attention?** Some elements, such as the place of performance of a characteristic contractual obligation, are important and therefore should be given special attention when determining the applicable law; On the other hand, for example, we cannot say unequivocally that the place of conclusion of the contract has an important place in determining the applicable law, because in modern commercial transactions, remote communication technologies are widely used, which calls into question the essence of the place of conclusion of the contract to some extent. The existence of a closely related contract or contracts may also be an important factor in determining the applicable law under the provisions of the Rome I Regulation.³⁶

(3) Is an artificial connection between the contract and the element avoided? For example, the place of payment is different according to different applicable laws. Courts usually use the domestic law of the forum to decide the place of payment and make this element an important connecting factor, while it is recommended that artificial connections are avoided and not given significant "weight" in determining the applicable law. **(4) Is a close connection evident?** If as a result of "weighing" the connecting factors, taking into account the above standards, the answer to the question whether the contract is more closely connected with another country is "yes", we will have an "escape clause". On the other hand, if it is difficult to say that the contract has a closer

connection with another country, the use of the "escape clause" will not be useful in determining the applicable law, which will end up with the applicable law being governed by paragraph 4(1) or 4(2) of the Regulation.³⁷

The determination of the applicable law according to the pure concept of the performance of a characteristic contractual obligation (para. 2) is replaced in some cases by the principle of a clearly closer connection (para. 3). For example, the Italian branch of the characteristic performing party performs contractual obligations in Germany, when that party's principal place of business is in Germany, in such a case, attention is drawn to the fact that the permanent place of residence of the character performing contractual obligation is in Germany. However, the judge is obliged to discuss directly the obligation performed by the branch in Italy as a party to the obvious closer connection, which gives the possibility of settling a specific case under Italian law based on paragraph 4(3) of the Rome Regulation. In addition, considering an example where the seller is located in Germany, the buyer is located in Italy, the seller disputes the buyer's failure to pay for the equipment in full, the claim is secured by real estate located in France. Let us consider that this contract is signed in one of the French notary offices in English. French lawyers represent the parties, and the settlement is made in French currency. In such a case, the judge first begins to consider who performs the characteristic contractual obligation and in this case. Based on paragraph 4(1) of the regulation, the characteristic contractual obligation is performed by the seller. Although it is important to take into account the location of the secured object in France, the compensation, the place of conclusion of the contract since it is possible for a judge to establish a clear

³⁵ Tang Z., *Law Applicable in the Absence of Choice*, The Modern Law Review Limited, 2008, p. 799.

³⁶ Rome I Regulation, provision 20, 21.

³⁷ Tang Z., *Law Applicable in the Absence of Choice*, The Modern Law Review Limited, 2008, p. 800.

closer connection with France based on the cumulative circumstances of a clear closer connection with France. That can overcome the permanent residence of the party performing the contractual obligation and subject the contractual relationship to French law.

4. Conclusion

The main purpose of the article was to establish a clear closer connection with the law of another country in determining the applicable law, when the parties have not defined the applicable law by the contract. On the basis of various legal decisions and examples, it is discussed what important role is assigned to the judge, as a result of the investigation of all the important circumstances, to determine as much as possible with arguments whether the existing

contract between the parties has a "particularly" close connection with other contract/contracts, which in fact changes an important part of the disputed relationship of the parties - to be used the issue of defining law.

Based on various examples and paragraphs of the Regulation, the article reviews the main aspects, ambiguities that lead to the diversity of the issue of establishing an obvious close connection in the context of determining the law because of the impossibility of no limitation and dynamic study of the absence of choice of law. Since just as the "close connection test" underwent significant changes in the interpretation of the applicable law from the Rome Convention to the Rome I Regulation, the said test also undergoes changes based on the interpretation of various new cases every single day.

The Role of the Characteristic Performance Party in Determining the Law to be Applied according to Rome I Regulation in Private International Law

Nikoloz Nebulishvili

PhD Candidate at Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Faculty of Law

Nowadays in International Economic Transactions, the parties frequently enter into a private legal relationship overpassing important terms such as applicable law. In the event of dispute, disagreement over this urges to detect the applicable law.

Defining the applicable law is not straightforward since there are numerous factors playing significant role in the definition of applicable law. The judges have burden to select the proper law to substantiate the existing legal relationship as not to violate the equality of the parties.

Although article 36 of the Law of Georgia on Private International Law, provides the applicable law when the parties have not chosen one. This article does not offer, or rather, cannot offer a mechanism for resolving the issue. Therefore, legal regulation solitarily lacks basis for determining the law to be applied.

Certainly, the case law of Georgia is scarce according to this issue. Although its urgency is increasing occasionally, since numerous contracts are concluded electronically daily. The dynamic growth of international agreements directly increases the discussions not existing in practice before. Therefore, the constant dynamics is crucial aspect, which requires changes in terms of study. The article is relevant since it the principle of characteristic performance is being in conjunction with the current legal changes in accordance with the provisions of Article 4 of Rome I Regulation which in turn raises a number of other topics. Finding the best solution remains a major task and challenge of current international practice.

Key words: Regulation, Convention, Characteristic Performance.

1. Introduction

The main question of what is the reason that the Parties do not define the applicable law for the contract or cannot negotiate which country's law regulates their agreement is quite topical. Worth noting that in practice, for different cases, the parties are not able to settle on one particular law, since both parties individually strive to define the law of their country in the contract. In other occasions, the contractors have no guidance that they are capable of determining the applicable law for the contract. In some instances, the current law is simply invalid. In such and similar circumstances there is need to regulate the negotiation fairly based on equal protection of the rights of the parties.

The Law of Georgia on Private International Law,

particularly article 36 and Rome I Regulation, specifically article 4 govern the applicable law whether the parties have not chosen the law of any country. Nevertheless, the abovementioned articles do not represent the "formula" of governing the contract. Therefore, based on the law, different legal theories, case law, the court decides in each case which country's legislation is appropriate for resolving the dispute of the contracting parties.

Article 36 of the Law of Georgia on Private International Law provides that: "*If parties have not chosen the law of any country, a contract shall be subject to the law of the country that is most closely related to it. A contract shall be considered to be most closely related to the country in which a party that had to fulfil an appropriate contractual obligation had a habitual*

residence or residence of administration when concluding the contract.”¹

From European perspective, Article 4(2) of the Rome I Regulation defines that: if the contract is not regulated via Article 4(1) of the Regulation (which dictates the applicable law for 8 types of contract) and/or whether the contract includes two or more elements, the agreement will be subject to the law of the country where the party fulfilling the characteristic contractual obligation has a permanent residence.²

A literal definition of these articles stipulates that a necessary precondition for determining the applicable law is to establish:

- (1) Which law of the country is most closely connected to contractual relation of the parties;
- (2) What is considered as the characteristic performance;
- (3) Who performs the characteristic performance;
- (4) What is considered as a habitual residence or as residence of administration.

The Subject of the Article

The subject of the article is to determine the characteristic performance, the performer of such obligation and intercourse to international contract law when the parties have not defined the law in the contract.

Relevance of the Article

The performance of a characteristic contractual obligation is of key importance for the determination of the law to be applied, both in accordance with Georgian and international law since it establishes the “center of gravity” and the close connection to the contract which then leads to an effective method of determining the applicable law.

Goal of the Article:

The main purpose of the article is to study the issue under consideration on the basis of different types of contracts, analysis of theoretical and practical aspects of the typical contractual obligation, showing similarities / differences under international law which may be helpful to find ways to solve those key issues, which may be encountered during the performance of

a typical contractual obligation and the determination of the contracting party

Structure of the Article:

The structure of the article comprises an introduction, the main deliberative part of the article, which includes a discussion of the characteristic contractual obligation and the aspects of the contracting party performing such an obligation, and finally, in conclusion, summarizes the issue.

Research Methods:

The main part of the article is based on doctrinal, comparative-legal and case study method. At the same time, the projected and predictable legal research method is somewhat taken into account as there is a possibility of using a typical contractual obligation with different interpretations, which puts us at risk of choosing an interpretation that does not suit a particular case. The collective method is used in terms of information retrieval, which is an essential component for a detailed analysis. The project incorporates the historical model, in particular from a historical point of view focusing on international practice, what was the approach in the recent past, whether the vision has changed and from what angle.

This research is monodisciplinary and requires less involvement of different disciplines, such as sociology, psychology, etc., since the subject of the research is entirely focused on the issue of law, which requires less multidisciplinary research components.

2. How is a characteristic performance defined and who is a characteristic contractual party according to Rome I Regulation

2.1. Definition of “Characteristic Performance” according to Article 4(1) and 4(2) of the Rome I Regulation.

Rome I Regulation, which is an “instrument” of private international law, offers a different approach to Georgian law governing the application of international private law. Rome Regulation defines the law applicable to the member states of the Regulation, including when the parties do not specify the law

¹ Law of Georgia on Private International Law, Article 36, Paragraph 1.

² Rome I Regulation, Article 4, para. 1.

applicable in their agreement.

Article 4(1) of the Regulation provides applicable law for 8 types of contract. In particular, (1) a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country of the seller, (2) the provision of the services shall be governed by the law of the country of the service provider, (3) in case of real estate (including rent agreement) the contract shall be governed by the law of the country where the property is placed, (4) tenancy of immovable property concluded for temporary private use for a period of no more than six consecutive months shall be governed by the law of the country where the landlord has his habitual residence, (5) a franchise agreements shall be governed by the law of the country of the franchisee, (6) a distribution agreement shall be governed by the law of the country of the distributor, (7) a contract for the sale of goods by auction shall be governed by the law of the country where the auction takes place whether such a place is determinable, (8) a contract concluded within a multi-lateral system which brings together or facilitates the bringing together of multiple third-party buying and selling interests in financial

instruments, as defined by Article 4(1), point (17) of Directive 2004/39/EC, in accordance with non-discretionary rules and governed by a single law, shall be governed by that law.³

The abovementioned types of contracts are different from each other with individual characteristics that makes them respectively the subject for separate regulation to be the „guide“ for applicable law instead of being considered in a broader interpretation of the contract.⁴

Characteristic performance which derives from Swiss law in European private international law is first

found in the 1980 Rome Convention, which is a precursor to the Rome I Regulation in the context of applicable law.⁵ There is no definition of “characteristic performance” in Rome I Regulation⁶ This performance combines each individual factors which has closer or the closest connection to the agreement where the party has his habitual residence or central administration.⁷

Identifying the performance of a contractual obligation is not complex in unilateral contracts where the offer is clearly stated. On the contrary, in mutually binding agreements where the parties reciprocally perform their obligations, it is quite hard to determine which party performance the characteristic performance.⁸ The prevailing opinion according to this issue is that the more complex type of contract we are dealing with, the more difficult it becomes to define a “typical contractual obligation” and to determine the applicable law in result.⁹

Furthermore, Recital 19 of the Rome I Regulation provides a rule on how to define a characteristic performance in the “complex” type of contract: If a contract consists of various obligations, different contract type elements, the characteristic performance should be determined by its center of gravity.¹⁰ The court must determine the center of gravity of the contract and decide the characteristic performance issue. Particularly, the court should consider (a) the nature of the contract; (b) the purpose of the contract, (c) the socio-economic purpose of the contract and (d) the obligations that distinguish it from other types of contracts or their elements.¹¹

³ Rome I Regulation, Article 4, para. 1.

⁴ Carolina M., *Applicable Law in the Absence of Choice*, Romania, Bucharest, 2013, 193.

⁵ Villani U., *The Role of the Characteristic Performance from the Rome Convention to the “Rome I” Regulation on the Law Applicable to Contracts*, <<https://www.studisullintegrazioneeuropea.eu/Scarico/Abstract%200310.pdf>> [2010], 1.

⁶ Okoli C., Arishe G., *Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation, the Escape Clause in the Rome Convention*, *Journal of Private International Law*, Luxembourg, 2012, 516.

⁷ Lipstein K., *Characteristic Performance - A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the*

EEC, *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1981, 404.

⁸ ob. Giuliano M., Lagarde P., *Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Article 4, Applicable Law in the Absence of Choice*, *Official Journal C 282*, 1980, 39.

⁹ ob. Richardson N., *the Concept of Characteristic Performance and the Proper Law Doctrine*, *Bond Law Review*, Murdoch University, 1989, 286.

¹⁰ Rome I Regulation, Recital 19.

¹¹ Zheng T., *Law Applicable in the Absence of Choice - The New Article 4 of the Rome I Regulation (hereinafter: “Zheng T., Law Applicable in the absence of Choice”)*, *Modern Law Review Limited*, 2008, 794.

2.2. Basic preconditions for determining “characteristic performance” and the judge's approach to determining such an obligation

According to Recital 19 and article 4(2) of the Rome I Regulation, determining characteristic performer party requires consideration of two issues: firstly, to dispose characteristic performance regarding to the center of gravity of the agreement and, secondly, to find out the party who has a major impact of the performance. It will be incorrect to distribute all the obligations to the parties and then look for which party fulfills the most obligations in total, since the one that fulfills more obligations may not be a typical performer at all and its obligations are not the center of gravity of the contract. This happens since the determination of the center of gravity of the contract is not based on the number of rights and obligations, but on the substance of the rights and obligations.¹²

Article 4 (1) of the Regulation, as listed, offers a general approach to specific types of agreements, which makes it somewhat easier for the European Court of Justice to determine the applicable law under the contracts provided in Article 4 (1) of the Regulation. However, it does not signify that the judge is obliged to be guided by the type of contract referred to in paragraph 1 in determining the law to be applied. This is the duty of the judge to consider the following paragraphs in conjunction with the 4(1) of the Rome I Regulation, so as not to omit the close connection of contractual obligation to the country, which is not mentioned in the first paragraph of Article 4 of the Regulation. The list of the contract is not based on *numerus clausus* principle but article 4(1) of the Rome I Regulation follows the main purpose – the law of the party who performs the characteristic obligation, which as well can be read from article 4(2) of the Convention. This paragraph provides applicable law to the type of

contract that is not regulated via article 4(1) or contains two/more elements of the contracts provided in 4(1) of the Regulation.¹³

Frequently, it is vague for the court to determine the specific party who of the characteristic performance clearly in the context where Rome I does not provide a definition of the habitual place for persons. Only recital 19 of the Regulation determines that the habitual residence for legal entities is the place where there is a branch, agency or other institution.¹⁴

Rome I Regulation manages to combine predictability with flexibility. Predictability mainly plays a major role, and flexibility is a subordinate part not only to the contracts listed in paragraph 4 (1) of the Regulation, but also to the contracts in which the inherent contractual obligation can be identified. At the same time, following the path of flexibility is preceded by the observance of its preconditions. In particular, before a judge applies the flexibility method, he is first guided by paragraphs 4 (1) whether the type of contract under consideration is appropriate and then follows the other preconditions (including and not only if the contract combines two or more elements of contract, etc.).¹⁵ For instance, if the seller sells the machine in Italy to a buyer registered in Italy for the purpose of operating the enterprise, and if the seller intends to sell the item and to provide service to the buyer for the proper operation of the machine, such agreement shall be deemed to include elements of two types of contract (purchase and service) and shall therefore be subject to the provisions of paragraph 4 (2) of Rome I, whereby the judge is required to determine the party who performs the characteristic obligation and to determine the applicable law.¹⁶ However, on the other hand, it is possible to evaluate the contract as a purchase, since the center of gravity is on the purchase, the main contractual obligation is to transfer ownership of the equipment to the buyer, and

¹² Zheng T., Law Applicable in the Absence of Choice - The New Article 4 of the Rome I Regulation (hereinafter: “Zheng T., Law Applicable in the absence of Choice”), *Modern Law Review Limited*, 2008, 794.

¹³ Rome I Regulation, Article 4, para. 2.

¹⁴ Fernandez E.J. Jurisdiction and Applicable Law to Contracts for the Sale of Goods and the Provision of Services including the Carriage of Goods by Sea and other Means of Transport in the European Union, City Research Online, University of London, 2019, 66.

¹⁵ Lando O., Nielsen A., *The Rome I Regulation, Choice of Law in the Absence of an Agreed Choice* (hereinafter: “Lando O., Nielsen A., The Rome I Regulation”), Kluwer Law International, 2007, CML Rev. 2008, 1703.

¹⁶ Lando O., Nielsen A., *The Rome I Regulation, Choice of Law in the Absence of an Agreed Choice* (hereinafter: “Lando O., Nielsen A., The Rome I Regulation”), Kluwer Law International, 2007, CML Rev. 2008, 1703.

the service for the operation is ancillary. Therefore, the judge may subject the contract to a settlement under paragraph 4 (1) (a). In such a case, paragraphs 4 (1) and 4 (2) may lead to the same applicable law, although there are cases where the qualification of which paragraph should be given preference may determine different applicable law. The study of such details and approaches is the main purpose of Article 4 of the Rome I Regulation, which is manifested in going through the right steps to determine the law to be applied, so as not to harm the interests of either party and to correctly establish a characteristic performance.

2.3. The difficulty of characteristic performance

It is not easy to define, an agreement contains two elements of a contract regulated by paragraph 4 (1) of Rome I Regulation while we are guided by paragraph 4 (2) or, despite the two elements, we are dealing with a specific type of contract governed by paragraph 4 (1). For example, some distribution agreements contain the elements of purchase. If the purchase can be clearly separated from the distribution and the subject matter of the dispute is directed to only one type of (distribution) or another (purchase) type of contract, then the judge may apply paragraph 4 (1) of the Rome Regulation to ascertain the applicable law. If the distribution determines the “center of gravity”, then paragraph 4(1)(f) of the Rome Regulation may specify the governing law by the law of the country where the distributor has his habitual residence. On the other hand, such approach may misjudge the applicable law in certain cases. In order to exclude any risk and probability of other applicable law, the judge is obliged to go beyond paragraph 4 (1) of the Regulation and consider whether we have a closer connection with the contract (especially when two types of contract elements are combined in one agreement).¹⁷

In the report by Mario Giuliano, a professor at the University of Milan, and Paul Lagarde, a professor at the University of Paris, on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations is states that¹⁸ the idea underlying article 4(2) of the Regulation is familiar for specialists. It reveals a trend that has manifested itself in many countries over the decades, both in legal documents and in court practice. It refers to the fulfillment of a characteristic performance which determines the binding factor of the contract on the basis of the substantive elements of the agreement. It refers to the fulfillment of a characteristic performance, which determines the binding factor of the contract based on the substantive elements of the agreement and not on the basis of external elements / factors that are not substantially related to the obligation, for example, the origin of the parties and / or the place where the contract is concluded.¹⁹

Paragraph 4 (2) of the Regulation considers two instances of the performance rule: [1] when the agreement does not belong to any of the sub-paragraphs (type of contract) of paragraph 4 (1) of the Regulation; [2] when the contract includes more than one sub-paragraph of paragraph 4 (1) of the regulation (belongs to more than one type of contract). Whether the contract is beyond the scope of paragraph 4 (1) of the Rome Regulation depends on the correct interpretation of the types of contract provided for in paragraph 4 (1). The performance rule provided for in paragraph 4 (2) of the Regulation is applicable unless the obligation is clearly stated, is not easily identifiable and at the same time it meets one of the above prerequisites.²⁰

The second precondition for the application of Article 4 (2) of the Regulation is much more controversial than the first one, since the 8 types of contract provided for in paragraph 4 (1) of the Regulation are not fully exclusive. In particular, with broad interpretation, purchase agreement covers the auction purchase agreement; a real estate rental agreement covers a

¹⁷ Lando O., Nielsen A., The Rome I Regulation, Choice of Law in the Absence of an Agreed Choice (hereinafter: “Lando O., Nielsen A., The Rome I Regulation”), Kluwer Law International, 2007, CML Rev. 2008, 1703-1704.

¹⁸ Giuliano M., Lagarde P., Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Article 4, Applicable Law in the Absence of Choice, Official Journal C 282, 1980, 38.

¹⁹ Giuliano M., Lagarde P., Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Article 4, Applicable Law in the Absence of Choice, Official Journal C 282, 1980, 38-39.

²⁰ Zheng T., Law Applicable in the absence of Choice”, Modern Law Review Limited, 2008, 793.

temporary rental agreement for the personal use of real estate. As we read from the 17th Recital of Rome I, a service contract can cover a franchise agreement and a distribution agreement.²¹ Accordingly, the interrelationship between paragraph 4 (1) and paragraph 4 (2) of the Regulation is not easily distinguishable. For example, if we consider the auction agreement, where it is impossible to determine the location of the auction, paragraph 4(1)(g) may not apply. In such a case the question arises as to which way the judge has to choose. Should the purchase agreement provided for in paragraph 4 (1) (a) of the Regulation include an online auction and determine the applicable law accordingly or should the judge determine such law according to paragraph 4(2) of the Rome Regulation? In considering this matter, it is not justified to apply paragraph 4 (1) to a contract based on a particular case without a detailed analysis of whether a particular contract is compatible with one of the 8 types of contract.²²

The other difficulty is the fact that, as already mentioned, the service contract also includes elements of the purchase agreement and vice versa. For greater clarity, if a company individually delivers customized software to its customers to meet their specific needs, the contract contains elements of both the purchase agreement and the service agreement. According to Rome I, in accordance with the literal definition of paragraph 4 (2) of Regulation I, it may be concluded that the agreement in the example includes the elements of paragraph 4 (1) (a) as well as 4 (1) (b) of the Rome I and as a result the agreement goes beyond the regulation of paragraph 4 (1) and since we have two elements in the face, it is regulated depending on the Paragraph 4 (2) using the characteristic performance. However, in most cases, even when the elements of a contract are suitable for more than one type of contract (as in our example, it includes elements of a purchase and service agreement), the classification of a contract may not seem immense given that a key obligation may be outlined.

Particularly, the purchase agreement often includes the elements of the services to be provided after the transfer of the item to the buyer. As for example, some sellers offer services to the buyer in the form of instructions and training so that the buyer can use the subject matter for its intended purpose. Such agreements include the elements of services such as following instructions and/or training, but the characteristic performance is to transfer the subject of purchase to the buyer with the right of ownership. Therefore, it won't be appropriate to consider a similar type of contract as a joint review of two types of contract equally, as in this case the purchasing element outweighs the further service element. This Agreement shall be suitable to apply to the purchase agreement referred to in paragraph 4 (1) (a). At the same time, with reference to paragraph 4 (2), the application of a performance rule gives the same effect in terms of applicable law as provided for in paragraph 4 (1) (a) of the contract of sale, although this is not always the case.

The case law of *ADO Den Haag v. The United Vansen (PRC)* is also a good example of the application of Article 4 of the Rome I Regulation. *ADO Den Haag* is a Dutch football club (based in The Hague) that has sued *United Vansen International Sports Co. Ltd.* (Location: Beijing, China) for the reason that the latter did not pay a deposit for the bonus shares purchased at the club. The key issue was the extent to which the matter was subject to the jurisdiction of the Dutch courts. Since the defendant is domiciled in China, in particular Beijing, the Court has applied the rules of Dutch private international law, which give it jurisdiction over urgent proceedings of significant interest. The main interest of the mentioned decision was for the court to consider the matter with reference to the Rome I Regulation, since the share purchase agreement contained neither explicit nor implicit law.²³

In the present case, the Court finds that a share purchase agreement does not constitute a type of agreement under Article 4 (1) of the Regulation (which is contrary to the view that Article 4 (1) (a) of the

²¹ Rome I Regulation, Recital 17.

²² *Zheng T.*, Law Applicable in the absence of Choice", *Modern Law Review Limited*, 2008, 793.

²³ *Maganaris E.*, *Ado Den Haag V. United Vansen: Absence of an Express Choice of Law under Article 4 Rome I Regulation*,

< <https://lawsblog.london.ac.uk/2017/04/19/ado-den-haag-v-united-vansen-absence-of-an-express-choice-of-law-under-article-4-rome-i-regulation/> [19.04.2017], (hereinafter: *Maganaris E.*, *Ado Den Haag V. United Vansen*)".

Regulation presupposes the rule of law applicable to the type of purchase agreement (share purchase agreement). However, since the judge considered that sub-clause of the purchase agreement did not include the share purchase agreement, he continued the discussion in the search for the law applicable to the contract with the characteristic performance test set in Article 4 (2) of the Convention. In particular, the court stated that the characteristic performance was precisely the award of the shares bonus. The relevant connecting factor with respect to the party performing this characteristic obligation was the location of that party. As a result, based on this reasoning, we move on to Chinese law as the current legislation governing the agreement.²⁴

However, the Dutch court finally concluded that the law governing the share purchase agreement between the parties should have been clarified using the "escape clause" of paragraph 4 (3) of Rome I Regulation. The court stated that all the circumstances of the case referred to the Dutch legislation as a law more closely related to the contract, which the court upholds with the position that the agreement between the parties was made in the Netherlands, enforcement should have been done by transferring money to a Dutch bank account.²⁵

Both arguments in the judgment, which refer independently to paragraphs 4 (2) and 4 (3) of Regulation are independently fair, although the main issue is to assess what constitutes a "weighty" aspect of the characteristic obligation which ultimately determines the applicable law.

Consequently, it is considered that the interpretation of the characteristic performance should be done in a targeted manner in accordance with paragraph 4 (2) of the Regulation, as a verbal definition may otherwise lead us to determine the law to be applied. The contract is evaluated not in form but in content. Moreover, the inclusion of an element of more than one type of contract under one agreement does not

directly imply that the determination of the law applicable to that contract is subject to Article 4 of the Rome I Regulation. Rather, a detailed analysis of the contract should be made to determine whether any of the elements are of greater importance, what is the main purpose of the contract, the "center of gravity" should be defined and the contract should be assessed accordingly in order to define the applicable law under Article 4 (1) or 4 (2).²⁶

3. Conclusion

The main purpose of the present article was to highlight the role of a characteristic performance and the party performing such an obligation in private international law, using the example of the Rome I Regulation, when the parties have not defined the law applicable by the contract.

On the example of different types of contract, the main important aspects of the article are discussed, which is one of the main research issues to determine the law to be applied. Considered of what approach is the best to define the law applicable in terms of establishing a typical contractual obligation in cases when the law does not offer a direct wording, including mixed type contracts, transactions that involve two or more elements of a different agreement.

The issue is not, and due to its specificity, will not be fully reviewed within the present article. However, it is a guide to show the importance of a specific contractual party and its fulfillment of the obligation to determine the law of the contract according to the analysis of the various elements and the legal path that will lead to a law that applies in accordance with the principles or requirements of private international law.

²⁴ *Maganaris E., Ado Den Haag V. United Vansen*"), <<https://lawsblog.london.ac.uk/2017/04/19/ado-den-haag-v-united-vansen-absence-of-an-express-choice-of-law-under-article-4-rome-i-regulation/>> [19.04.2017].

²⁵ *Maganaris E., Ado Den Haag V. United Vansen*"),

<<https://lawsblog.london.ac.uk/2017/04/19/ado-den-haag-v-united-vansen-absence-of-an-express-choice-of-law-under-article-4-rome-i-regulation/>> [19.04.2017].

²⁶ *Maganaris E., Ado Den Haag V. United Vansen*"), <<https://lawsblog.london.ac.uk/2017/04/19/ado-den-haag-v-united-vansen-absence-of-an-express-choice-of-law-under-article-4-rome-i-regulation/>> [19.04.2017].

General aspects of the implementation of legislative initiative by voters in Georgia

Maka Tsulaia

PhD Student, Faculty of Law of the Ivane Javakishvili Tbilisi State University

Foreword

Laws were originally invented by people to achieve order and created by them for themselves. People themselves established the necessity of the law and acted as its creator. "Society cannot exist without law, it is obligatory, if there is no law people fight each other, illegal actions are crime, lawlessness is disorder – anarchy."¹ In order to ensure a better coexistence of people, society itself identified important areas that, in its opinion, required regulation, and looked for ways to regulate them. "Law in general is human reason insofar as it governs all the peoples of the earth... Laws should be so appropriate to the people for whom they are made that it is very unlikely that the laws of one nation can suit another."²

"Law is the rules expressed in words"³. The term "law" is often used not only in relation to all legal acts, but also to refer to the law, the law is understood as any rule established in the state. We can say that in a broad sense, the law is that which is set, established, and mandatory for execution. In the narrow sense, law is a specific legislative act.

In the modern sense, law should not be perceived only as a mechanism for imposing certain prohibitions and establishing order, but it can be considered as giving opportunities to society, as order creates and gives us equal opportunities, allows us to develop freely,

protects our rights and interests, helps us regulate relationships. From this point of view, rules are a means, and their knowledge and purposeful use are a driving force for the development of a person, society and the state. Participating in and contributing to creation of rules is a way of determining the direction that serves the needs and interests of society. All rules, norms and laws are ultimately created by people and for people.

Since the law is created for the people and regulates social relations, it should not be strictly and imperatively imposed by the state. "Laws must be legitimate in the sense that the competent legislator is trusted by the citizens. Basically, this trust can only be established through a democratic process."⁴ A law that meets the needs of society cannot be adopted without public involvement, which implies the participation of citizens in lawmaking processes. The law is created for society, regulates important issues of its life, endows it with a number of rights or restricts certain rights. Therefore, law and lawmaking processes should not be separated from society. However, it is important how the involvement of society in this process will be ensured, what is the scope of the involvement and what mechanisms should be applied for the implementation of this opportunity to maintain the balance which is necessary, on the one hand, to ensure the participation of citizens in the legislative process

¹ *M. Tsereteli*, "Law, Sociological Etude", Tbilisi, 1906, 4.

² *Montesquieu Charles-Louis*, "The Spirit of Laws", translated by D. Labuchidze, Tbilisi, pp. 35-36.

³ *R. Zippelius*, "Doctrine of Legal Methods", Beck's Publishing House, Munich 2006. translated by L. Totladze, 1.

⁴ "The Rule of Law – A Guide for Politicians", The Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law and the Hague Institute for the Internationalisation of Law, 2012, pp. 14.

and take into account their opinion, and on another, to ensure the quality of legislation.

Lawmaking is a complex and multistage process; it is a set of detailed procedures that shall be carefully followed in order to adopt a law. To ensure the involvement and participation of citizens in lawmaking, specific mechanisms, clearly established regulations that allow representatives of society to express their position or opinions, develop and propose a legislative initiative or simply an idea to change or adopt a law, attend discussions of drafts laws, etc. should be made available. The only way to empower citizens to participate in lawmaking is the availability of clear regulations. They will have the right to participate in lawmaking activities in the form, to the extent and at the stage, as determined by the legislator. "No matter how many rights you give a person, if you block his way with "bureaucratic barriers", you can't talk about human rights. The rights are only those that you can use."⁵ The existing legislative regulations grant the interested representatives of society the right to express their position, participate in lawmaking, and at the same time set a limit beyond which they are no longer able to exercise this right. The existing legal regulations provide normative framework under which the recognized right to participation can be exercised. On the other hand, the mentioned regulations are established by the state, which allows it to control the extent of participation. Maintaining a balance is extremely important, as public administration is carried out by the state, the state is responsible for the development of the country and the implementation of appropriate policies, however, authorities are representatives of the public and are elected by people, which means that they should protect and advance its interests. The interests of society cannot be identified without public participation and study of their positions and opinions. "The introduction of democratic principles in such a sphere of coexistence of the state and society as lawmaking is important for establishing a rule of law. This principle [principle of democratism]

implies the participation of groups with different interests, representatives of society in lawmaking. It creates legal guarantees for the active participation of citizens in state governance (referendum, legislative initiative, legislative proposal), which naturally has a positive effect on the quality of the product of lawmaking".⁶

I. Public initiative - an instrument of direct democracy

According to the most general definition, the term democracy refers to the power of the people, the rule of the people. A democratic state cannot exist without taking into account the will of the people and involving them in the decision-making process, and each country determines how it will be implemented. "According to the principles of democracy, governance power shall be exercised only with the consent of the governed. The most perfect form of this consent is when citizens exercise self-governance and obey the laws that they themselves have created. "Self-governance" may take the form of representative or direct democracy. Democratic governance for the people is exercised by the people through laws expressing their will."⁷

The fact that voters make their choice through elections in conditions of competition between political parties and trust their representatives to make decisions on their behalf, obviously means their involvement in governance. In this case, people exercise their power through representatives, which is a manifestation of representative democracy, however their direct participation in the decision-making process, including lawmaking is no less important. The active participation of citizens in the lawmaking process, putting their concerns on the political agenda awakens the authorities and makes them pay more attention to the needs of society. In this regard, it is important to have mechanisms that provide for the direct involvement of people, their direct participation in the development

⁵ B. Zoidze, "The doctrine of legislative culture", Journal „Individual and the Constitution“ N1, 2006, 39.

⁶ L. Bezhashvili, "Legislative Technique: Guide to Legal Drafting", Tbilisi 2012, 17.

⁷ A. Shaio, "Self-restriction of Power, Introduction to the Constitutionalism", translated by M. Maisuradze, edited by. T. Ninidze, Tbilisi, 2003, 61.

of laws. One of the elements of direct democracy is the implementation of the legislative initiative by voters.⁸

According to the Constitution of Georgia, Georgia is a democratic republic. People are the source of state authority. People exercise power through their representatives, as well as through referendums and other forms of direct democracy.⁹ In addition, the Constitution of Georgia has also granted the right of legislative initiative to at least 25,000 voters from among the subjects having the said right, giving them the opportunity to directly engage in the legislative process, prepare and put forward an initiative and convince the legislature of the need to adopt a new law or implement a legislative change.

Legislative power in Georgia is exercised by the Parliament, which is a representative body, enjoys the mandate of the people and, in turn, must defend people's interests. The prerogative of the Parliament is "the implementation of the interests entrusted to it by the people, as the highest legislative power".¹⁰ Citizens, having expressed their support in the elections, entrusted the legislative activity, focused on the interests of society, to the Parliament. On the other hand, lawmaking requires specific knowledge and is a rather complicated, complex process, which is a task of the legislative body. In this context, it is interesting how an individual voter or a group of voters will be able to cope with an important part of the lawmaking. "The success of lawmaking primarily depends on the legal culture of lawmakers, their creativity, deep knowledge of legal science and lawmaking techniques".¹¹ The question is how the instrument of direct democracy - the public initiative can be relevant and effective in such conditions, what are its advantages and

disadvantages, what are the regulations of foreign countries in this area, what is the practice of using the public initiative in Georgia, what is the share of voters' initiatives among the initiatives submitted by subjects having the right of legislative initiative, and whether this leads to real results. An analysis of these issues will allow us to determine the essence of the above-mentioned mechanism of citizens' participation in the process of lawmaking and its real effectiveness in Georgia.

II. Subjects having the right of legislative initiative

The legislative process is a set of strictly defined rules, and its participants enjoy only those rights that are established by law. The most important is the right of legislative initiative, which means giving only eligible subjects the opportunity to introduce a draft law into the legislature. The range of subjects with the right of legislative initiative is usually determined by the basic law of the respective country. Eligible subjects vary by country, but in general this right is enjoyed by member/members of the legislature, parliamentary committees, governments, voters. The approach to initiating a draft law by parliament members varies from country to country, while in some countries one member of parliament has the right to submit a draft law¹², in other countries for this purpose a certain number of members may be required. For example, according to the Constitution of Latvia, a group of at least five members of the Saeima has the right to initiate legislation¹³. According to the regulations of the Sejm of Poland, a group of 15 members of the Sejm is required to submit a legislative initiative¹⁴. Also, in some cases, this right can be exercised by the

⁸ The article deals only with legislative initiatives introduced with the aim of changing the current, ordinary law (this rule can also be applied when making changes to organic laws) and does not consider cases of introducing a draft constitutional law.

⁹ The Constitution of Georgia, Article 3.

¹⁰ D. Gegenava, B. Kantaria, L. Tsanova, T. Tevzadze, Z. Macharadze, P. Javakhishvili, T. Erkvania, T. Papashvili, "Constitutional Law of Georgia", the 4th edition, Tbilisi, 2016, 200.

¹¹ L. Bezhashvili, "Legislative Technique: Guide to Legal Drafting", Tbilisi 2012, 51.

¹² Georgia is among those countries where such regulation exists.

¹³ The Constitution of the Republic of Latvia, Article 65 <https://www.saeima.lv/en/legislative-process/constitution/?phrase=constitu> [23.02.2023].

¹⁴ The Standing Orders of the Sejm of the Republic of Poland, Article 32 http://oide.sejm.gov.pl/oide/en/index.php?option=com_content&view=article&id=14798:the-standing-orders-of-the-sejm-of-the-republic-of-poland&catid=7&Itemid=361 [23.02.2023].

president of the country, such countries include, Poland¹⁵, Latvia, Lithuania, Moldova. In addition, in some cases, autonomous or self-governing units of the country concerned have the right to submit a draft law. Such a possibility is provided, for example, by the constitutions of Moldova, Serbia, Portugal, and the Czech Republic. In some countries, the right to initiate legislation may be granted to various government agencies and/or officials. For example, according to the Constitution of Serbia, the National Bank and the Public Defender have such a right within their competence.¹⁶

According to the Constitution of Georgia, the Government, a Member of Parliament, a parliamentary faction, a parliamentary committee, the supreme representative bodies of the Autonomous Republics of Abkhazia and Adjara, and not less than 25,000 voters shall have the right of legislative initiative.¹⁷ Accordingly, the basic law of the country gave the said subjects the opportunity to transform their vision of the regulation of a particular issue into a draft law and submit it for consideration to the country's supreme legislative body. It is obvious that each subject uses this right taking into account own interests or sphere of activity. Looking at the data of the last 10 years of parliamentary activity in Georgia¹⁸, out of 2,140 legislative initiatives registered in the Georgian Parliament during this period, 744 (35%) legislative initiatives were submitted by the Georgian Government¹⁹, by the member/members of the Parliament of Georgia – 1,070 (50%) legislative initiatives²⁰. During the same period, parliamentary committees submitted 146 (7%) legislative initiatives for consideration, 134 (6%) initiatives were submitted by parliamentary factions, 40 (2%) legislative initiatives were submitted by the supreme representative bodies of the autonomous

republics of Abkhazia and Adjara. Over the past 10 years in total 6 legislative initiatives, including one draft constitutional law, submitted by voters have been registered in the Parliament of Georgia. Their number among the submitted legislative initiatives is so small that the percentage is almost 0%. It is obvious that the number of initiatives implemented by the voters will be much less and likely will not reach the number of the initiatives submitted by the Government of Georgia or the members of the Parliament of Georgia, however, in the conditions of an almost zero (0.28%) index, the question arises, what could be the reason for such a small number of legislative initiatives implemented by voters.

III. Providing voters with the opportunity to exercise the right of legislative initiative and the content of the draft law

Such an important and direct mechanism for the participation of citizens in the lawmaking process as the right of legislative initiative was already provided for by the 1921 Constitution of Georgia. "Lawmaking in independent Georgia has always developed in a democratic direction... [in theoretical papers of that period] the political aim of democracy was to organize the state in such a way that it reflected the classical provision - *Lex et quod populus julex atque constituit* - The law is what the people have agreed to and established".²¹ The aforementioned views were also reflected in the basic law of the country. The first constitution of the Republic of Georgia contained an article according to which 5,000 voters, along with members of parliament, were granted the right to initiate legislation.²² The opportunity for voters to exercise the right of legislative initiative was also preserved by the 1995 Constitution of Georgia, according to which at

¹⁵ The Constitution of the Republic of Poland, 1997, Article 118, <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm> [23.02.2023].

¹⁶ The Constitution of the Republic of Serbia, Article 107, https://www.constituteproject.org/constitution/Serbia_2006.pdf?lang=en [23.02.2023].

¹⁷ The Constitution of Georgia, Article 45.

¹⁸ The data covers the period from October 24, 2012 to October 1, 2022. Source: website of the Parliament of Georgia www.parliament.ge.

¹⁹ The data relates only to draft laws submitted as a legislative initiative and therefore does not include international treaties, agreements, conventions, etc. submitted by the Government.

²⁰ These data include, among others, draft constitutional laws, as well as draft resolutions of the Parliament, the introduction of which, in accordance with the regulations of the Parliament of Georgia, is carried out as a legislative initiative.

²¹ P. Tsnobiladze, G. Khubua, V. Khmaladze, N. Metreveli, O. Kapanadze, "How the law is made", Tbilisi, 2000, 24.

²² The Constitution of Georgia of 1921, Article 63.

least 30,000²³ voters had the right to submit a draft law to the Parliament of Georgia. This number has been reduced to 25,000 voters as a result of the constitutional amendments introduced in 2017²⁴.

It should be noted that in most European countries, voters do not enjoy the right to initiate legislation. The legal regulation provided by basic law of the studied 17 countries is as follows:

| N | Country | Public initiative | | Article of the Constitution |
|----|-----------|-------------------|----|-----------------------------|
| | | Yes | No | |
| 1 | Austria | ✓ | | 41 |
| 2 | Bulgaria | | ✓ | - |
| 3 | Germany | | ✓ | - |
| 4 | Estonia | | ✓ | - |
| 5 | Italy | ✓ | | 71 |
| 6 | Latvia | ✓ | | 65 |
| 7 | Lithuania | ✓ | | 68 |
| 8 | Poland | ✓ | | 118 |
| 9 | Portugal | ✓ | | 167 |
| 10 | Greece | | ✓ | - |
| 11 | France | | ✓ | - |
| 12 | Slovakia | | ✓ | - |
| 13 | Ukraine | | ✓ | - |
| 14 | Hungary | | ✓ | - |
| 15 | Finland | ✓ | | 53 |
| 16 | Czechia | | ✓ | - |
| 17 | Croatia | | ✓ | - |

Citizens of 10 out of these 17 countries cannot directly demand a change in the law, voters of only 7 countries have the right to apply to the parliament through a legislative initiative²⁵.

It is fundamentally important that society from the very beginning correctly understands the goal of involving citizens in lawmaking. Society should know that this opportunity is not a privilege, but a great responsibility, and treat it with due respect and caution. It is obvious, that granting citizens the right to initiate legislation obviously presupposes their direct

participation in the legislative process, which cannot be implemented in the absence of statesmanship in civil society. „In order to be a democratic state... the existence of a mere people is not enough; a civil society with a high legal culture and legal awareness is necessary“.²⁶ Lawmaking is a means of pursuing a consistent policy. It is important to take carefully thought-out steps in this direction, which, ultimately, can be narrowed down to each legislative initiative being implemented, since lawmaking determines the main directions of the country's policy. Public initiatives may, at first glance, not correspond to the general strategy of lawmaking in terms of content. Also, ordinary citizens may not have the expertise necessary to regulate the issue through a legislative initiative. However, the issue of implementing this or that change will be put on the agenda, the government will turn its attention to that area or issue that it did not think to solve at this stage or did not consider at all. From this point of view, the implementation of the legislative initiative by the voters can be considered, first of all, as cooperation, a way that does not contradict or disharmonize with the activity of the authorities, but complements it, helps authorities to have a better view of people's needs and even provide them with a vision for their solution. „As a direct democracy mechanism the agenda initiative offers a functional means for citizens and legislators to share power.“²⁷ In addition, the implementation of a legislative initiative relates to a specific issue, is aimed at solving a specific problem, and represents changes prepared around one topic. Therefore, by itself, it cannot have a large-scale influence on policy-making. Especially as, the legislature is not obliged to share all submitted initiatives and, moreover, in the proposed form. It can be said that through the public initiative, voters have the opportunity to activate and propose a specific issue to the authorities, but not to

²³ The Constitution of Georgia, 1995 version, Article 67.

²⁴ The Constitution of Georgia, current version, Article 45.

²⁵ The study does not cover all countries, which means that, in addition to those mentioned in the article, there are other countries where voters are given the opportunity to submit a legislative initiative. This right is exercised, for example, by voters in Serbia, Macedonia, Romania. However, the number of countries whose basic laws do not provide for this possibility is greater. The study carried out for the purposes of this article

reflects the general picture of the existing legal regulations in European countries.

²⁶ D. Gegenava, B. Kantaria, L. Tsanova, T. Tevzadze, Z. Macharadze, P. Javakhishvili, T. Erkvania, T. Papashvili, "Constitutional Law of Georgia", the 4th edition, Tbilisi, 2016, 11.

²⁷ „Direct Democracy“ the International IDEA Handbook, International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2008, 93.

solve it. We must agree that “The agenda initiative is a fundamentally ‘limited’ direct democracy procedure since it only puts an issue on the agenda of the legislative body”.²⁸

If we look at international experience, in some countries there are certain restrictions, a certain range of issues in connection with which voters are allowed or not allowed to submit a legislative initiative. For example, under the Law on Legislative Initiative by Citizens of Portugal, voters may submit a legislative initiative on any matter included in the Assembly of the Republic’s legislative competence, with the exception of amendments to the Constitution, changes to be proposed by the Government or autonomous regions according to the Constitution, as well as initiatives related to generic amnesties and pardons and of budgetary, tax-related or financial nature or content. According to the Law, voters’ groups may not submit legislative initiatives which are in breach of the Constitution or the principles enshrined therein; do not contain a concrete definition of the purpose of the modifications to be made to the legislative order; involve, during the current financial year, an increase in the expenditure or a decrease in the revenues provided for in the state budget.²⁹

The legislation of Georgia does not provide for restrictions on the content of a draft law to be submitted by voters, however, there are exceptional legislative acts that can only be initiated by specific subjects. Only the Government of Georgia is entitled to present to Parliament draft laws on the State Budget, and the structure and rules of operation of the Government, and only member of the Parliament, a committee, and a faction are entitled to present to Parliament the draft Rules of Procedure.³⁰ This is obviously a general restriction and mandatory for all relevant subjects having the right to initiate legislation, so it cannot be

perceived as an exception that applies to voters when exercising their right of legislative initiative. When submitting a draft law, as regard to issues the voters of Georgia enjoy equal opportunities as other relevant subjects with the right of legislative initiative. At the legislative level, when implementing a legislative initiative voters are given the same status as other initiators, however, the question is whether they actually have equal opportunities and whether draft laws submitted by voters have a realistic chance of becoming law.

IV. Submitting drafts laws by voters and its results

The idea to change the law may come from an individual citizen, but to submit a draft law as a legislative initiative, support, namely a certain number of voters is needed. „Individual citizens can want or demand laws for any reason - e.g., the law makes the world a better place, the law promotes the production of a public good, and so forth - but they will generally act in some group context to obtain the passage of a desired law or the defeat of an undesired law”.³¹ All countries that grant the right of legislative initiative to their voters also set a certain number of voters, the minimum number of supporters necessary to identify voters as having the right to legislative initiative and to exercise the right to legislative initiative. The minimum established number of voters varies from country to country. According to existing legal regulations in the studied countries, this number ranges from approximately 0.1% to 10% of registered voters³² in the respective country. In particular, according to the Constitution of Austria, at least 100,000 voters³³, making 1.57% of the total number of voters in the country are required to implement the initiative. The Constitution of Italy provides the similar opportunity to 50,000

²⁸ „Direct Democracy“ An Overview of the International IDEA Handbook, International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2008, 21.

²⁹ Law on Legislative Initiative by Citizens of Portugal no. 17/2003, of 4 June 2003, Articles 3 and 4.

³⁰ Rules of Procedure of the Parliament of Georgia, Article 99.

³¹ Tollison R. D. Public choice and legislation, Virginia Law Review, Mar., 1988, Vol. 74, No. 2, 341.

³² Information on the number of registered voters are retrieved from <https://www.electionguide.org/>, The data is based on information about the number of voters registered in the last elections by country posted on the website.

³³ The Constitution of Austria, Article 41, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_1930_1/ERV_1930_1.pdf [23.02.2023].

voters³⁴, which is quite a small number considering the country's population (0.11% of voters). The Constitution of Latvia sets the minimum number at 1/10 of voters, which is the highest percentage among the studied countries. In Lithuania³⁵ and Finland³⁶, the minimum number of voters is set at 50,000 - 2.16% of 1.17%, of registered voters in the respective country. The main law of Poland sets the minimum number of voters at 100,000³⁷ (0.33% of total number of voters in the country), while according to the Portuguese legislation the minimum number of voters is 20 000³⁸ (0.21% of total number of voters in the country). As can be seen, the minimum number of voters set for the implementation of the legislative initiative for the countries studied mainly ranges from 0.1% to 2%, only in the case of Latvia the number significantly exceeds the indicated percentage and includes at least 10% of voters. As for Georgia, according to the current version of the Constitution, the number of voters with the right of legislative initiative is set at no less than 25,000 voters³⁹, which is approximately 0.71% of the total number of voters in the country⁴⁰.

Along with the establishment of a minimum number of voters, the laws of different countries introduce certain procedures that must be observed by the initiators when submitting a legislative initiative of voters. In the established rules for submitting an initiative, several main issues can be identified regarding the creation of initiative groups of voters, the manner of submission of a legislative amendment, time frames and geographic area for collecting signatures, the rules

related to verifying the authenticity of signatures, which differ depending on the country.

Since the implementation of a legislative initiative by voters depends on the number of supporters of specific draft laws, the procedure for submitting a draft law by voters is different. In particular, in such a case, a small group of initiators shall be created to develop a draft law and carry out a campaign to convince voters of the need for a specific change, manage the collection of signatures, submit the collected signatures to the legislature and participate in the discussion of the draft law on behalf of voters. It should be noted that, as a rule, a public initiative has to be submitted in the form of a draft law, along with an explanatory note. However, there are other approaches, for example, in accordance with the legislation of Lithuania, in case of submission of a draft law initiated by voters, the obligation to provide an explanatory note does not apply, unlike all other initiators⁴¹. As for time frames and geographic area for collecting signatures, time frames vary from a few days to several months, depending on the country, geographic areas for collecting signatures may be also specified. For example, in Austria, the initiative can be submitted by 1/6 of citizens with voting right of the three provinces.⁴² It is obvious that the procedure for submitting the initiative to the European Parliament is different. According to the regulations established by the legislative act, to implement the initiative, it is necessary to collect at least 1 million signatories in one quarter of member states, the minimum number of signatories coming

³⁴ The Constitution of the Republic of Italy, Article 71 https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf [23.02.2023].

³⁵ The Constitution of the Republic of Lithuania, 1992, Article 68, <http://www3.lrs.lt/home/Konstitucija/Constitution.htm> [23.02.2023].

³⁶ The Constitution of Finland, 1999, Article 53 <https://finlex.fi/en/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf> [19.02.2023].

³⁷ The Constitution of the Republic of Poland, 1997, Article 118, <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm> [23.02.2023].

³⁸ Law on Legislative Initiative by Citizens of Portugal no. 17/2003, of 4 June 2003, Article 6.

³⁹ Before constitutional changes made in 2017, the minimum number of voters was 30,000.

⁴⁰ According to the consolidated protocol on the final results of the elections to the Parliament of Georgia dated October 31, 2020 of the Central Election Commission of Georgia, the total number of voters is 3,511,853. Source: the webpage of the Central Election Commission of Georgia.

⁴¹ Seimas of the Republic of Lithuania – Statute, Article 135 <<https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/e495a6e2b60611e5be9bf78e07ed6470?jfwid=39x432mh7>> [23.02.2023].

⁴² Rules of Procedure of the Austrian National Council, 1975, Article 69 <https://www.parlament.gv.at/en/explore/making-laws/legal-bases/rules-of-procedure-of-the-austrian-national-council> [23.02.2023].

from each member state is also established⁴³. Individual countries also have procedures for verifying signatures, verifying data, and other procedures. The procedure for submitting a draft law by voters is established by the Rules of Procedure of the Parliament of Georgia, which established the rules and procedures for the registration of an initiative group, collection of signatures and submission to the Parliament, and verification the authenticity of signatures. The procedures required for the voters' initiative should be flexible, clear and simple so as to encourage participation by citizens. „Simplification of obtaining the right does not necessarily mean a reduction in the value of this right“.⁴⁴

The study of practice will give us the clear picture of the implementation of legal regulations in Georgia. For this purpose the situation regarding the implementation of legislative initiatives by voters and their discussion in the Parliament of Georgia from 2004 till present has been studied⁴⁵. Empirical data show that since 2004, the initiative group of voters has applied for registration to the country's highest representative body in 49 cases to change the law or adopt a new law. Of these, 40 initiative groups were registered, which gave them the right to collect signatures supporting a specific legislative initiative. Signatures collected from 40 initiative groups registered in the Parliament of Georgia were submitted in 19 cases. Registered initiative groups managed to submit collected signatures to the Parliament of Georgian in less than half of the cases, of which the validity of signatures corresponding to the minimum number of voters determined by the Constitution was established in 13 cases, and 12 of

them were registered as draft laws. It is noteworthy that for 18 years, only 2 legislative initiatives out of 12 registered legislative initiatives submitted by voters were discussed at the plenary session, and both of them were rejected at the first reading stage. Since 2004, not a single legislative initiative submitted by voters to the Georgian parliament has become law. Although 12 legislative initiatives registered in 18 years are not really the number of draft laws that would interfere with the Parliament's work schedule, draft laws submitted by voters were either not discussed at all or were discussed only in the first reading, and their consideration was delayed. For example, it took the Parliament of Georgia 2 years to discuss at the plenary session the draft law of Georgia “On Amendments to the Law of Georgia on the Legal Status of Aliens and Stateless Persons” submitted by voters, which was rejected by the relevant resolution of the Parliament of Georgia in the first reading.⁴⁶ As the results of the mentioned study show, despite going through a rather complicated and tense procedure for submitting a legislative initiative, in practice the vast majority of draft have not been discussed, and none of the discussed initiatives submitted by voters have received necessary support to become law⁴⁷, which really puts into question the effectiveness of public initiative in Georgia and the possibility of ensuring public participation in lawmaking through public initiatives.

Summary

„Public involvement builds good relationships between the legislators and the citizens“.⁴⁸ The will of the people, the position expressed by them helps

⁴³ Regulation (EU) No 211/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on the citizens' initiative, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:065:0001:0022:en:PDF> [23.02.2023].

⁴⁴ B. Zoidze, "The doctrine of legislative culture", Journal „Individual and the Constitution“ N1, 2006, 39.

⁴⁵ Source: website of the Parliament of Georgia, draft law search engine <https://info.parliament.ge/#law-drafting> [23.02.2023].

⁴⁶ Resolution of the Parliament of Georgia, N7137-IS, 16 September, 2020, <https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/264702?> [23.02.2023].

⁴⁷ The Draft Organic Law of Georgia “On Amendments to the Organic Law of Georgia “Election Code of Georgia”, submitted

by at least 30,000 voters, received the support of 66 MPs in the first reading at the plenary session of the Parliament on March 13, 2018, however, this was not sufficient for the adoption of the draft law, since in the case of an organic law, the support of 76 Parliament Members is needed to make a decision and this draft law was rejected in the first reading.

⁴⁸ Aris M. S./Salman R., „Public Participation in the Law Making Process in Change Era: A Comparative Study between Indonesia (East Java) and the United States (California)“, In Proceedings of the International Law Conference (IN-LAC 2018) - Law, Technology and the Imperative of Change in the 21st Century, 153.

legislators in lawmaking. As for the specific mechanism of public participation in lawmaking, called the implementation of a legislative initiative by voters, it is possible to draw certain conclusions, summing up the issues discussed in the article. First of all advantages and disadvantages of public initiative should be identified. The advantage of granting voters the right to initiate legislation is that this mechanism is a direct form of participation in lawmaking, allows citizens to directly participate in the lawmaking process, raise a problem themselves, and also come up with and propose a solution to existing problems to the authorities. Providing voters with the opportunity to independently submit draft laws initiated by them to the highest legislative body, act as speakers during discussions at committee or plenary sessions, be authors and initiators of the draft law and directly participate in improving the content of the draft law and amending it at parliamentary hearings, can also be considered an advantage.

As for disadvantages, a number of problematic factors can be identified. Specifically, representatives of the initiative group have to prepare a draft law themselves, which requires certain knowledge, and in the absence of proper qualifications, it may be difficult for them to develop a meaningful and legally substantiated draft law. Problematic factors also include the lack of comprehensive and expert knowledge of the regulated issue, its solution, the complicated procedure for implementing the initiative, the availability of human and material resources required to collect signatures, the lengthy process and the lower likelihood of achieving the final result.

As a result of the analysis of the data, it can be concluded that the mechanism of direct democracy in Georgia - the submission of a legislative initiative directly by voters - actually does not work. In such circumstances, the question arises whether the public

initiative has any impact on lawmaking and how effective we can make it. If politicians are entitled to regulate the issue, rules and conditions for submission of an initiative, establish complicated procedures for voters, delay consideration of voters' initiatives, or ultimately do not support them, how can we talk about the implementation of citizen participation, about its importance and role in lawmaking? In this case, again, the starting point is the foundations of democracy, as participation is a democratic process, people rule and the will of the people is power. Direct results may not always be tangible, and in this case may not be reflected in a specific legislative change, but this energy will not be wasted, it will attract the attention of authorities or society and put an important topic on the agenda. „Many questions remain to be answered, but the emerging view is that direct democracy works — allowing the general public to participate in lawmaking often seems to improve the performance of government“.⁴⁹ The efforts of society may even force the authorities to make a desired decision, or in case of resistance, they may have to pay a political cost. “If legislators interpret voter support for a citizen-initiated law as reflecting firm substantive preferences about an issue voters are attentive to, those legislators who disagree or seek to amend it may anticipate electoral retribution. If these conditions hold, we might expect that initiatives have an enduring effect on policy.“⁵⁰ Although the lack of expertise among voters in regulating the issues and drafting laws, complicated procedures and lengthy discussions remain a challenge, the direct mechanism for citizen participation in the lawmaking - the right of voters to initiate legislation - can contribute to the creation of high-quality socially oriented legislation, for this purpose the proper implementation of legally recognized rights by both voters and the state is highly important.

⁴⁹ Matsusaka J. G., „Direct Democracy Works“, *Journal of Economic Perspectives*—Volume 19, Number 2-Spring, 2005, 186.

⁵⁰ Donovan T., „Direct democracy as “super-precedent”? political constraints of citizen-initiated laws“, *Willamette law review* 43-2, 2007, 195.