

Inhaltsübersicht

Vorwort	v
Inhaltsverzeichnis	IX
Hinweise	XIX
A. Einleitung	1
I. Anlass der Untersuchung	1
II. Ziel und Grenzen der Untersuchung	3
III. Untersuchungsansatz	5
B. Charakterisierung des Phänomens „dispositives Recht“ ...	9
I. Determinierung des zugrunde gelegten Untersuchungsgegenstandes	9
II. Der deskriptive Befund der Systemkomplexität – Unzulänglichkeit der Dichotomie zwingenden und dispositiven Rechts?	75
III. Typologie der Funktionen dispositiven Rechts	107
C. Dispositives Recht als Grundrechtseingriff	155
I. Untersuchungsrelevante Vorfragen	155
II. Meinungsstand zur Grundrechtseingriffseigenschaft dispositiven Rechts	173
III. Analyse der Charakteristika dispositiven Rechts mit Blick auf deren Potential zur Begründung einer Grundrechtseingriffseigenschaft	188
D. Fazit	307

VIII	<i>Inhaltsübersicht</i>
E. Zusammenfassung in Thesen	309
Literaturverzeichnis	317
Register	357

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Hinweise	XIX
A. Einleitung	1
I. Anlass der Untersuchung	1
II. Ziel und Grenzen der Untersuchung	3
III. Untersuchungsansatz	5
B. Charakterisierung des Phänomens „dispositives Recht“	9
I. Determinierung des zugrunde gelegten Untersuchungsgegenstandes	9
1. Anforderungen an die Definition des Untersuchungsgegenstandes – Funktionsgebundenheit des Begriffs dispositiven Rechts?	9
2. „Recht“ als Gegenstand der Abbedingung	12
a) Festlegung einer Arbeitsdefinition	12
aa) Anforderungen an den Adressatenkreis	14
bb) Anforderungen an den Normgeber	15
b) Dispositives Recht als rechtsgebietsübergreifendes Phänomen	17
c) Verortung der Begriffe „Standardvorgabe“ und <i>soft law</i> im Verhältnis zum dispositiven Recht	25
aa) Verhältnis zum Begriff der „Standardvorgabe“	25
bb) Verhältnis zum Begriff des <i>soft law</i>	27
3. Analyse des Merkmals der Dispositivität – die Suche nach der <i>differentia specifica</i>	28
a) Abgrenzungserfordernis zu faktischer Abdingbarkeit	30
aa) Das Erfordernis des Bestehens einer Statusregel	31
bb) Begriffliche Einordnung des Abgrenzungskriteriums	35

b)	Anforderungen an den Abbedingungsakt	38
aa)	Erfordernis des Vorbehaltes einer konkreten alternativen Regelsetzung?	38
bb)	Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen bzw. privaten Willensäußerung?	39
(1)	Enges Verständnis des Abbedingungsaktes	39
(a)	Enges Verständnis des Rechtsgeschäftsbumiffs	42
(b)	Weites Verständnis des Rechtsgeschäftsbumiffs	43
(2)	Weites Verständnis des Abbedingungsaktes	43
(3)	Stellungnahme	44
cc)	Erfordernis der Kenntnis der dispositiven Rechtsnorm bzw. der Dispositivität einer Rechtsnorm	45
c)	Anforderungen an den Kreis der Abbedingungsberechtigten	46
aa)	„Abweichen“ durch den Normgeber mittels Rechtsänderung bzw. -aufhebung oder Anwendbarkeitsbeschränkung	46
(1)	Heteronomie als Wesensmerkmal dispositiven Rechts	46
(2)	Heteronomie dispositiven Vertragsrechts?	50
bb)	„Abweichen“ durch einen übergeordneten Normgeber	53
cc)	„Abweichen“ durch Gerichte und behördliche Rechtsbehelfs- oder Aufsichtsinstanzen	54
(1)	„Abweichen“ durch Auslegung, Normkonkretisierung und Rechtsfortbildung	54
(2)	„Abweichen“ durch Aufhebung oder Nichtanwendung von Normen	55
dd)	Genereller Ausschluss von Hoheitsträgern aus dem Kreis der Abbedingungsberechtigten?	56
d)	Anforderungen an das Bezugsobjekt der Abdingbarkeit	58
4.	Inkurs: Vermutungs- und Auslegungsregeln als dispositives Recht	63
a)	Begriffsklärung „widerlegliche Vermutungen“ und „Auslegungsregeln“	63
b)	Unterscheidung zwischen Auslegungsregeln und dispositivem (Vertrags-)Recht anhand des Kriteriums der Heteronomie	66
c)	Unterscheidung anhand funktioneller Unterschiede	68
d)	Unterscheidung anhand der Abbedingungsvoraussetzungen	69
e)	Keine Unterscheidung	70
f)	Abschließende Stellungnahme	70
5.	Synthese der Zwischenergebnisse zu einer Arbeitsdefinition	74
<i>II.</i>	<i>Der deskriptive Befund der Systemkomplexität – Unzulänglichkeit der Dichotomie zwingenden und dispositiven Rechts?</i>	75

1.	Abdingbarkeitsbeschränkende Normen	76
a)	Arten abdingbarkeitsbeschränkender Normen	76
aa)	Prozedural abdingbarkeitsbeschränkende Normen	76
(1)	Beschränkung des Kreises der Abbedingungsberechtigten	76
(2)	Zustimmungsabhängige Abbedingungen	78
(3)	Festlegung des Zeitpunkts der Abdingbarkeit	79
(4)	Besondere Publizitätsanforderungen an den Abbedingungsakt – insbesondere Mitteilungs-, Informations- und Begründungserfordernisse	80
(5)	Formerfordernisse	82
bb)	Materiell abdingbarkeitsbeschränkende Normen	83
b)	Effekte abdingbarkeitsbeschränkender Normen	85
c)	Bewertung durch einen Teil der Lehre	87
aa)	Einführung eines <i>tertium</i> neben dispositivem und zwingendem Recht	87
bb)	Abgestuftes Konzept verschiedener Dispositivitätsgrade	88
d)	Stellungnahme	89
aa)	Keine Aufgabe der Dichotomie, allerdings Berücksichtigungserfordernis	89
bb)	Perspektiverweiterung durch Berücksichtigung abbedingungserleichternder Normen	90
2.	Besondere Optionsmodelle	92
a)	Arten von Optionsmodellen	93
aa)	Zustimmungslösungen	93
(1)	Phänomenologische Beschreibung	93
(2)	Bewertung durch Teile der Lehre	95
(a)	Zustimmungslösungen als Unterfall dispositiven Rechts	95
(b)	Zustimmungslösungen im Sinne von „bedingbarem Recht“ als eigene Kategorie neben zwingendem und abdingbarem Recht	98
(c)	Sonderstellung aufgrund des unterschiedlichen Einflusses von Widerspruchslösungen und Zustimmungslösungen auf die Rezeption der Adressaten	101
(3)	Stellungnahme	101
bb)	Menü-Regelungen	102
cc)	Pflichtentscheidungen bzw. Regelungsaufträge	102
dd)	Kombinationsmodelle	103
b)	Bewertung der Optionsperspektive durch einen Teil der Lehre	104

c) Stellungnahme	105
3. Zwischenergebnis	107
III. Typologie der Funktionen dispositiven Rechts	107
1. Ersatzfunktion und implizite Geltungsanordnung hinsichtlich des Abbedingungsaktes	107
2. Entscheidungslast	111
a) Objektive Komponente	111
b) Subjektive Komponente	112
c) Steuerungsfunktion durch Entscheidungslast	115
3. Influzierende Wirkungen dispositiven Rechts	115
a) Beeinflussung des Entscheidungsverhaltens auf rational-argumentativer Ebene	116
aa) Steuerung durch den Vorteil der Abbedingung überwiegende Nachteile der Abbedingung	116
bb) Erhöhte Rechtssicherheit bei Beibehaltung des Regelungsgehaltes der dispositiven Norm	117
cc) Die Orientierungsfunktion dispositiven Rechts	118
(1) Leitbildfunktion – dispositives Recht als Gradmesser für rechtlich erlaubte Gestaltungen	118
(2) Dispositives Recht als Erfahrungs- und Erkenntnisspeicher	119
(3) Fazit	121
dd) Zwischenergebnis	122
b) Beeinflussung des Entscheidungsverhaltens auf verhaltenspsychologischer Ebene	123
aa) Verhaltenspsychologische Effekte mit möglichem Einfluss auf die Persistenzneigung dispositiven Rechts	125
(1) Besitzeffekt (<i>endowment effect</i>) und Status-quo-Verzerrung (<i>status quo bias</i>)	125
(2) Unterlassungsvorurteil (<i>omission bias</i>)	130
(3) Ankereffekt (<i>anchoring heuristic</i>)	131
(4) Verfügbarkeitsheuristik (<i>availability bias</i>)	132
(5) Überoptimismus (<i>over-optimism</i>)	133
(6) <i>Framing</i> -Effekt	133
(7) Normehaltungseffekt – zugleich zur Frage längerfristiger Präferenzbeeinflussung bis hin zur Formung sozialer Normen durch dispositives Recht	135
(8) Zwischenergebnis	136
bb) Möglichkeit der Eliminierung der verhaltenspsychologischen Effekte durch sog. <i>debiasing</i> ?	137
(1) <i>Debiasing</i> durch gezielte Aufklärung	138

(2) <i>Debiasing</i> durch offene Formulierung dispositiven Rechts	138
(3) Zwischenergebnis	139
cc) Zwischenergebnis	139
c) Zwischenergebnis	141
4. Servicefunktion bzw. Entlastungsfunktion	141
5. Abbedingungslast	143
a) Objektive Komponente der Abbedingungslast	143
b) Subjektive Komponente der Abbedingungslast	145
6. Informationsforcierende Wirkung	146
a) Warnfunktion abdingbaren Vertragsrechts	146
b) <i>Penalty default rules</i>	147
c) Nutzungspotential der informationsforcierenden Wirkung jenseits von <i>penalty default rules</i>	150
7. Fazit	152
 C. Dispositives Recht als Grundrechtseingriff	155
I. <i>Untersuchungsrelevante Vorfragen</i>	155
1. Terminologische Klärung des im Folgenden verwendeten Begriffs „Grundrechtseingriff“	155
2. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes durch verfassungsrechtliche Vorgaben zur Grundrechtsbindung	157
a) Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers	157
aa) Meinungsstand der Befürworter einer Beschränkung der Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers	157
(1) Meinungsspektrum	158
(2) Hauptargumente für eine Beschränkung der Grundrechtsbindung	159
bb) Stellungnahme	160
b) Grundrechtsbindung privater Rechtsetzer	166
aa) Die Grundrechtsbindung von Tarifvertragsparteien	167
bb) Resümee mit Blick auf die Grundrechtsbindung privater Rechtsetzer	172
II. <i>Meinungsstand zur Grundrechtseingriffseigenschaft dispositiven Rechts</i>	173
1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Eingriffsqualität von dispositivem Recht	173
a) Weitgehend unkommentierte Unterstellung der Eingriffseigenschaft	173
b) Nichtansprechen der Möglichkeit einer freiheitsgrundrechtlichen Relevanz	174

c) Zweifel an der Eingriffseigenschaft	175
d) Vermeidung einer eindeutigen materiellrechtlichen Aussage	175
e) Differenzierende Ansätze	176
aa) Rechtsprechung zur Verfassungsmäßigkeit der Betragsrahmengebühren für Anwälte in sozialgerichtlichen Verfahren	177
bb) Rechtsprechung zur Verfassungsmäßigkeit der Begrenzung der gesetzlichen Anwaltsvergütung in Verfahren mit besonders hohen Streitwerten	178
f) Zwischenergebnis	181
2. Meinungsstand im Schrifttum zur Eingriffsqualität von dispositivem Recht	184
a) Ablehnung der Eingriffsqualität	184
b) (Partielle) Befürwortung der Eingriffsqualität	188
<i>III. Analyse der Charakteristika dispositiven Rechts mit Blick auf deren Potential zur Begründung einer Grundrechtseingriffseigenschaft</i>	188
1. Grundrechtseingriffseigenschaft infolge der Ersatzfunktion und der impliziten Geltungsanordnung hinsichtlich des Abbedingungsaktes	189
a) Anwendbarkeit des sogenannten „klassischen“ Eingriffsbegriffs“ auf dispositives Recht	189
aa) Anwendbarkeit der Merkmale der Rechtsförmlichkeit, der Unmittelbarkeit und der Finalität	190
bb) Fraglichkeit der Anwendbarkeit des Merkmals der Imperativität	191
cc) Zur Relevanz des Kenntnisstandes für die Anwendbarkeit des „klassischen“ Eingriffsbegriffs auf dispositives Recht	197
(1) Differenzierende Betrachtung nach Cremer	197
(2) Stellungnahme	199
dd) Zwischenergebnis	205
b) Grundrechtseingriffsqualität aufgrund von Heteronomie	205
aa) Heteronomie dispositiven (Vertrags-)Rechts als Ausgangspunkt der Betrachtung	205
bb) Keine Neutralisierung der Heteronomie durch einen Grundrechtsverzicht	207
cc) Heteronomie als notwendige, jedoch nicht hinreichende Bedingung für die Grundrechtseingriffseigenschaft	212
c) Abhängigkeit der Eingriffsqualität von dem hypothetischen oder tatsächlichen Konsens der Regelungsadressaten	214
aa) Kernaussagen	214

(1) Grundansatz	214
(2) Gradmesser für die hypothetische Konsensfähigkeit	215
(a) Materielle Konsensfähigkeit	215
(b) Dispositionswahrscheinlichkeit	216
bb) Stellungnahme	217
(1) Kritik an der Grundkonzeption	217
(2) Weiterführende Überlegungen	223
d) Eingriffsqualität im Zusammenhang mit der Geltungsanordnung hinsichtlich der Abbedingung – zugleich zur Grundsatzfrage nach der Eingriffsqualität einer grundrechtsbeeinträchtigenden privat gesetzten Norm infolge staatlicher Geltungsanordnung	224
aa) Kein Grundrechtseingriff bei mit der Geltungsanordnung verbundener bloßer Duldung der Störung grundrechtlich geschützter Güter	225
bb) Eingriffseigenschaft infolge einer mit der Geltungsanordnung hinsichtlich der abbedingenden Regelung verbundenen Bindungswirkung	229
e) Zwischenergebnis	232
2. Grundrechtseingriffseigenschaft infolge der Entscheidungslast	233
a) Bestimmung des möglicherweise betroffenen grundrechtlichen Schutzbereichs	233
b) Eingriff infolge von Entscheidungslast?	236
3. Grundrechtseingriffseigenschaft infolge influenzierender Wirkungen dispositiven Rechts	239
a) Finale Willensbeeinflussung als hinreichende Bedingung für Grundrechtseingriffe?	240
b) Unmittelbarer Grundrechtseingriff infolge influenzierender Wirkungen dispositiven Rechts	242
aa) Garantie der Menschenwürde als absolute Grenze manipulativen Verhaltens	242
bb) Anforderungen an unterhalb der Schwelle der Menschenunwürdigkeit liegende Eingriffe in die Willensentschließungsfreiheit	244
(1) Erfordernis einer Erheblichkeitsschwelle	244
(2) Imperativähnlichkeit als maßgebliches Kriterium für die Begründung von Grundrechtseingriffen in die Willensentschließungsfreiheit	246
(3) Zur Praktikabilität des Kriteriums der Imperativähnlichkeit	249
cc) Anwendung des Kriteriums der Imperativähnlichkeit	257
(1) Schlussfolgerungen im Hinblick auf die verhaltenspsychologischen Effekte dispositiven Rechts	258

(2) Schlussfolgerungen im Hinblick auf die rational-argumentativen Effekte dispositiven Rechts	259
dd) Zwischenergebnis	261
c) Mittelbarer Grundrechtseingriff infolge influenzierender Wirkungen dispositiven Rechts	261
aa) Kriterium des in Zielrichtung und Wirkung funktionalen Äquivalents	263
bb) Weiter moderner Eingriffsbegrieff	266
cc) Anwendung des Kriteriums der Imperativähnlichkeit ...	267
4. Grundrechtseingriffseigenschaft vor dem Hintergrund der Servicefunktion – der Unvermeidbarkeitseinwand	273
a) Der Unvermeidbarkeitseinwand	273
b) Eingriffseigenschaft durch Servicefunktion	275
5. Grundrechtseingriffseigenschaft infolge der Abbedingungslast	276
a) Grundrechtsbetroffenheit aufgrund einer durch Abdingbarkeitsbeschränkungen erhöhten Abbedingungslast – zugleich zum Einfluss der Rechtsfigur des additiven Grundrechtseingriffs auf den Eingriffsbegrieff	276
aa) Erweiterung des Eingriffsbegriiffs	280
bb) Bejahung der Eingriffseigenschaft einer Einzelmaßnahme infolge einer Gesamtbetrachtung der Intensitätssteigerung infolge einer Belastungskumulation	292
(1) Grundsätzliche Anerkennung einer Intensitätssteigerung durch Belastungskumulationen	292
(2) Intensität als Kriterium für den Eingriffsbegrieff?	297
cc) Fazit	300
b) Grundrechtsbetroffenheit infolge einfacher Abbedingungslast	300
c) Grundrechtsbetroffenheit aufgrund der Abbedingungslast, allerdings nur bei Nichtabbildung „vor- oder außerrechtlicher Freiheiten“	302
d) Zwischenergebnis	304
6. Grundrechtseingriff infolge informationsforcierender Wirkung	304
D. Fazit	307
E. Zusammenfassung in Thesen	309

Inhaltsverzeichnis XVII

Literaturverzeichnis	317
Register	357