

FLORIAN MÖSLEIN

Dispositives Recht

Jus Privatum

159

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 159



Florian Möslein

Dispositives Recht

Zwecke, Strukturen und Methoden

Mohr Siebeck

Florian Möslein, geboren 1971. Nach einer Ausbildung zum Bankkaufmann Studium der Rechtswissenschaften in München (Staatsexamina 1999/2001), Paris (Licence en Droit, 1996) und London (LL.M., 1999); zugleich Studium der Betriebswirtschaftslehre (Dipl.-Kfm., 1997). Anschließend Dissertation am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg (Dr. iur., 2007), Habilitation an der Humboldt-Universität zu Berlin (2011); seit 2009 gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft. Jean-Monnet-Fellow am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz (2007/2008); seit 2010 Schumpeter-Fellow der VolkswagenStiftung und Assistenzprofessor für Gesellschaftsrecht im Profilbereich »Unternehmen – Recht, Innovation und Risiko« der Universität St. Gallen (HSG).

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin; gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft und der Universität St. Gallen (HSG).

e-ISBN PDF 978-3-16-151759-4

ISBN 978-3-16-150891-2

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.

© 2011 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 gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Anja und August

Vorwort

Dispositives Recht ist eine Regelungstechnik, deren Eigenheiten weitaus mehr als rein technischer Natur sind. Nicht nur für den »Rechtsingenieur« (F. *Werner*, ÖJZ 1965, 179, 181) ist deshalb von Interesse, dispositives Recht unter die Lupe zu nehmen. Die Regelungstechnik berührt tiefgründige Fragen, die bis an die Fundamente unserer Privatrechtsgesellschaft reichen: Welche Regelungsinstrumente gehören zu den notwendigen Funktionsvoraussetzungen der Privatautonomie, wie weit reicht umgekehrt die Rechtssetzungsmacht des staatlichen Gesetzgebers? Bei näherem Hinsehen zeigt sich, dass sich dispositives Recht weder alleine als Steuerungsinstrument des Gesetzgebers noch als reine Dienstleistung an die Regeladressaten verstehen lässt. Vielmehr bietet es ein Instrument gegenseitiger Koordination, das hilft, jeweils spezifische, ansonsten unvermeidbare Wissenslücken von Regelgebern wie -adressaten zu überwinden. Dieser Koordinationsprozess kann neue, potentiell bessere Lösungen generieren, als Markt oder Staat aus erkenntnistheoretischen Gründen jeweils alleine würden aufstellen können. Dispositives Recht entpuppt sich als Auslöser eines echten Entdeckungsverfahrens, das verfügbares Regelungswissen beträchtlich erweitert und vertieft.

Entdeckungsverfahren, die neues Wissen generieren, spielen nicht nur für den Inhalt der vorliegenden Monographie eine Rolle, sondern waren auch für ihre Erstellung unverzichtbar. Die Arbeit hat im Wintersemester 2010/2011 der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Habilitationsschrift vorgelegen; das Manuskript wurde im Wesentlichen Ende 2010 abgeschlossen. Das Habilitationsprojekt führte mich an verschiedene in- und ausländische Wissenschaftsinstitutionen und durch ganz unterschiedliche Wissenschaftsdisziplinen. Die Bearbeitung war deshalb eine echte Entdeckungsreise, bei der ich selbst viel zu staunen, aber auch ständig mit Wissenslücken zu kämpfen hatte (und habe). Ein einfaches Instrument, dieses Unwissen zu überwinden, stand indessen nicht zur Verfügung. Vielmehr war ich auf Unterstützung und Kritik zahlreicher Förderer, Freunde und Kollegen angewiesen, ohne die diese Arbeit nicht hätte entstehen können.

An erster Stelle danke ich Herrn Prof. Dr. Dr. Stefan Grundmann, der diese Arbeit mit großem Weitblick betreute und mich über viele Jahre in jeder erdenklichen Hinsicht förderte und inspirierte. Sein nimmermüdes wissenschaftliches Interesse an neuen Fragestellungen und sein Entdeckerblick über Diszi-

plinen- und Landesgrenzen hinaus haben mich stets beeindruckt und, so hoffe ich, auch in dieser Arbeit wirkkünftig Spuren hinterlassen. Sodann gilt Herrn Prof. Dr. Reinhard Singer mein herzlicher Dank für die zügige und gedankenreiche Erstellung des Zweitgutachtens. Dass das gesamte Habilitationsverfahren in so kurzer Zeit über die Bühne gehen konnte, verdanke ich überdies Frau Prof. Dr. Christine Windbichler sowie den weiteren Mitgliedern der Habilitationskommission. Von allen anderen Mitgliedern der Berliner Fakultät, die stets ein offenes Ohr hatten, möchte ich besonders Herrn Prof. Dr. Thomas Raiser erwähnen, dem ich für zahlreiche mündliche und schriftliche Anregungen danke.

Reichlich Unterstützung erhielt ich zudem aus der grossen »akademischen Familie«, besonders von meinem verehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. Klaus J. Hopt, ebenso von Herrn Prof. Dr. Karl Riesenhuber, der das Thema der Arbeit anregte und zugleich bestätigte, und nicht zuletzt von meinem langjährigen Lehrstuhlkollegen und Zimmernachbarn, Herrn PD Dr. Christian Hofmann. Dem Europäischen Hochschulinstitut in Florenz und dort besonders dem Robert Schuman Centre for Advanced Studies danke ich für die einjährige Aufnahme als Jean-Monnet-Fellow, der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Finanzierung einer eigenen Stelle sowie für einen Druckkostenzuschuss, der VolkswagenStiftung für die Gewährung eines Schumpeter-Fellowships. Die Drucklegung wurde weiterhin vom Profilbereich »Unternehmen – Recht, Innovation und Risiko« der Universität St. Gallen (HSG) finanziell unterstützt; meinen dortigen Kollegen, besonders Frau Prof. Dr. Isabelle Wildhaber, Herrn Prof. Dr. Florent Thouvenin und Herrn Prof. Dr. Peter Hettich, danke ich zudem für Zuspruch und Geduld während der Endphase dieser Arbeit.

Als unerwartet glückliche Fügung erwies sich die Tatsache, dass parallel zu dieser Arbeit weitere Monographien mit ähnlicher Stoßrichtung entstanden (vgl. nur Nachw. § 3 Fn. 151). Statt erdrückender Konkurrenz entwickelte sich daraus ein fruchtbarer wissenschaftlicher Dialog, von dem ich viel profitiert habe. Entsprechender Dank gilt vor allem den Teilnehmern des Kolloquiums »Regelbildung, Regelungstechnik und Regelwirkung«, das Ende Juli 2009 am Bonner Max-Planck-Institut für Gemeinschaftsgüter stattfand, besonders meinen beiden Mitveranstaltern, Herrn Prof. Dr. Jens-Hinrich Binder und Herrn Dr. Emanuel Towfigh. Über diese Veranstaltung hinaus verdanke ich namentlich Herrn Prof. Dr. Lorenz Kähler zahlreiche Anregungen. Wertvolle Gedankenanstöße, für die ich mich gleichermaßen herzlich bedanke, erhielt ich zudem von den Mitsreitern im DFG-Netzwerk »Private Macht und privatrechtliche Gestaltungsfreiheit«, von den Teilnehmern der Nachwuchskonferenz des Exzellenzclusters »Normative Ordnungen« Ende Oktober 2009 an der Universität Frankfurt am Main, aus dem Kreis des Habilitandenworkshops im November 2008 an der Universität Heidelberg, und nicht zuletzt aus der Runde der Schüler von Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst-Joachim Mestmäcker, vor denen ich

im April 2008 in Florenz erste Forschungsergebnisse vortragen durfte. Bei aller fachlichen Unterstützung gehen verbleibende Ungereimtheiten gleichwohl stets zu meinen eigenen Lasten.

Den größten Dank schulde ich zu guter Letzt meiner Familie und vor allem meiner Frau, ohne deren (Un-)Geduld, Verständnis und Unterstützung diese Habilitation niemals zu einem guten Ende gekommen wäre. Gewidmet ist die Arbeit ihr und unserem kleinen Sohn August, der sich glücklich schätzen kann, dass er erst ein paar Tage nach Ersteinreichung zur Welt kam: Dadurch blieb Dir so einiges erspart.

München/St. Gallen, im Sommer 2011

Florian Möslein

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
I. Ausgangspunkt	1
II. Untersuchungsperspektiven	2
III. Gang der Untersuchung	4
1. Teil: Rechtstheoretische Grundlegung	7
§ 1 <i>Einordnung des Untersuchungsgegenstandes</i>	9
I. Begriffliche Einordnung	9
II. Systematische Einordnung	12
III. Funktionale Einordnung	31
§ 2 <i>Dipolarität dispositiven Rechts</i>	43
I. <i>Dispositives</i> Recht als Spielraum privater Autonomie	45
II. <i>Dispositives Recht</i> als Ausdruck heteronomer Regelungsgewalt	69
§ 3 <i>Governance durch dispositives Recht</i>	120
I. Dynamik dispositiver Regelbildung	120
II. <i>Dispositives Recht</i> als Koordinationsmechanismus	129
III. Governance und Regelsetzungslehre	147
§ 4 <i>Zusammenfassung</i>	151
2. Teil: Perspektive der Regeladressaten: Disposition über dispositives Recht	159
§ 5 <i>Dispositionsspielraum</i>	161
I. Einordnung der Dispositionsgrenzen und -voraussetzungen	162
II. Materielle Dispositionsgrenzen	186
III. Prozedurale Dispositionsvoraussetzungen	217
§ 6 <i>Dispositionsverhalten</i>	265
I. Grundmodelle menschlichen Dispositionsverhaltens	267
II. Determinanten individuellen Dispositionsverhaltens	301
III. Pluralität der Regeladressaten	321

§ 7 Zusammenfassung	327
3. Teil: Perspektive der Regelsetzer: Regelung durch dispositives Recht	335
§ 8 Regelungsspielraum	337
I. Regelungsebene	339
II. Regelungsbedarf	372
III. Regelungszuschnitt	382
IV. Regelerzeugung	409
V. Rechtsanwendung	426
§ 9 Regelungsstrategie	438
I. Regelungsstrategische Herausforderungen	441
II. Ein »Regelungs-Wiki« als Zukunftsperspektive?	466
§ 10 Zusammenfassung	473
Schlußbemerkung	481
I. Zwecke	481
II. Strukturen	482
III. Methoden	483
Literaturverzeichnis	485
Namenregister	625
Sachregister	627

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	XI
Einleitung	1
I. Ausgangspunkt	1
II. Untersuchungsperspektiven.	2
III. Gang der Untersuchung	4
1. Teil: Rechtstheoretische Grundlegung	7
§ 1 <i>Einordnung des Untersuchungsgegenstandes.</i>	9
I. Begriffliche Einordnung.	9
II. Systematische Einordnung	12
1. Dispositives Recht in der Rechtsordnung	12
2. Dispositives Recht im Privatrecht	16
a) Bedeutung	17
b) Bestandsaufnahme	19
aa) Sachenrecht	20
bb) Erb- und Familienrecht	21
cc) Gesellschaftsrecht	22
dd) Vertragsrecht	24
3. Dispositives Recht in Markt und Verband	29
III. Funktionale Einordnung	31
1. Ordnungsfunktion	33
2. Kontrollfunktion	35
3. Steuerungsfunktion.	38

§ 2 Dipolarität dispositiven Rechts	43
I. <i>Dispositives</i> Recht als Spielraum privater Autonomie	45
1. Selbstbestimmung.	46
a) Wahlfreiheit	49
b) Dispositionsfreiheit	53
aa) Einordnung	53
bb) Bewertung.	54
2. Selbstbindung	57
a) Geltungsgrund.	58
b) Wirkung	62
aa) Reichweite.	62
bb) Regelungswirkung	64
cc) Norm- und Rechtswirkung?	65
II. <i>Dispositives Recht</i> als Ausdruck heteronomer Regelungsgewalt	69
1. Anwendungsregel	70
a) Heteronome Geltung	71
aa) Zwang (zumindest) zur Abbedingung	71
bb) Autonome Einwahl?	72
cc) Rechtsqualität.	74
b) Subsidiäre Geltung	77
aa) Konkurrenzregel	78
(1) Anforderungen an abweichende Vereinbarungen	79
(2) Bestandskraft dispositiven Rechts	82
bb) Kompetenzregel	86
2. Inhaltsregel	89
a) Simulation des autonomen Privatwillens	91
aa) Begründung.	92
(1) Indifferenz	92
(2) Effizienz	93
(3) Richtigkeit	94
bb) Durchführung	96
(1) Simulation spontaner Ordnung?	96
(2) Determinanten optimierter Simulation	99
b) Statuierung heteronomer Regelungsinhalte	102
aa) Begründung.	102
(1) Legitimation von Regeln	103
(2) Vertrauen der Regeladressaten	106
bb) Durchführung	108
(1) Leitlinie.	108
(a) Gemeinwohl und öffentliches Interesse	109
(b) Gerechtigkeit.	111
(2) Spannungsverhältnis	116

§3 Governance durch dispositives Recht	120
I. Dynamik dispositiver Regelbildung	120
1. Das Unschärfedilemma dispositiven Rechts	120
2. Komplexe Ordnung.	122
a) Rückkoppelung als Untersuchungsgegenstand.	122
b) Grenzen statischen Ordnungsdenkens	123
c) Ordnungsmuster in dynamischen Systemen	125
3. Evolution dispositiver Regeln	126
II. Dispositives Recht als Koordinationsmechanismus	129
1. Recht als Steuerungsinstrument	129
a) Steuerung im öffentlichen Recht.	130
b) Steuerung im Privatrecht	132
c) Steuerung in wirtschaftsrechtlicher Perspektive	133
2. Von interventionistischer Steuerung zu koordinierender Governance	135
3. Dispositives Recht aus Governance-Perspektive	137
a) Komplementarität	138
b) Einordnung	141
aa) Corporate Governance und Contract Governance	142
bb) Public Governance und Private Governance	144
III. Governance und Regelsetzungslehre.	147
§4 Zusammenfassung	151
2. Teil: Perspektive der Regeladressaten: Disposition über dispositives Recht	159
§5 Dispositionsspielraum	161
I. Einordnung der Dispositionsgrenzen und -voraussetzungen	162
1. Systematisierung	162
2. Begründung	164
a) Drittschutz.	165
b) Beteiligenschutz	168
c) Funktionsschutz.	172
3. Qualifikation	175
a) Grammatikalische Auslegung	175
b) Historische Auslegung	176
c) Systematische Auslegung	177

d) Teleologische Auslegung	179
4. Abgrenzung	180
a) Kontrahierungszwang	180
b) Gleichbehandlungspflicht	182
c) Typenzwang	184
II. Materielle Dispositionsgrenzen.	186
1. Systematisierung	186
2. Absolute Schranken	187
a) Durchsetzungsintensität	188
aa) Rechtsfolgen	189
bb) Mechanismus der Rechtsdurchsetzung	192
cc) Disponibilität bereits entstandener Rechte	193
b) Geltungsanspruch.	196
aa) Abwahl	197
bb) Ausgestaltung	199
cc) Abweichung	201
(1) Inhaltlich beschränkte Abweichung (»Halbzwingendes Recht«)	202
(2) Abweichung unter prozeduralen Kautelen	205
3. Relative Schranken	208
a) Regelungsspezifische Kompensationsprüfung.	209
b) Genereller Äquivalenzabgleich (Inhaltskontrolle).	212
4. Dynamische Wandlungsfähigkeit inhaltlicher Schranken	216
III. Prozedurale Dispositionsvoraussetzungen	217
1. Grundsatz- und Querschnittsfragen	218
a) Wirkungintensität	218
b) Spezifität	220
c) Abdingbarkeit	223
d) Systematisierung	226
2. Dispositionsmechanismen	227
a) Disposition durch Individualentscheidung.	229
aa) Abgrenzung	230
bb) Anwendungsfelder	230
b) Disposition durch Konsens	234
aa) Konsens der Regeladressaten	234
bb) Konsens in kollektiven Normenverträgen	237
c) Disposition durch Mehrheitsentscheid	242
aa) Beschluss	242
bb) Verbreitete Übung	246
3. Verfahrensförmiger Ablauf der Disposition	249
a) Zeitpunkt	250

b) Form	252
c) Verhandlungsverfahren	256
4. Qualitative Anforderungen an die Disposition	259
§ 6 Dispositionsverhalten	265
I. Grundmodelle menschlichen Dispositionsverhaltens	267
1. Konzeptionelle Anforderungen	267
a) Normativität rechtlicher Menschenbilder	267
b) Erforderlichkeit realitätsnaher Analyseinstrumente	269
c) Auswahl zweier Verhaltensmodelle	270
2. Zweckrationalität des homo oeconomicus	272
a) Modellannahmen	272
aa) Handlungsrestriktionen	273
bb) Präferenzen	274
cc) (Erwartungs-)Nutzenmaximierung	276
b) Dispositionsneigung	278
3. Wertrationalität des homo sociologicus	282
a) Modellannahmen	283
aa) Soziale Umgebung	285
bb) Einbettung	288
cc) (Erwartungsstabilisierende) Normorientierung	290
b) Dispositionsscheu	293
4. Bewertung	298
II. Determinanten individuellen Dispositionsverhaltens	301
1. Transaktionskosten	302
a) Such- und Informationskosten	303
b) Verhandlungs- und Entscheidungskosten	305
c) Überwachungs- und Durchsetzungskosten	307
2. Unwissenheit	308
a) Prinzipielle Unvorhersehbarkeit künftiger Ereignisse	309
b) Kognitive Beschränkung auf zentrale Entscheidungsparameter.	310
c) Adaptives Dispositionsverhalten in »Default Hierarchies«	312
3. Präferenzautonomie.	314
a) Präferenzbildung	315
b) Präferenzordnung.	319
III. Pluralität der Regeladressaten	321
1. Besonderheiten kollektiven Dispositionsverhaltens	321
2. Asymmetrien unter den Regeladressaten	323

§ 7 Zusammenfassung	327
3. Teil: Perspektive der Regelsetzer: Regelung durch dispositives Recht	335
§ 8 Regelungsspielraum	337
I. Regelungsebene.	339
1. Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes	340
a) Kompetenztitel	340
aa) Bürgerliches Recht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG)	341
bb) Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG)	342
cc) Arbeitsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG)	344
b) Rangverhältnis.	344
aa) Vorrang des Bundesgesetzgebers (Art. 72 Abs. 1 GG)	344
bb) Erforderlichkeitsklausel (Art. 72 Abs. 2 GG)	347
2. Geteilte Rechtsetzungszuständigkeit der Europäischen Union	349
a) Allgemeine Grundsätze.	351
b) Privatrechtsrelevante Kompetenznormen	353
aa) Bereichsspezifische Normen (Artt. 50 Abs. 2 lit. g), 169 Abs. 2 lit. b) AEUV)	353
bb) Binnenmarktfinale Normen (Artt. 114f. AEUV)	355
cc) Abrundungsklausel (Art. 352 AEUV)	359
c) Finalstruktur und Zielverbindlichkeit	362
d) Zuständigkeitsabgrenzung	364
aa) Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EUV)	365
bb) Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 4 EUV)	366
3. Rechtsetzungsbefugnis auf internationaler Ebene?	369
II. Regelungsbedarf	372
1. Verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte	372
2. Einrichtungsgarantie der Privatautonomie	374
3. Staatliche Infrastrukturverantwortung für Ergänzungs- mechanismen	377
III. Regelungszuschnitt	382
1. Begrenzung durch Grundrechte	382
a) Grundrechtseingriff durch staatliche Gesetzgebung	383
b) Gebot des Schutzes vor (ausbleibender) Abbedingung	385
c) Abstufung des Ermessensspielraums	387
aa) Materielle Konsensfähigkeit.	390

(1) Ausgestaltung	390
(2) Eingriff	391
(3) Eingriffsäquivalent	392
bb) Dispositionswahrscheinlichkeit.	393
(1) Dispositionsspielraum.	394
(2) Dispositionsverhalten	395
cc) Intensitäten der Verhältnismäßigkeitskontrolle	396
(1) Übermaßverbot	396
(2) Untermaßverbot	397
2. Begrenzung durch Grundfreiheiten.	398
a) Schutzbereich	399
aa) Grenzüberschreitender Bezug	400
bb) Marktbezug.	400
b) Behinderungswirkung	401
aa) Wirkungsintensität.	401
bb) Wirkungsrichtung	405
c) Verhältnismäßigkeitskontrolle.	407
IV. Regelerzeugung	409
1. Tableau der Erzeugungsmodi	410
a) Staatliche Regelgeber	410
b) Private Regelgeber.	412
2. Konstitutionelle Rahmenbedingungen	415
a) Subsidiaritätsprinzip	415
b) Demokratieprinzip	417
aa) Legitimationserfordernis	418
bb) Wesentlichkeitsvorbehalt	420
c) Rechtsstaatsprinzip	422
aa) Bindung an Recht und Gesetz.	422
bb) Bestimmtheit und Normklarheit	423
V. Rechtsanwendung	426
1. Bestimmung der Regelungsintensität (Qualifikation).	427
2. Bestimmung des Regelungsinhalts	430
a) Auslegung dispositiven Rechts.	430
b) Fortbildung dispositiven Rechts.	433
§ 9 <i>Regelungsstrategie</i>	438
I. Regelungsstrategische Herausforderungen	441
1. Innovation	441
a) Phänomen	441
b) Auswirkungen.	443

c) Anpassungsbedarf	447
2. Globalisierung	450
a) Phänomen	450
b) Auswirkungen	451
c) Aufbereitungsbedarf	454
3. Entstaatlichung	458
a) Phänomen	458
b) Auswirkungen	460
c) Einbindungsbedarf	463
II. Ein »Regelungs-Wiki« als Zukunftsperspektive?	466
1. Entwicklungs Offenheit von Regelungswissen	467
2. Wertungs- und Gestaltungsfragen	469
3. Fortentwicklung der Kodifikationsidee im Informations- zeitalter	471
§ 10 Zusammenfassung	473
Schlußbemerkung	481
I. Zwecke	481
II. Strukturen	482
III. Methoden	483
Literaturverzeichnis	485
Namensregister	625
Sachregister	627

Einleitung

Dispositives Recht bildet ein unterschätztes Herzstück des geltenden Privatrechts. Statt bestimmtes Verhalten hoheitlich zu erzwingen, eröffnet es Privaten die Möglichkeit, abweichende Vereinbarungen zu treffen¹. Es beansprucht mithin nur dann Geltung, wenn privatautonom nichts anderes vereinbart ist. Dass die Erzeugung der für privatrechtliche Beziehungen maßgeblichen, rechtlich verbindlichen Regeln auf diese Weise zwischen Staat und Privaten aufgeteilt ist, dass sich dispositives Recht deshalb aus zwei ganz unterschiedlichen Quellen speist, zählt man zu Recht zu den »genialen Eigenschaften« unserer Privatrechtsordnung.¹ Dispositives Recht lässt Privatautonomie und Vertragsfreiheit nicht nur zu, sondern fördert und ermöglicht sie. Die Regelungstechnik bildet deshalb einen tragenden Pfeiler der Privatrechtsgesellschaft, zu deren Markenzeichen nicht hierarchisch-hoheitliche Strukturen, sondern ein hohes Maß an Gleichordnung, private Gestaltungsfreiheit und Selbstverantwortung gehören.²

I. Ausgangspunkt

Das Privatrecht befindet sich derzeit in einer Phase des Umbruchs. Europäische und supranationale Regelwerke treten in Konkurrenz zu den nationalen Kodizes, die auch untereinander immer stärker im Wettbewerb stehen. In Zeiten der Kodifikation wächst das Interesse an Regelungstechniken, Regelungsinstrumenten und Regelungsstrategien; entsprechend entstanden die wenigen übergreifenden Arbeiten, die es bislang zum dispositiven Recht gibt, in jeweils engem zeitlichen Zusammenhang zu den großen vertrags- und gesellschaftsrechtlichen Kodifikationsvorhaben.³ Ähnlich tief greifende Reformprojekte

¹ Zöllner, NZA 2006, 99, 99; vgl. ferner, allerdings breiter: K. Schmidt, in: Murakami/Maruschke u. a. (Hrsg.), Globalisierung und Recht, 2007, 153, 168 f. (»Alles Recht – jedenfalls alles Privatrecht – speist sich aus zwei Quellen: aus dem rechtspolitischen Willen des mit Normsetzungsbefugnis ausgestatten Gesetzgebers und aus dem Rechtsgeltungswillen der Rechtsgemeinschaft«).

² Dazu umfassend die Beiträge in *Riesenhuber* (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007.

³ Nachw. unten, § 3 Fn. 156 f.

stehen auch heute wieder auf der rechtspolitischen, nunmehr vor allem europäischen Agenda.

Während durch neue Regelwerke und Regelungswettbewerb die Wahlfreiheit der Regeladressaten wächst, gewinnt umgekehrt auch die Frage nach Steuerungsfähigkeit und -funktionen des Privatrechts an Bedeutung. Besonders die globale Finanzkrise führte die Gefahren unregelter Märkte deutlich vor Augen.⁴ Ordnung und Steuerung lassen sich jedoch nur begrenzt durch zwingendes Privatrecht erreichen, weil der Gesetzgeber ansonsten die Privatrechtsgesellschaft in Frage stellen und zugleich die eigene Rechtsordnung im internationalen Vergleich unattraktiv machen würde. Umso mehr gilt es, die Wirkungsweise und Wirkkraft eines Regelungsinstruments mit denkbar geringer Eingriffsintensität zu erkennen und auszuloten: Dispositives Recht ist abdingbar, gilt aber kraft hoheitlicher Anordnung subsidiär; es lässt Raum für privatautonome Gestaltung, entspricht aber nicht notwendig dem Willen der Regeladressaten. In diesem Spannungsfeld zwischen privatautonomer und hoheitlicher Gestaltungsmacht liegt der Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung.

II. Untersuchungsperspektiven

Der Blick richtet sich zunächst auf den »Zweck im dispositiven Recht«:⁵ Welchen Aufgaben vermag dieses Regelungsinstrument zu dienen? Beabsichtigt es lediglich die Ergänzung privater Abreden oder zielt es auch auf die Steuerung privaten Verhaltens? Der Begriff des Zwecks wird traditionell nicht auf Regeln, Instrumente oder Systeme bezogen, sondern auf menschliches Handeln.⁶ Hinter jedem Regelungsinstrument stecken in der Tat menschliche Akteure, so dass die Frage nach deren Zweck in Wahrheit menschlichem Handeln gilt: Welche der genannten Zwecke kann der Gesetzgeber mit dispositiven Regeln erreichen; welche Zwecke verfolgen umgekehrt die privaten Regeladressaten, wenn sie dispositive Regeln abbedingen oder beibehalten? Beide Fragen hängen eng miteinander zusammen. Sie lassen sich nur beantworten, wenn man die Handlungsrationitäten aller beteiligten Akteure bedenkt, jene der Regelgeber, aber eben auch jene der Regeladressaten. Eine zweckorientierte Untersuchung des dispositiven Rechts muss somit vor allem die Handlungsrationitäten der beteiligten Akteure in den Blick nehmen; sie muss sich insoweit auf Verhaltensmodelle stützen, wie sie vor allem von den ökonomischen und soziologischen Nachbarwissenschaften angeboten werden.

⁴ Vgl. statt aller *Grundmann/Chr. Hofmann/F. Möslin*, in: diess. (Hrsg.), *Finanzkrise und Wirtschaftsordnung*, 2009, 1.

⁵ In Anlehnung an *v. Jhering*, *Der Zweck im Recht*, 1877.

⁶ Vgl. jedoch *Luhmann*, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, 1968.

Handlungsrationalitäten hängen ihrerseits von den Strukturen ab, innerhalb derer die fraglichen Akteure entscheiden. Dass Handlungsrationalitäten und Regelungsstrukturen in engem Zusammenhang stehen, wird heute vor allem in der Governance-Literatur betont:⁷ Private Verhandlungen erfolgen im »Schatten des Rechts«; sie werden von den Regelungsstrukturen beeinflusst, die der Gesetzgeber als rechtliche Infrastruktur auch in Form dispositiver Regeln bereit stellt. Umgekehrt können dispositive Regeln nur im »Schatten der Abbedingung« erlassen werden.⁸ Ist ihr materieller Gehalt für die Regeladressaten zu unattraktiv, werden diese Regeln nämlich abbedungen und sie verlieren ihre Bedeutung. Zugleich agiert der Normgeber innerhalb höherrangiger Strukturen; er kann dispositives Recht nur in dem Rahmen erlassen, den ihm insbesondere das Verfassungsrecht vorgibt. Wenn sich Handlungsrationalitäten nur mit Blick auf Regelungsstrukturen untersuchen lassen, sind deshalb neben den privatrechtlichen Regelungsstrukturen auch jene des höherrangigen Verfassungsrechts sowie der Europarechts zu bedenken.

Das Bindeglied zwischen Zwecken und Strukturen bilden die Methoden. Methodenfragen rechtsdogmatischer Art stellen sich naturgemäß bei der Anwendung dispositiven Rechts, bei dessen Auslegung und Fortbildung. Daneben geht es jedoch auch bei der Abbedingung selbst um Methoden, wenn etwa gefragt wird, auf welche Art und Weise eine bestimmte dispositive Regel von den Regeladressaten abbedungen werden kann. Die Methoden der Abbedingung erweisen sich bei näherem Hinsehen als ausgesprochen vielfältig und vielschichtig. Umgekehrt geht es auch bei der Normgebung um methodische Überlegungen, beispielsweise um die Fragen, ob dispositives Recht gesetzlich kodifiziert oder durch die Rechtsprechung entwickelt werden soll, in welcher inhaltlichen Detailgenauigkeit es zu formulieren ist und welchen formellen und prozeduralen Anforderungen es genügen muss. Methoden gewinnen zusätzlich an Bedeutung, weil sich das Umfeld des dispositiven Rechts als zunehmend dynamisch erweist: Innovation, Globalisierung und Entstaatlichung stellen das Regelungsinstrument vor neue und große Herausforderungen; geeignete Regelungsstrategien lassen sich jedoch nur mit Hilfe geeigneter Methoden der Normsetzung und –anwendung entwickeln. Bei der Entwicklung, Abbedingung und Anwendung dispositiven Rechts stellen sich folglich auch Methodenfragen; sie betreffen neben der Rechtsdogmatik auch die Rechtstheorie, -soziologie und -ökonomik.

⁷ Anschaulich vor allem *Franzius*, *VerwArch* 97 (2006), 186.

⁸ Zum Bild des Schattens näher *Riesenhuber*, FS Hopt 2010, 1225; vgl. außerdem Nachw. § 1 Fn. 37 (»Schatten der Hierarchie«), § 1 Fn. 133 (»Schatten der Anarchie«) und § 3 Fn. 101 (»Schatten der default rule«).

III. Gang der Untersuchung

Die Wirkkraft dispositiven Rechts hängt maßgeblich vom Wechselspiel zwischen Regelgeber und Regeladressaten ab. An diesem Zweiklang orientiert sich der Aufbau der vorliegenden Arbeit. Die Gliederung weist entsprechend zwei Hauptteile auf, denen ein einführender Abschnitt vorangestellt ist.

Dieser grundlegende Einführungsteil erläutert und beschreibt vor allem den hybriden Charakter dispositiver Regeln, die von den Regeladressaten abbedungen werden können, aber gleichwohl hoheitlich gesetztes Recht verkörpern. Nach einer begrifflichen, systematischen und funktionalen Einordnung des Regelungsinstruments (§ 1) wird aus rechtstheoretischer Perspektive analysiert, dass dispositive Regeln Spielräume privater Autonomie eröffnen, zugleich aber auch Ausdruck heteronomer Regelungsgewalt sind: Die Abbedingung lässt sich zurückführen auf Selbstbestimmung und Selbstbindung. Auf Ebene der dispositiven Regelung selbst ist hingegen zwischen deren Geltungsanspruch und dem Regelungsinhalt zu unterscheiden (§ 2). Der Geltungsanspruch lässt sich als heteronom und subsidiär beschreiben, der Regelungsinhalt kann dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen oder aber heteronome Regelungsziele statuieren. Um das Wechselspiel zwischen Regelgeber und Regeladressaten zu untersuchen, das sich aus den beiden Polen privater Disposition und hoheitlicher Regelung ergibt, bietet sich die Governance-Perspektive an. Was sich hinter dieser Perspektive verbirgt, wird am Ende des Einführungsteils erläutert (§ 3).

Der zweite Teil gilt dann der Perspektive der Regeladressaten, und damit der Disposition über dispositives Recht; während der dritte Teil der Perspektive der Regelgeber gewidmet ist, also der Regelung durch dispositives Recht. Beide Teile sind wiederum in zwei Unterabschnitte untergliedert. Der erste Unterabschnitt misst jeweils die Spielräume aus, die einerseits für die privatautonome Disposition, andererseits für die dispositive Regelsetzung offen stehen. Hier gilt das Augenmerk jeweils den Regelungsstrukturen, innerhalb derer abbedungen bzw. dispositives Recht erlassen werden darf: Einerseits geht es um Dispositionsvoraussetzungen und -grenzen (§ 5); andererseits um Regelungsebene, -bedarf und -zuschnitt, aber auch um Fragen der Erzeugung und Anwendung dispositiver Regeln (§ 8). In den zweiten Unterabschnitten der beiden Hauptteile geht es dann jeweils um Handlungsrationalitäten, nämlich um das Verhalten der Regeladressaten und Regelgeber innerhalb der maßgeblichen Regelungsstrukturen. Zum einen hängt die Wirkkraft dispositiver Regeln von der Frage ab, wie der Dispositionsspielraum von den Regeladressaten ausgenutzt wird. Die Erklärung dieses Dispositionsverhaltens erfordert den Rückgriff auf Verhaltensmodelle, wie sie vor allem in der ökonomischen und soziologischen Theorie entwickelt wurden (§ 6). Auf Ebene der Normsetzung hingegen geht es nicht primär um Verhaltensklärung, sondern um praktische Verhaltensvorschläge (§ 9): Wie sollte der Regelgeber auf die großen strategischen Herausfor-

derungen reagieren, vor denen das dispositive Recht heute steht? Aus Perspektive der Regelsetzungslehre interessiert vor allem, wie dispositive Regeln zweckmäßigerweise zu formulieren und zu gestalten sind, um jenen exogen vorgegebenen Herausforderungen zu genügen. Am Ende der Arbeit stehen deshalb die Erwägung, auf welche Art und Weise sich dispositives Recht künftig fortentwickeln ließe.

1. Teil

Rechtstheoretische Grundlegung

Um den dispositiven oder zwingenden Charakter einzelner Regelungsmaterien wird rechtspolitisch immer wieder heftig gerungen, sei es bei Reformvorhaben zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, zur Europäisierung des Vertragsrechts oder zu börsennotierten Gesellschaften.¹ Gleichwohl steht die dispositive Regelungstechnik selbst als Forschungsgegenstand in der deutschen Privatrechtsdiskussion eher im Hintergrund; sie wurde jedenfalls bis in die gegenwärtigen Jahre hinein nicht monographisch behandelt.² Im US-amerikanischen Schrifttum gilt die Auseinandersetzung um dispositives Recht hingegen als »most provocative debate in contemporary contract law scholarship«.³ Man ist sich dort allerdings durchaus auch der Herausforderungen bewusst, vor die das Thema die rechtswissenschaftliche Forschung stellt: »Choices between mandatory and default rules, and between tailored and untailored default rules push us to the limits of current theorizing on the law of contracts [...]. For the moment, »muddling through« may define our aspirational limits«.⁴

Um nicht in schlammigen Untiefen zu versinken, sondern das Terrain für die Untersuchung dispositiven Rechts zu befestigen, soll in diesem grundlegenden Teil der Arbeit zunächst versucht werden, den Untersuchungsgegenstand begrifflich, systematisch und funktional einzuordnen (unter § 1) und im Span-

¹ Vgl. nur aus den Gutachten zum (Deutschen bzw. Europäischen) Juristentag: *Kötz*, Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?, Gutachten zum 50. DJT, 1974, A 68 f.; *Lurger*, The Coherence of European Contract Law and the Common Frame of Reference Project, Gutachten zum 4. Europäischen Juristentag, 2008, 175, 178 f. und *Bayer*, Empfehlen sich besondere Regelungen für börsennotierte und für geschlossene Gesellschaften?, Gutachten zum 67. DJT, 2008, E27 – E 38.

² Ähnlich zur ökonomischen Diskussion dieser Regelungsstrategie: *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009), 37, 39 f. (»wenig erörtert«). Aus dem älteren Schrifttum vgl. vor allem: *Auerbach*, Dispositives Recht insbesondere des BGB, 1900; *Ehrlich*, Das zwingende und nicht-zwingende Recht im bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899 (Neudr. 1970); *Fröblich*, Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht, 1922; für das Gesellschaftsrecht, kaum jüngeren Datums *Laufke*, Die Handelsgesellschaften und das zwingende Recht, 1931; vgl. außerdem aus der Aufsatzliteratur: *Bülow*, AcP 64 (1881), 1; v. *Thudichum*, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 23 (1885), 148. Erst neuerdings erschien wieder eine einzelne Dissertation, die sich jedoch auf das Vertragsrecht konzentriert: *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, 2010.

³ *Cunningham*, Cardozo L. Rev. 16 (1995), 2225, 2225.

⁴ *Trebilcock*, The Limits of Freedom of Contract, 1993, 126.

nungsfeld von privater Autonomie und hoheitlicher Regelungsgewalt zu verorten (§2). Dabei wird sich zeigen, dass sich dispositives Recht als geradezu typisches Governance-Instrument begreifen lässt (§3).

§ 1 Einordnung des Untersuchungsgegenstandes

»Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.«
*Aemilius Papinianus*¹

I. Begriffliche Einordnung

Als Ausgangspunkt der begrifflichen Annäherung eignet sich die klassische Definition von *Windscheid*. Er verstand unter dispositivem Recht Rechtssätze, die es sich »gefallen [lassen], dass das betreffende Verhältnis durch Privatwillkür anders geordnet werde, und [...] nur dann zur Anwendung [kommen], wenn eine Ordnung des Verhältnisses durch Privatwillkür nicht vorliegt«. ² Es geht demnach um hoheitliche, nicht unbedingt gesetzliche Regelungen, die privatautonom abbedungen werden können und deshalb nur subsidiär zur Anwendung kommen, soweit eben nichts Abweichendes vereinbart wurde. ³ Dispositives Recht unterliegt, wie seine Bezeichnung schon sagt, rechtsgeschäftlicher Disposition. ⁴ Zugleich deutet die Umschreibung eine wichtige, aufgrund ihrer etatistischen Verwurzelung jedoch nicht unproblematische und in Randbereichen teils unscharfe Abgrenzung bereits an: Bei dispositivem Recht erfolgt die Regelsetzung hoheitlich, die (potentielle) Abbedingung hingegen privatautonom. ⁵ Der Begriff umfasst deshalb einerseits keine ausschließlich privat gesetzten Regeln. Diesen fehlt nämlich der subsidiäre Geltungsbefehl, der hoheitlich gesetztes dispositives Recht auszeichnet. Auch wenn rechtsgeschäftliche Vereinbarungen, etwa Verträge mit Anpassungsklauseln, spätere Abweichungen vom eigenen Regelungsgehalt erlauben, unterfallen sie deshalb nicht der obigen Definition dispositiven Rechts. ⁶ Umgekehrt gehören nicht alle modifizierbaren

¹ D. 2,14,38 (Papinian).

² *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl. 1887, 77 (§30); vgl. auch, teils kritisch: *Auerbach*, Dispositives Recht insbesondere des BGB, 1900, 9; *Bülow*, AcP 64 (1881), 1, 75 (mit zahlreichen Nachw. und Diskussion in Fn.46) sowie bereits *v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 1840, 57f.

³ *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 34 Rn. 48.

⁴ So etwa die Umschreibung von *Schapp*, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre, 1986, 58.

⁵ Zu dem Spannungsfeld, das sich hieraus ergibt, noch ausführlich unter § 2.

⁶ Ausführlich zum Formenreichtum solcher Gestaltungen: *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, 393–412. Für eine umfassendere Definition dispositiven Rechts vgl. jedoch *Kähler*,