

ANTONIA ELISABETH TOBISCH

Dispositives Recht und Grundgesetz

*Studien zum europäischen und deutschen
Öffentlichen Recht*

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht

Band 54



Antonia Elisabeth Tobisch

Dispositives Recht und Grundgesetz

Ein Beitrag zum Verständnis dispositiven Rechts
im Kontext des grundrechtlichen Eingriffsbegriffs

Mohr Siebeck

Antonia Elisabeth Tobisch, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Osnabrück; Referendariat am Landgericht Bochum u.a. mit Verwaltungsstation an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften in Speyer und Wahlstation beim Wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundestages in Berlin; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht der Universität Bochum; Richterin in der Sozialgerichtsbarkeit.

ISBN 978-3-16-160831-5 / eISBN 978-3-16-160832-2
DOI 10.1628/978-3-16-160832-2

ISSN 1867-8912 / eISSN 2568-745X (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität als Dissertation angenommen. Gesetzesänderungen, Rechtsprechung und Literatur konnten bis Februar 2021 berücksichtigt werden.

Die Anfertigung dieser Arbeit wäre ohne die Unterstützung zahlreicher Menschen nicht möglich gewesen, denen ich an dieser Stelle herzlich danken möchte:

Mein Dank gilt an erster Stelle Herrn Prof. Dr. Wolfram Cremer, der die Arbeit betreut hat. Ihm verdanke ich eine Zeit sehr angenehmer und fruchtbarer Tätigkeit an seinem Lehrstuhl, während der er durch jederzeitige Gesprächsbereitschaft den Fortgang der Arbeit gefördert hat. Im selben Atemzug zu nennen sind meine wunderbaren LehrstuhlkollegInnen. Ohne die gute Arbeitsatmosphäre, den Gedankenaustausch und die kreativen Kaffeepausen wäre diese Arbeit vermutlich nicht zustande gekommen!

Mein herzlicher Dank gilt ferner Herrn Prof. Dr. Fabian Klinck für die zügige und konstruktive Zweitbegutachtung.

Last, but not least möchte ich meiner Familie danken, insbesondere meinen Eltern Reinhold und Ursula und meiner Großmutter Toni, die mich immer begleitet und unterstützt haben und es mir damit ermöglicht haben, dort anzukommen, wo ich jetzt bin. Spezieller Dank gilt dabei meiner Mutter Ursula, meinem Bruder Leonhard und meinem Partner in allen Lebenslagen Christopher, die das mühevoll Unterfangen auf sich genommen haben, diese Arbeit Korrektur zu lesen. Vielen lieben Dank!

Bochum, im April 2021

Antonia Elisabeth Tobisch

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

E. Zusammenfassung in Thesen	309
Literaturverzeichnis	317
Register	357

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Hinweise	XIX
A. Einleitung	1
I. <i>Anlass der Untersuchung</i>	1
II. <i>Ziel und Grenzen der Untersuchung</i>	3
III. <i>Untersuchungsansatz</i>	5
B. Charakterisierung des Phänomens „dispositives Recht“ ...	9
I. <i>Determinierung des zugrunde gelegten Untersuchungsgegenstandes</i>	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 Rechtsgeschäftsbegriffs	42
(b)	Weites Verständnis des Rechtsgeschäftsbegriffs	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
II.	<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) Zustimmungshängige 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
<i>III. Typologie der Funktionen dispositiven Rechts</i>	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. Influenzierende 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) Normeinhaltungseffekt – 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>		
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 <i>Cremer</i>	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 Eingriffsbegriff	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 Eingriffsbegriff	276
aa) Erweiterung des Eingriffsbegriffs	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 Eingriffsbegriff?	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

Literaturverzeichnis	317
Register	357

Hinweise

Abkürzungen

Die verwendeten Abkürzungen sind dem Verzeichnis von Hildebert Kirchner (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin u.a. 2018, entlehnt. Abgekürzt zitierte Literatur ist dem Literaturverzeichnis zu entnehmen.

Anmerkung

Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird verkürzend auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung für alle Geschlechter.

A. Einleitung

I. Anlass der Untersuchung

Die Vorgabe eines abdingbaren Standards gehört zum selbstverständlichen Werkzeug von Rechtsgestaltern. Schon im römischen Recht fand sich die Unterscheidung zwischen zwingendem und dispositivem Recht¹ und bis heute wird abdingbares Recht in vielen Lebensbereichen als praktisch unverzichtbar beschrieben.² Gleichwohl oder vielleicht sogar gerade deswegen hielt sich das rechtswissenschaftliche Interesse an diesem Instrument lange Zeit in Grenzen. Nach einer kurzen Hochphase der Auseinandersetzung mit dem Wesen dispositiven (vor allem Vertrags-)Rechts Ende des 19. Jahrhunderts ebte die Aufmerksamkeit mit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs stark ab und es gab kaum noch neuen Erkenntnisgewinn.³ Dispositives Recht wurde selbst kaum noch thematisiert, sondern galt vielen als nicht zu hinterfragendes, sondern allenfalls als allgemein schützenswertes Institut, dessen zunehmender Rückgang angesichts immer mehr zwingender Gesetze vor allem im zivilrechtlichen Vertragsrecht zu bedauern sei.⁴ An einem generellen Theorieentwurf für diesen Normtyp fehlte es lange.⁵ In jüngerer Zeit jedoch lässt sich hinsichtlich dieses Sujets vor allem in der zivilrechtlichen

¹ Siehe hierzu B.I.2.a).

² *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, S. 54 f. Vgl. auch *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 226 („schlechthin unverzichtbar für ein diesen Namen verdienendes Institut des Vertrags“); *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 44 („geradezu unverzichtbar“).

³ Vgl. zur historischen Debatte etwa *Auerbach*, Dispositives Recht insbesondere des B.G.-B., passim (1900); *Bülow*, AcP 64 (1881), S. 1 (v.a. 45 ff., 71 ff.); *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht (1899), passim; *Eisele*, AcP 69 (1886), S. 275 (329); *Hölder*, KritV 42 (1900), S. 477 ff.; *Stammler*, AcP 69 (1886), S. 1 (13 ff.); *Thudichum*, JherJb 23 (1885), S. 148 ff. Siehe für einen zusammenfassenden Überblick über die historische Diskussionsentwicklung beispielsweise *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 4 ff.; *Sandrock*, Zur ergänzenden Vertragsauslegung, S. 34 ff.

⁴ Vgl. *Bechtold*, Grenzen, S. 1 f. Siehe zur Zurückdrängung des Grundsatzes der Dispositivität im Privatrecht auch *Leipold*, BGB I, § 6, Rn. 14. Kritisch zur angeblichen Flut zwingender Gesetze im Privatrecht *Honsell*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts (6. Aufl.), A. Einleitung zum BGB, Rn. 44.

⁵ *Schmidt-Kessel*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, S. 373 (384 Rn. 24).

Literatur angesichts einiger neuer Publikationen eine Trendwende ausmachen.⁶ Nicht zuletzt neuere verhaltenswissenschaftliche und rechtsökonomische Erkenntnisse warfen ein neues Licht auf das bisherige Verständnis dispositiven Rechts und boten den Anlass, den bis dato nicht wesentlich in Zweifel gezogenen Funktionenkanon der traditionellen herrschenden Meinung zu überdenken und zu ergänzen. Dispositives Recht wurde vermehrt nun auch als Steuerungsinstrument in Betracht gezogen, was zugleich rechtsethisch und rechtsphilosophisch zu behandelnde legitimatorische Fragen aufwarf. Damit einher ging naturgemäß eine intensive Befassung mit den phänotypischen Merkmalen dispositiven Rechts und im Rahmen dessen wiederum auch eine Perspektiverweiterung auf Formen dispositiven Rechts jenseits des Vertragsrechts. Es entwickelte sich ein Bewusstsein, dass insbesondere die verhaltenssteuernden Aspekte dispositiven Rechts weit über den Bereich des Vertragsrechts hinaus fruchtbar gemacht werden und nahezu auf alle Lebensbereiche erstreckt werden können.⁷ Beredetes Beispiel für die praktische Relevanz derartiger Erwägungen ist die kürzlich neu entbrannte Debatte um die Einführung einer Widerspruchslösung für Totorganspenden, welche vorerst zugunsten einer sogenannten Entscheidungslösung entschieden wurde.⁸ Anlässlich des intensivierten Forschungsinteresses an abdingbarem Recht widmete sich jüngst auch die Tagung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft e.V. 2018 unter anderem dem „Strukturwandel im Verständnis dispositiven Rechts“.⁹ Die neuerlichen Forschungsbemühungen sind dabei in ihrer Bedeutung nicht zu unterschätzen. Nur das kontinuierliche Streben nach einer möglichst umfassenden Durchdringung und rechtlichen Erfassung – auch vermeintlich vertrauter – Handlungsinstrumente und

⁶ Allein monographisch beispielsweise *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht (2010); *Huber*, Tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht (2011); *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012); *Möslein*, Dispositives Recht (2011); *Seiwerth*, Gestaltungsfreiheit (2017); *Tassikas*, Dispositives Recht (2004); *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht (2010).

⁷ Vgl. etwa *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 493.

⁸ Die bereits früher diskutierte Widerspruchslösung, welche in der ehemaligen DDR übrigens sogar ab 1975 kodifiziertes Recht war (siehe für einen historischen Überblick hierzu *Schmidt-Didczuhn*, ZRP 1991, S. 264 (264 f.)); siehe ferner für einen historischen Überblick über die die schwere Geburt des Transplantationsgesetzes *Parzeller/Henzel/Bratzke*, KritV 87 (2004), S. 371 (371 f.), hatte jüngst durch einen Gesetzesentwurf vom 19.03.2019, welcher eine sog. „doppelte Widerspruchslösung“ (BT-Drs. 19/11096) vorsah, erneut allgemeines Interesse erlangt. Der Entwurf wurde zeitgleich mit einem konkurrierenden „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende“ (BT-Drs. 19/11087) zur Debatte gestellt, welcher das bisherige System der erweiterten Zustimmungslösung modifiziert. Am 16.01.2020 entschied sich der Bundestag zugunsten der Entscheidungslösung.

⁹ Siehe hierzu *Seiwerth*, Jb. Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, S. 57.

ihrer Wirkweisen ermöglicht es, dem Rechtsgestalter ein Instrumentarium zur Verfügung zu stellen, mit dem er seine Zielvorgaben reflektiert, rechts- und zielsicher verwirklichen kann.¹⁰ Die jüngere Forschung hat zwar ihr Augenmerk vermehrt (wieder) auf dispositives Recht gelegt. Die – durchaus divergierenden – Erkenntnisse stehen jedoch bislang weitgehend unverbunden nebeneinander. Es ist damit also erst der Grundstein für einen Diskurs gelegt, der sicherlich auch in Zukunft noch für Diskussionsbedarf sorgen wird.

II. Ziel und Grenzen der Untersuchung

Wenngleich vordergründig durchaus eine Perspektiverweiterung auch auf Formen des dispositiven Rechts jenseits des zivilrechtlichen Vertragsrechts vorgenommen wurde, so ist dabei doch nicht zu übersehen, dass der Schwerpunkt der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung bislang – aus naheliegenden Gründen, da das Zivilrecht als Kernmaterie dispositiven Rechts gilt¹¹ – vor allem auf der privatrechtlichen Perspektive liegt. Gewichtige verfassungsrechtliche Fragen werden durch die neuen Erkenntnisse zwar aufgeworfen, jedoch wird zu ihnen allenfalls (eher) *en passant* Stellung genommen, wobei bei näherer Betrachtung keineswegs allgemeiner Konsens herrscht. Diese Arbeit soll einen Beitrag zu diesem Forschungsbereich leisten und eine Brücke zwischen dem zivilrechtlich dominierten Erkenntnisgewinn zum dispositiven Recht und einer schwerpunktmäßig verfassungsrechtlichen Betrachtungsweise schlagen.

Eine besonders zentrale und zugleich ausgesprochen kontroverse und – wie im weiteren Verlaufe dieser Studie zu zeigen sein wird¹² – von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bislang keineswegs zufriedenstellend geklärte Frage stellt in diesem Zusammenhang dar, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen mit dispositivem Recht ein Grundrechtseingriff einhergehen kann. Grundrechte sind klassisch in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat.¹³ Der Grundrechtseingriff ist

¹⁰ Vgl. *Bachmann*, JZ 2008, S. 11 (19), zum Nutzen regelungstechnischer Analysen.

¹¹ Vereinzelt wird gar vertreten, das Zivilrecht sei die einzige Rechtsmaterie, in welcher dispositives Recht auftrete. Siehe hierzu B.I.2.b).

¹² Siehe hierzu C.II.1.

¹³ BVerfGE 7, 198 (204) = BVerfG, Urteil vom 15.01.1958 – 1 BvR 400/51 – (Lüth), juris, Rn. 25; *Epping*, Grundrechte, Rn. 14. Siehe auch *Dreier*, JURA 1994, S. 505 (505) („Daß Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den als Widerpart individueller Freiheit gedachten Staat sind, zählt zu den wenigen allgemein konsentierten Lehren und ist auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stets hervorgehoben worden.“).

wiederum das essentielle Element abwehrrechtlicher Grundrechtsdogmatik,¹⁴ denn er stellt quasi das „Scharnier“ zwischen dem grundrechtlichen Schutzbereich und verfassungsrechtlicher Rechtfertigung spezifischer Freiheitsbeeinträchtigungen dar.¹⁵ Liegt bereits kein Grundrechtseingriff vor, bedarf es weder einer grundrechtlich induzierten Rechtfertigung, noch kann eine Abwehr grundrechtlich begründet werden. Erst die Qualifizierung einer Maßnahme als Grundrechtseingriff löst die entsprechende Sicherungsfunktion und Legitimationslast der Freiheitsgrundrechte aus.¹⁶ Zugleich wird durch die Benennung einer bestimmten Maßnahme als Eingriff auch die Stoßrichtung des subjektiven Abwehrrechts konkretisiert und dieses so überhaupt erst operabel gemacht.¹⁷ Insofern erfüllt die Eingriffsprüfung neben einer Filter-, auch eine wichtige Zuordnungsfunktion.¹⁸ Die Bejahung oder Verneinung der Eingriffseigenschaft stellt damit einen entscheidenden Faktor in der grundrechtlichen Prüfung dar. Gleichzeitig kann es nicht nur darum gehen, einen Eingriff bloß zu bejahen oder zu negieren. Entscheidend für die Bestimmung der Anforderungen einer eventuellen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung sind auch die Qualität und das Wesen eines gegebenenfalls vorliegenden Eingriffs,¹⁹ so dass auch diesbezügliche Informationen wertvoll sind. Die Frage nach dem Vorliegen eines Grundrechtseingriffs und die Benennung eines solchen verlangen also eine sorgfältige und differenzierte Betrachtung. Gleichzeitig ist zu konstatieren, dass auch mehr als 20 Jahre nachdem *Herbert Bethge* in seinem Vortrag „Der Grundrechtseingriff“ auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1997 von einer „Krise des Grundrechtseingriffs“ sprach,²⁰ keineswegs Einmütigkeit über die tatbestandlichen Anforderungen an den Grundrechtseingriff besteht,²¹ wodurch die Fragestellung noch an Komplexität gewinnt. Genau

¹⁴ Vgl. *H. Bethge*, VVDStRL 57 (1998), S. 6 (12 f.) („der zentrale Bezugspunkt des Bauplans und Anwendungsschemas der Abwehrrechts“). Siehe auch *H. Bethge*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR IX, § 203, Rn. 140; *H. Bethge*, in: *Merten/Papier*, HGR III, § 58, Rn. 12; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR IX, § 191, Rn. 106.

¹⁵ *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, S. 313 (313).

¹⁶ *H. Bethge*, VVDStRL 57 (1998), S. 6 (10 f.); *Bronkars*, Kumulative Eigentumseingriffe, S. 64.

¹⁷ *Würsig*, Steuerung von Summenbelastungen, S. 55 f.

¹⁸ *Würsig*, Steuerung von Summenbelastungen, S. 55.

¹⁹ Zentrale Prüfsteine der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung wie Verhältnismäßigkeit und Parlamentsvorbehalt sind in ihren Anforderungen abhängig von der Qualität des festgestellten Grundrechtseingriffs, vgl. nur *Epping*, Grundrechte, Rn. 57, 405.

²⁰ *H. Bethge*, VVDStRL 57 (1998), S. 6 (37).

²¹ Eine vollumfängliche Übersicht zum Meinungsstand zum Eingriffsbegriff soll und kann nicht geleistet werden. Zu dem Schluss der Unmöglichkeit einer solchen Aufgabe kamen auch bereits *W. Roth*, Faktische Eingriffe, S. 34, und noch vor ihm *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen, S. 18 f.

diesen Herausforderungen möchte sich diese Arbeit stellen und sich bei ihren Untersuchungen auf die Frage nach der Begründung von Grundrechtseingriffen durch dispositives Recht konzentrieren. Es soll dabei grundsätzlich eine generelle, an strukturelle Aspekte anknüpfende Betrachtung erfolgen, welche nur einzelgrundrechtlich zu beantwortende Sonderfragen unberücksichtigt lässt.²² Der Ansatz bietet sich an, denn bei allen Abwehrrechten wirft die Frage nach den Voraussetzungen für die Annahme eines Grundrechtseingriffs vergleichbare Probleme auf.²³ Auf diese Weise können einerseits Doppelungen, zudem aber auch andererseits die Gefahr der Verallgemeinerung einzelgrundrechtsspezifischer Details vermieden werden. Zu betonen ist allerdings, dass ein solcher Ansatz naturgemäß nicht für jede Spezialfrage eine passende Antwort entwickeln kann. Hier wird es an Spezialisten sein, die gefundenen Ergebnisse auf Sonderkonstellationen herunter zu brechen und für diese nutzbar zu machen. Ebenfalls nicht behandelt werden sollen Aspekte, welche über den Themenzuschnitt hinaus Gleichheitsgrundrechte, freiheitsgrundrechtlich relevante grundrechtliche Funktionen abseits der Abwehrdimension, Aspekte der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung oder verfassungsrechtliche Maximen jenseits der Grundrechte wie beispielsweise das Demokratieprinzip oder die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung betreffen. Mit dieser Arbeit ist die Hoffnung verbunden, weitergehende Forschung in diese Richtungen anzustoßen.

III. Untersuchungsansatz

Bevor eine dezidierte Untersuchung der Eingriffsfrage erfolgen kann, ist es unausweichlich, sich zuerst umfänglich mit dem Phänomen dispositiven Rechts auseinanderzusetzen. Teil B. dieser Arbeit widmet sich daher der definitorischen Erfassung dispositiven Rechts sowie der Sezierung seiner phänotypischen Merkmale und Wirkmechanismen. Es gilt zunächst, das Phänomen so genau wie möglich zu erfassen. Insofern ähnelt dieser Teil der Bearbeitung auf den ersten Blick ein wenig dem steuerungswissenschaftlichen Ansatz, welcher ein verändertes Verständnis der Rechtswissenschaft weg von einer reinen Rechtsanwendungswissenschaft hin zu einer Rechtsetzungswissenschaft zugrunde legt, bei dem Recht als Instrument zur Ordnung und Steuerung gesellschaftlicher Prozesse begriffen wird und es als Aufgabe

²² Anpassungen des allgemeinen Eingriffsverständnisses im Hinblick auf bestimmte Grundrechte kommen nur in Betracht, wenn sich die mit der Beibehaltung eines einheitlichen Eingriffsbegriffs verbundenen Schwierigkeiten als unüberwindbar erweisen sollten, da sie im Ergebnis auf eine spezialgrundrechtlich begrenzte teleologische Reduktion des Art. 1 Abs. 3 GG hinauslaufen, vgl. *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 370.

²³ *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 309; *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 39.

der Rechtswissenschaft verstanden wird, Wissen über Wirkungszusammenhänge des Rechts in der Wirklichkeit zu sammeln sowie die faktischen Folgen gesetzter Rechtsnormen zu erklären und vorherzusagen.²⁴ Anders jedoch als bei dem steuerungswissenschaftlichen Ansatz soll es nicht um die Schaffung einer allgemeinen Rechtsetzungslehre gehen, sondern in erster Linie um die Ermöglichung der Subsumierbarkeit unter den verfassungsrechtlichen Begriff des Grundrechtseingriffs. Erkenntnisse von Schwesterwissenschaften wie beispielsweise der Rechtsökonomie sollen daher nur berücksichtigt werden, soweit sie einen deskriptiven Aussagewert haben, insbesondere nicht jedoch soweit sie normative Vorgaben machen.²⁵

Im Anschluss werden diese Untersuchungsergebnisse in Teil C. nach Vorüberlegungen und einer ersten Bestandsaufnahme der diesbezüglichen Stellungnahmen systematisch und unter Berücksichtigung der Argumentationslinien in Rechtsprechung und Literatur im Hinblick auf die Untersuchungsfrage ausgewertet. Dies setzt naturgemäß auch eine Auseinandersetzung mit dem Eingriffsbegriff selbst voraus. Da es – wie zu Recht konstatiert wurde – im Laufe der Zeit kein Problem der allgemeinen Grundrechtsdogmatik gegeben hat, welches nicht auch als Problem der Verwendung des Eingriffsbegriffs gefasst werden könnte oder gefasst worden ist,²⁶ kann es von dieser

²⁴ Vgl. *Bechtold*, Grenzen, S. 3, 332 ff. Im öffentlichen Recht firmiert dieser in jüngerer Zeit vermehrt diskutierte wissenschaftliche Ansatz unter den Begrifflichkeiten „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ (siehe hierzu etwa *Appel*, VVDStRL 67 (2008), S. 226 (229); *Schuppert*, AöR 133 (2008), S. 79 (90 ff.); *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen Bd. I, S. 1 (1 ff.)) und in Weiterentwicklung „Governance“ (siehe etwa *Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, v.a. S. 99 ff., 101 ff.). Jüngere Ansätze zur Entwicklung einer interdisziplinär fundierten Rechtsetzungslehre finden sich dabei nicht nur im öffentlichen Recht, sondern auch in den anderen Rechtsgebieten, *Bechtold*, Grenzen, S. 333. Siehe nur *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 5 ff., welcher einen „Perspektivwechsel“ in der Zivilrechtswissenschaft hin zum „rechtsexternen“ Standpunkt des Gesetzgebers fordert. Auch wenn die steuerungswissenschaftlichen Ansätze unlängst mit Nachdruck vertreten werden, handelt es sich um kein neues Thema. Folgenorientierte Analyse des Rechts ist bereits seit den 1970er Jahren Gegenstand insbesondere der Rechtssoziologie, später auch der Rechtsökonomie und der Verhaltenswissenschaften. Überblick und Nachweise hierzu bei *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 403.

²⁵ Zur Unterscheidung normativer und deskriptiver Gehalte von Modellen: *Bechtold*, Grenzen, S. 16 ff.; *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, S. 95. Die deskriptiven Elemente informieren danach den Gesetzgeber, welche Auswirkungen eine gesetzgeberische Intervention auf menschliche Verhaltens-, Kommunikations- und Interaktionsformen tatsächlich hat, während die normativen Elemente den Gesetzgeber anleiten, in welche Richtung er menschliche Verhaltens-, Kommunikations- und Interaktionsformen beeinflussen sollte. Siehe auch *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 262, zu der Unterscheidung des Bereichs der positiven ökonomischen Analyse des Rechts und der normativen, d.h. zugleich rechtspolitischen Dimension.

²⁶ *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrechte, S. 42.

Arbeit unmöglich geleistet werden, alle zu den Eingriffsvoraussetzungen vertretenen Ansichten aufzugreifen und einen sämtliche denkbaren Konstellationen angemessen würdigenden allgemeinen Eingriffsbegriff zu bestimmen. Ein dogmatischer Gewinn ist aber auch dann schon zu verbuchen, wenn für bestimmte Fallgruppen bzw. für den Regelfall klare Leitlinien entwickelt werden.²⁷ Zur Erreichung dieses realistischen Ziels soll der Fokus daher auf jene Ansätze verengt werden, welche konkret Aussagekraft im Hinblick auf die Einordnung dispositiven Rechts haben (können). Folglich sind einerseits konkret im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand vorgebrachte Ansätze zur Eingriffsbestimmung auf ihre Überzeugungskraft zu untersuchen und andererseits gegebenenfalls unter Aufgreifen allgemeinerer Ansätze zum Eingriffsbegriff eigene zielführende Überlegungen anzustellen. Zur besseren Verständlichkeit und Übersichtlichkeit werden die in Teil B.III. dargestellten Funktionen dispositiven Rechts dabei der Reihe nach dieser doppelten Prüfung zum einen anhand hergebrachter Kriterien und zum anderen anhand eigener Erwägungen unterzogen. Dieses kleinschrittige Vorgehen bietet den Vorteil, dass alle Aspekte dispositiven Rechts umfassend gewürdigt werden. Damit einher geht, dass, sollte jeweils ein möglicher Grundrechtseingriff infolge der jeweiligen Funktion festgestellt werden, gleichsam auch Aussagen zum Eingriffscharakter und seiner Qualität gemacht werden könnten, was gegebenenfalls wiederum von Relevanz für die nachfolgenden Prüfungsschritte im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung wäre. Teil D. dient der Zusammenfassung der Erkenntnisse.

²⁷ A. Roth, *Verwaltungshandeln*, S. 317.

B. Charakterisierung des Phänomens „dispositives Recht“

I. Determinierung des zugrunde gelegten Untersuchungsgegenstandes

1. Anforderungen an die Definition des Untersuchungsgegenstandes – Funktionsgebundenheit des Begriffs dispositiven Rechts?

Die Güte einer Definition lässt sich nur an dem mit der Begriffsbestimmung verfolgten Zweck bemessen.¹ Bevor in die Details der Begriffsklärung des Untersuchungsgegenstandes eingestiegen werden kann, sind daher zunächst grundlegend die zweckabhängigen Anforderungen, welche diese Begriffsklärung erfüllen soll, zu vergegenwärtigen.

Vor allem in der Blütezeit der vertieften (zivilrechts-) wissenschaftlichen Befassung mit zwingendem und abdingbarem Recht im 19. Jahrhundert² wurde die Differenzierung zwischen diesen beiden Polen als gedankliches Hilfsinstrument vor allem vorgenommen, um Aussagen über unterschiedliche Grade und Grenzen der Privatautonomie im Rahmen gesetzlicher Regelungen treffen zu können.³ Es ging also im Schwerpunkt um die deskriptive Unterscheidung von *Regelungsformen* mit unterschiedlichen Wir-

¹ Vgl. Kantorowicz, *Der Begriff des Rechts*, S. 23, 24 f. Vgl. auch Burckhardt, *Organisation*, S. 27 („[...] der Zweck, dem die Unterscheidung dienen soll, entscheidet über die Richtigkeit des gewählten Kriteriums.“).

² Historischer Überblick über die Phasen des wissenschaftlichen Interesses an abdingbarem Recht bei Cziupka, *Dispositives Vertragsrecht*, S. 4 ff.; Tassikas, *Dispositives Recht*, S. 101 f.

³ Vgl. Göldner, *JZ* 1976, S. 352 (355 f.). Gut zeigt sich diese gedankliche Ausrichtung beispielsweise auch bei Enneccerus, in: Enneccerus/Kipp/Wolff, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 1, 1 (1909), S. 98 ff., wo die klassische Aufteilung zwischen ermächtigenden Vorschriften, welche dem Menschen die Macht zur Begründung von Rechtswirkungen gewähren, Auslegungsvorschriften, welche den Willen der Parteien nur klarstellen, ergänzenden (d.h. abdingbaren) Vorschriften, deren Wesen darin bestehe, für den Fall zu gelten, dass die Parteien nichts anderes bestimmt haben, und zwingenden Vorschriften, welche dem Parteiwillen eine Schranke setzen, vorgenommen wird. Ausgangspunkt jeglicher Unterscheidung ist hier das Verhältnis von Regelung und Privatautonomie zueinander.

kungen auf die individuelle Freiheit. Das eigentliche wissenschaftliche Interesse galt und gilt jedoch seit jeher der funktionellen Betrachtung dispositiven Rechts. Traditionell erfolgte die Unterscheidung zwingenden und abdingbaren Rechts zunächst vor allem in der Zivilrechtslehre.⁴ Im Rahmen der zivilrechtlichen Diskussion werden dispositives Recht noch heute wegen seiner Einsatzformen im Zivilrecht gewisse Funktionen zugeschrieben: Vorrangig wurde und wird ihm eine vertragliche Lücken ergänzende Funktion bzw. eine Lückenfüllungsfunktion beigemessen.⁵ Später verschob sich der Fokus zunehmend hin zur Leitbild- und Ordnungsfunktion bzw. Kontrollfunktion abdingbaren Rechts für Vertragsverhandlungen, womit gemeint ist, dass abdingbares Recht einerseits als vorhersehbarer Ordnungsrahmen für privatautonomes Handeln und andererseits als Gerechtigkeitsmaßstab für Gesetzgeber wie auch Rechtsverkehr dienen kann.⁶ Gesetzlichen Ausdruck findet diese Funktion in den §§ 306 und 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wonach Allgemeine Geschäftsbedingungen einerseits am Maßstab abdingbaren Rechts zu messen sind und zugleich abdingbares Recht die inhaltliche Ergänzung der Vertragslücke an Stelle der unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingung darstellt.⁷ Vor allem in jüngerer Zeit wird zunehmend rechtsökonomisch die ebenfalls verwandte Funktion abdingbaren Rechts als Serviceleistung betont, welche es den Vertragsparteien ermöglicht, Transaktionskosten zu sparen und effizient Verträge abzuschließen, da sie nicht mehr alles selbst aushandeln müssen, sondern sich auf die Lückenfüllung durch das Gesetz verlassen können.⁸ Vor dem Hintergrund neuerer Forschung werden vermehrt auch die Möglichkeiten des Einsatzes abdingbarer Normen zur Steuerung der Normbetroffenen durch den Normgeber unter dem Stichwort der Steuerungsfunktion untersucht.⁹ Auf die Wirkweisen dispositiven Rechts wird an späterer Stelle ausführlich und umfassend zurückzukommen sein.¹⁰

⁴ Siehe B.I.2.b) zu der kontrovers diskutierten Frage, ob dispositives Recht gar nur ein Phänomen des Zivilrechts ist.

⁵ Daher auch die früher stark verbreitete Bezeichnung als „ergänzendes Recht“, vgl. nur *Enneccerus/Nipperdey*, in: *Enneccerus/Kipp/Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1 (1959), S. 301; *Fröhlich*, Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht (1922), S. 89 ff. Siehe ferner zur ergänzenden Funktion: *Faust*, BGB AT, § 1, Rn. 5 (unter der Begrifflichkeit „Lückenfüller-Funktion“); *Milbert/Leuschner*, ZHR 170 (2006), S. 615 (659) (hier unter der Bezeichnung als „Auffang- bzw. Kompensationsfunktion“); *Tassikas*, Dispositives Recht, S. 106 f.

⁶ *Köhler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, S. 131 ff.; *Köhler*, BGB AT, § 3, Rn. 25; *Möslein*, Dispositives Recht, S. 34 f., 35 ff.; *Tassikas*, Dispositives Recht, S. 107 ff.

⁷ *Möslein*, Dispositives Recht, S. 36, 37; *Tassikas*, Dispositives Recht, S. 110.

⁸ *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 339 ff.; *Kötz*, Vertragsrecht, § 1, Rn. 52 ff., v.a. 58.

⁹ *Möslein*, Dispositives Recht, S. 38 ff.

¹⁰ Siehe B.III.

Register

- Abbedingungsakt 38
abbedingungserleichternde Normen 90
Abbedingungslast 143, 276, 300
abdingbarkeitsbeschränkende Normen 76
Abschreckungseffekte 254
Active-choice-Ansatz 103
Actus-contrarius-Doktrin 46
additiver Grundrechtseingriff 278
allgemeines Persönlichkeitsrecht 304
anchoring heuristic Siehe Ankereffekt
Ankereffekt 131
Anwaltsgebühren 177 f., 269
Anwaltsvergütung in Verfahren mit besonders hohen Streitwerten 178, 269
Anwendbarkeit einer Rechtsnorm 58
Anwendbarkeitsbeschränkung 46
Anwendungsregel 37
AOG 151
Arbeitsdefinition dispositiven Rechts 74
Auffangregelungen 38
Aufklärung 138
außerrechtlicher Zustand 302
Ausgestaltung normgeprägter Grundrechte 215, 232, 274
Auslegungsmethoden 65
Auslegungsregeln 63
Autonomie 56, 96
availability bias Siehe Verfügbarkeitsheuristik
- Bagatellvorbehalt 291, 297, 301
bedingbares Recht 93, 98
Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Freiheit 156
Belastungskumulation 276
Beliehene 166
Besitzeffekt 125
besondere Optionsmodelle 92
besonderes Gewaltverhältnis 209
Betragrahmengebühren für Anwälte 177
Betriebsvereinbarung 231
- bewegliches System 214
Beweislastregeln 65
Bias 123
Bundesverfassungsgericht 173, 263
- Darlegungsregeln 65
debiasing 137
default effect 139
default rules Siehe Standardvorgaben
Definition dispositiven Rechts 74
Delegationstheorie 167
Dichotomie 75, 89, 104, 106
Dichotomisierung 106
Dispositionsspielraum 216
Dispositionswahrscheinlichkeit 216
Dispositivitätsgrade 88
Dual-Process-Theorien 123
Dual-System-Theorien Siehe *Dual-Process*-Theorien
Duldung 225
Durchsetzbarkeit einer Rechtsnorm 58
- Effekte abdingbarkeitsbeschränkender Normen 85
Eheschließungsfreiheit 174
Eingriffs- und Schrankendenken 156
endowment effect Siehe Besitzeffekt
Entlastungsfunktion 141
Entscheidungslast 111, 145, 233
ergänzende Funktion 108
Erheblichkeitsschwelle 244, 297
Ermächtigung 35
Ermächtigungstheorie 35, 96, 226
Ersatzfunktion 107, 224
Erweiterung des Eingriffsbegriffs 280
- faktische Abdingbarkeit 30
faktische Persistenzneigung 124, 136
Filterfunktion des Eingriffsbegriffs 4, 283, 291, 308
Finalität 190, 240, 265, 271

- Formerfordernisse 82
Framing-Effekt 100, 133
 funktionales Äquivalent 156, 263
 funktionelle Betrachtung dispositiven Rechts 68
 funktionelle Betrachtungsweise dispositiven Rechts 9, 38

 Geltung einer Rechtsnorm 58
 Geltungsanordnung 107, 224, 229
 Genehmigung 79, 302
genus proximum 28
 Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit 151
 Glykol-Entscheidung 263, 288
Governance-Perspektive 106
 Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers 157
 Grundrechtsbindung privater Rechtsetzer 166
 Grundrechtsbindung von Tarifvertragsparteien 167
 Grundrechtseingriff, Begrifflichkeit 155
 Grundrechtsstörung 155
 Grundrechtsverzicht 207
 grundrechtswidriger Effekt 155

 halbzwingende Norm 87
hard law 28
 Heteronomie als Wesensmerkmal dispositiven Rechts 46
 Heteronomie dispositiven Vertragsrechts 50, 205
 Heteronomie 49, 107, 205
 Heuristik 123
 Hoheitsträger, Abdingbarkeit durch 56
 hypothetischer Konsens 214

 Imperativähnlichkeit 246, 267, 276
 Imperativentheorie 194
 Imperativität 191
 implizite Geltungsanordnung hinsichtlich des Abbedingungsaktes 107
 influenzierende Wirkungen dispositiven Rechts 115, 239
 informationsforzierende Wirkung 146, 304
 Intensität 223, 297, 301
Inter-omnes-Wirkung 56
ius cogens 45, 58
 Siehe auch zwingendes Recht

 Kenntnis der Abdingbarkeit 45, 113, 197
 klassischer Eingriff 189, 247, 298
 Kollisionsregel 37
 Kombinationsmodelle 103
 Kondensat der historischen Erfahrungen und Erkenntnisse des Rechtsverkehrs 119
 Konkret-individuelles dispositives Recht 14
 Konkurrenzregel 37
 Kontrahierungszwang 103
 Kreis der Abdingungsberechtigten 76
 kulminierender Grundrechtseingriff *Siehe* additiver Grundrechtseingriff
 kumulativer Grundrechtseingriff *Siehe* additiver Grundrechtseingriff

 Legitimation 218
 Leitbildfunktion 68, 118, 122, 252
lex inferior 54
lex posterior 47
lex specialis 47
lex superior 54
 LFGB-Entscheidung 264, 287
loss aversion *Siehe* Verlustaversion
 Lückenfüllungsfunktion 10, 38, 108, 110, 152

 materiell abdingbarkeitsbeschränkende Normen 83
 materielle Konsensfähigkeit 215
 Menschenwürde 242
 Menü-Regelung 102 f.
 Minderung von Grundrechtssubstanz 212
 mittelbarer Grundrechtseingriff 261
 moderner Eingriffsbegriff 266
 Mutationstheorie 21, 35, 59

 negative Willensentschließungsfreiheit 236
norm compliance *Siehe* Normeinhaltungseffekt
 Normeinhaltungseffekt 135
 Normkonkretisierung 54
nudging 25

 objektive Wertordnung 256
 öffentliches dispositives Recht 17
 Öffnungsklausel 231
omission bias *Siehe* Unterlassungsvorurteil
opt-in-Regel *Siehe* Zustimmungslösung

- opt-out*-Regel *Siehe* Widerspruchslösung
 Optionsmodelle 75, 92
 Ordnungsfunktion 10, 121 f.
 Organspende 2, 94, 103, 127 f., 175, 204, 223 f., 236, 302
 Orientierungsfunktion 118
 Osho-Entscheidung 263, 288
over-optimism Siehe Überoptimismus
- penalty default rules* 147
 Pflichtentscheidung 102, 104, 112, 145
 Primärnorm 37
 Prinzipientheorie 256
 privat gesetztes dispositives Recht 15, 231
 privatautonome Selbstbindung 229
 private Verbände 231
 privater Rechtsetzer 15, 166, 231
 Privatrechtsgesetzgeber 157
 prozedural abdingbarkeitsbeschränkende Normen 76
 Publizitätsanforderungen 80
- quasi-zwingende Normen 87, 124, 277
- rational-argumentative Beeinflussung des Entscheidungsverhaltens 116, 239, 259
 Recht als Gegenstand der Abbedingung 12
 Recht 12
 rechtfertigende Einwilligung 39 f., 43
 Rechtsänderungsbefugnis des Normgebers 46
 Rechtsänderungsbefugnis übergeordneter Normgeber 53
 Rechtsaufhebungsbefugnis des Normgebers 46
 Rechtsaufhebungsbefugnis übergeordneter Normgeber 53
 Rechtsbehelfsinstanzen 55
 Rechtsförmlichkeit 190
 Rechtsfortbildung 54
 rechtsgebietsübergreifendes Phänomen 17
 Rechtsgeschäft 40
 Rechtsnorm 13
 Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 173, 263
 Rechtssicherheit 117
 Regelungsauftrag 102
 Regulierungsmodelle 75
 relativ zwingende Norm 87
 römisches Recht 17
- Sekundärnorm 37
 Servicefunktion 141, 273
soft law 27
 soziale Normen 135
 Standardvorgabe 25, 136
status quo bias Siehe Status-quo-Verzerrung
 Status-quo-Verzerrung 127
 Statusregel 31, 37
 Steuerungsfunktion 10, 115, 239
stickiness Siehe faktische Persistenzneigung
 subliminale Auswirkungen 123
 subsidiäres Recht 110
 Summenbelastung *Siehe* additiver Grundrechtseingriff
 System 1/System 2-Modell 123
 Systemkomplexität 75
- tarifdispositive Norm 224
 tarifdispositives Recht 76
 Transaktionskosten 10, 39, 85, 116, 141, 144, 147, 217
 Typologie der Funktionen dispositiven Rechts 107
- Überoptimismus 133
 unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte 163
 Unmittelbarkeit 176, 190 f.
 Unterlassungsvorurteil 130
 Unvermeidbarkeitseinwand 273
- Verfügbarkeitsheuristik 132
 Verhaltensforschung 123
 verhaltenspsychologische Beeinflussung des Entscheidungsverhaltens 123, 239, 258
 Verlustaversion 127
 Vermutungsregeln 63
 Vernünftigkeitkriterium 253
 Vorbehalt des Gesetzes 284
 vorrechtlicher Zustand 302
- Warnfunktion 146
 Werttheorie 255
 widerlegliche Vermutungen 63
 Widerspruchslösung 93
 Willensentschließungsfreiheit 193, 234, 239
 Willenserklärung 41

Willenstheorie 35, 50

Zeitpunkt der Abdingbarkeit 79

Zitiergebot 83

Zuordnungsfunktion des Eingriffsbegriffs

4, 282, 308

Zustimmungsabhängige Abbedingungen

78

Zustimmungslösung 93

Zwangsähnlichkeit 246

zwingendes Recht 29