

LORENZ KÄHLER

Begriff und
Rechtfertigung
abdingbaren Rechts

Jus Privatum

165

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 165



Lorenz Kähler

Begriff und Rechtfertigung
abdingbaren Rechts

Mohr Siebeck

Lorenz Köhler, geboren 1973; Studium der Rechtswissenschaft und der Philosophie in Heidelberg, London, Göttingen, Erfurt sowie Cambridge, Mass.; 2003 Promotion; 2007 MA der Philosophie; 2010 Habilitation; derzeit Professor an der Universität Bremen.

e-ISBN 978-3-16-152096-9

ISBN 978-3-16-150718-2

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen.

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Stempel-Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Abdingbares Recht ist allgegenwärtig. Bei nahezu jeder Norm stellt sich die Frage, ob man ihr durch eine anderweitige Gestaltung ausweichen kann. Im Privatrecht hat sich dazu die Möglichkeit durchgesetzt, gesetzliche Normen durch vertragliche Absprachen abzubedingen. Das ist die prominenteste, wenn auch nicht die einzige Form der Abbedingung. Die folgende Arbeit versucht, ein Verständnis für einige der damit verbundenen Phänomene zu gewinnen.

Die Arbeit beruht auf einer Habilitationsschrift, die im Sommersemester 2010 der Juristischen Fakultät in Göttingen vorlag. Danken möchte ich daher den Professoren Diederichsen, Lipp und von der Pfordten, die über ihre Betreuung und Begutachtung nicht nur die Mühsal des Verfahrens auf sich genommen, sondern vor allem zahlreiche Anregungen gegeben haben. Wertvolle Hinweise verdanke ich des Weiteren Jens-Hinrich Binder, Graf-Peter Calliess, Aurelia Colombi Ciacchi, Nina Grasse, Fabian von Lübken, Matthias Kopp, Florian Möslein, Andreas Neumann, Nils Ole Oermann, Franziska Ritter, Alexander Schreiber, Simon Schwichtenberg und Imme-Elisabeth Timm. Möglich wurde die Arbeit nur durch die Begleitung meiner Frau Shiva Darkifard. Ihr ist die Arbeit gewidmet.

Bremen, im Mai 2012

Lorenz Kähler

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
1. Kapitel: Der Begriff des abdingbaren Rechts	5
2. Kapitel: Die Modelle abdingbaren Vertragsrechts	95
3. Kapitel: Die Wirkung abdingbaren Vertragsrechts	161
4. Kapitel: Rechtfertigung abdingbaren Vertragsrechts	229
5. Kapitel: Feststellung abdingbaren Vertragsrechts	345
6. Kapitel: Einseitig abdingbare Normen	439
Ergebnis	445
Literaturverzeichnis	453
Register	477

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
----------------------	---

1. Kapitel

Der Begriff des abdingbaren Rechts

A. Die Bestimmung abdingbaren Rechts	5
1. Die Merkmale der Abbedingung	7
a) Das Abbedingungssubjekt	7
b) Das Abbedingungsobjekt	9
c) Der Abbedingungsakt	12
d) Die Abbedingungswirkung	16
2. Die Definition abdingbaren Rechts	21
3. Die Abgrenzung von verwandten Begriffen	22
a) Ausnahmenormen	23
b) Billiges Recht	25
c) Ordnungsnormen	27
4. Das Verhältnis abdingbarer Normen und verfügbarer Rechte	29
B. Die alternativen Regelungen zum abdingbaren Recht	33
1. Das zwingende Recht	33
2. Die Ausschlussnorm	36
3. Billigkeitsnormen	39
4. Bedingbare Normen.	42
C. Die ambivalenten Folgen abdingbaren Rechts.	45
1. Die Entstehung von Handlungsoptionen	45
2. Die Entstehung von Abbedingungslasten.	48
3. Zustimmung und Widerspruch (Opt-in und Opt-out)	50
4. Handlungsoption und Optionsrecht	52

D. Voraussetzungen für die Formulierung abdingbarer Normen. . . .	54
1. Die Unvermeidbarkeit abdingbaren Rechts.	54
2. Die Formulierung abstrakt-genereller Normen	56
3. Unterscheidung zwischen Gesetzgeber und Abbedingungs- berechtigtem	57
4. Unterscheidung zwischen der Anwendbarkeit und der Geltung einer Norm.	60
5. Stand der Rechtsentwicklung?	61
E. Das Vorkommen abdingbarer Normen	63
1. Der rechtsgebietsübergreifende Charakter abdingbaren Rechts .	63
a) Privatrecht	63
b) Öffentliches Recht	64
c) Strafrecht	69
2. Die Arten abdingbarer Normen	71
a) Gesetzliche, gewohnheitsrechtliche und vertragliche Normen	71
b) Auslegungsregeln.	72
F. Die Übergangsformen zum zwingenden Recht	81
1. Die Einschränkungen der Abdingbarkeit.	83
a) Die Einschränkung des Abbedingungssubjekts	83
b) Die Einschränkung des Abbedingungsakts	85
c) Die Einschränkung des Abbedingungsinhalts	85
d) Die Einschränkung der Abbedingungswirkung	87
2. Die faktische Abdingbarkeit	88
3. Die Verschränkung abdingbarer und zwingender Normen. . . .	90
G. Zusammenfassung	92

2. Kapitel

Die Modelle abdingbaren Vertragsrechts

A. Der hypothetische Parteiwille.	96
1. Das Modell des reinen Parteiwillens.	96
a) Der konkrete Wille der Parteien	98
b) Der typische Wille der Parteien.	101
2. Das Modell des korrigierten Parteiwillens	105
a) Der vernünftige Wille	105

b) Der rekonstruierte Wille	108
3. Gemeinsame Probleme des Willensmodells	110
a) Unvollständige Erfassung des geltenden Rechts	111
b) Der Mangel an Autonomie	114
c) Die Unbestimmtheit der maßgeblichen Gründe	116
d) Die fehlende Information der Parteien.	118
4. Zwischenergebnis	119
 B. Die Vorgabe der Rechtsordnung	 119
1. Das Vorgabemodell	119
a) Notbehelf für Vertragslücken.	123
b) Gerechte Vertragsgestaltung	125
c) Rechtsgeschichtliche Erfahrung	128
d) Leitbild des Gesetzgebers	131
2. Probleme des Vorgabemodells	135
a) Die unvollständige Erfassung des geltenden Rechts	135
b) Die Gefahr des Vertragsessentialismus.	136
c) Die Unbestimmtheit der maßgeblichen Gründe	138
3. Zwischenergebnis	139
 C. Die Nutzenmaximierung	 140
1. Das Modell der Nutzenmaximierung	140
a) Nutzenmaximierung durch den Vertragsinhalt.	140
b) Nutzenmaximierung durch die Vertragsverhandlungen.	141
2. Probleme des Nutzenmodells	145
a) Die unvollständige Erfassung geltenden Rechts	145
b) Die Reduktion rechtsethischer Gründe auf den Nutzen.	147
c) Die Fragwürdigkeit von Strafregeln	149
d) Die Ungewissheit der zu berücksichtigenden Faktoren	155
3. Zwischenergebnis	157
 D. Zusammenfassung	 158

3. Kapitel

Die Wirkung abdingbaren Vertragsrechts

A. Der Einfluss auf die Vertragsverhandlungen	162
1. Hilfe zum Vertragsschluss und die Verteilung der Verhandlungslast	163

2. Die Abhängigkeit vom Vertrauen in die Rechtsordnung	172
3. Information durch abdingbares Recht	176
B. Der Einfluss auf den Vertragsinhalt	179
1. Veränderung des Parteiwillens	179
2. Ergänzung der Vereinbarung	183
3. Auslegung der Vereinbarung	188
4. Der mittelbare Einfluss über andere Normen	191
a) Die Prägung der Unwirksamkeitsmaßstäbe	192
b) Der Ersatz unwirksamer und fehlender Klauseln	194
c) Der Einfluss durch das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	198
5. Die Prägung von Grundsätzen und Vertragstypen	204
C. Vergleich mit der Wirkung zwingenden Rechts	206
1. Vorteile abdingbaren Rechts	206
a) Größere Autonomie der Parteien	206
b) Unmittelbarer Ausdruck der Parteiinteressen	211
c) Größere Effizienz	213
d) Höherer Anreiz zur Innovation	220
2. Nachteile abdingbaren Rechts	223
D. Zusammenfassung	226

4. Kapitel

Rechtfertigung abdingbaren Vertragsrechts

A. Die Notwendigkeit zur Rechtfertigung	230
1. Die Notwendigkeit einer rechtsethischen Rechtfertigung	230
a) Die Abbedingungslast	231
b) Die Verteilung von Rechten und Pflichten	232
c) Die Gestaltung fremder Angelegenheiten	235
d) Der Einwand unvermeidbarer Regelung	237
e) Der Einwand der möglichen Abbedingung	240
2. Die Notwendigkeit einer dogmatischen Rechtfertigung	242
a) Notwendigkeit einer europarechtlichen Rechtfertigung?	242
b) Die Notwendigkeit zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung	249
c) Die Maßstäbe der Rechtfertigung	254

B. Die Wahl zwischen dem abdingbaren und dem zwingenden Recht	256
1. Der Vorrang abdingbaren Rechts	256
2. Die Durchbrechung des Vorrangs	260
a) Der Schutz des Vertragspartners	260
b) Der Schutz Dritter	272
C. Rechtfertigung durch Gestaltung der Handlungsoption	276
1. Rechtfertigung durch Zustimmung und aufgrund Zustimmung	277
2. Die Art der zu berücksichtigenden Gründe	283
3. Die Interessen der Vertragsparteien	285
a) Der Wert der Handlungsoption	287
b) Die Berücksichtigung berechtigter Erwartungen	291
c) Die Möglichkeit zur Abbedingung	299
4. Die Interessen Dritter	300
5. Die Verteilungsfolgen	302
6. Die Kohärenz mit dem geltenden Recht	304
7. Die Optimierung der Handlungsoption	305
D. Konsequenzen für die Gestaltung abdingbaren Rechts	308
1. Die Möglichkeit zur Gestaltung abdingbaren Rechts	308
2. Die Anforderungen an den Inhalt abdingbarer Normen	310
a) Einfachheit des Vertragsrechts	310
b) Intuitiv erschließbare Nachbildung des Versprechens	317
c) Minimierung der auferlegten Lasten	322
d) Gleiche Beachtung der Parteien	327
3. Die Gestaltung des Abbedingungsakts	330
a) Das Erfordernis eines Abbedingungsakts	330
b) Der Inhalt des Abbedingungsakts	339
E. Zusammenfassung	342

5. Kapitel

Feststellung abdingbaren Vertragsrechts

A. Die Festlegung der Abdingbarkeit	345
1. Gesetzliche Festlegungen	347
2. Fehlen einer gesetzlichen Festlegung	351
3. Entbehrlichkeit einer Festlegung	356

B. Die Abdingbarkeit bei fehlender gesetzlicher Entscheidung.	360
1. Die Maßgeblichkeit rechtsethischer Gründe	361
2. Die Vermutung zugunsten abdingbaren Rechts	363
3. Die Widerlegung der Vermutung	366
a) Schutz des Vertragspartners und Dritter	367
b) Unabdingbarkeit von Grundsätzen?	373
c) Sanktion unredlichen Verhaltens?	383
4. Personelle und institutionelle Kompensation abbedungenen Rechts.	385
a) Eingeschränkte Schutzwürdigkeit des Abbedingungs- belasteten	386
b) Schutzwürdigkeit des Abbedingungsbegünstigten.	394
5. Formelle Kompensation abbedungenen Rechts	395
a) Verfahrens-, Form-, und Fristerfordernisse	396
b) Konkretisierung von Gefahren und Ansprüchen.	404
c) Abbedingungsinitiative durch den Belasteten.	409
6. Materielle Kompensation abbedungenen Rechts.	412
a) Eingeschränkte Schutzwürdigkeit des aufgegebenen Rechts	412
b) Begrenzter Umfang der Abbedingung.	417
c) Ausgleich durch andere Normen	421
d) Gleichrichtung der Interessen.	428
7. Zur Abwägung der einzelnen Gründe	430
C. Zusammenfassung	436

6. Kapitel

Einseitig abdingbare Normen

A. Vergleich mit dem Vertragsrecht	439
1. Modelle einseitig abdingbarer Normen	439
2. Wirkung einseitig abdingbarer Normen	440
3. Rechtfertigung einseitig abdingbarer Normen.	442
4. Feststellung einseitig abdingbarer Normen.	443
B. Zusammenfassung	444
Ergebnis	445
Literaturverzeichnis	453
Register	477

Einleitung

Die Unterscheidung zwischen abdingbaren und zwingenden Normen prägt seit jeher das gesamte Recht.¹ Sie deutet sich bereits im römischen Recht an.² Zu einem erheblichen Grad hängt von ihr die Freiheit der Einzelnen ab. Erlaubt das Recht eine Abweichung, verlieren seine Normen an Bedeutung. Seine Herrschaft ist in Frage gestellt. Darf das Recht aber vom Willen der Einzelnen abhängen? Kann es seine Zwecke erreichen, wenn die Einzelnen über seine Anordnungen verfügen? Welche Autorität verbleibt dann dem Gesetzgeber? Das sind Grundfragen des Rechts,³ die mit der vielfach übersehenen Wirkung abdingbaren Rechts zusammenhängen. Trotz seiner Abdingbarkeit entfaltet es in bald offener, bald versteckter Weise einen ungeheuren Einfluss.

Um diese Fragen zu untersuchen, bedarf es zunächst der Klarheit über den Begriff des abdingbaren Rechts. Umfasst es nur die Normen, von denen Vertragsparteien abweichen können, oder sämtliche Normen, deren Anwendung von ihren Adressaten abhängt? Dazu würden auch einseitige Verfügungen wie ein Testament zählen, die eine gesetzliche Anordnung ausschließen. Genügen aber einseitige Akte für eine Abbedingung, entsteht die Schwierigkeit, sie von der Aufgabe einer Norm durch den Gesetzgeber abzugrenzen. Auch sie erfolgt durch einen einseitigen Akt und nimmt einer Norm die Anwendbarkeit. Sind gesetzgeberische Akte daher eine Form der Abbedingung? Nur eine Definition abdingbaren Rechts vermag Klarheit darüber zu verschaffen. Sie ist das Thema des ersten Kapitels.

Während die Definition angibt, was unter abdingbarem Recht zu verstehen ist, soll ein Modell seinen Charakter verdeutlichen. Indes ist ein Modell abdingbaren Rechts ebenso wenig offensichtlich wie dessen Begriff. Liegt ihm der hypothetische Wille seiner Adressaten zugrunde oder ein Befehl des Gesetzgebers? Enthält es das Leitbild einer ausgeglichenen Regelung oder lediglich einen Notbehelf für den Fall, dass alle anderen Regelungsmöglichkeiten versagen? Im

¹ Zur Verankerung in den europäischen Rechtsordnungen *Commission on European Contract Law*, Principles of European Contract Law, p.101; *Hesselink*, 1 ERCL 44, 57–62 (2005).

² Corpus Iuris Civilis, D.2.14.38; D.11.7.20; dazu unten 1.E.1.b).

³ Vgl. *Fröhlich*, Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht, S. 1: „der Gegensatz von zwingendem und dispositivem Recht [hängt] unmittelbar zusammen mit Grundfragen der Rechtsphilosophie“.

einen Fall erscheinen abdingbare Normen als gerechte Ordnung, im anderen Fall als notwendiges Übel. Ob das eine oder das andere zutrifft, hängt davon ab, welche Eigenschaft abdingbaren Rechts man als zentral ansieht. Das kann von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet variieren. Am Gemeinwohl orientierte öffentlich-rechtliche Normen wirken auf andere Weise als die an einem privaten Interessenausgleich ausgerichteten bürgerlich-rechtlichen Normen.

Aufgrund dieser Vielfalt ist es im Rahmen der folgenden Untersuchung nicht möglich, den Charakter sämtlichen abdingbaren Rechts zu erfassen. Nach der Begriffsklärung im ersten Kapitel beschränkt sie sich deshalb ab dem zweiten Kapitel auf den paradigmatischen Fall abdingbaren Rechts, nämlich das private Vertragsrecht. Anders als das öffentliche Recht steht der Vertragsinhalt weithin im Belieben seiner Adressaten. Sie schulden niemandem Rechenschaft darüber, ob, mit wem und mit welchem Inhalt sie einen Vertrag schließen. Auf übergeordnete Ziele wie das Gemeinwohl sind sie nicht verpflichtet, so stark ihre Verträge es auch fördern mögen. Daher fällt im Vertragsrecht der Ausschluss der Abdingbarkeit schwerer als in anderen Rechtsgebieten.

Da sich die Parteien abdingbaren Rechts bedienen können, aber nicht müssen, wird es vielfach als rechtliche Infrastruktur begriffen, die den Abschluss von Verträgen erleichtert oder gar erst ermöglicht.⁴ Wie jedoch der Ausbau von Straßen nicht nur die Fahrzeiten verkürzt,⁵ sondern auch Mobilitätsbedürfnisse weckt, gehen auch vom abdingbaren Recht vielfältige Wirkungen aus, die sich nicht auf die Erleichterung des Vertragsschlusses beschränken. Sieht es eine Regelung zugunsten der einen Partei vor, muss sich die andere Partei um eine Abweichung bemühen. Ihr wird damit eine Abbedingungslast aufgebürdet. Vielfach wird sie sich ihrer nicht entledigen. Dafür müsste sie nicht nur ihren Vertragspartner überzeugen, sondern auch die Sicherheit aufgeben, die sie in der Auslegung des sonst zum Zuge kommenden Rechts hat. Dieses setzt sich daher vielfach durch, ohne dass man daraus ableiten könnte, sein Inhalt sei für die Parteien ideal. Die Betrachtung der Wirkung abdingbaren Rechts ist damit für dessen Verständnis unumgänglich. Sie ist das Thema des dritten Kapitels.

Die Wirkungen abdingbaren Rechts werfen zugleich die Frage nach seiner Rechtfertigung auf. Denn es prägt die Verhältnisse der Einzelnen, ohne dass diese ihm zugestimmt haben. Nur solange man abdingbares Recht als „bloßes Angebot“ versteht,⁶ das der Gesetzgeber den Parteien unterbreitet und an ihrer Entscheidungsfreiheit nichts ändert, erscheint seine Rechtfertigung als entbeh-

⁴ *Windbichler*, AcP 198 (1998), 261, 271; *Bachmann*, Private Ordnung, S. 73, 379; sowie zum Europäischen Privatrecht *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, S. 86; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, S. 223; *Tassikas*, Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit, S. 176 mwN.; *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 25.

⁵ *Duranton/Turner*, American Economic Review 101, 2616.

⁶ *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, S. 72; *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, S. 148; *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, S. 107, 109 mwN.

lich. Wirkt es sich jedoch auf die Verteilung von Chancen, Risiken und Vermögen aus, beeinflusst es die Einzelnen ähnlich wie andere Eingriffe und bedarf ebenso wie diese einer rechtsethischen⁷ sowie verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Zwar ist seine Anwendung unentbehrlich, weil man anders die von den Parteien offen gelassenen Fragen nicht entscheiden kann. Dass die Rechtsordnung auf es angewiesen ist,⁸ heißt aber nicht, dass der Gesetzgeber ihm einen beliebigen Inhalt geben darf. Daher bleibt die konkrete Ausgestaltung einer abdingbaren Norm rechtfertigungsbedürftig.

Offen ist bei einer derartigen Rechtfertigung vor allem, aus welcher Quelle sie sich ergeben soll. Kommt es auf den Vertragswert für die Parteien, die Interessen der Rechtsgemeinschaft oder die berechtigten Erwartungen der Parteien an? Um dies zu entscheiden, bedarf es der Analyse einer Vielzahl von Gesichtspunkten. Die Parteien mögen etwa darauf vertrauen, dass das Recht ihnen keine Belastungen auferlegt, denen sie nicht zugestimmt haben. Ebenso können sie annehmen, dass subsidiär eine gerechte oder zumindest wirtschaftlich effiziente Regel zur Anwendung kommt. Dritte dürfen darauf vertrauen, durch Verträge nicht geschädigt zu werden, da sie an ihnen nicht beteiligt sind. Diese Ziele können miteinander in Konflikt geraten. Die effizienteste Regel muss nicht vorhersehbar sein, kann der Autonomie der Einzelnen widersprechen und auch aus anderen Gründen einer Rechtfertigung entbehren. Um über das Ob und das Wie der Abdingbarkeit einer Norm zu entscheiden, ist eine Abgrenzung und Abwägung dieser Faktoren unumgänglich. Dem widmet sich das vierte Kapitel.

In einigen Fällen geben die Gesetze ausdrücklich an, ob ihre Vorschriften abdingbar oder zwingend sind, so etwa bei den jüngeren Normen zum Schutz des Verbrauchers, Mieters oder Arbeitnehmers.⁹ Demgegenüber lassen gerade die klassischen Normen des Schuldrechts diese Frage vielfach offen. Die Feststellung der Abdingbarkeit wird als schwierig¹⁰ oder gar als ein „ungeklärtes aktuelles Problem“¹¹ empfunden. Höchstrichterliche Urteile¹² wie Kommentare begnügen sich häufig mit der Behauptung, dass eine bestimmte Norm abdingbar oder zwingend sei, ohne dafür eine verallgemeinerbare Begründung anzu-

⁷ Zu diesem Begriff *von der Pfordten*, Rechtsethik, S. 7 ff.

⁸ So bereits *Weber*, Rechtssoziologie, S. 123.

⁹ Etwa §§ 475, 487, 511, 551 Abs. 4, 651m, 622 Abs. 4 S. 1, Abs. 5 BGB; 18 VVG.

¹⁰ *Medicus*, SR AT, S. 40, Rn. 88; *Schwab/Löhnig*, Einführung in das Zivilrecht, S. 24, Rn. 52.

¹¹ *Kraft/Kreuz*, Gesellschaftsrecht, S. 12; ähnlich im Völkerrecht, wo in Art. 53 WVK bezeichnenderweise auf eine Erläuterung zwingenden Rechts verzichtet wurde, *Verdross*, The American Journal of International Law 1966, 55, 57.

¹² So etwa bei der Abdingbarkeit des Übergangs von Nebenrechten nach § 401 BGB: BGH, NJW 1991, 3025, 2026 (= BGHZ 115, 177, 181); jurisPK-BGB⁵-*Knerr* § 401 Rn. 23; MünchKommBGB⁵-*Roth*, § 401 Rn. 1; *Staudinger*²⁰⁰⁵-*Busche*, § 401 Rn. 7. Ähnlich die Feststellung von *Wiegand*, Vertragliche Beschränkungen der Berufung auf Willensmängel, S. 94, 104 zur Abdingbarkeit der §§ 119 ff. BGB.

geben. Es fehlen Theorien.¹³ Wie sich zeigen wird, ist das kein Zufall. Es bedarf der Gewichtung einer Vielzahl von Faktoren. Dem dient das fünfte Kapitel. Abschließend soll ein Blick auf einseitig abdingbare Normen im sechsten Kapitel zeigen, dass die Einsichten zu den vertraglich abdingbaren Normen auch für andere Gebiete von Bedeutung sind.

Die folgende Arbeit spricht damit fünf Themen an, nämlich Definition, Modell, Wirkung, Rechtfertigung und Feststellung abdingbaren Rechts. Erst ihre Gesamtheit ermöglicht sein Verständnis.

¹³ Siehe zu einem ersten Entwurf *Verfasser*, JbJ.ZivR.Wiss. 2002, 181.

1. Kapitel

Der Begriff des abdingbaren Rechts

Was ist abdingbares Recht? Die einfachste Antwort darauf lautet: Es ist das Recht, von dem der Adressat einer Norm abweichen kann. Sodann aber stellt sich die Frage: Wann kann er von ihr abweichen und wann handelt es sich stattdessen um zwingendes Recht? Will man eine zirkuläre Definition vermeiden, kann man dieses nicht wiederum durch das abdingbare Recht bestimmen. Zumindest einer der beiden Begriffe bedarf einer Definition, die über die bloße Unterscheidung vom anderen hinausgeht. Beginnen wir die Untersuchung daher mit einer Bestimmung abdingbarer Normen.

A. Die Bestimmung abdingbaren Rechts

Die deutschen Gesetze enthalten keine Definition abdingbaren Rechts. Gleichwohl verwenden sie seinen Begriff¹ und grenzen ihn vom zwingenden Recht ab.² Die Rom-I-Verordnung umschreibt Letzteres als die Bestimmungen, von denen durch Vertrag nicht abgewichen werden kann.³ Abdingbares Recht wären demgegenüber diejenigen Normen, von denen Verträge abweichen dürfen. Entsprechend umschreibt § 307 Abs. 3 S. 1 BGB eine Abbedingung als „von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen“.⁴ Aus der Pandektistik stammt dafür der Begriff *ius dispositivum*.⁵ Daneben existieren vielzählige weiterer Bezeichnungen: Ergänzungs-,⁶ Hintergrunds- und Auf-

¹ Vgl. § 40 BGB („Nachgiebige Vorschriften“); § 10 SeemG („Abdingbarkeit“).

² So etwa Art. 27 Abs. 3, 34 EGBGB a.F.; § 13 Abs. 1 Nr. 1 EGGVG; § 14 ProdHaftG („Unabdingbarkeit“).

³ Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17. 6. 2008 (Rom I); entsprechend zuvor Art. 27 Abs. 3 EGBGB a.F.; vgl. Staudinger²⁰⁰²-Magnus, Art. 34 EGBGB Rn. 10; MünchKommBGB⁴-Martiny, Art. 34 EGBGB Rn. 7; Ayres/Gertner, 99 Yale Law Journal 87 (1989); Bridgeman, 33 Florida State University Law Review 683, 684 (2006); Burton, 3 Southern California Interdisciplinary Law Journal 115, 116 (1993); Lehmann, 41 Vanderbilt Journal of Transnational Law 381, 419 (2008).

⁴ Ähnlich Art. 28 EGBGB a.F.: „mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht“; Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17. 6. 2008 (Rom I).

⁵ Kaser, SZ 1986, 1, 77 bezeichnet sie als „unrömisch“.

⁶ von Wächter, Pandekten, Bd. 1, S. 94f. („ergänzende“ Normen); Endemann, BR, Bd. 1, S. 40; Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 13; Enneccerus/Nipperdey, AT, § 49, S. 301; Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, S. 15; Schapp, Grundfragen der Rechtsgeschäfts-

fangeregeln⁷, Hilfs- und Ersatznormen, abweichungsoffene und präsumtive Normen,⁸ nachgiebiges⁹ und subsidiäres Recht¹⁰. Mehr und mehr werden dafür überdies englische Ausdrücke wie *default rules*¹¹ oder *Opt-in-* und *Opt-out-Normen*¹² gebraucht.

Abdingbares Recht betrifft zwar typischerweise Vertragsparteien, die eine vom Gesetz abweichende Bestimmung treffen. Jedoch gibt es Situationen, in denen nicht ein Vertrag, sondern eine einseitige Verfügung das gesetzliche Recht verdrängt. Dies ist unter anderem im Erbrecht der Fall. Per Testament lassen sich dort die gesetzlichen Normen ausschließen, § 1937 BGB. Darin unterscheidet sich dieses nicht von einem Erbvertrag, der von den erbrechtlichen Normen abweicht. Ob man einen Erben per Erbvertrag oder per Testament einsetzt, stellt zwar für die Bindung an diese Verfügung einen Unterschied dar, nicht aber für den Ausschluss des gesetzlichen Erbrechts der §§ 1922 ff. BGB. Da die Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge durch Vertrag eine Form der Abbedingung ist, lässt sich eine Verfügung per Testament als Abbedingung begreifen.

lehre, S. 83; kritisch *Bülow*, AcP 64 (1881), 1, 78. *Stammler*, AcP 69 (1886), 1, 24 hingegen bezog die Bezeichnung „ergänzend“ nicht auf das den Vertrag *ergänzende* Gesetz, sondern das durch Vertrag *ergänzte* Gesetz.

⁷ *von Hein*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, S. 909, der damit „default rules“ übersetzt; ähnlich auch *Schwab*, 17 The Journal of Legal Studies 237, 239 (1988).

⁸ *Bachmann*, JZ 2008, 11, 12.

⁹ Z.B. § 40 BGB zu §§ 27 Abs. 1 u. 3, 28, 32, 33, 38 BGB.

¹⁰ BGH, WM 2003, 1974, 1975 zu § 744 Abs. 2 BGB; siehe auch *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 228, der von „staatlichem Folgenrecht“ spricht. Weitere Bezeichnungen sind „vermittelnde Gesetze“, *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, S. 58; „privatrechtliche, oder private, oder abänderliche, oder nachgebende Privatrechtssätze“, *Thöl*, Einleitung in das deutsche Privatrecht, S. 120; „ablehnbare Normen“, *Thudichum*, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 23 (1885), 148; „Eventualvorschriften“, *Enneccerus/Nipperdey*, AT, § 49, S. 302; „fakultative Normen“, *von Hippel*, Privatautonomie, S. 113; „Eigennormen“, *Abegg*, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, S. 164.

¹¹ Ursprünglich stand „*default*“ für Versäumnis, *Rakoff*, in: *Beatson/Friedmann*, Good Faith and Fault in Contract Law, pp. 191, 192; kritisch daher *Collins*, The Law of Contract, p. 246, der auf den traditionelleren Ausdruck „*implied terms*“ verweist, dazu auch *Barnett*, 78 Virginia Law Review 821, 822 (1992); *Zimmermann*, The Law of Obligations, pp. 22. Weitere Bezeichnungen sind „*stopgate rule*“, *Rheinstein*, Gesammelte Schriften, Bd. 1, S. 155, 228; „*mutable rules*“, *Schwartz*, 3 Southern California Interdisciplinary Law Journal 389, 402 (1994); „*background provisions*“, *Ben-Shabar/Pottow*, 33 Florida State University Law Review 651, 652 (2006), anders *Craswell*, 88 Michigan Law Review 489, 490 (1989), der als „*background rules*“ die ergänzend anwendbaren und so auch zwingenden Normen bezeichnet; „*fall-back provisions*“, *Maskin*, 33 Florida State University Law Review 557 (2006); „*gap fillers*“, *Gillette*, 3 Southern California Interdisciplinary Law Journal 167, 179 (1994); weitere Nachweise bei *Ayres/Gertner*, 99 Yale Law Journal 87, 91 (1989).

¹² Etwa die deutsche Fassung von Art. 23 Abs. 1 S. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 vom 24. 9. 2008 (Luftverkehrsdienste); sowie BGH, NJW 2008, 3055, 3056 zu § 4a Abs. 1 BDSG; *Diekmann*, NJW 2007, 17 zu Art. 12 der Übernahmerrichtlinie 2004/25/EG vom 21. April 2004.

Auch außerhalb des Erbrechts kommen einseitige Dispositionen über eine gesetzliche oder vertragliche Anordnung vor. Von einer Vielzahl an Normen kann man durch einen einseitigen Akt abweichen, sei es durch einen Verzicht¹³ oder eine sonstige einseitige Bestimmung. Sollen in einem Mietvertrag etwa die Betriebskosten verbrauchsunabhängig berechnet werden, so kann der Vermieter durch eine einseitige Erklärung einen verbrauchsabhängigen Maßstab festlegen, § 556a Abs. 2 BGB. Damit bedingt er den sonst anwendbaren Maßstab ab. Eine zweiseitige Disposition ist für eine Abbedingung daher nicht notwendig.¹⁴ Der Begriff der Abdingbarkeit ist deshalb nicht auf vertragliche Bestimmungen beschränkt, sondern umfasst auch einseitige Anordnungen.¹⁵

Charakteristisch für alle diese Abweichungen von einer gesetzlichen Norm ist, dass die Adressaten einer Norm eine andere Rechtsfolge bestimmen *können*. Verpflichtet dazu sind sie nicht. Zur Charakterisierung abdingbaren Rechts sind somit vier Elemente erforderlich: das Subjekt (1), das Objekt (2), der Akt (3) sowie die Wirkung der Abbedingung (4). Alle vier bedürfen einer Konkretisierung.

1. Die Merkmale der Abbedingung

a) Das Abbedingungssubjekt

Subjekt der Abbedingung ist diejenige Person, welche die abweichende Bestimmung treffen darf. Das ist typischerweise der unmittelbare Adressat einer Norm, d. h. derjenige, dessen Verhalten sie regelt.¹⁶ Dazu gehören etwa die Käufer und Verkäufer, deren Rechte und Pflichten die §§ 433 ff. BGB bestimmen und die etwas davon Abweichendes festlegen dürfen. Das Recht gibt ihnen weiterhin abdingbare Regelungen vor.

Denkbar ist jedoch auch, dass die Anwendbarkeit einer Norm nicht von den unmittelbaren Adressaten abhängt, sondern von den mittelbaren. Das sind diejenigen, deren Verhältnisse die Norm nicht direkt regelt, die aber an den Rechts-

¹³ Siehe etwa § 768 Abs. 2 BGB (Verzicht des Hauptschuldners); § 295 Abs. 1 ZPO (Verzicht auf eine Verfahrensrüge); ferner *Kleinschmidt*, Der Verzicht im Schuldrecht, S. 159 ff.; MünchKommBGB⁵-*Schlüter*, § 397 Rn. 19; Staudinger²⁰⁰⁵-*Rieble*, § 397 Rn. 62.

¹⁴ Weitere Beispiele einseitiger Abbedingung sind § 28 Abs. 2 HGB (keine Haftung für Altschulden bei Registereintragung); § 6 Abs. 3 VVG (Verzicht auf Beratung); § 52 Abs. 5 S. 3 AktG (weitere Anforderungen der Satzung an einen Nachgründungsvertrag).

¹⁵ *Thudichum*, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 23 (1885), 148; *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, S. 82; *Ayres*, Default Rules for Incomplete Contracts; *Hirsch*, 73 Fordham Law Review 1031, 1032 (2004); anders hingegen *Painter*, 76 New York University Law Review 665, 677 (2001).

¹⁶ Entsprechend *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, S. 467; *Brouwer/Hage*, 15 European Review of Private Law 2007, 2, 9; hingegen bezeichnet *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, S. 464 sie nur als mittelbare Adressaten, da er als primäre Adressaten diejenigen versteht, die eine Sanktion anordnen.

verhältnissen der unmittelbaren Adressaten gleichwohl ein Interesse haben. So kann der Betriebsrat als mittelbarer Adressat einer für die Arbeitnehmer geltenden Norm mit dem Arbeitgeber eine Reihe von Normen abbedingen.¹⁷ Abbedingungsberechtigter und unmittelbarer Normadressat weichen dann voneinander ab. Denn zur Abbedingung berechtigt sind in diesem Fall nur Betriebsrat und Arbeitgeber, nicht aber die Arbeitnehmer. Die Abdingbarkeit durch die mittelbaren Adressaten zeigt zugleich, dass der zu einer Abbedingung Berechtigte nicht notwendig der von ihr Begünstigte sein muss. Der Betriebsrat etwa profitiert nicht unmittelbar davon, dass für die Arbeitnehmer günstige Normen zur Anwendung kommen, sondern soll deren Interessen treuhänderisch wahrnehmen. Begünstigter und Abbedingungsberechtigter können daher voneinander abweichen. Um auch derartige Konstellationen zu erfassen, darf man nicht nur die unmittelbaren Adressaten als Abbedingungsberechtigte begreifen.

In aller Regel wird der Abbedingungsberechtigte derjenige sein, der unmittelbar von der Norm betroffen ist. So können etwa gewerbliche Verkäufer und Käufer die Gewährleistungsnormen der §§ 434 ff. BGB abbedingen, die den Austausch zwischen ihnen ordnen. Es wäre nicht nachvollziehbar, warum ein anderer als derjenige über ihre Abbedingung entscheiden sollte. Ausnahmsweise aber ist dazu der nur mittelbar Betroffene berechtigt. Vermietet etwa ein Eigentümer sein Haus, so beeinträchtigt der Lärm eines Nachbarn in erster Linie den Mieter. Gleichwohl ist nicht dieser, sondern der Eigentümer berechtigt, mit dem Nachbarn den Abwehranspruch abzubedingen.¹⁸ Er ist vom Lärm nur mittelbar über eine Mietminderung betroffen, § 536 Abs. 1 S. 1 BGB. Allein die Betroffenheit von einer Norm genügt somit nicht für eine Abbedingungsbechtigung.

Auch weitere für jede Abbedingung geltende Qualifikationen des Abbedingungssubjekts sind nicht erforderlich. Im Grundsatz ist jede rechtsfähige Person zur Abbedingung geeignet. Denn das Recht hat keinen Grund, einer bestimmten Gruppe von Personen generell die Abbedingung von Normen zu untersagen. Wer ihm unterworfen ist, darf nicht prinzipiell von seiner Gestaltung ausgeschlossen sein. Den Adressaten einer Norm ist daher vielfach die Möglichkeit zur Abweichung eingeräumt. Natürliche Personen gehören dazu ebenso wie juristische Personen. Wichtig ist nur, dass es ein zur Abbedingung berechtigtes Subjekt gibt. Denn diese vollzieht sich nicht von selbst, sondern bedarf eines Gestalters.

¹⁷ Für vom Gesetz abweichende Arbeitszeiten etwa §§ 7, 12, 21a Abs. 6 ArbZG; für das Heuverhältnis bei Schiffen §§ 89a, 140 Abs. 2 SeemG; für die vermögenswirksame Anlage von Arbeitslohn § 11 Abs. 6 VermBG.

¹⁸ Erman^{12-Ebbing}, § 1004 Rn. 19; Palandt^{70-Bassenge}, § 1004 Rn. 45; Staudinger^{2006-Gursky}, § 1004 Rn. 193.

b) Das Abbedingungsobjekt

Abbedingen lassen sich nur Normen, d.h. verbindliche Anordnungen einer Rechtsfolge¹⁹. Sie sind das Objekt der Abbedingung. Keine Art von ihnen ist davon prinzipiell ausgeschlossen. Stets lässt sich nämlich die Frage stellen, ob die Normadressaten für einen bestimmten Sachverhalt eine abweichende Regelung treffen dürfen, indem sie die Anwendbarkeit der Norm ausschließen. Ist dies zu bejahen, gehört die Norm zum abdingbaren Recht.

Gleichwohl liegt bei einigen Normarten die Abdingbarkeit näher als bei anderen. Das ist etwa bei als Geboten formulierten Normen der Fall. Gebots- und Verbotsnormen sind zwar ineinander überführbar,²⁰ jedoch ist ihre Fassung als Gebot oder Verbot nicht gleichgültig. Verbotsnormen sollen ein bestimmtes Verhalten verhindern, während sie offen lassen, wie sich die Adressaten stattdessen zu verhalten haben. Das Verbot etwa, schneller als 100 km/h zu fahren, besagt nicht, welche Geschwindigkeit man einzuhalten hat. Gebotsnormen hingegen legen das Verhalten der Adressaten fest. Da aber nur selten eine einzige Verhaltensweise vertretbar ist und es meist verschiedene akzeptable Handlungen gibt, geht der mit Gebotsnormen einhergehende Eingriff sehr weit. Jedoch lässt er sich über eine Abdingbarkeit mildern. Bei als Verbot formulierten Normen bleibt demgegenüber von vornherein eine Vielzahl an Verhaltensweisen zulässig. Sie umfassen meist nur minimale Anforderungen. Hat der Gesetzgeber Gründe, unter der Vielzahl an Verhaltensweisen eine bestimmte zu verbieten, ist es daher unwahrscheinlich, dass er eine Abbedingung duldet. Es ist aus diesem Grund kein Zufall, dass die strafrechtlichen Verbote²¹ so gut wie nie dispositiv sind, während die vertragsrechtlichen Gebote der §§ 434 ff. BGB zumindest unter Unternehmern fast durchgängig einen abdingbaren Charakter tragen.

Die Möglichkeit zur Abbedingung hängt nicht davon ab, ob eine Norm einen abstrakten oder konkreten, generellen oder individuellen Charakter trägt. Auf bestimmte Sachverhalte konkretisierte Anordnungen wie Verwaltungsakte und Urteile können ebenso wie generelle Anordnungen abbedungen werden.²² So

¹⁹ Zum Normbegriff *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 4; *ders.*, Allgemeine Theorie der Normen, S. 2; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 89 f.; *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 16. Ähnlich wird zum Teil der Begriff der Regel in einem weiten Sinn gebraucht, etwa *Kantorowicz*, Der Begriff des Rechts, S. 38 ff.; *Bachmann*, Private Ordnung, S. 22; enger demgegenüber *Weber*, Rechtssoziologie, S. 55; *Meyer-Cording*, Die Rechtsnormen, S. 24. *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, S. 35 ff. bestreitet die Existenz eines einheitlichen Normbegriffs. Dazu ferner *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 40 ff.

²⁰ *Löffler*, Einführung in die Logik, S. 237.

²¹ Dazu unten I.E.1.

²² Nach *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 12 enthält dispositives Recht hingegen nur generalisierende Regeln. Zum Normcharakter individueller Normen *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, S. 7; *Enneccerus/Nipperdey*, AT, § 47, S. 292; *Husserl*, Rechtskraft und

mag etwa ein zum Unterhalt verurteilter Ehemann mit seiner Frau vereinbaren, dass die gerichtlich festgestellte Zahlungspflicht während eines bestimmten Sommers ruht. In diesem Fall kommt es zur Abweichung von einer individuellen Anordnung. Die abzubedingende Norm muss nicht auf eine Mehrzahl von Personen und Sachverhalten anwendbar sein. Allerdings werden vielfach generelle Normen abbedungen, weil bei ihnen das Bedürfnis größer ist, das Recht durch Abbedingung einem bestimmten Sachverhalt anzupassen. Die Norm behält dann zumindest in den anderen Sachverhalten einen Anwendungsbereich. Demgegenüber ist es kaum ein Unterschied, ob eine konkret-individuelle Norm abbedungen oder vollständig aufgehoben wird. Ihre Rechtsfolgen bleiben in beiden Fällen vollständig aus.

Für die Adressaten einer Norm liegt eine Abbedingung umso näher, je *konkreter* deren Rechtsfolge ist. Denn umso eher fällt ihnen ein Widerspruch zu ihren Interessen auf. Möglich ist eine Abbedingung aber ebenso bei abstrakten Grundsätzen²³, die unmittelbar keine bestimmte Handlung vorschreiben oder verbieten, sondern Wertungsmaßstäbe für die Beurteilung und Entwicklung anderer Normen aufstellen.²⁴ Auch ihre Anwendbarkeit auf einen Sachverhalt lässt sich aufheben. So können religiöse Gemeinschaften für ihren Binnenbereich ethische Maßstäbe aufstellen, die von denen des staatlichen Rechts abweichen. Dabei mögen sie etwa dem Gewissen eine größere Bedeutung zusprechen, als dies das staatliche Recht vorsieht. Obwohl sich ein derartiger Vorgang von der Abweichung von einer konkreten Norm unterscheidet, ist er als Abbedingung zu verstehen. Auch bei ihm soll in bestimmten Sachverhalten eine verbindliche Anordnung nicht zur Anwendung kommen.

Die abzubedingenden Normen müssen *kein staatliches Recht* sein. Denn ob eine Norm staatlichen oder nichtstaatlichen Ursprungs ist, geht nicht notwendig mit der Frage einher, ob die Normadressaten eine abweichende Bestimmung treffen dürfen. Zum abdingbaren nichtstaatlichen Recht gehört etwa privat gesetztes Recht, das die Parteien durch anderweitige Bestimmungen verdrängen können,²⁵ so etwa wenn sie mit einem Einzelvertrag von einem Rahmenvertrag abweichen. Das ist von der Konstellation zu unterscheiden, dass die Parteien die

Rechtsgeltung, S. 27; *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 91 f.; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 196 ff. Daher lässt sich der Gegensatz von Normen und Rechtsgeschäft nicht durch den abstrakt-generellen Status charakterisieren, so aber *Bachmann*, Private Ordnung, S. 112.

²³ Sie werden vielfach als Prinzipien beschrieben, siehe *Dworkin*, Taking Rights Seriously, pp. 22; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.; *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs, S. 177 ff.; *Otte*, in: *Schilcher/Koller/Funk*, Regeln, Prinzipien und Elemente des Rechts, S. 143 ff. sowie die weiteren Beiträge in diesem Band.

²⁴ Enger hingegen *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 53; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 190.

²⁵ So dürfen Betriebsvereinbarungen ausnahmsweise Tarifverträge nach §§ 4 Abs. 3 TVG, 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG verdrängen; ebenso sieht § 6 Abs. 1 der Ergänzenden Regeln für beschleunigte Verfahren der DIS Modifikationen durch die Parteien vor.

Geltung einer von ihnen geschaffenen Norm durch einen Änderungsvertrag aufheben. Im einen Fall verliert die Norm lediglich ihre Anwendbarkeit auf einen bestimmten Sachverhalt, im anderen Fall ihre Geltung. Auch der BGH geht davon aus, dass Vertragsparteien durch langdauernde Übung eine vertragliche Absprache abbedingen können.²⁶ Entsprechend müssen die abzubedingenden Normen nicht vom parlamentarischen Gesetzgeber stammen, sondern können auf sonstige Normsetzer²⁷ zurückgehen.

Neben einer Einzelnorm kann auch eine *Mehrzahl von Normen* abbedungen werden. Nahe liegt dies insbesondere bei der Abbedingung eines Rechtsinstituts, etwa wenn das gesamte Recht der BGB-Gesellschaft auf ein bestimmtes Vertragsverhältnis keine Anwendung finden soll. Das internationale Privatrecht eröffnet sogar die Möglichkeit, die Anwendbarkeit einer ganzen Rechtsordnung auszuschließen.²⁸ Diese Abbedingung von Rechtsinstituten und Rechtsordnungen lässt sich als summierte Abbedingung einzelner Normen begreifen. Allerdings treten dabei Besonderheiten auf, die sie von der Abbedingung von Einzelnormen abheben. So wissen die Abbedingungsberechtigten beim Ausschluss einer einzelnen Norm in der Regel, welche Frage sie beantwortet, während die Abbedingung eines gesamten Rechtsinstituts oder einer Rechtsordnung meist pauschal erfolgt. Dem Berechtigten unbekannt Normen werden dabei ebenso wie die ihm bekannten Normen abbedungen und er weiß häufig nicht, welche konkreten Regeln an die Stelle der abbedungenen Normen treten.

Der im amerikanischen Recht vielfach verwendete Ausdruck des *opt-out* bezieht sich meist auf einen derartigen Ausschluss von ganzen Normkomplexen.²⁹ Dahinter steht die Vorstellung, dass man sich durch einen derartigen Akt von einem ganzen System verabschiedet. Auch in den Bewertungsmaßstäben unterscheidet sich die Abbedingung von Normkomplexen von der Abbedingung einer einzelnen Norm. So kann das Recht die Abwahl einer Rechtsordnung zulassen, selbst wenn dazu der Ausschluss von im nationalen Kontext zwingenden Normen gehört. Nur einige von ihnen setzen sich als international zwingende Eingriffsnormen gegen die Abwahl einer nationalen Rechtsordnung durch.³⁰

²⁶ So BGH, NJW 1985, 3076, 3077 für die von Eigenhändler und Unternehmer getroffene Vereinbarung, die Namen der Kunden nicht nennen zu müssen.

²⁷ Der Begriff „Gesetzgeber“ wird daher im Folgenden, soweit nicht anders gekennzeichnet, in diesem weiten Sinn verstanden.

²⁸ Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17. 6. 2008 (Rom I). Zu den Unterschieden zwischen dem Ausschluss einzelner Normen und der Wahl einer anderen Rechtsordnung *Kropholler*, Internationales Privatrecht, S. 293. Die Anwendung kann auf einer Rechtswahl, aber auch auf einer objektiven Anknüpfung beruhen, *Möslein*, Dispositives Recht, S. 73 mwN.

²⁹ Etwa *Beylveveld/Brownsword*, Consent in the Law, p. 355 zu *opt-in* und *opt-out* vom gesamten Vertragsrecht.

³⁰ Zur Unterscheidung zwischen international und national zwingenden Normen siehe BGH, NJW 1968, 354, 355 (= BGHZ 48, 327, 331); 1998, 2358 (= BGHZ 138, 331, 334); 2006, 762, 765 (= BGHZ 165, 248, 256); 2009, 1747, 1749; Staudinger²⁰⁰²-*Magnus*, Art. 34 EGBGB

Das zeigt, dass die Abbedingung einer Normordnung nicht nach den gleichen Maßstäben bewertet wird wie die Abbedingung einzelner Normen.

Trotz dieser Unterschiede stellt die Abwahl einer Rechtsordnung ebenso wie der Ausschluss eines Rechtsinstituts eine Abbedingung dar. Einzelne Normen verlieren durch sie ihre Anwendbarkeit auf einen bestimmten Sachverhalt. Überdies lässt sich die Abbedingung einzelner Normen so steigern, dass am Ende sämtliche Normen eines Rechtsgebiets oder einer Rechtsordnung ausgeschlossen werden sollen. Begreift man den Ausschluss der Anwendbarkeit einer einzelnen Norm als Abbedingung, so gilt dies umso mehr für die ausgeschlossene Anwendbarkeit eines gesamten Normenkomplexes. Die Abbedingung von Rechtsordnungen stellt daher nur einen Sonderfall der allgemeinen Abbedingung von Normen dar.

c) Der Abbedingungsakt

Wer eine Norm abbedingt, sorgt dafür, dass ihre Rechtsfolge nicht eintritt. Dies geschieht durch einen Abbedingungsakt, der den Eintritt der sonst vorgesehenen Rechtsfolge verhindert. Typischerweise besteht er im Abschluss eines Vertrages, bisweilen aber auch in einer einseitigen Anordnung wie der Errichtung eines Testaments. In der Folge entfaltet die Norm für den Sachverhalt keine Wirkung, so dass unerheblich wird, ob ihr Tatbestand erfüllt ist oder nicht.

Nicht jedes Verhalten, das den Eintritt einer Rechtsfolge verhindert, stellt einen Abbedingungsakt dar. Denn nicht immer, wenn eine Rechtsfolge ausbleibt, geht dies auf die Entscheidung der Normadressaten zurück, die Anwendbarkeit einer Norm auszuschließen. Vielmehr kann dies schlicht darauf beruhen, dass der Tatbestand der Norm nicht erfüllt ist. Dann handelt es sich nicht um eine Abbedingung. Wer nicht heiratet, bedingt dadurch nicht das Eherecht ab, auch wenn dieses der Grund dafür ist, dass er seiner Partnerin keinen Heiratsantrag stellt. Ebenso bedingt derjenige das Diebstahlsverbot des § 242 StGB nicht ab, der eine Sache kauft, anstatt sie zu stehlen. In diesen Fällen verhindert er zwar ebenfalls den Eintritt einer Sanktion. Jedoch bedingt er dadurch keine Norm ab. Es stellt einen Unterschied dar, ob eine Rechtsfolge nicht eintritt, weil der Tatbestand nicht erfüllt ist oder weil sie von vornherein auf einen bestimmten Sachverhalt nicht anwendbar ist. Nur dem letzteren Fall liegt ein Abbedingungsakt zugrunde.

Würde man für die Abbedingung nicht einen derartigen Akt verlangen, wäre nahezu jede Norm abdingbar. Denn bei fast jeder Norm kann der Adressat den Eintritt der Rechtsfolge durch sein Verhalten verhindern. Damit verlöre der Be-

Rn. 10f.; MünchKommBGB⁴-*Martiny*, Art. 34 EGBGB Rn. 8; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 21 ff., 497ff.; *Lehmann*, 41 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 381, 419 (2008).

griff der Abbedingung seine Unterscheidungskraft.³¹ Überdies ginge der zentrale Aspekt einer Abbedingung verloren, dass die zunächst vorgesehene Rechtsfolge gerade deshalb nicht eintritt, weil der Normadressat das entschieden hat. Das ist bei den Normen des Strafgesetzbuchs kaum möglich.³² Dass etwa ein Kauf nicht bestraft wird, liegt allein daran, dass er den Tatbestand des § 242 StGB nicht erfüllt. Die Anwendbarkeit des § 242 StGB muss dafür nicht ausgeschlossen werden. Die Vermeidbarkeit einer Rechtsfolge ist somit kein geeignetes Kriterium, um zwingende von abdingbaren Normen abzugrenzen.

Bereits kurz nach Entstehung des BGB hat Eugen Ehrlich diese mit einem unbeschränkten Begriff des abdingbaren Rechts entstehenden Probleme bemerkt.³³ Er wies darauf hin, dass Windscheids Definition abdingbarer Normen als Rechtssätze, die es sich „gefallen [lassen], daß das betreffende Rechtsverhältnis anders geordnet werde“³⁴, fast das ganze Privatrecht erfasst. Denn nahezu immer ließen sich Konstellationen vorstellen, in denen die zunächst vorgesehenen Rechtsfolgen nicht einträten. Daraus folgerte Ehrlich, dass sich der nichtzwingende Charakter einer Norm nur auf „das Verhältnis des Rechtssatzes zur Willenserklärung“ beziehe.³⁵ Beinhalte diese keinen Widerspruch zum geltenden Recht, liege keine Abbedingung vor. Worin das Verhältnis des Rechtssatzes zur Willenserklärung genau bestehen müsse, ließ er allerdings offen. Damit wäre sogar Windscheids Vorschlag vereinbar, abdingbare Rechtssätze als solche zu verstehen, die sich den Eintritt einer anderen Rechtsfolge „gefallen lassen“. Ehrlichs Bestimmung erlaubt daher im Gegensatz zum möglichen Ausschluss der Anwendbarkeit einer Norm keine Eingrenzung des Begriffs abdingbaren Rechts.

Auch in der englischsprachigen Diskussion wird der Begriff der „*default rules*“ vielfach in einem weiten Sinn benutzt.³⁶ Er meint dort alle Auffangregeln, die zur Anwendung kommen, solange keine andere Entscheidung getroffen ist. Ob ihre Nichtanwendung darauf beruht, dass sie abbedungen werden oder schlicht ein anderer Sachverhalt vorliegt, ist dafür irrelevant. Es genügt die Möglichkeit, den Eintritt der Rechtsfolgen einer Norm zu verhindern. Im Falle einer Verbotsnorm reicht es dafür aus, dass sich die Adressaten an sie halten. § 242 StGB als Strafnorm für den Diebstahl wäre nach diesem Verständnis eine

³¹ So die Unterscheidung zwischen „entrinnbaren“ und „unentrinnbaren“ Normen bei *Laufke*, Die Handelsgesellschaften und das zwingende Recht, S. 2 f.; *Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 43.

³² Dazu im Einzelnen unten 1.E.1.c).

³³ *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht, S. 10.

³⁴ *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, S. 125.

³⁵ *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht, S. 10.

³⁶ Etwa *Rakoff*, 3 Southern California Interdisciplinary Law Journal 19, 23 (1993); *Slawson*, 3 Southern California Interdisciplinary Law Journal 29, 30 (1993); *Ayres*, 33 Florida State University Law Review 589, 601 (2006); *Elhauge*, Statutory Default Rules, pp. 41, 65, der darunter sämtliche gesetzlichen Auslegungsregeln versteht.

„default rule“, da man eine Bestrafung dadurch verhindert, dass man eine Sache liegen lässt, anstatt sie einem anderen wegzunehmen. Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis ist sie hingegen keine abdingbare Norm, weil man dadurch nicht die Strafbarkeit für einen Diebstahl aufhebt. Man disponiert nicht über den staatlichen Strafanspruch, sondern verhält sich lediglich so, dass dieser nicht entsteht. Die Abbedingung einer Norm ist nicht mit der Vermeidung ihrer Rechtsfolgen zu identifizieren. Sie ist *eine* der Arten, diese zu verhindern, aber nicht die einzige.

Das weite Verständnis von „default rules“ entspricht einem an den tatsächlichen Folgen orientierten Rechtsrealismus,³⁷ der nicht nach der dogmatischen Konstruktion, sondern nach den durch sie bewirkten Ergebnissen fragt. Die dabei entstehende Begriffsunschärfe³⁸ zeigt indes, wie wichtig eine Eingrenzung ist. Sowohl in der Auslegung als auch in der Rechtfertigung einer Norm spielt es eine entscheidende Rolle, ob sie an irgendein Verhalten der Einzelnen anknüpft, oder an eine bewusste Gestaltung der Rechtslage.³⁹ Denn im letzteren Fall hat man es in stärkerer Weise als sonst mit einem Akt der Selbstbestimmung zu tun. Das Besondere des Abbedingungsakts besteht darin, dass die Rechtsfolge nicht eintritt, weil die Abbedingungsberechtigten eine abweichende Rechtsfolge angeordnet haben. Es ist ihre bewusste Entscheidung, welche die Anwendbarkeit einer Norm verhindert, und nicht eine Laune des Rechtssystems. Auch die Gründe der Dispositionsbefugnis werden damit besser aufzeigbar. Während der Einzelne etwa befugt ist, über sein Eigentum zu disponieren, kann er über den staatlichen Strafanspruch nicht verfügen.

Ist der Ausschluss der Anwendbarkeit einer Norm damit das zentrale Merkmal eines Abbedingungsakts, so folgt daraus, dass der Normadressat diese weder durch die Abbedingung noch durch das ihr folgende Verhalten bricht.⁴⁰

³⁷ Ähnlich weit *Meller-Hannich*, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, S. 24 (Summe der Rechtsregeln, die Anwendung finden, „wenn die vertragliche Regelung dem nicht entgegensteht“). Kritisch gegenüber solchen Ausdehnungen *Fröhlich*, Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht, S. 65; *Laufke*, Die Handelsgesellschaften und das zwingende Recht, S. 1.

³⁸ Siehe *Rakoff*, 3 Southern California Interdisciplinary Law Journal 19, 23 (1993), der deshalb allerdings eine Definition für ausgeschlossen hält.

³⁹ Ähnlich sieht *Flume*, AT, Bd. 2, S. 5 den Unterschied zwischen Rechtsfolgen einer unerlaubten Handlung und derjenigen eines Kaufvertrags darin, dass bei dieser die Rechtsfolgen „im Hinblick auf die Vereinbarung gewährt werden“.

⁴⁰ So die von *Bülow*, AcP 64 (1881), 1, 39ff. kritisierte „Mutationstheorie“; ähnlich *Hirsch*, 73 Fordham Law Review 1031, 1032 (2004). Allerdings war diese Theorie eher gegen einen imaginären als einen realen Gegner gerichtet. Siehe zur späteren Diskussion *Gebhard*, in: Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren, AT, Teil 1, S. 104: „Der Privatwille vermag eine dispositive Rechtsnorm ebenso wenig aufzuheben, als eine Rechtsnorm anderer Art.“; *Auerbach*, Dispositives Recht insbesondere des B.G.-B., S. 10; *Fröhlich*, Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht, S. 72; *Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 45; *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 77; zur römischrechtlichen Vorstellung *Ankum*, SZ 1980, 288, 314.

Zum Bruch einer Norm kann es nur kommen, wenn sie als Maßstab für die Beurteilung eines bestimmten Sachverhalts bereit steht.⁴¹ Das ist von vornherein ausgeschlossen, wenn sie nicht anwendbar ist. Durch eine Abbedingung verstoßen die Adressaten aus diesem Grund nicht gegen die davon betroffene Norm,⁴² sondern verhindern deren Anwendung auf den einzelnen Sachverhalt. Unterlassen sie hingegen eine Abbedingung, wird ein Verstoß gegen die Norm ebenso sanktioniert wie der Bruch zwingenden Rechts. Eine abdingbare Norm ist dann in gleicher Stärke zwingend. Daher ist ihre Bezeichnung als nicht-zwingende Norm⁴³ im Hinblick auf die Abbedingungsmöglichkeit zwar korrekt, aber angesichts ihrer Verbindlichkeit bei fehlender Abbedingung missverständlich.

Der Abbedingungsakt beinhaltet die Anordnung, dass eine Norm auf einen bestimmten Sachverhalt nicht angewandt wird. Die Abbedingenden können dies direkt formulieren, etwa durch den Satz „§ x wird ausgeschlossen.“ Verbreiteter jedoch ist eine indirekte Abbedingung. Sie besteht in der Anordnung einer Norm, die für denselben Tatbestand eine abweichende Rechtsfolge vorsieht.⁴⁴ Räumt etwa der Verkäufer dem Käufer eine dreijährige Gewährleistungszeit ein, so hat sie nur einen Sinn, wenn sie die sonst eingreifende zweijährige Frist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB verdrängt. Das liegt näher als eine direkte Abbedingung, da die Normadressaten meist ein konkretes Ziel verfolgen und nicht unbedingt die sonst anwendbaren abstrakten Normen kennen, geschweige denn deren Anwendbarkeit verhindern wollen. Auch eine indirekte Abbedingung beruht darauf, dass die Adressaten die Anwendbarkeit einer Norm ausschließen. Dafür bedarf es der Anordnung einer Rechtsfolge, die mit der abdingbaren Norm nicht vereinbar ist. Wie diese Rechtsfolge formuliert wird, steht im Belieben der Adressaten,⁴⁵ sofern das Recht dafür keine besonderen Anforderungen verlangt.

Über den Ausschluss der Anwendbarkeit einer Norm hinaus muss der Abbedingungsakt nicht weiter eingegrenzt werden. So ist es insbesondere nicht notwendig, ihn auf Handlungen zu beschränken, bei denen der Abbedingende weiß, dass er von einer bestimmten Norm abweicht,⁴⁶ oder dies zumindest er-

⁴¹ *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, S. 84.

⁴² Anders *Riesenhuber-Schmidt-Kessel*, Europäische Methodenlehre, § 17 Rn. 30, S. 503, wonach der individuelle Vertrag eine Systemstörung bewirke. Dagegen aber spricht, dass bereits das Gesetz die Abdingbarkeit vielfach voraussetzt und durch eine Abbedingung daher nicht „gestört“ werden kann.

⁴³ *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht, S. 9.

⁴⁴ Das sehen alle europäischen Rechtsordnungen vor, *Hesselink*, 1 ERCL 44, 70 (2005).

⁴⁵ A. A. *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 273, wonach abdingbares Recht die „Sprachmuster“ festlege, derer sich die Vertragsparteien für die von ihnen verfolgten Ziele bedienen müssten.

⁴⁶ Gegen das Erfordernis einer Kenntnis *Stammler*, AcP 69 (1886), 1, 23; *Endemann*, BR, Bd. 1, S. 40; *Gebhard*, in: Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren, AT, Teil 1, S. 104; *Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 13; *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, S. 358; ent-