

Schriften zur Rechtstheorie

---

Heft 26

# Typus und Rechtsfindung

Die Bedeutung der typologischen Methode  
für die Rechtsfindung dargestellt  
am Vertragsrecht des BGB

Von  
Detlef Leenen



Duncker & Humblot · Berlin

**DETLEF LEENEN**

**Typus und Rechtsfindung**

**Schriften zur Rechtslehre**

**Heft 26**

# Typus und Rechtsfindung

Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung  
dargestellt am Vertragsrecht des BGB

Von

Dr. Detlef Leenen



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1971 bei Buchdruckerei Richard Schröter, Berlin 61**  
**Printed in Germany**  
**ISBN 3 428 02573 3**

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die nachfolgende Arbeit hat im Wintersemester 1970/71 der Juristischen Fakultät der Universität München als Dissertation vorgelegen.

Die Anregung zu einer Beschäftigung mit der Denkform des „Typus“ und den hierdurch aufgeworfenen methodologischen Problemen stammt von meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Karl Larenz, dem ich auch an dieser Stelle für hilfreiche Kritik und das besondere der Arbeit entgegengebrachte Interesse danken möchte.

Herrn Ministerialrat a. D. Dr. J. Broermann danke ich für die bereitwillige Aufnahme der Arbeit in die „Schriften zur Rechtstheorie“.

München, im Juli 1971

*Detlef Leenen*



## Inhaltsübersicht

<b>Einleitung: Problemstellung, Gang und Ziel der Untersuchung</b> .....	17
<b>§ 1: Das Unbehagen an der Typologik</b> .....	17
1. Die Beliebtheit der Typologik .....	17
2. Das Unbehagen an der Typologik und dessen Wurzeln .....	19
a) Verwendung des Wortes „Typus“ .....	19
b) Logische Qualität des Begriffs des Typus .....	19
c) Methode typologischen Denkens im Recht .....	20
3. Folgerungen für die Aufgabenstellung dieser Untersuchung....	22
<b>1. Teil: Typus und Begriff im juristischen Denken</b> .....	25
<b>§ 2: Zur Wortverwendung von „Typus“ und „typisieren“</b> .....	25
1. Die beiden Hauptrichtungen der Wortverwendung .....	25
a) Typisierung als schlechthin generalisierendes Verfahren ....	25
b) Typisierung als vergleichsweise konkretisierendes Verfahren	26
2. Die zu empfehlende Wortverwendung .....	27
<b>§ 3: Der eindeutige Allgemeinbegriff</b> .....	28
1. Uneinheitliche Stellungnahmen zur Eindeutigkeit juristischer Begriffe .....	28
2. Mangelnde Eindeutigkeit juristischer Begriffe .....	29
3. Überlieferte Ansichten .....	30
4. Rechtstheoretische Alternativen .....	31
a) Begriffsqualität kommt nur eindeutigen Begriffen zu ( <i>Has-</i> <i>semer</i> ) .....	31
b) Begriffsqualität kann auch deutungsbedürftigen Begriffen zu- erkannt werden .....	32
<b>§ 4: Typus und deutungsbedürftiger Begriff</b> .....	34
1. „Offenheit“ .....	34
a) Offenheit des Typus: insbesondere Abstufbarkeit .....	34
b) Unschärfe deutungsbedürftiger Begriffe: Phänomen von „Be- griffskern und -hof“ .....	36
c) Zusammenfassende Gegenüberstellung .....	40

2. „Sinnhaftigkeit“ .....	42
3. „Ganzheitlichkeit“ (Strukturiertheit) .....	46
4. „Anschaulichkeit“ .....	47
<b>§ 5: Zur logischen Qualität der Unterscheidung von Typus und de- tungsbedürftigem Begriff</b> .....	49
1. Der typologische Gegensatz der Denkformen .....	49
2. Der typologische Gegensatz der Anwendungsverfahren .....	57
3. Die Reihe der juristischen Denkformen .....	60
<b>§ 6: Typus und Begriff im Prozeß wertenden Denkens</b> .....	62
1. Das Wechselspiel von Verfestigung und Auflockerung .....	62
2. Die zentrale Bedeutung typologischen Denkens im Rechtsbil- dungsprozeß .....	63
3. Einzelbeispiele .....	66
a) Konkretisierung wertausfüllungsbedürftiger Generalklauseln	66
b) Prinzipien .....	72
c) Dogmatische Neuschöpfungen .....	75
 <b>2. Teil: Typus und Begriff in ihrer Bedeutung für die Gesetzgebung</b> ....	80
 <b>§ 7: Typen als Bezugspunkte der gesetzlichen Wertungen</b> .....	80
1. Typische Fälle als „Leitbild“ des Gesetzgebers (Der dem Gesetz zugrunde liegende Typus) .....	80
2. Nähere Kennzeichnung des dem Gesetz zugrunde liegenden Typus .....	84
3. Das „Zugrundeliegen“ von Typen .....	87
 <b>§ 8: Zur Möglichkeit einer typologischen Tatbestandsfassung</b> .....	88
1. Zur Problematik der Denkform des Typus .....	88
2. Zu den sprachlichen Problemen typologischer Tatbestands- fassung .....	92
 <b>§ 9: Gründe für ein begriffliches Verfahren der Gesetzgebung</b> .....	96
1. Bei der Verbegrifflichung von Typen sich ergebende Haupt- unterschiede .....	96
2. Möglichkeiten einer bewußten Ausnutzung dieser Unterschiede für spezifische Zwecke der Gesetzgebung .....	97
a) Vorentscheidung von Wertungsfragen .....	97
b) Streben nach Sicherheit und Leichtigkeit der Rechtsanwen- dung .....	101
c) Gesetzliche Ordnungsentscheidungen .....	104

<b>§ 10: Die Überlagerung von „primärer“ und „sekundärer“ Wertentscheidung im begrifflich gefaßten Gesetz</b> .....	<b>108</b>
1. Die teleologische Schichtung des Begriffs .....	108
a) Das Zusammenspiel der Wertungen .....	109
b) Der Konflikt der Wertungen .....	110
2. Exkurs zu <i>Savigny</i> und <i>Heck</i> .....	112
<b>3. Teil: Das besondere Vertragsrecht des BGB in typologischer Sicht</b> ....	<b>118</b>
<b>§ 11: Ungeeignete Wege zur Klärung der Grundfrage typologischer oder begrifflicher Struktur</b> .....	<b>120</b>
1. Grammatische Analyse .....	120
2. Historische Analyse .....	121
a) Gesetzesmaterialien .....	121
b) Pandektistik (essentialia, naturalia, accidentalia negotii) ....	122
c) Römisches Recht .....	124
<b>§ 12: Die Funktion der gesetzlichen Regelung einzelner Vertragsverhältnisse als wichtigstes Kriterium zur Entscheidung der Grundfrage</b> 126	
1. Keine Beschränkung auf einen <i>numerus clausus</i> zugelassener Vertragsarten .....	126
2. Funktion des dispositiven Rechts .....	127
a) Erleichterung des Rechtsverkehrs .....	127
b) Ordnungsfunktion .....	129
3. Funktion des zwingenden Rechts .....	131
4. Zusammenfassung: Die Funktion weder des dispositiven noch des zwingenden Rechts läßt eine sek. Wertentscheidung erkennen .....	133
<b>§ 13: Abstufendes Denken in der Anwendung des Vertragsrechts</b> .....	<b>133</b>
1. Der fließende Übergang von Entgeltlichkeit zu Unentgeltlichkeit (gemischte Entgeltlichkeit) .....	134
2. Der fließende Übergang von unmittelbarer Entgeltlichkeit (Austauschverträge) zu mittelbarer Entgeltlichkeit (Gesellschaft) ....	139
3. Der fließende Übergang von Kauf zu Miete (Finanzierungsleasing) .....	192
4. Der fließende Übergang von Kauf zu Darlehen (Finanzierter Kauf) .....	145
5. Der fließende Übergang von Dienst- zu Werkvertrag .....	147
<b>§ 14: Das Verfahren der Gesamtbetrachtung in der Anwendung des Vertragsrechts</b> .....	<b>148</b>
1. Dienst- und Werkvertrag .....	148

2. Stille Gesellschaft / Partiarisches Rechtsgeschäft .....	151
3. Automatenaufstellvertrag .....	152
4. a) Finanzierungsleasing .....	154
b) Finanzierter Kauf .....	155
5. Mangelnde Gesamtbetrachtung: Die Rechtsprechung des BGH zum Kauf eines Neuwagens mit Inzahlungnahme eines Altwagens .....	157
<b>§ 15: Die typologische Struktur des besonderen Vertragsrechts .....</b>	<b>162</b>
1. „Modellvorstellungen“ im Schuldrecht .....	162
2. Das Verhältnis von Erläuterungsnorm zu nachfolgender Regelung .....	165
3. Die Behandlung gemischter Verträge als Problem der typologischen oder begrifflichen Struktur des Vertragsrechts .....	166
a) Kombinationstheorie (G. Rümelin, Hoeniger) .....	167
b) Theorie der analogen Rechtsanwendung (Otto Schreiber) ....	167
4. Die typologische Struktur des besonderen Vertragsrechts .....	170
<b>IV. Teil: Typologische Rechtsfindung und juristische Methodenlehre, zugleich eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse .....</b>	<b>172</b>
<b>§ 16: Die Mehrspurigkeit der Rechtsfindungsmethoden .....</b>	<b>172</b>
1. Ungenügende Einarbeitung der Typologik in die Rechtsanwendungslehre .....	172
2. Die Unterscheidung von Auslegung und Rechtsfortbildung anhand des „möglichen Wortsinns“ ist kein sinnvolles Kriterium im Rahmen typologischer Rechtsfindung .....	173
3. Die typologische Methode der Rechtsfindung stellt kein weiteres „Auslegungs“verfahren dar .....	174
4. Die Grundfrage nach der typologischen oder begrifflichen Struktur einer anzuwendenden Regelung .....	176
5. Der typologischen Methode der Rechtsfindung kommt kein selbständiger Begründungswert zu .....	176
<b>§ 17: Grundzüge typologischer Rechtsfindung im Bereich des besonderen Vertragsrechts .....</b>	<b>177</b>
1. Die Ermittlung des maßgeblichen Typus .....	177
a) Ziel der Typgewinnung: der normative Typus .....	178
b) Verfahren der Typgewinnung: die Gesamtbetrachtung ....	179
2. Die Aufbereitung des Sachverhalts .....	182
3. Die Zuordnung .....	183
4. Rechtliche Würdigung (teilweise) atypischer Geschäfte .....	184
a) Verfehlte Methoden .....	184

b) Zutreffendes Verfahren: ergänzende Vertragsauslegung unter Einordnung in die Wertungen des Gesetzes .....	185
5. Möglichkeit und Verfahren einer Einordnung (teilweise) atypischer Geschäfte in den Bezugsrahmen der gesetzlichen Wertungen für typische Geschäfte .....	187
§ 18: <i>Die Bedeutung typologischen Denkens im Rahmen begrifflicher Rechtsanwendung</i> .....	190
<b>Schrifttumsverzeichnis</b> .....	194

## Abkürzungsverzeichnis

AbzG	= Abzahlungsgesetz
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
AGB	= Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anm.	= Anmerkung
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
ArbGG	= Arbeitsgerichtsgesetz
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	= Artikel
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BB	= Betriebsberater
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	= <b>Bundesgesetzblatt</b>
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
FamRZ	= Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Gr. S.	= Großer Senat
h. M.	= herrschende Meinung
i. e. S.	= im engeren Sinn
i. V. m.	= in Verbindung mit
i. w. S.	= im weiteren Sinn
JhJb	= Jherings Jahrbücher
JuS	= Juristische Schulung
JMBI	= Justizministerialblatt
JZ	= Juristenzeitung
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	= Motive zum BGB
MSchG	= Mieterschutzgesetz
m. w. N.	= mit weiteren Nachweisen
NF	= Neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift

OLG	= Oberlandesgericht
RGRK	= Reichsgerichtsräte-Komm. z. BGB.
Rspr	= Rechtsprechung
S.	= Seite
StGB	= Strafgesetzbuch
Vorbem.	= Vorbemerkung
VVG	= Versicherungsvertragsgesetz
WG	= Wechselgesetz
WM	= Wertpapiermitteilungen
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZGB	= Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZMR	= Zeitschrift für Mietrecht
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft



## Einleitung

### Problemstellung, Gang und Ziel der Untersuchung

#### § 1: Das Unbehagen an der Typologik

Das Denken in Typen erfreut sich heute nicht mehr nur wachsender Beliebtheit, wie *Engisch* 1953 noch feststellen konnte<sup>1</sup>, sondern löst in steigendem Maße auch Unbehagen aus.

1. Die *Beliebtheit* der Typologik<sup>2</sup> hat reichen literarischen Ausdruck gefunden. Neben einer Flut von Schriften, die lediglich das *Modewort* übernehmen, ohne sich mit dem *Modebegriff* auseinanderzusetzen<sup>3</sup>, sind eine Reihe von Untersuchungen zur logischen Struktur<sup>4</sup> und rechtstheoretischen Bedeutung<sup>5</sup> des Typus erschienen. Die Ergebnisse dieser und der früheren grundlegenden Arbeiten<sup>6</sup> wurden in Spezialuntersuchungen bereits methodisch ausgewertet<sup>7</sup>. Besonders belebend hat sich die Typologik auf das Gesellschaftsrecht ausgewirkt<sup>8</sup>. Der Schweizerische Juristentag hat sich 1968 mit dem Thema „Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts: Zur Bedeutung der Typuslehre für

---

<sup>1</sup> *Engisch*, Konkretisierung S. 237: Der Typus sei „in neuerer Zeit in allen Wissenschaften zum Modebegriff geworden“.

<sup>2</sup> Zur Terminologie sei bemerkt: Als *Typologik* wird hier die Lehre von der Denkform des Typus, als *Typologie* eine einen bestimmten Gegenstand typologisch erfassende Lehre bezeichnet.

<sup>3</sup> Nachweise bei *H. J. Wolff*, Typen S. 195 Anm. 1; *Koller*, Grundfragen S. 31 Anm. 3.

<sup>4</sup> *Seiffert*, Kategoriale Stellung; *Strache*, Standards.

<sup>5</sup> Vor allem: *Larenz*, Methodenlehre, 1. Aufl. 1960, S. 333 ff., 2. Aufl. 1969, S. 423 ff.; *Arthur Kaufmann*, Analogie; *Hassemer*, Tatbestand; *Schluep*, Methodologische Bedeutung; *Jørgensen*, Typologie (referierend).

<sup>6</sup> Insbesondere: *Hempel - Oppenheim*, Typusbegriff (dazu *Radbruch*, Klassenbegriffe); *Kafka*, Revision; *Larenz*, Gegenstand S. 43 ff.; *ders.*, Konkreter Begriff; *ders.*, Typologisches Rechtsdenken; *H. J. Wolff*, Typen; *Heyde*, Typus; *Engisch*, Konkretisierung S. 237 ff. (das. und im Nachtrag zur 2. Aufl., S. 308 ff., ausführliche weitere Nachweise).

<sup>7</sup> *Diederichsen*, Besitz (insb. S. 94, 104 f., 159); *ders.*, Warenhersteller (insb. S. 330 ff.); *Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen (insb. S. 34 ff.); *Sandrock*, Rechtsvergleichung (insb. S. 63 ff.); *H.-E. Henke*, Tatfrage (insb. S. 80 ff.); *ders.*, Schmerzensgeldtabelle (insb. S. 76, 85 ff., 124 ff.); *Herschel*, Typologische Methode, pass.; *P. Ulmer*, Vertragshändler (insb. S. 15 ff. S. 15 ff., 138, 183 ff., 211 ff.); *U. Huber*, Typenzwang (insb. S. 24 ff.).

<sup>8</sup> Vgl. *Koller*, Grundfragen; *H. P. Westermann*, Typengesetzlichkeit.

das Recht der Personengesellschaften und juristischen Personen“ befaßt<sup>9</sup>.

Auch in die höchstrichterliche Rechtsprechung hat typologische Argumentation Eingang gefunden: Der BGH sieht in § 452 BGB eine „für typische Kaufverträge getroffene“ Vorschrift, die nicht anzuwenden sei auf einen Vertrag, der „zwar in den Grundzügen Kaufvertrag ist, seiner ganzen Ausgestaltung nach aber nicht zu den typischen Kaufverträgen gerechnet werden kann, die dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben“<sup>10</sup>. Das BAG hat zu § 5 ArbGG<sup>11</sup> erkannt, daß „das Vorliegen einer wirtschaftlichen Abhängigkeit, wie sie für die weitaus überwiegende Zahl von Dienstverhältnissen charakteristisch ist, nicht das alleinige Kriterium für die Beantwortung der Frage bilden“ könne, ob eine Person als „arbeitnehmerähnlich“ anzusehen sei; es müsse hinzukommen, „daß diese Person dem Typ nach wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit einem Arbeitnehmer ähnelt und deshalb sozial schutzbedürftig ist“<sup>12</sup>. Der VI. Senat des BVerwG hat typisierend die Voraussetzungen bestimmt, unter denen ausnahmsweise der Dienstherr Rückzahlung von Bezügen verlangen kann, die einem entlassenen Beamten mit Rücksicht auf die gegen seine Entlassung erhobene und später abgewiesene Anfechtungsklage aufgrund gerichtlichen Vollziehungsaussetzungsbeschlusses weiter zugeflossen waren: „Vorausgesetzt wird zwar eine Ausnahmesituation, dabei aber in Betracht gezogen, daß dieser Ausnahmeharakter einer typisierend zu definierenden Fallgruppe eigen und innerhalb dieser folglich nach generellen Regeln zu beurteilen“ ist. „Leitgedanke hierfür“<sup>13</sup> sei, daß die Weitergewährung der Beamtenbezüge Alimentierung, gewissermaßen „das tägliche Brot“ sei — eine Situation, auf die sich „die für den Bereich einer rein vermögensrechtlich orientierten Restitution entwickelten“ Bereicherungsregeln des BGB nicht unmodifiziert übertragen ließen. Zum Umfang der notwendigen Modifizierung sagt das BVerwG abstufend, daß die „typische Besonderheit von Geldleistungen mit Alimentierungscharak-

<sup>9</sup> Vgl. das gleichnamige Referat von *Mengiardi* sowie das Korreferat von *Pierre Jolidon*, „Problèmes de structure dans le droit des sociétés. Portée et limites de la théorie des types“, in Zeitschrift für Schweizerisches Recht, NF Bd. 87 (1968), S. 1 ff. bzw. S. 427 ff.

<sup>10</sup> BGHZ 26, 7. Näher unten § 15 bei Anm. 11.

<sup>11</sup> Die Bestimmung lautet: „Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Als Arbeitnehmer gelten auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten (§ 1 des Heimarbeitergesetzes vom 14. März 1951 — Bundesgesetzbl. I S. 191) sowie sonstige Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind...“.

<sup>12</sup> BAG 12, 158 (163).

<sup>13</sup> Zur Bedeutung des leitenden Wertgesichtspunkts für die Typenbildung unten § 4, 2.

ter sich um so mehr verflüchtigt, je mehr die dem Beamten nach der (zunächst umstrittenen) Entlassung noch zufließenden Beträge das übersteigen, was als Lebensnotdurft im engen Sinne, als das ‚tägliche Brot‘ zu gelten hätte“<sup>14</sup>.

2. Das *Unbehagen* an der Typologik ist literarisch zwar noch seltener geäußert<sup>15</sup>, als Gegenströmung aber nicht weniger wirksam. Versuchen wir, das latente Unbehagen zu artikulieren, so wird es auf drei Ursachen zurückzuführen sein. Es betrifft — auf eine möglichst kurze Formel gebracht und nach steigender Bedeutsamkeit geordnet — die Verwendung des Wortes „Typus“, den *Begriff* des Typus, sowie vor allem die *Methode* typologischen Denkens im Recht.

a) Typologische Argumentation krankt häufig daran, daß nicht klar gestellt wird, was unter den Bezeichnungen „Typus“, „typisch“, „typisieren“ etc. zu verstehen ist, bzw. vorsichtiger: was in der betreffenden Arbeit darunter verstanden wird. Solange sich über den Bedeutungsinhalt des Wortes Typus kein Konsensus gebildet hat — und dieser Zustand scheint in weiter Ferne — müssen Arbeiten ohne derartige Klarstellung auf Sand gebaut sein. Die „schillernde Vieldeutigkeit“<sup>16</sup> des Wortes Typus, die von in Großserie produzierten Automobil„typen“ bis zum „ausgeprägten Typ“ als Synonym für einen seine besondere Eigenart betonenden Individualisten reicht, steht ernsthafter juristischer Verwendbarkeit im Wege.

b) Aber auch das hinter das Wort zurückgehende, den *Begriff* des Typus entwickelnde und präzisierende Schrifttum löst Zweifel aus. Ohne hier bereits auf die verschiedenen Bestimmungen des Typus eingehen zu müssen, läßt sich sagen, daß die bewußte Absetzung vom (abstrakt-allgemeinen) „Begriff“ das Kernstück der Lehre vom Typus bildet<sup>17</sup>. Gerade in jüngster Zeit aber ist gelegnet worden, daß die zur Unterscheidung von „Typus“ und „Begriff“ verwendeten Kriterien sich jeweils nur bei der Denkform finden, der sie zugesprochen werden, der Denkform fehlen, der sie abgesprochen werden<sup>18</sup>. Zweifel an der Möglichkeit einer klaren Unterscheidung werden zu Zweifeln an

<sup>14</sup> BVerwGE 30, 296. Zum abstufenden Denken unten § 4, 1 a und § 13.

<sup>15</sup> Frühzeitig *Burckhardt*, Methode S. 61: „Unmethodisch ist ... die Hervorhebung eigenartiger Typen von Rechtsakten, die zwar ihrer Häufigkeit oder Bedeutung wegen besonderes Interesse beanspruchen, aber nicht das Interesse des Dogmatikers, sondern das des Sozialpolitikers oder des Nationalökonomen, und eben, weil sie nicht einer logischen Einteilung des Rechts entsprechen, nicht begrifflicher Umschreibung, sondern bloß zusammenfassender Beschreibung zugänglich sind.“ Die jüngste Kritik stammt von *Esser* (in der Rezension der Arbeit von *Strache*, AöR Bd. 96, 1971, S. 140 ff.): „Der Typus ‚als Denkform des Allgemeinen‘ ist für eine durchschaubare und kontrollierbare juristische Methode nicht brauchbar“ (a.a.O. S. 141).

<sup>16</sup> *Koller*, Grundfragen S. 32.

<sup>17</sup> Näher unten § 4.

<sup>18</sup> Näher unten § 5.