

MICHAEL HEESE

Beratungspflichten

Jus Privatum

193

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht
Band 193



Michael Heese

Beratungspflichten

Eine rechtswissenschaftliche Abhandlung zur Dogmatik der
Beratungspflichten und zur Haftung des Ratgebers
im Zivil- und Wirtschaftsrecht

Mohr Siebeck

Michael Heese, geboren 1978; 1998–2003 Studium der Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen; 2003/2005 Erstes und zweites juristisches Staatsexamen; 2008 Promotion in Göttingen; 2009 LL.M., Yale University, New Haven, USA; 2008–2015 Akademischer Rat und Habilitand an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; 2015 Habilitation und Erteilung der *venia legendi* für die Fächer „Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches Privat- und Prozessrecht sowie Rechtsvergleichung“; W3-Professur für Bürgerliches Recht, Insolvenzrecht und Zivilverfahrensrecht an der Universität Regensburg.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT

e-ISBN PDF 978-3-16-153912-1
ISBN 978-3-16-153844-5
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Beratungspflichten und die Voraussetzungen der Haftung des Ratgebers zählen zu den Jahrhundertfragen des Zivilrechts. Gleichwohl fehlt es bis heute an einer teilrechtsgebietsübergreifenden Betrachtung des Beratungsphänomens, die gleichsam der Schlüssel ist zur Entwicklung einer allgemeinen Zivilrechtsdogmatik und einer allgemeingültigen Haftungstheorie der Beratung. Die Rechtsdogmatik ist für die deutsche Rechtswissenschaft nicht nur prägend; sie ist in ihrer Tradition und gegenwärtigen Pflege weltweit wohl einzigartig. Von ihrer zugleich konfirmativen wie innovativen, vor allem aber von ihrer kritischen Funktion kann das Recht der Beratung in besonderem Maße profitieren. Dieses zeichnet sich in den vergangenen Jahrzehnten durch eine fortgesetzte gesetzgeberische und richterrechtliche Unruhe aus. Das Schrifttum beschränkt sich bisher überwiegend eher auf eine insulare Betrachtung mit einer gewissen Tendenz zum Denken in beweglichen Systemen und Topoi. Zur Schließung der dadurch bestehenden Lücke soll diese Abhandlung einen Beitrag leisten.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Habilitationsschrift angenommen. Berücksichtigt wurden Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur bis Oktober 2014 unter Einschluss des Erlasses der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 4. Februar 2014 und der zweiten Finanzmarktrichtlinie vom 15. Mai 2014. Die Rechtsentwicklung bis zur Drucklegung konnte in den Fußnoten noch vereinzelt nachgetragen werden.

Das Manuskript entstand während meiner Assistentenzeit als Akademischer Rat am Institut für Deutsches und Ausländisches Zivilprozessrecht der Universität Freiburg. Seine Erstellung wäre nicht möglich gewesen ohne die fortwährende warmherzige und freundschaftliche Unterstützung und das großzügige Gewährenlassen meines hochverehrten akademischen Lehrers, Professor Dr. *Alexander Bruns*, LL.M. (Duke Univ.), mit dem mich mein gesamter bisheriger wissenschaftlicher Werdegang verbindet, der mich von Beginn an konsequent gefördert und nachhaltig geprägt hat und der mich – um im Geist dieser Abhandlung zu bleiben – stets gut beraten hat. Er hat überdies die Anregung zu der Themenstellung gegeben und ihren teilrechtsgebietsübergreifenden sowie rechtsdogmatischen Anspruch fortgesetzt bestärkt.

Für die rasche Begutachtung und wertvolle Anregungen für die Drucklegung zu besonderem Dank verpflichtet bin ich auch dem Zweitgutachter, Professor

Dr. *Hanno Merkt*, LL.M. (Chicago). Der gesamten Freiburger Fakultät danke ich sehr für die reibungslose Durchführung des Habilitationsverfahrens.

Herzlicher Dank gilt ferner all denen, die neben meinem akademischen Lehrer für ebenso hilfreiche wie kontroverse Diskussionen über das Thema zur Verfügung standen. Herausheben möchte ich Professor Dr. Dres. h.c. *Rolf Stürner*, Professor *Peter L. Murray*, *Franziska Grupp* sowie *Stefan Thönissen*. Auch Professorin Dr. *Sonja Meier*, LL.M. (London) danke ich für wertvolle Hinweise. Zu herzlichem Dank verpflichtet bin ich weiter den Mitarbeitern des Freiburger Instituts, allen voran *Susanne Schlenker*, die mich in jeder Hinsicht tatkräftig unterstützt haben. Vorarbeiten zu dieser Abhandlung sind während eines Forschungsaufenthalts im Jahr 2012 an der Harvard Law School, Cambridge, USA, entstanden, der durch die freundliche Unterstützung von Professor *Peter L. Murray* möglich und durch ein „US Fellowship“ der Anwaltskanzlei *Gibson, Dunn & Crutcher*, München, gefördert wurde. Bei der Drucklegung hat mich Dr. *Annina Schramm* unterstützt, die die Mühe auf sich genommen hat, das Manuskript Korrektur zu lesen. Die Regensburger Mitarbeiter haben an den abschließenden Korrekturen mitgewirkt.

Besonderer Dank gebührt überdies dem Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der *VG Wort GmbH* für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses sowie der *Esche Schümann Commichau Stiftung*, Hamburg, die die Arbeit mit einem ihrer diesjährigen Förderpreise auszeichnen wird.

Meinen Eltern *Hanna* und *Friedrich Heese* sowie meiner Schwester *Ellen Heese* schulde ich schließlich herzlichen Dank für ihre liebevolle und vorbehaltlose Unterstützung und ihre durchgehende Anteilnahme auch an meinem beruflichen Werdegang. *Franziska Grupp* danke ich sehr dafür, dass sie mir die nötige Kraft gegeben hat, um das Manuskript zur rechten Zeit abzuschließen. Mein Vater *Friedrich Heese* durfte das Erscheinen der Schrift nicht mehr miterleben; ihm ist sie in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Freiburg im April 2015

Michael Heese

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 Informations- pflichten 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) Risikoubernahme 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 gemeinschädlicher 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.	Begrenzttes 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		
§ 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 Risikoaufklärung	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 Nachfragerlast	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 <i>nobile officium</i> ?	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) <i>Nobile officium</i> 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 teilrechtsgebietenunabhängigen 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) Fehlzuzuweisung von Risiken als Folge	190
	(a) Fehlzuzuweisung beratungsimmanenter Risiken durch die Kickback-Rechtsprechung	190
	(b) Überblick über die Rechtslage in den USA	192

(aa) Aufklärungspflichten über Interessenkonflikte 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 Vermögensschaden	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 Vermögensvorteile eines beratungsrichtigen Verhaltens als kausaler Vermögensschaden	222
(4) Immaterieller Schaden	223

c) 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. Beratungssorgfaltspflicht	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. Insolvenzzrechtliche 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

a)	Grundlagen der Beweissicherungszwecken dienenden Dokumentationspflicht	276
b)	Rechtfertigung einer Beweiswecken dienenden Dokumentationspflicht des Ratgebers	278
c)	Herstellung einer Privaturkunde oder Vereinbarungen beweisrechtlichen Inhalts zu Lasten des Ratnehmers?	279
d)	Voraussetzungen, Erwirkung und Folgen der beweiserleichternden Vermutung	282
e)	Weitergehende Beweisvereitelung durch Manipulation der Beratungsdokumentation	283
c)	Beweisführungs erleichterungen 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 Beweisanforderungen 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 Beratungs- situationen	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. 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 Karenzzeitfordernis	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

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aE.	am Ende
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union
aF	alte Fassung
AG	Amtsgericht oder Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AHB	Allgemeine Haftpflichtversicherungsbedingungen
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVB-RSW	Allgemeine Bedingungen der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckRS	Beck'sche Rechtsprechungssammlung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-InfoV	Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte