

Schriftenreihe der Hochschule Speyer

Band 98

FERDINAND KIRCHHOF

Private Rechtsetzung



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

FERDINAND KIRCHHOF

Private Rechtsetzung

Schriftenreihe der Hochschule Speyer

Band 98

Private Rechtsetzung

Von

Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der
Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Kirchhof, Ferdinand:

Private Rechtsetzung / von Ferdinand Kirchhof. —
Berlin: Duncker und Humblot, 1987.

(Schriftenreihe der Hochschule Speyer; Bd. 98)
ISBN 3-428-06252-3

NE: Hochschule für Verwaltungswissenschaften
<Speyer>; Schriftenreihe der Hochschule . . .

Alle Rechte vorbehalten

© 1987 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Werksatz Marschall, Berlin 45; Druck: W. Hildebrand, Berlin 65
Printed in Germany

ISBN 3-428-06252-3

Für Elly

Vorwort

Die Monographie soll die private Rechtsetzung in Deutschland darstellen. Sie will in erster Linie die Rechtstechniken privaten Regelns in der staatlich geprägten Rechtsordnung systematisieren und das Zusammenwirken von Staat und Gesellschaft beim Normieren aufzeigen. Dabei erwies es sich als unerläßlich, eine „Landkarte“ der privaten Regelbildung zu zeichnen, die Vorkommen, Typen und Bewegungsfreiheit für nichtstaatliche Normen aufzeigt, die Stellung dieser Rechtsregeln in der Hierarchie des Rechtssystems darzulegen und die verfassungsrechtliche Zulässigkeit privaten Normierens im Grundsätzlichen nachzuweisen.

Die Arbeit ist am Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer entstanden; sie wurde von dieser Hochschule 1985 als Habilitationsschrift angenommen. Ich bin den Wissenschaftlern und Mitarbeitern des Forschungsinstituts und der Hochschule Speyer für ihre Unterstützung und Hilfestellung beim Zustandekommen der Arbeit zu Dank verpflichtet. Mein besonderer Dank gilt den beiden Gutachtern im Habilitationsverfahren, Herrn Professor Dr. Dr. Detlef Merten und Herrn Professor Dr. Helmut Quaritsch, für stetige wissenschaftliche Förderung und Kritik bei der Anfertigung der Monographie.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft habe ich zu danken, daß sie die Publikation durch einen Druckkostenzuschuß ermöglicht hat.

Tübingen, im Dezember 1986

Ferdinand Kirchhof

Inhaltsverzeichnis

A. Die Grundlegung	21
§ 1 Der Begriff der Rechtsnorm	21
I. <i>Die Definition als Thementaufriß</i>	21
1. Das Thema	21
2. Die Begriffe verschiedener Wissenschaften	22
3. Die Begriffe verschiedener Rechtsordnungen	23
4. Die Begriffe der deutschen Rechtsordnung	25
5. Die Rechtsnorm als Typus	26
II. <i>Die Definition des Typus der Rechtsnorm</i>	28
1. Die Notwendigkeit einer Definition	28
2. Das voluntative Element der Definition	28
3. Die Definition der typischen Rechtsnorm	29
4. Die Methode der Begriffsgewinnung	29
III. <i>Der Begriff „Recht“</i>	31
1. Recht als Imperativ, nicht als hypothetisches Urteil	31
2. Recht als Anweisung für äußeres und inneres Verhalten	34
3. Definition nach dem Inhalt des Rechts?	35
a) Gefahr für die Rechtssicherheit	35
b) Recht als Instrument der Verhaltenssteuerung	36
c) Motive für eine materielle Definition des Rechts	37
d) Keine ausschließliche Inhaltsbestimmung durch den Staat	38
4. Die Geltung des Rechts	39
a) Juristisch-dogmatischer Geltungsbegriff der deutschen Rechtsordnung	39
b) Vorverständnis der Rechtsgeltung: Die Verbindlichkeit ...	40
c) Rechtsgeltung aus materieller Legitimation?	40
d) Grundnorm als Erklärungsmodell, nicht als Geltungsgrund	41
e) Überflüssigkeit eines „letzten“ Legitimationsgrundes ...	42
f) Rechtsgeltung durch tatsächliche Anwendung der Normen?	43
g) Tatsächliche Geltung der Rechtsordnung	45
h) Normative Geltung des einzelnen Rechtsbefehls	46
i) Bewirkung tatsächlicher Geltung durch Zwang	46
j) Regelgebundenheit des Zwangsmittleinsatzes	47
k) Anordnung normativer Geltung durch den Träger der Gesamtrechtsordnung	48

l) Der Staat — Träger und Garant der Rechtsordnung	49
m) Geltung nichtstaatlichen Rechts durch staatliche Anerkennung	52
n) Exkurs: Staatliche Anerkennung, überpositives Recht und Gewohnheitsrecht	53
<i>IV. Der Begriff „Rechtsnorm“</i>	<i>57</i>
1. Der funktionelle Normbegriff	57
2. Recht — Norm — Rechtsnorm	59
3. Die typische Breitenwirkung der Rechtsnorm	59
4. Die Abstraktheit als Merkmal der Rechtsnorm?	60
5. Die Generalität der Rechtsnorm	64
a) Individueller und genereller Rechtsbefehl	64
b) Potentielle Generalität	65
c) Unbestimmbarkeit, nicht bloß Mehrzahl der Adressaten	67
d) Generalität „adressatloser“ Rechtsbefehle	68
e) Finale Generalität	71
f) Zeitlicher Bezugspunkt der Generalität	72
6. Der Vorteil des Merkmals der Generalität	75
a) Ortsgebundene Rechtsbefehle	75
b) Generalität und funktioneller Rechtsnormbegriff bei statusändernden Rechtsbefehlen	76
c) Gemischte Rechtstechniken: Mittelbar generelle Wirkung individueller Rechtsfolgenanordnungen	77
7. Binnenregel und Generalität	78
a) Außenrecht — Innenrecht	78
b) Individualität wegen Beitritts?	78
c) Korporationsverhältnis und Dienstvertrag	81
d) Geschäftsordnung als Sonderfall	82
8. Die Heteronomität der Rechtsnorm	84
a) Heteronomität	84
b) Heteronomität dispositiver Rechtsnormen	87
c) Potentielle Heteronomität	87
d) Notwendige Gestaltungsweite	88
e) Zeitliche Dimension potentieller Heteronomität	89
f) Heteronomität und Mehrheitsprinzip	90
g) Heteronomität einstimmiger Verbandsregeln	90
h) Personelle Dimension potentieller Heteronomität: Die Normvereinbarungen	91
i) Heteronomität und Unterwerfung	93
9. Typus und Definition der Rechtsnorm	95
10. Untaugliche Definitionsmerkmale für Rechtsnormen	96
 § 2 Das privat gesetzte Recht	 98
<i>I. Der Betrachtungsgegenstand</i>	<i>98</i>

1. Ausschnitt aus der Gesamtheit privater Rechtsbefehle	98
2. Der Rechtsetzer	99
3. Staatliche, private und gemischte Rechtsetzung	102
<i>II. Die Privatheit des Rechtsetzers</i>	<i>102</i>
1. Privat-staatlich	102
2. Mögliche Unterscheidungskriterien	103
3. Formales Unterscheidungskriterium bei gesetzlich verfaßten Rechtsetzern	104
4. Funktionelles Unterscheidungskriterium bei natürlichen Perso- nen als Rechtsetzer	106
 § 3 Verbot privat gesetzten Rechts durch ein staatliches Recht- setzungsmonopol?	 107
<i>I. Kein gesamthaftes staatliches Rechtsetzungsmonopol</i>	<i>107</i>
1. Rechtsetzungsmonopol — Rechtsnormsetzungsmonopol	107
2. Entgegenstehende Rechtspraxis	109
3. Monopol aus geschriebenen Verfassungsgrundsätzen?	112
a) Demokratiegebot	112
b) Menschenwürde	113
c) Staatliches Monopol für bestimmte Normarten	114
4. Monopol aus ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen?	115
a) Rechtsetzung als genuine Staatsaufgabe?	115
b) Souveränität	116
c) Gewaltmonopol	119
5. Die Entscheidung der Verfassung gegen ein gesamthaftes Mono- pol	124
<i>II. Die sektoralen staatlichen Rechtsetzungsmonopole</i>	<i>126</i>
1. Gesamthaftes und sektorales Monopol	126
2. Das Monopol zur Herstellung einer einheitlichen Rechtsordnung	127
3. Das Monopol für Zwangsregeln	129
4. Die weiteren notwendigen Monopole	130
5. Fakultative Monopole	131
<i>III. Das Zusammenwirken von Staat und Privaten bei der Erzeugung privat gesetzten Rechts</i>	<i>133</i>
1. Das staatliche Anerkennungsmonopol	133
2. Das staatliche Zugriffsrecht auf private Normen	135
3. Die Lebensräume des staatlichen und des privaten Rechts	135
 § 4 Der staatliche Geltungsbefehl für private Regeln	 138
<i>I. Die zweigleisige Entstehung privaten Rechts</i>	<i>139</i>
1. Anerkennung durch Bildung einer <i>Rechtssatzform</i>	140
2. Anerkennung durch Bildung einer <i>Organisationsform</i> für den Regelproduzenten	141

3. Anerkennung durch Schaffung eines <i>subjektiven, absoluten Rechts</i>	142
4. Staatlicher Geltungsbefehl durch Erzeugung eines Rechtsinstituts	143
5. Allgemeiner und besonderer Geltungsbefehl	145
6. Staatliche Anerkennungsorgane	146
a) Legislative und Exekutive	146
b) Jurisdiktion	147
7. Staatlicher Geltungsbefehl und sonstige Anknüpfung an private Regeln im staatlichen Recht	151
a) Verweisung auf private Regeln	151
b) Private Regeln als Tatbestandsmerkmale staatlicher Normen	154
<i>II. Die beiden anderen Theorien der Geltung privaten Rechts</i>	157
1. Die Lehre von der originären Rechtsetzungsmacht	158
2. Die Lehre von der Befugnisübertragung	159
a) Inhalt und Begriffe	159
b) Entgegenstehende Rechtsentwicklung	162
c) Privates Recht aufgrund Befugnisübertragung?	163
aa) Begriffliche Mängel	164
bb) Übertragung durch Einzelakt?	165
cc) Personenorientierte Anerkennung?	165
dd) Delegation innerhalb bestehender Kompetenzordnung?	166
ee) Rechtsverlust des Übertragenden?	167
ff) Rechtsgewinn des Erwerbers?	167
gg) Rechtsetzungspflicht?	169
hh) Ursprüngliche Staatstätigkeit?	169
ii) Entstaatlichung durch Übertragung?	170
jj) Privates Normensetzungsrecht als eigene Befugnis?	171
kk) Inhaltsbindung privaten Normierens?	173
ll) Staatsaufsicht über privat gesetztes Recht?	174
mm) Öffentliches Interesse an privaten Rechtssätzen?	175
3. Die Vorzüge der Geltungsbefehlslehre	175
<i>III. Die konkrete Erscheinung des staatlichen Geltungsbefehls</i>	177
1. Pauschale Anerkennung durch allgemeine Rechtsprinzipien?	177
2. Anerkennung durch Grundrechte ?	179
B. Die privaten Rechtsnormen	181
§ 5 Die Rechtsregeln im Arbeitsrecht	181
<i>I. Der Tarifvertrag</i>	181
1. Die Rechtsnormqualität des Tarifvertrages	181
2. Die Normadressaten des Tarifvertrages	186
3. Die Regelungsmaterien des Tarifvertrages	189
4. Die Inhalts- und Zielbestimmungen für den Tarifvertrag	192

5. Die Geltungsdauer des Tarifvertrags	194
6. Die Struktur des Rechtsetzers und der Rechtsetzung	196
7. Das Rechtsetzungsverfahren für den Tarifvertrag	201
<i>II. Besondere tarifvertragliche und tarifvertragsähnliche Normarten ...</i>	<i>203</i>
1. Regelung des Heimarbeitsausschusses	204
2. Regelung des Entgeltausschusses	206
3. Schriftliche Vereinbarung nach § 17 HAG	207
4. Mindestarbeitsbedingungen	207
5. Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages	208
<i>III. Die Betriebsvereinbarung</i>	<i>212</i>
1. Rechtsnormqualität der Betriebsvereinbarung	212
2. Die Normadressaten der Betriebsvereinbarung	215
3. Die Regelungsmaterien der Betriebsvereinbarung	216
4. Die Inhalts- und Zielbestimmungen für die Betriebsvereinbarung	218
5. Die Geltungsdauer der Betriebsvereinbarung	219
6. Die Struktur des Rechtsetzers und der Rechtsetzung	220
7. Das Rechtsetzungsverfahren für die Betriebsvereinbarung ...	223
<i>IV. Der Spruch der Einigungsstelle</i>	<i>224</i>
1. Die Rechtsnormqualität des Spruchs	224
2. Der Geltungsbereich, die Regelungsmaterien und die Zielbestimmungen für den Spruch	226
3. Die Struktur des Rechtsetzers und der Rechtsetzung	227
4. Das Rechtsetzungsverfahren für den Spruch	228
<i>V. Die Betriebsabrede</i>	<i>228</i>
<i>VI. Normenverträge durch sonstige Betriebsvertretungen?</i>	<i>229</i>
<i>VII. Die Geschäftsordnung im Betrieb</i>	<i>229</i>
<i>VIII. Die einfachen Beschlüsse der Betriebsvertretungen</i>	<i>231</i>
<i>IX. Einseitige Rechtsetzung durch den Arbeitgeber?</i>	<i>231</i>
1. Die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers ...	231
2. Die individualvertragliche Einheitsregelung	232
3. Organisationsrecht und Leitungsmacht des Arbeitgebers ...	233
4. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers	235
a) Rechtsetzungsbefugnis?	235
b) Besondere gesetzliche Grundlagen des Direktionsrechts ...	236
aa) § 315 BGB	237
bb) § 121 GewO	238
cc) §§ 120 a und b GewO	239
dd) Innere Bordgewalt	241
α) § 29 SeemannsG	242
β) Exkurs: Vorläufige Regelung nach § 115 Abs. 7 Nr. 4 BetrVG	244
γ) Exkurs: Beschlüsse des Schiffsrates nach § 518 HGB	244
δ) §§ 23 BinnenschifffahrtsG und 19 FlößereiG ...	245

e) § 106 SeemannsG	246
ζ) § 665 HGB	250
η) § 29 LuftverkehrsG	251
θ) §§ 14 Verordnung über den Betrieb von Kraftfahr- unternehmen im Personenverkehr (= BOKraft) und 67 Straßenbahn- Bau- und Betriebsordnung (= BOStrab), Eisenbahnrecht	253
ee) § 12 ArbeitnehmererfindungsG	253
ff) Befugnis aus Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung	254
5. Die betriebliche Übung und der Gleichbehandlungsgrundsatz	255
6. Die Gesamtzusage	262
§ 6 Die Rechtsregeln im Verbandsrecht	265
<i>I. Die Rechtsnormen der Verbände</i>	265
<i>II. Die Rechtsnormen der Vereine</i>	266
1. Satzung	267
a) Rechtsnormqualität	267
b) Unterschiedliche Geltungsbefehle	270
c) Satzungen als private Normen	276
2. Die Vereinsordnung	277
a) Die Arten der Vereinsregeln	277
b) Geltungsbefehl	278
3. Die Geschäftsordnung	281
4. Die Adressaten der Vereinsnormen	282
a) Vereinsrecht als generelles Binnenrecht	282
b) Vereinsrecht als individuelles Vertragsrecht	283
c) Vereinsrecht als generelles Außenrecht	285
5. Die Regelungsmaterien und Inhaltsvorgaben für Vereinsregeln	287
a) Bindungen für die gesamte Vereinsrechtsordnung	287
b) Staatliche Vorschriften für die Vereinsatzung	290
c) Staatliche Vorschriften für die Vereinsordnung	292
d) Staatliche Vorschriften für die Geschäftsordnung	293
6. Die Struktur des Rechtsetzers und des Rechtsetzungsverfahrens	293
a) Gebot demokratischer Binnenstruktur?	293
b) Idealstruktur und die Praxis	297
c) Organisation einer Fremdsteuerung	298
d) Rechtsetzungsverfahren	299
<i>III. Die Sonderformen privater Vereinsrechtsetzung</i>	301
1. Die politischen Parteien	301
a) Politische Parteien als private Vereine mit öffentlichen Auf- gaben	301
b) Besonderheiten der herkömmlichen Verbandsregelformen der Parteien	304

c)	Parteiprogramm als besondere Rechtsnormart?	306
2.	Die Handlungsvereine	309
a)	Handelsverein und BGB-Verein	309
b)	Die Aktiengesellschaft (AG)	310
aa)	Ihre herkömmlichen Verbandsnormen	310
bb)	Unternehmensverträge	315
α)	Beherrschungsvertrag	315
β)	Gewinnabführungs- und Geschäftsführungsvertrag	318
γ)	Gewinngemeinschaft, Teilgewinnabführungs-, Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag ...	319
δ)	Eingliederungsbeschlüsse nach §§ 319 f. AktG ...	319
ε)	Verschmelzungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen	321
c)	Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	322
d)	Die eingetragene Genossenschaft (eG)	325
e)	Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG)	327
aa)	Rechtsnatur und herkömmliche Normarten	327
bb)	Geschäftsplan	328
cc)	Geschäftsplanmäßige Erklärung	330
dd)	Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB)	331
α)	als AGB	331
β)	als Satzung oder Vereinsordnung	332
f)	Einmanngesellschaften	336
3.	Die Bundes- und Landesinnungsverbände	337
4.	Weitere Regel- oder Organisationsformen rechtsetzender Vereine im Bundesrecht?	339
5.	Weitere Regel- und Organisationsformen durch Landes- und Gewohnheitsrecht	342
a)	Landesrechtliche Vereine	342
b)	Ausländische Vereine	343
IV.	<i>Die Rechtsnormen der Gesellschaften</i>	344
1.	BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft (OHG) und Kommanditgesellschaft (KG)	344
a)	Keine Normbildung bei Organisation nach dem Gesetzesmodell	344
b)	Normbildung bei gesetzesabweichender Gestaltung des Gesellschaftsvertrags	345
aa)	Heteronomität des Gesellschaftsvertrages	346
bb)	Generalität des Gesellschaftsvertrags	347
α)	Die Nachfolgeklausel	348
β)	Abtretung des Geschäftsanteils als Verkehrsgeschäft	350
2.	Sonderformen der Gesellschaft	352
V.	<i>Der Gesellschaft benachbarte Verbandsformen</i>	352
1.	Formen zwischen Gesellschaft und Verein	352
2.	Realgemeinschaft	354

§ 7 Rechtsetzung durch subjektive Rechte	354
<i>I. Die Normsetzung gegenüber Dritten und aufgrund Rechtsgemeinschaft</i>	354
<i>II. Subjektive Rechte als Rechtsmacht gegenüber Dritten</i>	355
<i>III. Die absoluten subjektiven Rechte als Grundlage privaten Normierens</i>	356
<i>IV. Regelbildung aufgrund absoluter Gestaltungsrechte?</i>	358
<i>V. Die absoluten Herrschaftsrechte als Stütze privater Rechtsnormproduktion</i>	360
1. Grundlegung	360
2. Ähnliche Rechte	360
3. Das System der privaten Akte, die die Rechtsfolgen von Herrschaftsrechten ändern	362
a) Private Rechtsetzung durch Veränderung des Herrschaftsrechts?	363
b) Private Rechtsetzung durch Manipulation am Herrschaftsobjekt?	366
c) Rechtsetzung durch Ausübungsregeln aufgrund absoluter Herrschaftsrechte	366
4. Die Bedeutung der Verbotungsbefugnis des Herrschaftsrechts	370
5. Der Geltungsbefehl für private Ausübungsregeln	372
a) Keine Rechtsatz- oder Rechtsetzeranerkennung	372
b) Die Rechtsnatur privater Ausübungsregelungen	372
aa) Ausübungsregelung als Rechtsgeschäft	373
bb) Ausübungsregelung als Realakt	373
c) Fehldeutungen der Ausübungsregelung	375
aa) Verzicht?	375
bb) Vertragsangebot?	377
cc) Rechtsgeschäft i. S. d. §§ 182 ff. BGB?	378
<i>VI. Rechtsetzung aufgrund dinglicher Herrschaftsrechte im Sachenrecht</i>	378
1. Eigentum und Besitz als Rechtsetzungstitel	378
2. Kollision zwischen Besitz und Eigentum bei der Normbildung	382
3. Beschränkte dingliche Rechte	384
<i>VII. Rechtsetzung aufgrund absoluter Herrschaftsrechte des Immaterialgüterrechts und der Persönlichkeitsrechte</i>	386
1. Patentrecht	386
2. Gebrauchsmusterrecht	392
3. Sortenschutzrecht	393
4. Geschmacksmusterrecht	397
5. Urheber- und Leistungsschutzrecht	399
6. Kennzeichenrecht	402
7. Allgemeines und besondere Persönlichkeitsrechte	407
<i>VIII. Exkurs: Private Rechtsetzung aufgrund von Abwehransprüchen, die als Handlungsverbot ausgeformt sind, jedoch private Rechtspositionen wie ein Herrschaftsrecht schützen?</i>	410

<i>IX. Rechtsetzung aufgrund subjektiver Rechte aus öffentlichrechtlichen Gesetzen?</i>	412
1. Die öffentlichrechtliche Entstehung privater Rechtspositionen	412
2. Besondere Hürden für die Bildung von Ausübungsregeln	413
3. Die Privatheit der Rechtsetzung	417
4. Private Rechtsetzung im Jagdrecht	418
5. Private Rechtsetzung im Fischereirecht	423
6. Private Rechtsetzung im Recht der öffentlichen Sachen	427
7. Private Rechtsetzung im Gewerberecht?	434
8. Private Rechtsetzung im Bergrecht?	435
<i>X. Eigenarten der Rechtsetzung aufgrund subjektiver Rechte gegenüber Dritten</i>	437
§ 8 Rechtsnormen aufgrund Rechtsgemeinschaft	438
<i>I. Das Problem: Die Verteilung gemeinschaftlich zugeordneter Rechte</i>	438
<i>II. Die Verteilungsmodelle der deutschen Rechtsordnung für Rechtsgemeinschaften</i>	440
1. Die Grundformen	440
2. Die Abgrenzung der zwei Grundmodelle	441
<i>III. Die Rechtsregeln der Bruchteilsgemeinschaft</i>	442
1. Die Normarten	442
2. Die Regelungsbereiche	443
3. Rechtsetzungsverfahren, Verhältnis zu anderen Verwaltungs- und Benutzungsregeln	444
4. Die Anforderungen an das gemeinschaftliche subjektive Recht	445
<i>IV. Die Wohnungseigentümergeinschaft als Sonderform der Bruchteilsgemeinschaft</i>	447
1. Rechtsetzung nach dem gesetzlichen Modell der Wohnungseigentümergeinschaft	447
a) Vereinbarung	448
b) Mehrheitsbeschluß	448
c) Richterliche Entscheidung	450
2. Rechtsetzung bei Abweichen von der Gesetzeskonzeption	451
<i>V. Die Rechtsetzung der Gesamthand</i>	452
1. Die Gesamthand der Gesellschaft	452
2. Die Gesamthand des ehelichen Gesamtguts	452
3. Die Gesamthand der Miterbengemeinschaft	453
<i>VI. Sonderformen privater Regeln in speziellen Rechtsgemeinschaften</i> ...	455
1. Erwähnung in Spezialgesetzen	455
2. Die altrechtliche Realgemeinschaften	456

§ 9 Rechtsetzung durch sonstige Rechtsinstitute des Zivilrechts ..	457
<i>I. Verbandsähnliche Normen: Die Rechtsregeln der Stiftung</i>	457
1. Die Stellung der Stiftung im Rechtssystem	457
2. Die Privatheit der Stiftung	458
3. Die Normarten der Stiftung	461
a) Das Stiftungsgeschäft	461
b) Stiftungs- und Geschäftsordnungen	464
4. Die Vermengung privat und staatlich gesetzten Rechts im Stiftungsrecht	464
<i>II. Die Rechtsetzung durch einseitiges, eigenständiges Rechtsgeschäft</i> ..	465
1. Die Rechtsgeschäfte unter Lebenden	466
a) Eignung einseitiger Rechtsgeschäfte unter Lebenden	466
b) Auslobung und Preisausschreiben	466
2. Die Rechtsgeschäfte von Todes wegen: Das Testament	468
a) Heteronomität	468
b) Generalität, Rechtsgeltung	470
c) Regelungsmöglichkeiten	471
<i>III. Die Normenvereinbarungen</i>	471
1. Vertrag als Gegenstück zur Norm	471
2. Die Verfügungen von Todes wegen: Vertragsmäßige Verfügungen im Erbvertrag	472
3. Rechtsgeschäfte unter Lebenden	473
a) Der Vertrag zu Rechten Dritter	473
aa) Vorkommen	473
bb) Heteronomität	474
cc) Generalität	475
dd) Rechtsgeltung, Regelungsmöglichkeiten	475
b) Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	476
c) Der atypische Vertrag mit wechselnden Partnern	478
aa) Identität oder Neuschaffung bei Partnerwechsel	478
bb) Finale Generalität	479
cc) Heteronomität	480
d) Forderungsabtretung, privative Schuldübernahme	480
<i>IV. Rechtsetzung durch Vertretergeschäft</i>	481
1. Parallelität zu § 328 BGB	481
2. Heteronomität des Vertretergeschäfts	481
3. Generalität des Vertretergeschäfts	483
a) Organhandeln	484
b) Gesetzliche Vertretung	484
4. Ermächtigung	485

C. Privat gesetzte Rechtsnormen im staatlich geprägten Rechtssystem	486
§ 10 Einheit der Rechtsordnung trotz Vielfalt der Rechtsetzer . . .	486
I. <i>Das Problem</i>	486
II. <i>Die Verhinderung von Normenkollisionen</i>	487
1. Die Beschränkung des Geltungsbereichs von Normen	487
2. Beschränkung des Rechtsetzers durch Zuständigkeitszuweisung	489
III. <i>Die Lösung von Rechtsnormkollisionen</i>	490
1. Die Lösungsmöglichkeiten	490
2. Spezielle Kollisionsregeln: Die Dispositivitätserklärungen	491
3. Allgemeine Kollisionsregeln	492
a) Regeln für die Kollision staatlicher Rechtsnormen	492
b) Regeln für die Kollision staatlicher mit privat gesetzten Rechtsnormen	493
aa) Der Grundsatz: Staatliches vor privat gesetztem Recht	493
bb) Die erste Ausnahme: Vorrang des privat gesetzten Rechts bei staatlicher Rechtssetzungshilfe	493
cc) Die zweite Ausnahme: Gleichrangigkeit privatrechtlicher Normen des Staates und privat gesetzter Normen	494
dd) Rechtsnormvorrang und tatsächliche Durchsetzung .	494
c) Regeln für die Kollision privat gesetzter Rechtsnormen . . .	495
aa) Normenwiderspruch innerhalb eines hierarchisch auf- gebauten, festgefügteten Subsystems	496
bb) Normenwiderspruch innerhalb eines nichthierarchischen, locker verbundenen Rechtsetzungsgebiets . . .	497
α) Arbeitsrechtliche Regeln	498
β) Regeln aufgrund subjektiven Rechts gegenüber Dritten	500
cc) Normenwiderspruch zwischen Subsystemen oder Rechtsetzungsgebieten	502
IV. <i>Die Lösung von Kollisionen zwischen Rechtsnormen und privat gesetz-</i> <i>ten Einzelbefehlen</i>	503
1. Der Widerspruch zwischen staatlichen Normen und privaten Einzelbefehlen	503
2. Der Widerspruch zwischen privaten Normen und Einzelbefehlen	503
§ 11 Legitimation und Bindung des Staates bei der Zulassung privat gesetzten Rechts	504
I. <i>Die drei Aspekte der Legitimation</i>	504
II. <i>Die Notwendigkeit einer Legitimation</i>	506
III. <i>Die Art der Legitimation</i>	507
1. Demokratische Legitimation?	507

2. Die Legitimation aus der grundsätzlichen Offenheit der deutschen Rechtsordnung für fremdes Recht	508
3. Die Legitimation aus der Geschichte von Staat und Gesellschaft	509
4. Die grundrechtliche Legitimation: Die Grundrechte als Befugnisse	510
<i>IV. Die verfassungsrechtliche Bindung des Staates gegenüber dem privaten Rechtsetzer: Die Grundrechte als Einrichtungsgarantie</i>	<i>513</i>
<i>V. Die verfassungsrechtlichen Pflichten gegenüber den Normadressaten privat gesetzten Rechts</i>	<i>516</i>
1. Grundrechtsbindung des privaten Rechtsetzers?	517
a) Das soziale Argument für die unmittelbare Drittwirkung ..	517
b) Das rechtsdogmatische Argument für die unmittelbare Drittwirkung	519
c) Die Entscheidung für die mittelbare Drittwirkung	521
2. Bindung des Staates durch Schutzpflichten	522
Literaturverzeichnis	531
Sachwortverzeichnis	554

A. Die Grundlegung

§ 1 Der Begriff der Rechtsnorm

I. Die Definition als Themenaufriß

1. Das Thema

Die Rechtswissenschaft konzentriert ihr Interesse an der Rechtsetzung auf die Normen staatlicher Herkunft. Rechtsregeln Privater werden eher ignoriert oder als Nebensächlichkei betrachtet. Man beschäftigt sich vor allem mit der Beteiligung Privater an staatlichen Rechtssätzen, selten mit der ausschließlich privaten Normbildung. Im auffälligen Gegensatz dazu steht die Bedeutung und Quantität privater Rechtsnormen in der deutschen Rechtsordnung. Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung beherrschen das Feld des Arbeitsrechts, private Verbandsregeln füllen weite Bereiche des Vereins- und Gesellschaftsrechts. Die Subsysteme privater Rechtsetzung geraten kaum ins Blickfeld des Öffentlichrechtlers, weil sein Interesse in erster Linie um den Staat kreist. Dem Zivilrechtler steht das Phänomen privater Normen zwar näher. Er befaßt sich dennoch recht sporadisch damit. Entweder interessiert er sich für spezielle Rechtsbereiche — wie das Arbeits- oder das Gesellschaftsrecht; dann isoliert er meist nur Einzelaspekte privater Regelbildung, ohne das Phänomen in seiner Problematik für die Gesamtrechtsordnung zu betrachten. Oder er befaßt sich mit dem allgemeinen Zivilrecht, in dem ihn derartige Rechtsfragen nur vereinzelt erreichen. Dort verstellt ihm oft der das Zivilrecht beherrschende Grundsatz der Privatautonomie und das grundlegende Rechtsinstitut des Rechtsgeschäfts, vor allem in der Form des Vertrags, den Blick auf generelle und heteronome Rechtssätze Privater. Der typische Einsatz zivilrechtlicher Rechtsinstitute verdeckt aber nur die Möglichkeit, durch atypische Vertragsausgestaltung Rechtsnormen zu setzen.

Die private Rechtsetzung bildet deshalb noch einen weißen Fleck auf der juristischen Landkarte der deutschen Rechtsordnung. Diese Arbeit will ihn erforschen und darstellen. Sie versucht, neben der Darlegung der Arten und Entstehungsweisen privater Normen auch das Zusammenwirken von Staat und Privatem, die Verflochtenheit zwischen staatlich und privat gesetztem Recht zu beleuchten. Das Recht privater Provenienz soll aus seiner Isolation

gerissen und als Bestandteil der Gesamtrechtsordnung betrachtet werden, damit der weiße Fleck nicht nur farbig, sondern auch mit seiner Umgebung verzahnt wird. Das stellt nach der Definition von Recht und Rechtsnorm die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit von Privaten gesetzten Rechts und nach einem Rechtsetzungsmonopol des Staates. Darauf folgt die Antwort über die Zusammenarbeit von Staat und Privatem bei dieser Normbildung sowie die Darstellung der Arten privater Rechtsnormen. Zuletzt ist zu klären, wie die Einheit der Rechtsordnung bei der Fülle von staatlichen und privaten Rechtsetzern bewahrt wird und welche Position die Verfassung Staat und Privaten in der Regelbildung zuweist.

2. Die Begriffe verschiedener Wissenschaften

Der Begriff „Rechtsnorm“ wird oft verwendet, als ob er fest umrissen und inhaltlich zweifelsfrei wäre. Die wissenschaftliche Diskussion über Rechtsnormen ist dann unergiebig: Man glaubt, mit demselben Begriff Identisches auszusagen, stellt aber irgendwann fest, daß er beim Diskussionspartner einen anderen Inhalt hatte. Der Begriff „Rechtsnorm“ erweist sich als nicht so selbstverständlich definiert, wie stillschweigend unterstellt wurde. Das liegt zum einen an den Fragestellungen, welche die verschiedenen Wissenschaften an dieses Phänomen richten: Auf unterschiedliche Fragen erhalten sie auch differente Antworten¹. Die Soziologie wird in ihrem Suchen nach massenpsychologischen oder sozialen Wirkungen von Normensystemen auf Menschen und Gruppen unter diesem Begriff nach anderen Inhalten forschen als die Philosophie, wenn sie den Zielen der Menschheit oder dem Wesen und Inhalt von ethischen Werten nachspürt. Ebenso wird unter volkswirtschaftlichen Fragestellungen die Rechtsnorm anders interpretiert werden als unter politologischen Gesichtspunkten. Alle Wissenschaften beschreiben und erforschen dieselbe Erscheinung sozialer Ordnung, betrachten sie aber mit unterschiedlichen Erkenntniszielen, aus jeweils anderer Blickrichtung und definieren folglich ihren Gegenstand anders. Deshalb ist der Begriff „Rechtsnorm“ nicht exakt und allgemeingültig zu definieren². Da die folgende Untersuchung die Existenz und die Wirkung einer bestimmten Rechtsnormengruppe nicht in jeder denkbaren wissenschaftlichen Fragestellung, sondern nur in Beschränkung auf deren spezifisch normativ-juristische Qualität erörtern will, wird hier von den vielen Seiten des Phänomens „Rechtsnorm“ allein die juristische unter dogmatischen Aspekten beleuchtet, also die Rechtsnorm als Regel, die der Rechtsunterworfenen zu beachten hat, und das Gericht als

¹ Zum je nach Wissenschaftszweig verschiedenen Inhalt des Begriffes „Gesetz“ vgl. Kröber; Grawert, Jura 1982, S. 247 f.; Wildhaber, ZSR 1975 I, S. 113, 115 ff.

² Vgl. Coing, Rechtsphilosophie, S. 124; Hart, S. 29 f., 74; Jennings, S. 99, 115; Strömholm, S. 11 f. A. M. Bucher, Normsetzungsbefugnis, S. 37; Bergbohm, S. 73.

Maßstab seiner Kontrolle nehmen muß. Dementsprechend soll hier auch nur eine rechtswissenschaftliche Definition zur Debatte stehen.

3. Die Begriffe verschiedener Rechtsordnungen

Die Beschränkung auf die positivrechtlichen Regeln sozialer Ordnung führt jedoch auch noch nicht zu einem eindeutigen und allgemeinen Begriff der Rechtsnorm³. Zum einen hat sich die Vorstellung, was Recht ist, im Laufe der Zeit gewandelt; der Rechtsbegriff des Mittelalters mit seiner einheitlichen Weltanschauung, der zwischen gesetztem Recht, Herkommen, Gewohnheitsrecht und Sitte kaum unterschied, hat für heutiges Recht — das mehrheitlich formell gesetztes Recht, also Artefakt, ist — wenig Aussagekraft. Der Begriff ist damit ebenso geschichtlichen Wandlungen unterworfen⁴. Sogar wenn man den Begriff nur an modernen Rechtsvorstellungen orientierte, würde sich die Vorstellung einer daraus entspringenden allgemeingültigen Rechtsnormdefinition als ungerechtfertigte Unterstellung erweisen, weil Recht nicht an jedem Ort oder in jedem Regelsystem wesensgleich ist. Es fehlt an einer weltweit stets gleichartig strukturierten oder nach identischen Kriterien bestimmten Materie „Recht“; nationale Rechtsordnungen sind strukturell oft ähnlich, aber kaum in allen Merkmalen identisch. Jede dogmatische Erörterung über Struktur und Inhalt von Recht und Rechtsnormen ist vielmehr, um eine Definition zu gewinnen, gezwungen, ein konkretes Rechtssystem zu betrachten. Weil Rechtsordnungen künstliche, vom Menschen errichtete Zweckschöpfungen⁵, nicht aber natürliche, starr und unveränderlich vorgefundene Systeme sind, gestatten sie keine allgemeingültige Begriffsbestimmung. Da jede Rechtsordnung historisch gewachsen und von den Vorstellungen und Zielen der jeweils rechtserzeugenden Gruppe getragen wird⁶, weisen die nationalen Rechtsordnungen keine zwingend gemeinsamen Merkmale von Recht und Rechtsnorm auf, die man nur in einer Gesamtschau vergleichend herauszufiltern hätte.

Nationale Rechtsordnungen werden zwar bei ähnlichen kulturellen Entstehungsbedingungen oder gleichen Regelungszielen auch gleichartige, formelle oder materielle Elemente enthalten; dies ist jedoch nur in der (zufälligen) Übereinstimmung von Ursprung und Zweck begründet, nicht Folge notwendiger Identität aller Rechtssysteme in Grundstruktur oder Inhalt⁷. Die Vermutung geht im Gegenteil dahin, daß jede Rechtsordnung ihre eige-

³ Vgl. Jacobi, S. 78; Wildhaber, ZSR 1975 I, S. 113, 116 ff. m. w. Nachw.

⁴ Somló, S. 127; Stammler, S. 2.

⁵ Heller, Souveränität, S. 103.

⁶ Coing, Rechtsphilosophie, S. 277; ähnlich Enneccerus/Nipperdey, S. 205.

⁷ Vgl. Schäffer, S. 7.