

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

151. JAHRGANG

10
2019



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

BEITRÄGE

Andreas Kletečka:

Erbunwürdigkeit auf Grund von „betrügerischer Krida“ (§ 156 StGB)
im Familienkreis?

Seite 361

Alexander Schopper:

Gerichtliche Gestattung der Übertragung von vinkulierten Aktien und
Benennung eines Ersatzerwerbers durch die AG

Seite 365

Dietmar Czernich:

OGH zu Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen: Diskriminierung
von Frauen unzulässig

Seite 373

RECHTSPRECHUNG

Rechte der Miteigentümer auf Mitbenützen der gemeinsamen Sache

(*Hans Hoyer †*)

Seite 380

Verspätete Eintragung eines Haftungsausschlusses nach § 38 Abs 4 UGB

Seite 394

Anfechtbarkeit von Innehaltungsbeschlüssen

Seite 399

REDAKTION: Ludwig Bittner, Hans Hoyer †, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl, Alexander Schopper,
Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

NZ 2019/126

OGH zu Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen: Diskriminierung von Frauen unzulässig

Der Beitrag bespricht die aktuelle E OGH 24. 1. 2019, 6 Ob 55/18h, NZ 2019, 213.

Von Dietmar Czernich

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Entscheidungssachverhalt
- C. Entscheidung des OGH
- D. Analyse
 - 1. Allgemeines
 - 2. Zeitpunkt zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit
 - 3. Folgen
- E. Bewertung

A. Einleitung

In vereinzelt Gesellschaftsverträgen oder Satzungen von Privatstiftungen finden sich Bestimmungen, wonach nur Mitglieder eines bestimmten Geschlechts (in der Regel Männer) bestimmte Funktionen einnehmen können; sei es, dass nur sie Geschäftsführer, Gesellschafter oder Begünstigte einer Privatstiftung sein können, während das andere Geschlecht von diesen Funktionen gesellschaftsvertraglich *ex ante* ausgeschlossen wird. Gedanklich stehen hinter diesen Regelungen häufig überkommene Vorstellungen der Rollenverteilung zwischen Mann und Frau in der Gesellschaft. Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 24. 1. 2019 derar-

tigen geschlechtsspezifischen Vertragsbestimmungen eine generelle Absage erteilt und damit einen in der einschlägigen Literatur herrschenden Meinungsstreit beendet.¹ Ob die Entscheidung inhaltlich zu teilen ist oder nicht, bleibt eine Wertungsfrage. Die Begründung des OGH und die Folgen der Entscheidung werfen jedoch Fragen auf.

B. Entscheidungssachverhalt

Zwei Brüder schlossen 1963 einen Vertrag zur Gründung einer Kommanditgesellschaft zur Fortführung des von ihrem Vater auf dem Gebiet der Holzindustrie gegründeten Unternehmens ab. Hinsichtlich der Über-

¹ Gegen Zulässigkeit von geschlechtsdifferenzierenden Klauseln Graf, Unzulässigkeit von Diskriminierungen im Privatstiftungsbereich, in JB Stiftungsrecht 2007, 94; Klampfl, Geschlechterklauseln in letztwilligen Verfügungen – rechtmäßige Ausübung der Testierfreiheit oder sittenwidrige Diskriminierung, JEV 2016, 187; für deren Zulässigkeit Kals in Doralt/Nowotny/Kals, PSG (1995) § 1 Rn 22; N. Arnold, Privatstiftungsgesetz³ § 5 Rn 25; Berka, Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote, GeS 2017, 354.

tragung von Gesellschaftsanteilen im Erbweg vereinbarten die Parteien Folgendes:

„Im Falle des Ablebens eines Gesellschafters treten dessen männliche Erben in seine Rechte und Pflichten ein und wird die Gesellschaft mit ihnen fortgesetzt [...]“

„Sollten durch testamentarische Verfügung andere Personen als männliche Nachkommen der gründenden Gesellschafter als Erben oder Legatäre zur Übernahme eines Gesellschafteranteils bzw zum Eintritt in die Gesellschaft berufen werden, so haben die anderen Gesellschafter das Recht, einem solchen Eintritt die Zustimmung zu geben oder den auf einem solchen Erben bzw Legatar entfallenden Anteil unter Einhaltung der Bestimmungen des P. VIII/8 dieses Vertrages [Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters] zur Auszahlung zu bringen.“

Einer der Gründungsgesellschafter beabsichtigte im hohen Alter, seinen Komplementär-Gesellschaftsanteil an seine Tochter im Erbweg zu übertragen, und forderte seine Mitgesellschafter auf, dazu ihre Zustimmung zu erteilen. Ein Mitgesellschafter verweigerte diese. Daraufhin klagte der erwilligte Gesellschafter auf Feststellung der Zulässigkeit der Übertragung an seine Tochter, indem er behauptete, die Einschränkung der Weitergabe nur auf männliche Erben sei nichtig. Gleichzeitig vermachte er seinen Kommanditanteil testamentarisch an seine Tochter. Der Kläger verstarb während des Verfahrens. Dieses wurde von der Verlassenschaft weitergeführt.

Alle Vorinstanzen (LG Salzburg und OLG Linz) gaben dem Klagebegehren statt. Der OGH bestätigte die Entscheidungen.

C. Entscheidung des OGH

Die Entscheidung des OGH ist mäandernd und sehr vielschichtig. Man merkt ihr an, dass sie nicht „aus einem Guss“ ist, sondern von den verschiedenen Mitgliedern des 6. Senats passagenweise verfasst wurde. Zunächst holt der OGH weit aus und befasst sich mit der Privatautonomie, der Vertragsfreiheit und der Drittwirkung der Grundrechte im Allgemeinen, ohne aber konkrete Schlussfolgerungen für den zu entscheidenden Fall zu ziehen. Sodann wendet sich der erkennende Senat dem österreichischen Schrifttum zu, das sich mit Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen befasst, ohne sich einer bestimmten Ansicht anzuschließen. Dasselbe gilt für die Befassung mit dem deutschen Schrifttum, das sich mit Geschlechterklauseln in letztwilligen Verfügungen auseinandergesetzt hat. Auch dieses wird referiert, ohne dass der OGH dazu eine inhaltliche Stellungnahme abgibt.

Hinsichtlich des GIBG, auf das sich die klagende Partei berief und das jede Ungleichbehandlung von Mann und Frau in der Arbeitswelt verbietet, führte der OGH aus,

dass dieses zwar auf die Stellung eines Komplementärs anwendbar sein könne, dieses Gesetz rechtsfolgenseitig aber nur auf Schadenersatz gerichtet sei und deshalb nicht zur Nichtigkeit einer geschlechtsspezifischen Bestimmung in einem Gesellschaftsvertrag führen könne. Die Grundwertungen dieses Gesetzes seien jedoch zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeitskontrolle einer vertraglichen Bestimmung nach § 879 Abs 1 ABGB heranzuziehen. Diese Überlegung führt dann den erkennenden Senat zum Kern des Problems, nämlich ob eine geschlechtsspezifische Regelung in der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB ist.

Zu dieser Frage trifft der OGH zwei wesentliche Beurteilungen: Eine geschlechtsspezifische Nachfolgeregelung sei im Jahre 1963, als der verfahrensgegenständliche Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde, nicht sittenwidrig gewesen, weil zu diesem Zeitpunkt auch noch Bestimmungen des ABGB in Geltung standen, die eindeutig von einer Überordnung des Mannes über die Frau im Familienverband ausgingen. So ordnete § 91 ABGB aF² an, dass der Mann das Haupt der Familie sei, und § 92 ABGB aF verpflichtete die Ehefrau, die von ihm getroffenen Maßregeln zu befolgen, soweit es die häusliche Ordnung erfordere. Umso mehr sei eine Diskriminierung der Frau im Berufs- und Geschäftsleben in den 1960er Jahren nach den damals herrschenden Ansichten als nicht anstößig im rechtlichen Sinne zu betrachten. Zum Entscheidungszeitpunkt 2019 würden nach den knappen Ausführungen des OGH Regelungen hinsichtlich einer Benachteiligung von Frauen gegenüber Männern hinsichtlich der Rechtsnachfolge in einer Kommanditgesellschaft dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen aber widersprechen und seien daher sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB.

Würde man nun auf den Entscheidungszeitpunkt 2019 abstellen, wäre die Sache an sich entschieden. So leicht macht es sich das Höchstgericht aber nicht. Der OGH führt nämlich aus, dass für die Sittenwidrigkeitskontrolle die Rechtslage zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses heranzuziehen sei, also jene des Jahres 1963. Nach dem damaligen Stand der Rechtsordnung sei die inkriminierte Bestimmung aber nicht nichtig iSd § 879 Abs 1 ABGB. Das Höchstgericht legt aber dar, dass die *Ausübung* eines Rechts aus einem an sich nicht sittenwidrigen Vertrag sittenwidrig sein kann. Bei der *Ausübung* eines Rechts sei zeitlich auf die Situation zum *Ausübungszeitpunkt* – und nicht zum *Abschlusszeitpunkt* – abzustellen. Aus diesem Grund sei die Ausübung von Rechten aus der inkriminierten geschlechtsspezifischen Nachfolgeklausel unwirksam. Die Unwirksamkeit trete aber nur soweit ein, als die Klausel zwischen Männern und Frauen unterscheide, ansonsten bleibe die Klausel aufrecht.

² Aufgehoben durch BGBl 1975/412.

D. Analyse

1. Allgemeines

In allgemeiner Hinsicht fällt der über weite Strecken nur referierende Entscheidungsstil auf.³ Die Darstellung der Meinungssituation erinnert oft eher an eine wissenschaftliche Arbeit denn an eine höchstgerichtliche Entscheidung. Die Diskussion verschiedener Meinungen ist eine Prerogative der Rechtswissenschaft, das Höchstgericht sollte aber Entscheidungen treffen. Bei der Lektüre der Entscheidung fragt man sich, welcher Mehrwert sich aus der Darstellung des Meinungsstandes ergeben soll, wenn dieser nur referiert wird, ohne dass das Höchstgericht zu erkennen gibt, welchen Meinungen es sich anschließt und welche es verwirft. Ein Nachweis, dass das Höchstgericht die einschlägige Literatur gelesen hat, ist wohl nicht notwendig.

Bei der entscheidenden Frage, ob die geschlechtsspezifische Klausel nach heutigem Stand sittenwidrig ist oder nicht, fehlt dagegen jegliche Diskussion. Dieser Umstand wird ohne nähere inhaltliche Auseinandersetzung einfach selbstbegründend festgestellt. Gerade hier hätte man sich aber eine nähere Erörterung erwartet. Es fehlen auch festlegende Ausführungen zur Drittwirkung von Grundrechten, insbesondere zu Art 7 B-VG, oder zur hier grundlegenden Frage, wie viel an Eingriff in sein Eigentumsrecht ein Gesellschafter zur Vermeidung von Diskriminierungen hinnehmen muss. Die Entscheidung hat weitreichende Folgen, ein „großer Wurf“ ist sie aber nicht.

2. Zeitpunkt zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit

Unter Hinweis auf Vorentscheidungen⁴ führt der OGH aus, dass hinsichtlich der Feststellung des Zeitpunkts, zu dem die Sittenwidrigkeit zu beurteilen ist, auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen sei. Zutreffend führt der OGH dann aus, dass im Jahre 1963 eine geschlechtsspezifische Differenzierung in einem Gesellschaftsvertrag unter Berücksichtigung des damaligen gesellschaftlichen Umfelds und der damals geltenden Rechtslage nicht sittenwidrig war. Erhebliche Bedenken treten jedoch auf, ob tatsächlich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und nicht auf den Zeitpunkt der Ausübung eines vertraglichen Rechts abzustellen ist.

Die Entscheidungen, auf die sich der OGH hinsichtlich des Zeitpunkts der Sittenwidrigkeitskontrolle stützt, betreffen Fragen der Leistungsäquivalenz. Ob Leistung und Gegenleistung aus einem Vertrag in einem so starken Missverhältnis stehen, dass dies dem Gerechtigkeitsgefühl aller billig denkenden Menschen widerstrebt, ist sicher zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu beurteilen, weil sonst dem lösungswilligen Vertrags-

teil eine Spekulationsmöglichkeit eröffnet würde, die dem Grundsatz *pacta sunt servanda* widerspricht.

Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht um Äquivalenzfragen, sondern um grundlegende gesellschaftsrechtliche Wertungen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Mann und Frau. Diese unterlagen in den letzten Jahrzehnten einem grundlegenden Wandel. Das Sittenwidrigkeitsverdict des § 879 Abs 1 ABGB unterliegt somit selbst einem Wandel, worauf der OGH in der rezenten Entscheidung auch selbst hinweist. Maßgebend muss hierbei jedoch immer das Werturteil zum Zeitpunkt der Ausübung eines Rechts aus einem Vertrag sein und nicht (nur) der Zeitpunkt seines Abschlusses. Zu diesem Zeitpunkt kann ein Vertrag *per se* kaum das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verletzen, weil er seine Wirkungen nach außen gar nicht manifestiert. Ein Vertrag, der in der Schublade liegt, bleibt so lange ohne Wirkung, bis eine Partei die ihr im Vertrag zugewiesenen Ansprüche ausübt. Richtigerweise muss bei einem allgemeinen Sittenwidrigkeitsverdict daher auf den Zeitpunkt abgestellt werden, zu dem die Rechte aus einem Vertrag ausgeübt werden.

Der OGH teilt diese Auffassung durchaus, indem er die Ausübung von Rechten aus einem an sich gültigen Vertrag unter Missbrauchskontrolle stellt und hierfür die Verhältnisse zum Ausübungszeitpunkt für maßgeblich hält. Die Begründung für diese Zweiteilung zwischen Sittenwidrigkeitskontrolle zum Vertragsabschluss einerseits und Missbrauchskontrolle zum Ausübungszeitpunkt andererseits ist aber schwer nachvollziehbar und in der Entscheidung auf einzelne Überlegungen gestützt, die letztlich ergebnisorientiert sind. Man hätte sich diese – offen gesagt: holprige – Argumentation erspart, indem man gleich auf den Ausübungszeitpunkt vertraglicher Rechte abgestellt hätte.

3. Folgen

Die Folgen der Entscheidung sind bestechend einfach: Alle geschlechtsspezifischen Bestimmungen in Gesellschaftsverträgen, bei denen auf ein bestimmtes Geschlecht abgestellt wird, sind so zu lesen, dass sie beide (allenfalls: alle) Geschlechter umfassen.⁵ Die geschlechtsspezifischen Bestimmungen sind also nicht nichtig, sondern vertragsergänzend zu lesen. Zur Nichtigkeitssanktion kommt es nicht.

Wenn Parteien dennoch geschlechtsspezifische Regelungen aufrechterhalten oder neu begründen wollen, so müssen sie hierfür eine sachliche Begründung liefern.⁶ In diesem Fall bleibt die geschlechtsspezifische Regelung in ihrem Wortlaut aufrecht und ist nicht ge-

³ Unkritisch *Zimmermann*, *ecolex* 2019, 602 (604) (Anmerkung).

⁴ RIS-Justiz RS0017936; OGH 1 Ob 511/87; 6 Ob 661/95; 3 Ob 143/18b.

⁵ Vgl dazu auch *Arlt*, *GesRZ* 2019, 181 (188) (Anmerkung); einschränkend für privatstiftungsrechtliche Verfügungen *Zimmermann*, *ecolex* 2019, 602 (605) (Anmerkung).

⁶ Vgl bereits *Kalss/Dauner-Lieb*, *Töchter unerwünscht? Weder die einzelne Gesellschaft noch die Wirtschaft können sich das leisten*, *GesRZ* 2016, 249 (257).

schlechtsneutral zu lesen. Wann eine sachliche Rechtfertigung vorliegt, ist wohl einzelfallabhängig. Beispiele dürften Tendenzbetriebe sein. Die Ansicht, Männer seien bessere Unternehmer, reicht wohl nicht. Da sachliche Begründungen für eine geschlechtsspezifische Differenzierung nur selten zu finden sein werden, bringt die rezente Entscheidung im Ergebnis das Ende von Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen.

E. Bewertung

Der Entscheidung liegt eine Wertung zugrunde, die im rechtlichen Sinn weder falsch noch richtig sein kann.⁷ Auch der OGH vermeidet letztlich eine eigentliche Begründung. Bei stärkerer Bewertung der Freiheit des Eigentums vor Gleichbehandlungserwägungen hätte man auch zu einem anderen Ergebnis kommen können. Letztlich darf nicht übersehen werden, dass geschlechtsspezifische Regelungen auch ein immanentes Regulativ insoweit haben, als jeder Ausschluss eines bestimmten

⁷ Zust Zimmermann, *ecolex* 2019, 602 (604) (Anmerkung); Arlt, *GesRZ* 2019, 181 (Anmerkung).

Geschlechts gleichzeitig zum Ausschluss von 50% des Talentepools führt: Wer von vorneherein Frauen von der Komplementärstellung ausschließt, vergibt sich die Möglichkeit, eine talentierte Frau in die Komplementärstellung einrücken zu lassen, und muss sich mit einem minderbegabten Mann begnügen.⁸ Insoweit ist die Regelung für das Unternehmen der Gesellschaft nachteilig. In den meisten Fällen sollte wohl dieses Korrektiv genügen, ohne dass es gleich eines Eingriffs in die Vertragsfreiheit bedarf. Unter diesem Gesichtspunkt hätte man auch anders entscheiden können.

Über den Autor:

Hon.-Prof. RA Dr. Dietmar Czernich, LL. M., ist Gründer und Partner von CHG Rechtsanwälte in Innsbruck und lehrt als Honorarprofessor an der Universität Innsbruck.

⁸ Vgl *Kalss/Dauner-Lieb*, *GesRZ* 2016, 249 (254): „Für das Funktionieren von Wettbewerb und Markt ist es schädlich, potenziell 50% Talentierte von der Mitgliedschaft in der Gesellschaft oder in einem Gesellschaftsgremium vorweg auszuschließen.“