

JENS-HINRICH BINDER

Regulierungsinstrumente
und Regulierungsstrategien
im Kapitalgesellschaftsrecht

Jus Privatum

162

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 162



Jens-Hinrich Binder

Regulierungsinstrumente und
Regulierungsstrategien
im Kapitalgesellschaftsrecht

Mohr Siebeck

Jens-Hinrich Binder, geboren 1974; Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg im Breisgau und London (London School of Economics and Political Science, LL.M.); 2003 Promotion; 2010 Habilitation; nach Lehrstuhlvertretungen in München und Mainz seit Oktober 2011 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht, Bank- und Kapitalmarktrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort.

e-ISBN 978-3-16-152085-3

ISBN 978-3-16-150848-6

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen.

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 aus der Garamond-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Vielfältige Reformfragen zählen seit langem zu den Kernthemen der kapitalgesellschaftsrechtlichen Diskussion, die – angesichts mannigfacher und facettenreicher Rezeption ausländischer Vorbilder kaum verwunderlich – stets auch rechtsvergleichend motiviert und informiert ist. Jedenfalls im Inland steht häufig die weitere Verdichtung der Regulierung im Vordergrund, nicht zuletzt im Hinblick auf die Organpflichten. Ob es tatsächlich nur um die Verbesserung der Feinsteuerung in Einzelfragen gehen kann, oder ob nicht vielmehr die Regulierung mit Instrumenten des zwingenden Rechts (rechtsordnungsübergreifend) überhaupt auf strukturimmanente Probleme eigener Art stößt, ist allerdings eine offene Frage. Sie läßt sich kaum beantworten, wenn nicht die Ausgestaltung der bestehenden sowie der als Alternative hierzu erörterten Instrumente der gesetzlichen Einflußnahme in den Blick genommen und auf strukturimmanente Funktionsbedingungen überprüft werden. Die vorliegende Untersuchung hofft, vor diesem Hintergrund einen Beitrag zur Rechtssetzungslehre für das Kapitalgesellschaftsrecht leisten zu können. Sie ist im Wintersemester 2009/2010 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Habilitationsschrift angenommen und zur Veröffentlichung im Wesentlichen auf den Stand vom Herbst 2011 gebracht worden.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinen beiden akademischen Lehrern: zunächst Herrn Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., an dessen Freiburger Lehrstuhl ich überaus lehr- und anregungsreiche, horizonterweiternde Jahre verbracht habe und der die für die Forschungsarbeit unerläßlichen Freiräume stets großzügig gewährte, und Herrn Professor Dr. Rolf Stürner, der das Projekt – insbesondere durch die Vermittlung eines Forschungsaufenthalts an der Harvard Law School im März 2006 – so wohlwollend förderte wie zuvor die bei ihm entstandene Promotion. Beiden weiß ich mich für zahlreiche Anregungen verpflichtet, die ihre Spuren in der Arbeit hinterlassen haben. Danken möchte ich daneben Herrn Professor Peter L. Murray für die Gastfreundschaft während des Aufenthalts in Harvard, ebenso den Herren Professoren Howell E. Jackson und Reinier Kraakman für ihre bereitwillige Bereitschaft zum Austausch über einige Ideen und Fragen in der Frühphase. Für die kurzfristige Erstellung des Zweitgutachtens bin ich Herrn Professor Dr. Uwe Blaurock dankbar. Für zahllose wertvolle Gespräche und Anregungen gilt ein besonderer Dank Frau Dr. Christin Posdziech, der früheren Kollegin am Freiburger Institut.

Probleme der Regelsetzung im Zivilrecht haben während des Bearbeitungszeitraums auch die Aufmerksamkeit mehrerer anderer Arbeiten gefunden. Die grundlegende Habilitationsschrift von Stefan Bechtold zu den „Grenzen zwingenden Vertragsrechts“ (Tübingen 2010) stand mir dankenswerterweise bereits früh in einer Vorabfassung zur Verfügung. Die später (weitgehend zeitgleich mit der vorliegenden Untersuchung) abgeschlossenen Habilitationsschriften von Lorenz Kähler („Macht und Vielfalt abdingbaren Rechts“, Tübingen 2012) sowie von Florian Möslein („Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen und Methoden“, Tübingen 2011) sowie die Dissertation von Johannes Cziupka („Dispositives Vertragsrecht“, Tübingen 2010) konnten demgegenüber nur mehr im an sich abgeschlossenen Manuskript berücksichtigt werden. Florian Möslein bin ich in diesem Zusammenhang für anregende Diskussionen zu Dank verpflichtet, Lorenz Kähler für zahlreiche kritische und weiterführende Anmerkungen zu einer früheren Fassung des Manuskripts der vorliegenden Arbeit. Besonders instruktiv waren zudem die Vorträge und Diskussionen eines im Juli 2009 am Bonner Max-Planck-Institut für das Recht der Gemeinschaftsgüter veranstalteten Nachwuchskolloquiums „Regelbildung, Regelungstechnik und Regelwirkung“, wofür ich stellvertretend meinen beiden Mitveranstaltern Florian Möslein und Emanuel V. Towfigh danke.

Für die hervorragende bibliothekarische Betreuung in den Freiburger Bibliotheken danke ich den Mitarbeitern der Universitätsbibliothek Freiburg und des Juristischen Seminars, stellvertretend Frau Dipl.-Vw. Christine Schneider und Herrn Akad. Direktor Günter F. Paschek. Für vielfältige Unterstützung bei der Beschaffung ausländischer Quellen gilt Dank zudem den (früheren) Freiburger Lehrstuhlmitarbeitern Herrn RA Dr. Thomas Broichhausen, LL.M. und Frau wiss. Mit. Stefanie Hörpel sowie daneben Herrn Dr. Felix Steffek am Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

In die Korrekturphase waren meine Mitarbeiter am Wiesbadener Lehrstuhl eingebunden. Für die akribische Überprüfung von Querverweisen und Zitierweisen danke ich besonders Herrn wiss. Mit. Christopher Ehlgen, für die Mitwirkung an der Fahndendurchsicht, daneben auch meiner Sekretärin, Frau Roswitha Jung, sowie Frau stud. iur. Laura Posch, Herrn stud. iur. Benedikt Quarch, Frau wiss. Mit. Luisa Stein und Herrn wiss. Mit. Christian Wilhelm.

Allen voran aber gilt Dank meiner Frau Nicole, die das Projekt stets zuverlässig und ermutigend begleitet hat. Dafür und für vieles mehr ist ihr die Arbeit gewidmet.

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
<i>Einführung</i>	1
A. Anlaß der Untersuchung	1
B. Finanzierungsbeziehungen als Referenzgebiet.	5
C. Gang der Untersuchung	8
1. Teil: Methodischer Ausgangspunkt und Untersuchungs- programm	11
<i>1. Kapitel: Komplexität als Methodenproblem.</i>	12
A. Der tradierte Methodenkanon, insbesondere Rechtsvergleichung und Rechtsökonomik	13
B. Fehlende qualitative Bewertungskriterien als methoden- übergreifendes Problem	15
C. Modale Normanalyse als Ergänzung des Methodenkanons	24
<i>2. Kapitel: Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien als Untersuchungsgegenstände.</i>	35
A. Regulierung	35
B. Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien	42
2. Teil: Grundlagen einer Theorie der Regelsetzung im Kapitalgesellschaftsrecht	49
<i>1. Abschnitt: Regulierungsinstrumente.</i>	50
<i>1. Kapitel: Gesetzliche Regulierungsinstrumente</i>	51
A. Ausgangspunkt: gesetzliche Regulierung als Instrument der Verhaltenssteuerung	51
B. Dispositives Recht und zwingendes Recht	63
C. Formale Realisierbarkeit und Konkretisierungszeitpunkt	167
D. Normdurchsetzung und Normwirkungen	202

2. Kapitel: <i>Private und teilprivatisierte Regulierungsinstrumente</i>	252
A. Typologie privater und teilprivatisierter Regulierungsinstrumente	254
B. Funktionsvoraussetzungen und Funktionsweise privater und teilprivatisierter Regulierungsinstrumente.	267
C. Interessenausgleich als Kernproblem privater und teilprivatisierter Regulierung	279
D. Gesamtschau.	282
3. Kapitel: <i>Regulierung als Informationsproblem – Fazit und Folgerungen</i>	284
A. Regulierung als doppeltes Informationsproblem	285
B. Hoheitlich gesetzte Regeln als Wissensspeicher: Historisches Erfahrungswissen und private Information.	312
C. Fazit.	321
2. Abschnitt: <i>Regulierungsstrategien</i>	324
1. Kapitel: <i>Regulierung, Regulierungsverzicht, Flexibilisierungslösungen?</i>	325
A. Die konzeptionelle Grundentscheidung	326
B. Grundstrukturen von Differenzierungsmöglichkeiten aus der Perspektive der Gesetzgebung	328
2. Kapitel: <i>Einzelne Modelle und ihre Funktionsmerkmale</i>	336
A. Verfahrensregeln	336
B. Der Regelungsauftrag und vergleichbare Modelle der gesetzlichen Einbettung privater Regulierungsinitiative	352
C. Wahlmodelle.	367
D. Zwischenbilanz	380
3. Kapitel: <i>Gestaltungsaufgabe und gestaltungsleitende Kriterien – vorläufige Grundzüge einer Regulierungslehre</i>	383
A. Informationelle Rahmenbedingungen	384
B. Materiale Schutzzwecke oder Standardisierung?	389
C. Leitlinien für die Methodenwahl	393
3. Teil: <i>Konstitution und Restriktion – Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien in ausgewählten Problemfeldern aus historisch-vergleichender Perspektive</i>	399
1. Kapitel: <i>Konstitution</i>	401
A. Konstitutive Regelungen in historisch-vergleichender Perspektive	403
B. Auswertung	461

Inhaltsübersicht

IX

<i>2. Kapitel: Restriktion</i>	469
A. Restriktion in historisch-vergleichender Perspektive	470
B. Auswertung und Folgerungen	545
<i>Schlußbetrachtung</i>	555
Literaturverzeichnis	561
Sachregister	613

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII

<i>Einführung</i>	1
A. Anlaß der Untersuchung	1
B. Finanzierungsbeziehungen als Referenzgebiet	5
C. Gang der Untersuchung	8

1. Teil

Methodischer Ausgangspunkt und Untersuchungsprogramm

11

<i>1. Kapitel: Komplexität als Methodenproblem</i>	12
A. Der tradierte Methodenkanon, insbesondere Rechtsvergleichung und Rechtsökonomik	13
B. Fehlende qualitative Bewertungskriterien als methoden- übergreifendes Problem	15
I. Funktionale Rechtsvergleichung	16
II. Rechtsökonomik	20
C. Modale Normanalyse als Ergänzung des Methodenkanons	24
I. Überblick	24
II. Vorläufer- und Parallelentwicklungen	27
III. Untersuchungsmethode	31
IV. Erkenntnisziel	32
 <i>2. Kapitel: Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien als Untersuchungsgegenstände.</i>	 35
A. Regulierung	35
I. Terminologie	36
II. Fragestellungen.	40

B. Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien	42
I. Regulierungsinstrumente	43
1. Urheberschaft	44
2. Geltungsanspruch.	45
3. Dichte, Komplexität und Präzision	45
4. Unterschiedliche Normdurchsetzungsmechanismen	46
II. Regulierungsstrategien	46

2. Teil

Grundlagen einer Theorie der Regelsetzung im Kapitalgesellschaftsrecht

49

<i>1. Abschnitt: Regulierungsinstrumente.</i>	50
<i>1. Kapitel: Gesetzliche Regulierungsinstrumente.</i>	51
A. Ausgangspunkt: gesetzliche Regulierung als Instrument der Verhaltenssteuerung.	51
I. Verhaltenssteuerung durch Befolgungszwang	53
II. Appell- bzw. Erziehungsfunktion, expressive Wirkungen	56
1. Expressive Wirkungen als Nebenfolge gesetzlicher Regulierung	57
2. Expressive Wirkungen im Unternehmensrecht	58
3. Expressive Wirkungen als Kompensation funktionaler Defizite?	60
4. Fazit	61
III. Verhaltenssteuerung durch Anreizsetzung	61
B. Dispositives Recht und zwingendes Recht	63
I. Dispositives Recht und zwingendes Recht als Gegenstand der Gesellschaftsrechtswissenschaft	64
1. Einführung	64
2. Dispositives und zwingendes Recht als Gegenstand der tradierten zivil- und gesellschaftsrechtlichen Dogmatik	66
3. Dispositives und zwingendes Recht in der Diskussion um Gestal- tungsfreiheit und Deregulierung im Kapitalgesellschaftsrecht.	69
4. Dispositives und zwingendes Recht in der US-amerikanischen Kontroverse um die vertragliche Natur der Unternehmung	70
5. Flexibilisierung durch hybride Gestaltungen und Kombinationen	73
6. Fazit	77
II. Dispositives Recht	77
1. Dispositives Recht als Ausgangspunkt der funktionalen Analyse	78
2. Typologie dispositiven Rechts	81
a) Anknüpfung an den Regelungsgehalt	82

b) Funktionale Anknüpfung.	83
c) Folgerungen und weitere Konkretisierung	85
3. Gestaltungs erleichterndes und gestaltungsergänzendes Recht.	86
a) Einführung: Dispositives Recht als Instrument zur Erleichterung und Ergänzung privatautonomer Gestaltung	88
aa) Ergänzendes dispositives Recht	90
bb) Gestaltungsunterstützendes dispositives Recht	96
b) Unmittelbare Wirkungsmechanismen.	100
aa) Dispositives Recht als flexibles Instrument	101
bb) Strukturimmanente Auslegungs- und Anwendungsunsicherheiten	103
cc) Verzerrungen aufgrund strategischen Verhandlungsverhaltens.	105
dd) Besitzeffekte (endowment effects)	109
ee) Gesamtbewertung.	114
c) Wirkungen in historischer Dimension	115
aa) Erste Ansätze zur Theorie historischer Wirkungszusammenhänge dispositiven Rechts	116
bb) Netzwerk- und Lerneffekte als Begründungsansatz	117
cc) Folgerungen für die Erklärung pfadabhängiger Entwicklungstendenzen (auch) im Kapitalgesellschaftsrecht	126
d) Fazit und Folgerungen	128
4. Dispositives Recht als Regulierungsinstrument	129
a) Ordnungs- und Leitbildfunktion dispositiver Normen: die tradierte Sichtweise	131
b) Regulierung durch Anregung zu Verhandlungsprozessen: prozedurale Wirkung dispositiven Rechts	134
aa) Vorläufer der modernen Lehre	135
bb) Penalty default rules.	136
cc) Dispositives Recht und Ausgestaltung „begleitender“ Verfahrensregeln.	141
dd) Fazit.	144
c) Regulierung durch faktische Bindungswirkung?.	144
5. Gesamtschau und Folgerungen	146
a) Grundsätzliche Eignung als Regulierungsinstrument.	146
b) Grundzüge allgemeiner Lehren zur Regulierung durch dispositives Recht	147
c) Regulierung durch dispositives Recht und der Schutz verhandlungsexterner Dritter	149
III. Zwingendes Recht	151
1. Legitimation zwingenden Rechts	152
2. Negativ-präskriptive und positiv-präskriptive zwingende Normen	155
3. Funktionen zwingenden Rechts.	156

a) Infrastrukturgewährleistung durch zwingendes Recht	157
b) Schutzwirkung im engeren Sinn	163
4. Funktionsdefizite zwingenden Rechts	164
5. Fazit	166
C. Formale Realisierbarkeit und Konkretisierungszeitpunkt	167
I. Terminologie	169
1. Formale Realisierbarkeit	169
a) Begriff	169
b) Formale Realisierbarkeit, „Dichte“ und Komplexität des Tatbestands	170
c) Formale Realisierbarkeit, „Allgemeinheit“ und „Abstraktheit“	172
2. Konkretisierungszeitpunkt	172
3. Regel- und Standardform	174
4. Standards und Generalklauseln	176
II. Regeln	178
1. Über- bzw. Untersteuerung als Strukturmerkmal?	178
2. Umgehungsstrategien als typische Reaktion des Rechtsverkehrs auf die Regelform?	181
3. Differenzierungen.	183
a) Ermittlungsaufwand als Wurzel von Über- und Unter- steuerung	183
b) Unterschiedliche Normdurchsetzungsmechanismen als Wurzel von Über- und Untersteuerung	186
c) Unterschiede in der tatsächlichen Kenntnisnahme durch den Normadressaten als Wurzel von Über- und Untersteuerung	187
d) Kompensation durch Methoden der Normrezeption und Normauslegung	188
III. Standards bzw. Prinzipien.	191
1. Standards als funktionaler Kontrapunkt zur Regelform	191
a) Vermeidung von Über- und Untersteuerungseffekten.	192
b) Anreizwirkung.	193
c) Gegenläufige Effekte	194
2. Differenzierungen.	195
a) Abschreckungseffekte und Zugänglichkeit des Norminhalts.	195
b) Verfestigung von Standards.	197
IV. Zwischenzusammenfassung	200
D. Normdurchsetzung und Normwirkungen	202
I. Normdurchsetzungsmechanismen als Teil des Problems der Norm- wirkungen	203
II. Tradiertes Funktionsverständnis, moderne Weiterungen und Konsequenzen	205
III. Typologie der Durchsetzungsmechanismen	210

1. Unmittelbar und mittelbar wirkende Normdurchsetzungsmechanismen	211
a) Unmittelbar wirkende Normdurchsetzungsmechanismen	211
b) Mittelbar wirkende Normdurchsetzungsmechanismen	212
aa) Erscheinungsformen mittelbar wirkender Normdurchsetzungsmechanismen	213
bb) Marktinduzierte Normdurchsetzung und soziale Normen als Sonderfall.	221
c) Zum Erkenntniswert der Kategorien	227
2. Durchsetzungsinitiative und Trägerschaft der Normdurchsetzung als Systematisierungskriterien.	228
a) Private Normdurchsetzung.	229
b) Hoheitliche Normdurchsetzung.	229
c) Teilprivatisierte Normdurchsetzung.	230
3. Zeitliche Wirkrichtung als alternatives Systematisierungskriterium?	231
IV. Funktionsvoraussetzungen privater, hoheitlicher und teilprivatisierter Normdurchsetzung	232
1. Private Normdurchsetzung	233
a) Informationen als Grundlage privater Normdurchsetzung.	233
b) Anreize zur Normdurchsetzung.	236
2. Hoheitliche Normdurchsetzung.	240
a) Eingeschränkte Bedeutung von Anreizstrukturen	240
b) Informationsprobleme und geringe Aufklärungswahrscheinlichkeit	243
3. Teilprivatisierte Normdurchsetzung	245
a) Teilprivatisierte Normdurchsetzung und Informationsbeschaffung.	245
b) Anreizprobleme, insbesondere Interessenkonflikte	247
V. Gesamtschau	249
2. Kapitel: Private und teilprivatisierte Regulierungsinstrumente.	252
A. Typologie privater und teilprivatisierter Regulierungsinstrumente.	254
I. Private und teilprivatisierte Regulierung	254
1. Private Regulierung.	255
a) Vertragsbedingungen für die Fremdkapitalfinanzierung	256
b) Rechte und Pflichten der Eigenkapitalgeber: Satzung bzw. Gesellschaftsvertrag.	257
c) Private Regelwerke	258
2. Teilprivatisierte Regulierung.	261
II. Geringe formale Varianz als übergreifendes Charakteristikum privater und teilprivatisierter Regulierung	264

B. Funktionsvoraussetzungen und Funktionsweise privater und teilprivatisierter Regulierungsinstrumente	267
I. Funktionsvoraussetzungen privater und teilprivatisierter Regulierung.	268
1. Formale Ausgestaltung und Regulierungsvorbereitung	268
2. Durchsetzungsmechanismen	269
a) Teilprivatisierte Regulierung	270
b) Private Regelwerke	270
c) Private Regulierung durch Vertrag	273
d) Fazit	273
II. Funktionsweise privater und teilprivatisierter Regulierung.	274
1. Flexibilität, Sachnähe, Akzeptanz.	274
2. Mittelbare und unmittelbare Verhaltenssteuerung durch private und teilprivatisierte Regulierung	277
3. Flexibilität und Persistenzneigungen	278
C. Interessenausgleich als Kernproblem privater und teilprivatisierter Regulierung.	279
D. Gesamtschau	282
<i>3. Kapitel: Regulierung als Informationsproblem – Fazit und Folgerungen.</i>	<i>284</i>
A. Regulierung als doppeltes Informationsproblem.	285
I. Finanzierungsbeziehungen als offene Verträge – Kompensation von Informationsdefiziten als Aufgabe gesetzlicher Regulierung	285
II. Regulierungsverantwortung als Informationsverantwortung: das Allokationsproblem des Regulierungsgebers	289
1. Informationsverantwortung als Ausgangspunkt: Umfang und Struktur regulierungsvorbereitender Aufklärung.	290
a) Gesetzgeberische Erkenntnisgrenzen als Grundproblem	290
b) Konsequenzen	293
c) Fazit	297
2. Die Wahl des Regulierungsmodus als Weichenstellung der Allokation der Aufklärungslast	297
a) Dispositives und zwingendes Recht	298
b) Regel- und Standardform	301
c) Unterschiedliche Normdurchsetzungsmechanismen	304
3. Konsequenzen.	304
a) Regulierung bei neuartigen Sachproblemen	305
b) Regulierung bei Vorliegen historischen Erfahrungswissens	307
B. Hoheitlich gesetzte Regeln als Wissensspeicher: Historisches Erfahrungswissen und private Information.	312

I. Von der regulierungsvorbereitenden zur regulierungsbegleitenden Information: dynamische Evolutionsprozesse als zentraler Untersuchungsgegenstand	312
II. Bisheriger Forschungsstand.	314
III. Rezeptionsforschung als Anwendungsgebiet und Bewährungsprobe	317
IV. Historisches Erfahrungswissen und Innovationsfähigkeit	318
C. Fazit	321
2. Abschnitt: Regulierungsstrategien	324
1. Kapitel: Regulierung, Regulierungsverzicht, Flexibilisierungslösungen?	325
A. Die konzeptionelle Grundentscheidung	326
B. Grundstrukturen von Differenzierungsmöglichkeiten aus der Perspektive der Gesetzgebung.	328
I. Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Regelprogrammen	329
II. Kombinationslösungen und weitere Ausdifferenzierung	331
III. Weitere Varianten der Ausdifferenzierung	334
2. Kapitel: Einzelne Modelle und ihre Funktionsmerkmale	336
A. Verfahrensregeln.	336
I. Verfahrensregeln als Ausdruck prozeduraler Regulierung	337
1. Verfahren als „Richtigkeitsgewähr“: konzeptionelle Grundlagen	337
2. Unternehmensrechtliche Perspektiven prozeduraler Regulierung	339
3. Fazit	342
II. Funktionsweise und Funktionsvoraussetzungen.	342
1. Funktionsweise	343
2. Funktionsvoraussetzungen.	346
a) Positive Funktionsvoraussetzungen	346
b) Rationale Apathie als strukturimmanentes Kernproblem.	348
c) Systematische Entscheidungsverzerrungen als Restrisiko	349
d) Verfahrensförmige Entscheidungsfindung und künftig hinzutretende Interessen(-gruppen)	350
III. Fazit	351
B. Der Regelungsauftrag und vergleichbare Modelle der gesetzlichen Einbettung privater Regulierungsinitiative	352
I. Regelungsaufträge	353
1. Funktionsweise	354
2. Funktionsvoraussetzungen.	357
a) Durchsetzungsmechanismen.	358
b) Regelungsaufträge und das Problem der späteren Veränderung der Interessenlage	360

3. Fazit und Folgerungen	362
II. Vergleichbare Formen der Einbettung privater Regulierung	364
III. Anregungsnormen	366
C. Wahlmodelle	367
I. Funktionsweise.	368
II. Funktionsvoraussetzungen	372
1. Passivität der Normadressaten.	372
2. Konsistenz von Regulierungszielen und Homogenität der Normurheberschaft.	373
III. Fazit	379
D. Zwischenbilanz.	380
<i>3. Kapitel: Gestaltungsaufgabe und gestaltungsleitende Kriterien – vorläufige Grundzüge einer Regulierungslehre.</i>	<i>383</i>
A. Informationelle Rahmenbedingungen	384
I. Erkenntnisgrenzen und Auswirkungen auf die Programmierbarkeit der Wahlentscheidung	384
II. Verfügbarkeit historischen Erfahrungswissens als Schlüssel- problem	386
1. Regulierung bei neuartigen Sachproblemen	386
2. Regulierung bei Vorliegen historischen Erfahrungswissens	388
B. Materiale Schutzzwecke oder Standardisierung?	389
I. Regulierung zu materialen Schutzzwecken	390
II. Regulierung zu Standardisierungszwecken	391
III. Bewertung und Folgerungen	392
C. Leitlinien für die Methodenwahl	393
I. Zwingende Einflußnahme.	394
II. Nichtzwingende Gestaltungsmodelle	396

3. Teil

Konstitution und Restriktion – Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien in ausgewählten Problemfeldern aus historisch-vergleichender Perspektive

399

<i>1. Kapitel: Konstitution</i>	<i>401</i>
A. Konstitutive Regelungen in historisch-vergleichender Perspektive	403
I. Anerkennung der Rechtsform und Weiterungen	404
1. Kapitalgesellschaftsrechtsformen als Infrastruktur: die Frühphase	406

2. Die weitere Entwicklung: Entstehung und Ausbau von Wahlmodellen	411
II. Grundlagen der Organisationsverfassung: die Binnenorganisation	415
1. Frühphase der modernen Entwicklung	416
a) England	416
b) Frankreich	417
c) Deutschland	418
d) USA	419
2. Zwischen Gestaltungsfreiheit und Regulierung: Gesetzliche Regelungen zur Organisationsverfassung im 19. Jh.	420
a) England	420
b) USA	422
c) Frankreich	424
d) Deutschland	426
aa) Preußisches Aktiengesetz von 1843	426
bb) ADHGB	427
3. Fazit	430
III. Organisationsrechtliche Aspekte des Außenrechts der Gesellschaften	431
1. Frühphase	432
a) England	432
b) Frankreich	433
c) Deutschland	434
d) USA	434
2. Konsolidierungsphase: einheitliches Außenrecht als Korrelat zur organisatorischen und rechtlichen Verselbständigung	435
a) Deutschland	435
b) Frankreich	437
c) England	438
d) USA	440
3. Fazit	442
IV. Finanzverfassung.	443
1. Frühphase	444
a) England	444
b) Frankreich	445
c) Deutschland	448
d) USA	450
2. Die Finanzverfassung zwischen Konstitution und Restriktion	452
a) Deutschland	452
b) Frankreich	452
c) England	454
d) USA	457
aa) Frühe gesellschaftsrechtliche Kodifikationen	457
bb) Deregulierung im 20. Jahrhundert.	458

3. Fazit	460
B. Auswertung	461
I. Systemvergleich: Unterschiede und Gemeinsamkeiten in Regulierungsstilen	462
II. Funktionsvoraussetzungen und Funktionsweise konstitutiver Regelungen	464
III. Historische Legitimation konstitutiver Regeln?	466
IV. Fazit und Folgerungen.	467
 2. Kapitel: Restriktion	 469
A. Restriktion in historisch-vergleichender Perspektive	470
I. Restriktion durch Organisationsverfassungsrecht	471
1. Deutschland	471
a) Aktienrecht.	472
b) GmbH-Recht.	477
2. Frankreich	478
a) Société anonyme	478
b) SARL	482
3. England.	483
4. USA.	486
5. Fazit	488
II. Finanzverfassung.	490
1. Deutschland	490
a) Aktienrecht.	491
b) GmbH-Recht.	495
2. Frankreich	496
a) Société anonyme im 19. Jahrhundert.	497
b) Finanzverfassung der SARL	498
c) Folgeentwicklungen im 20. Jahrhundert	499
3. England.	502
4. USA.	502
5. Fazit	505
III. Ergänzende konkrete Gesellschafter- und Organpflichten	506
1. Finanzierungsbezogene Pflichten	508
a) England.	508
aa) Geschäftsleiter	509
bb) Gesellschafter	514
b) USA	515
aa) Pflichten der directors und managers	516
bb) Gesellschafter	518
c) Deutschland	523
aa) Geschäftsleitungs- und Überwachungsorgane.	523
bb) Gesellschafterpflichten	526

d) Frankreich	530
aa) Geschäftsleiterpflichten.	530
bb) Gesellschafterpflichten	533
e) Fazit	535
2. Organisation, Steuerung, Kontrolle.	538
a) USA	538
b) Europa	540
aa) England.	540
bb) Deutschland	541
cc) Frankreich	542
dd) Europäisches Gemeinschaftsrecht.	543
c) Fazit	544
B. Auswertung und Folgerungen	545
I. Systemvergleich: Unterschiede und Gemeinsamkeiten in Regulierungsstilen	546
II. Funktionsvoraussetzungen und Funktionsweise restringierender Regelungen	548
III. Historische Legitimation restringierender Regeln?	550
IV. Fazit und Folgerungen.	552
<i>Schlußbetrachtung</i>	555
Literaturverzeichnis.	561
Sachregister.	613

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	am Anfang / andere(r) Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABIEG.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABIEU.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
A. C.	Appeal Cases (Law Report, England)
Acc. Hor.	Accounting Horizons
Acc. & Bus. Res.	Accounting & Business Research
Acc. Rev.	Accounting Review
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	(Die) Aktiengesellschaft / Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AICPA	American Institute of Certified Public Accountants
AK	Alternativkommentar
AktG	Aktiengesetz
All E.R.	All England Reports (Law Report)
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, gültig ab 1.6.1794
Am. Econ. Rev.	American Economics Review
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. L. & Econ. Rev.	American Law and Economics Review
Am. Soc. Rev.	American Sociological Review
Anglo-Am. L. Rev.	Anglo-American Law Review
AnwKomm	Anwaltskommentar (BGB)
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Arch. phil. dr.	Archives de Philosophie du Droit
Ariz. State L. J.	Arizona State Law Journal
ARSP	Archiv für Rechts- und Staatsphilosophie
Art.	Artikel
Atk.	Atkyn's Reports, Chancery (Law Report, England)
Aufl.	Auflage
Austr. Bus. L. Rev.	Australian Business Law Review
Austr. J. Corp. L.	Australian Journal of Corporate Law
Austr. J. Legal Phil.	Australian Journal of Legal Philosophy

XXIV

Abkürzungsverzeichnis

BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAKred	Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen
Banking Fin. L. Rev.	Banking and Finance Law Review
BAnz	Bundesanzeiger
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen
BAWe	Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel
BayOBLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BCC	British Company Cases (Law Report, England)
BCLC	Butterworth's Company Law Cases (Law Report, England)
B.C.L. Rev.	Boston College Law Review
Bd.	Band
Bell J. Econ. & Mgmt. Science	Bell Journal of Economics and Management Science
BFH	Bundesfinanzhof
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BörsG	Börsengesetz
BörsO	Börsenordnung
BörsZulVO	Börsenzulassungsverordnung
Boston U. L. Rev.	Boston University Law Review
BRDA	Bulletin Rapide de Droit des Affaires
BR-Drucks.	Drucksachen des Bundesrates
Brook. J. Int'l L.	Brooklyn Journal of International Law
Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BuB	Bankrecht und Bankpraxis
Bull.	Bulletin
Bus. Law.	The Business Lawyer
Bus. Law Rev.	Business Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CA	Companies Act
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cambrian L. Rev.	Cambrian Law Review
Cardozo J. Int'l & Comp. L.	Cardozo Journal of International and Comparative Law
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cass.	Cour de Cassation
CCIP	Chambre de commerce et d'industrie de Paris
C.com.	Code de Commerce
Ch. D.	Chancery Division (auch: Law Report, England)
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
Cir.	Circuit
C.L.J.	Cambridge Law Journal
CLR	Common Law Reports (England)
Cmd.	Command Papers
COB	Commission des Opérations de Bourse
Cog. Psych.	Cognitive Psychology

Colum. Bus. L. Rev.	Columbia Business Law Review
Colum. J. Transn. L.	Columbia Journal of Transnational Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Common Market L. Rev.	Common Market Law Review
Comp. Lawyer	The Company Lawyer
Conn. J. Int'l L.	Connecticut Journal of International Law
Cornell L. Q.	Cornell Law Quarterly
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Corp. Gov. L. Rev.	Corporate Governance Law Review
Cow.	Cowen, NY Law (Law Report, USA)
CR	Computer und Recht
Cr. & Ph.	Craig and Phillips, Chancery (Law Report, England)
D.	Dalloz; Recueil Dalloz-Sirey
DAI	Deutsches Anwaltsinstitut
DAV	Deutscher Anwaltverein
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft
D.C.	District of Columbia
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
De G. M. & G.	De Gex, Macnaghten and Gordon's Reports, Chancery (Law Report, England)
Del. Gen. Corp. L.	Delaware General Corporation Law
Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law
Del. Laws	Laws of Delaware
Del. Rev. Code	Revised Code of Delaware
Detroit Coll. L. Rev.	Detroit College Law Review
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRSC	Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee
DStR	Deutsches Steuerrecht
Duke L.J.	Duke Law Journal
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EBLR	European Business Law Review
EBOR	European Business Organization Law Review
E CFR	European Company and Financial Law Review
Econ. Inq.	Economic Inquiry
Econ. & Philos.	Economics and Philosophy
Econ. Pol'y Rev.	The Federal Reserve Bank of New York Economic Policy Review
Econ. & Psych.	Economics and Psychology
entspr.	entsprechend
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
Eu. L. Rev.	European Law Review
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EWHC	High Court of England and Wales (Entscheidungssammlung)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht

XXVI

Abkürzungsverzeichnis

FASB	Federal Accounting Standards Board
F. & F.	Foster and Finlason's Reports, Nisi Prius (Law Report, England)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fin. Man.	Financial Management
Fla. J. Int'l L.	Florida Journal of International Law
Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GbR	Gesellschaft des bürgerlichen Rechts
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review
Geo. Wash. L. Rev.	The George Washington Law Review
GesRZ	Der Gesellschafter
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GrünhutsZ	Grünhuts Zeitschrift für das private und das öffentliche Recht
GS	Gesetzessammlung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.A.	herrschende Ansicht
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift
Hare	Hare's Reports, Chancery (Law Report, England)
Harv. Bus. Rev.	Harvard Business Review
Harv. Int. L. J.	Harvard International Law Journal
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law and Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings Int. Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review
Hastings L.J.	Hastings Law Journal
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
h. M.	herrschende Meinung
Hous. L. Rev.	Houston Law Review
How. L. Rev.	Howard Law Review
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/herausgegeben
IAS	International Accounting Standards
IASC	International Accounting Standards Committee
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
IDS	Integrated Disclosure System

IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
Ill.	Illinois
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
Int'l Fin. L. Rev.	International Financial Law Review
Int'l Law.	The International Lawyer
Int'l Leg. Stud.	International Legal Studies
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
i.S.d.	im Sinne der/des
IStR	Internationales Steuerrecht
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
J. Acc.	Journal of Accountancy
J. Acc. & Econ.	Journal of Accounting and Economics
J. Acc. & Pub. Pol'y	Journal of Accounting and Public Policy
J. Acc. Res.	Journal of Accounting Research
J. Appl. Corp. Fin.	Journal of Applied Corporate Finance
JbJZivRWiss	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
JBL	Juristische Blätter
J.B.L.	Journal of Business Law
J. Bus.	Journal of Business
J. Bus. Fin. Acc.	Journal of Business, Finance and Accounting
J. Bus. & Tech. L.	Journal of Business and Technology Law
JCLS	Journal of Corporate Law Studies
J. Comp. L.	Journal of Comparative Law
J. Contemp. Legal Issues	Journal of Contemporary Legal Issues
J. Corp. Fin.	Journal of Corporate Finance
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
J. Econ. Behav. & Org.	Journal of Economic Behavior and Organization
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Econ. Persp.	Journal of Economic Perspectives
J. Econ. Psych.	Journal of Economic Psychology
J. Env. Econ. & Mgmt.	Journal of Environmental Economics and Management
J. Exp. Psych.	Journal of Experimental Psychology – Human Perception and Performance
J. Fin.	Journal of Finance
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
J. Fin. & Quant. Anal.	Journal of Financial and Quantitative Analysis
J. Fin. Reg. & Compliance	Journal of Financial Regulation and Compliance
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
J. Int. Bus. L.	Journal of International Business Law
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
J. L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J. L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics and Organization
J. Leg. Hist.	Journal of Legal History
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
JNPÖ	Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie
J. O.	Journal Officiel
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
J. Portfolio Man.	Journal of Portfolio Management

XXVIII

Abkürzungsverzeichnis

JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenzeitung
JZ	Juristenzeitung
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht/Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KK	Kölner Kommentar
KO	Konkursordnung
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht (Konkurs – Treuhand – Sanierung)
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LG	Landgericht
L. & Hum. Behav.	Law and Human Behavior
L.J.	Lord Justice
L. T.	The Law Times, Reports (Law Report, England)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
Macq. H. L. Cas. m.a.W.	Macqueen's Scotch Appeal Cases mit anderen Worten
M.B.C.A.	Model Business Corporation Act
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Mich. St. L. Rev.	Michigan State Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
M.L.R.	Modern Law Review
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Mißbräuchen
MünchKomm m.w.N.	Münchener Kommentar mit weiteren Nachweisen
nC.com.	Nouveau Code de Commerce
N. C. J. Int. L. & Com. Reg.	North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation
N. C. L. Rev.	North Carolina Law Review
n.F.	neue Fassung
N. J.	New Jersey
N. J. Corp. Act.	New Jersey Corporation Act
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
NSWLR	New South Wales Law Reports (Australien)
NVersZ	Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
Nw. J. Int. L. & Bus.	Northwestern Journal of International Law and Business
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N. Y.	New York
N. Y. Bus. Corp. L.	New York Business Corporation Law
N. Y. Inc. Act	New York Incorporation Act

N. Y. U. J. Int. L. & Pol.	New York University Journal of International Law and Politics
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZLR	New Zealand Law Reports
N.Z. L. Rev.	New Zealand Law Review
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
oHG	offene Handelsgesellschaft
o. J.	ohne Jahresangabe
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
Org. Behav. & Hum. Dec. Proc.	Organizational Behavior & Human Decision Processes
Osgoode Hall L.J.	Osgoode Hall Law Journal
OTC	over the counter
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Ph.	Phillip's Reports, Chancery (Law Report, England)
Psych. Bull.	Psychological Bulletin
PublG	Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen
Q. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAND J. Econ.	RAND Journal of Economics
Rappr.	Rapporté
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RegE	Regierungsentwurf
Rev. Fin. Stud.	Review of Financial Studies
Rev. Prat. Soc.	Revue pratique des sociétés
Rev. soc.	Revue des sociétés
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJDA	Revue de Jurisprudence du Droit des Affaires
R.M.B.C.A.	Revised Model Business Corporation Act
Rn.	Randnummer
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
RPfl	Der Deutsche Rechtspfleger
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Russ.	Russell's Reports, Chancery (Law Report, England)
Rutgers L. Rev.	Rutgers Law Review
S.	Recueil Sirey
S./s.	Seite/siehe
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée