

DISKRIMINIERUNGSSCHUTZ IM GESELLSCHAFTSRECHT

Georg Schima

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung.....	2
2. Die OGH-Entscheidung vom 24.01.2019, 6 Ob 55/18h.....	2
3. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, insbesondere des Art 7 BV-G, im Gesellschaftsrecht..	4
3.1. Mittelbare Drittwirkung, Gleichheitssatz und Privatautonomie	4
3.2. Das Gesellschaftsrecht als Anwendungsbereich für die mittelbare Drittwirkung	6
3.3. Fazit.....	7
4. Gesellschaftsrecht und antidiskriminierungsrechtlicher Rahmen	8
4.1. Diskriminierung bei der Gründung und Erweiterung eines Unternehmens sowie der Aufnahme oder Ausweitung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit (§ 4 Z 3 GIBG, § 18 Z 3 GIBG)	9
4.2. Diskriminierung bei der Versorgung mit öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen.	11
5. Rechtsfolgen diskriminierender gesellschaftsvertraglicher Klauseln.....	11
5.1. Nichtigkeit als Rechtsfolge und Konzept des Gleichbehandlungsgesetzes	11
5.2. Schadenersatz.....	18
6. Zur Falllösung betreffend OGH 24.01.2019, 6 Ob 55/18h	19
7. Ergebnis, Ausblick.....	20

1. Einleitung

Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 24. Jänner 2019, 6 Ob 55/18h¹, in der das Höchstgericht eine Frauen benachteiligende Geschlechterklausel in einem KG -Vertrag für unwirksam erklärte, hat nicht nur in der Fachwelt Staub aufgewirbelt,² sondern wurde auch in der Tagespresse gewürdigt.³ Und es trat der sehr seltene Fall ein, dass eine österreichische Höchstgerichtsentscheidung mangels einschlägiger eigener Rechtsprechung auch in Deutschland Aufmerksamkeit erregte.⁴ Dessen ungeachtet sind keineswegs alle Aspekte der Entscheidung bisher diskutiert worden und fehlt nach wie vor eine umfassende Kritik des Erkenntnisses, dessen „sympathisches“ Ergebnis mancherorts – diesen Eindruck gewinnt man – den kritischen Blick etwas getrübt haben dürfte.

Weil nicht einmal die Analyse der Entscheidung selbst bisher einigermaßen abgeschlossen ist, wäre es vermessen und zu früh, ein gleichsam geschlossenes System des Anti-Diskriminierungsrechts im gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang zu präsentieren. Der OGH hat nämlich mehr Fragen offen gelassen als gelöst, und seine Entscheidung ist meines Erachtens weder in der (sehr dürftigen) Begründung noch im Ergebnis überzeugend. Die Themenbehandlung wird daher auch stark durchzogen sein von einer Befassung mit den Ausführungen des OGH in der erwähnten Entscheidung, ich nenne sie in der Folge auch „Geschlechterklausel-Entscheidung“.

Freilich werden sich meine Ausführungen nicht auf das Problem der Geschlechterdiskriminierung im Gesellschaftsrecht beschränken, auch wenn dieser die vergleichsweise größte praktische Bedeutung zukommen mag; vielmehr sollen auch andere diskriminierungsrechtlich im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsrecht möglicherweise relevante Kriterien behandelt werden.

2. Die OGH-Entscheidung vom 24.01.2019, 6 Ob 55/18h

Der OGH hatte sich mit dem Gesellschaftsvertrag einer Kommanditgesellschaft zu beschäftigen. Ein Komplementär, der im Laufe des Verfahrens verstarb, weshalb das Verfahren von der Verlassenschaft als Klägerin fortgeführt wurde, hatte seiner Tochter als „echtes Vorausvermächtnis“ seine Komplementär-Beteiligung testamentarisch vermacht. Der Gesellschaftsvertrag sah vor, dass bei weiblichen Rechtsnachfolgern in den Komplementär-Anteil eine Zustimmung der übrigen Gesellschafter erforderlich ist, nicht hingegen bei männlichen Rechtsnachfolgern. Der Erblasser hatte noch versucht, von den anderen Gesellschaftern eine Zustimmung zu erlangen, darauf aber als Antwort erhalten, dass der Fall ja noch nicht „*spruchreif*“ sei und hoffentlich auch noch lange nicht eintreten werde. Eine von den anderen Gesellschaftern vorgeschlagene Gesellschafterversammlung zur Erörterung des Themas erlebte der Erblasser nicht mehr. Dass es einen formell ablehnenden Beschluss der anderen Gesellschafter betreffend den Eintritt der Tochter gegeben hat, ist der Volltext-Entscheidung nicht zu entnehmen; jedenfalls gab es keinen zustimmenden Beschluss.

Die von der Verlassenschaft fortgeführte Klage war auf die Feststellung der Unwirksamkeit der diversen (es war nicht bloß eine) frauenbenachteiligenden Klauseln im KG-Vertrag gerichtet und zwar „*insoweit ... als Frauen nicht mit Männern gleichgestellt sind*“.

Der OGH – in Übereinstimmung mit den Unterinstanzen – gab der Klage statt.

Er begründete dies – verkürzt dargestellt – mit einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte,

¹

² Vgl die Besprechungen von.....

³ Vgl

⁴ Vgl.....

konkret des Gleichheitssatzes in Art 7 B-VG, vor allem aber mit den „Wertungen“ des Gleichbehandlungsgesetzes, konkret von § 4 Z 3 GIBG, die zur Konkretisierung der Gute Sitten-Klausel des § 879 ABGB herangezogen werden könnten.

Grundsätzlich sei die Nichtigkeit von Verträgen nach den Verhältnissen im Vertragsabschlusszeitpunkt zu beurteilen, so der OGH, und dies gelte – unter Verweis auf die Literatur und Judikatur⁵ – auch für Dauerschuldverhältnisse. Im Vertragsabschlusszeitpunkt, 1963, sei im Hinblick auf das bis 1975 im ABGB verankerte patriarchalische Familienmodell die Geschlechterklausel nicht sittenwidrig gewesen. Bei Dauerschuldverhältnissen könnten sich aber die Gegebenheiten und gesellschaftspolitischen Vorstellungen sowie rechtlichen Rahmenbedingungen im Laufe der Zeit ändern. Dies könne dazu führen, dass ein Vertragspartner sich auf die Ausübung von Rechten aus einem im Abschlusszeitpunkt unbedenklichen Vertrag nicht mehr berufen dürfe. Der OGH verwies in diesem Zusammenhang auf die Fallkonstellation eines Unterhaltsvergleiches mit Verzicht auf die Umstandsklausel, auf den sich zu berufen wegen geänderter Umstände dennoch den daraus Berechtigten verwehrt sein könne.⁶ Im Wege der „Ausübungskontrolle“ sei die beanstandete Geschlechterklausel daher unwirksam, und dies werde mit Feststellungsklage geltend gemacht.

Die Reaktionen auf die Entscheidung waren vielfältig, wichen teilweise – und zwar insbesondere in der Interpretation der Entscheidung und den Folgewirkungen - stark voneinander ab und befassten sich auch zum Teil mit ganz unterschiedlichen thematischen Schwerpunkten.

Besonders divergent war die Beurteilung der Begründungstiefe des Judikats. Während *Zimmermann* der Entscheidung bescheinigte, „*besonders sorgfältig begründet*“ zu sein⁷ und *Arlt*⁸ meinte, der OGH sei zu seinem Ergebnis in einer „*klaren und stringenten Abhandlung*“ gelangt zu sein, konnte man bei *Czernich*⁹ folgende Einschätzung lesen: Es überrasche der „*referierende Stil*“ der Entscheidung, die mehr an eine wissenschaftliche Arbeit als ein Gerichtsurteil erinnere. Ein Höchstgericht solle aber eine Entscheidung treffen, und was nutze die Darstellung des Meinungsstandes, wenn dieser nur referiert werde, ohne dass klar erkennbar sei, welcher Meinung sich das Höchstgericht anschließe.

Diese Einschätzung trifft genau den Punkt. Es erstaunt schon, dass der OGH in einer so zentralen Frage, die bislang weder in Österreich noch in Deutschland höchstgerichtlich entschieden war, zwar wie in einer ambitionierten Bachelor-Arbeit geradezu endlos Meinungen aneinander reihte, bei der eigentlichen und gerade einmal eine Seite (!) umfassenden Begründung des Ergebnisses aber in einer Weise schwammig blieb, die schon sehr überrascht. Diese Schwammigkeit spiegelt sich auch in manchen Rezensionen der Entscheidung wieder, weil offenbar – etwas überspitzt ausgedrückt – jeder Rezensent ein bisschen etwas anderes aus der Entscheidung herausliest.

So monierte *Perner* auf der Zivilrechtstagung im September 2019 in der Diskussion,¹⁰ dass § 4 Z 3 GIBG (dieser regelt das Verbot der Geschlechterdiskriminierung bei der Gründung und Erweiterung eines Unternehmens bzw der Begründung oder Ausweitung einer selbständigen Tätigkeit) als Anspruchsgrundlage genügt hätte, worin ihm in der Diskussion der Referent des 6. Senates, *Gitschthaler*, beipflichtete,¹¹ der die Entscheidung präsentiert hatte. In der danach erschienenen Entscheidungsbesprechung interpretierte *Perner* den OGH so, dass er das GIBG bzw dessen § 4 Z 3 als

⁵

⁶ Vgl dazu.....

⁷ *Zimmermann*, *ecolex*.....

⁸ *Arlt*, GesRZ 2019,.....

⁹ *Czernich*,.....

¹⁰ Veröffentlicht in ÖJZ.....

¹¹ ÖJZ.....

auf gesellschaftsrechtliche Verträge gar nicht direkt anwendbar erachtet, sondern dieses nur zur Ausfüllung des §879 ABGB verwendet habe.

Arlt wiederum, ebenso wie *Kalss*¹² (auf deren gemeinsam mit *Dauner-Lieb* in GesRZ 2016 publizierten Aufsatz¹³ sich der OGH maßgebend gestützt hatte), referierte die Entscheidung, ohne deren Begründung und Ergebnis in irgendeiner Form anzuzweifeln und leitete daraus zwanglos ab, gesellschaftsvertragliche Regelungen könnten künftig bei „*jeder Art der Diskriminierung (dh unsachlichen Ungleichbehandlung)*...“ nichtig sein. Außerdem könne das vom OGH an sich nur auf Komplementär-Beteiligungen bezogene Ergebnis bei anderen Gesellschaftsbeteiligungen wie zB Kommanditanteilen „*wohl kaum ein anderes sein*“, wenn auch dann vielleicht nicht die Wertungen des Gleichbehandlungsgesetzes heranzuziehen seien. Demgegenüber stellte *Gitschthaler* in der – publizierten – Diskussion in Traunkirchen klar, die Entscheidung beziehe sich nur auf Komplementär-Beteiligungen.¹⁴

Freilich fehlt es auch nicht an kritischen Stimmen zur Entscheidung, wovon insbesondere *Artmann/Zauner*¹⁵ hervorzuheben sind. Auf deren beachtenswerte Ausführungen wird im Lauf des Beitrages mehrfach eingegangen.

3. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, insbesondere des Art 7 BV-G, im Gesellschaftsrecht

Wenden wir uns nun den – wenn auch wie schon erwähnt sehr verschwommen bleibenden – Begründungslinien des OGH zu. Sieht man von der – durchaus spannenden und vom OGH mE richtig gelösten – Frage einmal ab, ob in Dauerschuldverhältnissen, die im Abschlusszeitpunkt rechtlich nicht zu beanstanden waren, später die Rechtsausübung unzulässig werden kann, dann gibt es zwei Begründungslinien: einerseits die Drittwirkung des Gleichheitssatzes in Art 7 B-VG und andererseits die Heranziehung des Gleichbehandlungsgesetzes bzw von dessen „Wertungen“ zur Konkretisierung der Gute Sitten Klausel in § 879 ABGB.

3.1. Mittelbare Drittwirkung, Gleichheitssatz und Privatautonomie

Die heute in Österreich längst ganz herrschend gewordene Auffassung darf als bekannt vorausgesetzt werden, dass die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Grund- und Freiheitsrechte nur den Staat binden, freilich auch dazu verpflichten können, die Einhaltung dieser Rechte durch Dritte zu gewährleisten und dass auf private Rechtsverhältnisse die Grundrechte nur mittelbar dadurch einwirken, dass sie zur Ausfüllung bzw Konkretisierung der Generalklauseln des Zivilrechts, insbesondere des § 879 ABGB, herangezogen werden können und müssen.¹⁶

Dass eine auch bloß mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht in einem Spannungsverhältnis mit der Privatautonomie steht,¹⁷ die auch verfassungsrechtlich abgesichert ist,¹⁸ wurde ebenfalls schon früh erkannt.

Und dieses Spannungsverhältnis gilt in ganz besonderer Weise für das Gleichheitsgebot des Art 7 B-VG. Denn der VfGH hat in seiner Rechtsprechung – was nicht selbstverständlich ist – das

¹² *Kalss*,NZG 2019.....

¹³ *Kalss/Dauner-Lieb*, Töchter unerwünscht?.....GesRZ 2016,.....

¹⁴ ÖJZ.....

¹⁵ *Artmann/Zauner*,

¹⁶ Vgl.....

¹⁷

¹⁸

Gleichheitsgebot zu einem allgemeinen Sachlichkeitsgebot ausgebaut,¹⁹ an das staatliches Handeln gebunden ist.

Wenn man das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot in jener Gestalt, die es in der Rechtsprechung des VfGH im Laufe der Zeit angenommen hat, auf Rechtsverhältnisse von Privaten untereinander anwendete – und sei es auch nur im Wege der Konkretisierung von § 879 ABGB, dh dem herrschenden Modell der mittelbaren Drittwirkung folgend, - gelangte man daher in letzter Konsequenz zu einer *allgemeinen Sachlichkeitskontrolle von Verträgen*,²⁰ hier konkret: von Gesellschaftsverträgen. Dies scheinen *Artl* und *Kalss* auch tendenziell daraus abzuleiten.

Genau dem ist aber entschieden zu widersprechen, und es erstaunt schon, dass der OGH in der Geschlechterklausel-Entscheidung sich zumindest so interpretieren lässt, als wolle er Gesellschaftsverträge einer generellen Kontrolle auf die Existenz von „unsachlichen Ungleichbehandlungsklauseln“ unterziehen. Dies erstaunt deshalb so, weil meinem Verständnis nach der bisherige Konsens sehr wohl dahingehend lautete, dass eine mehr oder weniger unbesehene Drittwirkung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes auf private Verträge nicht nur zu einer Unterminierung, sondern letztlich zu einer Zertrümmerung der Privatautonomie führt.²¹

Sie sei nur an zwei Beispielen erläutert: Beschränkt der Gesellschaftsvertrag einer Familien-Gesellschaft die Nachfolge in Gesellschaftsanteile auf Personen, die ein Universitätsstudium – oder ein Studium bestimmter Art – abgeschlossen oder ein bestimmtes Alter erreicht haben, so kann an der Zulässigkeit einer derartigen Klausel mE eben so wenig gezweifelt werden wie an der Zulässigkeit einer Bestimmung, die zB anordnet, dass Gesellschafter nur Personen bzw Familienmitglieder sein dürfen, sie in der Region aufgewachsen und wohnhaft sind, in der das Unternehmen seinen Sitz hat. Es ist auch schwer vorstellbar, dass der OGH dies anders sieht; vorzuwerfen ist ihm aber, dass seine Begründung in der Geschlechterklausel-Entscheidung eine solche andere Deutung zulässt.

Eine Drittwirkung von Art 7 B-VG würde die beschriebenen Klauseln uU aushebeln.²² Denn eine *gesetzliche* Regelung, die die Leitung von Unternehmen und/oder die Übernahme von Komplementär-Beteiligungen in Personengesellschaften nur Akademikern oder Personen über 30 Jahren vorbehält, wäre selbst dann gleichheitswidrig, wenn sich diese Regelung zB auf Großunternehmen oder gar nur auf börsennotierte Gesellschaften beschränkte. Selbstredend und umso mehr – weil auch unionsrechtlich determiniert – wäre eine *gesetzliche* Regelung zum Scheitern verurteilt, die die Gesellschafter-Geschäftsführer-Position oder Vorstandsposition an den Wohnort bzw die regionale Herkunft bindet. Eine Einwirkung über Art 7 B-VG würde auch hier zu einer ganz unangebrachten Sachlichkeitskontrolle über die Satzung von Familienunternehmen führen.

Ob im Falle einer Frauen benachteiligenden Geschlechterklausel in einem Gesellschaftsvertrag eine mittelbare Drittwirkung des Art 7 B-VG über § 879 ABGB zur Nichtigkeit der inkriminierten Vertragsbestimmung führen kann, ist von großer praktischer Bedeutung. Wie zu zeigen sein wird, leistet das Gleichbehandlungsgesetz – entgegen der vom OGH und *Kalss/Dauner-Lieb* vertretenen Ansicht – Derartiges schon von seiner Konzeption her nicht, sondern beschränkt die Rechtsfolgen bei der Verweigerung vertraglicher Positionen ausdrücklich auf Schadenersatz (siehe dazu unten im Text).

¹⁹ Vgl.....

²⁰ Eine solche ablehnend.....

²¹ Vgl.....

²² Natürlich käme in solchen Fällen eine Rechtfertigung in Betracht. Doch schon die Statuierung eines Rechtfertigungszwanges wäre hier nicht angebracht. Im Anwendungsbereich des GIBG hätte dies im Übrigen auch gravierende Auswirkungen wegen der Beweislastverteilung.

3.2. Das Gesellschaftsrecht als Anwendungsbereich für die mittelbare Drittwirkung

Als nächstes soll geklärt werden, wie es um eine Drittwirkung von Art 7 B-VG im Gesellschaftsrecht bestellt ist. *Berka* der sich mit Grundrechten und deren Drittwirkung schon lange intensiv beschäftigt, hat in einer 2017 erschienenen Abhandlung noch einmal überzeugend dargelegt, dass Grundrechte in vertraglichen Rechtsverhältnissen nur dann zum Einsatz kommen dürfen, wenn entweder Freiheitsrechte des Einzelnen in besonderer Weise betroffen sind (Bsp: die Glaubens- bzw. Gewissensfreiheit oder Meinungsfreiheit des Journalisten im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses) oder wenn es um Situationen struktureller Unterlegenheit geht, was zB auf monopolistische Strukturen zutrifft, wo zB ein Kontrahierungszwang die Konsequenz sein kann, oder auf Rechtsgebiete wie das Arbeitsrecht oder das Mietrecht, die beide von einer typisierten Ungleichgewichtslage und der typischen Unterlegenheit des Arbeitnehmer bzw. des Mieter ausgehen.

Diese Auffassung überzeugt, denn nur in solchen „Unterwerfungskonstellationen“, die dem Verhältnis Staat – Einzelner zumindest in gewisser Weise ähneln, ist es gerechtfertigt, die Privatautonomie zugunsten der mittelbaren Grundrechtsbindung zurückzudrängen.

Und *Berka* folgerte daraus, dass im Gesellschaftsrecht und insbesondere in Bezug auf die Aufnahme in Gesellschaften solche die Grundrechtsbindung rechtfertigende Ungleichgewichtslagen in der Regel nicht ersichtlich seien.

Dem kann fast nichts nicht hinzugefügt werden, außer, dass *Berkas* weiterer Befund ebenfalls zutrifft, dass das von *Kalss/Dauner-Lieb* für die Unzulässigkeit von Frauen benachteiligenden Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen ins Treffen geführte Argument mit dem marktwirtschaftsbezogenen Funktionsschutz eine Drittwirkung des Art 7 B-VG nicht zu tragen vermag. Gewiss lässt sich konstatieren, dass durch einen Ausschluss von Frauen aus wichtigen Positionen im Wirtschaftsleben Unternehmen sich eines wertvollen Potentials begeben und sich damit selbst schaden können. Mit solchen und noch weiteren Argumenten habe ich zB als mittlerweile rund 18 Jahre dem Corporate Governance Arbeitskreis im Bundesministerium für Finanzen angehörendes Mitglied schon lange vor der gesetzlichen Implementierung einer Frauenquote im Aufsichtsrat für eine solche argumentiert. Für eine solche Quote sprechen – neben ausländischen Erfahrungen - auch weitere Argumente wie die Verbesserung der Gesprächskultur im Gremium, das bei Frauen idR weniger offensive Risikoverhalten, dessen möglichst breite Streuung in einem Kontrollgremium von Vorteil sein kann etc.

Dies alles sind Argumente, die für den Gesetzgeber Grund genug sein sollten, in den verschiedensten Rechtsbereichen durch konkrete Normen für Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern zu sorgen und der Staatszielbestimmung des Art 7 Abs 2 B-VG zu entsprechen (interessanterweise nehmen die Gesetzesmaterialien zum Gesetz über die Gleichstellung von Frauen und Männern im Aufsichtsrat auf diese Staatszielbestimmung gar nicht Bezug); als Argument für eine mittelbare Drittwirkung von Art 7 B-VG auf Gesellschaftsverträge und konkret auf die Zulassung zu einer Gesellschaft taugen die Argumente indes nicht.

Im kollektiven Arbeitsrecht vertritt der OGH in ständiger Rechtsprechung die Bindung von Kollektivverträgen und Betriebsvereinbarungen an die Grundrechte im Wege mittelbarer Drittwirkung. Dies hat dort weniger praktische Bedeuteten im Zusammenhang mit Art 7 B-VG um demgemäß auch weniger Bedeutung in Bezug auf Geschlechterungleichbehandlung, weil es im Arbeitsrecht ohnehin

den - wenn auch nicht einmal einfachgesetzlich positivierten, aber allgemein anerkannten - Gleichbehandlungsgrundsatz gibt, der es dem Arbeitgeber verbietet zwischen Arbeitnehmer bzw Gruppen von Arbeitnehmern unsachlich zu differenzieren. Fast Bedeutung hat die Grundrechtsbindung bei Kollektivverträgen und Betriebsvereinbarungen in Bezug auf den Eigentumsschutz nach Art 5 StGG, was insbesondere bei der Reduzierung von Leistungen in betrieblichen Pensionsordnungen in der Praxis einer Rolle spielte bzw noch immer spielt.

Diese Grundrechtsbindung von Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung rechtfertigt sich aber, worauf auch *Berka* hinwies, aus der Unterwerfung des Arbeitnehmers unter eine Verbandsgewalt. Damit ist die „Unterwerfung“ des einzelnen Gesellschafters unter den Mehrheitswillen bei Gesellschaften, die das Mehrstimmigkeitsprinzip kennen, nicht einmal entfernt vergleichbar. Denn, worauf auch *Koppensteiner* in seiner 2016 erschienen Abhandlung „Verfassungs- und Gesellschaftsrecht“ hinwies, resultiert diese Unterordnung unter den Mehrheitswillen ja gerade aus dem in Ausübung der Privatautonomie erfolgten Akt der Eingehung eines Gesellschaftsverhältnisses.

3.3. Fazit

Wie schon oben erwähnt, ist aus der Geschlechter-Klausel-Entscheidung des OGH gar nicht klar ableitbar, ob das Höchstgericht sich überhaupt auf eine mittelbare Drittwirkung des Art 7 B-VG stützt, denn es referiert zwar vorrangig – insb deutsche - Stellungnahmen, die das in Bezug auf nach Geschlecht differenzierende Klauseln in Gesellschaftsverträgen vertreten, wobei das freilich gar nicht die hA widerspiegelt, trägt aber zB auch die Gegenmeinung von *Berka*, ohne aber wertend dazu Stellung zu nehmen. Eher erweckt die Entscheidung den Eindruck, als ob der OGH im Wege der „Anreicherung“ des § 879 ABG mit „Wertungen des Gleichbehandlungsgesetzes“ zur (Teil-)Unwirksamkeit der Betroffenen Klauseln im KG-Vertrag gelangt.

diese interpretative Unschärfe kann hier nicht aufgeklärt werden; festzuhalten ist aber, dass keine überzeugenden Gründe bestehen, über die mittelbare Drittwirkung von Art 7 B-VG zur Unwirksamkeit von gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen der vom OGH untersuchten Art zu gelangen, die nach Geschlecht differenzieren.

Der OGH referiert – wiederum ohne seine eigene Position dazu darzulegen – auch Meinungen, die das in der Geschlechterklausel-Entscheidung erzielte Ergebnis mit erbrechtlichen Entscheidungen begründen wollen. Gemeint ist dabei zum einem um die Entscheidung des OGH 7 Ob 193/04 i, einem zweiseitigen Zurückweisungsbeschluss, in dem das Höchstgericht meinte, die Richtigkeit der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes könne „nicht ernsthaft bezweifelt werden“, wonach es wegen Art 7 B-VG unzulässig sei, testamentarisch zu verfügen, dass nur Kinder aus adeligen Ehen taugliche Nacherben seien.

Zum anderen geht es um die Entscheidung des EGMR in der Rechtsache *Pla und Puncernau/Andorra*, wo das Höchstgericht die grundrechtlichen Grenzen der Testierfreiheit bei einem Testament auslotete, das in einer fideikommissarischen Klausel nur aus legitimen und nach kanonischem Recht geschlossenen Ehen hervorgegangene Söhne oder Enkel als Erben berufen hatte. Die Ungleichbehandlung eines adoptierten Kindes, das nach der Klausel vom Erbe ausgeschlossen werden sollte, wurde von der Mehrheit im Gerichtshof als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der EMRK qualifiziert.

Gerade diese beiden Entscheidungen riefen aber zu Recht Kritik hervor. Der OGH qualifizierte in einer ultrakurzen Zurückweisung einer außerordentlichen Revision etwas als „nicht ernstlich bezweifelbar“, was sehr wohl eingehender Begründung bedurft hätte, nämlich dass der Gleichheitssatz des Art 7 B-VG die Testierfreiheit einschränkt. Richtigerweise – und darauf hat zB schon *Martin Schauer* vor ein

paar Jahren hingewiesen und in Deutschland zB *Bezenberger* – bildet das Pflichtteilsrecht ein ausreichendes Korrektiv für Ungleichbehandlungen.

Hier wurde also etwas vorausgesetzt, was eingehend hätte begründet werden müssen. In der EGMR-Entscheidung wiederum interpretierte das Höchstgericht das Testament anders als das nationale Gericht. Die angebliche Einschränkung der einen Ausfluss der Privatautonomie bildenden Testierfreiheit durch Art 7 B-VG kann daher dessen Geltung für Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen via Drittwirkung nicht rechtfertigen, weil sie selbst einer ausreichenden Begründung entbehrt.

Auch *Artmann* und *Zauner* vertreten in einem Besprechungsaufsatz zur Geschlechterklausel-Entscheidung die Ansicht, dass eine Einschränkung der Privatautonomie nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände und insbesondere dann gerechtfertigt sei, wenn ungleiche Machtverhältnisse zwischen Anbieter und Nachfragenden ausgeglichen werden müssten oder in Situationen struktureller Ungleichgewichtslagen wie etwa im Arbeitsrecht. Die Autoren meinen darüber hinaus aber, dass die Rechtsprechung auch außerhalb eines Kontrahierungszwangs ein Recht auf Gleichbehandlung bejaht habe, wenn der Ausschluss diffamierende Wirkung habe, was aus dem Grundrecht auf Persönlichkeitsschutz bzw der Ehre abgeleitet werde. Auch diese Voraussetzungen liegen hier aber fraglos nicht vor; *Artmann* und *Zauner* führen diesen Gedanken in ihrem Beitrag freilich nicht weiter, dh beantworten die Frage nach der Beurteilung des vom OGH entschiedenen Falles unter diesem Gesichtspunkt nicht. Der Sachverhalt der Geschlechterklausel-Entscheidung bietet aber keinen Anlass für die Annahme, dass die Verwehrung der Gesellschafterstellung gegenüber der Legatarin in diffamierender Weise erfolgte.

Als Zwischenergebnis ist daher zu vermerken, dass eine mittelbare Drittwirkung des Art 7 B-VG in Bezug auf eine nach Geschlechtern differenzierende Klausel in einem Gesellschaftsvertrag – Dasselbe gilt für Syndikatsverträge oder Geschäftsordnungen - nicht auszumachen ist und deshalb auch zumindest über *diesen* Weg die Nichtigkeit der Klausel nach § 879 ABGB nicht begründet werden kann.

4. Gesellschaftsrecht und antidiskriminierungsrechtlicher Rahmen

Der OGH hat sich in der Geschlechterklausel-Entscheidung – so interpretiere zumindest ich das Judikat – aber nicht primär auf die mittelbare Drittwirkung von Art 7 B-VG, sondern vor allem auf eine „Anwendung“ von § 4 Z 3 GIBG berufen, wobei das Ort „Anwendung“ hier erörterungsbedürftig ist, weil das Höchstgericht nach der – zweifellos zutreffenden (dazu noch näher unten) – Feststellung, das GIBG sei auf generell-abstrakte gesellschaftsvertragliche Regelungen nicht zugeschnitten, einfach – und hier *Kalss/Dauner-Lieb* folgend – die „Wertungen“ des § 4 Z 3 GIBG zur Konkretisierung von § 879 ABGB heranzog und auf diesem Weg zur (Teil-) Nichtigkeit der inkriminierten Vertragsbestimmungen gelangte.

Im Folgenden soll daher zunächst der antidiskriminierungsrechtliche gesetzliche Rahmen skizziert werden soweit er für Gesellschaftsrechtsverhältnisse von Relevanz ist.

4.1. Diskriminierung bei der Gründung und Erweiterung eines Unternehmens sowie der Aufnahme oder Ausweitung einer sonstigen selbstständigen Erwerbstätigkeit (§ 4 Z 3 GIBG, § 18 Z 3 GIBG)

Der mit „*Gleichbehandlungsgebot in der sonstigen Arbeitswelt*“ – gemeint ist außerhalb eines Arbeitsverhältnisses – betitelte § 4 GIBG ordnet in seiner Z 3 folgendes an: „*Aufgrund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, darf niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden bei der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmers sowie der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderen Art von selbstständiger Tätigkeit.*“

Der dem zweiten Teil des GIBG – betitelt mit „*Gleichbehandlung in der Arbeitswelt ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder sexuellen Orientierung*“ – zuzuordnende § 18 Z 3 GIBG bestimmt, dass aus den in § 17 GIBG genannten Gründen, nämlich der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung niemand mittelbar oder unmittelbar diskriminiert werden darf bei Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmers sowie der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderen Art von selbstständiger Tätigkeit.

Komplettiert wird die Gesetzeslage durch § 7 b Abs 1 Z 10 des Behinderteneinstellungsgesetzes (BeinstG). Danach darf aufgrund einer Behinderung niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden darf bei Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmers sowie der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderen Art von selbstständiger Tätigkeit.

Behinderung im Sinne des BeinstG ist gemäß dessen § 3 „*die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Arbeitsleben zu erschweren. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten*“.

Dies bedeutet, dass bei der Gründung und Erweiterung eines Unternehmers und der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher sonstiger selbstständiger Erwerbstätigkeit keine Person aufgrund eines der genannten Kriterien unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden darf. Eine unmittelbare Diskriminierung besteht darin, dass die Person *aufgrund* des Kriteriums, also zB Geschlecht oder Alter, in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere (gemeint: nicht dieses Kriterium aufweisende) Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde (so § 5 Abs 1 GIBG).

Eine mittelbare Diskriminierung liegt demgegenüber dann vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die das Kriterium (zB Bestimmtes Geschlecht, sexuelle Orientierung oder Alter) aufweisen, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können (klassischer Fall ist die Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten als mittelbare Frauendiskriminierung), wobei hier aber § 5 Abs 2 GIBG die Möglichkeit der Rechtfertigung vorsieht, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind.

Der OGH hatte in der Geschlechterklausel-Entscheidung die Frage zu prüfen, ob § 4 Z 3 GIBG auf die Nachfolge in eine Komplementär-Beteiligung in einer KG überhaupt anwendbar ist. Das Gericht folgte hier im Ergebnis der Meinung von *Kalss/Dauner-Lieb* und sprach aus, dass jedenfalls bei einer Gesellschaftsbeteiligung, die auf die Führung des von der Gesellschaft betriebenen

Unternehmens unter eigener persönlich unbeschränkter Haftung ausgerichtet sei, „wertungsmäßig“ von einer selbstständigen Tätigkeit im Sinne der Richtlinie und des GIBG ausgegangen werden müsse. Dies überzeugt letztlich, denn die von *Berka* vertretene Gegenansicht, wonach gegen die Anwendbarkeit des GIBG der Umstand spreche, dass bei Personengesellschaften nach herrschender Meinung die Gesellschaft und nicht die einzelnen Gesellschafterträger des Unternehmens seien, übersieht mE zweierlei: erstens ist hier von einem unionsrechtlichen Begriff der Unternehmensgründung und der selbstständigen Erwerbstätigkeit auszugehen, der nicht an diesen gerade aufgezeigten Feinheiten zu messen ist. Und zweitens erfasst § 4 Z 3 GIBG – in Bezug auf das Geschlecht – und § 18 Z 3 GIBG in Bezug auf die anderen oben aufgezählten Merkmale - auch die Aufnahme oder Ausweitung „jeglicher anderen Art von selbstständiger Tätigkeit“. Dass der Komplementär nicht Unternehmer im Sinne des UGB ist, ändert mE nichts daran, dass wegen der für Personengesellschaften geltenden Selbstorganschaft die mit dem Anteil verbundene geschäftsführende Tätigkeit den Gesellschafter zum Selbständigen – zB ja auch im Sinne des Steuerrechts – macht. Da ein Komplementär mit der Gesellschaft nicht gleichzeitig ein Arbeitsverhältnis unterhalten kann – gäbe es ein solches, griffe der Diskriminierungsschutz im Rahmen der Begründung von Arbeitsverhältnissen ein – entstünde in der Tat eine nicht interessengerechte Lücke, wenn man wegen der fehlenden Unternehmensträgereigenschaft des Komplementärs diesem die aus § 4 Z 3 bzw § 18 Z 3 GIBG abzuleitenden Rechte versagte.

Im Rahmen der Diskussion nach dem von *Kietaibl* auf der Zivilrechtstagung 2018 in Traunkirchen gehaltenen Vortrag warf ich die Frage auf, ob zB auch präsumtive Partner einer Rechtsanwalts-Sozietät unter § 4 Z 3 GIBG fielen und möglicherweise von einer mittelbaren Diskriminierung von Frauen auszugehen sei, wenn eine große Sozietät als Kriterium für die Erlangung der Equity-Partnerschaft ein bestimmtes Mindestausmaß an verrechenbaren Stunden im Durchschnitt der letzten Jahre vor Erlangung der Partnerschaft vorschreibe. In der Veröffentlichung seines Vortrages in der Gedenkschrift für *Robert Rebhahn* erwähnte *Kietaibl* das Thema kurz und meinte, Partner von Rechtsanwaltssozietäten könnten ebenfalls von § 4 Z 3 bzw § 18 Z 3 GIBG erfasst sein. Dafür spricht in der Tat, dass bei Anwalts-Sozietäten – auch wenn die größeren heutzutage durchwegs als GmbHs organisiert sind – ebenfalls eine Art „Selbstorganschaft“ herrscht, die durch berufsrechtliche Vorschriften im Gesetzesrang erzwungen wird: so können grundsätzlich nur Rechtsanwälte und deren bestimmte Angehörige oder Hinterbliebene an einer Rechtsanwalts-Sozietät beteiligt werden und haben bei einer GmbH die Gesellschafter gleichzeitig einzelzeichnungsberechtigte Geschäftsführer zu sein.

Ungeachtet des typischerweise vergleichsweise geringen Anteils am Stammkapital und Stimmgewichts eines einzelnen Partners in einer Groß-Sozietät muss man richtigerweise davon ausgehen, dass Rechtsanwälte, die Gesellschafter-Geschäftsführer einer als GmbH geführten Sozietät sind - ungeachtet der Akzeptanz einer lohnsteuerrechtlichen Anstellung bei nicht mehr als 25% beteiligten Geschäftsführern - keine Arbeitnehmer sind, weil Ihnen die dafür nötige persönliche Abhängigkeit und Weisungsunterworfenheit fehlt, was die berufsrechtlichen Vorschriften noch untermauern. Würde es sich bei Equity-Partnern in Anwaltssozietäten um Arbeitnehmer handeln, entstünde freilich – anders als beim Komplementär – keine antidiskriminierungsrechtliche Regelungslücke, weil dann eben der Diskriminierungsschutz im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen eingriffe, konkret der Schutz im Zusammenhang mit Beförderungen gemäß § 3 Z 5 und § 17 Abs 1 Z 5 GIBG.

4.2. Diskriminierung bei der Versorgung mit öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen

In seinem dritten Teil regelt das GIBG die, wie es im Titel heißt, „*Gleichbehandlung ohne Unterschied des Geschlechts oder ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen*“ (gemeint: als der Arbeitswelt). Die §§ 30 und 31 GIBG ordnen an, dass aufgrund des Geschlechtes oder der ethnischen Zugehörigkeit niemand unmittelbar oder mittelbar beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum diskriminiert werden. Das Bundes-Behinderten-Gleichstellungsgesetz erstreckt diesen Diskriminierungsschutz auch auf das Kriterium der Behinderung. Während betreffend ethnische Zugehörigkeit und Geschlecht eine unionsrechtliche Verpflichtung zur Umsetzung besteht, nämlich in der Antirassismuss-RL bzw der Gender-RL, beruht die Einbeziehung der Behinderung in den Schutz vor Diskriminierung auch außerhalb der Arbeitswelt auf einer autonomen Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers.

Kietzki wies zu Recht darauf hin, dass davon sämtliche Dienstleistungen einschließlich Finanzdienstleistungen sowie sämtliche handelbaren körperlichen und unkörperlichen Sachen einschließlich Beteiligungen an Kapitalgesellschaften erfasst sind. Eine wesentliche Einschränkung wird aber dadurch bewirkt, dass die Waren und Dienstleistungen der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen müssen.

Daraus kann man folgern, dass Gesellschaftsbeteiligungen großteils aus dem Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsschutzes herausfallen, weil sie nicht öffentlich angeboten werden. Das gilt freilich nicht vorbehaltlos, weil auf Aktien börsennotierter Gesellschaften die Voraussetzungen der §§ 30, 31 GIBG mE sehr wohl zutreffen. Freilich wird gerade dieser Bereich kaum antidiskriminierungsrechtliche Relevanz entfalten, weil der Kapitalmarkt so organisiert ist, dass Erwerbsbeschränkungen aufgrund von nach dem GIBG verpönten Differenzierungskriterien kaum denkbar sind.

5. Rechtsfolgen diskriminierender gesellschaftsvertraglicher Klauseln

Nun geht es um die Klärung der Frage, welche Rechtsfolgen Klauseln in Gesellschaftsverträgen oder sonstigen gesellschaftsrechtlichen Regelwerken (es kann sich ja auch um Syndikatsverträge, Geschäftsordnungen etc handeln) auslösen, die eine im Sinne der §§ 4 Z 3 und 18 Z 3 GIBG diskriminierende Ungleichbehandlung zum Gegenstand haben.

5.1. Nichtigkeit als Rechtsfolge und Konzept des Gleichbehandlungsgesetzes

Der OGH ist in der Geschlechterklausel-Entscheidung zur Nichtigkeit der inkriminierten Vertragsbestimmungen im KG-Vertrag gelangt. Er hat dies – soweit es der überaus unscharfen Begründung entnommen werden kann – in erster Linie auf ein „Anreicherung“ des § 879 ABGB mit den „Wertungen“ des – vom OGH anscheinend oder scheinbar nicht für direkt anwendbar gehaltenen – GIBG begründet und – so zumindest der Eindruck – nur am Rande mit einer Drittwirkung von Art 7 B-VG.

Dass eine Einwirkung grundrechtlicher Normen via § 879 ABGB zur Nichtigkeit bzw Teilnichtigkeit der entsprechenden Vertragsbestimmung führt, ist unbestritten. Denn genau diese Rechtsfolge ordnet § 879 Abs 1 ABGB hier ausdrücklich an: „Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“

Nun wurde aber gerade aufgezeigt, dass eine Drittwirkung von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Grund- und Freiheitsrechten im Allgemeinen und von Art 7 B-VG im Besonderen bei Gesellschaftsverträgen und gesellschaftsrechtlichen Regelwerken typischerweise ausscheidet, weil in aller Regel keine der Voraussetzungen verwirklicht ist, die nach zutreffender und wohl auch herrschender Meinung eine Begrenzung der Privatautonomie zu Lasten der (mittelbaren) Drittwirkung rechtfertigen – Stichworte: Ausgleich von strukturellen Ungleichgewichtslagen, Korrektur von monopolistischer Übermacht, Regulativ gegen die Unterwerfung unter eine Verbandsgewalt, starke Betroffenheit persönlicher Grund- und Freiheitsrechte. Auf eine mittelbare Drittwirkung von Art 7 B-VG kann also die Nichtigkeit meines Erachtens nicht gestützt werden.

Der OGH zitiert zwar diverse Stellungnahmen, die einer Drittwirkung – teilweise wie *Canaris* sogar im Ergebnis einer unmittelbaren Drittwirkung - auf Gesellschaftsverträge positiv gegenüber stehen anscheinend wohlwollend, wählt aber für die Begründung der Nichtigkeit letztlich einen anderen Weg und diesen möchte ich Ihnen im Wortlaut vortragen, weil er in der 41 Seiten starken Entscheidung (was bei einem Erkenntnis, das sich quasi nur um Rechtsfragen dreht, doch eher viel ist) gerade einmal eine einzige Seite (nämlich Pkt 9.4. lit c des Volltextes auf den Seiten 30/31) einnimmt: Nach der Wiedergabe der Auffassung von *Berka*, dass das GIBG (gemeint: dessen § 4 Z 3) auf die Komplementär-Stellung in einer Personengesellschaft nicht angewendet werden könne, weil bei dieser die Gesellschaft und nicht der einzelne Gesellschafter Träger des Unternehmens sei, führt der OGH unmittelbar anschließend Folgendes aus:

*„c) Dem ist zu erwidern: Dass Rechtsfolge einer erfolgten Diskriminierung nach § 12 Abs 10 GIBG ein Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung ist, deutet darauf hin, dass das GIBG nicht auf generell-abstrakte gesellschaftsvertragliche Normen zugeschnitten ist, die dauerhaft und weit in die Zukunft wirkende diskriminierende Regelungen enthalten; das ändert aber nichts daran, dass diese Vertragsbestimmungen im Fall ihrer Anwendung diskriminierend wirken (Kalss/Dauner-Lieb, GesRZ 2016, 255). Auch wenn die Gesellschaft alleinige Betreiberin des Unternehmens ist und dieser Betrieb die Gesellschafter einer Offenen Gesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft nach herrschender Meinung nicht zu Unternehmern im Sinne des UGB macht (Kraus in U. Torggler, UGB² § 105 Rz 17 mwN; s § 907 Abs 2 letzter Satz UGB), ist jedenfalls bei einer Gesellschaftsbeteiligung, die auf die Führung des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens unter eigener persönlich unbeschränkter Haftung ausgerichtet ist (wie im vorliegenden Fall schon bei Errichtung der Gesellschaft) **wertungsmäßig**²³ von einer selbstständigen Tätigkeit im Sinne der Richtlinie und des GIBG auszugehen. Geht es um die Ermöglichung des Zugangs zu einer mit einer Gesellschaftsbeteiligung verbundenen Unternehmensführung, können **demnach**²⁴ die **Wertungen**²⁵ des GIBG zur Ausfüllung der Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB herangezogen werden (vgl Kalss/Dauner-Lieb, GesRZ 2016, 255).“*

Das ist der Kern der Begründung dieser so viel Staub aufwirbelnden und eine derart wichtige, bislang in Österreich noch nicht höchstgerichtlich behandelte Frage beantwortenden Entscheidung. Diese Begründung lässt einen aber ratlos zurück. Dass der OGH sich in diesem Punkt nicht der Meinung von *Berka* anschließt, eine Komplementär-Stellung würde gar nicht unter den Tatbestand des § 4 Z 3 GIBG fallen, überzeugt ja noch, wie ich oben bereits ausgeführt habe. Die Wortwahl des OGH lässt aber

²³ Hervorhebung durch den Verfasser.

²⁴ Hervorhebung durch den Verfasser.

²⁵ Hervorhebung durch den Verfasser.

Zweifel daran erkennen, ob der OGH der Tragfähigkeit seiner Begründung selbst traut – Zweifel, die insofern meines Erachtens sogar unbegründet sind. Denn warum spricht das Höchstgericht davon, dass „wertungsmäßig“ von einer selbstständigen Tätigkeit im Sinne der Richtlinie und des GIBG auszugehen sei. Das klingt nicht wirklich nach Bejahung einer unmittelbaren und direkten Anwendung des Gesetzes, und diese Formulierung macht auch die oben erwähnte Interpretation von *Perner* verständlich, der meint, der OGH habe die direkte Anwendung des GIBG verneint. Diese Wortwahl selbst ist aber gar nicht verständlich. Denn wenn man den Erwerb einer Komplementär-Beteiligung, die wegen der bei Personengesellschaften herrschenden Selbstorganschaft automatisch mit geschäftsführender Tätigkeit verbunden ist, als Gründung bzw Einrichtung eines Unternehmens oder als Aufnahme einer *anderen* Art von selbstständiger Tätigkeit iSd § 4 Z 3 und § 18 Z 3 GIBG qualifiziert, dann ist das Gesetz eben anwendbar und muss nicht mit dessen „Wertungen“ operiert werden. Verständlich wird dieser – pardon - verbale Eiertanz nur, wenn man ihn im Kontext liest: Der OGH erkennt nämlich sehr wohl, dass das GIBG ausdrücklich nur schadenersatzrechtliche Sanktionen bei Diskriminierung kennt, zumindest dann, wenn es um die Verweigerung einer Vergünstigung geht²⁶ – darauf ist unten noch zurückzukommen. Diese Rechtsfolge möchte das Höchstgericht hier aber nicht eingreifen lassen; Schadenersatz wurde auch gar nicht eingeklagt. Nur am Rande bemerkt: eine Klarstellung des Höchstgerichtes wäre zumindest als obiter dictum schon angebracht gewesen, ob er den Schadenersatzanspruch parallel zur Nichtigkeit anerkannt hätte oder wegen bloß „wertungsmäßiger“ Anwendung des GIBG die Nichtigkeit nach § 879 ABGB als einzige Sanktion ansieht.

Der zentrale logische Bruch in der Argumentation des Höchstgerichtes liegt in dem im obigen Wort-Zitat enthaltenen letzten Satz und dem verwendeten Wort „*demnach*“: Es bleibt nämlich völlig offen, warum aus dem Umstand, dass der Erwerb einer Komplementär-Beteiligung in einer KG „wertungsmäßig“ als selbstständige Tätigkeit im Sinne der Richtlinie und des GIBG zu qualifizieren ist, abgeleitet werden soll, dass „*die Wertungen des GIBG zur Ausfüllung der Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB herangezogen werden*“ können, was wiederum die Basis für die vom OGH bejahte Nichtigkeit liefert.

Dieser Ansatz überzeugt nicht und zeigt meines Erachtens, dass der OGH vom GIBG einen *funktionswidrigen Gebrauch* macht.

Dass dieses auf generell-abstrakte Normen – und dies nicht nur im Gesellschaftsrecht – „*nicht zugeschnitten*“ ist, hat der OGH selbst eingeräumt, nur daraus meines Erachtens eine nicht überzeugende Schlussfolgerung gezogen. Denn das Konzept des GIBG ist auf Verhinderung bzw Abstellung von Diskriminierungen einer konkreten physischen Person im Einzelfall zugeschnitten. Im Regelfall – und dies gilt insbesondere für den Kernanwendungsbereich, nämlich das Arbeitsrecht – werden solche Diskriminierungen ihre Grundlage gar nicht in einer vertraglichen Regelung haben, sondern auf konkreten Willensentscheidungen einer physischen oder juristischen Person – zB eines Arbeitgebers oder dessen Repräsentanten – beruhen.

Erwähnt seien die Beispiele Nichtberücksichtigung von Frauen, Personen bestimmter ethnischer Herkunft oder Behinderter bei der Stellenausschreibung, Stellenbesetzung oder einer Beförderung etc. Gewiss kann die Diskriminierung auch in Umsetzung vertraglicher Bestimmung bzw Ausübung vertraglicher Recht geschehen – der vom OGH in der Geschlechterklausel-Entscheidung beurteilte Sachverhalt zeigt dies. Dennoch verbietet mE das auf die Verhinderung und Beseitigung bzw Sanktionierung individueller Diskriminierungen konkreter natürlicher Personen ausgerichtete Konzept

²⁶ Bei der diskriminierenden Beendigung von Dienstverhältnissen gibt es sehr wohl den Anspruch auf Anfechtung dieser Beendigung (vgl § 12 Abs 7 GIBG).

des GIBG zumindest für den Regelfall, im Anwendungsbereich des GIBG die Nichtigkeit als Sanktion eintreten zu lassen. Denn das GIBG kennt bei der Verweigerung von vertraglichen Positionen – also Vertragsabschluss, Gehaltserhöhung, Beförderung (nicht hingegen bei der diskriminierenden Beendigung von Dienstverhältnissen) - generell nur Schadenersatzansprüche. Die hier einschlägige Vorschrift des § 12 Abs 10 GIBG ordnet ausdrücklich an, dass bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 4 Z 3 die betroffene Person Anspruch auf *Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung* hat. Diese Sanktion ist ohne Zweifel unionsrechtskonform; die traditionelle „Anforderungstrias“ des Unionsrechts verlangt in den diversen Richtlinien stets, dass die Sanktionen wirksam, abschreckend und verhältnismäßig sein müssen. Nichtigkeit als Konsequenz ist ebenso wenig unionsrechtlich gefordert wie die Statuierung eines Kontrahierungszwanges oder gar die innerstaatliche Verwirklichung von „Straf-Schadenersatz“ nach dem Vorbild der punitive damages des US-amerikanischen Rechts.

Die Mitgliedstaaten können die Sanktionen für Diskriminierung auch im Verwaltungsstrafrecht umsetzen, wie dies zB Portugal gemacht hat.

Der österreichische Gesetzgeber hat hier ein anderes Konzept verfolgt als der deutsche im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Dessen § 19 sieht ebenfalls ein zivilrechtliches Benachteiligungsverbot vor und § 21 AGG Ansprüche für Verletzung des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbotes.

Anders als die österreichische Regelung kennt § 21 Abs 1 AGG auch einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung woraus die mittlerweile wohl herrschende Meinung in Deutschland folgert, dass dann, wenn die Benachteiligung in einer Vertragsverweigerung liegt, der Beseitigungsanspruch den Benachteiligten unter bestimmten Umständen auch zum Vertrag verpflichten könne (*Thüsing, MünchKomm AGG*⁸ [2018] § 21 Rz 16).

Und § 21 Abs 4 AGG ordnet an, dass sich der Benachteiligte auf eine Vereinbarung, die vom Benachteiligungsverbot abweicht, nicht berufen kann.

Beides fehlt im österreichischen Recht, wobei die gerade zitierte Regelung des § 21 Abs 4 AGG mE auch nicht im Sinne einer generellen Nichtigkeit einer – bei einem Dauerschuldverhältnis möglicherweise jahrelang in die Zukunft wirkenden – Norm zu verstehen ist, sondern im Sinne einer Ausübungskontrolle dergestalt, dass im konkreten Fall der „Benachteiligte“ sich auf die Vertragsklausel nicht berufen, dh die daraus abzuleitenden Rechte nicht ausüben darf, wenn die Ausübung im konkreten Einzelfall diskriminierend wirkt.

Obwohl, wie gesagt, in Österreich selbst ein solches Instrument fehlt, hätte der OGH auf der Grundlage seiner Ansicht auch nur ein solches Begehren zulassen dürfen, bei dem man sich aber fragt, ob es wirklich mit Feststellungsklage geltend zu machen ist – dazu noch unten.

Die vom OGH vertretene „Anreicherung“ des § 879 ABGB mit den „Wertungen“ des GIBG und mit der Konsequenz der Nichtigkeit verkennt das Konzept des GIBG. Wenn es um Diskriminierung im Einzelfall und deren Verhinderung, Beseitigung bzw Sanktionierung geht, muss auch immer geprüft werden, ob eine prima vista diskriminierende Vertragsklausel im konkreten Fall diskriminierend wirkt oder – soweit gesetzlich anerkannt – Rechtfertigungsgründe gegeben sind. Damit verträgt sich aber das Konzept einer generellen Nichtigklärung mE nicht. Die vom OGH hier erzeugte Verunsicherung zeigt sich wiederum anhand diverser Rezessionen. So meint etwa *Arlt* (GesRZ 2019, 181 [187]), dass der OGH *„freilich gleichzeitig bestätigt (hätte), dass eine sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung (die hier aber von den beklagten Parteien aus wohl nachvollziehbaren Gründen nicht einmal behauptet wurde) zulässig“* sei.

Abgesehen davon, dass ich dem OGH-Erkenntnis eine solche Aussage in der Form nicht zu entnehmen vermag, würde sie das Spannungsverhältnis zur angenommenen Nichtigkeit nur noch verstärken: Wenn nämlich der Nachweis sachlicher Rechtfertigung der Ungleichbehandlung – konkret: der Benachteiligung weiblicher Rechtsnachfolger – möglich ist, wie verträgt sich dies dann mit einer generellen Nichtigkeit der benachteiligenden Klausel?

Richtigerweise ist es – denn das sieht ja das Konzept des GIBG vor – vom Grundsatz her sehr wohl möglich, eine Ungleichbehandlung „sachlich zu rechtfertigen“; nur muss dann im Anwendungsbereich des GIBG für die Rechtfertigung auch der dort statuierte, tendenziell sehr enge Rahmen beachtet werden. Bei der unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes – und um eine solche geht es im Anlassfall – kommt praktisch nur die auf Art 14 Abs 2 der Geschlechterdiskriminierungs-RL zurückgehende Rechtfertigung wegen des Geschlechts als entscheidender beruflicher Anforderung in Betracht (vgl § 9 Abs 1 GIBG: Geschlecht ist unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit). Im Anwendungsbereich des GIBG genügt daher nicht *irgendeine* „sachliche Rechtfertigung“.

Der gerade herangezogene Rechtfertigungsgrund ist auf Arbeitsverhältnisse zugeschnitten und wird auch nur in deren Zusammenhang erwähnt; dass er aber im Anwendungsbereich von § 4 Z 3 GIBG, dh bei der Gründung und Erweiterung eines Unternehmens oder der Aufnahme bzw Erweiterung jeglicher sonstigen Erwerbstätigkeit nicht im geringeren Maß zur Verfügung stehen darf als bei Arbeitsverhältnissen, liegt auf der Hand. Meines Erachtens wird man den Rechtfertigungsgrund für selbstständig Erwerbstätige wie im Anlassfall sogar etwas *weiter* interpretieren dürfen. Zu denken wäre an Fallkonstellationen wie sie *Kalss/Dauner-Lieb* in ihrer Abhandlung aus 2016 anführten, dass es sich zB um eine extrem männerdominierte Branche handelt oder die wesentlichen Kunden des Unternehmens keine Verhandlungen mit Frauen führen wollen, sodass dem Unternehmen substantielle Nachteile durch eine weibliche Gesellschafter-Geschäftsführerin drohen. Hier ist also an etwas archaisch-rustikal anmutende Verhältnisse zu denken. Ob derartige Umstände als Rechtfertigung im Rahmen des GIBG wirklich ausreichen, mag dennoch bezweifelt werden.

Wichtig ist es dessen ungeachtet, hervorzuheben, dass dem wegen einer diskriminierenden Vertragsklausel in Anspruch Genommenen nach dem GIBG grundsätzlich die Möglichkeit gegeben werden muss, darzulegen dh behaupten und zu beweisen, dass die Anwendung der Vertragsklausel im konkreten Fall nicht diskriminierend ist. Der ohnehin auf das Beweismaß der Bescheinigung/Glaubhaftmachung reduzierten Darlegungslast wird im Falle einer prima vista diskriminierenden Vertragsbestimmung ein Kläger bzw eine Klägerin schon durch Nachweis der Existenz der ungleich behandelnden Vertragsbestimmung genügen.

Natürlich wäre es denkbar, auch in Österreich dem Diskriminierungskläger einen – wie in Deutschland in Fällen der Vertragsverweigerung unter Umständen einen Kontrahierungszwang auslösenden – Beseitigungsanspruch zuzuerkennen und/oder dem Kläger Rechte einzuräumen, wie Sie aus § 21 Abs 4 des deutschen AGG resultieren: nämlich der Versagung der Berufung auf die diskriminierende Vertragsklausel.

Das hat der österreichische Gesetzgeber aber nicht getan, und diese Entscheidung als unbewusst zu qualifizieren, wäre rechtlich nicht haltbar. Dem österreichischen Gesetzgeber war auch zweifellos das Konzept des deutsche AGG bekannt, und er hat dessen ungeachtet auch in späteren Novellen sein bei der Verweigerung vertraglicher Positionen ausschließlich auf Schadenersatz-Ansprüche beschränktes Sanktionen-Konzept nicht geändert.

Vor diesem Hintergrund ist es methodologisch nicht sauber, das – ausdrücklich keine Nichtigkeits-Sanktion und keinen Beseitigungsanspruch kennende – GIBG oder sogar nur dessen „Wertungen“, wie es der OGH ausdrückt, dafür heranzuziehen, § 879 ABGB in dem Sinne „aufzuladen“, dass als Ergebnis doch eine Vertragsnichtigkeit herauskommt.

Eine solche Vorgehensweise gerät in einen nicht auflösbaren Konflikt mit dem Umstand, dass im Kernanwendungsbereich des GIBG – dem Arbeitsrecht mit seiner typisiert höheren Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers – ebenfalls weder Nichtigkeit noch Erzwingung des Vertragsabschlusses vorgesehen sind. Ein in diskriminierender Weise übergangene Stellenbewerber erhält den Arbeitsplatz nicht, selbst wenn feststeht, dass bei diskriminierungsfreier Auswahl er/sie zum Zug gekommen wäre. Er/sie bekommt andererseits selbst dann eine Entschädigung, wenn feststeht, dass auch bei diskriminierungsfreier Auswahl der Bewerbung kein Erfolg beschieden worden wäre – diesfalls freilich mit drei Monatsentgelten nach oben begrenzt. Und genauso verhält es sich mit der Beförderung und in allen anderen Punkten. Nur bei der diskriminierenden Vertragsbeendigung kennt zB § 12 Abs 7 GIBG die Möglichkeit der Anfechtung der Beendigung, räumt dem Berechtigten aber ein Wahlrecht ein, Schadenersatz zu beanspruchen.

Nun mag es sein, dass dieses Konzept auch im Drittschutz begründet ist, weil der Gesetzgeber mit der Verwirklichung eines Kontrahierungszwanges gleichzeitig in Rechtsverhältnisse von an der Diskriminierung nicht beteiligten Dritten (also insbesondere des erfolgreichen Stellenbewerbers) hätte eingreifen müssen; daraus kann aber nicht der Umkehrschluss gezogen werden, überall dort, wo der Drittschutz nicht beeinträchtigt wäre, könne man ins Gesetz einen Kontrahierungszwang hineininterpretieren. Im Übrigen stellt sich die Frage, ob der Drittschutz überhaupt der maßgebende Regelungsgesichtspunkt ist. Denn in anderen arbeitsrechtlichen Konstellationen, vor allem beim allgemeinen Kündigungsschutz, nimmt der Gesetzgeber sehr wohl in Kauf, dass ein Arbeitgeber, der einen Kündigungsschutz-Prozess verliert und sich mit dem rückwirkend wiederhergestellten Arbeitsverhältnis des Anfechtungsklägers konfrontiert sieht, einen inzwischen neu eingestellten Arbeitnehmer möglicherweise kündigen muss – wobei mit „muss“ hier nicht rechtliche, sondern wirtschaftliche Notwendigkeiten gemeint sind. Dies verhielte sich aber bei der diskriminierenden Stellenausschreibung und Bewerberauswahl auch nicht anders, denn sähe das Gesetz einen Kontrahierungszwang vor, könnte der Arbeitgeber ja trotzdem den erfolgreichen Bewerber (den er für geeignet hält) neben dem ihm durch Gerichtsurteil aufgezwungenen behalten. Dass das in der Praxis vielleicht nicht so häufig passierte, hätte rein wirtschaftliche Gründe – wie beim allgemeinen Kündigungsschutz.

Drittschutz hin oder her, hier können nur die Worte von *Artmann* und *Zauner* (VbR 2020, 48 [50]) unterstrichen werden: „*Freilich ändert dies (gemeint: der Umstand, dass das Fehlen eines Kontrahierungszwangs im Arbeitsrecht auf Überlegungen des Drittschutzes beruhen dürfte) nichts an der grundsätzlichen Frage, ob einem Gesetz, das selbst nur Schadenersatz und Geldstrafen vorsieht, Wertungen entnommen werden können, die über das Sittenwidrigkeitsverbot zur Nichtigkeit vertraglicher Regelungen führen*“.

Hinzuzufügen ist dem nur, dass diese Frage mE zu verneinen ist, weshalb ich – am Rande gesagt - auch nicht ganz verstehe, warum die beiden genannten Autoren zu Beginn ihrer Abhandlung ausführen, dass Urteil *überzeuge in seinem Ergebnis*, doch wäre eine differenzierendere Begründung wünschenswert gewesen. Ausgehend von den überzeugenden Ausführungen von *Artmann* und *Zauner* hätten diese auch das Ergebnis nicht billigen, sondern nur einen Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens gemäß § 12 Abs 10 GIBG bejahen dürfen.

Artmann/Zauner berufen sich in ihrer gerade wörtlich zitierten Ausführung auf *Krejci* (in

Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 79 Rz 56: „hält eine gesetzte Rechtsnorm fest, dass ein Rechtsgeschäft gültig ist und lässt sie nur Schadenersatzansprüche oder Verhängung einer Strafe zu, kann nicht Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäftes und seine Ungültigkeit behauptet werden, 5 Ob 26/67 EvBl 1967/368“).

Eine Nichtigkeitssanktion kommt im gegebenen Zusammenhang meines Erachtens nur in zwei Konstellationen in Betracht: Einerseits wenn der Vertrag bzw die betroffene Klausel eine diskriminierungsfreie Anwendung von Vornherein gar nicht ermöglicht und andererseits bei der diskriminierenden Beendigung von Verträgen, die die Zurverfügungstellung von öffentlich angebotenen Gütern oder Dienstleistungen im Sinne der §§ 30, 31 GIBG zum Gegenstand haben. Die erste Fallgestaltung wird gar nicht so einfach denkbar sein bzw derartige Beispiele werden sich in der Praxis – hoffentlich – kaum finden. Denn selbst der an sich am weitesten reichende, weil sogar den Bereich des Zugangs zur Bildung umfassende Schutz vor Diskriminierung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft kennt den Rechtfertigungsgrund der besonderen beruflichen Anforderung (wie bei der Geschlechterdiskriminierung). Bei der zweiten Fallgestaltung – diskriminierende Auflösung zB eines öffentlich angebotenen Mietvertrages oder eines Mobiltelefon-Vertrages – ist die Nichtigkeitssanktion damit rechtfertigbar oder zumindest vertretbar, dass die §§ 12 Abs 7 und 26 Abs 7 GIBG bei der diskriminierenden Auflösung eines Arbeitsverhältnisses dessen Anfechtung ermöglichen (und wahlweise Schadenersatz). Zwar bedeutet Anfechtung rechtstechnisch nicht ganz Dasselbe wie Nichtigkeit – auch prozessual ist das Mittel im einen Fall die rückwirkende Rechtsgestaltungsklage, im anderen die Feststellungsklage – doch wird man außerhalb des Arbeitsrechts entsprechenden den Grundsätzen des Zivilrechts wohl an Nichtigkeit zu denken haben. § 38 Abs 1 GIBG sieht zwar bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 31 GIBG betreffend öffentlich angebotene Güter und Dienstleistungen ebenfalls nur Vermögensschadenersatz und Ersatz für die erlittene Beeinträchtigung vor; hier könnte man aber im Hinblick auf die §§ 12 Abs 7 und 26 Abs 7 GIBG vielleicht in der Tat eine unbeabsichtigte Regelungslücke annehmen.

Im Rahmen der Ausführungen zur Nichtigkeit ist abschließend auf einen Gesichtspunkt einzugehen: *Zimmermann* vertritt in seiner Entscheidungsanmerkung (ecolex 2019, 604) die Auffassung, das Sittenwidrigkeitsurteil in der Geschlechterklausel-Entscheidung des OGH basiere primär auf der als sittenwidrig und unerwünscht gesehene Verhaltenssteuerung, und er zieht dabei die Parallele zu der schon zitierten OGH-Entscheidung 7 Ob 193/04 i betreffend die Beschränkung des Nacherbenkreises auf Abkömmlinge aus adeligen Ehen und die EGMR-Entscheidung in der Rechtssache Pla und Puncernau/Andorra.

Richtig ist zwar, dass in den erwähnten beiden Entscheidungen und zB in zwei sehr alten E des OGH betreffend eine Bedingung der Nicht-Verhehlung oder der Verhehlung mit einem nahen Blutsverwandten des Erblassers in einem Testament die Sittenwidrigkeit nicht in einer via Drittwirkung zu konstatierenden Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes begründet ist, sondern in einer unzulässigen Willenssteuerung und somit in einem Eingriff in das Persönlichkeitsrecht, wie *Artmann* und *Zauner* dargetan haben.

Den beiden Autoren ist ebenfalls dahingehend zu folgen, dass im Anlassfall, dh in der Geschlechterklausel-Entscheidung des OGH, eine solche unzulässige Verhaltenssteuerung nicht vorliegt, weil der Verstorbene die Frauen benachteiligende Klausel im Gesellschaftsvertrag selbst vereinbart hatte, sodass sein – nach den Behauptungen der Beklagtenseite auf Verhinderung der Erlangung einer Komplementärstellung der Schwester des Erblassers gerichtete - Wille nicht fremdgesteuert war, auch wenn sich dieser mittlerweile geändert hat. (*Artmann/Zauner*, VbR 2020, 48 [49]).

5.2. Schadensersatz

Auf der Grundlage der hier vertretenen Meinung bleibt in einem Fall wie dem vom OGH entschiedenen, auf den § 4 Z 3 GIBG und nicht nur dessen „Wertungen anzuwenden ist, daher als Sanktion ausschließlich der Ersatz des Vermögensschadens und der Entschädigung für erlittene persönliche Beeinträchtigung. Letztere mag hier einmal außer Betracht bleiben und dürfte im Anlassfall wohl auch keine allzu große Rolle spielen.

Das GIBG vermeidet jeden Hinweis darauf gegen wen der Schadenersatz-Anspruch zu richten ist – in § 21 des deutschen AGG erfährt man immerhin, dass Adressat der „Benachteiligende“ ist. Die Frage ist nicht von bloß akademischer Bedeutung bzw ihre Antwort nicht immer so sonnenklar, und auch im Kernanwendungsbereich des Gesetzes, dem Arbeitsrecht, gibt es unterschiedliche Sichtweisen betreffend die Zurechnung diskriminierenden Verhaltens von Vorgesetzten zum Arbeitgeber und betreffend die Frage, ob immer (nur) der Arbeitgeber Adressat der Ansprüche ist oder *auch* bzw ggf sogar *nur* der konkrete „Störer“.

Im Sachverhalt der Geschlechterklausel-Entscheidung könnte man die Frage stellen, ob der Schadenersatzanspruch gegen die KG oder gegen die Gesellschafter zu erheben ist.

Diese Frage ist hier relativ einfach zu beantworten: Adressat können mE nur die Gesellschafter sein, die allein es durch eine zustimmende Beschlussfassung in der Hand haben, die Diskriminierung zu beseitigen. Die Gesellschafter handeln dabei – anders als diskriminierend agierende Vorgesetzte in Bezug auf den Arbeitgeber - nicht im Namen der Gesellschaft bzw ist deren Verhalten der Gesellschaft nicht zurechenbar.

Die Berechnung des Schadenersatzanspruches – immerhin steht der gesamte „Vermögensschaden“ zu – kann bei einer Diskriminierung im Zusammenhang mit der Gründung oder dem Aufbau eines Unternehmens oder dem Antritt bzw der Ausweitung einer sonstigen selbstständigen Erwerbstätigkeit großen Schwierigkeiten begegnen. Man denke nur an Fälle, in denen zB Unternehmensgründer durch diskriminierende Auflagen oder Behördenwillkür in der Entfaltung eines Unternehmens behindert oder dessen Gründung verzögert wird und der Schadenersatzkläger nachweisen muss, wie sich sein Geschäftsgang ohne diskriminierende Behinderung entwickelt hätte.

Im Anlassfall der Geschlechterklausel-Entscheidung des OGH scheint die Berechnung relativ simpel zu sein: der Gesellschaftsvertrag sieht vor, dass bei Ablehnung der Rechtsnachfolge durch eine weibliche Gesellschafterin (wofür offenbar schon das Fehlen eines zustimmenden Beschlusses genügt) anstatt der Erlangung des Komplementär-Anteils ein Abfindungspreis gezahlt wird, der den Wert der Beteiligung uU beträchtlich unterschreitet, weil er ohne Berücksichtigung des „Good Will“ berechnet wird.

Der Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens kann daher nur in der Differenz zwischen dem Abfindungspreis und dem höheren Wert der Beteiligung bestehen. Regelungslücken aufgrund unklarer oder unzureichender Vertragsformulierung betreffend die Wertermittlung lassen sich wohl mit den Mitteln der Auslegung und letztlich auch der richterlichen Schadensermittlung lösen. Konkret würde in einem solchem Fall zweifellos ein Sachverständiger vom Gericht beigezogen werden.

Wenn das diskriminierende Verhalten in der Fassung oder Unterlassung eines Gesellschafterbeschlusses besteht, dann kann sich die Frage stellen, ob sich Schadenersatzansprüche auch gegen jene Gesellschafter richten, die einen diskriminierungsfreien Zustand herstellen wollten.

Dieses Problem kann sowohl bei Einstimmigkeits-Erfordernis als auch bei Mehrheitsbeschlüssen entstehen. Bsp: für die Aufnahme der weiblichen Komplementärin ist ein einstimmiger Beschluss aller Gesellschafter erforderlich, nur ein Gesellschafter stimmt dagegen. Die Zustimmung kommt nicht zustande. Ist nun der einzige widersprechende Gesellschafter alleiniger Adressat des Schadenersatzanspruches? Dieselbe Frage stellt sich natürlich, wenn zwar eine Mehrheit für die Zustimmung zur Aufnahme ausreicht, diese aber nicht zustande kommt.

Dazu findet man – wenig überraschend- im österreichischem Schrifttum nichts, und in der mir zur Verfügung stehenden Zeit konnte ich auch in Deutschland bislang dazu keine Überlegungen ausfindig machen.

Der Umstand, dass die Haftung nach herrschender Ansicht kein Verschulden voraussetzt, hilft hier noch nicht weiter bzw kann mE nicht bedeuten, dass Gesellschafter unabhängig von ihrem Stimmverhalten zum Schadenersatz herangezogen werden können. Denn die Regeln der Kausalität sind ja deshalb nicht außer Kraft gesetzt. Etwas weiter hilft vielleicht § 21 Abs 2, vorletzter Satz des deutschen AGG, der besagt, dass der Schadenersatzanspruch gegen den Benachteiligten nicht besteht, wenn dieser „die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat“. In der gerade geschilderten Fallkonstellation müsste man aber wohl schon die Qualifikation als „Benachteiligter“ bei den für die Aufnahme der präsumentiven Gesellschafterin stimmenden Gesellschaftern verneinen.

6. Zur Falllösung betreffend OGH 24.01.2019

Vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen und auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung ergibt sich folgende Lösung des vom OGH entschiedenen Falles: die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit bzw Teilnichtigkeit der inkriminierten Bestimmungen wäre abzuweisen gewesen. Die klagende Verlassenschaft hätte den Ersatz des Vermögensschadens in Höhe der Differenz zwischen dem – letztlich durch Sachverständige zu ermittelnden – Wert der Beteiligung und dem vertraglich statuierten, niedrigeren Abfindungspreis geltend machen müssen.

Ob im konkreten Fall auch ein Ersatz für die erlittene „persönliche Beeinträchtigung“ gebührte, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Es gibt zumindest im Sachverhalt keine näheren Anhaltspunkte, dass das Verhalten der anderen Gesellschafter gegenüber der Legatarin in besonderer Weise persönlich diskriminierend oder geringschätzig gewesen wäre. Vielmehr ist ein Kontakt zwischen letztere und den Gesellschaftern gar nicht Gegenstand von Feststellungen.

Meinem Dafürhalten nach ist aber auch auf der Grundlage der vom OGH vertretenen Ansicht, die Klauseln seien nach § 879 ABGB teilnichtig, zweifelhaft, ob eine Feststellungsklage dafür das richtige prozessuale Mittel ist. Auch hier zeigt sich wieder, dass das Vermissten einer klaren und stringenten Entscheidungsbegründung jede Menge Interpretationsspielraum in Bezug auf den Inhalt der Entscheidung offen lässt. Der OGH zitiert nämlich offenbar zustimmend jene Meinung, dass es in einem Fall wie dem vorliegenden, nämlich bei einem Dauerschuldverhältnis, wo der Grundsatz, dass die Nichtigkeit im Vertragsabschlusszeitpunkt zu beurteilen sei, genauso wie bei Zielschuldverhältnissen gelte, nicht um die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Vereinbarung, sondern um die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ausübung von Rechten aus der Vereinbarung ginge. Es geht also um Ausübungskontrolle, und darin ist dem OGH – wäre § 879 ABGB entgegen der hier vertretenen Ansicht tatsächlich anzuwenden – auch zuzustimmen.

Meines Erachtens müsste das Klagebegehren dann aber nicht auf Feststellung der Unwirksamkeit oder Teilunwirksamkeit bestimmter Vertragsklauseln gerichtet sein, sondern auf Leistung, nämlich auf Fassung eines die Aufnahme der Legatarin ermöglichenden zustimmenden Gesellschafterbeschlusses.

Dies entspräche letztlich dem in § 21 Abs 1 des deutschen AGG verankerten Beseitigungsanspruch, den das österreichische Recht aber, wie schon mehrmals erwähnt, nicht kennt.

7. Ergebnis, Ausblick

Was ist nun aus der Geschlechterklausel-Entscheidung des OGH zu folgern? Man oder zumindest ich kann mich des Eindruckes nicht ganz erwehren, dass das Höchstgericht - überspitzt ausgedrückt - gleichsam in eine „Juristische Political Correctness-Falle“ getappt ist. Denn dass Geschlechterklauseln wie die vom Höchstgericht beurteilten nicht (oder zumindest nicht mehr) zeitgemäß, ja einigermaßen unsympathisch und abzulehnen sind, entspricht heute wohl weitestgehend dem gesellschaftlichen Konsens. Insofern gilt für diese Entscheidung mehr als für vermutlich fast alle anderen Fälle, mit denen sich der OGH in den letzten Jahren und Jahrzehnten zu befassen hatte, dass das Ergebnis gleichsam vorgezeichnet war, auch wenn dies Höchststrichter niemals zugeben würden. Es scheint so zu sein, dass auf Klägersseite und auch in den Unterinstanzen bzw vor dem Erstgericht, wo eine entsprechende Belehrung oder allenfalls Anleitung zu einer Klagsänderung noch möglich gewesen wäre, die Problematik des § 4 Z 3 GIBG und des Sanktionen-Systems im GIBG gar nicht reflektiert wurde und vermutlich der Klägersseite gar nicht bewusst war. Denn andernfalls hätte es doch anwaltlicher Vorsicht entsprochen, dem Feststellungsbegehren zumindest ein auf Vermögensschadensersatz gerichtetes Begehren eventualiter nachzureihen.

Wie schon zu Beginn des Vortrages erwähnt, ist die Entscheidung des OGH nicht nur in Begründung und Ergebnis nicht überzeugend; sie lässt darüber hinaus auch – gerade wegen der verschwommenen Begründung – diverse Fragen offen. So ist zB unklar, ob der OGH neben der Nichtigkeitssanktion auch – wahlweise – Schadenersatz zugesprochen hätte, wäre er geltend gemacht worden, oder ob die Anwendung bloß der „Wertungen“ des GIBG so zu deuten ist, dass diese Rechtsfolge nach Ansicht des Höchstgerichtes überhaupt ausscheidet.

Darüber hinaus hat das Höchstgericht durch die ziemlich wahllose Wiedergabe von Lehrmeinungen ohne wertende Stellungnahme dazu Spekulationen Raum gegeben, dass bzw ob Gesellschaftsverträge in Zukunft einer allgemeinen Sachlichkeitskontrolle unterliegen könnten und jedwede Ungleichbehandlung im Zusammenhang mit nach dem GIBG verpönten Kriterien zur Nichtigkeit führt. Darin läge, wie dargetan, freilich eine gravierende Unterminierung, ja existentielle Bedrohung der Privatautonomie im Gesellschaftsrecht.

Und schließlich – und das kann große praktische Bedeutung haben - wirft die Berufung auf die „Wertungen“ des GIBG statt eines klaren Bekenntnisses zu dessen direkter Anwendung wegen Vorliegens der Gründung eines Unternehmens oder der Aufnahme einer anderen selbständigen Erwerbstätigkeit die Frage auf, ob das nun heißt, dass in Bereichen, wo das GIBG ganz sicher *nicht* anwendbar ist (es geht weder um die Arbeitswelt iwS noch um öffentlich angebotene Güter oder Dienstleistungen) – nämlich im Privatstiftungsgesetz, insb bei der Definierung des Begünstigtenkreises – nunmehr ebenfalls die Wertungen des GIBG über § 879 ABGB zur Nichtigkeit von Stiftungs(zusatz)urkundenklauseln führen. Das wäre methodologisch noch verfehlter, hätte aber meiner Einschätzung nach deutlich größere praktische Auswirkungen als bei gesellschaftsvertraglichen Klauseln.

Möglicher Weise bekommt der OGH erst in Jahren die Möglichkeit einer Klarstellung, vielleicht auch Korrektur gewisser Positionen – bis dahin verharrt die (Beratungs-)Praxis in gewisser Unsicherheit.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit und freue mich auf eine spannende Diskussion.