

Lorenz Kähler

Begriff und Rechtfertigung  
abdingbaren Rechts

2012

Mohr Siebeck

Aufgrund der Schwierigkeit, sämtliche schutzwürdigen Interessen im Voraus zu erfassen, lässt der Gesetzgeber die einseitige Abdingbarkeit seiner Normen vielfach offen. Über sie ist dann wie im Vertragsrecht nach rechtsethischen Gründen zu entscheiden. Dies lässt sich etwa am Erbrecht beobachten, wo jenseits des Pflichtteilsrechts offen bleibt, wie stark sich der Erblasser von diskriminierenden Erwägungen leiten lassen darf.<sup>13</sup> Einerseits haben andere nur in begrenztem Ausmaß ein legitimes Interesse daran, dass der Einzelne sie zum Erben einsetzt. Sie müssen dies als seine höchstpersönliche Entscheidung hinnehmen.<sup>14</sup> Andererseits darf das Recht gravierende Diskriminierungen nicht anerkennen, will es seine sonstigen Grundsätze nicht aufgeben. Obwohl dem Einzelnen allein aus Rücksicht auf Dritte untersagt ist, diese belastende Verfügungen zu treffen, darf er über seine Interessen auch in den übrigen Fällen daher nicht nach reiner Willkür entscheiden.

## B. Zusammenfassung

Da rechtliche Regelungen meist das Verhältnis zwischen verschiedenen Personen bestimmen, sind einseitig abdingbare Normen eine Ausnahme. In der Regel sind von einer Norm mehrere Personen betroffen, so dass auch am Ausschluss ihrer Abbedingung mehrere mitwirken müssen. Gleichwohl gibt es einige einseitig abdingbare Normen, so etwa im Erbrecht.

Trotz aller Unterschiede zwischen ihnen und den vertragsrechtlichen Normen zeigen sich dabei in Modell, Wirkung, Rechtfertigung und Feststellung erstaunliche Parallelen. Das beruht letztlich darauf, dass die freie Entscheidung des Einzelnen auch jenseits des Vertragsrechts eine maßgebliche Rolle spielt. Angesichts der Rückführbarkeit rechtlicher Normen auf die Interessen des Einzelnen muss dies nicht erstaunen. Denn sie gebietet, seine Entscheidung generell und nicht nur beim Vertragsschluss ernst zu nehmen. Zugleich steht sie zwingenden Vorgaben entgegen, die nicht auf den Interessen anderer oder den unverfügbaren Interessen der Einzelnen beruhen.

<sup>13</sup> Nach § 19 Abs. 4 AGG findet dieses im Erbrecht keine Anwendung; zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen siehe Jauernig<sup>13</sup>-Stürner, § 2077 Rn. 2 ff.; Staudinger<sup>2003</sup>-Sack, § 138 Rn. 363 ff.; Staudinger<sup>2003</sup>-Otte, vor §§ 2064 Rn. 148 ff.

<sup>14</sup> Zur fehlenden Rechtsbindung an höchstpersönliche Entscheidungen BGH, NJW 1986, 2043, 2044 (= BGHZ 97, 372, 379); 2007, 912; MünchKommBGB<sup>5</sup>-Armbrüster, § 134 Rn. 69; Staudinger<sup>2003</sup>-Sack, § 134 Rn. 433 ff.

## Ergebnis

Eine Norm abzubedingen heißt, ihre Anwendbarkeit auszuschließen, ohne dass sie ihre Geltung verliert. Ihre Adressaten heben damit die Rechtsfolgen nicht für sämtliche Konstellationen auf, sondern nur für einen bestimmten Sachverhalt. Darin unterscheiden sie sich von einem Gesetzgeber, der die Geltung der Normen begründet und aufhebt. Eine Abbedingung ist nicht nur durch Vertrag, sondern auch durch einseitige Akte wie ein Testament möglich.<sup>1</sup>

Abdingbares Recht steht im Kontext vielfältiger Regelungsmöglichkeiten. Statt einer abdingbaren Norm kann der Gesetzgeber eine zwingende oder eine bedingbare Anordnung treffen. Während sich zwingende und abdingbare Normen durch ihre bereits gegebene Anwendbarkeit auszeichnen, erlangen bedingbare Normen diese erst durch eine Erklärung ihrer Adressaten. Welche Bedeutung eine abdingbare Norm hat, hängt von der Rechtslage ab, die beim Verzicht auf eine Regelung maßgeblich wird. Dafür bestehen mehrere Möglichkeiten. Denkbar ist eine generelle Entscheidung nach Billigkeit oder die Anwendung der Ausschlussnorm, wonach ohne gesetzliche, gewohnheitsrechtliche oder vertragliche Regelung keinerlei Rechte oder Einwendungen existieren. Spezielle abdingbare Normen hingegen sehen von einer derartigen pauschalen Regelung ab und legen bestimmte Rechte sowie Pflichten fest. Sie begründen einerseits eine Handlungsoption, welche die Adressaten von der Notwendigkeit einer eigenen Anordnung befreit. Andererseits aber erlegen sie diesen eine Abbedingungslast auf.<sup>2</sup> Damit tragen sie einen ambivalenten Charakter.

Die Entstehung abdingbaren Rechts wird durch die Formulierung abstrakt-genereller Normen gefördert. Erst sie verdeutlichen, welche Rechte und Pflichten einer Abbedingung unterliegen. Zudem lassen sie die Bedingungen erkennen, unter denen eine Disposition zulässig ist. Es erscheint nicht als Zufall, dass abdingbares Recht in einem auf die abstrakt-generelle Formulierung der entscheidungstragenden Normen abzielenden Rechtssystem eine größere Rolle spielt als in einem Fallrechtssystem. Denn in diesem müssen die Adressaten alle wesentlichen Fragen entscheiden, um sich vor einer sie überraschenden Billigkeitsentscheidung oder einer rigorosen Ablehnung von Ansprüchen und Einwendungen zu schützen. Demgegenüber können sie sich in einem dogmatisier-

<sup>1</sup> 1.A.

<sup>2</sup> 1.B-C.

ten Rechtssystem auf die Anwendung vorgegebener Normen verlassen, ohne sie selbst formulieren zu müssen. Am deutlichsten zeigt sich dies an der verschiedenen Länge der geschlossenen Verträge in den einzelnen Rechtsordnungen.<sup>3</sup>

Trotz dieser Unterschiede kommen abdingbare Normen in allen Rechtssystemen und Rechtsgebieten vor. Sie sind insbesondere nicht auf das Privatrecht begrenzt. So bedient sich ihrer auch das öffentliche Recht, um Normadressaten eine Anpassung an den jeweiligen Sachverhalt zu ermöglichen. Funktionell sind sie den Ausnahme- und Zumutbarkeitsklauseln verwandt, welche die Härte strikter Normen mildern. Stellt das Recht einzelne Normen unter den Vorbehalt einer anderweitigen Bestimmung, kann es dadurch vielfach schon wegen der auf diese Weise entstehenden Obliegenheit zur Einigung für einen Ausgleich gegenläufiger Interessen sorgen. Der Staat gibt seinen Regelungsanspruch nicht auf, wenn er sich auf den Erlass abdingbarer Normen beschränkt. Dies gilt umso mehr, als er eine Abbedingung an mehr oder weniger starke Voraussetzungen knüpfen kann. Auch mit abdingbaren Normen vermag er, Rechtsverhältnisse zu gestalten. Zu den abdingbaren Normen gehören ferner die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung. Denn sie sind zwar gesetzlich nicht kodifiziert, jedoch als abstrakt-generelle Regeln formulierbar, von denen die Parteien abweichen müssen, wenn sie die zunächst vorgesehenen Rechtsfolgen vermeiden wollen. Zwischen dem abdingbaren und dem zwingenden Recht gibt es zahlreiche Übergangsformen. Sie können an alle seine Elemente anknüpfen, nämlich das Subjekt, das Objekt, den Akt und die Wirkung der Abbedingung.<sup>4</sup>

Abdingbare Normen stehen in einem Spannungsfeld dreier Pole: den Parteien, dem Recht und der empirischen Wirklichkeit. Jede von ihnen steht im Zentrum eines anderen Modells. Nach dem ersten sind sie Ausdruck des hypothetischen Parteiwillens, der je nach Ausprägung als konkreter, typischer oder redlicher Wille verstanden wird. Die ihm zugrunde liegende Frage, was die Parteien vereinbart hätten, verschiebt sich dabei zur Frage, welche Vereinbarung sie vernünftigerweise hätten treffen müssen. Das Vorgabemodell betont stattdessen den Status abdingbarer Normen als geltendes Recht und thematisiert seinen Zusammenhang mit der gesamten Rechtsordnung. Seine prominenteste Variante ist das Verständnis abdingbaren Rechts als Leitbild des Gesetzgebers. Demgegenüber begreift das Nutzenmodell abdingbare Normen als Mittel, um den Vertragswert zu maximieren. Ihr Inhalt lässt sich danach mit seinen Wirkungen erklären. Dies kann bedeuten, den Parteien Strafregeleln vorzugeben, welche diese nicht vereinbaren würden und die selbst der Gesetzgeber nicht für einen angemessenen Ausgleich der Parteiinteressen hält.

<sup>3</sup> 1.D.

<sup>4</sup> 1.E-1.F.

Weder das Willens-, noch das Vorgabe-, noch das Nutzenmodell erfassen das geltende abdingbare Recht vollständig. So vielfältig die gesetzgeberischen Projekte, Vorstellungen und dabei berücksichtigten Interessen sind, so unterschiedlich ist auch das dadurch entstehende abdingbare Recht. Es lässt sich deshalb nicht auf ein einfaches und zugleich aussagekräftiges Modell zurückführen. Will man das geltende abdingbare Recht erfassen, so führen die zu ihm entwickelten Modelle daher in die Irre. Über die in seiner Definition genannten Merkmale hinaus lassen sich keine notwendigen gemeinsamen Eigenschaften angeben. Gleichwohl sind diese Modelle sinnvoll, um typische Aspekte abdingbaren Rechts zu verdeutlichen. So schärft das Willensmodell das Bewusstsein dafür, dass abdingbare Normen den Erwartungen der Parteien nicht grundsätzlich entgegen laufen dürfen. Das Vorgabemodell erinnert daran, dass diese Normen nicht isoliert betrachtet werden dürfen, sondern in einem Zusammenhang mit anderen Normen der Rechtsordnung stehen. Das Nutzenmodell schließlich richtet die Aufmerksamkeit auf die Folgen abdingbarer Normen.<sup>5</sup>

Diese Folgen abdingbaren Rechts sind enorm. Es prägt nicht nur den Vertragsinhalt, sondern bereits die Verhandlungen. Das geschieht vor allem dadurch, dass es einer Partei die Verhandlungslast zuweist. Dadurch gerät die andere Partei in die privilegierte Position, sich nicht mehr um eine Regelung bemühen zu müssen. Das Gewicht dieser Last hängt von den konkreten Abbedingungshürden ab und kann variieren. Eine Rolle spielen insbesondere das Vertrauen der Parteien in die Rechtsordnung und die Bereitschaft zu einer eigenen Regelung. Durch Auslegungsregeln beeinflusst das abdingbare Recht bereits die Annahmen darüber, was unter einer Vereinbarung zu verstehen ist. Vor allem aber ergänzt es den Vertrag, da die Parteien eine Vielzahl von Fragen offen lassen. Auch im Zusammenspiel mit anderen Normen entfaltet es eine weitreichende Wirkung. Zu diesen Normen zählen insbesondere die Generalklauseln, die AGB-Normen sowie die aus ihm abgeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsätze.<sup>6</sup>

Aufgrund dieser Wirkungen ist die verbreitete Befürchtung unbegründet, eine Abbedingung vereitelte die mit einer Norm verbundenen Zwecke. Im Vergleich zum zwingenden Recht ermöglichen abdingbare Normen den Parteien eine größere Autonomie, drücken die Parteiinteressen unmittelbarer aus und führen typischer Weise zu einer größeren Effizienz der von ihnen geschlossenen Verträge. Überdies lassen sie sich leichter anwenden, da sie im Durchschnitt kürzer als zwingende Normen sind. Das liegt daran, dass sie keine Ausnahmeregelungen vorsehen und keine Umgehung verhindern müssen. Abdingbare Normen ermöglichen anders als zwingende die Entstehung neuer Vertragsformen. Dies ist nur dann von Nachteil, wenn man die Verhältnisse der

<sup>5</sup> 2.A-2.C.

<sup>6</sup> 3.A-B.

Einzelnen zentral regulieren möchte. Das gelingt umso besser, je einheitlicher diese Verhältnisse beschaffen sind. Allerdings kann zwingendes Recht nur begrenzt gewährleisten, dass sich die Parteien so wie vom Gesetzgeber gewünscht verhalten. Denn auch es vermag nicht, eine Einigung zwischen ihnen herzustellen. Zwingendes Recht kann sich sogar gegen sie auswirken, etwa wenn es bestimmte Güter vom Markt verdrängt oder so kompliziert wird, dass es die Parteien überfordert.<sup>7</sup>

Schon aufgrund dieser Wirkungen bedürfen abdingbare Normen einer rechtsethischen und verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Gegenüber den Parteien ist zu begründen, warum sie eine Abbedingungslast tragen sollen und den Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge selbst dann hinnehmen müssen, wenn sie das Gegenteil vereinbart hätten. Den damit einhergehenden Freiheitseingriff gilt es zudem wegen der Gestaltung der für den Gesetzgeber fremden Angelegenheiten zu rechtfertigen. Dem steht nicht entgegen, dass zwingendes Rechts noch einschneidender als abdingbare Normen in die Freiheit der Parteien eingreift. Denn mag danach die Geltung *einer* abdingbaren Norm unausweichlich sein, so ist es die der *konkreten* anwendbaren Norm nicht. In aller Regel steht dem Gesetzgeber eine Vielzahl von Regelungsmöglichkeiten offen. Seine Wahl der abdingbaren Norm bedarf daher einer Begründung. So wenig sich die Notwendigkeit zur Rechtfertigung staatlicher Gewalt mit dem Hinweis darauf bestreiten lässt, es müsse ohnehin regiert werden, so wenig hebt die Unvermeidbarkeit abdingbaren Rechts das Erfordernis einer Rechtfertigung auf.<sup>8</sup>

Gegenüber dem zwingenden Recht kommt abdingbaren Normen ein rechtsethischer wie dogmatischer Vorrang zu. Sie greifen milder als jenes in die Vertragsfreiheit ein. Dieser Vorrang wird durchbrochen, wenn der Schutz eines Vertragspartners oder Dritter dies nachgewiesener Weise erfordert. Dabei ist strikt auf die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs zu achten. Ebenso wenig wie Normen vollständig abdingbar oder vollständig zwingend sein müssen, erfordert ihre Rechtfertigung eine Alles-oder-Nichts-Entscheidung. Vielmehr variiert die Notwendigkeit zu ihr danach, wie stark die Norm in die Freiheit der Betroffenen eingreift. Maßgeblich ist der Zusammenhang der jeweiligen Norm mit der Zustimmung der Einzelnen zum Vertrag. Dabei treten drei Fallgruppen auf: die Rechtfertigung durch Zustimmung, die Rechtfertigung aufgrund Zustimmung und die Rechtfertigung anlässlich der Zustimmung. Diese Fallgruppen entfernen sich mehr und mehr vom Willen der Parteien und treffen daher auf umso höhere Rechtfertigungsanforderungen.

Während bei abdingbarem Recht eine Rechtfertigung durch Zustimmung allenfalls durch eine demokratische Gesetzgebung erfolgt, kann sie gegenüber den Parteien eines Vertrages nur aufgrund ihrer Zustimmung entstehen. Die

<sup>7</sup> 3.C.

<sup>8</sup> 4.A.

einzelnen Normen sind nicht aus ihrer Zustimmung ableitbar, ihnen aber gleichwohl aufgrund dieser Zustimmung zuzurechnen. Das begrenzt den Inhalt dieser Normen. Denn diese Rechtfertigung gelingt nur, wenn ein mit der Zustimmung zusammenhängender Grund existiert, warum der durch eine abdingbare Norm Belastete eine bestimmte Pflicht übernehmen soll. Allein der Umstand, dass eine abdingbare Norm die Interessen aller von der Norm Betroffenen fördert, genügt dafür ebenso wenig, wie allein überwiegende Interessen einer Mehrzahl von Personen einen Freiheitseingriff gegenüber dem Einzelnen rechtfertigen. Nur in Ausnahmekonstellationen ist eine Rechtfertigung abdingbarer Normen anlässlich der Zustimmung der Parteien möglich, in denen keinerlei legitimatorischer Zusammenhang zwischen der Zustimmung der Parteien und der ihnen auferlegten Pflicht besteht. Dafür bedarf es aber gewichtiger Gründe. Zu ihnen gehört etwa das Funktionieren der Demokratie, welche die Beurlaubung von Bundestagskandidaten zur Wahlvorbereitung gebietet, Art. 48 Abs. 1 GG.

Die rechtsethisch maßgeblichen Gesichtspunkte lassen sich im Grundsatz der zu optimierenden Handlungsoption zusammenfassen. In seinem Zentrum steht die Zurechnung der mit abdingbarem Recht einhergehenden Pflichten zu den von ihnen belasteten Parteien. Sie hängt vom Wert der begründeten Handlungsoption, den berechtigten Erwartungen der Parteien, der Möglichkeit zu einer Abbedingung, der Auswirkungen auf Dritte, der Verteilungsfolgen sowie dem Zusammenhang mit dem übrigen Recht ab. Vornehmlich geht es daher um die Autonomie des Einzelnen sowie die Kohärenz und Effizienz des Rechts.

Für die Ausgestaltung abdingbarer Normen ergibt sich daraus eine Reihe von Folgen. Sie müssen möglichst klar und einheitlich sowie intuitiv erschließbar sein. Sie sollten den Parteien trotz eines sonst erzielbaren Nutzens möglichst geringe Lasten auferlegen. Auf diese Weise bleibt die wirtschaftliche Bedeutung ihrer Vereinbarung gewahrt. Wissen die Parteien schon nicht, welche abdingbaren Normen zur Anwendung kommen, müssen sie wenigstens deren Auswirkungen abschätzen können. Nur so unterbleibt eine gravierende Verzerrung ihres Vertrages. Das beruht nicht nur auf der Autonomie der Parteien, sondern auch auf der Ungewissheit der mit abdingbarem Recht verbundenen Wirkungen. Solange auf der Makroebene unklar bleibt, wie sich eine abstrakte Vorgabe des Vertragsrechts auf die vielfältigen von ihr geregelten Konstellationen auswirkt, ist es erforderlich, den Parteien auf der Mikroebene eine möglichst einfache und ihren Interessen nahe kommende Entscheidung zu ermöglichen. Das setzt der Komplexität des Vertragsrechts und der Anwendbarkeit von Nutzenkalkülen Grenzen. Das abdingbare Vertragsrecht muss zudem die Gleichheit der Parteien beachten. Der Grundsatz der zu optimierenden Handlungsoption hat auch für den Abbedingungsakt weit reichende Auswirkungen. Er ist unverzichtbar und darf nicht mittels der ergänzenden Vertragsauslegung durch Erwägungen darüber ersetzt werden, was die einzelnen Parteien hypothetischer-

weise miteinander vereinbart hätten. Nur so kann abdingbares Recht seine Entlastungsfunktion entfalten und die Parteien durch die Ausprägung einer allgemeinen Dogmatik vor überraschenden Entscheidungen schützen.<sup>9</sup>

Modell, Wirkung und Rechtfertigung abdingbaren Rechts haben die größte praktische Relevanz bei der Abgrenzung abdingbaren und zwingenden Rechts. In einer Reihe von Fällen stellt das Gesetz dazu eine ausdrückliche Regelung auf, um den abdingbaren oder zwingenden Status einer Norm außer Zweifel zu stellen. Aus derartigen punktuellen Festlegungen lassen sich jedoch keine allgemeinen Schlussfolgerungen für die Normen ziehen, bei denen eine Regelung der Abdingbarkeit fehlt.<sup>10</sup> Bei ihnen kommt es auf eine Abwägung der für und gegen eine Abbedingung sprechenden Gründe an. Sie hat zunächst von der Vermutung zugunsten abdingbaren Rechts auszugehen. Vertragsrechtliche Normen sind danach nur zwingend, wenn es Gründe gibt, welche die damit einhergehende Freiheitseinschränkung rechtfertigen. Das Verbot abweichender Absprachen muss auf dem Schutz eines der Vertragspartner oder der am Vertrag nicht beteiligten Dritten beruhen. Alle anderen Gesichtspunkte lassen sich darauf zurückführen. Öffentliche Interessen bestehen letztlich aus Einzelinteressen, die in ihnen gebündelt und typisiert sind.

Ob sich die für eine zwingende Fassung sprechenden Gründe im Einzelfall durchsetzen, hängt neben dem Gewicht der Selbstbestimmung vor allem davon ab, wie stark das Recht die mit der Abbedingung einhergehenden Nachteile kompensiert. Dafür sind drei Aspekte zu beachten. Zum einen kommt es auf die personelle Schutzbedürftigkeit der durch die Abbedingung Belasteten und durch sie Begünstigten an. Ihre Erfahrungen und Kenntnisse im Umgang mit den durch eine Abbedingung übernommenen Risiken können etwa für die Zulässigkeit einer vom Gesetz abweichenden Gestaltung sprechen. Zum zweiten lassen sich die Nachteile einer Abbedingung durch formelle Anforderungen an das Verfahren, die Form und Frist ausgleichen. Drittens ist eine materielle Kompensation abbedingten Rechts möglich. Einem Verlust eines Rechts steht dann beispielsweise der Gewinn eines anderen Rechts gegenüber. Ebenso sind für eine Kompensation die Schutzwürdigkeit des aufgegebenen Rechts, der Umfang der Abbedingung, der Ausgleich durch andere Absprachen sowie eine Gleichrichtung der Parteiinteressen zu berücksichtigen.

Aufgrund der Vielfalt dieser Gesichtspunkte ist die Feststellung des abdingbaren Status einer Norm eine komplexe Aufgabe. Sie wird durch die Bildung von Fallgruppen erleichtert, aber nicht erledigt. In ihrer Komplexität drückt sich letztlich die Vielfalt individueller Interessen und gesetzlicher Regulierungsanliegen aus. Will man die Autonomie und die Vielfalt der Einzelnen ernst nehmen, lassen sich deren Interessen nicht auf eine einfache Formel oder einen

<sup>9</sup> 4.B–4.C.

<sup>10</sup> 5.A.

einzelnen Gesichtspunkt reduzieren. Weder der Schutz des Vertragspartners noch der Schutz von Dritten allein genügen, um den zwingenden Status einer Norm zu begründen. Ebenso wenig reicht dafür der hypothetische Wille der Parteien oder ein maximaler Vertragswert. Die Gestaltung abdingbaren Vertragsrechts hat damit eine Pluralität von nicht reduzierbaren Gründen zu berücksichtigen, wie auch seine Erscheinung überaus vielfältig ist.<sup>11</sup>

Im Gegensatz zum Vertragsrecht sind einseitig abdingbare Normen der alleinigen Disposition des Einzelnen unterworfen. Sie kommen vor allem dort vor, wo es einerseits auf die Entscheidungen des Einzelnen ankommt, andererseits aber keine Garantie besteht, dass er sie trifft. Paradigmatisch sind dafür die Organspende und die Erbschaft. In beiden Fällen muss das Recht Regelungen treffen, die zu allererst dem Einzelnen zukommen. Um seinen Willen so weit wie möglich zu respektieren, kann es sie in abdingbarer Form aufstellen. Dabei zeigen sich Parallelen zum Vertragsrecht. Auch einseitig abdingbare Normen lassen sich jeweils in einem Aspekt mit dem Willens-, dem Vorgabe- und dem Nutzenmodell beschreiben. Sie können ebenso wie abdingbare Normen des Vertragsrechts eine enorme Wirkung entfalten. Schon aus diesem Grund bedürfen sie einer Rechtfertigung.<sup>12</sup>

Die Abdingbarkeit von Normen zu thematisieren mag in Zeiten einer zunehmenden staatlichen Regulierung privater Verträge als eine Art Rückzugsgefecht erscheinen, das den Lauf der Zeit letztlich nicht aufhalten kann. Zwingende Normen nehmen dem Einzelnen mehr und mehr den Raum, in dem er bisher noch freie Verfügungen treffen konnte.<sup>13</sup> Selbst wenn eines Tages das Pendel einer zunehmenden Begrenzung der Vertragsfreiheit zurückschwingt,<sup>14</sup> werden weite Teile des zwingenden Rechts verbleiben. Eine Rückkehr zu einer von zwingenden Vorgaben unbeeinflussten Vereinbarung ist illusorisch. Gleichwohl nimmt dies abdingbarem Recht nicht seine Relevanz. Denn sein Aufstieg und sein Niedergang sind kein linearer Prozess. Abdingbares Recht kann sogar in Reaktion auf zwingende Normen entstehen, so wie diese ihrerseits anlässlich bestimmter vertraglicher Gestaltungen verabschiedet werden. Möglich bleibt etwa eine Modifikation der einzelnen Tatbestandsmerkmale zwingender Normen. Deren Zunahme steht die Tendenz gegenüber, vormals dem öffentlichen Recht überlassene Fragen einer vertraglichen Regelung zu unterwerfen. Das vergrößert die Bedeutung des Vertragsrechts. Überdies wird die Strenge des zwingenden Rechts mehr und mehr durch eine grundrechtlich gebotene Abwä-

<sup>11</sup> 5.B.

<sup>12</sup> 6.A.

<sup>13</sup> Die gegenteilige Perspektive zeichnet *Stürmer*, AcP 210 (2010), 105, 107: „Es ist ... nicht notwendig, Privatautonomie und Wettbewerb gegen eine vermeintliche Abwertung zu verteidigen, so als stünden sie unter Bedrohung.“

<sup>14</sup> So die Hoffnung von *Staudinger*<sup>2008</sup>-*Coing/Honsell*, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, S. 23; selbst *Gilmore*, der den „Tod des Vertrages“ konstatiert, verweist auf mögliche „alternating rhythms of classicism and romanticism“, *The Death of Contract*, p. 112.

gung gemildert. Auch auf diese Weise erlangen abbedingende Absprachen der Einzelnen eine neue Bedeutung. Je stärker es im Privatrecht auf eine Interessenabwägung der Betroffenen ankommt, desto weniger lässt sich der uneingeschränkt zwingende Status einer Norm aufrechterhalten. Für die Anwendbarkeit einer Norm kommt es dann auf eine Abwägung der für und gegen ihre Abdingbarkeit sprechenden Gründe an.

Wo im Einzelnen die Grenze zwischen abdingbarem und zwingendem Recht verläuft, unterliegt stetigem Wandel. Ebenso ändern sich die einzelnen abdingbaren Normen. Was bleibt, sind die mit ihnen verbundenen generellen Fragen nach dem Begriff, der Wirkung und der Rechtfertigung abdingbaren Rechts. So groß der Einfluss zwingenden Rechts auch sein mag, kann die Bedeutung abdingbaren Rechts nie ganz verschwinden. Denn eine Regelung durch zwingendes Vertragsrecht setzt voraus, dass es einen Vertrag als Regulierungsgegenstand gibt. Sie ist daher nur von Relevanz, wenn die Parteien Rechtsverhältnisse begründen, aufheben und verändern können. Ein minimaler Umfang an Dispositionsmöglichkeiten ist dafür unausweichlich.

Abdingbare Normen lassen sich damit einerseits durch einen einheitlichen Begriff beschreiben, der auf der Differenz zwischen der Geltung und der Anwendbarkeit einer Norm aufbaut. Andererseits treten sie in vielfältigen Arten auf und erzeugen zahlreiche Wirkungen. Diese lassen sich nicht auf einen Aspekt oder ein Modell reduzieren. Das wirkt sich auch auf ihre Rechtfertigung aus. Für sie sind vor allem der Wert der entstehenden Handlungsoption, die berechtigten Erwartungen der Parteien sowie die Möglichkeit zur Abbedingung maßgeblich. Für das Verständnis abdingbaren Rechts ist somit zweierlei zentral: ein einheitlicher Begriff und eine Pluralität der es tragenden Gründe.

## Literaturverzeichnis

- Abegg*, Andreas: Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Zürich 2004.
- Ackermann*, Thomas: Dispositives Vertragsrecht im Vorabentscheidungsverfahren?, in: Andreas Furrer (Hrsg.), Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs, Bern 2006, S. 417 ff.;
- Der Schutz des negativen Interesses, Tübingen 2007.
- Agamben*, Giorgio: Ausnahmezustand, Frankfurt am Main 2004.
- Aghion*, Philippe / *Hermalin*, Benjamin: Legal Restrictions of Private Contracts Can Enhance Efficiency, 6 Journal of Law, Economics, and Organization 381 (1990).
- Alexy*, Robert: Theorie der Grundrechte, 1. Auflage, Baden-Baden 1985;
- Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt am Main 1995.
- Al-Shamari*, Nadia: Die Verkehrssitte im § 242 BGB, Tübingen 2006.
- Amelung*, Knut: Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsguts, Berlin 1981.
- Ankum*, Hans: Verbotsgesetze und Ius Publicum, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 97. Bd., 1980, 288 ff.
- Anschütz*, Gerhard / *Thoma*, Richard, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Neudruck der Ausgabe von 1932, Tübingen 1998.
- Aristoteles*: Nikomachische Ethik, übersetzt von Eugen Rolfes, Hamburg 1985;
- Topik, übersetzt von Eugen Rolfes, Hamburg 1968.
- Arruñada*, Benito / *Andonova*, Veneta: Common Law and Civil Law as Pro-market Adaptations, 26 Washington University Journal of Law and Policy 81 (2008).
- Arruñada*, Benito: The Role of Institutions in the Contractual Process, in: Bruno Daffains / Thierry Kirat (Hrsg.), Law and Economics in Civil Law Countries, London 2001, pp. 149.
- Arzt*, Gunther: Arbeitszeitkontrolle aus strafrechtlicher Sicht, in: Rüdiger Krause u.w. (Hrsg.), Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa, Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer, Berlin 2004, S. 5 ff.
- Ateman*, Ender: Phonometrie und Textrezeption, in: Eberhard Zwirner / Hermann Bluhme, Beiträge zur quantitativen Linguistik, Tübingen 1988, S. 171 ff.
- Auer*, Marietta: Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Tübingen 2005.
- Auerbach*, Paul: Dispositives Recht insbesondere des B. G.-B., Diss., Frankfurt am Main 1899.
- Axer*, Peter: Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, Tübingen 2000.
- Ayres*, Ian: Preliminary Thoughts in Optimal Tailoring of Contractual Rules, 3 Southern California Interdisciplinary Law Journal 1 (1993);
- Optional Law, Chicago/London 2005;
- Yaluh: There Are and Should Be Penalty Defaults, 33 Florida State University Law Review 589 (2006);