

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	III
Abkürzungsverzeichnis .....	XIII
Literaturverzeichnis .....	XXV
Rechtsquellenverzeichnis .....	XLVII
Abbildungsverzeichnis .....	LIII

## TEIL I: ALLGEMEINES

<b>A. Problemaufriss</b> .....	1
<b>B. Grundlegung</b> .....	9
1. Soft Law: Eine Begriffsabgrenzung .....	9
a) Rechtstheoretische Vorüberlegungen .....	9
aa) Notwendigkeit einer Begriffsabgrenzung .....	9
bb) Rechtsquellenlehre und Soft Law .....	12
(1) Soft Law vs Hard Law .....	12
(2) Wechselbeziehungen zwischen Soft Law und Hard Law .....	14
(3) Exkurs: Soft Law als „neue“ Rechtsquelle? .....	15
cc) Soft Law als ein Regelungssystem .....	17
(1) Geltung .....	18
(2) Durchsetzung .....	19
dd) Erste Folgerungen .....	21
b) Regelsetzer und Erscheinungsformen .....	22
aa) Staaten, internationale Organisationen und öffentliche Rechtsträger .....	22
(1) Nationalstaaten .....	22
(2) Internationale Organisationen .....	23
(3) Europäische Union .....	24
(4) Staatliche Organe .....	25
(5) Körperschaften öffentlichen Rechts: Kammern .....	27
bb) Private .....	27
(1) Private Regeln als Soft Law .....	27
(2) Berufsverbände .....	28
(3) Hybride Regelsetzung .....	30
(4) Staatlich gesteuerte Selbstregulierung .....	32
(5) (Markt-)Beteiligte .....	33
c) Regelbetroffene und Effekte .....	36
aa) Dimensionen der Außenwirkung .....	36
bb) Wirkungen auf Berufsangehörige .....	38
cc) Wirkungen auf (Markt-)Beteiligte .....	40
dd) Wirkungen auf aufsichtsunterworfenen Akteure .....	42
2. Dogmatische Ausgangslage .....	44
a) Regelungsmodelle .....	44
aa) Transformation von Soft Law in Hard Law .....	44
bb) Verweisungen auf und Anknüpfungen an Soft Law .....	46
cc) Delegation der Regelsetzung .....	49

V

(1) Nationale Ebene .....	49
(2) Europäische Ebene .....	51
dd) Autonome Regelung .....	53
ee) Freiwillige Selbstverpflichtung .....	56
b) Delegationszusammenhang als Voraussetzung der Außenwirkung .....	57
aa) „Inklusionsnormen“ und „Rezeptionsschranken“ .....	57
bb) Konsequenz: Zweistufiger Legitimationstest .....	60
c) Folgerungen für den Fortgang der Untersuchung .....	64
aa) Methodik .....	64
bb) Auswahl der Referenzgebiete .....	66

**TEIL II: BESONDERES**

<b>C. Privates Soft Law: Normenwesen .....</b>	<b>70</b>
1. Ausgangslage .....	70
a) Grundsätzliches zum „Technikrecht“ .....	70
b) Normen als Soft Law .....	72
2. Normen und Haftungsrecht: Aktienrechtliche Haftung .....	76
a) Grundfragen .....	76
aa) Ö-Normen als Verkehrsanschauung? .....	76
(1) Sorgfaltskretisierung durch Verkehrsanschauung .....	76
(2) Entstehung und Anwendung von Ö-Normen .....	77
(3) Aktualität? .....	79
(4) Standardisierungseignung? .....	80
(5) Rechtswidrige und überschießende Normen .....	81
(6) Differenzierungen bei ONR? .....	82
(7) Besonderheiten europäischer und internationaler Normung .....	83
(8) Zwischenergebnis .....	85
bb) Ö-Normen und öffentliche Selbstverpflichtung .....	85
(1) Bindung durch und Haftung aus Selbstverpflichtung .....	85
(2) Vertrauen auf Normkonformität? .....	88
(3) Öffentlichkeit und Kenntnisnahme .....	89
(4) Situation bei „unverbindlicher Selbstverpflichtung“? .....	89
b) Haftungsrelevanz von Normen nach § 84 AktG .....	90
aa) Besonderheiten genormter Geschäftsführung .....	90
bb) Exkurs: Haftung und Corporate Governance .....	92
cc) Haftungsrelevanz der ISO 37301 zu Compliance Management Systemen .....	96
(1) Compliance-Organisationspflicht .....	96
(2) Schranken des unternehmerischen Ermessens .....	100
(3) Einbettung der ISO 37301 zu Compliance Management Systemen ..	104
(4) ISO 37301 und Haftungsfreiraum? .....	104
(5) ISO 37301 als Verkehrsanschauung? .....	107
(6) Haftung bei Selbstverpflichtung (Zertifizierung) .....	108
i. Bindungswirkung kraft vertraglicher Vereinbarung .....	108
ii. Haftungsfreiraum bei Zertifizierung? .....	109
iii. Haftung aus Verletzung des Zertifizierungsvertrages .....	109
iv. Zertifizierung als Verkehrsanschauung? .....	110
dd) Haftungsrelevanz der ONR 192500 bzw Ö-Norm ISO 26000 zu Corporate Social Responsibility .....	111
(1) Grundsätzliches .....	111
(2) ONR 192500 bzw Ö-Norm ISO 26000 und Haftungsfreiraum? .....	114

(3) ONR 192500 bzw. Ö-Norm ISO 26000 als Verkehrsanschauung? . . . . .	115
(4) Haftung bei Selbstverpflichtung (Konformitätserklärung) . . . . .	117
ee) Normen und Beweislast . . . . .	117
(1) Anscheinsbeweis? . . . . .	117
(2) Bedeutung für den Freibeweis gem § 84 Abs 2 AktG . . . . .	118
c) Haftung im Außenverhältnis . . . . .	120
aa) Haftung aus Schutzgesetzverletzung . . . . .	120
bb) Haftung aus Selbstverpflichtung . . . . .	123
d) Ergebnisse . . . . .	125
3. Normen und Wettbewerbsrecht . . . . .	126
a) Grundsätzliches . . . . .	126
b) Selbstverpflichtung als irreführende Geschäftspraktik gem § 2 UWG . . . . .	129
aa) Grundsätzliches . . . . .	129
bb) Anmaßung der Selbstverpflichtung . . . . .	130
cc) Nichteinhaltung der Selbstverpflichtung . . . . .	132
dd) Missachtung „unverbindlicher“ Selbstverpflichtung . . . . .	136
c) Relevanz von Normen gem § 1 UWG . . . . .	139
aa) Normen und Unlauterkeit . . . . .	139
bb) Normen als berufliche Sorgfaltsanforderungen? . . . . .	140
cc) Verwendung rechtswidriger Normen als Rechtsbruch gem § 1 UWG? . . . . .	141
d) Ergebnisse . . . . .	144
4. Normen und vertragliche Reflexwirkungen der aktien- und wettbewerbs- rechtlichen Sorgfaltspflicht . . . . .	145
a) Normgerechte Verträge als Sorgfaltspflicht? . . . . .	145
aa) Grundsätzliches . . . . .	145
bb) Parameter . . . . .	147
cc) Kontrolle und Sanktion . . . . .	149
dd) Unterscheidung nach Vertragsverhältnis . . . . .	149
b) Ergebnisse . . . . .	150
5. Normen und Sorgfaltspflichten: Zusammenfassung und strukturelle Merk- male . . . . .	150
a) Haftungsrecht . . . . .	150
b) Wettbewerbsrecht . . . . .	152
c) Vertragsrecht . . . . .	152
<b>D. Behördliches Soft Law: ESA-Leitlinien . . . . .</b>	<b>152</b>
1. Öffentlich-rechtliche Ausgangslage . . . . .	152
a) Europäisches Soft Law: Grundsätzliches . . . . .	152
b) Soft Law europäischer Finanzaufsichtsbehörden . . . . .	154
c) Grundsätzliches zur Bindungswirkung von ESA-Leitlinien . . . . .	157
aa) Selbstbindung der ESA . . . . .	157
bb) Berücksichtigung von ESA-Leitlinien durch nationale Behörden . . . . .	158
cc) Berücksichtigung von ESA-Leitlinien durch nationale Gerichte . . . . .	161
dd) Berücksichtigung von ESA-Leitlinien durch Marktteilnehmer . . . . .	165
2. ESA-Leitlinien und Privatrecht . . . . .	166
a) Privatrechtliche Implikationen der aufsichtsrechtlichen Bindungswirkung . . . . .	166
b) Grundfragen zum Verhältnis von Aufsichtsrecht und Privatrecht . . . . .	167
aa) Grundsätzliches . . . . .	167
bb) Aufsichtsrecht und Zivilrecht . . . . .	167
(1) Problemaufriss . . . . .	167
(2) Überblick über den Meinungsstand . . . . .	172

i. Vorrang des funktionellen Zivilrechts .....	172
ii. Vorrang des allgemeinen Zivilrechts .....	173
iii. Ausstrahlungstheorie .....	173
(3) Zwischenergebnis .....	175
cc) Aufsichtsrecht und Gesellschaftsrecht .....	176
(1) Problemaufriss .....	176
(2) Überblick über den Meinungsstand .....	179
i. Verdrängung des Gesellschaftsrechts .....	179
ii. Vorrang des Gesellschaftsrechts .....	179
iii. Ausstrahlungswirkung des Aufsichtsrechts .....	180
(3) Zwischenergebnis .....	181
c) Folgerungen für ESA-Leitlinien .....	182
3. ESA-Leitlinien und Haftungsrecht: Aktienrechtliche Haftung .....	183
a) Haftungsrelevanz von ESA-Leitlinien nach § 84 AktG: Grundfragen .....	184
aa) ESA-Leitlinien und Legalitätspflicht .....	184
(1) Vorbemerkungen .....	184
(2) Externe Pflichtenbindung? .....	187
(3) Unklare Rechtslage .....	189
i. Rechtmäßige ESA-Leitlinien .....	189
ii. Gesetzwidrige ESA-Leitlinien .....	190
iii. Überschießende ESA-Leitlinien .....	191
iv. Analoge Anwendung von ESA-Leitlinien .....	195
(4) Schuldloser Rechtsirrtum? .....	196
(5) Prüfschema .....	198
bb) ESA-Leitlinien und Sorgfalt Konkretisierung .....	199
(1) ESA-Leitlinien als Verkehrsanschauung? .....	199
(2) Exkurs: § 39 BWG und FMA-Verlautbarungen .....	202
(3) § 39 BWG und ESA-Leitlinien .....	207
(4) Weitere unternehmensrechtliche Implikationen: § 39 BWG, ESA-Leitlinien und Abschlussprüfung .....	207
cc) ESA-Leitlinien und Selbstverpflichtung (Entsprechenserklärung) .....	209
(1) Entsprechenserklärung zu rechtmäßiger ESA-Leitlinie .....	209
(2) Entsprechenserklärung zu gesetzwidriger ESA-Leitlinie .....	210
(3) Entsprechenserklärung zu überschießender ESA-Leitlinie .....	211
(4) Entsprechenserklärung zu ESA-Leitlinie als Verkehrsanschauung? ..	211
dd) ESA-Leitlinien, Beweislast und gerichtliche Berücksichtigungspflicht ...	211
b) Haftungsrelevanz von ESA-Leitlinien nach § 84 AktG: Anwendungsfälle ...	212
aa) Haftungsrelevanz der ESMA-Leitlinien zur Compliance-Funktion .....	212
(1) Compliance-Organisationspflicht .....	212
(2) Informationsrechte der Compliance-Funktion .....	214
i. Grundsätzliches zum aktienrechtlichen Informationsregime ...	214
ii. Grundsätzliches zum Informationsrecht der Compliance-Funktion im Aktienrecht .....	216
iii. Unmittelbare Information .....	217
iv. Mittelbare Information .....	219
(3) Rechtswidrigkeit der ESMA-Leitlinien? .....	220
(4) ESMA-Leitlinien und Legalitätspflicht .....	221
bb) Haftungsrelevanz der MAR-Leitlinien zur Ad-hoc-Publizität .....	222
(1) Ad-hoc-Publizitätspflicht als Compliance-Organisationspflicht .....	222
(2) CESR-/MAR-Leitlinien und Rechtsermittlungspflicht .....	224
(3) CESR-/MAR-Leitlinien und Rechtsirrtum (Haftungsfreiraum)? ...	226

(4) CESR-/MAR-Leitlinien und Verkehrsanschauung .....	227
c) Haftung im Außenverhältnis .....	227
aa) Vorbemerkungen .....	227
bb) Haftung aus Schutzgesetzverletzung? .....	228
cc) Haftung aus Selbstverpflichtung? .....	230
dd) Vertrauensschutz aus vertretbarer Rechtsansicht? .....	231
d) Ergebnisse .....	233
4. ESA-Leitlinien und Wettbewerbsrecht .....	234
a) Wettbewerbsvorteil durch Rechtsbruch gem § 1 UWG .....	235
aa) ESA-Leitlinien als ständige Verwaltungspraxis .....	235
bb) Prüfpflicht und berufliche Sorgfalt .....	237
cc) Erheblichkeitsschwelle? .....	238
dd) Rechtsbruch im B2C-Verhältnis .....	240
b) Ergebnisse .....	241
5. ESA-Leitlinien und vertragliche Reflexwirkungen der aktien- und wettbewerbsrechtlichen Sorgfaltspflicht .....	241
a) Verpflichtung zu leitlinienkonformen Verträgen? .....	241
b) Kontrolle und Sanktion .....	244
c) Relevanz von ESA-Leitlinien abseits einer vertraglichen Vereinbarung .....	245
d) Ergebnisse .....	246
6. ESA-Leitlinien und Sorgfaltspflichten: Zusammenfassung und strukturelle Merkmale .....	246
a) Haftungsrecht .....	247
b) Wettbewerbsrecht .....	248
c) Vertragsrecht .....	249
<b>E. Berufliches Soft Law von Standesvertretungen: KSW-Fachgutachten .....</b>	<b>249</b>
1. Öffentlich-rechtliche Ausgangslage .....	249
a) Grundsätzliches zur beruflichen Selbstverwaltung .....	249
b) Bindungswirkung von Soft Law der KSW .....	251
2. KSW-Fachgutachten und Haftungsrecht: Wirtschaftsprüferhaftung .....	254
a) Haftungsrelevanz der Fachgutachten .....	254
aa) Konkretisierung der Sorgfaltspflichten .....	254
bb) Konkretisierung der Sorgfaltspflichten durch andere Selbstregulative .....	258
cc) Haftungsfreiraum? .....	259
dd) Folgerungen für die Beweisführung und gerichtliche Berücksichtigungspflicht .....	260
b) Haftung im Außenverhältnis .....	262
c) Ergebnisse .....	264
3. KSW-Fachgutachten und Wettbewerbsrecht .....	265
a) Standesregeln und Wettbewerbsrecht .....	265
b) KSW-Fachgutachten und gefestigte Standesauffassung .....	269
c) Ergebnisse .....	269
4. KSW-Fachgutachten und vertragliche Reflexwirkungen der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Sorgfaltspflichten .....	270
a) Fachgutachtenkonforme Verträge? .....	270
b) Vertragliche Vereinbarung entgegen der Fachgutachten .....	271
c) Ergebnisse .....	273
5. KSW-Fachgutachten und Sorgfaltspflichten: Zusammenfassung und strukturelle Merkmale .....	273
a) Haftungsrecht .....	273

b) Wettbewerbsrecht .....	274
c) Vertragsrecht .....	275
<b>TEIL III: STRUKTURELLES</b>	
<b>F. Strukturprinzipien und -unterschiede .....</b>	<b>277</b>
1. Soft Law im Haftungsrecht .....	277
a) Sorgfaltspflichten als „ <i>Inklusionsnormen</i> “ .....	277
aa) Sorgfaltskonkretisierung bei Verkehrsgeltung .....	277
(1) Voraussetzungen .....	277
(2) Rechtsfolgen .....	279
(3) Sondergesetzliche Spezifika .....	280
bb) Rechtskenntnis als Sorgfaltspflicht .....	281
cc) Erleichterte Sorgfaltspflichterfüllung .....	283
b) „ <i>Inklusion</i> “ durch Selbstverpflichtung .....	284
2. Soft Law im Wettbewerbsrecht .....	285
a) Sorgfaltspflichten als „ <i>Inklusionsnormen</i> “ .....	285
aa) Sorgfaltskonkretisierung durch Marktgepflogenheiten? .....	285
(1) Voraussetzungen .....	285
(2) Rechtsfolgen .....	286
(3) Restriktionen .....	287
bb) Rechtskenntnis als Sorgfaltspflicht .....	287
b) „ <i>Inklusion</i> “ durch Selbstverpflichtung .....	288
3. Soft Law im Vertragsrecht .....	289
a) Vertragliche Reflexwirkungen der Selbstverpflichtung .....	290
b) Vertragliche Reflexwirkungen der Sorgfaltspflichten .....	290
4. Ergebnisse .....	291
<b>G. Ökonomische Analyse von Soft Law .....</b>	<b>293</b>
1. Grundfragen: Soft Law oder Hard Law? .....	294
a) Ausgangslage .....	294
b) Regulierungstheoretische Grundüberlegungen: Die Sicht des Staates .....	295
aa) Primat privater Regelsetzung und Regulierungsgründe .....	295
bb) Wahl des Regelungsinstruments .....	297
(1) Regulatorische Kosten .....	297
(2) Verhaltenssteuerung .....	298
(3) Kompetenz des Regulators .....	299
(4) Erste Folgerungen .....	299
c) Anreize für Selbstregulierung: Die Sicht Privater .....	299
aa) Selbstregulierung .....	299
(1) Standardisierung als Reduktion von Transaktionskosten .....	299
(2) Standardisierung als Markt Voraussetzung .....	302
(3) Reaktion auf Staatsversagen .....	302
(4) (Markt-)Macht .....	303
bb) Freiwillige Selbstverpflichtung .....	303
d) Regulatory Choice .....	305
aa) Kosten-Nutzen-Abwägung .....	305
(1) Auswirkungen auf Gesamtwohlfahrt .....	305
(2) Vorteile von Soft Law .....	306
(3) Nachteile von Soft Law .....	308
bb) Interdependenzen zwischen Soft Law und Hard Law .....	310

## Inhaltsverzeichnis

(1) Konkretisierung von Hard Law durch Soft Law .....	310
(2) Absicherung von Soft Law durch Hard Law .....	311
2. Soft Law im Haftungsrecht .....	312
a) Grundlagen der Verschuldenshaftung und Sorgfaltskonkretisierung .....	312
b) Sorgfaltskonkretisierung bei Verkehrsgeltung .....	315
aa) Vorstandshaftung .....	315
(1) Konsequenzen der Sorgfaltskonkretisierung .....	315
(2) Hindernisse einer Verkehrsgeltung? .....	316
(3) Folgerungen .....	318
bb) Wirtschaftsprüferhaftung .....	319
(1) Konsequenzen der Sorgfaltskonkretisierung .....	319
(2) Dritthaftung als Katalysator der Verkehrsgeltung? .....	320
(3) Folgerungen .....	321
cc) Strukturelle Unterschiede .....	321
c) Rechtskenntnis als Sorgfaltspflicht .....	322
aa) Konsequenzen der Legalitätspflicht .....	322
bb) Intensivierung durch Soft Law .....	323
cc) Folgerungen .....	324
d) Selbstverpflichtung .....	324
aa) Konsequenzen der Selbstverpflichtung .....	324
bb) Vertrauenshaftung als Hindernis einer Selbstverpflichtung? .....	325
cc) Folgerungen .....	327
e) Würdigung .....	327
3. Soft Law im Wettbewerbsrecht .....	328
a) Grundlagen .....	328
aa) Funktionen von Wettbewerb .....	328
bb) Schutz der Institution Wettbewerb .....	329
cc) Zulässige und unzulässige Mittel des Leistungswettbewerbs .....	331
b) Sorgfaltskonkretisierung durch Marktgepflogenheiten .....	332
aa) Konsequenzen der Sorgfaltskonkretisierung .....	332
bb) Soft Law als Reduktion von Unsicherheit .....	334
cc) Folgerungen .....	335
c) Rechtskenntnis als Sorgfaltspflicht .....	335
aa) Konsequenzen des unlauteren Rechtsbruchs .....	335
bb) Soft Law als Mittel des Leistungswettbewerbs? .....	337
cc) Folgerungen .....	337
d) Selbstverpflichtung .....	337
aa) Information als Voraussetzung des Marktmechanismus .....	337
bb) Konsequenzen der Selbstverpflichtung .....	339
cc) Folgerungen .....	339
e) Würdigung .....	339
4. Soft Law im Vertragsrecht .....	340
a) Grundlagen .....	340
b) Soft Law als Mittel der Wohlfahrtsoptimierung .....	342
c) Vertragliche Reflexwirkungen von Soft Law .....	343
d) Würdigung .....	344
5. Ergebnisse .....	345

### TEIL IV: SCHLUSSFOLGERUNGEN

Stichwortverzeichnis .....	357
----------------------------	-----