

# Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von  
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

**GesRZ**

## **Susanne Kalss / Barbara Dauner-Lieb**

Töchter unerwünscht? – Frauenfeindliche Gesellschafterklauseln

## **Martin Frenzel / Quido Gero**

Die Absicherung syndikatsvertraglicher Überbindungspflichten

## **Florian Striessnig**

Das Einlagenrückgewährverbot und die Verjährung bei Mietverträgen

## **Michael Gruber**

Innenhaftung in der D&O-Versicherung

## **Zentrum für Stiftungsrecht**

Résumé-Protokoll des Fachgesprächs „Aktuelles zum Stiftungsrecht“

## **Aus dem Firmenbuchalltag**

Grenzüberschreitende Sitzverlegung einer deutschen GmbH nach Österreich

## **Aus der aktuellen Rechtsprechung**

OGH-Entscheidungen zu Personengesellschaften,  
Kapitalgesellschaften und Privatstiftungen

## **Unternehmensrecht aktuell**

Aktuelle Gesetzesvorhaben in Österreich  
Veranstaltungsberichte  
Wirtschaftsstatistiken



**Linde**

# Töchter unerwünscht? Weder die einzelne Gesellschaft noch die Wirtschaft können sich das leisten

SUSANNE KALSS / BARBARA DAUNER-LIEB\*

Gesellschafter können sich nach herkömmlichem Verständnis frei und weitgehend beliebig aussuchen, mit wem sie eine Gesellschaft eingehen bzw wen sie in die Gesellschaft hineinlassen wollen, und sie können bestimmte Qualifikationen für die Mitgliedschaft vorsehen. Sind Geschlechterklauseln – im Regelfall frauenfeindliche Klauseln – in Gesellschaftsverträgen zulässig? Bedeutet dies, dass Gesellschafter Frauen, Töchter und weibliche Nachfolger bei allgemeinen Nachfolgeklauseln aus der Gesellschaft ausschließen können? Der folgende Beitrag widmet sich der Frage, ob es zulässig ist, Frauen – insb Töchter und Enkelinnen der Gesellschafter – durch vertragliche Regelung von einer Gesellschaft fernzuhalten und ihnen die Mitgliedschaft zu verwehren. In ähnlicher Weise stellt sich die Frage für die Begünstigtenstellung einer Stiftung. Der Beitrag untersucht das österreichische und deutsche Gesellschaftsrecht und arbeitet die Begründungslinien in beiden Rechtsordnungen heraus, wonach Töchter nicht von der Unternehmensnachfolge ausgeschlossen werden können. Sowohl der die schrankenlose Privatautonomie einschränkende Individualschutz vor willkürlicher vorweggenommener abstrakter Ungleichbehandlung des oder der Einzelnen als auch der Funktionsschutz der einzelnen Gesellschaft und der Wirtschaft insgesamt verbieten dies.

## I. Gestaltungsfreiheit als Grundlage für personalistische Gesellschaften

Das GmbH-Recht ist ebenso wie das Personengesellschaftsrecht in Österreich und in Deutschland durch den Grundsatz der Privatautonomie und Gestaltungsfreiheit geprägt.<sup>1</sup> Bei personalistischen Zusammenschlüssen ist davon auszugehen, dass die Beteiligten ihre Angelegenheiten selbst regulieren.<sup>2</sup> In Personengesellschaften ist der Grundsatz der Gestaltungsfreiheit weitestgehend anerkannt und die Gesellschafter haben ein weites Feld an Gestaltungsmöglichkeiten.<sup>3</sup> Bereits die Überschrift des § 108 UGB lautet „Gestaltungsfreiheit“.<sup>4</sup> Äußerst weite Grenzen ziehen lediglich § 879 ABGB sowie § 138 BGB.<sup>5</sup>

In der GmbH sind – in Einklang mit § 4 Abs 2 GmbHG<sup>6</sup> – nur solche Vertragsbestimmungen unzulässig und nichtig,

die gegen zwingendes Recht, somit gegen Grundprinzipien des Gesetzes und die guten Sitten verstoßen.<sup>7</sup> Die Grenzen ziehen vor allem der Gläubiger- und der Minderheitenschutz. Jede einzelne Bestimmung ist gesondert zu beurteilen. Im Aktienrecht wird – jedenfalls im österreichischen Recht – für börsenferne Gesellschaften zunehmend Gestaltungsfreiheit für die Übertragung von Aktien anerkannt.<sup>8</sup> Die Satzungsstrenge gem § 23 Abs 5 dAktG gewährt – zumindest für die Anteilsübertragung – einige Gestaltungsmöglichkeiten. Das Privatstiftungsrecht ist ebenfalls von hoher Gestaltungsfreiheit bei Festlegung des Zwecks und des Begünstigtenkreises gekennzeichnet; einzig der Stiftungsvorstand und der Stiftungsprüfer sind jedenfalls von der Begünstigtenstellung ausgeschlossen.

## II. Wird die Gestaltungsfreiheit nicht ausgeübt?

### 1. Firmenbuch und Handelsregister – kein tauglicher Befund

Der Umstand, dass Frauen abweisende Klauseln in – öffentlich zugänglichen – Vertragsdokumenten empirisch nicht nachgewiesen werden können, bedeutet nicht, dass sie nicht tatsächlich vorkommen. Vielmehr zeigt sich, dass die Ver-

\* Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss, LL.M. (Florenz) lehrt am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien. Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht und Europäische Privatrechtsentwicklung an der Universität zu Köln, Direktorin des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht und Mitglied des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen.

<sup>1</sup> Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 1/7; zur GmbH OGH 10.12.1975, 8 Ob 253/75; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 4 Rz 19; Koppensteiner, Über Grenzen der Vertragsfreiheit im Innenverhältnis von GmbH und O(H)G, GesRZ 2009, 197 (198).

<sup>2</sup> Zöllner, Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen, in FS 100 Jahre GmbHG (1992) 85 (100 f); Wiedemann, Gesellschaftsrecht II (2004) 136.

<sup>3</sup> Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 1/7; Harrer, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010) 120; Koppensteiner, GesRZ 2009, 197 ff; Wiedemann, Gesellschaftsrecht II, 136.

<sup>4</sup> Siehe nur Kraus in U. Torggler, UGB<sup>2</sup> (2016) § 105 Rz 21 sowie § 108 Rz 1 und 3; U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter, UGB I<sup>4</sup>, § 108 Rz 6; Enzinger in MünchKomm HGB<sup>3</sup>, § 109 Rz 8; Schäfer in Staub, Großkomm HGB<sup>3</sup>, § 109 Rz 20; ausdrücklich zum GesBR-RG auch ErlRV 270 BlgNR 25. GP, 12.

<sup>5</sup> Harrer, Personengesellschaft, 120; Kraus in U. Torggler, UGB<sup>2</sup>, § 108 Rz 3; Dauner-Lieb, Abfindungsklauseln bei Personengesellschaften, ZHR 158 (1994), 271 (287 f); Hüffer in MünchKomm AktG<sup>3</sup>, § 241 Rz 68 ff; U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter, UGB I<sup>4</sup>, § 108 Rz 6; Harrer, Personengesellschaft, 130; Enzinger in MünchKomm HGB<sup>3</sup>, § 109 Rz 8; Schäfer in Staub, Großkomm HGB<sup>3</sup>, § 109 Rz 20.

<sup>6</sup> Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 4 Rz 19; Aicher/Fell in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 4 Rz 35; Kalss, Anmerkungen zur Privatautonomie in der GmbH, in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005) 9 (13); Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (2009) 74; aA U. Torggler in U. Torggler, GmbHG (2014) § 4 Rz 8; ders, Gestaltungsfreiheit bei der GmbH, GesRZ 2010, 185.

<sup>7</sup> Zum österreichischen Recht U. Torggler in U. Torggler, GmbHG, § 4 Rz 8; Aicher/Fell in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 4 Rz 36; Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 4/129; Koppensteiner, GesRZ 2009, 197 ff; Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 4/4; zum deutschen Recht Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>17</sup> (2009) § 3 Rz 34.

<sup>8</sup> OGH 8.5.2013, 6 Ob 28/13f, GesRZ 2013, 212 (Schopper).

tragsfreiheit gerne in der Weise ausgeübt wird, sie nicht nach außen offenlegen zu müssen.

GmbH-Verträge sind Teil der Urkundensammlung des Firmenbuchs bzw Handelsregisters und können daher öffentlich eingesehen werden. Trotz des großen Gestaltungsspielraums in der GmbH überrascht ein kurzer erster Blick in die Gesellschaftsverträge. Gesellschafter nutzen im GmbH-Vertrag vielfach ihre Gestaltungsfreiheit nicht aus oder bewegen sich starr entlang von Musterverträgen in erprobten Bahnen.<sup>9</sup> Die der Kautelarjurisprudenz innewohnende Gestaltungsfreude und ihre Kreativität werden in den GmbH-rechtlichen Gesellschaftsverträgen daher kaum oder nur vereinzelt sichtbar. Einzelne quantitative Studien über GmbH-Verträge dokumentieren, dass die Breite und Gestaltungsintensität für den unterschiedlichen Regelungsbedarf nicht ausgenützt werden.<sup>10</sup>

Der Grund für die mangelnde Auffindbarkeit kreativer und individueller Vertragsklauseln liegt nur selten darin, dass Regelungsfragen nicht erkannt oder vorhergesehen werden oder eine Einigung unter den Parteien nicht erzielbar war. Überwiegend liegt der Grund für die karg ausgestatteten GmbH-Gesellschaftsverträge darin, dass die an und für sich im Gesellschaftsvertrag zu regelnden Angelegenheiten in einem anderen Regelwerk, nämlich in einem schuldrechtlichen Vertrag außerhalb des Gesellschaftsvertrages, angesiedelt werden.<sup>11</sup> Schuldrechtliche Komplementärverträge, die in Österreich als „Syndikatsverträge“, in Deutschland als „Schutzgemeinschaft“ oder „Poolvertrag“ bezeichnet werden, finden sich in der Praxis beider Rechtsordnungen und sind auch in anderen Ländern anerkannt.<sup>12</sup> Damit wird den Gesellschaftern ein Instrument in die Hand gegeben, ihre Rechtsbeziehungen genau ihren Bedürfnissen entsprechend zu regeln, somit eine passgenaue Ordnung zu finden.<sup>13</sup> Der OGH betont die Komplementärfunktion der schuldrechtlichen Vereinbarungen geradezu regelmäßig.<sup>14</sup> Unter diesem Aspekt ist die Leere im Gesellschaftsvertrag gerade nicht auf die Phantasielosigkeit oder die mangelnden Wünsche und Bedürfnisse der Gesellschafter zurückzuführen. Der Grund für das Fehlen augenscheinlicher Belege der Gestaltungsvielfalt liegt im Regelungsort. Im – allgemein – nicht sichtbaren Syndikatsvertrag finden sich die passgenauen sowie von den Gesellschaftern gewünschten konkretisierenden Regelungen.<sup>15</sup>

Die Gestaltungsvielfalt in Personengesellschaftsverträgen lässt sich empirisch generell nicht so leicht aufspüren, müssen doch die Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften – trotz der Registrierungsspflicht von OG bzw OHG und KG im Firmenbuch oder Handelsregister – nicht offengelegt werden.

Gem § 106 UGB und § 106 dHGB ist eine eingetragene Personengesellschaft zur Eintragung in das Firmenbuch bzw Handelsregister anzumelden. Die Anmeldung hat dabei unter anderem gem § 3 Abs 1 Z 7 FBG den Tag des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages zu enthalten. Der Gesellschaftsvertrag selbst ist aber nicht vorzulegen.<sup>16</sup> Allein der Umstand der Änderung des Gesellschaftsvertrages und eine Veränderung des Gesellschafterbestandes sind einzutragen.

## 2. Attraktivität der schuldrechtlichen Vereinbarung

Syndikats- oder Poolverträge regeln typischerweise die Corporate Governance der Gesellschaft<sup>17</sup> sowie die wirtschaftliche Ausstattung und Ausrichtung der Gesellschaft. Ein wesentlicher Aspekt von Syndikatsverträgen liegt in detailreichen Bestimmungen über die Anteilsübertragung, Vorerwerbs- und Aufgriffsrechte sowie Beschränkungen des Erwerberkreises.<sup>18</sup> Gründe für die Wahl des schuldrechtlichen Komplementärvertrages als Regelungsort anstelle des GmbH-Vertrages oder überhaupt einer AG-Satzung liegen zum einen in der Formfreiheit, in der Rechtsformneutralität und in der Gruppenbezogenheit.<sup>19</sup> Das maßgebliche Motiv, eine Regelung im Syndikatsvertrag außerhalb des GmbH-Vertrages zu vereinbaren, liegt aber im Ausschluss der Öffentlichkeit und in der Wahrung eines reservaten und der Öffentlichkeit nicht zugänglichen Bereichs.<sup>20</sup> Da der Syndikatsvertrag nicht beim Firmenbuch bzw Handelsregister eingereicht werden muss, wird er auch der Kontrolle durch das Firmenbuchgericht und das Handelsregister entzogen.<sup>21</sup> Damit trifft er sich mit dem Gesellschaftsvertrag einer eingetragenen Personengesellschaft, einer OG oder KG. Auch diese werden mangels Vorlage beim Firmenbuchgericht weder im Hauptbuch registriert noch in der Urkundensammlung dokumentiert. Allein der Tag des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages wird gem § 106 UGB in das Firmenbuch eingetragen. Bei einem Syndikatsvertrag ist daher nicht einmal die Existenz eines Vertrages bekannt, noch weniger sein Inhalt.<sup>22</sup> Der Bestand eines Gesellschaftsvertrages einer OG oder KG ist zumindest bekannt, mangels Vorlagepflicht dessen Inhalt aber nicht.

Mit der Vermeidung der Öffentlichkeit geht ein zweites Motiv einher: Den Gesellschaftsverträgen der in das Firmenbuch oder Handelsregister eingetragenen Personengesellschaften OG (bzw OHG) und KG ist mit einer ergänzenden schuldrechtlichen Gesellschaftervereinbarung gemein, dass sie auch nicht einer behördlichen Kontrolle unterworfen sind. Sie unterliegen somit nicht dem Radar des Firmenbuchs bzw

<sup>9</sup> Kalls, Privates Recht im Gesellschaftsrecht, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, Privates Recht (in Druck).

<sup>10</sup> Wedemann, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften (2013) 7; Kalls, Wie sichtbar muss ein Syndikatsvertrag sein? in FS Koppensteiner (2016) 155 (156).

<sup>11</sup> Kalls, Syndikatsvertrag, 156.

<sup>12</sup> Fleischer, Vergleichende Corporate Governance in der geschlossenen Kapitalgesellschaft, ZHR 179 (2015), 404 (419).

<sup>13</sup> Fleischer, ZHR 179 (2015), 419; Kalls, Syndikatsvertrag, 156; zum GesbR-RG ErlRV 270 BlgNR 25. GP, 12.

<sup>14</sup> OGH 22.10.2010, 7 Ob 103/10p; 14.9.2011, 6 Ob 80/11z, GesRZ 2012, 129 (Artmann); Kastner, Syndikatsverträge in der österreichischen Praxis, ÖZW 1980, 1; Artmann, Beschlussmehrheiten in Syndikatsverträgen, in FS Koppensteiner (2016) 1.

<sup>15</sup> Kalls, Syndikatsvertrag, 157.

<sup>16</sup> Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB I<sup>2</sup> (2010) § 106 Rz 16.

<sup>17</sup> Kalls/Probst, Syndikatsverträge in Familienunternehmen – rasch überprüfen! GesRZ 2015, 154 (155); Schmidberger/Zeppitz, Syndikatsverträge begründen keine GesbR?! RdW 2016, 10.

<sup>18</sup> Tichy, Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften (2000) 82; Kalls, Syndikatsvertrag, 158; Artmann, Beschlussmehrheiten, 1 ff.

<sup>19</sup> Schauer, Schuldrechtliche Nebenabreden im österreichischen Gesellschaftsrecht, in Fleischer/Kalls/Vogt, Aktuelle Entwicklungen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2012 (2013) 201 (204); Rießler, GmbH-Satzung und schuldrechtliche Gesellschaftervereinbarung, in FS Koppensteiner (2007) 97 (98).

<sup>20</sup> Kalls/Probst, Familienunternehmen, Rz 4/15 ff; dies, GesRZ 2015, 156; Schauer, Schuldrechtliche Nebenabreden, 203 f; W. Jud, Syndikatsverträge – Regelungsgegenstände, Regelungsprobleme, Regelungsgrenzen, in Artmann/Rießler/U. Torggler, Die Verbandsverfassung (2013) 43 (44).

<sup>21</sup> Kalls/Probst, Familienunternehmen, Rz 4/70; Kalls, Zur Zulässigkeit eines Hinweises auf einen Syndikatsvertrag in einem GmbH-Vertrag, GesRZ 2013, 344.

<sup>22</sup> Kalls, Syndikatsvertrag, 158.

Handelsregisters. Ein Motiv für die Wahl von Syndikatsverträgen oder auch Gesellschaftsverträgen von eingetragenen Personengesellschaften besteht darin, die Gestaltungsfreiheit auszureizen und damit Regelungen vorzusehen, die nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen und zivilrechtlichen Grenzen – jedenfalls in der konkreten Form – nicht zulässig sind.<sup>23</sup>

Somit werden zwei zentrale Motive für die Wahl des Syndikatsvertrages deutlich, nämlich die mangelnde Öffentlichkeit bzw. Publizität und die Gestaltungsfreiheit. Plakativ lässt sich dies auch auf die Vorliebe für geheime und möglicherweise grenzwertige Regelungen reduzieren. Umgekehrt kann pointiert formuliert werden: Geheime und – gegebenenfalls – unzulässige Regelungen finden sich genau deshalb in Syndikatsverträgen bzw. Poolverträgen und in Gesellschaftsverträgen von Personen- bzw. Handelsgesellschaften.

### 3. Exkurs: Stiftungsrechtliche Regelungen

Eine normativ vorgezeichnete Zweiteilung findet sich im Privatstiftungsrecht. §§ 9 f. PSG sehen die Zweiteilung der Stiftungserklärung in Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde ausdrücklich vor. Die Stiftungszusatzurkunde soll gerade dafür verwendet werden können, der Öffentlichkeit nicht alle Regelungsdetails, wie insb. die Begünstigungen aus der Privatstiftung, bekannt zu geben.<sup>24</sup>

## III. Empirische Evidenz

### 1. Die Anekdote reicht

Da öffentlich zugängliche Daten nicht vorhanden sind, ist ein empirisch valider Nachweis nicht möglich. Schon ein Blick in einige Verträge und Stiftungserklärungen zeigt allerdings, dass die Gestaltungsfreiheit tatsächlich intensiv genützt wird. Die Kautelarjurisprudenz hat dort ihr maßgebliches Spielfeld.<sup>25</sup> Das Feld erweitert sich auch vielfach auf andere, dem Gesellschaftsvertrag nachgelagerte Regelwerke, etwa auf eine Geschäftsordnung für einen Gesellschafterausschuss. Auch diese zeichnet sich wiederum dadurch aus, dass sie nicht öffentlich und auch keiner gerichtlichen Vorwegkontrolle unterworfen ist.

### 2. Einzelne Beispiele

2.1. Anekdotische Evidenz reicht ohnehin aus. Um die Brisanz der hier besprochenen Frage zu verdeutlichen, werden im Folgenden einige Beispiele angeführt.<sup>26</sup> Die maßgeblichen gesellschaftsvertraglichen Regelungen stehen häufig unmittelbar mit dem Ein- oder Austritt aus der Gesellschaft in Zusammenhang. Dabei geht es um die Zugänglichkeit und die Anteilsübertragung. Ein Regelungskreis konzentriert sich auf die Festlegung des Anteilspreises, die Höhe der Abfindung oder jene der Zuwendung. Die Frage der Pflichtteilsdeckung nach den erbrechtlichen Regelungen bleibt hier völlig außer

Betracht, denn sie steht außerhalb der hier angesprochenen Frage der Diskriminierung von Frauen. Die Einhaltung der pflichtteilsrechtlichen Regelungen und die Erfüllung pflichtteilsrechtlicher Ansprüche vermögen eine Diskriminierung nicht zu kompensieren. Geld ersetzt nicht den Zugang zur Mitgliedschaft und zur unternehmerischen Gestaltung, dh. zum Einfluss in der Gesellschaft.<sup>27</sup>

2.2. Pkt IX. in einem OGH- bzw. OG-Vertrag lautet:

„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 Betracht, so können höchstens deren zwei die Gesellschaftsanteile übernehmen und als Gesellschafter eintreten.“<sup>28</sup>

2.3. § 8 in einem KG-Vertrag ist in folgender Weise formuliert:

„Die Gesellschaft hat einen oder mehrere persönlich haftende Gesellschafter. Je ein ehelicher leiblicher männlicher Nachkomme der derzeitigen, persönlich haftenden Gesellschafter ist berechtigt, nach deren Ausscheiden aus der Geschäftsführung persönlich haftender Gesellschafter zu werden. Die übrigen Nachfolger können nur Kommanditisten werden.“

2.4. Ein Syndikatsvertrag formuliert in § 6 die Gesellschafter-Geschäftsführerstellung in folgender Weise:

„Sollte ein weiblicher Nachfolger eines Gesellschafters innerhalb von 18 Monaten nach Eintritt in die Gesellschaft aus welchem Grund auch immer nicht mehr für die Gesellschaft als Geschäftsführer tätig sein, haben die anderen Syndikatsmitglieder ein Aufgriffsrecht.<sup>29</sup> Dieses Aufgriffsrecht steht allen Syndikatsmitgliedern im Verhältnis ihrer Beteiligung zu ... Die Frist zur Ausübung des Aufgriffsrechts beginnt mit der Mitteilung der Gesellschafterin über ihr Ausscheiden als Geschäftsführerin oder mit der Beendigung ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft bzw. mit dem Tag der ersten Aufforderung der GmbH, die Geschäftsführung zurückzulegen oder die Tätigkeit für die Gesellschaft zu beenden.“

2.5. In der Herzog Holding KG<sup>30</sup> normiert Pkt 3. die Geschäftsordnung des Beirats:

„(1) Der Beirat besteht aus sechs Mitgliedern.

(2) Jeder Stamm, der mindestens den zehnten Teil der Kapitalanteile hält, hat das Recht, einen Vertreter aus dem Kreis der männlichen Familienmitglieder in den Beirat zu entsenden; dies unabhängig davon, wie hoch die Beteiligung des Stammes ist. Jeder Stamm ist verpflichtet, die interne Festlegung des Vertreters selbst zu bestimmen und die interne Regelung der Gesellschaft mitzuteilen.

(3) Der Beirat wählt den Vorsitzenden aus seiner Mitte.“

<sup>27</sup> Zu den beiden Komponenten unternehmerischen Eigentums Dutta, Warum Erbrecht? (2014) 34; Kalls, Unternehmensnachfolge im Licht des künftigen Erbrechts, in Deixler-Hübner/Schauer, Erbrecht NEU (2015) 95 (97 f).

<sup>28</sup> Vgl. auch Volhard, Ein Wort zu frauenfeindlichen Nachfolgeklauseln, in FS Sigle (2000) 439.

<sup>29</sup> Männliche Nachfolger unterliegen keiner Andienungspflicht. Nur Frauen verlieren damit gleichzeitig mit der Geschäftsführerstellung auch die Mitgliedschaft. Männer sind zwar nicht mehr Geschäftsführer, aber zumindest noch Gesellschafter. Nach österreichischem Recht kann ein Geschäftsführer ohne wichtigen Grund abberufen werden und die Hinauskündigung vollzogen werden; siehe nur Kalls, Zur Zulässigkeit der Hinauskündigung eines GmbH-Gesellschafters, in FS Reich-Rohrwig (2014) 65.

<sup>30</sup> Bei der Herzog Holding KG, der Herzog GmbH sowie der Herzog Privatstiftung handelt es sich naturgemäß um fiktive Namen.

<sup>23</sup> Kalls/Probst, Familienunternehmen, Rz 4/21; Diregger/Tichy in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG<sup>2</sup> (2012) § 121 Rz 43.

<sup>24</sup> ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, 24; Kalls/K. Müller in Gruber/Kalls/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) § 25 Rz 16.

<sup>25</sup> Kalls, Syndikatsvertrag, 156.

<sup>26</sup> Die Beispiele entstammen jahrelanger Beobachtung; zu abstrakten Beispielen siehe auch Foerster, Diskriminierende Regelungen der Nachfolge in die Verbandsmitgliedschaft, AcP 213 (2013), 173 (175).

2.6. Der Gesellschaftsvertrag der Herzog GmbH mit zwei Familienstämmen sieht in Pkt IV. folgende Regelung vor:

„(1) Die Gesellschaft besteht aus dem Stamm Anton und dem Stamm Robert. Der Stamm Anton besteht aus Nachkommen in gerader Linie von Anton; der Stamm Robert aus Nachkommen in gerader Linie von Robert.

(2) Der Stamm Anton hat das Recht auf Geschäftsführung; ist im Stamm Anton kein männlicher Nachkomme in gerader Linie von Anton vorhanden, so wechselt das Recht auf Geschäftsführung auf den Stamm Robert; umgekehrt gilt dasselbe.“

2.7. Bei Hinauskündigungsklauseln findet sich vielfach ein Aufgriffspreis, der in Pkt VI. des Syndikatsvertrages in folgender Weise gestuft ist:

„(1) Der Erwerbspreis errechnet sich für diesen Fall des Aufgriffsrechts aber nicht nach Punkt X. des Gesellschaftsvertrages, sondern entspricht für männliche Nachfolger innerhalb der ersten 6 Monate nach Gründung der Gesellschaft dem auf den Gesellschaftsanteil eingezahlten Stammkapital, dem im Zeitraum vom 7. bis 12. Monat nach Gründung monatlich gleichmäßig ansteigend bis zu 200 %, also im 7. Monat 116,67 %, im 12. Monat 200 % und im Zeitraum vom 13. bis 18. Monat weiter gleichmäßig ansteigend 300 %. Die Frist zur Höhe der Berechnung des Aufgriffspreises beginnt mit der Frist zur Ausübung des Aufgriffsrechts.

(2) Der Erwerbspreis gegenüber weiblichen Rechtsnachfolgern beträgt jeweils die Hälfte der Beträge gemäß Abs 1.“

2.8. Eine Regelung im Herzog-GmbH-Vertrag lautet:

„(1) Die Gesellschafter haben durch letztwillige Verfügung die Übertragung der Geschäftsanteile der Herzog GmbH an den ältesten männlichen Nachfolger festzulegen.

(2) Für den Fall des Fehlens eines Testaments sind dem ältesten männlichen Nachfolger eines Gesellschafters die Geschäftsanteile zu übertragen.

(3) Die übrigen männlichen Nachkommen erhalten vom erbenden Gesellschafter zum Zwecke ihrer Versorgung einen Betrag von monatlich 20.000 € wertgesichert, ausgehend vom VPI 2003.

(4) Die weiblichen Nachkommen erhalten zum Zwecke ihrer Versorgung monatlich einen Betrag von 1/10 des Betrages gemäß Punkt 2.“

2.9. Es finden sich auch Formulierungen ohne Bezug auf die Unternehmensnachfolge, etwa in Pkt XII. eines Gesellschaftsvertrages für eine GmbH:

„(1) Die Übertragung von Geschäftsanteilen (eines Geschäftsanteils) oder Teilen derselben (desselben) an Personen, die der Gesellschaft noch nicht als Gesellschafter angehören, bedarf zu ihrer Wirksamkeit der vorherigen Zustimmung der Generalversammlung.

(2) Die Übertragung ist nur an Familienmitglieder zulässig. Die Übertragung bedarf keiner Zustimmung, wenn der Geschäftsanteil an männliche Familienmitglieder übertragen werden soll.“

2.10. Auch für die Begünstigtenstellung einer Stiftung finden sich Regelungen, etwa in Pkt IV. der Stiftungsurkunde:

„Einzigster Begünstigter der Stiftung ist jeweils der älteste männliche eheliche Rechtsnachfolger.“<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Beispiel nach BGH 9.2.1978, III ZR 59/76, BGHZ 70, 313.

2.11. *Zuwendung der Stiftung*: Pkt III. der Zusatzurkunde der Herzog Privatstiftung lautet:

„Die männlichen Rechtsnachfolger des Stifters erhalten im Jahr 80 % des jährlich auszuschüttenden Betrages, den verbleibenden Rest erhalten zu 10 % die weiblichen Rechtsnachfolger und ist zu 10 % für gemeinnützige Zwecke in der Gemeinde zu verwenden.“

### 3. Zwischenergebnis

Die kurze Umschau zeigt, dass sich in der aktuellen Praxis in unterschiedlicher Weise Klauseln finden, die geschlechterspezifische Regelungen vorsehen und ganz gezielt Töchter oder weibliche Nachfolger, generell Frauen, im Vergleich zu Söhnen oder männlichen Nachfolgern anders behandeln. Einerseits lassen sie die Mitgliedschaft überhaupt nicht zu oder verwehren Frauen den Zugang zu Führungspositionen und einflussreichen Gesellschaftsgremien, andererseits werden die Töchter in der Abfindung deutlich anders behandelt und erhalten ein niedrigeres Äquivalent. In einem Fall ist der Aufgriffspreis gegenüber den Töchtern und Frauen deutlich niedriger als gegenüber männlichen Gesellschaftern. Schließlich findet sich ein Beispiel, in dem Frauen ohne unmittelbare erbrechtliche Komponente anders behandelt werden als Männer.

## IV. Privatautonomie als Ausgangslage

### 1. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der Beurteilung entsprechender Gestaltungen bildet die Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht. Sie findet – wie schon angesprochen – ihre Grenzen im allgemeinen Verständnis, vor allem im Gläubiger- und Minderheitenschutz. Sie ist Teil der allgemeinen rechtsgeschäftlichen Privatautonomie. Rechtsgeschäftliche Privatautonomie beschreibt die Möglichkeit für jedermann, durch Erklärung seines Willens bestimmte bindende Rechtsfolgen, und zwar gerade die, auf die der erklärte Wille gerichtet ist, umzusetzen. Rechtsgeschäftliche Privatautonomie ist somit eine spezifische private Art der Schaffung von individuellen Rechtsregeln.<sup>32</sup> Die Vertragsfreiheit ist Ausdruck des grundlegenden Gedankens der Privatautonomie, die Abschlussform-, Gestaltungs- und Inhaltsfreiheit einschließt.<sup>33</sup> Der Einzelne darf seine Rechtsverhältnisse nach freiem Willen selbstbestimmt und selbst verantwortlich gestalten.<sup>34</sup> Die Funktionsfähigkeit der Privatautonomie wird durch die im Zivilrecht bestehende Gleichrangigkeit der Beteiligten sichergestellt. In idealtypischer Weise gibt es nur Gleichordnung und keine Subordination. Der Parteiliche legitimiert die zwischen ihnen getroffene Vereinbarung ebenso wie allfällige Beschränkungen von Rechtspositionen. Das Konsensprinzip verdeutlicht die Selbstbestimmung.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 149; ders, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) 122.

<sup>33</sup> Welsch/Zöchling-Jud, Grundriss des bürgerlichen Rechts II<sup>44</sup> (2015) Rz 52 ff.

<sup>34</sup> Gschmitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts<sup>2</sup> (1992) 454.

<sup>35</sup> F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 149 und 154; Schantl, Berufsfreiheit, Eigentumsfreiheit und Vertragsfreiheit als die wichtigsten Grundrechte der Wirtschaft, in FS F. Korinek (1972) 129 (146); Khakzadeh-Leiler, Grundrechte in der zivilrechtlichen Judikatur des OGH, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 1568 (1569); aus deutscher Sicht Dauner-Lieb, Vertragsfreiheit zwischen Unternehmen: AGB-Recht ihr Garant oder ihr Totengräber? dAnwBl 2013, 845 (846); dies, Vertragsgestaltung zwischen zwingendem Recht und richterlicher Inhaltskontrolle, in Schmoekel/Kanzleiter, Vertragsschluss – Vertragstreue – Vertragskontrolle (2010) 49; Weller, Die Vertragstreue (2009) 154.

Die Privatautonomie ist grundrechtlich fundiert und daher verfassungsrechtlich geschützt.<sup>36</sup> Sie fällt als vermögenswertes Privatrecht in den Schutzbereich der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie gem Art 5 StGG<sup>37</sup> und Art 3 GG. Beschränkungen der Privatautonomie dürfen daher nur im Rahmen der für Eigentumsbeschränkungen geltenden Kriterien vorgenommen werden.<sup>38</sup> Die Privatautonomie kann aber auch aus § 16 ABGB und Art 2 GG als ein über die Erwerbs- und Vertragsfreiheit hinausreichender Personenschutz und Schutz der Autonomie der Person abgeleitet werden.<sup>39</sup> Die Privatautonomie ist ein zentrales Leitprinzip des Zivilrechts.<sup>40</sup> Die Testierfreiheit ist das erbrechtliche Teilstück der allgemeinen Privatautonomie.<sup>41</sup> Die Testierfreiheit ermöglicht dem Testator, weitgehend frei über das rechtliche Schicksal seines Vermögens nach seinem Tod zu disponieren. Zu beachten ist neben der Sicherung der Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten nach der Judikatur auch das Gebot der Gleichbehandlung gem Art 7 B-VG.<sup>42</sup> Begünstigte in einer Privatstiftung müssen nicht gleich behandelt werden. Die Gestaltungsfreiheit des Stifters ist offen dafür, einzelnen Begünstigtenverhältnissen einen unterschiedlichen Inhalt und eine unterschiedliche Gestaltung zu geben.<sup>43</sup>

## 2. Einschränkung der Privatautonomie unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des Vertragspartners wegen Paritätsstörung

Allerdings werden seit Jahrzehnten die Grenzen der Privatautonomie neu vermessen. Verschiedene Ansätze überlagern sich: Im Arbeits- und Mietrecht gibt es schon seit Langem praktisch keine inhaltliche Gestaltungsfreiheit mehr. Wegen der existenziellen Angewiesenheit des Vertragspartners auf Arbeit und Wohnung zielt die Beschränkung auf den Schutz des Vertragspartners. Auch im Kauf- und Werkvertragsrecht sind im B2C-Bereich die Gestaltungsräume der positiven Normen weitgehend durch zwingendes Recht ersetzt worden. Das europarechtlich geprägte Verbraucherrecht zielt nicht auf Vertragsgestaltungsfreiheit, sondern etabliert einen verbindlichen Schutzstandard. Vor allem in Deutschland – aber auch in Österreich – hat sich im Zuge einer sog. Materialisierung des Vertragsrechts<sup>44</sup> ein dichtes Netz richterlicher Inhaltskontrolle von Verträgen etabliert. Sie erfasst nicht nur die seit 1976 gesetzlich eröffnete Inhaltskontrolle von AGB, sondern erstreckt sich über § 138 BGB etwa auch auf das Personengesellschaftsrecht (Inhaltskontrolle von Hinauskündigungsklauseln und der Abfindungshöhe)<sup>45</sup> und das Ehegü-

terrecht.<sup>46</sup> Ausgangspunkt ist insoweit eine von der Judikatur des BVerfG inspirierte Paritätsstörung beim Vertragsschluss, die an der „Richtigkeitsgewähr“ des privatautonom geschlossenen Vertrags zweifeln lässt. In der Gesamtschau lässt sich damit ein deutlicher Trend zur Begrenzung der Vertragsfreiheit wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners feststellen.

## 3. Beschränkung unter dem Gesichtspunkt eines Diskriminierungsverbots

Neben den Tendenzen zur Einschränkung der Vertragsfreiheit zum Schutz des Vertragspartners – und diese teilweise überlagernd – kommt zunehmend als Anknüpfungspunkt für eine Begrenzung das Postulat einer Gleichbehandlung, verstanden vor allem als Verbot einer sachfremden Diskriminierung, in den Blick.<sup>47</sup> IdS wirken etwa in Deutschland das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und in Österreich das GIBG begrenzend auf das Vertragsrecht ein.<sup>48</sup> Eine zentrale Rolle spielt der Gleichheitsgrundsatz im Arbeitsrecht.<sup>49</sup> Der OGH anerkennt weit über das Arbeitsrecht hinaus die Gleichbehandlung im Privatrecht. Die Judikatur verbietet den diffamierenden Ausschluss von der Inanspruchnahme einer Leistung, wenn nicht eine hinreichende sachliche Rechtfertigung gegeben ist.<sup>50</sup> Diesem Ziel eines sich allmählich entwickelnden allgemeinen Diskriminierungsverbots ist mit den Ansätzen des Schutzes des unterlegenen Vertragspartners gemeinsam, dass es vorwiegend als Individualschutz interpretiert wird. Beide Begründungsansätze zielen auf Unterbindung der Benachteiligung eines Individuums. Das Diskriminierungsverbot greift allerdings nicht nur innerhalb von Vertragsbeziehungen, sondern entfaltet vor allem auch Bedeutung zugunsten Dritter, soweit diese sachwidrig aus einer Vertragsbeziehung ausgeschlossen werden sollten.<sup>51</sup>

## 4. Beschränkungen mit dem Ziel eines Funktionsschutzes

Jenseits eines Individualschutzes erfährt Privatautonomie aber auch Grenzen unter dem Gesichtspunkt des Funktionsschutzes der Marktwirtschaft<sup>52</sup> und der freiheitlichen Gesellschaftsordnung. Die Zusammenhänge liegen auf der Hand und sind so selbstverständlich, dass sie selten offen angesprochen werden: Vertragsfreiheit dient nicht nur der Selbstverwirklichung individueller Personen. Die Gesamtheit aller rechtsgeschäftlichen Aktivitäten von Rechtssubjekten leistet am Markt – so die liberale Theorie – eine optimale Allokation der Ressourcen auf volkswirtschaftlicher Ebene und fördert

<sup>36</sup> VfGH 6.12.1994, B 204/94, VfSlg 13.963/1994; 15.3.2000, G 46/98, VfSlg 15.771/2000; 25.9.2000, B 438/99, VfSlg 15.907/2000; *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 134; *Pernthaler*, Ungeschriebene Grundrechte und Grundrechtsprinzipien in der österreichischen Rechtsordnung, in FS Öhlinger (2004) 447 (450).

<sup>37</sup> VfGH 30.11.1989, G 139/88 ua, VfSlg 12.227/1989; 15.6.1990, G 56/89, VfSlg 12.379/1990.

<sup>38</sup> VfGH 1.12.2006, B 551/06 ua, VfSlg 18.018/2006; *Korinek*, Grundrechtliche Grundlagen einer umfassenden Wohnrechtsreform, wobl 1991, 181 (183); *Khakzadeh-Leiler* in FS 200 Jahre ABGB, 1569.

<sup>39</sup> *Meissel*, Verfassungsrechtliche Aspekte des § 16 ABGB, in FS Mayer (2011) 371 (389).

<sup>40</sup> OGH 16.9.1971, 1 Ob 227/71; 22.2.1995, 3 Ob 522/95.

<sup>41</sup> *Ferrari* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht (2007) 108; *Leipold*, Erbrecht<sup>19</sup> (2012) Rz 233; *Otte* in *Staudinger*, BGB, Einl zum ErbR Rz 54.

<sup>42</sup> OGH 9.7.1997, 3 Ob 47/97a.

<sup>43</sup> *Zentrum für Stiftungsrecht*, Résumé-Protokoll des Workshops „Aktuelles zum Stiftungsrecht“, GesRZ 2015, 30 (33).

<sup>44</sup> Siehe dazu grundlegend *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201.

<sup>45</sup> *Dauner-Lieb*, ZHR 158 (1994), 271 ff.

<sup>46</sup> *Dauner-Lieb*, Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle, AcP 210 (2010), 580; *dies*, Vertragsgestaltung, 49 ff.

<sup>47</sup> Ganz grundsätzlich in diese Richtung *Grünberger*, Personale Gleichheit (2013); *Foerster*, AcP 213 (2013), 173 ff; *Volhard*, Frauenfeindliche Nachfolgeklauseln, 439 ff.

<sup>48</sup> Vgl noch unten Pkt VI.2.

<sup>49</sup> *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011) 91.

<sup>50</sup> OGH 24.10.1990, 3 Ob 603/90; 10.7.1991, 3 Ob 548/91; *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte, 138 f.

<sup>51</sup> Allgemein *Bollenberger*, Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB wegen Beeinträchtigung von Interessen Dritter? JBl 2013, 137.

<sup>52</sup> Die parallele Zielrichtung des Individual- und Funktionsschutzes von Regelungen wird in vielen Rechtsbereichen betont. Prominentes Beispiel ist etwa das Kapitalmarktrecht; siehe dazu nur *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> (2015) § 1 Rz 17; *Möllers*, Effizienz als Maßstab des Kapitalmarktrechts, AcP 208 (2008), 1 (7); *Müllbert*, Anlegerschutz und Finanzmarktregulierung – Grundlagen, ZHR 177 (2013), 160 (171).

damit die allgemeine Wohlfahrt. Privatautonomie und Privateigentum sind also nicht nur Grundpfeiler einer individuellen Vertragsgestaltung, sondern auch Funktionsgaranten einer freiheitlichen Gemeinschaft.

Geradezu zwangsläufig muss Privatautonomie dort ihre Grenzen finden, wo sie in der Weise ausgeübt wird, die das Funktionieren des „Sozialmodells“<sup>53</sup>, dh der Gemeinschaft, gefährdet. Dies erklärt etwa die Notwendigkeit und den Sinn des Kartellrechts. Verträge, die darauf zielen, Markt und Wettbewerb auszuschließen, sind nicht von der Vertragsfreiheit gedeckt und damit unzulässig.<sup>54</sup> Ganz deutlich wird dies auch bei Beurteilung der oberstgerichtlichen Judikatur zum Kontrahierungszwang, der anzuerkennen ist, wenn etwa die Übermachtstellung missbräuchlich ausgenutzt wird, dh, wenn die faktische Übermacht zur unzulässigen Fremdbestimmung führt.<sup>55</sup> Der Kontrahierungszwang dient neben dem privaten Interessenausgleich als Instrument zur Verwirklichung eines funktionierenden Wettbewerbs und sozial-marktwirtschaftlicher Prinzipien.<sup>56</sup> In dieselbe Kerbe schlägt die OGH-Judikatur zur Beschränkung der überlangen Vertragsdauer bei Bierbezugsverträgen<sup>57</sup> oder zu sonstigen überlangen Leistungsbeziehungen.<sup>58</sup> Ventile für die Berücksichtigung des Funktionsschutzes sind – über ausdrückliche gesetzliche Anordnungen hinaus – die Generalklauseln im Zivilrecht gem § 879 ABGB und § 138 BGB.

### 5. Präzisierung der Fragestellung

Misst man die Problematik des Ausschlusses von Frauen aus Gesellschaften an den hier skizzierten Zusammenhängen, dann liegt es auf der Hand, dass es nicht nur eine Begrenzung der Privatautonomie zum Schutz des schwächeren Vertragspartners geht, sondern vor allem um den Ausschluss generell abstrakt definierter Personenkreise von Vertragsbeziehungen, also um Diskriminierung.<sup>59</sup> Der Blick auf die Inhaltskontrolle einzelner Gesellschaftsverträge zum Schutz einzelner Gesellschafter ist auch für diese Thematik durchaus erhellend: Warum soll es korrekturbedürftig sein, wenn ein Gesellschafter zustimmt, dass er hinausgekündigt oder seine Abfindung ausgeschlossen werden kann, nicht aber, wenn er zustimmt, dass der Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass ein potenzielles Mitglied allein wegen seines Geschlechts gar nicht Gesellschafter werden darf? Diese Diskriminierung ist nicht nur für jede einzelne Betroffene, sondern auch unter dem Gesichtspunkt des Funktionsschutzes problematisch. 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.

<sup>53</sup> Die Begriffsbildung wird *Wieacker* zugeschrieben; siehe nur *Dauner-Lieb*, Vertragsgestaltung, 49 ff.

<sup>54</sup> OGH 15.10.2002, 4 Ob 187/02g; 27.2.2007, 1 Ob 1/07i.

<sup>55</sup> OGH 14.7.1986, 1 Ob 554/86; 13.4.1988, 1 Ob 560/88.

<sup>56</sup> *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte, 134; *Kilian*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), 47 (76); *Eschenbach/Niebaum*, Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung, NVwZ 1994, 1079.

<sup>57</sup> OGH 11.5.2000, 7 Ob 211/99a.

<sup>58</sup> *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>4</sup> (2014) § 879 Rz 7.

<sup>59</sup> *Canaris*, AcP 184 (1984), 236; *Völhard*, Frauenfeindliche Nachfolgeklauseln, 447; *Angerer*, Schranken gesellschaftsvertraglicher Gestaltungsfreiheit bei Eingriffen in die Privatsphäre (1993) 108; *Foerster*, AcP 213 (2013), 205 f.

## V. Anerkennung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Privatrecht

### 1. Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat

Der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Diskriminierungsverbot sind in Art 7 B-VG und Art 3 GG verfassungsrechtlich normiert. Allerdings wirken die Grundrechte nur gegen den Staat und ordnen das Verhältnis Staat – Bürger und nicht jenes der Bürger untereinander. Um zwischen Privatrechtssubjekten wirken zu können, bedarf es ähnlich der Überleitung von Gleich- in Wechselstrom der Transformation des öffentlichen Rechts in das Privatrecht.

### 2. Transformation von Grundrechten in das Privatrecht

§ 16 ABGB ist die Transformationsstelle für primär an den Staat gerichtete Grundfreiheiten und Menschenrechte in das Privatrecht, die so im Wege der mittelbaren Drittwirkung Auswirkungen auf das Zivilrecht entfalten, indem sie bei der Auslegung von Verträgen oder bei einer allfälligen Lückenfüllung berücksichtigt werden.<sup>60</sup> Bei der mittelbaren Drittwirkung ist davon auszugehen, dass Grundrechte über die Auslegung der Bestimmungen des Zivilrechts, insb bei Generalklauseln und unbestimmten Gesetzesbegriffen, für Rechtsverhältnisse unter Privaten relevant sind. Sie sind als Ausdruck von Wertvorstellungen der geltenden Rechtsordnung insb für die Konkretisierung der Sittenwidrigkeit iSv § 879 ABGB von Bedeutung.<sup>61</sup> Drittwirkung bedeutet, dass Grundrechte nicht nur im Verhältnis des Einzelnen zum Staat, sondern auch horizontal im privaten Rechtsverkehr unter Privaten Wirkung entfalten können.<sup>62</sup> Die Grundrechte werden durch § 16 ABGB zu privatrechtsrelevanten Grundwerten,<sup>63</sup> die der Privatautonomie Grenzen setzen.<sup>64</sup> Über § 16 ABGB fließen die allgemeinen Wertvorstellungen über die Erwerbsfreiheit,<sup>65</sup> den Schutz des Eigentums<sup>66</sup> und das Gebot der Gleichbehandlung sowie das Verbot der willkürlichen Diskriminierung eines Privaten in das Privatrecht ein.<sup>67</sup> Die Gleichbehandlung bezieht sich nicht nur auf Gesetzesbestimmungen, die auf die Ordnung von Privatrechtsverhältnissen zielen, sondern auch auf die privaten Rechtsverhältnisse, somit auf die privaten Vertragsverhältnisse selbst, wie dies etwa ausdrücklich von der Judikatur für ein Testament anerkannt wurde.<sup>68</sup> Der Gleichheitssatz besagt, dass an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen sind bzw unterschiedliche Regelungen, die nicht in den entsprechenden Unterschieden im Tatsächlichen ihre Grundlagen haben,

<sup>60</sup> OGH 9.5.2001, 9 Ob 95/01p; 19.12.2005, 8 Ob 108/05y; RIS-Justiz RS0110237; RS0038552; OGH 31.8.1995, 3 Ob 566/95; 8.9.2004, 7 Ob 193/04i; *Meissel* in *Klang*, ABGB<sup>3</sup>, § 16 Rz 23 und 34; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup>, § 16 Rz 57; *Egger* in *Schwimmann*, ABGB-Taschenkommentar<sup>3</sup> (2015) § 16 Rz 3.

<sup>61</sup> *Meissel* in *Klang*, ABGB<sup>3</sup>, § 16 Rz 24; *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>4</sup>, § 879 Rz 5; *Griss*, Die Grundrechte in der zivilrechtlichen Rechtsprechung, in *ÖJK*, Aktuelle Fragen des Grundrechtsschutzes (2006) 54; *Kodek*, Die Wahrung von Grundrechten durch die Gerichtsbarkeit, ÖJZ 2008, 216 (217).

<sup>62</sup> *Meissel* in *Klang*, ABGB<sup>3</sup>, § 16 Rz 23; *Korinek/Holoubek*, Privatwirtschaftsverwaltung, 119 ff; zum deutschen Recht *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/1 (1988) 1509.

<sup>63</sup> *Aicher* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 16 Rz 30; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup>, § 16 Rz 57.

<sup>64</sup> OGH 31.5.1995, 7 Ob 25/95; 11.7.2001, 7 Ob 299/00x; 13.9.2006, 3 Ob 127/06g; *Posch* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup>, § 16 Rz 3.

<sup>65</sup> OGH 3 Ob 536/32.

<sup>66</sup> OGH 20.3.1923, 3 Ob 86/23, SZ 5/62.

<sup>67</sup> *Meissel* in *Klang*, ABGB<sup>3</sup>, § 16 Rz 57.

<sup>68</sup> *Kritisch Schauer*, Fundamental Rights in Austrian Civil Law, Časopis pro právní vědu a praxi 1/2010, 17 (20).

gleichheitswidrig sind.<sup>69</sup> Sachliche Differenzierungen sind somit zulässig. Diese Verpflichtung zur Sachlichkeit und Verhältnismäßigkeit fußt auf der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte bei Gestaltung von Verträgen und sonstigen Rechtsverhältnissen.<sup>70</sup>

Art 3 Abs 2 Satz 2 GG trägt dem Gesetzgeber auf, Mann und Frau gleichzustellen. Art 3 GG enthält somit einen Regulations- und Förderauftrag. Im deutschen Recht ist die maßgebliche Transformationsstelle für die Anerkennung der Grundrechte als Wertungsgrundlage für die Auslegung von Privatrechtsverhältnissen unmittelbar § 138 BGB, wodurch ebenso eine Auffüllung der dortigen Generalklausel geleistet wird.<sup>71</sup> Nach dem BVerfG ist die zivilrechtliche Generalklausel von den Gerichten am Maßstab der Wertvorstellungen der Verfassung auszulegen, zumal die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für alle Bereiche des Rechts gelten. Dies zeigt sich gerade bei den Generalklauseln als Schleusen für die Grundrechte im Privatrecht.<sup>72</sup> Grenzen der Privatautonomie setzt das BVerfG insb zum Schutz der schwächeren Vertragspartei. Maßgeblich sind die Entscheidungen zum Handelsvertreter, zur Familienbürgschaft und zum Ehevertrag. Die Vertragsfreiheit findet, so vereinfacht die Linie des BVerfG, jedenfalls dort ihre Grenzen, wo der andere Vertragsteil keine Chance mehr hat, seine eigenen Interessen und seine Position einzubringen.<sup>73</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Die Privatautonomie ist somit einerseits verfassungsgesetzlich gewährleistet, sie wird aber auch verfassungsgesetzlich begrenzt. Dies ist nun für die gesellschaftsrechtlichen und stiftungsrechtlichen Zusammenhänge auszuführen. Dafür bieten § 879 ABGB und § 138 BGB – wie ausgeführt – Zugriffsmöglichkeiten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die üblichen folienhaften Bezugnahmen auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden wenig aussagekräftig sind. Gerade deshalb ist der Rückgriff auf die verfassungsrechtlichen Wertungen und auf den Gesichtspunkt des Funktionsschutzes geboten.

## VI. Bestätigung und Umsetzung der verfassungsrechtlichen Wertungen in Einzelgesetzen

### 1. GIBG und AGG

Das Verbot der Frauendiskriminierung und die einfachgesetzliche Anerkennung der Gleichberechtigung und des Verbots unsachlicher Differenzierung zeigen sich in einfachgesetzlichen Bestimmungen, etwa im GIBG oder in konkreten Bestimmungen des Gesellschafts- und Unternehmensrechts. Nach dem GIBG darf niemand aufgrund des Geschlechts unmittelbar oder mittelbar bei der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens sowie bei der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderen Art von selbstän-

diger Tätigkeit diskriminiert werden. Gem § 4 GIBG soll die gesamte Arbeitswelt diskriminierungsfrei gestellt werden.<sup>74</sup> Der Begriff des Zugangs zur selbständigen Arbeit erfasst auch jegliche selbständige Tätigkeit.<sup>75</sup> Die Stellung des Komplementärs in einer KG ist nach dem gesetzlichen Konzept mit geschäftsführender Tätigkeit verbunden.<sup>76</sup> Daraus folgt für geschäftsführende und überwachende Tätigkeiten ebenso wie für den Komplementär die Anwendung des GIBG, wie sie etwa auch für den Nichtabschluss von Franchiseverträgen oder von Krankenkassenverträgen für Ärzte anerkannt wird.<sup>77</sup> Nach deutschem Recht wird die Anwendbarkeit des AGG für die Komplementärstellung ebenso anerkannt.<sup>78</sup>

Die im Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen sehen Unwirksamkeit (§ 7 Abs 2 AGG) und Schadenersatz der diskriminierten Person (§ 12 GIBG; § 15 AGG) vor.<sup>79</sup> Aus der expliziten gesetzlichen Rechtsfolge des Schadenersatzes ist keine Sperrwirkung für die Beurteilung als nichtig wegen Sittenwidrigkeit ableiten. Vielmehr deutet dies darauf hin, dass das Gesetz vor allem auf konkrete Maßnahmen zielt, etwa die Verweigerung einer Anstellung oder die Unterlassung eines Vertragsabschlusses, und es nicht auf generell-abstrakte gesellschaftsvertragliche Normen zugeschnitten ist, die dauerhaft und weit in die Zukunft wirkend die diskriminierenden Regelungen enthalten. Dies ändert nichts daran, dass diese Vertragsbestimmungen im Falle ihrer Anwendung diskriminierend wirken. Daher ist dem GIBG und dem AGG die klare Wertung zu entnehmen, dass entsprechende Regelungen schon im Vorfeld der konkreten Anwendung unwirksam sind, sei es gem § 7 Abs 2 iVm § 134 BGB bzw wegen eines Gesetzesverstos oder jedenfalls wegen eines Verstoßes gegen § 138 BGB bzw § 879 ABGB (Sittenwidrigkeit).

### 2. Gesellschaftsrechtliche Bestimmungen

Auch gesetzliche Regelungen im Gesellschaftsrecht machen deutlich, dass eine Diskriminierung von Frauen in einer Gesellschaft nicht zulässig ist. Bei sonstigen Gesellschaften, wie insb GmbH oder AG, sowie für die Kommanditistenstellung ist weiter auszudehnen. In der AG wird etwa gem § 87 Abs 2a AktG normiert, dass bei der Wahl des Aufsichtsrats Aspekte der Diversität des Aufsichtsrats im Hinblick auf die Vertretung beider Geschlechter angemessen zu berücksichtigen sind. Jedenfalls müssen beide Geschlechter im Aufsichtsratsgremium vertreten sein. Die Aufsichtsrats-tätigkeit ist gem § 95 Abs 1 AktG und § 111 Abs 1 dAktG keine geschäftsführende Tätigkeit. § 243b Abs 2 Z 2 UGB sieht für den Corporate-Governance-Bericht vor, dass die Maßnahmen zur Förderung von Frauen im Vorstand, im Aufsichtsrat und in leitenden Stellungen der Gesellschaft darzustellen sind, dh, es

<sup>69</sup> RIS-Justiz RS0053509; OGH 20.8.2008, 9 ObA 66/07g.

<sup>70</sup> OGH 25.1.2006, 9 ObA 57/05f; 11.5.2006, 8 ObA 19/06m.

<sup>71</sup> Palm/A. Arnold in Ermann, BGB<sup>12</sup> (2011) § 138 Rz 3; Ellenberger in Palandt, BGB<sup>71</sup> (2012) § 138 Rz 4.

<sup>72</sup> BVerfG 15.1.1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198; 11.5.1976, 1 BvR 671/70, BVerfGE 42, 143; 19.10.1993, 1 BvR 567/89 ua, BVerfGE 89, 214; Coing/Honsell in Staudinger, BGB, Einl Rz 193 ff; Jauernig in Jauernig, BGB<sup>14</sup> (2011) § 138 Rz 6; Hager, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373 (377); Foerster, AcP 213 (2013), 182.

<sup>73</sup> BVerfG 6.2.2001, 1 BvR 12/92, NJW 2001, 957.

<sup>74</sup> Vgl Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2011) § 4 GIBG Rz 1.

<sup>75</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 4 Rz 8 (schon vor der Novelle 2013); Windisch-Graetz in ZellKomm<sup>2</sup>, § 4 GIBG Rz 3; Ercher-Lederer, Novelle zum GIBG: Umsetzung der Selbständigen-Gleichbehandlungsrichtlinie und Verbesserungen bei der Gleichbehandlung in der Arbeitswelt, ASoK 2013, 241.

<sup>76</sup> Eckert in U. Torggler, UGB<sup>2</sup>, § 161 Rz 4; Kraus in U. Torggler, UGB<sup>2</sup>, § 105 Rz 17.

<sup>77</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG, § 4 Rz 8.

<sup>78</sup> Foerster, AcP 213 (2013), 193; Däubler in Däubler/Bertzbach, AGG<sup>2</sup> (2008) § 2 Rz 6, 26 und 31; Thüsing in MünchKomm BGB<sup>6</sup>, § 2 AGG Rz 5; aA aber etwa Schroeder/Diller, Antidiskriminierung bei der Aufnahme als Gesellschafter? NZG 2006, 728; Lüttringhaus, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz (2010) 42.

<sup>79</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG, § 12 Rz 1 ff; Windisch-Graetz in ZellKomm<sup>2</sup>, § 12 GIBG Rz 2 ff.

darzustellen, welche Maßnahmen gesetzt wurden. Daher müssen Maßnahmen gesetzt werden, um Frauen diese Stellen auch zu eröffnen.<sup>80</sup> Selbst wenn das österreichische AktG keine Quote als Zielgröße zwingend verlangt, so ist aus dieser Bestimmung eine Pflicht der Organe abzuleiten, sich aktiv darum zu bemühen, Aufsichtsratsstellen auch mit Frauen zu besetzen.<sup>81</sup> In aufsichtsrechtlichen Gesetzen (wie dem BWG und dem VAG 2016) wird auf eine Förderung des benachteiligten und unterrepräsentierten Geschlechts verwiesen. Die Nichtbeachtung dieser Diversitätsanforderung kann zur Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses führen.<sup>82</sup> Aus der Aufzählung wird deutlich, dass im österreichischen Recht für die Aufsichtsrats Tätigkeit, die typischerweise eng mit der Eigentümerstellung verbunden ist oder bei der jedenfalls eine enge Nahebeziehung zu dieser gegeben ist,<sup>83</sup> eine Verpflichtung zur angemessenen Repräsentation beider Geschlechter besteht.

Nach deutschem Aktienrecht setzt sich in börsennotierten Gesellschaften der Aufsichtsrat zu mindestens 30 % aus Frauen und zu mindestens 30 % aus Männern zusammen. Eine Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats durch die Hauptversammlung und eine Entsendung in den Aufsichtsrat unter Verstoß gegen das Mindestanteilsgebot sind nach der gesetzlichen Anordnung gem § 96 Abs 2 Satz 7 dAktG nichtig. Das Gesetz gilt zwar nur für börsennotierte Gesellschaften, die zugleich paritätisch mitbestimmt sind (Hälfte Kapitalvertreter, Hälfte Arbeitnehmervertreter), für andere Gesellschaften hingegen nicht.<sup>84</sup> Im Lichte von Art 3 Abs 2 Satz 2 GG wird diese gesetzliche Regelung zunehmend als sachgerecht anerkannt.<sup>85</sup>

Die Quotenregelung und Zielvorgaben des Gesellschaftsrechts sind daher ebenso wie die Regelungen des GlBG und des AGG eindeutiger Ausdruck gesetzlicher Wertung, dass Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts nicht zulässig sind und daher im Zivilrecht gem § 879 ABGB bzw § 138 Abs 1 BGB zu berücksichtigen sind.<sup>86</sup> Dabei geht es einerseits um den Schutz der konkret ausgeschlossenen Frauen oder auch künftiger potenzieller Gesellschafterinnen oder Organmitglieder, zugleich und vor allem aber auch um die Sicherung des Funktionsschutzes der einzelnen Gesellschaft und der Wirtschaft durch Sicherung der Offenheit sowohl auf der Eigentümer- als auch auf Organebene. Diversität ist ein unverzichtbares Instrument zur Verwirklichung des Unternehmensinteresses.<sup>87</sup> Daraus wird auch deutlich, dass die rela-

tiv jungen Regelungen im österreichischen und deutschen AktG und im UGB über die Diversität oder Quoten keine fehlgeleiteten gesellschaftspolitischen Transplantate im Gesellschaftsrecht sind und die grundrechtlich gesicherte Privatautonomie der Gesellschafter und der Gesellschaften beschränken, sondern gerade umgekehrt notwendige Einschränkungen zur Sicherung der Interessen der einzelnen betroffenen Individuen, vor allem aber auch zur Sicherung des Funktionierens der einzelnen Gesellschaften und der Wirtschaft insgesamt. Somit können diese Wertungen aus dem Verfassungsrecht ebenso wie aus den einfachgesetzlichen Bestimmungen, die zum Teil aus dem Arbeitsrecht, zum Teil aus selbständiger und vergleichbarer Tätigkeit stammen, zur Aufladung der Generalklausel und Sittenwidrigkeit gem § 879 ABGB bzw § 138 BGB verwendet werden.

### 3. Zwischenergebnis

Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung findet inzwischen auch einen klaren Niederschlag in einzelnen gesetzlichen Regelungen. Diese Wertungen aus dem Arbeits- und Gesellschaftsrecht sind zur Aufladung der Generalklausel gem § 879 ABGB und § 138 BGB in unserem Zusammenhang zu verwenden und stützen die Beurteilung als sittenwidrig.

## VII. Abwägung Privatautonomie – Gleichbehandlung

### 1. Allgemeine Überlegungen

Vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen ist nunmehr die – unbedingt notwendige – konkrete Abwägung zwischen der Privatautonomie und dem Grundsatz auf Gleichbehandlung bzw dem Diskriminierungsverbots vorzunehmen.<sup>88</sup> Bei dieser Abwägung geht es um die Beurteilung generell-abstrakter, weit in die Zukunft wirkender Normen, nicht aber um einzelfallbezogene elterliche Ungerechtigkeit.<sup>89</sup> Es bleibt etwa einem Erblasser oder einer Berufungskommission unbenommen, aus einem Kreis mehrerer Kandidaten einen Mann – und nicht die Frau – zu berufen, wenn dafür Sachgründe sprechen.

### 2. Konkrete Abwägungen – Ausschluss eines Geschlechts

Nachfolgeregelungen oder gesellschaftsrechtliche Bestimmungen, die Frauen ausschließen, stehen in Konflikt mit dem in Art 7 BVG normierten Gleichbehandlungsgebot bzw dem in Art 3 Abs 3 GG normierten Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts. Sie findet im Rahmen der von der EMRK anerkannten Rechte und Freiheiten auch in Art 14 EMRK eine Schutzbestimmung. Schließlich sind die Nichtdiskriminierung und Gleichheit von Männern und Frauen auch ein Kriterium, das in Art 2 Satz 2 EUV für die Gesellschaft der EU ausdrücklich anerkannt wird.<sup>90</sup>

Soweit vor diesem Hintergrund in der Literatur eine Abwägung vorgenommen wird, nimmt sie ganz überwiegend an, dass gesellschaftsrechtliche Klauseln, die bei der Nachfol-

<sup>80</sup> Kalss, Frauen im Aufsichtsrat – mehr als nur ein Schlagwort, Aufsichtsrat aktuell 1/2011, 5.

<sup>81</sup> Kalss, Aufsichtsrat aktuell 1/2011, 5 ff; dies in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup>, § 87 Rz 10; Kalss/Schimka in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) § 2 Rz 15 und 61.

<sup>82</sup> Eigner, Neue Regeln zur Vorstandsvergütung und zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats, GesRZ 2012, 208 (220); S. Bydliński, Das neue Diversitätsgebot bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder, in Schenz/Eberhartinger, Corporate Governance in Österreich (2012) 301 (304); Kalss/Schimka in Kalss/Kunz, Handbuch<sup>2</sup>, § 2 Rz 63.

<sup>83</sup> Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch<sup>2</sup>, § 3 Rz 13; dies, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsvorsitzenden, GesRZ 2016, 108; Dellinger in Kalss/Kunz, Handbuch<sup>2</sup>, § 41 Rz 8 FN 16.

<sup>84</sup> Spindler in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> (2015) § 96 Rz 31.

<sup>85</sup> Spindler in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup>, § 96 Rz 4; Spindler/Brandt, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Gleichstellungsquote im Aufsichtsrat der börsennotierten AG, NZG 2011, 401; Bachmann, Zur Umsetzung einer Frauenquote im Aufsichtsrat, ZIP 2011, 1131 (1134 f); Velté, Förderung der Gender Diversity bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrats, Der Konzern 2012, 1; aA Redenius-Höfermann, Zur Frauenquote im Aufsichtsrat, ZIP 2010, 660 (665).

<sup>86</sup> Ausdrücklich Foerster, AcP 213 (2013), 205.

<sup>87</sup> Dauner-Lieb, Harte oder weiche Quote? – Wege zum Ziel, DB 23/2010, S45.

<sup>88</sup> Meissel in Klang, ABGB<sup>3</sup>, § 16 Rz 47; Aicher in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 16 Rz 58; Egger in Schwimann, ABGB-Taschenkommentar<sup>3</sup>, § 16 Rz 3; Khakzadeh-Leiler in FS 200 Jahre ABGB, 1576.

<sup>89</sup> In diese Richtung Canaris, AcP 184 (1984), 236.

<sup>90</sup> Foerster, AcP 213 (2013), 197.

geberechtigung allgemein Frauen ausschließen, mit grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung unvereinbar sind und daher gegen § 879 ABGB bzw § 138 BGB verstoßen.<sup>91</sup> Insb gilt dies für Klauseln, die auf die Anteilsübertragung und auf die Gesellschafternachfolge von Todes wegen zielen, da sowohl der Erblasser-Gesellschafter als auch der potenzielle Gesellschafter-Erbe unmittelbar betroffen werden.<sup>92</sup>

Generell-abstrakte Regelungen, somit Vertragsbestimmungen eines Gesellschaftsvertrages oder nachgeordneter Regelwerke, die keine sachliche Differenzierung vorsehen, widersprechen dem Gleichbehandlungsgebot.<sup>93</sup> Nur wenn ein vernünftiger sachlicher Grund besteht, der eine Differenzierung zulässt, wird mit einer entsprechenden Klausel nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen:

- So ist es etwa zulässig, bestimmte Kriterien für die individuell zu berufende Person festzulegen (etwa Alter oder berufliche Ausbildung).<sup>94</sup> Die mangelnde Fähigkeit muss ein sachlich gerechtfertigtes Ausschlusskriterium sein.
- Allenfalls vorstellbar wäre es noch, dass die Gesellschaft in einer frauenfeindlichen (oder umgekehrt männerfeindlichen) Branche tätig ist und daher an Ansehen verlieren würde, wenn für sie ein weiblicher (oder umgekehrt männlicher) Gesellschafter die Geschäfte führen würde. Allerdings ist in Österreich oder Deutschland eine derartige Branche kaum ausmachbar. Auch in einer frauenfeindlichen Branche lässt sich damit nicht begründen, dass eine Frau nicht in die Eigentümerstellung kommen sollte.<sup>95</sup> Vorstellbar wäre der ausgerissene, gerade noch denkmögliche Fall, dass eine Gesellschaft in einem ganz eng zugespitzten Bereichen tätig ist, bei dem in der geschäftlichen Zusammenarbeit mit Frauen von der beschränkten Kundenseite nur Ablehnung gegenüber Frauen besteht und die – notwendigen – Geschäftspartner nur männliche Gesellschafter akzeptieren.
- Ein möglicher Fall könnte auch darin liegen, dass eine Gesellschaft spezifisch mit dem Ziel gegründet wird, Frauen oder Männer zu fördern und ihre wirtschaftliche Betätigung zu organisieren. Liegt darin gerade ein Zweck der Gesellschaft, erscheint es zulässig, dass Frauen bzw umgekehrt Männer ausgeschlossen werden.<sup>96</sup> Viel weniger realistisch ist der Fall, dass der Gesellschaftsvertrag die Gesellschafter zu bestimmten Tätigkeiten für die Gesellschaft verpflichtet und diese Tätigkeiten nur von Männern bzw Frauen ausgeübt werden können.<sup>97</sup>
- Nur die Berufung auf die Tradition oder auch auf eine Familientradition oder die Üblichkeit in der Branche oder die Einfachheit reichen nicht. Dies sind keine rechtlich

akzeptablen Gründe.<sup>98</sup> Allein wenn es einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung von Erben oder einer sonstigen Gruppe gibt, ist eine auf Männer beschränkte Übertragungsregelung, unabhängig davon, ob es sich um eine Übertragung von Todes wegen oder unter Lebenden handelt, zulässig.<sup>99</sup>

### 3. Exkurs: Höhe der Abfindung

Wie aus den Beispielen unter Pkt III.2. ersichtlich, werden Frauen nicht nur von der Mitgliedschaft in einer Gesellschaft ausgeschlossen, sondern werden ihnen gegenüber auch ein anderer Veräußerungspreis des Anteils oder eine Abfindung festgelegt als für ihre männlichen Kollegen. Dies ist in generell-abstrakten Normen ebenso diskriminierend wie der Ausschluss von der Gesellschaft, sofern nicht im Einzelnen sachliche Gründe dafür sprechen. Bei Fehlen einer sachlichen Differenzierung liegt damit ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot vor.<sup>100</sup>

## VIII. Rechtsfolgen der Sittenwidrigkeit

### 1. Nichtigkeit der vertraglichen Regelung

Die gesetzliche Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit wegen Diskriminierung ist die Nichtigkeit der Vertragsklausel gem § 879 ABGB und § 138 BGB.<sup>101</sup> Die Reichweite der Nichtigkeit ist eine Frage des Normzwecks<sup>102</sup> und ergänzend des hypothetischen Parteiwillens der Vertragsparteien. In den Fällen unsachlicher Geschlechterdiskriminierung, dh des Ausschlusses von Frauen von der Mitgliedschaft in der Gesellschaft, einer Führungsposition oder von Gesellschaftsgremien, reicht entsprechend dem Normzweck der Unterbindung der Diskriminierung die Streichung der Frauendiskriminierung in der gesellschaftsvertraglichen Regelung oder in der Regelung in einem nachgelagerten Regelwerk. Dementsprechend ist etwa das Wort „männlich“ bzw „weiblich“ oder „Sohn“ bzw „Tochter“ zu streichen. Eine derart begrenzte Nichtigkeit wird im Regelfall auch dem Parteiwillen am besten entsprechen. Kein Gesellschafter hat ein Interesse an einer vollständigen Nichtigkeit einer Übertragungsklausel oder sogar des ganzen Gesellschaftsvertrages oder sonstigen Regelwerks. Gerichte sind befugt und verpflichtet, eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen iSd § 879 ABGB oder einen Verstoß gegen die Grundrechte wahrzunehmen.<sup>103</sup>

### 2. Wertewandel

Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit kommt es grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an.<sup>104</sup> Dies gilt

<sup>91</sup> Canaris, AcP 184 (1984), 236; Völhard, Frauenfeindliche Nachfolgeklauseln, 447; Angerer, Schranken, 108 f; Foerster, AcP 213 (2013), 205 f.

<sup>92</sup> Ausdrücklich Foerster, AcP 213 (2013), 205.

<sup>93</sup> Foerster, AcP 213 (2013), 206; Angerer, Schranken, 108 f.

<sup>94</sup> Angerer, Schranken, 109. Auch diese Kriterien müssen so flexibel formuliert sein, dass Personen mit Potenzial nicht vorweg ausgeschlossen sind.

<sup>95</sup> Ausdrücklich auch Angerer, Schranken, 109.

<sup>96</sup> Angerer, Schranken, 109. Zulässig wäre dies etwa für einen Männerchor, der als Verein organisiert ist. Deutlich heikler ist die Beurteilung bei Vereinen, die etwa im Wege der Gemeinnützigkeit steuerliche Begünstigungen in Anspruch nehmen. Das Gleiche gilt für gemeinnützige Stiftungen und sonstige Einrichtungen. Heikel ist eine solche Regelung auch bei Vereinen, die primär oder ausschließlich dem beruflichen Fortkommen dienen. Hier zeigt sich wiederum die Klammer des Funktionschutzes der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung.

<sup>97</sup> Angerer, Schranken, 109.

<sup>98</sup> Angerer, Schranken, 109.

<sup>99</sup> Angerer, Schranken, 109; Foerster, AcP 213 (2013), 205.

<sup>100</sup> Siehe auch OGH 9.2.1995, 8 Ob 16/94; Artmann, Abfindungsklauseln im Gesellschaftsvertrag, in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht (2014) 77 (96).

<sup>101</sup> OGH 8.9.2004, 7 Ob 193/04i (wegen Berufung auf die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes gem Art 7 B-VG); Aicher in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 16 Rz 59; Kietzl, Zur Sittenwidrigkeit im Arbeitsvertragsrecht, RdW 2006, 94; Ostheim, Die Weisung des Arbeitgebers als arbeitsrechtliches Problem (1970) 99; allgemein Bollenberger in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB<sup>4</sup>, § 879 Rz 27 ff; Kolmasch in Schwimann, ABGB-Taschenkommentar<sup>3</sup>, § 879 Rz 22.

<sup>102</sup> Bollenberger in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB<sup>4</sup>, § 879 Rz 29.

<sup>103</sup> OGH 16.1.2001, 4 Ob 291/00y.

<sup>104</sup> Siehe etwa OLG Wien 22.7.2011, 28 R 141/11b, NZ 2012, 285; Kalss/Probst, Familienunternehmen, Rz 18/74; Rüffler, Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten für den Fall des Konkurses eines GmbH-Gesellschafters, WBl 2008, 353 (360).

gerade auch für die hier angesprochenen gesellschaftsrechtlichen Dauerschuldverhältnisse. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Einschätzung eines Rechtsgeschäfts als sittenwidrig in hohem Maße – geradezu zwangsläufig – zeitgeistabhängig und damit einem historischen Wandel unterworfen ist.<sup>105</sup> Während etwa lange Zeit Fragen der Familienmoral (Stichwort: Geliebtestament)<sup>106</sup> im Vordergrund standen, greift die Judikatur heute vielfach in das Wirtschaftsleben aus und erreicht über die Anwendung von § 879 ABGB und § 138 BGB im Wege der richterlichen Inhaltskontrolle eine Anpassung vertraglicher Regelwerke an aktuelle Beurteilungsmaßstäbe. Auf diesem Weg werden Klauseln und Vertragsbestimmungen kassiert, dh mit der Nichtigkeitssanktion belegt, die zu einem Zeitpunkt vereinbart wurden, in denen man sie gegebenenfalls noch nicht als sittenwidrig qualifiziert hätte. In den 1950er-Jahren mag ein Ausschluss von Frauen und damit Töchtern noch für akzeptabel gehalten worden sein, obwohl dies unter Geltung von Art 7 B-VG sowie von Art 3 GG durchaus zweifelhaft erscheint.

Es kann an dieser Stelle nicht abschließend geklärt werden, ob die Nichtigkeitssanktion in diesen Fällen in der Weise unbegrenzt Rückwirkung entfaltet, dass frühere Diskriminierungen bis heute auszugleichen sind. Jedenfalls können solche Klauseln heute nicht mehr als Grundlage für aktuelle Ausschlussentscheidungen dienen. Einer solchen Vorgehensweise könnte jedenfalls im Wege der in § 242 BGB normierten und im österreichischen Zivilrecht anerkannten Ausübungskontrolle<sup>107</sup> eine unzulässige Rechtsausübung entgegengehalten werden.<sup>108</sup>

Soll also eine Tochter oder eine Schwester unter Berufung auf eine entsprechende Klausel am Eintritt in die Gesellschaft oder in das Gremium gehindert werden, ist dies rechtlich nicht haltbar.

### 3. Prozessuale Fragen

Die eben erarbeiteten Ergebnisse werfen eine Reihe komplexer Durchsetzungsfragen auf. Die benachteiligte Frau hat keinen Anspruch auf Mitgliedschaft in der Gesellschaft oder in dem Gremium, sondern nur ein Recht auf diskriminierungsfreie Willensbildung der zuständigen berufenden Stelle (Gesellschafter, Berufungskommission). Die Klagsführung auf diskriminierungsfreie Willensbildung ist schwierig. Sicherlich zulässig ist eine Feststellungsklage gem § 228 ZPO bzw § 256 dZPO auf Nichtigkeit der sittenwidrigen Bestimmung.

## IX. Lösung der einzelnen Fälle

1. Nunmehr sind abschließend die unter Pkt III.2. angeführten Beispiele zu lösen. Wie bereits ausgeführt, greift das Diskriminierungsverbot auch in Privatrechtsverhältnissen und

derartige generell-abstrakte Normen sind gem § 16 und § 879 ABGB sowie § 138 BGB sittenwidrig.

2. Im unter Pkt III.2.2. beschriebenen Fallbeispiel sind daher bei einer derartigen Vertragsklausel nicht nur Söhne und Enkelsöhne berechtigt, die Komplementärstellung in einer OG zu übernehmen, sondern auch Töchter oder Enkeltöchter.

3. Das Gleiche gilt im unter Pkt III.2.3. beschriebenen Fallbeispiel auch für den Erwerb der Mitgliedschaft in einer KG. Wiederum ist das Geschlecht keine sachgerechte und taugliche Differenzierung. Die Regelung verstößt gegen die unsachliche Ungleichbehandlung und ist daher als sittenwidrig gem § 879 ABGB und § 138 BGB zu qualifizieren.

4. Auch im unter Pkt III.2.4. beschriebenen Fallbeispiel, bei dem nur weibliche Nachfolger der Gründungsgesellschafter einer Andienungspflicht unterliegen, die männlichen aber aufgrund der Vertragsbestimmung nicht, ist die Regelung wiederum als unsachliche und daher untaugliche Differenzierung iSv § 879 ABGB zu qualifizieren und greift daher nicht.

5. Die unter Pkt III.2.5. und III.2.6. beschriebenen Fallbeispiele beziehen sich nicht auf die Eigentümer-, sondern auf Organstellungen, die jeweils nur männlichen Mitgliedern zugeordnet werden. Sie sind wegen der diskriminierenden Wirkung nichtig, sodass auch Frauen in den Beirat der Familien-KG einziehen können und das Recht auf Geschäftsführung bei Vorhandensein geeigneter Frauen im gerade geschäftsführenden Stamm verbleibt.

6. Abgesehen vom Ausschluss des Erwerbs der Mitgliedschaft ist ein prominentes Feld für die Ungleichbehandlung die unterschiedliche Festlegung des Aufgriffspreises oder des Veräußerungspreises, wenn Männer oder Frauen ihren Anteil veräußern. Erhalten Frauen ohne sachliche Rechtfertigung deutlich weniger als ihre männlichen Gesellschafterkollegen, so stellt dies klar eine unsachliche Differenzierung und damit eine sittenwidrige Klausel dar, die nicht angewendet werden darf. Daher ist Abs 2 des unter Pkt III.2.7. beschriebenen Fallbeispiels wegen unsachlicher und nicht gerechtfertigter unterschiedlicher Festlegung des Aufgriffspreises als sittenwidrig zu qualifizieren.

7. Diskriminierungen können in unterschiedlichen Regelungen kumulieren, wie dies das unter Pkt III.2.8. beschriebene Fallbeispiel deutlich zeigt. Sowohl der Zugang zur Mitgliedschaft als auch die Festlegung der Abfindung zum Zwecke der Versorgung sind diskriminierend gestaltet und daher nichtig.

8. Das Verbot unsachlicher Differenzierung und das Gebot der Gleichbehandlung beschränken sich nicht nur auf den Erwerb der Gesellschaftsanteile kraft Erbfolge oder bei funktional gleichgestellter gesellschaftsrechtlicher Nachfolge auf Unternehmensnachfolger, sondern sie gelten auch für eine sonstige Übertragung an außenstehende Personen. Die schlichte gesellschaftsrechtliche Klausel im unter Pkt III.2.9. beschriebenen Fallbeispiel, dass nur bei Frauen aus der Familie eine Zustimmung eines Gesellschaftsorgans erforderlich ist, nicht hingegen bei Männern, bildet jeweils unsachliche Differenzierungen, die daher § 879 ABGB und § 138 BGB nicht standhalten.

<sup>105</sup> Ausdrücklich *Eckert*, Sittenwidrigkeit und Wertungswandel, AcP 199 (1999), 337 (338).

<sup>106</sup> OLG Hamm 11.9.1979, 15 W 69/79, OLGZ 1979, 425; *Eckert*, AcP 199 (1999), 338.

<sup>107</sup> BGH 13.6.1994, II ZR 38/93, BGHZ 126, 226; *Palm/A. Arnold in Ermann*, BGB<sup>13</sup>, § 138 Rz 59.

<sup>108</sup> BGH 30.6.1983, III ZR 114/82, NJW 1983, 2692; 13.6.1994, II ZR 38/93; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts<sup>9</sup> (2004) § 41 Rz 30; *Sack in Staudinger*, BGB, § 138 Rz 83; *Palm/A. Arnold in Ermann*, BGB<sup>13</sup>, § 138 Rz 59; so schon ausdrücklich *Eckert*, AcP 199 (1999), 337 ff.

9. Schließlich ist auf stiftungsrechtliche Regelungen einzugehen. Der Stifter unterliegt der Gestaltungsfreiheit, dennoch darf er im unter Pkt III.2.10. beschriebenen Fallbeispiel bei Auswahl und Festlegung der Zuwendung nicht durch eine generell-abstrakte Norm unsachlich differenzieren. Eine konkrete Ungleichbehandlung von Schwester und Bruder wäre davon nicht erfasst.

## X. Zusammenfassung

1. In etlichen – vielfach der Öffentlichkeit nicht bekannten – Gesellschaftsverträgen und sonstigen Regelwerken finden sich Regelungen, die pauschal Frauen, Töchter, Schwestern oder Cousinsin und Nichten von der Mitgliedschaft in einer Gesellschaft oder in einem Gesellschaftsgremium ausschließen oder den Veräußerungspreis niedriger als für ihre männlichen Kollegen festsetzen.

2. In regelmäßig nicht öffentlichen Zusatzurkunden von Stiftungen tauchen ebenfalls Regelungen auf, die Frauen generell von der Begünstigtenstellung ausschließen.

3. Für Gesellschaftsverträge gilt der Grundsatz der Privatautonomie, der verfassungsrechtlich geschützt ist, der aber auch verfassungsrechtlich beschränkt ist.

4. Frauen ausschließende Klauseln, dh generell-abstrakte gesellschaftsrechtliche Regelungen, die Frauen von der Mitgliedschaft in der Gesellschaft oder in einem Gesellschaftsgremium ausschließen, verstoßen gegen das verfassungsrechtliche und das einfachgesetzliche Verbot der Diskriminierung is einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung.

5. Das Diskriminierungsverbot ist gem § 16 und § 879 ABGB sowie § 138 BGB auch für Gesellschaftsrechtsverhältnisse anzuwenden.

6. Der Grundsatz der privatautONOMEN Gestaltung von Gesellschaftsverträgen ist mit dem Diskriminierungsverbot abzuwägen. Diese Abwägung führt zu einer Einschränkung der Privatautonomie im Gesellschaftsrecht.

7. Gesellschaftsvertragliche Klauseln, die Frauen ausschließen, sind gem § 879 ABGB sowie § 138 BGB sittenwidrig und daher nichtig, dh unwirksam. Sie sind daher nicht anzuwenden, während der sonstige Gesellschaftsvertrag aufrechterhält. Die Nichtigkeit kann im Wege der Feststellungsklage geltend gemacht werden.

# Betriebsübergangsrecht – brisante Fragen und aktuellste Entwicklungen

Verfasst  
von führenden  
**Expertinnen  
und Experten**

## Aktuelle Entwicklungen im Betriebsübergangsrecht

Reissner/Burger (Hrsg.)  
2016, 120 Seiten, kart.  
ISBN 978-3-7073-3546-0  
EUR 29,-

**AUCH  
online**  
www.lindeonline.at



Preisänderungen und Irrtum vorbehalten. Preise Bücher inkl. 10 % MwSt.

[www.lindeverlag.at](http://www.lindeverlag.at)

**Linde**

# GesRZ-HALBJAHRESABO

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



## BESTELLEN SIE JETZT IHR HALBJAHRESABO

Ja, ich bestelle  Exemplare

**GesRZ-Halbjahresabo 2016 inkl. Onlinezugang und App**

(45. Jahrgang 2016, Heft 4-6)

**EUR 64,-**

Jahresabo 2016 EUR 160,-

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 \_\_\_\_\_

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

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