

ALEXANDER HELLGARDT

Regulierung und Privatrecht

Jus Privatum

207

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 207



Alexander Hellgardt

Regulierung und Privatrecht

Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht
und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft,
Gesetzgebung und Rechtsanwendung

Mohr Siebeck

Alexander Hellgardt, geboren 1978; Studium der Rechtswissenschaft und Philosophie (B.A.) in Tübingen; wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg; 2008 Promotion; 2008 Zweites Staatsexamen in Hamburg; Master-Studium an der Harvard Law School; seit 2009 wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen in München; 2015 Habilitation; Lehrstuhlvertretungen an der Ludwig-Maximilians-Universität München und an der Universität Regensburg.

Gedruckt mit Unterstützung des Max-Planck-Instituts für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen.

e-ISBN PDF 978-3-16-154368-5
ISBN 978-3-16-154339-5
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.

© 2016 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 Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Meiner lieben Frau

Vorwort

Das Thema meiner Habilitationsschrift geht zurück auf meine Beschäftigung mit der indirekten Regulierung von Hedgefonds. Im Laufe der Zeit wechselte mein Fokus von der indirekten auf die direkte Regulierung und damit zu der Frage, warum das Privatrecht im deutschen Diskurs kaum als Regulierungsinstrument des Staates wahrgenommen wird. Ich kam zu der Überzeugung, dass dieses Thema nicht anhand des Wirtschafts- oder Sonderprivatrechts behandelt werden kann, sondern dass es sich vielmehr um eine Kernfrage allen Privatrechts und nicht zuletzt des Bürgerlichen Rechts handelt. Bei der Bearbeitung wurde deutlich, dass auch das regulatorische Privatrecht nur eine Facette eines umfassenderen Phänomens darstellt.

Die vorliegende Studie enthält die Ergebnisse meiner Recherchen und meines bisherigen Nachdenkens über den Einsatz des Privatrechts zur staatlichen Verhaltenssteuerung im öffentlichen Interesse. Sie wurde im Sommersemester 2015 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift angenommen. Für die Veröffentlichung habe ich sie auf den Stand vom 30. September 2015 gebracht.

Die Studie ist während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen in München entstanden, wo ich nach meinem Wechsel aus Hamburg eine zweite wissenschaftliche Heimat gefunden habe. Mein allerherzlichster Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön, dem Direktor der Abteilung Unternehmens- und Steuerrecht. Er hat mich seit unserer ersten Begegnung in jeder Hinsicht gefördert und unterstützt. Auch am Entstehen dieser Arbeit hat er einen ganz besonderen Anteil.

Dankbar für die vielfältige Unterstützung bin ich auch den weiteren Mitgliedern des Fachmentorats, Herrn Prof. Dr. Horst Eidenmüller, LL.M. und insbesondere Herrn Prof. Dr. Thomas Ackermann, LL.M., der innerhalb kürzester Zeit das Zweitgutachten erstellt hat. Das Erscheinen der Arbeit wurde durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss des Max-Planck-Instituts für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen gefördert, für den ich mich herzlich bedanke.

Meine Arbeit hat sehr von Diskussionen mit vielen Freunden und Kollegen profitiert. Dies gilt insbesondere für Christine Osterloh-Konrad und Birke Häcker sowie für Jens-Uwe Franck, Erik Röder, Rupprecht Podszun, Florian Möslin, Christoph Weber und Sebastian Unger. Zusätzlich habe ich im Rahmen eines Habilitandenkreises sowohl zur Grundkonzeption als auch zu vielen Detailfragen der Arbeit sehr hilfreiche Rückmeldungen von Daniel Damler, Andreas M.

Fleckner, Jan Henrik Klement und Thilo Kuntz erhalten. Beim Korrekturlesen haben mir meine studentischen Hilfskräfte an der LMU, Kathrin Tremml und Elias Zimmermann, geholfen. Ihnen allen danke ich herzlich! Mein Arbeiten wurde von der nicht nur kollegialen, sondern freundschaftlichen Atmosphäre am MPI befördert, für die als guter Geist Frau Auer sorgt. Sehr gefreut hat mich, dass ich als externer Habilitand an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München besonders freundlich aufgenommen wurde.

In die vergangenen zwei Jahre fielen zwei überaus schöne Ereignisse: unsere Töchter Johanna und Rebecca wurden geboren. Seitdem ist mein Leben geprägt durch ein buntes Nebeneinander von Kinderspiel und wissenschaftlicher Arbeit. Dafür, dass sie dies, wie alles andere, mit mir teilt, danke ich meiner Frau Patricia von Herzen – ihr ist diese Arbeit gewidmet.

München, im Frühling 2016

Alexander Hellgardt

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
§ 1 Regulierungsperspektive auf das Privatrecht	3
<i>1. Teil: Privatrecht als Regulierungsrecht</i>	13
§ 2 Regulierung als Schlüsselbegriff	15
§ 3 Regulierungsfunktion des Bürgerlichen Rechts	98
§ 4 Weitere regulatorische Elemente im deutschen Privatrecht	155
<i>2. Teil: Unions- und verfassungsrechtlicher Rahmen</i>	173
§ 5 Unionsrechtliche Voraussetzungen der Regulierung mittels Privatrecht	175
§ 6 Staatsrechtliche Zulässigkeit der Regulierung mittels Privatrecht	222
§ 7 Grundrechtliche Anforderungen an Regulierung mittels Privatrecht	265
<i>3. Teil: Konsequenzen für die Rechtswissenschaft</i>	323
§ 8 (Privat-)Rechtswissenschaft als Regulierungswissenschaft	325
§ 9 Elemente einer rechtswissenschaftlichen Regulierungstheorie	438
§ 10 Privatrecht in der Gesamtrechtsordnung	522
<i>4. Teil: Konsequenzen für Gesetzgebung und Rechtspraxis</i>	563
§ 11 Privatrecht als Regulierungsinstrument des Gesetzgebers	564
§ 12 Regulatorisches Privatrecht in der Rechtsanwendung	646
Schluss	725
§ 13 Brauchen wir ein übergreifendes Regulierungsrecht?	726
§ 14 Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse	729

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einleitung	1
§ 1 Regulierungsperspektive auf das Privatrecht	3
I. Zeit für einen Perspektivwechsel!	5
II. Elemente des Perspektivwechsels: Aufbau der Untersuchung	9

1. Teil

Privatrecht als Regulierungsrecht

§ 2 Regulierung als Schlüsselbegriff	15
I. Herkunft und Entstehung des Regulierungsbegriffs	15
1. Sozialwissenschaftliche Regulierungsbegriffe	16
a. Politikwissenschaftliche Ansätze	17
aa. Instrumentenanalyse	18
bb. Governance-Forschung	21
b. Soziologische Ansätze	23
aa. Effektivität des Rechts	24
bb. Systemtheorie	28
c. Wirtschaftswissenschaftliche Ansätze	32
aa. Public Interest-Theorie der Regulierung	34
bb. Public Choice-Theorie und Economic Theory der Regulierung	36
2. „Regulation“ im angloamerikanischen Rechtskreis	38
3. Regulierungsbegriff im deutschen Öffentlichen Recht	41
a. Deregulierung: Der Zusammenhang von Privatisierung und Regulierung	41
b. Regulierung im Kontext der „Neuen Verwaltungsrechts- wissenschaft“	45

II. Regulierung als Funktion des Rechts	47
1. Funktionen des Rechts	48
2. Definition der Regulierungsfunktion	50
a. Einsatz von Recht	50
b. Begrenzung auf staatlich gesetztes Recht	51
c. Verhaltenssteuernder Zweck	52
d. Verfolgung von Allgemeinwohlzielen	53
3. Regulierung in Abgrenzung zu anderen Funktionen des Rechts	55
a. Infrastrukturfunktion versus Regulierungsfunktion	56
b. Interessenausgleichsfunktion versus Regulierungsfunktion	59
c. Weitere Funktionen und Funktionsüberschneidungen	62
III. Regulierung im Privatrecht	64
1. Privatautonomie und Regulierung	65
a. Privatautonomie als Freiheitsgrundrecht	66
b. Privatautonomie als Selbstbestimmung	68
c. Privatautonomie als Regulierung?	71
2. Zwingendes Privatrecht und Regulierung	73
a. Rechtlich zwingendes und faktisch zwingendes Privatrecht	73
b. Regulierung und die Normarten des zwingenden Privatrechts	75
c. Zwingendes Vertragsrecht	78
aa. Zwingendes Vertragsrecht – ein Sonderfall?	78
bb. Regulierungsfunktion zwingenden Vertragsrechts	81
cc. Zwingendes Vertragsrecht, halbzwingendes Vertragsrecht und AGB-Kontrolle	83
3. Dispositives Privatrecht und Regulierung	84
a. Rechtsnatur und Erscheinungsformen dispositiven Privatrechts	85
b. Dispositives Privatrecht als Regulierungsinstrument	87
c. AGB-Kontrolle anhand dispositiven Privatrechts	92
IV. Zwischenfazit und weiteres Vorgehen	97
§ 3 Regulierungsfunktion des Bürgerlichen Rechts	98
I. Kaufrecht	99
1. Regulierung im Gewährleistungsrecht	100
a. Vorrang der Nacherfüllung	100
b. Prävention arglistigen Verhaltens des Verkäufers	104
c. Nutzungsentschädigung bei Ersatzlieferung	108
d. Ausbau- und Einbaukosten bei Nachlieferung	111
2. Regulierung von Teilmärkten mittels Kaufrecht	114
a. Internetauktionen	114
b. Kraftfahrzeughandel	116
aa. Bildung von Marktsegmenten	116
bb. Beeinflussung der Marktstruktur	117

II. Sachenrecht	120
1. Die Regulierungsfunktion des ungeteilten Eigentums gemäß § 903 S. 1 BGB	121
a. Historischer Hintergrund des Eigentumskonzepts des BGB-Gesetzgebers	122
b. Numerus clausus der dinglichen Rechte	127
c. Durchbrechung durch Zulassung des Anwartschaftsrechts?	132
2. Regulierung zur Gewährleistung der Umlauffähigkeit von Wirtschaftsgütern	136
a. Güterzuordnung und Verfügungsfreiheit	136
b. Fortbestand des Lehensrechts und der Familienfideikommisse	141
c. Gutgläubiger Erwerb beweglicher Sachen	149
§ 4 Weitere regulatorische Elemente im deutschen Privatrecht	155
I. Regulatorische Elemente im BGB	155
1. Allgemeiner Teil	155
2. Schuldrecht	157
a. Allgemeines Schuldrecht	157
b. Recht der einzelnen vertraglichen Schuldverhältnisse	158
c. Außervertragliches Schuldrecht	159
3. Sachenrecht	161
4. Familienrecht	161
5. Erbrecht	164
II. Regulatorische Elemente im Sonderprivatrecht	165
1. Handelsrecht	165
2. Arbeitsrecht	165
3. Gesellschaftsrecht	166
4. Wettbewerbsrecht	168
a. Kartellrecht	168
b. Recht des unlauteren Wettbewerbs	169
5. Versicherungsrecht	169
6. Kapitalmarktrecht	170
7. Recht des geistigen Eigentums	171

2. Teil

Unions- und verfassungsrechtlicher Rahmen

§ 5 Unionsrechtliche Voraussetzungen der Regulierung mittels Privatrecht	175
I. Rechtsdurchsetzung als unionsrechtlicher Eigenwert aufgrund des Integrationsziels	176

1. Einheitlicher Binnenmarkt und Rechtsdurchsetzungs- autonomie der Mitgliedstaaten	178
2. Rechtsdurchsetzung als unionsrechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten	180
3. Ermächtigung des Einzelnen zur Durchsetzung des Unionsrechts	184
4. Privatrecht als Mittel der Durchsetzung von Unionsrecht	187
II. Unionsrechtliche Vorgaben zum regulatorischen Einsatz des Privatrechts	189
1. Unmittelbar anwendbares regulatorisches Unionsprivatrecht	190
2. Ausdrückliche Richtlinienvorgaben zum regulatorischen Einsatz des Privatrechts	190
3. Pflicht zur privatrechtlichen Durchsetzung individueller Rechte	193
a. Tatbestand des individuellen Rechts	193
b. Öffentliche versus private Durchsetzung individueller Rechte	196
4. Regulatorisches Privatrecht als Ausfluss des Äquivalenz- und Effektivitätsgebots	198
III. Unionsrechtliche Vorgaben zur Ausgestaltung regulatorischen Privatrechts am Beispiel von Schadensersatzansprüchen	200
1. Objektiver Tatbestand	200
2. Anspruchsberechtigung	202
3. Verschulden	204
4. Kausalität	205
5. Schadensberechnung	206
IV. Grundfreiheiten und Regulierung mittels Privatrecht	207
1. Grundfreiheiten als Maßstab für regulatorisches Privatrecht ..	208
2. Grundfreiheitliche Diskriminierungsverbote als Grenzen regulatorischen Privatrechts	212
3. Grundfreiheitliche Beschränkungsverbote als Grenzen regulatorischen Privatrechts	214
a. Regulatorisches Privatrecht als verbotene Marktzugangs- beschränkung	215
b. Pflicht zur Anerkennung ausländischen regulatorischen Privatrechts?	217
4. Drittwirkung: Grundfreiheiten als regulatorisches Privatrecht	219

§ 6 Staatsrechtliche Zulässigkeit der Regulierung mittels Privatrecht	222
I. Privatrechtsbegriff des Grundgesetzes	223
1. Privatrecht im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes	224
2. Privatrecht und die Trennung von Staat und Gesellschaft	228
II. Privatrecht als Mittel zur Erfüllung von Staatsaufgaben	232
1. Von der Staatsaufgabe zur staatlichen Verantwortung	233
2. Verengung der Modi staatlicher Aufgabenwahrnehmung auf das Handeln der Verwaltung	237
Exkurs: Zum Begriff des Gemeinwohls	239
3. Staatliche Gewährleistungsverantwortung und privatrechtliche Aufgabenerfüllung	246
III. Staatsrechtliche Grenzen der Regulierung mittels Privatrecht	249
1. Grenzen aufgrund der Kompetenzordnung	250
2. Grenzen der Indienstnahme Privater	252
3. Gesetzgeberische Konsistenzpflichten als Regulierungs- grenzen	256
a. Folgerichtigkeitsgrundsatz	257
b. Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	262
§ 7 Grundrechtliche Anforderungen an Regulierung mittels Privatrecht	265
I. Wirkung der Grundrechte im Privatrecht	265
1. Hauptlinien der Diskussion	266
a. Grundrechte als objektive Wertordnung	267
b. Vorrang versus Ausstrahlungswirkung der Grundrechte	269
c. Mittelbare Drittwirkung und grundrechtliche Schutzpflichten	270
d. Begrenzung der Schutzbereiche und Ausgestaltungslehre	274
2. Eigener Ansatz: Abgrenzung nach Rechtsfunktionen	277
a. Zweipolige versus dreipolige Grundrechtsverhältnisse und die unterschiedlichen Funktionen des Privatrechts	278
b. Exkurs: Grundrechtliche Anforderungen an die Interessen- ausgleichsfunktion des Privatrechts	282
c. Regulierung als (rechtsgebietsübergreifendes) zweipoliges Grundrechtsverhältnis	286
II. Grundrechtliche Anforderungen an regulatorische Privatrechtsgesetzgebung	288
1. Einschlägige Grundrechte	289
a. Menschenwürdegarantie	289
b. Privatautonomie	291

c. Sonstige Freiheitsrechte	294
d. Gleichheitsrechte	296
e. Justizgrundrechte	298
2. Regulierung mittels Privatrecht als Problem der Schranken-Schranken	300
a. Formelle Anforderungen an grundrechtsbeschränkende Privatrechtsnormen	300
b. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im regulatorischen Privatrecht	301
aa. Legitimer Regelungszweck	302
bb. Geeignetheit	304
cc. Erforderlichkeit	305
dd. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	309
c. Praktische Konkordanz im regulatorischen Privatrecht? Regulatorisches Vertragsrecht als Sonderfall?	313
3. Grundrechtliche Schutzpflichten und regulatorisches Privatrecht	315
III. Grundrechtliche Anforderungen an regulatorische Privatrechtsanwendung	317
1. Reichweite verfassungsrechtlicher Bindung regulatorischer Privatrechtsanwendung	318
2. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Grenze regulatorischer (Privat-)Rechtsanwendung	319
a. Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe	320
b. Verhältnismäßigkeit der Anwendung konkreter regulatorischer Privatrechtsnormen	320
c. Verhältnismäßigkeit regulatorischer Anwendung von Generalklauseln	321

3. Teil

Konsequenzen für die Rechtswissenschaft

§ 8 (Privat-)Rechtswissenschaft als Regulierungswissenschaft	325
I. Verengter Privatrechtsbegriff als Selbstbegrenzung der Privatrechtswissenschaft	327
1. Ursprünge des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs	329
a. Philosophische Grundlagen	329
b. Bedeutung der romanistischen Rechtsschule des 19. Jahrhunderts ..	331
c. Politikferne des Privatrechts als politische Notwendigkeit im 19. Jahrhundert	335
2. (Un-)gebrochene Strahlkraft einer Privatrechtstheorie des 19. Jahrhunderts	337

a.	Einwände gegen den freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff	338
aa.	Fehlschluss von der Freiheit auf das Recht	339
bb.	<i>Jherings</i> Theorie des „gesellschaftlichen Charakters der Privatrechte“	343
cc.	Freirechtsschule und Rechtsrealismus	348
b.	Integrationskraft des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs	353
aa.	Verdeckung von Wertungswidersprüchen insbesondere durch Kombinationslehren	354
bb.	Interessenjurisprudenz als Folge und Ende <i>Jheringscher</i> Privatrechtstheorie	356
cc.	Von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz	360
3.	Prinzipienbasiertes versus folgenorientiertes Privatrechtsverständnis	365
a.	Freiheitlich-individualistischer Privatrechtsbegriff als prinzipien- basierte Privatrechtstheorie	365
b.	Folgenorientierte Privatrechtstheorie	369
c.	Theoretische Unvereinbarkeit von prinzipienbasierten und folgenorientierten Privatrechtstheorien	372
aa.	Subjektives Recht versus Anreizwirkung	372
bb.	Allgemeine Rechtsgrundsätze versus Wirkungshypothesen	375
cc.	Gerechtigkeit versus Effizienz	376
d.	Zum Erfordernis eines umfassenden Privatrechtsbegriffs	379
aa.	Grenzen einer rein prinzipienbasierten Privatrechtstheorie	379
bb.	Grenzen einer rein folgenorientierten Privatrechtstheorie	381
cc.	Notwendigkeit und Wege zu einer Synthese	383
4.	Regulierung als Teil eines umfassenden Privatrechts- konzepts	385
II.	Regulierung und Rechtsdogmatik	388
1.	Rechtsdogmatik als Verbindung von Wissenschaft und Praxis	390
2.	Methodenfragen als Verfassungsfragen	394
a.	Parallelen zur Diskussion im Öffentlichen Recht	395
b.	Verfassungsrechtliche Vorgaben für die anwendungsbezogene Methodik	397
c.	Verfassungsrecht und regulatorische Rechtsanwendung	398
3.	Regulatorische Rechtsdogmatik	403
a.	Fragestellungen einer regulatorischen Rechtsdogmatik	404
aa.	Fragen der Normanwendung	405
bb.	Fragen der Systembildung	406
cc.	Fragen der Wertung	408
b.	Verhältnis von Regulierung und Auslegung	409
c.	Regulatorische Rechtsdogmatik als praktische Interdisziplinarität	411

aa. Status fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse in der Rechtsdogmatik	411
bb. Bezugnahme auf fremdwissenschaftliche Erkenntnisse zu Tatbestandsfragen	413
cc. Bezugnahme auf fremdwissenschaftliche Erkenntnisse zu Wertungsfragen	416
III. Folgenorientierte Rechtswissenschaft jenseits der Dogmatik	419
1. Unzulässige Gleichsetzung von Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik	420
2. Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts	424
3. Rechtswirkungen als Gegenstand genuin rechtswissen- schaftlicher Analyse	427
4. Fehlen rechtlicher Wertungsmaßstäbe?	429
a. Folgenbezogene Wertungskriterien	431
b. Rechtliche Relevanz folgenbezogener Wertungskriterien	433
c. Normative Grenzen einer zweckbezogenen Rechtsrechtfertigung ..	436
§ 9 Elemente einer rechtswissenschaftlichen Regulierungstheorie	438
I. Regulierungsziele	438
1. Regulierungsanlässe und Regulierungsziele	440
2. Konzept der Zielerreichung	441
3. Theoretische Systematik der Regulierungsziele	442
a. Regulierungsziele und übergreifende Regulierungskonzepte	443
b. Bekämpfung von Marktversagen als Beispiel für ein übergreifendes Regulierungskonzept	444
c. Übergreifende Regulierungskonzepte in anderen Regulierungsbereichen	447
II. Regulierungsinstrumente	449
1. Regulierungswirkung als Kriterium für Regulierungs- instrumente	450
a. Rechtsbefolgung und Regulierungswirkung	451
b. Rechtsdurchsetzung und Regulierungswirkung	454
2. Direkte Regulierungsinstrumente	456
a. Gesetzliche Gebote, Verbote und Unwirksamkeitsgründe	457
aa. Selbstwirksame Vorschriften	457
bb. Vorschriften, die eines Rechtsdurchsetzungsaktes bedürfen	458
b. Gebot, Verbot oder Unwirksamkeit aufgrund einer einzelfall- bezogenen Handlung	459
aa. Verwaltungsakte	459
bb. Richterliche Rechtsfortbildung, Konkretisierung von General- klauseln und Inhaltskontrolle	460
cc. Handlungen Privater, insbesondere Gestaltungsrechte	461

c. Sanktionsnormen	461
aa. Rechtsverlust	462
bb. Schadensersatz	463
cc. Herausgabepflicht	470
dd. Geldbuße und Strafen	471
d. Lenkungssteuern und Subventionen	474
e. Quantitätsregulierungen und Preisregulierungen	477
3. Indirekte Regulierungsinstrumente	478
a. Informations- und Offenlegungspflichten	478
aa. Steuerung des Informationsempfängers	480
bb. Steuerung des Informationsverpflichteten	483
b. Indienstnahme Dritter	485
c. Zurechnungsnormen	487
d. Abdingbare Vorschriften, Soft Law und regulierte Selbstregulierung	489
e. Naming and Shaming	491
III. Zusammenspiel von Regulierungsinstrumenten und Regulierungszielen	492
1. Regulierungsinstrument und Regulierungsziel	493
a. Determinanten der Zielerreichung	493
aa. Rechtlich direkt beeinflussbare Faktoren	494
bb. Sonstige Faktoren	498
b. Gründe für das Fehlschlagen von Regulierung	501
aa. Wahl eines ungeeigneten Regulierungsinstruments	501
bb. Falsche Kalibrierung von Regulierungsinstrumenten und Gesetzesumgehung	502
cc. Unerwünschte Nebenwirkungen	503
c. Vergleich von Regulierungsinstrumenten	504
aa. Vergleichskriterien	505
bb. Beispiel: Umverteilung mittels Privatrecht versus Umverteilung mittels Steuer- und Sozialrecht	511
2. Regulierungsstrategien und übergreifende Regulierungs- konzepte	516
a. Regulierungsstrategien als Zusammenwirken mehrerer Regulierungsinstrumente	517
b. Entwicklung von Regulierungsstrategien anhand übergreifender Regulierungskonzepte	519
§ 10 Privatrecht in der Gesamtrechtsordnung	522
I. Verhältnis von Privatautonomie und Privatrecht	523
1. Diskrepanz zwischen formalem und materiellem Privatrechtsbegriff	524
2. Historische Bedeutung der Privatautonomie	529
3. Heutige Bedeutung der Privatautonomie	539

II. Wettbewerb der Teilrechtsordnungen	545
1. Ablehnung von Gemeinrecht und Mischformen	545
2. Verwaltungsrecht, Strafrecht und Privatrecht als Rechtsdurchsetzungsregime	549
3. Rechtsfunktionen als Grundlage eines Wettbewerbs der Teilrechtsordnungen	553
III. Was bleibt vom Privatrecht?	558

4. Teil

Konsequenzen für Gesetzgebung und Rechtspraxis

§ 11 Privatrecht als Regulierungsinstrument des Gesetzgebers	564
I. Gesetzgeberische Regulierungsentscheidungen	565
1. Wahl des Regulierungsinstruments	565
a. Praktische Systematik der Regulierungsziele	566
b. Regulierung zur Herbeiführung eines Erfolgs	567
aa. Zielgenauigkeit	567
bb. Nebenwirkungen	571
cc. Kosten	575
c. Regulierung zur Verhinderung eines Erfolgs	578
aa. Zielgenauigkeit	578
bb. Nebenwirkungen	581
cc. Kosten	584
d. Regulierung zur Herbeiführung einer Handlung	586
aa. Zielgenauigkeit	587
bb. Nebenwirkungen	589
cc. Kosten	590
e. Regulierung zur Verhinderung einer Handlung	591
aa. Zielgenauigkeit	591
bb. Nebenwirkungen	593
cc. Kosten	595
2. Ein Regulierungsinstrument versus Kombination mehrerer Regulierungsinstrumente	597
a. Kriterien zur Kombination von Regulierungsinstrumenten	599
aa. Folgen für die Regulierungswirkung	599
bb. Folgen für die Kosten	602
cc. Zwischenfazit zur Kombination von Regulierungs- instrumenten	603
b. Gesetzgebung und selbständige Regulierung durch die Gerichte ...	604
II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Wahl von Regulierungsinstrumenten	605
1. Auswahl der zu vergleichenden Regulierungsinstrumente	608
2. Erster Vergleich: Gleichwirksamkeit	611

a. Zwingende Kriterien	612
b. Unzulässige Kriterien	613
c. Optionale Kriterien	614
d. Durchführung des Vergleichs	616
3. Zweiter Vergleich: Bestimmung des milderen Mittels	617
a. Zwingende Kriterien	620
b. Unzulässige Kriterien	624
c. Optionale Kriterien	624
d. Durchführung des Vergleichs	626
III. Regulatorisches Privatrecht im „Baukasten des Gesetzgebers“ ...	629
1. Privatrecht als Alternative zur hoheitlichen Steuerung	630
2. Privatrecht als Ergänzung hoheitlicher Steuerung	636
3. Privatrecht als Ersatz hoheitlicher Steuerung	642
§ 12 Regulatorisches Privatrecht in der Rechtsanwendung	646
I. Anwendung von regulatorischen Privatrechtsgesetzen	647
1. Feststellung der Regulierungsfunktion	649
2. Regulatorische Rechtsanwendung im engeren Sinne	652
a. Konstruktion der „typischen Situation“	653
b. Ermittlung der Entscheidungsalternative	655
aa. Ausgangspunkt Gesetzesauslegung	655
bb. Besonderheiten der teleologischen Auslegung regulatorischer Gesetze	657
cc. Notwendige Möglichkeit einer Entscheidungsalternative	661
c. Bestimmung der Rechtsfolge anhand des Regulierungsziels	664
aa. Konkretisierung des Regulierungsziels	666
bb. Prognose der Anreizwirkungen der alternativ möglichen Rechtsfolgen	669
cc. Vergleichende Subsumtion der prognostizierten Anreizwirkungen unter das Regulierungsziel	671
d. Auseinanderfallen der Falllösung und der regulatorischen Rechtsfolge?	671
II. Eigenständige Regulierung durch Zivilgerichte	673
1. Verfassungsrechtliche Grenzen rechtsfortbildender Regulierung durch Zivilgerichte	674
a. Keine Rechtsfortbildung zur Korrektur verfassungswidriger Gesetzesnormen des regulatorischen Privatrechts	675
b. Regulatorische „Rechtsfortbildung“ durch Auslegung und Analogiebildung	677
c. Verfolgung eigenständiger Regulierungsziele durch die Gerichte ...	681
aa. Generalklauseln als Regulierungsermächtigung an die Gerichte	681
bb. Untätigkeit des Gesetzgebers als Regulierungsermächtigung? ..	685
2. Sachliche Legitimation eigenständiger Regulierung durch Zivilgerichte	688

3. Leitlinien eigenständiger gerichtlicher Regulierung	695
a. Gesetzliche Anknüpfungspunkte für eine Regulierung durch Zivilgerichte	696
b. Konkretisierung des Regulierungsziels	701
c. Schaffung von Regulierungsinstrumenten	705
d. Einfügung in die bestehende Regulierungsstrategie	708
III. Zivilprozessuale und gerichtsverfassungsrechtliche Voraussetzungen regulatorischer Privatrechtsanwendung	710
1. Zivilprozessuale Grundlagen regulatorischer Privatrechtsanwendung	710
a. Ermittlung von „legislative facts“ durch die Zivilgerichte	711
b. Folgerungen für die Regulierungstätigkeit der Zivilgerichte	714
2. Institutionelle Voraussetzungen gerichtlicher Regulierung	716
a. Möglichkeiten zur Nutzung unabhängigen Sachverständs	717
b. Möglichkeiten zur Anhörung interessierter Kreise jenseits der Prozessparteien	719
3. Begründung regulatorischer Zivilurteile	720
4. Erfolgskontrolle und Korrektur	721
Schluss	725
§ 13 Brauchen wir ein übergreifendes Regulierungsrecht?	726
§ 14 Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse	729
I. Erster Teil: Privatrecht als Regulierungsrecht	729
1. Regulierung als Schlüsselbegriff	729
2. Regulierungsfunktion des Bürgerlichen Rechts	730
3. Weitere regulatorische Elemente im deutschen Privatrecht	731
II. Zweiter Teil: Unions- und verfassungsrechtlicher Rahmen	731
1. Unionsrechtliche Voraussetzungen der Regulierung mittels Privatrecht	731
2. Staatsrechtliche Zulässigkeit der Regulierung mittels Privatrecht	732
3. Grundrechtliche Anforderungen an Regulierung mittels Privatrecht	734
III. Dritter Teil: Konsequenzen für die Rechtswissenschaft	736
1. (Privat-)Rechtswissenschaft als Regulierungswissenschaft	736
2. Elemente einer rechtswissenschaftlichen Regulierungstheorie	739
3. Privatrecht in der Gesamtrechtsordnung	742

IV. Vierter Teil: Konsequenzen für Gesetzgebung und Rechtspraxis	743
1. Privatrecht als Regulierungsinstrument des Gesetzgebers	743
2. Regulatorisches Privatrecht in der Rechtsanwendung	745
Literaturverzeichnis	749
Sach- und Personenregister	839

Abkürzungsverzeichnis

AA	Akademie-Ausgabe
a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz (Absätze)
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.E.	am Ende
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AER	American Economic Review
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)/Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung Allgemeiner Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein(e/en/er)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	Alternative
a.M.	andere Meinung/am Main
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. L. & Econ. Rev.	American Law and Economics Review
Am. L. Rev.	American Law Review
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil/Amtlicher Teil
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Austl. J. Leg. Phil.	Australian Journal of Legal Philosophy
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz	Bundesanzeiger
BauNVO	Baunutzungsverordnung

BayAGLPartG	Bayerisches Gesetz zur Ausführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter/Bearbeitung
Begr.	Begründer/Begründung
Bell J. Econ. & Manage. Sci.	Bell Journal of Economics and Management Science
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJIBFL	Butterworths Journal of International Banking and Financial Law
BörsG	Börsengesetz
Brit. J. Criminol.	British Journal of Criminology
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
B. U. L. Rev.	Boston University Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
BYU L. Rev.	Brigham Young University Law Review
bzw.	beziehungsweise
Cal. L. Rev.	California Law Review
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
ch.	chapter(s)
C.F.R.	Code of Federal Regulations
cl.	clause
C.L.J.	Cambridge Law Journal
Co.	Company/Companion
CMLR	Common Market Law Review
CMR	Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route
Colum. J. Tax L.	Columbia Journal of Tax Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Co. Rep.	Coke's King's Bench Reports
CR	Computer und Recht
D.	Digesten
DAI	Deutsches Aktieninstitut e.V.
DAR	Deutsches Autorecht

DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DDR-GBl.	Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DM	Deutsche Mark
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
D&O	Directors and Officers
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
Duke L. J.	Duke Law Journal
DVBl	Das Deutsche Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EBLR	European Business Law Review
EC	European Community
ECFR	European Company and Financial Law Review
Econ Theory	Economic Theory
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EJRR	European Journal of Risk Regulation
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EnEV	Energieeinsparverordnung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen
ER	English Reports
ErbStG	Erbschaftsteuergesetz
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
etc.	et cetera
et seq.	et sequens
EU	Europäische Union/European Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht

Eur. Fin. Managemt.	European Financial Management
Eur. J. L. & Econ.	European Journal of Law and Economics
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EWG(V)	(Vertrag zur Gründung der) Europäische(n) Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
Ex. Ord.	Executive Order
f./ff.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FernUSG	Fernunterrichtsschutzgesetz
Fn.	Fußnote(n)
FR	Federal Register
FS	Festschrift
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
GA	Generalanwalt / Generalanwältin
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
gem.	gemäß
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmS-OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
grds.	grundsätzlich
GrdstVG	Grundstückverkehrsgesetz
Großkomm.	Großkommentar
GS	Gedächtnisschrift
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Habil.	Habilitationsschrift
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings Int'l. & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review
Hdb.	Handbuch
HeimG	Heimgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch

Hist. Pol. Econ.	History of Political Economy
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HWB	Handwörterbuch
HWPph	Historisches Wörterbuch der Philosophie
i.d.F.	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
i.e.	id est
i.e.S.	im engeren Sinne
Ind. L. J.	Indiana Law Journal
inkl.	inklusive
InsO	Insolvenzordnung
InstitutsVergV	Institutsvergütungsverordnung
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
IPR	Internationales Privatrecht
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des (der)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.	in Verbindung
i.V.m.	in Verbindung mit
J.	Journal/Judge
JA	Juristische Arbeitsblätter
J. Beh. Econ.	Journal of Behavioral Economics
JbJgZivRWiss	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
JCLS	Journal of Corporate Law Studies
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
Jg.	Jahrgang
Jher. Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
J. L. & Econ.	Journal of Law and Economics
JLEO	Journal of Law, Economics & Organization
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
JMBL	Justizministerialblatt
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
J. Pub. Econ.	Journal of Public Economics
Jr.	Junior
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung