

## Rechtsvergleich Vorstandshaftung

Kick-back-Provisionen  
In der Rsp des HG Wien

Rechtswidrigkeit letztinstanzlicher E  
Mittelbare Geltendmachung?

Fehlerhafte Forderungsprüfung  
Haftung des Insolvenzverwalters

Kryptowährungen und AML  
Smart regulation in Sicht

Neue österreichische  
Gewährleistungsmarke

EuGH zur  
„Enteignung“ in Ungarn

pflichten (§ 914 ABGB bzw § 914 ABGB analog) verpflichtet, auf die einen möglichen Interessenkonflikt herbeiführenden Provisionen hinzuweisen. Dass ein solcher Interessenkonflikt selbst dann vorliegt, wenn die Bekl mit anderen Produkten höhere Entgelte lukrieren hätte können, vermag die Bekl nicht zu entlasten, zumal ein mengenmäßig größerer Absatz eines Produkts, womit (produktbezogen) eine allenfalls kleinere Gewinnmarge verknüpft ist, dennoch im Ergebnis einen wirtschaftlichen Erfolg bewirkt; der auftretende Interessenkonflikt ist daher auch in einem solchen Fall eines mengenmäßig größeren Absatzes durchaus beachtlich. Würde man der Bekl dahin folgen, sie habe mit den gegenständlichen Produkten ohnedies bereits auffallend wenig Provision bei dennoch beachtlichem produktspezifischem Aufwand erzielt, ist es doch umso unwahrscheinlicher, dass sie sich dann mit noch geringeren (oder gar keinen?) Provisionen zufriedengegeben hätte. Ein Interessenkonflikt liegt nicht erst dann vor, wenn die Bekl ihre Mitarbeiter ausdrücklich anweist, bestimmte Produkte wegen des hohen „Kick-backs“ vorrangig zu verkaufen. Der Interessenkonflikt manifestiert sich im vorliegenden Fall gerade darin, dass die Bekl eine umfassende Information und Schulung ihrer Mitarbeiter unterlassen hat, weil sie ein Eigeninteresse am Vertrieb der Produkte hatte. Gerade die unterlassene proaktive Aufklärung der eigenen Mitarbeiter/Berater über die Höhe der Innenprovision im Rahmen der umfangreichen Schulungsmaßnahmen zeigt, dass im Beratungsgespräch durch die Endkundenbetreuer diese Innenprovision schon im Grunde gar nicht thematisiert werden sollte bzw die Bekl dies gar nicht wollte. Denn: Ein Umstand, über welchen im Beratungsgespräch weder der Kunde noch der Berater Bescheid wissen, kann nicht eingehend thematisiert werden; dabei entlastet der Umstand die Bekl auch nicht, dass sie bei entsprechender Nachfrage durch den Kunden über die Höhe der Innenprovision bereitwillig Auskunft gegeben hätte; über Umstände, die dem Kunden unbekannt sind und welche auch im Beratungsgespräch nicht die geringste Rolle spielen, ist es nachgerade abwegig anzunehmen, dass der Kunde von sich aus proaktiv nachfragt. Über grundsätzlich Unbekanntes wird man den Kunden schwerlich aufzuklären haben, selbst wenn dies bereitwillig geschähe.

Hinzu kommt: Die Bekl darf nicht damit rechnen, dass dem insofern unerfahrenen Anleger in einem solchen Fall der Erhalt einer zusätzlichen (Innen-)Provision ohnedies bewusst sein müsste; auch insofern liegt ein Verschulden der Bekl über Zurechnung des Beraters nach § 1313a ABGB wegen mangelnder Aufklärung vor. Verschärfend tritt hinzu, dass nicht einmal (!) dem Endkundenbetreuer und langjährigem fachkundigen Vermittler dieser Produkte, diese von der Bekl zusätzlich lukrierte Innenprovision bekannt war. Die Provisionen wurden von der MPC ua an die Bekl geleistet, damit diese nicht ertragreichere bzw alternative Anlageprodukte an ihre (zahlreichen) Kunden vermittelt. Die Bekl,

im konkreten Fall unter Zurechnung ihres Mitarbeiters (§ 1313a ABGB), hat es dabei unterlassen, den Kl über die zusätzliche Provision („Kick-back-Zahlungen“), die sie für die Vermittlung der „Holland 59 KG“ und „Leben Plus spezial III KG“ erhalten hatte, aufzuklären. Dies wäre aber eine zweckdienliche Information gewesen, die der Kl zur Wahrung seiner Interessen benötigt hätte. Nach der Rsp (2 Ob 99/16x; 8 Ob 109/16m; OLG Wien 2 R 61/10b, 30 R 30/16m) besteht korrespondierend zu den Wohlverhaltensregeln nach WAG ein allgemeines zivilrechtliches Verbot der Annahme von Zuwendungen von Dritten. Die Aufklärungspflicht besteht dabei in erster Linie, weil „Kick-back-Zahlungen“ eine Gefährdung der ureigensten Kundeninteressen schaffen können, die darin besteht, dass ein Anreiz geschaffen wird, bei dem abzuwickelnden Geschäft nicht allein das Interesse des Kunden, sondern auch das eigene Interesse an möglichst umfangreichen Vergütungen der Bank zu berücksichtigen (6 Ob 110/07f mwN; 6 Ob 193/10y). Diese Wertung beschränkt sich dabei nicht allein auf die Vermögensverwaltung; Im Rahmen der Anlageberatung besteht nach der Rsp eine umso größere Pflicht auf Wahrung fremder Vermögensinteressen (2 Ob 99/16x; 8 Ob 109/16m; 7 Ob 90/17xd; 10 Ob 08/16a). Detto die Lehre: *Koziol*, Die Haftung der depotführenden Bank bei Provisionsvereinbarungen mit externen Vermögensverwaltern ihrer Kunden, ÖBA 2003, 483 und 485; *Gumpoltsberger*, Anm zu OLG Wien 5 R 198/15x, *ecolex* 2016/456 ua. Die Bekl hat dadurch gegen ihre Pflichten nach § 13 Z 2 und 4 WAG 1996 in haftungsbegründender Weise verstoßen, zumal diese „Kick-Backs“ den Kl jedenfalls gestört hätten (insofern ähnlich OLG Linz 3 R 139/16f; s auch 6 Ob 193/15y). Auch stützt sich das Verbot der Annahme von Zuwendungen auf das allgemeine Zivilrecht; § 1013 ABGB verbietet es dem Auftragnehmer ausdrücklich, ohne Einwilligung des Auftraggebers von einem Dritten Geschenke anzunehmen, worunter jede Art von Zuwendung zu verstehen ist, die seine Treue- und Interessenwahrungspflicht beeinträchtigen könnte. Ausgehend von dieser Rechtslage kann in der Verschweigung der Annahme einer Vergütung von dritter Seite kein entschuldbarer Rechtsirrtum erblickt werden. **Wobei hier zusätzlich noch ins Kalkül zu ziehen ist, dass Kl über 40 Jahre (!) im Konzern der Bekl tätig war und seine gesamte Abfertigung für langjährig treu geleistete Dienste in die beiden verfahrensgegenständlichen Produkte investierte.**

Ein Mitverschulden des Kl – einem Mitarbeiter in einem Reisebüro im Konzern der Bekl und Laien in Finanzanlagegegenständen iSd § 1304 ABGB – ist gerade mit Blick auf die dem Kl verschwiegene (und für ihn sehr wesentliche Innenprovision) nicht zu erkennen. Hätte doch der Kl die Investments gar nicht abgeschlossen, wenn es ihm nicht gelungen wäre, diese Innenprovision durch Herabsetzung des Agios gegenüber der Bekl wegzuverhandeln.



**FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT**  
29. JG. Heft 07/08, Juli/August 2018

**Zitervorschlag:**  
ecolex 2018, Seite  
ecolex 2018/Nummer

**HERAUSGEBER:**  
Hon.-Prof. Dr. G. KUCSKO, RA  
Univ.-Prof. Dr. W. MAZAL  
Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. P. OBERHAMMER  
Univ.-Prof. Dr. J. REICH-ROHRWIG, RA  
Hon.-Prof. Dr. Ch. SCHMELZ, RA  
Univ.-Prof. MMag. Dr. J. SCHUCH, StB  
Mag. Ph. VONDRAK, StB und RA  
Univ.-Prof. Dr. G. WILHELM

**BEIRAT:**  
Univ.-Prof. DDr. W. BARFUSS

Univ.-Prof. Dr. B.-Ch. FUNK  
Dr. J. E. LANGER  
Univ.-Prof. DDr. H. MAYER  
Univ.-Prof. Sen.-Präs. Dr. M. NEUMAYR  
Univ.-Prof. Dr. G. H. ROTH  
Univ.-Prof. Dr. W. SCHRAMEL  
Univ.-Prof. Dr. V. TRSTENJAK  
Univ.-Prof. Dr. R. WELSER  
Min.-Rat Dr. W. WIESNER

**SCHRIFTFLEITUNG:**  
Univ.-Prof. Dr. G. WILHELM

**STÄNDIGE MITARBEITER:**  
Dr. A. BALTHASAR-WACH, RAA  
Hon.-Prof. Dr. A. DUSCHANEK  
Sen.-Präs. d. OLG Wien iR ao. Univ.-Prof.  
Dr. G. ERTL  
Mag. J. FISCHERLEHNER  
MMag. Dr. K. H. HILBER, StB

Dr. M. HÖCHER, RAA  
Univ.-Prof. Dr. M. HOLOUBEK  
Dr. St. KÖCK, RA  
Univ.-Prof. Dr. M. LANG  
Mag. M. LAUDACHER  
Dr. E. PRIMOSCH  
Dr. Th. RABL, RA  
Mag. B. RENNER  
Dr. R. SCHANDA, RA  
Univ.-Prof. Dr. F. SCHRANK  
Univ.-Prof. Dr. H. SCHUMACHER, RA  
Univ.-Doz. Dr. St. SCHWARZER  
Dr. A. SPITZL  
Dr. B. TONNINGER, RA  
Dr. W. URBANTSCHITSCH  
Univ.-Prof. Dr. M. WINDISCH-GRAETZ  
Dr. M. WOLLER, RA  
Mag. Dr. H. WOLLMANN, LL.M., RA  
Univ.-Prof. Dr. B. ZÖCHLING-JUD

**RECHTSVERGLEICH VORSTANDSHAFTUNG**

Vorstandshaftung in Deutschland Dirk Jannott	583
Vorstandshaftung in England Bill Carr / Constantin Call	588
Vorstandshaftung in Frankreich Alexandra Rohmert / Constantin Call	594
Vorstandshaftung in Italien Pietro Cavasola / Constantin Call	598
Vorstandshaftung in der Schweiz Daniel Jenny / Constantin Call	604
Vorstandshaftung in den USA (Delaware) Rainer Wachter / Ioanna Ovadias / Constantin Call	609

**EDITORIAL**

Haftungsfragen um „Kick-back-Provisionen“ in neuester Rsp des HG – 34 Cg 29/14 t, 58 Cg 2/16 a, 67 Cg 3/16 i Georg Wilhelm	579
Impressum	U3

**ZIVIL- UND UNTERNEHMENSRECHT**

Haftung des gewerberechlichen Geschäftsführers gegenüber Dritten (I) Sarina Illo Ortner/Merve Cetin	614
Mittelbare Geltendmachung der Rechtswidrigkeit letztinstanzlicher Entscheidungen Alfred Grof	618
Neues zur AGB-Kontrolle: Interessante Klauseln aus der jüngeren Rechtsprechung Marcus W. A. Sonnberger	620
OGH 27. 9. 2017, 1 Ob 135/17 k	• Nacheheliche Aufteilung und Unternehmensvermögen 623
OGH 20. 2. 2018, 10 Ob 35/17 w	• Verzicht einer Blinden auf die Notariatsaktsform 623
OGH 28. 11. 2017, 2 Ob 184/17 y	• Zur Deckung der Pensionslücke: Wahlschuld mit Geschädigtenwahlrecht 624
OGH 5. 7. 2017, 7 Ob 67/17 d	• Rücktritt vom Werkvertrag mangels Sicherstellung 624
OGH 14. 12. 2017, 2 Ob 205/17 m	• Defekte Hubarbeitsbühne: Erfüllungsgehilfenhaftung des Bestandgebers 625
OGH 29. 11. 2017, 1 Ob 112/17 b	• Anlegerschaden: Feststellungen zur Alternativveranlagung 625
OGH 28. 3. 2017, 8 Ob 88/16 y	• Vorabentscheidung: Unterliegt ein Online-Sparkonto der ZaDiRL? 626
OGH 14. 12. 2017, 2 Ob 221/17 i	• Baukostenüberschreitungen als Gesamtschaden? 627
OGH 20. 12. 2017, 7 Ob 38/17 i	• Haftung des Erstellers für unrichtigen Energieausweis ( <i>Ljubica Mrvošević</i> ) 628
OGH 27. 9. 2017, 7 Ob 77/17 z	• Haftung wegen eines Behandlungsfehlers: Verjährungsbeginn bei Forde- rungsübergang auf den Sozialversicherungsträger 628
OGH 24. 8. 2017, 8 Ob 94/17 g	• Aufklärungspflichten bei „Bananenfahrten“ am See 628
OGH 29. 3. 2017, 7 Ob 91/16 g	• Frachtführerhaftung: Haftung für Subfrachtführer ( <i>Helene Herda</i> ) 628
OGH 18. 1. 2018, 5 Ob 240/17 f	• Zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen nach § 8 Abs 3 MRG 629
OGH 28. 6. 2017, 1 Ob 96/17 z	• Mindestvertragsdauer von Fitnesscenter in AGB 630
OGH 29. 11. 2017, 8 Ob 122/17 z	• Maklervertrag: Rücktritt und Rücktrittsverzicht nach dem FAGG 630
OGH 29. 11. 2017, 7 Ob 106/17 i	• Versicherungsmakler als Franchisenehmer 631
OGH 27. 9. 2017, 7 Ob 44/17 x	• Legalzession nach § 67 VersVG an den Leitungswasserversicherer eines Hotels 631
OGH 8. 11. 2017, 7 Ob 180/17 s	• Verjährungshemmung durch Führung der Regulierungsverhandlungen seitens des Haftpflichtversicherers 631