

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Hans-Georg Koppensteiner

Rechtswidrige Stimmabgabe und Beschlussmängel in der HV

Birgit Spießhofer

Die gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen

Alexander Wimmer

Differenz- und Existenzvernichtungshaftung bei Sanierungsfusionen

Florian Wünscher

Das Mindeststammkapital im GmbH-Recht

Florian Striessnig

Einlagenrückgewährverbot und Schwestergesellschaften

Sarah Wared

Break Fees im Rahmen von Unternehmenstransaktionen

Susanne Kalss/Stephan Probst

Werte in Familienunternehmen – der Beitrag der Ehefrau

Aus dem Firmenbuchalltag

Amtswegige Löschung von Personengesellschaften

Der Konzern

Konzernrechnungslegung

Aus der aktuellen Rechtsprechung

OGH-Entscheidungen zu Personen- und Kapitalgesellschaften

Unternehmensrecht aktuell

Überblick zu Gesetzgebungsvorhaben

Veranstaltungsberichte

Aus der aktuellen Rechtsprechung*

Personengesellschaften

Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen

§§ 91, 92 und § 879 Abs 1 ABGB

§§ 134 und 138 BGB

Art 7 B-VG

Art 14 EMRK

Art 1 des 1. ZPEMRK

Art 2, 3 und 14 GG

§ 1 Abs 1 Z 4, § 4 Z 3 und § 12 Abs 10 GIBG

Art 2 und 4 der Richtlinie 2010/41/EU

Art 5 und 6 StGG

§ 131 Z 4, § 139 Abs 1, § 161 Abs 2 und § 177 UGB

Generell-abstrakte, nach dem Geschlecht differenzierende Nachfolgeregelungen in Gesellschaftsverträgen sind jedenfalls unzulässig und deshalb nichtig, soweit dadurch der Zugang zur Ausübung unternehmerischer Tätigkeit eingeschränkt wird.

OGH 24.1.2019, 6 Ob 55/18h (OLG Linz 3 R 153/17s; LG Salzburg 5 Cg 38/17k)

Der (ursprüngliche) Kläger E. ist 2017 verstorben. Er war unbeschränkt haftender Gesellschafter der im Firmenbuch eingetragenen M. KG. Der Erstbeklagte ist unbeschränkt haftender Gesellschafter, dessen Sohn (der Zweitbeklagte) Kommanditist der KG.

Der Verstorbene (Komplementär), sein Vater M. sen. (Kommanditist) und sein Bruder, der Erstbeklagte (Komplementär), schlossen am 12.8.1963 zur Errichtung einer KG M. nachfolgenden (auszugsweise wiedergegebenen) Gesellschaftsvertrag:

„...“

VI. *Gesellschafterwechsel und Neuaufnahme von Gesellschaftern durch Rechtsgeschäfte:*

1. *Ohne Zustimmung von 70 % der übrigen Gesellschafter darf ein Komplementär seinen Gesellschaftsanteil samt Gesellschaftsrechten nicht an Dritte – ganz oder teilweise – durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden übertragen, verpfänden oder sonst belasten. Bezüglich der Verfügungen des Kommanditisten M. sen. über dessen Kommanditanteil wird eine gesonderte Festlegung getroffen. Wird die Zustimmung zur Übertragung erteilt und tritt ein Wechsel der Gesellschafter ein, so wird der Bestand der Gesellschaft nicht berührt.*

2. *Hat ein Komplementär die Absicht, seinen Gesellschaftsanteil bzw Teile desselben an Dritte zu übertragen, so haben die übrigen Gesellschafter ein Vorerwerbsrecht unter sonst gleichen Erwerbsbedingungen.*

Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen oder Teilen derselben innerhalb des Personenkreises, soweit er durch die erstmalige Gesellschafterzugehörigkeit zur Zeit der Gesellschaftsgründung gegeben ist, ist ohne weitere Zustimmung der übrigen Gesellschafter zulässig.

Eine Zustimmung ist weiters nicht erforderlich, wenn es sich in den vorerwähnten Rahmen um die Übertragung an männliche Nachkommen ersten Grades eines der beiden Komplementäre handelt.

...“

VII. *Übertragung von Gesellschafteranteilen im Erbwege:*

1. *Im Falle des Ablebens eines Gesellschafters treten dessen gesetzliche männliche Erben in seine Rechte und Pflichten ein und wird die Gesellschaft mit ihnen fortgesetzt. Kommen mehrere männliche eheliche Erben hierfür in Frage, so können höchstens deren zwei die Gesellschaftsanteile übernehmen und als persönlich haftende Gesellschafter eintreten und haben sich die Erben auf diejenigen Personen (Erben männlichen Geschlechts) zu einigen, welche die Gesellschafterfunktion zu übernehmen haben.*

Falls einer der Komplementäre stirbt, solange ein für den Eintritt in die Gesellschaft in Frage kommender männlicher Erbe noch nicht das 28. Lebensjahr vollendet hat, kann sein Gesellschaftsanteil nur in der Form einer Kommanditeinlage weitergegeben werden; solche männliche Erben sind jedoch berechtigt, die Rückumwandlung in eine Komplementäreinlage, das heißt den Eintritt als Komplementär, zu verlangen, sobald sie das 28. Lebensjahr vollendet haben. Mit 70 % der Gesellschafterstimmen kann auch eine frühere Umwandlung beschlossen werden.

...“

4. *Sollten durch eine testamentarische Verfügung andere Personen als männliche Nachkommen der gründenden Gesellschafter als Erben oder Legatäre zur Übernahme eines Gesellschaftsanteils bzw zum Eintritt in die Gesellschaft berufen werden, so haben die anderen Gesellschafter das Recht, einem solchen Eintritt ihre Zustimmung zu geben oder den auf einem solchen Erben bzw Legatar entfallenden Anteil unter Einhaltung der Bestimmungen des Punktes VIII.8. dieses Vertrages zur Auszahlung zu bringen.*

...“

Mit schiedsgerichtlichem Vergleich vom 16.7.1984 verpflichtete sich der Erstbeklagte, unentgeltlich einen 10%igen Anteil aus seiner Beteiligung an der KG auf den Verstorbenen zu übertragen, sodass dann der Verstorbene und der Erstbeklagte mit je 40 % und der Zweitbeklagte mit 20 % beteiligt sind.

Mit Schreiben vom 2.12.2016 forderte der Verstorbene durch seine Rechtsvertreter die Beklagten auf, ihre Zustimmung zu erteilen, dass im Falle seines Ablebens seine Tochter ihm in seiner Gesellschafterstellung als geschäftsführender unbeschränkt haftender Gesellschafter der KG nachfolge. Mit Schreiben vom 2.1.2017 antwortete der Zweitbeklagte, dass er derzeit keine Äußerung zur möglichen Rechtsnachfolge durch die Tochter abgeben werde, er jedoch bereit sei, in einem persönlichen Gespräch mit dem Verstorbenen nach einer Lösung zu suchen.

Mit Schreiben vom 11.1.2017 wiederholte der Verstorbene seinen Wunsch, dass ihm seine Tochter in seiner uneingeschränkten Gesellschafterstellung bei der KG nachfolge. Der Zweitbeklagte teilte mit Schreiben vom 28.2.2017 mit, dass derzeit keine Zustimmung anstehe, weil der Anlass nicht gegeben sei, und er hoffe, dass dieser Anlass noch lange nicht eintreten werde. Er schlage eine Gesellschafterversammlung im zweiten Quartal 2017 vor.

Im Akt des Verlassenschaftsverfahrens nach dem Verstorbenen beim BG Salzburg erliegt eine letztwillige Verfügung des Verstorbenen vom 29.8.2012, in der seine Tochter I. zu 65 % und seine Ehegattin zu 35 % als Erben eingesetzt werden. Darüber hinaus vermachte der Verstorbene seiner Tochter als „echtes Vorauslegat“ seine 40%ige Beteiligung an der KG und bestimmte sie iSd Pkt VII. des Gesellschaftsvertrages zu seiner Rechtsnachfolgerin.

Die klagende Partei begehrt die Feststellung der Nichtigkeit, *in eventu* die Aufhebung des Gesellschaftsvertrages in Pkt VI.2. Satz 2 und 3, Pkt VII.1. Satz 1 und 2 und Pkt VII.4. insoweit, als Frauen nicht mit Männern gleichgestellt sind.

Die Beklagten wendeten ein, die im Jahr 1962 konzipierten Klauseln des Gesellschaftsvertrages seien nicht ausschließlich aus dem heutigen Blickwinkel zu würdigen. Die Regelungen seien zunächst nicht unsachlich, bedenklich oder sittenwidrig gewesen.

► Die Vorinstanzen gaben dem Feststellungsbegehren statt.

► Der OGH gab der Revision nicht statt und bestätigte die Urteile der Vorinstanzen mit einer Maßgabe.

Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

Die Revision der Beklagten ist aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

* Die zivilrechtliche Judikatur wird von Dr. Wolfgang Schramm, Senatspräsident des OGH, bearbeitet.

1. ...

2. Die Privatautonomie, aus der die Vertragsfreiheit (vgl VfSlg 13.963; 20.089) und die Testierfreiheit (vgl VfGH G 409/2017; VfSlg 20.032) erfließen, ist zwar nicht ausdrücklich, aber ua aus der Eigentumsgarantie (Art 5 StGG) und der Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) ableitbar, grundrechtlich positiviert und gewährleistet (*Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung [1993] 134 mwN). Eine Einschränkung der Freiheit des Einzelnen, seine rechtlichen Beziehungen zu anderen selbstbestimmt zu gestalten (*Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ [2018] Rz 310 f), ist nach der Rspr des OGH nur bei Vorliegen besonderer Umstände zur Lösung schwerwiegender Interessenkollisionen in Kauf zu nehmen (6 Ob 187/99i; RIS-Justiz RS0113652; vgl *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs [2011] 34 ff).

3. Bei den Personengesellschaften gewährt das Gesetz zur Gestaltung des Innenverhältnisses sehr weitgehende Vertragsfreiheit; Schranken werden ua durch § 879 Abs 1 ABGB über die Sittenwidrigkeit (vgl RIS-Justiz RS0121812 [T1] zu Abfindungsklauseln) und durch zwingendes Recht gesetzt. Einzelne Klauseln des Gesellschaftsvertrages können dabei sittenwidrig sein, wenn sie einen Gesellschafter rechtlos stellen; Sittenwidrigkeit kann aber auch auf einer groben Ungleichbehandlung der Gesellschafter untereinander beruhen, etwa bei Wucher durch Ausnutzung der wirtschaftlichen Überlegenheit des einen oder der mangelnden Erfahrung des anderen (*Thiery in Zib/Dellinger*, UGB, § 108 Rz 17; vgl *Born in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB³, § 109 Rz 5; *Kindler in Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB⁸ [2015] § 109 Rz 2). Die Beurteilung der Sittenwidrigkeit gesellschaftsvertraglicher Regelungen erfordert eine Gesamtwürdigung unter Einbeziehung aller relevanten Umstände, die zur Zeit des Vertragsschlusses gegeben sind (vgl BGH II ZR 207/10, NZG 2013, 984).

4.1. Vor dem Gesetz sind alle Staatsbürger gleich (Art 2 StGG; Art 7 Abs 1 Satz 1 B-VG). Vorrechte der Geburt, des Geschlechts, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen (Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG). Nach der Staatszielbestimmung des Art 7 Abs 2 Satz 1 B-VG bekennen sich Bund, Länder und Gemeinden zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau. Aus dem Vollziehung (VfSlg 1230 uva; 9 ObA 126/98f; VwGH 94/17/0226; *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ [2015] Art 2 StGG II.1. mwN) und Gesetzgeber (VfSlg 1451; 16.407 uva; *Mayer/Muzak*, aaO, III.1.) bindenden verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz ist nach der Rspr des VfGH ein allgemeines Gebot der Sachlichkeit von Gesetzen zu erschließen (zB VfSlg 16.407; *Mayer/Muzak*, aaO, III.1. mwN).

Eine zunächst gleichheitskonforme Regelung kann durch eine Änderung der „maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse“ gleichheitswidrig werden (VfSlg 9995; *Mayer/Muzak*, aaO, III.2. mwN).

4.2. Art 14 EMRK normiert, dass der Genuss der in der EMRK festgelegten Rechte und Freiheiten ohne Benachteiligung zu gewährleisten ist, die insb ua im Geschlecht oder in der Geburt begründet ist. Bei den Regelungen über die Nachfolge in ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis oder bei vergleichbaren gesellschaftsvertraglichen Gestaltungen handelt es sich

um Bestimmungen, die das Eigentum iSv Art 1 des 1. ZPEMRK betreffen (*Berka*, Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote, GES 2017, 347 mwN).

5. Die (gegen den Staat gerichteten) Grundrechte wirken nach heute anerkannter Auffassung mittelbar auf das Verhältnis Privater zueinander ein („*Theorie der mittelbaren Drittwirkung*“; 3 Ob 2440/96m; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ [2015] Rz 1334 ff; *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴, § 16 Rz 57 f; *Riedler in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴, § 879 Rz 8; zum Verhältnis der Drittwirkung zu den staatlichen Schutzpflichten *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs, 33 f; ausführlich *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184, 201). Insb bei der Konkretisierung der Generalklausel „*gute Sitten*“ in § 879 Abs 1 ABGB sind die allgemeinen Wertvorstellungen der Grundrechte zu berücksichtigen (vgl RIS-Justiz RS0119477; RS0038552; RS0110237). Grundrechtlich geschützten Rechten misst *Graf* (in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04}, § 879 Rz 84) ein derart besonderes Gewicht zu, dass eine vertragliche Regelung, die einen diesem Grundrecht widersprechenden Zustand herbeiführt, nur dann zulässig sein werde, wenn zwingende Interessen der Gegenseite dafür sprechen. Dass auch iZm dem Gesellschaftsrecht grundrechtliche Wertungen bei der Auslegung des § 879 ABGB zu berücksichtigen und gesellschaftsvertragliche Regelungen am Maßstab der Grundrechte zu messen sind (ausführlich *Berka*, GES 2017, 347), bestreiten die Beklagten im Revisionsverfahren gar nicht.

6.1. In dem eine außerordentliche Revision zurückweisenden Beschluss 7 Ob 193/04i führte der OGH aus, die Richtigkeit der Rechtsansicht des Berufungsgerichts, „*eine vom Erblasser [in seinem Testament] vorgenommene Differenzierung in adelige und nicht adelige Abstammung bzw der Ausschluss nicht adeliger Personen als Nacherben sei unbeachtlich, weil sie bzw er gegen Art 7 Abs 1 B-VG verstoße, also grundrechtswidrig sei, wobei Grundrechte durch ihre mittelbare Drittwirkung auch im Privatrecht zu beachten seien, könne nicht ernsthaft bezweifelt werden*“. Die Entscheidung nimmt – über die Berücksichtigung der Grundrechte bei der Auslegung der Generalklauseln des Privatrechts hinausgehend – ganz allgemein (*Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹, Rz 1336) eine mittelbare Drittwirkung des Gleichheitssatzes an (ablehnend *Kalss/Probst*, Familienunternehmen – eine erste Vermessung, GesRZ 2013, 115 [122], müsste doch sonst die Testierfreiheit an sich dem Gleichheitsgrundsatz widersprechen; *Berka*, GES 2017, 354). ...

6.2. Der EGMR hatte sich in der Bsw 69498/01, *Pla und Puncernau/Andorra* (NJW 2005, 875; vgl dazu *Rebhahn*, Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 210, 489 [513 FN 130]), mit einem andorranischen Testament aus dem Jahr 1938 zu befassen, das eine Nacherbschaft anordnete, falls der Testamentserbe die Erbschaft nicht an Sohn oder Enkel aus „*legitimer und kanonischer Ehe*“ weitergebe. Der Vorerbe und seine Frau adoptierten ein Kind, woraufhin die Nacherben auf Herausgabe der Erbschaft klagten und national obsiegten. Der vom Adoptivsohn und von der Frau des Vorerben angerufene EGMR führte aus, dass die

Auslegung durch das andorranische Höchstgericht in „*flagrantem Widerspruch zu dem in Art 14 EMRK niedergelegten Verbot der Diskriminierung*“ stehe. Es könnten keine sachlichen und vernünftigen Gründe für eine unterschiedliche Behandlung von Adoptivkindern im Vergleich mit leiblichen Kindern gefunden werden.

7. Zur Vornahme einer Differenzierung zwischen den Mitgliedern einer Personengruppe nach dem Geschlecht einer Person in letztwilligen Verfügungen und Stiftungserklärungen oder Gesellschaftsverträgen (Geschlechterklauseln; *Klampfl*, Geschlechterklauseln in letztwilligen Verfügungen – rechtmäßige Ausübung der Testierfreiheit oder sittenwidrige Diskriminierung? JEV 2016, 178; *Kalss/Dauner-Lieb*, Töchter unerwünscht? Weder die einzelne Gesellschaft noch die Wirtschaft können sich das leisten, GesRZ 2016, 249) werden in der Literatur folgende Auffassungen vertreten:

7.1. *Graf* (Die guten Sitten (§ 879 ABGB) als Schranke der Bestimmung der Begünstigten bei der Privatstiftung, in *Jahrbuch Stiftungsrecht* 2007, 94; vgl. *ders* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04}, § 879 Rz 223) verfißt die Ansicht, dass solche Klauseln aufgrund mittelbarer Drittwirkung des Gleichheitssatzes nichtig seien. *Graf* erachtet die E 7 Ob 193/04i als zutreffend, weil durch die für die Nacherbschaft geltende Regelung eine allgemeine Regel aufgestellt werde, deren offen artikulierter Zweck gerade die Durchführung einer anstößigen Diskriminierung sei. Im Falle eines Rechtsstreits wäre ein Gericht sodann gezwungen, zur Begründung seines Urteils jene Differenzierung durchzuführen, die von Art 7 B-VG gerade untersagt werde. Anders würde der Fall aussehen, wenn der Testator die Erben unmittelbar bestimme, also etwa nur seine Söhne A und B, nicht aber seine Töchter C und D letztwillig bedenke. Da in diesem Fall das Gericht nicht gezwungen wäre, zur Begründung seiner Entscheidung auf die anstößigen Kriterien zu rekurrieren, sei ein solches Testament gültig. Dieselben Wertungen seien nun auch im Stiftungsrecht zu beachten. Einem Stifter sei es verwehrt, für die Bestimmung der Begünstigten Regelungen aufzustellen, die in Widerspruch zu grundrechtlichen Wertungen an verpönte Kriterien anknüpfen, um Differenzierungen zwischen möglichen oder tatsächlichen Begünstigten vorzunehmen. Dies sei beim Stiftungsrecht vor allem auch deshalb geboten, da diese unter Umständen 100 Jahre besteht und diese Regelung der Stiftungserklärung nach dem Tod des Stifters nicht mehr geändert werden kann.

7.2. *Kalss* und *Löffler* meinen hingegen in Anlehnung an die deutsche Rspr und Lehre, dass der Stifter – jedenfalls bei natürlichen Personen – jedes beliebige Kriterium für die Auswahl der Begünstigten heranziehen könne, also auch Alter, Rasse, Geschlecht, Haut-, Haar- oder Augenfarbe (*Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG [1995] § 1 Rz 22; *Löffler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG, § 5 Rz 5). Auch *N. Arnold* verneint eine Gleichbehandlungspflicht und sieht keine Bedenken gegen eine Differenzierung zwischen verschiedenen Begünstigten oder Personen, mag diese auch sachlich nicht nachvollziehbar sein. Es sei auch zulässig, dass der Stifter zwischen ehelichen und unehelichen Nachkommen differenziert oder eine Auswahl nach Geschlecht vornimmt (*N. Arnold*, PSG³ [2013] § 5 Rz 25).

7.3. In einem späteren Aufsatz zu Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen kommen *Kalss/Dauner-Lieb* (GesRZ 2016, 249) nach Analyse einfachgesetzlicher Bestimmungen zum Ergebnis, dass diese gesetzlichen Regelungen zur Aufladung der Guten-Sitten-Klausel des § 879 Abs 1 ABGB heranzuziehen seien. Generell-abstrakte Regelungen eines Gesellschaftsvertrages oder nachgeordneter Regelwerke, die keine sachliche Differenzierung vorsehen, würden dem Gleichbehandlungsgebot widersprechen. Nur wenn ein vernünftiger sachlicher Grund bestehe, der eine Differenzierung zuließe, werde mit einer entsprechenden Klausel nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen. Selbiges gelte auch für die Festlegung von Begünstigten in Privatstiftungen.

7.4. *Berka* (GES 2017, 347) geht hingegen grundsätzlich von der Zulässigkeit von Geschlechterklauseln aus. Grundrechte kämen in vertraglichen Rechtsverhältnissen nur dann zum Tragen, wenn entweder Freiheitsrechte des Einzelnen in besonderer Weise betroffen sind oder wenn Fälle struktureller Unterlegenheit vorliegen. Daraus folge, dass Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen nur dann einer Sachlichkeitsprüfung unterzogen werden sollten, wenn es dafür überzeugende Gründe (etwa strukturelle Unterlegenheit) gibt. Das lasse sich nicht allgemein sagen, sondern hänge von der Gestaltung der Klausel und dem konkreten Sachverhalt ab. Häufig werde aber keine Situation einer besonderen Schutzwürdigkeit vorliegen: Das Erschweren des Eintritts einer Erbin in eine bestehende Gesellschaft wegen ihres Geschlechts stelle zwar einen Nachteil dar, der unter Umständen angestrebte wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeiten behindern kann. Eine grundrechtlich geschützte Persönlichkeitsentfaltung in zentralen Bereichen der menschlichen Person werde dadurch jedoch nicht gravierend beeinträchtigt. Zudem würden die Gesellschafter der bestehenden Gesellschaft selten aus einer Situation einer strukturellen Überlegenheit handeln.

7.5. *Klampfl* (JEV 2016, 178) bejaht die Sittenwidrigkeit von Geschlechterklauseln aufgrund mittelbarer Drittwirkung des Gleichheitsgebots. Maßgebliche Argumente zieht er aus der E 7 Ob 193/04i und aus der Rspr des EGMR. Dass der OGH das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage verneinte, hält er für ein Indiz dafür, dass solche Klauseln jedenfalls sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB sein könnten. Ebenso wie *Kalss/Dauner-Lieb* vertritt er, dass einfachgesetzliche Regelungen (wie etwa das GIBG) für eine Unzulässigkeit von Geschlechterklauseln sprechen würden. Er legt dar, wie Testierfreiheit und Grundsatz der Gleichbehandlung abzuwägen seien. Voraussetzung sei eine nicht bloß geringfügige nachteilige Differenzierung, die auf das Geschlecht der betroffenen Personen als kausales Unterscheidungskriterium abstellt. Die Ermittlung der Kausalität solle durch Auslegung der letztwilligen Verfügung und durch Ermittlung des wahren Willens des Erblassers erfolgen. Selbst bei Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts könne aber eine solche Klausel zulässig sein, sofern ein vernünftiger sachlicher Grund für die Differenzierung bestehe.

8.1. Die deutsche Rechtslage ist der österreichischen vergleichbar. ... Grundgesetzlich verbürgt sind die Privatautono-

mie – sie wird aus Art 2 Abs 1 GG abgeleitet ... – und die in Art 14 GG ausdrücklich angeordnete Testierfreiheit.

8.2. Zur Frage der Zulässigkeit von Geschlechterklauseln in letztwilligen Verfügungen geht in der deutschen Literatur die hA vom grundsätzlichen Vorrang der Privatautonomie aus; ein Teil der Literatur argumentiert für eine Drittwirkung des Gleichbehandlungsgebots:

...

g) *Canaris* (AcP 184 [1984], 201 [236 f]) bejaht die Unzulässigkeit diskriminierender Bestimmungen in letztwilligen Verfügungen. Man sollte aus Art 3 GG ein (ungeschriebenes) gesetzliches Verbot iSd § 134 BGB ableiten, wonach Rechtsgeschäfte ihrem Inhalt nach nicht das Geschlecht oder eines der in Art 3 Abs 3 GG genannten Merkmale zum Differenzierungskriterium erheben dürfen. Folglich seien auch Bestimmungen in Gesellschaftsverträgen, nach denen beim Tode eines Gesellschafters nur männliche Abkömmlinge das Recht zum Eintritt in die Gesellschaft haben, im Umfang der Beschränkung der Nachfolgemöglichkeit nichtig. Die Nichtigkeit ergreife nur die Beschränkung der Nachfolgemöglichkeit auf männliche Abkömmlinge und lasse nach ihrem Schutzzweck die Nachfolgeklausel als solche unberührt. Davon abgesehen stehe es aber jedem Erblasser selbstverständlich frei, unter seinen Kindern nur einen Sohn auszusuchen und zum Erben einzusetzen. Tue er dies aber bloß deshalb, weil es ein Sohn ist, so wäre diese Erbinsetzung unwirksam. Ein solches Motiv müsse die übergangene Person allerdings erst einmal beweisen. Dass damit im Ergebnis eine „unmittelbare“ Drittwirkung von Art 3 GG besteht, rechtfertigt *Canaris* damit, dass kein legitimes Interesse an der Vornahme von Diskriminierungen durch den Inhalt von Rechtsgeschäften ersichtlich sei, zumal es nach der Art der fraglichen Fälle nicht um eine Einschränkung eigener, sondern um die Beeinträchtigung fremder Grundrechte gehe.

h) *Foerster* (Diskriminierende Regelungen der Nachfolge in die Verbandsmitgliedschaft, AcP 213 [2013], 218) plädiert für die Unzulässigkeit von Geschlechterklauseln in generell-abstrakten Nachfolgeregelungen in Verbandsverfassungen. Es seien keine Wertungsgesichtspunkte vorhanden, die trotz der grundlegenden Wertung des Art 3 Abs 3 GG ein Bedürfnis für eine entsprechende Differenzierung nach dem Geschlecht erkennen ließen. Vor dem Hintergrund, dass die deutsche Rspr und hA in der vergleichbaren erbrechtlichen Problematik die Testierfreiheit großzügig interpretieren und daher Sittenwidrigkeit regelmäßig verneinen, legt er dar, dass Nachfolgeregelungen in Verbandsverfassungen unter Umständen anders zu beurteilen seien. So treffe eine Verbandsverfassung für den jeweiligen Verband abstrakt-generelle Regelungen für alle Mitglieder, wohingegen eine Verfügung von Todes wegen mit der Zuordnung des Nachlasses des Erblassers einen konkreten Einzelfall im Blick habe. Verbandsverfassungen seien gegenüber Testamenten längerfristig (über mehrere Generationen) angelegt und regelten den Zustand des jeweiligen Verbands als Dauerzustand. Über die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte gerate eine Geschlechterklausel in Konflikt mit dem Gleichheitssatz des Art 3 Abs 3 GG. Eine generelle Annahme, die Abkömmlinge eines Geschlechts seien als Nachfolger geeigneter als andere, müsse als überwunden gelten. Neben den mittelbaren Auswirkungen

auf die Nachfolger sei es auch nicht mehr zeitgemäß, von einem Verbandsmitglied zu verlangen, dass dieses seine Lebensführung entsprechend anpasse, um mindestens ein anhand der abstrakten Kriterien nachfolgeberechtigtes Familienmitglied in seinem Familienstamm zu haben. Zulässig seien aber konkret-individuelle Differenzierungen, etwa die Bevorzugung der einen Tochter oder des einen Sohnes.

9. Auf einfachgesetzlicher Ebene in Österreich versucht insb das GIBG eine Diskriminierung von Frauen in der Arbeitswelt zu beseitigen. Das Gesetz verbietet für den Rechtsverkehr zwischen Privaten in bestimmtem Umfang unmittelbare wie mittelbare Diskriminierung aufgrund bestimmter Merkmale eines Menschen (*Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG [2005] Einl Rz 1).

9.1. Zu dem von den Bestimmungen des I. Teils des GIBG („*Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt*“) erfassten Bereich zählten nach dessen Stamfassung auch die „*Bedingungen für den Zugang zu selbständiger Erwerbstätigkeit*“ (§ 1 Abs 1 Z 4 GIBG). Aufgrund des Geschlechts durfte niemand unmittelbar oder mittelbar „bei den Bedingungen für den Zugang zu selbständiger Erwerbstätigkeit“ diskriminiert werden (§ 4 Z 3 GIBG).

9.2. Mit der Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.7.2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG des Rates, sollte der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben oder zur Ausübung einer solchen beitragen, in den Mitgliedstaaten der EU verwirklicht werden (Erwägungsgrund 1). Insb in Bezug auf die Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens bzw die Aufnahme oder Ausweitung irgendeiner anderen Form der selbständigen Tätigkeit darf es zu keinerlei Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts kommen (Erwägungsgrund 14). Nach Art 4 Abs 1 der Richtlinie hat gemäß dem Grundsatz der Gleichbehandlung jegliche unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im öffentlichen oder privaten Sektor, etwa iVm der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens bzw der Aufnahme oder mit der Ausweitung jeglicher anderen Art von selbständiger Tätigkeit, zu unterbleiben. Unter „*selbständigen Erwerbstätigen*“ sind nach Art 2 lit a der Richtlinie alle Personen zu verstehen, die nach den Bedingungen des innerstaatlichen Rechts eine Erwerbstätigkeit auf eigene Rechnung ausüben.

9.3. Die Richtlinie wurde in Österreich durch das Bundesgesetz BGBl I 2013/107 umgesetzt (ErlRV 2300 BlgNR 24. GP, 2). § 1 Abs 1 Z 4 und § 4 Z 3 GIBG wurden dahin angepasst, dass nun ausdrücklich „*die Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens sowie die Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderen Art von selbständiger Tätigkeit*“ erfasst sind und eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts „*bei der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens bzw. die Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderer Art von selbständiger Tätigkeit*“ verboten ist. Durch die Neuregelung sollte der Geltungsbereich dahin gehend klargestellt werden, dass alle jene Bereiche geschützt sind, die vom Geltungsbereich der Richtlinie erfasst sind; eine Änderung der mate-

riellen Rechtslage sollte insoweit nicht erfolgen (ErlRV 2300 BlgNR 24. GP, 2). Ausweislich der Gesetzesmaterialien geht der Gesetzgeber vom Begriff „selbständige Erwerbstätige“ der Richtlinie aus (ErlRV 2300 BlgNR 24. GP, 2).

9.4. a) Die Stellung des Komplementärs ist nach der Konzeption des Gesetzes mit geschäftsführender Tätigkeit verbunden (§ 161 Abs 2 und § 164 iVm § 114 UGB). Daraus leiten *Kalss/Dauner-Lieb* (GesRZ 2016, 255) die Anwendbarkeit des GIBG für die Komplementärstellung ab.

b) Dass bei Personengesellschaften nach hM die Gesellschaft und nicht die einzelnen Gesellschafter Träger des Unternehmens sind (*Kraus in U. Torggler*, UGB², § 105 Rz 17 mwN), spricht für *Berka* gegen die Anwendbarkeit des GIBG. Auch wenn man davon ausgehe, dass das GIBG den Fall des Eintritts eines geschäftsführenden Gesellschafters erfasst, sei das Gleichbehandlungsrecht nur im Hinblick auf die im Einzelfall angestrebte Funktion eines eintretenden Gesellschafters und dessen Berufstätigkeit anzuwenden. Insofern seien die gesellschaftsvertragliche Regelung und die Bedingungen für eine allfällige Erwerbstätigkeit im Rahmen der Gesellschaft getrennt zu betrachten; nur bei den konkreten Bedingungen und Beschränkungen des Berufszugangs könne das Gleichbehandlungsgebot des GIBG zum Tragen kommen. Aus den spezifischen schadensrechtlichen Sanktionen des § 12 Abs 10 GIBG folge, dass der Zugang zu einer Gesellschaft – auch bei einer unterstellten Anwendung des GIBG – losgelöst vom Zugang zu einer beruflichen Tätigkeit nicht erzwungen werden könne.

c) Dem ist zu erwidern: Dass Rechtsfolge einer erfolgten Diskriminierung nach § 12 Abs 10 GIBG ein Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung ist, deutet darauf hin, dass das GIBG nicht auf generell-abstrakte gesellschaftsvertragliche Normen zugeschnitten ist, die dauerhaft und weit in die Zukunft wirkende diskriminierende Regelungen enthalten; das ändert aber nichts daran, dass diese Vertragsbestimmungen im Falle ihrer Anwendung diskriminierend wirken (*Kalss/Dauner-Lieb*, GesRZ 2016, 255). Auch wenn die Gesellschaft alleinige Betreiberin des Unternehmens ist und dieser Betrieb die Gesellschafter einer OG oder einer KG nach hM nicht zu Unternehmern iSd UGB macht (*Kraus in U. Torggler*, UGB², § 105 Rz 17 mwN; siehe § 907 Abs 2 letzter Satz UGB), ist jedenfalls bei einer Gesellschaftsbeteiligung, die auf die Führung des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens unter eigener persönlich unbeschränkter Haftung ausgerichtet ist (wie im vorliegenden Fall schon bei Errichtung der Gesellschaft), wertungsmäßig von einer selbständigen Tätigkeit iSd Richtlinie und des GIBG auszugehen. Geht es um die Ermöglichung des Zugangs zu einer mit einer Gesellschaftsbeteiligung verbundenen Unternehmensführung, können demnach die Wertungen des GIBG zur Ausfüllung der Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB herangezogen werden (vgl. *Kalss/Dauner-Lieb*, GesRZ 2016, 255).

10.1. Nach § 879 Abs 1 Fall 2 ABGB ist ein Vertrag, der gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Allgemein verstößt gegen die guten Sitten, was dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft, also aller billig und gerecht Denkenden widerspricht (RIS-Justiz RS0022920). Ein Geschäft ist sittenwidrig, wenn

es, ohne gegen ein positives inländisches Gesetz zu verstoßen, offenbar rechtswidrig ist, also ungeschriebenes Recht – insb allgemeine und oberste Rechtsgrundsätze – verletzt (RIS-Justiz RS0022920 [T5]; RS0016539). Unter den guten Sitten ist der Inbegriff jener Rechtsnormen zu verstehen, die im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen sind, die sich aber aus der richtigen Betrachtung der rechtlichen Interessen ergeben; die guten Sitten werden mit dem ungeschriebenen Recht gleichgesetzt, zu dem neben den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch die allgemein anerkannten Normen der Moral gehören (RIS-Justiz RS0022866). Moralvorstellungen sind beim Verständnis der guten Sitten aber nur so weit zu berücksichtigen, als sie in der Rechtsordnung Niederschlag gefunden haben (RIS-Justiz RS0022866 [T7]). Sittenwidrig sind Vereinbarungen, die die durch die überwiegend anerkannte Sozialmoral und die immanenten rechtsethischen Prinzipien der geltenden Rechtsordnung der Privatautonomie gezogenen Grenzen überschreiten (RIS-Justiz RS0022866 [T1]). ...

10.2. Ob ein Geschäft sittenwidrig ist, ist unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen das Rechtsgeschäft geschlossen wurde, anhand der von der Gesamtrechtsordnung geschützten Interessen zu beurteilen, wobei es auf Inhalt, Zweck und Beweggrund des Geschäfts, also auf den Gesamtcharakter der Vereinbarung ankommt (RIS-Justiz RS0113653 [T3]). Die Sittenwidrigkeitsklausel ist ein restriktiv einzusetzendes Regulativ, das nur in jenen krassen Fällen, in denen dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwider gehandelt wird, die grundsätzlich zu gewährende Vertragsfreiheit einschränkt (RIS-Justiz RS0113654).

11.1. Die Prüfung der Nichtigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen (RIS-Justiz RS0017936; auch bei Dauerschuldverhältnissen 1 Ob 511/87; 6 Ob 661/95; 3 Ob 143/18b). Der hier zu beurteilende Gesellschaftsvertrag wurde im Jahr 1963 errichtet. Die Prüfung der wegen Sittenwidrigkeit im Hinblick auf die Diskriminierung von Frauen beanstandeten Klauseln hat sich somit auf diesen Zeitpunkt zu beziehen. Zu diesem Zeitpunkt sah zwar Art 7 B-VG – so wie auch heute – bereits vor, dass Vorrechte des Geschlechts ausgeschlossen sind. Allerdings normierte etwa § 91 ABGB idF vor dem Bundesgesetz über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, BGBl 1975/412, noch bis 31.12.1975, dass der Mann das Haupt der Familie ist; gem § 92 ABGB aF war die Ehefrau verbunden, dem Ehemann in seinem Wohnsitz zu folgen und, soweit es die häusliche Ordnung erforderte, die von ihm getroffenen Maßregeln zu befolgen. Damit galt in Österreich bis Ende 1975 ein patriarchalisches Familienmodell (*Hinteregger*, Privatautonomie in der Ehe, in FS 200 Jahre ABGB II [2011], 1007).

11.2. Da die Sittenwidrigkeitsklausel ein restriktiv einzusetzendes Regulativ ist, kann angesichts der damals geltenden einfachgesetzlichen (Ehewirkungs-)Regelungen, die eine deutliche Über- und Unterordnung von Männern und Frauen vorsahen, nicht davon ausgegangen werden, dass Geschlechterklauseln in vor 1976 errichteten Gesellschaftsverträgen damals gegen die guten Sitten iSd § 879 Abs 1 ABGB verstießen.

12.1. Der Gesellschaftsvertrag der M. KG diskriminiert weibliche Nachkommen sowohl bei der Übertragung einer Gesell-

schaftsbeteiligung unter Lebenden als auch bei der Nachfolge nach dem Tod eines Gesellschafters.

a) Töchter der Gründungskomplementäre werden bei der Übertragung der Gesellschaftsbeteiligung unter Lebenden nicht gleich Söhnen behandelt, weil sie nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter Mitglied der Gesellschaft werden können, bei Söhnen hingegen ein Zustimmungsrecht der übrigen Gesellschafter nicht besteht.

b) Während nach der Rechtslage im Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages (und nach derzeitiger Rechtslage) der Tod eines Komplementärs zur Auflösung der KG führte, sofern sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergab („Nachfolgeklausel“; § 131 Z 4 iVm § 161 Abs 2 HGB; 8 Ob 534/91; jetzt § 131 Z 4 iVm § 161 Abs 2 UGB), hatte nach § 177 HGB (ebenso wie jetzt nach § 177 UGB) der Tod eines Kommanditisten die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge; die Gesellschaft wurde (wird) vielmehr mit den Erben des Kommanditisten fortgesetzt (6 Ob 258/08x).

§ 177 HGB (§ 177 UGB) wirkt wie eine einfache Nachfolgeklausel (*Leupold in U. Torggler, UGB², § 177 Rz 2*). Diese Norm (und § 177 UGB) sind dispositiv (RIS-Justiz RS0109667; *Leupold in U. Torggler, UGB², § 177 Rz 6*). Der Senat geht davon aus, dass der Gesellschaftsvertrag die dispositive Regelung der Nachfolge nach dem Tod eines Kommanditisten nicht änderte. Pkt VII.1. des Gesellschaftsvertrages spricht zwar einleitend vom Ableben „eines Gesellschafters“, hat aber im folgenden Text die Nachfolge nach einem Komplementär bei gesetzlicher Erbfolge im Auge. Demgegenüber trifft Pkt VII.4. die Erbfolge aufgrund einer letztwilligen Verfügung. Aus dem Zusammenhang dieser Regelungen ist abzuleiten, dass mit „gründenden Gesellschafter“ in Pkt VII.4. nicht der an der Gründung beteiligte Kommanditist gemeint ist.

Die Nachfolgeregelung des Pkt VII. des Gesellschaftsvertrages diskriminiert bei der gesetzlichen Erbfolge weibliche Erben eines Komplementärs, weil diese nicht, sondern nur männliche gesetzliche Erben Gesellschafter werden können. Als testamentarische Erben oder als Legatäre werden weibliche Nachkommen eines Gründungskomplementärs nicht gleich seinen männlichen Nachkommen behandelt, weil nur sie zur Übernahme eines Gesellschafteranteils bzw zum Eintritt in die Gesellschaft noch der Zustimmung der anderen Gesellschafter bedürfen.

12.2. Die im Gesellschaftsvertrag für den Fall des Todes eines persönlich haftenden Gesellschafters vorgesehenen Regelungen können durch letztwillige Verfügungen nicht einseitig geändert werden; letztwillige Verfügungen entfalten gegenüber der Gesellschaft nur insoweit Wirkungen, als sie der gesellschaftsrechtlichen Regelung nicht widersprechen, sie dürfen sie nur ergänzen (8 Ob 534/91 = RIS-Justiz RS0012616; *Leupold in U. Torggler, UGB², § 139 Rz 3*).

Ist die Fortsetzung mit dem Erben im Gesellschaftsvertrag vorgesehen, werden zunächst die Verlassenschaft und mit der Einantwortung die Erben Gesellschafter (8 Ob 534/91; § 139 Abs 1 UGB).

13. Entgegen den Ausführungen der Revision sind die generell-abstrakten, weibliche Nachkommen aufgrund des Geschlechts diskriminierenden Regelungen des Gesellschaftsvertrages nicht unangreifbar:

...

14.1. Die den Wertungen des Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG und des § 4 Z 3 GIBG widersprechenden Differenzierungen nach dem Geschlecht potenziell Nachfolgender in Pkt VI. und VII. des Gesellschaftsvertrages sind nach heutiger Rechtslage sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB. Sie entsprechen heute nicht mehr dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, wie Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG und § 4 Z 3 GIBG (und dessen unionsrechtlicher Hintergrund) deutlich machen. Ihre Nichtigkeit kann die klagende Verlassenschaft, die Gesellschafterin der KG ist, geltend machen:

14.2. Die Maßstäbe der Beurteilung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts als sittenwidrig unterliegen einem Wandel in der Zeit (vgl etwa 3 Ob 45/12g zur Frage der Sittenwidrigkeit der Vereinbarung zwischen einer Prostituierten und ihrem Kunden).

Bei der gebotenen Abwägung zwischen der Privatautonomie der Gesellschafter bei der Gestaltung der Nachfolge der Komplementäre mittels generell-abstrakter Regelungen des Gesellschaftsvertrages und dem Verbot der Diskriminierung nach dem Geschlecht gibt die dem GIBG zu entnehmende Wertung den Ausschlag, zumal ein schutzwürdiges Bedürfnis der Gesellschafter, in den Nachfolgeregelungen nach dem Geschlecht zu differenzieren, nicht dargetan wurde; auf eine sachliche Rechtfertigung der Geschlechterklausel berufen sich die Beklagten in der Revision mit keinem Wort.

14.3. Ein Vertragspartner kann ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt, auch dann anfechten, wenn er dies bei Vertragsabschluss gewusst und dennoch keinen Vorbehalt gemacht hat (RIS-Justiz RS0016442); dies steht mit dem Grundsatz in Einklang, wonach die Einwendung der Sittenwidrigkeit unverzichtbar ist (RIS-Justiz RS0016530). Dieser Grundsatz hat erst recht zu gelten, wenn nicht ursprüngliche Sittenwidrigkeit anzunehmen ist, sondern eine solche vorläge, würde die privatrechtliche Vereinbarung erst heute geschlossen. Allerdings scheidet in einem solchen Fall eine Anfechtung der ursprünglichen Vereinbarung in unmittelbarer Anwendung des § 879 Abs 1 ABGB (vgl schon *Gschnitzer in Klang, ABGB IV/1², 185*; *Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁵, § 879 Rz 1*; siehe auch 8 ObA 30/00w, DRdA 2001, 430 [Resch]; ausführlich für Deutschland *Sack/Fischinger in Staudinger, BGB, § 138 Rz 135*).

14.4. ...

14.5. Für Österreich ist im Personengesellschaftsrecht jedenfalls anerkannt, dass die Gesellschafter nicht davor geschützt werden müssen, dass bestimmte Arten von Vertragsänderungen überhaupt mit Mehrheitsbeschluss erfolgen können, sondern davor, dass die Mehrheit von dieser Kompetenz einen illoyalen und zweckwidrigen Gebrauch macht (vgl 4 Ob 2147/96f; 2 Ob 281/05w). Mehrheitsentscheidungen müssen sich daher an der Pflicht zur Förderung des vereinbarten gemeinsamen Zwecks, dh der Treuepflicht und dem Gleichbehandlungsgrundsatz sowie der Sittenwidrigkeit messen lassen (*Jabornegg/Artmann, UGB², § 119 Rz 21*; ausführlich *Thöni in Zib/Dellinger, UGB, § 119 Rz 179*; *Enzinger in MünchKomm HGB⁴, § 119 Rz 82*). Mit dieser „Ausübungskontrolle“ wird demnach der Mehrheit eine willkürliche Stimmrechtsausübung zulasten der Minderheit untersagt (so bereits *Leenen*, „Bestimmtheitsgrundsatz“ und Vertragsänderungen durch

Mehrheitsbeschluß im Recht der Personengesellschaften, in FS Larenz [1973] 371; *Zollner/Hartlieb* in *Zib/Dellinger*, UGB, § 112 Rz 30).

14.6. Nach stRspr des OGH kann auch das Beharren auf Vertragserfüllung sittenwidrig sein, wenn aus einem Grund, der bei Vertragsabschluss nicht vorausgesehen werden konnte, der eine Kontrahent durch die Vertragserfüllung unverhältnismäßig benachteiligt wäre (RIS-Justiz RS0016740). Der gleiche Grundsatz gilt auch im Gesellschaftsrecht (1 Ob 709/78, JBl 1979, 369 [dort unrichtig zitiert mit 10 Ob 709/78]).

14.7. Diese Überlegungen lassen sich der Rspr zum Rechtsmissbrauch zuordnen, die einen solchen (schon) dann annimmt, wenn unlautere Motive der Rechtsausübung das lautere Motiv bzw die lauterer Motive eindeutig überwiegen (RIS-Justiz RS0026271 [T20]) oder wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht (RIS-Justiz RS0026271 [T19]); diese Rspr findet auch im gesellschaftsrechtlichen Kontext Anwendung (jüngst 6 Ob 122/16h, GesRZ 2017, 181 [*Kalss*] = ZfS 2017, 59 [*Kepplinger*; *Schauer*, 156] = JEV 2017/7 [*Hügel*, 70] = WBl 2017/149 [*Kraus*, WBl 2018, 121] = *ecolex* 2017/452 [*Rizzi*]).

14.8. Nach stRspr des OGH ist der Verzicht auf die Umstandsklausel in einem Unterhaltsvergleich zwar grundsätzlich zulässig und wirksam; das Beharren auf diesen Verzicht kann aber sittenwidrig sein (RIS-Justiz RS0016554). Auch idZ wird zwischen der – zulässigen – Vereinbarung der Klausel zu einem früheren Zeitpunkt und dem – sittenwidrigen – Berufen auf diese Klausel zum heutigen Zeitpunkt unterschieden (vgl 3 Ob 136/16w, Pkt 1.).

14.9. Zu 7 Ob 98/05w führte der OGH aus, dass (etwa) ein Unterhaltsverzicht samt Ausschluss der Umstandsklausel „unwirksam“ ist, wenn das Beharren auf dem Unterhaltsverzicht aus besonderen Gründen (nunmehr) als sittenwidrig zu erachten ist; der Unterhaltspflichtige darf sich auf den Unterhaltsverzicht in einem solchen Fall nicht (mehr) berufen (vgl auch 5 Ob 529/84 [das Beharren auf dem Ausschluss der Umstandsklausel ist unbeachtlich]).

Da eine ursprüngliche Sittenwidrigkeit bzw Unwirksamkeit einer Vereinbarung mittels Feststellungsklage geltend zu machen ist (vgl 5 Ob 299/70; 1 Ob 270/71; 3 Ob 57/72; 2 Ob 52/16k; 6 Ob 167/17b; RIS-Justiz RS0014650), kann nichts anderes für eine erst später eingetretene Nichtigkeit gelten. Es ist deshalb die nunmehr eingetretene Unwirksamkeit der Geschlechterklauseln (materiell-rechtlich) im begehrten Umfang festzustellen. Die Entscheidungen der Vorinstanzen waren in ihrem Hauptbegehren mit der aus dem Spruch ersichtlichen Maßgabe zu bestätigen.

15. ...

Anmerkung:

Die Frage der Drittwirkung von Grundrechten und die damit verbundene Einschränkung der Privatautonomie und auch anderer Grundrechte (wie etwa des Rechts auf Eigentum) sind kein unbekanntes Thema und wurden etwa iZm Testamentsverfassungen vielfach diskutiert (vgl OGH 8.9.2004, 7 Ob 193/04i; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ [2015] Rz 1336; *Graf*, Die guten Sitten (§ 879 ABGB)

als Schranke der Bestimmung der Begünstigten bei der Privatstiftung, in *Eiselsberg*, Jahrbuch Stiftungsrecht 2007 [2007] 87 [94]; *Klampf*, Geschlechterklauseln in letztwilligen Verfügungen – rechtmäßige Ausübung der Testierfreiheit oder sittenwidrige Diskriminierung? JEV 2016, 178; *Kalss/Dauner-Lieb*, Töchter unerwünscht? Weder die einzelne Gesellschaft noch die Wirtschaft können sich das leisten, GesRZ 2016, 249; *Liebwald*, Erben in Österreich: Heimat bist du großer Töchter und Söhne? JEV 2018, 91; für eine Drittwirkung des Gleichbehandlungsgebots *G. Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht [1958] 114 und 253; *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in FS Nawiasky [1956] 157 [160 und 168]; *Mikat*, Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit, in FS Nipperdey [1965] 581; *von Lübtow*, Erbrecht [1971] 17; *Boehmer* in *Neumann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte II [1954] 422; *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen [1973] 303; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 [1984], 201 [236 f]; *Foerster*, Diskriminierende Regelungen der Nachfolge in die Verbandsmitgliedschaft, AcP 213 [2013], 173). Auch ist es nichts Neues, dass sich vertragliche Regelungen an dem Maßstab der guten Sitten zu messen haben und damit allgemeine Wertvorstellungen in die Vertragsprüfung Einzug finden (vgl OGH 30.9.2002, 1 Ob 175/02w; 8.9.2004, 7 Ob 193/04i; 27.9.2013, 9 ObA 104/13d). Die vorliegende Entscheidung des OGH ist aber dennoch aus mehreren Gründen wegweisend und wird in der Praxis die Überprüfung manch eines Gesellschaftsvertrages und mitunter auch Rechtsstreitigkeiten nach sich ziehen. Denn (geschlechter)diskriminierenden Klauseln in Gesellschaftsverträgen wurde in einer klaren und stringenten Abhandlung eine Absage erteilt, die sicherlich für jede Art der Diskriminierung (dh unsachlichen Ungleichbehandlung) relevant sein kann. Gleichzeitig hat der OGH freilich bestätigt, dass eine sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung (die hier aber von den beklagten Parteien aus wohl nachvollziehbaren Gründen nicht einmal behauptet wurde) zulässig ist.

Spannend ist die Entscheidung vor allem, weil die grundlegend prägende Gestaltungsfreiheit des Personengesellschaftsrechts eingeschränkt und damit die Gleichberechtigung weiter in der österreichischen Rechtsordnung verankert wurde. Die Beschränkung des Zugangs in den Kreis der Gesellschafter einer Personengesellschaft und insb die Gestaltungsfreiheit sind nämlich seit jeher eine essenzielle Frage für die Gründer und Gesellschafter von Personengesellschaften, die der Gesetzgeber durch den Titel des § 108 UGB besonders hervorhebt. Diese Privatautonomie ebenso wie das Recht auf Eigentum (Art 5 StGG) wurden und werden in der Praxis nicht selten dafür strapaziert, in Gesellschaftsverträgen den Zugang in durchaus diskriminierender Form zu beschränken.

Der OGH hat daher die Privatautonomie unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Geschlechterdiskriminierung eingeschränkt (ähnlich gelagert entschied der 7. Senat des OGH bereits iZm einer testamentarischen Regelung, die eine Unterscheidung zwischen adeligen und nicht adeligen Personen traf; vgl OGH 8.9.2004, 7 Ob 193/04i), wiewohl nach der Judikatur des OGH gerade die Privatautonomie nur zur Lösung schwerwiegender Interessenkollisionen eingeschränkt werden darf (vgl etwa OGH 13.4.2000, 6 Ob 187/99i; 26.4.2017, 1 Ob 39/17t; 21.12.2017, 6 Ob 211/17y; *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs [2011] 34). Begründet wird die Einschränkung der Privatautonomie insb damit, dass durch das GIBG die Wertung des heutigen Gesetzgebers eindeutig ist und sich – was die Gleichberechtigung von Mann und Frau betrifft – auch die gesetzliche Lage nach und nach verändert hat. Auch wenn das GIBG keine generell-abstrakte Überprüfung von Verträgen intendiert oder regelt (vgl *Berka*, Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote, GES 2017, 347 [349]), kann es dennoch über § 879 ABGB zur Überprüfung von gesellschaftsvertraglichen Regelungen in Hinblick auf den Erwerb der Gesellschafterstellung herangezogen werden (*Kalss/Dauner-Lieb*, GesRZ 2016, 255; aA *Berka*, GES 2017, 347), insb wenn es um einen Zugang zu einer mit einer Gesellschaftsbeteiligung verbundenen Unternehmensführung geht. Der OGH hat sich damit jedenfalls in

Hinblick auf die Komplementärstellung einer Personengesellschaft festgelegt.

Aus Sicht der Praxis ist zudem interessant, dass sich die Prüfung der Konformität mit den guten Sitten zwar grundsätzlich nach dem Zeitpunkt der Vereinbarung richtet (RIS-Justiz RS0017936; ebenso bei Dauerschuldverhältnissen OGH 18.2.1987, 1 Ob 511/87; 23.5.1996, 6 Ob 661/95; 21.9.2018, 3 Ob 143/18b) – und hier kommt der OGH zu dem Ergebnis, dass die im Anlassfall getroffene Regelung den guten Sitten wohl nicht widersprach –, diskriminierende (bzw zum Zeitpunkt des Abschlusses gültige) Klauseln sind aber nicht unantastbar, auch wenn sie einmal den Wertungen des Gesetzgebers entsprachen. Vertragsklauseln können daher mit der Zeit nichtig werden, was durch Feststellungsklage geltend zu machen ist. Denn auch die Maßstäbe der Beurteilung des Inhalts von Verträgen verändern sich mit der Zeit, und es kann nicht ernsthaft bestritten werden, dass sich die Gleichstellung von Mann und Frau im Wirtschaftsleben seit Abschluss des Vertrages in den 1960er-Jahren massiv verändert hat. Hierbei ist auch festzuhalten, dass gerade Gesellschaftsverträge einem steten Wandel unterliegen und auch bei Beschlussfassungen über gesellschaftsvertragliche Änderungen die guten Sitten und auch das Gebot der Gleichberechtigung einzuhalten sind (vgl OGH 9.7.1996, 4 Ob 2147/96f; *Jabornegg/Artmann*, UGB I² [2010] § 119 Rz 21; *Thöni in Zib/Dellinger*, UGB II [2017] § 119 Rz 176). Gerade bei Gesellschaftsverträgen sind daher Werteänderungen schon bei Adaptierungen über die Treuepflicht zwischen den Gesellschaftern (je nach Gesellschaftsform unterschiedlich ausgeprägt) von Relevanz. Schließlich kann nach der Judikatur des OGH auch das Beharren auf Erfüllung einer die andere Seite unverhältnismäßig benachteiligenden Vertragsklausel rechtswidrig sein (OGH 11.10.1978, 1 Ob 709/78, JBl 1979, 369).

Offengelassen hat der OGH indes die Frage, ob gesellschaftsvertragliche Zugangsbeschränkungen für andere „Gesellschafterstellungen“ (dh der Zugang zu anderen Gesellschaftsformen oder auch die Kommanditistenstellung) über § 879 ABGB den Wertungen des GIBG bzw Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG entsprechen müssen (bejahend *Foerster*, AcP 213 [2013], 197). Das Ergebnis kann idZ wohl kaum ein anderes sein, wiewohl der Weg nicht unbedingt über die Wertungen des GIBG zu nehmen ist. Der OGH hat in seinen Ausführungen bereits festgehalten, dass die Grenzen des § 879 ABGB jedenfalls auch für Satzungen von AGs gelten (RIS-Justiz RS0128831). Die Unterstützung der Gleichberechtigung hat durch den Gesetzgeber jedenfalls im Bereich des Aktienrechts durch die (durchaus umstrittene) Frauenquote Einzug gefunden (vgl *Kalss*, Aufsichtsratsquote für Frauen und Männer, GesRZ 2017, 125; *dies*, Frauen im Aufsichtsrat – mehr als nur ein Schlagwort, Aufsichtsrat aktuell 1/2011, 5; *Walch*, Die Frauenquote im Aufsichtsrat, ÖBA 2018, 110). Dass die (Un-)Zulässigkeit von Vertragsklauseln allein damit zusammenhängen soll, ob eine geschäftsführende Rolle mit der Gesellschafterstellung verbunden wird, wäre aus meiner Sicht sachlich nicht zu rechtfertigen. Denn dies könnte – konsequent zu Ende gedacht – sogar dazu führen, dass je nach Satzungsgestaltung (Sonderrecht auf Geschäftsführung etc) (Geschlechter-)Diskriminierung zulässig wäre. Dieses Ergebnis kann aber der heutigen Werteordnung kaum unterstellt werden.

Marie-Agnes Arlt

Dr. Marie-Agnes Arlt, LL.M. ist Rechtsanwältin in Wien.

Kapitalgesellschaften

Zur Höhe der Verzugszinsen bei Veräußerung eines GmbH-Geschäftsanteils

§ 1333 Abs 2 ABGB

§§ 352 und 456 UGB

§ 577 ZPO

1. Für den von einem GmbH-Gesellschafter an den Mitgesellschafter zu leistenden Kaufpreis für die Abtretung seines Geschäftsanteils sind grundsätzlich keine unternehmerischen

Verzugszinsen zu leisten. Abweichendes gilt dann, wenn beide Gesellschafter ein Unternehmen betreiben, zu dessen Betrieb der Erwerb und die Veräußerung von Geschäftsanteilen gehören.

2. Das Ergebnis eines Schiedsgutachtens ist grundsätzlich für die Parteien und das Gericht materiell-rechtlich bindend. Nicht jede objektive qualifizierte Unrichtigkeit beraubt das Schiedsgutachten seiner bindenden Wirkung.

OGH 20.12.2018, 6 Ob 126/18z (OLG Linz 2 R 47/18x; LG Salzburg 9 Cg 151/13a)

Der Beklagte gründete 1989 die Anton U. GmbH (im Folgenden: die GmbH), die im Bereich der Zerkleinerungstechnik tätig ist. Er war seit der Gründung Geschäftsführer und im wechselnden Beteiligungsausmaß Gesellschafter. Der Kläger erwarb mit Management-Buy-in- und Beteiligungsvertrag (im Folgenden: MBIBV) vom 30.9.2004 vom Beklagten 26 % der Geschäftsanteile und wurde neben dem Beklagten Geschäftsführer (Phase I). Bei Erreichen der definierten Zielvorgabe bis zum Wirtschaftsjahr 2007/2008 sollte sich die Phase II anschließen. In dieser hätten sich die Stimmrechte des Klägers auf 51 % erhöht, er hätte alleiniger Geschäftsführer werden sollen. Der Beklagte hatte das Recht, vor Ende der Phase I den MBIBV trotz Erreichens der Zielvorgabe zu kündigen. Er machte von diesem Recht Ende 2007 Gebrauch. Für diesen Fall sieht Pkt VI.B. des MBIBV die Verpflichtung des Beklagten vor, den Geschäftsanteil des Klägers zurückzukaufen. Der Rückkaufpreis setzte sich aus dem ursprünglichen Kaufpreis zuzüglich einer Abgeltung von 70 % der Wertsteigerung des Unternehmens zusammen. Die Streitparteien änderten diese Vereinbarung im März 2009 ab, wobei sich die Abweichungen ausschließlich auf die Vergleichszeitpunkte für die Ermittlung der Unternehmenswertsteigerung und auf die Fälligkeit der Kaufpreisanteile bezog. Als Vergleichsstichtage wurden der 31.1.2005 und der 31.1.2008 festgelegt.

Pkt IX. des MBIBV sieht vor, dass die Methodik eines im Juli 2004 von K. erstellten Unternehmensbewertungsgutachtens bei allen zukünftigen Unternehmensbewertungen beizubehalten und „nach Maßgabe der im Unternehmen vorhandenen Planrechnungen zu verfeinern“ sei; die Sekundärmarktrendite und der Beta-Wert des K.-Gutachtens des Jahres 2004 seien beizubehalten. Die Parteien sollten sich auf die Person des Gutachters einigen; gelinge dies nicht, sei der Gutachter vom Präsidenten der Kammer der Wirtschaftstreuhänder namhaft zu machen.

Die Parteien gehen einvernehmlich von einem Unternehmenswert zum 31.1.2005 von 6,5 Mio € aus. Sie erzielten jedoch keine Einigkeit über die Steigerung des Unternehmenswerts. Sie gaben daher einvernehmlich ein Gutachten in Auftrag, das von den Nebenintervenienten ausgearbeitet wurde. Dieses Gutachten ergab einen Unternehmenswert zum 31.1.2008 von 16,4 Mio €.

Bei der Erstellung des Gutachtens durch die Nebenintervenienten wurden im Einzelnen festgestellte Aufwendungen in den Planungsannahmen zu Unrecht nicht eliminiert, obwohl die Notwendigkeit dafür für einen sachkundigen unbefangenen Beurteiler erkennbar war. Dies hätte für die Ermittlung des Unternehmenswerts zum 31.1.2008 zu einem höheren Cashflow geführt, dessen Barwert abzüglich Kapitalertragsteuer 237.700 € beträgt. Die Nebenintervenienten hätten zudem eine Prozesskostenrückstellung aus der für die Planzahlen ermittelten Aufwandsintensität eliminieren müssen, was für einen Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Unternehmensbewertung ohne Zögern erkennbar war. Der Barwert abzüglich Kapitalertragsteuer der daraus resultierenden Änderung der Zahlungsströme beträgt 105.000 €. Zudem fand im Gutachten der Nebenintervenienten im Vergleich zum K.-Gutachten 2004 hinsichtlich der Wachstumsannahme ein Wechsel in der Methode statt, der zu einem um 965.000 € höheren Unternehmenswert als bei Beibehaltung der Methode führte. Dies war für einen Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Unternehmensbewertung evident.

Der Beklagte zahlte dem Kläger 2.172.058 € zur Abgeltung der Unternehmenswertsteigerung.

GesRZ-JAHRESABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG**
UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD



AKTION
JETZT 20%
GÜNSTIGER!

BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

GesRZ-Jahresabo 2019 inkl. Onlinezugang und App
(48. Jahrgang 2019, Heft 1-6)

EUR 148,80
Statt EUR 186,-

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort E-Mail

Telefon (Fax) Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01 24 630-53

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden.
AGB: www.lindeverlag.at/agb | Datenschutzbestimmungen: www.lindeverlag.at/datenschutz

Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet.
Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abstelllinks in jedem zugesandten Newsletter widerrufen werden.

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

www.lindeverlag.at | office@lindeverlag.at | Fax: 01 24 630-53

Linde