



Geschlechterklauseln aus Anlass der Entscheidung OGH 6 Ob 55/18h

Bericht über das am 21.01.2020 am Juridicum veranstaltete Legal Lunch Seminar (LLS)

Sophie Hoffmann und Michael Mittermair

A. Zielsetzung der Veranstaltung

Das LLS dient der Förderung des interdisziplinären Austausches und der institutsübergreifenden Zusammenarbeit auf Mittelbauebene der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien. Der dritte und somit letzte Termin des Wintersemesters 2019/20 stand im Zeichen der OGH-Entscheidung 6 Ob 55/18h, aus deren Anlass Geschlechterklauseln und das Verhältnis von Grundrechten und Privatrecht interdisziplinär untersucht wurden. Dieses interessante Thema in Kombination mit hervorragenden Referentinnen sorgte ein weiteres Mal für einen Rekord an TeilnehmerInnen. Es trugen *Julia Told* vom Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht und *Maria Lee-Nowotny* vom Institut für Rechtsphilosophie vor. Die Moderation gestaltete *Sabina Ritter* vom Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte.

Vor Beginn des Vortrages wurde *Julia Told* ausgezeichnet. Sie hatte das LLS gegründet und war seitdem federführend an dessen Organisation beteiligt. In die Fußstapfen treten *Stephanie Nitsch* vom Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung, *Alexandra Kunesch* vom Institut für Staats- und Verwaltungsrecht sowie *Christoph Müller* und *Stefan Holzweber*, beide vom Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht.

B. OGH 6 Ob 55/18h – Unternehmensrechtliche Perspektive

Julia Told bedankt sich für die netten Worte ihrer KollegInnen und beleuchtet die Entscheidung 6 Ob 55/18h aus unternehmensrechtlicher Perspektive. Im Fokus stehen folgende Klauseln des 1963 geschlossenen Gesellschaftsvertrages:

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

„Sollten durch eine testamentarische Verfügung andere Personen als männliche Nachkommen der gründenden Gesellschafter als Erben oder Legatäre zur Übernahme eines Gesellschaftsanteiles 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 einen solchen Erben bzw Legatar entfallenden Anteil unter Einhaltung der Bestimmungen des P. VIII/8 dieses Vertrages zur Auszahlung zu bringen.“

Der verstorbene Komplementär einer KG wollte seinen Gesellschaftsanteil seiner Tochter übertragen und klagte noch zu Lebzeiten auf Feststellung der Nichtigkeit der oben genannten Klauseln. Die Verlassenschaft führte nach dessen Tod die Klage fort. Die Beklagten waren die übrigen zwei Gesellschafter der KG.

Der OGH wie auch die Vorinstanzen gaben dem Begehren statt. Begründet wurde die Entscheidung im Wesentlichen mit drei Argumenten: Der OGH verwies auf die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht, auf das Gleichbehandlungsgesetz sowie Wertungsparallelen zu letztwilligen Verfügungen. Der Gleichheitssatz sei ebenso wie das Gleichbehandlungsgesetz bei der Auslegung von § 879 ABGB als Sittenwidrigkeitskorrektiv zu berücksichtigen.

Told geht vor allem auf die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Wege der Sittenwidrigkeitskontrolle über § 879 ABGB ein. Dabei stimmt sie zunächst der Ansicht der Lehre zu, wonach es dann zu einer mittelbaren Drittwirkung kommt, wenn Freiheitsrechte Einzelner in besonderer Weise betroffen sind oder es sich um Situationen struktureller vertraglicher Unterlegenheit handelt. Als Beispiel struktureller vertraglicher Unterlegenheit nennt *Told* vor allem das Mietrecht und Arbeitsrecht, weil Privatrechtssubjekte auf Arbeit und Wohnung angewiesen sind. Es geht also um die konkrete Schutzbedürftigkeit eines Vertragspartners, welche die Privatautonomie des anderen Vertragspartners zurücktreten lässt.

Darüber hinaus tritt für *Told* die Privatautonomie auch dann hinter die mittelbare Drittwirkung zurück, wenn ein Rechtssubjekt nicht nur die eigenen Angelegenheiten regelt, sondern auch für die Zukunft dauerhafte Regelungen trifft. Demnach müssen sich nach *Told* Gesellschaftsverträge am Gleichheitsgrundsatz messen lassen, wenn der Bestand der Gesellschaft von den Gesellschaftern unabhängig ist. Das GIBG wirke im Hinblick auf die Geschlechtergleichbehandlung bestätigend.

Told stimmt dem OGH in seiner Entscheidung inhaltlich grundsätzlich zu. Etwas widersprüchlich sei für *Told* jedoch die vom OGH gewählte Lösung zum Zeitpunkt der Sittenwidrigkeitsprüfung. Nach dem OGH ist die Sittenwidrigkeitskontrolle zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, konkret also im Jahr 1963, anzustrengen. 1963 wären die beanstandeten Klauseln aufgrund der gesellschaftspolitischen Rahmenbedingungen wohl nicht für sittenwidrig erachtet worden. Im Ergebnis behilft sich der OGH mit einer Ausübungskontrolle zum Prüfzeitpunkt. Die Klausel sei daher grundsätzlich wirksam, die Berufung darauf jedoch nicht. Das passt nach *Told* aber nicht mit dem Begehren der Kläger auf Feststellung der Nichtigkeit zusammen. Nach *Told* habe der OGH letztendlich die Sittenwidrigkeit zum Prüfungszeitpunkt geprüft, was aus Ihrer Sicht nicht zu beanstanden ist. Zwar sei grundsätzlich bei der Sittenwidrigkeitsprüfung auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages abzustellen. Hat ein Vertrag jedoch Dauerwirkung und gleicht er – vereinfacht gesagt – einer generell abstrakten Norm, wiege die Privatautonomie weniger stark. Derartige Vertragsbestandteile seien daher am Sittenwidrigkeitsmaßstab zum Prüfungszeitpunkt zu messen. Es bestehe insofern kein schutzwürdiges Interesse, den Sittenwidrigkeitsmaßstab einzuzementieren.

C. Geschlechterklauseln aus rechtsphilosophischer Perspektive – Die Freiheit zu diskriminieren?

Der Vortrag von *Lee-Nowotny* setzt sich mit der Kritik gegen eine Wirkung der Grundrechte, konkret des Gleichheitssatzes, im Privatrecht auseinander. Hierbei geht sie auf drei Argumente dieser Kritik näher ein.

Nach dem freiheitsrechtlichen Argument dürfe die Privatautonomie generell nicht eingeschränkt werden, denn die negative Freiheit im Privaten schütze vor dem Eindringen des Staates in private Lebensbereiche. *John Stuart Mill* etwa meint, dass es auf persönliche Unzulänglichkeiten zurückzuführen sei, wenn eine Person von anderen gemieden werde. *Lee-Nowotny* weist auf die Problematik dieses Zugangs hin und führt aus, dass eine als grenzenlos verstandene Privatautonomie zu einem Freibrief für rassistische und sexistische Praktiken werden könnte, was sich nicht mit einer demokratischen und liberalen Gesellschaft

vereinbaren ließe. Außerdem stellt *Lee-Nowotny* den Dualismus von privater und öffentlicher Sphäre in Frage, da private Unterdrückung immer auch durch politisch-ökonomische Ausbeutungs- und Unterdrückungsstrukturen bedingt ist. Das bedeute aber nicht, dass das Private vollständig abgeschafft werden sollte, sondern lediglich eine Absage an die vergeschlechtliche Dichotomie. Es gehe um die Verwirklichung der gleichen Freiheit sowohl im Privaten als auch im Öffentlichen. Zudem hatte bereits *Hans Kelsen* in seiner „Reine[n] Rechtslehre“, ausgeführt, dass das „im rechtsgeschäftlichen Vertrag erzeugte ‚private‘ Recht nicht minder der Schauplatz der politischen Herrschaft ist wie das in Gesetzgebung und Verwaltung erzeugte öffentliche Recht.“¹ Schließlich impliziere laut *Lee-Nowotny* das Argument der grenzenlosen Privatautonomie die These des politisch neutralen Privatrechts. Das Privatrecht weise aber sehr wohl eine versteckte politische Natur auf, die nicht als solche erkannt werde, weil die dahinterstehende Ideologie den hegemonialen Verhältnissen entspreche. *Lee-Nowotny* verwendet den Begriff der Ideologie im Sinne *Louis Althusser*s.

Das zweite Argument, auf das *Lee-Nowotny* eingeht, besagt, dass Eingriffe in die Privatautonomie durch den Gleichheitssatz nicht gerechtfertigt seien. Hierzu verweist *Lee-Nowotny* auf *Anna Katharina Mangold* und *Michael Grünberger*, die eben eine solche Rechtfertigung bieten.

Mangold zufolge habe Diskriminierungsschutz die Aufgabe, die prozeduralen Mindestbedingungen für eine funktionierende liberale demokratische Ordnung sicherzustellen. Die diskursive Begegnung auf Augenhöhe sei notwendige Voraussetzung für die Demokratie; die private Behandlung einer Person habe Auswirkungen auf ihre öffentliche Position. *Mangold* unterscheidet zwischen Intimsphäre, Privatsphäre und öffentlicher Sphäre, in denen sukzessive immer stärkere gesetzliche Vorgaben gegen Diskriminierungen (und somit Eingriffe in die Privatautonomie) vorzusehen seien, wobei die konkrete Ausgestaltung dem Gesetzgeber obliege.

Grünberger gehe noch einen Schritt weiter und vertritt, dass es einen Gleichbehandlungsgrundsatz im Zivilrecht gebe, da es schlichtweg für das Zusammenleben von gleich freien und gleichberechtigten Personen in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sei. Der Markt und das Privatrecht seien soziale Institutionen und somit Teil der *basic structure* einer Gesellschaft und daher als solche Regelungsgegenstand von Gerechtigkeits- und Gleichheitsanforderungen. Der Markt diene dazu, Freiheitsmöglichkeiten zu verteilen, wobei eben nicht nur die negative Freiheit der Privatautonomie gemeint ist, sondern auch die positive Freiheit, also der prima facie-Anspruch auf Gleichbehandlung. Er

¹ Hans Kelsen, „Reine Rechtslehre“ 2. Auflage, 286.

sehe den Konflikt zwischen Gleichbehandlung und negativen Freiheiten als Rechtfertigungsproblem, wobei die Anforderungen an die Rechtfertigung entlang eines Rechtfertigungsspektrums variierten.

Abschließend geht *Lee-Nowotny* auf die Ansicht ein, eine Rechtfertigung der Einschränkung der Privatautonomie sei bei besonderer Betroffenheit in Freiheitsrechten oder struktureller Unterlegenheit möglich. In dieser Hinsicht schließt sich *Lee-Nowotny Told* und dem OGH an und verweist dabei auf das positive Recht und auch auf den zeitlichen Faktor (siehe *Told*). Laut *Lee-Nowotny* hätte sich die strukturelle Unterlegenheit der weiblichen Erbinnen im vorliegenden Fall zudem aus ihrer Unterlegenheit in der strukturellen Situierung im „Sosein“ als Frauen ergeben. Die männlichen Gesellschafter seien nämlich nicht nur als Gesellschafter, sondern zusätzlich aufgrund ihrer Situiertheit als Männer strukturell überlegen gewesen. Der OGH habe richtigerweise diese Wertungen in seine Entscheidung miteinbezogen und auch richtig eingesetzt.

D. Diskussion

Ritter bedankt sich bei den Vortragenden und bittet um Diskussionsbeiträge aus dem Publikum.

Die erste Frage richtet sich an *Told*. Fraglich ist, ob Ihre Ausführungen auf alle Gesellschaftsverträge zutreffen, sprich auf Personen- wie Kapitalgesellschaften gleichermaßen. *Told* bejaht dies, fügt aber hinzu, dass bei Personengesellschaften zusätzlich § 4 GIBG in die Sittenwidrigkeitskontrolle des § 879 einfließt. Eine Komplementärstellung sei wertungsmäßig einer selbständigen Tätigkeit im Sinne des GIBG gleichzusetzen.

Told wird in der Folge gefragt, ob man die zeitliche Problematik des Falles nicht dahin lösen könne, eine (konkludente) ständige Erneuerung des Gesellschaftsvertrages anzunehmen, sodass die Nichtigkeit der Klausel auch zu einem späteren „Abschlusszeitpunkt“ feststellbar sei. Im Falle des Verneinens wird ergänzend gefragt, warum man die Sittenwidrigkeit überhaupt brauche, wenn man mit § 1295 Abs 2 ABGB ohnehin über die Ausübungskontrolle zum selben Ergebnis komme. Nach *Told* habe es im konkreten Fall keinerlei Anzeichen einer Erneuerung gegeben, sodass eine solche nicht anzunehmen sei. Für sie ist die Sittenwidrigkeitskontrolle nicht eine Art „stärkeres Schwert“, sondern vielmehr die stimmigere Alternative zur Ausübungskontrolle. Denn bei einer Ausübungskontrolle ist die Klausel ja grundsätzlich wirksam, das Berufen auf ebenjene aber rechtsmissbräuchlich. Das passe nicht auf den vorliegenden Fall, weil keineswegs davon ausgegangen werden könne,

dass die Klausel an sich inhaltlich unbedenklich sei, was bei einer Ausübungskontrolle aber wohl anzunehmen wäre.

Sodann wird *Told* gefragt, wie es bei Geltendmachung der Nichtigkeit auf der Rechtsfolgenseite aussieht. Es handle sich um eine geltend zu machende Nichtigkeit, die ex nunc, also ab dem Zeitpunkt der Geltendmachung, wirke. Ein Berufen darauf, dass die Klausel schon früher rechtswidrig war, schließt *Told* aus Vertrauensschutzgründen aus.

Lee-Nowotny wird zum Unterschied zwischen der Intimsphäre und der Privatsphäre befragt, konkret anhand des Beispiels der Vermietung einer Wohnung. Die Fragestellerin will wissen, wo die Grenze zwischen den zwei Sphären liegt. Zählt zB das Vermieten lediglich eines Zimmers bereits zur Intimsphäre der Vermieterin? *Lee-Nowotny* verweist für die konkrete Fragestellung auf das GIBG und die Richtlinien dazu. Es sei vom Gesetzgeber eine Ausnahmeregelung getroffen worden, dass das GIBG und das Diskriminierungsverbot innerhalb des Wohnverbandes nicht gelte. Würde zB eine Person ein Zimmer in dem von ihr selbst bewohnten Haus untervermieten, hätte sie bei der Auswahl der Mieter keine etwaigen Gleichbehandlungsgebote zu berücksichtigen. Würde aber eine Wohnung vermietet, in der der/die VermieterIn nicht selbst wohnt, wäre Ihrer Ansicht nach das Diskriminierungsverbot sehr wohl einschlägig. *Lee-Nowotny* betont aber auch die politische Natur dieser Fragestellung und die Grenzen dessen, was die Rechtsdogmatik und auch Rechtsphilosophie leisten könnten. Gewisse Dinge seien im politischen Diskurs auszuverhandeln.

Die nächste Frage beschäftigt sich mit der Dauerwirkung von Gesellschaftsverträgen, die nach *Told* eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte rechtfertige, sofern der Vertrag einer allgemein abstrakten Norm nahekommt. Der Fragesteller verweist auf das öffentliche Recht, dessen Bescheide schließlich auch von kurzer Dauer sein können, obgleich sie trotzdem an die Grundrechte gebunden sind. *Told* hebt als großen Unterschied die Privatautonomie hervor, die im öffentlichen Recht wertungsmäßig weit weniger zu berücksichtigen sei. Nur Gesellschaftsverträge, deren Bestand von den Gesellschaftern unabhängig seien, rechtfertigten im Privatrecht ein Zurücktreten der Privatautonomie hinter andere Grundrechte. Der Fragesteller wollte auch wissen, ob *Told* lang andauernden Verträgen an sich das Element der strukturellen Unterlegenheit unterstelle, was *Told* verneinte. Zuletzt suchte ein Zuhörer abermals die Parallele zum öffentlichen Recht. Bei lang andauernden Gesellschaftsverträgen könnte man von einseitiger Rechtsetzung für die Zukunft ausgehen und insofern große Gemeinsamkeiten mit einem Bescheid, der offenkundig einer Grundrechtsbindung unterliege, erkennen.

E. Schluss

Das Legal Lunch Seminar wurde dankenswerterweise aus dem Overhead Drittmittel Budget der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien finanziert. Die Vorbereitungen auf das Sommersemester sind in vollem Gange und das LLS Team freut sich schon, weitere spannende Vorträge und Diskussionsthemen vorstellen zu dürfen. Alle weiteren Informationen werden zeitnahe auf der Website <https://unternehmensrecht.univie.ac.at/team/rueffler/legal-lunch-seminar-lls/> sowie per Mailverteiler bekannt gegeben.