



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Schramm als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek, Dr. Nowotny sowie die Hofrätin Dr. Faber als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verlassenschaft nach dem am ***** 2017 verstorbenen E*****, zuletzt *****, Schweiz, vertreten durch Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, gegen die beklagten Parteien 1. M*****, 2. P*****, Spanien, beide vertreten durch Univ.-Prof. Dr. Friedrich Harrer und Dr. Iris Harrer-Hörzinger, Rechtsanwälte in Salzburg, wegen Feststellung, über die Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 28. Dezember 2017, GZ 3 R 153/17s-15, mit dem das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 26. September 2017, GZ 5 Cg 38/17k-11, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden mit der Maßgabe bestätigt, dass die Entscheidung zu lauten hat:

„1. Festgestellt wird, dass die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags der M. ***** KG, FN *****, vom 12. 8. 1963, und zwar

a) Punkt VI. Abs 2 zweiter und dritter Satz:

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. [2]

Eine Zustimmung ist weiters nicht erforderlich, wenn es sich in dem vorerwähnten Rahmen um die Übertragung an männliche Nachkommen ersten Grades der

beiden Komplementäre handelt. [3]

b) Punkt VII. Abs 1 erster und zweiter Satz:

Im Falle des Ablebens eines Gesellschafters treten dessen gesetzliche männliche Erben in seine Rechte und Pflichten ein und wird die Gesellschaft mit ihnen fortgesetzt. [1]

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 Gesellschafter-Funktion zu übernehmen haben. [2]

c) Punkt VII. Abs 4:

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

insoweit nicht wirksam sind, als Frauen nicht mit Männern gleichgestellt sind.

2. Die Beklagten sind zur ungeteilten Hand schuldig, der klagenden Partei die mit 18.403,76 EUR (darin 1.419,68 EUR Umsatzsteuer und 9.885,70 EUR Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die Beklagten sind zur ungeteilten Hand schuldig, der klagenden Partei die mit 3.591,47 EUR (darin 598,58 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der (ursprüngliche) Kläger E***** ist am

***** 2017 verstorben. Er war unbeschränkt haftender Gesellschafter der im Firmenbuch eingetragenen M. ***** KG mit Sitz in W*****. Der Erstbeklagte ist unbeschränkt haftender Gesellschafter, dessen Sohn (der Zweitbeklagte) Kommanditist der Kommanditgesellschaft.

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

[...]

1./ Die Herren M***** sen. geboren am ***** 1897, [*der Erstbeklagte*] und [*der Verstorbene*], alle drei Holzindustrielle in S*****, errichten zur Fortführung der bisher von Herrn M***** sen. als Alleininhaber geführten, im Handelsregister des Landes- als Handelsgerichtes Salzburg unter HRA ***** eingetragenen Firma M. ***** mit diesem Gesellschaftsvertrag eine Kommanditgesellschaft unter der bisherigen Firma M. *****, das heißt, sie führen die bisherige Einzelfirma M. ***** als Kommanditgesellschaft mit dem Sitz in S*****, und zwar derart fort, dass die Herren [*der Erstbeklagte*] und [*der Verstorbene*] als Komplementäre und Herr M***** sen. als Kommanditist die Gesellschaft bilden.

[...]

3./ Für den Fall des Ausscheidens eines der Gesellschafter aus welchen Gründen immer oder für den Fall sonstiger Veränderungen am Bestand der Gesellschafter erteilt jeder der Gesellschafter für sich und seine Rechtsnachfolger schon jetzt seine Zustimmung zur Fortführung obiger Firma mit unverändertem Wortlaut als Kommanditgesellschaft bzw. als OHG oder Einzelfirma oder allenfalls Kapitalgesellschaft. Durch das Ableben eines Gesellschafter wird die Gesellschaft nicht aufgelöst.

[...]

7./ Persönlich haftende Gesellschafter (Komplementäre) sind die Herren [*der Erstbeklagte*] und [*der Verstorbene*]. Sie bringen die unter Pz. I.2) erwähnten je 3/10 Anteile an den dort genannten Liegenschaften ein.

Kommanditist ist Herr M***** sen. Er bringt die ihm gehörigen 4/10 Anteile an den in P.I.)² genannten Liegenschaften ein und das sonstige Geschäftsvermögen.

Die beiden Komplementäre sind am Gesamt-Gesellschaftskapital mit je 3/10, der Kommanditist mit 4/10 beteiligt, wobei diese Kapitalbeteiligung in der Form buchmäßig geführt wird, dass für [*den Erstbeklagten*] und [*den Verstorbenen*] ein fixes Kapitalkonto von je S 300.000.--, für Herrn M***** sen. ein fixes Kapital-Konto von S 400.000.-- eingerichtet wird; die darüber hinausgehenden Kapitalanteile werden im Verhältnis 3:3:4 auf variablen Kapitalkonten gebucht. Beim Kommanditisten M***** sen. stellt der Betrag von S 400.000.-- gleichzeitig die Kommandit- und Haftungseinlage des Kommanditisten dar.

Dieses Beteiligungsverhältnis 3:3:4 ist für die Ausübung des Stimmrechtes bei allen gesellschaftsrechtlichen Abstimmungen maßgebend.

[...]

II.

Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis:

[...]

2./ Die Geschäftsführung obliegt den beiden persönlich haftenden Gesellschaftern in der Weise, dass sie alle entscheidenden geschäftlichen Angelegenheiten gemeinsam behandeln und darüber Beschluss fassen; sie haben ihre ganze Sorgfalt, Verantwortlichkeit und Arbeitskraft den gesamten Aufgaben der Gesellschaftsunternehmung zu widmen. Widerspricht einer der geschäftsführenden Gesellschafter der Vornahme einer Handlung, so muss dieselbe unterbleiben.

[...]

6./ Von der Geschäftsführung kann ein persönlich haftender Gesellschafter ausgeschlossen werden, wenn dies 70 % der Geschäftsanteile beschließen. Ein solcher Ausschluss hat ein gesellschaftswidriges Verhalten zur Voraussetzung.

[...]

III.

Bilanz, Beteiligung an Gewinn und Verlust,
Entnahmen:

[...]

2./ Die Gesellschafter sind grundsätzlich nach Maßgabe ihrer fixen Kapitalkonten an Gewinn und Verlust beteiligt, also im Verhältnis 30:30:40.

3./ Für die Gewinnentnahme gilt folgendes:

Im Interesse der Erhaltung der finanziellen Schlagkraft des Unternehmens wird die Gewinnentnahme grundsätzlich beschränkt, und zwar derart, dass vom erzielten bilanzmäßigen Jahresgewinn maximal 10 % (zehn Prozent) ausgeschüttet werden.

[...]

6./ Für ihre persönliche Tätigkeit erhalten die persönlich haftenden Gesellschafter, sofern sie vollberuflich in der Geschäftsführung tätig sind, Bezüge, deren Höhe von den Gesellschaftern mit 70 % Mehrheit derart festgelegt werden, dass sie eine volle Vergütung der Arbeitsleistung und unternehmerischer Leistung darstellen und den Bezügen leitender Organe gleichartiger oder ähnlicher Betriebe gleichkommen, wobei auch auf die Ertragslage der Unternehmung Rücksicht genommen werden muss.

[...]

Die Geschäftsführerbezüge werden unabhängig vom Vorhandensein eines Gewinnes ausbezahlt und nicht als Vorauszahlung auf den Gewinnanteil angerechnet.

[...]

V.

Konkurrenzklausele:

Komplementäre und Kommanditisten haben alle geschäftlichen Aktionen und Beteiligungen zu unterlassen, aus welchen sich für die [Kommanditgesellschaft] Nachteile vom Standpunkt der wirtschaftlichen Konkurrenzbeziehungen ergeben könnten.

VI.

Gesellschafterwechsel und Neuaufnahme von Gesellschaftern durch Rechtsgeschäfte:

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

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

Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen oder Teilen derselben innerhalb des Personenkreises, soweit er durch die erstmalige 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 Gesellschafter-Funktion zu übernehmen haben.

Falls einer der Komplementäre stirbt, solange ein für den Eintritt in die Gesellschaft in Frage kommender männlicher Erbe noch nicht das 28. Lebensjahr vollendet hat, kann sein Gesellschaftsanteil nur in der Form einer Kommanditeinlage weitergegeben werden; solche männliche

Erben sind jedoch berechtigt, die Rückumwandlung in eine Komplementäreinlage, das heißt den Eintritt als Komplementär, zu verlangen, sobald sie das 28. Lebensjahr vollendet haben. Mit 70 % der Gesellschafterstimmen kann auch eine frühere Umwandlung beschlossen werden.

[...]

4./ Sollten durch eine testamentarische Verfügung andere Personen als männliche Nachkommen der gründenden Gesellschafter als Erben oder Legatäre zur Übernahme eines 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 Vertrages zur Auszahlung zu bringen.

VIII.

Auseinandersetzung im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters durch Kündigung, Ausschluss eines Gesellschafters:

[...]

6./ Für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters wird das Auseinandersetzungsguthaben nach den gesetzlichen Bestimmungen (ohne Berücksichtigung eines good will) errechnet.

[...]

8./ Das Ausscheidungsguthaben ist mit den nachangeführten Fälligkeiten in folgenden Raten auszuzahlen, wobei bis zur Festsetzung der ziffernmäßigen Höhe des Guthabens Schätzungsbeträge unter Berücksichtigung der letzten Bilanz zugrunde gelegt werden:

10 % des Auseinandersetzungsguthabens 1 Jahr nach dem Zeitpunkt, zu welchem die mittels eingeschriebenen Briefes abzugebende Ausscheidungserklärung (Kündigung) bei der Firma eingelangt ist, bzw. ein Jahr nach dem Datum des Gesellschafterbeschlusses über die Ausschließung aus der Gesellschaft gemäß P. VIII./4 bzw. ein Jahr nach Rechtskraft eines gerichtlichen Ausscheidungsurteiles; dies gilt auch für Punkt VII/4. Der Rest des Auseinandersetzungsguthabens ist in neun gleichen, aufeinanderfolgenden Jahresraten – gerechnet vom Zeitpunkt der Auszahlung der ersten 10%igen Rate – auszuzahlen.

Der jeweils aushaftende Betrag ist mit 4 % pro anno – jährlich im Nachhinein – zu verzinsen. Für die nach Bezahlung der 1. Jahresrate verbleibenden 90 % gilt Wertsicherung unter Zugrundelegung der im P. III/3 festgelegten Wertsicherungsklausel. Als Vergleichsbasis für die Wertsicherung gilt derjenige Monats-Index, welcher für den Monat der Fälligkeit der 1. Rate verlautbart wurde.

Bei Ausscheiden eines Erben gilt das gleiche, was für den Fall eines sonstigen Ausscheidens eines Gesellschafters vorgesehen ist.

Wenn während der Fristen der Fälligkeit die Gesellschaft in Liquidation tritt, erfolgt die Auszahlung des restlichen Guthabens nach Maßgabe der zur Verfügung stehenden Liquidationsmasse.

[...]

Mit schiedsgerichtlichem Vergleich vom 16. 7. 1984 verpflichtete sich der Erstbeklagte, unentgeltlich einen zehnzehnten Anteil aus seiner Beteiligung an der Kommanditgesellschaft auf den Verstorbenen zu übertragen, sodass dann der Verstorbene und der Erstbeklagte mit je vierzig Prozent und der Zweitbeklagte mit zwanzig Prozent beteiligt sind.

Mit Schreiben vom 2. 12. 2016 forderte der Verstorbene durch seine Rechtsvertreter die Beklagten auf, ihre Zustimmung zu erteilen, dass im Falle seines Ablebens seine Tochter ihm in seiner Gesellschafterstellung als geschäftsführender unbeschränkt haftender Gesellschafter der Kommanditgesellschaft nachfolge. Mit Schreiben vom 2. 1. 2017 antwortete der Zweitbeklagte, dass er derzeit keine Äußerung zur möglichen Rechtsnachfolge durch die Tochter abgeben werde, er jedoch bereit sei, in einem persönlichen Gespräch mit dem Verstorbenen nach einer Lösung zu suchen.

Mit Schreiben vom 11. 1. 2017 wiederholte der Verstorbene seinen Wunsch, dass ihm seine Tochter in seiner uneingeschränkten Gesellschafterstellung bei der

Kommanditgesellschaft nachfolge. Der Zweitbeklagte teilte mit Schreiben vom 28. 2. 2017 mit, dass derzeit keine Zustimmung anstehe, weil der Anlass nicht gegeben sei und er hoffe, dass dieser Anlass noch lange nicht eintreten werde. Er schlage eine Gesellschafterversammlung im zweiten Quartal 2017 vor.

Im Akt des Verlassenschaftsverfahrens nach dem Verstorbenen beim Bezirksgericht Salzburg erliegt eine letztwillige Verfügung des Verstorbenen vom 29. 8. 2012, in der seine Tochter I***** 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 im Sinn der Ziffer VII des Gesellschaftsvertrags zu seiner Rechtsnachfolgerin.

Die **klagende Partei** begehrt die Feststellung der Nichtigkeit, in eventu die Aufhebung des Gesellschaftsvertrags in den Punkten VI. Abs 2 zweiter und dritter Satz, VII. Abs 1 erster und zweiter Satz und VII. Abs 4 insoweit, als Frauen nicht mit Männern gleichgestellt sind.

Die Kommanditgesellschaft übe keine Tätigkeit aus, bei der hauptsächlich männliche Geschäftspartner Verhandlungen mit einem männlichen Gegenüber führen wollten. Weder innerbetriebliche Maßnahmen noch die Vertretung nach außen erforderten Geschäftsführung und Vertretung ausschließlich durch Männer. Eine sachliche Rechtfertigung für die Vertragsbestimmung, wonach die Gesellschaft nur mit männlichen, nicht aber mit weiblichen gesetzlichen Erben fortgesetzt werde, liege somit nicht vor. Die Funktionen und Fähigkeiten, die ein unbeschränkt haftender Gesellschafter aufweisen sollte, könnten sowohl

von Frauen als auch von Männern erfüllt werden. Würde die Gesellschaft mit weiblichen gesetzlichen Erben nicht fortgesetzt werden, so ergäben sich für die weiblichen Nachkommen erhebliche Vermögensnachteile, weil diesen nur ein Auseinandersetzungsguthaben zustehe, das ohne Berücksichtigung des good will errechnet werde. Der Wert der Unternehmensbeteiligung sei erheblich höher, wenn der Erbe in die Gesellschafterstellung eintreten könne. Damit sei die Beteiligung bei Einantwortung der Verlassenschaft an eine Frau weniger Wert als an einen Mann. Eine Vertragsbestimmung, die ohne sachliche Rechtfertigung Männer und Frauen ungleich behandle, sei sittenwidrig. Dies ergebe sich aus Art 14 EMRK und dem in deren 1. Zusatzprotokoll festgelegten Recht auf Schutz des Eigentums; dieses Recht sei gemäß Art 14 EMRK ohne Benachteiligungen, die im Geschlecht begründet seien, zu gewährleisten. Auch Art 23 GRC stelle die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in allen Bereichen sicher. Ebenso sei die Wertung des Art 7 B-VG in § 879 ABGB eingeflossen. Die Klauseln seien sowohl aus Gründen des innerstaatlichen als auch unmittelbar anwendbaren EU-Rechts sittenwidrig und nichtig, allerdings nur insoweit, als sie dem Sinn und Zweck des Diskriminierungsverbots entgegenstünden. Sollten die Klauseln im Jahr 1963 wirksam vereinbart worden sein, sei eine Vertragsanpassung durch Wegfall der „Männerklauseln“ erforderlich.

Die **Beklagten** wendeten ein, die im Jahr 1962 konzipierten Klauseln des Gesellschaftsvertrags seien nicht ausschließlich aus dem heutigen Blickwinkel zu würdigen. Die Regelungen seien zunächst nicht unsachlich, bedenklich oder sittenwidrig gewesen. Der Kläger habe die vertragliche Verankerung auch deshalb befürwortet, weil er verhindern

habe wollen, dass seine Schwester im Erbweg eine Gesellschaftsbeteiligung erlangen könne. Zwar komme es vor, dass eine Klausel eines Gesellschaftsvertrags durch nachfolgende Entwicklungen überprüfungswürdig werden könne; dann verwandle sich die betreffende Klausel jedoch nicht in eine nichtige Klausel, sondern sei der Gesellschaftsvertrag durch die Gesellschafter den geänderten Verhältnissen anzupassen. Geschehe dies nicht einvernehmlich, so sei die Anpassung im Klageweg herbeizuführen. Möglich sei daher nur eine (Leistungs-)Klage auf Anpassung des Gesellschaftsvertrags. Allerdings seien die Klauseln nicht am allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz des Art 7 BVG und dem Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK zu messen, weshalb Nichtigkeitsfolgen im Sinne des § 879 ABGB nicht eingriffen. Wollte man dennoch eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte annehmen, so könne der Gesellschaftsvertrag dennoch gleichheitskonform interpretiert und angewandt werden. Der Vertrag schließe den Eintritt einer Frau nicht aus, er bedürfe nur einer Genehmigung; im Sinne einer Drittwirkung bedürfte diese Genehmigung einer sachlichen Begründung. Auch sei es rechtlich ausgeschlossen, das Prinzip der Privatautonomie auszuklammern und zu einer geschlechtsneutralen Aktualisierung des Gesellschaftsvertrags zu schreiten.

Die **Vorinstanzen** gaben dem Feststellungsbegehren statt, das Berufungsgericht sprach darüber hinaus aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteigt und die ordentliche Revision zulässig ist; es fehle Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage der Rechtswirksamkeit von nach dem Geschlecht differenzierenden Nachfolgeklauseln in

Gesellschaftsverträgen.

In der Sache selbst vertraten die Vorinstanzen die Auffassung, dass zwar gerade die Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht ein Teil der Privatautonomie sei, maßgeblich sei aber auch, dass die Vertrags- bzw Gestaltungsfreiheit von (Gesellschafts-)Verträgen durch Grundrechte durchbrochen werden könne; dies gelte hinsichtlich der zu beurteilenden Geschlechterklauseln für Art 7 B-VG und Art 14 EMRK. Unterstützt werde die mittelbare Drittwirkung durch einfachgesetzliche Regelungen, die zur Konkretisierung der guten Sitten gemäß § 879 ABGB heranzuziehen seien, so insbesondere die Bestimmungen des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes und des Gleichbehandlungsgesetzes, aber auch etwa § 87 Abs 2 AktG, der auf eine aktive Bekämpfung der Benachteiligung eines Geschlechts gerichtet ist, oder § 243b Abs 2 Z 2 UGB betreffend Maßnahmen zur Förderung von Frauen in Vorstand, Aufsichtsrat und leitender Stellung in börsennotierten Gesellschaften. Eine ungleiche Behandlung der Geschlechter sei zwar nicht prinzipiell verboten, es müssten hiefür aber gewichtige Gründe vorliegen; verboten sei eine Differenzierung ohne sachliche Rechtfertigung. Im vorliegenden Fall seien weibliche Nachkommen gegenüber männlichen wirtschaftlich benachteiligt, weil sie Anspruch lediglich auf das Auseinandersetzungsguthaben (Einmalzahlung in Raten) hätten, letztere hingegen auf eine jährliche Gewinnbeteiligung und auf eine Entlohnung für ihre Tätigkeit. Eine Rechtfertigung für diese Differenzierung sei weder ersichtlich noch von den Beklagten behauptet worden. Auch wenn die Geschlechterklausel im Jahr 1963 aufgrund des damals anderen Rollenbilds der Frauen nicht als sittenwidrig einzustufen gewesen sei, könnten sich die

Beklagten aufgrund der heutigen Wertungen nicht mehr auf diese Klauseln berufen; dem stehe die Ausübungskontrolle entgegen. Die Beklagten selbst zweifelten eine zwischenzeitige Überholung einer Geschlechterdifferenzierung nicht an.

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

1. Die Kommanditgesellschaft ist im Firmenbuch eingetragen und hat ihren Sitz in Österreich. Im Hinblick darauf sind die hier maßgeblichen Fragen nach österreichischem Recht zu beurteilen (§ 10 IPRG; ausführlich *Neumayr* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁵ [2017] § 10 IPRG Rz 2; *Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht [2017] Rz 7/7 – alle mit weiteren Nachweisen).

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

3. Bei den Personengesellschaften gewährt das Gesetz zur Gestaltung des Innenverhältnisses sehr weitgehende Vertragsfreiheit; Schranken werden unter anderem durch § 879 Abs 1 ABGB über die Sittenwidrigkeit (vgl RIS-Justiz RS0121812 [T1] zu Abfindungsklauseln) und durch zwingendes Recht gesetzt. Einzelne Klauseln des Gesellschaftsvertrags können dabei sittenwidrig sein, wenn sie einen Gesellschafter rechtlos stellen; Sittenwidrigkeit kann aber auch auf einer groben Ungleichbehandlung der Gesellschafter untereinander beruhen, etwa bei Wucher durch Ausnutzung der wirtschaftlichen Überlegenheit des einen oder der mangelnden Erfahrung des anderen (*Thiery* in *Zib/Dellinger*, UGB [2017] § 108 Rz 17; vgl *Born* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB³ § 109 [2014] Rz 5; *Kindler* in *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB⁸ § 109 [2015] Rz 2). Die Beurteilung der Sittenwidrigkeit gesellschaftsvertraglicher Regelungen erfordert eine Gesamtwürdigung unter Einbeziehung aller relevanten Umstände, die zur Zeit des Vertragsschlusses gegeben sind (vgl BGH II ZR 207/10 NZG 2013, 984).

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

Verfassungsgerichtshofs ein allgemeines Gebot der Sachlichkeit von Gesetzen zu erschließen (zB VfGH VfSlg 16.407; *Mayer/Muzak* aaO III.1. mwN).

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

4.2. Art 14 EMRK normiert, dass der Genuss der in der EMRK festgelegten Rechte und Freiheiten ohne Benachteiligung zu gewährleisten ist, die 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. ZPMRK betreffen (*Berka*, Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote, GES 2017, 347 mwN).

5. Die (gegen den Staat gerichteten) Grundrechte wirken nach heute anerkannter Auffassung mittelbar auf das Verhältnis Privater zueinander ein („Theorie der mittelbaren Drittwirkung“; 3 Ob 2440/96m; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ [2015] Rz 1334 ff; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ [2015] § 16 Rz 57 f; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ [2014] § 879 Rz 8; zum Verhältnis der Drittwirkung zu den staatlichen Schutzpflichten *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs [2011] 33 f; ausführlich *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184, 201). 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). Grundrechtlich geschützten Rechten misst *Graf* (in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} [2017] § 879 Rz 84) ein derart besonderes Gewicht zu, dass eine vertragliche Regelung, die einen diesem Grundrecht widersprechenden Zustand herbeiführt, nur dann zulässig sein werde, wenn zwingende Interessen der Gegenseite dafür sprechen. Dass auch 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 (ausführlich *Berka*, *Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote*, GES 2017, 347), bestreiten die Beklagten im Revisionsverfahren gar nicht.

6.1. In dem eine außerordentliche Revision zurückweisenden Beschluss 7 Ob 193/04i führte der Oberste Gerichtshof aus, die Richtigkeit der Rechtsansicht des Berufungsgerichts, „eine vom Erblasser [in seinem Testament] vorgenommene Differenzierung in adelige und nicht adelige Abstammung bzw der Ausschluss nicht adeliger Personen als Nacherben sei unbeachtlich, weil sie bzw er gegen Art 7 Abs 1 B-VG verstoße, also grundrechtswidrig sei, wobei Grundrechte durch ihre mittelbare Drittwirkung auch im Privatrecht zu beachten seien, könne nicht ernsthaft bezweifelt werden“. Die Entscheidung nimmt – über die Berücksichtigung der Grundrechte bei der Auslegung der Generalklauseln des Privatrechts hinausgehend – ganz allgemein (*Mayer/Kucsko-Stadmayer/Stöger*, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*¹¹ [2015] Rz 1336) eine mittelbare Drittwirkung des Gleichheitssatzes an

(ablehnend *Kalss/Probst*, Familienunternehmen – eine erste Vermessung, GesRZ 2013, 115 [122], müsste doch sonst die Testierfreiheit an sich dem Gleichheitsgrundsatz widersprechen; *Berka*, GES 2017, 354). Der 7. Senat verwies außerdem auf die Vorentscheidung Ob II 585/26 (SZ 8/251), die ausgesprochen hatte, dass eine Bedingung in einem Legat, wonach der Legatar nur eine Person aus einer bestimmten Kategorie (Konfession, Nation udgl) heiraten dürfe, sittenwidrig und damit nichtig sei (ähnlich GIUNF 2466, wonach die Bedingung der Nichtverehelichung oder der Verehelichung mit einem nahen Blutsverwandten des Erblassers in einem Testament als unwirksam erachtet wurde).

6.2. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hatte sich in der Rechtssache Nr 69498/01 (*Pla und Puncernau/Andorra*; NJW 2005, 875; vgl dazu *Rebhahn*, Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 210, 489 [513 FN 130]) mit einem andorranischen Testament aus dem Jahr 1938 zu befassen, das eine Nacherbschaft anordnete, falls der Testamentserbe die Erbschaft nicht an Sohn oder Enkel aus „legitimer und kanonischer Ehe“ weitergebe. Der Vorerbe und seine Frau adoptierten ein Kind, woraufhin die Nacherben auf Herausgabe der Erbschaft klagten und national obsiegten. Der vom Adoptivsohn und von der Frau des Vorerben angerufene EGMR führte aus, dass die Auslegung durch das andorranische Höchstgericht in „flagrantem Widerspruch zu dem in Art 14 EMRK niedergelegten Verbot der Diskriminierung“ stehe. Es könnten keine sachlichen und vernünftigen Gründe für eine unterschiedliche Behandlung von Adoptivkindern im Vergleich mit leiblichen Kindern gefunden werden.

7. Zur Vornahme einer Differenzierung zwischen

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

7.1. Graf (Unzulässigkeit von Diskriminierungen im Privatstiftungsrecht, in JB Stiftungsrecht 2007, 94; vgl *ders* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 223) vertritt die Ansicht, dass solche Klauseln aufgrund mittelbarer Drittwirkung des Gleichheitssatzes nichtig seien. *Graf* erachtet die Entscheidung 7 Ob 193/04i als zutreffend, weil durch die für die Nacherbschaft geltende Regelung eine allgemeine Regel aufgestellt werde, deren offen artikulierter Zweck gerade die Durchführung einer anstößigen Diskriminierung sei. Im Falle eines Rechtsstreits wäre ein Gericht sodann gezwungen, zur Begründung seines Urteils jene Differenzierung durchzuführen, die von Art 7 B-VG gerade untersagt werde. Anders würde der Fall aussehen, wenn der Testator die Erben unmittelbar bestimme, also etwa nur seine Söhne A und B, nicht aber seine Töchter C und D letztwillig bedenke. Da in diesem Fall das Gericht nicht gezwungen wäre, zur Begründung seiner Entscheidung auf die anstößigen Kriterien zu rekurrieren, sei ein solches Testament gültig. Dieselben Wertungen seien nun auch im Stiftungsrecht zu beachten. Einem Stifter sei es verwehrt, für die Bestimmung der Begünstigten Regelungen aufzustellen, die in Widerspruch zu grundrechtlichen Wertungen an verpönte

Kriterien anknüpfen, um Differenzierungen zwischen möglichen oder tatsächlichen Begünstigten vorzunehmen. Dies sei beim Stiftungsrecht vor allem auch deshalb geboten, da diese unter Umständen 100 Jahre besteht und diese Regelung der Stiftungserklärung nach dem Tod des Stifters nicht mehr geändert werden kann.

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

7.3. In einem späteren Aufsatz zu Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen kommen *Kalss* und *Dauner-Lieb* (GesRZ 2016, 249) nach Analyse einfachgesetzlicher Bestimmungen zum Ergebnis, dass diese gesetzlichen Regelungen zur Aufladung der Guten-Sitten-Klausel des § 879 Abs 1 ABGB heranzuziehen seien. Generell-abstrakte Regelungen eines Gesellschaftsvertrags oder nachgeordneter Regelwerke, die keine sachliche Differenzierung vorsehen, würden dem Gleichbehandlungsgebot widersprechen. Nur wenn ein vernünftiger sachlicher Grund bestehe, der eine

Differenzierung zuliebe, werde mit einer entsprechenden Klausel nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen. Selbiges gelte auch für die Festlegung von Begünstigten in Privatstiftungen.

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

7.5. *Klampfl* (JEV 2016, 178) bejaht die Sittenwidrigkeit von Geschlechterklauseln aufgrund mittelbarer Drittwirkung des Gleichheitsgebots. Maßgebliche Argumente zieht er aus der Entscheidung 7 Ob 193/04i und aus der Rechtsprechung des EGMR. Dass der Oberste Gerichtshof das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage

verneinte, hält er für ein Indiz dafür, dass solche Klauseln jedenfalls sittenwidrig im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB sein könnten. Ebenso wie *Kalss/Dauner-Lieb* vertritt er, dass einfachgesetzliche Regelungen (wie etwa das Gleichbehandlungsgesetz) für eine Unzulässigkeit von Geschlechterklauseln sprechen würden. Er legt dar, wie Testierfreiheit und Grundsatz der Gleichbehandlung abzuwägen seien. Voraussetzung sei eine nicht bloß geringfügige nachteilige Differenzierung, die auf das Geschlecht der betroffenen Personen als kausales Unterscheidungskriterium abstellt. Die Ermittlung der Kausalität solle durch Auslegung der letztwilligen Verfügung und durch Ermittlung des wahren Willens des Erblassers erfolgen. Selbst bei Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts könne aber eine solche Klausel zulässig sein, sofern ein vernünftiger sachlicher Grund für die Differenzierung bestehe.

8.1. Die deutsche Rechtslage ist der österreichischen vergleichbar. Im deutschen Verfassungsrecht ist es herrschende Auffassung, dass die Grundrechte keine unmittelbare Drittwirkung gegenüber Privaten entfalten, sondern diese bloß mittelbar über die Auslegung und Anwendung des Privatrechts, insbesondere seiner Generalklauseln wirken (vgl etwa *Di Fabio* in *Maunz/Dürig*, Grundgesetz [2002] Art 2 Rz 109; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II [2010] Rz 47 – beide mit weiteren Nachweisen; BVerfG 1 BvR 400/51 BVerfGE 7, 198 („Lüth-Urteil“). § 138 dBGB, wonach ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist, bildet den Ansatzpunkt für eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im privatrechtlichen Bereich (*Armbrüster* in *MünchKomm*, BGB⁷ [2015] § 138 Rz 20; *Leipold* in *MünchKomm*, BGB⁷

§ 2064 Rz 15; *Sack/Fischinger* in *Staudinger*, BGB [2017] § 138 Rz 97). Nach Art 3 Abs 1 GG sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Männer und Frauen sind gleichberechtigt (Art 3 Abs 2 GG). Niemand darf wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden (Art 3 Abs 3 GG). Grundgesetzlich verbürgt sind die Privatautonomie – sie wird aus Art 2 Abs 1 GG abgeleitet (vgl. *Di Fabio* aaO Rz 101 ff) und die in Art 14 GG ausdrücklich angeordnete Testierfreiheit.

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

a) In der älteren Literatur vertrat *Hueck* (Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht [1958] 114, 253; ähnlich auch *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in FS Nawiasky [1956] 160, 168), eine ungleiche Behandlung stelle selten eine so schwere Verfehlung dar, dass sie gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Auch ergebe sich aus Art 3 Abs 3 GG kein Vorrang des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor der ebenfalls grundrechtlich gewährleisteten Vertragsfreiheit.

b) Nach *Mikat* (Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit, in FS Nipperdey [1965] 581) kommt es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit aufgrund mittelbarer Drittwirkung von Grundrechten darauf an, ob das gegenwärtige Rechtsbewusstsein ein Grundrecht als derart

wesentlich und unabdingbar empfindet, dass seine Verletzung im Privatrechtsbereich zugleich einen Angriff auf die Ordnung der rechtsstaatlich verfassten Gemeinschaft darstellen würde. Maßgeblich sei, ob das Rechtsbewusstsein der Gemeinschaft die durch das Grundrecht gebotene Wertverwirklichung als gestört ansieht, wenn nicht auch die Bürger ihr Individualverhalten danach ausrichten. Grundsätzlich seien auch dem Gleichbehandlungsgebot widersprechende Differenzierungen zulässig.

c) Für *Bezenberger* (Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 [1996], 395) bietet das gesetzliche Pflichtteilsrecht ausreichende Milderung der Härten der verfassungsrechtlich geschützten Testierfreiheit. Daher seien dem Testator im Übrigen alle Ungleichbehandlungen – selbst solche nach Abstammung und Rasse der Bedachten oder Hintangesetzten – erlaubt.

d) *Lange* (Erbrecht² [2017] 64) hält fest, dass eine gegen Art 3 Abs 3 GG verstoßende Diskriminierung in letztwilligen Verfügungen zwar grundsätzlich gemäß § 138 dBGB sittenwidrig und damit nichtig sein könne. Aufgrund der Tatsache, dass den Grundrechten keine unmittelbare Drittwirkung zukommt, stelle es aber keinen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 GG dar, wenn der Erblasser etwa systematisch den männlichen Teil seiner Familie gegenüber dem weiblichen bevorzugt. Nach *Sack/Fischinger* (aaO § 138 Rz 686) kann ein Testament nur sittenwidrig sein, wenn über die testamentarische Beschränkung oder den Ausschluss des gesetzlichen Erbanspruchs hinaus besonders schwerwiegende Umstände hinzukommen. Eine Missachtung des Differenzierungsverbots des Art 3 Abs 3 GG führe nicht schon ohne Weiteres zum Verdikt der Sittenwidrigkeit, weil eben

auch die Testierfreiheit nach Art 14 GG grundrechtlichen Schutz genieße. Diese umfasse auch die Freiheit, die Vermögensnachfolge nicht an den allgemeinen gesellschaftlichen Überzeugungen oder den Anschauungen der Mehrheit auszurichten. In dieselbe Richtung geht die Auffassung *Ottes* (in *Staudinger*, BGB [2013] Vor §§ 2064–2086 Rz 152), wonach für eine Ausstrahlung von Art 3 Abs 3 GG auf die Beurteilung erbrechtlicher Verfügungen kein Raum sei.

e) Demgegenüber vertrat bereits 1971 *v. Lübtow* (Erbrecht 17) unter Berufung auf *Boehmer* (in *Neumann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte II [1954] 422) die Auffassung, Art 3 Abs 3 GG sei ein maßgebendes Auslegungsprinzip für § 138 dBGB, weshalb eine Verfügung, die jemanden aus diesen Gründen benachteiligt oder bevorzugt, nichtig sei.

f) *Thielmann* (Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen [1973] 303) lehnt insbesondere die von *Mikat* vorgenommene Abgrenzung, dass bloß „rassische“ und religiöse Diskriminierungen unzulässig seien, sonstige in Art 3 Abs 3 GG genannten Gruppen allerdings ähnliche Ungleichbehandlungen hinnehmen müssten, ab. Drittwirkung entfalte Art 3 Abs 3 GG immer dann, wenn die von der letztwilligen Verfügung ausgehenden Wirkungen derart intensiv sind, dass sie einen durchschnittlich standhaften Menschen veranlassen würden, das diskriminierende Merkmal abzulegen, wäre er dazu imstande. Daher treffe einen Testator über umfangreiche, wertvolle Nachlässe eine größere Verantwortung, als wenn es nur um Kleinigkeiten gehe. Darüber hinaus könne eine Diskriminierung durch ein sachgerechtes Motiv gerechtfertigt sein, wobei die Zu- und Abneigungen des Erblassers stets ein zureichender Grund

seien, die keiner besonderen Rechtfertigung im Einzelfall bedürften.

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

h) *Foerster* (Diskriminierende Regelungen der Nachfolge in die Verbandsmitgliedschaft, AcP 213 [2013],

218) plädiert für die Unzulässigkeit von Geschlechterklauseln in generell-abstrakten Nachfolgeregelungen in Verbandsverfassungen. Es seien keine Wertungsgesichtspunkte vorhanden, die trotz der grundlegenden Wertung des Art 3 Abs 3 GG ein Bedürfnis für eine entsprechende Differenzierung nach dem Geschlecht erkennen ließen. Vor dem Hintergrund, dass die deutsche Rechtsprechung und herrschende Auffassung in der vergleichbaren erbrechtlichen Problematik die Testierfreiheit großzügig interpretieren und daher Sittenwidrigkeit regelmäßig verneinen, legt er dar, dass Nachfolgeregelungen in Verbandsverfassungen unter Umständen anders zu beurteilen seien. So treffe eine Verbandsverfassung für den jeweiligen Verband abstrakt-generelle Regelungen für alle Mitglieder, wohingegen eine Verfügung von Todes wegen mit der Zuordnung des Nachlasses des Erblassers einen konkreten Einzelfall im Blick habe. Verbandsverfassungen seien gegenüber Testamenten längerfristig (über mehrere Generationen) angelegt und regelten den Zustand des jeweiligen Verbands als Dauerzustand. Über die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte gerate eine Geschlechterklausel in Konflikt mit dem Gleichheitssatz des Art 3 Abs 3 GG. Eine generelle Annahme, die Abkömmlinge eines Geschlechts seien als Nachfolger geeigneter als andere, müsse als überwunden gelten. Neben den mittelbaren Auswirkungen auf die Nachfolger sei es auch nicht mehr zeitgemäß, von einem Verbandsmitglied zu verlangen, dass dieses seine Lebensführung entsprechend anpasse, um mindestens ein anhand der abstrakten Kriterien nachfolgeberechtigtes Familienmitglied in seinem Familienstamm zu haben. Zulässig seien aber konkret-individuelle Differenzierungen, etwa die Bevorzugung der einen Tochter oder des einen

Sohnes.

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

9.1. 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 „Bedingungen für den Zugang zu selbständiger Erwerbstätigkeit“ (§ 1 Abs 1 Z 4 GIBG). Aufgrund des Geschlechts durfte niemand unmittelbar oder mittelbar „bei den Bedingungen für den Zugang zu selbständiger Erwerbstätigkeit“ diskriminiert werden (§ 4 Z 3 GIBG).

9.2. Mit der Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG des Rates, sollte der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben oder zur Ausübung einer solchen beitragen, in den Mitgliedsstaaten 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

Richtlinie 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 Richtlinie alle Personen zu verstehen, die nach den Bedingungen des innerstaatlichen Rechts eine Erwerbstätigkeit auf eigene Rechnung ausüben.

9.3. Die Richtlinie wurde in Österreich durch das Bundesgesetz BGBl I 2013/107 umgesetzt (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 die 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 Richtlinie aus (ErläutRV 2300 BlgNR 24. GP 2).

9.4. a) Die Stellung des Komplementärs ist nach der Konzeption des Gesetzes mit geschäftsführender Tätigkeit

verbunden (§ 161 Abs 2, § 164 iVm § 114 UGB). Daraus leiten (*Kalss/Dauner-Lieb*, GesRZ 2016, 255) die Anwendbarkeit des GIBG für die Komplementärstellung ab.

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

c) Dem ist zu erwidern: Dass Rechtsfolge einer erfolgten Diskriminierung nach § 12 Abs 10 GIBG ein Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung ist, deutet daraufhin, 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 Sinn 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 von einer selbständigen Tätigkeit im Sinn der Richtlinie und des GIBG auszugehen. Geht es um die Ermöglichung des Zugangs zu einer mit einer Gesellschaftsbeteiligung verbundenen Unternehmensführung, können demnach die Wertungen des GIBG zur Ausfüllung der Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB herangezogen werden (vgl *Kalss/Dauner-Lieb*, GesRZ 2016, 255).

10.1. Nach § 879 Abs 1 2. Fall ABGB ist ein Vertrag, der gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Allgemein verstößt gegen die guten Sitten, was dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft, also aller billig und gerecht Denkenden widerspricht (RIS-Justiz RS0022920). Ein Geschäft ist sittenwidrig, wenn es, ohne gegen ein positives inländisches Gesetz zu verstoßen, offenbar rechtswidrig ist, also ungeschriebenes Recht – insbesondere allgemeine und oberste Rechtsgrundsätze – verletzt (RIS-Justiz RS0022920 [T5], RS0016539). Unter den guten Sitten ist der Inbegriff jener Rechtsnormen zu verstehen, die im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen sind, die sich aber aus der richtigen Betrachtung der rechtlichen Interessen ergeben; die guten Sitten werden mit dem ungeschriebenen Recht

gleichgesetzt zu dem neben den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch die allgemein anerkannten Normen der Moral gehören (RIS-Justiz RS0022866). Moralvorstellungen sind beim Verständnis der guten Sitten aber nur soweit zu berücksichtigen, als sie in der Rechtsordnung Niederschlag gefunden haben (RIS-Justiz RS0022866 [T7]). Sittenwidrig sind Vereinbarungen, die die durch die überwiegend anerkannte Sozialmoral und die immanenten rechtsethischen Prinzipien der geltenden Rechtsordnung der Privatautonomie gezogenen Grenzen überschreiten (RIS-Justiz RS0022866 [T1]). Die Wertentscheidungen und Grundprinzipien der Rechtsordnung sind für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit maßgeblich (RIS-Justiz RS0022866 [T3]). Verträge sind sittenwidrig, wenn die Interessenabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei Interessenkollision ein grobes Missverhältnis zwischen den durch die Handlung verletzten und den durch sie geförderten Interessen ergibt (RIS-Justiz RS0045886). Die Interessenabwägung hat aus den aus der Rechtsordnung ablesbaren Wertungsgesichtspunkten zu geschehen (RIS-Justiz RS0045886 [T7]). Dabei ist eine umfassende, die Umstände des einzelnen Falls berücksichtigende Interessenabwägung, die auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen hat, vorzunehmen (RIS-Justiz RS0045886 [T10]).

10.2. Ob ein Geschäft sittenwidrig ist, ist unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen das Rechtsgeschäft geschlossen wurde, anhand der von der Gesamtrechtsordnung geschützten Interessen zu beurteilen, wobei es auf Inhalt, Zweck und Beweggrund des Geschäfts, also auf den Gesamtcharakter der Vereinbarung ankommt (RIS-Justiz RS0113653 [T3]). Die Sittenwidrigkeitsklausel ist

ein restriktiv einzusetzendes Regulativ, das nur in jenen krassen Fällen, in denen dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwider gehandelt wird, die grundsätzlich zu gewährende Vertragsfreiheit einschränkt (RIS-Justiz RS0113654).

11.1. Die Prüfung der Nichtigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen (RIS-Justiz RS0017936; auch bei Dauerschuldverhältnissen 1 Ob 511/87; 6 Ob 661/95; 3 Ob 143/18b). Der hier zu beurteilende Gesellschaftsvertrag wurde im Jahr 1963 errichtet. Die Prüfung der wegen Sittenwidrigkeit im Hinblick auf die Diskriminierung von Frauen beanstandeten Klauseln hat sich somit auf diesen Zeitpunkt zu beziehen. Zu diesem Zeitpunkt sah zwar Art 7 B-VG – so wie auch heute – bereits vor, dass Vorrechte des Geschlechts ausgeschlossen sind. Allerdings normierte etwa § 91 ABGB idF vor dem Bundesgesetz über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, BGBl 412/1975, noch bis 31. 12. 1975, dass der Mann das Haupt der Familie ist; gemäß § 92 ABGB aF war die Ehefrau verbunden, dem Ehemann in seinem Wohnsitz zu folgen und, soweit es die häusliche Ordnung erforderte, die von ihm getroffenen Maßregeln zu befolgen. Damit galt in Österreich bis Ende 1975 ein patriarchalisches Familienmodell (*Hinteregger*, Privatautonomie in der Ehe, in FS 200 Jahre ABGB II [2011] 1007).

11.2. Da die Sittenwidrigkeitsklausel ein restriktiv einzusetzendes Regulativ ist, kann angesichts der damals geltenden einfachgesetzlichen (Ehewirkungs-)Regelungen, die eine deutliche Über- und Unterordnung von Männern und Frauen vorsahen, nicht davon ausgegangen werden, dass Geschlechterklauseln in vor 1976

errichteten Gesellschaftsverträgen damals gegen die guten Sitten im Sinn des § 879 Abs 1 ABGB verstießen.

12.1. Der Gesellschaftsvertrag der M. ***** 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 258/08x).

§ 177 HGB (§ 177 UGB) wirkt wie eine einfache Nachfolgeklausel (*Leupold* in *U. Torggler*, UGB² § 177 Rz 2). Diese Norm (und § 177 UGB) sind dispositiv (RIS-Justiz RS0109667; *Leupold* in *U. Torggler*, UGB² § 177 Rz 6). Der Senat geht davon aus, dass der Gesellschaftsvertrag die dispositive Regelung der Nachfolge nach dem Tod eines Kommanditisten nicht änderte. 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 Vertragspunkts 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.

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

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

13. Entgegen den Ausführungen der Revision sind

die generell-abstrakten, weibliche Nachkommen aufgrund des Geschlechts diskriminierenden Regelungen des 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 [T1]). Dass die Gesellschafter im Einvernehmen buchstäblich alles wirksam vereinbaren könnten, ist damit nicht richtig.

14.1. Die den Wertungen des Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG und des § 4 Z 3 GIBG widersprechenden Differenzierungen nach dem Geschlecht potentiell Nachfolgender in den Punkten VI. und VII. des Gesellschaftsvertrags sind nach heutiger Rechtslage sittenwidrig im Sinn des § 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:

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

Bei der gebotenen Abwägung zwischen der Privatautonomie der Gesellschafter bei der Gestaltung der Nachfolge der Komplementäre mittels generell-abstrakter Regelungen des 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 Beklagten in der Revision mit keinem Wort.

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

8 ObA 30/00w DRdA 2001, 430 [Resch]; ausführlich für Deutschland *Sack/Fischinger* in *Staudinger*, BGB § 138 Rz 135).

14.4. 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 HGB*⁴ § 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 (*Kamanabrou* in *Oetker*, HGB⁵ [2017] § 131 Rz 88). Beurteilt werde daher nicht die Rechtmäßigkeit der Vereinbarung, sondern jene der Rechtsausübung (vgl. *Lorz* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB³ [2014] § 131 Rz 139).

14.5. Für Österreich ist im Personengesellschaftsrecht jedenfalls anerkannt, dass die Gesellschafter nicht davor geschützt werden müssen, dass bestimmte Arten von Vertragsänderungen überhaupt mit Mehrheitsbeschluss erfolgen können, sondern davor, dass die Mehrheit von dieser Kompetenz einen illoyalen und zweckwidrigen Gebrauch macht (vgl. 4 Ob 2147/96f; 2 Ob 281/05w). Mehrheitsentscheidungen müssen sich daher an der Pflicht zur Förderung des vereinbarten gemeinsamen Zwecks, das heißt der Treuepflicht und dem Gleichbehandlungsgrundsatz sowie der Sittenwidrigkeit messen lassen (*Jabornegg/Artmann*, UGB² [2010] § 119 Rz 21; ausführlich *Thöni* in *Zib/Dellinger*, UGB [2017] § 119 Rz 179; *Enzinger* in *MünchKomm zum HGB*⁴ § 119 Rz 82).

Mit dieser „Ausübungskontrolle“ wird demnach der Mehrheit eine willkürliche Stimmrechtsausübung zulasten der Minderheit untersagt (so bereits *Leenen*, „Bestimmtheitsgrundsatz“ und Vertragsänderungen durch Mehrheitsbeschluß im Recht der Personengesellschaften, FS-Larenz [1973] 371; *Zollner/Hartlieb* in *Zib/Dellinger*, UGB § 112 Rz 30).

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

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

14.8. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs 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 136/16w [ErwGr 1.]).

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

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

15. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 24. Jänner 2019
Dr. S c h r a m m
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: