

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Einleitung	1
Erster Teil: Die konzeptionellen Grundlagen	5
§ 1 Geregelte Ordnung	7
§ 2 Private Ordnung und „Selbstregulierung“	27
§ 3 Der staatswissenschaftliche Rahmen	48
Zweiter Teil: Die Theorie privater Regelsetzung	89
§ 4 Allgemeine Theorien privater Regelsetzung	91
§ 5 Besondere Theorien privater Regelsetzung	108
§ 6 Die Legitimation von Regeln	159
Dritter Teil: Die Dogmatik privater Regelsetzung	227
§ 7 Freiwillige und notwendige Regelbindung	229
§ 8 Die rechtsgeschäftlichen Gestaltungsformen	259
§ 9 Drittbindung und Dynamisierung	300
§ 10 Die mittelbare Wirkung privater Regeln	330
Vierter Teil: Rechtspraktische Lehren	357
§ 11 Gesetzgebung	359
§ 12 Vertragsgestaltung	393
Schlussbetrachtung	413
Literaturverzeichnis	417
Namensregister	461
Sachregister	463

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einleitung	1
Erster Teil: Die konzeptionellen Grundlagen	5
§ 1 <i>Geregelte Ordnung</i>	7
A. Das Ordnungsproblem	7
I. Ordnung und Chaos	7
II. Modelle sozialer Ordnung	8
1. Spontane Ordnung	8
2. Wettbewerbsordnung („Ordoliberalismus“)	9
3. Natürliche Ordnung („Ordo“)	11
4. Konkrete Ordnung	12
5. Zivile Ordnung	14
6. Ordnungsethik	15
7. Zusammenfassung und Bewertung	16
B. Ordnung durch Regeln	17
I. Zur Kritik des juristischen Regelmodells	17
1. Fundamentalkritik	17
2. Positivismuskritik	19
II. Zum Regelbegriff	20
1. Recht, Norm und Regeln	20
2. Präskriptive Regeln und Zweckmäßighkeitsregeln	22
3. Gesetzte und gewachsene Regeln	23
4. Regelsetzer – Regeladressat – Regelbetroffener	24
C. Zusammenfassung	25
§ 2 <i>Private Ordnung und „Selbstregulierung“</i>	27
A. „Selbstregulierung“ als selbst gestaltete Ordnung	27
I. Erscheinungsformen von „Selbstregulierung“	27
1. Selbstverwaltung	28
2. Selbstverpflichtung	30

3. Kollektivverträge	31
4. Private Regelwerke und Kodizes	33
5. Freiwillige Selbstkontrolle	35
6. Transnationales Privatrecht („Lex Mercatoria“)	37
II. Systematisierung	39
B. „Selbstregulierung“ im Kontext privater Ordnung	41
I. Private Regelsetzung als Ausschnitt von „Selbstregulierung“	41
1. Die juristische Perspektive	41
2. Die zivilistische Perspektive	42
3. Die nationale Perspektive	43
II. Private Regeln innerhalb der Rechtsordnung	44
1. „Rechtsfreie Räume“	44
2. Die Ambivalenz von „Verrechtlichung“ und „Entrechtlichung“	45
3. „Rechtsfreier Raum“ und „Autonomie“	46
C. Zusammenfassung	47
§ 3 <i>Der staatswissenschaftliche Rahmen</i>	48
A. Selbstregulierung als ökonomisches Problem	48
I. Marktversagen und Regulierungstheorie	48
1. Deregulierung des öffentlichen Sektors	49
2. Recht als „Produkt“: Kritik des staatlichen Normsetzungsmonopols	50
a. Zwingendes Recht und das Postulat der Vertragsfreiheit	50
b. Dispositives Recht als öffentliches Gut	52
3. Private Regelsetzung und Wettbewerbstheorie	52
a. Die ordoliberalen Sicht: Gegen ein „selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft“	53
b. Die pragmatische Sicht: Vor- und Nachteile von Selbstregulierung	54
II. Private Regelsetzung und Politische Ökonomie	55
1. Komparative Institutionenanalyse	55
2. Legitime Herrschaft und Ausbeutungsschutz	56
B. Selbstregulierung als staatsrechtliches Problem	58
I. Verfassungsrecht	58
1. Staatsverantwortung und gesellschaftliche Selbstregulierung	58
a. Schutzpflicht und staatliches Regelungsermessen	58
b. Gruppenmacht und Individualinteresse	60
2. Staatliches Recht und private Normen	62

a. Legitimation des staatlichen Geltungsbefehls	63
b. Verfassungsrechtliche Grenzen des Geltungsbefehls	66
c. Geltungsbefehl durch die Exekutive?	68
d. „Normengesetz“ für private Rechtsetzung?	69
e. Fazit	71
II. Verwaltungslehre	72
1. „Feinststeuerung“ durch Privatrecht?	72
2. „Regulatory Choice“	74
C. Selbstregulierung als soziologisches Problem	76
I. Soziologie und Recht	76
1. Rechtssoziologie als Lehre der Selbstregulierung	76
2. Rechtssoziologie und Rechtsdogmatik	77
II. Steuerungs- versus evolutionstheoretischer Ansatz	78
1. Soziologie als Steuerungslehre	78
a. Implementationsforschung	78
b. Systemtheorie	79
c. Organisationssoziologie („private government“)	80
d. Kritik	81
2. Soziologie als Evolutionslehre	82
D. Selbstregulierung als historisches Problem	83
I. Selbstregulierung und ständische Ordnung	83
II. „Historische“ Theorie der Selbstregulierung	84
III. Selbstregulierung als historisches Provisorium	85
E. Zusammenfassung und Ausblick	86
Zweiter Teil: Die Theorie privater Regelsetzung	89
§ 4 Allgemeine Theorien privater Regelsetzung	91
A. Soziologische Theorie: „Institutionelle Wahlnormen“	91
I. Konzept	91
II. Resonanz	92
III. Würdigung	93
B. Positivistische Theorie: „Private Rechtsetzung“	95
I. Konzept	95
II. Resonanz	96
III. Würdigung	97
C. Normlogische Theorie: „Rechtsgeschäft als Rechtsquelle“	98
I. Konzept	98
II. Resonanz	100
III. Würdigung	101
D. Ordnungsökonomische Theorie: „Konsens als Grundnorm“	102

I. Konzept	102
II. Würdigung	104
E. Der Ertrag der allgemeinen Lehren	106
I. Gemeinsamkeiten und Divergenzen	106
II. Schritte zu einer Integration	106
§ 5 <i>Besondere Theorien privater Regelung</i>	108
A. Private Regelung im Verbandsrecht	108
I. Die „Rechtsnatur“ der Satzung	109
1. Der Theorienstreit	109
2. Die praktische Irrelevanz des Streitens	110
3. Die Sachfrage: Legitimation privater Ordnung	111
II. Die „Rechtsnatur“ der juristischen Person	113
1. Der Theorienstreit	114
2. Die Vertragsnetzthese („nexus of contracts“)	114
3. Juristische Folgerungen	118
B. Private Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen	119
I. Die „Rechtsnatur“ allgemeiner Geschäftsbedingungen	119
II. Die Legitimationsfrage	120
III. Fazit	122
C. Private Regelung im Arbeitsrecht	123
I. Die Rechtsnormen des Tarifvertrages und der Betriebsvereinbarung	123
1. Die tarifvertraglichen Rechtsnormen	124
a. Die Konstruktionsfrage	124
b. Die Legitimationsfrage	126
2. Die betrieblichen Rechtsnormen	131
a. Die Unzulänglichkeit der herkömmlichen Deutungsmuster	131
b. Neuere Deutungsversuche	133
II. Die einseitige Regelaufstellung durch den Arbeitgeber	138
1. Allgemeine Arbeitsbedingungen (AAB) und ihre „Ablösung“ durch Betriebsvereinbarung	138
2. Direktionsrecht	139
3. Gesamtzusage und betriebliche Übung	140
4. Selbstbindung und Gleichbehandlungsgrundsatz	141
D. Private Regelung im Kartellrecht	143
I. Das Kartellverbot als Verbot privater Regelung	144
1. Die „Rechtsnatur“ des Kartellvertrages	144
2. Das Legitimationsproblem	145
II. Marktordnung durch Private: Ausnahmen vom Regelsetzungsverbot	145

1. Tatbestandsausnahmen	146
a. Verbraucherregeln	146
b. Hoheitliche Regeln	146
2. Ausnahmetatbestände	147
a. Normenkartelle	147
b. Konditionenkartelle	148
c. Umweltschutzvereinbarungen	149
d. Wettbewerbsregeln	150
3. Zweifelhafte Fälle	151
a. Tarifverträge	151
b. Marktplatz- und Spielregeln	152
c. Ethikregeln (Codes of good conduct)	153
III. Kartellrecht als „regulierte Selbstregulierung“	155
a. „Imperialistisches“ Kartellrecht und „rule of reason“	155
b. Wirtschaftsrecht als Hilfe bei privater Normsetzung	156
E. Zusammenfassung	157
§ 6 Die Legitimation von Regeln	159
A. Der Legitimationsgedanke	159
I. Legitimation als Schlagwort	159
II. Legitimation als Konzept	160
1. Das soziologische Konzept: Akzeptanz	160
2. Das staatsrechtliche Konzept: Gemeinwohl	163
a. Konsensuale Rechtfertigungsversuche	163
b. Gemeinwohlorientierte Rechtfertigung	168
3. Das zivilistische Konzept: Zustimmung	172
a. Zustimmung als Legitimationsideal	172
b. Zustimmung und Präferenzautonomie	174
c. Die Abgrenzung der Zustimmung von „Konsens“ und „Akzeptanz“	177
2. Zustimmung und Gemeinwohl als komplementäre Legitimationselemente	179
B. Die rechtliche Legitimation von Regeln	179
I. Einfache Legitimationsmodelle	180
1. Legitimation durch Legalität	180
2. Legitimation kraft „Autonomie“	181
a. Autonomie als „dezentrale Rechtserzeugung“	182
b. „Gleichursprünglichkeit“ von öffentlicher und privater Autonomie	183
c. Autonomie von „Recht“ und „Gesellschaft“	185
3. „Demokratische Legitimation“	186
a. Demokratische Legitimation im Staatsrecht	186

b. Demokratisierung des Zivilrechts?	187
4. Legitimation durch Konsens	190
5. Legitimation durch Gerechtigkeit	190
6. Legitimation durch Verfahren	191
7. Legitimation durch Teilhabe	192
II. Ein kombinatorisches Legitimationsmodell	193
1. Zustimmung und Gemeinwohl als Elemente eines beweglichen Systems	194
2. Das Zusammenspiel der Elemente im öffentlichen Recht	196
a. Das „Gesetz“ als Kombination von Zustimmung und Gemeinwohl	196
b. Die „Mathematik“ der Zustimmung	198
c. Das Problem der konsensualen Rechtsetzung	200
d. Staatsrecht und Präferenzautonomie	202
3. Das Zusammenspiel der Elemente im Zivilrecht	204
a. Das „Rechtsgeschäft“ als Kombination von Zustimmung und Gruppenwohl	205
b. Gemeinwohl und Gruppenwohl	206
c. Das Gruppenwohl als ergänzendes Legitimationselement	206
d. Insbesondere: „Treuepflicht“ und „materielle Beschlusskontrolle“	208
e. Das Problem der gruppenwohlgetragenen Regelsetzung	214
(1) Die Betriebsvereinbarung als Paradigma gruppenwohlgetragener Regelsetzung	214
(2) Andere Fälle gruppenwohlgetragener Regelsetzung	219
(3) Die Abgrenzung zur öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltung	221
(4) Allgemeinwohl und Drittlastwirkung privater Regeln	222
f. Zivilrecht und Präferenzautonomie: Das Problem der Funktionärsmacht	223
C. Zusammenfassung	225
 Dritter Teil: Die Dogmatik privater Regelsetzung	 227
§ 7 <i>Freiwillige und notwendige Regelbindung</i>	229
A. Regelbindung durch Rechtsgeschäft	229
I. Das Rechtsgeschäft im technischen und im weiteren Sinne	229
1. Die Rechtsgeschäftslehre als Regelsetzungsordnung	229

2. Das subjektive Recht als komplementäre Regelsetzungsbefugnis	230
II. Akzeptierter und oktroyierter Vertrag	233
1. Rechtsgeschäft und Akzeptanz	233
2. „Faktische“ Verträge	235
3. Belastender Vertrag zu Gunsten Dritter?	236
III. Die Regelsetzung durch Bevollmächtigte	237
IV. Die so genannte ergänzende Vertragsauslegung	238
1. Voluntativer versus normativer Ansatz	238
2. Die Vertragsergänzung als gruppenwohlbezogene Regelsetzung	239
B. Regelbindung durch Vertrauens- und Verkehrsschutz	240
I. Die Haftung für erwecktes Regelvertrauen	240
II. Die ungewollte Selbstbindung („positive“ Vertrauenshaftung)	243
1. Die vertretenen Lehren	243
a. Bindung kraft Selbstbestimmung	244
b. Bindung kraft Selbstverantwortung	245
c. Bindung kraft Selbstdarstellung	246
2. Stellungnahme	246
a. Kritik der dargestellten Positionen	246
b. Gruppenwohl und Funktionssicherung	249
c. Rechtsvergleichende Kontrollüberlegung	252
II. Folgerungen	254
1. Regelwerk und negative Vertrauenshaftung	254
2. Regelwerk und positive Vertrauenshaftung	254
3. Die Einordnung der „betrieblichen Übung“	255
4. Offene Fragen	255
C. Regelbindung durch Gleichbehandlungsgrundsatz	256
D. Zusammenfassung	257
§ 8 <i>Die rechtsgeschäftlichen Gestaltungsformen</i>	259
A. Das Instrumentarium des positiven Rechts	259
I. Der Vertrag	260
II. Der Verband	262
III. Normenvertrag und AGB	263
1. Normenverträge	263
2. Allgemeine Geschäftsbedingungen	265
B. Fortbildung der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsformen	266
I. Die These vom Numerus clausus der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsformen	266
II. Die Ermächtigung zur Regelsetzung	268

1. Die rechtsgeschäftliche „Unterwerfung“	269
2. Die Verpflichtungsermächtigung	271
3. Die verdrängende Vollmacht	274
III. Die einseitige Selbstverpflichtung	278
1. Die einseitige Verpflichtung auf Einhaltung eines Regel- werks	278
2. Das Vertragsprinzip und seine Ausnahmen	280
a. Einseitige Leistungszusagen	280
b. Vertragswirkungen zugunsten Dritter	281
c. Einseitige Organisationsgeschäfte	282
d. Annahmefiktionen	282
e. Das regelungstechnische System	284
3. Zweifelhafte Fälle	284
a. Die Entlastung	285
b. Die Gesamtzusage	285
4. Die Kritik des Vertragsdogmas	287
a. Historische Angriffe gegen das Vertragsdogma	287
b. Moderne Angriffe gegen das Vertragsdogma	288
c. Die Kritikpunkte im Einzelnen	290
5. Die Bedeutung des Vertragsdogmas	291
a. Die naturrechtliche Wurzel	292
b. Übereilungsschutz und Rechtssicherheit	293
c. Aufdrängungsschutz	294
6. Der Anwendungsbereich des einseitigen Versprechens	296
7. Das Problem des Rechtsbindungswillens	297
8. Fazit	298
C. Zusammenfassung	299
§ 9 <i>Drittbindung und Dynamisierung</i>	300
A. Vertragsnorm und Dritter	300
B. Verbandsnorm und Dritter	301
I. Die sog. Verbandsautonomie	301
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	302
2. Die privatrechtliche Ebene	303
3. Dachverband und Einzelmitglied	305
II. Betriebliche Normen im Tarifvertrag	306
C. Dynamische Regeln	307
I. Das Problem der dynamischen Verweisung	308
1. Verbandsrecht	308
a. Satzung	308
b. Vereinsordnung	312
2. AGB-Recht	313
3. Arbeitsrecht	315

a. Dynamische Verweisung im Tarifvertrag	315
b. Dynamische Verweisung im Arbeitsvertrag	316
c. Das Problem der Lizenzpflicht	318
II. Einseitige Anpassungsklauseln	323
1. Die AGB-rechtliche Problematik	323
2. Flucht in die Satzung	325
III. Transparenz und Inhaltskontrolle als Strukturprinzipien	328
D. Zusammenfassung	329
§ 10 Die mittelbare Wirkung privater Regeln	330
A. Private Regeln im Rechtsquellenkanon	330
I. Die Erstarkung privater Regeln zum Recht	330
1. Die Bedeutung des Rechtsquellenkanons	330
2. Private Regeln als Gewohnheitsrecht	331
3. Private Regeln als allgemeine Rechtsgrundsätze	334
II. Transformation durch Generalklauseln	334
1. Private Regelwerke in der Rechtspraxis	335
2. Leitlinien für die Heranziehung privater Regelwerke	336
a. Private Regelwerke ohne Rechtswirkungen	337
b. Private Regelwerke mit Vermutungswirkung	337
c. Private Regelwerke mit Indizwirkung	338
3. Einwände gegen die Heranziehung privater Regelwerke	339
B. Verkehrssitte und Observanz	341
I. Die Verkehrssitte	341
1. Rationale Entstehung von Verkehrssitten?	342
2. Die normative Wirkung der Sitte	344
a. Sitte und Recht	344
b. Sitte und soziale Norm	345
3. Gründe und Grenzen der gesetzlichen Anerkennung der Sitte	347
a. Vorzüge der Bezugnahme auf die Sitte	347
b. Gefahren der Bezugnahme auf die Sitte	348
c. Praktische Folgerungen	349
4. Die Anerkennung der Sitte im internationalen Einheits- recht	351
5. Die Verkehrssitte im Unternehmensrecht	352
a. Gesellschaftsrecht	353
b. Kapitalmarktrecht	353
II. Die Observanz	354
1. Die Observanz als kommunales Gewohnheitsrecht	354
2. Die Observanz als Gewohnheitsrecht privater Verbände	354
C. Zusammenfassung	355

Vierter Teil: Rechtspraktische Lehren	357
§ 11 Gesetzgebung	359
A. Rechtsetzungslehre	359
I. „Privatautonomie“ versus „Gesetzesflut“	360
II. Marktversagen als „natürliche“ Grenze der Privat- autonomie	361
III. Staatliche Entlastung durch private Normsetzung	363
1. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben	363
2. Umsetzung der Vorgaben durch das einfache Recht	364
3. Leitlinien privater Normsetzung	366
a. Die Skala möglicher Rechtswirkungen privater Normen	368
b. Tatbestandliche Ausgestaltungen	371
(1) Rechtstechnik und Legitimation	371
(2) Generalklausel	372
(3) Gesetzliche Vorgaben	372
IV. Modulare Regelsetzung	375
1. Regelungsauftrag mit staatlicher Auffangregelung	375
2. Anregungsnormen mit privatem Muster	377
3. Ermöglichende Normen	379
B. Gesetzliche Hilfestellung	380
I. Gruppenverfassungen	381
1. Modelle einer Gruppenverfassung	381
2. Leitlinien für die Gruppenverfassung	382
II. Gemeinsinn fördern	384
III. Regelkontrolle	387
1. Die Vorabkontrolle privater Regelwerke	388
2. Leitlinien für die Ausgestaltung einer sachgerechten Vorabkontrolle	389
3. Das neue Bild der Regulierung	391
C. Zusammenfassung	391
§ 12 Vertragsgestaltung	393
A. Vertragsanpassung	393
I. Komplexe Verträge	394
II. Anpassungsklauseln	395
III. Gesetzliche Anpassungsmechanismen	397
IV. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten	399
B. Private Verfassung	403
I. Unternehmensverfassung	404
II. Marktverfassung	406

III. Insolvenzverfassung	409
C. Zusammenfassung	411
Schlussbetrachtung	413
Literaturverzeichnis	417
Namensregister	461
Sachregister	463