

III/1³ [2017] § 230 ZPO Rz 5). Dass diese Grundsätze ein **Gebot prozessualer Fairness** sind, zeigt sich gerade auch im Ausgangsverfahren. Bislang hatte der OGH in vergleichbaren Sachverhalten die Anwendbarkeit der EuGVVO 2012 bejaht. Der Kl durfte daher darauf vertrauen, dass es nicht wegen fehlender Ausführungen zum innerstaatlichen Zuständigkeitsrecht zur Zurückweisung der Klage kommt (*Arnold/Garber*, IPRax 2019 [in Druck]; krit auch *Weller/Walter*, Brak

2019, 125, wonach sich die Frage nach einer Verletzung von Verfahrensgrundsätzen stelle, sowie *Wittich*, *ecolex* 2019, 518 [EAnm]). Die Entscheidung verstößt daher in eklatanter Weise gegen das in § 182 a ZPO normierte **Verbot der Überraschungsentscheidung**, das auch für den OGH gilt (*Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 664).

Stefan Arnold, Universität Münster/
Thomas Garber, Universität Graz



→ Die „Ausübungskontrolle“: Nachträglich entstehende Sittenwidrigkeit

§ 879 Abs 1 ABGB (§ 1 Abs 1 Z 4, § 4 Z 3 GIBG; § 177 UGB)

→ Geht es um die Ermöglichung des Zugangs zu einer mit einer Gesellschaftsbeteiligung verbundenen Unternehmensführung (hier: Komplementär), können die Wertungen des GIBG zur Ausfüllung der Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB herangezogen werden.

Sachverhalt:

Der (ursprüngliche) Kl ist 2017 verstorben. Er war unbeschränkt haftender Gesellschafter der im Firmenbuch eingetragenen KG. Der ErstBekl ist unbeschränkt haftender Gesellschafter, dessen Sohn (der ZweitBekl) Kommanditist der KG.

Der Verstorbene, sein Vater M sen und sein Bruder, der ErstBekl, schlossen am 12. 8. 1963 „zur Errichtung einer KG“ nachfolgenden (auszugsweise wiedergegebenen) „Gesellschafts-Vertrag“:

„[...]“

VI.

Gesellschafterwechsel und Neuaufnahme von Gesellschaftern durch Rechtsgeschäfte:

[...]

Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen oder Teilen derselben innerhalb des Personenkreises, soweit er durch die erstmalige Gesellschafter-Zugehörigkeit 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 Gesellschafter-Anteilen 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.

→ Auch wenn ein Vertrag im Zeitpunkt seiner Errichtung als nicht gegen rechtlich geschützte Interessen verstoßend und damit nicht als sittenwidrig angesehen wurde, ist er dennoch als sittenwidrig nichtig, wenn er im Zeitpunkt seiner Beurteilung nicht mehr dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden entspricht (hier: Diskriminierung weiblicher Erben des Komplementärs).

4./ Sollten durch eine testamentarische Verfügung andere Personen als männliche Nachkommen der gründenden Gesellschafter als Erben oder Legatäre zur Übernahme eines Gesellschafteranteiles 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 P. VIII/8 dieses Vertrags zur Auszahlung zu bringen.

[...]

Mit Schreiben v 11. 1. 2017 wiederholte der Verstorbene seinen Wunsch, dass ihm seine Tochter in seiner uneingeschränkten Gesellschafterstellung bei der Kommanditgesellschaft nachfolge. Der ZweitBekl teilte mit Schreiben v 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 erliegt eine letztwillige Verfügung des Verstorbenen v 29. 8. 2012, in der seine Tochter zu 65% und seine Ehegattin zu 35% als Erbinnen eingesetzt werden. Darüber hinaus vermachte der Verstorbene seiner Tochter als „echtes Vorauslegat“ seine 40% ige Beteiligung an der Kommanditgesellschaft und bestimmte sie iSd Ziffer VII des Gesellschaftsvertrags zu seiner Rechtsnachfolgerin.

Die Kl begehrt die Feststellung der Nichtigkeit, in eventu die Aufhebung des Gesellschaftsvertrags in den Punkten VI. Abs 2 Satz 2 und 3, VII. Abs 1 Satz 1 und 2 und VII. Abs 4 insoweit, als Frauen nicht mit Männern gleichgestellt sind.

Die Vorinstanzen gaben dem Feststellungsbegehren statt. →

EvBl 2019/133

§ 879 Abs 1
ABGB
(§ 1 Abs 1 Z 4,
§ 4 Z 3 GIBG;
§ 177 UGB)

OGH 24. 1. 2019,
6 Ob 55/18h
(OLG Linz
3 R 153/17s;
LG Salzburg
5 Cg 38/17k)

Die Entscheidung erweitert den Bereich der „Ausübungskontrolle“ mit ausführlicher Begründung auch auf das Gesellschaftsrecht, sodass in Einzelfällen auch unter anderen sozialen und ethischen Auffassungen entstandene ältere Gesellschaftsverträge sich einer Sittenwidrigkeitskontrolle zu unterwerfen haben.

Der OGH stellte fest, dass die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags der KG v 12. 8. 1963 in den Punkten VI. Abs 2 und VII. Abs 1 und Abs 4 insoweit nicht wirksam sind, als Frauen nicht mit Männern gleichgestellt sind.

**Aus den Entscheidungsgründen:
[Der Gleichheitsgrundsatz]**

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 (VfGH VfSlg 1230 uva; 9 ObA 126/98 f; VwGH 94/17/0226) und Gesetzgeber (VfGH VfSlg 1451, 16.407 uva) bindenden verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz ist nach der Rsp des VfGH ein allgemeines Gebot der Sachlichkeit von Gesetzen zu erschließen (zB VfGH VfSlg 16.407).

Eine zunächst gleichheitskonforme Regelung kann durch eine Änderung der „maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse“ gleichheitswidrig werden (VfGH VfSlg 9995).

Art 14 EMRK normiert, dass der Genuss der in der EMRK festgelegten Rechte und Freiheiten ohne Benachteiligung zu gewährleisten ist, die insbesondere unter anderem 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 im Sinn von Art 1 1. ZP betreffen.

Die (gegen den Staat gerichteten) Grundrechte wirken nach heute anerkannter Auffassung mittelbar auf das Verhältnis Privater zueinander ein („Theorie der mittelbaren Drittwirkung“; 3 Ob 2440/96 m). Insbesondere 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). Dass auch im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsrecht grundrechtliche Wertungen bei der Auslegung des § 879 ABGB zu berücksichtigen und gesellschaftsvertragliche Regelungen am Maßstab der Grundrechte zu messen sind, bestreiten die Bekl im RevVerf gar nicht.

[Das Gleichbehandlungsgesetz]

Auf einfachgesetzlicher Ebene in Österreich versucht insbesondere das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) eine Diskriminierung von Frauen in der Arbeitswelt zu beseitigen. Das Gesetz verbietet für den Rechtsverkehr zwischen Privaten in bestimmtem Umfang unmittlere wie mittelbare Diskriminierung aufgrund bestimmter Merkmale eines Menschen.

Zu dem von den Bestimmungen des I. Teils des Gleichbehandlungsgesetzes „Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt“ erfassten Bereich zählten nach dessen Stammfassung auch die „Be-

dingungen 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).

Mit der RL 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 7. 7. 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der RL 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 (ErwGr 1). Insbesondere 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 (ErwGr 14). Nach Art 4 Abs 1 der RL hat gemäß dem Grundsatz der Gleichbehandlung jegliche unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im öffentlichen oder privaten Sektor, etwa in Verbindung mit 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 RL alle Personen zu verstehen, die nach den Bedingungen des innerstaatlichen Rechts eine Erwerbstätigkeit auf eigene Rechnung ausüben.

Die RL wurde in Österreich durch das Bundesgesetz BGBl I 2013/107 umgesetzt (ErläutRV 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 der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderer Art von selbständiger Tätigkeit“ verboten ist. Durch die Neuregelung sollte der Geltungsbereich dahingehend klargestellt werden, dass alle jene Bereiche geschützt sind, die vom Geltungsbereich der Selbständigen-Gleichbehandlungsrichtlinie erfasst sind; eine Änderung der materiellen Rechtslage sollte insoweit nicht erfolgen (ErläutRV 2300 BlgNR 24. GP 2). Ausweislich der Gesetzesmaterialien geht der Gesetzgeber vom Begriff „selbständige Erwerbstätige“ der RL aus (ErläutRV 2300 BlgNR 24. GP 2).

[Die Stellung des Komplementärs]

Die Stellung des Komplementärs ist nach der Konzeption des Gesetzes mit geschäftsführender Tätigkeit verbunden (§ 161 Abs 2, § 164 iVm § 114 UGB).

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 Fall ihrer Anwendung diskriminierend wirken. Auch wenn die Gesellschaft alleinige Betreiberin des Unternehmens ist und dieser Betrieb die Gesellschafter einer OG oder einer KG nach herrschender Meinung nicht zu Unternehmern im Sinn des UGB macht, 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 im Sinn der RL 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.

[Die Sittenwidrigkeit]

Nach § 879 Abs 1 zweiter Fall ABGB ist ein Vertrag, der gegen die guten Sitten verstößt, nichtig.

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 [T 3]). Die Sittenwidrigkeitsklausel ist ein restriktiv einzusetzendes Regulativ, das nur in jenen krassen Fällen, in denen dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwidergehandelt wird, die grundsätzlich zu gewöhnlicher Vertragsfreiheit einschränkt (RIS-Justiz RS0113654).

[Sittenwidrigkeitsprüfung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses]

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.

Da die Sittenwidrigkeitsklausel ein restriktiv einzusetzendes Regulativ ist, kann angesichts der damals gel-

tenden 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.

[Die Diskriminierung weiblicher Nachkommen]

Der Gesellschaftsvertrag der KG diskriminiert weibliche Nachkommen sowohl bei der Übertragung einer Gesellschaftsbeteiligung 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 Gesellschaftsvertrags (und nach derzeitiger Rechtslage) der Tod eines Komplementärs zur Auflösung der Kommanditgesellschaft führte, sofern sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergab („Nachfolgeklausel“; § 131 Z 4 HGB 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 258/08 x).

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

Die Nachfolgeregelung des Punktes VII. des Gesellschaftsvertrags 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.

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).

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).

[Sittenwidrigkeit nach heutiger Rechtslage]

Entgegen den Ausführungen der Rev sind die generell-abstrakten, weibliche Nachkommen aufgrund des Geschlechts diskriminierenden Regelungen des Gesellschaftsvertrags nicht unangreifbar:

Die Überlegungen zur Anfechtung von Beschlüssen, insbesondere im Kapitalgesellschaftsrecht, haben mit der entscheidungswesentlichen Rechtsfrage nichts zu tun. Die Nichtigkeitssanktion nach § 879 Abs 1 ABGB ist grundsätzlich unverzichtbar (RIS-Justiz RS0016442; RS0016530). § 879 Abs 1 ABGB schränkt die Privatautonomie ein. Auch die Grenzen dessen, was in der Satzung einer Aktiengesellschaft geregelt sein kann, werden (unter anderem) durch § 879 ABGB gezogen (RIS-Justiz RS0128831). Dass die Klauseln einvernehmlich vereinbart wurden, ist kein überzeugendes Argument, setzt doch jede Geltendmachung einer inhaltlichen Nichtigkeit einer Bestimmung zunächst deren einvernehmliche Vereinbarung voraus (vgl RIS-Justiz RS0016442); anders könnte ein Zweck solcher Verbotsnormen überhaupt nicht erreicht werden (RIS-Justiz RS0016442 [T 1]). Dass die Gesellschafter im Einvernehmen buchstäblich alles wirksam vereinbaren könnten, ist damit nicht richtig.

Die den Wertungen des Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG und des § 4 Z 3 GIBG widersprechenden Differenzierungen nach dem Geschlecht potentiell Nachfolgender in den Punkten VI. und VII. des Gesellschaftsvertrags 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 Kommanditgesellschaft ist, geltend machen:

[Sittenwidrigkeit im Wandel der Zeit]

Die Maßstäbe der Beurteilung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts als sittenwidrig unterliegen einem Wandel in der Zeit (vgl etwa 3 Ob 45/12 g 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 Gesellschaftsvertrags 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 Bekl in der Rev mit keinem Wort.

Ein Vertragspartner kann ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten ver-

stößt, 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 scheitert in einem solchen Fall eine Anfechtung der ursprünglichen Vereinbarung in unmittelbarer Anwendung des § 879 Abs 1 ABGB.

[Die Ausübungskontrolle]

In Deutschland wird in diesem Zusammenhang aus § 242 BGB (Gebot der Bewirkung einer Leistung nach Treu und Glauben) abgeleitet, dass es Fälle gebe, in denen sich die Gesellschaft nach Lage der Dinge auf eine an und für sich wirksame Klausel hic et nunc nicht berufen dürfe (K. Schmidt in MünchKomm zum HGB⁴ § 131 Rz 176). Es handle sich daher bei der „Ausübungskontrolle“ um eine Ergebniskorrektur unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs für den Fall, dass eine Klausel zwar bei Vertragsschluss nicht zu beanstanden war, im nunmehrigen Zeitpunkt aber nicht wirksam vereinbart werden könnte. Beurteilt werde daher nicht die Rechtmäßigkeit der Vereinbarung, sondern jene der Rechtsausübung.

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 2147/96 f; 2 Ob 281/05 w). Mehrheitsentscheidungen müssen sich daher an der Pflicht zur Förderung des vereinbarten gemeinsamen Zwecks, das heißt der Treuepflicht und dem Gleichbehandlungsgrundsatz sowie der Sittenwidrigkeit, messen lassen. Mit dieser „Ausübungskontrolle“ wird demnach der Mehrheit eine willkürliche Stimmrechtsausübung zulasten der Minderheit untersagt.

Nach stRsp 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]).

Diese Überlegungen lassen sich der Rsp 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 [T 20]) oder wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht (RIS-Justiz RS0026271 [T 19]); diese Rsp findet auch im gesellschaftsrechtlichen Kontext Anwendung (jüngst 6 Ob 122/16 h).

Nach stRsp 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 in diesem Zusammenhang 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 136/16 w [ErwGr 1]).

Zu 7 Ob 98/05 w führte der OGH aus, dass (etwa) ein Unterhaltsverzicht samt Ausschluss der Umstandsklausel „unwirksam“ ist, wenn das Beharren auf dem Unterhaltsverzicht aus besonderen Gründen (nun-

mehr) 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.

Anmerkung:

1. Der OGH stellt die Sittenwidrigkeit (§ 879 Abs 1 ABGB) einer **gesellschaftsvertraglichen Nachfolge**regel fest, die nach dem **Geschlecht differenziert** (zust *Arlt*, GesRZ 2019, 187 f; *Zimmermann*, *ecolex* 2019, 604 f; so bereits *Kalss/Dauner-Lieb*, GesRZ 2016, 249; aA *Berka*, GES 2017, 347). Dabei stützt er sich auf zwei Begründungspfeiler: Den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG) und ein einfachgesetzliches Diskriminierungsverbot (§ 4 Z 3 GIBG).

2. Die hauptsächliche Begründung soll wohl das GIBG liefern (s Pkt 14.2. der Entscheidung, der die Verfassung anders als Pkt 14.1. nicht mehr nennt). Sein § 4 Z 3 ordnet ein Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts beim **Zugang zu selbständiger Tätigkeit** an. Das GIBG sei zwar nicht auf gesellschaftsvertragliche Normen zugeschnitten und damit nicht direkt anzuwenden (Pkt 9.4.c). Der OGH folgt allerdings *Kalss/Dauner-Lieb* (GesRZ 2016, 255) und vertritt die Auffassung, dass es darauf nicht ankomme: Da die Anwendung der Nachfolgeklausel diskriminierend wirke und es um die Unternehmensführung gehe (Komplementär), können die Wertungen des GIBG herangezogen werden.

Diese Auffassung läuft im Ergebnis auf eine – als Sittenwidrigkeitskontrolle bezeichnete – **Anwendung des GIBG** auf Gesellschaftsverträge hinaus, sobald es einen Zusammenhang mit einer selbständigen Tätigkeit (hier: Komplementärstellung) gibt. Freilich ist dann die in der Entscheidung mehrfach angesprochene Möglichkeit einer „sachlichen Rechtfertigung“ dieser unmittelbaren Diskriminierung kaum vorstellbar (vgl *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 5 Rz 13 ff).

Folgt man dem OGH, hat dies Folgewirkungen außerhalb der Geschlechterdiskriminierung. Auch die „Wertungen“ des identisch aufgebauten **§ 18 Z 3 GIBG** sind dann bei der Kontrolle von Gesellschaftsverträgen heranzuziehen, sobald es einen hinreichenden Zusammenhang mit einer unternehmerischen Tätigkeit gibt: Verboten sind Nachfolgeklauseln, die eine Differenzierung vornehmen aufgrund ethnischer Zugehörigkeit („nur österreichische Anteilseigner“), Religion, Weltanschauung („keine Identitären“), des Alters („Ausscheiden mit 65“) oder der sexuellen Orientierung (§ 18 Z 3 iVm § 17 Abs 1 GIBG). Rechtfertigungen

sind – außer beim Alter – nur sehr eingeschränkt zulässig (§ 20 GIBG).

3. Das weite Verständnis des Anwendungsbereichs des GIBG steht im Einklang mit bisherigen Lehrmeinungen (vgl etwa *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 1 Rz 47: diskriminierende Auswahlrichtlinien eines Franchisegebers unzulässig). Das einfachgesetzliche Diskriminierungsverbot dient dem OGH aber wie erwähnt nur als einer von zwei Eckpfeilern. Daneben nennt der 6. Senat den **verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz** (Pkt 4.), der über die mittelbare Drittwirkung auch im Privatrecht Bedeutung habe (Pkt 5.).

Dass Grundrechte in die Sittenwidrigkeitsprüfung einfließen, ist zwar tatsächlich unbestritten. Allerdings ist davon die entscheidende Auslegungsfrage zu trennen: Möchte der Gleichheitssatz die Privatautonomie überhaupt einschränken (vgl bereits *Perner*, ÖJZ 2011, 333 zur Geschlechterdiskriminierung durch Privatversicherer)? Da die beiden in Pkt 6. als Beleg angeführten Entscheidungen des OGH (7 Ob 193/04i) und des EGMR (69498/01, *Pla und Puncernau/Andorra*) dies – bei letztwilligen Verfügungen – jeweils voraussetzen, anstatt es zu begründen, werden sie zu Recht heftig kritisiert (zum OGH *Kalss/Probst*, GesRZ 2013, 122; zum EGMR *Rebhahn*, AcP 210 [2010] 512 f).

Auch der 6. Senat zeigt nicht auf, wieso die **Verfassung** zu einer **Einschränkung der Privatautonomie** führen sollte. Damit ebnet er den Weg für ein sehr weites Verständnis in der Lehre. Tatsächlich wurde in einer Besprechung bereits die Auffassung vertreten, die Entscheidung könne (iZm Gesellschaftsverträgen) „sicherlich für jede Art der Diskriminierung [dh unsachlichen Gleichbehandlung] relevant sein“ (*Arlt*, GesRZ 2019, 187; vgl auch 188 aE). Das Diskriminierungsverbot soll sich also nicht auf Nachfolgeklauseln beschränken, die zur Unternehmensführung berechtigen. Die Ideen werden sich weiterspinnen lassen: Was in der zitierten Stellungnahme eine „unsachliche“ Ausübung der Privatautonomie (über den Anwendungsbereich des § 4 Z 3 GIBG) ist, ist beim nächsten Mal (außerhalb des Anwendungsbereichs des § 30 GIBG?) ein „unsachlicher Vertrag“ oder eben – wie auch in den vom OGH zitierten Judikaten – ein „unsachliches Testament“. Dass bereits die Unsachlichkeit einer Entscheidung den Eingriff in die Privatautonomie recht-





fertigen soll, überrascht. Ihr Wesenskern ist doch, dass Entscheidungen nicht begründet werden müssen, also unsachlich sein dürfen. Die Unsachlichkeit ist damit Reflex der Freiheit, die uns von einer Begründungspflicht entbinden soll.

Zweifellos kann die Auslegung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes auch außerhalb des einfachgesetzlichen Rahmens dazu führen, dass „unsachliche“ Rechtsgeschäfte sittenwidrig und damit verboten

sind (vgl nur *Holoubek in Korinek et al*, B-VG Art 7 Rz 443 ff [445]). Dies allerdings eben nicht nur unter Rekurs auf die Unsachlichkeit und – auch bei der Geschlechterdiskriminierung – in sehr engen Grenzen: Wozu benötigte man noch das GIBG, wenn Diskriminierungen außerhalb seines Anwendungsbereichs ohnehin wegen Verfassungswidrigkeit unzulässig wären?

Stefan Perner,
Wirtschaftsuniversität Wien

EvBI 2019/134

§ 933 ABGB
(§ 1489 ABGB)

OGH 5. 3. 2019,
1 Ob 6/19t
(LG Salzburg
53 R 139/18 z;
BG Oberndorf
2 C 444/14 i)

→ Technischer Umbau einer Grubenlokomotive

§ 933 ABGB (§ 1489 ABGB)

→ Bleibt der zugesagte Erfolg aus, weil eine vom Unternehmer angebotene Art der Werkerstellung (oder eine von mehreren angebotenen Ausführungsvarianten), die vom Besteller durch die Annahme des Angebots akzeptiert wurde, nicht tauglich war, treten die Rechtsfolgen der Gewährleistung – bzw des Schadenersatzrechts nach § 933 a

Sachverhalt:

Die Betreiberin eines Heilstollens beauftragte den Nebenintervenienten (NI) mit dem „Aufbau“ einer Grubenlokomotive für den Personentransport. Dabei sollte das **Antriebsprinzip** von elektrisch-mechanisch auf elektrisch-hydraulisch **umgestellt** und der vorhandene Elektromotor zusammen mit dem Getriebe und den Achsen mit den Rädern **weiter verwendet** werden. Der NI (ein Fachunternehmen für „Maschinenbau-Hydraulik-Fahrzeugbau“) kontaktierte die Kl. Diese sollte die erforderlichen **Komponenten** in Verbindung mit den vom NI zur Verfügung gestellten gebrauchten Komponenten so zusammenstellen, dass der Antrieb in der

Grubenlokomotive zum Einsatz kommen kann. Die Kl wandte sich ihrerseits an die Bekl, eine **Produzentin und Vertreiberin** von Komponenten für den Maschinen- und Anlagenbau. Im Oktober wurden die Basisdaten für den Antriebsmotor besprochen, wobei der NI die Nennleistung des bisherigen Elektromotors bekanntgab und mitteilte, dass diese auch der neue Antriebsmotor erbringen müsse. Bei einer Besichtigung der Grubenlokomotive waren auch der Betriebselektriker des Heilstollens und der NI anwesend; es wurde besprochen, dass die Lokomotive jedenfalls eine Geschwindigkeit zwischen 18 und 20 km/h erreichen müsse. Allen Beteiligten war bekannt, dass die Grubenlokomotive für die Beförderung von Personen im Heilstollen eingesetzt werden soll. Da **Aufgabe** der Bekl die „Umwandlung“ der Leistung des Elektromotors in hydraulische Leistung war, erstellte sie einen Hydraulikschaltplan, den die Kl und der NI noch vor Bestellung der Komponenten erhielten. Die Kl bestellte die von der Bekl angebotenen Komponenten zum Preis von € 10.800,-. Die Bekl lieferte den Antrieb Anfang Dezember 2008 und die Kl stellte dem NI die gelieferten Motoren in Rechnung, die umgehend beglichen wurden. Im April 2011 fand nach Zusammenbau der Gru-

benlokomotive und Einbau der Antriebskomponenten durch den NI ein **erster Test** im Heilstollen statt. Dabei stellte sich heraus, dass die Leistung der Antriebsmotoren **zu schwach** war. Optimierungsversuche der Bekl blieben erfolglos. Mitte Dezember 2011 beauftragte die Kl die Bekl daher neuerlich mit der Lieferung von zwei (stärkeren) Hydromotoren. Die Bekl lieferte und fakturierte diese und die Kl bezahlte die Rechnung umgehend. Sie verrechnete dem NI für die neu gelieferten Motoren € 12.386,40. Nach längerer Korrespondenz überwies der NI € 4.800,- und weigerte sich, die weiteren € 7.586,40 (für „Arbeitszeiten und Materialkosten im Zusammenhang mit der Fehllieferung“) zu zahlen. Bei einer einfachen Nachrechnung der Leistungsfähigkeit des elektrisch-mechanischen Antriebskonzepts hätte den Mitarbeitern der der Bekl auffallen müssen (bzw hätten diese erkennen können), dass die zuerst eingebauten Motoren für die geforderte Anwendung nicht geeignet sind. Seit dem Einbau der neu gelieferten Hydraulikmotoren („Hydraulik-Verstellmotoren“) läuft die Grubenlokomotive nun problemlos.

→ Hat ein Regressanspruch gleichzeitig Schadenersatzcharakter, so beginnt die Frist zu seiner Geltendmachung (Verjährung) erst mit der Zahlung des Regressberechtigten an den geschädigten Dritten.

Die Kl begehrt von der Bekl Schadenersatz (€ 7.586,40). Die Bekl wendete zusammengefasst ein, dass sie die Antriebsmotoren entsprechend der Bestellung mangelfrei geliefert habe.

Das ErstG wies das Klagebegehren ab.

Das BerG hob die Entscheidung zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung auf.

Der OGH gab dem Rek dagegen nicht Folge.

Aus der Begründung:

[Beginn der Verjährungsfrist]

Wer für fremdes Handeln Ersatz leistet, kann gem § 1313 Satz 2 ABGB Rückersatz verlangen. So kann der Geschäftsherr, der nach § 1313 a ABGB für seinen Gehilfen einstehen muss, vom Gehilfen Ersatz fordern. Die Regel des § 1313 Satz 2 ABGB ergibt sich daraus, dass der Gehilfe seine Pflichten gegenüber dem Ge-

Hier befasst sich der OGH mit Fragen der Verjährung sowie der Gewährleistung und des Schadenersatzes bei Mangelhaftigkeit der von einem Subunternehmer erbrachten Leistungen.