

9. In der Kaskoversicherung (89–114) wird das Verhältnis zwischen Versicherer und VN im Wesentlichen durch die AVB geprägt, die in gewissen Grenzen (§§ 864a, 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 1 und 3 KSchG) der privatautonomen Gestaltung zugänglich sind. Allerdings soll das Haftpflichtrecht nach *Burtscher/Spitzer* für die Auslegung der AVB der Kaskoversicherung eine gewisse „Leitbildfunktion“ entfalten, da der durchschnittliche VN nicht erwarte, dass seine Ansprüche gegen den Kaskoversicherer generell hinter dem zurückbleiben, was er im Haftpflichtrecht vom Schädiger und dessen Haftpflichtversicherer verlangen kann (91). Aus dieser Prämisse und den konkreten Regelungen der am Markt hauptsächlich verwendeten AVB leiten die Autoren ab, dass bei Reparaturfragen, hinsichtlich des Werkstatt- und Prognoserisikos und des Werkstattverweises dieselben Grundsätze gelten wie in der Haftpflichtversicherung. Macht der VN in der Kaskoversicherung von der Möglichkeit auf freie Sachverständigenwahl Gebrauch, hat er hingegen die dadurch entstehenden Kosten selbst zu tragen, ausgenommen den Fall, dass das Gutachten notwendig ist, um die Einschätzung des Versicherers zu falsifizieren (98).

10. Von besonderem Interesse, ja gar von Brisanz, sind die Ausführungen der Verfasser zur Möglichkeit der Einleitung eines Sachverständigenverfahrens in der Kaskoversicherung (98 ff). Ist in den AVB – anders als in den aktuellen Musterbedingungen (AKKB 2015) – ein solches Verfahren gemäß § 64 VersVG vorgesehen, stellen sich mehrere Rechtsfragen. Entgegen der Judikatur des BGH und des OGH sind *Burtscher/Spitzer* der Meinung, dass ein Sachverständigenverfahren, das auch gegen den Willen des VN eingeleitet werden kann, im Verbrauchergeschäft wie eine Schiedsvereinbarung zu behandeln ist und daher nicht wirksam in AVB vereinbart werden kann, sondern im Einzelnen ausgehandelt werden muss (§ 6 Abs 2 Z 7 KSchG). Aus der Inhaltskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB soll sich nach ihnen ferner ergeben, dass die gängigen Klauseln, wonach die Kosten des Sachverständigenverfahrens „im Verhältnis des Obsiegens zum Unterliegen“ zwischen Versicherer und VN aufzuteilen sind, den VN gröblich benachteiligen. Schließlich sollen die Klauseln, die nur dem VN die Möglichkeit einräumen, ein Sachverständigenverfahren einzuleiten, gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstoßen, da sie dem Verbraucher nicht hinreichend klar vor Augen führen, worauf er sich im Rahmen eines Sachverständigenverfahrens einlässt (111 ff).

11. Die Zusammenfassung der wesentlichen Aussagen der beiden Autoren zeigt, wie umfassend sich *Burtscher/Spitzer* mit der Problematik der Schadensabwicklung durch den Kfz-Versicherer auseinandergesetzt haben. Bei ihrer Arbeit handelt es sich nicht etwa um einen der vielen Leitfäden, die derzeit wie Pilze aus dem Boden schießen und dem Praktiker eine schnelle „Klipp-und-Klar“-Orientierung in gewissen Problemlagen ermöglichen sollen, sondern um eine rechtswissenschaftliche Abhandlung von hohem Rang. *Burtscher/Spitzer* gehen jedem der von ihnen behandelten Themen bis in seine kleinsten Verästelungen nach und entwickeln stets überzeugende und nachvollziehbare Lösungen. Da und dort kann man natürlich auch andere Auffassungen vertreten. Das ist aber selbstverständlich, wenn der „durchschnittlich verständige VN“ das Maß aller Dinge ist. Ein weiteres Plus der Arbeit besteht darin, dass sie flüssig geschrieben ist und sich äußerst angenehm liest – keine Selbstverständlichkeit bei rechtswissenschaftlichen Publikationen. Dadurch ist die Publikation von *Burtscher/Spitzer* auch für alle, die mit der Regulierung von Kfz-Sachschäden zu tun haben und nicht juristisch vorgebildet sind, eine wertvolle und unentbehrliche Arbeitshilfe.

Attila Fenyves

Foglar-Deinhardstein, Heinrich (Hg): Verdeckte Gewinnausschüttung. Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Strafrecht. 421 Seiten, Verlag Österreich, Wien 2020. Gebunden. € 98,-. ISBN 978-3-7046-8367-0.

Das Recht der verdeckten Gewinnausschüttung bzw. das der verdeckten Einlagenrückgewähr ist Dauerbrenner der steuer- und gesellschaftsrechtlichen Diskussion. *Heinrich Foglar-Deinhardstein* hat sich hier schon mit einer ausgezeichneten Kommentierung der §§ 81 ff GmbHG im von ihm gemeinsam mit *Nora Aburumieh* und *Alexandra Hoffenscher-Summer* herausgegebenen Kommentar zum GmbHG hervorgetan. Umso verdienstlicher ist es, dass er nur wenige Jahre später ebenso ein Buch, das mit verdeckter Gewinnausschüttung überschrieben ist, herausgibt. Das gilt umso mehr, als der Anspruch nicht mehr oder weniger ist, als das Rechtsgebiet nicht nur aus der gesellschaftsrechtlichen Perspektive, sondern auch aus der Steuer- und des Strafrechts zu beleuchten. Für die einzelnen Sachgebiete konnten jeweils Kanzleikollegen als Autoren gewonnen werden, die ihrerseits bestens ausgewiesen sind. Summa summarum ist ein fundierter, aber vor allem praxisorientierter Überblick beabsichtigt.

Dieser Anspruch ist gelungen. Im Einzelnen:

Kapitel 1 Gesellschaftsrecht (Seiten 1–191) stammt von *Heinrich Foglar-Deinhardstein*. Die Darstellung gliedert sich ähnlich der schon angesprochenen Kommentierung. Das ist jedoch kein Manko, sondern schlichtweg der Sache geschuldet. Die seit 2017 ergangene Rsp, als auch die Literatur sind umfassend berücksichtigt. Das betrifft zum Beispiel die Cash-Pool-Entscheidung (OGH 02.05.2019, 17 Ob 5/19p; vgl dazu auch die Anmerkung von *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2019, 222), aber ebenso etwa auch die Rsp zur GmbH & Co KG Still (OGH 26.09.2017, 6 Ob 204/16t und dazu die Anmerkung von *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2017, 473). Insgesamt kann daher auch hier nur einmal mehr das Urteil zur Kommentierung wiederholt werden. Der nunmehr vorliegende Text eignet sich denn auch hervorragend zur Ergänzung.

Kapitel 2 Verdeckte Ausschüttungen im Ertragssteuerrecht (Seiten 193–298) hat *Benjamin Twardosz* verfasst. Auch dort ist Ausgangspunkt das Trennungsprinzip, wenn gleich die Normenzwecke im Steuer- und Gesellschaftsrecht wohl nicht in allen Fällen deckungsgleich sind. Vor diesem Hintergrund sind etwa die Ausführungen zum subjektiven Tatbild, aber auch zum Vorteilsausgleich zu erwähnen. Besonders klar ist denn auch die Erörterung der Rechtsfolgen der verdeckten Ausschüttung auf Ebene der Körperschaft zum einen, sowie der Anteilshaber zum anderen. Sub VIII. werden „praktisch häufige Fälle“ (negative Gesellschafterverrechnungskonten, Darlehensgewährungen up- und side-stream, Luxusimmobilien im Vermögen der Kapitalgesellschaft, Gesellschaftergeschäftsführerbezüge, verdeckte Ausschüttungen im Konzern) jeweils mit umfangreicher Judikatur belegt und erörtert. Sodann schließt sich noch ein kommentierter alphabetischer Katalog „weiterer Beispiele“ an.

Für Kapitel 3 Verdeckte Ausschüttungen im Umsatzsteuerrecht (Seiten 299–322) zeichnet *Johannes Prinz*. Er behandelt dort jene Fälle aus umsatzsteuerrechtlicher Sicht, die ertragssteuerrechtlich klassische Fälle einer verdeckten Gewinnausschüttung sind. *Prinz* untermauert seine Ausführungen durch anschauliche Beispiele und eröffnet insbesondere dem mehr gesellschaftsrechtlich geprägten Leser eine Vielzahl so vielleicht noch nicht bedachter Problemfelder. Das beginnt mit dem (unberechtigten) Vorsteuerabzug (bei Zahlung eines überhöhten Entgeltes für Leistungen des Gesellschafters) samt Berichtigungsmöglichkeiten der USt auf Seiten des Gesellschafters, betrifft aber ebenso zum Beispiel den Ankauf von vorsteuerabzugsberechtigten Fahrzeugen, die dann wieder überwie-

gend dem Gesellschafter unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden. Eine eigene Überschrift wird denn auch der Überlassung und Vermietung von Liegenschaften gewidmet, wobei die Ergebnisse besonders klar und übersichtlich in einer Zusammenfassung (Vermietung um weniger als der marktüblichen Miete, zumindest um die Hälfte der marktüblichen Miete, funktionierender Mietenmarkt [nicht] gegeben und Vermietung von Luxusimmobilien) noch einmal wiederholt werden.

Kapitel 4 Finanzstrafrechtliche Aspekte verdeckter Ausschüttungen (Seiten 323–354) stammt wieder aus der Feder von *Benjamin Twardosz*. Namentlich geht es dabei um jene nicht unwahrscheinlichen Fälle, in denen, damit der Anteilsinhaber oder eine ihm nahestehende Person einschlägige Vorteile erlangt, zugleich eine abgabenrechtliche Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht verletzt wird. Dies geschieht zumeist wissentlich und auch willentlich, womit das Finanzstrafrecht eingreift. *Twardosz* bietet einen Überblick über die möglichen Delikte, widmet sich der objektiven Tatseite der möglichen Erscheinungsformen und geht der Frage nach, wer (Beteiligungs-)Täter ist. Sub V. schließen sich ausgesuchte Beispiele (Schwarzeinnahmen, Überlassung von Geschäftschancen, überhöhte Zinsen, überhöhtes Gehalt, Übernahme privater Aufwendungen) zur Ermittlung des Verkürzungsbetrages an. Anschließend wird die subjektive Tatseite beleuchtet. Sub VII. wird der Verbandsverantwortlichkeit nachgegangen. Der Autor betont hier zu Recht, dass diese, wenn der Verband selbst Geschädigter der verdeckten Ausschüttung ist, wenig überzeugt. Kurze prozessuale Aspekte, insbesondere die Abgrenzung der Zuständigkeit, runden das Kapitel ab.

Kapitel 5 Einlagenrückgewähr und Strafrecht (Seiten 323–354) kommt von *Stefan Huber*. Nach Vorstellung des Untreuetatbestandes wird auf die Libro-Entscheidung (OGH 12 Os 117/12s, 12 Os 118/12p = JB1 2014, 599 [Kapsch/Kier]) des OGH und das Bezug habende Schrifttum bzw auf § 153 Abs 2 StGB und die Business Judgment Rule eingegangen. Es folgen Ausführungen zur betrügerischen Krida (§ 156 StGB) und auch zur grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 StGB), sowie zum Bilanzstrafrecht. IX. ist sodann noch der Strafvermeidung (Kronzeugenantrag, tätige Reue) gewidmet. *Huber* schließt mit einem für verdeckte Ausschüttungen wohl allgemeingültigen Satz: „Vor diesem Hintergrund kann die Bedeutung von Dokumentation und Nachweis einer informierten Entscheidungsfindung nicht hoch genug gehalten werden.“

Auch hier bleibt nur, das Werk noch einmal hochzuhalten und zu empfehlen!

Martin Auer

Mair, Andreas: Die Außenseiterwirkung des Kollektivvertrags – Der Kollektivvertrag als der „richtige“ Vertrag? 438 Seiten, Manz Verlag, Wien 2020. Gebunden. € 98,-. ISBN 978-3-214-14690-0.

Die im Jahr 2020 erschienene Monographie „Die Außenseiterwirkung des Kollektivvertrags – Der Kollektivvertrag als der „richtige“ Vertrag?“ stellt die – laut Vorwort – geringfügig überarbeitete und an der Universität Innsbruck eingereichte Habilitationsschrift von *Andreas Mair* dar. Wie sich unschwer dem Titel der Arbeit entnehmen lässt, setzt sich *Mair* auf knapp 366 Textseiten mit einem zentralen Strukturelement des österreichischen kollektiven Arbeitsrechts auseinander: der Außenseiterwirkung des Kollektivvertrags gemäß § 12 ArbVG. Damit wird ein Trend fortgesetzt, der bereits seit einigen Jahren festzustellen ist. Waren lange Zeit individualarbeitsrechtliche Themen bei Habilitationsschriften vorherrschend (*Gruber-Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung

im Arbeitsrecht [2008]; *Kietaihl*, Allgemeine Arbeitsbedingungen [2011]), hat sich das wissenschaftliche Interesse in den vergangenen Jahren verstärkt kollektivarbeitsrechtlichen Fragestellungen zugewendet (*Felten*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsverfassungsgesetz [2015]; *Friedrich*, Kollektivvertragsfähigkeit und Kollektivvertragsunterworfenheit [in Druck]; *Melzer-Azodanloo*, Mindestlohntarif [2020]; *Mosing*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht [2018]). Dafür gibt es wohl im Wesentlichen zwei Gründe: Gerade das kollektive Arbeitsrecht in Gestalt des ArbVG galt lange Zeit als wissenschaftlich hinreichend ausgeleuchtet. Tatsächlich war ja die Wissenschaft unmittelbar in die Konzeption des ArbVG miteingebunden. Die dabei eingeflossenen Überlegungen wurden in umfangreichen Kommentierungen dargelegt bzw dogmatisch untermauert und so einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Auch die Judikatur orientierte sich an dieser – beinahe schon „authentischen“ – Interpretation des ArbVG. Für Zweifel gab es mit anderen Worten wenig Anlass. Inzwischen ist aber eine neue Generation von Arbeitsrechtswissenschaftlern/Arbeitsrechtswissenschaftlerinnen nachgerückt, die – wie es auch ihre Aufgabe ist – das vermeintlich Klare auf den Prüfstand stellt. Hinzu kommt, dass es in den vergangenen Jahren neue Entwicklungen vor allem auf internationaler/europäischer, aber auch auf nationaler Ebene gab, die das eine oder andere Altbewährte in einem neuen Licht erscheinen lassen und dazu Anlass geben, selbst Grundfeste der österreichischen Arbeitsrechtsdogmatik zu hinterfragen. Genau das macht auch *Mair* in Bezug auf die Außenseiterwirkung des § 12 ArbVG.

§ 12 ArbVG erklärt die Normwirkung des Kollektivvertrags – entgegen der generellen Regel des § 8 Z 1 ArbVG – auch auf jene Arbeitnehmer/innen für anwendbar, die nicht Mitglied der kollektivvertragsschließenden Partei, sprich Gewerkschaft, sind. Das gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin gemäß § 8 ArbVG kollektivvertragsangehörig ist. Letzteres ist immer dann der Fall, wenn auf Arbeitgeberseite eine gesetzliche Interessenvertretung den Kollektivvertrag abgeschlossen hat, was in der Praxis die Regel ist. Die Außenseiterwirkung gemäß § 12 ArbVG in Kombination mit dem Umstand, dass auf Arbeitgeberseite regelmäßig die gesetzliche Interessenvertretung den Kollektivvertrag abschließt, führt dazu, dass in Österreich eine nahezu flächendeckende Erfassung aller Arbeitsverhältnisse durch Kollektivverträge gewährleistet ist. Das ist insofern bedeutsam, als es in Österreich keinen zwingenden gesetzlichen Mindestlohn gibt, sondern sich dieser aus den Kollektivverträgen ergibt. Die Konzeption des bestehenden Kollektivvertragssystems stellt damit sicher, dass nahezu alle Arbeitnehmer/innen einen Anspruch auf einen zwingenden kollektivvertraglichen Mindestlohn haben. Das macht eine gesetzliche Regulierung der Löhne weitgehend obsolet.

Damit ist § 12 ArbVG aber auch eine Regelung, welche de facto den Kollektivvertragsparteien eine „Vormachtstellung“ zur Regelung von Arbeitsbedingungen gegenüber dem Gesetzgeber einräumt und damit das Kollektivvertragssystem selbst stärkt. Dass *Mair* daher die Außenseiterwirkung vor dem Hintergrund des Art 11 EMRK und dem aus der Koalitionsfreiheit erwachsenden Recht auf kollektives Verhandeln problematisiert, ist auf den ersten Blick überraschend, im Ergebnis aber berechtigt. Denn der EGMR leitet aus Art 11 EMRK nicht nur eine positive, sondern auch eine negative Koalitionsfreiheit ab. Wie weit diese reicht und ob diese auf einer Stufe mit ihrer positiven Ausprägung steht, ist allerdings zweifelhaft und mehr als umstritten (siehe *Felten*, Koalitionsfreiheit 175 f mwN). Keineswegs gesichert ist ferner, dass zum „Schutzprogramm“ des Art 11 EMRK auch die so-