

1/2023

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 und  
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



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

## **Schriftleitung**

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Assoz. Prof. Lado Sirdadze

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. Sulkhani 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

Sulkhani Gvelesiani

Natali Gogishvili

## **Technische Unterstützung und Layout**

David Maisuradze

## **Arbeitsgruppe**

Nino Kavshbaia

Tatia Jorbenadze

Ana Baiadze

Tilman Sutor



# Inhaltsverzeichnis

## AUFSATZ

Einige Überlegungen zur Zukunft des Lateinischen Notariats <i>Richard Bock</i>	7
Klausel über die unverzügliche Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen des Schuldners in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Kreditvertrags der Bank <i>Lado Sirdadze</i>	7
Stundung der Bankkreditverpflichtungen während der Pandemiezeit – Leistungsunmöglichkeit und Verzug <i>Giorgi Rusiashvili</i>	30

## RECHTSPRECHUNG

BGH, Beschl. v. 19. Dez. 2021 - 1-BvR-107320 - Beleidigung und Hetzte im Internet ( <i>Kvirikashvili</i> )	45
------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----



## Einige Überlegungen zur Zukunft des Lateinischen Notariats

*Richard Bock*

*Generalbevollmächtigter der Bundesnotarkammer für internationale Angelegenheiten*

Es gehört zu den vorrangigen Aufgaben der Funktionsträger in den nationalen Notarkammern und in den internationalen Organisationen des Lateinischen Notariats, sich über die Zukunft unseres Berufs Gedanken zu machen. Bis vor ein paar Jahren waren die Entwicklungen im notariellen Berufsrecht, im notarrelevanten materiellen Zivilrecht und im notariellen Verfahrensrecht zumeist extern veranlasst: der Gesetzgeber, aber auch der allgemeine technische Fortschritt zwang die Notariate dazu, ihre Stellung in den nationalen Rechtssystemen zu überdenken und ihr Berufsrecht und ihre Verfahren den politischen Vorstellungen und Interessen anzupassen. Im Regelfall wurde also auf Erfordernisse reagiert, die von außen an die nationalen Notariate herangetragen wurden.

Diese reaktive Vorgehensweise war oftmals nicht in dem wünschenswerten Umfang erfolgreich. Man hat daraus gelernt. Mehr und mehr versuchen die nationalen Kammern heute, ihre aktive Mitwirkung in den das Notariat betreffenden Gesetzgebungsverfahren sicherzustellen. Das gelingt nicht immer und auch nicht lückenlos, und in den Justizverwaltungen setzen sich solche Neuerungen nicht von heute auf morgen durch. Aber die Kammern können ihrerseits dazu beitragen, indem sie engem Kontakt mit der Verwaltung auf allen Ebenen der ministeriellen Hierarchien pflegen und mit ihnen zusammenarbeiten. Zusätzlich wird in einigen Ländern ein permanentes Normenscreening praktiziert. Man kümmert sich also darum, von allen einschlägigen Gesetzesvorlagen rechtzeitig Kenntnis zu erlangen und Stellungnahmen hierzu abzugeben, auch wenn man nicht darum gebeten wird.

Das genügt aber nicht. Alle der Internationalen Union des Notariats (UINL) über ihre jeweiligen Kammern angehörenden Berufsträger sind Notare in freier Praxis. Sie können sich nicht darauf verlassen, dass der Gesetzgeber stets und zeitnah diejenigen Schritte ergreift, die zur Modernisierung und Anpassung notarieller Verfahren an die allgemeine technische und gesellschaftliche Entwicklung erforderlich sind. In einigen Ländern geht man daher mehr und mehr dazu über, diese Aufgaben selbst zu übernehmen. Dies betrifft insbesondere die Digitalisierung des Berufsstandes.

Im ersten Teil dieses Beitrags soll daher ein kurzen Überblick über einige derzeitige Projekte im Bereich der Digitalisierung vorgestellt und im Anschluss einen Blick auf die notwendigen Veränderungen des notariellen Berufsrechts geworfen werden.

### **1. Technische Ausstattung und bisherige IT-Projekte**

Um IT-Projekte erfolgreich zu planen und umzusetzen, benötigt man entweder geeignete externe Firmen oder eigene Mitarbeiter mit dem entsprechenden technischen Know-how. Man kann sich entweder auf dem Markt der Softwarehäuser umsehen und die Aufträge extern vergeben. Man kann auch eine eigene IT-Abteilung innerhalb der Kammer aufbauen, wobei immer die Möglichkeit besteht, sich einige Komponenten extern zu besorgen oder speziell entwickeln zu lassen.

Sich zu Beginn des Projekts für die richtige Konzeption zu entscheiden ist nicht einfach, aber zentral.

Dabei geht es nicht nur um die reine Entwicklung des Kernprojekts. Das Projekt produziert auch nach seinem Start noch Arbeit und Kosten. So dürfen auch folgende, weitere Gesichtspunkte nicht übersehen werden:

1.1. Nach der Entwicklung eines Projekts verbleibt ein großer Teil der an der Projektentwicklung beteiligten Mitarbeiter im Projektbetrieb. In der Bundesnotarkammer sind das im Durchschnitt 50%. Deren Aufgaben bestehen zunächst in der Beseitigung von Störungen und dem allgemeinen Service für die angeschlossenen Notare sowie für die lineare Weiterentwicklung des Projekts.

1.2. Zumeist ist nach der ersten Inbetriebnahme zusätzlich die Hinzufügung weiterer Funktionen angezeigt, die zwar im System angelegt sind, aber erst entwickelt werden müssen. Aufarbeitung des „backlogs“, wie das in der Fachsprache heißt. Auch hierfür ist geeignetes Personal oder sind geeignete externe Firmen erforderlich.

Die Folgekosten für ein Projekt können daher erheblich sein und sollten in die Kalkulation eingestellt werden.

Man wird nun möglicherweise die Frage stellen, ob es unter Berücksichtigung dieser komplexen Aufgabenstruktur nicht besser ist, die Digitalisierung der notariellen Leistungen der Justizverwaltung zu überlassen, sich also an die staatlichen IT-Systeme anzuschließen. In vielen Ländern wird diese Lösung aus unterschiedlichen Gründen bevorzugt, seien sie finanzieller Art oder herkunftsbedingt. Denn der finanzielle Aufwand für leistungsfähige IT-Systeme ist erheblich und außerdem waren viele Notarsysteme ursprünglich einmal Staatsnotariate.

Man kann nach unseren Erfahrungen jedoch nicht unbedingt damit rechnen, dass nach der ersten Entwicklung eines notarbezogenen IT-Projektes in der Verantwortung der Justizverwaltung diese stets garantieren kann, dass auch die Folgekosten gedeckt werden. Als Angehörige eines juristischen Berufs, zu dessen maßgebenden Aufgaben die Prävention und Vermeidung von Schäden gehört, können sich Notare nicht auf eine nachhaltige finanzielle Unterstützung

des Staates verlassen. Man sollte nie vergessen, dass auf den nationalen Rechtsbesorgungsmärkten auch andere Berufsgruppen mit dem Notariat konkurrieren, die politischen Einfluß ausüben. Es ist daher als Teil berufspolitischer Generalprävention ratsam, sich nicht in finanzielle Abhängigkeiten zu begeben.

Infolgedessen haben einige der in der UINL zusammengeschlossenen Notarkammern bisher ihre gesamte Digitalisierung selbst oder überwiegend selbst finanziert. Den Schwerpunkt der Projekte bilden bisher die elektronischen Verknüpfungen mit den staatlichen Registern, mit dem Ziel, sie uneingeschränkt einsehen zu dürfen und dort auch Eintragungen zu veranlassen. Auch der Informationstransfer zu den Finanzbehörden und weitere Behörden zum Zwecke der Geldwäscheprävention wird bereits vielerorts digital vorgenommen.

Ferner wurden in manchen Kammern eigene elektronische Register geschaffen, beispielsweise eigene Urkundenregister, Register für Testamente und Vollmachten etc. In einigen Ländern ist man darüber hinaus im Begriff, die bisherige Archivierung der notariellen Urkunden zu digitalisieren, indem man entweder die Papierurkunden in elektronische Dokumente umwandelt oder bereits originär elektronische Dokumente herstellt.

Die weltweit wahrscheinlich größte aktuelle Baustelle im Bereich der Digitalisierung im Notariat stellt die Distanzbeurkundung dar. Hier gibt es zahlreiche nationale Entwicklungen mit unterschiedlichen Anforderungen an Funktionalität und Datensicherheit. Als Beispiel wird im Folgenden die deutsche Technologie hierfür vorgestellt, die die Bundesnotarkammer in den letzten Jahren entwickelt hat und die seit August 2022 am Netz ist.

## **2. Distanzbeurkundungen**

Unter Distanzbeurkundung versteht man eine Beurkundungsform, bei der die Beteiligten nicht im Notariat erscheinen, sondern mit dem Notar lediglich digital verbunden sind. Es geht also nicht um Beurkundungen mit zwei Notaren an verschiedenen Orten über eine VPN-Verbindung. Ein solches Verfahren ist in Deutschland nicht vorgesehen.

Distanzbeurkundungen werden im deutschen Notariat zunächst nur im Bereich des Gesellschaftsrechts, und zwar bei der Gründung von Gesellschaften praktiziert. Ziel war die Schaffung eines einfachen und zugleich sicheren Verfahrens. Der Bürger benötigt nur einen Ausweis mit eID-Funktion - das haben die meisten heute -, ein übliches Smartphone mit NFC-Technologie - wie beim Bezahlen von Einkäufen - und ein Laptop mit Kamera und Mikrofon.

Das gesamte Verfahren wird über eine eigene digitale Plattform der Bundesnotarkammer abgewickelt. Die Beteiligten loggen sich dort ein und erhalten einen QR-Code, den sie mit ihrem Handy scannen. Es öffnet sich eine App. Die Beteiligten legen ihren Ausweis auf das Smartphone. Die App liest per NFC-Technik die eID aus. Es wird hier also kein unsicheres Video-Ident-Verfahren praktiziert, bei dem man seinen Ausweis in die Kamera hält, sondern die Identifizierung erfolgt ausschließlich über die im Ausweis digital gespeicherten Daten. Damit ist der erste Schritt, die zuverlässige Identifizierung, erledigt.

Im nächsten Schritt wird die qualifiziert elektronische Signatur generiert, die die Unterschrift ersetzt. Sie kann später per sms-PIN auf das Dokument aufgebracht werden.

Sodann beginnt der elektronische Gang zum Notar. Die Beteiligten können einen Notar am Sitz der Gesellschaft oder am Wohnort eines von mehreren Beteiligten wählen. Der Notar schickt den Beteiligten nach telefonischer Besprechung oder Korrespondenz per Email einen Urkundenentwurf und vereinbart mit ihnen einen Termin zur Beurkundung. Die Beurkundung findet per Videokonferenz über die Plattform der BNotK statt. Die Beteiligten weisen sich erneut mit ihrem QR-Code aus. Das aus den im Ausweis gespeicherten Daten konfigurierte Bild erscheint auf dem Bildschirm. Der Notar vergleicht das Bild mit dem Beteiligten, den er auf dem Bildschirm sieht. So wird sichergestellt, dass niemand sich mit einem fremden Ausweis ausweisen kann. Zum Abschluss der Beurkundung wird elektronisch signiert. Dazu verwenden die Beteiligten den PIN, der ihnen während des Verfahrens aufs Handy gesendet wurde.

Im Ergebnis entsteht durch die Unterschriften eine originär elektronische Urkunde, die im Urkundenarchiv der BNotK hinterlegt und parallel elektronisch an das Handelsregister zwecks Eintragung der Gesellschaft gesandt wird.

Diese Technologie wird bei uns vorerst nur für Gesellschaftsgründungen verwendet. Sie eignet sich aber für alle Arten von Beurkundungen.

### 3. EUdoc

Zum Schluss dieses Ausflugs in die digitale Zukunft unseres Berufs soll im Rahmen dieses Beitrags noch auf EUdoc eingegangen werden, ein europäisches Projekt, das die Bundesnotarkammer zusammen mit der spanischen Notarkammer entwickelt hat. Über die Übernahme dieser Technologie durch die im CNUE zusammengeschlossenen Notariate der EU wird derzeit in den Gremien dieser Vereinigung diskutiert.

In Europa gibt es infolge der zunehmend engeren Verknüpfung der Mitgliedsländer ein Bedürfnis, notarielle Urkunden grenzüberschreitend zu verwenden. EUdoc ist eine IT-Plattform, mit der diese Zielvorstellung realisiert werden soll. Sie verfügt über drei Schlüsselfunktionen:

—Sie ermöglicht die sichere elektronische Übermittlung über eine VPN-Verbindung;

—Sie verifiziert die Authentizität der beteiligten Notare durch Überprüfung der qualifiziert elektronischen Signaturen

—Sie zertifiziert den Status der an der Transaktion Beteiligten als aktive Notare, trotz der europaweit sehr unterschiedlichen technischen Lösungen für die Identifizierung eines Notars.

Die Installation der Plattform erfolgt über die beteiligten Kammern, aber die Kommunikation über die Plattform erfolgt ohne Interferenz durch die Kammern. EUdoc ist eine nutzerfreundliche one-stop-shop-Lösung für sämtliche notariellen grenzüberschreitenden Dokumente und Transaktionen.

In Europa gibt es ein gesteigertes Bedürfnis an einer vereinfachten und sicheren Form des Austausches

notarieller Dokumente, die in dem jeweiligen Zielland ohne weitere Echtheitsprüfung verwendet und anerkannt werden können. Notare werden so zu attraktiven Partnern beim grenzüberschreitenden Versandt von wichtigen Dokumenten. Eudoc könnte zudem künftig auch zur Erteilung von Apostillen verwendet werden. Man kann EUDoc sicher nicht weltweit verwenden. Aber für begrenzte Bereiche mit einer überschaubaren Anzahl teilnehmender Länder wie die Europäische Union, gegebenenfalls unter Einschluss von Beitrittskandidaten oder anderer benachbarter Staaten, ist EUDoc eine perfekte Lösung für die Zirkulation notarieller Urkunden.

## Teil II

### Berufsrecht

Im zweiten Teil dieses Beitrags soll auf einige Zukunftsaspekte des notariellen Berufsrechts eingegangen werden. Hierbei werden drei Schwerpunkte beleuchtet: Legal Tech, Deregulierung und Kommerzialisierung sowie Geldwäscheprävention und Verbraucherschutz.

#### 1. Legal Tech

Im angloamerikanischen, aber zunehmend auch im kontinentaleuropäischen Rechtskreis wird in zivilrechtlichen Verfahren mit Hilfe von sogenanntem „Legal Tech“ gearbeitet. Beispielsweise unterliegen Streitigkeiten aus Einkäufen über das Internet bereits oftmals nicht mehr der allgemeinen Gerichtsbarkeit. Vielmehr erklärt sich der Käufer bei seiner Bestellung damit einverstanden, dass Streitigkeiten über eine digitale Streitschlichtungs-Plattform des Unternehmens, also durch eine Art private Justizinstitution, abgewickelt und entschieden werden.

Von interessierter Seite werden - und das betrifft unseren Beruf - in Bezug auf die Registrierung von Rechten und Rechtsverhältnissen aller Art Vorschläge unterbreitet, staatliche Register, also Immobilien- oder Gesellschaftsregister zu privatisieren, ferner auch die Verwendung von Mustervorlagen für Verträge und Anträge aller Art gesetzlich zu verankern.

In diesem Zusammenhang stellen sich für das No-

tariat zwei Fragen:

Erstens: Wird der Staat seine hoheitlichen Aufgaben zur Führung von Registern auf Dauer beibehalten oder werden sie auf private Plattformen übertragen, die sodann für die Registrierung von Rechten zuständig sind?

Ein Gesetz zur digitalen Verbriefung in Liechtenstein beispielsweise gibt uns einen Vorgeschmack dieses Szenarios: Es sieht die Möglichkeit vor, Eigentumsrechte in Form von digitalen Token zu verbrieften, die über die Blockchain gehandelt werden können. Für das Notariat stellt sich angesichts solcher Entwicklungen die Frage: Wird man in der Lage sein, das derzeitige rechtliche Umfeld aufrechtzuerhalten und die Politik davon zu überzeugen, dass das staatliche Immobilienregister und der Notar besser in der Lage sind, Eigentumsrechte zu wahren, als jeder private Betreiber einer Online-Plattform?

Zweitens: Kann man die Kompetenz, Verträge zu gestalten und individuelle Beratung anzubieten, auch im Zeitalter der Digitalisierung bewahren? Oder droht generell eine Primitivierung der Rechtssysteme durch gesetzlich für alle Arten von Rechtsgeschäften vorgeschriebene Online-Mustervorlagen?

Wenn sich das regulatorische Umfeld ändert, ist es denkbar, dass Legal-Tech-Unternehmen oder Internet-Giganten die zentralen notariellen Tätigkeitsfelder übernehmen und Online-Musterlösungen anbieten. Man stelle sich vor, Amazon und Google würden mithilfe von Mustervorlagen eine Vorauswahl von 90 % aller Anträge oder Klagen treffen, die bei staatlichen Registern oder Gerichten eingereicht werden. In diesem Fall würden nicht nur die Anwaltschaft und das Notariat, sondern auch das Grundrecht auf rechtliches Gehör verschwinden.

Was das Notariat betrifft, so gehört es zu dessen permanenten Aufgaben, sozusagen zum Hintergrund aller berufspolitischer Aktivitäten, der Allgemeinheit den Wert der individuellen Beratung und der individuellen Vertragsgestaltung und damit die Bedeutung dieses Berufs für die Erhaltung des Rechtsstaates zu demonstrieren.

## 2. Deregulierung und Kommerzialisierung

Dies kann man jedoch nur dann glaubwürdig tun, wenn man sich auf die eigenen Grundprinzipien besinnt und diese erfolgreich verteidigt. Ein wesentliches Merkmal des kontinentaleuropäischen Notars ist sein Status als vom Staat ernannter Amtsträger. Nur die Ernennung durch den Staat, die staatliche Regulierung und Kontrolle des Berufs garantieren seine Objektivität und Neutralität. Und nur sein Status als Träger eines öffentlichen Amtes rechtfertigt die Beweiskraft und Vollstreckbarkeit der notariellen Urkunden. Dieser Status und die damit verbundenen ausschließlichen Kompetenzen zur Beurkundung von Rechtsgeschäften würde man selbst zur Disposition stellen, wenn man eine zunehmende Deregulierung und Kommerzialisierung des Berufs auf die berufspolitische Agenda setzt.

Die zweite ständig zu bewältigende Daueraufgabe bei der Gestaltung künftigen Berufsrechts resultiert daher, dass der Status der Notare als öffentliche Urkundspersonen von anderen interessierten Berufsgruppen und Institutionen in Frage gestellt wird. Hier arbeiten zwei gesellschaftspolitische Bewegungen Hand in Hand in dem vorgeblichen Bemühen, den Wettbewerb zu fördern und das Investitionsklima zu verbessern:

Zum einen wird hierbei das notarielle Beurkundungsverfahren mit dem Ruf nach Vereinfachung und der Reduktion von Komplexität zugunsten schlanker Prozesse in Frage gestellt. Unter dem Druck besseren Rankings im Doing-Business Report der Weltbank, der vorerst wegen missbräuchlicher Einflussnahme maßgeblicher Personen eingestellt wurde, haben zahlreiche Länder Kernkompetenzen der Notare zugunsten anderer Player auf dem Rechtsbesorgungsmarkt abgeschafft. Oftmals wurden zusätzlich die qualitativen Zugangsvoraussetzungen zum Beruf herabgesetzt. Damit wurde ein Doppeleffekt erzielt: Notarielle Dienstleistungen zur Gestaltung von Rechtsbeziehungen konnten seitdem teilweise von der Anwaltschaft übernommen werden, die auf dem deregulierten Markt mit den Notaren konkurriert. Gleichzeitig wird infolge der Verminderung der durch das Notariat von Amts wegen zu gewährleistenden Schadenspräventi-

on der Aktionsradius für die Anwaltschaft zur Prozessführung geräumiger.

Zum anderen bemühen sich auch teilweise öffentliche Institutionen, unsere beruflichen Strukturen unter dem Vorwand, wir seien überreguliert, zu deregulieren und zu kommerzialisieren.

Die Europäische Kommission arbeitet seit Jahren an einer Deregulierung des Notarberufs. Den letzten Versuch, das Notariat in einen europäischen Regulierungsindex für freie Berufe aufzunehmen, konnte von der Bundesnotarkammer in gemeinsamer Anstrengung mit dem französischen Conseil Supérieur du Notariat und den Justizministerien beider Länder im vergangenen Jahr verhindert werden. Es wird nicht der letzte gewesen sein.

Auch die OECD arbeitet fleißig an einem Rückbau notarieller Kompetenzen und der Liberalisierung des Berufsrechts. Bisher ohne Erfolg.

## 3. Geldwäscheprävention und Verbraucherschutz

Abschließend soll noch auf zwei positive Gesichtspunkte eingegangen werden, die die Zukunft des Notariats aller Voraussicht nach noch eine Weile bestimmen werden, nämlich die globale Zuweisung von Aufgaben im Rahmen der Geldwäscheprävention und im Verbraucherschutz.

Durch Mitwirkung bei Immobilientransfers und im Gesellschaftsrecht haben Notare einen guten Einblick in besonders geldwäscherelevante Bereiche. Die Geldwäsche-Richtlinien der Europäischen Union legen den Notaren daher umfangreiche Mitwirkungspflichten bei der Verhinderung und Aufdeckung der entsprechenden Straftaten auf. Die berufspolitische Aufgabe wird, insbesondere auch außerhalb der EU, darin bestehen, den Gesetzgebern und Justizverwaltungen klarzumachen, dass Notare die Erfüllung von Amtspflichten zur Geldwäscheprävention nur gewährleisten können, wenn ihnen die entsprechenden Beurkundungskompetenzen übertragen und sie unter Berücksichtigung ihrer Verpflichtung zur Verschwiegenheit disziplinarisch überwacht werden.

Eine weitere Aufgabe wird es sein, den Gesetzge-

ber vom Nutzen der Wahrnehmung von verbraucher-schützenden Funktionen durch das Notariat zu überzeugen. Es gibt gute Argumente dafür, dass das langfristige Ziel der Vereinfachung und Beschleunigung von Immobilientransaktionen nur bis zu einem gewissen Punkt wünschenswert ist - sowohl aus der Sicht des Verbraucherschutzes als auch der allgemeinen Verhaltensökonomie. Für den Durchschnittsbürger sollten dem Verkauf und dem Erwerb einer Immobilie Entscheidungen zugrundeliegen, die nicht unter Zeitdruck, sondern erst nach sorgfältiger Überlegung und unter Hinzuziehung kompetenter Berater getroffen werden. Keinem Verbraucher ist damit gedient, wenn er einen Kaufvertrag über eine Immobilie kurzfristig online abschließen kann, und sich erst nach dem Verstreichen einer zumeist nicht genutzten Frist zum Widerruf darüber klar wird, welche Nachteile und Risiken er sich damit eingehandelt hat. Immobilien gehören zu den zentralen Ressourcen jeder Volkswirtschaft und stellen für den Normalbürger in der Regel den wesentlichen Teil seines Vermögens dar. Niemandem

ist damit gedient, wenn sie innerhalb von Minuten oder Sekunden wie Wertpapiere an der Börse gehandelt werden können. Für die Transaktion von Immobilien werden weiterhin vertrauenswürdige neutrale Dritte benötigt, die über eine exzellente fachliche Ausbildung verfügen und ihren Beruf in persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit ausüben.

Eine gleichzeitig sozialverträgliche und die öffentlichen Interessen wahrende Digitalisierung, Liberalisierung und Vereinfachung rechtlicher und justizieller Verfahren wird künftig nicht nur ein permanentes Arbeitsfeld der beruflichen Institutionen des Notariats sein. Hier handelt es sich in erster Linie um einen Aufgabenbereich der Gesetzgebungsorgane und Justizverwaltungen, die nach ihrer jeweiligen Verfassung zur Erhaltung des staatlichen Rechtssetzungsmonopols, zur Aufrechterhaltung einer funktionellen staatlichen Rechtsprechung, zur Förderung des Rechtsfriedens und zum Schutz der vermögensrechtlichen Interessen ihrer Bürger verpflichtet sind.

16. Dezember 2022

# Klausel über die unverzügliche Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen des Schuldners in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Kreditvertrags der Bank

Assoz. Prof. Lado Sirdadze

Assoziierter Professor der Universität für Business und Technologie

## I. Einleitung

Der vorliegende Aufsatz wird sich mit den Fragen beschäftigen, ob die Klausel, die für die aus dem Kreditvertrag der Bank hergeleiteten Forderungen die Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen des Kreditnehmers vorsieht und die Klausel über die unverzügliche Zwangsvollstreckung nach einer Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts als Klauseln der allgemeinen Geschäftsbedingungen festgelegt werden können und ob diese Klauseln als wirksam eingestuft werden können. Die tatsächlichen Gegebenheiten einer gerichtlich zu entscheidenden Sache, die im Zusammenhang mit diesem Rechtsproblem stehen, sind folgende:

Im November 2017 wurde zwischen der Bank und dem Kreditnehmer ein Kreditrahmenvertrag abgeschlossen. Im Rahmen dieses Kreditrahmenvertrages wurde im darauffolgenden Mai 2018 zwischen den Vertragspartnern ein Kreditvertrag abgeschlossen.

Im November 2017 wurde zwischen der Bank und dem Kreditnehmer und auch noch zwischen zwei weiteren Personen (Mitbeklagten) auch ein Vertrag über die Hypothek abgeschlossen, der die Sicherung des Kreditrahmenvertrages und des in seinem Rahmen abgeschlossenen Kreditvertrages gewährleisten sollte. Durch diesen Vertrag über die Hypothek wurde die Immobilie zugunsten der Bank hypothekarisch belastet, die im Miteigentum der Mitbeklagten stand.

Durch den Kreditrahmenvertrag haben sich die Vertragspartner darauf geeinigt, dass die mit dem Rechtsstreit verbundene Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts, die zugunsten der Bank getroffen würde, zur unverzüglichen Zwangsvollstreckung berechtigen würde.

Durch den Vertrag über die Hypothek haben sich die Vertragspartner darauf geeinigt, dass, wenn der Betrag, der durch die Zwangsvollstreckung des Gegenstandes der Hypothek erzielt wurde (Der Gegenstand der Hypothek wurde der Bank als Sicherungseigentum übergeben oder der Vorteil wurde durch den Verkauf des Gegenstandes der Hypothek erzielt) die gesicherten Forderungen nicht vollständig befriedigen würde und wenn der Vertrag, der mit dem Forderungsschuldner abgeschlossen wurde, nichts anderes vorsieht, die Bank zum Zweck der vollen Befriedigung ihrer Forderungen berechtigt ist, das sonstige Vermögen des Forderungsschuldners der Zwangsvollstreckung zu unterwerfen. In diesem Vertrag war auch vorgesehen, dass die zugunsten der Bank getroffene Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts der vorliegenden Rechtssache der unverzüglichen Zwangsvollstreckung unterworfen würde.

Der Kläger hat gegen den Kreditnehmer und gegen die Eigentümer der Immobilie die Klage eingereicht und hat neben der Begleichung von Schulden die Zwangsvollstreckung der mit der Hypothek belasteten Immobilien gefordert. Hätte die Zwangsvollstreckung in die mit der Hypothek belasteten Immobilien die

---

\* Aus dem Georgischen von Natali Gogiasvili.

Schulden nicht vollständig abgelöst, müsste durch die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts das andere Vermögen des Kreditnehmers der Zwangsvollstreckung unterworfen werden.

Der Kläger hat auch gefordert, dass die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts von Tiflis der unverzüglichen Zwangsvollstreckung unterworfen werden müsste.

Das erstinstanzliche Gericht von Tiflis hat der Klage teilweise stattgegeben, jedoch hat das Gericht die oben aufgezeigten Bestimmungen des Vertrags gemäß Art. 346 des georgischen Zivilgesetzbuches für nichtig erklärt. Dieser Entscheidung hat auch das Berufungsgericht von Tiflis beigeplichtet.

Nach der Begründung des Gerichts stellt die Klausel, die die Vollstreckung nicht nur in den Sicherungsgegenstand, sondern auch in sonstiges Vermögen ermöglicht, eine Ausnahmeregelung dar. Das Gericht hat auch behauptet, dass auch eine solche Klausel, die vorsieht, dass die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts der unverzüglichen Zwangsvollstreckung unterworfen werden soll, in der Regel ungewöhnlich ist und solche Klauseln nur durch eine Ausnahmeregelung zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden. Die zusätzliche rechtliche Ausweitung, die für das Vermögen des Kreditnehmers die Risiken erweitert, müsse sich für den Kreditnehmer gut wahrnehmbar darstellen. Diese Einschränkung könne der Kreditnehmer nur dann zur Kenntnis genommen haben, wenn das Kreditinstitut ihn informieren würde, dass die Klauseln, die solche Verpflichtungen bestimmen, im Vertrag einbezogen sind.

Die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts von Tiflis über diese Rechtssache, der auch das Berufungsgericht von Tiflis nachgekommen ist, ohne darüber weiter nachgedacht zu haben, ist zutiefst problematisch und grundsätzlich mit der Rechnatur des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen unvereinbar und verstößt allgemein gegen die Hauptgrundsätze des Rechts. Das Gericht hat tatsächlich die Vertragsbestimmungen – 1. Die Klausel über die Vollstreckung auf das gesamte Vermögen des Forderungsschuldners und 2. Die Klausel über die unverzügliche

Zwangsvollstreckung der Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts – nur deswegen als nichtig erklärt, weil diese Klauseln allgemeine Geschäftsbedingungen darstellten. Das Gericht hat keine anderen Beurteilungskriterien aufgezeigt. Obwohl die moderne Wirtschaft aufgrund der Vereinheitlichung und Standardisierung der betrieblichen und unter anderem rechtlichen Prozessen funktioniert, deren wichtigster Bestandteil die Anwendung der allgemeinen Geschäftsbedingungen darstellt und 99 % der modernen Verbraucherverträge auf der Basis allgemeiner Geschäftsbedingungen beruht, hat das Gericht festgestellt, dass grundsätzlich jede allgemeine Vertragsbedingung als unwirksam angenommen werden kann, gleichgültig was das Gesetz vorschreibt.

Abgesehen davon, dass das Gericht in der hier besprochenen Entscheidung die Kontrolle der Form der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Einbeziehung in den Vertrag) und die Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwechselt hat, hat es nicht nur die mit diesem Rechtsproblem verbundene neueste Literatur missachtet, sondern im Grunde auch selbst die naturhafte Systematik und den Inhalt des Gesetzes außer Acht gelassen hat – diejenige Klausel, die man während der Einbeziehung prüfen soll (hier war es äußerst einwandfrei), hat das Gericht fälschlicherweise im Rahmen der Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geprüft und sich schließlich weder über die Einbeziehungskontrolle noch über die Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geäußert.

Die Nichtigkeit einer Klausel der Allgemeinen Geschäftsbedingung wegen des Inhaltes ist erst dann anzunehmen, wenn diese Bedingung von den wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Leitbilds derartig abweicht, dass sie mit dem Wesen der derartigen Verträge nicht ohne Weiteres vereinbar ist und dass sie daher in diesem Vertrag keine Anwendung finden soll. Hier ist die Bank nicht nur nicht von dem gesetzlichen Leitbild abgewichen, sondern hat nur diejenigen Rechtsmittel verwendet, die im Gesetz buchstäblich vorgeschrieben waren. Die Bank hat nämlich nicht nur im Rahmen des gesetzlichen Leitbildes gehandelt (das vielmehr breiter ist als die Tatbestände, die im Gesetz explizit vorgeschrieben sind), sondern ist

im Rahmen des Gesetzestextes geblieben, hat den Kunden diejenigen Bedingungen zur Disposition gestellt, die explizit für ihn gesetzlich vorgesehen war und auf die sich jeder Kreditnehmer hätte unbedingt verlassen müssen. Der Kreditnehmer sollte nämlich davon ausgehen müssen, dass er den Grundbetrag des von der Bank gewährten Kredits und die vereinbarten Zinsen des Kredits zurückzahlen müsste. Sollte er es nicht verbindlich machen, hätte die Bank das Recht darauf, ihre Forderung aus dem Vermögen des Kreditnehmers zu befriedigen. Kein Kreditnehmer kann behaupten, dass diese Bedingungen überraschend waren oder mit diesen Bedingungen keinen Kreditvertrag mit der Bank abschließen würde und die Bank diese Bedingungen unter mehrseitigen Vertragszeilen versteckt hat, weil es keinen anderen Kreditvertrag gibt.

Abgesehen davon, dass in diesem Fall keine Abweichung von dem gesetzlichen Leitbild und kein Überraschungseffekt vorliegt, sind die strengere Anforderungen zur Wirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen darauf zurückzuführen, dass im Fall der individuellen Aushandlung der Bedingungen dem Kunden die Möglichkeit verschafft ist, auszuwählen, ob er diese Bedingungen annimmt oder nicht und ob er diese Dienstleistung auf dem Markt auch ohne diese Bedingungen erhalten könnte. Diese Situation liegt hier vor - keine georgische oder ausländische Bank oder sogar ein privater Kreditgeber wird einen Kredit ohne die Sicherung des gesamten Vermögens des Kunden und ohne Nutzung der ihm gesetzlich gewährten Möglichkeit, die Vollstreckung vereinfacht durchführen zu lassen, vergeben. Wenn irgendein privater Kreditgeber nicht diese vereinfachte Möglichkeit der unverzüglichen Zwangsvollstreckung verwendet, ist es darauf zurückzuführen, dass er sich dieser Möglichkeit nicht bewusst ist – das Recht kann sich nicht an dem Gläubiger orientieren, der dieses Gesetz nicht kennt und es ist absurd zu sagen, dass diese Form der Vollstreckung zwar im Gesetz vorgeschrieben ist, aber gleichzeitig eine „verbotene Frucht“ ist, die keiner anwenden soll.

Das Gericht hat diese Bedingungen trotzdem durch die, nur für sich selbst verständliche und seltsame Logik für nichtig erklärt und festgehalten, dass das Gesetz möglicherweise mit dem Gesetz also mit dem gesetzlichen Leitbild unvereinbar sein kann.

Sollte diese Entscheidung rechtsgültig bleiben, werden die georgischen Banken (und generell alle kommerziellen Organisationen, da die Allgemeinen Geschäftsbedingungen 99,9 % der Verträge ausmachen, die diese verwenden) gezwungen sein, ein „Kopier- und Leser“-Institut von Kreditsachbearbeitern zu gründen. Die einzige Funktion dieses Kreditsachbearbeiters wird Folgendes sein: im vorformulierten Mustervertrag die Wörter versetzen, diese Wörter durch Synonyme ersetzen, (um möglichst die Einstufung dieser Bedingung als Allgemeine Geschäftsbedingung zu vermeiden), zugleich dem Kunden den Text laut vorlesen, über den Text mit dem Kunden sprechen und auch andere unsachliche und eigenartige Aktivitäten durchführen, die schließlich dazu dienen werden, dass diese Bedingungen als individuell ausgehandelt angenommen werden. Verständlicherweise werden dadurch die Bearbeitungsgebühren verdoppelt fällig werden und diese Kosten werden dem Kunden auferlegt, weil er ohne Zahlung dieser Kosten keine Dienstleistungen von keiner Bank erhalten wird.

## **II. Annahme der Vertragsklausel als Allgemeine Geschäftsbedingung**

### **1. Allgemeine Geschäftsbedingung**

Als Allgemeine Geschäftsbedingung wird diejenige Vertragsbedingung angenommen, die eine Vertragspartei einseitig für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und erst danach der anderen Vertragspartei zur Disposition stellt.

Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingung kann eine Regelung jeder Art sein.<sup>1</sup> Sie können sowohl die Zusatzpflichten des Vertrags als auch seine Hauptpflichten beinhalten. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind vorformuliert, wenn sie für eine mehrmalige Verwendung schriftlich aufgezeichnet oder in

<sup>1</sup> Heinrichs, in Palandt BGB Komm., 70. Aufl. 2011, § 305 Rn. 5.

sonstiger Weise (z. B. Videoaufnahme oder Audioaufzeichnung) fixiert sind.<sup>2</sup> Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind für die mehrmalige Anwendung bestimmte Vertragsbedingungen konzipiert. Die Vertragsbedingung ist für die mehrmalige Verwendung gedacht, wenn der Verwender beabsichtigt, die Bedingungen mindestens dreimal zu verwenden.<sup>3</sup> Erst zu diesem Zeitpunkt besteht die Absicht des Verwenders, die mehrmalige Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen anzustreben. Damit die Allgemeine Geschäftsbedingung als für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert angenommen wird, ist es genügend, dass der Verwender die Absicht hat, jene Allgemeine Geschäftsbedingung mehrmalig zu verwenden, auch wenn er die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum ersten Mal verwendet. Die Vertragsbedingung wird ohne die Absicht die Allgemeine Geschäftsbedingung mehrmalig zu verwenden, auch als Allgemeine Geschäftsbedingung angenommen, wenn der Verwender von einem Dritten erstellte Vertragsbedingungen verwendet, die von diesem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen vorgesehen sind.<sup>4</sup> Es ist erforderlich, dass der Verwender oder sein Abschlussgehilfe dem Kunden die vorformulierten Vertragsbedingungen zur Disposition stellt und dem Kunden daraufhin auffordert, diese vorformulierten Geschäftsbedingungen zu verwenden. Die Vertragsbedingungen, die die Vertragspartner gemeinsam ausgehandelt haben, werden nicht als vorformulierten Bedingungen (Allgemeine Geschäftsbedingung) angenommen. Das Merkmal des Stellens der Vertragsbedingungen ist dann erfüllt, wenn der Verwender die vorformulierten Bedingungen in die Verhandlungen einbringt und deren Einbeziehung in den Vertrag verlangt bzw. wenn ein konkretes Angebot über die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag gemacht

wird.<sup>5</sup> Es ist nicht erforderlich, dass der Verwender eine beherrschende Stellung auf den Markt ausübt. Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen können sowohl Geschäftsleute als auch Verbraucher sein.<sup>6</sup> Als Stellen der Vertragsbedingungen wird der Fall bezeichnet, wenn der Vertragspartner keine rechtliche Möglichkeit hat, die für ihn zur Disposition gestellten Vertragsbedingungen abzuändern oder den für ihn bekannten Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Die von dem Verwender gestellten Bedingungen können bereits inhaltlich vorteilhaft für den Kunden sein, aber das deutet nicht, dass er beeinflusst hat, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu bestimmen.<sup>7</sup> Die bloße Aufforderung des Verwenders an die andere Vertragspartei, zwischen einer von mehreren Alternativen der Regelung zu wählen oder einige Bedingungen aus dem Mustervertrag zu streichen, schließt nicht das Merkmal des „Stellens“ aus.<sup>8</sup>

Wenn man die oben aufgeführten Überlegungen berücksichtigt, wird es eindeutig, dass die von der Bank zur Disposition gestellten beiden Vertragsbedingungen, sowohl die Klausel über die Vollstreckung in das gesamte Vermögen als auch die Klausel der unverzüglichen Zwangsvollstreckung, wirksam in den Vertrag einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen darstellen und daher Vertragsbestandteil geworden sind. Bedauerlicherweise ist es ein einziger Anhaltspunkt, dem man in dieser Entscheidung zustimmen sollte. Dass die von der Bank zur Disposition gestellte Vertragsbedingungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen qualifiziert werden müssen, war ein einziger Anhaltspunkt, den sowohl das erstinstanzliche Gericht von Tiflis als auch das Berufungsgericht von Tiflis in den Entscheidungen unbestreitbar begründet hat.

<sup>2</sup> *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 343 Rn. 12.

<sup>3</sup> *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 343 Rn. 13.

<sup>4</sup> BGH NJW 1991, 843; BGH ZIP 2005 1604, ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 343 Rn. 13.

<sup>5</sup> BGHZ 130, 57, zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 343 Rn. 14.

<sup>6</sup> *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 343 Rn. 14.

<sup>7</sup> *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 343 Rn. 15.

<sup>8</sup> BGH NJW 1987, 2011, zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 343 Rn. 15.

## 2. „Einwendung“ in Bezug auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die Begründung des Gerichts kann keine Klarheit an dem Punkt entnommen werden, indem das Gericht besagt, dass die Bank gegen die Annahme als Allgemeine Geschäftsbedingung dieser Klauseln keine „Einwände gestellt“ hat. Generell lässt sich nicht darüber diskutieren, dass die Bank gegenüber der anderen Vertragspartei „Einwände gestellt“ hätte. Es lässt sich bloß fragen, was diese Einwände hätten verändern können. Es ist aber auch fraglich, warum das Gericht die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als schändlich betrachtet, als ob seine Anwendung schon ein Verbrechen wäre.

Die Allgemeine Geschäftsbedingungen sind aus dem modernen Wirtschaftsleben nicht wegzudenken. Jeder verwendet heutzutage die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nämlich jeder Unternehmer, darunter auch ein mittelmäßiger Verkäufer, der ein Schild auf das Fenster aufhängt, dem man entnehmen kann, dass „eine Rückgabe der verkauften Ware ausgeschlossen ist“. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden auch von der Mehrheit der Nichtunternehmen verwendet, die verschiedenen Formularverträge anwenden, auch wenn sie durch die verschiedenen Behörden verfasst sind. Auch wenn zwischen zwei Verbrauchern ein einmaliger Kaufvertrag für den Erwerb einer Eigentumswohnung abgeschlossen wird, gilt schon die Verwendung des Vertragsformulars des Registers als Anwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (siehe oben). Die Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nicht per se schändlich. Betrachtet man die Zukunft des Wirtschaftsleben, lässt sich vorhersehen, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen dazu dienen, den Zivilverkehr zu stabilisieren, zu prognostizieren und schließlich haben die Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Funktion, durch die Rationalisierung des Zivilverkehrs unter anderem auch für die Kunden einen Vorteil zu bringen.<sup>9</sup> Zwar sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein-

seitig von einer Partei (dem Verwender) für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert, da sie aber mehrfach verwendet werden, „drehen sich“ diese Klauseln im Zivilverkehr – Im Falle der Banken werden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen schon seit mehreren Jahren auf deren Webseite zur Verfügung gestellt<sup>10</sup> – und daher haben die Kunden mehr Zeit und größere Chancen, auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorbereitet zu werden und diese zu analysieren als gegen individuelle Bedingung, die einen gleichen Inhalt haben. Dieses „stressige“ Umfeld, auf das sich das Berufungsgericht bezieht, tritt beim Abschluss des Darlehensvertrags einerseits in keiner Weise auf (der Kunde ist im Zeitpunkt der Rückzahlung des Darlehens „im Stress“) und andererseits wurde dem Kunden die Möglichkeit verschafft, vor dem Vertragsabschluss die Webseite der Bank durchzuschauen und in zumutbarer Weise vom Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind erst dann risikobehaftet, wenn sie im Zivilverkehr zum ersten Mal verwendet werden, wenn sie nur durch einen Verwender angewendet werden, wenn sie nicht öffentlich gemacht sind usw. Dagegen wird der Zivilverkehr dadurch gefährdet sein, dass alle aufgrund der vorliegenden und ähnlichen Entscheidung erschrockenen Unternehmen darauf verzichten werden, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwenden und anfangen werden, die individuellen Bedingungen anzuwenden. Das verursacht, dass die rechtliche Lage äußerst unvorhersehbar wird. Außerdem ist die Individualvereinbarung in geringem Maße der Inhaltskontrolle unterworfen als die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, für die das spezielle Kontrollsystem nach Art. 342 ff. des georgischen ZGB vorgeschrieben ist. Das Gericht kann die Individualvereinbarung nicht für nichtig erklären, wenn sie nicht sittenwidrig oder gesetzwidrig ist. Hätte die Bank mit dem Kunden z. B. individuell vereinbart, dass der Darlehensvertrag ihm eine Nebenpflicht auferlegt würde, dass er sich täglich damit beschäftigen müsse, Werbung für die Bank unter seinen Mitarbeitern zu machen, hätte das Gericht mit dieser Bedingung nicht umgehen können. Wäre diese

<sup>9</sup> Siehe detailliert in: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 342 Rn. 2 ff.

<sup>10</sup> Siehe. <https://bankofgeorgia.ge/ka/retail/main>.

Bedingung als Allgemeine Geschäftsbedingung zur Disposition gestellt, wäre sie offenkundig nichtig, weil sie mit dem gesetzlichen Leitbild unvereinbar ist. Die praktische Anwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird nicht nur dadurch erreicht, dass die allgemeinen Geschäftsbedingungen von einer Vertragspartei durch seine Juristen „in aller Stille“ vorformuliert sind, sondern dadurch, dass die allgemeinen Geschäftsbedingungen während seiner Verwendung gleichzeitig auch verbreitet und öffentlich bekannt wird und auch dadurch, dass das Gericht mehrere Mechanismen hat, sie zu kontrollieren usw. Dies führt schließlich dazu, dass das rechtliche Umfeld beständiger wird als die Konstellation, indem jedes Rechtssubjekt, das auf dem Markt eine dominierende Stellung hat, seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach seinen Bedürfnissen gestaltet und die Demarkationslinie lediglich an der Sittenwidrigkeit/Gesetzeswidrigkeit der Bedingungen liegt. Die Bank hat mehr Gestaltungsfreiraum, durch die Individualvereinbarung seinen Vertrag mit den für sie vorteilhaften Bedingungen auszuarbeiten, als durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dementsprechend wird es ihre Kosten erhöhen, aber die Bank wird diese Kosten immer noch den Kunden auferlegen. Das bedeutet, dass eine konkrete allgemeine Geschäftsbedingung zwar selbstverständlich die Interessen des Verwenders durchzusetzen beabsichtigt, aber durch die tatsächlich regulierte Anwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, unter Beachtung aller oben erwähneter Aspekte, werden die Interessen sowohl des Kunden als auch des Verwenders geschützt sein und es wird sich eine allgemein vernünftige rechtliche Lage einstellen. Das ist eindeutig die wesentliche Argumentation im Hinblick auf die Rechtspolitik. Im Hinblick darauf ist die Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen andererseits eine Garantie dafür, dass der Zivilverkehr stabil bleibt. Dafür ist es aber erforderlich, dass das Recht die Parteien anregt und das Gericht die Mechanismen der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht unsinnig macht und nicht dazu beiträgt, dass die Allgemeine Geschäftsbedingung eine langsam handelnde Explosionswaffe wird. Es ist nicht zulässig, so vorzugehen, und zwar nicht nur aus konkreten dogmatischen Gründen, sondern vor allem aus rechtspolitischen Erwägungen.

Um die ganze Absurdität dieser Entscheidung zu verstehen, genügt es außerdem die einfache Tatsache zu begreifen, dass die zwei vorliegenden Bedingungen, die jeder Hypothekengläubiger verwendet, seitdem diese zwei Gesetzesvorschriften im bürgerlichen Zivilgesetzbuch und in der Zivilprozessordnung eingeführt worden sind, unwirksam wären und das Gericht dies erst jetzt erkannt hat. Das Gericht hat demgemäß jahrzehntelang den Klagen stattgegeben, weil die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aber unwirksam waren, hat das Gericht demzufolge gesetzeswidrige Entscheidungen getroffen. Die Unwirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingung ist die Frage der rechtlichen Beurteilung und das Gericht hätte die Unwirksamkeit nach eigenem Ermessen prüfen müssen, ohne dass darauf eine Partei hingewiesen hätte oder ein Einspruch vorgelegt wäre, wie es gleichermaßen z.B. die Sittenwidrigkeit des Vertrags prüft. Was bedeutet das? Wenn die Unwirksamkeit dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen offensichtlich war, haben die georgischen Gerichte jahrzehntelang eine gesetzeswidrige Rechtsprechung begründet? Wurde durch das Gericht dadurch ein Vertrauenstatbestand geschaffen? Heißt es darüber hinaus, dass, wenn keinem Kreditnehmer und keinem Richter eingefallen ist, daran zu appellieren, dass diese Bedingungen wegen ihrer Form ungewöhnlich und inhaltlich nicht transparent sind, es dass es eben der sozialen Gegebenheit in Georgien entspricht. Eben diese Gegebenheit soll die durch generellen Klauseln (Art. 342 ff. des georgischen Zivilgesetzbuches) auf rechtlicher Ebene übertragen werden muss und die „offene“ normative Inhalt dieser Auffangvorschriften durch diese soziale Perspektive vervollständigt werden muss. Um zu berichtigen, dass der bestimmte Kreditnehmer von dieser Gesetzmäßigkeit abgewichen kann, bestehen andere Mechanismen und nicht die Möglichkeit, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für nichtig zu erklären, indem diese Bedingung allgemein als unzulässig erklärt werden (siehe unten detailliert).

### III. Systematik der Prüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen–„Einbeziehungs“- und „Inhaltskontrolle“

Das Gericht hat nicht konkretisiert, gemäß welcher Rechtsvorschrift es oben erwähnte Allgemeine Geschäftsbedingungen als unwirksam angenommen hat. Dieser Regelungskomplex hat seine eigene Systematik und lässt sich nicht eigenmächtig verwenden. Das Gericht hat nur einmalig Art. 346 des georgischen Zivilgesetzbuches erwähnt, der verschiedene Tatbestände hat<sup>11</sup> und diese Tatbestände waren in keiner Weise in den Entscheidungsgründen dieser Entscheidung konkretisiert. Andererseits ist die Systematik dieses Instituts für das Gericht völlig fremd geblieben.

Die zentralen Bestimmungen des in den Art. 342-348 des georgischen Zivilgesetzbuches vorgeschriebenen Regelungskomplexes sind die Rechtsvorschriften, die die Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen regeln, die aus der Generalklausel (Art. 346. des georgischen ZGB) und aus dem Katalog der verbotenen Tatbestände (Art. 347, 348 des georgischen ZGB) besteht. Neben diesen zentralen Bestimmungen dienen dem Schutzzweck des Kunden vor Allgemeinen Geschäftsbedingung die Einbeziehungskontrolle (Art. 343 des georgischen ZGB) in den Vertrag der Allgemeinen Geschäftsbedingung, die Vorschrift über den Vorrang der Individualvereinbarung (Art. 342 III des georgischen ZGB) und die Vorschriften über überraschende Klauseln (Art. 344 des georgischen ZGB) oder die Vorschrift über die Auslegung der unklaren Klausel (Art. 345 des georgischen ZGB).<sup>12</sup>

Die detaillierte Beschreibung dieser Systematik ist in dem neuen Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches zur Verfügung gestellt, deswegen werden wir sie hier nicht detailliert ausführen. Es werden nur die Aspekte dargestellt, die das Gericht hätte vorliegend

berücksichtigen berücksichtigen, wenn es tatsächlich gewollt hätte, die Wirksamkeit der vorgelegten Geschäftsbedingungen detailliert zu prüfen.

#### 1. Einbeziehung in den Vertrag – „Erkennbarkeit“

Gemäß Art. 343 I a des georgischen ZGB ist der wichtige Gesichtspunkt deren „Erkennbarkeit“ damit die allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag „einbezogen“ (dessen Vertragsbestandteil) werden. Das bedeutet, dass die Aufzeichnung oder der Hinweis sichtbar sein muss, in der Vertragssprache verfasst sein muss und dass dieser Hinweis auch tatsächlich durchgeführt werden muss. Das konkludente Verhalten ist nur in einem Ausnahmefall ausreichend, wenn es eindeutig nachvollziehbar ist.<sup>13</sup> Außerdem soll der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft werden, ohne weitere Schwierigkeiten und Hindernisse die allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Kenntnis zu nehmen. Der Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen soll in solcher Weise erfolgen, dass der Kunde ihn auch bei geringer Aufmerksamkeit nur mit einem Blick wahrnehmen kann,<sup>14</sup> um die Entscheidung zu treffen, ob er den Vertrag mit diesen Bedingungen abschließen will. Der Aushang soll am Ort des Vertragsschlusses angebracht werden und muss für den Kunden erkennbar sein. Es ist nicht erforderlich, den Text drucktechnisch abzutrennen/zu unterstreichen,<sup>15</sup> aber im Gegensatz dazu, wird es nicht ausreichen, dass den Text auf der Rückseite des Vertrags abgedruckt wird oder nur im Katalog einbezogen wird.<sup>16</sup>

Hinsichtlich der Erfordernisse der Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag waren die durch die Bank gestellten Bedingungen absolut problemlos gekennzeichnet und bei der Einbeziehungskontrolle der Geschäftsbedingungen hätte

<sup>11</sup> Siehe detailliert in: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 1 ff.

<sup>12</sup> *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 342 Rn. 8.

<sup>13</sup> *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 343 Rn. 9.

<sup>14</sup> *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 343 Rn. 9.

<sup>15</sup> OLG Brandenburg BeckRS 2009, 9204, ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 343 Rn. 9.

<sup>16</sup> LG Münster VersR 1980, 100, ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 343 Rn. 9.

das Gericht in der Regel nur einen Satz erwähnen müssen. Bei dem Abschluss eines schriftlichen Vertrags ist weder die Bank noch jedes andere kommerzielle Institut verpflichtet, den gesamten Text oder nach der Auswahl beliebiger Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Kunden vorzulesen und oder ihm zu erklären, welche Risiken die Hypothek enthält. Das ist die Pflicht des Notars und aus diesem Grund gibt es zwei Formen des Vertrags – schriftliche und notarielle beurkundete und wenn das Gesetz die schriftliche Form des Vertrags für hinreichend betrachtet, darf das Gericht die schriftliche Form nicht willkürlich in eine quasi-notarielle Form umwandeln. Für die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag, die schriftlich verfasst sind, ist es ausreichend, wenn diese Bedingungen im Dokument genau dort platziert sind, worauf der Kunde die Erwartung hat und auch man das auch hätte erwarten müssen und diese Bedingungen nicht im Dokument versteckt eingeführt sind – z. B., wenn die Bedingung über die Hypothek nicht in der Fußnote platziert ist, die sich unter den Zeilen befindet, die die persönlichen Daten der Parteien beschreibt usw. In dem vorgelegten Fall hat die Bank ausdrücklich den Kreditnehmer auf die Bedingung hingewiesen: 1. Gemäß der Nummer 5.2. des Kreditrahmenvertrages war bestimmt, dass die Vollstreckung in ein sonstiges Vermögen durchgeführt wird. 2. Gemäß der Nummer 4.1. des Vertrages hat der Kreditnehmer sein Einverständnis mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank erklärt, die auf der Webseite der Bank zur Verfügung gestellt waren, in denen das Gleiche vorgeschrieben war wie im Vertrag. 3. Gemäß Unterabschnitt 4.3.1. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat der Kreditnehmer sein Einverständnis über die Frage erklärt, die die Übergabe des Vermögens regelte. 4. Über die Übergabe des anderen Vermögens

hat der Kreditnehmer sein Einverständnis noch einmal mit seiner Unterzeichnung des Vertrags über die Hypothek erklärt, was in Nummer 8.4. der erwähnten Bedingung bestimmt war. Damit hat der Kunde tatsächlich sein Einverständnis mit der vorgelegten Bedingung viermal erklärt. Identisch hat der Kreditnehmer gehandelt, als er die Bedingung zugestimmt hat, die die unverzügliche Zwangsvollstreckung vorsah.

Die zu behandelnde Entscheidung des Gerichts steht im besonderen Widerspruch zu der ständigen Rechtsprechung der georgischen Gerichte, nach der „die Unterzeichnung des Rechtsgeschäfts schon bereits die Kenntnis des Inhalts des Rechtsgeschäfts bestätigen lässt“<sup>17</sup> und diese Rechtsprechung wird durch die georgischen Gerichte gleichermaßen sowohl auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als auch auf die sonstigen Bedingungen angewandt. In diesem Fall hat die Vertragspartei diese Bedingung nicht nur unterzeichnet, sondern viermal zugestimmt. Es ist auch theoretisch nicht vorstellbar, dass die Erkennbarkeit aus den schriftlichen Verträgen noch deutlicher hervortritt – wenn auch der Kreditsachbearbeiter der Bank den Kunden den gesamten Vertrag vorliest und erklärt, kann man das immer noch nur dadurch dokumentieren, dass der Kunde sein Einverständnis mit der schriftlichen Unterzeichnung erklärt hat (hoffentlich hält das Gericht es nicht für realistisch, dass die Bank für alle Kreditverträge eine mehrere Stunden dauernde Aufzeichnung machen muss). Wenn aber für das Gericht gleichgültig ist und keinen Beweiswert hat, ob der Kunde den Vertrag unterschreibt oder nicht, wird es niemals der Unterzeichnung des Kunden entnehmen können, nach welcher Weise und in welcher Form der Kreditsachbearbeiter ihm etwas eindeutig vorge-

<sup>17</sup> Der Beschluss des Kassationsgerichts von Georgien vom 29. Mai 2015, Aktenzeichen: #სს-198-186-2014; Der Beschluss des Kassationsgerichts von Georgien vom 16. Juni 2014, Aktenzeichen: #სს-182-171-2014; Der Beschluss des Kassationsgerichts von Georgien vom 23. März 2011, Aktenzeichen: #სს-1342-1182-2010; Der Beschluss des Kassationsgerichts von Georgien vom 14. Januar 2011, Aktenzeichen: #სს-1059-1326-09; Der Beschluss des Kassationsgerichts von Georgien vom 18. Mai 2005, Aktenzeichen: #სს-829-1080-04; nur so genannte „durch das Vertrauen herbeigeführte grobe Fahrlässigkeit“ (Der Beschluss des Kassationsgerichts von Georgien vom 29. April 2015,

Aktenzeichen: #სს-132-124-2015; Der Beschluss des Kassationsgerichts von Georgien vom 7. Mai 2015, Aktenzeichen: #სს-715-684-2014; Der Beschluss des Kassationsgerichts von Georgien vom 19. Februar 2015, Aktenzeichen: #სს-1316-1254-2014; Der Beschluss des Kassationsgerichts von Georgien vom 6. Februar 2015, Aktenzeichen: #სს-505-478-2014; Der Beschluss des Kassationsgerichts von Georgien vom 16. Juni 2014, Aktenzeichen: #სს-182-171-2014, für die zusätzlichen Beispiele siehe *Rusiashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2017, Art. 81 Rn. 21.

lesen hat. Die Bekanntmachung mit der Unterzeichnung des Kunden – „der Kreditsachbearbeiter der Bank hat mir den Vertrag vorgelesen und ich habe ihn verstanden“ – hat keinen besonderen Beweiswert, um die Tatsache des Verständnisses nachzuweisen, als der Fall, wenn der Kunde den Text: „Ich habe es gelesen und verstanden“ unterzeichnet. Und es ist im Allgemeinen interessant, ob das georgische Gericht während des Zitierens der allgemeinen Sentenzen (siehe unten) aus den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, die mit der Pflicht zum Informieren verbunden waren, untersucht hat, welche Beweismittel diese europäischen Gerichte für erforderlich halten, um diese Pflicht zum Informieren als nachgewiesenermaßen erfüllt zu qualifizieren – Soll während der Anwesenheit des Kunden eine Audio-Video Aufzeichnung aufgenommen werden, indem der Kreditsachbearbeiter den Kunden über den Kreditvertrag der Bank und über die Hypothek eine Vorlesung hält? Oder ist es schon ausreichend, wenn der Kunde die Informationskarte unterschreibt, die die Bank in diesem Fall dem Kunden ausgehändigt hat, dass er diese Informationskarte viermal unterschreibt?

Mit der „Logik“ des Gericht verbleibt der Bank nur der Ausweg, dass sie alle Kreditverträge unter Einhaltung der notariellen Form abschließen lässt. Abgesehen davon, dass es tatsächlich äußerst unmöglich ist - nicht nur wegen der Kosten, sondern auch deshalb, da die Zahl der Notare nicht ausreichen wird, um täglich die mehreren tausend Kreditverträge zu beglaubigen usw., - ist der Grundsatz, der die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingung nur in den notariellen Vertrag für zulässig hält und die Einbeziehung dieser Bedingung in den schriftlichen Vertrag wegen der Unsichtbarkeit als unwirksam annimmt, dem Recht unbekannt. Ein solcher Grundsatz wäre mit der Abgrenzung unvereinbar, die zwischen den Rechtsordnungen das Formerfordernis des Rechtsgeschäfts und die Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen regeln. Dieser Grundsatz wäre generell mit der Privatautonomie unvereinbar, die es vorsieht, dass der Vertragspartner, der den Vertrag unterschreibt, ohne ihn zu lesen, selbst die negativen Folgen dieser Unterzeichnung trägt und ist prinzipiell unwichtig, ob er die Allgemeine Geschäftsbedingung oder die individuell

vereinbarte Bedingung nicht liest – das Risiko des „Nichtlesens“ trägt der Vertragspartner immer persönlich.

Im Allgemeinen wird die Kontrolle der Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag oder die Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht derartig durchgeführt, so dass eine über den Tatbestand der Allgemeinen Geschäftsbedingung hinzugefügte Information, die nicht mehr einen Teil der Allgemeinen Geschäftsbedingung darstellt und individuell eingereicht wurde, berücksichtigt wird (siehe darüber detailliert unten). Die Allgemeine Geschäftsbedingung soll separat betrachtet alle oben erwähnten Voraussetzungen erfüllen und diese genannten Voraussetzungen waren in diesem Fall eindeutig gegeben.

Die Tatsache, dass das erstinstanzliche Gericht in der Entscheidung den Satz erwähnt hat: „Die informationelle Verfügbarkeit des Kreditnehmers über alle wichtige Bedingungen, damit er während der Unterzeichnung des Vertrags eine informierte Entscheidung treffen kann“ deutet darauf hin, dass das Gericht die Stufen der Kontrolle, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam sind, verwechselt hat. Wenn es möglich ist, dass in einem schriftlichen Vertrag eine an der richtigen Stelle unter der richtigen Überschrift deutlich abgedruckte Geschäftsbedingung wegen seiner fehlenden „Erkennbarkeit“ als unwirksam angenommen werden kann, dann müssen alle Allgemeinen Geschäftsbedingungen generell als unwirksam eingestuft werden.

## 2. „Inhaltskontrolle“ – „Transparenzgebot“

Wenn das Gericht in dem oben erwähnten Satz intuitiv mit dem Grundsatz der Klarheit argumentiert hat, was für den Leser unklar bleibt, weil das Gericht nicht über die Systematik der Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verfügt, wird dieser Grundsatz im Rahmen des Art. 346 des georgischen Zivilgesetzbuches geprüft und ist schon ein Teil der Inhaltskontrolle und kein Teil der Einbeziehungskontrolle. In diesem Fall musste das Gericht nicht über die „Verfügbarkeit“ (die in diesem Fall eindeutig vorgele-

gen hat) diskutieren, sondern darüber, ob ein durchschnittlicher Verbraucher des Kreditrahmenvertrags der Bank verstehen kann, was unter der „Hypothek“ verstanden werden soll, welche Folgen „die Haftung mit den gesamten Vermögen“ haben kann, sowie ob das Wesen der „Vollstreckung“ dem Kunden bekannt ist und generell musste das Gericht in seiner Entscheidung besprechen, dass der Verbraucher den Kredit, den er bei der Bank aufgenommen hat, zurückzahlen muss und wenn er den Kredit nicht freiwillig zurückzahlt, kann es sein, dass sein Haus verkauft wird.

Die Begründung des Gerichts über das Transparenzgebot weicht in diesem Teil von der seinerseits zitierten europäischen Richtlinie<sup>18</sup> und von der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ab<sup>19</sup>. Auf Grundlage der in diesem Text erwähnten Pflicht zum Informieren ist es unmöglich, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als unwirksam anzunehmen. Die Auszüge aus dem Text der Entscheidung, die der Europäische Gerichtshof begründet hat und dessen Auszüge das georgische Gericht in seiner Entscheidung zitiert hat, weisen keine Gemeinsamkeit mit der Unwirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf: „... wenn man die Tatsache berücksichtigt, dass die Pflicht zum Informieren und die Aufklärungspflicht ein vorvertragliches Ereignis darstellen, müssen diese Pflichten zwingend vor der Unterzeichnung des Kreditvertrags durchgeführt werden. Darüber hinaus beinhalten die Pflicht zum Informieren und die Aufklärungspflicht nicht die Notwendigkeit, dass diese Pflichten durch ein Dokument erklärt werden müssen, es ist vielmehr möglich, dass diese Pflichten auch in einer mündlichen Anhörung erklärt werden...“.

Im Gegensatz dazu bezieht sich diese Pflicht zum Informieren auf den Fall, in dem die Bank eine wirksame Allgemeine Geschäftsbedingung in den Vertrag aufgenommen hat, die für den statistisch durchschnittlichen Kunden verständlich ist und daher als wirksam angenommen werden muss (weil die Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingung einheitlich durchgeführt wird und die individuellen Eigenschaften

eines bestimmten Kunden nicht berücksichtigt werden). In dem vorliegenden Fall aber musste die Bank unter Beachtung der konkreten Umstände davon ausgehen, dass der Kunde zusätzliche Aufklärung benötigt, z.B. weil der Kunde in fortgeschrittenem Alter war, weil der Kunde nicht mehr selbständig lesen konnte usw.

Die Allgemeine Geschäftsbedingung ist eine eigenständige Regulierung, die bereits nach ihrem Inhalt und ihrer Form entweder wirksam ist, oder ungültig ist und die zusätzlich eingereichte Information kann diesbezüglich nichts daran ändern, außer wenn man die bereitgestellte Information als eine Allgemeine Geschäftsbedingung qualifiziert usw. Die Wirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird nicht dadurch geprüft, indem sie erst dann für wirksam angenommen wird, wenn der Verwender den Kunden über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zusätzlich informiert, oder im Gegensatz dazu, werden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als unwirksam angenommen, wenn der Verwender den Kunden nicht über die Bedingungen belehren wird. Die Pflichtverletzung (worüber sich auch der Europäische Gerichtshof äußert) und die Unwirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind zwei verschiedene und gleichlaufende Ordnungen. Dem Verwender wird keine Pflicht auferlegt, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die wirksam sind, in den Vertrag einzubeziehen. Wenn er in den Vertrag die unzulässigen Klauseln einbezogen hat, ist er schon deshalb „bestraft“ worden, weil das Gericht diese Bedingungen als unwirksam erklären wird und keine Pflicht auferlegen wird, den Schaden zu ersetzen (darüber äußert sich auch der Europäische Gerichtshof). Die Allgemeine Geschäftsbedingung wird als eine autarke rechtliche Zusammensetzung geprüft, wenn sich die in den Richtlinien und in den Texten des Europäischen Gerichtshofs erwähnten Verpflichtungen auf die Art der Fälle beziehen, in denen die Allgemeine Geschäftsbedingung zwar wirksam ist, weil sie statistisch für den durchschnittlichen Verbraucher verständlich ist, aber ein bestimmter Kunde, dessen Niveau des rechtlichen

<sup>18</sup> Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008.

<sup>19</sup> Court of justice of the european union 18 december 2014. judgment in case C-449/13.CA Consumer Finance SA V Ingrid Bakkaus and Others.

Verständnis unter dem rechtlichen Verständnis des statistisch durchschnittlichen Kunden lag, bedarf es jedoch einer Erklärung von dem Verwender. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das eine einheitliche rechtliche Ordnung ist, ist auf diese durchschnittlichen Fälle zugeschnitten und das könnte auch nicht anders sein – nur deswegen, weil es einen Kunden der Bank geben kann, der die Bedeutung der „Hypothek“ nicht kennt. Alle Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in denen auch diese Hypothek erwähnt ist, können nicht als unwirksam angenommen werden. Wenn aber für die Bank schon früher erkennbar war, dass seitens des Kunden einen Mangel des Wissens bestand, so trifft die Bank die zusätzliche/vorvertragliche Aufklärungspflicht, deren Verletzung es zwar nicht zulässt, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als unwirksam anzunehmen, jedoch im konkreten Fall eine Pflicht zum Schadenersatz der Bank entstehen lassen kann. Hier war dieser Fall aber nicht einschlägig: die tatsächlichen Umstände dieser Sache lassen nicht den Schluss zu, dass der intellektuelle Entwicklungsstand des Kreditnehmers es ihm nicht ermöglichte, den Vertragsinhalt zu begreifen.

### 3. „Überraschend sein“ – Einbeziehungskontrolle

Noch ein Beispiel der Verwechslung zwischen der „Einbeziehungskontrolle“ und der „Inhaltskontrolle“ durch das Gericht ist in einem nächsten Abschnitt der oben erwähnten Passage der Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts zu finden, die auch die obere Instanz ohne jegliche Modifikation angenommen hat.

Das Gericht hat in diesem Fall die Grundsätze von *unidroit* angesprochen und hat die Allgemeine Geschäftsbedingung als *surprising terms* angenommen – „die Bedingung, die die Art der Allgemeinen Geschäftsbedingung aufweist und einen solchen Charakter hat, den die andere Vertragspartei hätte vernünftigerweise nicht erwarten können, ist nicht rechtskräftig.“ Es ist verständlich, dass die Partei nicht dazu verpflichtet ist, die genauen Rechtsvorschriften in der

Klage anzugeben, aber das Gericht ist dazu definitiv verpflichtet. Insbesondere existiert im Zivilgesetzbuch von Georgien Art. 344, der genau einen solchen Fall regelt und das Gericht hätte diese Vorschrift und nicht *unidroit* anwenden müssen. Beim Lesen dieses Artikels wird klar, dass, ob die Klauseln überraschend sind, in der Stufe der Einbeziehung in den Vertrag geprüft wird und nicht während der Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, weshalb auch die Auseinandersetzung, dass die Klauseln überraschend sind, nichts mit dem Artikel 346 des georgischen Zivilgesetzbuchs zu tun hat.

Nach der Kommentierung des oben genannten Artikels und der Rechtsprechung des Landes, aus dem wir diese Rechtsvorschrift übernommen haben, ist nur eine solche Bedingung überraschend, die keinen direkten Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand aufweist: z.B. hätte die Bank neben dem Abschluss des Kreditvertrags mit dem Kunde so gehandelt, damit der Kunde auch die Waschmaschine „kaufen“ würde. Überraschend ist auch beispielsweise unter der Zwischenüberschrift im Mietvertrag – „Instandhaltung des Mietgegenstandes, Schönheitsreparaturen“ die Angabe der Pflicht des Mieters, wonach der Mieter die gesonderte Versicherungsverträge abschließen muss. Ebenso überraschend ist auch die Klausel, die vorsieht, dass dem Vermieter die Pflicht auferlegt wird, die Kosten der vom Vermieter (nach dem Abschluss des Mietvertrages) abgeschlossenen Versicherungsverträge selbst zu tragen.<sup>20</sup> Beim Abschluss des Mietvertrages über den Mietwagen ist die in der Preisliste einbezogene Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam, die die Klausel über das Mindestalter (25 Jahre) enthält<sup>21</sup> usw.<sup>22</sup>

Was unmittelbar die Allgemeinen Geschäftsbedingungen betrifft, die mit den Sicherungsmitteln zusammenhängen, hat bisher noch kein Gericht irgendeines Landes eine solche Lösung ausgedacht, dass die Bedingung für den Kreditnehmer überraschend ist, die vorsieht, dass der Kreditnehmer das Geld zurückzahlen

<sup>20</sup> KG GE 2008, 122, ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 344 Rn. 18.

<sup>21</sup> LG Köln EWIR 2004, 837, ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 343 Rn. 9.

<sup>22</sup> Für die zusätzliche Beispiele siehe die Kommentare der entsprechenden Artikeln.

muss und wenn er das nicht freiwillig tut, mit dem gesamten Vermögen haftet und es infolgedessen auch sein kann, dass sein Haus verkauft wird.

Die entwickelten oder zumindest diesen Anspruch habende Gerichte diskutieren darüber, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die mit den Sicherungsmitteln des Darlehensvertrags zusammenhängen, überraschend sind. Zum Beispiel erwähnen die Gerichte folgendes: Wenn eine andere Person den Kredit aufnimmt, ist bei der Sicherung des Kredits sein Umfang davon abhängig, was für eine Erwartung der Bürge bezüglich der Höhe der Sicherung hat. Dementsprechend ist die Klausel, wenn sie in den Vertragsformular beabsichtigt, die Sicherung zu erweitern und sich auf alle Verpflichtungen des Hauptschuldners auszudehnen, überraschend und somit auch ungewöhnlich.<sup>23</sup> Als im Vertragsformular der Sicherungszweck angegeben war, wurde als Voraussetzung der Erwartung, auch das vorherige Kreditverhältnis angenommen, soweit sie mit dem aktuellen Kreditverhältnis in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang standen.<sup>24</sup> Nach einiger Zeit wird aus dem bisherigen Kreditverhältnis eine Änderung des Sicherungszwecks immer wahrscheinlicher und der Überraschungseffekt wird sich auch vermindern.<sup>25</sup> Beispielsweise ist es nicht ausreichend, dass die Anweisung über die Beschränkung des Umfangs der Bürgschaft fett gedruckt ist, wenn der Vertrag ein Teil der Vereinbarung darstellt, die die Verlängerung der früher abgeschlossenen Bürgschaft regelte und diese früher abgegebene Bürgschaft eine solche Beschränkung nicht beinhaltete usw.<sup>26</sup>

Im Gegensatz dazu wird die Tatsache, dass der Kunde das von ihm als Kredit aufgenommene Geld zurückzahlen muss und dass er, wenn er das nicht freiwillig tut, mit dem gesamten Vermögen haftet und die Bank das Recht hat, die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts zur unverzüglichen Zwangsvollstreckung unterwerfen zu lassen, niemanden überraschen

und es ist sogar unsinnig, auch darüber zu diskutieren. Diese Geschäftsbedingungen werden schon seit Jahrzehnten von allen Hypothekengläubigern ohne Ausnahme verwendet. Diese Vertragsbedingungen werden auch durch die georgischen Banken angewandt und sind öffentlich auf die Website dieser Banken zur Verfügung gestellt<sup>27</sup> und dementsprechend kann der Kunde sie zur Kenntnis zu nehmen und sich auf diese Bedingungen vorbereiten, bevor er zur Bank geht, um den Kredit aufzunehmen. Es ist ständige Rechtsprechung, die jahrzehntelang erarbeitet wurde, die diese Bedingung als wirksam annimmt, was eine gesonderte rechtliche Argumentation darstellt, um zu bestimmen, welche Bedingung als gewöhnlich angenommen werden kann. In dieser Konstellation zu behaupten, dass das Gericht im Jahr 2022 plötzlich entdeckt hat, dass diese Klausel eine Allgemeine Geschäftsbedingung darstellt und sich als „ungewöhnlich“ herausgestellt hat, ist einfach absurd und sonst nichts.

#### V. Vereinbarkeit mit dem gesetzlichen Leitbild

In den folgenden Abschnitten hat sich das Gericht weiterhin unreflektiert über den „Informationsmangel“, die „informierte Wahl“, das „effektive Risikomanagement“ und noch über viele unklare Fragen geäußert, so dass diese Beurteilung nicht einmal annähernd in die Systematik des Gesetzes passt. Das Einzige, was das Gericht im Zusammenhang mit dem Art. 346 des georgischen Zivilgesetzbuches hätte erwähnen müssen, war das sog. „gesetzliche Leitbild“, obwohl es das hätte verneinen müssen, weil es klar ist, dass die von der Bank auferlegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit dem gesetzlichen Leitbild übereinstimmen.

<sup>23</sup> Siehe *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 344 Rn. 19 und die dort erwähnte Rechtsprechung.

<sup>24</sup> *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 344 Rn. 19.

<sup>25</sup> BGH NJW 2001, 1417; BGH NJW 2001, 1416; BGH NJW 1995, 1674, ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des

georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 344 Rn. 19.

<sup>26</sup> *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 344 Rn. 19 und die dort angegebene Rechtsprechung.

<sup>27</sup> Vgl. <https://bankofgeorgia.ge/ka/retail/main>.

## 1. Gesetzliches Leitbild

Gem. Art. 346 des georgischen Zivilgesetzbuches ist das gesetzliche Leitbild eindeutig ein wichtiger Teil der Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nichtig, wenn sie nicht mit den Grundsätzen von Treu und Glauben vereinbar sind und somit ist die Grundlage der Unwirksamkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen gem. Art. 346 des georgischen Zivilgesetzbuchs die Unvereinbarkeit mit dem gesetzlichen Leitbild, nämlich die im Gesetz vorgeschriebene (insbesondere für diese Art von Verträgen) Grundkonzeption von Rechten und Pflichten. Ob die andere Vertragspartei dadurch benachteiligt wird, weil die Allgemeine Geschäftsbedingung gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen, ist wie folgt herauszufinden: Der betreffende Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingung muss mit dem Zivilgesetzbuch oder mit den anderen Rechtsvorschriften, die dieses Rechtsverhältnis regeln, verglichen werden.<sup>28</sup> Daher ist die Allgemeine Geschäftsbedingung nichtig, die zum Nachteil der anderen Vertragspartei nicht mit der Leitlinie vereinbar ist, die für die gleichartige Verträge (gesetzliches Leitbild) durch die Rechtsvorschriften festgelegt ist. Die Beweislast dafür, dass die Benachteiligung durch die Allgemeine Geschäftsbedingung der Vertragspartei vorliegt, trägt der Kunde.<sup>29</sup>

Die ganze Absurdität dieser Entscheidung stellt eindeutig die Tatsache dar, dass die vorliegenden zwei Bedingungen nicht nur mit dem gesetzlichen Leitbild vereinbar waren, bzw. sich mit den aus dem Gesetz abgeleiteten allgemeinen Grundsätzen und den Regelungsgehalt im Einklang befanden, sondern auch unmittelbar mit dem Gesetz vereinbar waren. Das Gericht hat tatsächlich mit dieser Entscheidung festgestellt, dass selbst das Gesetz nicht dem gesetzlichen Leitbild im Einklang steht, wenn das Gesetz selbst diese Gegebenheit bestimmt. Das Gericht ist hiermit

von den Regeln der Logik von Aristoteles abgewichen und festgestellt, dass das Ergebnis größer sein kann als die Ursache selbst, wenn die Ursache auf das Ergebnis zurückzuführen ist.

## 2. Fälle der Unvereinbarkeit mit dem gesetzlichen Leitbild

Zur Verdeutlichung der Sache sollen einige Beispiele eingeführt werden, um zu zeigen, wann es in Betracht kommt, dass die Allgemeine Geschäftsbedingung wegen der Unvereinbarkeit mit dem gesetzlichen Leitbild für nichtig erklärt wird, um klarzustellen, dass alle diese Fälle mit dieser Konstellation nichts zu tun haben. Mit dem gesetzlichen Leitbild ist eine Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vereinbar, wenn diese Bedingung z.B. folgendes vorsieht:

So war etwa in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Maklervertrages vorgesehen, dass der Makler (der Verwender) von der anderen Vertragspartei eine Vergütung für die erfüllte Vermittlung verlangen kann, gleichgültig ob der Vertrag durch seine Vermittlung abgeschlossen wurde<sup>30</sup>. Solche Allgemeine Geschäftsbedingungen verstoßen zwar nicht gegen die Anforderungen der Art. 347, 348 des georgischen Zivilgesetzbuches, aber sie werden jedoch gem. Art. 346 des georgischen Zivilgesetzbuchs nichtig sein, weil sie gegen den in Art. 744 des georgischen Zivilgesetzbuch vorgesehenen Grundsatz verstoßen, der es vorsieht, dass eine Person, die für die Vermittlung eines Vertrages eine Vergütung verspricht, zur Entrichtung dieser Vergütung nur verpflichtet ist, wenn der Vertrag infolge dieser Vermittlung zustande kommt.<sup>31</sup> Es lässt sie das Gleiche sagen in den Fällen, in denen die Gebühr für die Buchung fixiert festgelegt ist, wenn die vom Ergebnis unabhängige Provision als die Kosten verkleidet sind, wenn der Anspruch des Vermieters, der schon fällig ist, zu einem unbestimmten Zeitpunkt verschoben wird.<sup>32</sup> Noch die anderen Beispiele für die

<sup>28</sup> BGH NJW, 1994, 1070; *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 11.

<sup>29</sup> *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 13.

<sup>30</sup> BGHZ 99, 374.

<sup>31</sup> *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 12.

<sup>32</sup> *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 30 und die dort angegebene Rechtsprechung.

Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die im Widerspruch zu dem gesetzlichen Leitbild sind, sind folgende: aus den Verhältnissen des Handelsverkehrs berücksichtigter Neubeginn der Verjährungsfrist von Nebenansprüchen, die aus den Kaufverträge abgeleitet sind, wenn jede neue (mangelfreie) Ware geliefert (oder mit der Teilleistung) wird,<sup>33</sup> bei einem mangelhaften Werk das Recht, den Mangel selbst zu beseitigen, ohne dafür die Frist zu setzen, sowie die Verantwortung für den Rechtsmangel ohne Verschulden;<sup>34</sup> Der Vorbehalt, der einen Mangelspruch (Art. 495 des georgischen ZGB) sowie bei nicht erkennbaren Mängeln von einer vollständigen Untersuchung der Sache abhängig macht, oder eine Untersuchung durch einen neutralen Sachverständigen vorschreibt<sup>35</sup> usw.<sup>36</sup>

### 3. Gesetzliches Leitbild und spezifische „Bankbedingungen“

Das erstinstanzliche Gericht von Tiflis und das Berufungsgericht von Tiflis haben mehrmals auf die Bank verwiesen und sie als ein „spezifisches Subjekt“, ihre „besondere Stellung“ genannt. Unklar ist jedoch, was darunter verstanden werden sollte und in welcher Art von Verhältnissen und in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen diese besondere Stellung der Bank herauszufinden ist (siehe darüber auch unten). Weil die Bank eine besondere Stellung hat, können folgende Allgemeinen Geschäftsbedingungen als unwirksam angenommen werden:

#### a) Beispiele der unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus den Verträgen der Bank

In den Verträgen der Bank ist es unzulässig, dass das Risiko der Verfälschung des Schecks dem Kunden übertragen wird,<sup>37</sup> weil die Bank und nicht der Kunde über die Mittel zum Schutz vor der Verfälschung des Schecks verfügt. Diese Mittel werden durch das Gesetz angemessen verteilt. Im Gegensatz dazu, steht dem Autohändler frei, das Risiko der Verfälschung des Schecks durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die andere Vertragspartei zu übertragen. Darüber hinaus ist es gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank nicht zulässig, eine zusätzliche Entschädigung für die Tätigkeiten zu verlangen, die die Bank für die zusätzliche gesetzlich oder vertraglich festgelegte Verpflichtungen ausführen muss, z. B. die Gebühren, die im Zusammenhang mit der Übergabe von Depositen stehen<sup>38</sup> oder der Erhalt einer Benachrichtigung wegen der Nichteinlösung eines Schecks oder Fehlschlagen eines an die Bank erteilten Auftrages wegen der fehlenden Deckung.<sup>39</sup> Bei der Steuer der Bankdienstleistung ist es in einigen Fällen problematisch, zwischen der der Inhaltskontrolle unterliegenden zusätzlichen Klausel über die Vergütung und der Hauptklausel über die Vergütung zu unterscheiden, die der Inhaltskontrolle nicht unterworfen sind (gem. Art. 346 des georgischen ZGB). Ein wichtigster Mechanismus zur Abgrenzung stellt Art. 345 des georgischen Zivilgesetzbuchs dar.<sup>40</sup> Die Rechtsprechung<sup>41</sup> neigt dazu, im Zweifelsfall die Annahme der Allgemeinen Geschäftsbedingung anzuordnen, wenn mit der zu-

<sup>33</sup> *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 30; im Gegensatz dazu, es ist im Handelsverkehr erlaubt, die dreijährige Verjährungsfrist bis zum vierten Jahr zu verlängern (BGHZ 164, 196).

<sup>34</sup> BGHZ 164, 196, ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 30.

<sup>35</sup> BGH ZIP 2018, 81, ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 30.

<sup>36</sup> Für die zusätzliche Beispiele siehe. *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 30.

<sup>37</sup> BGH WM 1997, 910, ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 30.

<sup>38</sup> BGHZ 161, 189, ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 30.

<sup>39</sup> BGH NJW 2001, 1420 (ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 30.), aber im Gegensatz dazu, was oben aufgeführt wurde, darf die Bank verlangen, dass die Gebühr für die Emission der neuen Aktien bezahlt werden muss.

<sup>40</sup> BGH NJW 2017, 1018, ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 30.

<sup>41</sup> BGH NJW 2012, 2572; OLG Düsseldorf ZIP 2012, 1749, ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 30.

sätzlichen Klausel die Zweifel bestehen, ob Bedingungen der Inhaltskontrolle unterliegen müssen. Dementsprechend ist es beispielsweise nicht zulässig, die Zahlung der Gebühr zu verlangen, wenn die Rückbelastung ohne Verschulden verlaufen ist.<sup>42</sup> Die Feststellung der festen Gebühr für die Überschreitung des Kreditlimits ist der Inhaltskontrolle zu unterwerfen und ist auch unwirksam, wenn sie den effektiven Zinssatz überschreitet.<sup>43</sup>

*b) Fehlendes Risiko wegen der herrschenden Stellung der Bank auf dem Markt*

Um zu verstehen, was eine spezifische „bankrechtliche Bedingung“ bedeutet, wird es ausreichen, wenn schon einen kurzer Überblick über die oben aufgeführte Aufzählung verschafft wird. Alle diese Fälle beziehen sich auf solche Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die die Bank versucht, dem Kunden nur das Risiko zu übertragen, das in seinem Bereich liegt, die Kosten dem Kunden zu überwälzen, die seine Interessen dienen, usw. Die Bank versucht daher diese bestehenden gesetzlichen Rahmen maßgeblich zu verändern und die Last zu beseitigen, die der Gesetzgeber ihr wegen ihrer Stellung verständlicherweise auferlegt hat. Aber diese „besondere Stellung“ bezieht sich auf solche Regelungen, in denen die Bank im Unterschied zu einem durchschnittlichen Kunden mehr Entscheidungsspielraum hat, auf Grundlage ihrer besonderen Kenntnis der bankfachlichen und allgemeinen wirtschaftlichen Abläufe, ihrer Prognosefähigkeit und ähnlicher Kompetenzen, zu handeln. Obwohl diese „spezielle Stellung“, um genauer zu beschreiben, die Nutzung einer überlegenen geistigen Ressource, ist jedoch nicht mehr gegeben, wenn die Bank das Verhältnis regelt, in das alle anderen Unternehmer oder Nichtunternehmer eintreten müssen, und die Bank regelt es genauso, wie alle diese anderen Personen es an ihrer Stelle machen würden. Wenn eine Bank einen Kaufvertrag über ein Auto abschließt oder einen Mietvertrag über ein Büro abschließt, hat sie in diesem Rechtsverhältnis keine „besondere Stellung“, außer dass sie ein Unternehmen ist. Die Bedingung, die es

bestimmt, dass der Gläubiger neben dem Hypothekengegenstand auch auf anderes Vermögen die Vollstreckung unterwerfen möchte, für den Fall, wenn der Kreditnehmer den Kredit nicht freiwillig zurückzahlen möchte, und der Kreditgeber die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts sofortigen Vollstreckung unterwerfen möchte, wird von allen Unternehmern und Nichtunternehmern verwendet, die generell wissen, was die Hypothek beinhaltet und welche Folgen die Vollstreckung hat, weil ihnen das Gesetz explizit das Recht einräumt, dazu ermächtigt zu sein. Wenn das Gericht das „spezifische Wissen“ dadurch auslegt, dass die Juristen der Bank mit den grundlegenden Rechtsvorschriften des Zivilgesetzbuches und der Zivilprozessordnung vertraut sind und das Gericht die Person des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als archetypische Ikone betrachtet, die kein Gesetz kennt und daher nichts durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelt, ist es eine ziemlich „seltsame“ Logik, obwohl sie harmonisch mit alle anderen "Beurteilungen" vereinbar ist, die in diesen Entscheidungen erwähnt wurden.

Es wäre interessant, wie das Gericht darauf reagieren würde, wenn die gleichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen von einer Immobilienkauffrau oder einfach von einem privaten Kreditgeber verwendet worden wären. Dass das Gericht auf den Umstand abstellt, dass die Bank „einen besonders gefährlichen Kontrahenten“ darstellt, dass die Bank „ein Opponent ist, dem gegenüber alle in einer unterdrückten Lage sind“ usw., ist es auf jeden Fall völlig irrelevant, ohne wirkliche Reflexion darüber, was unter diese alle Epitheta verstanden werden sollte. Neben der Bedingung über die Hypothek ist das Bestehen der Allgemeinen Geschäftsbedingung über das gesamte Vermögen der Vollstreckung nicht nur das, was nur die Bank verwendet. Was die Bank verwendet, ist spezifisch „gefährlich“ und beinhaltet an sich schon ein gewisses Risiko, welches Risiko nicht dieses materielle Recht beinhaltet, aus dem der Kreditvertrag entstanden ist. Wenn

<sup>42</sup> BGHZ 150, 274; OLG Schleswig MDR 2016, 12, ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 30.

<sup>43</sup> BGH NJW 2017, 1018; BGH WM 2017, 84, ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 346 Rn. 30.

das Gericht daher nicht den Darlehensvertrag als nichtig erklären kann, ist es absurd, den Mechanismus zu seiner Durchführung als nichtig zu erklären (siehe unten ausführlicher). Der einzig realistische Vorteil, den eine Hypothek dem Gläubiger gegenüber einem allgemeinen Zwangsvollstreckungsrecht über das gesamte Vermögen des Schuldners verschafft, besteht darin, dass der Schuldner vor dem zwischen dem Zeitpunkt der Entstehung der Verpflichtung und dem Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung/Beschlagnahme nicht ohne weiteres über die belastete Sache verfügen kann (es gibt nur sehr wenige Menschen, die bereit dazu sind, die mit einer Hypothek belastete Sache kaufen zu möchten), und wenn sie es trotzdem schaffen, diese Sache zu verkaufen, wird diese Hypothek auf diesen Gegenstand übertragen.<sup>44</sup>

Auf diese Weise beugt der Gläubiger durch die Hypothek dem Risiko vor, dass sich der Schuldner freiwillig oder unfreiwillig kein wertvolles Vermögen in dem genannten Zeitraum vorhält und vor der Vollstreckung steht, ohne über welches Vermögen zu verfügen. Das Bestehen einer Hypothek in einem anderen Teil ändert nichts an der Möglichkeit einer Vollstreckung nach den generellen Regeln auf das gesamte Vermögen, die ohne sie möglich gewesen wäre.<sup>45</sup> Wenn das Gericht der Gläubiger lässt, die Entscheidung zu treffen, indem er entweder für die Hypothek oder für die Vollstreckung auf das gesamte Vermögen entscheiden soll, bedeutet das unter anderem, dass den Schuldner unmittelbar ermuntert wird und ihm zu seinem Schutz die Möglichkeit verschafft wird, dass, wenn er bemerkt, dass er zahlungsunfähig wird, er das gesamte Vermögen auf eine andere Person übertragen kann, damit er sich damit als insolvent erklärt. Die andere Logik, warum und zu welchem Zweck der Schuldner der Hypothek mehr schutzbedürftig ist als ein gewöhnlicher Schuldner, der immer mit dem gesamten Vermögen haftet, ist nicht verständlich. Dies lässt sich jedoch sehr einfach mit der „Logik“ des Gerichts erklären – alle Schuldner sollen das Recht haben, ihr Eigentum vor der Vollstreckung zu „verstecken“, der Schuld-

ner der Hypothek hat aber dazu keine Möglichkeit, daher verdient er zumindest den Vorzug, dass er nicht mit dem gesamten Vermögen haften wird.

Darüber hinaus müsste, wie wir bereits erwähnt haben, die Verwendung dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen entweder für jedes Rechtssubjekt strengstens verboten werden oder sollte sowohl in den Bankverträgen als auch in allen jeweiligen anderen Verträgen gleichermaßen erlaubt werden, da die Besonderheit der bankrechtlichen Verhältnisse den Effekt der Allgemeinen Geschäftsbedingung über seinen überraschenden Charakter nicht hervorruft, wie auch das Risiko nicht überhaupt dadurch vergrößert wird, dass diese Allgemeine Geschäftsbedingung von dem gesetzlichen Leitbild abweichen wird usw. Das Gericht hat kein Recht darauf, dass es allgemein (oder gar ausschließlich) eine direkt im Gesetz vorgesehene Regel verbietet, wenn auch diese Regel in der Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgelegt sind. Wie es aber offenbar aufgezeigt wurde, haben das erstinstanzliche Gericht von Tiflis und das Berufungsgericht von Tiflis, die diese Entscheidung erlassen haben, eine ganz andere Meinung.

#### *b) Falsches Verständnis von Art. 301 des georgischen ZGB*

Wenn wir vorübergehend die Frage der Wirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Seite legen, war das wesentliche Problem, das das Gericht in seiner Entscheidung entwickelte, das falsche Verständnis selbst von Art. 301 des georgischen Zivilgesetzbuchs und die Ablehnung der fundamentalen Grundsätze des Zivilrechts. Tatsächlich haben nach georgischem sowie nach jedem anderen Zivilrecht die Bank und alle anderen Gläubiger das Recht darauf, das gesamte Vermögen des Schuldners, ohne jegliche Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vollstrecken, und in dieser Hinsicht ändert Art. 301 des georgischen Zivilgesetzbuchs daran nichts. Daher hatte die Bank in dem Fall auch das Recht, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als unwirksam angenommen

<sup>44</sup> Braun/Schultheiß, Grundfälle zu Hypothek und Grundschuld, JuS 2013, 871.

<sup>45</sup> Braun/Schultheiß, Grundfälle zu Hypothek und Grundschuld, JuS 2013, 871.

wäre, die Haftung mit dem gesamten Vermögen des Schuldners zu verlangen.

Aber diese fehlerhaften einzelnen Entscheidungen von Gerichten, die leider bisher in Bezug auf Art. 301 des georgischen Zivilgesetzbuchs festgestellt wurden, haben durch diese vorgelegte Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts von Tiflis und das Berufungsgericht von Tiflis den endgültigen Absurditätsgrad erreicht und die Gerichte haben festgestellt, dass für den Kreditnehmer die Tatsache überraschend sein kann, dass er bei der Bank aufgenommene Kredit zurückzahlen hat und die vermögenrechtliche Verantwortung im Zivilrecht unbegrenzt ist.

In Art. 301 I<sup>1</sup> des georgischen Zivilgesetzbuchs ist demnach folgende Regelung niedergelegt: Ohne eine abweichende Vereinbarung gilt, dass die abgesicherte Forderung als befriedigend auch in dem Fall angenommen wird, wenn der durch die Versteigerung erzielte Erlös zur Deckung der hypothekarisch abgesicherten Forderung nicht ausreicht. Ratio der gegebenen Rechtsvorschrift ist Folgende: Im Falle der Erlangung eines Vollstreckungsbescheids über das gesamte Vermögen, hätte der Vollstreckungsbeamter das Ermessen gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger (und gleichzeitig die Verpflichtung gegenüber dem Vollstreckungsschuldner), aus dem Gesamtvermögen des Schuldners diejenige Sache zu versteigern, die liquider ist, die die höchste Chance hat, zu einem ihrem tatsächlichen Wert entsprechenden Preis verkauft zu werden, und deren Verwertung daher dem Vollstreckungsschuldner den geringsten Schaden zufügt. Wenn der Gläubiger im Rahmen der Vollstreckung auf das gesamte Vermögen das verwertbare Vermögen auswählt, ist er in gleicher Weise verpflichtet, das zu diesem Zeitpunkt liquideste zu wählen, und es besteht die Möglichkeit, bewusst eine gegenteilige Entscheidung zu treffen, nebst diversen Vollstreckungs- und Verfahrensinstrumenten, sowie mit dem Institut des Rechtsmissbrauchs nach Art. 115 des georgischen Zivilgesetzbuchs neutralisiert sind.

Wenn der Gläubiger im Gegensatz dazu aus dem gesamten Vermögen des Schuldners von Anfang an nur eine Sache als Vollstreckungsgegenstand, nämlich die hypothekarisch belastete Sache ausgewählt hat, die zu diesem Zeitpunkt möglicherweise gar nicht liquide ist und deren Verkauf zum halben Preis dem Schuldner mehr Schaden zufügen kann, als das durch den Verkauf irgendeiner anderen Sache aus seinem Vermögen zufügen würde, muss der Gläubiger die Folgen dieser willkürlichen Entscheidung und der Auswahl tragen. Nach dem Verkauf des hypothekarisch belasteten Gegenstandes sollte er nicht mehr berechtigt sein, mit dem erzielten Erlös, die verbleibende ungesicherte Forderung zu befriedigen, anderes Vermögen versteigern zu lassen und damit den Schaden des Schuldners weiter zu erhöhen, wenn es eine effektivere Möglichkeit gäbe, die widerstreitenden Interessen der Parteien auszugleichen und der Gläubiger sie einseitig abgelehnt hat. Ein zusätzliches Argument, das die Existenz dieser Regelung rechtfertigt, kann die Entlastung des Gerichts und der Vollstreckungsbehörden sein – wenn der Gläubiger das gesamte Vermögen zur Vollstreckung unterwerfen will, muss er diesen Vollstreckungstitel zuerst beim Gericht beantragen, und seine Ungeschicklichkeit wird keinen Grund dafür sein, dass das Vollstreckungsverfahren zweimal eingeleitet werden muss.

Somit begründet Art. 301 I<sup>1</sup> des georgischen Zivilgesetzbuchs nun allein das Verbot der Wiederaufnahme des Vollstreckungsverfahrens auf das gesamte Vermögen nach Verwertung des Hypothekengegenstands. Und es nur für den Fall vorgesehen, dass die Vertragspartner nichts anderes vereinbart haben. Gemäß dieser Vorschrift steht von Anfang an bis zu der Verwertung des Hypothekengegenstandes die Beschränkung des Vollstreckungsumfanges auf diesen Gegenstand, nicht nur im direkten Widerspruch zum wörtlichen Verständnis der Vorschrift, sondern dieses Verfahren widerspricht auch insgesamt dem Wesen der Hypothek.

Trotzdem lassen dies die georgischen Gerichte in ihren gesonderten Entscheidungen<sup>46</sup> immer noch und

<sup>46</sup> Der Beschluss vom 9. März 2016 des Berufungsgerichts von Tbilissi, Aktenzeichen: № 28/1217-15; Der Beschluss vom 10.

Februar 2015 des Berufungsgerichts von Tbilissi, Aktenzeichen: № 28/5022-14; Der Beschluss vom 21. Oktober

leiten aus der gegebenen Vorschrift das Vollstreckungsverbot auf andere Vermögen als den Hypothekengegenstand ab - als ob der Hypothekengeber nur den Hypothekengegenstand zur Befriedigung seiner Forderung verkaufen könnte, und er nicht in das übrige Vermögen des Schuldners vollstrecken könnte. Die vom Gericht vorgeschlagene Auslegung dieses Gesetzestextes stellt ein unzulässiges *contra legem*-Verfahren dar.<sup>47</sup>

Erstens verwandelt diese Definition das Hypothekenrecht von einem Mittel zur Erweiterung und Stärkung der Rechtsposition des Gläubigers in ein Instrument der Haftungsbegrenzung des Schuldners, was der gesamten Funktion dieses Instituts widerspricht und keine Gemeinsamkeit zu den Rechtsordnungen der anderen Länder aufweist. Der Versuch der oben aufgeführten Beurteilung durch den Art. 286 des georgischen Zivilgesetzbuchs<sup>48</sup> zu stärken, ist es nicht überzeugend.<sup>49</sup> Art. 286 des georgischen Zivilgesetzbuchs räumt dem Hypothekengläubiger das zusätzliche Recht, die hypothekarisch belastete Sache zu verwerten, und entzieht ihm nicht die Möglichkeit, die Forderung anderweitig zu befriedigen. Der Hinweis des Gerichts darauf, dass es sich um die eingeführte Rechtsprechung handelt, wenn zur Sicherung des Kredits die mit einem mehrfach höheren Wert umfassende Sicherungsmaßnahme verwendet wird – weshalb es nicht erforderlich ist, andere Vermögenswerte zur Befriedigung der Schuld zu verwenden – ist sowohl in der Annahme als auch im Teil der Schlussfolgerung zurückzuweisen. Anstatt eine Vereinbarung über die Sicherung als überschüssig zu verurteilen, die ein Wuchergeschäft nach Art. 54 des georgischen Zivilgesetzbuchs darstellen kann (siehe Art. 54. ZGB Rn. 35), zwingt das Gericht den Hypothekengläubiger selbst, ein solches

Geschäft abzuschließen, und lässt ihm keine andere Auswahl. Ein solches Verständnis des Art. 301 I<sup>1</sup> des georgischen Zivilgesetzbuchs bedeutet tatsächlich, dass der Schuldner, wenn Eigentümer und Schuldner verschiedene Personen sind, von der Leistungspflicht befreit wird, was völlig ungerechtfertigt ist und einen unmittelbaren Widerspruch mit der Systematik des Hypothekenrechts aufzeigt.<sup>50</sup>

Wie wir schon oben erwähnt haben, kann daher nur das einzig legitime Verständnis und die einzige Lesart des Art. 301 I<sup>1</sup> des georgischen Zivilgesetzbuchs darin bestehen, nämlich nur darin, was dort vorgeschrieben ist: Wenn der Hypothekengläubiger mit einer Klage (oder aufgrund einer von einem Notar ausgestellten Vollstreckungsurkunde (Art. 300 III) nur die Verwertung des Hypothekengegenstandes verlangt oder wenn er nach Vereinbarung mit dem Eigentümer gemäß Art. 302 ff. des georgischen Zivilgesetzbuchs zur Versteigerung bringt, so gilt nach der Verwertung des Gegenstandes in dieser Form die gesicherte Forderung als befriedigt (es sei denn, die Parteien haben etwas anderes vereinbart).<sup>51</sup> Art. d301 I<sup>1</sup> des georgischen Zivilgesetzbuchs entzieht ihm jedoch nicht das Recht, neben der Verwertung des Hypothekengegenstandes, zu fordern, dass die gesicherte Forderung aus dem gesamten Vermögen des Schuldners zu verlangen.<sup>52</sup>

Die vermögensrechtliche Haftung ist unbegrenzt und sie stellt die „Kehrseite der Medaille“ der Vertragsfreiheit dar.<sup>53</sup> Daran wird auch die Begründung einer Hypothek nichts ändern<sup>54</sup> und es ist auch gar nicht vorstellbar, warum sie sich ändern sollte. Die Hypothek ist ein Sicherungsmittel und kein Mittel zur Begrenzung der Verbindlichkeit, sie soll die Position des Gläubigers zusätzlich stärken und nicht – im Gegenteil

2014 des Berufungsgerichts von Tbilissi, Aktenzeichen: № 28/223-14; die Sache ist offen gelassen worden: der Beschluss vom 29. Juni 2015 des Kassationsgerichts von Georgien, Aktenzeichen: № 16-906-868-2014.

<sup>47</sup> *Rusiashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 2, Chanturia (Red.), 2017, Art. 301 Rn. 17.; Vgl. im Fall des Pfandrechts bezüglich der parallelen Problematik, sollte der gleiche Fall aufgezeigt werden: *Rusiashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 2, Chanturia (Red.), 2017, Art. 276 Rn. 8 ff.

<sup>48</sup> Der Beschluss des Berufungsgerichts von Tbilisi vom 2. Juli 2013, Aktenzeichen: № 28/518-13 (4.2.).

<sup>49</sup> *Rusiashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 2, Chanturia (Red.), 2017, Art. 301 Rn. 18.

<sup>50</sup> *Rusiashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 2, Chanturia (Red.), 2017, Art. 301 Rn. 18.

<sup>51</sup> *Rusiashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 2, Chanturia (Red.), 2017, Art. 301 Rn. 19.

<sup>52</sup> *Chanturia*, das Recht der Kreditsicherung, Tbilisi, 2012, 118; *Rusiashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 2, Chanturia (Red.), 2017, Art. 301 Rn. 19.

<sup>53</sup> *Braun/Schultheiß*, Grundfälle zu Hypothek und Grundschuld, JuS 2013, 871 Anm. 6.

<sup>54</sup> *Braun/Schultheiß*, Grundfälle zu Hypothek und Grundschuld, JuS 2013, 871.

– entkräften. Diese Art von Abweichung des Zwecks des Hypothekeninstituts wird zum ersten Mal in Georgien während der zweieinhalbtausend Jahre seines Bestehens verzeichnet.

Aber dass die oben erwähnte Entscheidung als absurd eingestuft werden kann, kann man darin sehen, dass das Gericht mit dieser Entscheidung nicht nur Art. 301 des georgischen Zivilgesetzbuchs *contra legem* ausgelegt hat und festgestellt hat, dass der Hypothekengläubiger von Anfang an nicht die Vollstreckung auf das gesamte Vermögen des Schuldners fordern könne, sondern festgestellt hat, dass die entgegenstehende Vereinbarung, deren Möglichkeit ausdrücklich diese Regelung vorgesehen hatte, nicht in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffen werden könnte. Das Ergebnis des Fortbestehens dieser Entscheidung wird das Einzige sein: Die Bank und im Allgemeinen alle Hypothekengläubiger werden dann als Gegenstand der Hypothek verlangen, dessen Wert um ein vielfach höher ist, als der Wert der Forderung und dem wird sich das Gericht mit keinem Instrument entgegenstellen können, weil selbst das Gericht den Gläubigern keine andere Auswahl gelassen hat. Dies wird anschließend nur den Schuldnern schaden und hat weitaus schmerzhaftere Folgen für sie als eine Zwangsvollstreckung in Bezug auf die Hypothek und die restlichen Vermögen gleichzeitig, wenn der Vollstreckungsbeamter den liquidesten Versteigerungsgegenstand auswählen kann (siehe oben).

### **VII. Unmöglichkeit der Widersprüchlichkeit mit dem gesetzlichen Leitbild der Bedingung in Bezug auf die Ausübung des Rechts**

Die beiden vom Gericht für nichtig erklärten Allgemeinen Geschäftsbedingungen betrafen nicht das materielle Recht, sondern die Art und Weise der Umsetzung des bereits festgestellten materiellen Rechts, die das Gericht für rechtlich wirksam und in jeder Hinsicht unproblematisch gehalten hat.

Was wir zunächst einmal in diesem Zusammenhang zu wiederholen haben, ist, dass es unmöglich ist, dass die Bedingung, die im Gesetz niedergelegt ist, mit dem gesetzlichen Leitbild nicht vereinbar ist. Das heißt,

dass das Gericht dem Kläger unkompliziert hätte erklären müssen, dass es unmöglich ist, dass das Gesetz mit sich selbst unvereinbar ist, und dass die Bedingung, die das Gesetz direkt vorsieht, nicht von dem gesetzlichen Leitbild abweichen kann, denn das gesetzliche Leitbild ist eindeutig dieses Gesetz selbst. Folglich hätte das Gericht der Klage nicht stattgeben dürfen. Stattdessen hat das Gericht unter unverständlicher Logik und mit Mechanismen gearbeitet, um diese Bedingung trotzdem als unwirksam zu erklären. Wie bereits erwähnt wurde, gibt es bei den Banken keine besondere Beschränkung hinsichtlich der Verwendung von Sicherheiten. Die Bank kann ihre vorherrschende Stellung bei der Bestimmung eines gesonderten bankvertraglichen materiellen Rechts geltend machen, aber wenn dieses materielle Recht wirksam ist, kann die Vereinbarung über die Art und Weise ihrer Umsetzung auch unter normalen Bedingungen nicht außer Kraft gesetzt werden, und dies gilt tatsächlich sowohl für Bank- als auch für Nichtbankbeziehungen: die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die Regel aufstellt, dass nur das zulässige materielle Recht (Verantwortung mit dem gesamten Vermögen, unverzügliche Vollstreckung) ausgeübt wird, kann grundsätzlich nicht unwirksam sein, wenn dieses anfängliche materielle Recht (Vereinbarung darüber) nicht entkräftet wird, was durch die deutsche Praxis bestätigt wird, wo das gegenteilige Beispiel einfach nicht zu finden ist.

Es ist eine elementare Rechtsregel, dass alle wirksamen Rechte durch alle gesetzlich vorgeschriebenen zulässigen Mechanismen ausgeübt werden müssen und sie nicht im Widerspruch zum gesetzlichen Leitbild, den Erwartungen der Parteien usw. stehen dürfen. Wenn es tatsächlich die Vereinbarung zur Ausübung des Rechts innerhalb des durch den Inhalt des materiellen Rechts vorgegebenen Rahmens bleiben wird, kann es sich nicht um eine unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung handeln. Über die Unwirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen lässt sich in dem Fall z. B. nachdenken, in dem die Bank den Kunden aufgefordert hat, drei Jahre lang unentgeltlich zugunsten der Bank zu arbeiten, als eine Art der „Rückzahlung“ des Darlehens, das der Kunde von der Bank aufgenommen hatte. Dies ist aber keine Regel für die

Ausübung eines materiellen Rechts mehr – eine Kreditanfrage – sondern eine Vereinbarung über das neue materielle Recht, das die gesetzlich aufgestellte Regel für die Ausübung des Rechts ersetzt. Alle oben genannten Beispiele aus der deutschen Praxis belegen dies.

Der häufigste Fall der Nichtigkeit einer materiellen Vereinbarung über die Hypothek ist es z. B. die Forderung nach „überschüssigen Sicherheiten“, wenn der Wert des Hypothekengegenstands mehrfach um den Forderungsbetrag übersteigt. Eine solche Vereinbarung aber ist nichtig, weil sie sittenwidrig ist und nicht deswegen, weil sie in Form der Allgemeinen Geschäftsbedingung dargestellt war und das spezifische Risiko wegen ihrer Vereinheitlichung beinhaltet. Die Sittenwidrigkeit einer Hypothek ist kein Problem der Vereinheitlichung der Allgemeinen Geschäftsbedingung. Die Vereinheitlichung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen besteht darin, dass ein Vertragspartner „klardenkend“ unter Einsatz unbegrenzter Zeit oder intellektueller Ressourcen diese Bedingungen einseitig zur Disposition stellt und die andere Vertragspartei über keine Ressourcen verfügt, um sie zu verstehen. Es kann sein, dass die andere Vertragspartei für die Allgemeine Geschäftsbedingung nicht vorbereitet ist. Aber mit der Wirkung der Unvorbereitetheit wird das materielle Recht gekennzeichnet und nicht die Art und Weise seiner Umsetzung. Da jeder Schuldner weiß, dass er die Forderung des Gläubigers befriedigen muss und falls diese Forderung besteht, ist sie auch vollstreckbar, d. h., wenn er den materiellen Rechtsinhalt erfüllt hat, ist es absurd anzugeben, dass er nicht der Meinung war, dass er aufgrund dieses Inhalts tatsächlich verantwortlich sein würde und das Geld, das er als Kredit aufgenommen hat, auch tatsächlich zurückzahlen müsste.

Das Beispiel, das sich dem vorliegenden Fall ganz annähert und das in der deutschen Praxis gefunden

werden kann, ist Folgendes: die Allgemeine Geschäftsbedingung eines Hypothekenvertrags sah die Regelung über die Sicherung „aller Forderungen aus dem Darlehensverhältnis“ vor. Aufgrund bestimmter Probleme wurde der Gesamtbetrag des Darlehens nicht an den Kreditnehmer überwiesen,<sup>55</sup> nachdem der Kreditnehmer sich verweigert hat, den Kredit abzurufen. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Vertrags war auch „die Strafe für die Nichtannahme des Darlehens“ vorgeschrieben. Die Bank war der Ansicht, dass diese letztgenannte Forderung gesichert war, indem sie den ehemaligen Kreditnehmer verpflichtete, die Zwangsvollstreckung auf dem Grundstück zu dulden (Art. 286, 301 GZGB). Das Gericht<sup>56</sup> hat der Klage, die die Bank eingereicht hatte, nicht stattgegeben: Auch wenn "alle" Forderungen durch die Hypothek gesichert werden sollten, war die Voraussetzung für diese Sicherung natürlich die Überweisung des Darlehensbetrages - ohne Entstehung der Darlehensverpflichtung könnte keine gesicherte Forderung aus dem Darlehensverhältnis existieren. Aber auch hier gab es eigentlich das Problem im materiellen Recht, das eine Strafe für den Fall vorgesehen hatte, wenn über die Nichtannahme die Hypothek gelten würde usw. Daher ist es auch ohne die Nennung dieser Beispiele klar, dass die in der Allgemeinen Geschäftsbedingung festgelegte Regel, deren Inhalt sich nur auf die Regelung der Ausübung eines materiellen Rechts beschränkt, nicht außer Kraft gesetzt werden kann, wenn dieses materielle Recht selbst nicht durch ein Problem gekennzeichnet ist, insbesondere wenn diese Regel der Ausübung selbst im Gesetz verankert ist. Wir haben dies jedoch bereits mehrfach erwähnt und werden wir hier darüber nicht wiederholt diskutieren.

Gerade deshalb bestreiten die Deutschen nicht einmal die Wirksamkeit der unverzüglichen Vollstreckung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und halten sie für völlig akzeptabel, gleichgültig ob es sich um einen Bankvertrag oder einen anderen Vertrag handelt.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Ohne die Vertragsverletzung durch die Bank, da sie das Recht hatte, weniger als versprochen zu übergeben, wenn das Gutachten des Experten bestätigen würde, dass der Wert der hypothekarisch belasteten Wohnung die Kreditsumme nicht decken konnte.

<sup>56</sup> OLG Celle WM 1987, 1485, ist zitiert: *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch 3, Chanturia (Red.), 2019, Art. 345 Rn. 14.

<sup>57</sup> *Rusiashvili/Bigvava/Batiashvili*, die Verfassungsmäßigkeit der unverzüglichen Vollstreckung, *Deutsch-Georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 11/2021, 111; *MüKoBGB/Wurmnest BGB* § 307 Rn. 9.

## VII. Unverzügliche Vollstreckungsanordnung als Ermessen des Gerichts

Unter anderem ist die Bedingung über die unverzügliche Vollstreckung deswegen für den Kunden unschädlich, weil sie ohne Mitwirkung des Gerichts keinen eigenständigen Regelungsgehalt hat. Sie kann nicht gem. Art. 346 des georgischen Zivilgesetzbuchs für unwirksam erklärt werden, weil deren Verwendung bzw. Nichtverwendung *in casu* im freien Ermessen des Gerichts liegt, das den konkreten Fall lösen soll und deren Verwendung erst dann zulässig ist, wenn der Kläger den Schaden im Voraus sichert, der dem Beklagten zugefügt werden könnte. Das Gericht, das den konkreten Fall beurteilt, kann feststellen, dass keine tatsächlichen Umstände dafür vorhanden sind, die die unverzügliche Vollstreckung rechtfertigen würde, dass die Durchsetzung des Anspruchs nicht gefährdet ist und es ihm freisteht, zu einem endgültigen Urteil zu gelangen. Wenn aber die Vollstreckung wirklich gefährdet wird, zu sagen, dass der Gläubiger dieses Risiko tragen soll, weil die unverzügliche Vollstreckung als Allgemeine Geschäftsbedingung und nicht als Individualvereinbarung in den Vertrag aufgenommen wurde, stellt im Gegenteil ein treuwidriges Verhalten dar. Auch hier ergibt sich die Absurdität, dass das Gericht es für zulässig hält, die Interessen dieses Schuldners zu schützen, der glaubte, das Recht zu haben, das Vermögen zwischen den Entscheidungen der ersten und letzten Instanzen zu verstecken, und sich dieses Recht aufgrund der Allgemeinen Geschäftsbedingung der anderen Vertragspartei als verloren erweist und ihm damit ein unzulässiger Schaden wider Treu und Glauben zugeführt wird. Damit wir es einfacher erklären können: Wenn der Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingung durch die Allgemeine Geschäftsbedingung der anderen Vertragspartei beispielsweise das Rücktrittsrecht ausschließt – hier sind dem Gericht aufgrund der materiell-rechtlichen Wirkung dieser Vereinbarung die Hände gebunden – muss er diese Bedingung entweder für nichtig erklären oder der Kunde kann vom Vertrag nicht zurücktreten, gleichgültig ob die einschlägigen Voraussetzungen vorliegen. Aber die unverzügliche Vollstreckung, deren Ergebnis das Gericht nach eigenem Ermessen hat, verursacht keine Verbindlichkeit und ihre Nichtigkeit gleicht eher einem

Versuch, den Beklagten vor dem Gericht selbst zu schützen – das Gericht befürchtet, dass, wenn diese Bedingung in Kraft bleibt, sie "versehentlich" verwendet wird.

## VIII. Berufung gegen die Ablehnung der unverzüglichen Vollstreckung durch die Beschwerde in der Berufungsinstanz

Die Bank als Kläger hat mit der Berufung nicht nur gegen die Unwirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingung über die Vollstreckung des gesamten Vermögens, sondern auch gegen die Unwirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingung über die unverzügliche Vollstreckung protestiert. Das Berufungsgericht hat den zweiten Teil der Klage ohne sachliche Begründung verweigert und darauf hingewiesen, dass die Ablehnung über die unverzügliche Vollstreckung im Rahmen einer Beschwerde angefochten werden sollte. Diese Begründung verstößt jedoch gegen das Gesetz, weil das erstinstanzliche Gericht von Tiflis über die Unwirksamkeit der zwischen der Bank und den Kunden bestehender Vereinbarung (die sich auf die unverzügliche Vollstreckung der Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts von Tiflis bezogen war) geurteilt hat und sie durch seinen Urteil für ungültig erklärt hat. Dementsprechend ist das Verfahren zur Berufung gegen die Entscheidung durch die Prozessordnung genau festgelegt und die Entscheidung kann nicht durch eine Beschwerde angefochten werden. In Art. 270 der Zivilprozessordnung ist eindeutig vorgeschrieben, dass die Entscheidung über die unverzügliche Vollstreckung durch die Beschwerde angefochten werden kann und nach der Regel der Klage kann die Entscheidung über die Unwirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingung des Vertrags angefochten werden. Hätte umgekehrt die Bank selbst eine Beschwerde gegen diese unverzügliche Vollstreckung eingereicht, hätte das Berufungsgericht diese Beschwerde mit der Feststellung zurückweisen müssen, dass sie Teil des Sachurteils sei und nur zusammen mit diesem Sachurteil angefochten werden könne. Nur dieses verfahrenstechnische Moment hätte dem Berufungsgericht auffallen müssen, um einen solchen Fehler nicht zu begehen.

Inhaltlich gesehen, handelt es sich hier um ein völliges Missverständnis. Das Gericht hat der Bank die unverzügliche Zwangsvollstreckung verweigert, nicht weil dafür keine tatsächlichen Voraussetzungen nach Art. 268 g) des georgischen Zivilgesetzbuches vorliegen, sondern weil diese Vereinbarung überhaupt nicht rechtlich wirksam war und eine nichtige Allgemeine Geschäftsbedingung gemäß Art. 346 des georgischen Zivilgesetzbuches darstellte. Es liegt bereits in diesem Fall eine Sachentscheidung vor, die das Gericht nicht auf die prozessuale, sondern auf die materielle Rechtsnorm sowie die Nichtigkeit der zweiten Allgemeinen Geschäftsbedingung gestützt hat. Es ist interessant, warum der Kläger, wenn er diese wesentliche materiell-rechtliche Begründung mit einer Beschwerde anfechten müsste, dann nicht die Unwirksamkeit der zweiten Bedingung und der gesamten Entscheidung zum Gegenstand einer Beschwerde umwandeln könnte, und dazu es nötig war, eine Beschwerde einzureichen?

Die Funktion und das Wesen einer Beschwerde besteht darin, dass durch sie die zusätzliche Entscheidung angefochten wird, die von der Sachentscheidung getrennt werden kann und ein Gegenstand einer separaten Beurteilung werden kann, so dass sie keinen Einfluss auf den wesentlichen Teil der Sache hat.<sup>58</sup> Ohne es zu einzusehen, hat das Gericht zusammen mit den oben verworfenen elementaren Grundsätzen des materiellen Rechts diese Ausgangsregel des Verfahrensrechts missachtet.

### IX. Schlussfolgerung

Alle Überlegungen, die oben aufgezeigt wurden, lassen folgende Schlussfolgerungen zu: Das Gericht verwechselte die Kontrolle über die Form (der Einbeziehung in den Vertrag) und den Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und hat schließlich eine Entscheidung getroffen, die völlig unbegründet ist. Tatsächlich war in diesem Fall sowohl die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingung in den Vertrag als auch die Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unproblematisch. Der Beklagte

hat die Bedingung durch seine Unterschrift an vier verschiedenen Stellen akzeptiert. Außerdem hatte die Bank die Bedingungen zuvor auf ihrer Website veröffentlicht und damit waren die Vertragsbedingungen öffentlich einsehbar und für jedes Rechtssubjekt verfügbar gemacht worden.

Was die Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen betrifft, so ist hier der Hinweis des Gerichts auf der überraschenden Klausel völlig unverständlich. Ob eine Klausel überraschend ist, ist für die Beurteilung entscheidend, wie nahe die Allgemeine Geschäftsbedingung am gesetzlichen Leitbild liegt. In dem gegebenen Fall lag die Allgemeine Geschäftsbedingung nicht nur nahe zum gesetzlichen Leitbild, sondern sie wiederholte direkt das in Art. 301 des georgischen Zivilgesetzbuches explizit festgelegte Recht, über die Feststellung der anderen Bestimmung, die die Parteien vereinbart hatten. Dass der Kreditnehmer den Kredit zurückzahlen muss und dafür die Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu dulden sein kann, kommt für einen objektiven Beteiligten am Zivilverkehr nicht unerwartet. Eine Hypothek ist ein Sicherungsmittel und kein Mittel zur Begrenzung der Verbindlichkeit, sie soll die Position des Gläubigers zusätzlich stärken und nicht – im Gegenteil – entkräften.

Zu Art. 301 I<sup>1</sup> des georgischen Zivilgesetzbuches ist anzumerken, dass er das Verbot der Wiederaufnahme des Vollstreckungsverfahrens auf das gesamte Vermögen erst nach Verwertung des Hypothekengegenstands feststellt (siehe oben). Und das wird auch nur in dem Fall festgestellt, in dem die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Vom Beginn der Vollstreckungsumfangs bis zum Verkauf des Hypothekengegenstands steht eine Beschränkung auf diesen Gegenstand nicht nur im direkten Widerspruch zum wörtlichen Verständnis der Norm, sondern auch insgesamt zum Wesen der Hypothek.

Was die Unterwerfung unter die unverzügliche Vollstreckung betrifft, hat das Gericht auch diese Allgemeine Geschäftsbedingung deswegen für unwirksam erklärt, weil sie eine Allgemeine Geschäftsbedingung darstellte. Es gab keine andere Begründung in

<sup>58</sup> MüKoZPO/Hamdorf, 6. Aufl. 2020, ZPO § 567 Rn. 1, 2.

diesem Zusammenhang und hätte auch nicht geben können. Die Gesetzgebung lässt eine Vereinbarung über die unverzügliche Vollstreckung zu und es spielt gar keine Rolle, ob das in Form einer Allgemeine Geschäftsbedingung vereinbart wird.

Die Entscheidung des Gerichts, durch die die Vereinbarung der Parteien über die unverzügliche Vollstreckung für ungültig erklärt wurde, wurde zusammen mit der Beschwerde ebenfalls ordnungsgemäß angefochten. Das erstinstanzliche Gericht stützte seine Entscheidung nicht auf die Rechtsvorschrift des

Verfahrensrechts, sondern auf die Vorschrift des materiellen Rechts. Hier käme die Anwendung einer Beschwerde nicht in Frage: Das erstinstanzliche Gericht erörterte die Unwirksamkeit der Vereinbarung zwischen der Bank und dem Kunden (die sich auf die unverzügliche Vollstreckung der Entscheidung der ersten Instanz bezog) und hielt sie für nichtig. Dementsprechend ist das Verfahren zur Berufung gegen die Entscheidung durch das Verfahrensrecht genau festgelegt und kann nicht durch eine Beschwerde angefochten werden.

## Stundung der Bankkreditverpflichtungen während der Pandemiezeit – Leistungsunmöglichkeit und Verzug

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Der vorliegende Text behandelt die Stundung der Bankkreditverpflichtungen durch Vereinbarung zwischen der Bank und dem Kreditnehmer während der Pandemiezeit. Die Umstände, die diesem Text zugrunde liegend, sind die folgenden:

Am 2. Juli 2019 wurde zwischen der beklagten Bank und dem Kläger ein Kreditvertrag unterzeichnet, wonach der Kläger bis zum 17. Juli 2023 einen Kredit über 20.000 GEL mit einem jährlichen Zinssatz von 18 % aufnahm. Er musste den Darlehensbetrag zusammen mit den angelaufenen Zinsen in Höhe von GEL 28.532, die gestaffelt in monatlichen Raten zu zahlen waren, an die Bank zurückzahlen. Der monatlich zu zahlende Betrag betrug 588,20 GEL. Aufgrund der Gefahr der Pandemie erhielten die Geschäftsbanken am 31. März 2020 eine Benachrichtigung von der georgischen Nationalbank, als Reaktion auf die Entwicklungen des Coronavirus, dass falls die Geschäftsbank eine Nachfrist für Kredite festlegte, sie die im Dokument angegebenen Bedingungen gemäß einer der Klauseln verwenden musste, bei denen im Falle von Änderungen der Vertragsbedingungen die Unterzeichnung eines zusätzlichen und/oder Änderungsvereinbarung nicht zwingend war. Dasselbe Dokument bestätigt, dass Kunden nicht im Voraus über die geänderten Bedingungen für die Nutzung der Nachfrist informiert werden konnten und nachdem der Zahlungsplan geändert wurde (d. h. nachdem die Partei über die Bedingungen der Änderung im Detail informiert wurde/hätte informiert werden müssen) es möglich war, auf Wunsch

des Kunden zum alten Zahlungsplan zurückzukehren, wenn der Kunde weiterhin Zahlungen nach den alten Bedingungen leistete. Gemäß der Weisung der Nationalbank vom 4. Juni 2020 wurde eine leichte Erhöhung der im ursprünglichen Darlehenszahlungsplan vorgesehenen Zahlungen zugelassen.

Am 17. März und 19. Juni 2020 wurde dem Kläger, dessen Darlehensstundung als Empfänger einer Entschädigung vom Staat gemäß den Weisungen der Nationalbank gewährt wurde, die Zahlung der monatlichen Zinsen zweimal um 3 Monate verschoben. Vor Beginn beider Fristen der Stundung schickte die Bank dem Kläger eine SMS mit folgendem Inhalt: „Die Bank Georgiens teilt Ihnen mit, dass Sie, ohne in die Filiale zu kommen, von einer 3-monatigen Nachfrist für alle Kredite profitieren, die Anzahl der Monate für die Tilgung des Darlehens erhöht sich und der während der tilgungsfreien Zeit zu tilgende Betrag wird auf die aktualisierte Laufzeit verteilt. Die Änderung der Laufzeit wird innerhalb von 3 Tagen in der Mobilbank und Internetbank angezeigt, während dieser Zeit wird der Kreditbetrag nicht abgebucht. Falls Sie diesen Vorteil nicht nutzen möchten, senden Sie eine Antwort auf dieselbe SMS: NOGRACE. Für Details besuchen Sie: <http://bit.ly/info-BoG.0322444444>.“ Die Bank erhielt von ihm keine Antwort bezüglich einer Weigerung, die Nachfrist zu nutzen, woraufhin der Zeitplan für die Rückzahlung des Darlehens in der Internetbank des Kunden angepasst wurde. Der monatlich zu zahlende

---

\* Aus dem Georgischen von *Natali Gogiasvili*.

Betrag hat sich um 8,99 GEL erhöht. Die Gültigkeitsdauer des Kredits wurde auf 45 Monate verlängert. Ursprünglich betrug der zu zahlende Betrag gemäß dem dem Vertrag beigefügten Zeitplan 28.482,45 GEL, und infolge der Änderung belief sich der zu zahlende Betrag auf der Grundlage des Kreditvertrags auf 30.992,54 GEL, wovon die 10.992,54 GEL Zinsen waren. Dementsprechend betrug die Differenz 2510,09 GEL, die auf die Restlaufzeit des Darlehens verteilt wurde.

Der zwischen den Parteien unterzeichnete Kreditvertrag sah vor, dass die Bank die Vertragsbedingungen einseitig ändern konnte, wonach die Bank den Kunden vor 30 Tagen durch SMS benachrichtigen musste, und wenn die Bedingung den Zustand dieses Kunden verschlechterte, hatte er etwas Zeit, diese Bedingung aufzuheben.

Der klagende Darlehensnehmer erhob eine Feststellungsklage und ersuchte um Vorabentscheidung, dass er nicht verpflichtet sei, diesen zusätzlichen Betrag von 2.510 GEL zu zahlen. Er glaubte, dass er während dieser sechs Monate aufgrund der Pandemie, welche die Unmöglichkeit der Leistung verursachte, von der Verpflichtung befreit war, irgendetwas an die Bank zu zahlen. Als Rechtsgrundlage verwies er auf Art. 401 ZGB (ohne Angabe der Rechtsmomente und Erfüllung der Voraussetzungen). Er war der Ansicht, dass die Vereinbarung mit der Bank über die Stundung der monatlichen Zinsen überhaupt nicht zustande gekommen sei – seine Unterlassung auf die SMS der Bank sei nicht darauf zurückzuführen, dass er das Angebot der Bank angenommen habe, sondern – er habe sich selbst nicht in der Verpflichtung gesehen, diese Zinsen zu zahlen und die Bank darüber zu informieren. Darüber hinaus erwähnte er die Gesetzeswidrigkeit dieser Vereinbarung, ohne jedoch die konkrete Grundlage zu nennen. Sowohl die Gerichte der ersten als auch der zweiten Instanz berücksichtigten keines der Argumente des Klägers und ließen die Forderung unbefriedigt.

Der Text befasst sich im Wesentlichen nur mit jenen Sachverhalten, die der Kläger problematisch fand und auf die er seine Feststellungsklage stützte.

## I. Einleitung

Die erste Frage, die sowohl von den Gerichten der ersten als auch der zweiten Instanz richtig erkannt und entschieden wurde, ist die Unmöglichkeit der Leistung – genauer gesagt die Tatsache, dass diese Institution im vorliegenden Fall keine Anwendung finden konnte – eine Geldverpflichtung kann niemals entstehen. Gleichwohl halten wir es für erforderlich, auf dieses „Argument“ des Klägers im Folgenden ausführlich einzugehen, da es zwar in juristischen Diskussionen recht häufig vorkommt, aber dennoch völlig falsch und mit den elementaren Rechtsgrundsätzen unvereinbar ist.

Was Art. 401 ZGB (Verzug zur Erfüllung der Leistung) betrifft, so war hier die Behauptung des Klägers widersprüchlich, weil die Unmöglichkeit zur Befreiung von der Leistungen führt und daher der Verzug zur Erfüllung nicht bestehender Leistung völlig unvorstellbar ist. Der Kläger berief sich hier unmissverständlich auf die (vorübergehende/zeitweilige) Unmöglichkeit mit hauptschuldbefreiender Wirkung – weil er glaubte, dass die Bank in diesem Zeitraum alle Ansprüche ihm gegenüber verloren habe – und nicht auf die unverschuldete Stundung/Verzug (Art. 401 ZGB), die erstmals den primären Anspruch wirksam bestehen lässt und den Schuldner nur von sekundären Ansprüchen (Vertragsstrafe, Verzugszinsen, Schadensersatz usw.) befreit. Aber auch im letzteren Fall wäre seine Argumentation ebenso unbegründet wie bei der Berufung auf die Unmöglichkeit, weil die Nichterfüllung einer Geldverpflichtung unter dem Vorwand des Unvermögens niemals als unschuldiger Verzug angesehen werden kann.<sup>1</sup> Zudem hat der Kläger keinerlei Beweise dafür vorgelegt, dass er tatsächlich keine finanziellen Mittel hatte (Arbeitsplatz, Wohnung etc. verloren). Erst die Ankündigung der Pandemie und die Tatsache, dass er von der Pandemie eine „Staatsentschädigung“ (deren Art nicht näher spezifiziert wird) erhielt, spricht

<sup>1</sup> Unschuldiger Verzug der Geldverpflichtung gilt, wenn der Schuldner ins Koma fällt, die Bank bei der Überweisung einen Fehler machte usw.

noch nicht von seinem Unvermögen zu einem bestimmten Zeitpunkt. Daher würde dieser auch theoretisch unmöglich zu erbringende „Beweis“ (siehe unten) rechtlich nichts ändern, aber zumindest die Argumentation des Klägers geordneter machen. Generell ist die Unmöglichkeit des Verfahrensbeweises im Zusammenhang mit dem Unvermögen auch Ausdruck des Rechtsgrundsatzes „Geld muss der Schuldner haben“, auf das weiter unten näher eingegangen wird (vgl. Fn. 39).

Tatsächlich bestand zwischen der Bank und dem Kläger eine Stundungsvereinbarung des Darlehens, die jede hypothetische Begründung sowohl hinsichtlich der Unmöglichkeit der Leistung als auch des Verzugs ausschloss. Das Gegenargument des Klägers, er habe eine Annahme bezüglich des Angebots der Bank nicht abgegeben, kann nicht berücksichtigt werden, da seinerseits hinsichtlich dieses Angebots Nichtzahlung der monatlichen Zinsen aus Sicht des objektiven Empfängers als stillschweigende Zustimmung und nicht als eine einseitige mit seinen rechtswidrigen Vorstellungen (die Behauptung des Klägers, er sei allgemein von der Zahlung befreit) verursachte Handlung wahrgenommen wurde. Als zusätzliches Argument kann darauf hingewiesen werden, dass der Kläger nach Ablauf dieser sechsmonatigen Nach-/Stundungsfrist Zinsen wie gewohnt weitergezahlt hat, was rückblickend zeigt, dass er gerade wegen dieses Aufschubs nicht gezahlt hat, und nicht wegen der generellen Befreiung von den Verpflichtungen während der Pandemie, denn die Pandemie ging nach diesem halben Jahr mit gleicher Intensität weiter. Nach den Vorgaben der Nationalbank war auch die Erhöhung der Zusatzzinsen für die Stundung von Krediten unbedeutend.

Auf all diese Punkte und für die Lösung des Falls wichtigen rechtlichen Umstände wird im Folgenden ausführlich eingegangen.

## **II. Unmöglichkeit – höhere Gewalt: zwei verschiedene Institutionen**

Das erste Problem, das im gegebenen Fall aufgeworfen wird, ist eher semantischer Natur und gehört zum Bereich der Übersetzung von Begriffen, obwohl

es leicht zu einem inhaltlichen werden kann. Dies ist die Verwendung von „Unmöglichkeit der Leistung“ und „höhere Gewalt“ als Synonyme im georgischen Rechtswörterbuch. Dies sind die Konzepte zweier unterschiedlicher Systeme mit unterschiedlichen Strukturen und rechtlichen Ergebnissen – auch wenn das tatsächliche Ergebnis mehr oder weniger ähnlich ist – und ihre Verwechslung bedeutet, dass die Lösung beider Systeme nicht funktioniert. Darüber hinaus macht die Rezeption des deutschen Rechts im georgischen Recht auch zwingend erforderlich, die Grundkategorien dieser Mutterrechtsordnung zu übertragen, um die das ganze System herum aufgebaut ist.

### **1. „Unmöglichkeit“ im deutschen Recht**

Jeder Vertrag soll erfüllt werden, und wenn er nicht erfüllt wird, soll er zwingend erfüllt werden. Aber manchmal ergibt diese erzwungene Leistung keinen Sinn, weil die Leistung unmöglich ist. Der aus dem römischen Recht bekannte Grundsatz des *impossibilium nulla est obligatio* (es besteht keine Verpflichtung zur unmöglichen Leistung) ist in der einen oder anderen Form noch in allen modernen Rechtsordnungen bekannt, jedoch die Rechtsfolgen, die sich aus der Unmöglichkeit der Leistung ergeben, sind nicht in allen Rechtsordnungen gleich. Die Länder des deutschen Rechtskreises haben sich längst von der Tradition des römischen Rechts verabschiedet und der Unmöglichkeit der Leistung einen ganz anderen Platz im Dogma des Vertragsbruchs eingeräumt.<sup>2</sup>

Die Unmöglichkeit der Leistung ist ein Fall, das die Erfüllung einer Verpflichtung für längere Zeit verhindert oder ganz ausschließt. In den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises ist die Unmöglichkeit eine ebenso gewöhnliche Pflichtverletzung wie jede andere Pflichtverletzung. Zum Beispiel mangelhafte Leistung, Verzug usw.

Heute werden im deutschen Recht viele Arten der Unmöglichkeit der Leistung unterschieden, wie z. B. „subjektive“ und „objektive“, „anfängliche“, „nachträgliche“, „echte“ und „praktische“ Unmöglichkeit

<sup>2</sup> Rusiashvili, Allgemeiner Teil des Schuldrechts, Tiflis 2020, 5.

usw.<sup>3</sup> Alle diese Varianten der Unmöglichkeit sind in § 275 BGB geregelt.

Das deutsche System wird auch als „zweistufiges“ System bezeichnet,<sup>4</sup> da hier die Frage der Schuldnerhaftung in zwei Teilen geprüft wird. Insbesondere entbindet zwar der Eintritt der Unmöglichkeit im ersten Stadium den Schuldner von der Pflicht zum primären Anspruch (§ 275 BGB), ohne dass hieraus eine generelle Haftungsfreistellung folgt. In der zweiten Stufe wird die Haftungsfrage (sekundäre Ansprüche) geklärt. Da der Eintritt der Unmöglichkeit jedenfalls als Pflichtverletzung anzusehen ist, haftet der Schuldner, wenn er diese zu vertreten hat oder eine Garantie übernommen hat.<sup>5</sup>

## 2. Höhere Gewalt im französischen Recht

Der deutschen Lösung steht im Allgemeinen das Modell der französischen und römischen Länder gegenüber, das auf der Tradition des römischen Rechts beruht – die Unmöglichkeit, die in diesen Rechtsordnungen als höhere Gewalt (*force majeure*) bezeichnet wird, ist die Grenze der Leistungserbringung, ab der Leistung nicht mehr verlangt werden kann.<sup>6</sup> Das heißt, höhere Gewalt ist kein leistungsbefreiendes Ereignis, sondern ein Ereignis, für das die Leistungspflicht von vornherein nicht gilt und dessen Eintritt natürlich nicht als Pflichtverletzung oder als Grundlage für eine Verantwortlichkeit des Schuldners angesehen werden kann in irgendeiner Weise. Somit treffen bei Eintritt höherer Gewalt weder die primäre noch sekundäre Leistungspflichten (Schadensersatz, Vertragsstrafe, Rücktritt von der Gläubigerseite usw.<sup>7</sup>) auf den Schuldner zu. Deshalb wird diese Lösung als „einstufiges System“ bezeichnet.<sup>8</sup> Die Leistungspflicht selbst besteht theoretisch weiter – im französischen System kann die einmal geschaffene Verpflichtung nicht beseitigt werden –, aber in Form höherer Gewalt stößt sie an ihre

objektive Grenze und „friert ein“ (sie kann nicht umgesetzt werden).

Aufgrund dieses wesentlichen Unterschieds sind natürlich Struktur und Voraussetzungen der französischen höheren Gewalt völlig andere als die deutsche „Unmöglichkeit“, weshalb eine Übertragung auf die georgische Rechtsordnung nicht möglich ist. Bei höherer Gewalt wird sowohl Verschulden des Schuldners (seine Abwesenheit) als auch die Risikoverteilung berechnet. In Frankreich liegt keine durch Schuldnerverschulden verursachte höhere Gewalt vor, während im deutschen System auch die durch Schuldnerverschulden verursachte Unmöglichkeit eine gewöhnliche Unmöglichkeit ist und die Leistungspflicht aufhebt. Im Gegensatz dazu sind höhere Gewalt und Verschulden in Frankreich sich gegenseitig ausschließende Kategorien.<sup>9</sup> Aber nicht nur das Verschulden, sondern auch die Realisierung der Gefahr, die aus der Sphäre des Schuldners kommt, schließt den Eintritt höherer Gewalt aus. Folglich sind die Voraussetzungen für französische höhere Gewalt folgende: Der Umstand muss unvermeidbar/unvorhersehbar, unerwartet sein und darf nicht in die Sphäre des Schuldners gehören (muss äußerer Natur sein).<sup>10</sup> Die Verwirklichung der aus der Sphäre des Schuldners stammenden Gefahr gilt auch dann nicht als höhere Gewalt, wenn diese Gefahr nicht erkennbar ist.

Die Unfähigkeit des Hotelpersonals, den Angreifern angesichts einer bereits realisierten Bedrohung Widerstand zu leisten, stellt nach Ansicht des französischen Kassationsgerichtshofs<sup>11</sup> keinen Umstand höherer Gewalt dar, wenn die Bedrohung vorhersehbar und vermeidbar war. Ein Feuer ist kein unerwarteter Umstand für eine Bank, bei der Kunden Geld und Wertsachen deponieren, und sie sollte einen alternativen Zugang zu Tresoren bereithalten.<sup>12</sup> Wenn das Unternehmen seine Verpflichtungen aufgrund des

<sup>3</sup> Mehr dazu *Rusiashvili*, Allgemeiner Teil des Schuldrechts, Tiflis 2020, 5 ff.

<sup>4</sup> *Sirdadze*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, 59.

<sup>5</sup> *Sirdadze*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, 59.

<sup>6</sup> *Rusiashvili*, Schuldrecht (oben, Fn. 1), 6.

<sup>7</sup> *Maskow*, Hardship and Force Majeure, *The American Journal of Comparative Law* (ASCL) 40/3 (1992), 665; *Sirdadze*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, 59; *Rusiashvili*, Schuldrecht (oben, Fn. 1), 50.

<sup>8</sup> *Sirdadze*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, 59.

<sup>9</sup> *Rusiashvili*, Schuldrecht (oben, Fn. 1), 52; *Sirdadze*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, 59.

<sup>10</sup> *Rusiashvili*, Schuldrecht (oben, Fn. 1), 52; *Sirdadze*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, 58.

<sup>11</sup> Cass. civ. Ire, 9.03.1994 (Bull. civ. I.91); siehe. *Rusiashvili*, Schuldrecht (oben, Fn. 1), 52.

<sup>12</sup> Cass. com., 11. 10. 2005 (Bull. civ. 2005, IV, Nr. 206, 222 sq.; JCP 2005, IV, 2078); *Rusiashvili*, Schuldrecht (oben, Fn. 1), 54.

Streiks seiner Mitarbeiter nicht erfüllen kann, gilt dies nicht als höhere Gewalt, wenn nur die Mitarbeiter dieses Unternehmens streikten und dieser Streik nicht allgemeiner Natur war, – ein Streik nur seiner eigenen Arbeitnehmer gehört nur zum Risikobereich des Unternehmens, auch wenn es für dieses völlig unerwartet und unvorhergesehen war.<sup>13</sup>

Auch das angloamerikanische Recht übernimmt dieses französische einstufige System<sup>14</sup> mit geringfügigen Abweichungen, die für den gegebenen Kontext unbedeutend sind.

### 3. Unmöglichkeit im georgischen Recht

Auch wenn der georgische Gesetzgeber aus nicht nachvollziehbaren Gründen<sup>15</sup> keine dem § 275 BGB entsprechende Norm geschaffen hat, ist die Übertragung des deutschen Unmöglichkeitsbegriffs unvermeidlich und alternativlos. Es ist der systematische Ersteller des Schuldrechts, das in allen anderen Teilen des nach deutschem Vorbild geschaffenen Schuldrechts alternativlos sein kann. Die einstufige Kategorie der höheren Gewalt, also die einstufige Befreiung sowohl von der Leistungs- als auch von der Schadensersatzpflicht, lässt Art. 394 und 404 ZGB – Verschuldenshaftung – außer Betracht. Im einstufigen System bleibt die Frage nach sekundären Rechten wie Rücktritt (Art. 405 ZGB) oder Preisminderung (Art. 492 ZGB) usw. unklar.<sup>16</sup> Diese Liste lässt sich beliebig fortführen.<sup>17</sup>

In der georgischen Rechtsliteratur wird nicht selten Art. 91 I ZGB oder Art. 401 ZGB als normative Grundlage der Unmöglichkeit angeführt. Letztere wurde vorliegend auch vom Kläger in seiner Klage wiederholt. Tatsächlich hat weder die eine noch die andere Norm

keinen geringsten Zusammenhang mit der Unmöglichkeit der Leistung. Die erste bezieht sich auf die Unmöglichkeit der Erfüllung der Bedingung und nicht auf die Unmöglichkeit der Leistung im Falle eines Vorbehaltsgeschäfts, und die zweite auf den Fall, wenn die Erfüllung möglich ist und der Schuldner sie verzögert, sie ist aber nicht durch sein Verschulden verursacht hat und daher nicht als überfällig gilt. Die Überschrift des Art. 401 ZGB ist zwar verwirrend formuliert<sup>18</sup>, jedoch geht aus der Normbestimmung hervor, dass es sich um einen (ausschließlichen) Verzug handelt und man nur von einem Verzug sprechen kann, wenn die Leistung noch möglich ist, andernfalls entfällt die Verpflichtung vollständig und die Verpflichtung wird überfällig, die nicht mehr besteht. Aus diesem Grund schließen sich einerseits die Berufung des Klägers auf die Unmöglichkeit der Leistung und andererseits der Verweis auf Art. 401 ZGB zur Begründung seines Standpunkts gegenseitig aus und wurden vom Gericht nicht berücksichtigt.

### III. Unzulässigkeit der Unmöglichkeit und Lehre von der höheren Gewalt bei Geldleistung

Der Hauptfehler in der Argumentation des Klägers bestand darin, dass sie die Lehre von der Unmöglichkeit oder höheren Gewalt (die sie fälschlicherweise gleichsetzt) auf die Geldleistung ausdehnt. Dies ist eine absurde Annahme, die jedoch in Georgien immer noch in verschiedenen Arten von Rechtsstreitigkeiten auftritt, und deshalb ist es notwendig, sie endgültig und eindeutig zu beantworten.

Unabhängig davon, ob wir uns der Unmöglichkeitsdogmatik des deutschen Rechtskreises (die die einzig gültige Lösung ist!) oder der französischen und englischen Doktrin der höheren

<sup>13</sup> Cass. civ. Ire, 24.01.1995 (D.1995.237; *Rusiashvili*, Schuldrecht (oben, Fn. 1), 53.

<sup>14</sup> *Maskow*, Hardship and Force Majeure, *The American Journal of Comparative Law* (ASCL) 40/3 (1992), 665; *Rusiashvili*, Schuldrecht (oben, Fn. 1), 54, Vgl. auch *Rusiashvili*, Schuldrecht (oben, Fn. 1), 59.

<sup>15</sup> Der wahrscheinlichste Grund ist folgender: eine Fassung des deutschen Schuldrechtsreformvorschlags (siehe Bandliste Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts unter dem Link: <https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/item/YGZ6UYR4UX2ZC3F6HHEJTV2VKT2R2PA>)

ist zwar ein Hinweis darauf enthalten, dass die Unmöglichkeit der Leistung keiner besonderen Norm bedarf, da deren Rechtsfolgen bereits ganz klar sind. Vermutlich hat sich der georgische Gesetzgeber bei der Schaffung des allgemeinen Teils des Schuldrechts des ZGB an dieser Fassung orientiert.

<sup>16</sup> *Sirdadze*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1/2019, 60.

<sup>17</sup> Mehr dazu *Sirdadze*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1/2019, 60 ff.

<sup>18</sup> Schuld daran dürfte die Ungenauigkeit bei der Übersetzung der ursprünglich auf Deutsch erstellten ZGB ins Georgische sein.

Gewalt anschließen, eine Geldleistung kann niemals unmöglich werden (dazu ist es notwendig, dass Geld ganz verschwindet) und Unvermögen aus welchen Gründen auch immer, kann niemals als höhere Gewalt gelten (in Ländern, in denen diese Doktrin gilt), weil die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ein Beispiel für das archetypische Risiko ist, das zu seinem Bereich gehört.<sup>19</sup>

In allen entwickelten Rechtsordnungen, seit dem römischen Recht, gilt der Grundsatz: „Der Schuldner muss Geld haben (auch wenn er es nicht hat)“<sup>20</sup>. Ausgangspunkt und elementare Regel der Privatautonomie ist, dass der Schuldner stets für seine finanziellen Möglichkeiten selbst verantwortlich ist – die Parteien tragen die aus ihrer Sphäre entstehenden Risiken und tragen diese stets. Ohne diese Annahme kann der zivilrechtliche Verkehr nicht funktionieren. Kann der Beteiligte der zivilrechtlichen Verhältnisse nur deshalb von der Verpflichtung befreit werden, weil er mit oder ohne Verschulden Geld verloren hat, ergibt es keinen Sinn, mit ihm in dieses Verhältnis einzutreten. Daher ist die Geldleistung unbeschränkt – die Geldforderung bleibt bestehen, unabhängig davon, ob der Schuldner in der Lage ist, sie zu erfüllen oder nicht, und was diese Unmöglichkeit verursacht hat<sup>21</sup>. Ohne diese Tatsache wird es unmöglich, eine Vermögenshaftung aufzuerlegen.<sup>22</sup>

Das Dogma der unbeschränkten Vermögenshaftung, d. h. die Tatsache, dass der Schuldner kein Geld hat, entbindet ihn nicht von seinen Verpflichtungen (im Gegensatz zum Beispiel zur Vernichtung eines Stückgegenstandes) und das zeigt sich am deutlichsten an der Existenz von Zweigen wie dem Vollstreckungsrecht und dem Konkursrecht.<sup>23</sup> Der Kern beider Bereiche ist die unbeschränkte Vermögens-/Geldhaftung. Insbesondere gilt folgender Grundsatz: Wenn der Schuldner eine Geldschuld hat und statt Geld anderes Vermögen besitzt, zum Beispiel ein Haus, ein Auto usw. können diese Dinge nach dem entsprechenden Verfahren in Geld umgewandelt werden, und mit diesem Geld können seine Schulden beglichen werden. Das heißt, diese beiden Bereiche dienen dem Zweck, dass die Geldschuld immer vollstreckbar sein muss, solange der Schuldner über ein Vermögen verfügt – Geld ist das universelle Substrat, das dafür sorgt, dass es im zivilrechtlichen Verkehr zumindest durch Surrogation/sekundäre Leistungspflichten keine unerfüllten Pflichten gibt. Vernichtet der Schuldner schuldhaft das an den Gläubiger zu übergebende Auto, so wird diese seine Hauptpflicht in eine Geldleistung (Schadensersatz) umgewandelt, und wenn er kein Geld hat, wird sein Haus in der Vollstreckungsphase in Geld umgewandelt und durch diese doppelte Surrogation wird seine primäre Leistung erfüllt – wenn der Schuldner das Auto dem Gläubiger aufgrund eines Verschuldens nicht mehr zu übergeben hat, wird die Verpflichtung zur Übergabe des Autos auf der Stufe

<sup>19</sup> *Sirdadze*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, 62; *Honsell*, Vier Rechtsfragen des Geldes, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag (2007), Bd. 1, 464.

<sup>20</sup> *Sirdadze*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, 62 und die dort angegebene Literatur;; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil, 14. Aufl., München 1987, § 12 III (168); *Medicus*, „Geld muß man haben“: Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, AcP 188 (1988), 489; *Heinrichs*, in Palandt BGB Kommentar, 73. Aufl. 2014, § 276 Rn. 28.

<sup>21</sup> *Sirdadze*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, 62; *Honsell*, FS Canaris I (2007), oben Fn. 20, 464; *Medicus*, AcP 188 (1988), oben Fn. 21, 492.

<sup>22</sup> Darüber hinaus ist im zweistufigen System, dem auch das georgische Recht angehört, die Befreiung von Geldschulden auch deshalb abwegig, weil er bei schuldhafter Unmöglichkeit immer noch für die zweite Stufe haftet: Der Schuldner kann den Kaufpreis nicht zahlen wegen Unvermögen und deshalb von der Leistungspflicht frei werden muss, aber weil er selbst dieses Geld schuldhaft verschwendet hat, soll er nach Art. 394 II-III zum Schadensersatz statt der Leistung verpflichtet sein,

aber weil der Schadensersatz auch eine Geldpflicht ist und er kein Geld hat, sollte er von dieser Pflicht befreit werden, was völlig absurd ist. Daher gilt die Geldschuld unabhängig von Unvermögen des Schuldners und der Übergang von der Hauptforderung zu den Sekundäransprüchen findet nicht statt, vgl. *Sirdadze*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, 62.

<sup>23</sup> *Sirdadze*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, 62; BGH, Urteil vom 28.02.1989 – IX ZR 130/88, NJW 1989, 1276, 1278; Staudinger BGB/*Schmidt*, 13. Auflage (1997) Vorbem. zu §§ 244 ff. C 30; *Lemppennau*, Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, Berlin 1972, 112 f.; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, München 1987, § 21 I d); *Coester-Waltjen*, Die Bedeutung des § 279 BGB für Leistungsverzögerungen, AcP (183) 1983, 279, 284; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Tübingen 1989, § 10 I 6 b); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 20. Aufl., München 2012, Rn. 403; Staudinger BGB/*Caspers*, Neubearbeitung 2009, § 275 Rn. 74.

der sekundären Leistungspflicht in eine Geldleistung umgewandelt und hat er dieses Geld nicht, so wird sein Haus im Rahmen der Vermögensvollstreckung in Geld transformiert, und durch diese Substitutionskette wird seine primäre Leistung erfüllt. Auf diesem Prinzip steht das System der bürgerlichen Rechtsdurchsetzung und das gesamte Zivilrecht überhaupt, nämlich auf dem Prinzip, dass das Haus in ein Fahrzeug „umgewandelt“ werden kann und das Leistungsinteresse des Gläubigers befriedigt wird. Aber wenn wir zumindest theoretisch davon ausgehen, dass eine Geldleistung jemals unmöglich werden kann, dann bricht dieses ganze System zusammen und der Übergang von "Geld" zu "Haus" wird unmöglich. Ausgangspunkt und Kern jeder entwickelten bürgerlichen Rechtsordnung ist kein Vorliegen der Möglichkeit, die Geldleistung wegen der Unmöglichkeit aufzuheben: „Keine Aufhebung [Erlöschen] der Geldleistung entspricht dem rechtlichen und wirtschaftlichen Bedürfnis. Sie findet ihren Abschluss im Vollstreckungsrecht, das die gesamte wirtschaftliche Existenz des Schuldners zur Befriedigung der Geldschuld des Gläubigers einsetzt.“<sup>24</sup> Allein die Existenz eines Vollstreckungs- oder Konkurs-/Insolvenzrechts ist also ein ausreichender Beweis für die Sichtbarkeit des einfachen immanenten Prinzips, das für Zivilrechtssysteme charakteristisch ist, dass „der Schuldner Geld haben muss“ und Unvermögen nicht von Verpflichtungen befreit.<sup>25</sup>

Dementsprechend ist unter Berücksichtigung des Vorstehenden jeder Einspruch des Schuldners, dass er mit Beginn der Pandemie automatisch von Geldleistung gegenüber der Bank befreit wurde, völlig inakzeptabel und falsch.

#### IV. Trennung der Unmöglichkeit vom schuldlosen „Verzug“

Hier hat sich der Schuldner unmissverständlich und eindeutig auf die Unmöglichkeit der Leistung berufen, weil er sich in dieser Zeit von seinen Verpflichtungen gegenüber der Bank als vollständig befreit betrachtete

und das einzige Instrument dafür die Unmöglichkeit ist. Es gilt jedoch, wie schon mehrfach betont wurde, nicht für Geld, und dies kann nicht einmal theoretisch diskutiert werden. Von der den Schuldner von den Hauptpflichten befreienden Unmöglichkeit ist die Befreiung des Schuldners von den sekundären Leistungspflichten (Schadensersatz, Vertragsstrafe, Verzugszinsen usw.) zu unterscheiden, wenn der Verzug nicht von ihm zu vertreten ist. Einfach erklärt: Die hypothetische Befreiung des Klägers von der Hauptschuld des Darlehens, die die Zahlung monatlicher Zinsen beinhaltet, bedeutet, dass die Bank die Zahlung dieser Zinsen während des gegebenen (Befreiungs-)Zeitraums nicht auffordern könnte, das heißt, sie könnte nicht klagen und die Vollstreckung in sein Eigentum nicht erzwingen. Andererseits würde die Bank bei der Erfüllung von sekundären Leistungspflichten zwar monatliche Zinsen verlangen und könnte zu diesem Zweck eine Zwangsvollstreckung in sein Vermögen durchführen, könnte aber die Zahlung von Vertragsstrafe, Verzugszinsen usw. nicht verlangen.

Letztes ist in Art. 400 ff. ZGB geregelt. Der Kläger erwähnt zwar diese Norm, aber was er inhaltlich beschreibt, ist die Unmöglichkeit der Leistung (Befreiung von den Hauptpflichten – von der Sollverzinsung des Darlehens – in der gegebenen Frist), deshalb ist das Gericht der Diskussion um den Verzug völlig zu Recht ausgewichen. Dieses Problem sollte jedoch erwähnt werden, da es anscheinend nicht ganz klar ist, da es häufig in verschiedenen Diskussionen auftaucht.

Wie oben erwähnt, liegt Verzug nur dann vor, wenn die Leistung noch erfüllt werden kann. Es besteht keine unmögliche Leistung mehr, daher kann der Schuldner die Frist für ihre Erfüllung nicht überschreiten. Allerdings bezieht sich der im gängigen Wörterbuch einfache und klar verstandene Verzug als juristischer Fachbegriff nicht nur auf den Leistungsverzug, sondern auch auf einen solchen Verzug, den der

<sup>24</sup> Nussbaum, Das Geld in Theorie und Praxis des Deutschen und Ausländischen Rechts, Tübingen 1925, 73.

<sup>25</sup> Canaris, Leistungsstörungen, JZ 2001, 499, 519; Medicus, AcP (188) 1988, oben Fn. 21, 491.

Schuldner zu verschulden hat (Art. 401 ZGB), die Verpflichtung oder eine Garantie gegeben hat.<sup>26</sup> Allerdings gilt auch hier bei Geldleistung ein anderer Maßstab, und ein schuldloses Aufschieben einer Geldleistung ist im Allgemeinen fast unmöglich und eindeutig unmöglich, wenn es sich um ein Unvermögen handelt. Bei der Befreiung von der Erfüllung der sekundären Leistungspflichten gemäß Art. 382 ZGB<sup>27</sup> gilt der Grundsatz „Geld muss der Schuldner haben“: *Ist der Erfüllungsgegenstand eine austauschbare Sache (Gattungssache), so hat der Schuldner die Verbindlichkeit unter allen Umständen zu erfüllen.*<sup>28</sup> Nämlich Geld, das eine Art der Gattungssache ist (die Gattungssache läuft nie ab). Der Schuldner der Geldschuld hat eine Gewährleistungspflicht für die Beschaffung des Geldes.<sup>29</sup> Unvermögen des Schuldners kann niemals als triftiger Grund für „Verzug“ angesehen werden, selbst wenn dieses Unvermögen aus einem von ihm völlig unabhängigen Grund entstanden ist. Auch in solch außergewöhnlichen, schon ans Absurde grenzenden Fällen, wie der Konstellation, wenn das an den Gläubiger gelieferte Geld von einem Dritten aus der Hand des Schuldners genommen und verdeckt wird, wird auch hier für den Schuldner nur dieser Zeitraum triftig (das heißt, es gilt nicht als Verzug), was erforderlich ist, um zur Bank zurückzukehren und den gleichen Betrag an den Gläubiger wieder zurückzuzahlen – hier wird der Schuldner vorübergehend vom Zahlungsverzug befreit, nicht durch Unvermögen im Allgemeinen, sondern durch die physische Barriere zwischen dem Gläubiger und dem Geld, die unabhängig von ihm entstanden ist. Ebenso gilt für den Schuldner nicht als Verzug, wenn er schuldlos ins Koma fällt und die Schuld nicht

rechtzeitig zurückzahlt. Das hat aber nichts mit Unvermögen zu tun.

Die Betrachtung des Unvermögens als von der Verantwortung entbindender Umstand hebt die Rollen von Schuldner und Gläubiger unmittelbar auf. Aus dieser Annahme folgt, dass eine Pflichtverletzung vorliegt, für die der Gläubiger einzustehen hat. Geld ist nämlich etwas, das, wenn es nicht eine Partei bezahlt, die andere Partei bezahlt. Einfacher erklärt: Geld ist das universelle Substrat, an dem der zivilrechtliche Verkehr befestigt ist und auf dem er steht. Es kann nicht verschwinden, und wenn es das tut, werden Geben und Nehmen und der zivilrechtliche Verkehr in der Form, in der er jetzt existiert, mit ihm aufhören, weil beide um es herum, um seine "Unmöglichkeit des Verschwinden" gebaut sind. Daher ist es unmöglich, dass der Schuldner und der Gläubiger aus demselben Grund gleichzeitig Geld verschwinden lassen. Daher entbindet die Tatsache, dass der Schuldner dem Gläubiger kein Geld gegeben hat, diesen Gläubiger nicht von der Verpflichtung, Geld an seine Gläubiger zu zahlen – der Gläubiger wird sich mit dieser Begründung vor seinen Gläubigern nicht rechtfertigen können und muss er immer noch zahlen oder für die Nichtzahlung verantwortlich sein. Beispielsweise bei Kettenkäufen und -lieferungen – wenn A ein Auto an B verkauft hat (Stückschuld) und B dieses Auto bereits vorab an C weiterverkauft hat – Verzögert sich die Ablieferung dieses Autos durch A aus unvorhergesehenen und unerwarteten Gründen (das Auto wurde rechtswidrig beim Zollamt angehalten) und A es deswegen nicht rechtzeitig an B und B an C liefern kann, hier die Haftungsfreistellung wird in einer

<sup>26</sup> Beim Schuldnerverzug ist es zudem erforderlich, ihn von Gläubigerseite zu mahnen (Art. 400 b ZGB), allerdings bei einem Bankdarlehen, dessen Laufzeit die monatliche Zinszahlung ist kalenderbedingt, ist eine zusätzliche Warnung entbehrlich. Bei einem Geschäft mit Kalenderdatum wird die Nichtpflicht einer zusätzlichen Mahnung für das Verzugsverhalten des Schuldners von den Deutschen direkt ins Gesetz aufgenommen (vgl. § 286 II Nr. 1 BGB), in Georgien schon ergibt sich aus dem Wesen der Abmahnung als Signalgeber, der dem Schuldner das Erfüllungsinteresse des Gläubigers zu diesem Zeitpunkt genau mitteilen muss und es entbehrlich ist, wenn dem Schuldner dieses Interesse von vornherein bewusst ist, aufgrund der strikten Abmahnung fester Termin laut Kalender. Im Übrigen folgt die Entbehrlichkeit der Abmahnung auch aus der sinngemäßen Anwendung des § 405 II b) ZGB.

<sup>27</sup> *Ballerstedt*, Zur Lehre vom Gattungskauf, FS Nipperdey (1955), Bd. 1, 261 ff.; *ob. Medicus*, AcP 188 (1988), Oben Fn. 21, 492 und die dort angegebene Literatur; Diese Entscheidung des deutschen Gerichts (BGH LM § 275 BGB Nr. 5) leitet sich aus dem Grundsatz „Geld muss der Schuldner haben“ in einer Reihe von Fällen ohne Bezugnahme auf die Norm ab.

<sup>28</sup> Diese Norm wurde nach Art. 279 der früheren Fassung des BGB geschaffen, dessen Bestimmung teilweise noch eindeutiger formuliert ist: *Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.*

<sup>29</sup> *Ballerstedt*, 1. FS Nipperdey (1955), oben Fn. 28, 261 ff.; *ob. Medicus*, AcP 188 (1988), oben Fn. 21, 492 und die dort angegebene Literatur.

Kette zwischen den Parteien übertragen – die Schuldlosigkeit von A bestimmt die Schuldlosigkeit von B vor C. Das heißt, die Nichterfüllung des ersten Schuldners stoppt auch die Verpflichtung des nachfolgenden Schuldners. Bei Geld kann dies jedoch nicht der Fall sein – die Nichtzahlung des Geldes durch den ersten Schuldner macht den zweiten Schuldner gegenüber dem Endgläubiger unberechtigt, und obwohl er das Geld nicht erhält, muss er seinen Gläubiger aus eigener Tasche bezahlen. Bei Geld gilt diese Regel ausnahmslos, während bei allen anderen gattungsmäßigen Gegenständen die Pflichterfüllung auf einen bestimmten Kreis von Gegenständen beschränkt werden darf (Zum Beispiel ein Toyota Prius, der in der bestimmten Zeit auf amerikanischen Auktionen für 6.000 \$ gekauft werden kann usw.).

Den ersten Schuldner unter dem Vorwand des Unvermögens von der Verantwortung zu befreien, bedeutet also, dass diese Verantwortung automatisch dem Gläubiger auferlegt wird – Unvermögen des einen belastet den anderen, denn jeder Mensch auf dieser Welt und jeder Gläubiger unter ihnen ist seinerseits ständig anderen Gläubigern gegenüber verschuldet – muss zumindest Steuern zahlen. So muss entweder er selbst oder der Gläubiger für Unvermögen des Schuldners einstehen. Auch die theoretische Annahme, dass der Gläubiger in gewissen, absoluten Ausnahmefällen für Unvermögen des Schuldners verantwortlich gemacht werden kann, entzieht sich völlig der Logik des zivilrechtlichen Verkehrs.

Dies bricht die allgemeine Parität im Zivilverkehr. Im Zivilverkehr gilt das Prinzip der Privatautonomie, wozu auch die vorläufige Verteilung von Risikobereichen gehört, und es ist nicht erlaubt, das künftige Risiko von einem Bereich des einen Partners auf einen anderen zu übertragen. Bei einem Auto ist die „Aussetzung“ der oben genannten Verpflichtungen logisch – weder der Erstschuldner noch dessen Gläubiger wiederum haften gegenüber seinen eigenen Gläubigern – und es widerspricht daher nicht dem Grundsatz dieser Risikobereiche – das Risiko, das zum allgemeinen Risikogebiet gehörte, wurde verwirklicht: Die Person, die die grenzüberschreitend zu transportierende Ware kauft, vermutet, dass diese Einfuhr ohne Verschulden

des Schuldners verzögert wird und ist bereit, ihm dafür nicht einzustehen (andernfalls er muss ihm eine Bürgschaft geben), das heißt, es ist nicht nur das Risiko des Schuldners. Es ist sowohl das Risiko des Gläubigers als auch das Risiko des Gläubigers, daher ist eine Kettenfreigabe zulässig. Im Gegensatz dazu entscheidet sich jemand für den Kauf eines Stückgegenstands, um Gläubiger einer Geldschuld zu werden, weil er die mit dem Erwerb und der Lieferung des Gegenstands verbundenen Risiken nicht tragen möchte. Gerade weil er diesen unbeschädigten und ununterbrochen lieferbaren Gegenstand als Gegenstand seiner Forderung auswählt, bringt sein Ausbleiben und damit die Nichtlieferung die Gegenpartei in den Risikobereich und macht dafür stets den Schuldner haftbar, weil er sich sonst selbst verantworten muss (folgt daraus, dass beim Geld diese erwähnte Kettenfreistellung aufgrund ihrer dauerhaften Natur nicht funktioniert). Wir können die Bank und die Immobilienagentur nicht auf die gleiche Weise betrachten und ihre Schuldner auf die gleiche Weise behandeln – die Bank ist damit beschäftigt, Geld gegen Zinsen zu verleihen, weil sie nicht die Risiken eingehen möchte, die mit dem Kauf von Wohnungen oder anderen Dingen verbunden sind.

Dies ist nur eine einfache Konstellation, um zu verdeutlichen, dass wenn der Schuldner nicht zahlt, der Gläubiger zahlen muss. Konstellationen dieser Art können endlos generiert werden – zum Beispiel, wie der Oberste Gerichtshof betont, Geld ist immer liquide und immer rentabel, wer seinem Gläubiger nicht rechtzeitig Geld gibt, verliert den Nutzen, der ihm aus diesem Geld hätte zustehen sollen, und die Übertragung in den gesetzlichen Bereich erfolgt abstrakt, nicht nur im Schadenersatzrecht. Demnach verlangt die Logik des privatautonomen Handelns, dass ebenso wie eine Geldleistung niemals unmöglich werden kann (siehe oben), ein unvermögensbedingter Zahlungsaufschub darf nicht vorliegen und wird dem Schuldner nicht zugerechnet – andernfalls wird er automatisch dem Gläubiger zugerechnet und ist von ihm zu vertreten.

Deshalb hat das deutsche Gericht<sup>30</sup> die Nichtzahlung der Miete durch den Mieter auch dann als Schuld angesehen, wenn diese Person Sozialhilfeempfänger war und die Miete aufgrund der Streichung dieser Sozialhilfe durch den Staat nicht zahlen konnte. Auch diese scheinbar völlig harmlose Verzögerung wird vom Schuldner als Verzug angesehen.

Die pandemiebedingte Abweichung von dieser Regel hat der deutsche Gesetzgeber in Art. 240 § 3 am 31.12.2020 in Kraft getretenen EGBGB berücksichtigt. Nach dieser Norm darf insbesondere beim Bankkredit der Kreditnehmer im Zeitraum vom 1.4.2020 bis zum 30.7.2020 nicht als überfälliger Schuldner gelten, wenn er aufgrund einer außergewöhnlichen pandemiebedingten Situation zahlungsunfähig ist, durch die er bereits seinen Lebensunterhalt verloren hat oder dieser Lebensunterhalt gefährdet ist ( Art. 240 § 3 1, 2 EGBGB).

Zunächst ist anzumerken, dass diese oder eine ähnliche Art von Norm weder in das Gesetz noch in einen untergeordneten normativen Akt oder eine Aufsichtsweisung in Georgien aufgenommen wurde. Während der Pandemie sind Anordnung (siehe Anordnung Nr. 44/04 vom 13. März 2020) oder Anrufungen des Präsidenten der Nationalbank (Anrufungen vom 31. März 2020 und 4. Juni 2020 – die keinen normativen Akt darstellen und es ist unmöglich, damit eine Klage oder dagegen einen Einspruch zu erheben), wiesen lediglich darauf hin, dass es den Banken überlassen sei, ihren Kunden eine Nachfrist einzuräumen, und aufgrund dieses Aufschubs könnten die im ursprünglichen Darlehenszahlungsplan vorgesehenen Zahlungen leicht ansteigen.

Ohne eine der oben genannten deutschen Vorschrift ähnliche Norm und explizite Legitimation, die der Gesetzgeber bewusst nicht hingenommen hat, kann der Richter natürlich nicht von der Regelung des Art. 382 ZGB abweichen und im Rahmen der *contra legem*-Gesetzgebung eine Norm schaffen, die Voraussetzungen und Verantwortlichkeit des

Schuldners für Verzug anders festlegt. Die Schaffung einer solchen Norm steht im alleinigen Ermessen des Gesetzgebers. Abgesehen von allen dogmatischen Aspekten ist die Schaffung einer ähnlichen Regelung durch einen Richter vom Standpunkt der Rechtsstabilität und der Rechtspolitik im Allgemeinen nicht hinnehmbar. Es ist nicht klar, wann diese Stundung fällig werden soll (dies legt auch die genannte deutsche Norm fest). Gemäß Art. 365 ZGB muss die Schuld mit Ablauf dieser Stundungszeit sofort fällig werden – d. h. nach Ablauf dieser „mehreren Monate“ hat der Darlehensnehmer die Zinsen für diese Monate in einer Summe zu zahlen, und die Bank kann ihm bereits sekundäre Ansprüche wegen Nichtzahlung dieses Betrages stellen. Diese Lösung stellt keinen wirklichen Vorteil für den Kreditnehmer dar. Wenn das Gericht weiter geht, wird es auch den Inhalt von Art. 365 ZGB unterstreichen und feststellen, dass die Leihfrist selbst mit dem Aufschub fortgesetzt wird, dies neben allem anderen eine Verletzung der Privatautonomie der Parteien sein wird, so dass das Gericht die Parteien tatsächlich an einen neuen Vertrag binden wird, wozu es überhaupt kein Recht hat. Zudem ist nicht klar, wie und auf welcher Grundlage der Richter die erwähnten „mehreren Monate“ bestimmen soll, also allgemein den Zeitraum, in dem die Pandemie die Bevölkerung besonders stark trifft, wozu allein der Gesetzgeber die Legitimität hat, denn nur er hat ein mehr oder weniger vollständiges Bild: Beispielsweise weiß nur er, wann und in welchem Umfang geplant ist, die durch die Pandemie verursachten Schäden durch staatliche Subventionen zu lindern; Wie lange kann das Banken- und Wirtschaftssystem des Landes im Allgemeinen diese Art von Vorzügen „ertragen“ usw.

Zudem sieht diese deutsche Norm ausdrücklich vor, dass der Schuldner erst dann in Verzug gerät, wenn er seine Lebensunterhalt verloren hat oder dieser Lebensunterhalt gefährdet ist. Dementsprechend muss der Schuldner, um ihn anzurufen, nachweisen, dass er gerade wegen der Pandemie (und nicht aus einem anderen Grund) seinen Arbeitsplatz verloren hat, keine anderen

<sup>30</sup> BGH NJW 2015, 1296.

Einkünfte, Ersparnisse hat, aufgrund anderer Verpflichtungen bereits zahlungsunfähig ist usw. Einen solchen Beweis hat der Kläger hier nicht vorgelegt und wird ihn auch in letzter Instanz nicht vorbringen. Aus dem Sachverhalt lässt sich lediglich ablesen, dass der Kläger eine staatliche Entschädigung erhalten hat, obwohl es nicht den Anschein hat, dass diese Zuwendung für ihn in diesem Zeitraum eingestellt wurde, und dann stellt sich die Frage, was sich für ihn durch diese Pandemie geändert hat. Wie die oben genannte deutsche Entscheidung bestätigt, ist grundsätzlich nur die Nichtannahme staatlicher Beihilfen und Sozialleistungen der Risikobereich des Schuldners. Die Pandemie (in Deutschland) ändert sich diesbezüglich nur dahingehend, dass, wenn der Schuldner keine anderweitigen Quellen und Ersparnisse hat und dies pandemiebedingt ist, er in diesem kurzen Zeitraum nicht als überfällig gelten darf und keine sekundäre Ansprüche entstehen darf (die Kreditsumme ist noch von ihm zu zahlen – diese Verpflichtung wird nur um diese drei Monate aufgeschoben). Auf diese Bestimmung kann jedoch auch in Deutschland nicht ohne Nachweis eines durch diese Pandemie verursachten Lebensunterhaltsverlustes berufen werden. Es gibt keine Regel oder Vermutung, dass eine Pandemie zu allgemeiner Arbeitslosigkeit führt. Somit unterscheidet sich der Kläger nicht von einer Person, die während einer Pandemie ein Geschäft betritt, ein Produkt kauft und sich dann weigert, den Preis unter Berufung auf die Pandemie zu zahlen. Selbst wenn in Georgien eine dieser deutschen Norm ähnliche Schutzbestimmung für den Schuldner gelten würde (die eigentlich nicht anwendbar ist), würde der Schuldner immer noch als überfällig gelten.

All diese vorgenannten Aspekte, durch die es unmöglich war, die Argumentation des Klägers in den Rechtsraum zu bringen, stellten jedoch nur eine hypothetische Annahme dar. Eigentlich wird in diesem Fall das Paradigma des Verzugs nicht verwendet, weil er selbst mit der Bank vereinbart hat, die

Kreditverpflichtung aufzuschieben und dafür eine zusätzliche Gebühr zu erheben. Der Kläger berief sich auf die Unwirksamkeit dieser Vereinbarung, daher ist darauf gesondert und ausführlich einzugehen.

### V. Stundung der Schuld durch Vereinbarung der Parteien

Während der Pandemie bot die Bank gemäß den Weisungen der Nationalbank dem Kläger an, die zu erfüllende Verpflichtung um insgesamt 6 Monate aufzuschieben, wodurch ihm eine Nachzahlung in Höhe von 2510 GEL in Rechnung gestellt wurde. Der Kläger hat auf die mit dieser SMS abgegebene Willenserklärung der Bank nicht durch Schweigen sondern mit einem schlüssigen Handeln (auf die das Gericht zu Recht hingewiesen hat) reagiert – indem er in diesen sechs Monaten nicht zahlte.

Zunächst ist die von dem Kläger aufgeworfene und bestrittene Frage der Form des Rechtsgeschäfts zu beantworten. Weder die Anweisungen der Nationalbank (aus denen eine rechtsverbindliche Formverpflichtung schwer abzuleiten wäre) noch selbst der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag sah für diese Art von Vereinbarungen keine Form vor. Im Gegenteil, die Weisung der Nationalbank entbindet die Bank unmittelbar von der Verpflichtung, die im Vertrag vorgesehene Form dieser Stundungsvereinbarung einzuhalten, obwohl die Bank hier tatsächlich in dem Teil der Form "mehr" eingehalten hat als die im Vertrag vorgesehene Form. Unabhängig davon, ob diese Stundung als Vertragsänderung angesehen werden kann oder nicht, stand im Bankkreditvertrag für diese Änderung "weniger" – das Ausreichen der elektronischen Benachrichtigung der Bank (SMS) und das Schweigen der Partei (innerhalb 30 Tage – "vereinbartes Schweigen"<sup>31</sup>). Hier folgte auf die SMS der Bank kein Schweigen der Partei, sondern eine schlüssige Zustimmung zu den vorgeschlagenen Bedingungen, nämlich Nichtzahlung. Ein schlüssiges Verhalten ist

<sup>31</sup> Diese Form wurde jedoch nur in dem Fall eingeführt, in dem die von der Bank eingeleitete Änderung die Situation des Kunden verschlechterte, und die Frage ist, wie viel sich dies ändern kann – Zinsaufschub für 6 Monate mit unbedeutenden (siehe unten) zusätzlichen Gebühren und deren Verteilung

über die verbleibenden 45 Monate (durch Verlängerung der Darlehenslaufzeit) – so berücksichtigt werden. Die Verlängerung der Kreditlaufzeit gegen eine geringe Gebühr liegt immer im Interesse des Kunden, nicht der Bank..

eine nonverbale, aber dennoch explizite Willensäußerung, das im Teil der Form mehr als bloße Unterlassung (Schweigen) angesehen wird.

Der Kläger behauptet, dieses Verhalten – Nichtzahlung – seinerseits hätte nicht als Zustimmung, sondern in dem Sinne verstanden werden müssen, dass er sich während der Pandemie nicht zur Zahlung verpflichtet gesehen habe. Das ist falsch. Dagegen spricht auch, dass der Kläger nach Ablauf dieser Sechsmonatsfrist ab September wie gewohnt weiterzahlte, obwohl die Pandemie in diesem Zeitraum mit nicht geringerer Intensität wütete. Es stellt sich die Frage, warum sich der Kläger nach September nicht von seinen Verpflichtungen entbunden sah. Dieses Verhalten des Klägers kann im Nachhinein zur Erklärung seines bisherigen Handelns herangezogen werden – die sofortige Wiederaufnahme der Zahlung nach Ablauf der Nachfrist bedeutete, dass er die Nachfrist tatsächlich in Anspruch genommen habe, nicht aber, dass er mit der danach andauernden Pandemie alle seine Verpflichtungen für nichtig erachtet habe.

Als fakultatives Argument kann man sich auch darauf berufen, dass die Bank mit Abschluss der Stundungsvereinbarung den Zahlungsplan angepasst und die Ergebnisse dieser Vereinbarung, in der für den Kläger deutlich sichtbaren Online-Bank widerspiegelt hat, und dabei war er auch verpflichtet, hiergegen unverzüglich bei der Bank zu protestieren, wenn er sich nicht als Teil dieser Vereinbarung betrachtete. In anderen Fällen verlor er das Recht, sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art 8 III ZGB) auf das Nichtbestehen dieser Vereinbarung zu berufen.

Das Hauptgegenargument gegen den Kläger ist jedoch, dass ihn, wie oben erwähnt, weder das Institut der Unmöglichkeit noch das Institut des Verzugs weder dauerhaft noch vorübergehend (ohne Strafe) von dieser Verpflichtung befreit haben. Dementsprechend entbehrten diese Vorstellungen des Klägers jeder Rechtsgrundlage und blieben nur seine einseitige subjektive Wahrnehmung. Diesen einseitigen Vorstellungen, die im Widerspruch zu geltendem Recht stehen,

kann keine Bedeutung für die Auslegung der empfangsbedürftigen Willenserklärung zugesprochen werden.<sup>32</sup> Das schlüssige Verhalten des Klägers im Rahmen des Geschäftsabschlusses galt als eine Annahme, die eine empfangsbedürftigen Willenserklärung ist und aus Sicht der anderen Partei ausgelegt wird. Aus Sicht der Bank wurde die Nichtzahlung gegen ein Stundungsangebot zunächst mit dem Inhalt wahrgenommen, der dieses Verhalten mit den gesetzlichen Anforderungen in Einklang brachte – als Zustimmung zur Inanspruchnahme dieser Nachfrist unter angemessenen Bedingungen. Dieses Verhalten konnte die Bank in den rechtswidrigen Inhalten, die den realen, aber einseitigen Vorstellungen des Klägers entsprachen, nicht erkennen. Anders wäre es gewesen, wenn der Kläger diese einseitigen, gesetzeswidrigen Vorstellungen gegenüber der Bank ausdrücklich erklärt hätte, was ein Privatautonomierecht aller ist. Dazu würde es ausreichen, wenn der Kläger mit der anderen Partei in irgendeiner Form kommuniziert und erklärt, dass er nicht zahle, nicht weil er einem Aufschub zustimme, sondern weil er sich überhaupt nicht zur Zahlung verpflichtet erachte. In diesem Fall würde diese Stundungsvereinbarung nicht zustande kommen, obwohl der Schuldner als überfällig gelten würde und die Bank ihn weiterhin mit Zwangsgeldern belasten würde. Genau das wollte der Schuldner nicht, weshalb er sich entschied, untätig zu bleiben, in der Hoffnung, dass seine Unterlassung später einen anderen Inhalt haben würde, obwohl dies den elementaren Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre widerspricht und daher völlig inakzeptabel ist, was auch sowohl von Gerichten erster als auch zweiter Instanz zu Recht gesehen war.

## VI. Die Legitimation der Stundungsvereinbarung

Einer der nicht zentralen Punkte der rechtlichen Argumentation des Klägers war der Hinweis auf die Rechtswidrigkeit. Diese Argumentation wurde nicht hinreichend klar artikuliert und durch Belege untermauert, weshalb sie vom Gericht zu Recht außer Acht

<sup>32</sup> MüKoBGB/Busche, 9. Aufl., 2021, BGB § 133 Rn. 12-16 und die dort angegebenen Literatur.

gelassen wurde, obwohl sie im Rahmen der wissenschaftlichen Behandlung des vorliegenden Falles hypothetisch diskutiert werden kann. Insbesondere berechnete die Bank dem Kläger 2510 GEL als zusätzliche Gebühr für die 6-monatige Stundung der Schuld. In der Weisung der Nationalbank an die Geschäftsbanken hieß es, dass diese zur Gewährung der Nachfrist die Gebühr für den Kunden nur „unwesentlich“ erhöhen dürften. Dieser Fall wurde durch kein anderes normatives Gesetz geregelt.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Weisung der Nationalbank kein Gesetz im Sinne des Art. 54 Alt. 1 ZGB ist und es unmöglich ist, dass sich das darauf beziehende Geschäft unter dem Vorwand der Rechtswidrigkeit als nichtig anzusehen ist. Abgesehen von diesem Argument, ob es sich bei der von der Bank erhobenen zusätzlichen Gebühr in Höhe von GEL 2.510 um eine „unerhebliche“ Erhöhung der Kreditzinsen handelt, ist im Zusammenhang und in Bezug auf die Überschreitung der Frist/Schnellkredit bzw. Kreditkarte zu beurteilen. Insbesondere weigerte sich die Bank ungeplant und sofort, vom Kläger 3529 GEL (588 (monatliche Zinsen) x 6) innerhalb von 6 Monaten zu erhalten und auf die nächsten 45 Monate zu verteilen, wofür sie ihm insgesamt 2510 GEL in Rechnung stellte. In dieser Situation sind die Verluste/Zinsen der Bank identisch mit der Konstellation von Schnellkrediten, und wir sollten diesen Betrag bei einem geplanten Kredit nicht mit dem Preis für die Verwendung des Betrags für 6 Monate vergleichen. Dieser Mehrbetrag ist auch nicht mit den individuell mit dem Kunden vereinbarten Stundungs-/Vorzugsbedingungen zu vergleichen, denn aufgrund der Pandemie musste die Bank diesen Vorzug- Stundung einer unbestimmten Zahl von Krediten - massenhaft machen und deshalb sind ihre Zinsen/Verluste anders, wenn sie diesen Vorzug nur einem bestimmten Kunden anbietet, basierend auf einer ruhigen Abwägung von Risiken und unverdienten Erträgen im Voraus. Die Einkommensquelle der Bank hängt vollständig von der Kontinuität des Erhalts monatlicher Zinsen ab (und nicht von der Tatsache, dass der Kreditnehmer den geliehenen Betrag niemals

zurückgibt) und daher kann die Verweigerung von Zinsen von mehreren Hunderttausend Kunden (die nach dem einen oder anderen Kriterium in die Vorzugsgruppe aufgenommen wurden) für 6 Monate nur mit der Situation einer massiven Vergabe von Schnellkrediten in dieser Größenordnung gleichgesetzt werden. Zunächst ist anzumerken, dass große georgische Banken in der Regel keine schnellen Kredite in dieser Größenordnung vergeben, weil sie das Risiko dieses unbesicherten Kredits nicht eingehen wollen und dieses Risiko eine zusätzliche Grundlage für steigende Zinsen werden kann. Auch die Kreditinstitute, die sich massiv mit der Vergabe von Schnellkrediten befassen, vergeben zunächst in der Regel keinen auf 45 Monate verlängerten Schnellkredit<sup>33</sup>, und wenn doch<sup>34</sup> (z. B. bei einem Agrarkredit), fragen sie nach einem jährlichen Zinssatz von 49,99 %. Im Fall von 3529 GEL verteilt auf 45 Monate bedeutet dies, dass der Kreditnehmer verpflichtet ist, insgesamt 12 460 GEL zurückzugeben – er zahlt ungefähr 8 910 GEL für die Verwendung des Geldes<sup>35</sup>. Im vorliegenden Fall hat die Bank dem Kläger weniger als ein Drittel davon in Rechnung gestellt. Neben allen oben genannten Aspekten (einige hunderttausend Kunden gehören zum Vorzugskreis; ungeplante Risikoübernahme zwangsweise) ist zu berücksichtigen, dass zum Zeitpunkt der Gewährung der Vorzugsfrist der Bank die Entwicklung der Pandemie zu berücksichtigen ist und dies völlig unvorhersehbar war, und die Bank überhaupt nicht berechnen konnte, wie lange sie ihre Sozialpolitik im Rahmen der Fortsetzung dieses Vorzugs umsetzen müsste und ob die Pandemie zu einer massiven Zahlungsunfähigkeit der Bevölkerung führen würde, was der Hauptrisikofaktor in der gegebenen Situation war. Das Risiko im Bankwesen entspricht einer erhöhten Steuer, dem unkontrollierbaren Risiko, wobei zu beachten ist, dass in einer Situation ungewisser Aussichten und Risiken die Verschiebung von 3529 GEL zu einem Preis von weniger als einem Drittel dessen, was ein schneller Kredit ist Kosten in einer normalen, harmlosen Situation sind eindeutig als geringfügige Erhöhung der Zuzahlung zu werten.

<sup>33</sup> siehe <https://fulex.ge/sesxis-kalkulatori>.

<sup>34</sup> <https://credobank.ge/products/fast-loan/>.

<sup>35</sup> siehe. Schneller Kreditrechner

<https://credobank.ge/products/fast-loan/>.

All diese Argumente hat das Gericht jedoch völlig zu Recht ignoriert und nicht erwähnt, weil sich der Kläger weder auf diese Konstellation berufen noch entsprechende Beweismittel vorgelegt hat.

### VII. Die widersprüchliche Natur der Argumente des Klägers

Oben war das dogmatische Schema oder Prisma, in dem ähnliche Fälle gehalten werden können. Diesen Diskurs hat das Gericht jedoch zu Recht zurückgewiesen. Mehr noch: Die Argumentation des Klägers war derart widersprüchlich, dass sie nicht nur im Begründungsteil (Bezugnahme auf konkrete Umstände und Beweismittel) schwach, sondern völlig unbegründet (Schlüssigkeit<sup>36</sup>) war – das heißt, es war sogar theoretisch unmöglich, sie in den gesetzlichen Rahmen zu bringen. Aus diesem Grund könnte das Gericht es tatsächlich ohne eine materielle Sachverhandlung aufheben.

Insbesondere hat der Kläger hier geltend gemacht, dass die Voraussetzungen für die Freistellung vom primären Anspruch vorlägen und als Rechtsfolge die Freistellung vom sekundären Anspruch beantragt, was eine völlig unverständliche Konstruktion und These ist, insbesondere wenn weder das eine noch das andere vorlag – Unmöglichkeit wegen Unvermögen nicht eingetreten ist (im Übrigen hat der Kläger die Beweise dieses Unvermögens auch nicht erbracht<sup>37</sup>) und die Bank wegen Verzug keinen Schadenersatz/Vertragstrafe verlangt, sondern die zwischen den Parteien vereinbarte Entschädigung für die Stundung der Verpflichtung. Somit hatte die künftige Forderung der Bank, zu deren Verhinderung der Kläger hier Feststellungsklage erhob, nichts mit dem wegen Zahlungsverzug zu zahlenden Betrag zu tun, und insoweit ist es

problematisch, ob er über das notwendige rechtliche Interesse für die Feststellungsklage verfügte. Auf jeden Fall waren diese 2500 GEL nicht der Betrag, den er als überfälligen Schaden/Strafe protestierte, der ihm von der Bank zu Unrecht in Rechnung gestellt wurde und auch hier fehlten die von ihm angegebenen gesetzlichen Voraussetzungen und das Ergebnis.

Die Behauptung des Klägers, dass er keine Hauptpflicht zu erfüllen habe und daher keinen Schadenersatz/Verzugszinsen zahlen müsste, obwohl er sich schließlich bereit erklärt habe, die Hauptsumme zu zahlen, ist weniger ein rechtliches Dilemma, sondern tatsächlich ein logisch-semantisches Dilemma. Doch um auf die rechtliche Seite zurückzukommen: Es gibt im georgischen Zivilrecht keine Konstruktion, nach der die Unmöglichkeit (auch wenn es sich um eine echte Unmöglichkeit handelt, es also nicht um Geld geht) automatisch zur Befreiung von Sekundäransprüchen führt – mehr noch also: der primäre Anspruch bestehen lassen und nur vom Sekundäranspruch freistellen. Der Weg zur Befreiung von Sekundäransprüchen führt über das Verschulden des Schuldners, das der Kläger hier mit keinem Wort erwähnt hat – dass infolge der Pandemie überall „Unschuld“ herrscht, das ist nicht wirklich gut bekannte und festgestellte Tatsache. Tatsächlich befreit die Unmöglichkeit den Schuldner von der Hauptforderung, obwohl ihm noch Sekundäransprüche entstehen können, wenn ihm Unmöglichkeit zugerechnet wird. Bei einer Geldschuld liegt niemals eine Unmöglichkeit vor, und gleichzeitig kann Unvermögen niemals als unschuldiger „Verzug“ angesehen werden, wie oben bereits mehrfach erwähnt wurde. Wenn wir jedoch diese elementare Dogmatik beiseitelassen und das Geld dieser beiden Institutionen hypothetisch streuen lassen<sup>38</sup>, hätte der Schuldner im

<sup>36</sup> Siehe mehr zur Schlüssigkeit *Rusiashvili*, Die Schlüssigkeit des Klageanspruches, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 9/2021, 47 ff.

<sup>37</sup> Was getrennt genommen wird, reicht aus, um den Klageanspruch für unschlüssig zu erklären.

<sup>38</sup> Was neben allem anderen auch deshalb abwegig ist, weil im Rahmen der Verpflichtungsfreistellung wegen Unmöglichkeit die Vorlage von Beweisen für Unvermögen grundsätzlich ausgeschlossen ist. Um für immer von der Verpflichtung befreit zu sein, muss der Schuldner zunächst nachweisen, dass er im Moment nicht nur kein Geld hat, sondern niemals haben wird, was er niemals beweisen kann. Die Tatsache, dass der Schuldner kein Geld auf seinem Konto hat, bedeutet nicht,

dass er überhaupt kein Geld hat. Es gibt viele andere Formen der Geldaufbewahrung. Hat er ein Haus, ist das schon Geld, denn wenn das Haus im Vollstreckungsverfahren in Geld umwandelbar ist, das bedeutet, die Umwandlung wird bereits im vorigen Stadium vom Schuldner selbst verlangt (Zwang im Rahmen der Zwangsvollstreckung ist nur eine Form der Vollstreckung des Verlangens, die der Schuldner selbst zu erfüllen hat). Gleiches gilt grundsätzlich auch für (unverschuldeten) Zahlungsverzug – der Nichtverkauf des Hauses durch den Schuldner kann niemals als unverschuldeter Zahlungsverzug gelten, denn wie oben erwähnt, wenn er das Haus nicht verkauft und Geld an den Gläubiger nicht

Zusammenhang mit dem Verzug zumindest das Fehlen seines Verschuldens erwähnen müssen, was er nicht getan hat.

Unter Berücksichtigung all dessen hatte das Gericht daher das volle Recht, die Forderung ohne materielle Sachverhandlung als unbegründet zurückzuweisen.

### VIII. Fazit

Fassen wir die vorstehenden Punkte zusammen: Die Berufung des Klägers darauf, dass das Darlehen bzw. die Geldschuld jemals unmöglich werden und er davon befreit werden könne, ist völlig falsch, sowie mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts unvereinbar und es zu berücksichtigen, ist inakzeptabel. Weitere rechtliche Argumente hat er nicht vorge-

bracht. Aber auch in diesem Fall – etwa ein Hinweis auf einen unschuldigen Leistungsverzug – würde ihm kein Ergebnis einbringen. Erstens, weil ihm erhöhte Zinsen nicht wegen des Verzugs, sondern aufgrund der mit der Bank getroffenen Vereinbarung, die keinen Grund zur Unwirksamkeit hat, in Rechnung gestellt wurden. Aber auch unabhängig davon, selbst bei der hypothetischen und völlig unbegründeten Annahme aus den Umständen des Falles, dass das Paradigma des Verzugs nach Art. 400 ff. ZGB auf den vorliegenden Fall anwendbar sei, hätte ihm dieser „Verzug“ als Schuld angerechnet müssen, weil in Georgien mangels einer Sonderbestimmung Art. 382 ZGB in Kraft bleibt, der auf das Risiko des Schuldners verweist, Geld zu haben und unschuldigen „Verzug“ unter dem Vorwand des Unvermögens ausschließt.

---

verschenkt, dann muss dieser möglicherweise das Haus verkaufen.

## RECHTSPRECHUNG

### **BGH, Beschl. v. 19. Dez. 2021 - 1-BvR-107320 - Beleidigung und Hetzte im Internet**

Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat am 19. Dezember 2021 einstimmig beschlossen:

1. Die Beschlüsse des Kammergerichts vom 11. März 2020 und 6. April 2020 - 10 W 13/20 - und die Beschlüsse des Landgerichts Berlin vom 9. September 2019 und 21. Januar 2020 - 27 AR 17/19 - verletzen die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes.

2. Die Beschlüsse des Kammergerichts werden aufgehoben, soweit sie zum Nachteil der Beschwerdeführerin ergangen sind. Die Sache wird insoweit zur erneuten Entscheidung an das Kammergericht zurückverwiesen.

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen zivilgerichtliche Entscheidungen, die der Beschwerdeführerin die nach § 14 Abs. 3 Telemediengesetz notwendige gerichtliche Anordnung zur Auskunft über Bestandsdaten gegenüber einer Social Media Plattform versagt haben.

#### **Sachverhalt.**

Auf einem Internetblog stellte dessen Inhaber Ende Oktober 2016 unter dem Titel „[Name der Beschwerdeführerin] findet Kinderficken ok, solange keine Gewalt im Spiel ist“ das Bild der Beschwerdeführerin ein mit folgendem, scheinbar ein Zitat der Beschwerdeführerin darstellenden Text:

„Komma, wenn keine Gewalt im Spiel ist, ist der Sex mit Kindern doch ganz ok. Ist mal gut jetzt.“

Hintergrund war die im Jahr 2015 noch einmal aufgekommene Debatte betreffend die Haltung der Partei DIE GRÜNEN zur Pädophilie in den 1980er Jahren. Während eine Abgeordnete der Grünen über häusliche Gewalt sprach, stellte ein Abgeordneter der Regierungskoalition die Zwischenfrage, wie die Rednerin denn zu einem Beschluss der Grünen in Nordrhein-Westfalen stehe, wonach die Strafandrohung wegen sexueller Handlungen an Kindern aufgehoben werden solle. Anstelle der Rednerin rief laut Protokoll des Abgeordnetenhauses die Beschwerdeführerin: „Komma, wenn keine Gewalt im Spiel ist!“

Die Beschwerdeführerin nahm den Bloginhaber wegen seines ursprünglichen Eintrags auf Unterlassung in Anspruch und verlangte ein Schmerzensgeld. Daraufhin veröffentlichte der Bloginhaber Anfang 2019 auf seiner Facebookseite den folgenden Text:

„Wegen genau dieses Postings zerrt mich [Name der Beschwerdeführerin] und ihre Anwaltskanzlei vor Gericht. Deren Anwälte wollen erst mal 15.000 € angebliches Schmerzensgeld, obwohl der Prozess vor dem Amtsgericht in Halle noch nicht mal begonnen hat. Selbst die WELT hat über ihre skandalösen Äußerungen berichtet! Auf Blog verlinkt.“

Im April und Mai 2019 reagierten zahlreiche Facebooknutzer auf diese Veröffentlichung und kommentierten sie ihrerseits wie folgt: „Pädophilen-Trulla“; „Kranke Frau“; „ Sie wollte auch mal die hellste Kerze sein, Pädodreck“... .

**Beschluss vom 9. September 2019 Landgericht Berlin**

## § 185 StGB

Mit Beschluss vom 9. September 2019 wies das angerufene Landgericht Berlin den Antrag der Beschwerdeführerin vollständig zurück. Zur Begründung führte das Landgericht aus, dass es sich bei den Reaktionen der Facebooknutzer sämtlichst um zulässige Meinungsäußerungen handele. Da alle Kommentare einen Sachbezug hätten, stellten sie keine Diffamierungen der Person der Beschwerdeführerin und damit keine Beleidigungen nach § 185 StGB dar.

**Beschluss vom 11 März, 2020 Kammergerichts**

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin half das Landgericht Berlin mit Beschluss vom 21. Januar 2020 teilweise ab. Es gestattete die Beauskunftung betreffend die vorgenannten Kommentare Ziffer 3, 13, 16, 18, 19 und 20. Mit Beschluss vom 11. März 2020 änderte das Kammergericht die Ausgangsentscheidung des Landgerichts ab und gestattete zusätzlich die Beauskunftung betreffend die vorgenannten Kommentare Ziffer 1, 2, 7, 8, 17 und 21.

Da die gesetzliche Bedürfnisse des Beschwerdeführers mit den Beschlüssen nicht befriedigt waren, hat sie Verfassungsbeschwerde erhoben.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin unter anderem die Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die von den Gerichten unterlassene, aber erforderliche Interessenabwägung im Rahmen des § 185 StGB hätte zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass das Persönlichkeitsrecht der Beschwerdeführerin das Recht der sich Äußernden auf freie Meinungsäußerung überwiege. Die verfahrensgegenständlichen Äußerungen seien rechtswidrig gewesen, das Kammergericht habe die Beauskunftung der Nutzerdaten zu Unrecht nicht gestattet.

Die Verfassungsbeschwerde wird gemäß § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG zur Entscheidung angenommen, weil dies zur Durchsetzung der Grundrechte der Beschwerdeführerin angezeigt ist. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und im Sinne des § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG offensichtlich begründet. Die Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführerin in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG.

Gegenstand der zulässigen Verfassungsbeschwerde sind die zivilgerichtlichen Entscheidungen des Landgerichts Berlin und des Kammergerichts. Zwar richtet sich die Verfassungsbeschwerde auf die Aufhebung der angegriffenen Beschlüsse.

Zivilrechtliche Grundlage zur Durchsetzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch einen Anspruch auf Unterlassung beeinträchtigender Äußerungen sind § 1004 Abs. 1 und § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 185 f. StGB. Der Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs vorgeschaltet ist in Fällen der vorliegenden Art aufgrund der Möglichkeit anonymisierter Äußerungen im Internet das bei den Landgerichten angesiedelte Verfahren zur Freigabe der Auskunftserteilung nach § 14 Abs. 3 Telemediengesetz a.F. (nunmehr § 21 Abs. 2 und 3 des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes) in Verbindung mit § 1 Abs. 3 Netzwerkdurchsetzungsgesetz.

Bei der Auslegung und Anwendung der zivil- und hier auch datenschutzrechtlichen Vorschriften müssen die zuständigen Gerichte die betroffenen Grundrechte interpretationsleitend berücksichtigen, damit deren wertsetzender Gehalt auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt<sup>1</sup>. Die Zivilgerichte verstehen das allgemeine Persönlichkeitsrecht in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise als einen offenen Tatbestand, bei dem die Feststellung einer rechtswidrigen Verletzung eine ordnungsgemäße Abwägung voraussetzt.<sup>2</sup>

Weichenstellend für die Prüfung einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts ist die Erfassung des Inhalts

<sup>1</sup> vgl. BVerfGE 7, 198 <205 ff.>; 85, 1, <13>; 99, 185 <196>; 114, 339 <348>; stRspr

<sup>2</sup> vgl. BVerfGE 99, 185 <196>; 114, 339 <348> mit Verweis auf BGHZ 45, 296 <307 f.>; 50, 133 <143 f.>; 73, 120 <124>

der verfahrensgegenständlichen Äußerungen, insbesondere die Klärung, in welcher Hinsicht sie ihrem objektiven Sinn nach das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen des Ausgangsverfahrens beeinträchtigen.

Auf der zutreffenden Sinnermittlung einer Äußerung aufbauend erfordert die Annahme einer Beleidigung nach § 185 StGB, die vorliegend als eine Katalogtat des § 1 Abs. 3 Netzwerkdurchsetzungsgesetz a.F. den Schlüssel zur Gewährung der von der Beschwerdeführerin begehrten Beauskunftung seitens des Betreibers der Social Media Plattform darstellt, grundsätzlich eine abwägende Gewichtung der Beeinträchtigungen, die den betroffenen Rechtsgütern und Interessen, hier also der Meinungsfreiheit und der persönlichen Ehre, drohen.<sup>3</sup> Eine Abwägung ist nur ausnahmsweise entbehrlich, wenn die streitgegenständliche Äußerung sich als Schmähung oder Schmähkritik, als Formalbeleidigung oder als Angriff auf die Menschenwürde darstellt.<sup>4</sup>

Das bei der Abwägung anzusetzende Gewicht der Meinungsfreiheit ist umso höher, je mehr die Äußerung darauf zielt, einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung zu leisten, und umso geringer, je mehr es hiervon unabhängig lediglich um die emotionalisierende Verbreitung von Stimmungen gegen einzelne Personen geht.<sup>5</sup>

Unter dem Aspekt der Machtkritik haben die Gerichte auch Auslegung und Anwendung des Art. 10 Abs. 2 EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu berücksichtigen. In ständiger Rechtsprechung betont der Gerichtshof, dass die Grenzen zulässiger Kritik an Politikerinnen und Politi-

kern weiter zu ziehen sind als bei Privatpersonen.<sup>6</sup> Insofern Politikerinnen und Politiker bewusst in die Öffentlichkeit treten, unterscheidet sich ihre Situation von derjenigen staatlicher Amtswalter, denen ohne ihr besonderes Zutun im Rahmen ihrer Berufsausübung eine Aufgabe mit Bürgerkontakt übertragen wurde.<sup>7</sup>

Dabei liegt insbesondere unter den Bedingungen der Verbreitung von Informationen durch „soziale Netzwerke“ im Internet ein wirksamer Schutz der Persönlichkeitsrechte von Amtsträgerinnen und Amtsträgern sowie Politikerinnen und Politikern über die Bedeutung für die jeweils Betroffenen hinaus im öffentlichen Interesse, was das Gewicht dieser Rechte in der Abwägung verstärken kann. Denn eine Bereitschaft zur Mitwirkung in Staat und Gesellschaft kann nur erwartet werden, wenn für diejenigen, die sich engagieren und öffentlich einbringen, ein hinreichender Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte gewährleistet ist.<sup>8</sup>

Der grundrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit als unmittelbarer Ausdruck der Persönlichkeit impliziert - in den Grenzen zumutbarer Selbstbeherrschung - die rechtliche Anerkennung menschlicher Subjektivität und damit auch von Emotionalität und Erregbarkeit. Demgegenüber kann bei schriftlichen Äußerungen im Allgemeinen ein höheres Maß an Bedacht und Zurückhaltung erwartet werden. Dies gilt – unter Berücksichtigung der konkreten Kommunikationsumstände – grundsätzlich auch für textliche Äußerungen in den „sozialen Netzwerken“ im Internet.

Im Ausgangspunkt zutreffend erkennt das Kammergericht, dass es sich bei den noch verfahrensgegenständlichen Bezeichnungen der Beschwerdeführerin um erheblich ehrenrührige Herabsetzung handelt.

<sup>3</sup> vgl. BVerfGE 7, 198 <212>; 85, 1 <16>; 93, 266 <293>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2397/19 -, Rn. 15; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016 - 1 BvR 2646/15 -, Rn. 12; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Mai 2009 - 1 BvR 2272/04 -, Rn. 28.

<sup>4</sup> vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2397/19 -, Rn. 17 mit Verweis auf BVerfGE 82, 43 <51>; 85, 1 <16>; 90, 241 <248>; 93, 266 <293>; 99, 185 <196>.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2397/19 -, Rn. 29 m.w.N.

<sup>6</sup> vgl. EGMR, Lingens v. Austria, Urteil vom 8. Juli 1986, Nr. 9815/82, § 42; Oberschlick v. Austria I, Urteil vom 23. Mai 1991, Nr. 11662/85, § 59; Oberschlick v. Austria II, Urteil vom 1. Juli 1997, Nr. 20834/92, § 29; EON v. France, Urteil vom 14. März 2013, Nr. 26118/10, § 59.

<sup>7</sup> vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2397/19 -, Rn. 31.

<sup>8</sup> vgl. BVerfGE 152, 152 <199 Rn. 108> - Recht auf Vergessen I; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2397/19 -, Rn. 32.

Zwar deutet das Kammergericht die Notwendigkeit einer Abwägung an, wenn es feststellt, dass wegen der widerstreitenden verfassungsrechtlichen Gewährleistungen die persönlichkeitsrechtlichen Belange der Nutzer gegeneinander abzuwägen seien. Verfassungsrechtlich fehlerhaft knüpft es die Voraussetzungen der Beleidigung sodann aber an die Sonderform der Schmähkritik an. en handelt.

Vorliegend hat sich das Fachgericht aufgrund einer fehlerhaften Maßstabsbildung, die eine Beleidigung letztlich mit der Schmähkritik gleichsetzt, mit der Abwägung der Gesichtspunkte des Einzelfalls nicht auseinandergesetzt. Hierin liegt eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Beschwerdeführerin. Bereits dieser – praktisch vollständige – Abwägungsausfall muss zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung führen.

Für alle weiteren verfahrensgegenständlichen Äußerungen unterlässt das Fachgericht eine Abwägung. Es vertritt die Ansicht, die zuvor gemachten Ausführungen gälten gleichfalls für diese Äußerungen. Die etwaige Kritik trete nicht derart in den Hintergrund, dass nur noch ein herabsetzender Charakter verbleibe. Die

Äußerungen seien ungehörig, überzogen, respekt- und distanzlos; der Bezug zu einer Sachauseinandersetzung werde aber nicht deshalb komplett aufgehoben, weil er mit schlechtem Benehmen einhergehe.

Die Entscheidungen beruhen auf den aufgezeigten verfassungsrechtlichen Fehlern. Es ist nicht auszuschließen, dass die Fachgerichte bei erneuter Befassung unter angemessener Berücksichtigung des Persönlichkeitsrechts der Beschwerdeführerin auf der einen und der Bedeutung der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite zu einer anderen Entscheidung in der Sache kommen werden.

Die Beschlüsse des Kammergerichts sind demnach gemäß § 93c Abs. 2 in Verbindung mit § 95 Abs. 2 BVerfGG aufzuheben, soweit sie zu Lasten der Beschwerdeführerin ergangen sind. Die Sache wird insoweit zur erneuten Entscheidung an das Kammergericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Auslagererstattung folgt aus § 34a Abs. 2 BVerfGG. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 37 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 14 Abs. 1 RVG.<sup>9</sup>

*Mariam kvirikashvili*

---

<sup>9</sup> vgl. BVerfGE 79, 365 <366 ff.>.