

LIBER AMICORUM EDWIN GITSCHTHALER



Liber Amicorum
EDWIN GITSCHTHALER

herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Constanze Fischer-Czermak
und
Mag. Andreas Tschugguel

Redaktion:
Mag. Nadine Bösch



Wien 2020
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Zitiervorschlag: *Autor* in *Fischer-Czermak/Tschugguel* (Hrsg), *Liber Amicorum Edwin Gitschthaler* (2020) [Seite]

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeber, der Autorinnen und Autoren sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-14533-0

© 2020 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: verlag@manz.at

www.manz.at

Bildnachweis: © Fotostudio Huger

Satzherstellung: Christian Taufer

Druck: FINIDR, s.r.o., Český Těšín

Vorwort

Lieber Edwin,

dieses Vorwort richten wir ganz persönlich an Dich! Du bist kein Jubilar, über den wir in dritter Person sprechen möchten. Persönlich und direkt hast Du es immer lieber.

Die in unseren Kreisen manchmal gesehene Eitelkeit, eine Festschrift zu erwarten, ist Dir ganz bestimmt nicht zu eigen. So veranstalten wir dieses *liber amicorum* keineswegs, um unsere Schuldigkeit zu tun oder eine Erwartung zu erfüllen, sondern weil es uns ein ganz besonderes Anliegen ist. Wir wollen dadurch Deine beeindruckenden wissenschaftlichen Leistungen würdigen, vor allem aber unsere persönliche Wertschätzung zum Ausdruck bringen.

Deine reichhaltigen Verdienste für die Rechtswissenschaft sind allgemein bekannt. Sie sind so umfangreich, dass sie hier nicht detailliert angeführt werden können. Vor allem das Familienrecht ist in allen Bereichen untrennbar mit Deinem Namen verbunden. Nun möchtest Du aber nicht förmlich bejubelt werden, das wissen wir, Du möchtest keine Herausgeber und Autoren, die sich vor Dir in einem akademischen Ritual ehrerbietend verneigen. Und dennoch ist diese Festschrift genau das Richtige für Dich. Denn sie ist wirklich ein *liber amicorum*, ein Buch von Freunden und Wegbegleitern, die Dir in Form ihrer wissenschaftlichen Beiträge gratulieren möchten, die Dich in dieser – unserer gemeinsamen – Weise feiern möchten. Sie alle und wir haben uns gerne Gedanken zu allerlei familien-, erb- und verfahrensrechtlichen Fragen gemacht, ganz und gar Dir zu Ehren und in der Hoffnung, Dein geschätztes Interesse zu wecken. So ist ein Potpourri an köstlichen wissenschaftlichen Schmankerln entstanden, die Du sicher genussvoll – vielleicht gemeinsam mit einem Gläschen Rotwein – zu Dir nehmen wirst.

Die Herausgeberschaft war ein Vergnügen, ist sie doch leicht und angenehm von der Hand gegangen. Die Autoren haben freudig zugesagt, pünktlich geliefert und jeder Beitrag ist spürbar aus einem persönlichen Bedürfnis entstanden, Dich hochleben zu lassen. Genau das beschreibt Deine Persönlichkeit ganz wunderbar. Bei all Deinen Vorträgen, Seminaren, Tagungen, in jedem wissenschaftlichen Austausch spielen Deine persönliche Note, Dein Charme, Dein Humor eine wichtige Rolle.

Wir, Deine EF-Z-Familie, die natürlich unsere liebe *Nadine Bösch* miteinschließt, die uns unermüdlich und unersetzlich unterstützt, gerade auch bei dieser Festschrift, dürfen Dir, lieber *Edwin*, zu Deinem besonderen Jubiläum von ganzem Herzen gratulieren! Wir danken Dir für die wunderbare, immer erfrischende und erfreuliche Zusammenarbeit, die anregenden Diskussionen, die kulinarischen Redaktionsausklänge, den gemeinsamen Spaß und freuen uns auf viele, viele weitere gemeinsame EF-Z-Jahre!

*Nadine Bösch
Constanze Fischer-Czermak
Andreas Tschugguel*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Michael Bydlinski/Barbara Hofer-Zeni-Rennhofer</i> Gedanken zum nahehelichen „Aufteilungsanspruch“	1
<i>Irene Faber/Franz-Stefan Meissel</i> Partners in Business – Einst und jetzt	33
<i>Constanze Fischer-Czermak</i> Abstammungsänderungen nach dem Tod	51
<i>Robert Fucik</i> Kindesentführungen beim OGH	65
<i>Thomas Garber</i> Flüchtlinge und die Brüssel IIa-VO	77
<i>Reinhard Huter</i> Das Wohl einer schutzberechtigten Person als Verfahrensgrundsatz	95
<i>Georg E. Kodek</i> Angehörigenbürgschaften im Salzburger Partikularrecht	127
<i>Gerhard Kuras</i> Brüssel IIa-VO und Wahrung des Kindeswohles im Vollstreckungsverfahren ...	139
<i>Elisabeth Lovrek</i> Über die Bestandskraft von Unterhaltstiteln	153
<i>Marco Nademleinsky</i> Die Privatscheidung in der neuen Brüssel IIb-VO – eine erste Annäherung	171
<i>Franz Neuhauser</i> Beginn und Ende der Anrechnung der Familienbeihilfe auf den Kindesunterhalt	181
<i>Georg Nowotny</i> Hindert ein vorbehaltenes Fruchtgenussrecht das „Vermögensopfer“ im Pflichtteilsrecht?	195

Inhaltsverzeichnis

<i>Gerold Maximilian Oberhumer</i> Vermögensverwaltung und Unternehmen in der Aufteilung	209
<i>Wolfgang Schramm</i> Übernahmepreis im Anerbenrecht	219
<i>Michaela Schweighofer</i> Wechsel – Umbestellung – Übertragung	229
<i>Barbara Simma</i> Familienleben und Gewährleistungspflichten des Staates	249
<i>Martin Spitzer</i> Immunität und Zustellung	259
<i>Claus Spruzina</i> Herausforderungen des digitalen Nachlasses	267
<i>Andreas Tschugguel</i> Abstammungsrechtliche Fragen im Erbfall	283
<i>Martin Weber</i> Anerkennung und Vollstreckung von güterrechtlichen Entscheidungen	299
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	321
Publikationsverzeichnis	323

Partners in Business – Einst und jetzt

Historisch-vergleichende Anmerkungen zum Familien- und Gesellschaftsrecht

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Zur ursprünglichen Verknüpfung von Familie und Gesellschaftsrecht im antiken Rom
- III. „Töchterklauseln“ in Gesellschaftsverträgen der 1960er Jahre:
Das alte Eherecht lässt grüßen
- IV. Schluss

I. Einleitung

Der breiten juristischen Öffentlichkeit ist unser Jubilar als profunder Kenner des Ehe- und Familienrechts bekannt, zu dem er seit Jahrzehnten höchst produktiv publiziert und vorträgt, wie er auch als Mit-Herausgeber der EF-Z und umsichtiger Organisator von Großprojekten wie dem Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht mit Leidenschaft und Scharfsinn tätig ist. Als Mitglied des sechsten Senats des OGH gehört aber auch das Gesellschaftsrecht zu seinen Spezialmaterien. Er verknüpft dabei Expertise in zwei Bereichen des Privatrechts, deren jeweilige Fach-Communities im Allgemeinen eher getrennt wahrgenommen werden. Der folgende Beitrag möchte daran erinnern, dass Familienrecht und Gesellschaftsrecht historisch aufs Engste verflochten waren und dass rechtshistorische Zusammenhänge und Interdependenzen zwischen dem Ehe- und Partnerschaftsrecht (hier familienrechtlich gemeint) einerseits und dem Gesellschaftsrecht andererseits auch in aktuellen Entscheidungen von großer Bedeutung sind.

So weist die rezente, viel Aufmerksamkeit erregende Entscheidung zur „Geschlechterklausel“ bei Gesellschaftsverträgen (6 Ob 55/18h) zurück in die Zeit der 1960er Jahre und lädt dazu ein, nachzuforschen, in welcher Weise das damals geltende Recht der Ehwirkungen die gesellschaftsrechtliche Praxis der Einräumung von Führungsaufgaben an weibliche Familienmitglieder mitbestimmt hat. In welcher Weise gemeinsames Wirtschaften von partnerschaftlich verbundenen Paaren zivilrechtlich als GesbR zu deuten sein mag, bildet das zweite Beispiel, in dem vor dem Hintergrund dogmengeschichtlicher Zusammenhänge erkundet werden soll, inwiefern hier das Gesellschaftsrecht auch heute Relevanz für (im weiteren Sinn) familienrechtliche Vermögensauseinandersetzungen haben kann.

II. Zur ursprünglichen Verknüpfung von Familie und Gesellschaftsrecht im antiken Rom

Begibt man sich auf die Suche nach den historischen Wurzeln des modernen Gesellschaftsrechts, so führt die Spur wie so oft (und wie – zumindest sprichwörtlich – alle Wege) nach Rom. Mit gutem Grund kann man den Konsensualvertrag *societas* des klassischen römischen Rechts nicht nur als Vorbild der Gesellschaft bürgerlichen Rechts betrachten, sondern in seiner spezifischen Ausformung als vertragliche Grundlage der Publikanengesellschaften auch als Vorläufer der Kapitalgesellschaften.¹

Noch vor der *societas* finden wir aber in der *societas ercto non cito*, der ungeteilten Hauserbengemeinschaft des altzivilen Rechts, eine „fossile Urform“ (Franz Wieacker) des gemeinsamen Wirtschaftens, bei der der Familienkonnex evident war: Beim Tod des *pater familias* setzten die *sui heredes*, das sind jene Personen, die bis dahin unter der familienrechtlichen Gewalt (*patria potestas, manus*) des Hausvaters standen und nun durch dessen Tod gewaltfrei wurden, die Wirtschaftsgemeinschaft *ex lege* und ohne eigenen Akt der Erbantrittung fort.² Durch einen glücklichen Fund eines Papyrus in den 1930er Jahren in Ägypten wissen wir über diese altrömische Gesellschaft, die in den Quellen auch als *anticum consortium*³ figuriert, auch, dass die Partner dieser Gemeinschaft jeweils alleinverfügungsbefugt waren, dass also die Verfügung eines einzelnen der *socii* gesamthandartige Wirkung für alle hatte. Ließ einer der Gesellschafter einen Sklaven frei, so gab er nicht etwa bloß seinen eigenen „Anteil“ auf, sondern der Sklave wurde frei und galt als Freigelassener aller.⁴ Der familienrechtliche Konnex wird eigens betont, wenn *Gaius* sagt, dass ein solches *consortium* auch unter anderen Personen nach dem Beispiel der Brüdergemeinschaft (*ad exemplum fratrum*) rechtsgeschäftlich begründet werden konnte. Dies geschah durch ein Rechtsgeschäft (*certa legis actione*), wobei *Franz Wieacker* die originelle (heute aber nicht mehr herrschende⁵) These vertreten hat, man müsse sich dies als Adoptionsakt vorstellen: Wenn die Haussöhne als Brüder das väterliche Erbe im *consortium* weiterpflegen, so sei eine künstliche Herstellung eines solchen Gesellschaftsverhältnisses ebenfalls bloß dadurch bewirkbar, dass man eine Brüderstellung durch eine *adoptio in fratrum* herstelle.⁶ Die Gesellschafterstellung setzt nach dieser Theorie *Wieackers* also geradezu ein familienrechtliches Verhältnis voraus.

Unter Gender-Gesichtspunkten hochinteressant erscheint auch, dass *Gaius* zwar von einer *societas fratrum* spricht, zu den Hauserben aber an sich auch die Haustöchter (*filiae familias*) und die Gattin bei einer Manus-Ehe (*uxor in manu*) gezählt haben;

1 Vgl nur *Meissel*, *Societas*. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages (2004); *Fleckner*, *Antike Kapitalvereinigungen* (2012).

2 *Gaius Inst.* 154a.

3 *Aulus Gellius*, *Noctes Atticae* 1.9.12 (*anticum consortium quod iure atque verbo Romano appellabatur „ercto non cito“*).

4 *Gaius Inst.* 3.154b.

5 Schon zuvor hatte *Levy*, *ZRG RA* 54 (1934) 290f, den plausiblen Deutungsvorschlag unterbreitet, es handle sich um eine der *legis actio sacramento in rem* nachgebildete *in iure cessio*; ausführlicher zum Diskussionsstand *Meissel*, *Societas* (2004) 94–97.

6 *Wieacker*, *Societas* (1936) 130ff, 169ff.

daher ist es alles andere als klar, ob das *consortium* wirklich nur auf die männlichen Hauserben beschränkt war. Es spricht mehr dafür, dass sehr wohl auch die weiblichen Hauserben dem *consortium* angehörten.⁷ Allerdings: Auch wenn es damals Witwen und Töchter als Gesellschafter der *societas ercto non cito* gegeben haben sollte, so wurden sie jedenfalls durch die (damals übliche⁸) männliche Generalisierung (*societas fratrum suorum*) in der Ausdrucksweise der juristischen Quellen verschwiegen.

Dass selbst in der patriarchalisch geprägten Gesellschaft des alten Rom Frauen als Gesellschafterinnen (nun tatsächlich im technischen Sinn) alles andere als Ausnahmefälle darstellten und offenbar als Unternehmerinnen auch immer wieder mit Geschick und Erfolg tätig waren, zeigt sich dann, wenn wir die juristischen Quellen nicht nur zu abstrakten Aussagen befragen, sondern unser Augenmerk der empirischen Evidenz konkreter Fälle von Gesellschaften zuwenden und untersuchen, in welcher Weise in den Juristenschriften, aber auch der papyrologischen Überlieferung konkrete Beispiele unternehmerischer Aktivität von Frauen aufscheinen. Dabei erweist sich, dass wir unter den Belegen für konkrete Vertragsgestaltungen von *societates* auffallend häufig Gesellschaftsverhältnisse antreffen, in denen Eheleute miteinander nicht nur durch das *matrimonium*, sondern auch aufgrund gemeinsamer Verfolgung wirtschaftlicher Ziele in Form eines Gesellschaftsvertrags verbunden waren.

Dazu müssen wir uns vorweg in Erinnerung rufen, dass der römische Gesellschaftsvertrag sich durch eine ungeheure Bandbreite der Anwendungsformen auszeichnet. Die Typenvielfalt der *societates* reicht von der auf ein einzelnes Geschäft beschränkten *societas unius rei* über die meist als Erwerbsgesellschaften bezeichneten auf bestimmte oder unbestimmte Dauer angelegten Gewerbe- oder Handelsunternehmungen bis hin zur umfassenden Vermögensgemeinschaft in der *societas omnium bonorum*. Unter den Belegen für die zuletzt genannten Universalgesellschaften finden wir nicht nur Fälle, wo – so wie das einst beim *consortium* der Fall war – überlebende Ehefrau und Kinder gemeinsam weitergewirtschaftet haben, sondern va auch Gesellschaften, bei denen die Eheleute – entgegen der allgemeinen Regel, dass das Vermögen von Mann und (gewaltfreier) Frau in der Ehe strikt auseinanderzuhalten sei – vertraglich all ihr Vermögen und ihre Einkünfte als gemeinschaftliches Vermögen bewirtschafteten.

So begegnet uns im Zusammenhang mit einem von *Scaevola* entschiedenen Fall in den *Digesten*⁹ ein Mann, der über 40 Jahre lang mit seiner Ehefrau eine *societas omnium bonorum* hatte und diese dann testamentarisch zur Erbin einsetzte. Die – auf bestimmte Vermächtnisse zugunsten der vom Mann freigelassenen Sklaven bezogene – Entscheidung des Juristen macht deutlich, dass während des Bestandes der *societas* die jeweiligen Vermögensanteile von Mann und Frau juristisch klar unterschieden werden und die Verfügungen des Mannes auch nur auf seinen Anteil (*pro sua parte*) bezogen werden. Auch die in einem diokletianischen Reskript behandelte *societas omnium bonorum* zwischen einem gewissen *Aurelius Celer* und einer *Fabia*¹⁰

7 Meissel, *Societas* (2004) 91-93.

8 Vgl Ulpian (1 ad ed) D. 50.16.1: *Verbum hoc „si quis“ tam masculos quam feminas complectitur.*

9 D. 34.1.16.3.

10 C. 4.37.4.

dürfte naheliegenderweise eine solche zwischen einem Ehepaar gewesen sein. Ein letztes prominentes Beispiel einer Universalgesellschaft liefert uns die Schilderung von *Turias Leben*: *Turia*, die ihr Ehemann durch die berühmte *Laudatio Turiae*¹¹ als Beispiel weiblicher Tugenden verewigt hat, war mit diesem zu Lebzeiten vermutlich auch in einer umfassenden Vermögensgemeinschaft vertraglich verbunden, worauf hindeutet, dass sie dem Mann gegenüber von einem gemeinsam geführten *patrimonium commune* spricht, das sie selbst für den Fall einer von ihr – wegen ihrer Unfruchtbarkeit großzügig angebotenen – Scheidung mit ihrem Mann weiterzuführen gedenkt.¹²

Beachtlich ist an diesen Beispielen zunächst einmal, dass die Frauen bei diesen mit dem Ehemann gemeinsam eingerichteten und betriebenen Universalgesellschaften als eigenständig agierende Rechtssubjekte ihre volle Dispositionsfreiheit behielten und aus freien Stücken über den Weiterbestand dieser Gemeinschaften bestimmen konnten – trotz des Kontextes einer römischen Rechtsordnung, die in vielerlei Hinsicht weibliches Handeln im öffentlichen¹³, aber auch im privatrechtlichen Bereich¹⁴ beschränkte. Bemerkenswert erscheinen diese umfassenden Gütergemeinschaften aber auch deshalb, weil das römische Eherecht als Grundregel bei der *manus*-freien Ehe ja eine strikte Trennung der Vermögenssphären von Ehemann und Ehefrau vorsahen, vor deren Hintergrund das Gesellschaftsrecht die Möglichkeit bot, doch in enger Verbundenheit auch wirtschaftlich verflochten zu sein.

Geradezu umgekehrt stellt sich die Frage des Vorliegens einer Gesellschaft unter Eheleuten und eingetragenen PartnerInnen im geltenden Recht dar: In dem Ausmaß, in dem eine wechselseitige Beistands- und Mitwirkungspflicht bereits aus dem Eheverhältnis resultiert, stellt die bloße Mitwirkung noch keinen ausreichenden Grund dafür dar, eine GesbR unter Ehegatten anzunehmen.¹⁵ Das Vorliegen einer GesbR unter Ehegatten ist damit nicht völlig ausgeschlossen, aber doch auf Fälle beschränkt, in denen eine klarer konturierte und organisierte (insb unternehmenstragende) Aktivität einvernehmlich gemeinsam geführt wird.¹⁶

Von der hL und Judikatur wird diese – gegenüber der Annahme einer GesbR tendenziell restriktive – Grundlinie¹⁷ aber auch in den Fällen von nichtehelichen Lebensgemeinschaften vertreten, obwohl hier weder gesetzliche Beistandspflichten

11 Vgl *Flach*, Die sogenannte *Laudatio Turia* (1991).

12 *Laudatio Turiae* II 47ff; dazu *Meissel*, *Societas* (2004) 130 mwN.

13 Vgl *Ulpian* (1 Sab) D. 50.17.2 pr; dazu *Feldner*, Zum Ausschluss der Frau vom römischen officium, *Revue internationale des droits de l'antiquité* 2000, 38; zur Einschränkung in der Prozessführung für andere *Benke*, Women in the courts: An Old Thorn in Men's Sides, *Michigan Journal of Gender and Law* 3 (1995) 195.

14 Man denke nur an die Einschränkungen des Interzessionsverbotes des *SC Velleianum* oder an die – in der Klassik freilich eher symbolische (vgl *Gaius Inst.* 1.190) – Frauentutel.

15 RIS-Justiz RS0022325; RS0023316.

16 Auch bei einer über die Mitwirkungspflicht hinausgehenden Mitarbeit im Unternehmen des Ehegatten ist nicht ohne weiteres eine GesbR anzunehmen: RIS-Justiz RS0009598.

17 RIS-Justiz RS0022382; für Beibehalten einer eher restriktiven Linie jüngst auch *Artmann*, Bloße Lebensgemeinschaft oder GesbR? *ÖJZ* 2019, 232f.

normiert sind, noch ein §§ 81 ff EheG vergleichbares Aufteilungsregime besteht. Zwar ist an sich eine GesbR unter Lebensgefährten sehr wohl denkbar, aber es werden ähnliche Maßstäbe zur Abgrenzung wie unter Eheleuten angewendet.¹⁸ Dementsprechend steht für die vermögensmäßige Auseinandersetzung bei Beendigung der Lebensgemeinschaft überwiegend bloß das Bereicherungsrecht (§ 1435 ABGB)¹⁹ zur Verfügung – selbst dann, wenn die Partner durchaus einvernehmlich Vermögensdispositionen getroffen haben.²⁰ Orientierte man sich am weiten Anwendungsgebiet des römischen Gesellschaftsvertrags, so läge es in vielen Fällen durchaus nahe, statt bloß auf die *condictio causa data causa non secuta* zurückzugreifen, bei gemeinsamem Wirtschaften (das über die üblichen Alltagsgeschäfte hinausgeht) eine GesbR der Lebensgefährten zu bejahen. Allerdings hat die Reform des Rechts der GesbR diesen Weg nicht gerade leichter gemacht, da die Novellierung stark – vielleicht zu stark²¹ – auf die Bedürfnisse der unternehmenstragenden Gesellschaften zugeschnitten war.²²

Ein Rückblick auf das römische Recht der *societates* könnte hier vielleicht *pro futuro* Anregungen liefern: Für die ganz unterschiedlichen Typen der römischen Gesellschaftsverträge²³ galten mitnichten stets dieselben Regeln, vielmehr bot das Recht der *societas* als ein auf die *bona fides* gegründetes Vertragsverhältnis im Hinblick auf Haftungsmaßstäbe²⁴, Außenwirkung der Gesellschaft und Kündigung etc einen der

18 Zu Fragen der GesbR unter Lebensgefährten umfassend *Linder* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (2011).

19 Dazu etwa *Meissel/Preslmayr*, Die Abgeltung von Leistungen in der Lebensgemeinschaft, in *Harrer/Zitta*, Familie und Recht (1992) 515; *Meissel/Jungwirth*, Bereicherungsansprüche nach Beendigung der Lebensgemeinschaft (§ 1435 ABGB) in *Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht 1144 ff.

20 Allerdings wird die (uU konkludente) Vereinbarung einer GesbR in bestimmten Fällen auch unter Lebensgefährten bejaht; vgl etwa jüngst 8 Ob 49/19t, in der zurecht ausgeführt wird, dass selbst bei Alleineigentum eines Lebensgefährten am Grundstück das darauf gemeinsam errichtete und finanzierte Haus als im Rahmen einer GesbR schuldrechtlich als vergemeinschaftet zu betrachten sein kann (*illatio quoad sortem*) und dass dann auch (bis zur Liquidation) eine Benützung durch den nicht im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter nicht titellos sein muss (zu letztem Punkt aA *Wimmer*, Der lebensgemeinschaftliche Hausbau und seine Probleme, EF-Z 2019/155, 272; dem OGH zustimmend *Neugebauer-Herl*, GesbR als Rechtstitel zur Nutzung nach Auflösung einer Lebensgemeinschaft, immolex 2020/30, 91).

21 So erscheint etwa die neue Regelung der Kündigung (§ 1209 ABGB) für Gesellschaften im Familienverband unpassend (so zurecht auch *Artmann* in *Klang*³ [2017] § 1175 ABGB Rz 6); besonders gilt dies für eine GesbR im Zusammenhang mit einer jederzeit frei auflösbaren Lebensgemeinschaft.

22 *Kodek*, Lebensgemeinschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts? Eine Standortbestimmung nach der GesbR-Reform, EF-Z 2018, 100, unter Hinweis auf ein diesbezüglich kritisches Statement *Reich-Rohrwigs*, Die Presse, 5.11.2014.

23 Überblicksweise dazu *Meissel*, Plura negotia quam vocabula. Zur Dynamik des römischen Gesellschaftsrechts, in *Kalss/Meissel*, Zur Geschichte des Gesellschaftsrechts in Europa (2003) 13.

24 *Meissel*, Gesellschafterhaftung als „bewegliches System“. Zum Zusammenspiel von Haftung, Gefahrtragung und Gewinnbeteiligung bei der *societas*, *Mélanges Coriat* (2019) 601.

Dispositionsfreiheit der Partner ganz viel Spielraum gebenden flexiblen Rahmen auch für Gemeinschaften unter Eheleuten.

Welche Rolle aber spielten Frauen im antiken Rom jenseits der mit ihrem Ehemann eingegangenen Gesellschaftsverträge? Gibt es auch bei den Erwerbsgesellschaften oder gar den unseren Kapitalgesellschaften am stärksten nahekommenden Staatspächtergesellschaften Belege für Frauen als Gesellschaftsbeteiligte? Leider ist es aufgrund der meist abstrahierenden Fallschilderungen durch die römischen Juristen nur ganz vereinzelt möglich, die sozialen Realitäten (und damit auch die Beteiligung von Frauen am Geschäftsleben) in den Sachverhalten zu rekonstruieren. Dennoch liegt aber angesichts unseres heutigen Wissens um die eigenständige Bedeutung von weiblichen Kauffrauen, Reederinnen, Manufakturbetreiberinnen etc. die Annahme nahe, dass Frauen auch bei den verschiedenen Arten von kleineren und größeren Erwerbsgesellschaften ihren fixen Platz im römischen Geschäftsleben hatten.

Eine interessante historische Quelle zur Erfassung des weiblichen Anteils an der römischen Wirtschaft bilden die Reskripte der Kaiser, da hier durch die überlieferten Namen der Adressaten und Adressatinnen Rückschlüsse auf das Geschlecht der Anfragenden möglich sind, wie von der Historikerin *Liselot Huchthausen*²⁵ aufgezeigt wurde. Eine systematische rechtshistorische Auswertung durch *Verena Halbwachs*²⁶ hat eindrucksvoll gezeigt, in welchem erstaunlich hohem Ausmaß Frauen auch in sehr risiko-, aber auch renditestarken Geschäftsaktivitäten wie zB der Reederei²⁷ und der Einräumung von Seedarlehen (*fenus nauticum*) aktiv beteiligt waren. Seedarlehen erlaubten die Vereinbarung von höheren als den ansonsten erlaubten Zinsen, da dabei der Darlehensgeber das Risiko des zufälligen Untergangs des finanzierten Transports übernahm. Unter den vier Reskripten zum *fenus nauticum* waren zwei an weibliche Antragsteller gerichtet; so belegt C. 4.33.4, dass eine gewisse *Aurelia Iuliana* in diokletianianischer Zeit ein solches ebenso riskantes wie gewinnträchtiges Geschäft erfolgreich abgewickelt hat.²⁸

25 *Huchthausen*, Herkunft und soziale Stellung weiblicher Adressaten von Reskripten des Codex Iustinianus, *Klio* 56/1 (1974) 199; *Huchthausen*, Zu kaiserlichen Reskripten an weibliche Adressaten aus der Zeit Diokletians, *Klio* 58 (1976) 55; *Huchthausen*, Frauen fragen den Kaiser (1992).

26 *Halbwachs*, *Ipsae sibi negotia tractant*. Frauen als Geschäftspartnerinnen im Spiegel römischrechtlicher Quellen (Rechtswissenschaftliche Dissertation Universität Wien 1997); *Halbwachs*, *Parvi autem refert ... masculus sit an mulier*, in *Flossmann*, Recht, Geschlecht und Gerechtigkeit (1997) 16; *Halbwachs*, *Ipsae sibi negotia tractant*. Zur Frau als Geschäftspartnerin im Spiegel römischrechtlicher Quellen, in *Piro*, *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité* (1999) 349.

27 Vgl. das in C. 4.25.4 überlieferte diokletianische Reskript an eine gewisse *Antigona*, demzufolge die Haftung eines Reeders für die durch den Kapitän übernommenen Geschäftsschulden über die *actio exercitoria* auch besteht, wenn eine Frau als Reederin den Kapitän eingesetzt hat.

28 *Halbwachs* in *Piro*, *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité* 360 FN 26.

Ob Frauen, die in so kapitalintensive Geschäfte wie Hochseeschifffahrt involviert waren, dies auch in Form von Gesellschaften taten²⁹, ist zwar nicht direkt belegt, erscheint aber wahrscheinlich. Wie erfolgreich Frauen als Unternehmerinnen sein konnten und welcher gefinkelten „Holdingstrukturen“ sie sich dabei bedient haben, beweist eindrucksvoll die äußerst wohlhabende *Domitia Lucilla die Jüngere*, die Mutter des späteren Kaisers *Mark Aurel*, welche geradezu industriell arbeitende Ziegeleien und Keramikproduktionen in der Nähe von Rom betrieb.³⁰

Ein großer Zeitsprung führt uns nun von den Töchtern Roms zu den „Töchterklauseln“, die in jüngster Zeit die besondere Aufmerksamkeit von Wissenschaft und Gerichtsbarkeit im Gesellschaftsrecht erhielten. Wieder zeigt sich, wie komplex es ist, innerhalb der so lange Zeit stark patriarchalisch geprägten Strukturen ein gerechtes Geschlechterverhältnis im Privatrecht zu verwirklichen.

III. „Töchterklauseln“ in Gesellschaftsverträgen der 1960er Jahre: Das alte Eherecht lässt grüßen

Auf welche Weise das Familienrecht ins Gesellschaftsrecht hereinwirken kann, zeigt die rezente und viel beachtete Entscheidung 6 Ob 55/18h³¹ zu „Geschlechterklauseln“ in einem KG-Gesellschaftsvertrag.³² Nach dem Willen der Gründungsgesellschafter – des Vaters als Kommanditisten, der beiden Söhne als Komplementäre – sollten weibliche Familienmitglieder nicht ohne Weiteres „partners in business“ in der Familien-KG werden können.

Der im Jahr 1963 abgeschlossene Gesellschaftsvertrag sah vor, dass die Übertragung von Geschäftsanteilen der unbeschränkt haftenden Gesellschafter nur dann keiner Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedurfte, wenn es sich beim Übernehmer um einen männlichen Nachkommen ersten Grades eines der Gründungsgesellschafter handelte. Für die Übertragung von Todes wegen war für den Fall der gesetzlichen Erbfolge der Eintritt (nur) der männlichen Erben in die Gesellschafterstellung vorgesehen. Weibliche Nachkommen sollten die Stellung als Komplementär nur im Weg einer letztwilligen Verfügung erlangen können, wobei der Erwerb der Gesellschafterstellung der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedurfte. Für den Fall der Verweigerung der Zustimmung war die Auszahlung des auf den Anteil

29 Gerade für solche Geschäfte empfiehlt bereits *Cato maior* (*Plutarch*, *Cato maior* 21) eine breite Risikostreuung durch Beteiligung einer Vielzahl von Gesellschaftern; vgl *Meissel*, *Societas* (2004) 175f.

30 Dazu *Serrao*, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale* (1989) 33f.

31 GesRZ 2019/188 (*Arlt*) = EvBl 2019/133 (*Perner*) = *ecolex* 2019/271 (*Zimmermann*) = AnWB 2019/228 (*Walkner*); *Czernich*, OGH zu Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen – Diskriminierung von Frauen unzulässig, NZ 2019/126; *Hofmann*, Ein Erblasser darf Töchter nicht diskriminieren – andere schon? *Der Standard* 2020/04/02; *Artmann/Zauner*, Zur Zulässigkeit von Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen, *VbR* 2020/32.

32 Zum Thema (bereits vor 6 Ob 55/18h) *Kalss/Dauner-Lieb*, Töchter unerwünscht? Weder die einzelne Gesellschaft noch die Wirtschaft können sich das leisten, *GesRZ* 2016, 249.

entfallenden Auseinandersetzungsguthabens in Raten von je 10 % über 10 Jahre hinweg vorgesehen.

In den Jahre 2016 und 2017 – also 54 Jahre nach Gründung der Gesellschaft – forderte der spätere Kläger, einer der beiden unbeschränkt haftenden Gründungsgesellschafter, die beiden anderen Gesellschafter (das waren zu diesem Zeitpunkt der zweite unbeschränkt haftende Gründungsgesellschafter sowie dessen Sohn als Kommanditist) auf, für den Fall seines Ablebens der Nachfolge seiner Tochter in die Stellung als geschäftsführender unbeschränkt haftender Gesellschafter zuzustimmen. Die Mitgesellschafter erteilten die Zustimmung nicht. Der Kläger (das Verfahren wurde in Folge seines Ablebens von seiner Verlassenschaft fortgesetzt) erhob daraufhin Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der relevanten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags, soweit darin Frauen nicht mit Männern gleichgestellt waren. Die Klage war in drei Instanzen erfolgreich.

Der Senat prüfte die in den beanstandeten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags enthaltene Schlechterstellung der weiblichen Nachkommen im Lichte des § 879 Abs 1 ABGB und berücksichtigte dabei auch die familienrechtliche Stellung von Frauen im Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags, also im Jahr 1963. Dabei wird betont, dass zwar Art 7 Abs 1 B-VG Vorrechte aufgrund des Geschlechts ausschloss, gleichwohl bis Ende 1975 ein patriarchalisches Familienmodell in Österreich galt. Hervorgehoben werden §§ 91, 92 ABGB idF vor BGBl 1975/412,³³ die den Mann als das Haupt der Familie auswiesen und die Ehefrau verpflichteten, ihm in seinem Wohnsitz zu folgen und, soweit es die häusliche Ordnung erforderte, die von ihm getroffenen Maßregeln zu befolgen.³⁴ Aufgrund der in den einfachgesetzlichen (Ehewirkungs-)Regelungen vorgesehenen deutlichen Über- und Unterordnung von Männern und Frauen hätten Geschlechterklauseln in vor 1976 errichteten Gesellschaftsverträgen zum Vertragserrichtungszeitpunkt nicht gegen die guten Sitten verstoßen.

Artmann/Zauner greifen diese Argumentation in ihrer Besprechung der Entscheidung auf und ergänzen sie dahin, dass die eigentliche Rechtfertigung der gesellschaftsrechtlichen Gestaltung allein mit der Über- und Unterordnung in der Familie nicht zu rechtfertigen sei, sondern in der Diskriminierung der Frau im Berufs- und Geschäftsleben liege. Sie verweisen auf die in der Regel erforderliche Zustimmung des Ehemanns zu einer Berufsausübung der Ehefrau, auf das gesetzlich vermutete Verwaltungsrecht des Ehemannes über ihr Vermögen sowie auf § 1241 Satz 2 ABGB (idF vor BGBl 1975/412).³⁵ Vor dem Hintergrund dieser Gesetzeslage erscheine es nicht nur verständlich, sondern auch sachlich gerechtfertigt, wenn Gesellschafter die Rechtsnachfolge von Töchtern anders regelten als von Söhnen, müssten sie doch be-

33 BG über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe.

34 Punkt 11. 1. der Entscheidung unter Hinweis auf *Hinteregger*, Privatautonomie in der Ehe, in *Fischer-Czermak/Hopff/Kathrein/Schauer*, FS 200 Jahre ABGB (2011) 1007.

35 Demnach war der Mann befugt, „der unordentlichen Wirtschaft seiner Gattin Einhalt zu tun, und sie unter den gesetzlichen Vorschriften sogar als Verschwenderin erklären zu lassen“.

fürchten, dass nicht die Töchter die Geschicke der Gesellschaft (mit-)lenkten, sondern, im Fall der Verhehlung, deren Ehegatten. Um das Unternehmen in der (engeren) Familie zu halten, habe man die Rechtsnachfolge von Todes wegen daher weitgehend auf Söhne beschränken müssen. Nach Ablösung des patriarchalischen Systems mit der ABGB-Nov 1975 sei seit 1978 auch das Ehegüterrecht vom Grundsatz der Gütertrennung unter Beseitigung der die Ehefrau diskriminierenden Bestimmungen bestimmt, weshalb vom Mitgesellschafter eine Vertragsanpassung begehrt werden könne.³⁶

Das in 6 Ob 55/18h angeführte historische Argument hinsichtlich der Problematik der weiblichen Gesellschafterinnen im Kontext des alten Eherechts lädt dazu ein, tiefer zu graben. Dabei ist auf die gesetzlichen Regelungen (denen bestimmte Wertungen zugrunde liegen) und ihre Auslegung durch die zeitgenössische Lehre und die Gerichte einzugehen; ebenso wesentlich ist aber, zu erkennen, welche Fragen damals strittig oder unklar waren, denn davon hingen der Aufwand und das Risiko der Rechtsdurchsetzung ab.

Wie also sahen die Rahmenbedingungen der Berufsausübung, der Ausübung von Gesellschafterrechten, Anfang der 1960er Jahre aus? Bevor wir uns dieser Frage zuwenden, wollen wir den Blick in die Zwischenkriegszeit richten. Durch den Vergleich mit der noch weiter zurückliegenden Rechtslage werden die früher bestehenden Einschränkungen, denen (verheiratete) Frauen im Wirtschaftsleben der 1960er Jahre unterworfen waren, deutlicher sichtbar.

Vor Inkrafttreten des HGB mit 1. 3. 1939 galt in Österreich noch das AHGB v 17. 12. 1862. Dieses regelte in seinen Art 6 bis 9 ausdrücklich die Rechtsstellung der „Handelsfrau“, definiert als eine Frau, die gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt (Art 6 AHGB³⁷). Die Handelsfrau hatte – dies wurde ausdrücklich klargestellt – in dem Handelsbetrieb alle Rechte und Pflichten eines Kaufmanns (Art 6). Wesentlich war aber, ob die Frau verheiratet war: Nach Art 7 AHGB konnte eine Ehefrau ohne Einwilligung ihres Ehemanns nicht Handelsfrau sein.³⁸ Die Einwilligung galt als erteilt, wenn die Frau „mit Wissen und ohne Einspruch desselben Handel treibt“ (Art 7).³⁹ Darüber hinaus konnte die Einwilligung des Ehemanns vom Gericht ersetzt werden, wenn „durch den Handelsbetrieb der Ehefrau die Rechte des Ehemanns einer Gefährdung nicht ausgesetzt werden“ (§ 6 Einführungsgesetz AHGB). Als potenziell berührte Rechte wurden etwa die gemeinsame Wohnsitznahme („Folgepflicht“ der Ehefrau) gem § 92 ABGB⁴⁰ und die gemeinsame Kindererziehung⁴¹ angesprochen.

36 Artmann/Zauner, VbR 2020/32, 48 (51 f).

37 Zit nach Pisko/Schlesinger, Das allgemeine Handelsgesetzbuch²² (1926).

38 Art 7 AHGB begründe „keine Bevorzugung des Mannes, obwohl er in seiner Erwerbstätigkeit nicht wie die Frau beschränkt wird, denn ihm obliegen die Lasten der Ehe (Opfergleichheit)“, Lenhoff in Klang III (1932) Vorbem zum 28. Hauptstück 534 FN 159.

39 Siehe dazu Lenhoff in Klang I/1 (1933) § 91 ABGB 572.

40 Lenhoff in Klang I/1 § 91 ABGB 573.

41 Pollak, Grundriss des kaufmännischen Rechts² (1927) 78.

Art 8 AHGB ordnete an: „Eine Ehefrau, welche Handelsfrau ist, kann sich durch Handelsgeschäft gültig verpflichten, ohne dass es zu den einzelnen Geschäften einer besonderen Einwilligung ihres Ehemanns bedarf. Sie haftet für die Handelsschulden mit ihrem ganzen Vermögen, ohne Rücksicht auf die Verwaltungsrechte und den Nießbrauch oder die sonstigen, an diesem Vermögen durch die Ehe begründeten Rechte des Ehemanns. Es haftet auch das gemeinschaftliche Vermögen, soweit Gütergemeinschaft besteht; [...]“ Genau darin – in der „Zurücksetzung der Rechte des Mannes an dem Frauenvermögen gegenüber den Handelsschulden der Frau“ – lag der Grund für das Zustimmungserfordernis des Ehemanns zur kaufmännischen Tätigkeit der verheirateten Frau.⁴² Der Betrieb eines Handelsgewerbes ohne Zustimmung des Ehemanns oder gerichtliche Genehmigung führte dementsprechend dazu, dass „den Gläubigern der Frau kein Vorrecht vor den Güterrechtsansprüchen des Mannes“ zukam,⁴³ die abgeschlossenen Geschäfte als solche waren aber wirksam.⁴⁴ Die angesprochenen Rechte des Ehemanns betrafen – auch im Fall des gesetzlichen Güterstands, der Gütertrennung – das (rechnungsfreie) Recht der Verwaltung des freien Vermögens der Ehefrau gemäß § 1238 ABGB (dazu sogleich unten), sowie das Recht, bei Trennung der Ehe unter Umständen die in Ehepakten für den Überlebensfall bedungenen Rechte bereits früher geltend zu machen (§ 1266 ABGB).⁴⁵

Nicht alle zeitgenössischen Autoren legten allerdings die aus dem Ehegüterrecht resultierende rechtsdogmatische Begründung der Zustimmungspflicht des Ehemanns offen. Manche begnügten sich damit, den physiologischen Unterschied für das Handelsrecht zu bemühen: „Die Rechtsstellung der beiden Geschlechter kann keine derart gleiche sein, wie dies bei Bekennern der verschiedenen Religionsbekenntnisse oder bei Angehörigen der verschiedenen Nationalitäten ausführbar ist. Denn hier bedarf es nur eines Gesetzesbefehls; dort steht aber der physiologische Unterschied der Geschlechter einer völligen Gleichstellung entgegen.“⁴⁶ „Dennoch“ seien einander Personen männlichen und weiblichen Geschlechts gleichgestellt, „Mädchen und

42 Vgl. *Lenhoff* in *Klang I/1* § 91 ABGB 572 f.

43 *Lenhoff* in *Klang I/1* § 92 ABGB 573, der aber ein Recht des Mannes, die Einstellung des Betriebs zu verlangen, ablehnt.

44 *Pollak*, *Grundriss*² 78.

45 *Lenhoff* in *Klang III* (1932) Vorbem zum 28. Hauptstück 534.

Für das deutsche Recht widmete das „Handbuch des gesamten Handelsrechts“ der „Frau im Handelsrecht“ im Jahr 1918 immerhin 32 Seiten, und das, obwohl bereits zeitgleich mit dem BGB am 1. 1. 1900 das (in Österreich erst 1939 eingeführte) HGB in Kraft getreten war, das keine gesonderten Regelungen über die „Kauffrau“ mehr enthielt. Es ging zentral um die je nach Güterstand und Herkunft des Geschäftsvermögens (in die Ehe eingebracht oder nicht) unterschiedlichen Vermögensmassen (eingebrachtes Gut, Vorbehaltsgut, Gesamtgut) und die Zuordnung des damit erwirtschafteten Erwerbs, seiner Verwaltung und Nutznießung und die Haftung für Geschäftsschulden, hinsichtlich derer auf den Konflikt zwischen „eheherrlicher Nutznießung und obligatorischem Gläubigeranspruch, die beide auf dasselbe Objekt [*Anm: das unter Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns stehende Vermögen der Ehefrau*] gerichtet sind“ hingewiesen wurde (*Glitsch*, *Die Frau im Handelsrecht*, in *Ehrenberg*, *Handbuch des gesamten Handelsrechts* Bd II [1918] 157 ff [170]).

46 *Pollak*, *Grundriss*² 77 f.

Witwen“ zum selbstständigen Handelsbetrieb „gleich dem Manne“ zugelassen,⁴⁷ nur die Ehefrauen unterlagen der Beschränkung des § 6 EG AHGB iVm Art 7 AHGB. Inwiefern der angesprochene physiologische Unterschied der Geschlechter die Differenzierung zwischen verheirateten Frauen auf der einen, unverheirateten bzw verwitweten Frauen auf der anderen Seite begründen sollte, wurde nicht reflektiert. Es ist kein historischer „Hindsight-Bias“, anzumerken, dass Autoren juristischer Fachpublikationen unterschiedliche Erklärungsansätze wählen konnten, die wohl auch eigene Vorstellungen von den Geschlechterverhältnissen reflektierten.

Im HGB 1939 waren Regelungen zur Rechtsstellung der „Kaufrau“ nicht mehr enthalten; das Wort „-frau“ kam im Gesetzestext nicht vor.⁴⁸ Auf die Frage nach den „Rechten des Mannes an dem Frauenvermögen“, konkret auf die Auswirkungen des Ehegüterrechts, wird aber für den in der Entscheidung 6 Ob 55/18h angesprochenen Zeitraum der frühen 1960er Jahre zurückzukommen sein.

Aus der älteren Kommentarliteratur soll aber zuvor noch eine wesentliche Erkenntnis mitgenommen werden: Für die Untersuchung der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit (verheirateter) Frauen greift das Familienrecht des ABGB als alleinige Auskunftquelle zu kurz, wesentlich sind auch die Berufsrechte, Ausbildungsregularien und Verwaltungsvorschriften. So verwies die Kommentarliteratur der Zwischenkriegszeit hinsichtlich der Rechtsstellung von Frauen etwa auf ein in Kärnten geltendes Gesetz, wonach die „ohne Genehmigung des Landeschulrats vorgenommene Verehelichung einer weiblichen Lehrperson als Dienstentsagung“ galt,⁴⁹ auf den Ausschluss von Personen weiblichen Geschlechts vom Besuch einer Börse gem § 5 Z 1 BörseG 1875, mit Ausnahmen für landwirtschaftliche Börsen, sowie darauf, dass (immerhin!) das Geschlecht nach der GewO keinen Unterschied „in Bezug auf die Zulassung zum Gewerbebetriebe“ begründe.⁵⁰

Verlassen wir nun aber die 1920er und 1930er Jahre und wenden uns den – für die Entscheidung 6 Ob 55/18h interessierenden – frühen 1960er Jahren zu. Was ergibt sich für diese Epoche – außer dem zusammenfassenden Befund des Vorliegens eines patriarchalischen Familienmodells – aus der ominösen Bezeichnung des Mannes als Haupt der Familie? Und – relevant im Hinblick auf die Ausübung von Gesellschafterrechten – welche Rechte standen dem Ehemann hinsichtlich des Vermögens der Ehefrau zu, in welchem Umfang war er für sie vertretungsbefugt? Das gewonnene Bild ist differenziert.

47 Pollak, Grundriss² 78.

48 Eine Ungleichbehandlung der Geschlechter resultierte aber aus der damals vertretenen Auslegung der Art 6 Nr 7 EVHGB, nach der die unterbliebene Eintragung von Ehepakten eines registrierten Kaufmanns ins Handelsregister dazu führen sollte, dass die der Ehegattin aus den Ehepakten erwachsenen obligatorischen Ansprüche gegenüber den Handelsgläubigern des Mannes unwirksam sein sollten, wohingegen die dem Mann am Vermögen der Frau eingeräumten Rechte nicht geschmälert wurden, auch wenn die Ehepakte nicht eingetragen waren (*Weiß* in Klang² V § 1217 ABGB 714 f).

49 *Lenhoff* in Klang I/1 § 92 ABGB 573. Vgl als weiteres Beispiel VfGH 12. 10. 1926, VfSlg 651, Aufhebung des § 7 Abs 1 der Betriebsordnung für das Wiener Platzfuhrwerk, wonach als Wagenlenker nur Personen männlichen Geschlechts zuzulassen waren, als gleichheitswidrig.

50 Zu allem *Pisko/Schlesinger*, AHGB²² Art 7.

In den 1960er Jahren standen die tiefgreifenden familienrechtlichen Reformen, mit denen ein partnerschaftliches Ehemodell geschaffen werden sollte, noch bevor. § 91 ABGB idF vor BGBl 1975/412 lautete: „Der Mann ist das Haupt der Familie. In dieser Eigenschaft steht ihm vorzüglich das Recht zu, das Hauswesen zu leiten; es liegt ihm aber auch die Verbindlichkeit ob, der Ehegattin nach seinem Vermögen den anständigen Unterhalt zu verschaffen und sie in allen Vorfällen zu vertreten.“ § 92 ABGB idF vor BGBl 1975/412 regelte die „Namensfolge“, „Standesfolge“, „Wohnsitzfolge“, Beistandspflicht und die Pflicht der Ehegattin zur Befolgung von Entscheidungen des Ehemanns.⁵¹

In der Kommentarliteratur wurde der Bezeichnung des Mannes als „Haupt der Familie“ die „Bedeutung eines Gleichnisses“ beigemessen, aus der keine rechtlichen Folgerungen abzuleiten seien, die aber auch nicht, „wegen der heutigen Ansichten über die Gleichberechtigung von Mann und Frau“, zu streichen sei.⁵² Die Bezeichnung wurde immerhin als Versinnbildlichung des so genannten „Leitungsrechts“ angesehen, dem durchaus rechtlicher Gehalt zukam.⁵³ Das Leitungsrecht des Ehemanns gewährte diesem das Recht der Entscheidung in zweifelhaften, das hieß solchen Fällen, in denen sowohl sein Standpunkt als auch jener der Ehefrau vertretbar waren. Inhaltlich ging es um Angelegenheiten, die zur „Leitung des Hauswesens“ gehörten.⁵⁴ Anwendungsfälle aus der Rechtsprechung betrafen die Verbringung von Gegenständen des gemeinsamen Haushalts jeweils durch den Mann oder die Frau, oder das Recht des Ehemanns, über die Aufnahme oder Belassung volljähriger Kinder in der Haushaltsgemeinschaft zu entscheiden.⁵⁵ Bereits 1953 stellte der OGH klar, dass § 91 ABGB nur für die Leitung des Hauswesens, nicht aber für die Vermögensverwaltung von Bedeutung war und aus dieser Bestimmung kein Recht des Ehemanns auf Verwaltung des Gemeinschaftsguts (im konkreten Fall: bei der Gütergemeinschaft) abgeleitet werden konnte.⁵⁶

Ein positiviertes generelles Zustimmungserfordernis des Ehemanns zur Aufnahme einer Berufstätigkeit fand sich im ABGB nicht; das Korrektiv erfolgte durch die Qualifikation einer Missachtung des dem Mann zustehenden Rechts, „das Hauswesen zu leiten“ (gem § 91 ABGB idF vor BGBl 1975/412) als Eheverfehlung iSd § 49 EheG. Dem stand gegenüber, dass sich auch der Mann, der der Frau „die zu ihrem Glück erforderliche Persönlichkeitsentfaltung durch berufliche oder außerberufliche Ausübung ihrer Talente, Kenntnisse und Anlagen“ versagte, einer schweren Eheverfehlung schuldig machen konnte: Das Recht des Mannes, der Frau die Ausübung eines Berufs zu unter-

51 Vgl zu allem *Wentzel* in Klang² I/1 (1964) § 92 ABGB 381 ff. § 92 ABGB idF vor BGBl 1975/412 lautete: „Die Gattin erhält den Namen des Mannes und genießt die Rechte seines Standes. Sie ist verbunden, dem Manne in seinen Wohnsitz zu folgen, in der Haushaltung und Erwerbung nach Kräften beizustehen, und soweit es die häusliche Ordnung erfordert, die von ihm getroffenen Maßregeln sowohl selbst zu befolgen, als befolgen zu machen.“

52 *Wentzel* in Klang² I/1 § 91 ABGB 371.

53 *Wentzel* in Klang² I/1 § 92 ABGB 373.

54 *Wentzel* in Klang² I/1 § 92 ABGB 372.

55 Vgl die Nachweise bei *Wentzel* in Klang² I/1 § 91 ABGB 371 f; RIS-Justiz RS0046996.

56 1 Ob 453/53 SZ 26/138 = RIS-Justiz RS0047231.

sagen, sollte seine Grenze an dem „sozialen und Persönlichkeitswert der Frau“ finden. Dies alles sollte aber „natürlich“ nur so weit gelten, als die Berufstätigkeit der Ehefrau „mit den Pflichten der Frau dem Manne, den Kindern und dem Haushalt gegenüber“ vereinbar war.⁵⁷ Die jeweilige Grenzziehung wird wohl eher der mit den Lebensrealitäten befassten Rechtsprechung und der Beurteilung konkreter Sachverhalte zu entnehmen sein als der Lehre und den gängigen und offenbar höchst bestandskräftigen Generalklauseln.⁵⁸ Für den Zeitpunkt, auf den die Entscheidung 6 Ob 55/18h blickt, also die frühen 1960er Jahre, spiegelt sich eine gewisse Ambivalenz wohl bereits in dem Begriff, unter dem die Thematik im Sachregister des *Klang*-Kommentars (I/1 2. Aufl 1964) verortet ist: „Berufsuntersagung durch Ehemann“ – es gibt also zwar ein eingängiges Schlagwort, von einem Untersagungsrecht ist aber nicht die Rede.⁵⁹

Hinsichtlich der in § 91 ABGB normierten Verbindlichkeit zur Vertretung der Ehefrau ist hervorzuheben, dass diese keine gesetzliche Vertretung im technischen Sinn, sondern lediglich eine Verpflichtung zur Übernahme der Vertretung im Innenverhältnis zwischen den Ehegatten begründete,⁶⁰ mit der Konsequenz, dass der Ehemann durch die Unterlassung der von der Frau verlangten und zumutbaren („nach den Umständen gerechtfertigten“) Vertretung eine schwere Eheverfehlung beging.⁶¹ Diese Bestimmung habe aber „durch die seit Entstehung des Gesetzes weit fortgeschrittene Verselbständigung der Frau“ den großen Teil ihrer Bedeutung verloren; die Bedeutung im Bereich des Scheidungsverschuldens wurde nur noch als „denkbar“ bezeichnet.⁶²

„Handfeste“ Befugnisse des Ehemanns fanden sich hingegen noch in den 1960er Jahren im Ehegüterrecht. Zentral waren die in der Folge durch BGBl 1978/280 aufgehobenen Bestimmungen des § 1237 Satz 2 und der §§ 1238 bis 1241 ABGB.⁶³

Während § 1237 Satz 1 ABGB (wie bereits in der Stamfassung) Gütertrennung als gesetzlichen Güterstand anordnete, enthielt Satz 2 eine (auf die römischrechtliche sog *praesumptio Muciana* zurückgehende) gesetzliche Vermutung: „Im Zweifel wird vermutet, dass der Erwerb vom Manne herrühre.“

57 *Schwind* in *Klang*² I/1 § 49 EheG 779.

58 Vgl die noch im Jahr 1987 zitierte Formulierung *Schwinds* über die „zum Glück [der Ehefrau] erforderliche Persönlichkeitsentfaltung durch berufliche oder außerberufliche [Tätigkeit]“, durch die die Frau in der Erfüllung ihrer ehelichen Pflichten nicht wesentlich behindert werde (7 Ob 686/87) – allerdings in dem Sinn, dass in der Aufnahme einer Teilzeitbeschäftigung durch die Frau im konkreten Fall „keinesfalls“ eine Eheverfehlung gesehen werden könne.

59 Die gelebte Wirklichkeit führte aber dazu, dass die Forderung nach einer rechtlichen Verankerung des uneingeschränkten Rechts der Ehefrau auf Berufsausübung bereits ab den 1910er Jahren erhoben wurde, vgl dazu *Lehner*, Familie – Recht – Politik (1987) 73, 229, 233.

60 *Wentzel* in *Klang*² I/1 § 91 ABGB 381.

61 *Schwind* in *Klang*² I/1 § 49 EheG 779.

62 *Schwind* in *Klang*² I/1 § 49 EheG 779.

63 *Weiß* in *Klang*² V Vorbem 28. Hauptstück 681, sprach von einer „schon durch die Eingehung der Ehe eintretende, sehr weitgehende vermögensrechtliche Bindung“ der Ehefrau und sah, gemessen an Art 7 B-VG, einen Widerspruch der „Gesamtstruktur des gesetzlichen Güterstandes unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung der Geschlechter“.

§ 1238 ABGB („Solange die Ehegattin nicht widersprochen hat, gilt die rechtliche Vermutung, dass sie dem Mann als ihrem gesetzmäßigen Vertreter die Verwaltung ihres freien Vermögens anvertraut habe.“) ordnete dispositiv – bis zur entgegengesetzten Willenserklärung der Ehefrau oder einer anderen Vereinbarung – die Verwaltung des „freien“ Vermögens der Frau, also ihres nicht durch Ehepakete gebundenen Vermögens, durch den Ehemann an.⁶⁴ Mit der Verwaltung ging die Vertretungsbefugnis des Ehemanns in Rechtshandlungen betreffend die Nutzungen des Frauenvermögens einher,⁶⁵ soweit es sich um Geschäfte handelte, die zum – je nach Vermögensgegenstand, etwa eines Handelsgeschäfts, zu beurteilenden⁶⁶ – ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehörten.⁶⁷

§ 1239 ABGB⁶⁸ regelte die sich daraus ergebende Haftung sowie die Befreiung von der Rechnungslegung.⁶⁹ Es ging aber nicht nur um die Verwaltung, sondern auch um die „Nutznießung“ des Ehemanns am freien Vermögen der Ehefrau: Ihm waren die Erträge des verwalteten Vermögens überlassen: Naturalfrüchte fielen mit der Absonderung vom Stammvermögen, Zivilfrüchte mit ihrer Einhebung in das Eigentum des Ehemanns.⁷⁰ Die Erklärung des dogmatischen Gehalts der Stellung des Ehemanns als „bevollmächtigter Sachwalter“ bereitete offenbar durchaus Probleme.⁷¹ Wenn wir uns in die Rolle der Verfasser des in der Entscheidung 6 Ob 55/18h behandelten Gesellschaftsvertrags zu versetzen versuchen, ist wesentlich, dass das Ehegüterrecht dem Ehemann hinsichtlich des Vermögens der Frau Befugnisse gegenüber Dritten einräumte: Der aufgrund der Dispositivregel des § 1238 ABGB verwaltende Ehemann hatte Dritten gegenüber die Stellung eines mit der Verwaltung des Vermögens betrauten Kurators.⁷² Die Rechtshandlungen des Ehemanns für das „Frauengut“ wirken dem Dritten gegenüber nicht nur solange, als nicht die Frau der Verwaltung durch den Mann widersprochen hatte, sondern so lange, bis der Widerspruch dem Dritten „zugänglich geworden“ war⁷³ – der Dritte durfte also grundsätzlich auf den durch die Ehe geschaffenen äußeren Tatbestand vertrauen.

64 *Weiß* in Klang² V § 1238 ABGB 828 f.

65 Vgl RIS-Justiz RS0033268.

66 *Weiß* in Klang² V § 1238 ABGB 835.

67 RIS-Justiz RS0033161; RS0033254; RS0033327 sowie zahlreiche weitere RS zu § 1238 ABGB in RIS-Justiz betreffend konkrete Einzelfälle; zum Erfordernis einer zusätzlichen Gattungs- oder Spezialvollmacht nach § 1008 ABGB vgl RIS-Justiz RS0019406 (innerhalb des ordentlichen Wirtschaftsbetriebs bedarf es keiner Gattungsvollmacht nach § 1008 ABGB), sehr wohl aber außerhalb desselben (RIS-Justiz RS0019394); RIS-Justiz RS0033209.

68 „Der Ehegatte wird in Rücksicht einer solchen Verwaltung zwar überhaupt wie ein anderer bevollmächtigter Sachwalter angesehen; doch haftet er nur für das Stammgut oder Kapital. Über die während der Verwaltung bezogenen Nutzungen ist er, wenn es nicht ausdrücklich bedungen worden, keine Rechnung schuldig; diese wird vielmehr bis auf den Tag der aufgehobenen Verwaltung als berichtigt angesehen.“

69 *Weiß* in Klang² V § 1239 ABGB 838.

70 *Weiß* in Klang² V § 1239 ABGB 838 f.

71 Vgl die umfangreichen Ausführungen bei *Weiß* in Klang² V § 1239 ABGB 841 f.

72 *Weiß* in Klang² V § 1239 ABGB 841.

73 *Weiß* in Klang² V § 1239 ABGB 829 mwN; RIS-Justiz RS0033149.

Welche Rechte waren nun in den 1960er Jahren von der dispositiven Verwaltungsbefugnis des Ehemanns erfasst – und wie war es um die Ausübung von Gesellschafterrechten bestellt?

Der Umfang der Verwaltungsmacht wurde von *Weiß* als höchst umstrittene Frage bezeichnet.⁷⁴ Zum Vermögen sollten höchstpersönliche Vermögensrechte, wie etwa persönliche Dienstbarkeiten, nicht aber Persönlichkeitsrechte und Ansprüche aus deren Verletzung zählen.⁷⁵ Von § 1238 ABGB gedeckt war die Verwaltung des Arbeitseinkommens der Ehefrau,⁷⁶ nicht aber die (vom Verletzten höchstpersönlich zu treffende) Entscheidung, Schmerzensgeldansprüche⁷⁷ oder Ansprüche aus einer Urheberrechtsverletzung geltend zu machen.⁷⁸

Nach der Darstellung von *Weiß* gehörte das „Erwerbsgeschäft“ (Unternehmen) der Ehefrau zum Vermögen und unterlag daher im Zweifel der Verwaltung des Ehemanns;⁷⁹ das sollte auch für den Geschäftsanteil der Ehefrau an einer Handelsgesellschaft gelten. Der Ehemann könne daher auch (kraft § 1238 ABGB) die Kontrollrechte des § 118 HGB für die Frau ausüben.⁸⁰

Diese Rechtsansicht blieb aber nicht unwidersprochen: In seiner 1959/60 erschienenen Darstellung des Handelsrechts bezeichnete *Hämmerle* die Frage, ob „der Ehegatte kraft seiner familienrechtlichen Stellung als ermächtigt gilt, Geschäftsführungsbefugnisse des anderen Ehepartners auszuüben“ als umstritten, kam aber zum Ergebnis, dass dem Ehegatten einer Gesellschafterin kraft seiner familienrechtlichen Verwaltungsbefugnis keine Sonderrechte innerhalb der OHG zukämen. Der Ehemann sei „wie ein gesellschaftsfremder Dritter zu behandeln“. Das gelte selbst bei Vereinbarung einer Gütergemeinschaft.⁸¹ § 1238 ABGB gewähre dem Ehemann nur die Befugnis, „in den Grenzen des Gesetzes und des üblichen Wirkungsbereichs eines Vermögensverwalters gewisse Rechtshandlungen vorzunehmen, die keiner speziellen Vollmacht seitens der Frau“ bedürften und denen nicht gesetzliche Bestimmungen oder anerkannte Rechtsgrundsätze entgegenstünden. Die Ausübung von Geschäftsführungs- und Vertretungsrechten der Gesellschafterin durch den Ehemann stehe im Widerspruch zu anerkannten Rechtsgrundsätzen. Die als Gesellschafterin zur Geschäftsführung berufene Ehefrau habe daher mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag oder Zustimmung aller übrigen Gesellschafter die Geschäfts-

74 *Weiß* in Klang² V § 1239 ABGB 842.

75 *Weiß* in Klang² V § 1239 ABGB 828.

76 *Weiß* in Klang² V § 1239 ABGB 828; anders RIS-Justiz RS0033149, weil das Einkommen nicht als (freies) Vermögen qualifiziert wurde: „Die gegenteilige Ansicht würde zu dem äußerst unbilligen Ergebnis führen, daß ein Mann den Lohn oder Gehalt seiner Gattin wirksam beliebig belasten könnte“ (8 Ob 129/68 EvBl 1968/417).

77 2 Ob 194/50 RIS-Justiz RS0047220.

78 *Weiß* in Klang² V § 1239 ABGB 828; die erlangte Entschädigungssumme falle aber wieder unter die Verwaltung des Mannes.

79 *Weiß* in Klang² V § 1239 ABGB 827, 828 FN 7.

80 *Weiß* in Klang² V § 1239 ABGB 828.

81 *Hämmerle*, Handelsrecht (1959/60) 416 f.

führung persönlich auszuüben. „Die Erfordernisse des Gesellschaftsrechts gehen jenen des Familienrechts vor.“⁸²

Bereits 1952 hatte der OGH im Zusammenhang mit der behaupteten Ausübung von Geschäftsführungshandlungen durch den Ehemann einer OHG-Gesellschafterin ausgesprochen, dass die Ausübung der Gesellschafterrechte höchstpersönlich sei.⁸³ 1957 wurde ausgesprochen, dass der Ehemann nicht im Hinblick auf §§ 1238, 1239 ABGB kraft seiner gesetzlichen Stellung einem „selbständigen stellvertretenden Geschäftsführer“ gleichzuhalten sei. Es komme vielmehr auf seine tatsächliche Stellung im Betrieb, also darauf an, ob er von seiner Verwaltungsbefugnis im umfassenden Sinn Gebrauch gemacht habe.⁸⁴

Eine klare Aussage hinsichtlich der Ausübung von Gesellschafterrechten traf der OGH aber erst in den 1970er Jahren (also nach dem Beginn der Reformen des Familienrechts unter *Bruno Kreisky* und *Christian Broda*). In der 1977 ergangenen Entscheidung zu 1 Ob 743, 744/76⁸⁵ folgte der OGH umfassend den Ausführungen *Hämmerles*. Zu beurteilen war die Frage, ob die in einem Vertragsverhältnis zur Klägerin, der bauausführenden GmbH, stehende beklagte OHG wirksam einer Vertragsänderung, konkret der Änderung der Anordnung von Säulen in einer Tiefgarage gegenüber dem vereinbarten Plan, zugestimmt hatte. Strittig war die Erteilung der Zustimmung durch den Ehemann der OHG-Gesellschafterin. Das Berufungsgericht leitete die Vertretungsbefugnis des Ehemanns der Gesellschafterin für die Gesellschaft aus § 1238 ABGB ab. Auch die Geschäftsanteile der Ehefrau zählten zum Frauenvermögen, das vom Ehemann verwaltet werde. Der OGH lehnte diese Rechtsansicht ab und sprach aus, dass die Befugnis zur Vertretung der OHG ein höchstpersönliches Recht des Gesellschafters sei, das von diesem persönlich auszuüben sei. Diese Regel werde durch das „ehemännliche Verwaltungsrecht hinsichtlich des Frauenvermögens“ nicht durchbrochen. Dem Ehegatten einer Gesellschafterin stünden kraft seiner familienrechtlichen Verwaltungsbefugnisse keine Sonderrechte innerhalb der Gesellschaft zu.

Eine Bewertung dieser Bestandsaufnahme des Familienrechts der 1960er Jahre zeigt: So scharfkantig, wie man das aufgrund des Schlagworts vom „Haupt der Familie“ vielleicht zu vermuten geneigt ist, ist das Bild der rechtlichen Einschränkungen der Berufsausübung (verheirateter) Frauen in den 1960er Jahren nicht gezeichnet; es bedarf stets des genauen Blicks auf die konkret zu beurteilende Rechtsfrage. Andererseits darf man sich durch fortschrittliche Literaturstimmen, die mit späteren Geset-

82 *Hämmerle*, Handelsrecht 416 unter Berufung auf OLG Celle NJW 1951, 281. Dort wurde das Ergebnis aus der Erwägung abgeleitet, dass die Gesellschafterstellung jedenfalls der persönlich haftenden Gesellschafter vom Vertrauen in die konkrete Person geprägt ist.

83 2 Ob 547/52 HS 1233/19. Darin wurde aber nicht ausdrücklich auf § 1238 ABGB Bezug genommen.

84 4 Ob 121/57 EvBl 1958/136 = RIS-Justiz RS0033161 (T6). Dabei dürfte es aber nicht um die Organstellung der Geschäftsführerin einer Gesellschaft gegangen sein, sondern um die Zurechnung der Handlungen des Ehemanns zur geschäftsleitenden Ehefrau im Hinblick auf den von der klagenden Arbeitnehmerin behaupteten Austrittsgrund.

85 RIS-Justiz RS0033320, Volltext unveröffentlicht.

zesänderungen im Einklang stehen, oder mühsam erstrittene Gerichtsurteile, die uns im Nachhinein plausibel und gerecht erscheinen, nicht dazu verleiten lassen, für den jeweiligen Zeitpunkt bereits von einer eindeutig geklärten Rechtslage auszugehen. Der Blick in die Vergangenheit der 1960er Jahre zeigt jedenfalls anschaulich, wie sehr sich die rechtlichen Wertungen, die auch in die Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB Eingang zu finden haben, seither geändert haben.

Im folgenden Jahrzehnt wurden mit dem BG über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, BGBl 1975/412, ua die §§ 89 bis 97 ABGB novelliert. § 91 ABGB erhielt seinen heute noch (als § 91 Abs 1) geltenden Inhalt, wonach die Ehegatten ihre eheliche Lebensgemeinschaft [...] mit dem Ziel voller Ausgewogenheit ihrer Beiträge einvernehmlich gestalten sollen. Die Vermutung des § 1237 Satz 2 ABGB (wonach der Erwerb im Zweifel vom Ehemann herrührte) und die zwischen den Geschlechtern differenzierenden ehегüterrechtlichen Bestimmungen der §§ 1238 bis 1241 ABGB wurden mit dem EheRÄndG BGBl 1978/280 ersatzlos aufgehoben. Die in diesem Beitrag beleuchteten Abgrenzungsfragen sind also Rechtsgeschichte. Die Entscheidung 6 Ob 55/18h zeigt aber, dass die (Familien-)Rechtsgeschichte die Gegenwart (in einer gesellschaftsrechtlichen Streitigkeit) in durchaus relevanter Form wieder einholen kann.

IV. Schluss

In unserer juristischen Arbeit stehen wir ständig vor der Aufgabe, den Blick „hin und her“ zu wenden. *Karl Engisch* hat sich mit dieser Beobachtung auf das Aufeinanderbezogensein von Sachverhalt und Tatbestand beim Vorgang der Subsumtion bezogen, aber bei der Beurteilung komplexer Fälle sind wir darüber hinaus auch immer wieder zu Reisen durch Raum und Zeit gezwungen.

Die vorangegangenen Überlegungen haben uns zu einer Tour d'horizon durch Geschichte und Gegenwart, Familiäres und Geschäftliches, Rechtsordnung und Sozial- und Wirtschaftssystem verführt, und dabei neben vielfältigen Interdependenzen zwischen Geschlechterverhältnis und Gesellschaftsrecht auch die Bedeutung des intertemporalen Privatrechts vor Augen geführt.

40 Jahre währte einst die (wir wollen hoffen: harmonische) Partnerschaft des durch Ehe und Gesellschaftsvertrag verbundenen Paares in dem von *Scaevola* entschiedenen Fall und mehr als fünfzig Jahre (und damit, könnte man sagen: Zeiten und Welten) lagen in dem 6 Ob 55/18h zugrundeliegenden Sachverhalt zwischen der Abfassung des Gesellschaftsvertrags und der Entscheidung des OGH zur heutigen Bedeutung der damals getroffenen Disposition. Es sind wohl solche geistigen Ausflüge, die unseren Jubilar stets jung und frisch gehalten haben. Möge ihm und uns noch lange diese so spannende Mobilität des Blicks erhalten bleiben!