

## 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</i> Recht 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 . . . . .	
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 Einordnung des Untersuchungsgegenstandes. . . . .	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. Dispositives 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. Dispositives <i>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 <i>Governance durch dispositives Recht</i> . . . . .	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 <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
1. Systematisierung . . . . .	162
2. Begründung . . . . .	164
a) Drittschutz. . . . .	165
b) Beteiligtenschutz . . . . .	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) Wirkungsintensität . . . . .	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. Entwicklungsoffenheit 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