

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIX

Kapitel I

Einführung in das Thema	1
§ 1 Anlass der Untersuchung	1
I. Wirtschafts- und sozialpolitischer Hintergrund	1
II. Systematischer Missbrauch berufsrechtlicher Freiheiten als zunehmende Folge deregulierter Märkte	5
III. Informations- und Aufklärungspflichten als Begleiterscheinung deregulierter Märkte	7
IV. Beratungspflichten und Professionalisierungstendenzen beim kaufmännischen Vertrieb	8
§ 2 Ziel, Zuschnitt und Gang der Untersuchung	9

Kapitel II

Grundlagen	13
§ 3 Begriffe, Modelle, Strukturmerkmale	13
I. Begriff der Beratung und Abgrenzung zu Informations- pflichten und Begutachtung	13
II. Informationsmodelle	23
III. Strukturmerkmale der Beratung	30
§ 4 Phänotypen der Beratung und Pflichtenmodelle	37
I. Phänotypen der Beratung	37
II. Grundmodelle der Beratungspflicht	42
§ 5 Funktion der Beratung und Grenzen ihrer Verwirklichung	44
I. Steuerungsfunktion: selbstbestimmte und fremdbestimmte Freiheitsausübung	44

II.	Verlagerung des Bewertungsrisikos und Ablehnung einer Garantiefunktion	45
III.	Grenzen des Individualschutzes durch Beratung	47
§ 6	Beratungspflichten im systematischen Kontext	64
I.	Bedeutung und Ebenen des systematischen Gesamtzusammenhangs	64
II.	Optionenvielfalt, Optionenkomplexität und Marktliberalisierung	65
III.	Produktstandard durch Typisierung, gesetzliche Leitbilder und objektive Gewährleistungsstandards	66
IV.	Funktionsnahe Rechtsinstitute	67
§ 7	Verhaltenswissenschaftliche Grundlagen	74
I.	Grundansatz der modernen Verhaltenswissenschaften und Verhältnis zur neoklassischen Ökonomik	74
II.	Wesentliche Erkenntnisse der modernen Verhaltenswissenschaften	75
III.	Normative Konsequenzen	81
 Kapitel III		
Überblick über die Haftung des Ratgebers im geltenden deutschen Zivilrecht		91
§ 8	Keine Haftung für Rat und Empfehlung, § 675 Abs. 2 BGB	91
I.	Regelungsgehalt und Anwendungsbereich des § 675 Abs. 2 BGB	91
II.	Historische Genese des § 676 BGB aF.	93
III.	Zusammenfassung und Folgerungen	102
§ 9	Unabhängige Beratung	108
I.	Versicherungsberatung	108
II.	Rentenberatung	109
III.	Beratung durch Verbraucherzentralen.	110
IV.	Schwangerschaftskonfliktberatung	110
V.	Entwicklungsperspektiven	111
§ 10	Beratung durch Angehörige klassischer Professionen	113
I.	Arztrecht	113
II.	Anwalts- und Steuerberatungsrecht	115
§ 11	Beratender Verkauf	117

§ 12 Moderne Hybridformen der Beratung	118
I. Kapitalanleger- und Versicherungsrecht.	118
II. Kreditrecht	120

Kapitel IV

Allgemeine Dogmatik	127
-------------------------------	-----

§ 13 Zivilrechtsdogmatik.	127
I. Anspruch an eine allgemeine Zivilrechtsdogmatik und Maßgeblichkeit von Parteiwille, Kontext und gesetzlicher Risikoverteilung	127
II. Typen und Entstehungsgründe	127
III. Rechtsnatur	147
IV. Pflichtumfang	156
V. Pflichtinhalt	158
VI. Pflichtverletzung.	206
VII. Rechtsbehelfe	209
VIII. Disponibilität, Haftungsfreizeichnung und Vertrauenstatbestand	251
IX. Ausgleichssicherung	256
X. Die „zweite Meinung“	267
XI. Beweisrecht	269

§ 14 Dogmatik des Berufs- und Aufsichtsrechts	306
I. Bedeutung und Gegenstand des Berufs- und Aufsichts- rechts	306
II. Berufszulassung: Standards fachlicher Qualifikation und persönlicher Eignung.	307
III. Organisatorische Begrenzung von Interessenkonflikten . .	308
IV. Berufs- und aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten. . . .	322
V. Verhältnis zum Zivilrecht	323

Kapitel V

Ausgewählte Teilrechtsgebiete	327
---	-----

§ 15 Anwaltsrecht	327
I. Einführung	327
II. Berufsrecht der anwaltlichen Beratung	328
III. Zivilrecht der anwaltlichen Beratung	347

§ 16 Kapitalanlegerrecht	381
I. Einführung	381
II. Aufsichtsrecht der Kapitalanlageberatung	382
III. Zivilrecht der Kapitalanlageberatung	423
§ 17 Kaufrecht	461
I. Einführung	461
II. Beratender Verkauf und kaufvertragliches Gewährleistungsrecht	463
III. Konvergenz von Kapitalanlageberatung und beratendem Verkauf von Immobilien zu Anlagezwecken	477
Kapitel VI	
Zusammenfassung	479
Literaturverzeichnis.	497
Sachregister	525

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIX

Kapitel I

Einführung in das Thema	1
§ 1 Anlass der Untersuchung	1
I. Wirtschafts- und sozialpolitischer Hintergrund	1
1. Deutscher Wirtschaftsliberalismus und Interessenausgleich	1
2. Gemeinschaftsrechtlicher Wirtschaftsliberalismus und Markt deregulierung	2
3. Rückzug des Staates aus der sozialen Sicherung und Teilprivatisierung von Vorsorge	4
II. Systematischer Missbrauch berufsrechtlicher Freiheiten als zunehmende Folge deregulierter Märkte	5
III. Informations- und Aufklärungspflichten als Begleiterscheinung deregulierter Märkte	7
IV. Beratungspflichten und Professionalisierungstendenzen beim kaufmännischen Vertrieb	8
§ 2 Ziel, Zuschnitt und Gang der Untersuchung	9

Kapitel II

Grundlagen	13
§ 3 Begriffe, Modelle, Strukturmerkmale	13
I. Begriff der Beratung und Abgrenzung zu Informationspflichten und Begutachtung	13
1. Begriff der Beratung	13
2. Begriffserläuterung unter Abgrenzung zu anderen Informationspflichten.	14
a) Die Gemengelage der Informationspflichten und ihre gemeinsame Grundfunktion	14
b) Informations-, Erläuterungs- und Aufklärungspflichten	15
c) Beratung und Kommunikationsprozess	15

	d) Beratung und Bewertung	16
	e) Beratung und Exploration	17
	f) Beratung durch Warnung?	18
	3. Zum Verhältnis von Aufklärung und Beratung	19
	a) aus haftungsrechtlicher Sicht	19
	b) vor dem Hintergrund unterschiedlicher Liberalismus- konzepte	20
	4. Zum Verhältnis von Beratung und Begutachtung	22
II.	Informationsmodelle	23
	1. Reines Informationsmodell	23
	2. Erläuterungsmodell als minimalinvasiver Korrekturversuch . .	25
	3. Beratungsmodell	25
	4. Verhaltenswissenschaftlicher und rechtskultureller Hintergrund	26
	a) Informationsmodell und neoklassische Rechtsökonomik . .	26
	b) Informationsmodell und U.S.-amerikanischer Utilitarismus	27
	c) Informationsmodell und kontinentaleuropäischer Wertekanon	28
	d) Informationsmodell und U.S.-amerikanische Rechts- wirklichkeit	29
	e) Informationsmodell und moderne Verhaltensökonomik . .	29
III.	Strukturmerkmale der Beratung	30
	1. Typische strukturelle Ungleichgewichtslagen, tatsächliche Abhängigkeiten und normativer Vertrauenstatbestand	30
	2. Beratung auf dem Gradmesser der Interessenbindung	31
	3. Rechtsgütergeprägtheit und Geschäftsadäquanz der Beratung .	33
	4. Beratung als prozesshaftes Geschehen	35
§ 4	Phänotypen der Beratung und Pflichtenmodelle	37
I.	Phänotypen der Beratung	37
	1. Unabhängige Beratung	37
	a) Charakteristika	37
	b) Anwendungsfälle	38
	2. Beratung durch Angehörige klassischer Professionen	38
	a) Begriff der Profession	38
	b) Charakteristika und Anwendungsfälle	39
	3. Vertragsberatung	40
	4. Beratender Verkauf	40
	5. Moderne Hybridformen der Beratung	41
	a) Charakteristika	41
	b) Anwendungsfälle	42
II.	Grundmodelle der Beratungspflicht	42
	1. Beratungspflicht im engeren Sinne	42
	2. Beratungssorgfaltspflicht	43
	3. Anwendungsfälle	43

§ 5	Funktion der Beratung und Grenzen ihrer Verwirklichung	44
I.	Steuerungsfunktion: selbstbestimmte und fremdbestimmte Freiheitsausübung	44
II.	Verlagerung des Bewertungsrisikos und Ablehnung einer Garantiefunktion	45
III.	Grenzen des Individualschutzes durch Beratung	47
	1. Systemimmanente Grenzen	47
	a) Selbstbestimmung und Eigenverantwortung.	47
	b) Selbstbestimmung und individuelle Bilanzentscheidung . .	47
	c) Strukturelles Ungleichgewicht und begrenztes Ausgleichs- potenzial	49
	d) Risikoübernahme und Ratgeberermessen	49
	2. Nachteilige Auswirkungen einer zu weitgehenden Verrechtlichung von Beratung	50
	a) Beratung durch Angehörige klassischer Professionen: Gefährdung der Vertrauensbeziehung?	50
	b) Moderne Hybridformen der Beratung: Systematischer Rückzug aus der überobligatorischen Beratung?	51
	3. Beratungspflichten als Substitut jedweder Produktinhalts- regulierung?	52
	a) Zur funktionalen Verschiedenheit von Beratungspflichten und Produktinhaltsregulierung.	52
	b) Produkterfindungsfreiheit, Abbau präventiver Steuerungs- mechanismen und neoliberaler Zeitgeist	52
	aa) Inhaltliche Produktregulierung im Widerspruch zum rechtspolitischen Zeitgeist	52
	bb) Produktintervention und Bedürfniskontrolle – der Anfang vom Ende unbegrenzter Marktliberalisierung? .	53
	(1) Präventive und reaktive Produktintervention durch ESMA und mitgliedstaatliche Aufsichtsbehörden .	53
	(2) Bedürfniskontrolle durch mitgliedstaatliche Aufsichtsbehörden	54
	(3) Ausblick.	55
	c) Beratungshaftung anstelle repressiv-regulativer Vertrags- nichtigkeit? – Zum Ansatz der Rechtsprechung am Beispiel des Kapitalanlegerrechts	55
	aa) Produktregulierung durch Vertragsnichtigkeit: Die zunehmende Bedeutung der Rechtsprechung	55
	bb) Der CMS Spread Ladder Swap-Vertrag	56
	cc) Regulierungsansatz der Rechtsprechung.	57
	d) Kritik an der Rechtsprechung: § 138 Abs. 1 BGB als Instrument zur Bewirkung des Marktaustritts schlechthin gemeinschaftlicher Produkte	58
	aa) Zur rechtsdogmatischen Offenheit der Ausgangslage. .	58
	bb) Vorrang der Beratungslösung aus Gründen der Prozessökonomie?	59

cc)	Gemeinschaftsrechtliche Grenzen einer rigoroseren mitgliedstaatlichen Intervention?	60
dd)	Funktionale Bedenken aus dem Verhältnis von Gesetzgebung, Finanzmarktaufsicht und Rechtsprechung?	60
ee)	§ 138 Abs. 1 BGB als Instrument zur Bewirkung des Marktaustritts schlechthin gemeinschädlicher Produkte	61
ff)	Zur Unzulänglichkeit der Beratungslösung	62
§ 6	Beratungspflichten im systematischen Kontext	64
I.	Bedeutung und Ebenen des systematischen Gesamtzusammenhangs	64
II.	Optionenvielfalt, Optionenkomplexität und Marktliberalisierung	65
III.	Produktstandard durch Typisierung, gesetzliche Leitbilder und objektive Gewährleistungsstandards	66
IV.	Funktionsnahe Rechtsinstitute	67
1.	Wahrheitspflicht, Auslegung von Willenserklärungen und Transparenzgebot	67
2.	Informations- und Aufklärungspflichten	69
3.	Warnung vor nicht bedarfsgerechter Leistung mit und ohne Leistungsverweigerungspflicht	71
4.	Sicherung individueller Bedarfsgerechtigkeit durch Gewährleistungsrecht und gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung	72
§ 7	Verhaltenswissenschaftliche Grundlagen	74
I.	Grundansatz der modernen Verhaltenswissenschaften und Verhältnis zur neoklassischen Ökonomik	74
II.	Wesentliche Erkenntnisse der modernen Verhaltenswissenschaften	75
1.	Begrenztes Eigeninteresse	75
a)	Experimenteller Befund	75
b)	Selbstbestimmungsberatung und Altruismus zugunsten des Ratgebers	76
aa)	Selbstbestimmungsberatung außerhalb persönlicher Näheverhältnisse	76
bb)	Selbstbestimmungsberatung innerhalb persönlicher Näheverhältnisse	77
c)	Fremdbestimmungsberatung und Drittinteressen	78
2.	Begrenzte Selbstdisziplin	78
3.	Kognitive Restriktionen	79
4.	Begrenzte Rationalität: Heuristiken, Urteilsverzerrungen und soziale Einflussnahme	79
III.	Normative Konsequenzen	81
1.	Gezielte Neutralisierung „berechenbarer Irrationalität“ durch debiasing-Strategien?	81
2.	Ungezielte Neutralisierung „berechenbarer Irrationalität“ durch verbesserte Allgemeinbildung und Marktzutrittschürden?	83

3. Tendenzielle Überwindung „berechenbarer Irrationalität“ durch Beratungspflichten	85
4. Ratgebermissbrauch als Herausforderung	87
5. Begrenzte Verallgemeinerbarkeit verhaltenspsychologischer Erkenntnisse und verbleibendes Forschungspotenzial	88

Kapitel III

Überblick über die Haftung des Ratgebers

im geltenden deutschen Zivilrecht.	91
--	----

§ 8 Keine Haftung für Rat und Empfehlung, § 675 Abs. 2 BGB	91
--	----

I. Regelungsgehalt und Anwendungsbereich des § 675 Abs. 2 BGB	91
--	----

II. Historische Genese des § 676 BGB aF.	93
--	----

1. Haftung für fehlerhaften Rat im römischen und gemeinen Recht sowie unter den Partikularrechtsordnungen	93
--	----

a) Haftung für fehlerhaften Rat im römischen Recht	93
--	----

b) Haftung für fehlerhaften Rat im gemeinen Recht	94
---	----

c) Haftung für fehlerhaften Rat unter den Partikularrechts- ordnungen	95
--	----

2. Anwendungsbereich und Interesse	97
--	----

3. Regelungszweck	99
-----------------------------	----

a) Motive der ersten Kommission	99
---	----

b) Motive der zweiten Kommission	99
--	----

c) Schlussfolgerungen	100
---------------------------------	-----

III. Zusammenfassung und Folgerungen	102
--	-----

1. § 675 Abs. 2 BGB als Norm ohne Regelungsgehalt	102
---	-----

2. Zum weiten Beratungsbegriff des § 675 Abs. 2 BGB und zu den Haftungsgrundlagen beratungsmäßiger Absatzstrategien	104
--	-----

3. Bekenntnis zur Haftung „zwischen Vertrag und Delikt“: stillschweigend geschlossener Haftungsvertrag statt quasi- vertraglicher Vertrauenshaftung?	105
--	-----

4. Streichung des § 675 Abs. 2 BGB de lege ferenda	106
--	-----

§ 9 Unabhängige Beratung	108
------------------------------------	-----

I. Versicherungsberatung	108
------------------------------------	-----

II. Rentenberatung	109
------------------------------	-----

III. Beratung durch Verbraucherzentralen.	110
---	-----

IV. Schwangerschaftskonfliktberatung	110
--	-----

V. Entwicklungsperspektiven	111
---------------------------------------	-----

§ 10 Beratung durch Angehörige klassischer Professionen	113
---	-----

I. Arztrecht	113
------------------------	-----

1. Beratungspflicht oder bloße Aufklärungspflicht?	113
--	-----

2. Ärztliche Beratungspflicht – ein Fallbeispiel	113
--	-----

II. Anwalts- und Steuerberatungsrecht	115
---	-----

§ 11 Beratender Verkauf	117
§ 12 Moderne Hybridformen der Beratung	118
I. Kapitalanleger- und Versicherungsrecht.	118
II. Kreditrecht	120
Kapitel IV	
Allgemeine Dogmatik	127
§ 13 Zivilrechtsdogmatik.	127
I. Anspruch an eine allgemeine Zivilrechtsdogmatik und Maßgeblichkeit von Parteiwille, Kontext und gesetzlicher Risikoverteilung	127
II. Typen und Entstehungsgründe	127
1. Pflicht zur Beratung	127
2. Beratungssorgfaltspflicht bei überobligatorischer Beratung . .	129
a) Voraussetzungen und dogmatische Einordnung	129
b) Beratungssorgfaltspflicht und quasi-vertragliche Vertrauenshaftung.	131
aa) Überblick über den Stand der Diskussion	131
(1) Rahmenvertrag bei auf Dauer angelegten Vertrags- beziehungen	131
(2) Eigenständiger Beratungsvertrag	132
(3) Gesetzliche Vertrauenshaftung kraft Geschäfts- verbindung und gesteigerte Anforderungen an den Abschluss eines Beratungsvertrags.	133
bb) Ablehnung des Dogmas vom Beratungsvertrag.	135
(1) Wider die Fiktion eines Rechtsbindungswillens bei Beratung durch Verkäufer und gebundene selbständige Absatzhelfer	135
(2) Verlust der rechtshistorischen Legitimation einer hypertrophen Überdehnung der Rechtsgeschäfts- lehre	137
(3) Vertragslösung als Legitimationsgrundlage einer unterschiedslosen Interessenbindung?	138
(4) Vertragslösung als tauglicher und legitimer Versuch einer Immunisierung des Zivilrechts vor gemeinschaftsrechtlicher Rechtsharmonisierung?. .	139
cc) Gesetzliche Vertrauenshaftung kraft Geschäfts- verbindung als Grundlage eines stimmigen dogmatischen Gesamtkonzepts	141
(1) Rechtsnatur der Beratungspflicht: Leistungspflicht oder haftungsbewehrte Schutzpflicht?	141
(2) Disponibilität und gesetzliches Leitbild	142
(3) Haftungspluralismus und Haftungszurechnung . .	144
III. Rechtsnatur	147
1. Pflicht zur Beratung	147

a) Leistungspflicht oder (leistungsbezogene) Schutzpflicht . . .	147
b) Beratung als Leistungspflicht und gesetzliche Schuld- vertragstypen	148
aa) Überblick über den Stand der Diskussion	148
bb) Beratungspflicht als dienstvertragliche Pflicht im Rahmen reiner Dienst- oder typengemischter Verträge .	149
2. Beratungssorgfaltspflicht bei überobligatorischer Beratung . .	153
3. Zeitliche und gegenständliche Dimension der Beratungs- pflichten	154
a) Punktuelle Beratung, umfassende Beratung und Dauerberatung	154
b) Nachsorgende Beratungspflichten?	154
IV. Pflichtumfang	156
1. Beratungsprogramm: Fachliche Zuständigkeit, Beratungsthema und Optionenspektrum	156
2. Zuweisung der Entscheidungszuständigkeit	157
V. Pflichtinhalt	158
1. Beratungspflicht als Verhaltenspflicht und beratungstypische Pflichtenstruktur	158
2. Exploration	160
a) Begriff und Funktion der Exploration.	160
b) Bewertungs- und aufklärungsrelevante ratnehmerbezogene Umstände („know your customer“)	160
aa) Ziele und Präferenzen	160
bb) Sachverhalt und ratnehmerbezogene Umstände	161
cc) Ratnehmerhorizont im Besonderen	161
dd) Art und Weise der Exploration: Nachfrage oder auch Verifikation?	162
c) Bewertungsrelevante transaktionsbezogene Umstände („know your product“)	163
aa) Gegenstand	163
bb) Art und Weise der Exploration: Anlass und Verifikation	163
d) Umfang und Grenzen der Explorationspflicht und Verhältnis zur Risikoauflärung	164
e) Besonderheit stufenweiser Exploration bei aufeinander aufbauenden Beratungsvorgängen	165
3. Prüfung	165
4. Empfehlung	165
a) Begriff der Empfehlung einschließlich des Abratens	165
b) Empfehlungsmaßstab	166
c) Bewertungs- und Prognosespielraum: Grundlagen, Funktionen, Grenzen	166
aa) Grundlagen des Bewertungs- und Prognosespielraums, Verhältnis zur Aufklärung	166
bb) Funktionen des Bewertungs- und Prognosespielraums und Bedeutung von Absatzinteressen	167
cc) Grenzen des Bewertungs- und Prognosespielraums. . .	169
(1) Erfordernis der Vertretbarkeit	169

(2) Erfordernis der Evidenzbasiertheit	169
(3) Raum für Innovation und Erkenntnisgewinn.	170
5. Aufklärung	171
a) Grundsätze	171
aa) Begriff und Typisierung beratungstypischer Aufklärung	171
bb) Pflicht zur Beratung und Beratungssorgfaltspflicht	172
cc) Richtigkeitsmaßstab als Grundsatz, Beurteilungsspielraum als Ausnahme	173
b) Handlungsbezogene Aufklärung	173
aa) Aufklärungsbedürfnis, Ratnehmerhorizont und Wechselspiel zwischen Aufklärungspflicht und Nachfragelast	173
bb) Aufklärung über den Gegenstand einer konkreten Handlungsempfehlung: Eigenschaften und Risiken.	174
(1) Aufklärung über Eigenschaften	174
(2) Aufklärung über immanente Risiken	174
(3) Aufklärung über explorationslückenbedingte Risiken	175
cc) Aufklärung über Handlungsalternativen	175
c) Aufklärungsübersteigende Begründung einer Empfehlung – Rechtspflicht oder nobile officium?	176
aa) Begriff der Begründung und Verhältnis zur handlungsbezogenen Aufklärung	176
bb) Empfehlungsbegründung in Recht und Praxis	176
(1) Rechtspflicht zur Begründung als Ausnahmeerscheinung	176
(2) Begründung als Regelfall der Ratgeberpraxis	178
cc) Funktion der Begründung	178
dd) Nobile officium statt Rechtspflicht	179
d) Ratgeberbezogene Aufklärung	181
aa) Begriff und Funktion.	181
bb) Überblick über die Diskussion um ratgeberbezogene Aufklärungspflichten am Beispiel der Kapitalanlageberatung	182
cc) Versuch einer teilrechtsgebietsunabhängigen Verallgemeinerung der Kickback-Rechtsprechung	184
dd) Grundsätzliche Kritik gegenüber ratgeberbezogenen Aufklärungspflichten	187
(1) Systematische Einordnung in den Kontext des Berufs- und Aufsichtsrechts.	187
(2) Ausdruck halbherziger Professionalisierung	188
(3) Aufklärung als untaugliches Instrument zur Interessenwahrung	188
(4) Fehlzurweisung von Risiken als Folge	190
(a) Fehlzurweisung beratungsimmanenter Risiken durch die Kickback-Rechtsprechung	190
(b) Überblick über die Rechtslage in den USA	192

(aa) Aufklärungspflichten über Interessen-	
konflikte bei unentgeltlicher Beratung . . .	192
(bb) Loss causation als Korrektiv	194
ee) Kein Widerspruch zur empfehlungsbezogenen	
Aufklärung	197
ff) Schlussfolgerungen.	198
6. Dokumentation	199
a) Begriff und Funktionen von Dokumentationspflichten . . .	199
b) Anhalt im geltenden Recht	200
c) Stimmigkeit des geltenden Rechtszustandes	201
7. Karenzzeit	203
a) Begriff, Funktion und Anhalt im geltenden Recht	203
b) Karenzzeit als Notwendigkeit, Karenzzeit als Problem . . .	204
c) Karenzzeit bei isolierter Beratung?	205
VI. Pflichtverletzung.	206
1. Pflicht zur Beratung	206
2. Beratungssorgfaltpflicht	207
3. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt.	207
4. Berufsbezogene Pflichtenintensität und berufsbezogener	
objektiv-abstrakter Sorgfaltsmaßstab	207
5. Mehrheiten von Beratungspflichtverletzungen	208
VII. Rechtsbehelfe	209
1. Überblick	209
2. Beratungspflicht als vertragliche Leistungspflicht	210
a) Anspruch auf Nacherfüllung bzw. Reparatur?	210
b) Anspruch auf Rückzahlung des Beratungshonorars	212
aa) Honorar auch für schlechte Beratung als Grundsatz . .	212
bb) Rückwirkender Fortfall des Vergütungsanspruchs,	
§ 628 BGB.	213
cc) Verwirkung des Beratungshonorars analog § 654 BGB .	214
dd) Normative Abgrenzung von Schlechtleistung und	
Nichtleistung	215
c) Anspruch auf Schadensersatz.	215
aa) Rechtsgrundlagen	215
bb) Differenzhypothese und typische Begehrenskategorien .	217
(1) Differenzhypothese.	217
(2) Abschluss eines Vertrags oder Erweiterung des	
bestehenden Vertrags als kausaler Vermögens-	
schaden	217
(a) Fragestellung.	217
(b) Überblick über den Stand der Diskussion. . . .	218
(c) Stellungnahme	220
(d) Inhalt des Schadensersatzanspruchs:	
Rückabwicklung bzw. Schadensersatz in Geld .	221
(3) Entgangener Gewinn und sonstige Vermögens-	
vorteile eines beratungsrichtigen Verhaltens als	
kausaler Vermögensschaden	222
(4) Immaterieller Schaden	223

cc) Pflichtverletzung und Vertretenmüssen	223
dd) Kausalität und Zurechnungszusammenhang.	224
(1) Kausalzusammenhang bei Pflichtverletzung im Vorbereitungsstadium	224
(a) Fragestellung.	224
(b) Kausalität einer Missachtung des Pflichten- umfangs	224
(c) Kausalität pflichtwidriger Exploration bzw. Prüfung	228
(d) Einwand unterlassener Mitwirkung im Rahmen pflichtgemäßer Exploration.	228
(2) Ratnehmerentschluss als kausales Bindeglied	229
(a) Bedeutung des Ratnehmerentschlusses im Rahmen des Kausalzusammenhangs	229
(b) Zurechnung bei psychisch vermittelter Kausalität und Schutzzweck der Beratungspflicht	229
(c) Bedeutung des zeitlichen Zusammenhangs zwischen Raterteilung und Ratbefolgung.	230
(d) Bindung der Einstandspflicht an die voraus- gesetzte Inanspruchnahme der empfohlenen Leistung beim Ratgeber.	233
(e) Ratnehmerentschluss und Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens?	234
(3) Einschränkung des Haftungsumfangs im Hinblick auf den Schutzzweck der verletzten Pflicht	235
(a) Anwendung der Schutzzwecklehre.	235
(b) Unterscheidung zwischen „umfassender“ Beratung und Hilfestellung nur hinsichtlich eines für das Vorhaben bedeutsamen „Einzelpunkts“.	235
(c) Einschränkungen im Hinblick auf die Rechts- güter- bzw. Interessengerichtetheit der Beratungspflicht?	238
(aa) Überblick über den Stand der Diskussion	238
(bb) Stellungnahme	239
ee) Mitverschulden	240
(1) Grundsatz	240
(2) Mitverschulden und empfehlungs- bzw. aufklärungskausale Exploration	241
(3) Mitverschulden und pflichtwidrige Empfehlung	242
(4) Mitverschulden und pflichtwidrige Aufklärung	243
ff) Verjährung	245
d) Gesetzliches Lösungsrecht von einem auf der Grundlage pflichtwidriger Beratung geschlossenen Vertrag de lege ferenda?	246
3. Beratungssorgfaltspflicht	248
a) Pflichtverletzung als Grundlage der Beendigung eines Vertrags	248

b) Schadensersatz	248
aa) Grundlage, Differenzhypothese und typische Schadens- kategorien.	248
bb) Kausalität, Zurechnung und Einschränkung des Haftungsumfangs	249
cc) Mitverschulden	250
VIII. Disponibilität, Haftungsfreizeichnung und Vertrauenstatbestand	251
1. Beratung als vertragliche Leistungspflicht	251
2. Beratungssorgfaltpflicht	253
IX. Ausgleichssicherung	256
1. Begriff und Ebenen der Ausgleichssicherung	256
2. Beratungspflichtiger und Zurechnung pflichtwidriger Beratung	256
a) Beratung als höchstpersönliche Pflicht und Zurechnung im Rahmen organisatorischer Zusammenschlüsse von Ratgebern.	256
b) Verantwortlichkeit für den Ratgeber nach den Grundsätzen der Repräsentantenhaftung	258
c) Verantwortlichkeit für unselbständige und selbständige Ratgeber gem. § 278 BGB	259
aa) Überblick über den Stand der Diskussion	259
bb) Stellungnahme.	262
3. Haftung des Hintermannes aufgrund Organisations- und Überwachungsverschuldens sowie der Verletzung von Warnpflichten	264
4. Pflichtversicherung des Ratgebers	265
5. Insolvenzrechtliche Privilegien des Ratnehmers.	266
X. Die „zweite Meinung“	267
1. Begriff, Funktion und praktische Bedeutung	267
2. Kostenrisiken und Missbrauchsgefahren	268
3. Einordnung in die zivilrechtliche Dogmatik	269
XI. Beweisrecht	269
1. Bedeutung und typische Beweisnot des Ratnehmers	269
2. Beweis der Pflichtverletzung.	270
a) Beweislast des Ratnehmers	270
aa) Grundsatz.	270
bb) Keine Beweislastumkehr hinsichtlich des Vertreten- müssens.	271
(1) Problemstellung	271
(2) Überblick über den Stand der Diskussion	272
(3) Stellungnahme.	273
(4) Folgerungen für die Beweislastverteilung bei der Haftung für fehlerhaften Rat	275
b) Beweiserleichternde Vermutung bei Verletzung einer zu Beweissicherungszwecken bestehenden Dokumentations- pflicht	276

aa) Grundlagen der Beweissicherungszwecken dienenden Dokumentationspflicht	276
bb) Rechtfertigung einer Beweiszuwecken dienenden Dokumentationspflicht des Ratgebers	278
cc) Herstellung einer Privaturkunde oder Vereinbarungen beweissichernden Inhalts zu Lasten des Ratnehmers?	279
dd) Voraussetzungen, Erwirkung und Folgen der beweissichernden Vermutung	282
ee) Weitergehende Beweisvereitelung durch Manipulation der Beratungsdokumentation	283
c) Beweisführungserleichterungen durch sekundäre Bestreitens- und Darlegungslast des Ratgebers.	284
aa) Anwendung und Funktionsweise	284
bb) Prozessrechtsdogmatische Begründung und sachliche Rechtfertigung	285
cc) Inhaltliche Anforderungen an die sekundäre Darlegungslast des Ratgebers.	287
d) Beweismittelerleichterungen bei Vier-Augen-Gesprächen	288
aa) Gesetzliche Ausgangslage: Zeugenbeweis, Parteivernehmung und persönliche Anhörung	288
bb) Beweiserbringende Parteianhörung und erleichterte Parteivernehmung	290
(1) Allgemeine Korrektur struktureller Beweisnot bei Vier-Augen-Gesprächen	290
(2) Spezifische Korrektur aufgrund des Gebots prozessualer Waffengleichheit.	291
cc) Gleichstellung von Partei- und Zeugenbeweis de lege ferenda	292
3. Schaden und Kausalität.	293
a) Erleichterte Beweisforderungen unter § 287 ZPO	293
aa) Abgrenzung von §§ 286, 287 ZPO	294
bb) Anwendung auf den Beratungsprozess	295
b) Erleichterungen für den Beweis der hypothetischen pflichtgemäßen Mitwirkung im Rahmen der ratnehmerbezogenen Exploration	296
c) Entscheidungskausalität und Vermutung beratungsrichtigen Verhaltens	297
aa) Problemstellung	297
bb) Überblick über den Stand der Diskussion	297
cc) Stellungnahme und Konsequenzen	301
d) Grober Beratungsfehler und Schadensursächlichkeit	304
aa) Problemstellung	304
bb) Überblick über den Stand der Diskussion	304
cc) Stellungnahme.	305
§ 14 Dogmatik des Berufs- und Aufsichtsrechts	306
I. Bedeutung und Gegenstand des Berufs- und Aufsichtsrechts	306

II.	Berufszulassung: Standards fachlicher Qualifikation und persönlicher Eignung	307
III.	Organisatorische Begrenzung von Interessenkonflikten	308
	1. Fremdinteressenbindung und Interessenkonflikt	308
	2. Typizität konfligierender Eigen- und Drittinteressen, begrenzte Verallgemeinerbarkeit und Vermeidbarkeit	308
	a) Vergütungsbedingtes Eigeninteresse	308
	b) Fortkommensbedingtes Eigeninteresse	309
	c) Eigeninteresse an beruflicher Verwirklichung	310
	d) Konfligierende Fremdinteressen	310
	e) Begrenzte Verallgemeinerbarkeit und begrenzte organisatorische Vermeidbarkeit	310
	3. Instrumente zur Begrenzung konfligierender Eigen- und Drittinteressen	311
	a) Trennung von Beratung und Leistung.	311
	b) Standesethos, professionelles Selbstverständnis und Notwendigkeit gesetzlicher Zuwendungsverbote mit strafrechtlicher Flankierung	311
	aa) Standesethos und professionelle Ethik als begrenzt wirksame Regulative.	311
	bb) Grundsätzliche Notwendigkeit weitergehender Regulierung	315
	c) Regulierung von Vergütungssystemen.	315
	aa) Anreizpotenziale.	315
	(1) Problemaufriss.	315
	(2) Anreizpotenziale und Beratung über eigene Leistungen.	316
	(3) Anreizpotenziale und Beratung über fremde Leistungen.	317
	bb) Regulierungsansätze	318
	d) Sicherung persönlicher Unabhängigkeit durch beschränkte Kontrollrechte Dritter	319
	e) Vermeidung konfligierender Fremdinteressenwahrnehmung durch Verbotstatbestände und Vertraulichkeitsbereiche	320
	f) Ausschluss persönlicher Näheverhältnisse? – zum Fluch und Segen persönlicher Näheverhältnisse in Beratungssituationen	321
IV.	Berufs- und aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten.	322
	1. Pflichtenprogramm.	322
	2. Eigenständige Sanktionierbarkeit beratungstypischer Verhaltenspflichtenverstöße	323
V.	Verhältnis zum Zivilrecht	323

Kapitel V

Ausgewählte Teilrechtsgebiete.	327
§ 15 Anwaltsrecht	327
I. Einführung	327
II. Berufsrecht der anwaltlichen Beratung	328
1. Rechtsgrundlagen	328
2. Inhalt	329
a) Qualifikation und persönliche Eignung	329
aa) Kursorische Bestandsaufnahme.	329
bb) Würdigung	330
b) Organisatorische Begrenzung von Interessenkonflikten	331
aa) Konfligierende Eigeninteressen des beratenden Rechtsanwalts	331
(1) Verwässerung des anwaltlichen Ethos	331
(2) Vergütungssystem, Regulierung der Vergütung und vergütungsbedingte Fehlanreize.	332
(a) Kursorische Bestandsaufnahme.	332
(b) Würdigung.	333
bb) Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen	338
(1) Kursorische Bestandsaufnahme	338
(2) Würdigung	339
cc) Verbot der Annahme und Gewährung von Vorteilen	340
dd) Interessenkonflikte in abhängigen Beschäftigungs- verhältnissen	340
(1) Sicherung der persönlichen Unabhängigkeit	340
(a) Kursorische Bestandsaufnahme	340
(b) Würdigung.	341
(2) Anreizsysteme innerhalb abhängiger Beschäftigungsverhältnisse	343
c) Verhaltenspflichten	344
3. Fernwirkung auf das Zivilrecht	345
III. Zivilrecht der anwaltlichen Beratung	347
1. Entstehung, Rechtsnatur und Pflichtenstruktur der Beratungspflicht	347
2. Pflichtumfang	348
a) Beratungsprogramm: Fachliche Zuständigkeit, Beratungsthema und Optionenspektrum	348
b) Zuweisung der Entscheidungszuständigkeit	350
3. Pflichtinhalt und Sorgfaltsmaßstab	351
a) Objektiv-abstrakter Sorgfaltsmaßstab	351
b) Exploration	352
aa) Bewertungs- und aufklärungsrelevante ratnehmer- bezogene Umstände	352
bb) Bewertungsrelevante transaktionsbezogene Umstände	354
c) Empfehlung.	354
aa) Empfehlungsmaßstab	354

bb) Bewertungs- und Prognosespielraum	356
(1) Grundsatz des „sichersten Wegs“	356
(2) Bedeutung von Evidenz	356
(3) Bedeutung des „sichersten Wegs“ für das Empfehlungsermessen	357
(4) Anwendungsbeispiele	358
d) Aufklärung	360
aa) Handlungsbezogene Aufklärung	360
(1) Aufklärung über den Empfehlungsgegenstand	360
(2) Aufklärung über Handlungsalternativen	361
(3) Art und Weise der Aufklärung	362
bb) Ratgeberbezogene Aufklärung	365
e) Kein Karenzzeitfordernis und keine Dokumentations- pflicht	367
4. Rechtsbehelfe, Haftungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen	367
a) Anspruch auf Nacherfüllung bzw. Reparatur	367
b) Anspruch auf Rückzahlung des Beratungshonorars	368
c) Anspruch auf Schadensersatz	368
aa) Rechtsgrundlagen, Differenzhypothese und typische Schadenskategorien	368
bb) Kausalität und Zurechnungszusammenhang	369
cc) Mitverschulden	372
dd) Verjährung	373
5. Disponibilität und Haftungsbeschränkung	373
6. Ausgleichssicherung	374
a) Zurechnung pflichtwidriger Beratung, Haftung aufgrund Organisations- und Überwachungsverschuldens	374
b) Pflichtberufshaftpflichtversicherung	376
7. Beweisrecht	377
§ 16 Kapitalanlegerrecht	381
I. Einführung	381
II. Aufsichtsrecht der Kapitalanlageberatung	382
1. Rechtsgrundlagen, Anwendungsbereich, Regelungsadressaten	382
a) Rechtsgrundlagen	382
b) Gegenständlicher Anwendungsbereich	384
c) Regelungsadressaten und Ausnahmen	385
aa) Wertpapierfirmen	385
bb) Ausnahmen	386
(1) Anlageberatung allgemein	386
(2) Anlageberatung in Bezug auf Investmentfonds- anteile	387
2. Inhalt	388
a) Qualifikation und persönliche Eignung	388
aa) Kursorische Bestandsaufnahme	388
bb) Würdigung	389
b) Organisatorische Begrenzung von Interessenkonflikten	390

aa)	Eingeschränkter Interessenvorrang und allgemeine Grundsätze zum Umgang mit Interessenkonflikten . . .	390
bb)	Vergütungssystem, Regulierung der Vergütung und vergütungsbedingte Fehlanreize	392
cc)	Interessenkonflikte in abhängigen Beschäftigungsverhältnissen	395
c)	Verhaltenspflichten	396
aa)	Kundenkategorien	396
bb)	Verhaltenspflichten der ersten Finanzmarktrichtlinie . .	397
cc)	Überblick über den Reformprozess	399
dd)	Verhaltenspflichten der zweiten Finanzmarktrichtlinie .	400
(1)	Modellbildung und beratungstypische Verhaltenspflichten	400
(2)	Dokumentation	402
d)	Würdigung	403
aa)	Detaillierte aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten als Fremdkörper?	403
bb)	Systematischer Rückzug aus der überobligatorischen Beratung als drohende Folge gesteigerter Verhaltensstandards?	404
cc)	Das Modell der „unabhängigen“ Beratung als Etikettenschwindel	406
dd)	Einführung eines generellen Provisionsannahmeverbots nach Vorbild des Vereinigten Königreichs	409
ee)	Regelmäßige Beurteilung ohne Aussicht auf praktische Anwendung	409
3.	Fernwirkung auf das Zivilrecht	411
a)	Überblick über den Stand der Diskussion	411
b)	Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	413
aa)	Am Herkunftslandprinzip orientierte Maximalharmonisierung des Aufsichtsrechts, Umsetzungsspielräume	413
bb)	Harmonisierung auch des mitgliedstaatlichen Zivilrechts?	415
(1)	Überblick über den Stand der Diskussion	415
(2)	Stellungnahme	417
c)	Grundsatz der Eigenständigkeit des Zivilrechts als Konsequenz	419
d)	Aufsichtsrechtliche Interessenbindung, zivilrechtlicher Interessenausgleich und Kohärenzgebot.	420
e)	Aufsichtsrecht als Ideenretorte autonomer richterlicher Konkretisierung vertraglicher und gesetzlicher Pflichten . .	421
f)	Aufsichtsrecht und Typenprägung im Zivilrecht	422
III.	Zivilrecht der Kapitalanlageberatung	423
1.	Absatzorientierte bzw. provisionsbasierte Beratung	423
a)	Dogmatik der Haftungsgrundlagen und Rechtsnatur der Beratungspflicht.	423

aa) Quasi-vertragliche Vertrauenshaftung statt Beratungs-	
vertrag	423
bb) Konkurrierende deliktsrechtliche Haftungsgrundlagen	425
(1) § 823 Abs. 1 BGB?	425
(2) § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den anlegerschützenden	
Wohlverhaltenspflichten des WpHG?	425
(a) Überblick über den Stand der Diskussion.	425
(b) Konsequenzen der Anerkennung einer Schutz-	
gesetzzeigenschaft	426
(c) Befürwortung eines Regel-/Ausnahme-	
verhältnisses	428
(3) § 826 BGB.	429
(a) Anwendbarkeit und praktische Bedeutung	429
(b) Überblick über Haftungsvoraussetzungen und	
Rechtsfolgen	429
b) Pflichtumfang	431
aa) Entscheidungsfreiheit des Kapitalanlegerberaters.	431
bb) Keine zivilrechtliche Bedeutung aufsichtsrechtlicher	
Vorabinformationspflichten	432
c) Pflichtinhalt.	434
aa) Exploration	434
(1) Bewertungs- und aufklärungsrelevante ratnehmer-	
bezogene Umstände	434
(2) Bewertungs- und aufklärungsrelevante objekt-	
bezogene Umstände	435
bb) Empfehlung	437
(1) Empfehlungsmaßstab.	437
(2) Bewertungs- und Prognosespielraum	438
cc) Aufklärung	439
(1) Handlungsbezogene Aufklärung	439
(a) Aufklärung über den Empfehlungsgegenstand	439
(b) Aufklärung über Handlungsalternativen	441
(c) Art und Weise der Aufklärung	441
(2) Ratgeberbezogene Aufklärung	443
(a) Grundannahme	443
(b) Überblick über den Stand der Diskussion.	443
(c) Stellungnahme	445
dd) Dokumentationspflicht und Karenzzeiterfordernis	448
d) Anspruch auf Schadensersatz: Haftungsvoraussetzungen	
und Rechtsfolgen	450
aa) Rechtsgrundlage, Differenzhypothese und typische	
Schadenskategorien	450
bb) Pflichtverletzung und Vertretenmüssen	451
cc) Kausalität und Zurechnung	451
dd) Mitverschulden	452
ee) Verjährung	453
e) Haftungsausschluss und Haftungsbeschränkung	454
f) Ausgleichssicherung	454

g) Beweisrecht	455
2. „Unabhängige“ Beratung bzw. Honoraranlageberatung.	456
a) Abschluss eines Beratungsvertrags	456
b) Pflichtumfang.	457
c) Pflichtinhalt, Rechtsbehelfe, Haftungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen	458
3. „Regelmäßige“ Beurteilung erworbener Kapitalanlageprodukte	459
§ 17 Kaufrecht	461
I. Einführung	461
II. Beratender Verkauf und kaufvertragliches Gewährleistungsrecht	463
1. Überblick über die Rechtslage unter dem alten Schuldrecht	463
a) Abschließendes Gewährleistungsrecht, kaufvertragliche Nebenpflicht oder selbständiger Beratungsvertrag	463
b) Haftung des beratenden Verkäufers aus der Verletzung einer kaufvertraglichen Nebenpflicht	466
c) Haftung des beratenden Verkäufers aus einem selbständigen Beratungsvertrag.	469
2. Rechtslage nach der Schuldrechtsmodernisierung.	471
a) Überblick über den Stand der Diskussion	471
b) Stellungnahme	474
III. Konvergenz von Kapitalanlageberatung und beratendem Verkauf von Immobilien zu Anlagezwecken	477
Kapitel VI	
Zusammenfassung	479
Literaturverzeichnis.	497
Sachregister	525