

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII

Teil 1: Das Typische und das Untypische im Privatrecht

1

A. Was ist Typisierung im Recht?	5
B. Beispiele und Stand der Forschung	11
C. Forschungsfrage, Gang der Darstellung, Abgrenzungen	25

Teil 2: Perspektiven auf typisierten Schutz

37

A. Rechtstheoretische Perspektive: Vor- und Nachteile, Gegenstände typisierender Schutzvorschriften	39
B. Rechtsvergleichende Perspektive: Alternativen zu typisiertem Schutz	71
C. Rechtshistorische Perspektive: Hin zum „Sozialmodell“ typisierten Schutzes	77
D. Rechtsdogmatische Perspektive: Feststellung, Einschränkung und Erweiterung typisierten Schutzes in der Rechtsanwendung	123
E. Rechtspolitische Perspektive: Kritiken typisierender Realisierung von Schutzanliegen im Vertragsrecht	263
F. Rechtsökonomische Perspektive: Wann ist Typisierung im Vertragsrecht effizient?	305

Teil 3: Zusammenschau, Typisierungs-Trilemma und die Personalisierung von Recht

315

A. Komplexität, die Typisierung von Schutz und personalisiertes Recht	317
B. Generalklauselartiger, prinzipienorientierter Schutz und die Schaffung von Komplexität	321
C. Komplexität als Systemstörung, Freiheitsbedrohung, Gerechtigkeitserschweren und Zielerreichungshindernis	325

D. Das Typisierungs-Trilemma von Schutz im Privatrecht 347

E. Fazit: Typisierter Schutz als komplexitätsreduzierende,
humane Gesetzestechnik der Moderne 405

Kurzzusammenfassung 431

Literaturverzeichnis 435

Sach- und Personenverzeichnis 489

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
 Teil 1: Das Typische und das Untypische im Privatrecht	 1
<i>A. Was ist Typisierung im Recht?</i>	5
<i>B. Beispiele und Stand der Forschung</i>	11
I. Öffentliches Recht	11
II. Zivilrecht	16
III. Striktes Recht und Typisierung als Anachronismus?	21
<i>C. Forschungsfrage, Gang der Darstellung, Abgrenzungen</i>	25
I. Forschungsfrage	25
II. Gang der Darstellung	29
III. Abgrenzungen	29
1. Nicht: Jede Generalisierung	30
2. Nicht: „Typenlehre“ oder „typologische Methode“	32
3. Nicht: „Prinzipiengeleitete“ „Rekonstruktion“ des Vertragsrechts anhand einer „Vertragsgerechtigkeit“	34
 Teil 2: Perspektiven auf typisierten Schutz	 37
<i>A. Rechtstheoretische Perspektive: Vor- und Nachteile, Gegenstände typisierender Schutzvorschriften</i>	 39
I. Vor- und Nachteile	39
1. Vorteil: Reduktion von Komplexität durch Typisierung	40
2. Nachteile: Einzelfallgerechtigkeit und Bindung an typisierende Regelungen	46
a) Gleichbehandlung und „Einzelfallgerechtigkeit“	46
b) Over- und under-inclusiveness	48

c) Bindung an rigide Regelungen der Vergangenheit und Gesetzesbindung	51
II. Gegenstände und Formen	53
1. Gegenstände	53
2. (Misch-)Formen, Typisierungsebenen	55
3. Reichweite	56
III. Insbesondere: Typisierung bei „Machtungleichgewichten“ und „gestörter Vertragsparität“	58
IV. Fazit: Komplementarität der Vor- und Nachteile typisierender und generalklauselartiger Regelungen	66
<i>B. Rechtsvergleichende Perspektive: Alternativen zu typisiertem Schutz</i>	<i>71</i>
<i>C. Rechtshistorische Perspektive: Hin zum „Sozialmodell“ typisierten Schutzes</i>	<i>77</i>
I. Das Zerrbild der Sozialmodelle	78
II. „Liberal-bürgerliches“ Sozialmodell	80
1. Ideengeschichtliches und Rahmenbedingungen	80
2. „Liberal-bürgerliches“ Sozialmodell und Typisierung im Vertragsrecht	82
III. Das „sozialrechtliche“ Sozialmodell	85
1. Ideengeschichtliches und Rahmenbedingungen	85
2. „Sozialrechtliches“ Sozialmodell und Typisierung im Vertragsrecht	92
IV. Die verstärkte Schaffung typisierten Schutzes im Vertragsrecht	96
1. Die seit den 1960er Jahren diagnostizierte „Krise der Privatautonomie“	96
2. Rahmensetzung und Prägung durch das Grundgesetz	97
3. Die Schaffung typisierenden Schutzes im Vertragsrecht seit den 1970er Jahren	101
a) AGB-Kontrolle und Schutz von Klauselgegnerinnen und Klauselgegnern	102
b) Verbraucherrecht und Schutz von Verbrauchern	103
c) Arbeitsrecht und Schutz von Arbeitnehmenden	104
d) Mietrecht und Schutz von Wohnraummieterinnen und Wohnraummieterinnen	105
e) Versicherungsvertragsrecht und Schutz von Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmern	106
4. Unionsrechtlicher Hintergrund	107
5. Die „Krise der Privatautonomie“ gerade aufgrund gesetzlicher typisierender Schutzvorschriften	113
V. Fazit: Das Sozialmodell des typisierten Schutzes	117
1. Typisierter Schutz und die „alten“ Sozialmodelle	117

2. Das Sozialmodell typisierten Schutzes	118
3. „Informationsmodell“?	120
<i>D. Rechtsdogmatische Perspektive: Feststellung, Einschränkung und Erweiterung typisierten Schutzes in der Rechtsanwendung .</i>	<i>123</i>
I. Feststellung von Typisierungen durch Auslegung	126
1. Insbesondere: Praktikabilität und Rechtssicherheit als Auslegungstopoi	126
a) Unpraktikabilität als teleologische Untergrenze	128
b) Bezugspunkt der Feststellung von Unpraktikabilität	130
c) Praktikabilität und Rechtssicherheit für Private als kaum praktisch relevante Untergrenze bei der Auslegung	132
2. Insbesondere: Verfassungskonforme Auslegung und verfassungsrechtliche Anforderungen an Typisierungen im Vertragsrecht	136
a) Übermaß an Typisierung – Gleichheitsfragen	136
aa) Vorgaben im Einzelnen	136
bb) Beispiele: Unterschiedliche Kündigungsfristen von Arbeitern und Angestellten und Stiefkindadoption	139
b) Übermaß an Typisierung – Freiheitsfragen	140
c) Untermaß an Typisierung?	143
II. Einschränkung typisierender Schutzvorschriften durch Rechtsfortbildung	144
1. Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion	145
a) Grundlage der Rechtsfortbildung	145
b) Lückenfeststellung bei typisierenden Normen	149
aa) Lückenfeststellung am Gleichheitssatz	150
bb) Lücke bei Verfehlung des Primärzwecks	151
(1) Konkretisierung der Lückenfeststellung anhand des Grades der Beeinträchtigung der Rechtssicherheit durch eine Ausnahme	156
(2) Konkretisierung der Lückenfeststellung anhand des Zeitpunkts der Entstehung atypischer Umstände	157
(3) Konkretisierung der Lückenfeststellung anhand der Rechtsprechung des BVerfG zur besonderen Belastung durch Typisierung	158
(4) Zusammenfassende Leitlinien	159
cc) Beispiele der Lückenfeststellung bei typisiertem Schutz im Vertragsrecht	160
(1) Beispiel für die Annahme einer Lücke: § 181 BGB	161
(2) Beispiel gegen die Annahme einer Lücke: Geschäftsfähigkeit	163

(3) Beispiel gegen die Annahme einer Lücke:	
Verbraucherbegriff	163
(a) Besonderheiten im österreichischen Recht	164
(b) Teleologische Reduktion des Verbraucherbegriffs	
(auch) im deutschen Recht?	166
(4) Beispiel gegen die Annahme einer Lücke:	
Weiterfresserschaden und das typisierte	
Verjährungsrecht	168
(5) Beispiel gegen die Annahme einer Lücke:	
Inhaltskontrolle transparenter Klauseln	170
dd) Zulässige Rechtsfortbildung „contra legem“ aus Gründen	
der „Einzelfallgerechtigkeit“?	172
2. Einschränkung typisierten Schutzes durch die Generalklausel	
des § 242 BGB?	174
a) Diskussion vor allem im Kontext der „Berufung“ auf die	
Formnichtigkeit	176
b) Gleichlauf mit der teleologischen Reduktion typisierenden	
Schutzes?	179
aa) § 242 BGB und Rechtsmissbrauchslehre	182
bb) § 242 BGB und Gesetzesbindung	184
cc) § 242 BGB und die Einschränkung typisierender	
Vorschriften	189
dd) „Anwendung“ von § 242 BGB oder teleologische	
Reduktion bei der Einschränkung typisierender	
Vorschriften?	191
c) Folgen für das Beispiel der Formnichtigkeit	192
d) Beispiel: Kein Wertersatz nach Verbraucherwiderruf nach	
der VRRRL und deutscher Treuegedanke	194
aa) Teleologische Reduktion wegen Ungleichbehandlung	199
bb) Einschränkungende Auslegung wegen Bereicherungsverbot	
oder Unverhältnismäßigkeit	201
cc) Rechtsmissbrauch	204
dd) Zusammenfassung	210
3. Feststellung des zwingenden oder dispositiven Status	
typisierender Schutzvorschriften	210
a) Häufige Unergiebigkeit der Auslegung einzelner Normen	211
aa) Wortlaut	213
bb) Systematik	214
cc) Zweck	215
b) Statusbestimmung durch Rechtsfortbildung	217
aa) Rechtsfortbildende Schaffung von Statusregeln	217
bb) Besonderheiten bei typisierenden Normen	219

c) Vereinbarungen zur Festlegung eines Vertragstyps	221
aa) Diskussionsstand zu Vertragstypenvereinbarungen	221
bb) Maßgeblichkeit des Status zwingenden und dispositiven Rechts	223
cc) Beispiel: Vertragstypenvereinbarung und Statusvereinbarung zur Arbeitnehmereigenschaft	230
III. Erweiterung typisierender Normen durch Rechtsfortbildung	233
1. Erweiterung typisierender Normen durch Analogie und teleologische Extension	234
a) Beispiel: Insichgeschäft	237
b) Beispiel: Erstreckung arbeitsrechtlichen Schutzes auf arbeitnehmerähnliche Personen	238
2. Erweiterung typisierenden Schutzes durch die Generalklausel des § 242 BGB oder ein allgemeines Rechtsprinzip von Treu und Glauben?	240
a) Kombination von Typisierung und Generalklausel	240
b) Auffangwirkung auch von § 242 BGB?	241
c) Auffangwirkung eines „Rechtsprinzips“ von Treu und Glauben bei einem „Versagen“ der „Richtigkeitsgewähr“?	243
3. Schaffung von Typisierungen durch gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung	249
4. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	251
a) Ausgangspunkt	251
b) Tendenz zum Ausgleich von under-inclusiveness in der Rechtsprechung des EuGH	254
aa) Beispiele	255
bb) Gesamtbetrachtung	256
IV. Fazit: Regelmäßig keine Modifikation von Typisierung mit Mitteln der Rechtsdogmatik	258
<i>E. Rechtspolitische Perspektive: Kritiken typisierender Realisierung von Schutzanliegen im Vertragsrecht</i>	<i>263</i>
I. Bewertungskriterien der Gerechtigkeit	264
1. „Einzelfallgerechtigkeit“	265
2. Ausgleichende Gerechtigkeit (iustitia commutativa) und verteilende Gerechtigkeit (iustitia distributiva)	266
a) Ausgleichende Gerechtigkeit (iustitia commutativa)	267
b) Verteilende Gerechtigkeit (iustitia distributiva)	268
3. Unauflösliches Spannungsfeld von Gerechtigkeit und Typisierung .	269
II. Bewertungskriterium der Systemstimmigkeit	270
1. Beispiele für Bewertungssysteme von typisiertem Schutz	272

a) Bewertung von typisiertem Schutz im Vertragsrecht in Abhängigkeit vom zugrunde gelegten „Sozialmodell“	272
b) Bewertung von typisiertem Schutz im Vertragsrecht in Abhängigkeit der Stellung des Zivilrechts zur Erreichung von Verteilungsgerechtigkeit	277
c) Bewertung von typisiertem Schutz im Vertragsrecht in Abhängigkeit zur Einstellung gegenüber dem europäischen Integrationsprozess	282
2. Beispiel: Bydlinskis Versuch der Darlegung der „Systemwidrigkeit“ des typisierenden Verbraucherschutzrechts ...	283
3. Keine Bindung des einfachen Gesetzgebers an Systemstimmigkeit, Folgerichtigkeit oder Pfadabhängigkeit	285
a) Verfassungsrechtliches Erfordernis der „Folgerichtigkeit“?	286
b) Unsystematischer Kompromiss als Kennzeichen demokratischer Gesetzgebung	289
III. Bewertungskriterien der „Freiheitsdienlichkeit“	290
1. Gemeinsamer Ausgangspunkt: Vielgestaltige Machtungleichgewichte	291
2. Ungleiche Machtverteilung und Gestaltungsfreiheit	294
3. Besondere Freiheitsdefizite typisierenden Schutzes	296
IV. Bewertungskriterien der Erreichung sonstiger konkreter Ziele	298
V. Fazit: Typisierung und die Antinomien des Privatrechts	301
<i>F. Rechtsökonomische Perspektive: Wann ist Typisierung im Vertragsrecht effizient?</i>	<i>305</i>
I. Bewertungsmodell: „Rules vs. Standards“ mit fixen und variablen Kosten	305
1. Fixe Kosten: Kosten der Gesetzgebung	306
2. Variable Kosten: Kosten der Gesetzesanwendung	307
3. Faustregeln	308
II. Besonderheiten der Typisierung im Modell der „Rules vs. Standards“ .	308
1. Stellung typisierender Vorschriften im Modell der Rules vs. Standards	309
2. Validität der Annahme, bei hohem Detailgrad sei ein „Standard“ zu schaffen?	310
3. Fazit: Rechtsökonomische „Faustregeln“ zur Typisierung im Modell der „Rules vs. Standards“	312

Teil 3: Zusammenschau, Typisierungs-Trilemma und die Personalisierung von Recht	315
<i>A. Komplexität, die Typisierung von Schutz und personalisiertes Recht</i>	<i>317</i>
<i>B. Generalklauselartiger, prinzipienorientierter Schutz und die Schaffung von Komplexität</i>	<i>321</i>
<i>C. Komplexität als Systemstörung, Freiheitsbedrohung, Gerechtigkeits- erschwernis und Zielerreichungshindernis</i>	<i>325</i>
I. Komplexität als Systemstörung	326
1. Komplexität als Störung des liberalen Sozialmodells	326
a) Die Gleichheit der Rechtssubjekte und Verwendungszwecke und Komplexität	326
b) Beispiel: Verbraucherschutzdiskussion und Komplexität	330
2. Komplexität als Störung der rechtsökonomischen Annahme, das Privatrecht sei nicht effizient zum Erreichen von Verteilungsgerechtigkeit?	333
II. Komplexität als Freiheitsbedrohung	333
III. Komplexität als Gerechtigkeitserschwernis	337
IV. Komplexität als Zielerreichungshindernis	341
<i>D. Das Typisierungs-Trilemma von Schutz im Privatrecht</i>	<i>347</i>
I. Beispiel: Differenzierung zwischen b2b- und b2c-Konstellationen bei der AGB-Kontrolle	351
1. Problem und Lösungsmöglichkeiten	351
a) Feingliedrigere Typisierung	354
b) Generalklauselartigere, prinzipienorientiertere Regelungen	355
2. Das Typisierungs-Trilemma bei der AGB-Kontrolle im b2b-Verhältnis	356
II. Auswege aus dem Typisierungs-Trilemma?	358
1. Ausweitung von Kapazitäten als Alternative?	358
a) Automatisierung und Digitalisierung von Entscheidungen	358
aa) Automatisierung	358
bb) Digitalisierung, künstliche Intelligenz, machine-learning ...	359
b) Ausweitung von Kapazitäten der Privaten?	363
2. Möglichkeiten der Dogmatik als Alternative?	364
3. Alternative Typisierungen	367
a) Kombination von Typisierung und generalklauselartiger Regelung	367
b) Feingliedrigere oder gröbere Abstufung der Typisierung	368
aa) Abstufungen des Verbraucherbegriffs	369

bb) Punktekataloge für den Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriff	371
4. Die „Personalisierung“ von Recht	372
a) Personalisierung insbesondere von Schutz im Privatrecht durch datenbasiertes Profiling	372
b) Personalisierung und das Typisierungs-Trilemma	378
c) Verfassungs- und primärrechtliche Realisierbarkeit	381
aa) Verbot personalisierten Rechts aus Gleichheitsgründen? ...	382
bb) Gebot personalisierten Rechts aus Gleichheitsgründen?	388
d) Wandel der Rechts- und Gesellschaftsordnung als Voraus- setzung und Folge der Granulierung auch des Privatrechts	389
aa) Gesetzgebung	390
bb) Rechtsprechung	393
cc) Private	395
dd) Gesellschaftlicher Zusammenhalt	396
e) Fazit und sekundärrechtliches Verbot	401
<i>E. Fazit: Typisierter Schutz als komplexitätsreduzierende, humane Gesetzestechnik der Moderne</i>	<i>405</i>
I. Der Siegeszug der Gesetzestechnik der Typisierung	405
1. Vielzahl von Gesetzen	406
2. Tempo der Gesetzgebung	408
3. Wandlungen in Technik und Wirtschaft und „Machtungleichgewichte“	409
4. Verfeinerte Auslegungsmethoden	411
5. Einwirkung des Grundgesetzes	412
6. Einwirkung des Unionsrechts	414
II. Typisierung trotz Typisierungs-Trilemma und Antinomien des Privatrechtsdenkens als „gute“ Gesetzestechnik?	415
1. Abhängigkeit vom Bewertungsmaßstab	415
2. Beispielsweise utilitaristische und diskursethische Bewertungsmaßstäbe	417
3. Schädlichkeit von Komplexität; Nachhaltigkeit der Privatrechtsordnung	419
4. Typisierung, Komplexität und der Fortbestand der sozialen Marktwirtschaft	423
III. Fazit	426
 Kurzzusammenfassung	 431
 Literaturverzeichnis	 435
Sach- und Personenverzeichnis	489