

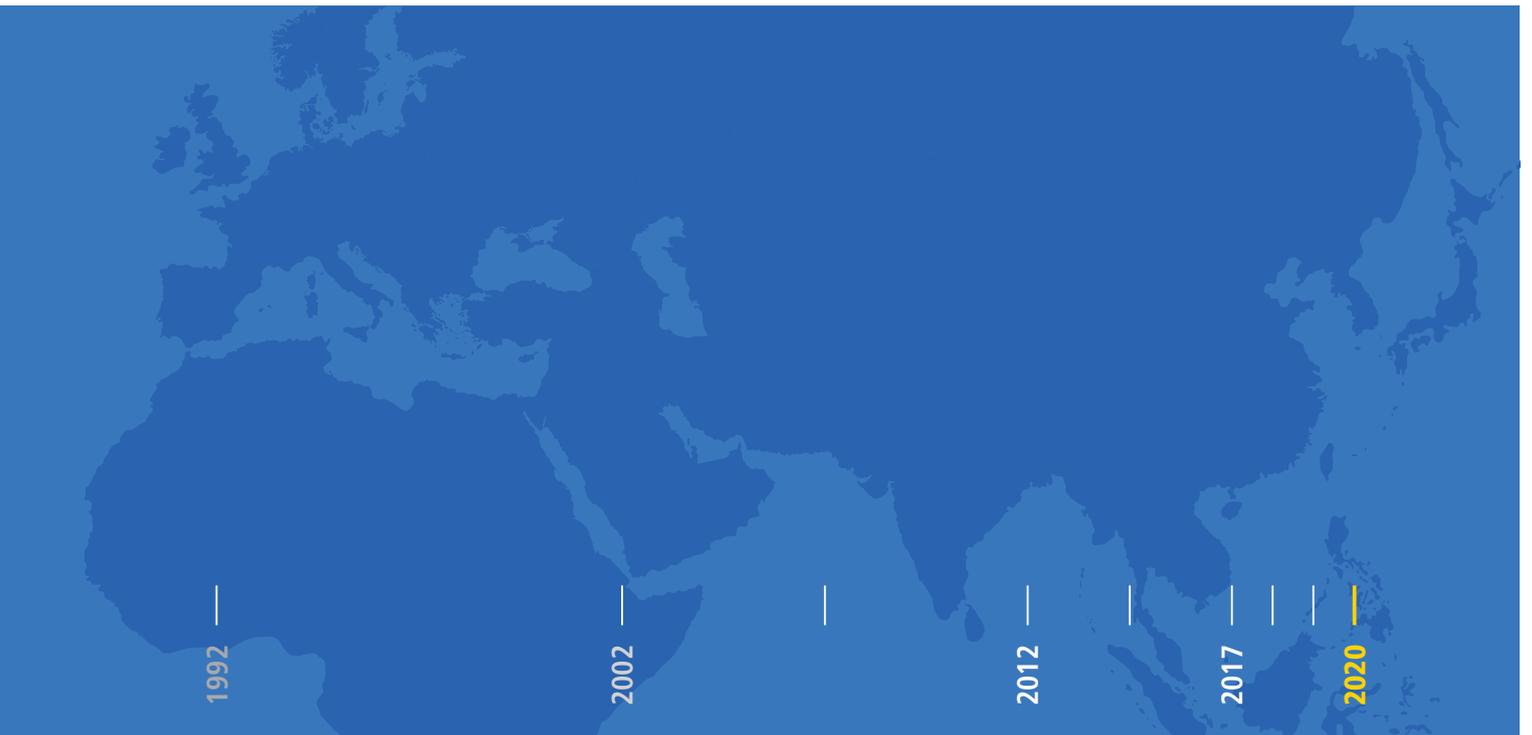
# Publikationen

zur rechtlichen Zusammenarbeit

5/2020

შედარებითი სამართლის  
ქართულ - გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische Zeitschrift  
für Rechtsvergleichung



Gefördert durch:



Bundesministerium  
der Justiz und  
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



თინათინ წებულის სახელმძღვანელოს  
სახელმწიფოსა და  
საგარეო ურთიერთობების  
ნაციონალური ინსტიტუტი

5/2020

Deutsch-Georgische  
ZEITSCHRIFT FÜR  
RECHTSVERGLEICHUNG

შპლაკობითი  
სამართლის

ქართულ-გერმანული ჟურნალი



VERLAG DES INSTITUTS FÜR STAAT UND RECHT

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

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

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

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

## **Schriftleitung**

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Prof. Dr. Olaf Muthorst

Assoz. Prof. Lado Sirdadze

## **Herausgeber**

Prof. Dr. Dr. hc Tiziana J. Chiusi

Prof. Dr. Olaf Muthorst

Notar Justizrat Richard Bock

Richter Wolfram Eberhard

Prof. Dr. Arkadiusz Wudarski

Richter Dr. Timo Utermark

Rechtsanwalt Dr. Max Gutbrod

Prof. Dr. Giorgi Khubua

Prof. Dr. Lasha Bregvadze

Prof. Dr. Irakli Burduli

Prof. Dr. Zviad Gabisonia

Frank Hupfeld

Khatuna Diasamidze

Assoz. Prof. Dr. Sulkhani Gamqrelidze

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Assoz. Prof. Dr. Shalva Papuashvili

Assoz. Prof. Lado Sirdadze

David Maisuradze

Rechtsanwalt Giorgi Zhorzholiani

Khatia Papidze

Rechtsanwalt Gocha Oqreshidze

Demetre Egnatashvili

Rechtsanwalt Ketevan Buadze

Rechtsanwalt Nikoloz Sheqiladze

Tornike Darjania

Assist. Prof. Dr. Temur Tskitishvili

## **Technische Unterstützung und Layout**

David Maisuradze

## **Arbeitsgruppe**

Nino Kavshbaia

Tatia Jorbenadze

Ana Baiadze

Tilman Sutor

ISSN 2587-5191

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

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

© Autoren, 2020

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



# Inhaltsverzeichnis

## AUFSÄTZE

- Der Aufbau und die Systematik des Bereicherungsrechts in England** 1  
*Giorgi Rusiashvili*
- Das Wesen, die Funktionen und die Rezeption der Business Judgment Rule im georgischen Gesellschaftsrecht** 21  
*Lasha Zurabiani*

## VARIA

- Covid-19 und der Schutz personenbezogener Daten beim Fernunterricht mit Zoom** 46  
*Sergi Jorbenadze*

## RECHTSPRECHUNG

- OGH, Verpflichtung zur Ausgabe einer Bankgarantie; Kauf mit dem Recht auf Rückkauf (*Kavshbaia*) 49
- OGH, Redlichkeitsvermutung und Einschätzung der voraussichtlichen Schadenshöhe für den Schuldner (*Meladze*) 50
- OGH, Entgangener Gewinn bei der Nichterfüllung von Zahlungsverpflichtungen (*Meladze*) 53
- OGH, Beschränkte Haftung der Gesellschafter und Geschäftsführer in einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*Baiadze*) 55



# Der Aufbau und die Systematik des Bereicherungsrechts in England

Assoc. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Tinatini Tsereteli Institut für Staat und Recht  
Staatliche Universität Tiflis

## I. Einleitung

In allen Rechtsordnungen ist der Gegenstand des Bereicherungsrechts der gleiche: die Rückgewähr von rechtsgrundlos erfolgter Vermögensverschiebung. Im Unterschied zu den kontinentaleuropäischen Rechtssystemen sind in der angloamerikanischen Tradition die Prinzipien, durch die die Rechtsgrundlosigkeit festgestellt wird, deutlich weniger systematisiert. Es gibt keine Gesetzesgrundlage für eine einheitliche Regelung dieses Rechtsbereichs, was eine bewusste Entscheidung dieser Rechtsordnungen darstellt. Jegliche „übertriebene“ Kategorisierung dieses Rechtsgebietes kann nur didaktischen Zwecken dienen<sup>1</sup> und hat keinerlei praktische Bedeutung. Tatsächlich erschwert diese Systematisierung sogar die Herauskristallisierung sowie die Anwendung von entsprechenden Prinzipien.

Im Gegensatz dazu teilen das deutsche Recht und das von diesem beeinflusste georgische Recht<sup>2</sup> die Kondiktionsansprüche in vier Gruppen

<sup>1</sup> Vgl. B. Dickson, Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview, Cambridge Law Journal 54(1) (1995), 101.

<sup>2</sup> S. zu dem Entwurf von König, der als Vorbild und Grundlage für die Art. 976 ff. GZGB gedient hat, G. Rusiashvili, Das Georgische Bereicherungsrecht und Entwurf König, Saarbrücken 2019, in: T. J. Chiusi/I. Burduli, Rechtsvergleichung und Privatrecht im deutsch-georgischen Diskurs, 63 ff.; G. Rusiashvili, Reformvorschlag für Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, 2020, 7, [http://lawlibrary.info/ge\\_32.03.2020](http://lawlibrary.info/ge_32.03.2020) (auf Georgisch).

auf: 1. Leistungskondition - Rückabwicklung von nichtigen Leistungen (Art. 976 I GZGB<sup>3</sup>); 2. Eingriffskondition – Schutzinstrument von zugewiesenen Rechtspositionen (Art. 982 I GZGB); 3. Verwendungskondition, die den Zweck verfolgt, auf fremde Sache gemachte Verwendungen zu ersetzen (Art. 987 I GZGB) und 4. Rückgriffskondition – irrtümliche Begleichung von fremden Schulden (Art. 986 GZGB). Die erste Gruppe stellt eine Ergänzung des Vertragsrechts dar. Die Eingriffskondition ergänzt das Delikts- und Eigentumsschutzrecht, und die Rückgriffs- und Aufwendungskonditionen ergänzen schließlich das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag. Selbst wenn sie theoretisch nicht abschließend sind, erfassen diese vier Rechtskonditionen in der Praxis alle Fälle der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung, und der Rechtsanwender braucht nur darunter zu subsumieren.

Im angloamerikanischen Recht ist das Gegenteil der Fall,<sup>4</sup> insbesondere im englischen Recht,

<sup>3</sup> Die deutsche Übersetzung des Georgischen Zivilgesetzbuches (GZGB) ist abrufbar unter: <http://lawlibrary.info/ge> (11.03.2020).

<sup>4</sup> Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung in den USA hat größtenteils einen eigenen Entwicklungsweg durchlaufen seit der Veröffentlichung des *Restatement on Restitution* (1937). Die dritte Auflage ist bereits erschienen – *Restatement of Restitution and Unjust Enrichment*, Third (2011) –, die mit dem Namen von Andrew Kull verbunden ist (*M. Traynor, The Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment: Some Introductory Suggestions*, Washington and Lee Law Review

wo Rückabwicklungsansprüche bewusst weder verallgemeinert noch kategorisiert werden. Das Hauptproblem ist vielmehr, wie oben erwähnt, das Auffinden von Prinzipien, die eine Bereicherung ungerechtfertigt machen. Im englischen Recht werden die Kondiktionsansprüche grundsätzlich in zwei Gruppen unterteilt. „Ungerechte Bereicherung“ (*enrichment by wrongs*)<sup>5</sup> liegt vor, wenn sich der Bereicherte fremde Rechtsgüter durch eigene Handlung aneignet. Eine „Bereicherung auf Kosten von anderen“ (*enrichment by subtraction*)<sup>6</sup> ist es hingegen, wenn der Bereicherungsempfänger fremde Rechtsgüter erlangt, ohne dass seine Bereicherung gerechtfertigt wäre. Diese Zweiteilung ist jedoch nicht aussagekräftig und ohne praktische Bedeutung. womit Die englische Doktrin arbeitet vielmehr mit der Typologie von *unjust factors*, von sog. ungerech-

fertigten Faktoren,<sup>7</sup> einer Aufzählung von Rechtstatbeständen, deren Existenz ein Recht auf Rückgewähr des Empfangenen verleihen. Diese sind: Irrtum, Nichtwissen, Zwang, Ausbeutung, rechtlicher Zwang, Notwendigkeit, Wegfall von *consideration*, Gesetzeswidrigkeit, Unmöglichkeit, *ultra-vires*-Handeln durch öffentliche Stellen und Zurückbehaltung von Vermögen des Beklagten gegen seinen Willen. Diese Aufzählung ist nicht abschließend, bzw. nicht alle Einteilungen halten sich an die genannten Begriffe. Entscheidend ist immer die methodische Herangehensweise, die englisches Recht für die Einteilung von Kondiktionsansprüchen wählt. So kann man idealtypisch von einem Gegensatz zwischen deutschem und englischem Recht sprechen.

Dieser Gegensatz wirkt sich im Ergebnis nicht in allen Fällen deutlich aus. Oft wird der Gegensatz so umschrieben, dass das deutsche Bereicherungsrecht eine objektive und das englische Recht (hauptsächlich) eine subjektive Herangehensweise bevorzugt. Letztlich ist dies nicht aussagekräftig und eher eine Metapher. Als weiterer Aspekt wird für den Gegensatz zunächst auf die Beweislastverteilung hingewiesen. Auf den ersten Blick erscheint es, dass in Deutschland der Kläger beweisen soll, dass dem Beklagten kein Grund für das Behaltendürfen der Leistung zusteht und in England der Kläger, dass ihm ein Grund für die Rückforderung zusteht. Der Kläger soll also die Tatsachen darlegen und beweisen, die das Behalten der Bereicherung „unrichtig“ machen – was eine gerechtere Verteilung der Beweislast darstellt, im Vergleich zu dem deutschen Modell. Von dem Prinzip ausgehend, dass jede Partei dasjenige vortragen und dafür die Beweislast tragen muss, was in ihren Interessen

---

68(3) (2011), 899 ff.; *Dickson*, CLJ 54(1) (1995), oben Anm. 1, 102 ff.; *M. P. Gergen*; *The Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment at Midpoint*, *Current Legal Problems* 56(1) (2003), 289 ff.). Ausgehend von dieser Entwicklung sind das englische und das amerikanische Recht nicht identisch aufgestellt, und einige Präjudizien im englischen Recht sind für das amerikanische nicht bindend und umgekehrt. Aber selbst die amerikanische Rechtsordnung ist selbst nicht homogen. Während das Restatement darauf ausgerichtet ist, dass für den restitutorischen (bereicherungsrechtlichen) Anspruch nicht das entscheidend ist, was der Kondiktionsgläubiger verloren hat, sondern das, was der Kondiktionsschuldner aus seinem Vermögen erlangt hat, so sieht der *North Dakota Supreme Court* ebenso die Verarmung des Bereicherungsschuldners (*Schroeder v. Buchholz*, 2001 ND 36, 622 N.W.2d 202). Dies verwischt die Grenze zwischen Kondiktions- und Deliktsrecht.

<sup>5</sup> *D. Johnston/R. Zimmermann*, *Unjustified enrichment: surveying the landscape*, in: *D. Johnston/R. Zimmermann* (eds) *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge 2002, 4.

<sup>6</sup> *Johnston/Zimmermann*, in: *Johnston/Zimmermann* (eds) *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, oben Anm. 5, 5.

---

<sup>7</sup> *Johnston/Zimmermann*, in: *Johnston/Zimmermann* (eds) *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, oben Anm. 5, 5.

liegt<sup>8</sup> (was in beiden Rechtsordnungen gleichermaßen gilt), sollte in Deutschland der Beweis der „Ungerechtfertigkeit“ eigentlich der Bereicherungsgläubiger erbringen – dies läuft aber auf den Beweis von negativen Tatsachen hinaus und könnte in einigen Fällen unmöglich sein. Tatsächlich erfolgt auch in Deutschland im Rahmen der sog. „sekundären Beweislast“<sup>9</sup> eine Beweislastumkehr. Nach dem Darlegen des Rückforderungsgrundes seitens des Klägers soll nämlich der Beklagte beweisen, dass ihm ein Recht für die Zurückbehaltung des Erlangten zusteht,<sup>10</sup> und der Kläger soll dagegen einen Gegenbeweis führen.<sup>11</sup> Somit liegt auch in Deutschland der Schwerpunkt der Beweisführung beim Behaupten und Beweisen eines Rechtsgrundes für das erlangte „Etwas“ und die Gegenbeweisführung beim Kläger, was sich vom englischen Modell nicht so gewichtig unterscheidet.

## II. Das Bereicherungsrecht in England

In England war die Existenz des Bereicherungsrechtes als selbständiges Rechtsgebiet nicht immer anerkannt. „Es gibt keine generelle Doktrin der ungerechtfertigten Bereicherung“<sup>12</sup> – diesen Satz findet man noch in einer wichtigen Entscheidung aus den siebziger Jahren und aus dem Munde eines einflussreichen Richters seiner Zeit (*Kenneth Diplock*). Aber natürlich hatte so eine Zurückweisung des Bereicherungsrechtes keine große Perspektive. Das Recht der unge-

rechtfertigten Bereicherung hat seine eigenständige Regelung, die durch kein anderes Rechtsinstitut, sei es aus dem Gebiet des Vertrags- oder Deliktsrecht, ersetzt werden kann. Deswegen hat sich heutzutage die Perspektive geändert,<sup>13</sup> genauso wie die frühere These der Subsidiarität des Bereicherungsrechtes.

Das ist eindeutig bei einem Urteil aus dem Jahr 2000 zu sehen, das auf ziemlich breite Resonanz gestoßen ist:<sup>14</sup> Der ehemalige Mitarbeiter des britischen Geheimdienstes und russischer Doppelagent *George Blake* veröffentlichte seine Lebenserinnerungen, obwohl er arbeitsvertraglich dazu verpflichtet war, die im Zusammenhang mit seiner Diensttätigkeit erlangten Informationen zu keiner Zeit offen zu legen, weder während seiner Dienstzeit noch nach seiner Entpflichtung. Obgleich diese Veröffentlichung dem Staat keinerlei finanziellen Schaden zufügte, erzielte *Blake* daraus erheblichen finanziellen Gewinn. Einer Auffassung zufolge hatte der Staat gegen *Blake* einen Schadensersatzanspruch in Form von *restitutionary damage*, der auf die Übergabe des finanziellen Gewinns abzielte. Nach einer anderen Auffassung durften die von *Blake* erwirtschafteten Gelder nur nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung verlangt werden (*Lord Hobhouse*) – der Kläger hatte ein Recht auf diese Gelder, da die verwerteten Informationen sein Eigentum gewesen waren (bzw. ihm stand ein eigentumsgleiches Recht darauf zu). Diese Auffassung hat das Gericht zugrunde gelegt.

Die Entscheidung des englischen Gerichtes erscheint logisch und konsequent, im Endeffekt jedoch überzeugt sie nicht. Das Problem liegt im Wesentlichen darin, dass weder der Staat noch

<sup>8</sup> BGH NJW 1999, 2887.

<sup>9</sup> BGH NJW 1999, 2888 mwN.

<sup>10</sup> BGH, Ur. v. 5. Februar 2003 - VIII ZR 111/02, unter II. 1. c.; *K. Kiethe*, Zulässigkeit von Beweisantritten bei Behauptungen auf Grundlage einer zivilrechtlichen Vermutungsbasis, MDR 2003, 783.

<sup>11</sup> BGH, Ur. v. 6. Oktober 1994 - III ZR 165/93, ZIP 1995, 457.

<sup>12</sup> *Orakpo v. Manson Investments Ltd.* [1978] AC 95; vgl. auch *Dickson*, CLJ 54(1) (1995), oben Anm. 1, 105.

<sup>13</sup> Vgl. *Banque Financiere De La Cite v. Parc (Battersea) Ltd and Others* [1998] UKHL 7.

<sup>14</sup> *Attorney-General v Blake* [2001] 1 AC 268.

seine Organe eine solche Information gewinnbringend verwerten dürfen. Dies folgt nicht nur aus dem fehlenden Interesse an einer Vermarktung oder fehlender fachlicher Einsicht in die Memoiren, sondern vor allem deswegen, da der Staat keine öffentlich-rechtliche Befugnis (Ermächtigungsgrundlage) dazu hatte.<sup>15</sup> Die von den Geheimdiensten erworbene Information ist wirtschaftlich nicht verwertbar (kommerzialisierbar) und stellt deswegen keinen Vermögenswert dar. Durch unzulässige Nutzung erwirtschaftete Gelder gehören daher nicht dem Organ oder der Person, die eine Information in einem anderen Zusammenhang berechtigt erhebt und verwendet. Eine entgegengesetzte Annahme würde bedeuten, dass - etwa in „Lösegeldsituationen“ - auch von einem Kindesentführer, der das Kind an einem anderen "verkauft", die Eltern oder das Kind selbst die Herausgabe des aus diesem "Vertrag" erzielten "Kaufpreises" fordern dürften. Das wäre nicht nachvollziehbar. Das Kind stellt kein Vermögensgut dar. Die englische Doktrin hätte ein nicht sinnvolles Ergebnis vermeiden können, hätte sie die Lehre von dem "Zuweisungsgehalt des verletzten Rechts"<sup>16</sup> genutzt, eine Erfindung des deutschen strikt dogmatischen Rechtsdenkens. Diese unterschiedliche Dogmatisierung kann dem Gericht dennoch nicht zum Vorwurf gemacht werden.

<sup>15</sup> Natürlich kann derjenige, in dessen Vermögen eingegriffen wurde, von dem Eingreifendem den vollständig daraus gezogenen Vorteil zurückfordern, selbst wenn er diesen Vorteil aus seinem Rechtsgut nicht ziehen könnte (aus praktischen Gründen) oder wollte. Aber es ist auf jedem Fall erforderlich, dass die rechtliche Möglichkeit dieser Vorteilsziehung dem Gläubiger zugewiesen war – sog. „Zuweisungsgehalt des geschützten Rechts“, s. dazu G. Rusiashvili, Zeitschrift der Rechtsvergleichung 4/2019, 50 (auf Georgisch).

<sup>16</sup> Rusiashvili, Reformvorschlag für ungerechtfertigte Bereicherung, oben Anm. 2, 7; G. Rusiashvili, Zeitschrift für die Rechtsvergleichung 4/2019, 50 ff. (auf Georgisch).

### III. Einzelne ungerechtfertigte Faktoren

#### 1. Irrtum

In England stellt der Irrtum einen Grund für den Restitutionsanspruch dar.<sup>17</sup> Der Irrtum soll normalerweise die rechtliche Verpflichtung betreffen. Im Falle von anderen Irrtümern (außerhalb der rechtlichen Verpflichtung) sind Kriterien herauszuarbeiten, die diesen Irrtum als gewichtig erscheinen lassen. So soll die Rückforderung ausgeschlossen werden, wenn der Leistende irrtümlich auf seine rechtlich wirksame Verpflichtung leistet. Die Notwendigkeit des Irrtums als Voraussetzung für den Kondiktionsanspruch ist bereits im römischen Recht bekannt gewesen. Im römischen Recht gab es keine einheitliche Leistungskondiktion, sondern nur einzelne spezifische Leistungskonditionen. Der Irrtum ist von diesen nur für die *condictio indebiti* (Erfüllung einer nichtexistenten Verbindlichkeit) eine Voraussetzung gewesen, und im Falle der *condictio sine causa* (Erfüllung einer nichtigen Verpflichtung) spielte sie keine Rolle. Im BGB-Recht wurden fast alle römischrechtlichen Leistungskonditionen in einer einheitlichen Leistungskondiktion zusammengefasst (§ 812 I 1, Alt. 1 BGB) und die Notwendigkeit des Irrtums hat alle Tatbestände der Leistungskondiktion erfasst. In § 814 BGB wurde sie als negative Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs verankert, die vom Beklagten bewiesen werden soll.<sup>18</sup> Diese Vorschrift hat sich einerseits als zu eng und andererseits als zu weitreichend herausgestellt, da sie auch die Fälle der *condictio sine causa* erfasst hat.<sup>19</sup> Abgesehen davon ist eine Parallele zwischen § 814 BGB und

<sup>17</sup> S. Meier, Unjust factors and legal grounds, in: Johnston/Zimmermann (eds) Unjustified Enrichment, oben Anm. 5, 38.

<sup>18</sup> In Georgien hat diese Irrtumserfordernis im Gesetz einen anderen Eingang gefunden – Art. 976 II g) GZGB.

<sup>19</sup> Rusiashvili, Reformvorschlag für ungerechtfertigte Bereicherung, oben Anm. 2, 26 ff.

dem „Irrtum“ als *unjust factor* nur oberflächlich, da die Engländer keine Trennung zwischen dem „Irrtum bei der Willenserklärung“, der zur Anfechtung des Rechtsgeschäfts führt, und dem „Irrtum bei der Leistung“ machen, der zur Rückforderung des irrtümlich Geleisteten berechtigt (§ 814 BGB genauso wie Art. 976 II g) GZGB betreffen nur diesen letzteren Fall).

Wie oben erwähnt, war in England für die Rückforderung aufgrund des Irrtums, als *unjust factor*, ursprünglich ein Irrtum in Bezug auf die Verpflichtung gefordert (*liability mistake*).<sup>20</sup> Aber dieser Begriff griff von Anfang an zu kurz. Wie sollte etwa der Fall beurteilt werden, wenn jemand eine Verbindlichkeit erfüllte, von der er wusste, dass sie unwirksam ist? Aufgrund dessen wurden im Endeffekt unter dem Begriff des Irrtums auch andere Fälle als „Irrtümer in der Verbindlichkeit“ zusammengefasst.<sup>21</sup> Etwa ein Irrtum in der sittlichen Verbindlichkeit, wenn dem Leistenden zwar bewusst war, dass er nicht verpflichtet war, er sich jedoch aufgrund einer sittlichen Pflicht verbunden fühlte und deswegen auch leistete (*Larner v. London County Council*).<sup>22</sup> Das Konzept einer sittlichen Verpflichtung ist letztendlich zu unbestimmt, und es ist nicht klar, ob das Konzept auf alle Pflichten anwendbar ist oder nur auf diejenigen der öffentlichen Hand.<sup>23</sup>

Als Beispiel der Anerkennung anderer Irrtümer als Rückforderungsgrund, neben dem „Irrtum in der Verbindlichkeit“, ist *Morgan v. Ashcroft* und die dazu gehörende Diskussion. In diesem Fall hat der Kläger ein und dieselbe Schuld aus einer Wette irrtümlich doppelt bezahlt. Die Wette war zwar nicht rechtswidrig, die Verpflich-

tung daraus war jedoch nicht erzwingbar. Ungeachtet dieser Tatsache hat das englische Gericht dem zahlenden Kläger kein Recht auf die Rückforderung zugesprochen. Heute gilt diese Entscheidung als unrichtig (abgesehen von den Besonderheiten der Wette). Wenn das nicht verpflichtende Geschäft, dessen Erfüllung der Leistende mit seiner Leistung beabsichtigt hat, gar nicht existiert, soll die Rückforderung auch ohne den Irrtum möglich sein.<sup>24</sup> In Deutschland und in Georgien stellt die Wette eine sog. Naturalobligation dar (vgl. § 762 BGB und Art. 951 GZGB), die zwar keinen rechtlich durchsetzbaren Anspruch ergibt, aber im Falle der freiwilligen Leistung einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Empfangenen darstellt. Sie kann jedoch in keinem Fall als Grundlage für das Behalten des doppelten Leistungsbetrags dienen. In *Morgan v. Ashcroft* hat der Richter *Wilfried Greene* seine Entscheidung (Untersagen der Rückforderung) mit dem Beispiel eines Vaters begründet, der seiner Tochter das Geld in der irrtümlichen Annahme geschenkt hat, dass sie sich in Geldnot befinde, was eben nicht zutrif; natürlich soll ihm nach dem Erkennen dieses Irrtums kein Rückforderungsrecht zustehen.<sup>25</sup> In England stellt die Schenkung (vor der Leistung) wegen der fehlenden Gegenleistung (*consideration*) kein verbindliches Rechtsgeschäft dar. Deswegen soll der Vater hier kein Rückforderungsrecht haben, da ihm kein „Irrtum in der Verbindlichkeit“ unterlaufen ist – er hat geleistet, obwohl er gewusst hat, dass er dazu nicht verpflichtet war.

In kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, wie etwa in Deutschland, würde oben geschilderter Schenkungsfall gar nicht unter dem Bereiche-

<sup>20</sup> *Kelly v Solari* (1841) 9 M&W 54.

<sup>21</sup> *Meier*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 17, 41.

<sup>22</sup> *Larner v London County Council* [1949] 2 KB 683.

<sup>23</sup> *Meier*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 17, 41.

<sup>24</sup> *Meier*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 17, 43.

<sup>25</sup> *Morgan v Ashcroft* [1938] 1 KB 49 (CA).

rungsrecht subsumiert.<sup>26</sup> Ist der Schenkungsvertrag wirksam und liegt kein Grund für seine Anfechtung (etwa wegen Betruges) oder ein Wegfall der Geschäftsgrundlage (vgl. Art. 398 GZGB) vor, wird ein Kondiktionsanspruch auf jeden Fall ausgeschlossen sein (Ausnahme: *condictio ob rem*, Art. 977 GZGB, was hier nicht der Fall gewesen ist). Es ist jedoch nicht ganz nachvollziehbar, wie das englische Gericht, ausgehend von diesem Beispiel, die Rückforderung der doppelt gezahlten Wettsumme<sup>27</sup> ausschließt. Diese Unstimmigkeit gibt heute das englische Gericht selbst zu.<sup>28</sup>

Im englischen Recht sind die konkreten Voraussetzungen eines Irrtums, der zu einer Rückforderung berechtigt, zudem nicht ganz eindeutig geklärt. Einer Auffassung zufolge berechtigt jeder kausale Irrtum zur Rückforderung.<sup>29</sup> Darüber hinaus soll die Rückerstattung auch in all denjenigen Fällen erfolgen, in denen sich die Erwartungen des Leistenden als unrichtig herausgestellt haben. Zu diesen Fällen zählt nicht, wenn etwa A einer Wohltätigkeitsorganisation in der unrichtigen Annahme Geld spendet, dass sowohl der Bürgermeister als auch der Pfarrer der Gemeinde ebenfalls auf das Konto der Wohltätigkeitsorganisation Geld eingezahlt haben.<sup>30</sup> Hier ist die bereicherungsrechtliche Rückforderung nicht zulässig, da der Irrtum einen unbeachtlichen Motivirrtum (in deutscher Terminologie) darstellt. Für die Rückforderung ist dagegen ein

„beachtlicher“ Irrtum<sup>31</sup> erforderlich. So ist es unzulässig, das Geschenkte nur deswegen zurückzuverlangen, weil der Schenker dies im Nachhinein bereut hat.<sup>32</sup>

Die Problematik des sog. „rechtlichen Irrtums“ soll gesondert behandelt werden. Ein Rechtsirrtum liegt vor, wenn dem Leistenden bei seiner Leistung nicht bewusst ist, dass das Recht seine Verpflichtung als unverbindlich betrachtet. Zum Beispiel zahlt ein Darlehensnehmer ein Darlehen samt 16% Zinsen zurück, obwohl der gesetzlich zulässige Zinssatz 12 % Zinsen beträgt und eine darüberhinausgehende Vereinbarung als unwirksam gilt. Das Gericht hat diesen Fall folgendermaßen beurteilt: Das Gesetz schützt nicht den Kläger, der sich in einem rechtlichen Irrtum befunden hat, was ihm kein Recht auf die Rückforderung verliehen hat. Die Beschränkung auf 12% Zinsen dient lediglich dazu auszuschließen, den vereinbarten höheren Zinssatz zu erzwingen oder einzuklagen.<sup>33</sup>

In Deutschland gilt dieser sog. rechtliche Irrtum als ein Fall des Irrtums nach § 814 BGB (Art. 976 II c) GZGB), und die Rückforderung ist auch in diesem Fall unbeschränkt zulässig. Die Fälle, bei denen die Rückforderung der Erfüllung einer unwirksamen Verbindlichkeit ausgeschlossen werden soll, werden nach anderen Prinzipien entschieden, etwa nach § 817 2 BGB (Art. 976 II d) GZGB) oder nach dem Konzept der Naturalobligation. Im Gegensatz dazu stellt der Rechtsirrtum in England kein Recht zur Rückforderung dar. Letztendlich ist auch diese Begründung von der Literatur stark kritisiert und sogar zurückgewiesen worden. Auch der Rechtsirrtum stellt einen Irrtum dar, und die Rückforderung ist

<sup>26</sup> Meier, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 17, 44.

<sup>27</sup> Rusiashvili, Reformvorschlag für ungerechtfertigte Bereicherung, oben Anm. 2, 129 ff., mwN.

<sup>28</sup> Meier, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 17, 50.

<sup>29</sup> Meier, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 17, 50.

<sup>30</sup> *Ogilvie v. Littleboy* (1893) 13 TLR 399.

<sup>31</sup> Meier, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 17, 50.

<sup>32</sup> *Wilson v. Thornbury* (1875) LR 10 Ch App 239.

<sup>33</sup> *J & S Holdings Pty Ltd v NRMA Insurance Ltd* (1982) 41 ALR 539.

nicht wegen der Art des Irrtums, sondern wegen der Existenz des Rechtsgrundes ausgeschlossen. Einige Verbindlichkeiten sind zwar nicht erzwingbar, bilden jedoch im Falle der freiwilligen Erfüllung einen Rechtsgrund für das Behalten dürfen. Es gibt Fälle, bei denen diese trotz der Leistung auf eine nicht erzwingbare oder unwirksame Leistung beim Empfänger verbleiben soll (s. dazu unten).

Auch bei einer oberflächlichen Betrachtung findet man sehr schnell den grundsätzlichen Unterschied zwischen den angloamerikanischen (in unserem Fall den englischen) und kontinentaleuropäischen (nicht nur den deutschen) Lösungen. In kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen gehört die Mehrzahl der oben angeführten Fälle zu den rechtsgeschäftlichen Fragen des Rechtsgeschäftsrechts und sollten daher nach den Regeln der Rechtsgeschäfte (Anfechtung, Wegfall der Geschäftsgrundlage usw.) beurteilt werden. Wie oben erwähnt, kennen auch die Rechtsordnungen der deutschen Rechtsfamilie den Begriff der „irrtümlichen Leistung“ (Art. 976 II c) GZGB), welcher bereits zu der ungerechtfertigten Bereicherung gehört, etwa als negative Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs.

Angloamerikanisches Recht sieht hingegen keinen Unterschied zwischen dem Irrtum bei der Willenserklärung und dem Irrtum bei der Leistung. Warum sollte aber diese Unterscheidung wichtig sein, wenn auch das angloamerikanische Recht die in der Praxis entstandenen Probleme in der Regel angemessen bewältigt? Die Antwort auf diese Frage ist recht plakativ: Das Recht ist nicht nur für die Lösung von einfachen Fällen geschaffen worden, bei denen das Ergebnis von vorneherein klar und eindeutig feststeht. Die Gestaltung von einzelnen Rechtsfiguren wird erst dann relevant, wenn die Lösung und ihre Begründung gerade nicht eindeutig feststehen. So urteilt etwa das Gericht (im Ergebnis zu Recht) in

*Morgan v. Ashcroft*, dass, wenn der Vater seinem Kind ein Geschenk aus einer falschen Vorstellung über dessen finanzielle Lage heraus macht, er dieses Geschenk nicht mehr zurückverlangen darf. Dies wird jedoch nicht damit begründet, dass das Geschäft wirksam ist, sondern damit, dass dem Vater kein Irrtum unterlaufen ist. Aber tatsächlich ist die Lösung dieses Falls über den Ausschluss der Kondiktion nur ein akzeptables, aber nicht hinreichend begründetes Ergebnis. Die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes betrifft nicht nur die Frage der bereicherungsrechtlichen Rückforderung, sondern auch etwa die Frage, ob der Beschenkte das Eigentum erwerben soll. Wie soll der Fall beurteilt werden, wenn etwa der Vater das Kind mit einer fremden Sache beschenkt? Das ist eine Frage, deren Lösung die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes betrifft und wenig mit dem Ausschluss oder Nichtausschluss des Kondiktionsanspruchs zu tun hat.

## **2. *Failure of consideration* – Die Erfüllung eines wirksamen und eines unwirksamen Rechtsgeschäfts**

Insoweit der Vertrag wirksam ist, ist in Deutschland die Anwendung von Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung gänzlich ausgeschlossen. Die Verletzung einer synallagmatischen Pflicht gibt lediglich ein Recht auf Rücktritt, aber kein Recht auf die Rückforderung des schon Geleisteten nach den Vorschriften des Bereicherungsrechtes. Einen anderen Weg wählt das englische Recht. Hier ist nämlich auch die Rückabwicklung eines wirksamen Vertrages zulässig mittels Bereicherungsanspruch im Falle des Ausbleibens einer Gegenleistung (*failure of consideration*). Somit stellt das Ausbleiben der

*consideration* einen *unjust factor* dar.<sup>34</sup> Zum Beispiel, wenn der Kläger von dem Beklagten ein Auto gekauft hat und der Verkäufer seine Verpflichtung nicht erfüllt, liegt hier ein Wegfallen der *consideration* vor, da der Kläger das Versprochene nicht erhalten hat. Aber *consideration* gilt nicht als entfallen, wenn der Vertrag zwar nicht ganz, aber zumindest teilweise erfüllt wurde, etwa wenn der Beklagte mit dem Bau des versprochenen Schiffes angefangen hat.<sup>35</sup> Somit ist der Empfänger ungerechtfertigt bereichert, wenn die *consideration* gänzlich ausfällt (*total failure of consideration*). Ein nur teilweises Ausbleiben reicht für die Rückforderung nicht aus.<sup>36</sup>

*Consideration* gilt auch dann als gänzlich entfallen, wenn nur ein Teil erfüllt wurde, aber gerade der nicht erfüllte Teil ihr Hauptmotiv bildete. Darüber hinaus ist ihr Ausbleiben auch bei Erbringung der Leistung möglich.<sup>37</sup> Etwa im Falle eines einheitlichen Vertrags, zu dessen teilweisen Erfüllung der Gläubiger kein Interesse gehabt hat. In diesem Fall entsteht *consideration* nur mit der gänzlichen Erfüllung des Vertrags. Selbst wenn der Gläubiger bei teilweiser Leistung einen gewissen Vorteil erhält, ist dies nur ein „zufälliger“ Vorteil und entspricht nicht dem, was der Kläger als Gegenleistung für das Geleistete erwartet hat.

Der Fall der zufälligen Leistung wird in *Rowland v Divall* behandelt:<sup>38</sup> Der Kläger, ein Gebrauchtwagenhändler, hat von dem Beklagten einen Gebrauchtwagen für 334 Pfund gekauft. Danach hat er den Wagen neu lackiert, in seinem

Autosalon ausgestellt und für 400 € weiterverkauft. Nach zwei Monaten wurde der Wagen von der Polizei als gestohlen beschlagnahmt und dem Eigentümer zurückgegeben. Der Kläger hat seinen Kunden den Kaufpreis rückerstattet und dann den Beklagten aufgrund des Gesetzes über den Kauf (*Sale of Goods Act*) verklagt. Nach der Entscheidung des Gerichtes hat der Beklagte kein Recht gehabt, den Wagen zu verkaufen, da er von dem Dieb kein Eigentum erwerben konnte. Das Eigentum ist beim ursprünglichen Eigentümer verblieben. Was aber die Nutzung des Wagens angeht, ist das nur ein zufälliger Vorteil gewesen und konnte somit eine *total failure of consideration* nicht ausschließen. Zugleich hat das Gericht die Aufwendungen des Beklagten auf die Sache als nicht ersatzfähig erachtet. Auf den ersten Blick kommt dieser Fall seinem Sachverhalt nach dem deutschen Jungbullenfall<sup>39</sup> ziemlich nahe: Ein Dieb hat von einem Bauern zwei Jungbullen entwendet und danach diese an einem Fabrikanten für 1.701 DM weiterverkauft. Der Fabrikant ist gutgläubig davon ausgegangen, dass der Dieb auch der Eigentümer der Tiere gewesen ist, und veranlasste in der Folge, die gekauften Tiere zu Würsten zu verarbeiten. Ein Anspruch gegen den Dieb kam von Beginn an nicht in Betracht, da dieser spurlos verschwunden war. Der Eigentümer verlangte von dem Fabrikanten Ersatz. Für seinen Anspruch war aus den Konditionen des deutschen Rechts nur die Eingriffskondition einschlägig. Diese ist aber nur dann anwendbar, wenn der Empfänger die Sache nicht durch eine Leistung bekommen hat<sup>40</sup> – Subsidiarität.<sup>41</sup> Das deutsche Gericht hat jedoch im vor-

<sup>34</sup> G. Virgo, Failure of consideration: myth and meaning in the English law of Restitution, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 34, 104.

<sup>35</sup> *Stocznia Gdanska SA v Latvian Shipping Co and Others*.

<sup>36</sup> Virgo, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 34, 116.

<sup>37</sup> Virgo, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 34, 112-114.

<sup>38</sup> *Rowland v Divall* [1923] 2 KB 500.

<sup>39</sup> BGHZ 55, 176.

<sup>40</sup> BGHZ 40, 278.

<sup>41</sup> G. Rusiashvili/D. Egnatashvili, Fälle zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen, Tbilisi 2016, 117 ff. (auf Georgisch).

liegenden Fall dieses Prinzip überzeugend und vollkommen zu Recht überwunden.<sup>42</sup>

Die Ähnlichkeit zwischen *Rowland v Divall* und dem Jungbullenfall ist jedoch eher von oberflächlichem Charakter bzw. folgt nur aus der Ähnlichkeit der Sachverhalte und daraus, dass das jeweilige Gericht beide Fälle nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen beurteilt hat. Aus deutscher Perspektive wäre in *Rowland v Divall* die Eingriffskondiktion nur dann einschlägig gewesen, wenn der Anspruchsteller der Eigentümer gewesen wäre, dem die Sache gestohlen wurde. Solange der Vertrag noch wirksam bleibt (selbst, wenn er verletzt wurde), dürften im Verhältnis zwischen dem Käufer und dem Verkäufer nur vertragliche Schadenersatzansprüche bzw. Rücktritt in Betracht kommen. In keinem Fall jedoch dürfte der Sachverhalt nach Bereicherungsrecht beurteilt werden. Ungeachtet dieser Tatsache ist es aus der englischen (bzw. generell aus anglo-amerikanischer Perspektive)<sup>43</sup> nicht zu erklären, warum ein Unterschied zwischen einem wirksamen und einem unwirksamen Vertrag gemacht werden soll, wenn der Kaufpreis sowieso rückerstattet wird. Diese prinzipiell einheitliche Behandlung von wirksamen und unwirksamen Verträgen, mit dem Argument, dass „es in beiden Fällen sowieso um das Gleiche – nämlich um eine Rückabwicklung – geht“, scheint nur auf dem ersten Blick eine einfache und klare Lösung zu sein. Die Herausbildung der rücktrittsrechtlichen (Art. 352 ff. GZGB) und bereicherungsrechtlichen

(Art. 976 ff. GZGB) Rückabwicklung als separate und voneinander unabhängige Regelungskomplexe liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rückgängigmachung eines wirksamen und (durch den Rücktritt) nur beendeten Vertrages anders erfolgen soll, als die eines von Beginn an unwirksamen Vertrags. Ein wirksamer Vertrag, der zu einem bestimmten Zeitpunkt mittels Rücktritt aufgelöst wird, bleibt bis zu diesem Zeitpunkt wirksam. Die in diesem Rahmen getroffene Vereinbarung bindet die Parteien auch nach dieser Beendigung, was eben eine konsequente Durchsetzung des Prinzips der Privatautonomie bildet. Dieses Prinzip besagt vor allem, dass jede Partei an ihre Willenserklärung gebunden ist, es sei denn, dass ein konkreter Grund für eine Befreiung von dieser Bindung vorliegt. Mit diesem Zweck steht Art. 352 III GZGB im Einklang, wonach sich der ersatzfähige Wert im Falle des Untergangs der Sache nach dem Rücktritt nicht nach dem objektiven, sondern nach dem von den Parteien vereinbarten Wert bestimmt.<sup>44</sup> Aufgrund der Tatsache, dass der Vertrag wirksam ist, sind die Parteien durch ihre privatautonome Vereinbarung auch im Rahmen des Rücktritts gebunden. Diese Lösung würde dem Zweck der bereicherungsrechtlichen Regelungen zuwiderlaufen, der darin begründet liegt, denjenigen *status quo* wiederherzustellen, der ohne die rechtsgrundlose Leistung gegeben wäre. Deswegen ist im Rahmen der kondiktionsrechtlichen Lösung der objektive Wert der Sache zu ersetzen (Art. 979 II GZGB) und nicht der vertraglich vereinbarte Wert.

Auch Art. 352 IV c) GZGB (*diligentia quam in suis*) passt in den Rahmen der rücktrittsrechtli-

<sup>42</sup> G. Rusiashvili/D. Egnatashvili, Fälle zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen, oben Anm. 41, 123 ff. (auf Georgisch).

<sup>43</sup> Vgl. für die Kritik der Anerkennung des Kondiktionsanspruchs als Hauptinstrumentarium für die Rückabwicklung des verletzten Vertrags A. Kull, Restitution as a Remedy for Breach, *Southern California Law Review* 1994 (67), 1465; A. Kull, Disgorgement for Breach, the „Restitution Interest“ and the Restatement of Contracts, *Texas Law Review* 2001 (79), 2021.

<sup>44</sup> Rusiashvili, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band III, Chanturia (Hgrs.), 2019, Art. 352 Rn. 15 (Auf Georgisch).

chen Rückabwicklung,<sup>45</sup> wonach die Partei, die den Rücktritt wegen der Pflichtverletzung der Gegenseite (gesetzliches Rücktrittrecht) erklärt, nicht mehr zum Wertersatz der untergegangenen Sache verpflichtet ist, wenn sie mit der Sache mit der gleichen Sorgfalt (bzw. Nichtsorgfalt) umgegangen ist, die sie auch in ihren eigenen Angelegenheiten pflegt. Somit stellt diese Vorschrift den Zurücktretenden von der Wertersatzpflicht frei, wenn er die Sache leicht fahrlässig zerstört,<sup>46</sup> was eine Sanktion für die Vertragsverletzung darstellt. Der Schuldner, der seine Pflicht verletzt, soll im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses nicht dasjenige bekommen dürfen, was er durch den Vertrag nicht bekommen dürfte.<sup>47</sup> Im Gegensatz dazu gilt im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung die Saldotheorie (Art. 979 IV GZGB)<sup>48</sup>,

wonach der Kondiktionsschuldner, auch wenn die Sache bei ihm untergeht, seinen Wert ersetzen soll und nur in absoluten Ausnahmefällen davon frei wird.<sup>49</sup> Dies entspricht freilich nicht Art. 352 II c) GZGB, wonach der Rückgewährschuldner fast immer von der Wertersatzpflicht befreit wird, wenn er die Sache leicht fahrlässig zerstört. Im Unterschied zum Rücktritt ist die Übertragung des Sanktionierungsmechanismus für eine Pflichtverletzung auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung, die einen nichtigen Vertrag zur Voraussetzung hat (der natürlich nicht mehr verletzt werden kann), nicht mehr stichhaltig.

Bei der rücktrittsrechtlichen Rückabwicklung ersetzt der Rückgewährschuldner gem. Art. 353 GZGB nicht nur tatsächlich gezogene, sondern auch schuldhaft nicht gezogene Nutzungen. Dies fußt auf dem Prinzip der beiderseitigen Restitution – auch die Gegenseite hat die gleiche Verpflichtung –, seinerseits schuldhaft nicht gezogene Nutzungen aus der übergebenen Sache zu ersetzen. Eine solche Vorschrift ist prinzipiell unmöglich im Bereicherungsrecht,<sup>50</sup> das nicht nur die Rückabwicklung von gegenseitigen Verträgen betrifft und eine Pflicht zum Ersatz von schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen nur im Rahmen der verschärften Haftung vorsieht (Art. 981 II 1 GZGB). Dies wäre mit dem Zweck des Art. 353 GZGB und seinem Anwendungsbereich unvereinbar.

Schon ausgehend von diesen einfachen Beispielen darf gesagt werden, dass das Rücktritts-

<sup>45</sup> S. dazu detailliert *Rusiashvili*, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band III, Chanturia (Hgrs.), 2019, Art. 352 Rn. 22 ff. (auf Georgisch).

<sup>46</sup> *Rusiashvili*, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band III, Chanturia (Hgrs.), 2019, Art. 352 Rn. 22 (auf Georgisch).

<sup>47</sup> Ohne eine solche Regelung würde in einigen Fällen der Wertersatz für die zerstörte Sache zu ungerechten Ergebnissen führen und der Schuldner trotz der Vertragsverletzung dasjenige bekommen, was er bei der vertragsgemäßen Erfüllung beanspruchen würde. Beispielsweise verschickt B an A die Schuhe, die kleiner sind als vertraglich vereinbart. Aber noch bevor A das herausfindet, zerstört A die Schuhe aus leichter Fahrlässigkeit. Wenn in dieser Situation A nach dem Rücktritt den objektiven Wert zu ersetzen bräuchte, würde seine Pflichtverletzung „unbestraft“ bleiben – er würde auch für das Verschicken kleinerer Schuhe dasjenige bekommen, was er bei bestimmungsgemäßer Leistung bekommen hätte. Das wäre nicht gerechtfertigt. Deswegen soll dieses Ergebnis mittels der Befreiung von A von der Wertersatzpflicht gem. Art. 352 IV g) GZGB korrigiert werden.

<sup>48</sup> S. zur Saldotheorie im georgischen Recht *G. Rusiashvili*, Zur Anwendbarkeit der Saldotheorie im georgischen Recht, Saarbrücken 2014, 159 ff.; *G. Rusiashvili*, Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung I: Leistungskondiktion, Tbilisi 2017, 249 ff. (auf Georgisch); *Rusia-*

*shvili/Egnatashvili*, Fälle zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen, oben Anm. 41, 157 ff. (auf Georgisch).

<sup>49</sup> *Rusiashvili*, Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung I: Leistungskondiktion, oben Anm. 48, 162; *Rusiashvili/Egnatashvili*, Fälle zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen, oben Anm. 41, 161 ff.

<sup>50</sup> Dies nicht einmal mit Hilfe der Saldotheorie, vgl. *Rusiashvili*, Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung I: Leistungskondiktion, oben Anm. 48, 229.

und Bereicherungsrecht voneinander gänzlich unterschiedliche Anwendungsbereiche betreffen, was daran liegt, dass der Rücktritt ein Abwicklungsinstrument für den wirksamen und das Bereicherungsrecht für den unwirksamen Vertrag darstellt. Die Nivellierung dieses Unterschiedes und seine vollkommene Außerachtlassung stellen zugleich eine Außerachtlassung der parteiautonom getroffenen Vereinbarung dar. Somit gelangt das englische Recht eben in der Bestrebung, die Privatautonomie zu gewährleisten, zu dem entgegengesetzten Ergebnis.

### 3. Die Erfüllung des unwirksamen Vertrages und Schutzzweck der Norm

Im Unterschied zum *failure of consideration* stellt seine vollkommene Nichtexistenz (sog. *no consideration*) gewöhnlicherweise keinen *unjust factor* dar. Die angloamerikanischen Rechtsordnungen kennen keinen generellen Begriff der Rechtsgrundlosigkeit und versuchen sich gerade durch die Nichtanerkennung von den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen zu unterscheiden. Selbst im englischen Recht gibt es unterschiedliche Strömungen.

Die unwirksame Leistung kann nur aufgrund eines (faktischen) Irrtums zurückgefordert werden, soweit dem Zahlenden ein Irrtum über die Unwirksamkeit unterlaufen ist. Aber nach einer neuerdings geäußerten Auffassung<sup>51</sup> stellt der unwirksame Vertrag selbst einen ungerechten Faktor dar, nämlich die *no consideration*.<sup>52</sup> In der Literatur ist diese Auffassung heftig kritisiert worden. *No consideration* ist ein Pendant der kontinentaleuropäischen *condictio indebiti*, wel-

che es im englischen Recht nicht gibt und deren Anerkenntnis eine Höhersetzung dieser kontinentaleuropäischen Systeme bedeuten würde. Aber in einem solchen Fall wie *Eastwood v. Kenyon*<sup>53</sup>, wo die Gültigkeit des Versprechens an dem Fehlen der *consideration* gescheitert ist, bzw. daran, dass diese *consideration* in der Vergangenheit lag, wäre nach einer Auffassung<sup>54</sup> bei trotzdem erfolgter Zahlung die fehlende *consideration* eine Anspruchsgrundlage.

### 4. Zwang und Täuschung als ungerechtfertigte Faktoren

Zwang und Täuschung unter Ausnutzung der Schwäche der Gegners (*duress, fraud, exploitation*) gehören in der angloamerikanischen Tradition zu den ungerechtfertigten Faktoren.<sup>55</sup> Nach einer dort vertretenen Auffassung ist der durch einen von diesen Faktoren verursachte Willensmangel des (gezwungenen, betrogenen, ausgeutzten) Klägers bei der Leistung entscheidend. Dabei spielt das Verschulden des Beklagten keine Rolle.<sup>56</sup> Die Gegenmeinung trägt vor, dass alleine der Willensmangel des Klägers nicht ausreichend ist, wenn er nicht seitens des Beklagten verursacht worden ist und dieser davon Kenntnis gehabt hat.<sup>57</sup> Nur ein Hinweis auf die unrichtige

<sup>53</sup> Vgl. *G. Rusiashvili*, Fälle zum ZGB AT, Tbilisi 2015, 75.

<sup>54</sup> S. dazu *Th. Krebs*, In defence of unjust factors, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 5, 97.

<sup>55</sup> In Deutschland und Georgien ist der unter Zwang und Täuschung erklärte Wille *per se* wirksam, aber anfechtbar. Wenn diese Anfechtung nicht gelingt, ist es ohne Bedeutung, ob unmittelbar die Leistung durch Zwang oder Drohung erschlichen wurde (vgl. aber Art. 978 GZGB).

<sup>56</sup> *M. Chen-Wishart*, In defence of unjust factors: a study of rescission for duress, fraud and exploitation, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 5, 164.

<sup>57</sup> *Chen-Wishart*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 56, 164.

<sup>51</sup> *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council*: HL 22 May 1996.

<sup>52</sup> *Meier*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 17, 68.

Vorstellung des Klägers und den unzulässigen Einfluss des Beklagten bei der Willenserklärung reicht nicht. Dagegen ist es notwendig, die positive Kenntnis zu beweisen.<sup>58</sup> Zwang, Betrug und Ausnutzung (*exploitation*) stellen nicht drei verschiedene Faktoren, sondern unterschiedliche Erscheinungsformen eines einheitlichen Faktors dar, im Rahmen dessen folgende technische Unterkategorien herausgearbeitet werden:

### a) Unredlicher Erwerb

Zu den oben genannten ungerechtfertigten Faktoren gehören vor allem die Fälle des „unredlichen Erwerbs“<sup>59</sup>, in denen der Beklagte sein Gegenüber bewusst und aktiv zum Vertragsabschluss zwingt. Die Rechtsordnung soll das Behaltendürfen dieses Erwerbs nicht zulassen. Der Beklagte (Konditionsschuldner) erzwingt diesen Erwerb durch Täuschung/Betrug oder rechtswidrigen Einfluss (unmittelbare rechtswidrige Handlung, rechtswidriger Zweck oder rechtswidriger Zusammenhang zwischen Zweck und Handlung). Als Beispiel darf die Erschleichung einer Handlung des Klägers durch Inaussichtstellen einer strafrechtlichen Verfolgung oder Verleumdung von dessen Angehörigen angeführt werden.<sup>60, 61</sup> Darüber hinaus werden mit diesem Tatbestand alle anderen Fälle der aktiven und unredlichen Einwirkung auf den Kläger erfasst.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> *Barclays Bank Plc v Bouter and Another*: HL 26 Oct 1999.

<sup>59</sup> Vgl. *Chen-Wishart*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 56, 166.

<sup>60</sup> *Williams v Bailey* (1866) LR 1 HL 200; *Mutual finance Ltd v John Wetton & Sons Ltd* [1937] 2 KB 389.

<sup>61</sup> Was sowohl für das georgische als auch für das deutsche Recht ein bekanntes Problem darstellt, nicht aber aus dem Bereicherungsrecht, sondern aus der Rechtsgeschäftslehre, s. dazu *Rusiashvili*, in: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band III, Chanturia (Hgrs.), 2019, Art. 86 Rn. 1 (auf Georgisch).

<sup>62</sup> Vgl. *Louth v Diprose* (1992) 175 CLR 621.

### b) Unredlicher Empfang

Im englischen Recht ist von dem unredlichen Erwerb der Fall des „unredlichen Empfangs“ zu unterscheiden, d. h. der Fall, dass der Beklagte ohne aktive Einwirkung auf den Empfänger einen Vorteil auf Kosten des Klägers in sog. „unredlichen Umständen“ bekommt. Dabei ist ihm bewusst, dass der Kläger diese Vermögenspositionen nicht freiwillig übertragen hätte und dieser zu einer geschützten Personengruppe gehört (z. B. Minderjährige). Die Handlung des Beklagten kann in dem Verschweigen bestimmter vertragsrelevanter Informationen oder Modalitäten der Leistung liegen.<sup>63</sup>

### c) Schutz der Schwachen von eigenem unvorsichtigem Handeln

Die dritte und größte Unterkategorie heißt „Schutz gefährdeter Gruppen vor Unvorsichtigkeit“ (*Protection of vulnerable groups from improvidence*). Hierbei handelt es sich um Sachverhalte, in denen die Leistung für den Kläger unvorteilhaft ist und er zugleich zu einer schutzbedürftigen Personengruppe gehört. Hierunter fällt die O’Brien-Doktrin, beispielsweise die Konstellation, in der der Darlehensgeber eine Sicherheit von einem Dritten erhält, der mit dem Schuldner emotional verbunden ist.<sup>64</sup> Darüber hinaus zählen zu dieser Kategorie Fälle der vermutlich<sup>65</sup> rechtswidrigen Einwirkung, des unredlichen Handelns oder des Verursachens einer unrichti-

<sup>63</sup> S. aber *Smith v Hughes* (1871) LR 6 QB 597.

<sup>64</sup> Vgl. *Rusiashvili*, in: *Onlinekommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band III, Chanturia (Hgrs.), 2019, Art. 892 Rn. 20 ff. <http://www.gccc.ge/> (31.03.2020) (auf Georgisch).

<sup>65</sup> Wenn es sich um eine wirkliche rechtswidrige Einwirkung handelt, dann gehört der Fall zu der ersten Gruppe, s. dazu oben.

gen Vorstellung bei dem Gegner (ohne Täuschung seitens des Beklagten).

*Allcard v Skinner* wird als Beispiel für eine vermutlich rechtswidrige Einwirkung angeführt.<sup>66</sup> Frau *Allcard* hat dem Pfarrer *Nihil* Frau *Skinner* vorgestellt, die Oberhaupt des religiösen Ordens der „protestantischen Schwestern der Armen“ gewesen ist. Alle Mitglieder dieses Ordens waren verpflichtet, das Gebot der Armut und Gehorsamkeit einzuhalten. Drei Tagen nach Eintritt hat *Allcard* ihr ganzes Vermögen Frau *Skinner* vermacht, zusammen mit Aktien einer Eisenbahngesellschaft. Dies alles verlangte sie nach dem Austritt aus dem Orden zurück. Nach der Auffassung von Richter *Lindley* lag zwar hier eine rechtswidrige Handlung vor, die Verjährungsfrist war jedoch bereits abgelaufen. In jedem Fall dürfte die Klägerin nur dasjenige der ursprünglichen Schenkung zurückbekommen, was die Beklagte noch gehabt hat und was noch nicht ausgegeben war:

„Was ist dann das Prinzip? Ist es richtig und zweckmäßig, Menschen vor den Folgen ihrer eigenen Torheit zu retten, oder ist es richtig und zweckmäßig, sie vor der Benachteiligung durch andere Menschen zu bewahren? Meiner Meinung nach gründet sich die Doktrin der unzulässigen Beeinflussung auf das zweite dieser beiden Prinzipien. Der *Court of Chancery* hat niemals Geschenke aufgrund von Torheit, Unvorsichtigkeit oder mangelnder Voraussicht seitens der Spender annulliert. Die Gerichte haben eine solche Rechtsprechung stets zurückgewiesen. ... Es wäre offensichtlich eine Ermutigung zu Torheit, Leichtsinns, Extravaganz und Laster, wenn Personen Eigentum, das sie leichtfertig weggeschenkt haben, zurückerhalten könnten, sei es, indem sie es wohltätigen Institutionen schenken, sei es, indem sie es weniger wertvollen Zwecken zukommen lassen. Andererseits ist es eines der legi-

timsten Ziele aller Gesetze, Menschen davor zu schützen, von anderen gezwungen, ausgetrickst oder in irgendeiner Weise irregeführt zu werden, sich von ihrem Eigentum zu trennen; und die gerechte Doktrin der unzulässigen Beeinflussung ist aus der Notwendigkeit heraus entstanden und wurde durch die Notwendigkeit entwickelt, sich mit heimtückischen Formen geistiger Tyrannei und mit den unendlichen Varianten des Betrugs auseinanderzusetzen.

Der zweite Richter, *Cotton*, hat in einem Leitsatz angemerkt, dass bei solchen Fällen das Gericht sicher sein muss, dass die Schenkung Folge eines unredlichen Einflusses sei. Das Rechtsverhältnis zwischen Schenker und Beschenkten muss einen solchen Charakter haben, der darauf hinweist, dass die Schenkung infolge einer Einflussnahme zustande gekommen ist. Es ist jedoch ziemlich fraglich, inwieweit so ein genereller Aussatz wirklich als Leitsatz dienen kann.

Als Grund für eine Rückforderung kann auch der oben angeführte Handel dienen. Die Unterkategorie dieses ungerechtfertigten Faktors erfasst etwa den Fall, wenn der Immobilienmakler das Auseinanderfallen von Leistungs- und Gegenleistungswert ausnutzt. Selbst wenn er diese *Exploitation* nicht beabsichtigt, ist ihm bewusst, dass die Vereinbarung eine Diskrepanz (grobe Ungleichheit) zwischen den ausgetauschten Leistungen enthält.<sup>67</sup> Eine weitere Unterkategorie erfasst die Fälle der sog. unrichtigen Vorstellung (ohne Betrug seitens des Gegenübers).<sup>68</sup>

All diese Fälle verdeutlichen nochmals den Umstand, wie unscharf und kaum feststellbar die Trennlinie zwischen dem Bereicherungsrecht und demjenigen Rechtsbereich im englischen Recht

<sup>66</sup> *Allcard v Skinner* (1887) 36 Ch D 145.

<sup>67</sup> *Nichols v. Jessup* [1986] 1 NZLR 226.

<sup>68</sup> *Redgrave v. Hurd* (1881) 20 Ch D 1.

ist, der in kontinentaleuropäischer Tradition als Rechtsgeschäftslehre bezeichnet wird.<sup>69</sup>

### 5. Zwei Seiten eines rechtswidrigen Geschäftes

Die Rückgängigmachung eines rechtswidrigen (gesetzwidrigen) Geschäftes ist ein besonderer Punkt im Rahmen der Bereicherungsdogmatik. Vor allem deswegen, da die durch eine Rechtswidrigkeit verursachte Nichtigkeit sich von den meisten anderen Unwirksamkeitsgründen unterscheidet. So schützt die Nichtigkeit wegen eines Verstoßes gegen eine Formvorschrift oder wegen eines Dissenses keine der Parteien und schließt die Bereicherung nicht aus. Im Unterschied dazu verfolgt die Nichtigkeit wegen eines Gesetzesverstoßes gewöhnlicherweise nicht nur einen öffentlich-rechtlichen Zweck (und ähnliche neutrale Ziele), sondern dient vor allem dem Schutz einer der Parteien. Dieser Schutzzweck soll auch in den Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung übertragen werden, sei es in der Form des unmittelbaren Ausschlusses der Leistungskondition (vgl. Art. 979 IV d) GZGB, § 817 2 BGB) oder der Nichtanwendung der Saldotheorie gegen denjenigen, dessen Schutz das Schutzgesetz verfolgt hat (Art. 979 IV, Alt. 2 GZGB). Diese Doppelfunktion einer Nichtigkeitsnorm, die auch „zwei Seiten eines rechtswidrigen Rechtsgeschäftes“ genannt werden, ist auch im englischen Recht bekannt. Aber wenn in deutscher Rechts tradition eine Verbotsnorm nicht nur das Geschäft (den Vertrag) für nichtig erklären kann, sondern auch die Kondition ausschließt, ist es in England streitig, ob diese Rechtswidrigkeit nur eine Einwendung (gegen den Restitutionsanspruch des Gegners) darstellt oder zusätzlich einen Rückforderungsgrund.

<sup>69</sup> Chen-Wishart, in: Johnston/Zimmermann (eds) Unjustified Enrichment, oben Anm. 56, 161.

### a) Formnichtige Verträge

Von den gesetzwidrigen Verträgen sind indes diejenigen Verträge zu unterscheiden, die wegen eines Verstoßes gegen eine Formvorschrift nichtig sind. Aber nicht immer, wenn das Gesetz ein Formerfordernis für ein Rechtsgeschäft aufstellt, bedeutet das, dass das aufgrund eines formnichtigen Geschäfts Geleistete automatisch zurückerstattet werden kann. In diesem Kontext sollen vor allem die Fälle des *constructive trust* erwähnt werden,<sup>70</sup> welche in England bereits Eingang in das Gesetz gefunden haben.<sup>71</sup> Gemäß der entsprechenden gesetzlichen Vorschrift soll die Veräußerung eines Grundstücks bzw. eine anderweitige Verfügung hierüber schriftlich vereinbart werden. Gleichwohl meint das englische Gericht, dass der Zweck dieser Vorschrift darin liegt, ihre Erzwingbarkeit auszuschließen, nicht aber die Rückforderung des schon gezahlten Betrags zu gewährleisten. Dies wird besonders deutlich in solchen Entscheidungen wie *Tootal Clothing Ltd v Guinea Properties Ltd*.<sup>72</sup> In diesem Fall war eine der Bedingungen des Rechtsgeschäfts – die Zahlungsverpflichtung – in einem separaten Dokument vorgesehen, und der Schuldner weigerte sich mit dem Hinweis darauf, an den Gläubiger zu zahlen. Das Gericht hat entschieden, dass im vorliegenden Fall die Rückforderung nach der freiwilligen Leistung auf ein formnichtiges Rechtsgeschäft ausgeschlossen sei, da der gesetzliche Zweck nicht in der Gewährung eines Rückerstattungsanspruchs, sondern in dem Ausschluss eines Streites über die konkreten Vertragsbedingungen lag.

<sup>70</sup> Rusiashvili, Fälle zum ZGB AT, oben Anm. 53, 175.

<sup>71</sup> Section 2 of the Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989.

<sup>72</sup> *Tootal Clothing Ltd v. Guinea Properties Ltd* (1991) 64 P & CR 452.

## b) Rechtswidriges Geschäft in der angloamerikanischen Tradition

Im angloamerikanischen Recht erfasst der Begriff der *illegality* neben den Fällen gesetzeswidriger Geschäfte gem. Art. 54, Alt. 1 GZGB (§ 134 BGB) noch einige Fälle der sittenwidrigen Rechtsgeschäfte (Art. 54, Atl. 3 GZGB, § 138 BGB).<sup>73</sup> So ein Rechtsgeschäft ist nichtig, und daraus kann weder eine Leistung noch Schadenersatz verlangt werden. Die schon ausgetauschten Leistungen dürften nur nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt werden (Restitutionsanspruch). Es ist aber fraglich, ob die Rechtswidrigkeit eine eigenständige Grundlage für die Rückforderung bildet oder nur eine Einwendung (*defence*) gegen die Kondiktion des Gegners. Zum Beispiel stellt, nach der einflussreichen Auffassung von *Peter Birks* die Rechtswidrigkeit nur eine Einwendung gegen die Klage dar, deren Grundlage ein anderer ungerechtfertigter Faktor bilden soll. Danach kann eine Rückforderung einer aufgrund eines rechtswidrigen Geschäfts erfolgten Leistung ausgeschlossen werden. Diese Rechtswidrigkeit reicht aber nicht aus, um ein Rückforderungsrecht zu gewähren.<sup>74</sup> Nach der Formel von *Birks* soll bei der Frage, ob die Leistung auf ein rechtswidriges Geschäft zurückgefordert werden kann, folgende Überlegung helfen: Lässt man die Rechtswidrigkeit außer acht, bleibt dem Kläger noch ein weiterer Grund für die Rückforderung?

In diesem Kontext kann auf folgendes Urteil hingewiesen werden:<sup>75</sup> Der Verkäufer hat dem Käufer Maschinen verkauft und aufgrund einer Ratenzahlungsvereinbarung übergeben. Nach-

dem sich der Kaufvertrag als unwirksam erwies und der Käufer den Kaufpreis noch nicht gänzlich bezahlt hat, erhob der Verkäufer Klage mit der Forderung nach Rückübereignung der Maschinen, da der Käufer dieser Forderung nicht freiwillig nachgekommen ist. Der Käufer machte dagegen als Einwendung geltend, dass der Vertrag wegen Rechtswidrigkeit nichtig sei. Das Berufungsgericht machte folgende Ausführungen: „Der von der Beklagten in Form einer Einwendung gemachte Vortrag kann die Rückgewähr des Eigentums nicht ausschließen. Das Recht des Eigentümers, seine eigene Sache zu besitzen, ist ein allgemeines Prinzip. Es darf auch gegenüber derjenigen Person durchgesetzt werden, die mit der Rückgewähr der Sache in Verzug geraten ist oder die Sache als eigene gebraucht hat. Dies gilt unabhängig davon, ob dies aus der Klage folgt oder erst während des Prozesses klar wird, dass die streitgegenständliche bewegliche Sache in den Besitz des Klägers gelangt ist aufgrund eines nichtigen Rechtsgeschäftes. Eine Ausnahme stellt nur der Fall dar, wenn der Kläger seinen Anspruch [nur] auf die Rechtswidrigkeit gründet, bzw. dazu gezwungen ist.“

Ähnliche Ausführungen hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1921 entwickelt.<sup>76</sup> Es handelte sich um die Rückforderung einer Sache, nachdem die Klägerin und der Beklagte am 23.05.1921 gerichtlich geschieden wurden. Vor der Scheidung haben die Parteien einen Auseinandersetzungsvertrag geschlossen. Nach diesem Vertrag hat der Beklagte der Klägerin die ihm gehörende Bäckerei in Bad Homburg zu Eigentum übertragen. Die Klägerin machte geltend, dass der Auseinandersetzungsvertrag sittenwidrig und dementsprechend auch nichtig sei, da er zur Ermöglichung der Ehescheidung geschlossen worden sei. Von der Nichtigkeit seien aber nach bekannten Rechtsgrundsätzen die

<sup>73</sup> Die restlichen Fälle der sittenwidrigen Geschäfte sind durch *Exploitation/Protection of vulnerable groups* erfasst.

<sup>74</sup> *P. Birks, An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford 1989, 299 ff.

<sup>75</sup> *Bowmakers Ltd v. Barnet Industries Ltd* [1945] KB 65.

<sup>76</sup> RGZ 145, 152.

dinglichen Erfüllungsgeschäfte, wie etwa die Eigentumsübertragung, nicht erfasst. Im Gegensatz dazu hat jedoch die oberste Instanz auch dieses Rechtsgeschäft als nichtig anerkannt. Zwar sei in der Rechtsprechung des Reichsgerichts eindeutig anerkannt, dass durch die Nichtigkeit des obligatorischen Geschäftes das dingliche Geschäft nicht erfasst sei (Abstraktionsprinzip), hier liege aber ein Ausnahmefall vor. Mit der Nichtigkeit des dinglichen Geschäftes verbleibe das Eigentum beim Verkäufer und dieser kann die Sache von dem Käufer vindizieren. Dieser Vindikationsanspruch sei durch § 817 2 BGB (= Art. 976 II d) GZGB) nicht ausgeschlossen.

Die Fälle, in denen das Geleistete trotz Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes wegen Widerrechtlichkeit nicht zurückgefordert werden darf, wird unter dem Prinzip *ex turpi causa non oritur actio* bzw. *in pari delicto potior est causa defendentis* zusammengefasst. Gewöhnlicherweise werden in England in diesem Kontext als Paradebeispiele *Parkinson v. College of Ambulance* und *Berg v Sadler and Moore* angeführt, die gut mit einigen deutschen Entscheidungen verglichen werden können (vgl. dazu unten). Im ersten Fall<sup>77</sup> hat der Chef einer Wohltätigkeitsorganisation beim Kläger absichtlich die Vorstellung erweckt, dass es im Rahmen seiner (bzw. der Organisation) Möglichkeit liegt, dem Kläger einen Ritter-Titel zu verleihen. Dafür sollte dieser jedoch eine beträchtliche Summe an die Organisation zahlen, was dieser auch tat. Der Titel wurde ihm indes nicht verliehen. Daraufhin klagte er auf Rückzahlung, da seine Zahlung aufgrund Betrugs erfolgt sei. Das Gericht hat entschieden, dass ungeachtet dieses Betrugs die Leistung nicht zurückgefordert werden durfte, da es dem Kläger bewusst war, dass das von ihm abgeschlossene Geschäft unwirksam war. Damit konnte er dem Vorwurf, zusammen mit dem Beklagten *in pari delicto* ge-

wesen zu sein, nicht mehr entgehen. Für seinen Vermögensverlust trug daher allein er die Schuld. In dieser Konstellation hat nur der Beklagte die Rechtswidrigkeit des Titelkaufs eingewendet. Eine andere Funktion hatte die Rechtswidrigkeit hier nicht. Die Restitutionsklage fußte hingegen nicht auf der Rechtswidrigkeit, sondern auf dem Betrug. Im Ergebnis stand dem Kläger auch bei der Außerachtlassung der Rechtswidrigkeit kein anderer Rückforderungsgrund zu.

Ein deutsches Gericht setzte sich mit einem ähnlichen Fall – rechtlich wie tatsächlich – auseinander, als in Deutschland der Kauf des akademischen Titels zwischenzeitlich üblich wurde. Meistens kaufte man den Titel von vermeintlich „angloamerikanischen“ und nur auf dem Papier vorhandenen Universitäten.<sup>78</sup> Der „Käufer“ sollte eine gewisse Summe auf das Konto der sog. akademischen Institution überweisen. Nach einiger Zeit bekam er eine auf seinen Namen ausgestellte Urkunde, die den entsprechenden vermeintlichen akademischen Grad (LL. M., Dr. jur. usw.) nachwies. Dieses Geschäft ist aufgrund der Sittenwidrigkeit eindeutig nichtig, da es nur den Zweck verfolgt hat, alle rechtlichen und sozialen Normen, die den entsprechenden Titelerwerb regelten, zu umgehen und auf diese Weise zu betrügen. Was jedoch die Summe angeht, die der Titelerwerber an die sog. „Universität“ zahlte, haben die deutschen Gerichte die Kondizierbarkeit eindeutig zurückgewiesen, mit dem Argument, die Rückforderung sei unmöglich, wenn die Sittenwidrigkeit auch dem Leistenden zugerechnet werden darf. „In solchen Fällen übt die Rechtsordnung eine Selbstbeschränkung aus. Handeln beide Parteien sittenwidrig, so befasst sich die Rechtsordnung nicht mit ihren Problemen, sondern überlässt sie sich selbst. Dies mag bisweilen zu Härten führen, wie auch dem Gesetzgeber bewusst war. Der Leistende hat dies

<sup>77</sup> *Parkinson v. College of Ambulance* [1925] 2 KB 1.

<sup>78</sup> OLG Koblenz, Urt. v. 16.12.1998 -7U 124/98.

jedoch sich selbst zuzuschreiben, er kann nicht damit rechnen, in sittenwidrigen Angelegenheiten, mit denen er sich von der Rechtsprechung entfernt, von dieser Hilfe zu erhalten.<sup>79</sup>“

Gleichartig war die Argumentation des englischen Gerichtes in der Entscheidung *Berg v. Sadler and Moore*. Hier versuchte der Tabakhändler (Kläger), der wegen seiner Machenschaften einen Eintrag in der „schwarzen Liste“ der Handelsorganisation hatte, einen Tabakvorrat mittels eines Strohmannes zu erwerben. Dies stellte eine Straftat dar. Nachdem er die bestellte Ware bezahlt hatte, aber die Produktion noch nicht geliefert worden war, wurde dem Lieferanten (Beklagter) die wahre Sachlage bewusst. Er verweigerte sowohl die Lieferung von Tabak als auch die Rückzahlung des Geldes. Das Gericht wies die Klage des Tabakhändlers zurück. Er dürfte den gezahlten Kaufpreis nicht mehr zurückbekommen. Ohne die Widerrechtlichkeit hätte dem Kläger ein Restitutionsanspruch zugestanden, gestützt auf den Wegfall der *consideration* (s. oben).

Die *in pari delicto potior est conditio defendentis*-Regel ist jedoch nicht mehr anwendbar in dem Fall, wenn dem Kläger das Fehlverhalten des Beklagten nicht zugerechnet werden kann. In diesem Fall ist die Restitution ohne weiteres zulässig. Als Beispiel dient *Hughes v. Liverpool Victoria Legal Friendly Society*: Der Beklagte ließ den Kläger mehrere Versicherungsverträge abschließen, die alle ohne Ausnahme wegen eines Verstoßes gegen den *Assurance Companies Act 1909* nichtig waren. Im Unterschied zum erstinstanzlichen Gericht gab die zweite Instanz der Klage statt, mit welcher der Kläger die an die Versicherung gezahlten Summen zurückforderte. Das Gericht wies darauf hin, dass Kläger und Beklagter

sich nicht *in pari delicto* befunden haben. Der Beklagte hat sein Gegenüber betrogen. Darüber hinaus verbietet das Gesetz nur dem Versicherer, nicht jedoch dem Versicherten, den Vertragsabschluss. Im Endeffekt ist diese Entscheidung problematisch und inkonsequent. Das Gericht hat trotz der Erwähnung des Betrugs die Restitutionsklage nicht darauf gestützt. Es ist nicht vollständig nachvollziehbar, warum das Gesetz überhaupt ein einseitiges Verbot vorsieht und daraus die Unwirksamkeit des Geschäfts folgen soll (im deutschen Recht ist für die Unwirksamkeit ein beiderseitiger Gesetzesverstoß notwendig).<sup>80</sup> In jedem Fall ist es schwer zu erklären, worauf das Gericht die Restitutionsklage gestützt hat, wenn nicht auf die Rechtswidrigkeit, verstanden als unabhängiger ungerechtfertigter Faktor.

Dogmatisch viel überzeugender und konsequenter ist die Entscheidung eines deutschen Gerichtes in einem ähnlichen Fall. Gemeint ist das sog. Schneeballsystem oder Pyramidensystem, das in letzter Zeit auch in Georgien üblich geworden ist.<sup>81</sup> Das Bereicherungsschema der Betrüger ist in diesem Fall simpel: Geber und Empfänger werden nacheinander gestaffelt. Die auf der oberen Stufe stehenden Personen gehören zu dem sog. „Empfängerkreis“. Die untere Stufe bildet der „Geberkreis“, dessen Zahlungen stets zu den sich oben befindlichen Personen gelangen. Nach dem Empfang der gezahlten Summen treten diese aus dem „Spiel“ aus, und die untere Schicht nimmt ihren Platz ein. Allen Teilnehmern wird dabei versprochen, in der Summe mehr Gewinn zu erzielen als sie investieren. Zur Aufrechterhaltung des Systems ist es unabdingbar, dass stets neue Teilnehmer gefunden wer-

<sup>79</sup> OLG Koblenz, Urt. v. 16.12.1998 -7U 124/98.

<sup>80</sup> Aber vielleicht ist das Ergebnis mit der Besonderheit des englischen Rechtes zu erklären.

<sup>81</sup> Hier ist jedoch noch keiner solcher Fälle vor Gericht gelangt und wird höchstwahrscheinlich auch nie vor Gericht gelangen.

den, die bereit sind, in das System Geld einzuzahlen. Auf den ersten Blick liegt bei einem solchen Fall eine beiderseitige Sittenwidrigkeit vor, die die Kondizierbarkeit der Leistung des Teilnehmers einer solchen Pyramide ausschließt. Auch dem Leistenden ist dabei bewusst, dass das „Spiel“, bei dem er teilnimmt, notwendigerweise für irgendjemanden unvorteilhaft sein wird und diesen auf seinem Schaden sitzen lässt. Aber wenn man tatsächlich diesen Weg einschlägt und die Kondiktionsansprüche des Leistenden verneint, „wird sich jeder, der in einer solcher Falle sitzt, nicht mehr an ein Gericht wenden, sondern das Spiel fortführen und neue „Teilnehmer“ rekrutieren, um verlorene Gelder von diesen zu „kompensieren“. Und genau darauf zielen die Organisatoren eines solchen Systems ab. Deswegen sagt der deutsche Bundesgerichtshof, dass der Grund für die Unwirksamkeit in dem Ausfall des Spiels liegt. Diesem Zweck ist aber kaum gedient, wenn den Organisatoren eine Möglichkeit gegeben wird, die durch dieses System erworbenen Gelder zu behalten. Dies wäre ein Anreiz zur Fortsetzung rechtswidrigen Handelns.<sup>82</sup> Deswegen soll die Rechtsordnung demjenigen, der aus der Pyramide austreten möchte, eine Möglichkeit zur Rückerlang der entsprechenden Summen geben. Im deutschen Recht ist diese flexible Lösung dadurch gewährleistet, dass es § 817 2 BGB mit seinem Hinweis auf den konkreten Zweck der Nichtigkeitsnorm (und nicht nur mit der Feststellung des beiderseitigen Gesetzesverstößes) möglich macht, in jedem Einzelfall zu entscheiden, ob diesem Zweck ein Ausschluss oder die Zulassung der Kondiktion besser dienen würde. Im Vergleich dazu bleibt der englischen Herangehensweise diese Präzision verschlossen, indem sie den Akzent nur auf den Gesetzesverstöß setzt, ohne auf den Zweck näher einzugehen.

Die Diskussion aus dem englischen Recht, ob die Rechtswidrigkeit den ungerechtfertigten Faktoren zugeordnet werden kann oder nicht, verdeutlicht, wie beschränkt das Instrumentarium einer Rechtsordnung ohne die explizite Trennung zwischen rechtsgeschäftlichen und bereicherungsrechtlichen Ebenen bleibt. Es ist schwer nachvollziehbar, warum die Rückforderung von aufgrund von Zwang und Drohung Geleistetem unbeschränkt möglich sein soll, im Falle des rechtswidrigen Geschäftes aber nur dann, wenn ein anderer ungerechtfertigter Faktor hinzukommt (etwa der Irrtum). Man soll natürlich zugeben, dass in einzelnen Fällen die Leistung auf ein rechtswidriges Geschäft beim Empfänger verbleiben soll. Sie ist dann nicht kondizierbar. Das ändert aber nichts daran, dass in allen anderen Fällen (und diese Fälle bilden eben die Mehrheit) die Rückabwicklung des rechtswidrigen Geschäftes möglich ist. Das ist immer dann der Fall, wenn es sich um sog. neutrale Rechtswidrigkeitstatbestände handelt, d. h. den Tatbestand, der keine der Parteien schützt und einen ganz anderen Zweck verfolgt (z. B. das öffentliche Interesse), für deren Durchsetzung ein Rückforderungsausschluss prinzipiell uninteressant ist. Das Gleiche gilt in dem Fall, wenn die Rechtswidrigkeit den Schutz des Leistenden bezweckt, selbst wenn hier keine anderen ungerechtfertigten Faktoren vorliegen.<sup>83</sup> Wie man jedoch dieses Ergebnis im angloamerikanischen Recht begründen könnte, ist unklar. Die Rechtswidrigkeit hat tatsächlich eine Funktion des Ausschlusses des Kondiktionsanspruchs. Das ist jedoch nur eine Kehrseite bzw. eine in die Bereicherungsebene übertragene und übersetzte Bedeutung, eine Art Reflexerscheinung. Dies ändert nichts daran, dass ein nichtiges Geschäft rückabgewickelt werden soll. In kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen sind zwei Ebenen

<sup>82</sup> BGH, Urt. v. 10. 11. 2005 (III ZR 72/05) NJW 2006, 45.

<sup>83</sup> A. S. Burrows, *The Law of Restitution*, 3. Ed., New York 2011, 300 ff.

(Rechtsgeschäftsebene und Kondiktionsebene) anerkannt, was die Möglichkeit eröffnet, ungeachtet der Vertragsnichtigkeit die Leistung (ausnahmsweise) beim Empfänger zu belassen oder in allen anderen Fällen den Vertrag rückabzuwickeln, wenn der Zweck der Verbotsnorm über den Rückforderungsausschluss nichts aussagt. Im englischen Recht ist dieses Ergebnis fast unmöglich bzw. nur unter Verzicht auf jeglichen dogmatischen Begründungsversuch möglich. Nur im Falle der Anerkennung der erwähnten zwei Ebenen ist es möglich, dass das Bereicherungsrecht den Nichtigkeitsgrund des Vertrages in sein eigenes System in Form des „Schutzzwecks der Nichtigkeitsnorm“ inkorporiert. Der im deutschen Recht gemachte Unterschied zwischen dem Fall des Titelerkaufs und dem Schneeballsystem (Pyramidenfall) (s. oben) ist logisch und zumindest ein Zeichen der beweglichen Dogmatik, was im englischen Recht wegen des unflexibleren Systems, das nur aus einer Ebene besteht, prinzipiell unmöglich gemacht wird. Prinzip *in pari delicto potior est conditio possidentis* kann nicht als Hauptprinzip und genereller Leitsatz für die Rückgängigmachung der rechtswidrigen Geschäfte gelten, da es nur für die Lösung von Ausnahmefällen tauglich ist. Für *in pari delicto* reicht nicht aus, dass beide Parteien gegen das Gesetz verstoßen (was nur einen Grund für die Nichtigkeit des Vertrags bildet). Es ist erforderlich, dass die Rückforderung der Leistung genauso (bzw. noch mehr) dem Zweck des Verbotsgesetzes widerspricht, wie auch das Belassen dieser Leistung bei dem Empfänger. Diese genaue Differenzierung ist jedoch nur dann möglich, wenn es zwei Ebenen gibt.

#### IV. Zusammenfassung

Die allumfassende und tiefgreifende Gegenüberstellung von *Common Law* und *Civil Law* in

Bezug auf das Bereicherungsrecht kann hier nur angedeutet werden.<sup>84</sup> Das angloamerikanische Recht benutzt bei der Bestimmung von Voraussetzungen eines Kondiktionsanspruchs einen vollkommen anderen Begriffsapparat als das deutsche Recht und setzt ganz andere Akzente. Es erkennt konkrete Umstände und Faktoren an, die zur Rückforderung berechtigen und hat keine einheitliche und abstrakte Kategorie der „Rechtsgrundlosigkeit“. Im Gegensatz dazu geht das deutsche Bereicherungsrecht zwar von dem Begriff der Rechtsgrundlosigkeit aus, besitzt aber dafür eine ausgeklügelte Typologie der Kondiktionsansprüche, mit allen Folgen.

Das englische Recht macht keinen Unterschied zwischen Leistungskondiktion und anderen Konditionen (trotz des formalen Versuchs). Aus diesem Unterschied heraus entstehen jedoch praktische Folgen. Die vier Konditionen des deutschen und georgischen Rechtes sind nach unterschiedlichen Prinzipien konstruiert. Diese Grundsätze gehen jedoch verloren, wenn man sie alle unter einen einheitlichen Anspruch zusammenfasst. Die Leistungskondiktion ist ein Instrument der Rückabwicklung eines nichtigen Vertrags. Hier sind ganz andere Prinzipien entscheidend, als etwa im Falle der Aufwendungs- oder der Rückgriffskondiktion.<sup>85</sup> Der Kritik am deutschen Rechtssystem mit dem Argument, dass dieses zu abstrakt ist und den Leistungsbe-griff zu sehr und auch unnützlich belastet (womit er vollkommen verwirrend wirke), kann entgegengehalten werden, dass dafür das englische System von *unjust factors* zu unübersichtlich, schwer erfassbar und gleichzeitig nicht erschöpfend ist. Die Verfechter des angloamerikanischen

<sup>84</sup> Die wichtigste davon ist D. Johnston/R. Zimmermann (eds), *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 5.

<sup>85</sup> S. detailliert R. Zimmerman, *Unjustified Enrichment: The modern Civilian Approach*, *Oxford Journal of Legal Studies* 15 (1995), 416.

Systems müssten ihrerseits Fälle nennen, wo die deutsche Typologie nicht ausreichend ist, d. h. die Einführung eines weiteren Typus der Kondiktion notwendig wird bzw. wo sich Kondiktionen untereinander vermischen. Das englische Recht unterscheidet nicht zwischen den Unwirksamkeitsfaktoren eines Rechtsgeschäftes und ungerechtfertigten Faktoren als Grundlage für einen Bereicherungsanspruch,<sup>86</sup> was besser getrennt und auf zwei getrennten Ebenen bewertet werden sollte. Dies führt im Falle der Rückabwicklung eines rechtswidrigen Geschäfts zu wenig überzeugenden und schwer begründbaren Ergebnissen. Zwang kann ein Grund für die Vertragsnichtigkeit sein, daneben jedoch ebenfalls ein Mittel für die Erfüllung eines ohne Zwang geschlossenen Rechtsgeschäfts. Nur in diesem zweiten Fall ist es im georgischen Recht möglich, die spezielle Kondiktion zur Anwendung zu bringen (Art. 978 GZGB). Obwohl im englischen Recht die allgemeine Kategorie der „Rechtsgrundlosigkeit“ nicht vorhanden ist, bleibt in einigen Fällen nichts anderes als deren Anerkennung und Verallgemeinerung übrig, wie dies die Diskussion zur *no consideration* verdeutlicht.<sup>87</sup>

Bei der Gegenüberstellung dieser zwei Systeme wird teils behauptet, dass das eine oder das andere eindeutig besser sei. Zum Beispiel ist nach *Graham Virgo*<sup>88</sup> die Lösung des Common Law eindeutig vorteilhafter, da diese eine gerechtere Verteilung der Beweislast anbietet als das deutsche Recht (was, wie oben erläutert, nicht zutrifft). Darüber hinaus dient seiner Auf-

fassung nach die Zulassung des Bereicherungsanspruchs dem Schutz des Bereicherungsempfängers und hat in der Folge eine besondere Bedeutung für die Stabilität der Handelsverkehrs.

Es ist jedoch nicht überzeugend, warum man das Vertrauen des Empfängers auf eine Art und Weise auf Kosten seines Gegenübers schützen soll, so dass ihm die Möglichkeit des Beweises seines Kondiktionsanspruchs verschlossen bleibt. Es ist zweifelhaft, ob dies wirklich die Verkehrssicherheit und Stabilität fördert. Zugleich ist der Begriff *failure of consideration* als ungerechtfertigter Faktor zu verschwommen und zu wenig handhabbar. Unklar ist, welche Vorteile es bringt, die Rückabwicklung von dem wirksamen und unwirksamen Vertrag gleich zu behandeln und eine Partei von der vertraglichen Bindung nur deshalb zu befreien, weil ihr Gegenüber eine Pflicht verletzt hat (s. dazu oben).

Aufgrund dessen ist die Auffassung von *Zweigert* und *Kötz* nicht überzeugend, dass sowohl das angloamerikanische als auch das deutsche Recht beim Bereicherungsrecht einander bereichern könnten. Das angloamerikanische Recht könnte durch Fallrecht die abstrakteren Prinzipien des deutschen Rechtes konkretisieren und zugleich in der Nachahmung dieser Tradition auch selbst abstrakte Züge erwerben, die ihm fehlen.<sup>89</sup> Im Bereicherungsrecht spricht vielmehr einiges für die Gegenauffassung, wonach das deutsche Recht von dem englischen Recht nur wenig lernen könnte und die nicht systematisierte englische Lösung generell nicht als Vorbild herangezogen werden könnte.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> Nicht überzeugend ist dagegen *Chen-Wishart*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 56, 163.

<sup>87</sup> *Woolwich Equitable Building Society v Inland Revenue Commissioners* [1993] AC 70 HL; *Kleinwort Benson v. Birmingham City Council* [1997] QB 380; [1996] 4 All ER 733 (CA).

<sup>88</sup> *Virgo*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 34, 126.

<sup>89</sup> *K. Zweigert/H. Kötz, An Introduction to Comparative Law*, Oxford 1988, 565.

<sup>90</sup> *Zimmerman*, OJLS 403, oben Anm. 85, 416.

# Das Wesen, die Funktionen und die Rezeption der Business Judgment Rule im georgischen Gesellschaftsrecht

Lasha Zurabiani

Juristin, Rechtsanwältin in der Anwaltskanzlei BLC, Doktorandin an der Staatlichen Universität Tiflis

## Einführung

Die *Business Judgment Rule* ist ein durch das US-amerikanische Präzedenzrecht entwickeltes Rechtsinstitut, das in zahlreichen Ländern der Welt zu einem Teil des Gesellschaftsrechts geworden ist.<sup>1</sup> Hierbei ist zu beachten, dass die *Business Judgment Rule* eine lange und komplexe Entwicklungsgeschichte hinter sich hat und ihre Rezeption, ohne zuvor ihr Wesen und ihre Funktionen zu verstehen, nicht nur unerwünscht ist, sondern auch negative Folgen haben kann.

Die *Business Judgment Rule* regelt unmittelbar die Haftung der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern eines Unternehmens und beschreibt damit den Umfang ihres unternehmerischen Entscheidungsspielraums. Die richtige Anwendung dieser Regel durch die Gerichte ist eine Voraussetzung für eine rechtssichere Geschäftsführung.

Der Zweck dieses Artikels ist es, den Kern der *Business Judgment Rule* auf der Grundlage der herrschenden Begriffsbestimmungen im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht zu analysieren. Ausgehend hiervon wird die Frage der Notwendigkeit der *Business Judgment Rule* in Geor-

gien erörtert. Es wird zudem die Möglichkeit der Rezeption diskutiert, und zwar welche Begriffsauslegung dieses Rechtsinstitutes am besten in das System des georgischen Gesellschaftsrechtes und vor allem in dessen gesetzliche Systematik passt.

## I. Die *Business Judgment Rule* im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht

Die *Business Judgment Rule* ist eine Kernregelung im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht.<sup>2</sup> Sie steht im engen Zusammenhang mit der Trias der fiduziarischen Pflichten von Geschäftsführern im Gesellschaftsrecht, also von Loyalität, Gutgläubigkeit und Handeln zum Wohle der Gesellschaft nach Treu und Glauben. Sie orientiert sich jedoch am meisten an der Sorgfaltspflicht.<sup>3</sup> Nach weit verbreiteter Auffassung verbietet die *Business Judgment Rule* dem Richter die Überprüfung einer unternehmerischen Entscheidung, sofern bestimmte Voraussetzungen eingehalten sind, nämlich

- das Vorliegen einer Entscheidung, der ein entsprechender Diskussions- bzw. Überlegungsprozess vorangegangen ist,

---

<sup>1</sup> Gurrea-Martinez, Re-Examining the Law and Economics of the *Business Judgment Rule*: Notes for its Implementation in Non-US jurisdictions, Working Paper Series, 2017, 5.

---

<sup>2</sup> Bainbridge, The *Business Judgment Rule* as Abstention Doctrine, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, 2002, 83.

<sup>3</sup> Ebd., 88.

- Treu und Glauben,
- fehlende Interessenkollision,
- ausreichende Sachverhaltsaufklärung,
- Handeln im besten Interesse des Unternehmens.<sup>4</sup>

Obgleich die *Business Judgment Rule* fast allgemein anerkannt ist, wird gleichfalls die Auffassung vertreten, dass dieses Institut im Gesellschaftsrecht überflüssig ist, da sich bis heute kein einheitliches Begriffsverständnis herausgebildet hat.<sup>5</sup>

### 1. Fehlen einer einheitlichen Definition im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht

Die *Business Judgment Rule* ist in der Rechtsliteratur rege erörtert worden,<sup>6</sup> und es gibt hunderte von Gerichtsentscheidungen zu diesem Thema.<sup>7</sup> Gleichwohl ist es unmöglich, von einem breiten Konsens und von einer einheitlichen Definition zu sprechen.<sup>8</sup> Die Herausbildung einer einheitlichen Definition der *Business Judgment Rule* ist bis heute unterblieben und gehört zu den ungelösten Fragen.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Branson, *The Rule Than Is Not The Rule – The Business Judgment Rule*, Valparaiso University Law Review, Vol. 36, 2002, 639-644; Gurrea-Martinez, *Re-Examining the Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for its Implementation in Non-US jurisdictions*, Working Paper Series, 2017, 4.

<sup>5</sup> Gevurtz, *The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?*, Southern California Law Review, Vol. 67, 1994, 289.

<sup>6</sup> Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, Vanderbilt Law Review, Vol. 57, 2002, 88.

<sup>7</sup> Kennedy, *The Business Judgment Syllogism – Premises Governing Board Activity*, PLI Corp. Law & Practice Course, 2002, 285.

<sup>8</sup> Davis, *Once More, Business Judgment Rule*, Wisconsin Law Review, 2000, 573.

<sup>9</sup> Hansen, *The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project*, The Business Lawyer, Vol. 48, 1993, 1355.

Das Problem bei der Bestimmung des Begriffs besteht darin, dass er nicht immer mit der gleichen Bedeutung und Funktion verstanden wird.<sup>10</sup> Es gibt diverse Auslegungen der *Business Judgment Rule* im US-Gesellschaftsrecht, etwa die Rechtsprechung in Delaware, die Regeln des American Institute of Law (ALI)<sup>11</sup> oder als Doktrin der "Nicht-Einmischung".<sup>12</sup>

### 2. Die Business Judgment Rule in der Gerichtspraxis in Delaware

Wie in einer der Entscheidungen des US-Bundesberufungsgerichts ausgeführt wird, wird Delaware als das Heimatland des Gesellschaftsrechts betrachtet.<sup>13</sup> Der Delaware *Supreme Court* gilt seinerseits als der höchste Schiedsrichter im Bereich des Gesellschaftsrechts.<sup>14</sup> Nichtsdestotrotz ist das Gesellschaftsrecht von Delaware in Bezug auf die *Business Judgment Rule* und der treuhänderischen Pflichten im Allgemeinen bei weitem nicht eindeutig oder vorhersehbar.<sup>15</sup> Angesichts der Vielschichtigkeit des Themas in Delaware lässt sich die Bedeutung der *Business Judgment Rule* am effektivsten in einer historischen Analyse dieses Instituts betrachten.

<sup>10</sup> Gaverutz, *The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?*, Southern California Law Review, Vol. 67, 1994, 289.

<sup>11</sup> Balotti & Hanks, *Rejudging the Business Judgment Rule*, The Business Lawyer, Vol. 48, 1993, 1337-1338.

<sup>12</sup> Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, Vanderbilt Law Review, Vol. 57, 2002, 90.

<sup>13</sup> *Kamen v. Kemper Fin. Servs., Inc.*, 908 F.2d 1338, 1343 (7th Cir. 1990)

<sup>14</sup> Maimone, *Causes of Action*, Delaware Supreme Court Gold Anniversary 1951-2001, 2001, 57.

<sup>15</sup> Fisch, *The Peculiar Role of the Delaware Courts in the Competition for Corporate Charters*, University of Cincinnati Law Review, 2000, 1063; Johnson, *Unsettledness in Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule*, Corporate Purpose, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 38, 2013, 422.

### a) *Business Judgment Rule* und treuhänderische Pflichten bis in die 1980er Jahre

Die Rechtsprechung in Delaware nahm an der anfänglichen Entwicklung der *Business Judgment Rule* nicht aktiv teil.<sup>16</sup> Zum ersten Mal wurde die Regel der geschäftlichen Beurteilung in einer Entscheidung des obersten Gerichtshof von Louisiana im Jahr 1829 erwähnt.<sup>17</sup> Weder die *Business Judgment Rule* selbst noch die treuhänderischen Pflichten der Geschäftsführer sind in Delaware kodifiziert.<sup>18</sup> Demzufolge wurde sie ausschließlich im Rahmen des Richterrechts entwickelt.<sup>19</sup>

Die Tatsache, dass Geschäftsführer bestimmte treuhänderische Pflichten gegenüber Aktiengesellschaften haben, wurde erstmals im Fall *Bodell v. General Gas & Electric Corp.* aus dem Jahr 1926 erwähnt.<sup>20</sup> Eine Treuepflicht wurde vom Obersten Gerichtshof Delaware im Fall *Guth v. Loft, Inc.* im Jahr 1939 geschaffen.<sup>21</sup> Nach dieser Entscheidung haben Geschäftsführer nicht das Recht, ihre Stellung und das in sie gesetzte Ver-

trauen zur Wahrnehmung persönlicher Interessen zu missbrauchen.<sup>22</sup> Im Fall *Sterling v. Mayflower Hotel Corp.*<sup>23</sup> aus dem Jahr 1952 und im Fall *Weinberger v. UOP, Inc.*<sup>24</sup> aus dem Jahr 1983 hat der Oberste Gerichtshof von Delaware "*Entire Fairness*" als Maßstab für die Beurteilung der Treuepflicht bestimmt.<sup>25</sup>

Der Begriff *Business Judgment Rule* wurde von den Gerichten in Delaware erst 1959 übernommen, obwohl er in der Praxis zu diesem Zeitpunkt schon gängig war.<sup>26</sup> Die erste Erwähnung findet sich in der Gerichtspraxis in den Fällen *Robinson v. Pittsburgh Oil Refinery*<sup>27</sup> von 1924 und *Davis v. Louisville Gas Electric* von 1928.<sup>28</sup> Der Delaware *Court of Chancery* erklärte im Fall *Robinson*, dass die Entscheidung der Geschäftsführer durch die Vermutung geschützt war, dass sie in gutem Glauben handelten, d. h. in der Überzeugung, dass ihr Handeln dem besten Interesse des Unternehmens dient.<sup>29</sup> Eine ähnliche Erläuterung lässt sich im Fall *Davis* finden.

Die Fälle *Robinson* und *Davis* wurden 1931 im Fall *Cole gegen National Cash Credit* zitiert,<sup>30</sup> der seinerseits 1943 im Fall *Porges v. Vadsco Sales Corp.*<sup>31</sup> zitiert wurde. Letztere Rechtssache wiederum wurde 1971 im Fall *Kaplan v. Centex*

<sup>16</sup> *Johnson*, Unsettledness in Delaware Corporate Law: *Business Judgment Rule*, Corporate Purpose, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 38, 2013, 425.

<sup>17</sup> *Percy v. Millaudon*, 8 Mart. (n. s.) 68, 77–78 (La. Supr. Court, 1829); *Criddle, Miller & Sitkoff*, The Oxford handbook of fiduciary law, 2019, 877.

<sup>18</sup> *Balotti & Hanks*, Rejudging the *Business Judgment Rule*, The Business Lawyer, Vol. 48, 1993, 1337.

<sup>19</sup> *Fisch*, The Peculiar Role of the Delaware Courts in the Competition for Corporate Charters, University of Cincinnati Law Review, 2000, 1063.

<sup>20</sup> *Bodell v. Gen. Gas & Elec. Corp.*, 132 A. 442 (Del. Ch. 1926), *aff'd*, 140 A.2d 264 (Del. 1927); *Holland*, Delaware Directors' Fiduciary Duties: The Focus on Loyalty, University of Pennsylvania Journal of Business Law, Vol. 11, 2009, 680.

<sup>21</sup> *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939); Im Fall des Delaware Supreme Court, *Schoon v. Smith*, 953 A.2d 196, 206 (Del. 2008) wird darauf hingewiesen, dass der Fall *Guth v. Loft, Inc.* die früheste Entscheidung über die treuhänderische Treuepflicht darstellt. (Auf Georgisch)

<sup>22</sup> *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939).

<sup>23</sup> *Sterling v. Mayflower Hotel Corp.*, 93 A.2d 107 (1952).

<sup>24</sup> *Weinberger v. UOP, Inc.*, 457 A.2d 701 (1983).

<sup>25</sup> Ebd.

<sup>26</sup> *Nadler v. Bethlehem Steel Corporation*, 154 A. 2d 146 (Del. Ch. 1959); *Johnson*, The Modest *Business Judgment Rule*, the Business Lawyer, Vol. 55, 2000, 639.

<sup>27</sup> *Robinson v. Pittsburgh Oil Refinery Corp.*, Del. Ch., 126 A. 46 (1924).

<sup>28</sup> *Davis v. Louisville Gas Electric Co.*, 16 Del. Ch., 142 A. 654. (1928).

<sup>29</sup> *Robinson v. Pittsburgh Oil Refinery Corp.*, Del. Ch., 126 A. 46 (1924).

<sup>30</sup> *Cole v. National Cash Credit Ass'n.*, 18 Del.Ch. 47, 56, 156 A. 183, 187(1931).

<sup>31</sup> *Porges v. Vadsco Sales Corp.*, 27 Del. Ch. 127, 32 A.2d 148.(1943).

Corp.<sup>32</sup> angeführt, in dem der Delaware *Court of Chancery* als Voraussetzung für die Anwendung der *Business Judgment Rule* zusätzlich eine Entscheidung des Geschäftsführers verlangte (*making of judgment*).<sup>33</sup>

Es ist bemerkenswert, dass der Entwicklung der Treupflicht in Delaware die Anwendung der *Business Judgment Rule* vorausging,<sup>34</sup> welche sich erst später in einer sehr spezifischen Rechtsbeziehung herausbildete. Wir werden dies weiter unten ausführlicher besprechen.<sup>35</sup> Der Gerichtshof von Delaware erkannte 1963 im Fall *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.* die Sorgfaltpflicht als treuhänderische Pflicht des Geschäftsführers an.<sup>36</sup> In diesem Fall entschied der Oberste Gerichtshof von Delaware, dass der Direktor mit derjenigen Sorgfalt zu handeln hat, wie es eine sorgfältige und verantwortungsbewusste Person in einer ähnlichen Situation zu tun pflegt.<sup>37</sup> Bei der Festlegung dieses Standards stützte sich das Gericht auf den Präzedenzfall des Obersten Gerichtshofs der USA im Fall *Bowman v. Hamner*.<sup>38</sup> Seit den 1980er Jahren hat sich der Haftungsmaßstab für Geschäftsführer in Delaware grundlegend geändert,<sup>39</sup> was eine eingehende Betrachtung erfordert.

## b) Der Fall *Aronson gegen Lewis*

1984 entschied der Oberste Gerichtshof von Delaware den Fall *Aronson v. Lewis*,<sup>40</sup> der einen der meistzitierten Präzedenzfälle in der *Business Judgment Rule* darstellt.<sup>41</sup> Diese Entscheidung wurde jedoch zu einem Anlass für scharfe Kritik.<sup>42</sup>

In der Literatur wurde die *Business Judgment Rule* als eine Vermutung verstanden, dass die Geschäftsführung des Unternehmens in einer sachkundigen, gewissenhaften Art und Weise und in der Überzeugung gehandelt hat, dass ihr Handeln dem Interesse des Unternehmens am besten gerecht wird.<sup>43</sup> In der Entscheidung heißt es auch, dass die Gerichte in der Vergangenheit zwar unterschiedliche Sorgfaltsmaßstäbe angewandt haben, der richtige Haftungsmaßstab jedoch grobe Fahrlässigkeit sein soll.<sup>44</sup>

Einer der wichtigsten Mängel von *Aronson v. Lewis* liegt darin, dass die *Business Judgment Rule* letztendlich den Standard der Sorgfaltpflicht nicht festlegen, einschränken oder verschärfen sollte.<sup>45</sup> Was der Haftungsmaßstab von Geschäftsführern ist, sollte als eine konzeptionell unabhängige Frage betrachtet werden.<sup>46</sup> Der Verweis des Obersten Gerichtshofs auf die *Business Judgment Rule* und den Haftungsmaßstab hat zu einem großen Missverständnis darüber geführt, ob das Gericht aus der *Business Judgment*

<sup>32</sup> *Kaplan v. Centex Corp.*, Del.Ch., 284 A.2d 119, 124 (1971).

<sup>33</sup> Ebd.

<sup>34</sup> *Johnson*, *The Modest Business Judgment Rule*, the *Business Lawyer*, Vol. 55, 2000, 651.

<sup>35</sup> *Balotti & Hanks*, *Rejudging the Business Judgment Rule*, *The Business Lawyer*, Vol. 48, 1993, 1337-1338.

<sup>36</sup> *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, 188 A.2d 125 (Del. 1963); *Horsey*, *The Duty of Care Component of the Delaware Business Judgment Rule*, *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 19, 1994, 971.

<sup>37</sup> Ebd.

<sup>38</sup> Ebd.; *Bowman v. Hamner*, 250 US 504;

<sup>39</sup> *Johnson*, *Unsettledness in Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose*, *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 38, 2013, 422.

<sup>40</sup> *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (1984).

<sup>41</sup> *Balotti & Hanks*, *Rejudging the Business Judgment Rule*, *The Business Lawyer*, Vol. 48, 1993, 1337.

<sup>42</sup> *Hansen*, *The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project*, *The Business Lawyer*, Vol. 48, 1993, 1355.

<sup>43</sup> *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (1984).

<sup>44</sup> Ebd.

<sup>45</sup> *Smith*, *The Modern Business Judgment Rule*, *BYU Law Research Paper Series*, No. 15-09, 2015, 7.

<sup>46</sup> Ebd.

*ment Rule* einen materiellen Haftungsmaßstab abgeleitet hat.<sup>47</sup>

Unklar war im Fall *Aronson v. Lewis* auch, inwiefern sich der gute Glaube des Geschäftsführers von seiner Überzeugung, im besten Interesse des Unternehmens zu handeln, unterscheidet.<sup>48</sup> Letzteres wird in der Literatur als subjektive Komponente des guten Glaubens betrachtet.<sup>49</sup>

Auch die Erwähnung der *Business Judgment Rule* als Vermutung wird in der Literatur nicht positiv gewürdigt.<sup>50</sup> Der Hauptkritikpunkt besteht darin, dass nach den Grundsätzen des Verfahrensrechts die Beweislast beim Kläger liegt,<sup>51</sup> ebenso wie bei der Geltendmachung von Schadenersatz und bei dem Kausalzusammenhang.<sup>52</sup> Der Begriff "Vermutung" ist jedoch einer der unklarsten und problematischsten Begriffe im Verfahrensrecht und hat viele verschiedene Bedeu-

tungen.<sup>53</sup> Folglich trägt die Bezeichnung der *Business Judgment Rule* als Vermutung kaum zum inhaltlichen Gehalt dieses Instituts bei<sup>54</sup> und verwirrt nur die Gerichte derjenigen Staaten, die diese Bestimmung in ihren Entscheidungen umsetzen wollen.<sup>55</sup>

### c) Der Fall *Smith gegen Van Gorkom*

Nachdem der Oberste Gerichtshof von Delaware im Fall *Aronson v. Lewis* mehr Fragen als Antworten über das Wesen der *Business Judgment Rule* aufgeworfen hatte, wurde im Jahr 1985 eine der wichtigsten Präzedenzentscheidungen zu dieser Regel getroffen - *Smith v. Van Gorkom*.<sup>56</sup> Diese Entscheidung war geradezu ein Schock für die amerikanische Unternehmerschaft<sup>57</sup> und wurde als eine der negativsten Entscheidungen in der Geschichte des Gesellschaftsrechts bezeichnet.<sup>58</sup>

Das Ungewöhnliche an dieser Entscheidung bestand darin, dass die Vermutungsregel (*Presumption of Business Judgment Rule*) von den Klägern mit der Begründung erfolgreich beanstandet wurde, dass die Geschäftsführer keine vernünftigen und angemessenen Maßnahmen ergriffen haben, um den Wert der von der Ge-

<sup>47</sup> Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, 2002, 89.

<sup>48</sup> Hansen, *The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project*, *The Business Lawyer*, Vol. 48, 1993, 1361.

<sup>49</sup> Ebd, 1361. Es ist bemerkenswert, dass der Oberste Gerichtshof von Delaware im Fall *Stone gegen Ritter*, 911 A.2d 362 (Del. 2006), festgestellt hat, dass es unmöglich ist, einen Geschäftsführer als treu zu betrachten, wenn er nicht in gutem Glauben handelt, dass sein Handeln im besten Interesse der Gesellschaft ist. Schließlich hob der Oberste Gerichtshof in diesem Fall den guten Glauben als gesonderte treuhänderische Pflicht auf, und dieser wurde Teil der Treuepflicht (siehe Lopez, Oklan & Bainbridge, *The Convergence of Good Faith and Oversight*, *UCLA Law Review*, 55, 2008, 559).

<sup>50</sup> Balotti & Hanks, *Rejudging the Business Judgment Rule*, *The Business Lawyer*, Vol. 48, 1993, 1345; Johnson, *The Modest Business Judgment Rule*, *The Business Lawyer*, Vol. 55, 2000, 627.

<sup>51</sup> Johnson, *The Modest Business Judgment Rule*, *The Business Lawyer*, Vol. 55, 2000, 627.

<sup>52</sup> Balotti & Hanks, *Rejudging the Business Judgment Rule*, *The Business Lawyer*, Vol. 48, 1993, 1345.

<sup>53</sup> Strong, *MacCormick on Evidence*, 1992, 449. Nach diesem Autor hat die Vermutung im Verfahrensrecht mindestens 8 verschiedene Regelungsinhalte. Siehe Strong, *MacCormick on Evidence*, 1992, 342.

<sup>54</sup> Eisenberg, *An Overview of the Principles of Corporate Governance*, *Business Lawyer*, Vol. 48, 1993, 1271.

<sup>55</sup> Balotti & Hanks, *Rejudging the Business Judgment Rule*, *The Business Lawyer*, Vol. 48, 1993, 1347.

<sup>56</sup> *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

<sup>57</sup> Shu-Acquaye, *Smith v. Van Gorkom Revisited: Lessons Learned in Light of the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, *De Paul Business and Commercial Law Journal*, Vol. 3, 2004, 36.

<sup>58</sup> Fischel, *The Business Judgment Rule and the Trans Union Case*, *40 Business Lawyer*, Vol. 40, 1985, 1455.

sellschaft verkauften Aktien zu bestimmen, wodurch die Aktionäre aufgrund grober Fahrlässigkeit geschädigt wurden.<sup>59</sup> Das Gericht legte besonderes Augenmerk auf Details wie die zeitliche Länge für die als zulässig betrachtete Entscheidungsfindung, die Notwendigkeit, zusätzliche Unterlagen vorzubereiten usw., damit die Geschäftsführer besser informiert waren, bevor sie eine Entscheidung trafen.<sup>60</sup>

Nach dieser Entscheidung verabschiedeten zahlreiche Staaten restriktive Normen zum Schutz der Geschäftsführung.<sup>61</sup> Paragraph 102 (b) (7) in Kapitel 8 des Delaware Code trat im darauffolgenden Jahr unmittelbar nach der Entscheidung in Kraft. Danach konnten in Delaware ansässige Unternehmen die Geschäftsführung nicht zur Rechenschaft ziehen, sofern es sich nicht um eine Verletzung der Treuepflicht oder des guten Glaubens handelte.<sup>62</sup> Die überwiegende Mehrheit der in Delaware eingetragenen Unternehmen hat seit 1986 von ihrem Recht nach Paragraph 102 (b) (7) Gebrauch gemacht.<sup>63</sup>

Darüber hinaus machte die Entscheidung die Rechtsnatur der *Business Judgment Rule* noch unsicherer, da der Oberste Gerichtshof den Fall nach ihrer Aufhebung zur Wiederaufnahme des Verfahrens an den *Court of Chancery* zurückverwies.<sup>64</sup> Im Fall *Smith v. Van Gorkom* entschied

das Gericht, dass die *Business Judgment Rule* ein Verfahrensmechanismus, ein Standard für das tatsächliche Verhalten des Geschäftsführers (d. h. eine materiellrechtliche Anforderung) oder beides sei.<sup>65</sup>

Das obige Missverständnis wurde vier Jahre nach *Van Gorkom* durch die Entscheidung *Citron v. Fairchild* ausgeräumt.<sup>66</sup> In diesem Fall erklärte der Oberste Gerichtshof von Delaware, dass die *Business Judgment Rule* sowohl als Teil der Verfahrensmaxime als auch als Teil des materiellen Rechts funktioniert.<sup>67</sup> Als prozessuales Institut schafft die *Business Judgment Rule* die Vermutung, dass die Geschäftsführer eine Entscheidung in einer informierten, d. h. mit Sorgfalt, und gewissenhaften Art und Weise sowie in dem Glauben getroffen haben, dass ihre Handlungen im besten Interesse des Unternehmens liegen.<sup>68</sup> Der Kläger ist verpflichtet, jedes der oben genannten Elemente zu widerlegen, und wenn er dies im Rahmen des materiellen Rechts unterlässt, wird die *Business Judgment Rule* zum Schutz des Geschäftsführers und der von ihm getroffenen Entscheidung angewandt.<sup>69</sup>

Der Fall *Citron v. Fairchild* zeigt die Dichotomie, die in der Rechtsprechung von Delaware bezüglich der *Business Judgment Rule* besteht, da diese Regel sowohl für das Verfahren als auch für das materielle Recht gilt.<sup>70</sup> Eine solche Definition der Regel wurde in den folgenden Jahren in einer Reihe von Entscheidungen bekräftigt.<sup>71</sup>

<sup>59</sup> *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985); Hansen, The Duty of Care, the *Business Judgment Rule*, and the American Law Institute Corporate Governance Project, *The Business Lawyer*, Vol. 48, 1993, 1357.

<sup>60</sup> *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

<sup>61</sup> Gevurtz, *The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?*, *Southern California Law Review*, Vol. 67, 1994, 235.

<sup>62</sup> Delaware Code, Title 8, § 102(b)(7); Bainbridge, *Smith v. Van Gorkom*, *UCLA School of Law Paper Series*, 2008, 26.

<sup>63</sup> Bainbridge, *Smith v. Van Gorkom*, *UCLA School of Law Paper Series*, 2008, 26.

<sup>64</sup> Hansen, *The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project*, *The Business Lawyer*, Vol. 48, 1993, 1371.

<sup>65</sup> Ebd.

<sup>66</sup> *Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp.*, 569 A.2d 53 (1989).

<sup>67</sup> Ebd.

<sup>68</sup> Ebd.

<sup>69</sup> Ebd.

<sup>70</sup> *Smith*, *The Modern Business Judgment Rule*, *BYU Law Research Paper Series*, No. 15-09, 2015, 10.

<sup>71</sup> *McMullin v. Beran*, 765 A.2d 910, 916-17 (Del. 2000); *Emerald Partners v. Berlin*, 787 A.2d 85, 90 (Del. 2001);

#### d) Der Fall *Cede gegen Technicolor*

Die wichtigste Erklärung der *Business Judgment Rule* wurde vom obersten Gerichtshof von Delaware im Fall *Cede v. Technicolor* ausgesprochen.<sup>72</sup> Der Fall wurde viermal an den Obersten Gerichtshof von Delaware weitergeleitet und hat insgesamt 14 Jahre beansprucht.<sup>73</sup> Da der Fall vor 1986 begann, war Paragraph 102 (b) (7) auf den Streitgegenstand nicht anwendbar, und der Geschäftsführer konnte sich mit dieser Bestimmung nicht wehren.<sup>74</sup>

Die Entscheidung von 1993 (so genannte *Cede II*) ist wichtig für die Definition der *Business Judgment Rule*.<sup>75</sup> *Cede II* stellt fest, dass sie eine starke Vermutung zugunsten von Geschäftsführern begründet, dass diese in Kenntnis der Sachlage entschieden haben, die Treuepflicht gegenüber dem Unternehmen zu beachten, und dass diese Vermutung nicht widerlegt werden kann, wenn nicht zugleich nachgewiesen werden kann, dass die Entscheidung des Geschäftsführers auf keiner vernünftigen Grundlage beruhte.<sup>76</sup> Um die *Business Judgment Rule* zu widerlegen, trägt der Kläger die Beweislast für die Verletzung von Treue- und Sorgfaltspflichten, und zwar für jede

Verletzung.<sup>77</sup> Gelingt dem Kläger dieser Nachweis nicht, wird die *Business Judgment Rule* als Teil des materiellen Rechts angewendet, um den Geschäftsführer und die von ihm getroffene Entscheidung zu schützen.<sup>78</sup> Wenn die *Business Judgment Rule* nicht angewandt wird, muss der beklagte Geschäftsführer die "volle Fairness" der Transaktion nachweisen, andernfalls wird eine Haftung auferlegt.<sup>79</sup>

*Cede II* ist aus zwei Gründen die bedeutendste Entscheidung:

1. Die Voraussetzung für die Widerlegung der *Business Judgment Rule* war die Verletzung der Treuepflicht oder eine unsachliche Entscheidung.<sup>80</sup>

2. Im Falle einer Überschreitung der *Business Judgment Rule* aufgrund eines Verstoßes gegen die Rücksichtnahmepflicht wird das Handeln des Geschäftsführers auf „vollständige Korrektheit“ geprüft, die in der bisherigen Praxis nur bei Verstoß gegen die Treuepflicht ausscheidet.<sup>81</sup> Beide neue Anforderungen von *Cede II* wurden heftig kritisiert.<sup>82</sup>

Zunächst einmal ist ein Grund für die Kritik an *Cede II*, dass die Entscheidung die Pflicht zur Rücksichtnahme zu einem der Bestandteile der *Business Judgment Rule* gemacht hat, was zu einer Verwässerung der grundlegenden Bestim-

---

*Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.* 818 A.2d 914 (2003); *MM Companies v. Liquid Audio, Inc.*, 813 A.2d 1118, 1127 (Del.2003).

<sup>72</sup> *Smith, The Modern Business Judgment Rule*, BYU Law Research Paper Series, No. 15-09, 2015, 10-11.

<sup>73</sup> *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*, 542 A.2d 1182 (1988); *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345 (1993); *Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.*, 663 A.2d 1156, 1180 (1995); *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 684 A. 2d 289 (1996).

<sup>74</sup> *Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.*, 663 A.2d 1156, 1180 (1995).

<sup>75</sup> *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345 (1993). Die Entscheidung wird als *Cede II* bezeichnet, da sie sich auf die 2. Anhörung des vorliegenden Falles vor dem Obersten Gerichtshof bezieht. (Auf Georgisch)

<sup>76</sup> Ebd.

---

<sup>77</sup> Ebd.

<sup>78</sup> Ebd.

<sup>79</sup> Ebd.

<sup>80</sup> *Smith, The Modern Business Judgment Rule*, BYU Law Research Paper Series, No. 15-09, 2015, 10-11.

<sup>81</sup> *Johnson, Rethinking Judicial Review of Director Care*, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 24, 1999, 799-801

<sup>82</sup> *Smith, The Modern Business Judgment Rule*, BYU Law Research Paper Series, No. 15-09, 2015, 10-11; *Johnson, The Modest Business Judgment Rule*, the Business Lawyer, Vol. 55, 2000, 627.

mungen des Gesellschaftsrechts führt.<sup>83</sup> Die Sorgfaltspflicht ist Verhaltensstandard der Geschäftsführer und auf ihrer Grundlage sollten sie ihre Pflichten erfüllen.<sup>84</sup> Die Sorgfaltspflicht bezieht sich auf den Bewertungsmaßstab einer gewöhnlichen, vernünftigen Person, die in einer ähnlichen Sachlage Entscheidungen trifft.<sup>85</sup>

Die Übernahme der Rücksichtnahmepflicht durch die *Business Judgment Rule* ist eine unbeabsichtigte Folge des historischen Entwicklungsprozesses des Gesellschaftsrechts in Delaware.<sup>86</sup> Die treuhänderische Pflicht der Rücksichtnahme in Delaware entstand erst in den 1960er Jahren durch eine Entscheidung im Fall *Graham*, während die *Business Judgment Rule* zuvor ohne jede Verbindung zu dieser treuhänderischen Pflicht angewendet worden war.<sup>87</sup> Das Gericht von Delaware in den Fällen *Aronson* und *Van Gorkom* änderte bald darauf die Definition von Rücksichtnahme und ging zum Standard der groben Fahrlässigkeit über.<sup>88</sup> Diesen Rechtsstreitigkeiten folgte daraufhin die Inkraftsetzung von Paragraph 102 (b) (7).<sup>89</sup> Die Gesetzesänderungen ihrerseits beendeten tatsächlich die mögliche ge-

richtliche Auseinandersetzung über die Pflicht zur Rücksichtnahme.<sup>90</sup>

Mit *Cede II* wurde die Pflicht zur Rücksichtnahme im Gesellschaftsrecht von Delaware auf die Verpflichtung des Geschäftsführers beschränkt, sich vor einer Entscheidung die entsprechenden Informationen zu beschaffen,<sup>91</sup> ein Hinweis, auf den der Fall *Citron* noch Bezug genommen hat.<sup>92</sup> Eine solche Einengung der Rücksichtnahmepflicht stellt ein ernstes rechtsdogmatisches Problem dar, da die Handlungen des Geschäftsführers im Rahmen der Rücksichtnahmepflicht bewertet werden müssen, unabhängig davon, ob der Geschäftsführer eine Entscheidung trifft oder nicht.<sup>93</sup> Zum Beispiel trifft der Geschäftsführer überhaupt keine Entscheidung, wenn er nicht die Mitarbeiter des Unternehmens beaufsichtigt.<sup>94</sup> Der Direktor muss auch der Aufsichtspflicht sorgfältig nachkommen, und seine Handlungen müssen nach diesem Standard bewertet werden, was unter den Bedingungen der Rechtsprechung von Delaware unmöglich ist.<sup>95</sup> Aufgrund des qualitativ unrichtigen Ansatzes in *Cede II* musste das Gericht in Delaware einen anderen Verhaltensstandard für den Geschäftsführer festlegen, wenn eine Entscheidung nicht von ihm getroffen wurde, und die Angelegenheit eine

<sup>83</sup> *Smith*, *The Modern Business Judgment Rule*, BYU Law Research Paper Series, No. 15-09, 2015, 6.

<sup>84</sup> *Johnson*, *The Modest Business Judgment Rule*, *the Business Lawyer*, Vol. 55, 2000, 633.

<sup>85</sup> *Lattin*, *The Law of Corporations*, 1971, 272; *Hansen*, *The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project*, *The Business Lawyer*, Vol. 48, 1993, 1355.

<sup>86</sup> *Johnson*, *Unsettledness in Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose*, *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 38, 2013, 426.

<sup>87</sup> *Johnson*, *The Modest Business Judgment Rule*, *the Business Lawyer*, Vol. 55, 2000, 626.

<sup>88</sup> *Ebd*, 651.

<sup>89</sup> *Ebd*, 651.

<sup>90</sup> *Holland*, *Delaware Directors' Fiduciary Duties: The Focus on Loyalty*, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 11, 2009, 700.

<sup>91</sup> *Johnson*, *Rethinking Judicial Review of Director Care*, *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 24, 1999, 799-800.

<sup>92</sup> *Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp.*, 569 A.2d 53 (1989). In der Entscheidung heißt es: "[Die Geschäftsführer] trafen die Entscheidung in Kenntnis der Sachlage (d. h. auf sorgfältiger Weise)". (Auf Georgisch)

<sup>93</sup> *Johnson*, *Rethinking Judicial Review of Director Care*, *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 24, 1999, 817.

<sup>94</sup> *Johnson*, *The Modest Business Judgment Rule*, *The Business Lawyer*, Vol. 55, 2000, 642.

<sup>95</sup> *Johnson*, *Rethinking Judicial Review of Director Care*, *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 24, 1999, 817.

Verletzung der Aufsichtspflicht zum Gegenstand hatte.<sup>96</sup> Derzeit ist eine unzureichende Aufsicht durch den Geschäftsführer ein Element der Pflichtverletzung,<sup>97</sup> was auf die Ausprägung eines konzeptionell grundlegend falschen Ansatzes hindeutet.

Da die Rücksichtnahmepflicht, die sich auf die Informationspflicht beschränkt, in *Cede II* als Bestandteil der *Business Judgment Rule* definiert wurde, hat sich in diesem Fall ein merkwürdiges Ergebnis herauskristallisiert.<sup>98</sup> Insbesondere wurde in dem Fall festgestellt, dass die Rücksichtnahmepflicht verletzt worden war - die Kläger hatten die *Business Judgment Rule* widerlegt, die von den Geschäftsführern vorgenommene Transaktion jedoch den Test der "vollen Fairness" erfüllt hatte.<sup>99</sup>

Die Anwendung des "volle Fairness"-Tests in einem Rechtsstreit über die Rücksichtnahmepflicht ist auch rechtsdogmatisch problematisch.<sup>100</sup> Der Test der "vollen Fairness" wird in Fällen der Verletzung der Treuepflicht angewandt und bedeutet,<sup>101</sup> dass das Gericht das Vorhandensein eines fairen Preises und einer fairen Preisverhandlung prüft.<sup>102</sup> Im Falle einer möglichen Verletzung der Treuepflicht, d. h. wenn der Verdacht im Hinblick auf ein persönliches Interesse oder eine Befangenheit des Vorstands besteht, ist der Grund für die Anwendung eines

solch strengen Tests, dass die Treuepflicht keinem neutralen Entscheidungsgremium unterliegt.<sup>103</sup> Folglich muss das Gericht selbst feststellen, ob die Verhandlungen und der vereinbarte Preis fair waren.<sup>104</sup> Auf der anderen Seite hat das Unternehmen, wenn die Geschäftsführer wegen Verletzung der Rücksichtnahmepflicht verklagt werden, überhaupt kein Problem mit einem neutralen Entscheidungsgremium, so dass die Erheblichkeit des Tests der "vollen Fairness" nicht geklärt ist.<sup>105</sup>

Nicht minder wichtig ist die Tatsache, dass die Rechtsprechung bei der Anwendung der "vollen Fairness" die Erstattung von "Regressschäden" vorsieht.<sup>106</sup> Das Ziel in solchen Fällen ist es, sicherzustellen, dass der Geschädigte die unrechtmäßig erlangten Vorteile nicht verliert.<sup>107</sup> Im Falle einer Verletzung der Rücksichtnahmepflicht wird der Geschäftsführer keine Vorteile aus der Transaktion ziehen, da er einfach fahrlässig handelte, weshalb es unangemessen ist, ihm

<sup>96</sup> *In re Caremark Int'l Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959, 970 (Del. Ch. 1996).

<sup>97</sup> *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362 (Del. 2006).

<sup>98</sup> *Johnson*, Rethinking Judicial Review of Director Care, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 24, 1999, 818.

<sup>99</sup> Ebd., 818-819.

<sup>100</sup> *Dooley*, Fundamentals of Corporation Law, 1995, 249-254.

<sup>101</sup> *Cunningham & Yablon*, Delaware Fiduciary Duty Law After QVC and Technicolor. A Unified Standard (and the End of Revlon Duties?), Business Lawyer, Vol. 49, 1994, 1601.

<sup>102</sup> *Nixon v. Blackwell*, 626 A. 2d 1366 (Del. 1993).

<sup>103</sup> *Johnson*, Rethinking Judicial Review of Director Care, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 24, 1999, 820.

<sup>104</sup> Ebd.

<sup>105</sup> Ebd., 822-823.

<sup>106</sup> *Weinberger v. UOP, Inc.*, 457 A.2d 701 (Del. 1983). Bei Schadensersatzleistungen (*compensatory damages*) in den Vereinigten Staaten erhält der Geschädigte die Differenz zwischen dem Wert der strittigen Vereinbarung und dem tatsächlichen Marktwert des Vermögens zum Zeitpunkt der Transaktion. Wiedergutmachungsschäden (*rescissory damages*) sind ein Rückerstattungsmechanismus, wenn es unmöglich ist, sich vor der Durchführung einer Transaktion gütlich zu halten (z. B. wenn zwei Unternehmen fusioniert haben, der Minderheitsgesellschafter beeinträchtigt war und die Fusion nicht durchführbar ist). Der Geschädigte erhält die Vorteile, die auch der Beklagte erhalten hat. Siehe *Shine*, Delaware Decision Reinforces Need for Proper Procedure in Squeeze-Out Merger, 2014, 4). (Auf Georgisch)

<sup>107</sup> *Dooley*, Fundamentals of Corporation Law, 1995, 256.

gegenüber den Test der "vollen Fairness" durchzuführen.<sup>108</sup>

### e) Der Test zur "verschärften Prüfung"

Die Einführung des "verschärften Prüfung" (*Enhanced Scrutiny*) in Delaware hat schließlich drei Standards der Haftung für Entscheidungen von Vorstandsmitgliedern festgelegt.<sup>109</sup> Nach der Rechtsprechung des Delaware *Court of Chancery* gibt es drei Haftungsmaßstäbe: erstens die *Business Judgment Rule*, zweitens die "verschärfte Prüfung" und drittens den "volle Fairness"-Test.<sup>110</sup> Dementsprechend ist die Beziehung zwischen diesen drei Tests in der Rechtsprechung des Delaware *Court of Chancery* von großer Bedeutung, was wiederum die Besonderheiten der Anwendung der *Business Judgment Rule* bestimmt.<sup>111</sup>

Im Allgemeinen ergab sich die Notwendigkeit eines "verschärften Prüfung"-Tests hinsichtlich der Beweislast für einen Kläger, als Geschäftsführer die feindliche Übernahme ihres Unternehmens verhinderten und damit den Aktionären nicht gestatteten, Aktien zu veräußern.<sup>112</sup> In solchen Zeiten können Geschäftsführer ein Interesse daran haben, keine anderen Anteilseigner zuzulassen, da die Übernahme eines neuen Mehrheitsaktionärs in der Regel zu einem Vor-

standswechsel führt.<sup>113</sup> Im Fall der Anwendung der *Business Judgment Rule* mussten die Kläger belegen, dass der Schutz des Unternehmens vor einer feindlichen Übernahme irrational, bösgläubig oder eine nur durch die persönlichen Interessen der Geschäftsführer geprägte Entscheidung war.<sup>114</sup>

Das Fehlen einer "verschärften Prüfung" führte dazu, dass der Oberste Gerichtshof von Delaware im Jahr 1984 einer Haftungsklage bei feindlicher Übernahme nicht stattgegeben hat.<sup>115</sup> Ein Jahr nach dieser Entscheidung, *Unocal v. Mesa Petroleum*, verwendete der Oberste Gerichtshof im Streit um *Mesa Petroleum* den neu geschaffenen Test anstelle der *Business Judgment Rule*, die später als Unocal-Test bekannt wurde.<sup>116</sup> Diesem Test zufolge müssen Geschäftsführer, wenn sie Maßnahmen gegen die feindliche Übernahme des Unternehmens ergreifen, vor Gericht beweisen, dass folgende zwei Elemente kumulativ vorhanden sind:

1. Es besteht eine hinreichende Bedrohung für die Existenz des Unternehmens und
2. die ergriffenen Maßnahmen stehen in einem angemessenen Verhältnis zu dieser Bedrohung.<sup>117</sup>

Im Fall von *Unocal* blieb die Frage offen, ob die Handlungen der Geschäftsführer nach dem Standard der *Business Judgment Rule* geprüft werden sollten, falls der Unocal-Test von den Geschäftsführern erfüllt wird oder ob bei einem Verstoß gegen diesen Test automatisch eine Haf-

<sup>108</sup> Bainbridge, Cede Problem, 2012: 01.12.2012, <https://www.professorbainbridge.com/professorbainbridgecom/2012/12/the-cede-problem.html>, zuletzt abgerufen am 21.09.2020.

<sup>109</sup> *Reis v. Hazelett Strip-Casting Corp.*, 28 A.3d 442, 457 (Del.Ch.2011).

<sup>110</sup> Ebd.

<sup>111</sup> *Johnson*, Rethinking Judicial Review of Director Care, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 24, 1999, 791.

<sup>112</sup> *Gevurtz*, The *Business Judgment Rule*: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?, Southern California Law Review, Vol. 67, 1994, 329.

<sup>113</sup> Ebd.

<sup>114</sup> *Smith*, The Modern *Business Judgment Rule*, BYU Law Research Paper Series, No. 15-09, 2015, 18.

<sup>115</sup> *Pogostin v. Rice*, 480 A.2d 619 (Del. 1984).

<sup>116</sup> *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985).

<sup>117</sup> Ebd.

tung der Geschäftsführer eintritt.<sup>118</sup> Im Jahr 1995 entschied der Oberste Gerichtshof, dass bei Nichtbestehen der Unocal-Voraussetzungen eine Prüfung der "vollen Fairness" in Bezug auf den Geschäftsführer erfolgt.<sup>119</sup> 2001 erläuterte der *Court of Chancery*, dass für den Fall, dass der Geschäftsführer die Voraussetzungen des Unocal-Test vorträgt, der Kläger die Beweislast für das Vorliegen einer unsachlichen Entscheidung auf Grundlage der *Business Judgment Rule* trägt.<sup>120</sup>

Neben dem Unocal-Test gibt es eine Reihe weiterer Tests zur "verschärften Prüfung", die je nach den tatsächlichen Umständen des Falles auf den Geschäftsführer angewandt werden, z. B. bei der Beteiligung des Mehrheitsaktionärs auf beiden Seiten der Transaktion<sup>121</sup> oder beim Verkauf des Unternehmens nach dem Auktionsprinzip.<sup>122</sup> Unabhängig davon, ob ein Sonderausschuss gebildet wurde, um eine Transaktion mit Beteiligung eines Mehrheitsaktionärs auf beiden Seiten der Transaktion abzuschließen, oder ob die Transaktion von Minderheitsaktionären gebilligt wurde.<sup>123</sup> Das alternative Vorliegen eines der beiden Elemente führt zur Anwendung eines Tests der "vollen Fairness".<sup>124</sup>

Folglich hängt es von den besonderen Umständen des Falles ab, ob die *Business Judgment Rule* als materieller Maßstab für die Haftung des Geschäftsführers herangezogen wird. Das Verhältnis zwischen den Haftungsmaßstäben in den

neuen Präzedenzfällen wird stets vom Gericht in Delaware präzisiert.

### 3. ALI-Corporate-Governance-Regeln

Das American Law Institute (ALI) ist eine Organisation, die 1923 mit dem Ziel gegründet wurde, die US-Gesetzgebung zu verbessern und zu vereinfachen.<sup>125</sup> Das ALI hat einen Leitfaden zu bekannten Corporate-Governance-Grundsätzen entwickelt, einschließlich der Definition der *Business Judgment Rule*.<sup>126</sup> Wie in den Kommentaren zu den ALI-Regeln erläutert wird, hat die Notwendigkeit, eine *Business Judgment Rule* zu definieren, dazu geführt, dass diese Regel in der gerichtlichen Praxis in verschiedenen Bedeutungsinhalten herangezogen wird und ihre vollständige Definition den Entscheidungen oft nicht zu entnehmen ist.<sup>127</sup>

Paragraph 4.01.a der ALI Rules ist der Definition der Rücksichtnahmepflicht von Geschäftsführern, Paragraph 4.01.c der Definition der *Business Judgment Rule* gewidmet.<sup>128</sup>

Gemäß Paragraph 4.01.a erfüllt der Geschäftsführer seine Pflichten, wenn er in gutem Glauben und in der hinreichenden Überzeugung handelt, dass sein Handeln im besten Interesse der Gesellschaft liegt, und er sich sorgfältig verhält, so wie sich in einer ähnlichen Position eine

<sup>118</sup> *Smith*, The Modern *Business Judgment Rule*, BYU Law Research Paper Series, No. 15-09, 2015, 13.

<sup>119</sup> *Unitrin Inc. v. American Gen. Corp.*, 651 A.2d 1361, 1377 n.18 (Del. 1995).

<sup>120</sup> *Air Products and Chemicals, Inc. v. Airgas, Inc.*, 16 A.3d 48, 93-94 Del. Ch. 2011).

<sup>121</sup> *Kahn v. M&F Worldwide Corp.*, 88 A.3d 635 (Del. 2014).

<sup>122</sup> *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A. 2d 173 (Del. 1986).

<sup>123</sup> *Kahn v. Tremont Corp.*, 694 A.2d 422, 428 (Del. 1997).

<sup>124</sup> *Kahn v. M&F Worldwide Corp.*, 88 A.3d 635 (Del. 2014).

<sup>125</sup> Siehe im Internet: <https://www.ali.org/about-ali/>, zuletzt abgerufen am 21.09.2020.

<sup>126</sup> *Carney*, Section 40.1 of the American Law Institute's Corporate Governance Project: Restatement or Misstatement?, *Washington University Law Review*, Vol. 66, 1988, 239.

<sup>127</sup> ALI Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, § 4.01 commentary, 1994, 173.

<sup>128</sup> *Balotti & Hanks*, Rejudging the *Business Judgment Rule*, *The Business Lawyer*, Vol. 48, 1993, 1338.

vernünftige und besonnene Person verhalten würde.<sup>129</sup>

In Paragraph 4.01.c wird im Absatz *Business Judgment Rule* wie folgt formuliert: Ein Geschäftsführer, der eine unternehmerische Beurteilung vornimmt, erfüllt die in Paragraph 4.01.a. festgelegten Pflichten in hinreichender Weise, sofern er vernünftigerweise davon ausgeht, dass er im besten Interesse der Gesellschaft handelt.<sup>130</sup> In den Kommentaren zu den ALI-Regeln wird darauf hingewiesen, dass eine sorgfältige Entscheidung auch eine Voraussetzung dafür ist, dass der Geschäftsführer durch die *Business Judgment Rule* geschützt wird.<sup>131</sup> In der Literatur wird kritisiert, dass die Notwendigkeit von Treu und Glauben nicht klar aus Paragraph 4.01.c zu entnehmen ist.<sup>132</sup>

Die ALI-Regeln behandeln ebenfalls die Problematik der Verteilung der Beweislast zwischen den Parteien. Gemäß Paragraph 4.01.d der Regeln muss eine Person, die die Handlung des Geschäftsführers auf der Grundlage von Paragraph 4.01.a bestreitet, nachweisen, dass der Geschäftsführer die Sorgfaltspflicht verletzt hat, unter anderem die Nichtanwendung der Vorschriften von Paragraph 4.01.c belegen und darüber hinaus nachweisen, dass die Pflichtverletzung die

Ursache der zusätzlichen Schäden bei der Gesellschaft war.<sup>133</sup>

Die ALI-Regeln gehen bei der *Business Judgment Rule* nicht von einer Vermutung aus. Dies ist jedoch von geringerer praktischer Bedeutung, da die Beweislast gemäß Paragraph 4.01.d weiterhin beim Kläger verbleibt.<sup>134</sup> In dieser Hinsicht unterscheiden sich die ALI-Regeln grundlegend von der Praxis in Delaware, die dem Geschäftsführer die Beweislast auferlegt, wenn die *Business Judgment Rule* widerlegt werden kann.<sup>135</sup> In der Rechtsauffassung, die in ALI-Kommentaren zum Ausdruck kommt und in der juristischen Literatur weit verbreitet ist, schafft die vom ALI entwickelte *Business Judgment Rule* im Gegensatz zum Delaware-Modell den so genannten "sicheren Hafen" (*safe harbor*), in dem der Geschäftsführer die Haftung für Pflichtverletzungen umgeht.<sup>136</sup>

Die vom ALI entwickelte *Business Judgment Rule* ist ein Standard für die materielle Haftung.<sup>137</sup> Sie legt jedoch einen qualitativ niedrigeren Haftungsmaßstab fest, als die treuhänderische Verpflichtung zur Rücksichtnahme und die

<sup>129</sup> American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Tentative Draft No. 4, 1985, 4.01.a.

<sup>130</sup> American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Tentative Draft No. 4, 1985, 4.01.c.

<sup>131</sup> ALI Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, § 4.01 commentary, 1994, 174.

<sup>132</sup> Hansen, The Duty of Care, the *Business Judgment Rule*, and the American Law Institute Corporate Governance Project, The Business Lawyer, Vol. 48, 1993, 1375.

<sup>133</sup> American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Tentative Draft No. 4, 1985, 4.01.d.

<sup>134</sup> Balotti & Hanks, Rejudging the *Business Judgment Rule*, The Business Lawyer, Vol. 48, 1993, 1338.

<sup>135</sup> Thompson, The Merger and Acquisition Provisions of the ALI Corporate Governance Project as Applied to the Three Steps in the Time-Warner Acquisition, Columbia Business Law Review, 1996, 160.

<sup>136</sup> ALI Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, § 4.01 commentary, 1994, 174; Branson, The Rule Than Is Not The Rule – The *Business Judgment Rule*, Valparaiso University Law Review, Vol. 36, 2002, 636; Balotti & Hanks, Rejudging the *Business Judgment Rule*, The Business Lawyer, Vol. 48, 1993, 1338.

<sup>137</sup> Johnson, The Modest *Business Judgment Rule*, The Business Lawyer, Vol. 55, 2000, 628-629.

Sorgfaltspflicht, die in Absatz 4.01.a festgelegt sind.<sup>138</sup>

Es gibt vier wesentliche Unterschiede zwischen der Sorgfaltspflicht in den ALI-Regeln und der *Business Judgment Rule*.<sup>139</sup>

1. Die *Business Judgment Rule* schützt den Geschäftsführer nur im Falle einer unternehmerischen Urteilsbildung, also einer Entscheidung. Sie wird daher nicht im Falle der Verletzung von Aufsichtspflichten oder der Aufgabe von Pflichten durch den Geschäftsführer angewendet. Andererseits erstreckt sich die Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf jedes Verhalten des Geschäftsführers und stellt den Maßstab seiner Haftung dar.<sup>140</sup>

2. Die *Business Judgment Rule* gilt nur für nicht befangene Geschäftsführer. Im Falle eines persönlichen Interesses ist die Sorgfaltspflicht irrelevant und die Frage des Interessenkonflikts wird durch Kapitel 5 der ALI-Regeln behandelt.<sup>141</sup>

3. Bei der Erfüllung einer Verpflichtung zur Sorgfalt muss der Geschäftsführer "vernünftigerweise" davon überzeugt sein, dass er im besten Interesse des Unternehmens handelt, und im Falle der *Business Judgment Rule* muss der Geschäftsführer "rational" davon ausgehen, dass er im besten Interesse der Körperschaft handelt.<sup>142</sup>

<sup>138</sup> Ebd, 629.

<sup>139</sup> *Thompson*, The Merger and Acquisition Provisions of the ALI Corporate Governance Project as Applied to the Three Steps in the Time-Warner Acquisition, *Columbia Business Law Review*, 1996, 160.

<sup>140</sup> Ebd, 161.

<sup>141</sup> Ebd, 161.

<sup>142</sup> "Vernünftiger" (*reasonable*) Glaube ist eine strengere Anforderung als "rationaler" (sachlicher) Glaube. Letzterer räumt dem Geschäftsführer bei der Entscheidungsfindung einen viel breiteren Entscheidungsspielraum ein (siehe *Goldschmid*, Outline on the

4. Die Erfüllung einer Sorgfaltspflicht setzt eine Handlung voraus, von der vernünftigerweise angenommen wird, dass sie von einer gewöhnlichen, besonnenen Person in einer ähnlichen Lage und Situation vorgenommen wird, während die *Business Judgment Rule* keine ähnliche Forderung formuliert.<sup>143</sup>

Bemerkenswert ist, dass die auf den ALI-Regeln basierende *Business Judgment Rule* in Deutschland und Österreich positiv aufgenommen wurde. Dies jedoch mit einem wesentlichen Merkmal: Im Gesellschaftsrecht beider Staaten liegt die Beweislast für das Vorhandensein von Elementen der *Business Judgment Rule* beim beklagten Geschäftsführer.<sup>144</sup>

#### 4. Der Grundsatz der Nichteinmischung

Eine der wichtigsten Auslegungen der *Business Judgment Rule* besteht darin, diese Regel als einen Grundsatz der Nichteinmischung zu be-

---

Duty of Care and the *Business Judgment Rule*, in ALI-ABA, ALI's Principles of Corporate Governance, 1997, 47). Der "vernünftige" Glaube wird in den Kommentaren von ALI sowohl als objektives als auch als subjektives Zeichen verstanden (siehe ALI-Prinzipien der Corporate Governance: Analyse und Empfehlungen, § 4.01 Kommentar, 1994, 177), und "rationaler" Glaube ist ein subjektives abhängiges Zeichen des Geschäftsführers (Siehe. *Hansen*, The Duty of Care, the *Business Judgment Rule*, and the American Law Institute Corporate Governance Project, *The Business Lawyer*, Vol. 48, 1993, 1375).

<sup>143</sup> *Thompson*, The Merger and Acquisition Provisions of the ALI Corporate Governance Project as Applied to the Three Steps in the Time-Warner Acquisition, *Columbia Business Law Review*, 1996, 161.

<sup>144</sup> *Klappstein*, Directors' Duties and Liability in Germany, in Annex to Study on Directors' Duties and Liability, 2013, 339; *Nimmerfall & Peissl*, The *Business Judgment Rule* and its Impact on Austrian Law, *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2015, 355.

zeichnen.<sup>145</sup> Diese Auslegung basiert auf dem Vorrangprinzip zugunsten der Geschäftsführer (*Director Primacy Model*).<sup>146</sup> Dieses Modell steht im Widerspruch zum Vorrangprinzip zugunsten von Aktionären (*Shareholder Primacy Model*), das darauf abzielt, den Vermögenswert für Aktionäre zu erhöhen.<sup>147</sup> Nach dem Vorrangprinzip zugunsten der Geschäftsführer ist der Vorstand kein Vertreter der Aktionäre, sondern fungiert als ein Unternehmensleiter, der das Unternehmen durch einen effizienten und zentralisierten Entscheidungsprozess leitet.<sup>148</sup> Im Rahmen dieses Modells muss der Entscheidungsspielraum des Vorstands aufrechterhalten bleiben. Der Vorstand muss jedoch weiterhin rechenschaftspflichtig sein, um den besten Interessen des Unternehmens zu dienen.<sup>149</sup> Die *Business Judgment Rule* als Doktrin der Nichteinmischung wird als Kompromiss bei Konflikten zwischen dem Entscheidungsspielraum und der Rechenschaftspflicht des Vorstands aufgefasst.<sup>150</sup>

Im Einzelnen besagt die *Business Judgment Rule* als Prinzip der Nichteinmischung, dass das Gericht den Inhalt oder die Begründetheit der getroffenen Entscheidung nicht beurteilen sollte, wenn keine relevanten Vorbedingungen vorliegen.<sup>151</sup> Die Nichteinmischung in die Entscheidungen der Geschäftsführung wird damit begründet, dass die Gesellschaft, wenn kein Interessenkon-

flikt oder andere Umstände vorliegen, über ein unabhängiges Entscheidungsorgan verfügt, das nicht durch das Gericht überprüft oder verdrängt werden sollte.<sup>152</sup>

Gemäß der Doktrin der Nichteinmischung ist die *Business Judgment Rule* weder als eine Vermutung (Annäherung an die Gerichtsentscheidungen von Delaware) noch als eine Form der gemilderten Haftung (z. B. ALI-Regeln) zu betrachten.<sup>153</sup> Im Gegensatz dazu sollte sie vielmehr eine Politik der Nichteinmischung unter der Leitung des Vorstands darstellen, da es in seinem Ermessen liegt, die unternehmerische Beurteilung der Interessen der Gesellschaft zu treffen.<sup>154</sup>

Nach dem Grundsatz der Nichteinmischung gelten als Voraussetzungen für die Prüfung des Inhalts einer Entscheidung durch das Gericht der Fall eines In-Sich-Geschäfts oder eines Interessenkonflikts (bei einer Treuepflicht), ein Fall von Betrug, von rechtswidrigen Transaktionen und dergleichen.<sup>155</sup>

Was den Vorwurf der Fahrlässigkeit beim Einholen von Informationen vor der Entscheidungsfindung betrifft (z. B. ob ein Sachverständiger befragt wurde, wie viele Tage der Geschäftsführer die Frage vor der Entscheidungsfindung geprüft hat usw.), gibt es in der Literatur keinen eindeutigen Ansatz. Je nachdem, ob es möglich ist, diese Frage durch das Gericht zu überprüfen, erhalten wir eine völlig andere Relevanz der *Business Judgment Rule*.

<sup>145</sup> Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, 2002, 128; Smith, *The Modern Business Judgment Rule*, *BYU Law Research Paper Series*, No. 15-09, 2015, 13.

<sup>146</sup> Bainbridge, *Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance*, *UCLA School of Law Research Paper*, 2003, 547.

<sup>147</sup> Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, 2002, 86.

<sup>148</sup> Ebd.

<sup>149</sup> Ebd.

<sup>150</sup> Ebd., 84.

<sup>151</sup> Smith, *The Modern Business Judgment Rule*, *BYU Law Research Paper Series*, No. 15-09, 2015, 7.

<sup>152</sup> Johnson, *Rethinking Judicial Review of Director Care*, *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 24, 1999, 822-823.

<sup>153</sup> Ebd., 630.

<sup>154</sup> Smith, *The Modern Business Judgment Rule*, *BYU Law Research Paper Series*, No. 15-09, 2015, 7.

<sup>155</sup> Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, 2002, 97.

Eine andere Rechtsmeinung hält es für unerheblich, ob die Geschäftsführer verfügbare Informationen eingeholt haben oder nicht, bevor sie die Entscheidung getroffen haben, die *Business Judgment Rule* könne gerichtlich nicht überprüft werden.<sup>156</sup> Nach dieser Auffassung sollte das Gericht nicht befugt sein, die Verletzung der Sorgfaltspflicht zu überprüfen, und das Gericht könnte bei der Rücksichtnahmepflicht nur eine offensichtliche Verletzung prüfen.<sup>157</sup>

Im Gegensatz zur sogenannten *Modest Business Judgment Rule* behält die *Business Judgment Rule* Entscheidungen bei,<sup>158</sup> außer, diese wären unvernünftig oder unklug. Dabei ist wichtig, die verfahrensrechtliche Seite der Informationssammlung durch sorgfältige Beobachtung und Rücksichtnahme zu ergänzen.<sup>159</sup> Bei fahrlässigem Handeln kann sich der Geschäftsführer dadurch rechtfertigen, dass er der Gesellschaft keinen Schaden zufügt oder dass kein Kausalzusammenhang zwischen seiner Handlung und dem Schaden besteht. Es ist jedoch unzulässig, dass er sich durch den Inhalt oder durch die Angemessenheit der Entscheidung rechtfertigt.<sup>160</sup> Um dies auszugleichen, sollte unabhängig davon, ob der Geschäftsführer fahrlässig gehandelt hat, die inhaltliche Kontrolle der Entscheidung des Geschäftsführers im Rahmen der treuhänderischen Sorgfaltspflicht nicht vom Gericht ausgeübt werden, und es sollte auch nicht darüber urteilen, wie eine gewöhnliche, vernünftige Person eine solche Entscheidung treffen würde.<sup>161</sup> Durch die Entwicklung einer derartigen Beziehung zwischen Sorgfaltspflicht und *Business Judgment*

*Rule* wird eine ausgewogene Symmetrie zwischen beiden hergestellt.<sup>162</sup>

Was den Fall anbelangt, dass die Entscheidung nicht vom Geschäftsführer getroffen wird, sondern das Gericht eine andere Handlung oder Nichthandlung des Geschäftsführers prüft (z. B. die Verletzung der Aufsichtspflicht), so kommt es für die Haftung auf den Maßstab der Sorgfaltspflicht an.<sup>163</sup>

Ein klassisches Beispiel für den Grundsatz der Nichteinmischung ist die Entscheidung des US-Bundesberufungsgerichts im Fall *Shlensky v. Wrigley*.<sup>164</sup> In diesem Fall hat einer der Aktionäre der Chicago National League Ball Club Inc., dem der Major League-Baseballclub Chicago Cubs gehört, den Geschäftsführer des Unternehmens verklagt und Schadenersatz zu Gunsten des Unternehmens gefordert. Nach Angaben des Klägers hat der Geschäftsführer für die nächtlichen Spiele eine mangelhafte Beleuchtung im Stadion installiert, weshalb dem Unternehmen erhebliche Einnahmen entgingen, da Ligaspiele lediglich tagsüber stattfinden konnten. Der Aktionär verwies auf die Praxis einer Reihe von Vereinen in Nachbarstädten, die Spiele nachts abhielten und deshalb höhere Zuschauerzahlen und Einnahmen erzielten.<sup>165</sup> Die Anwälte des Geschäftsführers forderten die Anwendung der mächtigen *Business Judgment Rule* in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Nichteinmischung.<sup>166</sup> Der US-Bundesgerichtshof entschied, dass der Kläger sich nicht in Geschäftsführungsaktivitäten einmi-

<sup>156</sup> Ebd, 93.

<sup>157</sup> Ebd, 102.

<sup>158</sup> Johnson, *The Modest Business Judgment Rule*, *The Business Lawyer*, Vol. 55, 2000, 635.

<sup>159</sup> Ebd.

<sup>160</sup> Ebd, 636.

<sup>161</sup> Ebd, 636.

<sup>162</sup> Smith, *The Modern Business Judgment Rule*, *BYU Law Research Paper Series*, No. 15-09, 2015, 3.

<sup>163</sup> Johnson, *The Modest Business Judgment Rule*, *The Business Lawyer*, Vol. 55, 2000, 635.

<sup>164</sup> *Shlensky v. Wrigley*, 237 N.E.2d 776 (Ill. App. Ct. 1968); Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, 2002, 87.

<sup>165</sup> *Shlensky v. Wrigley*, 237 N.E.2d 776 (Ill. App. Ct. 1968).

<sup>166</sup> Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, 2002, 96.

schen darf, wenn nicht eindeutig nachgewiesen wird, dass Betrug, Veruntreuung von Eigentum oder ähnliche Handlungen des Geschäftsführers vorliegen.<sup>167</sup> Das Gericht stellte jedoch fest, dass die gerichtliche Entscheidung die Richtigkeit der Vorstandsentscheidung nicht bestätigt, da die Angelegenheit außerhalb ihrer Zuständigkeit liegt.<sup>168</sup>

## II. Rezeption der *Business Judgment Rule* in Georgien

Um die *Business Judgment Rule* im georgischen Gesellschaftsrecht zu analysieren, sollte zuerst die Frage der Rezeption eingehend erörtert werden.

1. Welche Funktionen erfüllt das Rechtsinstitut der *Business Judgment Rule*?

2. Welche negativen Folgen kann die Umsetzung der *Business Judgment Rule* in der Gesetzgebung mit sich bringen?

3. Ist es möglich, die *Business Judgment Rule* ohne Gesetzesänderungen in das georgische Gesellschaftsrecht aufzunehmen?

4. Welches ist das bevorzugte Modell der *Business Judgment Rule* im Falle ihrer Übernahme in das georgische Gesellschaftsrecht, jeweils mit oder ohne Gesetzesänderungen?

5. Wie lautet die Praxis der georgischen Gerichte bei der Begriffsbestimmung der *Business Judgment Rule*?

### 1. Funktionen der *Business Judgment Rule*

Die *Business Judgment Rule* als Rechtsinstitut hat in der Literatur mehrere Ausprägungen.

Dem American Law Institute zufolge schützt die *Business Judgment Rule* die Geschäftsführer vor den Risiken, die mit unternehmerischen Entscheidungen auf Seiten der Geschäftsführer entstehen.<sup>169</sup> Bei einfacher Fahrlässigkeit hätten die Geschäftsführer nicht den Anreiz, Lösungen mit höherem Risiko und höherer Wirtschaftlichkeit zu bevorzugen.<sup>170</sup> Das Vorrangprinzip zugunsten der Aktionäre (*Shareholder Primate Model*) teilt diese Argumentation, der zufolge Vorstände zur Erhöhung des Aktionärsvermögens risikoreiche Tätigkeiten ausüben sollten, und Aktionäre solche Risiken durch Diversifizierung ihrer Anteile absichern könnten.<sup>171</sup> Damit die *Business Judgment Rule* ihre Existenz jedoch mit dieser Funktion rechtfertigen kann, müssen die Aktionäre Zugang zum Kapitalmarkt haben, wo ihnen die Möglichkeit offensteht, ihre Anteile mit einer Vielzahl von Finanzinstrumenten zu diversifizieren.<sup>172</sup> Aus der Perspektive des Vorrangs zugunsten der Geschäftsführer besteht die Grundüberlegung darin, dass die *Business Judgment Rule* die Ernennung unabhängiger und qualifizierter Personen als Geschäftsführer fördert.<sup>173</sup> Qualifizierte Kräfte mit hohem Verantwortungsbe-

<sup>169</sup> American Law Institute, *Principals of Corporate Governance: Analysis and recommendations*, 1994, 4.01(c)(3).

<sup>170</sup> *Gevurtz*, *The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?*, *Southern California Law Review*, Vol. 67, 1994, 305; *Joy v. North*, 692 F.2d 880, 886 n.6 (2d Cir. 1982).

<sup>171</sup> *Gurrea-Martinez*, *Re-Examining the Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for its Implementation in Non-US jurisdictions*, Working Paper Series, 2017, 8.

<sup>172</sup> Ebd.

<sup>173</sup> *Arsht*, *The Business Judgment Rule Revisited*, *Hofstra Law Review*, Vol. 93, 1979, 97.

<sup>167</sup> *Shlensky v. Wrigley*, 237 N.E.2d 776 (Ill. App. Ct. 1968).

<sup>168</sup> Ebd.

wusstsein würden ansonsten die Verantwortung eines Vorstandsmitglieds angesichts anderer, strengerer Rechenschaftspflichten nicht auf sich nehmen.<sup>174</sup>

Der Grund, warum die *Business Judgment Rule* so verbreitet ist, liegt darin, dass Richter keine guten Beurteilungsmöglichkeiten für unternehmerische Entscheidungen besitzen.<sup>175</sup> Unternehmerische Lösungen beinhalten oft eine intuitive Herangehensweise an das Problem, eine komplexe Analyse von Wirtschafts- oder Industrietrends und vieles mehr.<sup>176</sup> Richter haben weder die entsprechende Erfahrung noch den Willen, effektive unternehmerische Entscheidungen zu treffen. Daher besteht die Funktion der *Business Judgment Rule* darin, sicherzustellen, dass unternehmerische Entscheidungen von denjenigen getroffen werden, die über die entsprechenden Qualifikationen verfügen.<sup>177</sup>

Eine der Funktionen der *Business Judgment Rule* besteht darin, gerichtliche Ressourcen einzusparen.<sup>178</sup> Das Vorhandensein dieser Regel erleichtert das Herausfiltern von Fällen und die leichte Identifizierung unbegründeter Ansprüche.<sup>179</sup> Diese Funktion im US-Verfahrensrecht, die auch durch die Möglichkeit eines *Summary*

*Judgment* erleichtert wird,<sup>180</sup> kommt in Georgien nicht zur Anwendung, da ein ähnlicher Mechanismus in der dortigen Zivilprozessordnung fehlt.<sup>181</sup>

## 2. Mögliche negative Folgen der Umsetzung der *Business Judgment Rule*

Die Umsetzung der *Business Judgment Rule* ist in einigen Fällen mit bestimmten negativen Folgen verbunden.

Die *Business Judgment Rule* könnte Grundlage für eine Klage gegen die Geschäftsführer werden, wenn sie als Modell des so genannten sicheren Hafens (*safe harbor*) übernommen wird.<sup>182</sup> Diese Auffassung wird von einer in Australien durchgeführten empirischen Studie bestätigt, der zufolge durch die Einführung der *Business Judgment Rule* sowohl die Rechtsanwalts-

<sup>174</sup> Ebd.

<sup>175</sup> *Balotti & Hanks*, Rejudging the *Business Judgment Rule*, *The Business Lawyer*, Vol. 48, 1993, 1341; *Bainbridge*, The *Business Judgment Rule* as Abstention Doctrine, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, 2002, 117.

<sup>176</sup> *Branson*, The Rule Than Is Not The Rule – The *Business Judgment Rule*, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 36, 2002, 637.

<sup>177</sup> *In re J.P. Stevens & Co.*, 542 A.2d 770, 780 (Del. Ch.), appeal refused, 540 A.2d 1089 (Del. 1988); *Manning*, The *Business Judgment Rule* in Overview, *Ohio State Law Journal*, Vol. 45, 1984, 622.

<sup>178</sup> *Branson*, The Rule Than Is Not The Rule – The *Business Judgment Rule*, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 36, 2002, 637.

<sup>179</sup> Ebd.

<sup>180</sup> Ebd., 631.

<sup>181</sup> Artikel 186 Absatz 1 der Zivilprozessordnung Georgiens (ZPO) legt die Gründe für die Ablehnung eines Klageantrags fest, Artikel 272 der Zivilprozessordnung die Gründe für die Verfahrenseinstellung und Artikel 275 Absatz 1 der Zivilprozessordnung die Gründe für die Zurückweisung der Klage. Die Anwendung dieser Artikel bei unbegründeter Klage ist verfahrensrechtlich unzulässig, da eine Entscheidung nach Artikel 243 Absatz 1 der Zivilprozessordnung, die die Rechtssache im Grunde entscheidet, in der Form einer Entscheidung getroffen wird. Einer Sachentscheidung wiederum geht die Verabschiedung der festgelegten Verfahren nach Artikel 200-209 der Zivilprozessordnung sowie Artikel 210-228 der Zivilprozessordnung einschließlich der Durchführung von Gerichtsverhandlungen voraus. (Auf Georgisch)

<sup>182</sup> *Gurrea-Martinez*, Re-Examining the Law and Economics of the *Business Judgment Rule*: Notes for its Implementation in Non-US jurisdictions, Working Paper Series, 2017, 19.

kosten als auch die Zahl der Rechtsstreitigkeiten gegen die Geschäftsführer gestiegen sind.<sup>183</sup>

Die Umsetzung der *Business Judgment Rule* könnte darüber hinaus dazu führen, dass Führungskräfte Entscheidungen auf der Grundlage von teils ineffizienten und überflüssigen Erkenntnissen treffen, auf die sie während ihrer Dokumentationsrecherche gestoßen sind, nur um sich gegen mögliche Rechtsstreitigkeiten im Hinblick etwaige Verletzungen der Treuepflicht abzusichern.<sup>184</sup> Geschäftsführer könnten dazu ermutigt werden, zusätzliche Sachverständigen-gutachten auf Kosten der Unternehmen anzufordern.<sup>185</sup> Die *Business Judgment Rule* sollte nicht so umgesetzt werden, dass den Geschäftsführern der Fokus auf den Inhalt des Entscheidungsprozesses verloren geht, und sie vielmehr den Schwerpunkt auf die Erstellung von Dokumenten zum Nachvollziehen der Entscheidungsfindung legen, wobei der Entscheidungsprozess überzeugend inszeniert werden soll.<sup>186</sup> Daher sollte die *Business Judgment Rule* nicht dazu dienen, den Vorstandsmitgliedern falsche Anreize zu setzen.

### 3. Rezeption der *Business Judgment Rule* ohne Gesetzesänderung

Es gibt unterschiedliche Sichtweisen darauf, ob die Umsetzung der *Business Judgment Rule* in

Georgien ohne Gesetzesänderung möglich ist.<sup>187</sup> Die Beurteilung dieser Frage hängt weitgehend davon ab, welches Modell zur Anwendung kommt.

Die Betrachtung der *Business Judgment Rule* als eine Vermutung, wie sie in der Literatur zutreffend formuliert ist, hat keine wesentlich anderen Konsequenzen als auf die der Beweislastverteilung und kann des weiteren zu Missverständnissen führen.<sup>188</sup> So führt die Widerlegung der Vermutung in Delaware dazu, dass die Beweislast auf den Geschäftsführer verlagert wird, der seine Position mit dem Test der "vollen Fairness" behaupten muss.<sup>189</sup> In den Voraussetzungen der Vorschriften über die Verteilung der Beweislast im Zivilprozessrecht Georgiens ist festgelegt, dass die Last der rechtswidrigen Handlung des Beklagten, das Vorliegen eines Schadens und der Nachweis des Kausalzusammenhangs vom Kläger zu tragen sind.<sup>190</sup> Im Falle einer Schadensersatzklage gegen die Geschäftsführer steht die Beweislast des Klägers im Einklang mit der allgemeinen Regel und ändert sich durch diesen Umstand nicht.<sup>191</sup> Die einzige Ausnahme von der

<sup>183</sup> Varzaly, Protecting the Authority of Directors: An Empirical Analysis of the Statutory *Business Judgment Rule*, *Journal of Corporate Law Studies*, Vol. 12, 2012, 429.

<sup>184</sup> Gurrea-Martinez, Re-Examining the Law and Economics of the *Business Judgment Rule*: Notes for its Implementation in Non-US jurisdictions, Working Paper Series, 2017, 19.

<sup>185</sup> Ebd.

<sup>186</sup> Branson, The Rule Than Is Not The Rule – The *Business Judgment Rule*, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 36, 2002, 640.

<sup>187</sup> In der Literatur gibt es die Meinung, [Siehe: Gurrea-Martinez, Re-Examining the Law and Economics of the *Business Judgment Rule*: Notes for its Implementation in Non-US jurisdictions, Working Paper Series, 2017, 19], dass dies doch möglich ist. In den USA entschied ein Gericht in Pennsylvania, dass im Falle einer direkten Treuepflicht im Gesetz die *Business Judgment Rule* den Umfang der Haftung für die Verletzung einer Sorgfaltspflicht nicht ändern könne. [Siehe: *Keyser v. Commonwealth National Financial Corp.*, 675 F. Supp. 238 (M.D. Pa. 1987)]. (Auf Georgisch)

<sup>188</sup> Balotti & Hanks, Rejudging the *Business Judgment Rule*, *The Business Lawyer*, Vol. 48, 1993, 1345; Johnson, *The Modest Business Judgment Rule*, *The Business Lawyer*, Vol. 55, 2000, 627.

<sup>189</sup> *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345 (1993).

<sup>190</sup> Urteil des Obersten Gerichtshofs von Georgien vom 23. Oktober 2019 №AS-1090-2019. (Auf Georgisch)

<sup>191</sup> Urteil des Obersten Gerichtshofs von Georgien vom 26. März 2010 №-899-1185. (Auf Georgisch)

Beweislastverteilung ist der Fall des Geschäftsführers einer Aktiengesellschaft, nämlich wenn die Beweislast zum Schutz der Sorgfaltspflicht im Schadensfall beim Geschäftsführer verbleibt.<sup>192</sup> Dementsprechend ist nach dem georgischen Zivilprozessrecht der Kläger verpflichtet, die Verletzung der Sorgfaltspflicht durch den Geschäftsführer zu beweisen, und es ist unzulässig, in diesem Punkt die Beweislast zu verlagern, mit Ausnahme der Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft, da diese von Anfang an die Beweislast zu tragen haben.

Es besteht keine Möglichkeit, die in Delaware entwickelte *Business Judgment Rule* im georgischen Rechtsraum umzusetzen, da sie in diesem Modell der Maßstab der materiellen Haftung darstellt.<sup>193</sup> In den Ländern des Common Law haben die Gerichte die Möglichkeit, durch Präzedenzfälle Recht zu schaffen<sup>194</sup> Diese Möglichkeit existiert für die georgischen Gerichte nicht.<sup>195</sup> Darüber hinaus funktioniert die Delaware *Business Judgment Rule* zusätzlich zu zwei weiteren Standards (Test zur "verschärften Prüfung" und Test zur "vollen Fairness"), wodurch sie eine spezifische Ausformung für Delaware darstellt.<sup>196</sup> Es

<sup>192</sup> Artikel 56.4 des georgischen Gesetzes über Unternehmer. (Auf Georgisch)

<sup>193</sup> *Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp.*, 569 A.2d 53 (1989).

<sup>194</sup> *Leflar*, Sources of Judge Made Law, Oklahoma Law Review, Vol. 24, 1971, 319.

<sup>195</sup> Gemäß Artikel 17.5 des georgischen Gesetzes über die ordentlichen Gerichte ist die rechtliche Beurteilung (Auslegung der Norm) der Großen Kammer des Obersten Gerichtshofs für die ordentlichen Gerichte aller Instanzen obligatorisch. In diesem Fall handelt es sich jedoch um die Auslegung der Norm und nicht um die Festlegung des Verantwortungsstandards.

<sup>196</sup> Z.B. Siehe: *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985); *Unitrin Inc. v. American Gen. Corp.*, 651 A.2d 1361, 1377 n.18 (Del. 1995); *Air Products and Chemicals, Inc. v. Airgas, Inc.*, 16 A.3d 48, 93-94 Del. Ch. 2011); *Kahn v. M&F Worldwide Corp.*, 88 A.3d 635 (Del. 2014); *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings*,

liegt auf der Hand, dass es unmöglich ist, diese rechtlichen Standards in das System des kontinentalen Rechts zu integrieren, ohne eine grundlegende Gesetzesreform des Verfahrensrechts und des materiellen Rechts auf den Weg zu bringen.

Die Umsetzung der in den ALI-Regeln vorgesehenen *Business Judgment Rule* ohne Gesetzesänderungen sollte außerdem auf der Grundlage der Entstehungsgeschichte der Normen, die die Haftung von Geschäftsführern im georgischen Gesetz über Unternehmer festlegen, nicht möglich sein.

Das 1994 in Kraft getretene georgische Gesetz für Unternehmer setzt einen völlig anderen Standard im Hinblick auf die Geschäftsführerhaftung. Insbesondere sind die Geschäftsführer verpflichtet, "mit der Sorgfalt und Rücksicht eines echten Kaufmanns" zu handeln.<sup>197</sup> Mit der 1999 vorgenommenen Änderung hat der Gesetzgeber den 4.01.a.-Absatz der ALI-Regeln fast wortwörtlich übernommen.<sup>198</sup> Die im Paragraph 4.01.c festgelegte Regelung hingegen wurde nicht in das Gesetz für Unternehmer aufgenommen, was deutlich den fehlenden gesetzgeberischen Willen in diesem Punkt unterstreicht.

Eine Änderung des Gesetzes über Unternehmer aus dem Jahr 2005, Artikel 9.7, fügte hinzu:

---

*Inc.*, 506 A. 2d 173 (Del. 1986); *Kahn v. Tremont Corp.*, 694 A.2d 422, 428 (Del. 1997); *Kahn v. M&F Worldwide Corp.*, 88 A.3d 635 (Del. 2014).

<sup>197</sup> Siehe Abschnitt 9.7 des Gesetzes über Unternehmer vom 28.10.1994. (Auf Georgisch)

<sup>198</sup> Der Wortlaut von Artikel 9.7 des Gesetzes für Unternehmer vom 09.06.1999 lautete wie folgt: "[Die Geschäftsführer] sollten die unternehmerischen Angelegenheiten in gutem Glauben führen; insbesondere sollen sie im Unternehmen so handeln, wie ein gewöhnlicher, vernünftiger Mensch in einer ähnlichen Situation gehandelt hätte, und sie sollten in der Überzeugung handeln, dass ihr Handeln im besten Unternehmensinteresse liegt." (Auf Georgisch)

"[Die Geschäftsführer] müssen beweisen, dass sie ihre Verpflichtungen nicht verletzt haben".<sup>199</sup> Eine ähnliche Formulierung wurde 2005 in das deutsche Aktiengesetz (AktG) aufgenommen.<sup>200</sup> Vermutlich wurde die Gesetzesänderung in Georgien durch die deutsche Entscheidung herbeigeführt. Der deutsche Gesetzgeber hat beschlossen, die Beweislast anders als bei den ALI-Regeln zu verteilen.<sup>201</sup>

Im Rahmen der georgischen Reform des Unternehmensrechts im Jahr 2008 wurde die Regelung der Beweislast für Geschäftsführer gestrichen und der Standard für die Sorgfaltspflicht wurde unverändert in Artikel 9.6 übernommen.<sup>202</sup> Trotz der umfassenden Reform der Gesetzgebung enthielt Artikel 9.6 jedoch keine Entsprechungen zu Absatz 4.01.c der ALI-Regeln. Dementsprechend bestätigen diese Gesetzesänderungen die fehlende gesetzgeberische Absicht, eine *Business Judgment Rule* in Übereinstimmung mit den ALI-Regeln einzuführen.

Im Jahr 2010 wurde jedoch ein Absatz in Artikel 9.2 des georgischen Gesetzes über Unternehmer eingefügt, der auf eine eingeschränkte (*modest*) *Business Judgment Rule* in Georgien hinweisen könnte. Artikel 9.2 des Gesetzes über Unternehmer spricht insoweit für die Einführung einer begrenzten (*modest*) *Business Judgment*

*Rule*, als Bezüge zum Prinzip der Nichteinmischung gesehen werden können.<sup>203</sup>

Gemäß dem früheren Artikel 9.2 des Gesetzes über Unternehmer wurde die unternehmerische Betätigung vor 2010 als eine Tätigkeit angesehen, die direkt oder indirekt dem Zweck der Gesellschaft dienlich ist.<sup>204</sup> Diese Norm trug den Funktionen des Geschäftsführers als Organ der Gesellschaft nicht vollständig Rechnung. Die Neufassung des Artikels 9.2, die 2010 eingeführt wurde, bestimmt: "Die Geschäftsführung trifft, im Rahmen ihrer Befugnisse, Entscheidungen im Namen des Unternehmens."<sup>205</sup> Dementsprechend trifft der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft eine Entscheidung im Namen des Unternehmens in allen Belangen, die in seine Kompetenzen fallen. Aus diesem Satz geht unmittelbar hervor, dass das Gericht nicht der Entscheidungsträger im Namen des Unternehmens sein kann und daher nicht in der Lage sein sollte, den Inhalt der unternehmerischen Entscheidung zu kontrollieren, da die Kontrolle des Inhalts der unternehmerischen Entscheidung in ihrem Wesen letztlich bedeutet, eine unternehmerische Entscheidung zu treffen.

Wenn die *Business Judgment Rule* als Doktrin der Nichteinmischung zu verstehen ist, sollten die georgischen Gerichte nicht in der Lage sein, den Inhalt, die Rationalität oder die Angemessenheit einer Entscheidung zu überprüfen, unabhängig davon, wie sorgfältig die Geschäftsführer Informationen sammeln, bevor sie eine Ent-

<sup>199</sup> Siehe Artikel 9.7, in Kraft gesetzt am 24.06.2005 des Gesetzes über Unternehmer. (Auf Georgisch)

<sup>200</sup> Wagner, *Officers' and Directors' Liability Under German Law – A Potemkin Village*, *Theoretical Inquiries in Law*, 2015, 74.

<sup>201</sup> Ebd., 75.

<sup>202</sup> Siehe die Fassung des Artikels 9.6 des Gesetzes der Unternehmer vom 14.03.2008 (in Kraft seit 26.03.2008). Dennoch ist nach dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Unternehmer im Jahr 1994 die Beweislast für den Schutz der Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer der AG bis heute unverändert geblieben (siehe Artikel 56 des Gesetzes der Unternehmer). (Auf Georgisch)

<sup>203</sup> Siehe Artikel 9.2 des Gesetzes für Unternehmer vom 27.04.2010 (in Kraft getreten am 10.05.2010). (Auf Georgisch)

<sup>204</sup> Siehe Artikel 9.2 des Gesetzes über Unternehmer, das am 28.10.1994 in Kraft trat. (Auf Georgisch)

<sup>205</sup> Die aktuelle Fassung von Artikel 9.2 des Gesetzes über Unternehmer. (Auf Georgisch)

scheidung treffen.<sup>206</sup> Wenn die Geschäftsführer bei der Informationsbeschaffung nicht sorgfältig vorgehen, gelten gegen sie die Anforderungen des Artikels 9.6 des Gesetzes über Unternehmer und sie haften für die Missachtung der treuhänderischen Sorgfaltspflicht.

Allerdings kann Artikel 9.6 des Gesetzes über Unternehmer in Bezug auf Artikel 9.2 nur so ausgelegt werden, dass er die verfahrensrechtliche Seite der Informationsbeschaffung betrifft und nicht die Entscheidung der sachkundigen Person auf der Grundlage der eingeholten Informationen. Dementsprechend kann Artikel 9.6 des Gesetzes über Unternehmer nicht so angewandt werden, dass das Gericht in der Lage ist, den Inhalt der vom Geschäftsführer getroffenen Entscheidung zu beurteilen, unabhängig davon, wie überzeugend oder unsinnig sie erscheinen mag.<sup>207</sup> Das Gericht hat dem Kläger bei der Prüfung der Fahrlässigkeit bei der Informationsbeschaffung die Vortrags- und Beweislast aufzuerlegen, mit Ausnahme des Geschäftsführers der

Aktiengesellschaft, der abweichend Artikel 56.4 des Unternehmensgesetzes unterliegt.<sup>208</sup>

Als Ergebnis dieser Analyse können wir feststellen, dass georgische Gerichte die Möglichkeit haben, die eingeschränkte (*modest*) *Business Judgment Rule* anzuwenden, ohne gesetzgeberische Änderungen abwarten zu müssen. Dies bedeutet, dass das Gericht im Falle einer Pflichtverletzung das Vorrangprinzip des Geschäftsführers als Organ der juristischen Person zum Entscheidungsinhalt berücksichtigt. Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich darauf, ob die Informationen so auch von einer gewöhnlichen, vernünftigen Person eingeholt worden wären, bevor eine Entscheidung getroffen wurde. Im Umkehrschluss sollte Artikel 9.2 des Gesetzes über Unternehmer als rechtliche Grundlage für die Doktrin der Nichteinmischung herangezogen werden.

Die Problematik, die im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit stehen sollte, wenn es darum geht, die richtige Beziehung zwischen der *Business Judgment Rule* und der Sorgfaltspflicht herzustellen, liegt beim Kenntnisstand, welchen der Geschäftsführer innehatte, bevor er eine Entscheidung getroffen hat, um seine Sorgfaltspflicht nicht zu verletzen. In dieser Hinsicht sollte das Gericht im Allgemeinen einen weiten Ansatz wählen, da in vielen Fällen die Effektivität einer unternehmerischen Entscheidung davon ab-

---

<sup>206</sup> Dies bezieht sich auf den sogenannte, Gebrauch einer eingeschränkten (*modest*) *Business Judgment Rule*. (Auf Georgisch)

<sup>207</sup> Es können gewisse Parallelen zu gesellschaftsinternen Streitigkeiten gezogen werden. Nach der Praxis des Obersten Gerichtshofs von Georgien: "Die Ausschüttung von Dividenden und die Festlegung ihrer Höhe, die zum freien Unternehmertum, zur Unternehmensführung und der Geschäftspolitik innerhalb der Gesellschaft gehört, ist durch Rechtsstreitigkeiten nicht lösbar" (siehe die Entscheidung des Obersten Gerichts Georgiens vom 20. September 2019 # AS-1059 2019; Urteil des Obersten Gerichts Georgiens vom 20. April 2018 №-851-795-2017). Wie bei der Gesellschafterversammlung ist der Geschäftsführer des Unternehmens eines der Leitungsorgane des Unternehmens. Daher sollte das Gericht auch nicht in der Lage sein, die von diesem Organ ausgeübte Geschäftsführungstätigkeit zu kontrollieren. (Auf Georgisch)

---

<sup>208</sup> Die unterschiedliche Herangehensweise für den Vorstand von Aktiengesellschaften ist auf die Besonderheiten von Aktiengesellschaften als Großkapitalgesellschaft zurückzuführen, in der die Rechenschaftspflicht des Vorstands unter Berücksichtigung der großen Zahl von Aktionären gewährleistet sein sollte. Artikel 56.4 des Gesetzes über Unternehmen steht jedoch in völligem Widerspruch zu den Grundsätzen der Haftung von Vorständen im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht, da die Beweislast für die Einhaltung der Sorgfaltspflicht des Vorstandmitglieds nicht auf dem Vorstandmitglied verbleiben wird. (Auf Georgisch)

hängt, wie schnell sie getroffen wird. Die Notwendigkeit eines weiten Ansatzes ergibt sich auch aus der Tatsache, dass der Maßstab des normalen, vernünftigen Menschen nicht zugleich dem Maßstab einer bestimmten Berufsgruppe wie Richter und Anwälte entsprechen muss, die vielleicht konservativer geprägt sein mag.

Um in Georgien nicht Gerichtsentscheidungen wie *Van Gorkom* zu folgen, ist es auch möglich, die Haftung von Geschäftsführern in dem Gesellschaftsvertrag des Unternehmens sowie im Anstellungsvertrag des Geschäftsführers zu beschränken oder auszuschließen. Gemäß Artikel 395.1 des georgischen Strafgesetzbuches ist eine vorherige Vereinbarung über den Haftungsausschluss für fahrlässige Schädigung zulässig und die Gesetzgebung verbietet nur den im Voraus festgelegten Haftungsausschluss für vorsätzliche Schädigung.<sup>209</sup> Die Rücksichtnahmepflicht ist offensichtlich verletzt, wenn ein Unternehmen vorsätzlich geschädigt wird. Dementsprechend ist es in der georgischen Praxis auch ohne die Einführung einer gesetzlichen Entsprechung von Paragraph 102 (b) (7) in Kapitel 8 des Delaware Code möglich, die Haftung für die Verletzung der treuhänderischen Sorgfaltspflicht zu begrenzen, auszuschließen oder eine Haftungsgrenze festzulegen.

Was den Verstoß gegen die Treuepflicht betrifft, so wird die *Business Judgment Rule* in einer solchen Situation in der georgischen Rechtspraxis nicht angewandt. Das Gericht hat die Möglichkeit, den Inhalt der vom Geschäftsführer getroffenen Entscheidung zu überprüfen. Dies ist dadurch gerechtfertigt, dass die Gesellschaft im Falle eines Interessenkonflikts oder einer Befangenheit des Geschäftsführers eigentlich keinen neutralen Entscheidungsträger hat.<sup>210</sup> Dement-

sprechend kann das Gericht selbst feststellen, ob die Geschäftsabwicklung auf der Grundlage fairer Verhandlungen erfolgt und ob eine faire Vergütung vereinbart wurde.<sup>211</sup> Im Gegensatz zum US-amerikanischen Gesellschaftsrecht, wo der "volle Fairness"-Test angewendet wird, muss die Beweislast jedoch unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Normen des georgischen Verfahrensrechts sowie des materiellen Rechts verteilt bleiben.

#### 4. Umsetzung von Rezeptionen im Rahmen von Gesetzesänderungen

Eine eingeschränkte (*modest*) *Business Judgment Rule* schützt im Falle einer ordnungsgemäßen Rechtsdurchsetzung durch Gerichte ausreichend den Inhalt der von den Geschäftsführern getroffenen Entscheidungen, ohne die Notwendigkeit zusätzlicher Gesetzesänderungen. Folglich besteht keine Notwendigkeit für Änderungen des Unternehmensgesetzes durch das Parlament, wenn die Gerichte die *Business Judgment Rule* in dieser Auslegung anwenden.

Wenn die *Business Judgment Rule* hingegen auf der Grundlage des Delaware-Modells oder der ALI-Regeln umgesetzt werden soll, sind Gesetzesänderungen erforderlich. Die Umsetzung der *Business Judgment Rule* in Delaware, die im Einklang mit den ALI-Regeln steht, sollte jedoch als unerwünscht betrachtet werden.

Die *Business Judgment Rule* in Delaware ist das Ergebnis einer langen historischen Entwicklung des einschlägigen Fallrechts und des Gesellschaftsrechts, die Vorteile und gleichzeitig ernsthafte Schwächen aufweisen. Die *Business Judgment Rule* in Delaware nimmt unter den Haf-

<sup>209</sup> Artikel 395.2 des Zivilgesetzbuches. (Auf Georgisch)

<sup>210</sup> Johnson, Rethinking Judicial Review of Director Care, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 24, 1999, 820.

<sup>211</sup> Ebd.

tungsmaßstäben einen besonderen Platz ein. Sie ist jedoch vollständig durch die treuhänderische Pflicht der Rücksichtnahme abgedeckt, die Bestandteil der *Business Judgment Rule* darstellt. Die ordnungsgemäße Umsetzung der *Business Judgment Rule* von Delaware lässt sich in Georgien ohne eine grundlegende Reform des Gesellschaftsrechts nicht realisieren.

Was die Übernahme der *Business Judgment Rule* in Übereinstimmung mit den ALI-Regeln in Georgien betrifft, so ist dies nicht zu empfehlen. Einige Länder, die die ALI-Regeln übernommen haben (z. B. Deutschland<sup>212</sup> und Österreich<sup>213</sup>), haben das Wesen der *Business Judgment Rule* völlig verändert und die Beweislast für ihre Elemente auf die Geschäftsführer oder Vorstandsmitglieder verlagert. Aus diesem Grund verlangt beispielsweise die deutsche Rechtsprechung von den Geschäftsführern strenge Rechenschaftspflichten und fordert sie auf, zu bestätigen, dass sie alle möglichen Informationsquellen nutzbar gemacht haben.<sup>214</sup> Infolgedessen ist der Haftungsmaßstab von Geschäftsführern in Deutschland strenger als der von Mitarbeitern eines Unternehmens, die nur im Falle des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit für Schäden haften.<sup>215</sup> Dieses Ergebnis ist in der juristischen Literatur

kritisiert worden.<sup>216</sup> Auch wenn der Ansatz des deutschen Gesellschaftsrechts nicht geteilt wird, kann die Definition der *Business Judgment Rule* als sicherer Hafen (*safe harbor*) die Zahl der Auseinandersetzungen über das Handeln von Geschäftsführern und Vorständen erhöhen.<sup>217</sup>

### 5. Rechtspraxis Georgiens in Bezug auf die *Business Judgment Rule*

Der Oberste Gerichtshof Georgiens hat in gefestigter Rechtsprechung die *Business Judgment Rule* bereits mehrfach präzisiert.<sup>218</sup>

In zwei Entscheidungen, die gleichzeitig am 06. Mai 2015 getroffen wurden, führt der Oberste Gerichtshof aus: "Angesichts der Richtigkeit der unternehmerischen Entscheidung (*Business Judgment Rule*), wenn der Geschäftsführer im Rahmen der Plausibilität mit der Überzeugung handelt, dass seine Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft getroffen wurde und er aus seiner Sicht ausreichend informiert war, ist der Geschäftsführer des Unternehmens vor persönlicher Haftung geschützt."<sup>219</sup> In diesen Entscheidungen hat der Oberste Gerichtshof zugunsten

<sup>212</sup> Roth, Corporate Boards in Germany (editors Davies, Hopt, Nowak & Van Solinge), Corporate Boards in Law and Practice: A comparative Analysis in Europe, 2013, 321-322.

<sup>213</sup> Nimmerfall & Peissl, The *Business Judgment Rule* and its Impact on Austrian Law, Časopis pro právní vědu a praxi, 2015, 355.

<sup>214</sup> BGH, ZIP, 1675,11 (2008); Wagner, Officers' and Directors' Liability Under German Law – A Potemkin Village, Theoretical Inquiries in Law, 2015, 75.

<sup>215</sup> Jousen, Der persönliche Anwendungsbereich der Arbeitnehmerhaftung, Recht der Arbeit, 2006, 134; Wagner, Officers' and Directors' Liability Under German Law – A Potemkin Village, Theoretical Inquiries in Law, 2015, 76.

<sup>216</sup> Koch, Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, Die Aktiengesellschaft, 2012, 429; Wagner, Officers' and Directors' Liability Under German Law – A Potemkin Village, Theoretical Inquiries in Law, 2015, 76.

<sup>217</sup> Gurrea-Martinez, Re-Examining the Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for its Implementation in Non-US jurisdictions, Working Paper Series, 2017, 19.

<sup>218</sup> Urteil des Obersten Gerichts von Georgien vom 06. Mai 2015 №-1307-1245-2014; Urteil des Obersten Gerichts von Georgien vom 06. Mai 2015 №-1158-1104-2014; Urteil des Obersten Gerichts von Georgien vom 6. November 2018 №-687-658-2016. (Auf Georgisch)

<sup>219</sup> Urteil des Obersten Gerichts von Georgien vom 06. Mai 2015 №-1307-1245-2014; Urteil des Obersten Gerichts von Georgien vom 06. Mai 2015 №-1158-1104-2014. (Auf Georgisch)

der *Business Judgment Rule* entschieden, wie sie in den ALI-Regeln definiert ist, mit Ausnahme eines persönlichen Interessenskonfliktes oder Befangenheit. Allerdings wird die *Business Judgment Rule* als rechtliche Vermutung erwähnt, die in den ALI-Regeln nicht vorgesehen ist, jedoch für das Modell von Delaware kennzeichnend ist.

Der Oberste Gerichtshof hat dies in seiner Entscheidung vom 6. Mai 2015 ebenfalls zur Kenntnis genommen: "Der Standard, eine richtige unternehmerische Entscheidung zu treffen (*Business Judgment Rule*), erlegt dem Geschäftsführer die Pflicht auf, sich nicht an rechtswidrigen Steuervermeidungsplänen zu beteiligen". Diese Begriffsbestimmung entspricht keiner weithin bekannten Definition des unternehmerischen Urteilsvermögens (*Business Judgment Rule*). In dieser Definition gibt es zwei Problembereiche: Wie zum einen die Entwicklungsgeschichte zeigt, betrachtet die georgische Gesetzgebung die *Business Judgment Rule* nicht als einen Haftungsmaßstab. Zum anderen verbietet die *Business Judgment Rule* dem Geschäftsführer nicht, sich an Plänen zur Steuervermeidung zu beteiligen. In einem solchen Fall erstreckt sich der Schutz der *Business Judgment Rule* jedoch nicht auf ihn.<sup>220</sup> Aufgrund dieser Definition stellt die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, wie auch der in Delaware entwickelte Denkansatz, eine ernsthafte Gefahr der Vermischung zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und der *Business Judgment Rule* dar, da das Gericht der *Business Judgment Rule* die Funktion des materiellen Haftungsmaßstabs zuspricht.

In einer Entscheidung vom 6. November 2018 hat der Oberste Gerichtshof die *Business Judgment Rule* bereits anderweitig ausgelegt, nämlich: "In Anbetracht des Prinzips von Treu und

Glauben und der Informationsgewinnung ist der Kläger daher im Falle einer Klage gegen die Geschäftsführer verpflichtet, diese Vermutung [*Business Judgment Rule*] zu widerlegen".<sup>221</sup>

Die Entscheidung vom 6. November 2018 spiegelt die *Business Judgment Rule* wie in Delaware wider, die in Georgien ebenfalls nicht ohne Gesetzesänderungen eingeführt werden kann, da sie die Umsetzung sowohl eines "volle Fairness"-Tests als auch eines "verschärfte Prüfung"-Tests erfordert. In Delaware basiert der Inhalt der *Business Judgment Rule* auf der Abwägung zwischen den drei Tests und die gegebenen Haftungsstandards können lediglich kumulativer Natur sein.

Bemerkenswert ist auch, dass das Urteil vom 06. November 2018 bei der Auslegung der *Business Judgment Rule* keine Entscheidungserheblichkeit für den Streitfall angenommen hat. In diesem Fall ging es um die Weigerung des Geschäftsführers, eine Klage im Namen des Unternehmens einzureichen, woraufhin der Anteilseigner des Unternehmens vom Geschäftsführer Schadenersatz verlangte. Der Oberste Gerichtshof wies darauf hin, dass es in dem Rechtsstreit nicht um die *Business Judgment Rule* ging, sondern um die Tilgung der Schulden, sodass die Klageverweigerung das Unternehmen schädigte. Das Gericht änderte direkt den Inhalt der Unternehmensentscheidung des Geschäftsführers ab und prüfte, wie erfolgversprechend die Klage sein könnte, die der Geschäftsführer abgelehnt hatte. Das Gericht prüfte dies, ohne auch nur das Vorhandensein eines persönlichen Interesses oder Interessenkonfliktes in dem Streitfall anzusprechen. Diese Entscheidung bekräftigt eindeutig, dass eine willkürliche Einmischung des Gerichts in den Inhalt der von Geschäftsführern ge-

<sup>220</sup> *Miller v. American Telephone & Telegraph Co.*, 507 F.2d 759 (3d Cir. 1974).

<sup>221</sup> Urteil des Obersten Gerichtshofs von Georgien vom 6. November 2018 №-687-658-2016. (Auf Georgisch)

troffenen Entscheidungen nicht hinnehmbar ist und durch die eingeschränkte (*modest*) "*Business Judgment Rule*" ausgeschlossen werden sollte.

### Fazit

Mit der richtigen Auslegung der *Business Judgment Rule* können die georgischen Gerichte die Einrichtung funktionierender Corporate-Governance-Systeme deutlich fördern und gleichzeitig die Unternehmen ermutigen, Risiken einzugehen, die auf den Entscheidungen beruhen, die aufgrund unternehmerischer Entscheidungen getroffen werden.

Die geltende Fassung des georgischen Gesetzes über Unternehmen lässt die Einbeziehung der von den Gerichten in Delaware und die American Law Institute-Regeln verwendeten Auslegungen der *Business Judgment Rule* in die Entscheidungen der georgischen Gerichte nicht zu. Allerdings ist keines dieser genannten Modelle im georgischen Recht rechtlich vertretbar.

Gemäß Artikel 9.2 des georgischen Gesetzes über Unternehmen können die Gerichte die *modest Business Judgment Rule* ohne Gesetzesän-

derung heranziehen. Deren Grundgedanke besteht darin, dass die Gerichte bei Streitigkeiten über Sorgfaltspflichtverletzungen nicht ermächtigt sind, den Inhalt, die Rationalität und die Zweckmäßigkeit einer vom Geschäftsführer getroffenen Entscheidung zu beurteilen. Der Umfang der Haftung von Geschäftsführern sollte durch den Standard einer gewöhnlichen, vernünftigen Person bestimmt werden. Dies sollte sich jedoch auf das Einholen von angemessen verfügbaren Informationen beschränken dürfen (prozedurale Sorgfaltspflicht) und sollte in keinem Fall dazu verleiten, darüber inhaltlich zu entscheiden, ob eine solche gewöhnliche, vernünftige Person eine solche Entscheidung treffen würde.

Es gibt jedoch Mechanismen in der georgischen Gesetzgebung, um die Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen zu beschränken. Unternehmen können unternehmensinterne Vereinbarungen treffen, um zu bestimmen, in welchem Umfang oder mit welcher Beschränkung ihre Geschäftsführer in die Verantwortung genommen werden, wenn sie die Unternehmensinteressen nicht nach dem Standard einer gewöhnlichen, vernünftigen Person ausüben.

# Covid-19 und der Schutz personenbezogener Daten beim Fernunterricht mit Zoom

## Einführung

Die Pandemie, die durch das neuartige Coronavirus mit dem Krankheitsbild Covid-19 verursacht wurde, hat einen großen weltweiten Einfluss. Arbeitsplätze, einzelne Tätigkeitsbereiche und Strategien wurden angepasst. Unter anderem betraf die Pandemie auch das Bildungswesen. Gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung der georgischen Regierung vom 23. März 2020 wurde der Unterricht im öffentlichen Bildungswesen in ganz Georgien ausgesetzt. Auf der Grundlage desselben Rechtsaktes wurde den Bildungseinrichtungen die Möglichkeit eingeräumt, die Form des Fernunterrichts zu nutzen. Infolgedessen haben viele öffentlichen und privaten Universitäten beschlossen, sich auf eine neue Form des Unterrichts umzustellen.

Der Fernunterricht hat in der Praxis neue Herausforderungen geschaffen, darunter auch den Schutz personenbezogener Daten. Einige der Dozenten oder Studenten verbreiten das Material in sozialen Netzwerken mit bestem Wissen und Gewissen (meist in Form einer Bildschirmkopie, eines sog. *Screenshots*). Das Material im Fernunterricht enthält häufig personenbezogene Daten.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Frage, wie gut die persönlichen Daten von Einzelpersonen geschützt sind, wenn sie der Weitergabe solchen Materials nicht zustimmen. Das Staatliche Inspektorat gab dazu Empfehlungen heraus, die sich auf den Fernunterricht und den

Schutz personenbezogener Daten bezogen.<sup>1</sup> Das zu erörternde Thema wird auch nach dem Ende der Covid-19-Pandemie rechtlich relevant sein, wenn in einigen Fällen weiterhin Fernunterricht stattfinden wird.

## 1. Arten des Fernunterrichts

Hochschuleinrichtungen haben mehrere Arten des Fernunterrichts entwickelt. Ein erster Fall ist die Verteilung von Videomaterial, bei der der Dozent die Vorlesung individuell in Form eines Videos verfasst und den Studenten zur Verfügung stellt. Das zweite Beispiel ist die Lieferung von Audio-Material (Vertonung) der Vorlesung an die Studenten. Dies kann sowohl von einer ergänzenden Präsentation (z. B. *Power Point*) begleitet werden, als auch nur durch die Tonaufnahme geschehen. Ein drittes und in der Praxis recht häufiges Beispiel ist die Verwendung des Videokonferenzdienstes *Zoom*, wenn ein Dozent online mit den Studierenden arbeitet und so seine Vorlesung hält (einschließlich der Möglichkeit für die Studierenden, sich einzubringen und Fragen zu stellen). Angesichts der relevanten technischen Merkmale wird sich der vorliegende Beitrag auf den Fall *Zoom* fokussieren.

---

<sup>1</sup> <https://personaldata.ge/ka/press/post/6349>, zuletzt abgerufen am 20.09.2020.

## 2. Verwendung von Zoom und personenbezogene Daten

Bei der Verwendung von *Zoom* ist es technisch möglich, den Vor- und Nachnamen der Person, die daran teilgenommen hat (Anwesende), sowie bildliche Darstellungen darin anzuzeigen. In den meisten Fällen ist es dem Studierenden (und auch dem Dozenten) freigestellt, ob er die Videoübertragung einschalten und sein eigenes Bildmaterial anzeigen lassen will. In jedem Fall hat der Anwesende das Ziel, die Vorlesung zu besuchen. Er hat allerdings nicht die Vorstellung, dass sein Bild öffentlich gemacht werden kann.

## 3. Der Unterschied zwischen einer Online-Vorlesung und einer Hörsaal-Vorlesung (in Bezug auf den Schutz personenbezogener Daten)

Bei einer Online-Vorlesung vergibt *Zoom* einen individuellen, einmaligen Code. Insbesondere registriert der Vorlesungsveranstalter (meist der Dozent) die Fernveranstaltung. Diese erhält durch das *Zoom*-System einen individuellen, eindeutigen Code, der an die Studierenden gesendet wird, damit diese an der virtuellen Sitzung teilnehmen können.

Der Code wird nur an interessierte oder registrierte Personen gesendet. Es handelt sich nicht um eine öffentliche Information (es sei denn, der Code wird vom Veranstalter direkt an einen unbestimmten Personenkreis weitergegeben). Folglich hat nicht jede Person die Möglichkeit, an einer Online-Vorlesung teilzunehmen.

Ganz anders bei einer Vorlesung in einem Hörsaal: In der Hochschulbildung in Georgien hat in den allermeisten Fällen jede Person das Recht, eine Vorlesung zu besuchen, den Hörsaal zu betreten und dem Dozenten zuzuhören, ohne über

irgendeine Zulassung oder Einschreibung zu verfügen.

Trotz dieser Unterschiede sollten die personenbezogenen Daten sowohl der Online- als auch der Hörsaalbesucher nicht ohne deren Zustimmung verarbeitet oder veröffentlicht werden. Dies gilt sowohl für das Fotografieren/bildliche Wiedergeben (insbesondere bei der Verbreitung) als auch für die Weitergabe von Daten zu Vor- und Nachnamen an einen unbestimmten Personenkreis, das Erstellen eines *Screenshots* o.ä. Die hier erforderliche Einwilligung erfordert einerseits den Aufruf (die Erklärung) des Dozenten (Organisators), die Herstellung entsprechender Umstände (wie Veranstaltungshinweise) und andererseits die Willensbekundung der anwesenden Person (positive Handlung oder Untätigkeit auf den Aufruf hin).

## 4. In sozialen Netzwerken verbreitete Daten

Nach Beginn des Fernstudiums gab es in Georgien mehrere Fälle, in denen ein Dozent oder ein Student *Screenshots* oder Videos einer Vorlesung in Form eines *Zoom*-Formats in sozialen Netzwerken mitteilte. In den meisten Fällen (so weit derzeit bekannt) hatten die anderen Teilnehmer nicht eingewilligt, dieses Bildmaterial zu verbreiten. Folglich konnten diejenigen, die in keiner Verbindung mit der Vorlesung (Veranstaltung) standen, auf personenbezogene Daten zugreifen.

## 5. Einwilligung der Anwesenden zur Verbreitung von personenbezogenen Daten

Wie in der Einleitung erwähnt, empfahl das georgische Staatliche Inspektorat bei der Verteilung von Video- und Fotomaterial, das den Online-Vortrag über soziale Netzwerke betrifft, (wie

stets) das Interesse der betroffenen Person zu berücksichtigen. Dies setzt an sich schon die Einwilligung der Anwesenden voraus. Die Frage wird rechtlich im Rahmen von Artikel 5 (in Einzelfällen Artikel 6) des georgischen Gesetzes über den Schutz personenbezogener Daten behandelt.

Eine Einwilligung zu erteilen bedeutet nicht, eine Einwilligung zu unterzeichnen oder auf eine besondere Art und Weise zu erteilen. Dies kann vielmehr auf verschiedene Weise geschehen:

a) durch Ankündigung der individuellen Einwilligung im Nachrichtenaustausch (*Chat*) im *Zoom*-Format;

b) durch mündliche Zustimmung;

c) durch konkludentes (schlüssiges) Handeln. Zum Beispiel, wenn ein Dozent (Administrator, Organisator oder Teilnehmer) erklärt, dass er Material in Form eines Bildschirmfotos (*Screenshot*) verbreiten will und die anderen Teilnehmer sich damit einverstanden zeigen (z. B. durch Kopfnicken);

d) durch konkludentes Handeln, das sich in Untätigkeit trotz Verkehrserwartung zeigt. Das letzte Beispiel würde so abgeändert, dass die Teilnehmer (Anwesende) trotz Ankündigung keine abweichende Meinung äußern. Einige von ihnen schalten möglicherweise das Videoaufnahmesystem ganz aus, verlassen aber die Veranstaltung nicht;

e) wenn alle anderen Teilnehmer (Anwesende) im Voraus vom Dozenten (oder Teilnehmer) darauf hingewiesen wurden, dass Fotos oder Videos aufgenommen und dann verbreiten werden, und wenn sich der Studierende in der Kenntnis dessen an der Sitzung beteiligt, darf dies als Einwilligung angesichts der erwarteten

Veröffentlichung personenbezogener Daten gewertet werden.

Ähnlich ist es bei Online-Vorlesungen. Da es praktisch schwierig ist, Verstöße (unangemessene Nutzung) im Voraus zu vermeiden, sollte der präventive Zweck darin bestehen, die Einwilligung zu erhalten und, falls eingewilligt wird, die begründeten Erwartungen einzuhalten. Allerdings sind auch hier bestimmte Bedingungen zulässig: der Umfang der Nutzung, die Voraussetzungen für die Beschränkung und das Verbreitungsgebiet, deren Verletzung jeweils eine Haftung nach sich ziehen kann.

### Zusammenfassung

Der Einsatz jeder neuen Technologie geht mit der Frage des Schutzes personenbezogener Daten einher. Eine Vorlesung mit *Zoom* bedeutet nicht, dass sie frei vom Schutz personenbezogener Daten ist. Vielmehr müssen die Rechte jeder Person in der gleichen Weise geschützt werden wie beispielsweise bei Programmen wie *Skype*, *Viber* und dergleichen.

Daher stellt die Einstellung von Online-Video- oder Fotomaterial ohne vorherige Einwilligung (Willensäußerung) eine Verletzung der personenbezogenen Daten dar, und der Einsteller wird gemäß der Gesetzgebung Georgiens dafür zur Verantwortung gezogen. Es ist bemerkenswert, dass es in solchen Fällen keine Rolle spielt, ob die Handlung des Verbreiters personenbezogener Daten einem positiven oder einem negativen Zweck diene. In beiden Fällen besteht die Notwendigkeit des Schutzes personenbezogener Daten.

Sergi Jorbenadze

## Rechtsprechung

► 1 – 5/2020

### **Verpflichtung zur Ausgabe einer Bankgarantie; Kauf mit dem Recht auf Rückkauf.**

**1. Ein Kreditrahmenvertrag verpflichtet die Bank nicht zur Gewährung einer Bankgarantie zu Gunsten des Kunden.**

**2. Die Ausstellung einer Bankgarantie für die Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung verpflichtet die Bank nicht zur Ausstellung einer Bankgarantie für die Durchführung der öffentlichen Ausschreibung, auch nicht, wenn der Bank bekannt war, dass eine Bankgarantie für die Teilnahme an der nächsten Stufe der Ausschreibung notwendig wird.**

**3. Das Missverhältnis zwischen dem Wert des in das Eigentum der Bank übergegangenen Eigentums und der Verbindlichkeit des Unternehmens führt zu keiner Übersicherung der Bank, wenn daneben das Recht auf Rückkauf des Eigentums durch das Unternehmen vereinbart wird.**

**(Leitsatz des Autors)**

Artikel 8 III, 115 des Zivilgesetzbuches

Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 25. Oktober 2019, N AS-1880-2018

### **I. Tatbestand**

Bank und Unternehmen haben Kreditverträge abgeschlossen, die durch eine Bürgschaft eines Dritten und eine Hypothek auf eine Unternehmensimmobilie abgesichert wurden. Später verkaufte das Unternehmen die Immobilie an die Bank, erhielt aber das Recht, diese zurückzukaufen. Nach einem späteren Vertrag verlängerte sich die für das Unternehmen festgelegte Rückkauffrist. Der Kreditnehmer kam seinen Verpflichtungen nicht nach, weshalb die Bank beim Notar die Ausstellung eines Vollstreckungstitels beantragte. Gleichzeitig stellte die Bank eine Garantie für die (bloße) Teilnahme des Unternehmens an einer öffentlichen Ausschreibung, weigerte sich aber, die Bankgarantie auch auf die Erfüllung der Ausschreibungsbedingungen zu erstrecken.

Das Unternehmen und der Bürge haben eine Klage gegen die Bank eingereicht, in der sie die Unwirksamkeit der Kredit-, Bürgschafts-, Hypotheken- und Kaufverträge geltend machten sowie Schadenersatz und die Rückerstattung des Wertes der gesicherten Gegenstände forderten. Nach Angaben des Kreditnehmers und des Bürgen war die Hypothek unwirksam, da ein Missverhältnis zwischen der zu erfüllenden Verpflichtung und dem Wert der Immobilie bestand. Gleichzeitig betrachteten die Kläger die Weigerung der Bank, eine umfassende Garantie als Grund für die Zahlungsunfähigkeit anzuerkennen.

nen, da die Bank die Garantie auf die Erfüllung der Ausschreibungsbedingungen beschränkte, obwohl sie wusste, dass eine umfassende Garantie auch auf die Ausschreibungsbedingungen eine notwendige Voraussetzung für die Teilnahme an einer späteren Phase der Ausschreibung war.

## II. Zusammenfassung der Argumentation des Gerichts

Das erstinstanzliche Gericht hat die Klage abgewiesen, woraufhin die Kläger Berufung eingelegt haben. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen und erklärt, dass der Rechtsstreit im Rahmen des Gesetzes entschieden worden ist. Es war unzulässig, den Kaufvertrag über die Immobilie als unzulässige Eigentumserlangung an der Immobilie anzusehen, wenn zugleich das Interesse des Kreditnehmers durch das Recht auf Rückkauf gewährleistet ist. Das Berufungsgericht teilte die Position der Kläger zum Schadensersatz nicht: Die Kläger konnten sich nicht darauf berufen, die Bank hätte die Bankgarantie umfassender ausstellen müssen. Soweit die Kläger eine Übersicherung der Bank vortrugen, wies das Berufungsgericht auf die Möglichkeit hin, eine Herausgabeforderung geltend zu machen. Die Kläger legten gegen die Entscheidung des zweitinstanzlichen Gerichts Revision ein und führten aus, dass die Weigerung der Bank, eine umfassende Garantie auszustellen, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und die rechtmäßige Ausübung des Rechts nach Artikel 8 III und 115 des Zivilgesetzbuches verstoße. Um dies zu veranschaulichen, wurde vorgetragen, dass die Bank grundsätzlich zu einer Garantie bereit war, und dass ein größerer Betrag Bargeld als Kredit ausgegeben wurde.

Das Revisionsgericht befand die Beschwerde für **unzulässig** und teilte die Argumente der Kläger nicht. Nach Ansicht des Gerichts verpflichtete

der Darlehensvertrag die Bank nicht dazu, die Erfüllung der Ausschreibungsbedingungen zu garantieren, selbst wenn die Bank sich bewusst war, diese Voraussetzung für die Zulassung zu einer entsprechenden späteren Phase der Ausschreibung erfüllen zu müssen. Daher habe die Weigerung, eine umfassendere Garantie auszustellen, dem Unternehmen keinen Schadensersatzanspruch gegeben. Das Gericht sah das Missverhältnis zwischen dem Wert der Immobilie und der Schuld nicht als Ursache für eine Übersicherung der Bank an, da der Kreditnehmer das Recht hatte, die Immobilie zurückzukaufen. Die Forderung gegen die Bank nach Rückerstattung zusätzlichen beweglichen Eigentums, das sich in der Immobilie befand, wurde nicht behandelt, da es sich inhaltlich um eine Herausforderung handelt, die vom Kläger nicht eingeklagt worden war.

*Nino Kavshbaia*

### ► 2 – 5/2020

## Redlichkeitsvermutung und Einschätzung der voraussichtlichen Schadenshöhe für den Schuldner

**1. Es wird vermutet, dass jede an einer Vertragsabwicklung beteiligte Partei in gutem Glauben handelt. Es gibt keinen Grund, die Vertragsdurchführung als vertragswidrig zu werten, ohne dass ein hinreichender Sachvortrag und eine hinreichende Beweisführung erfolgen.**

**2. Verursacht der Schuldner bei der Frachtbeförderung schuldhaft einen Schaden, wird die Schadenshöhe nach dem Wert der Sache geschätzt, wie dieser Wert dem Schuldner vor Beginn der Beförderung erkennbar war.**

**(Leitsätze des Autors)**

Artikel 8, 668, 669, 692, 693, 412 des Zivilgesetzbuchs (ZGB)

Urteil der Zivilgerichtskammer des Obersten Gerichtshofs vom 9. September 2016, № AS-564-539-2016

### **I. Tatbestand**

Zwischen dem Kläger (Käufer) und dem Beklagten (Spediteur, Versender) bestand ein Frachtverhältnis. Computer-Hardware, die der Beklagte unmittelbar von einem Dritten (Verkäufer) bezog, sollte an den Kläger einschließlich Versandkosten zu 300 Euro je Gerät verkauft werden. Der Kläger wollte drei Geräte versenden, von denen eines bereits zur Zeit der Versendung fehlerhaft war und einfache Software-Updates zur Nachbesserung benötigte, während die anderen zwei Geräte infolge des Versands physikalisch beschädigt wurden. Die genannten Schäden machten es unmöglich, diese beiden Geräte zu reparieren, und aufgrund seiner besonderen Bedürfnisse kaufte der Kläger neue Geräte zum Preis von insgesamt 4.148,74 Euro.

Aus einem elektronischen Schriftwechsel zwischen den Parteien ergab sich, dass der Verkäufer, also der Geschäftspartner des Beklagten, die Beschädigung der Sendung nicht bestritt, den Schaden jedoch auf eine unzureichende Verpackung der Ladung zurückzuführen, für die der Beklagte als Versender verantwortlich war. Der Beklagte wies darauf hin, dass die vom Verkäufer gewählte Verpackung für diese Art von Sendung nicht akzeptabel war und dass der Beklagte Schadenersatz leisten müsse. Die Verpackung wurde vom Verkäufer im Büro der Beklagten in Georgien angebracht.

Dementsprechend legte der Kläger bei Gericht Berufung ein und verlangte von dem Beklagten

die Erstattung der Kosten für die neu gekauften Geräte. Das Amtsgericht Tiflis gab der Klage statt, woraufhin das Berufungsgericht das Urteil teilweise aufhob. Insbesondere wurde der Beklagte nur zur Zahlung von 300 Euro verurteilt. Die Entscheidung wurde vom Revisionsgericht bestätigt, weil das Revisionsgericht das Rechtsmittel für unbegründet erachtete.

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

Der Umstand, dass die Sendung zuerst vom Empfänger geöffnet und die beschädigte Verpackung fotografiert wurde, widerlegt aus Sicht des Gerichts nicht die Tatsache, dass die Sendung zuvor unzureichend verpackt war, was in der Folge zu den Schäden führte. Denn der Kläger öffnete und fotografierte gerade deshalb, da er gesehen hatte, dass die Verpackung und die Computer beschädigt waren.

In diesem Zusammenhang wies die Berufungskammer auf die Vermutung des guten Glaubens der Parteien hin, die für die Geschäftsparteien gilt. Nach dieser Vermutung besteht die Annahme, dass jede an der Vereinbarung beteiligte Partei in gutem Glauben handelt. Es gibt keinen Grund, dies ohne hinreichenden Beweis des Gegenteils anzuzweifeln. Die Vermutung der Redlichkeit ist eine Negativvermutung. Diese besteht solange, bis das Gegenteil von der Partei, gegen die sich die Vermutung richtet, bewiesen ist. Der Berufungsgegner hat es nicht geschafft, einen solchen Umstand und die Beweise dafür darzulegen, dass die Person, die die Fracht begutachtet hat, nicht gewissenhaft war und dass sie mit einem anderen möglichen Interesse gehandelt hat. Daher ging das Gericht davon aus, dass zum Zeitpunkt des Öffnens der Sendung mit den Computern durch den Empfänger diese tatsächlich beschädigt und die Verpackung unzureichend war.

Darüber hinaus ließ sich das Berufungsgericht von einer besonderen haftungsausschließenden Norm, Artikel 699 II des Zivilgesetzbuchs leiten, die keine Umstände nennt, die die Haftung des Frachtführers im vorliegenden Fall ausschließen.

Dennoch bestimmte das Berufungsgericht den Umfang der Haftung des Frachtführers nach Artikel 412 des Zivilgesetzbuchs als "Element der Vorhersehbarkeit" und erklärte, dass der vom Kläger geforderte Betrag nicht als der für den Schuldner maßgebliche Betrag anzusehen sei. Dem Schuldner könne nicht bekannt gewesen sein, dass der Wert des Gegenstandes in der Ersatzbeschaffung zehnmal höher war als der zuvor im Kauf- und Beförderungspreis ausgewiesene Betrag (in einem derartigen Fall wäre der Beförderer wahrscheinlich viel vorsichtiger gewesen). Die Berufungskammer vertrat die Auffassung, dass nur der angegebene Betrag als Summe der Schäden betrachtet werden könne, die zuvor für den Schuldner (300 Euro) erkennbar waren.

Nach Ansicht des Revisionsgerichts enthält Artikel 412 ZGB zum einen die Möglichkeit des Schadenersatzes bei Vorhandensein entsprechender materiell-rechtlicher Voraussetzungen und zum anderen eine Einschränkung der zulässigen Schadenersatzarten. Nach der genannten Norm ist nur der Schaden gegeben, der im Umfang für den Schuldner zuvor erkennbar war und eine unmittelbare Folge der schädigenden Handlung ist. Eine solche gesetzliche Bestimmung ist darauf zurückzuführen, dass die Höhe des Schadenersatzes die im Rahmen einer vernünftigen Sorgfalt im Verkehr zwischen den Parteien zu erwartende Schadenhöhe nicht überschreitet. Dem Schädiger darf, unter Wahrung der Interessen des Geschädigten, keine unverhältnismäßige materielle Haftung auferlegt werden.

Das Revisionsgericht war der Ansicht, dass das Berufungsgericht die Höhe des Schadens, der

durch die Beschädigung der streitgegenständlichen Sachen verursacht wurde, zutreffend bestimmt hat und somit den Wert, der vom Kläger zu transportierenden Gegenständen vor dem Versenden des Gegenstands zugrunde gelegt hat.

### III. Kommentar

Die oben dargelegte Argumentation und Entscheidung des Gerichts treffen im Ergebnis zu, obwohl für mehr Klarheit auch eine Bewertung der Position des Revisionsklägers sinnvoll wäre, die vom Berufungsgericht nicht vollständig behandelt wurde

Insbesondere wies der Revisionskläger auf folgenden Umstand hin: Da das Gesetz die Verpflichtung des Frachtführers vorsieht, dass er im Falle einer kompletten Wertminderung infolge einer Beschädigung des Gegenstandes während des Transports schadenersatzpflichtig sein kann, bedeutet dies den Kauf eines Ersatzgegenstandes und die Erstattung dessen Wertes. Mit diesem Argument verweist der Revisionskläger in der Tat auf Artikel 693 Absatz 2 Buchstabe a ZGB, der besagt, dass der Frachtführer im Falle einer völligen Wertminderung infolge einer Beschädigung der Sache während der Güterbeförderung den Schadenersatz zu leisten hat, der ihm im Falle des Verlustes der Sache entstanden wäre. Es handelt sich um die in Artikel 692 Absatz 1 ZGB festgelegte Regelung, wonach die Entschädigung nach dem Ort der Übergabe der Güter und dem Wert der Sache zu diesem Zeitpunkt berechnet wird.

Vor diesem Hintergrund sind die folgenden Ausführungen des Revisionsgerichts: "der vor der Versendung des Gegenstandes berechnete Geldbetrag" und "der Ort der Übergabe der Fracht und der Preis der Fracht zu der Zeit" zu verstehen. Der Revisionskläger hat aus Sicht des Revisionsgerichts den Wert des neu gekauften Gegenstandes als vermeintlichen Verlust für den Schuldner falsch eingeschätzt. Die Frage der Vergütung wurde vom Revisionsgericht hingegen nicht näher behandelt und im Zusammenhang des Artikels 692 ZGB nicht beurteilt.

*Giorgi Meladze*

► 3 – 5/2020

### **Entgangener Gewinn bei der Nichterfüllung von Zahlungsverpflichtungen**

**1. Wird ein Zinsschaden als entgangener Gewinn nach Nichterfüllung einer Zahlungsverpflichtung behauptet, genügt es nicht, dass abstrakt eine bloße Möglichkeit zur Geldanlage behauptet wird, sondern es ist nachzuweisen, dass das Geld nach den Verkehrsumständen tatsächlich zinsbringend angelegt worden wäre.**

**2. Der wirtschaftliche Nettoverlust ist im Wesentlichen ein Begriff für reine Vermögensschäden. Er ist – entgegen der Feststellungen des Gerichts – vom entgangenen Gewinn zu unterscheiden.**

**(Leitsätze des Autors)**

Artikel 411 des Zivilgesetzbuches (ZGB)

Urteil der Zivilgerichtskammer des Obersten Gerichtshofs vom 26. Oktober 2015, № AS-1056-1011-2014

#### **I. Tatbestand**

Der Kläger (Besteller) hat einen Werkvertrag mit dem Lieferanten (Unternehmer) abgeschlossen, demzufolge dieser dem Kläger 550 Eisenbahngleisstücke gegen eine Zahlung von 1.292.500 GEL im Rahmen einer staatlichen Ausschreibung zur Verfügung stellen musste. Diese Vereinbarung wurde in einer ersten Tranche teilweise durch Bankgarantie (85.000 GEL) und teilweise durch Vorschuss (64.625 GEL) gesichert. Der Unternehmer lieferte jedoch nicht und der Vertrag wurde daraufhin gekündigt. Gemäß Paragraph 10.3 des Vertrages wurde damit der Gesamtbetrag fällig, der dem Unternehmer auferlegt wurde sowie eine Vertragsstrafe von 95% des durch die Bankgarantie gesicherten Betrags.

Der Kläger verlangte vom Beklagten (Bürgen) die Rückzahlung sowohl des Vorschusses als auch des Betrags der Ausführungsbankgarantie von insgesamt 99.625 GEL. Nach wiederholten Aufforderungen überwies der Bürge mit 50.000 GEL nur einen Teil des Vorschusses auf das Bankkonto des Klägers. Der Rest in Höhe von 35.000 GEL und auch die Ausführungsbankgarantie in Höhe von 64.625 GEL wurden nicht gezahlt. Klageweise verlangte der Besteller vom Beklagten (Bürgen): 1. die Zahlung der restlichen 99.625 GEL und 2. 7 % Jahreszinsen als entgangenen Gewinn, der für den Fall des abgeschlossenen Einlagenvertrages zwischen der Bank und dem Besteller in Höhe von 2.456,40 GEL vorgesehen war.

Das Amtsgericht Tiflis gab der Klage teilweise statt. Der Beklagte wurde zur Zahlung von 99.625 GEL verurteilt. Der jährlichen Verzinsung von 7%

wurde hingegen nicht stattgegeben. Gegen die Entscheidung legte der Kläger Berufung ein.

Das Berufungsgericht sah den Zinsanspruch von 2.456,40 GEL als entgangenen Gewinn an, während das Revisionsgericht die Zahlung des entgangenen Gewinns vollständig zurückwies.

## II. Zusammenfassung der Argumentation des Gerichts

Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat das Gericht erster Instanz Artikel 411 des Zivilgesetzbuches (ZGB) falsch ausgelegt. Das erstinstanzliche Gericht ging davon aus, die Ermittlung der Höhe des entgangenen Gewinns sei abstrakt und berücksichtige nicht, dass der Beklagte das Geld zurückgezahlt habe. Das Berufungsgericht erläuterte in seiner Auffassung, die Verzinsung sei entgangener Gewinn, in Bezug auf Artikel 411 ZGB, dass die Bemessung des Schadenstatbestandes und der Schadenshöhe durch besondere Merkmale gekennzeichnet ist, wenn es um eine Geldverbindlichkeit (Zahlungspflicht) geht. Dies ergibt sich aus den Besonderheiten einer Geldschuld. Insbesondere die Tatsache, dass die Kaufkraft ein wichtiger Wirtschaftsfaktor ist, verleiht dem Geld die Fähigkeit, Gewinn zu erzielen. Geld ist immer eine Einkommensquelle, da es dem Eigentümer nicht nur das von ihm gewünschte Eigentum, sondern auch ein gewisses regelmäßiges Einkommen, sogar in Form von Bankzinsen (worauf der Kläger seine Berufung stützt) verschaffen kann. Die mangelhafte Erfüllung einer Zahlungsverbindlichkeit führt daher immer zu einem Schaden für den Gläubiger, und im Gegensatz zu einem Schaden, der durch die Nichterfüllung einer anderen Verpflichtung entsteht, ist zur Feststellung der Tatsache des Schadens kein besonderer Nachweis erforderlich. Darüber hinaus stellte die Berufungskammer fest, dass nach der Vereinbarung zwischen der

Bank und dem Kläger im vorliegenden Fall das Kontokorrentguthaben des Unternehmens des Klägers eine Rendite von 7 % pro Jahr ausmachte. Die Kammer stimmte daher einerseits darin überein, dass das Gericht erster Instanz den Vertrag zwischen der Bank und dem Kläger grundsätzlich berücksichtigte. Andererseits teilte sie nicht die Argumentation, dass die Vereinbarung nicht als Beleg für entgangenen Gewinn angesehen wurde, insbesondere wenn kein weiterer Beweis für die Feststellung der Schadenshöhe erforderlich war.

Im Gegensatz dazu teilte das Revisionsgericht die Argumentation des Revisionsklägers: Entgangener Gewinn beinhaltet naturgemäß einen "reinen wirtschaftlichen Verlust" (*Pure Economic Loss*), den der Vertragspartner erlitten hat und der nicht eingetreten wäre, wäre der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden. Das Revisionsgericht vertritt zudem die Auffassung, dass die von dem Besteller vorgelegte Einlagevereinbarung mit der Bank nicht als ausreichender Beweis zur Bestimmung eines entgangenen Gewinns gewertet werden kann. Der Kläger konnte nicht glaubhaft darlegen, dass der von ihm auf dem Konto zu verbuchende Mindestbetrag in der in seinem Einlagenkonto angegebenen Frist angesammelt werden konnte. Dies wurde mit folgendem Argument begründet: Der Kläger war ein Unternehmer, der aufgrund seiner wirtschaftlichen Aktivität ständig Geld und Bargeld benötigte, und gleichzeitig musste im Falle eines wiederholten Ausschreibungsverfahrens der Garantiebetrags im Voraus zur Verfügung gestellt werden. Folglich war es unwahrscheinlich, dass er im Falle einer Erstattung des Geldes den Betrag auf das Bankinlagenkonto eingezahlt und auf die Verzinsung gewartet hätte, die für ihn eine zusätzliche Einkommensquelle gewesen wäre. Daher war der mutmaßliche Schaden für den Schuldner nicht absehbar

### III. Kommentar

Vergleicht man die Argumente, so überzeugt die Auslegung des Obersten Gerichtshof, dass bei der Erfüllung einer Geldzahlungsverbindlichkeit ein entgangener Gewinn konkret zu bestimmen ist. In dieser Hinsicht betrachtet das Berufungsgericht nur die Kaufkraft des Geldes, die ein objektives Kriterium darstellt. Es ist jedoch zusätzlich notwendig zu prüfen, ob in jedem Fall die Absicht verfolgt wird, das Geld gewinnbringend anzulegen, womit ein zusätzliches subjektives Kriterium besteht. Folglich ist es allein aufgrund des objektiven Kriteriums unmöglich zuzusagen, ob eine bestimmte Person eine Forderung notwendigerweise auf ein Einlagenkonto einzahlen und dort belassen würde, wenn die entgegenstehenden tatsächlichen Umstände aus einem bestimmten Fall festgestellt werden. Zunächst einmal war ein solcher Umstand die Tatsache, dass der Schuldner wirtschaftlich tätig war und eine Renditechance nutzte, die durch bloße Verzinsung nicht erreicht worden wäre. Es ist jedoch klar, dass das Argument des Gerichts allein auf der Grundlage dieses Aspekts nicht völlig überzeugend wäre. Folglich gab es in dem Fall noch einen weiteren Umstand, der es wahrscheinlich machte, dass das Geld nicht für Ersparnisse, sondern für unternehmerische Zwecke verwendet wurde. Insbesondere aufgrund der Nichterfüllung der Verpflichtung durch den Unternehmer wäre der Besteller nach wie vor daran interessiert, den entsprechenden Auftrag zu erhalten, und im Falle einer erneuten Ausschreibung wäre es selbstverständlich, dass er den Vorschuss erneut auszahlen müsste, da eine solche Praxis üblich war. Angesichts dieser beiden Tatsachen kann das Argument zur Kaufkraft des Geldes allein nicht schlüssig sein.

Trotz der sachlichen und im Ergebnis zutreffenden Argumentation des Revisionsgerichts missversteht das Gericht in einem Punkt den Be-

griff des entgangenen Gewinns. Der Oberste Gerichtshof vermischt die Begriffe "entgangener Gewinn" und "reine" Vermögensschäden. Der in dieser Entscheidung erwähnte "wirtschaftliche Nettoverlust" bezieht sich auf die anglo-amerikanische Bezeichnung für "reine" Vermögensschäden und hat demzufolge mit dem entgangenen Gewinn nichts zu tun.

*Giorgi Meladze*

#### ► 4 – 5/2020

### **Beschränkte Haftung der Gesellschafter und Geschäftsführer in einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung**

**1. Ein Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann seine Haftung nicht mit Hinweis auf gesellschaftsrechtliche Haftungsbeschränkungen ablehnen, wenn er selbst die Haftungsbeschränkung missbraucht.**

**2. Die Haftung der Gesellschafter und des Geschäftsführers der Gesellschaft gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft ist subsidiär und gesamtschuldnerisch. Ein Innenausgleich zwischen den Gesamtschuldnern ist statthaft.**

#### **(Leitsatz des Autors)**

Artikel 992 Zivilgesetzbuch (ZGB), Artikel 9.6. und 3.6 des Gesetzes über Unternehmer

Urteil des Zivilsenats des Obersten Gerichtshofs von Georgien vom 6. Mai 2015, № AS-1307-1245-2014

## I. Sachverhalt

Der Verhandlung des Falles im Zivilprozess ging ein Urteil in einem Strafverfahren voraus.

Das Finanzamt erließ einen Steuerbescheid gegen die A-GmbH in Höhe von 786.657 GEL. Aufgrund der Nichtzahlung des Betrags innerhalb der vorgeschriebenen Frist wurde eine Ermittlung gegen zwei Gesellschafter der GmbH im Zusammenhang mit der vorsätzlichen Steuerumgehung eingeleitet. Zugleich war einer der Gesellschafter zum Geschäftsführer der Gesellschaft ernannt worden. Die Gesellschafter der GmbH wurden im folgenden Strafverfahren schuldig gesprochen. Insgesamt verursachten die Gesellschafter einen Verlust von 2.223.370 GEL (Steuern und Zinsen) für den Staatshaushalt.

Das Finanzamt hat sodann eine Klage vor dem Zivilgericht eingereicht und verlangt, dass der an dem Haushalt entstandene Schaden von der A-GmbH und seinen Gesellschaftern gesamtschuldnerisch zurückgezahlt wird.

Die Beklagten wiesen in dem Einspruch darauf hin, dass gemäß Artikel 44 des Gesetzes über Untenehmer die Haftung der GmbH auf die Gläubiger auf die Einlagen der GmbH beschränkt werden sollte.

## II. Argumentation des Amtsgerichts und des Berufungsgerichts

Nach der Entscheidung des Amtsgerichts Batumi wurde die Forderung der Steuerbehörde teilweise anerkannt. Die Beklagten, die A-GmbH und deren Geschäftsführer, mussten gesamtschuldnerisch 786.657 GEL zu Gunsten des Staatshaushalts zahlen (nur aufgelaufene Steuern, ohne Strafgebühren). Das Amtsgericht gab dem Antrag des Finanzamtes auf Auferlegung von Sanktionen (Strafgebühren) gegen die Be-

klagten nicht statt. Nur der Kläger legte gegen die Entscheidung Berufung ein und verlangte die Auferlegung der Sanktionen (Strafgebühren) gegen die Beklagten.

Das Berufungsgericht von Kutaisi gab der Berufung des Finanzamtes teilweise statt. Im Übrigen (zur Hauptforderung) wurde die erstinstanzliche Entscheidung rechtskräftig. Das Berufungsgericht hob die Entscheidung der ersten Instanz in dem Teil auf, in dem die Verhängung der Strafgebühren gegen die A-GmbH als Gesellschaft abgelehnt wurde. Nach Ansicht der Kammer hat die Finanzverwaltung das Recht, Steuern zu erheben und dem Steuerzahler unabhängig und ohne Gerichtsbeschluss angemessene Geldstrafen aufzuerlegen. Folglich unterlag die Angelegenheit nicht der gerichtlichen Überprüfung. Das Berufungsgericht stellte das Verfahren im Hinblick auf die Auferlegung einer Strafgebühr für die A-GmbH ein.

Das Berufungsgericht verurteilte die Gesellschafter selbst nur zur Zahlung des Grundbetrages (nur der Steuer) in Höhe von 786.657 GEL. Die Kammer verwies auf Artikel 992 ZGB (Zivilgesetzbuch) als Rechtsgrundlage (die Vorschrift für Schadenersatz). Das Gericht gab dem Antrag des Finanzamtes auf Verhängung von Geldstrafen gegen die Gesellschafter nicht statt.

## III. Entscheidung des Revisionsgerichts

Soweit die Gesellschafter die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht bestritten, wurde die Entscheidung über die Auferlegung des Grundbetrages ohne weiteres rechtskräftig. Die Argumentation des Obersten Gerichts beschränkte sich auf die Frage, ob die Gesellschafter und der Geschäftsführer (der ebenfalls Gesellschafter war) auch für Sanktionen gegenüber der GmbH haften.

Es war die Aufgabe des Revisionsgerichts zu entscheiden, ob die Gesellschafter und der Geschäftsführer der Gesellschaft mit ihrem gesamten Vermögen direkt und unmittelbar für die Steuerverbindlichkeiten der Gesellschaft zur Rechenschaft gezogen werden können, wenn die Gesellschaft diese Verpflichtungen nicht erfüllen kann.

Der Oberste Gerichtshof teilte nicht das vorgebrachte Argument, dass die Forderung des Finanzamtes gegen die Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaft auf Artikel 992 ZGB beruhe.

Nach Ansicht des Revisionsgerichts hätte der Fall durch die Normen des georgischen Gesetzes über Unternehmer (Artikel 3.6 und 9.6) entschieden werden müssen, die die Haftung des Geschäftsführers und des Gesellschafters für die Verpflichtungen der Gesellschaft festlegen.

Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs stellt das Konzept der beschränkten Haftung nach der modernen Wirtschaftstheorie für „freiwillige“ Kreditgeber in der Gesellschaft kein Problem dar. Es wird davon ausgegangen, dass diese Art von Gläubigern die Möglichkeit haben, zu verhandeln (*bargaining power*) und daher durch einen Vertrag Risiken vermeiden oder vorbeugend eingehen können. Diese Argumentation findet keine Anwendung auf nichtvertragliche (unfreiwillige) Gläubiger, auch nicht auf die Gläubiger aus dem Deliktsrecht. Letztgenannte können nicht im Voraus eine vertragliche Beziehung mit der Gesellschaft eingehen, bevor Zahlungsverpflichtungen eines Unternehmens aus dem Deliktsrecht entstehen. Die gleiche Argumentation wurde von dem Senat gegenüber dem Gläubiger, dem Staat, in Bezug auf Steuerverbindlichkeiten vorgebracht. Aufgrund des unfreiwilligen Charakters der Steuerverbindlichkeiten sollte der Staat nach

Ansicht des Senats auch als außervertraglicher (deliktischer) Gläubiger behandelt werden.

Laut dem Obersten Gerichtshof legt das Gesetz über Unternehmer die Haftung von Gesellschaftern fest, wenn diese die Rechtsform der Haftungsbeschränkung missbrauchen. Das Revisionsgericht ist der Ansicht, dass diese Norm weit gefasst ist und nicht nur den Missbrauch der gesellschaftsrechtlichen Form der Haftungsbeschränkung umfasst (z. B. die Verwendung der Gesellschaft als "Instrument" zur Erreichung des Ziels des Partners; die Existenz der Gesellschaft als Gesellschafter "alter ego"). Nach Ansicht des Gerichts wird der Missbrauch einer beschränkten Form der Haftung durch einen Gesellschafter dann vorliegen, wenn der Gesellschafter das Unternehmen unmittelbar führt und Maßnahmen ergreift, die auf Steuerhinterziehung abzielen. Es wird davon ausgegangen, dass in diesem Fall das Unternehmen vom Gesellschafter als Einkommensquelle für nicht angegebene Einkünfte genutzt wird.

Da sich die Haftung der Gesellschafter nicht aus einer unerlaubten Handlung ergibt, sondern aus Gesellschaftsrecht (Gesetz für Unternehmer), sollte nach Ansicht des Revisionsgerichts das Vorliegen einer strafrechtlichen Verurteilung der Gesellschafter alleine nicht zur Haftung führen. Auf der Grundlage von Artikel 106 der Zivilprozessordnung stellte der Senat klar, dass ein Urteil in einem Strafverfahren während eines Zivilprozesses nur als ein Beweismittel betrachtet werden sollte, und dass es in Verbindung mit anderen Beweismitteln bewertet werden muss. Auf der Grundlage der Beweise in dem Fall kam das Gericht zu dem Schluss, dass die Gesellschafter die Rechtsform der Haftungsbeschränkung missbrauchten. Dementsprechend sollten die Gesellschafter für die Steuerverbindlichkeiten des Unternehmens haften.

Solange einer der Gesellschafter auch der Geschäftsführer der Gesellschaft war, prüfte der Senat auch die Frage der Haftung des Geschäftsführers für die Verpflichtungen der Gesellschaft. Das Gericht befasste sich mit der Sorgfaltspflicht (Artikel 9.6), die durch das Gesetz über Unternehmer eingeführt wurde, genauer der Verpflichtung des Geschäftsführers, die Kosten zu minimieren. Die Sorgfaltspflicht verlangt vom Geschäftsführer, dass er Entscheidungen trifft, die die Ertragskraft der Gesellschaft erhöhen. Das Gericht führte zwei Gründe an, weshalb die Sorgfaltspflicht nicht Steuerhinterziehung rechtfertigen könne:

1. Die Durchführung der Steuerumgehung führt zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Geschäftsführers.

2. Die finanziellen Folgen der Steuerhinterziehung können für die Gesellschaft katastrophal sein. Nach Ansicht des Senats sind die Geschäftsführer zwar verpflichtet, den Gewinn des Unternehmens zu erhöhen - allerdings nur durch gesetzestreuere Handeln. Dementsprechend entschied das Gericht, dass der Geschäftsführer der Gesellschaft die Sorgfaltspflicht gegenüber der Gesellschaft verletzt habe und dass er für den entstandenen Schaden mit seinem gesamten Vermögen direkt und unmittelbar haften müsse.

Nach Auffassung des Senats war die Gesellschaft, wenn festgestellt wird, dass:

- a) die Gesellschaft eine Steuerschuld hat;
- b) die Gesellschaft nicht in der Lage ist, dieser Verpflichtung nachzukommen;
- c) eine Zahlung notwendig ist, um den Staat als Gläubiger zu befriedigen

gemäß dem Gesetz über Unternehmer (Artikel 9.6) verpflichtet, vom Geschäftsführer Schadensersatz zu verlangen. Dies geschah nicht. Somit ist

der Gläubiger (hier: der Staat) berechtigt, von der Gesellschaft eine Geldstrafe zu verlangen.

Das Gericht wies auf die subsidiäre Haftung des Geschäftsführers hin. Der Anspruch gegen ihn kann nur geltend gemacht werden, wenn die Gesellschaft selbst nicht über die Mittel verfügt, den Gläubiger zu befriedigen.

Hinsichtlich des Umfangs der Geldstrafe stellte der Senat fest, dass das Gericht die gesetzlich festgelegte Höhe der Geldstrafe nicht verringern könne.

Der Oberste Gerichtshof hat auf der Grundlage des Gesetzes über Unternehmer (Artikel 3.6. und 9.6) festgestellt, dass die Haftung der Gesellschafter und des Geschäftsführers gegenüber den Gläubigern subsidiär und untereinander (im Innenverhältnis) gesamtschuldnerisch ist. Dementsprechend wurden die Gesellschafter zu Gunsten des Staatshaushalts und untereinander gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 1.436.713 GEL (Höhe der Sanktion) verurteilt

#### IV. Kommentar

Die Entscheidung ist sowohl für das Gesellschafts- als auch für das Steuerrecht von großer Bedeutung. Sie stellt einen Präzedenzfall für die Haftung von Geschäftsführern durch den Obersten Gerichtshof dar.

Der Oberste Gerichtshof hat die Heranziehung von Deliktsrecht als Rechtsgrundlage für die Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern abgelehnt. Diese Änderung des Herangehens sollte zweifellos zu begrüßen sein. Wenn das Verhältnis durch spezielle Rechtsnormen geregelt ist, sollte die Verwendung der Normen aus dem Recht der unerlaubten Handlungen für die Haftung definitiv ausgeklammert werden.

Die Anwendung des Privatrechts durch die Steuerbehörde wurde von Stimmen in der Rechtsliteratur in Frage gestellt und teils auch kritisiert. Nach einer Auffassung hat die Finanzverwaltung möglicherweise nicht das Recht, einen Antrag unter Bezugnahme auf das Zivilgesetzbuch und / oder das Gesetz über Unternehmer zu stellen. Argumentiert wird, dass gemäß Artikel 2.1 des Steuergesetzbuches die georgische Steuergesetzgebung aus der Verfassung Georgiens, internationalen Verträgen und Abkommen, diesem Gesetzbuch und den anschließenden normativen Akten besteht. Diese normativen Akte sind die Ermächtigungsgrundlage der Steuerbehörden, und wenn sie die konkrete Ermächtigungsgrundlage nicht nennen, bedeute das, dass auch die Steuerbehörde diese Ermächtigung nicht verfügt. Tatsächlich habe der Oberste Gerichtshof mit dieser Entscheidung die Steuerpflicht, die eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung ist, mit der privatrechtlichen Verpflichtung (z. B. Rückzahlung eines Darlehen) gleichgesetzt, und die Steuerstrafe (Verwaltungsanktion) dem zivilrechtlichen Schaden (z. B. Zahlungsverzug bei einem Darlehen).<sup>1</sup>

Als Antwort auf diese Auffassung kann erwidert werden: Artikel 2.1. des Steuergesetzbuches sollte nicht als eine Norm betrachtet werden, die den Umfang der von der Steuerbehörde anzuwendenden Gesetze abschließend nennt und einschränkt. Ein solches Verständnis der besonderen Rechtsprechung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts hätte zu der Annahme geführt, dass die Finanzverwaltung nicht in der Lage ist, von der Zivilprozessordnung und der auch nicht genannten Verwaltungsprozessordnung Gebrauch zu machen.

Der Artikel 2.1 des Steuergesetzbuches schränkt vielmehr nur die für die Entstehung einer Steuerschuld zu verwendenden Rechtsgrundlagen ein. Eine ähnliche Einschränkung der Rechtsnormen, die zur Begleichung der Rückstände herangezogen werden, besteht nicht. Dies wird durch die Tatsache belegt, dass es der Finanzverwaltung trotz der bestehenden Artikel 2.1 des Steuergesetzbuches möglich ist, z. B. das Gesetz über Vollstreckungsverfahren zu nutzen. In dem hier besprochenen Fall dienten die einschlägigen Normen des Gesetzes über Unternehmer nicht dem Entstehen der Steuerschuld, sondern dazu, die für die bereits entstandene Steuerschuld haftenden Personen zu bestimmen. Daher überzeugt die Auffassung, dass die in Artikel 2.1 des Steuergesetzbuches festgelegte Einschränkung in diesem Teil nicht berücksichtigt werden sollte.

Kritik wurde auch an der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs an dem weiteren Aspekt geäußert, dem Geschäftsführer sowohl eine Steuerpflicht als auch eine Strafgebühr aufzuerlegen. Das Gesetz über Unternehmer beschränkt die Haftung des Geschäftsführers auf den durch ihn der Gesellschaft zugefügten Schaden. So sollte der Geschäftsführer in der Regel nicht für die Hauptforderung haften. Es wäre jedoch nicht richtig, die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs in dieser Hinsicht zu kritisieren. Insofern haben der Gesellschafter und Geschäftsführer die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht beanstandet, somit ist die Entscheidung in diesem Teil rechtskräftig. Infolgedessen hat der Oberste Gerichtshof in dieser Sache nicht entschieden. Trotz des Ergebnisses (der Geschäftsführer wurde sowohl für die Hauptforderung, als auch für die Geldstrafe haftbar gemacht) ist es falsch anzunehmen, der Oberste Gerichtshof teile eine bestimmte Rechtsauffassung hierzu.

<sup>1</sup> V. Gogelia, unbeschränkte Haftung in der Gesellschaft der Beschränkten Haftung, s. <https://forbes.ge/news/1017/SeuzRudavi-pasuxismgebloba-SezRuduli-pasuxismgeblobis-sazogadoebaSi> [15.03.2020] (aus Georgisch).

Um den Umfang der Haftung des Geschäftsführers festzulegen, ist es vielmehr wichtig, die bestehende Gesetzgebung zu analysieren. Soweit das Gericht entschieden hat, ist Artikel 992 ZGB nicht auf die Haftung eines Geschäftsführers anwendbar. Die bestehenden speziellen Rechtsvorschriften, in Form des Gesetzes über Unternehmer, schließt diese Norm an sich schon aus. Absatz 6 des Artikels 9 des Gesetzes über Unternehmer legt die Verantwortung des Geschäftsführers für den der Gesellschaft zugefügten Schaden fest. So soll der Geschäftsführer nach dem Gesetz nur in Höhe der angefallenen Geldstrafe haftbar gemacht werden. Würde der Geschäftsführer treuhänderische Pflichten erfüllen, müsste die Gesellschaft lediglich die Hauptsumme zahlen. Daher sollte der Schaden, den der Geschäftsführer der Gesellschaft zugefügt hat, nur die Geldstrafe sein.

Schwieriger kann es werden, wenn die Gesellschafter sich nicht an der Steuerhinterziehung beteiligt haben, wenn damit einer Forderung gegen die Gesellschafter widersprochen wird. Um die Haftung nach Artikel 3.6 des Gesetzes über Unternehmer aufzuerlegen, ist es notwendig, dass ein Missbrauch der Haftungsbeschränkung vorliegt. In solchen Fällen kann dem Geschäftsführer nur dann die Hauptforderung auferlegt werden, wenn er durch sein Handeln die Gesellschaft in die Insolvenz geführt hat. In diesem Fall sollte der dadurch verursachte Schaden als der Wert des entzogenen Vermögens (z. B. die Schenkung von Gesellschaftseigentum durch den Geschäftsführer) definiert werden, und die Finanzverwaltung sollte in der Lage sein, diesen Betrag (den Wert des enteigneten Vermögens zuzüglich der Zinsen) einzufordern.

Wichtig ist schließlich die Frage der gesamtschuldnerischen Haftung zwischen Gesellschaf-

tern und Geschäftsführern. Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs ist die den oben genannten Personen auferlegte Verpflichtung gemeinschaftlicher Natur. Daher stellt sich die Frage, wie die Angelegenheit gelöst werden kann, wenn einer der Partner gleichzeitig auch Geschäftsführer ist. Obwohl die gesamtschuldnerische Haftung gegenüber dem Gläubiger eine Beschränkung der Haftung der haftenden Personen ausschließt, ist diese Frage wichtig für die Haftungsverteilung zwischen den Schuldern nach Befriedigung des Gläubigers. Nach Artikel 473 ZGB hat ein Schuldner, der eine gesamtschuldnerische Haftung erfüllt hat, das Recht auf einen Ausgleich gegenüber den anderen Schuldnern auf der Grundlage der paritätischen Anteile. Zu bevorzugen ist die Meinung, dass die Verantwortung des Gesellschafters, der auch Geschäftsführer ist, durch die Höhe des doppelten Anteils bestimmt werden sollte. Die Person muss (sofern entsprechende Voraussetzungen gegeben sind) sowohl für den Gesellschafter, als auch für den Geschäftsführerstatus haften. Einerseits ist ein solcher Ansatz logisch und ergibt sich aus den einschlägigen Artikeln des Gesetzes über die Unternehmer (die Verpflichtungen aus Artikel 9.6 und 3.6 sind voneinander unabhängig). Andererseits würde sonst der vorbeugende Charakter der Haftung (für die Geschäftsführung) nach Artikel 9.6 unterlaufen, ein Gleichklang ist sinnvoll. So sollte im vorliegenden Fall das Innenverhältnis zwischen den Schuldnern wie folgt geregelt werden: Eine Person, die nur Gesellschafter ist, müsste eine Verpflichtung in Höhe von 1/3 des Anspruchs übernehmen. Ein Gesellschafter, der gleichzeitig Geschäftsführer der GmbH war, hätte im Innenverhältnis zu 2/3 zu haften.

*Ana Baiadze*