

Schadenersatz-Verjährung bei fehlerhafter Anlageberatung Rolle des Mitverschuldens

Rechtsprechung zum
ZaDiG 2018/2019

Recht smart:
Electricity sharing is – what please?

Änderungen im Finanzmarkt-GeldwäscheG
Durch die 5. GeldwäscheRL

Diskriminierung im Verein
Stört uns das?

Geschäftsführerbestellung durch den
GmbH-Aufsichtsrat?

Wochenarbeitszeit
Wird sie berechnet? Wenn ja, wie?

Was kommt denn da daher?
SteuerreformG 2020

VwGH: Rechtsquelle Aarhus
Parteistellung von Bürgerinitiativen?

Diskriminierung im Verein

Wie frei sind Vereine in der (willkürlichen oder gar diskriminierenden) Beschränkung des Zugangs zu Mitgliedschaft und Vereinsfunktionen? Während bei monopolartigen Vereinen grundsätzlich ein Kontrahierungszwang bei der Aufnahme bejaht wird, ist bei diesem Thema, das an Dynamik zu gewinnen scheint, noch vieles offen.

THOMAS HÖHNE

A. Gleichbehandlungsgesetz und Grundrechte

Sind diskriminierende Klauseln in Vereinsstatuten zulässig – wenn etwa die Mitgliedschaft oder der Zugang zu Vereinsfunktionen auf ein bestimmtes Geschlecht beschränkt wäre? Für die Mitgliedschaft ist das GIBG jedenfalls nicht anwendbar, da es diesbezüglich nur die Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens sowie den Zugang zu selbstständig ausgeübter Erwerbstätigkeit erfasst.¹⁾ Handelt es sich bei einer Vereinsfunktion um ein Dienstverhältnis, so ist das GIBG anwendbar, gilt es doch gem § 1 Abs 1 Z 1 bzw § 16 Abs 1 Z 1 für Arbeitsverhältnisse aller Art, die auf privatrechtlichem Vertrag beruhen. Ebenso ist das GIBG auf die

Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer/innen/- oder Arbeitgeber/innen/organisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Organisationen, anwendbar (§ 1 Abs 1 Z 3, § 16 Abs 1 Z 3).²⁾ Auch dann, wenn Vereinsmitgliedschaft und

RA Dr. *Thomas Höhne* ist Partner der Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien.

1) § 1 Abs 1 Z 4, § 4 Z 3 GIBG. Die für das Gesellschaftsrecht wegweisende E des OGH v 24. 1. 2019, 6 Ob 55/18h, ist daher auch nicht anwendbar; s auch *Berka*, Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote, GES 2017, 347.

2) Vgl OGH 19. 11. 2003, 7 Ob 273/03b.

Dienstverhältnis aneinander gekoppelt sind, kann das GIBG anzuwenden sein, wenn eine Person nur deshalb nicht angestellt wird, weil ihr die Mitgliedschaft verweigert wird.³⁾

Allerdings verbietet Art 7 Abs 1 B-VG ganz generell das Recht auf Gleichbehandlung und verbietet Vorrechte ua aufgrund des Geschlechts oder des Bekenntnisses. Zwar kann den Grundrechten grundsätzlich Drittwirkung, also Bindungswirkung für privatrechtlich gestaltete Rechtsverhältnisse, zukommen, im Einzelfall ist allerdings zu untersuchen, ob es sich um einen Eingriff in elementare persönliche Bereiche handelt, die durch eine solche Drittwirkung zu schützen wären, und ob – wie gerade im Fall von Vereinsstatuten – eine Kollision mit einem anderen Grundrecht, insb mit der Privatautonomie bzw der Verbandsautonomie,⁴⁾ vorliegt.⁵⁾ Auch Art 14 EMRK normiert ein Diskriminierungsverbot hinsichtlich des Genusses der in der EMRK festgelegten Rechte und Freiheiten. Die Vereinsfreiheit des Art 11 EMRK ist ein derartiges Recht. Zweifellos ist Inhalt der Vereinsfreiheit aber auch (iS der Privat- bzw Verbandsautonomie) die Freiheit der konkreten Ausgestaltung der Vereinsstatuten. Wie also ist das Aufeinanderprallen dieser Rechte aufzulösen?

Zunächst ein Blick nach Deutschland – die Grundrechtslage ist gleich: Auch Art 3 GG verbietet den Gleichbehandlungsgrundsatz und verbietet Diskriminierung nach Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft, Glauben, religiösen oder politischen Anschauungen. Das BVerfG⁶⁾ verleiht der Vereinsautonomie gegenüber dem Gleichberechtigungsgebot allerdings hohes Gewicht: „Im Bereich der Satzungsautonomie eines Vereins (...) kommt GG Art 3 Abs 2 keineswegs unbedingt der Vorrang vor GG Art 9 Abs 1⁷⁾ zu; die Vereinsautonomie, die in den vereinsrechtlichen Vorschriften des BGB ihren Ausdruck findet, kann vielmehr umso ungehinderter zur Geltung kommen, je stärker die Vereinigung im privaten Bereich angesiedelt ist, sie muss umso mehr hinter Gleichheitsanforderungen zurücktreten, je stärker sie im öffentlichen Bereich wirkt und sich einem Interessenverband oder einer Berufsvereinigung mit für ihre Mitglieder wesentlicher Bedeutung annähert und dabei eine Monopolstellung einnimmt.“

B. Kontrahierungszwang

Relativ einfach ist die Lösung, wo man von Kontrahierungszwang ausgehen kann: Die Pflicht zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts (hier: Aufnahme in den Verein) wird (und dann muss es überhaupt nicht um „klassische“ Diskriminierung gehen) überall dort angenommen, wo die faktische Übermacht eines Beteiligten bei bloß formaler Parität diesem die Möglichkeit der „Fremdbestimmung“ über andere gibt. Ein Verein mit besonderer Macht- oder gar Monopolstellung im wirtschaftlichen und sozialen Bereich darf die Aufnahme nicht verweigern, wenn der Aufnahmewerber auf die Mitgliedschaft in besonderem Maß angewiesen ist – also wenn die ökonomische oder berufliche Existenz des Aufnahmewerbers von der Aufnahme in den Verein abhängt oder doch durch die Ablehnung der Aufnahme zumindest unzumutbar beeinträchtigt würde.⁸⁾ Um einen solcherart argu-

mentierten Kontrahierungszwang zu durchbrechen, bedarf es eines sachlichen, objektiv rechtfertigenden Grundes. Vor dem Hintergrund eines solchen sachlich gebotenen Grundes werden die Interessen des Vereins gegen jene des Aufnahmewerbers abzuwägen sein.⁹⁾ Das ist aber, wie gesagt, kein Thema von Diskriminierung oder Gleichbehandlung, sondern aus dem Gedanken des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots (§ 5 KartG) abzuleiten.¹⁰⁾ *Raschauer*¹¹⁾ ist zuzustimmen, dass diese Grundsätze auch gelten, wenn ein Verein im öffentlichen Interesse liegende Ziele verfolgt, für die der Staat – gäbe es den jeweiligen Verein nicht – selbst institutionell Vorsorge treffen müsste (als Beispiel bringt er Sportverbände als primäre Förderungsnehmer im Rahmen der Sportförderung des Bundes und der Länder). Solche Verbände seien zwar nicht „Beliehene“, wohl aber als Träger öffentlicher Aufgaben anerkannt. Solche Sonderbeziehungen zum Staat, wie insb die vom Staat akzeptierte Übernahme öffentlicher Aufgaben, könne ebenfalls die Annahme eines Aufnahmewerbers tragen.

C. Diskriminierungsverbot

Während der österr Rechtsanwender auf die vorstehend geschilderten allgemeinen Grundsätze verwiesen ist, ist der deutsche Gesetzgeber mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) einen Schritt weiter gegangen, wenn er in dessen § 18 die Gleichbehandlungsvorschriften auch gelten lässt für die Mitgliedschaft oder die Mitwirkung in einer „Vereinigung, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören oder die eine überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Be-

3) *Walch* in *Schopper/Weilinger*, VereinsG § 5 Rz 330, der auch darauf hinweist, dass es in diesem Sinn auch zu einer Anwendung des BEinstG kommen kann.

4) Genaugenommen ist die Verbandsautonomie eine neben die allgemeine Privatautonomie tretende eigenständige Rechtserscheinung. Die Rechtsstellung des Verbands gegenüber seinen Mitgliedern und anderen Personen ist durch private und öffentliche Rechtsakte konstituiert, insofern in anderer Weise zweckbezogen und beschränkbar als die ursprüngliche rechtliche Autonomie des Menschen, *Bric*, Vereinsfreiheit (1998) 30 f. Andere Autoren betrachten die Satzungsautonomie zum einen als Konsequenz der Vereinsfreiheit, zum anderen als „Facette der allgemeinen Privatautonomie“, *Raschauer*, Vereinsrecht im Lichte der Vereinigungsfreiheit, in *ÖAMTC* (Hrsg), Der große Verein (2013) 189, 199, unter Zitierung von *Krejci/S. Bydlinki/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz² 102.

5) Details bei *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1263 ff.

6) 29. 5. 19891, BvR 1049/88.

7) „Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden.“

8) Vgl für Deutschland *Reichert/Wagner*, VereinsR Kap 2 Rz 1021; *Baummann/Sikora/Pulyer*, VereinsR § 10 Rz 250 ff; zum Kontrahierungszwang insb beim Sport s *Reissner/Salcher* in *Schopper/Weilinger*, VereinsG Nach § 1 Rz 55 ff sowie *Jöchl*, Aufnahme und Ausschluss von Vereinsmitgliedern, in *Möstl/Stark* (Hrsg), Der Vereinsexperte (2008) 109, 112.

9) OGH 13. 10. 2009, 1 Ob 125/09b mit detaillierten Nachweisen deutscher Lit und Rsp sowie österr Lit.

10) So auch *Enzinger*, Die Repräsentativverfassung im Spannungsfeld zwischen Vertragsfreiheit und Vereinsgesetz, in *ÖAMTC* (Hrsg), Der große Verein (2013) 29, 32 f; Vgl für Deutschland *Reichert/Wagner*, VereinsR Kap 2 Rz 1000 ff.

11) Vereinsrecht im Lichte der Vereinigungsfreiheit, in *ÖAMTC* (Hrsg), Der große Verein (2013) 189, 203 f.

reich innehat, wenn ein grundlegendes Interesse am Erwerb der Mitgliedschaft besteht“.

Thema des Diskriminierungsverbots ist die bloße Unterscheidung nach von der Rechtsordnung verpönten Merkmalen (wie etwa Geschlecht, geschlechtliche Orientierung, ethnische oder religiöse Zugehörigkeit etc), die nur dann einen sachlichen und damit zu tolerierenden Grund für die Abweisung des Bewerbers darstellen wird, wenn¹²⁾ ein Merkmal, das mit der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, dem Alter oder der sexuellen Ausrichtung zusammenhängt, eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.¹³⁾ Ein Männergesangsverein darf daher weiterhin nur Männer aufnehmen (da geht es auch um das Grundrecht der Kunstfreiheit¹⁴⁾ und die katholische Jungchar nur junge Katholiken. Aber darf ein Kegelclub Ausländer ausschließen oder ein Jagdverein Frauen?

Orientierung bieten zwei Kriterien: Zum einen, ob eine strukturelle Übergewichtigkeit eines Vertragspartners vorliegt, die die Gewährleistungsfunktion der Privatautonomie (die ja idealtypisch von Gleichgewichtigkeit der Vertragspartner ausgeht) aushebelt, und zum anderen, ob es sich um einen besonders intensiven Eingriff in grundrechtlich geschützte Persönlichkeitsrechte (wie Menschenwürde oder Gewissensfreiheit) handelt. Wendet sich daher ein Verein an die breite Allgemeinheit¹⁵⁾ und organisiert allgemeine Interessen einer größeren Gruppe von Personen (oder, wie das BVerfG dies treffend formuliert, je stärker er im öffentlichen Bereich wirkt), und gibt es dazu noch nur wenige (nicht notwendigerweise keine) Ausweichmöglichkeiten, so wird eine Drittwirkung des grundrechtlichen Diskriminierungsverbots eher zu bejahen sein als beim zitierten lokalen Kegelverein, der lediglich ganz spezifische Interessen in überschaubarem Rahmen organisiert.

D. Geschlechterdifferenzierung und Gemeinnützigkeit

Besondere Aktualität hat das Thema durch das „Freimaurerurteil“ des deutschen BFH¹⁶⁾ erlangt, der eine Freimaurerloge, die Frauen nicht als Mitglieder zuließ, als nicht gemeinnützig qualifizierte, da dadurch die von der Abgabenordnung verlangte Förderung der Allgemeinheit nicht vorliege. Stellt eine Körperschaft die wesensmäßige Gleichheit aller Menschen in Abrede, verstoße sie gegen Art 3 Abs 3 GG und könne daher mangels Förderung der Allgemeinheit nicht gemeinnützig sein. Auch wenn vergleichbare Judikatur für Österreich nicht vorliegt — müssen nun nach Geschlechtern (oder anderen Kriterien) differenzierende Vereine in jedem Fall um ihre Gemeinnützigkeit bangen? Auch hier muss man die Kirche im Dorf lassen. Eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung wird jedenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn diese nicht willkürlich und nur zur Verfolgung von Partikularinteressen erfolgt, wie *Weitemeyer/Wrede*¹⁷⁾ nachvollziehbar ausführen. Zuzustimmen ist ihnen auch, dass angesichts des Gewichts der Satzungsautonomie bei im privaten Bereich angesie-

delten Vereinen diesen auch im Rahmen der Überprüfung des Gemeinnützigkeitsstatus „keine überhöhte Hürde für die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung nach dem Geschlecht gesetzt werden“ dürfe. Die auf gemeinnützige Stiftungen gemünzte Empfehlung der Autorinnen, dass die Vorstände älterer Stiftungen überlegen sollten, „inwiefern eine geschlechterselektive Satzungsvorgabe angesichts der wesentlich veränderten Rolle der Frau in der Gesellschaft noch im Einklang mit dem mutmaßlichen Stifterwillen steht“, ist durchaus für alle gemeinnützigen Körperschaften verallgemeinerbar.

E. Zugang zu Vereinsfunktionen

Und wie sieht es mit dem Zugang zu Vereinsfunktionen aus? Wenn die Aufnahme diskriminierungsfrei gestaltet werden muss, dann natürlich auch der Zugang zu Funktionen im Verein. Beschränkungen müssen sachlich argumentierbar sein (wie dies etwa Altersklauseln in nicht wenigen Vereinen sind). Aber auch dort, wo man sich über den Zugang zum Verein keine großen Gedanken gemacht hat (und man vielleicht sogar hätte diskriminieren dürfen), wird der Zugang zu Vereinsfunktionen diskriminierungsfrei zu gestalten sein – dies folgt schon aus dem etablierten Grundsatz der Gleichbehandlung der Vereinsmitglieder¹⁸⁾ (der wiederum bei sachlich gerechtfertigter Dif-

12) Wie dies die GleichbehandlungsRL 2000/78/EG (RL zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf) formuliert. Siehe dazu aber EuGH 11. 9. 2018, C-68/17 DRdA 2019/17 (*Berka*) (Kündigung eines in einer kirchlichen Einrichtung tätigen Arztes wegen Wiederheiratung nach Scheidung).

13) Vgl auch § 20 Abs GIBG: „Eine Diskriminierung auf Grund der Religion oder Weltanschauung liegt in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen oder anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, nicht vor, wenn die Religion oder die Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt.“ Zu beachten ist allerdings, dass sich diese Ausnahme nur auf Religion und Weltanschauung bezieht.

14) Weshalb der Staats- und Domchor zu Berlin sich seine Sänger selbst aussuchen durfte, was auch das Recht umfasse, weibliche Bewerber abzuweisen, so das VG Berlin v. 16. 8. 2019, VG 3 K 113.19.

15) In diese Richtung geht ja auch Art III Abs 1 Z 3 EGVG: „wer einen anderen aus dem Grund der Rasse, der Hautfarbe, der nationalen oder ethnischen Herkunft, des religiösen Bekenntnisses oder einer Behinderung diskriminiert oder ihn hindert, Orte zu betreten oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, die für den allgemeinen öffentlichen Gebrauch bestimmt sind“.

16) 17. 5. 2017, V R 52/15 npoR 2018, 33. Seit 2017 ist dazu eine Verfassungsbeschwerde beim BVerfG anhängig.

17) Genderfragen in Non-Profit-Organisationen, npoR 2018, 3.

18) OGH 30. 11. 1987, 4 Ob 1526/87: „Auch das Vereinsrecht ist – wie das übrige Gesellschaftsrecht – vom Grundsatz der Gleichbehandlung der Mitglieder beherrscht. Er verlangt, dass in gleicher Rechtsposition befindliche Gesellschafter (Mitglieder) gleich behandelt werden, dh Anspruch auf gleiche Rechte und Pflichten haben, doch ist darin keineswegs das Gebot einer schematischen Gleichbehandlung aller Gesellschafter (Mitglieder), sondern das Verbot ihrer willkürlichen Ungleichbehandlung zu sehen, die bei einer redlichen und vernünftigen Beurteilung nicht gerechtfertigt erscheint.“ Siehe auch *Enzinger*, aaO 34 mwN, der hervorhebt, dass die verbandrechtliche Gleichbehandlung zwar demselben Rechtsgedanken wie der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz entspringt, nämlich dem Willkürverbot, aber eine

ferenzierung in verschiedene Mitgliederkategorien durchbrochen werden kann). Die Entwicklung des

weiter gehende Zielrichtung hat: Letzterer richtet sich nur als Willkürverbot an die vollziehende Behörde mit Imperium, während sich der privatrechtliche Gleichheitsgrundsatz auch auf die Willensbildung innerhalb der Mitgliederversammlung (zu ergänzen: oder jedes anderen Vereinsorgans) bezieht.

Gleichbehandlungsrechts ist allerdings dynamisch und geht dahin, dass gewisse verfassungsrechtlich verpönte Diskriminierungsgründe immer stärkere Durchschlagskraft entfalten (va des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung, auch des Alters).¹⁹⁾

19) Ein ausführlicher Überblick bei *Berka*, Gleichheit als Rechtsprinzip in Europa, ZÖR 2019 (in Druck).

SCHLUSSTRICH

Das Grundrecht auf Gleichbehandlung entfaltet zwar grundsätzlich Drittwirkung im Vereinsbereich; im Einzelfall ist aber zu untersuchen, ob eine Kollision mit der Privat- bzw. Verbandsautonomie, der ebenfalls hohes Gewicht zukommt, vorliegt. Je mehr ein Verein im öffentlichen Interesse liegende Ziele verfolgt, je stärker der Verein im öffentlichen Bereich wirkt

und je mehr er allgemeine Interessen einer größeren Gruppe von Personen organisiert, desto mehr Gewicht kommt dem aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz abgeleiteten Diskriminierungsverbot zu. Wo es um strukturelle Übergewichtigkeit, insb. bei monopolartigen Vereinen, geht, wird der Kontrahierungszwang zum Thema.