

Zur Durchsetzungskraft abdingbaren Rechts

Lorenz Kähler

Abstracts

Von abdingbaren Normen geht eine weitreichende Wirkung aus. Sie setzen sich vielfach unabhängig von ihrem Inhalt durch. Verschiedene Studien haben das Phänomen bestätigt, dass es nur in einer Minderheit von Fällen zu einer Abbedingung kommt. Auch in der Rechtspraxis lässt sich das beobachten, so etwa bei der Schuldrechtsreform 2001, die zu weniger Anpassungen der Kautelarpraxis geführt hat, als dies bei einer allein am Parteiinteresse ausgerichteten Vertragsgestaltung zu erwarten wäre. Ungeklärt ist allerdings bisher, auf welche Faktoren dies zurückzuführen ist. Monokausale Erklärungen dafür erscheinen unplausibel. Zeit und Kosten einer Abbedingung dürften für ihr häufiges Ausbleiben ebenso eine Rolle spielen wie der Besitzeffekt und die strategischen Nachteile, die mit einer Abbedingung verbundenen Risiken in einer Verhandlung zu thematisieren. Die Parteien müssen über die Abbedingung einer Norm in aller Regel in einer Situation der Ungewissheit entscheiden. Sie wird maßgeblich durch das so genannte Unterlassungsvorurteil (omission bias) geprägt, wonach Schäden aufgrund einer Handlung als schlimmer bewertet werden als Schäden, die aufgrund einer Unterlassung eintreten. Bisher kaum beachtet ist die Frage, ob es daneben auch auf das Vertrauen ankommt, welches die Vertragsparteien zueinander und in die ihren Vertrag regelnde Rechtsordnung haben. Dies ist vor allem dann relevant, wenn das Vertrauen in die Rechtsordnung nicht vollständig durch den Inhalt der von ihr vorgegebenen Normen bestimmt wird. Die Auswertung des von der Europäischen Kommission durchgeführten Eurobarometers 2008 spricht dafür, dass es ein derartiges vom Inhalt der Normen unabhängiges Vertrauen gibt. Es gehört daher zu den Faktoren, durch die abdingbare Normen ihre Wirkung erlangen.

The effectiveness of default rules

Default rules have considerable consequences. They often prevail independently of their content. Various studies have confirmed the fact that parties opt out of default rules only in a minority of cases. Legal practice pro-

vides additional examples of this phenomenon. For instance, following the reform to the German law of obligations in 2001, fewer amendments to contractual practice ensued than might have been expected if the drafting of contracts depended simply on the parties' interests. The factors explaining this remain unclear. Monocausal explanations are unconvincing. The time and expense involved in opting out as well as the "endowment effect" and the strategic disadvantages in negotiating the associated risks might all play a role. Importantly, parties have to reach the decision whether to opt out from default rules in a situation of uncertainty. Hence, it is plausible that the "omission bias" constitutes a significant factor. This is the phenomenon whereby loss and damage resulting from an action is regarded as more serious than loss and damage resulting from an omission. Hitherto, little attention has been paid to whether the parties' trust in each other and in the legal system might be additional factors explaining the effect of default rules. This trust is especially relevant if not a mere function of the content of the default rules concerned. An analysis of the Eurobarometer 2008 conducted by the European Commission suggests that such a trust exists and that it constitutes one of the factors explaining the effects observed in relation to default rules.

I. Einleitung

Abdingbare Normen gehören zum Recht, das den Vertragsschluss entscheidend mitprägt. Anders als zwingende Normen überlassen sie den Parteien die Entscheidung, ob die gesetzliche Vorgabe zur Anwendung kommt. Zugleich erleichtern sie den Vertragsschluss, indem sie den Parteien eine eigene Regelung sowie deren Abstimmung mit dem geltenden Recht ersparen. Die Parteien können auf eine Abbedingung daher insoweit verzichten, wie die abdingbaren Normen ihren Interessen entsprechen und sie deshalb keine anderweitige Vereinbarung treffen müssen. Die Häufigkeit, mit der diese zur Anwendung kommen, ist daher nicht gleichbedeutend mit der Zahl der Fälle, in denen sich der Wille des Gesetzgebers und nicht derjenige der Parteien durchsetzt.

Gleichwohl ist der Inhalt abdingbarer¹ Normen nicht gleichgültig und ohne rechtstatsächliche Bedeutung. Die dogmatische Möglichkeit zur Ab-

¹ Synonyme Bezeichnungen sind nachgiebige, Ergänzungs-, Auffang-, Hilfs- und Ersatznormen.

bedingung ist weder mit ihrer faktischen Inanspruchnahme noch mit den für sie bestehenden praktischen Hürden zu verwechseln. Offensichtlich ist dies im Fall der Organspende. Hier steht der Gesetzgeber vor der Wahl, ob die Entnahme von Organen nach dem Tod nur zulässig sein soll, sofern der Spender seine Bereitschaft dazu erklärt (Zustimmungslösung), oder ob dies bereits dann der Fall ist, wenn er ihr nicht widerspricht (Widerspruchslösung). Für diejenigen, die in jedem Fall zu einer Erklärung bereit sind, hat diese Wahl kaum eine Auswirkung. Denn sofern der Gesetzgeber eine ihren Präferenzen widersprechende Entscheidung trifft, können sie durch einfache Erklärung bestimmen, was sie bevorzugen.

Interessanter Weise geschieht dies aber in deutlich weniger Fällen, als dies zu erwarten wäre, wenn man die Betroffenen nach ihren Einstellungen befragt. Während 67 % der Deutschen zu einer Organtransplantation bereit sind, erklären dies tatsächlich ganze 12 %.² Wie die Bereitschaft der Mehrheit zur Organspende zeigt, ist kaum anzunehmen, dass im Falle der Widerspruchslösung der überwiegende Teil der Betroffenen eine Organspende verweigern würde. Dies bestätigen Erfahrungen in anderen Ländern.³ Trotz aller auf die freie Entscheidung des Einzelnen verweisenden Rhetorik ist es daher faktisch der Gesetzgeber, der mit der Zustimmungs- oder Widerspruchslösung darüber entscheidet, von wie vielen Personen nach ihrem Tod Organe entnommen werden dürfen.⁴ Das abdingbare Recht und nicht die abbedingende Entscheidung der Betroffenen hat den größeren Einfluss.

Die Konfrontation mit dem eigenen Tod und dessen Regelung mag ein Sonderfall sein. Jedoch kommt es interessanterweise auch an anderen Stellen darauf an, welche abdingbaren Normen die Rechtsordnung vorgibt. Sieht sie ein abdingbares Recht oder eine derartige Pflicht vor, so prägen diese die Vertragspraxis stärker, als wenn die Parteien sie erst noch vereinbaren müssten. Dies besagt nicht, dass sich abdingbares Recht stets oder immer durchsetzt. Es gibt im Gegenteil verschiedene Normen wie etwa die Pflicht zur Schönheitsreparatur, welche Vermieter und Mieter regelmäßig abbedingen.⁵ Vielmehr ist ein eigenständiger Einfluss abdingbaren Rechts bereits dann zu konstatieren, wenn es sich in mehr Fällen durchsetzt, als entsprechende

2 Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung 2001.

3 Siehe die Übersicht in Gold/Schulz/Koch 2001: 84–86.

4 Es ist daher kein Zufall, dass bei fehlender Erklärung die Zustimmung von Angehörigen ausreicht, § 4 Abs. 1 TPG. Letzteres ist die häufigste Grundlage einer Organspende, Deutsche Stiftung Organspende 2008. Zum Einfluss abdingbarer Normen auf die Spendenbereitschaft siehe auch Sunstein/Thaler 2003: 1159, 1191.

5 Siehe etwa Blank, in: Langenfeld 2008: 453; selbst der Mieterbund 2008 lässt die Option zu, die Schönheitsreparaturen auf den Mieter zu übertragen.

Klauseln unter der Geltung einer alternativen abdingbaren Norm vereinbart würden.

Unter idealen Bedingungen vollständiger Information und Rationalität sowie fehlender Transaktionskosten würde dieser Einfluss fehlen. Denn dann wäre entsprechend dem Coase-Theorem zu erwarten, dass sich letztlich die Verteilung von Rechten und Pflichten durchsetzt, welche den Interessen der Parteien bestmöglich entspricht.⁶ Worin diese Interessen genau bestehen, ist dabei zunächst weniger wichtig als die Feststellung, dass es dann auf die Ausgangsverteilung nicht ankäme. Wie auch immer das abdingbare Recht die Verhältnisse gestaltete, entschieden die Parteien jede Frage selbst. Unter realen Bedingungen hingegen ist dies nicht der Fall. Es kommt darauf an, wem die abdingbaren Normen Rechte und Pflichten zuweisen.

Um diesen Einfluss abdingbaren Rechts zu verstehen, ist es zunächst erforderlich, einen Blick auf die Studien zu werfen, welche dieses Phänomen nachweisen (2). Sodann sollen die Faktoren zur Sprache kommen, welche bisher zu seiner Erklärung herangezogen wurden (3). Daraufhin lohnt es, zwei weitere Faktoren zu betrachten, die bisher kaum thematisiert wurden. Es handelt sich einerseits um das Vertrauen in die Rechtsordnung und andererseits um die Unvermeidbarkeit abdingbaren Rechts (4).

II. Der Einfluss abdingbaren Rechts

Wie stark es auf das abdingbare Recht ankommt, zeigt sich besonders deutlich an der Reaktion der Vertragspraxis auf einen gesetzlichen Wandel. Ändert sich eine abdingbare Norm, muss sich dies nicht auf die Rechtsverhältnisse der Parteien auswirken. Denn sie können per Vertrag zur alten Rechtslage ebenso zurückkehren, wie sie schon vor dem Wandel ihre Verträge entsprechend der späteren Rechtslage gestalten konnten. Das geschieht jedoch kaum. Oftmals werden die Parteien weder vor noch nach der Änderung eine eigene Regelung treffen. Daher konterkarieren sie die gesetzgeberische Entscheidung zumindest nicht vollständig und führt eine Änderung des abdingbaren Rechts in aller Regel zu einem Wandel der für sie maßgeblichen Rechte und Pflichten. Sonst wäre – sieht man einmal von symbolischer Gesetzgebung ab – nicht erklärbar, warum sich der Gesetzgeber zu ihm entschließt. Es wandelt sich das vorgegebene Recht, nicht aber der Wortlaut der Verträge. Entsprechend führt der Wandel des Rechts auch zu einem Wandel der Vertragsverhältnisse (weil die Parteien den Wandel nicht durch eigene Absprachen ausgleichen).

6 Siehe Coase 1960: 15; Polinsky/Shavell 2007: 25; Johnston 1990: 618.

Beispielsweise war es nach dem alten Schuldrecht gemäß § 225 Satz 2 BGB a.F. möglich, die 30jährige Verjährungsfrist für das Verschulden bei Vertragsverhandlungen entsprechend der heutigen Rechtslage abzukürzen. Ebenso lässt sich die jetzt geltende dreijährige Verjährungsfrist verlängern, §§ 195, 202 Abs. 2 BGB. Trotzdem hat die Vertragspraxis auf die Gesetzesänderung – soweit ersichtlich – kaum reagiert. Nicht einmal die Vertragslehrbücher rieten oder raten zu einer Anpassung.⁷ In diesen Fällen ist es daher letztlich das abdingbare Recht, welches über die Länge der Verjährung entscheidet. Gleiches gilt für den Umfang des Schadensersatzes. Außer durch Schadenspauschalen wird er in der Praxis vertraglich kaum im Einzelnen geregelt.⁸

Dass sich abdingbares Recht trotz der Möglichkeit zu seiner Verdrängung durchsetzt, haben verschiedene Studien nachgewiesen. Listokin hat etwa untersucht, wie sich die gesetzliche Anforderung eines fairen Übernahmepreises im Gesellschaftsrecht der USA auswirkt.⁹ Gilt dieses Erfordernis, so darf derjenige, der ein Angebot zur Übernahme einer Aktiengesellschaft abgibt, für das Kontrollpaket keinen höheren Preis anbieten als für den Rest der Aktien. Dies läge nahe, weil er mit dem Kontrollpaket die Aktiengesellschaft bereits nach seinen Vorstellungen führen kann, so dass er am Rest der Aktien nur noch ein geringeres Interesse hat. Das Erfordernis eines fairen Preises garantiert für derartige Situationen eine Gleichbehandlung der Aktionäre. Es ist in einigen amerikanischen Bundesstaaten per Gesetz vorgegeben, in anderen können die Aktiengesellschaften es durch Abweichung vom geltenden Recht bestimmen.¹⁰

Während in den zuletzt genannten Bundesstaaten nur 20 % der Aktiengesellschaften ein derartiges Erfordernis eines fairen Preises aufstellten, behielten es 98 % der Aktiengesellschaften in den Staaten bei, in denen es bereits als abdingbare Vorgabe galt.¹¹ Obwohl damit in allen diesen Staaten die Aktiengesellschaften ein derartiges Erfordernis vorsehen konnten, hing dessen Gestaltung im Wesentlichen von der gesetzlichen Vorgabe ab. Dies ist umso bemerkenswerter, als Aktiengesellschaften im Vergleich zu Verbrauchern als informierte Akteure gelten und beim Erlass ihrer Satzungen ohnehin die Ent-

7 Siehe etwa Langenfeld 1992 einerseits und 2008 andererseits; Hopt 1995 einerseits und 2007: 94 andererseits; Walz 2007: 192, 751, der nur für Arbeitsverträge eine kürzere Verjährungsfrist vorsieht und selbst für Unternehmenskaufverträge die gesetzliche Frist übernimmt.

8 So bereits die Feststellung von Macalay 1963: 60.

9 Listokin 2008: 6.

10 Ein Sonderfall ist Georgia, wo die Möglichkeit bestand, ein gesetzlich formuliertes faires Preis-Erfordernis einzuführen. Dies geschah zu 56 %, Listokin 2008: 50.

11 Listokin 2008: 50.

scheidung zu treffen haben, welche gesetzlichen Vorgaben sie übernehmen oder abbedingen. Die Kosten für die Abbedingung dürften daher kaum erklären, warum sich die abdingbare Vorgabe in der überwiegenden Zahl der Fälle durchsetzte.

Ähnliche Effekte ließen sich beim Vergleich von Klagemöglichkeiten in der Kfz-Versicherung in New Jersey und Pennsylvania feststellen.¹² Während in New Jersey eine nur eingeschränkte Klagemöglichkeit bestand, die sich vertraglich erweitern ließ, hatten in Pennsylvania die Versicherten von vornherein diese Möglichkeit, konnten sie aber gegen einen Preisnachlass reduzieren. In New Jersey wählten lediglich 20 % der Versicherten die Erweiterung der Klagemöglichkeit und wichen damit vom abdingbaren Recht ab. Demgegenüber blieben 75 % der Versicherten in Pennsylvania bei der einmal vorgegebenen Norm. Jeweils entschied sich damit die weit überwiegende Mehrheit gegen eine Abbedingung, obwohl diese bei Vertragsschluss ohne Schwierigkeit und zusätzliche Kosten möglich gewesen wäre. Ähnliche Ergebnisse zeigten sich bei einer Untersuchung der Abbedingungsbereitschaft,¹³ so dass die Unterschiede erneut kaum mit den Kosten einer Abbedingung zu erklären sind.

Schließlich bestätigen auch Verhandlungsexperimente von DiMatteo dieses Phänomen.¹⁴ Er untersuchte, zu welchem Teil Jurastudenten bereit sind, eine vertraglich vorgegebene Vertragsstrafklausel gegen einen Aufpreis zu streichen und zu welchem Teil sie diese vereinbaren wollten, wenn sie nicht bereits vorgegeben war. Anders als in der Vertragspraxis fielen praktisch keine Abbedingungskosten an, weil die Teilnehmer in jedem Fall eine Antwort geben mussten. Während sich 74,5 % der Teilnehmer weigerten, eine vorgegebene Vertragsstrafklausel gegen Aufpreis zu streichen, waren nur 32 % der Befragten bereit, den angebotenen Höchstpreis für das Einfügen einer solchen Klausel zu zahlen.¹⁵ Weitere 35 % waren mit einer gewissen Preiserhöhung für das Einfügen einer Strafklausel einverstanden. Erneut zeigt sich daran, dass die durch abdingbares Recht oder durch einen Mustervertrag vorgegebene Verhandlungsgrundlage einen erheblichen Einfluss darauf hat, welche Rechte und Pflichten letztlich zwischen den Parteien bestehen.

Die Durchsetzungskraft eines vorgegebenen Rechts findet eine Parallele in den Ratschlägen der Praktiker, einen eigenen Vertragsentwurf als Verhand-

¹² Johnson et. al. 1993: 48.

¹³ Johnson 1993: 47.

¹⁴ DiMatteo 2006: 893.

¹⁵ DiMatteo 2006: 897.

lungsgrundlage vorzulegen.¹⁶ Denn durch sie verbessert sich die Verhandlungsposition erheblich. Auch wenn die Parteien in den Verhandlungen alles noch ändern können, besagt die Erfahrung, dass sie dies nicht tun. Am Ende setzt sich zu einem beträchtlichen Teil durch, was sie als unverbindliche Vorgabe am Anfang akzeptiert haben. Insoweit ähnelt die Wirkung abdingbaren Rechts einem Verhandlungsvorschlag, den man zwar noch ändern kann, dessen Klauseln sich aber in der Mehrzahl der Fälle durchsetzen.

III. Bisherige Erklärungen

Während daher weitgehend Einigkeit darüber besteht, dass abdingbares Recht einen beachtlichen Einfluss auf die letztlich zwischen den Vertragsparteien bestehende Verteilung von Rechten und Pflichten hat,¹⁷ so gilt das nicht für die dazu angeführten Ursachen.

Die klassische und mit dem *rational-choice*-Modell gut zu vereinbarende Erklärung besteht darin, dass eine Abbedingung vielfach unterbleibt, da die durch sie entstehenden Kosten den mit ihr verbundenen Nutzen übersteigen.¹⁸ Zwar ist es den Parteien theoretisch möglich, jede einzelne Rechtsfrage ihres Vertrages selbst zu entscheiden und durch eine ihre Interessen optimal verwirklichende Klausel zu regeln. Dies aber verursacht Kosten, die sich angesichts der zu erwartenden Vorteile nicht immer lohnen. Diese Kosten hängen unter anderem mit der Zeit und dem Wissen zusammen, dass es auf die jeweiligen Fragen ankommt. Dieses Wissen fehlt häufig, da die Parteien das Recht nicht vollständig kennen. So ist etwa nicht zu erwarten, dass sie die Einzelheiten eines Schadensersatzes im Voraus regeln. Denn sie vermögen kaum zu erraten, für welche Positionen ihnen ein derartiger Ersatz zusteht. Sie könnten zwar Anwälte beauftragen oder sich über die zu beantwortenden Fragen selbst erkundigen. Jedoch würde dies einen zu großen Aufwand mit sich bringen. Müssten die Parteien alle zwischen ihnen geltenden Rechte und Pflichten formulieren, würde sich ein Vertragsschluss für sie vielfach nicht mehr lohnen.

Bereits die geschilderten Experimente und Untersuchungen zeigen indes, dass die Abbedingungskosten die Durchsetzungskraft abdingbaren Rechts allein kaum erklären können. Denn bei einigen von ihnen, wie etwa bei den

¹⁶ Korobkin (1998b): 1608, 1627; Prentice 2003: 1712; Heussen 2007: 108 Rn. 200; Langenfeld 2008: 65 Rn. 184.

¹⁷ Siehe für eine Zusammenfassung der Studien Korobkin 2003: 1275; Ben-Shahar/Pottow 2006: 651.

¹⁸ Siehe Craswell 2008: 3; siehe auch Posner 2003: 96.

Verhandlungsexperimenten von DiMatteo¹⁹ oder der Vereinbarung des Erfordernisses eines fairen Preises²⁰, fielen sie nicht ins Gewicht. Daher sind weitere Erklärungen vorgetragen worden. Zu ihnen gehört der Verweis auf den so genannten Besitzeffekt („endowment effect“).²¹ Danach schätzen Personen ein Gut oder ein Recht stärker, wenn sie bereits darüber verfügen, als wenn sie es erst erwerben müssen.²² Besitzt man eine Sache, verlangt man für ihren Verkauf typischer Weise mehr, als man selbst zu ihrem Erwerb ausgeben würde. Tritt dieser Effekt auch bei der Anwendung abdingbarer Normen auf, so bewerten die Parteien die durch sie entstehenden Rechte höher, als wenn ihnen eine andere Norm vorgegeben wäre. Sie würden diese folglich nicht abbedingen wollen oder dafür ein größeres Entgegenkommen der anderen Seite verlangen, als wenn die Rechte erst durch Vereinbarung entstünden. Selbstverständlich ist das nicht, da es im Unterschied zum bereits vorhandenen Besitz materieller Gegenstände um die Abbedingung erst noch zu erwerbender unsichtbarer Rechte geht, es sich also allenfalls um einen virtuellen Besitz handelt.²³

Zu beachten ist allerdings, dass die Befragten in den bisherigen Studien nicht wussten, ob sich eine Abbedingung für sie lohnt. So wurde ihnen in der Studie von DiMatteo nicht mitgeteilt, wie wahrscheinlich ein Vertragsbruch und das Ausmaß des zu erwartenden Schadens sind.²⁴ Daher konnten sie nicht einschätzen, ob der Aufpreis für eine Vertragsstrafklausel den zu erwartenden Schaden überstieg. Dass sie die ihnen vorgegebenen Normen nicht abbedingen wollten, lag daher nicht unbedingt daran, dass sie irrationale Präferenzen hatten,²⁵ die sich nur mit einem Besitzeffekt erklären ließen. Möglicherweise ging die Verweigerung der Abbedingung allein darauf zurück, dass sie dafür keinen Grund sahen.²⁶ Einen derartigen Grund zu verlangen ist zumindest dann nicht irrational, wenn man im Allgemeinen darauf vertrauen kann, dass die durch die Rechtsordnung oder – wie im Experiment – durch eine neutrale Instanz vorgegebene Norm den eigenen

19 Oben Fn. 14.

20 Oben Fn. 9.

21 DiMatteo 2006: 900; Korobkin 1998b: 1627; 2003: 1270.

22 Knetsch/Thaler/Kahnemann 2000: 159; Korobkin 1998a: 644; DiMatteo 2006: 897; Sunstein 2002: 113.

23 Korobkin 2003: 1245 spricht deshalb von „illusory endowment“.

24 DiMatteo 2006: 893.

25 So DiMatteo 2006: 921.

26 Sunstein 2002: 112 vermutet ebenfalls, dass dieser Effekt auf die mit einer Norm einhergehende Information zurückgehen kann, sieht dadurch aber den Besitzeffekt nicht in Frage gestellt. Eine alternative Erklärung ist die Tendenz, Handlungen zu vermeiden, die man später bedauert (*regret avoidance*), siehe Korobkin 1998b: 1610, 1625.

Interessen gerecht wird. Der Besitzeffekt ist daher nicht unbedingt für die Durchsetzungskraft abdingbaren Rechts verantwortlich.

Diese Ungewissheit über die wirtschaftliche Bedeutung einer Abbedingung dürfte in der Vertragspraxis weit verbreitet sein. Denn Chancen wie Risiken von Verträgen hängen von einer Vielzahl empirisch kaum einschätzbarer Faktoren ab. So wäre zur Beurteilung einer Haftungsreduktion etwa einzuschätzen, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Schaden eintritt, welches Ausmaß dieser durchschnittlich hat und wie teuer eine dafür abzuschließende Versicherung ist. Stehen all diese Faktoren nicht fest, wissen die Vertragsparteien nicht, ob sie durch Abbedingung verlieren oder gewinnen. Dass sie in dieser Lage die vorgegebenen Normen nicht abbedingen, mag zwar auch an den sonst entstehenden Kosten liegen. Entscheidend aber ist, dass die Parteien in diesen Situationen schlicht keinen Bedarf sehen, von einer Vorgabe abzuweichen. Abdingbare Normen können damit letztlich so wie etablierte Gewohnheiten wirken: gibt es keinen Grund zur Änderung, bleiben sie bestehen.

Plausibler als der Verweis auf den Besitzeffekt ist daher, dass bei der Entscheidung über die Abbedingung von Normen auch das so genannte Unterlassungsvorurteil (*omission bias*) eine Rolle spielt.²⁷ Danach wird ein negatives Ergebnis schlechter bewertet, wenn es auf eine eigene Handlung zurückgeht, als wenn man es durch Unterlassung verhindern könnte. Wenn etwa eine Krankheit auftritt, weil Eltern ihre Kinder nicht geimpft haben, wird dies als weniger problematisch empfunden, als wenn sie aufgrund einer Impfung ausbricht.²⁸ In Vertragsverhandlungen kann dieser Effekt erklären, warum die Parteien die mit einer unterlassenen Abbedingung verbundenen Risiken den mit ihr einhergehenden Risiken vorziehen. Schäden, die sie aufgrund einer Abbedingung tragen müssen, würden sie als problematischer empfinden als Schäden, die sie durch eine Vereinbarung hätten verhindern können. Im Zweifel belassen sie es daher bei der vorgegebenen Norm, solange sie die mit einer Abbedingung verbundenen Vorteile nicht erkennen. Wer etwa eine vorgesehene Strafklausel aus einem Vertragsentwurf gegen Aufpreis streicht und hinterher einen höheren Schaden selbst zu tragen hat, wird dies als schlechter beurteilen, als wenn er die Vereinbarung einer derartigen Klausel unterlässt und dadurch einen später entstehenden Schaden nicht auf den Vertragspartner abwälzen kann. Die Gefahren durch eine fehlende Abbedingung werden danach tendenziell unterschätzt und die Gefahren durch eine Abbedingung überschätzt.

²⁷ Ritov/Baron 1990: 275; Ritov/Baron 1992: 59.

²⁸ Ritov/Baron 1992: 59.

Dieser Effekt kann durch den so genannten Überoptimismus verstärkt werden (*over-confidence*), wonach Personen positive Entwicklungen tendenziell überschätzen und Risiken unterschätzen.²⁹ Das dürfte sich auch auf die Bereitschaft zur Abbedingung auswirken, da abdingbare Normen zu einem erheblichen Teil die Verteilung von Risiken regeln. Werden sie unterschätzt, sehen die Parteien keinen Anlass zur Abbedingung. Sie vertrauen stattdessen darauf, dass es nicht zu einer Situation kommt, in der die Abbedingung relevant wird. Dies gilt umso mehr, als ein Überoptimismus besonders bei der Einschätzung von als kontrollierbar empfundenen Ereignissen auftritt.³⁰ Denn das Gesetz regelt aufgrund des Verschuldensprinzips in erster Linie steuerbare Risiken. Die Notwendigkeit zu ihrer Regelung dürfte danach als geringer empfunden werden, als sie tatsächlich ist.

Des Weiteren können die Vertragsparteien aufgrund des so genannten Verfügbarkeitsvorurteils (*availability bias*)³¹ die Risiken überschätzen, die ihnen durch die Verhandlung präsent sind. Spricht ein Verhandlungspartner ein bestimmtes Risiko an, begründet er daher die Gefahr, dass der andere es überschätzt. Dieser wird daraus möglicherweise negative Rückschlüsse ziehen und annehmen, sein Verhandlungspartner schätze das angesprochene Risiko als besonders hoch ein.³² Die Parteien haben daher einen Anreiz, Fehlentwicklungen nicht zu thematisieren und demnach auch nicht durch eine Abbedingung des vorgegebenen Rechts zu regeln. Niemand will – so wird es empfunden – „schlafende Hunde“ wecken. Daher sind etwa die Hürden, die vor allem für negative Ereignisse wie Leistungsstörungen geltenden Normen abzubedingen, höher als die Verhandlungshürden für die positive Darlegung der versprochenen Leistungen.

Abdingbare Normen haben zumindest theoretisch dort eine besondere Bedeutung, wo sich der Vertragsschluss für beide Parteien unabhängig davon lohnt, wer sich bei der Abbedingung einer bestimmten Norm letztlich durchsetzt. Diese Situation tritt insbesondere dort ein, wo die wirtschaftliche Bedeutung einer Klausel hinter dem zu erwartenden Gewinn zurückbleibt. Wie auch immer sich die Parteien entscheiden, lohnt sich ein Vertragsschluss. Können die Parteien etwa die Verjährungsfrist festlegen und streiten sie sich darüber, ob sie drei oder vier Jahre betragen soll, so ist kaum zu erwarten, dass dies ihre Gewinnerwartungen maßgeblich beeinflusst. Denn wer einen ihm bekannten Anspruch über drei Jahre hinweg nicht geltend gemacht hat, wird sich dazu kaum im vierten Jahr entscheiden. Diese Situation ist *nicht*

29 Oskamp 1982: 287; Korobkin/Ulen 2000: 1091.

30 Korobkin/Ulen 2000: 1092.

31 Tversky/Kahnemann 1982: 163; Korobkin/Ulen 2000: 1085.

32 Ayres/Gertner 1989: 87.

mit der identisch, dass sich eine Verhandlung über die zu regelnde Frage nicht lohnt. Denn gerade bei ohnehin laufenden Verhandlungen kann die wirtschaftliche Bedeutung einer Klausel die zusätzlichen Kosten einer Absprache schnell übersteigen, auch wenn sie sich nicht maßgeblich auf die Gewinnerwartungen auswirkt. Wichtig zu sehen ist daher, dass eine Abbedingung selbst bei nicht ins Gewicht fallenden Verhandlungskosten unterbleiben kann – und zwar deshalb, weil sich die Parteien in einer Frage nicht einigen können und sich der Vertragsschluss für beide gleichwohl lohnt.³³ Auch in diesem Fall entscheidet letztlich das abdingbare Recht.

IV. Das Vertrauen in die Entbehrlichkeit einer Regelung

Ein weiterer und bisher nicht thematisierter Faktor, der die Durchsetzungskraft abdingbaren Rechts mit erklären dürfte, ist das Vertrauen der Parteien. Es kann in doppelter Hinsicht bestehen, und zwar einerseits gegenüber der Rechtsordnung, andererseits gegenüber dem Vertragspartner. Der Hintergrund dafür ist die notwendige Entscheidung der Parteien, welche Fragen sie der Regelung der Rechtsordnung überlassen und welche Fragen sie selbst regeln wollen. Dabei kann das Vertrauen in die Rechtsordnung und das durch sie vorgegebene abdingbare Recht eine ebenso erhebliche Rolle spielen wie das Vertrauen der Parteien untereinander. Verlassen sich die Parteien nämlich darauf, sich im Falle unvorhergesehener Ereignisse untereinander zu verständigen, müssen sie keine eigene Vereinbarung treffen. Das ist vielfach der Fall.³⁴ Dasselbe gilt, wenn sie davon ausgehen, das Recht werde für die offen gelassenen Fragen schon eine passende Regelung bereithalten.

Eine besondere Rolle spielt dieses Vertrauen innerhalb eines durch persönliche Beziehungen geprägten Vertragsverhältnisses. Ehepartner etwa scheuen sich häufig, einen Ehevertrag zu schließen, weil sie ihre Beziehung von vornherein nicht einer rechtlichen Regelung unterwerfen wollen. Auch wenn sie sich aufgrund des abdingbaren Eherechts nicht außerhalb des Rechts bewegen, stellt es für sie einen Unterschied dar, ob sie eine Regelung selbst aufstellen oder das vorgegebene Recht hinnehmen. Die Frage ist für sie daher weniger, ob das abdingbare Eherecht ihren Vorstellungen gerecht wird, sondern ob sie ihre Beziehung überhaupt durch Vertrag regeln wollen. Allein das Ansinnen, einen Ehevertrag zu schließen, kann das wechselseitige Vertrauen in Frage stellen. Denn offensichtlicher Weise wird der Vertrag nur relevant,

³³ Dies führt nach deutschem Recht zumindest dann nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages, solange der Bindungswille feststeht, § 154 Abs. 1 S. 1 BGB.

³⁴ Nach Langenfeld (2004: 68) fällt in den meisten Verhandlungen der Satz: „Darüber werden wir uns dann schon einig.“

wenn die Ehe scheitert – und genau das wollen die Wenigsten bei deren Beginn thematisieren.

In geringerem Maße gilt das auch für andere Rechtsverhältnisse, die stärker von der persönlichen Beziehung der Vertragspartner als vom Vertrauen in einen bestimmten Vertrag getragen sind. Zu beobachten ist dies etwa bei Personenhandelsgesellschaften wie der OHG und der KG, in denen sich meist miteinander vertraute Gesellschafter zusammenschließen. Ihr geschäftlicher Erfolg hängt in der Regel ohnehin in erster Linie von Fragen ab, die sich vertraglich kaum regeln lassen, so dass im Vordergrund nicht das vertragliche Verhältnis der Gesellschafter untereinander steht, sondern das zu entwickelnde Geschäft. Die Verträge für die Personenhandelsgesellschaften sind daher häufig erstaunlich kurz.³⁵

Erklärbar ist dieses Phänomen auch durch die von den Beteiligten geteilte Annahme, die entscheidenden Fragen notfalls spontan und einvernehmlich klären zu können, so dass sie auf eine verbindliche Absprache im Voraus verzichten. Das liegt umso näher, als eine auf die genaue Definition von Rechten und Pflichten zielende Vertragsverhandlung die Beziehung der Beteiligten belasten kann.³⁶ Ist das Recht daher ohnehin nur einer von mehreren Faktoren, welche das Verhältnis der Parteien prägt, muss es nicht erstaunen, dass die Parteien keine vollständige Regelung treffen, sondern sich auf eine außerrechtliche Verständigung verlassen. Das erklärt, warum sich das abdingbare Recht jedenfalls zu einem Teil unabhängig von seinem Inhalt durchsetzt. Denn dass es nicht abbedungen wird, liegt zum Teil nicht daran, dass die Parteien mit ihm einverstanden sind, sondern schlicht daran, dass sie auf außerrechtliche Mechanismen vertrauen.³⁷

Das entgegengesetzte Phänomen einer kaum noch durch persönliches Vertrauen geprägten Vertragsbeziehung sind Publikums-KGs oder Franchisegesellschaften mit einer Vielzahl an Beteiligten. Hier kommt es nicht nur zu einer stärkeren Standardisierung der Beziehungen durch Rückgriff auf AGB. Vielmehr ist das Bemühen erkennbar, das Verhältnis der Parteien möglichst vollständig vertraglich zu bestimmen. Denn die Beteiligten kennen sich kaum und haben daher zueinander kaum Vertrauen. Ihre Beziehung ist verrechtlicht³⁸, was sich in der Formulierung ihrer Verträge niederschlägt. Sie sind

35 Siehe die dafür bestehenden Muster in den in Fn. 7 genannten Werken.

36 Bernstein 1993: 70; Ben-Shahar/Pottow 2006: 656.

37 Siehe Macalay 1963: 64; Bernstein 1993: 61; Ben-Shahar/Pottow 2006: 656.

38 Damit stimmt die Beobachtung überein, dass kleinere Unternehmen häufiger auf abdingbare Normen in den Angestelltenverträgen vertrauen als größere Unternehmen (Ben-Shahar/Pottow 2006: 679).

ausführlicher und zeigen als Kontrast, dass sich die Gesellschafter in einer überschaubaren KG eher aufeinander als auf das geltende Recht verlassen.

Neben dem Vertrauen auf den Vertragspartner kann auch das Vertrauen oder Misstrauen in die Rechtsordnung die Frage beeinflussen, ob die Vertragspartner versuchen, eine möglichst vollständige eigene Regelung zu formulieren. Je stärker sie nämlich der Auffassung sind, dass der Gesetzgeber und die Gerichte von der zu regelnden Materie wenig verstehen, desto näher liegt es, dass sie sich um eine eigene Normierung bemühen.³⁹ Gleiches gilt für ihre Annahmen darüber, ob das geltende Recht ihren Bedürfnissen gerecht wird oder Risiken und Chancen entgegen ihren Bedürfnissen verteilt. Umgekehrt kann den Vertragspartnern die Erfahrung, dass das Recht eine passende Regelung bereithält, den Anreiz nehmen, eine eigene abbedingende Regelung aufzustellen. Dasselbe gilt für die denkbare Erfahrung, dass die Gerichte in entsprechenden Fällen trotz der unvollständigen vertraglichen Regelungen zu akzeptablen Lösungen gekommen sind.

Interessanter Weise hängt dieses Vertrauen in die Rechtsordnung nicht vollständig vom Inhalt der einzelnen abdingbaren Normen ab. Man kann sogar umgekehrt behaupten, dass sich dieses Vertrauen vor allem dort bemerkbar macht, wo die Parteien die einzelnen abdingbaren Normen nicht kennen und sich daher blind auf deren Inhalt verlassen müssen. Plausibel wird dies an einer breit angelegten Umfrage, welche die Europäische Kommission jüngst zur grenzüberschreitenden Anwendung des Privatrechts durchführte.⁴⁰ Dabei untersuchte sie unter anderem, ob die Bürger bei einem Vertrag mit einem ausländischen Partner das Privatrecht ihres Herkunftsstaats, das des Vertragspartners oder das „harmonisierte Europäische Recht“ bevorzugen. Bemerkenswerter Weise sprachen sich 57 % der Befragten für die Anwendung Europäischen Rechts aus.⁴¹

Das ist vor allem deshalb erstaunlich, weil es dieses Europäische Vertragsrecht noch nicht einmal gibt. Es bestehen zwar unverbindliche Entwürfe der Study Group.⁴² Diese aber sind noch im Diskussionsprozess. Nicht absehbar ist, ob und wann sie als so genanntes optionales Instrument in Kraft treten. Es ist daher nahezu ausgeschlossen, dass sich die Befragten in ihren Antworten von diesen Entwürfen leiten ließen. Das spricht dafür, dass sie europäischem Recht vertrauten, obwohl sie seinen Inhalt nicht kannten. Das wäre

³⁹ Lundmark (2001: 130) erklärt mit diesem fehlenden Vertrauen in das Recht und die Gerichte den Umstand, dass die anglo-amerikanische Praxis zu längeren Verträgen tendiert als die kontinentale. Vgl. Hill/King 2004: 924.

⁴⁰ European Commission 2008.

⁴¹ European Commission 2008: 19.

⁴² Siehe die Veröffentlichungen der Study Group unter <http://www.sgecc.net> (Stand 16.09.2008). Zum Entwicklungsstand siehe auch European Commission (2007: 447).

nicht der Fall, wenn sie annähmen, dass sie eine Vielzahl seiner Normen abbedingen müssten. Die Umfrage suggerierte daher eine Situation, die tatsächlich nicht bestand, zeigte damit aber umso deutlicher, dass die Parteien bereit waren, sich bei einem Vertragsschluss auf ein ihnen unbekanntes Recht zu verlassen. Die Wahl europäischen Rechts mag in diesen Fällen auch durch die Vorstellung geprägt sein, es sei im Verhältnis zwischen zwei Parteien aus unterschiedlichen Ländern eine neutrale Größe und damit als gemeinsame Vertragsrechtsordnung geeignet. Indes ist gerade dann bemerkenswert, dass die Mehrheit der Befragten eine ihr unbekannte Rechtsordnung als neutral empfindet und die Unsicherheit über ihren Inhalt in Kauf nimmt. Das deutet darauf hin, dass der Inhalt des jeweiligen Rechts die Wahl der Rechtsordnung nur begrenzt beeinflusst. Maßgeblich ist dafür das zumindest zum Teil von seinen Inhalten unabhängige Vertrauen in sie.

Ein letzter hier zu thematisierender Grund für den Einfluss abdingbaren Rechts liegt im Umstand, dass seine Anwendung schon theoretisch kaum vollständig vermeidbar ist. Die Vertragsparteien vermögen zwar, einzelne Normen abzubedingen, im Falle einer Auslandsberührung auch eine Rechtsordnung, nicht aber das Rechtssystem als Ganzes. Daher können sie selbst bei größter Anstrengung ihre Beziehungen innerhalb eines bestimmten Rechtssystems nicht vollständig regeln. Denn selbst wenn sie ein umfangreiches Regelwerk aufstellen, bedarf es einer Entscheidung, wie dies auszulegen und anzuwenden ist.

Zu bestimmen bleibt etwa, was im Fall eines Widerspruchs zwischen zwei Absprachen geschieht oder wie offene Begriffe auszulegen sind. Selbst die durch die Abbedingungsberechtigten formulierten Methodennormen zur Auslegung ihres Vertrages bedürften ihrerseits der Interpretation. Je mehr eigenständige Regeln die Vertragsparteien daher aufstellen, desto mehr Metanormen sind erforderlich, um deren Verhältnis zueinander zu bestimmen.⁴³ Zugleich wächst damit auch die Unsicherheit, wie die Gerichte den Vertrag auslegen. Die Parteien haben daher einen Anreiz, es aufgrund der Ungewissheit in der Auslegung abbedingender Klauseln beim einmal vorgegebenen und durch Gerichtsentscheidung ausjudizierten Recht zu belassen. Sie können sich seinem Einfluss nicht vollständig entziehen.

Dieser Erfahrung müssen sie sich nicht einmal bewusst sein. Zur Erklärung des Phänomens, dass sich abdingbares Recht vielfach durchsetzt, genügt, dass es für die Vertragsparteien in einer Vielzahl von Situationen keinen signifikanten Unterschied darstellt, ob sie dafür eine Norm selbst formuliert oder dies der Rechtsordnung überlassen haben. Würden sie regelmäßig die gegenteilige Erfahrung machen, dass sie mit zu knapp formulierten Verträ-

43 Vgl. Hill/King 2004: 919; Charny 1991: 1819.

gen scheitern, weil die wesentlichen Fragen ausgeklammert sind, dürfte es auch häufiger zu einer ausführlichen Formulierung von Verträgen und der damit einhergehenden Abbedingung kommen.

V. Zusammenfassung

Abdingbares Recht setzt sich in einer Vielzahl von Fällen durch, ohne dass man dies restlos mit seinem Inhalt erklären könnte. Denn anderenfalls wäre zu erwarten, dass es zu einer großen Zahl abweichender Vereinbarungen käme, sobald sich das vorgegebene Recht ändert. Interessanter Weise geschieht das nicht. Verschiedene Studien bestätigen, dass es nur in einer Minderheit von Fällen zu einer Abbedingung kommt, und zwar unabhängig davon, wie die abdingbare Norm beschaffen ist. Das lässt sich beim Wandel abdingbaren Rechts in der Schuldrechtsreform 2001 besonders deutlich beobachten.

Diese Macht abdingbaren Rechts ist auf eine Reihe von Faktoren zurückzuführen. Berücksichtigung verdienen zunächst die Zeit und die Kosten, welche die Formulierung abbedingender Klauseln und ihre Abstimmung mit dem geltenden Recht verursachen. Sie können den Nutzen übersteigen, der mit einer Abbedingung einhergeht. Daneben spielt die Ungewissheit eine Rolle, ob sich eine Abbedingung lohnt. Das hängt nämlich von einer Reihe von Faktoren wie der Schadenswahrscheinlichkeit und dem Schadensausmaß ab, die den Vertragsparteien nur selten bekannt sind. Ihnen fehlt daher die Gewissheit, dass die mit einer Abbedingung verbundenen Vorteile deren Nachteile übersteigen. Wenn sie es daher im Zweifel beim vorgegebenen Recht belassen, muss dies nicht irrational sein. Das kann auf der Annahme beruhen, dass sich dieses Recht bewährt hat.

Ein weiterer zur Durchsetzungskraft abdingbaren Rechts beitragender Faktor ist der so genannte Besitzeffekt (*endowment effect*). Danach bewertet man ein Recht, das man innehat, höher als ein Recht, das man erst noch erwerben muss. Stärker noch dürfte indes die Wirkung des so genannten Unterlassungsvorurteils (*omission bias*) sein, wonach Schäden aufgrund einer Handlung als schlimmer bewertet werden als Schäden, die aufgrund einer Unterlassung eintreten. Eine Rolle kann schließlich auch die Zurückhaltung spielen, die zu regelnden Risiken anzusprechen, weil deren Thematisierung aufgrund des Verfügbarkeitsvorurteils (*availability bias*) zu deren Überschätzung führt und den Verhandlungspartner abschreckt.

Bisher kaum untersucht ist die Frage, ob die Zahl der abbedingten Normen auch davon abhängt, wie stark das Vertrauen der Verhandlungspartner

zueinander sowie in die Rechtsordnung ist. Es spielt vor allem dann eine Rolle, wenn die Vertragsparteien mit einer Regelung durch Gesetz generell gute Erfahrungen gesammelt haben oder auf rechtliche Regelungen ganz verzichten möchten. Eine jüngste Umfrage in den Mitgliedsstaaten der EU zeigt zumindest, dass es ein vom Inhalt der abdingbaren Normen unabhängiges Vertrauen in die Rechtsordnung gibt. Denn die Befragten wollten ein Europäisches Vertragsrecht wählen, das sie weder kannten noch kennen konnten. Dieses Vertrauen dürfte beeinflussen, in welchem Ausmaß die Parteien eine eigene Regelung treffen und zu welchem Grad sie es bei der vorgegebenen Regelung belassen. Zur Durchsetzungskraft abdingbaren Rechts dürfte schließlich auch beitragen, dass seine Anwendung bereits theoretisch nicht vollständig zu vermeiden ist. Denn abbedingende Klauseln müssen ihrerseits nach Regeln ausgelegt werden, welche die Rechtsordnung vorgibt.

Eine wichtige Konsequenz aus dieser Durchsetzungskraft abdingbaren Rechts besteht darin, dass man den zwingenden Charakter einer Norm nicht ohne weiteres damit begründen kann, dass sie den Schutz bestimmter Personengruppen beabsichtigt. Denn soweit sich abdingbares Recht in den Vertragsverhandlungen ohnehin durchsetzt, bedarf es keiner zwingenden Anordnung mehr. Bereits ohne sie vermag es zumindest einen gewissen Schutz zu entfalten. Dies gilt umso mehr, als der Grad der Abdingbarkeit unterschiedlich ausgestaltet sein kann, vom Erfordernis einer Individualabsprache bis hin zur notariellen Form. Diese Mechanismen verdeutlichen die Macht, über die das abdingbare Recht letztlich verfügt. Auch wenn es als unverbindliche Vorgabe präsentiert wird, kann es die Rechtswirklichkeit maßgeblich prägen.

Literatur

- AYRES, IAN / GERTNER, ROBERT (1989) Filling gaps in incomplete contracts, 99 *Yale Law Journal* 87.
- BEN-SHAHAR, OMRI / POTTOW, JOHN (2006) On the stickiness of default rules, 33 *Florida State University Law Review* 651.
- BERNSTEIN, LISA (1993) Social norms and default rule analysis, 3 *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 59.
- BUNDESZENTRALE FÜR GESUNDHEITLICHE AUFKLÄRUNG (2001) Untersuchung vom 8.–31. August 2001, veröffentlicht unter <http://www.dso.de/pdf/bzga2001.pdf>.
- CHARNY, DAVID (1991) Hypothetical bargains: the normative structure of contract interpretation, 89 *Michigan Law Review* 1815.

- COASE, RONALD (1960) The problem of social cost, 3 *Journal of Law and Economics* 1.
- CRASWELL, RICHARD (2008) *Contract Law: General Theories*, published under www.scribd.com (Stand: 10.03.2008).
- DEUTSCHE STIFTUNG ORGANSPENDE (2008) *Einstellungen zur Organspende*, DSO 1992, veröffentlicht unter <http://www.dso.de/> (Stand: 15.09.2008).
- DI MATTEO, LARRY (2006) Penalties as rational response to bargaining irrationality, *Michigan State Law Review* 883.
- EUROPEAN COMMISSION (2007) Report from the Commission, Com(2007) 447 final, veröffentlicht unter <http://ec.europa.eu/consumers/> (Stand 16.09.2008).
- EUROPEAN COMMISSION (2008) Civil justice in the European Union, Special Eurobarometer 292, 2008, veröffentlicht unter http://ec.europa.eu/public_opinion/ (Stand: 15.9.2008).
- GOLD, STEFAN / SCHULZ, KARL-HEINZ / KOCH, UWE (2001) *Der Organspendeprozess: Ursachen des Organmangels und mögliche Lösungsansätze*, Köln.
- HEUSSEN, BENNO (2007) *Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement*, Köln: 3. Auflage.
- HILL, CLAIRE / KING, CHRISTOPHER (2004) How do german contracts do as much with fewer words?, 79 *Chicago-Kent Law Review* 889.
- HOPT, KLAUS (1995) *Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht*, München: 1. Auflage.
- HOPT, KLAUS (2007) *Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht*, München: 3. Auflage.
- JOHNSON, ERIC / HERSHEY, JOHN / MESZAROS, JACQUELINE / KUNREUTHER, HOWARD (1993) Framing, probability distortions, and insurance decisions, 7 *Journal of Risk and Uncertainty* 35.
- JOHNSTON, JASON (1990) Strategic bargaining and the economic theory of contract default rules, 100 *Yale Law Journal* 615.
- KNETSCH, JACK / THALER, RICHARD / KAHNEMANN, DANIEL (2000) The endowment effect, loss aversion, and status quo bias, in: Daniel Kahneman/Amos Tversky: *Choices, Values, and Frames*, Cambridge: 159.
- KOROBKIN, RUSSELL (1998a) The status quo bias and contract default rules, 83 *Cornell Law Review* 608.
- KOROBKIN, RUSSELL (1998b) Inertia and preference in contract negotiation: the psychological power of default rules and form terms, 51 *Vanderbilt Law Review* 1583.
- KOROBKIN, RUSSELL (2003) The endowment effect and legal analysis, 97 *Northwestern University Law Review* 1227.
- KOROBKIN, RUSSEL / ULEN, THOMAS (2000) Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics, 88 *California Law Review* 1051.

- LANGENFELD, GERRIT (1992) Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, 1. Halbband, München: 3. Auflage.
- LANGENFELD, GERRIT (2004) Vertragsgestaltung: Methode, Verfahren, Vertragstypen, München: 3. Auflage.
- LANGENFELD, GERRIT (2008) Münchener Vertragshandbuch, Bd. 5, München: 6. Auflage.
- LISTOKIN, YAIR (2008) What do default rules and menus do?, veröffentlicht unter <http://ssrn.com/abstract=924578> (Stand 15.09.2008).
- LUNDMARK, THOMAS (2001) Verbose contracts, 49 American Journal of Comparative Law 121.
- MACALAY, STEWART (1963) Non-contractual relations in business: a preliminary study, 28 American Sociological Review 55.
- MIETERBUND (2008) Unbefristeter Mietvertrag, veröffentlicht unter www.immobilienscout24.de/published-downloads/pdf_unbefristeter_mietvertrag2.pdf (Stand 15. 9. 2008).
- OSKAMP, STUART (1982) Overconfidence in case-study judgments, in: Daniel Kahneman/Paul Slovic/Amos Tversky: Judgment under uncertainty, Cambridge: 287.
- POLINSKY, MITCHELL/SHAVELL, STEVEN (2007) Handbook of Law and Economics, Vol. 1, Amsterdam et. al.
- POSNER, RICHARD (2003) Economic analysis of law, New York: 6. Auflage.
- PRENTICE, ROBERT A. (2003) Chicago man, k-Man, and the future of behavioral law and economics, 56 Vanderbilt Law Review 1663.
- RITOV, ILANA / BARON, JONATHAN (1990) Reluctance to vaccinate: omission bias and ambiguity, 3 Journal of Behavioral Decision Making, 263
- RITOV, ILANA / BARON, JONATHAN (1992) Status-quo and omission biases, 5 Journal of Risk and Uncertainty, 49.
- SUNSTEIN, CASS (2002) Symposium: Switching the default rule, 77 New York University Law Review 106.
- SUNSTEIN, CASS / THALER, RICHARD (2003) Libertarian paternalism is not an oxymoron, 70 University of Chicago Law Review 1159.
- TVERSKY, AMOS / KAHNEMANN, DANIEL (1982) Availability: A heuristics for judging frequency and probability, in: Daniel Kahneman/Paul Slovic/Amos Tversky: Judgment under uncertainty, Cambridge: 163.
- WALZ, ROBERT (2007) Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, München.