

Inhalt

Einleitung	25
I. Thema und Problemstellung	25
II. Gang der Untersuchung	30

Erster Teil

Grundlagen zu Regulierungsrahmen und Phänomen

Kapitel 1: Der Finanzanlagenvermittler, ehemals Finanzmakler, und der vertraglich gebundene Vermittler – ein historischer Rückblick	33
I. Der Finanzmakler – ein Gewerbetreibender nach der Gewerbeordnung	33
II. Einführung einer Erlaubnispflicht für Finanzmakler durch das Maklergesetz vom 16.08.1972	34
III. Die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie vom 10.05.1993 – Harmonisierung der Finanzdienstleistungen im europäischen Finanzbinnenmarkt	37
IV. Sechste KWG-Novelle vom 22.10.1997 – Die Befreiung des Finanzmaklers von der Erlaubnispflicht des KWG sowie die Einführung des vertraglich gebundenen Vermittlers	41
1. Die Befreiung des Finanzmaklers von der Erlaubnispflicht des KWG	41
2. Der vertraglich gebundene Vermittler	44
V. Gesetzentwurf zur Ausübung der Tätigkeit als Finanzdienstleistungsvermittler und als Versicherungsvermittler vom 19.12.1997 – Der Versuch einer stärkeren Regulierung des Finanzmaklers	46
1. Zielrichtung des Gesetzentwurfes	46
2. Gegenstand des Gesetzentwurfes	47
3. Ablehnung des Gesetzentwurfes durch den Bundestag	48
4. Stärkere Regulierung des „Grauen Kapitalmarktes“	49

VI. Viertes Finanzmarktförderungsgesetz vom 21.06.2002 – Einführung einer Versicherungspflicht für den vertraglich gebundenen Vermittler	50
VII. Die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (Finanzmarktrichtlinie – MiFID) vom 21.04.2004 – Auf dem Weg zu einer weiteren Harmonisierung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen	51
1. Unterstellung der Finanzdienstleistung der Anlageberatung unter die Bankenaufsicht	51
2. Änderungen im Hinblick auf den Finanzmakler	52
3. Änderungen im Hinblick auf den vertraglich gebundenen Vermittler	53
VIII. Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz (FRUG) vom 16.07.2007 – Die Umsetzung der MiFID in das nationale Recht	54
1. Änderungen im Hinblick auf den Finanzmakler	54
2. Änderungen im Hinblick auf den vertraglich gebundenen Vermittler	56
IX. Omnibus-Richtlinie vom 24. 11.2010 – Einrichtung eines europäischen Verweises auf die Vermittlerregister in den Mitgliedstaaten	59
X. Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts vom 06. 12. 2011 – Eine stärkere Regulierung des Finanzmaklers, jetzt als Finanzanlagenvermittler bezeichnet	60
1. Zielsetzung des Gesetzes	60
2. Verschärfte aufsichtsrechtliche Anforderungen an den Finanzmakler, jetzt in Finanzanlagenvermittler umbenannt.	61
XI. Kapitalanlagegesetzbuch vom 04.07.2013 – Neuaufteilung der Produktkategorien des § 34 f GewO	64

XII. Gesetz zur Förderung und Regulierung einer Honorarberatung über Finanzinstrumente (Honoraranlageberatungsgesetz) vom 15.07.2013 – Die Schaffung eines neuen Gewerbetreibenden, des Honorar-Finanzanlagenberaters	65
1. Zielsetzung des Gesetzes	65
2. Der Honorar-Finanzanlagenberater nach § 34 h GewO	66
3. Die Honoraranlageberatung durch den vertraglich gebundenen Vermittler	68
4. Bewertung	69
XIII. MiFID II vom 15.05.2014 – Erstmalige Aufstellung von Mindestanforderungen an die Zulassung und an die Tätigkeitsausübung des Finanzanlagenvermittlers auf europäischer Ebene	71
1. Zielsetzung der Richtlinie	71
2. Einheitliche aufsichtsrechtliche Vorgaben für den Finanzanlagenvermittler	72
3. Keine Auswirkungen der MiFID II auf die Tätigkeit des vertraglich gebundenen Vermittlers	74
4. Bewertung	75
XIV. Gesetz zur Anpassung von Gesetzen auf dem Gebiet des Finanzmarktes vom 15.07.2014 – Verbot der Erbringung der Finanzdienstleistung der Abschlussvermittlung durch den Finanzanlagenvermittler und den vertraglich gebundenen Vermittler	76
XV. Kleinanlegerschutzgesetz vom 03.07.2015 – Schärfere Regulierung des Grauen Marktes, insbesondere Unterwerfung der Crowdfundingplattformen unter die Bestimmung des § 34 f GewO	78
1. Ziel des Gesetzes	78
2. Inhalt des Gesetzes	79
XVI. Zusammenfassung	81

Kapitel 2: Der Finanzanlagenvermittler und der vertraglich gebundene Vermittler – eine Tätigkeitsbeschreibung	87
I. Der Finanzanlagenvermittler (FAV)	87
1. Begriff und Tätigkeitsbereich	87
2. Die Zulassungsvoraussetzungen und die aufsichtsrechtlichen Vorgaben für die Ausübung seiner Tätigkeit	88
3. Die vermittelten Finanzanlagen	91
4. Die Kooperationspartner	94
a) Inländische Institute	95
b) Verwaltungsgesellschaften	96
c) Emittent oder Anbieter von Vermögensanlagen	97
5. Grundmodelle der Kooperation zwischen dem FAV und seinen Partnern	98
a) Kooperation mit einem Kreditinstitut	98
b) Kooperation mit einer OGAW- und AIF-Verwaltungsgesellschaft für offene Investmentvermögen	101
c) Kooperation mit einer AIF-Verwaltungsgesellschaft für geschlossene Investmentvermögen	104
d) Kooperation mit einem Emittenten oder Anbieter von Vermögensanlagen	105
II. Der vertraglich gebundene Vermittler und sein haftendes Institut (Haftungsdach)	107
1. Begriff und Tätigkeitsbereich	107
2. Die Zulassungsvoraussetzungen und die aufsichtsrechtlichen Vorgaben für die Ausübung seiner Tätigkeit	108
3. Die vermittelten Finanzinstrumente	111
4. Die Kooperationspartner	112
a) CRR-Kreditinstitute	112
b) Wertpapierhandelsunternehmen	113
5. Grundmodelle der Kooperation zwischen dem vgV und seinem haftenden Institut	113
a) Erstes Modell: Kooperation zwischen vgV und CRR-Kreditinstitut (Zwei-Partner-Modell)	114

b) Zweites Modell: Kooperation zwischen vgV und Wertpapierhandelsunternehmen unter gleichzeitiger Kooperation des Wertpapierhandelsunternehmens mit einem weiteren Partner (Drei-Partner-Modell)	114
III. Zusammenfassung	115
Kapitel 3: Der Vertrieb in der Praxis	119
I. Die handelnden Unternehmen beim Vertrieb von Finanzinstrumenten	119
1. Produktgeber	119
2. Banken	120
a) Direktbanken	120
b) Fondsplattformen bzw. Fondsbanken	122
3. Vermittlerorganisationen	125
a) Maklerpools	127
b) Struktur- bzw. Finanzvertriebe	129
c) Haftende Institute (Haftungsdächer)	132
4. Vermittler	134
5. Anbieter von eingeschränkt vertretbaren Finanzinstrumenten	134
II. Die Vertriebswege	135
III. Zusammenfassung	138

Zweiter Teil

Die rechtliche Qualifizierung der Kooperationsvereinbarung

I. Aufsichtsrechtlich zulässige Vertriebsvertragstypen	143
1. Vertragshändlervertrag	144
2. Franchisevertrag	145
3. Kommissions- und Kommissionsagenturvertrag	146
4. Handelsmaklervertrag	147
a) Gewerbsmäßige Tätigkeit	147
b) Vermittlung für andere Personen	147
c) Vermittlung von Gegenständen des Handelsverkehrs	147
d) Vermittlung von Verträgen	150

e) Keine ständige Betrauung	152
f) Zwischenergebnis	154
5. Handelsvertretervertrag	154
a) Selbständiger Gewerbetreibender	154
b) Tätigkeit für einen Unternehmer	154
c) Vermittlung von Geschäften	155
d) Tätigkeiten des Handelsvertreters	155
aa) Vermittlung	155
(1) Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte	156
(2) Rechtsprechung des BGH	157
(3) Auslegung der BaFin	157
(4) Erste Literaturansicht	157
(5) Zweite Literaturansicht	158
(6) Stellungnahme	159
(7) Ergebnis	161
bb) Abschlussvertretung	162
e) Ständige Betrauung	162
f) Zwischenergebnis	163
6. Zivilmaklervertrag	163
a) Vertragsparteien	163
b) Tätigkeiten des Zivilmaklers	164
aa) Nachweistätigkeit	164
bb) Vermittlungstätigkeit	166
c) Keine Pflicht zum Tätigwerden	166
d) Zwischenergebnis	167
7. Ergebnis	167
II. Umsetzung der aufsichtsrechtlich zulässigen Vertragstypen auf die Kooperationsmodelle	168
1. Zwei-Partner-Modell	168
a) Ausgestaltung der Vertriebsvereinbarung als Handelsvertretervertrag	168
b) Ausgestaltung der Vertriebsvereinbarung als Handels- oder als Zivilmaklervertrag	168
2. Drei-Partner-Modell	170
a) Ständige Betrauung der Vermittlerorganisation durch das Kreditinstitut	171
aa) Ständige Betrauung des Vermittlers durch die Vermittlerorganisation	171

bb) Keine ständige Betrauung des Vermittlers durch die Vermittlerorganisation	172
(1) Zulässigkeit für die Vermittlerorganisation und ihre Vermittler (FAV und vgV)	172
(2) Rechtliche Einordnung der Vertragsbeziehung zwischen dem Vermittler und seiner Vermittlerorganisation	174
b) Keine ständige Betrauung der Vermittlerorganisation durch das Kreditinstitut	174
aa) Ständige Betrauung des Vermittlers durch die Vermittlerorganisation	174
(1) Ansicht von Melcher	175
(2) Rechtsprechung des BGH	175
(3) Eigene Stellungnahme	176
bb) Keine ständige Betrauung des Vermittlers durch die Vermittlerorganisation	178
(1) Zulässigkeit für die Vermittler (FAV und vgV)	178
(2) Rechtliche Einordnung der Vertragsbeziehung zwischen dem Vermittler und seiner Vermittlerorganisation	179
 III. Auswirkung der Erbringung von Auskunfts- bzw. Beratungsleistungen auf die rechtliche Qualifizierung der aufsichtsrechtlich zulässigen Vertragstypen	 181
1. Auswirkungen auf einen Handelsvertreter- bzw. Maklervertrag	181
2. Rechtliche Einordnung der Kooperationsvereinbarung bei ausschließlicher Erbringung von Auskunfts- bzw. Beratungsleistungen im fremden bzw. im eigenen Namen	182
 IV. Zusammenfassung	 184

Dritter Teil
Beziehungen der Kooperationspartner zum Kunden

Kapitel 4: Vertragliche Beziehungen zum Kunden	189
I. Vertragsbeziehungen zum Kunden	189
1. Erste Stufe: Auskunft und Beratung	190
a) Auskunfts- und Beratungsvertrag	190
aa) Zustandekommen des Vertrages	190
bb) Vertragspartner des Kunden	194
cc) Abschluss des Auskunfts- bzw. Beratungsvertrags durch den Vermittler im eigenen Namen bei Anbindung an einen Kooperationspartner als Makler (Handels-/Zivilmakler) oder Handelsvertreter	196
(1) Anbindung als Handels- bzw. Zivilmakler	196
(2) Anbindung als Handelsvertreter	198
dd) Aufsichtsrechtliche Zulässigkeit des Abschlusses des Auskunfts- bzw. Beratungsvertrags im eigenen Namen durch den FAV und den vgV	199
(1) FAV	199
(2) vgV	200
b) Maklervertrag	202
aa) Vermittlungsmaklervertrag im Sinne des § 93 HGB bzw. § 652 BGB	203
bb) Nachweismaklervertrag im Sinne des § 652 BGB	203
(1) Nachweisleistung im „Vertrieb durch persönlichen Kontakt“	203
(2) Nachweisleistung im „Vertrieb mittels Technik“	205
cc) Vertragspartner des Kunden	206
2. Zweite Stufe: Entgegennahme und Weiterleitung der Order an den Kooperationspartner	207
3. Dritte Stufe: Ausführung und Verbuchung der Kundenaufträge	207
II. Vertragsbeziehungen in den verschiedenen Kooperationsmodellen	209
1. Zwei-Partner-Modell	209
a) Vermittler als Handelsvertreter seines Kooperationspartners	209

b) Vermittler als Handels- oder als Zivilmakler seines Kooperationspartners	210
2. Drei-Partner-Modell	210
a) Vermittlerorganisation (Maklerpool/Wertpapierhandelsunternehmen) als Handelsvertreterin des Kreditinstituts	211
aa) Bindung des Vermittlers (FAV und vgV) als Handelsvertreter an die Vermittlerorganisation	211
bb) Bindung des Vermittlers (FAV und vgV) als Handels- bzw. Zivilmakler an die Vermittlerorganisation	212
b) Vermittlerorganisation als Handels- bzw. Zivilmaklerin des Kreditinstituts	213
aa) Bindung des Vermittlers (FAV und vgV) als Handelsvertreter an die Vermittlerorganisation	213
bb) Bindung des Vermittlers (FAV und vgV) als Handels- bzw. Zivilmakler an die Vermittlerorganisation	214
3. Ergebnis	214
 III. Zusammenfassung	 214
 Kapitel 5: Haftung gegenüber dem Kunden	 217
I. Haftung des FAV und seines Kooperationspartners	217
1. Erste Stufe: Aufklärung und Beratung	217
a) Haftung des FAV	217
aa) Vertragliche Haftung aus einem Auskunfts- bzw. Beratungsvertrag gemäß §§ 675, 611, 280 Abs. 1 BGB	217
(1) Erkundigungs- und Aufklärungspflichten	218
(2) Prospektprüfungspflichten (Prospekthaftung im weiteren Sinne)	219
(3) Plausibilitätsprüfung oder Prüfung mit „banküblichem kritischen Sachverstand“	220
(4) Pflicht zur Offenlegung von Innenprovisionen	222
(5) Keine Aufklärung über Rückvergütungen	223
(6) Rechtsfolgen bei Verletzung dieser Pflichten	229
bb) Haftung des FAV als Vertreter gemäß §§ 311 Abs. 2, 3, 280 Abs. 1 BGB	230

cc) Deliktische Haftung des FAV	231
(1) Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 11 ff. FinVermV	232
(2) Haftung aus § 826 BGB wegen vorsätzlicher oder grob fahrlässiger anleger- und/oder objektwidriger Empfehlung	236
(3) Haftung aus § 826 BGB wegen Churning	237
(4) Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB	238
(5) Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB	239
(6) Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 32 KWG	239
(7) Rechtsfolgen bei Verletzung dieser Pflichten . . .	241
b) Haftung des Kooperationspartners für das Verhalten des FAV bei der Beratung oder der Auskunftserteilung im Zwei-Partner-Modell	242
aa) Vertragliche Haftung des Kooperationspartners aus Auskunfts- bzw. Beratungsvertrag	242
(1) Zurechnung des Verhaltens des FAV über § 278 BGB	242
(2) Zurechnung des Verhaltens des FAV über § 31 BGB	245
bb) Deliktische Haftung des Kooperationspartners . . .	247
(1) Zurechnung des Verhaltens des FAV über § 31 BGB	247
(2) Haftung für mangelnde oder fehlerhafte Auswahl und Überwachung des FAV gemäß § 831 BGB	247
(3) Haftung für eine Beteiligung am deliktischen Verhalten des FAV gemäß § 830 BGB i. V. m. §§ 31, 831 BGB	250
(a) Beteiligung an einer fehlenden Offenlegung von Zuwendungen § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 17 Abs. 1 FinVermV, § 830 BGB i. V. m. §§ 31, 831 BGB	252
(b) Beteiligung am Churning gemäß §§ 826, 830 BGB i. V. m. §§ 31, 831 BGB	253
(c) Beteiligung an einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Falschberatung gemäß §§ 826, 830 BGB i. V. m. §§ 31, 831 BGB	254

(d) Beteiligung an einem Betrug gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB, § 830 BGB i. V. m. §§ 31, 831 BGB	255
(e) Beteiligung an einer Veruntreuung von Kundengeldern gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB, § 830 BGB i. V. m. §§ 31, 831 BGB	255
(f) Beteiligung an der Erbringung von Finanzdienstleistungen ohne Erlaubnis gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 32 KWG, § 830 BGB i. V. m. §§ 31, 831 BGB .	256
(g) Zurechnung des Verhaltens der für das Kreditinstitut tätigen Person gemäß §§ 831, 31 BGB	257
c) Haftung der Kooperationspartner für das Verhalten des FAV bei der Beratung oder der Auskunftserteilung im Drei-Partner-Modell	257
aa) Vertragliche Haftung	258
bb) Deliktische Haftung	259
(1) Zurechnung des Verhaltens des FAV über § 31 BGB	259
(2) Haftung für mangelnde oder fehlerhafte Auswahl und Überwachung des FAV gemäß § 831 BGB	259
(3) Haftung für eine Beteiligung am deliktischen Verhalten des FAV gemäß § 830 BGB i. V. m. §§ 31, 831 BGB	260
(a) Beteiligung an einer fehlenden Offenlegung von Zuwendungen gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 17 Abs. 1 FinVermV, § 830 BGB i. V. m. §§ 31, 831 BGB	260
(b) Beteiligung am Churning gemäß §§ 826, 830 BGB i. V. m. §§ 31, 831 BGB	261
(c) Beteiligung an einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Falschberatung gemäß §§ 826, 830 BGB i. V. m. §§ 31, 831 BGB	263
(d) Beteiligung an einem Betrug gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB, § 830 BGB i. V. m. §§ 31, 831 BGB	263

(e) Beteiligung an einer Veruntreuung von Kundengeldern gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB, § 830 BGB i. V. m. §§ 31, 831 BGB	264
(f) Beteiligung an der Erbringung von Finanzdienstleistungen ohne Erlaubnis gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 32 KWG, § 830 BGB i. V. m. §§ 31, 831 BGB	264
2. Zweite Stufe: Entgegennahme und Weiterleitung der Order an den Kooperationspartner	265
a) Haftung des FAV	266
b) Haftung des Kooperationspartners	267
3. Dritte Stufe: Ausführung und Verbuchung der Kundenaufträge	268
a) Warn- und Hinweispflichten bei einer offensichtlichen Schädigung des Kunden	269
b) Schutzpflichten	270
II. Haftung des vgV und seines haftenden Instituts	272
1. Erste Stufe: Aufklärung und Beratung	272
a) Vertragliche und deliktische Haftung des vgV	272
b) Vertragliche Haftung des haftenden Instituts für das Verhalten des vgV bei der Beratung oder der Auskunftserteilung	273
aa) Haftungsrahmen	273
bb) Haftungsübernahme durch das haftende Institut	274
(1) Auskunfts- bzw. Beratungsvertrag zwischen dem haftenden Institut und dem Kunden	275
(2) Haftungsübernahme durch Schuldübernahme	276
(3) Haftungsübernahme durch Vertragsübernahme	281
(4) Haftungsübernahme durch Bürgschaft	282
(5) Haftungsübernahme durch Schuldbeitritt	285
(6) Haftungsübernahme durch Vertragsbeitritt	289
(7) Haftungsübernahme durch Garantievertrag	290
(8) Haftungsübernahme durch einen Vertrag zugunsten Dritter	293
(9) Ergebnis	296
cc) Schutzpflichten	296
c) Deliktische Haftung des haftenden Instituts	296

2. Zweite Stufe: Entgegennahme und Weiterleitung der Order an den Kooperationspartner	297
a) Haftung des vgV	297
b) Haftung des haftenden Instituts	297
3. Dritte Stufe: Ausführung und Verbuchung der Kundenaufträge	298
4. Rechtsscheinhaftung des haftenden Instituts für einen Schein-vgV	298
5. Fehlende zivilrechtliche Haftungsübernahme	303
III. Zusammenfassung	304

Vierter Teil

Beziehungen der Kooperationspartner untereinander

Kapitel 6: Kontrolle des Vermittlers durch den Kooperationspartner	315
I. Kontrolle des FAV	315
1. Kontrolle zur Eingrenzung der zivilrechtlichen Haftungsrisiken	315
a) Pflicht zur sorgfältigen Auswahl des FAV	316
b) Kontrolle während der Kooperationsbeziehung	317
aa) Kontrolle im Zwei-Partner-Modell	317
bb) Kontrolle im Drei-Partner-Modell	321
2. Kontrolle zur Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Pflichten durch den FAV	322
a) Auslagerung der Anlageberatung und der Anlagevermittlung gemäß § 25b KWG	322
b) Auslagerung der Legitimationsprüfung gemäß § 25b KWG	328
c) Auslagerung der Identifizierung des Kunden gemäß § 7 Abs. 2 GwG	332
d) Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen bei einer Auslagerung nach § 25b KWG bzw. § 7 Abs. 2 GwG	337
e) Wahrung des Bankgeheimnisses bei einer Auslagerung gemäß § 25b KWG bzw. gemäß § 7 Abs. 2 GwG	346

II. Kontrolle des vgV	348
1. Kontrolle zur Eingrenzung der zivilrechtlichen Haftungsrisiken	348
2. Kontrolle zur Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Pflichten durch den vgV	349
a) Auslagerung der Anlageberatung und der Anlagevermittlung gemäß § 25b KWG	349
b) Auslagerung sonstiger aufsichtsrechtlicher Pflichten . . .	350
III. Zusammenfassung	350
 Kapitel 7: Haftung im Innenverhältnis	 353
I. Haftung im Innenverhältnis zwischen dem FAV und seinem Kooperationspartner	353
1. Haftungsverteilung im Zwei-Partner-Modell	353
a) Regressansprüche bei vertraglichem Fehlverhalten . . .	353
b) Regressansprüche bei deliktischem Fehlverhalten	354
2. Haftungsverteilung im Drei-Partner-Modell	355
a) Regressansprüche wegen vertraglichen Fehlverhaltens .	355
b) Regressansprüche wegen deliktischen Fehlverhaltens des FAV	356
3. Regressansprüche des FAV gegenüber dem Maklerpool bzw. dem Kreditinstitut	357
II. Haftungsverteilung im Innenverhältnis zwischen dem vgV und seinem haftenden Institut	357
1. Vertragliche Regressansprüche des haftenden Instituts gegenüber dem vgV	357
2. Regressansprüche des haftenden Instituts wegen deliktischen Fehlverhaltens des vgV	359
3. Haftungsverteilung zwischen dem haftenden Institut und dem Schein-vgV	359
4. Haftungsverteilung zwischen dem haftenden Institut und dem vgV bei fehlender zivilrechtlicher Haftungsübernahme durch das haftende Institut	360
III. Zusammenfassung	361

Ausblick	363
Literaturverzeichnis	367
Anhang	391
Stichwortverzeichnis	403