

PHILIP MAXIMILIAN BENDER

Grenzen der Personalisierung des Rechts

Grundlagen der Rechtswissenschaft

Mohr Siebeck

Grundlagen der Rechtswissenschaft

herausgegeben von

Marietta Auer, Horst Dreier und Ulrike Müßig

48



Philip Maximilian Bender

Grenzen der Personalisierung des Rechts

Mohr Siebeck

Philip Maximilian Bender, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaft in München und Paris; Referendariat im Bezirk des OLG München mit Wahlstation in Teheran; LL.M.-Studium an der Yale Law School; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatrechtstheorie der Ludwig-Maximilians-Universität München sowie am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen; derzeit Notarassessor in Bayern.
orcid.org/0000-0002-8750-9875

Gedruckt mit Unterstützung des Max-Planck-Instituts für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen

Zugleich Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München; 2022

ISBN 978-3-16-162423-0 / eISBN 978-3-16-162424-7

DOI 10.1628/978-3-16-162424-7

ISSN 1614-8169 / eISSN 2569-3964 (Grundlagen der Rechtswissenschaft)

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

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

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

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2022/23 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Literatur konnte bis März 2023 berücksichtigt werden.

Die Idee zum Thema der Dissertation ist aus einem zusammen mit meinem verehrten Doktorvater, Professor *Hans Christoph Grigoleit*, verfassten Beitrag im Sammelband *Algorithmic Regulation and Personalized Law* hervorgegangen.¹ Gerade in der Anfangsphase meines Promotionsvorhabens ergab sich so ein intensiver und in vielerlei Hinsicht weichenstellender Austausch. Hierfür bedanke ich mich herzlich. Meinen Dank beschränke ich allerdings keineswegs auf die Promotionszeit: In den mehr als zehn Jahren Mitarbeit an seinem Lehrstuhl habe ich Professor Grigoleit als einen Mentor erlebt, der stets als nahbarer Diskussionspartner zur Verfügung stand und mich so in meinem juristischen Denken entscheidend geprägt hat, der mir aber gleichzeitig alle erdenklichen Freiheiten ließ.

Mein besonderer Dank gebührt außerdem Professor *Wolfgang Schön* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, insbesondere aber für die mich in ihrer Vielseitigkeit immer wieder beeindruckenden Anregungen, die ich aus den zahlreichen Gesprächen mit ihm mitnehmen durfte. Während der zwei Jahre, die ich von November 2019 an in seiner Abteilung am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen als Wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig war, habe ich bei idealen Arbeitsbedingungen das Manuskript im Wesentlichen fertiggestellt.

Im Rahmen dieser idealen Arbeitsbedingungen ermöglichte das Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen auch eine Reihe von Forschungsaufenthalten und Vorträgen außerhalb Münchens, die die Arbeit jeweils bereichert haben. Zu nennen sind etwa die Teilnahme am Global Private Law Workshop des European University Institute unter der Leitung von Professor *Daniel Markovits* (Oktober 2019), der Forschungsaufenthalt am Information Society Project der Yale Law School (Februar und März 2020) oder am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg in

¹ *Grigoleit/Bender*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Personalized Law*, 2021, S. 115–136.

der Arbeitsgruppe von Professor *Reinhard Zimmermann* (November 2020) sowie die Teilnahme am Law & Economics-Kurs des Studienzentrums Gerzensee der Schweizer Nationalbank unter der Leitung von Professor *Jennifer Arlen* (Juli 2021). Neben der Förderung in der eigentlichen Schaffensphase gebührt dem Max-Planck-Institut mein Dank für den großzügigen Druckkostenzuschuss.

Wichtige Impulse, für die ich dankbar bin, hat die Arbeit auch durch mein LL.M.-Studium an der Yale Law School (2018/2019) erhalten. Prägend war vor allem der Einfluss von Professor *Guido Calabresi*, Professor *Daniel Markovits* und Professor *Robert Post*, aber auch ein Treffen mit Professor *Omri Ben-Shahar* der Chicago Law School, einem der bedeutendsten Vertreter des „Personalisierungsprojekts“.

Bedanken möchte ich mich außerdem bei den Herausgebern der Schriftenreihe „Grundlagen der Rechtswissenschaft“, Professorin *Marietta Auer*, Professor *Horst Dreier* und Professorin *Ulrike Müßig*, für die Aufnahme meiner Arbeit in ihre Reihe.

Aus dem Freundes- und Kollegenkreis schulde ich einer Vielzahl von Personen Dank, die die Arbeit durch ihre Gesprächsbereitschaft und die Durchsicht des Manuskripts verbessert haben. Nennen möchte ich insbesondere *Daniel Deranco*, *Victor Jouannaud*, *Konstantin Suttner* und *Benjamin Velten*. Wertvoller ökonomischer Input kam außerdem von *Philipp Reiser*, wichtiger Informatik-Input von *Dr. Corinna Coupette* und *Dr. Bernhard Walzl*. Besonders bedanken möchte ich mich bei *Franz Bauer*, der seit dem ersten Semester mein juristischer Weggefährte und Diskussionspartner ist. Das gilt insbesondere auch für diese Arbeit.

Ein ganz besonderer Dank gebührt schließlich meiner Frau *Beatriz Granziera*, die alle geographischen und intellektuellen Reisen des Promotionsprozesses begleitet hat, sowie meinen Eltern, die ich in allen Bereichen als liebevolle Ratgeber schätze und denen ich diese Arbeit widme.

München, im März 2023

Philip Maximilian Bender

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abbildungen	XXIII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
§ 1 Einleitung: Das Personalisierungsprojekt	1
§ 2 Rechtstheoretische Analyse: Algorithmische Rechtssetzung zwischen Komplexität, Proximität und Approximation	29
§ 3 Neoklassische Analyse: Effizienz und Präferenzen	65
§ 4 Verhaltensökonomische Analyse: Rationalität und Paternalismus . .	133
§ 5 Freiheitsrechtliche Analyse: Das Privatrechtsmodell	177
§ 6 Gleichheitsrechtliche Analyse: Distribution und Diskriminierung .	235
§ 7 Institutionelle Analyse: Entparlamentarisierung, Entjudikativierung und Privatisierung	269
§ 8 Systemische Analyse: Liberalismus und Mikrosozialismus	305
§ 9 Schluss: Zusammenfassung in Thesenform	345
Summary	369
Literaturverzeichnis	371
Sachverzeichnis	425

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abbildungen	XXIII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
§ 1 Einleitung: Das Personalisierungsprojekt	1
<i>I. Der Begriff der Personalisierung</i>	6
1. Der Begriff der Personalisierung I: Definition	6
2. Der Begriff der Personalisierung II: Terminologie	7
3. Nachbarbegriffe: Individualisierung, Subjektivierung, Granularisierung	9
<i>II. Geschichtlicher Überblick</i>	12
1. Mittelalter und Personalisierung	12
2. Neuzeit und Generalisierung	13
3. Auflösungstendenzen der neuzeitlichen Triebfedern der Generalisierung	15
<i>III. Erkenntnisinteresse jenseits des Personalisierungsprojekts</i>	18
1. Kontextualisierung punktueller, technikbasierter Personalisierungen	18
2. Personalisierung und Privatrechtsdogmatik	19
3. Personalisierung und Verfassungsdogmatik	21
4. Personalisierung und Rechtstheorie	22
<i>IV. Erkenntnisinteresse jenseits einer Rechtsordnung</i>	23
1. Personalisierung und Common Law	23
2. Personalisierung und Agency-Modell	24
<i>V. Gang der Untersuchung</i>	25

§ 2 Rechtstheoretische Analyse: Algorithmische Rechtssetzung zwischen Komplexität, Proximität und Approximation	29
<i>I. Prinzipien, Regeln und Standards</i>	30
1. Prinzipien	30
2. Regeln	31
3. Standards	32
<i>II. Interne und externe Komplexität</i>	35
1. Interne Komplexität	36
2. Externe Komplexität	38
<i>III. Algorithmisierung der Rechtssetzung und Big Data</i>	39
1. Datensammlung	41
2. Datenanalyse	42
3. Die Notwendigkeit von Approximationsfehlern	45
a) Subjektivität	46
b) Inkonsistenz	47
c) Instabilität	48
4. Approximationsfehler als Folge eines empirischen Rechtsverständnisses	48
<i>IV. Algorithmische Rechtssetzung in rechtstheoretischen Kategorien</i>	49
1. Schritt 1: Festlegung der Zielvorgaben (<i>pre-process</i>)	50
a) Analyse unter dem Gesichtspunkt der Auflösung des Wertungskonflikts	51
b) Analyse unter dem Gesichtspunkt der Komplexität	51
2. Schritt 2: Datensammlung (<i>pre-process</i>)	51
3. Schritt 3: Prädiktive Datenanalyse (<i>in-process</i>)	52
a) Analyse unter dem Gesichtspunkt der Auflösung des Wertungskonflikts	52
b) Analyse unter dem Gesichtspunkt der Komplexität	53
4. Schritt 4: Erstellung der Mikrodirektive (<i>in-process</i>)	55
5. Schritt 5: Kommunikation der Mikrodirektive (<i>post-process</i>)	55
<i>V. Dogmatische Erfassung von Algorithmus und Mikrodirektive</i>	57
1. Das Verwaltungsaktsmodell (Einzelbetrachtung)	57
2. Das Rechtsnormmodell (Gesamtbetrachtung)	59
3. Das Urteilsmodell	61

<i>VI. Drei Charakteristika der algorithmischen Personalisierung</i>	62
1. Komplexität	62
2. Proximität	63
3. Approximation	64
§ 3 Neoklassische Analyse: Effizienz und Präferenzen	65
<i>I. Ökonomische Grundlagen</i>	66
1. Präferenzen	66
2. Effizienz	66
3. Transaktionskostensenkung	68
<i>II. Personalisierung des Rechts freiwilliger Transaktionen (Rechtsgeschäfte)</i>	70
1. Einführende Beispiele der Personalisierung aus dem Erb- und Vertragsrecht	70
a) Beispiel 1 (Erbrecht)	71
b) Beispiel 2 (Vertragsrecht)	73
2. Verallgemeinerung der Beispiele	77
a) Vom Erbrecht zum Recht der unentgeltlichen Transaktionen . . .	77
b) Vom dispositiven zum zwingenden Vertragsrecht	78
3. Abstrakte Analyse	81
a) Die einfache Kostenfunktion des Personalisierungsprojekts . . .	82
b) Beachtung weiterer Kostenfaktoren	83
aa) Approximationsfehlerkosten $a(x)$	83
bb) Regelproduktionskosten $r(x)$	85
cc) Informationskosten $i(x)$ und Unsicherheitskosten $u(x)$	86
c) Beachtung von Opt-out-Kosten $o(x)$ (Aufgabe der Vereinfachung 1)	88
aa) Opt-out-Kosten $o(x)$ und Approximationsfehlerkosten $a(x)$. .	88
bb) Opt-out-Kosten $o(x)$ und Regelproduktionskosten $r(x)$	90
cc) Opt-out-Kosten $o(x)$ und Unsicherheitskosten $u(x)$	91
dd) Opt-out-Kosten $o(x)$ und Informationskosten $i(x)$	92
(1) Informationskosten und individuelle Opt-out-Kosten (Erhöhung von b ?)	92
(2) Informationskosten und gesamtgesellschaftliche Opt-out-Kosten (Erhöhung von n ?)	94
d) Veränderungen durch Ex-post-Personalisierung (Aufgabe der Vereinfachung 2)	95
aa) Approximationsfehlerkosten $a(x)$	95
bb) Regelproduktionskosten $r(x)$	96

cc) Informationskosten $i(x)$ und Unsicherheitskosten $u(x)$	97
dd) Opt-out-Kosten $o(x)$	98
<i>III. Personalisierung des Rechts unfreiwilliger Transaktionen</i>	
<i>(Deliktsrecht)</i>	101
1. Einführendes Beispiel der Personalisierung des Sorgfaltsmaßstabs .	101
2. Abstrakte Analyse	104
a) Bedingte Übertragbarkeit der bisherigen Analyse	105
b) Besondere deliktsrechtliche Probleme der	
Approximationsfehlerkosten des Typs 1	105
aa) Sorgfaltspflichten	106
bb) Aktivitätslevel	106
cc) Vorsorgemaßnahmen	108
dd) Geschädigtenverhalten	109
3. Analyse des positivrechtlichen Rahmens der Personalisierung von	
Sorgfaltspflichten	110
a) Dogmatische Verortung der Personalisierungsproblematik	111
b) Personalisierung der Verkehrspflichten auf Tatbestandsebene	113
aa) Personalisierung und Umstände des Einzelfalles	113
bb) Generalisierung und <i>homo oeconomicus</i>	116
(1) Objektivierung in der Bewertung von <i>costs</i> und <i>benefits</i>	116
(2) Objektivierung hinsichtlich kognitiver (subjektiver)	
Eigenheiten	116
(3) Objektivierung durch ergänzende administrative	
Verhaltensvorgaben	118
c) Verschuldensebene als Anknüpfungspunkt für Abweichungen	
von Rationalitätsvorgaben	118
<i>IV. Personalisierung des Sachenrechts</i>	
1. Ergänzung des Rechts der Rechtsgeschäfte und <i>numerus clausus</i>	120
a) Typenzwang und autonome Personalisierung: Rechtfertigung	
des <i>numerus clausus</i>	120
aa) Fehlende Überzeugungskraft der negativen Theorien	120
bb) Rechtfertigung des <i>numerus clausus</i> als Serviceleistung	
(positive Theorie)	123
b) Typenfixierung und heteronome Personalisierung:	
Optimaler <i>numerus clausus</i>	129
2. Ergänzung des Deliktsrechts und Duldungspflichten	130

§ 4 Verhaltensökonomische Analyse: Rationalität und Paternalismus	133
<i>I. Rationalität als Bezugspunkt der verhaltensökonomischen Analyse</i>	134
<i>II. Verhaltenspsychologische Abweichungen von Rationalitätsvorgaben</i>	136
1. <i>Bounded rationality</i>	136
2. <i>Bounded willpower</i>	137
3. <i>Bounded self-interest</i>	138
4. <i>Bounded information</i>	139
5. <i>Bounded spirit of capitalism</i>	140
<i>III. Umgang mit der Diskrepanz zwischen rationalem und realem Verhalten</i>	141
1. Modifikation der Realität (Paternalismus)	141
2. Modifikation der Rationalität (Empirismus)	144
<i>IV. Das paternalistische Personalisierungsprojekt</i>	145
1. Einführung einer Typologie der Normen	145
2. Modifikation von Handlungsnormen	148
a) Informationspflichten	148
aa) Personalisierte Informationspflichten als Lösung des <i>information overload</i>	149
bb) Von einem eindimensionalen zu einem mehrdimensionalen Ansatz	153
b) Veränderung des Inhalts dispositiver Normen	154
aa) <i>Pulling default rules</i> und <i>stickiness</i>	155
bb) <i>Pulling default rules</i> und <i>default rule paradox</i>	156
cc) <i>Pushing default rules</i> und Informationsasymmetrien	157
3. Suspendierung von Sanktionsnormen: Haftungsprivilegien	159
a) Der Schutzmechanismus am Beispiel der deliktischen Haftung <i>de lege lata</i>	159
b) Möglichkeiten weitergehender Personalisierung <i>de lege ferenda</i>	162
c) Personalisierende Suspendierung von Sanktionsnormen als Wertungsfrage	162
4. Modifikation von Metanormen	165
a) Zwingendes Recht	165
aa) Zwingende Geltung des <i>status quo</i> ohne Rechtsgeschäft	165
bb) Zwingende Geltung des <i>status quo</i> mit Rechtsgeschäft	167
b) Formvorschriften	168

aa) Formvorschriften zum Schutz des <i>status quo</i> ohne Rechtsgeschäft	168
bb) Formvorschriften zum Schutz des <i>status quo</i> mit Rechtsgeschäft	169
c) Widerrufsrecht	170
aa) Personalisierung nach eindimensionalem und mehrdimensionalem Ansatz	171
bb) Einwände	172
(1) Sinnlosigkeit infolge Autopersonalisierung durch Gestaltungsrecht	172
(2) Verlust des Charakters als Schutzinstrument bei mehrdimensionalem Ansatz	173
V. <i>Die Inkompatibilität von Neoklassik, Verhaltensökonomik und Big Data</i>	173
1. Das Erkenntnisproblem des paternalistischen Ansatzes	174
2. Das Leitbildproblem des empirischen Ansatzes	174
§ 5 Freiheitsrechtliche Analyse: Das Privatrechtsmodell	177
I. <i>Die Eigenständigkeit der Wahldimension der Freiheit</i>	178
1. Ökonomischer Diskurs	178
a) Ideelle und funktionelle Marktrechtfertigung	178
b) <i>Freedom of choice</i> und <i>utilities</i>	179
c) <i>Transaction benefits</i>	181
2. Philosophischer Diskurs	182
a) Berlins Unterscheidung zwischen negativer und positiver Freiheit als Ausgangspunkt	182
b) Überwindung der Dichotomie durch MacCallums einheitlichen Freiheitsbegriff	182
c) Rekonzeptualisierung durch Taylors <i>opportunity-freedom</i> und <i>exercise-freedom</i>	184
d) Rekonzeptualisierung der Rekonzeptualisierung: „Exercise“ als Wahldimension der Freiheit	185
3. Politikwissenschaftlicher Diskurs: Prozedurale Legitimation von Herrschaft	186
4. Theologischer Diskurs: Freiheit in der Entscheidung für Gott	187
5. Privatrechtlicher Diskurs: Privatautonomie	188
6. Grundrechtlicher Diskurs: <i>Status activus</i>	191
a) Die klassische Statuslehre: <i>Status negativus, status positivus</i> und <i>status activus</i>	191

b) Weiterentwicklung des <i>status activus</i> und Einführung des <i>status effectus</i>	194
II. <i>Personalisierung als Zurückdrängung der Wahldimension der Freiheit</i>	196
1. Personalisierung als Angriff auf die liberale Dimension von generellen Regeln	196
2. Personalisierung als Angriff auf die liberale Dimension von Standards	198
a) Standards und externe Komplexität	198
b) Standards und Gesellschaftsideologie	199
c) Standards und Vermeidung von Proximität der staatlichen Regelung	200
3. Erstkonkretisierung von Standards im Verwaltungs- und Privatrechtsmodell	201
a) Das Verwaltungsrechtsmodell	201
b) Das Privatrechtsmodell	201
c) Die eigenständige Bedeutung der Erstkonkretisierung trotz richterlicher Kontrolle	203
aa) Substantielle Grenzen der richterlichen Kontrolle	204
bb) Institutionelle Grenzen der richterlichen Kontrolle	206
cc) Erstkonkretisierung als Partizipationsakt	208
dd) Erstkonkretisierung als Performationsakt	208
4. Personalisierung als Verdrängung des Privatrechtsmodells	209
a) Die Inkompatibilität von Verwaltungs- und Privatrechtsmodell	209
b) Dualismuseinwand und Einheit der primären Handlungspflichten	210
c) Law-as-Price-Einwand und <i>specific performance</i> des deutschen Verwaltungsrechtsmodells	211
d) Rahmenordnungseinwand und Verwaltungsrechtsmodell als Gebotsregime	212
III. <i>Probleme bei der Rechtfertigung des Eingriffs in den status activus</i>	214
1. Der absolute Wesensgehaltsschutz aus Art. 19 II GG (Verfassungsidentität)	215
a) Statischer Wesensgehaltsschutz (isolierte Betrachtung)	216
b) Dynamischer Wesensgehaltsschutz (kumulative Betrachtung)	217
2. Der relative Verhältnismäßigkeitsschutz (einfaches Verfassungsrecht)	219
a) Statischer Schutz (isolierte Betrachtung)	219
b) Dynamischer Schutz (kumulative Betrachtung)	220
3. Kumulative Belastungen, Wesensgehalt und Verhältnismäßigkeit	221

<i>IV. Folgeprobleme des Verwaltungsrechtsmodells</i>	223
1. Datenschutz durch das Privatrechtsmodell	223
2. Entanonymisierung und Stigmatisierung	225
3. Sanktionspräsenz und Architektur	228
<i>V. Implikationen für den Streit um die Eigenständigkeit des Privatrechts</i>	230
1. Privatrecht und Erkenntnis (erkenntnistheoretische Frage)	231
2. Privatrecht und Regulierung (normatives Programm)	231
3. Privatrecht und Freiheit (strukturelle Beobachtung)	233
§ 6 Gleichheitsrechtliche Analyse: Distribution und Diskriminierung	235
<i>I. Gleichheit, Freiheit und Leitbildbezug</i>	236
1. Reziproke Kausalität und Einheitlichkeit des Leitbilds von Freiheit und Gleichheit	237
2. Rechtsgleichheit als Teilbereich der gesellschaftlichen Gleichheit . .	238
<i>II. Leitbilder von Gleichheit im Privatrecht (Ungleichbehandlungen)</i> . .	240
1. Leitbilder von Gleichheit im Recht der Rechtsgeschäfte und Personalisierung	241
a) Quersubventionen I: Unterschiede im Wert der Leistung (des Rechts)	241
b) Quersubventionen II: Unterschiede im Wert der Gegenleistung (des Preises)	244
2. Leitbilder von Gleichheit im Deliktsrecht und Personalisierung . . .	245
<i>III. Gleichheitsvorgaben des Grundgesetzes (Rechtfertigungsmöglichkeiten)</i>	247
1. Leitbildkontrolle versus Kohärenzkontrolle	248
2. Die Leitbildkontrolle des Art. 3 III GG	250
a) Die Kontrollstruktur des Art. 3 III GG	250
b) Auslösung der besonderen Rechtfertigungsanforderungen	251
c) Rechtfertigungsprobleme	252
d) Abzulehnende Einschränkungstendenzen	254
aa) Das Auflösungsargument	255
bb) Das Besserstellungsargument	257
cc) Das Proxyargument	258
dd) Das Präferenzspiegelungsargument	260
3. Die Leitbildkontrolle des Art. 3 I GG	262

a) Die Kontrollstruktur des Art. 3 I GG	262
b) Personenbezogene Differenzierungen	263
c) Mittelbare Diskriminierung (<i>disparate impact</i>)	264
d) Präferenzspiegelung und Delegationsproblem	265
4. Die Leitbildkontrolle des Art. 19 II GG i. V. m. Art. 3 GG	267
§ 7 Institutionelle Analyse: Entparlamentarisierung, Entjudikativierung und Privatisierung	269
<i>I. Kollektive Freiheit und Gleichheit</i>	270
1. Kollektive Freiheit	270
2. Kollektive Gleichheit	271
<i>II. Algorithmische Personalisierung und Demokratieprinzip</i>	272
1. Ebene der allgemeinen Partizipation: Öffentlichkeitsproblem (Staatsvolk)	273
2. Ebene der Organkompetenz: Entparlamentarisierungsproblem	275
a) Entparlamentarisierung durch Kompetenzzug	275
b) Normative Einwände gegen ein „Algorithmusgesetz“	276
aa) Das Öffentlichkeitsproblem	276
bb) Das Allgemeinheitserfordernis des Art. 19 I 1 GG	276
3. Ebene der Verbandskompetenz: Entstaatlichungsproblem	280
4. Ebene der besonderen Partizipation: Determinationsproblem	280
<i>III. Algorithmische Personalisierung und Gewaltenteilung: Entjudikativierung</i>	281
1. Verwaltungsgerichtsbarkeit und Kontrollfunktion	282
a) Rückgang der Klagen gegen rechtswidrige staatliche Maßnahmen	282
b) Überforderung der Verwaltungsgerichte	284
2. Zivilgerichtsbarkeit und Rechtsfortbildungsfunktion	285
a) Administrative Pflichtendefinition <i>ex ante</i> statt judikativer Pflichtendefinition <i>ex post</i>	285
b) Möglichkeiten der Erhaltung der judikativen Pflichtendefinition <i>ex post</i> (Dualismuseinwand)	288
aa) Pflichtenebene	288
bb) Schutzzweckebene	291
<i>IV. Besonderheiten bei der Personalisierung durch Private</i>	292
1. Vier Modelle der Einbindung Privater in die personalisierte Rechtssetzung	292
2. Rechtstheoretische Erfassung des Vertragsmodells	296

3. Grundrechtliche Erfassung des Vertragsmodells	298
a) Die Freiheitssphäre der Personalisierer	299
b) Die Freiheitssphäre der Adressaten der Personalisierung	300
c) Grundrechtlicher Ausgleich der Freiheitssphären	301
§ 8 Systemische Analyse: Liberalismus und Mikrosozialismus	305
<i>I. Drei Arten des ökonomisch-liberalen Denkens im Recht</i>	<i>306</i>
1. Liberalismus I (<i>economics & law</i>)	307
a) Recht als Rahmenordnung	307
b) Freiheit: Autonome und individuelle Verwirklichung endogener Präferenzen	310
aa) Autonome Präferenzverwirklichung	311
bb) Individuelle Präferenzverwirklichung	311
cc) Endogenität von Präferenzen	312
c) Gleichheit: Formelles und individuelles Verständnis	313
2. Liberalismus II (<i>law & economics</i>)	313
a) Recht als Werteordnung	314
b) Freiheit: Autonome und kollektive Verwirklichung endogener Präferenzen	318
aa) Autonome Präferenzverwirklichung	318
bb) Kollektive Präferenzverwirklichung	318
cc) Endogenität von Präferenzen	319
c) Gleichheit: Formelles und kollektives Verständnis	321
3. Liberalismus III (<i>economic analysis of law</i>)	322
a) Recht als Kalkulationsordnung	322
b) Freiheit: Heteronome und individuelle Verwirklichung exogener Präferenzen	325
aa) Heteronome Präferenzverwirklichung	325
bb) Individuelle Präferenzverwirklichung	327
cc) Exogenität von Präferenzen	327
c) Gleichheit: Materielles Verständnis	328
<i>II. Der Liberalismus III des Personalisierungsprojekts</i>	<i>328</i>
1. Das Personalisierungsprojekt und Liberalismus III	328
a) Liberalismus III und neoklassisches Personalisierungsprojekt	329
b) Liberalismus III und verhaltensökonomisches Personalisierungsprojekt	329
2. Vom Liberalismus zum Mikrosozialismus	330
a) Sozialismus	330

b) Der Mikrosozialismus des neoklassischen Personalisierungsprojekts	331
c) Der Mikrosozialismus des verhaltensökonomischen Personalisierungsprojekts	333
<i>III. Der Liberalismus I und II des Grundgesetzes</i>	334
1. Liberalismus I (Rechtsstaat und Grundrechte)	334
a) Rechtsstaatlich-relatives Schutzkonzept	334
b) Freiheitlich-absolutes Schutzkonzept	336
2. Liberalismus II (Demokratie und Sozialstaat)	338
3. Ausgleich zwischen beiden Liberalismuskonzepten	339
4. Die Notwendigkeit einer Entscheidung des <i>pouvoir constituant</i>	342
 § 9 Schluss: Zusammenfassung in Thesenform	 345
 Summary	 369
Literaturverzeichnis	371
Sachverzeichnis	425

Abbildungen

Abbildung 1: Personalisierung des Erbrechts	72
Abbildung 2: Personalisierung des Vertragsrechts	76
Abbildung 3: Approximationsfehlerkostenfunktion $a(x)$	85
Abbildung 4: Regelproduktionskostenfunktion $r(x)$	86
Abbildung 5: Informationskostenfunktion $i(x)$, Unsicherheitskostensummenfunktion $u(x)$ und ihre Summenfunktion $i(x)+u(x)$	87
Abbildung 6: Personalisierung des Deliktsrechts	104
Abbildung 7: <i>Status activus</i> und <i>status effectus</i>	195
Abbildung 8: Quersubventionierungen bei der Personalisierung des Vertragsrechts	243
Abbildung 9: Mikrosozialismus	333

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. E.	am Ende
AA	Akademie-Ausgabe
ACM	Association for Computing Machinery
Admin. L. Rev.	Administrative Law Review
Advocates' Q.	Advocates' Quarterly
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AI	Artificial Intelligence
AKG	Archiv für Kulturgeschichte
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
Am. Econ. J.: Appl. Econ.	American Economic Journal: Applied Economics
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. L. & Econ. Rev.	American Law and Economics Review
Am. Psychol.	American Psychologist
Anm.	Anmerkung
Ann. Anat.	Annals of Anatomy
Ann. Rev. Psychol.	Annual Review of Psychology
Ann. Rev. Stat. Appl.	Annual Review of Statistics and Its Application
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis – Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ArchSozWiss	Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Auckl. U. L. Rev.	Auckland University Law Review
ausf.	ausführlich
Az.	Aktenzeichen
B.C.L. Rev.	Boston College Law Review
B.U. Pub. Int. L.J.	Boston University Public Interest Law Journal
Bad Homburg v.d.H.	Bad Homburg vor der Höhe
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauGB	Baugesetzbuch
BayBO	Bayerische Bauordnung
BayStrWG	Bayerisches Straßen- und Wegegesetz

BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
BeckOK	Beck'sche Online-Kommentare
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
Bell J. Econ.	Bell Journal of Economics
Berkeley Tech. L.J.	Berkeley Technology Law Journal
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bing NC	Bingham's New Cases
BISE	Business & Information Systems Engineering
Buff. L. Rev.	Buffalo Law Review
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
Bus. Econ.	Business Economics (The Journal of the National Association for Business Economics)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BWahlG	Bundeswahlgesetz
bzgl.	bezüglich
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Case W. Re. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review
Cato J.	Cato Journal
CCPA	California Consumer Privacy Act
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
Cir.	Circuit
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Common Mark. L. Rev.	Common Market Law Review
Comp. Polit.	Comparative Politics
Const. Comment.	Constitutional Commentary
Cornell Int'l L.J.	Cornell International Law Journal
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CP	common pleas
Crim. & Just.	Crime & Justice
CRR-VO	Capital Requirements Regulation Verordnung (Verordnung [EU] NR. 575/2013)
darst.	darstellend
DASH	Digital Access to Scholarship at Harvard
Democracy	Democracy: A Journal of Ideas
dems.	demselben
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Dig. L.J.	Digital Law Journal
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DSRITB	Deutsche Stiftung für Recht und Informatik Tagungsband
Duke L. & Tech. Rev.	Duke Law & Technology Review
Duke L.J.	Duke Law Journal
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt

Econ. & Philos.	Economics and Philosophy
Econ. Journal	The Economic Journal
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
Einl. SachenR	Einleitung zum Sachenrecht
Eng.	England
ER	Elisabeth Regina
Erasmus L. Rev.	Erasmus Law Review
ERCL	European Review of Contract Law
ErfKomm	Erfurter Kommentar
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
Eur. Compet. L. Rev.	European Competition Law Review
Eur. Econ. Rev.	European Economic Review
Eur. J. Soc. Theory	European Journal of Social Theory
Eur. J.L. & Econ.	European Journal of Law and Economics
Eur. L.J.	European Law Journal
Eur. Rev. Priv. L.	European Review of Private Law
EUVR	Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht – Journal of European Consumer and Market Law
f.	folgend
F.	West's Federal Reporter
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAT 2019	Proceedings of the 2019 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency
Fed. Sent. R.	Federal Sentencing Reporter
ff.	folgende
Finanzdienstleistungs- Fernabsatz-RL	Finanzdienstleistungsfernabsatzrichtlinie (Richtlinie 2002/65/EG)
Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
Fn.	Fußnote
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.	George Washington Journal of International Law and Economics
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GMS	Grundlegung zur Metaphysik der Sitten
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GRCh	Grundrechte-Charta
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. M.	herrschende Meinung

Harv. Bus. Rev.	Harvard Business Review
Harv. Int. L.J.	Harvard International Law Journal
Harv. J.L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law and Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings L.J.	Hastings Law Journal
Hist. Polit. Econ.	History of Political Economy
Hrsg.	Herausgeber
Hum. Nat.	Human Nature
Human Rights Comm.	Human Rights Commission
i. e. S.	im engeren Sinn
i. w. S.	im weiteren Sinn
IEEE	Institute of Electrical and Electronics Engineering
IfSG	Infektionsschutzgesetz
IJICL	Indonesian Journal of International & Comparative Law
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
Inj. Prev.	Injury Prevention
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
Int. J. Ethics	International Journal of Ethics
Int'l & Comp. L.Q.	International & Comparative Law Quarterly
Int'l J. Forecast.	International Journal of Forecasting
Issues Leg. Scholarsh.	Issues in Legal Scholarship
ISTAS	The Institute of Electrical and Electronics Engineering (IEEE) International Symposium on Technology and Society
J. Bus. Ethics	Journal of Business Ethics
J. Bus. Res.	Journal of Business Research
J. Econ. Behav. & Organ.	Journal of Economic Behavior & Organization
J. Econ. Issues	Journal of Economic Issues
J. Econ. Methodol.	Journal of Economic Methodology
J. Econom.	Journal of Econometrics
J. Empir. Leg. Stud.	Journal of Empirical Legal Studies
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
J. Mark. Res.	Journal of Marketing Research
J. Pers. & Soc. Psychol. Monogr. Suppl.	Journal of Personality and Social Psychology Monograph Supplement
J. Pers.	Journal of Personality
J. Philos.	Journal of Philosophy
J. Polit. Econ.	Journal of Political Economy
J. Political Philos.	Journal of Political Philosophy
J. Public Econ.	Journal of Public Economics
J. Risk Insur.	Journal of Risk and Insurance
J. Risk Uncertain.	Journal of Risk and Uncertainty
J. Tech. L. & Pol'y	Journal of Technology Law & Policy
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J.L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics, and Organization
J.L. Med. & Ethics	Journal of Law, Medicine & Ethics
JA	Juristische Arbeitsblätter

JBCS	Journal of Business Case Studies
JEL	Journal of Economic Literature
JEP	Journal of Economic Perspectives
Jerus. Rev. Leg. Stud.	Jerusalem Review of Legal Studies
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics/ Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
JjZRW	Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft
JLEP	Journal of Law, Economics and Policy
JLS	The Journal of Libertarian Studies
JSE	Jura, Studium & Examen
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
KI	Künstliche Intelligenz
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KWG	Kreditwesengesetz
L. & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
L. & Hist. Rev.	Law and History Review
La. L. Rev.	Louisiana Law Review
Law & Soc'y Rev.	Law & Society Review
Law Libr. J.	Law Library Journal
LDR	Law and Development Review
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
lit.	littera
Log. et Anal.	Logique et Analyse
Loy. L.A. L. Rev.	Loyola of Los Angeles Law Review
LR Ex	Law Reports, Exchequer Cases
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Maastricht J. Eur. & Comp. L.	Maastricht Journal of European and Comparative Law
Masaryk U.J.L. & Tech.	Masaryk University Journal of Law and Technology
McGill L.J.	McGill Law Journal
Mich. App.	Michigan Court of Appeals
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Mich. St. L. Rev.	Michigan State Law Review
MiFID II	Markets in Financial Instruments Directive II/Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (Richtlinie 2014/65/EU)
Minn.	Minnesota
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Minn. S.C.	Minnesota Supreme Court
MM	MieterMagazin
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
Mot.	Motive
MR-Int	Medien und Recht International (MR-Int)
MS	Metaphysik der Sitten

MünchKomm	Münchener Kommentar
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
N.E.	North Eastern Reporter
N.W.	North Wester Reporter
N.Y.	New York
N.Y.U. J.L. & Liberty	New York University Journal of Law & Liberty
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
Nachw.	Nachweise
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y	Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungs-Report
NVZ	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
Nw. J. Tech. & Intell. Prop.	Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
öJBL	Österreichische Juristische Blätter
OLG	Oberlandesgericht
Or. L. Rev.	Oregon Law Review
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
PAS	Proceedings of the Aristotelian Society
Pepp. L. Rev.	Pepperdine Law Review
Pers. Individ. Differ.	Personality & Individual Differences
Pers. Ubiquitous Comput.	Personal and Ubiquitous Computing
Perspect. Psychol. Sci.	Perspectives on Psychological Science
Philos. Issues	Philosophical Issues
Philos. Public Aff.	Philosophy & Public Affairs
Philos. Rev.	The Philosophical Review
Philos. Trans. R. Soc.	Philosophical Transaction of the Royal Society of London
PMLR	Proceedings of Machine Learning Research
PNAS	Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States
Politics Philos. Econ.	Politics, Philosophy & Economics
PolR	Polizeirecht
Proc. Br. Acad.	Proceedings of the British Academy
Proc. Int. Conf. WWW	Proceedings of the 26 th International Conference on World Wide Web

Prot.	Protokolle
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
Psychol. Bull.	Psychological Bulletin
Psychol. Pub. Pol'y & L.	Psychology, Public Policy and Law
Psychol. Rev.	Psychological Review
Psychol. Sci.	Psychological Science
Pub. Admin.	Public Administration
PVS	Politische Vierteljahresschrift Sonderhefte
Q. J. Econ.	The Quarterly Journal of Economics
Queen Mary L.J.	Queen Mary Law Journal
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAND J. Econ.	RAND Journal of Economics
RAND	Research and Development
RdA	Recht der Arbeit
Real Prop. Tr. & Est. L.J.	Real Property, Trust & Estate Law Journal
Rech. Econ. Louvain	Recherches Économiques de Louvain
Reg. & Gov.	Regulation & Governance
Rev. Austrian Econ.	Review of Austrian Economics
Rev. hist. fac. droit sci. jurid.	Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique
Rev. Soc. Econ.	Review of Social Economy
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RW	Rechtswissenschaft – Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
S. Cal. Interdisc. L.J.	Southern California Interdisciplinary Law Journal
S.	Seite
SEA	Schadensersatzanspruch
Secur. Dialogue	Security Dialogue
SMU L. Rev.	Southern Methodist University Law Review
Soc. Choice Welf.	Social Choice and Welfare
sog.	sogenannte/r
SRC	Supreme Court Reports (Canada)
ST&HV	Science, Technology, & Human Values
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Statut. L. Rev.	Statute Law Review
StPO	Strafprozessordnung
StudZR	Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg
Syracuse L. Rev.	Syracuse Law Review
Theoretical Inq. L.	Theoretical Inquiries in Law
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
Tulsa L. Rev.	Tulsa Law Review
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Chi. L. Rev. Online	University of Chicago Law Review Online

U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Tol. L. Rev.	University of Toledo Law Review
u. a.	und andere/r
U.C. Davis L. Rev.	University of California at Davis Law Review
U.C.C.	Uniform Commercial Code
U.S.	United States Reports
UCLA	University of California, Los Angeles
UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.	UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
US	United States
urspr.	ursprünglich
Urt. v.	Urteil vom
USA	United States of America
Utah L. Rev.	Utah Law Review
v.	versus (bei Zitat von Fällen)
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Var.	Variante
Verbrauchercredit-RL	Verbraucherkreditrichtlinie (Richtlinie 2008/48/EG)
VerbrRRL	Verbraucherrechterichtlinie (Richtlinie 2011/83/EU)
VerfBlog	Verfassungsblog
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkung
vs.	versus (im Text)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WI	Wirtschaftsinformatik
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
Wm. & Mary L. Rev.	William & Mary Law Review
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
Yale J. Int'l L.	Yale Journal of International Law
Yale J.L. & Tech.	Yale Journal of Law and Technology
Yale Law Journal	Yale L.J.
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

zit.	zitiert
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
zw.	zweifelhaft

Einleitung: Das Personalisierungsprojekt

Für den Einzelfall passende Regelungen lassen sich auf zwei Arten erzielen: durch *autonome* Rechtssetzung und durch personalisierte *heteronome* Rechtssetzung. Kraft seiner Autonomie entscheidet das Individuum selbst über die vertraglichen Bindungen, die es eingeht, und die Handlungen, die es vornimmt.¹ Die so geschaffenen Regelungen sind bereits deshalb maximal personalisiert, weil sie Selbstgesetzgebung sind. Heteronomes Recht ist für andere gesetztes Recht. Der Grad an Personalisierung heteronomes Rechts folgt also nicht schon aus der Beteiligung des betroffenen Individuums am Rechtssetzungsakt. Vielmehr ergibt er sich aus den Anwendungsbedingungen der heteronomen Regelung. Die Personalisierung des heteronomes Rechts lässt sich somit definieren als die Zunahme der Anzahl an Faktoren, die bei der rechtlichen Beurteilung einer Handlung berücksichtigt werden müssen (*Personalisierung im weiteren Sinne*). Am Ende dieses Prozesses steht die auf das einzelne Individuum zugeschnittene Regelung (*Personalisierung im engeren Sinne* oder *hyper-tailoring*²). Ist in dieser Arbeit ohne Spezifikation von Personalisierung die Rede, ist Personalisierung im weiteren Sinne gemeint.

Alle Legitimationsaspekte heteronomes Rechts lassen sich auf den ersten Blick durch Personalisierung optimieren. Das gilt zunächst für dispositive Vorschriften, die nach der Theorie des vollständigen Vertrages (*complete contingent contract*) darauf abzielen, die Individuen zu entlasten und potentielle Selbstgesetzgebung im Rahmen einer Serviceleistung zu antizipieren³: Ein personalisiertes dispositives

¹ Zu Autonomie und Selbstgesetzgebung vgl. *Kant*, *GMS*, AA 4, 385, 341 f., 433, 440. Zur vertraglichen Bindung als Ausfluss der Souveränität *Jellinek*, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, 1882, S. 23.

² Vgl. *Bender*, *ERCL* 16 (2020), 366, 370 (Fn. 4), 372 f.

³ Vgl. *Schwartz*, *Yale L.J.* 97 (1988), 353, 361; *Porat/Strahilevitz*, *Mich. L. Rev.* 112 (2014), 1417, 1425 f.; *Grigoleit*, *Mandatory Law*, SSRN 2011, S. 2; *Schmidt-Kessel*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 32015, 373, 385 (Rn. 26); *Shavell*, *Bell J. Econ.* 11 (1980), 466, 466 f.; *Cziupka*, *Dispositives Vertragsrecht*, 2010, S. 291 ff., 339 ff.; *Möslein*, *Dispositives Recht*, 2011, S. 91 ff.; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 62020, S. 426; *Tobisch*, *Dispositives Recht und Grundgesetz*, 2021 S. 141–143.

Recht, das sich nicht an einem *typischen* Parteiwillen, sondern an den *individuellen* Präferenzen der Vertragsparteien orientiert, perfektioniert gewissermaßen den Service, der in der Bereitstellung von Normen liegt, die die Parteien entlasten sollen. Das gilt aber auch für das zwingende Recht, das sich entweder über den Schutz des Individuums vor sich selbst (kurz: Paternalismus) oder über die Vermeidung negativer und die Förderung positiver Externalitäten (kurz: Internalisierung von Externalitäten)⁴ rechtfertigen lässt. Ökonomisch gesprochen ließen sich durch die Feinsteuerung der *cost-benefit-analysis* Wohlstandsgewinne erzielen.⁵ Verfassungsrechtlich gesprochen könnte der im Erlass einer zwingenden Norm liegende Eingriff in die Freiheitssphäre auf das gerade noch Erforderliche beschränkt und die *over-* und *underinclusiveness* von Normen reduziert werden.⁶

Bisher waren aber einer umfassenden Personalisierung *ex ante*, also durch Gesetz im Vorfeld der Handlungssituation des Individuums, Grenzen gesetzt, die sich aus einem doppelten Informationsproblem ergaben: Den Rechtssetzern fehlte die notwendige Information für eine im eigentlichen Sinne, also vollkommen, personalisierte Regelung und die Rechtsunterworfenen wären angesichts der beschränkten menschlichen Informationsverarbeitungskapazitäten durch diese personalisierte Rechtssetzung überfordert gewesen.⁷ Zumindest die Personalisierung im engeren Sinne erschien vor diesem Hintergrund als unerreichbares Desiderat.

⁴ Vgl. nur *Ayres/Gertner*, Yale L.J. 99 (1989), 87, 88 f.; *Wagner*, ZEuP 2010, 243, 257; *Bernardo/Schwartz/Welch*, J.L. Econ. & Org. 32 (2016), 395, passim, insb. 396. Genau genommen kann das Externalitätenproblem auch durch eine Zustimmungserfordernis der betroffenen Individuen gelöst werden. Der zwingende Charakter ist dann angesichts der Vielzahl der betroffenen Individuen bisweilen nur faktischer Natur (vgl. etwa *Hellgardt*, Regulierung, 2016, S. 74 [Fn. 344 m. w. N.], S. 549 [Fn. 159]; *Calabresi/Melamed*, Harv. L. Rev. 85 [1972], 1089, 1106; *Dari-Mattiacci*, J. Leg. Stud. 38 [2009], 21, 22). Das zeigt sich besonders deutlich an den deliktsrechtlichen Sorgfaltspflichten, die oft als zwingend bezeichnet werden (etwa *Hacker*, Eur. Rev. Priv. L. 25 [2017], 651, 666 [Rn. 22, Table 1]), die aber ausnahmsweise dann, wenn die Zustimmung aller Betroffenen möglich ist, auch abbedungen werden können, vgl. BGH NJW 1982, 1144, 1144 f. (Badeanstalt); OLG Bamberg NJW 1984, 929, 930 (Autowaschanlage); OLG Karlsruhe VersR 1975, 381 (Trimm-dich-Pfad); OLG München VersR 1974, 200 (Schwimmbad). Dazu MünchKomm – *Grundmann*, BGB, 92022, § 276 Rn. 183.

⁵ Für deliktische Sorgfaltspflichten vgl. *Ben-Shahar/Porat*, N.Y.U. L. Rev. 91 (2016), 627. Für das zwingende Vertragsrecht vgl. *dies.*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 255.

⁶ Zu *over-* und *underinclusiveness* allg. *Tussman/tenBroek*, Cal. L. Rev. 37 (1949), 341, 348–351; *Schauer*, *Playing by the Rules*, 1991, S. 31–34; *ders.*, Harv. J.L. & Pub. Pol’y 14 (1991), 645, 685; *Ehrlich/Posner*, J. Leg. Stud. 3 (1974), 257, 268 ff. Aus dem Personalisierungsdiskurs vgl. *Porat/Strahilevitz*, Mich. L. Rev. 112 (2014), 1417, 1454; *Hacker*, Eur. Rev. Priv. L. 25 (2017), 651, 658 (Rn. 10); *Ben-Shahar/Porat*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 255, 262; *Bender*, ERCL 16 (2020), 366, 403, 405.

⁷ *Ben-Shahar/Porat*, *Personalized Law*, 2021, S. 201 f.; *Busch*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 309, 314. Für das dispositive Recht ausf. *Schwartz/Scott*, Va. L. Rev. 102 (2016), 1523, 1556 f.

Es überrascht somit nicht, dass mit der Annahme, technischer Fortschritt werde das beschriebene Informationsproblem lösen, auch die Personalisierung des heteronomen Rechts an Attraktivität gewinnt. Wenn es die algorithmische Auswertung großer Datensätze (*Big Data*) ermöglicht⁸, Werbung und Preise zu personalisieren⁹ – warum sollte Personalisierung dann nicht auch für rechtliche Regelungen möglich sein? Und wenn es moderne Kommunikationstechnologien (*Big Link*) ermöglichen, jedes Rechtssubjekt nahezu permanent zu erreichen¹⁰ – warum sollten nicht auch Rechtsnormen unter Nutzung dieser Technologien publik gemacht werden?¹¹ Bei alledem scheinen *ex ante* personalisierte Verhaltensvorgaben die Vorteile von Regeln (bestimmten Rechtsbegriffen) und Standards (unbestimmten Rechtsbegriffen) zu kombinieren, indem sie die Feinsteuerung erlauben, die bisher nur über Standards im Wege der richterlichen Konkretisierung *ex post* um den Preis erhöhter Rechtsunsicherheit möglich war.¹²

Gerade im rechtsökonomischen Bereich wurden diese Erwägungen aufgegriffen und die datenbasierte Personalisierung in Bezug auf nahezu alle Rechtsbereiche und Rechtsinstitute als Chance gesehen – vom dispositiven Recht¹³ und dessen Abänderungsregeln (*altering rules*)¹⁴ über den deliktischen Sorgfaltsstandard¹⁵ bis hin zum zwingenden Vertragsrecht¹⁶ und zu Informationspflichten¹⁷,

⁸ Dazu *Casey/Niblett*, Ind. L.J. 92 (2017), 1401, 1403 f.; *Grigoleit/Bender*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Personalized Law*, 2021, S. 115, 118 (Rn. 11).

⁹ Allgemein zu der von ihr als Überwachungskapitalismus beschriebenen Wirtschaftsordnung, die der Personalisierung von Werbung und Preisen zugrunde liegt, *Zuboff*, *Surveillance Capitalism*, 2019 (mit prägnanter Zusammenfassung auf S. 93–97). Vgl. auch *Lev-Aretz*, MR-Int 15 (2018), 68.

¹⁰ Dazu *Casey/Niblett*, Ind. L.J. 92 (2017), 1401, 1404; *Grigoleit/Bender*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Personalized Law*, 2021, S. 115, 115 f. (Rn. 1 f.), 118 (Rn. 11).

¹¹ Ausdrücklich *Ben-Shahar/Porat*, *Personalized Law*, 2021, S. 90. Ferner *Mayson*, U. Chi. L. Rev. Online 2022 (unter I.C.).

¹² Vgl. *Casey/Niblett*, Ind. L.J. 92 (2017), 1401 (vor diesem Hintergrund „the death of rules and standards“ vorhersagend). Prägnant darst. *Auer*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Personalized Law*, 2021, S. 137, 137 f. (Rn. 2) mit eingehender Kritik auf S. 151–154 (Rn. 38–44). Ausf. unter § 2.

¹³ *Sunstein*, U. Pa. L. Rev. 162 (2013), 1, 48 ff.; *Porat/Strahilevitz*, Mich. L. Rev. 112 (2014), 1417, 1470 ff.

¹⁴ *Hacker*, Eur. Rev. Priv. L. 25 (2017), 651, 671 ff. (Rn. 27 ff.) Zum Begriff der *altering rule* grundlegend *Ayres*, Yale L.J. 121 (2012), 2032, 2036.

¹⁵ *Ben-Shahar/Porat*, N.Y.U. L. Rev. 91 (2016), 627. Ferner *Mayer*, U. Chi. L. Rev. Online 2022; *Sharkey*, U. Chi. L. Rev. Online 2022 (insb. auch die Personalisierung der Schadensbemessung in den Blick nehmend).

¹⁶ *Ben-Shahar/Porat*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 255.

¹⁷ *Busch*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 309; *ders.*, in: Twigg-Flesner (Hrsg.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, 2019, S. 221; *Porat/Strahilevitz*, Mich. L. Rev. 112 (2014), 1417, 1470 ff. Vgl. auch bereits *Thaler/Tucker*, Harv. Bus. Rev. 91 (2013), 44.

von Regulierungsfragen¹⁸ über das Immaterialgüterrecht¹⁹ und das Wahlrecht²⁰ bis hin zum Strafrecht²¹. Zum Teil wird die (revolutionäre²²) Umgestaltung des gesamten Rechtssystems gefordert.²³ Für diese Diskursbeiträge, die auf der Grundlage neuer Technologien für eine Personalisierung des Rechts im Sinne des *hyper-tailoring* plädieren (*datenbasierte* oder *algorithmische Personalisierung*)²⁴, wird im Folgenden der Begriff des *Personalisierungsprojekts*²⁵ verwendet. Der Projektbegriff erscheint passend, weil die Personalisierung als ein gemeinsames Ziel ausgehend von geteilten Prämissen (neue technische Möglichkeiten lösen das Informationsproblem) und Methoden (ökonomische Analyse) über Veröffentlichungen und Konferenzen²⁶, aber ohne institutionelle Verfesti-

¹⁸ *Barr/Mullainathan/Shafir*, in: Moss/Cisternino (Hrsg.), *New Perspectives on Regulation*, 2009, S. 25, 41 ff. (insb. 43); *Fennell*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 433; *Sunstein*, U. Pa. L. Rev. 162 (2013), 1.

¹⁹ *Burk*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 283; *Libson/Parchomovsky*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 527.

²⁰ Vgl. etwa *Kordi*, U. Chi. L. Rev. Online 2022; *Ben-Shahar/Porat*, *Personalized Law*, 2021, S. 102 f. Die generelle Personalisierung von verfassungsmäßig garantierten Freiheitsrechten wird hingegen kritisch gesehen, vgl. *Barak-Corren*, U. Chi. L. Rev. Online 2022 (unter I.), und zwar auch von Vertretern des Personalisierungsprojekts, vgl. *Ben-Shahar/Porat*, *Personalized Law*, 2021, S. 103 f.

²¹ *Denno*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 539; *Kugler/Strahilevitz*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 489; *Davidson*, U. Chi. L. Rev. Online 2022. Ferner jenseits des klassischen Personalisierungsdiskurses mit Blick auf Kriminalprognosen *Sommerer*, *Predictive Policing*, 2020 (aus einer krit. Perspektive).

²² So darst. *Grigoleit/Bender*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Personalized Law*, 2021, S. 115, 121 (Rn. 20 f.).

²³ Vgl. *Casey/Niblett*, *Ind. L.J.* 92 (2017), 1401; *Casey/Niblett*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 333. Krit. darst. *Grigoleit/Bender*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Personalized Law*, 2021, S. 115, 121 (Rn. 20 f.), 131 ff. (Rn. 54 ff.) Für eine systemische Betrachtung vgl. auch *Robinson*, *Auckl. U. L. Rev.* 23 (2017), 293. Ferner *Scholz*, U. Chi. L. Rev. Online 2022 (für ein als „Cyborg Law“ bezeichnetes System personalisierten Rechts, das menschliche und maschinelle Komponenten im Rahmen der Rechtserzeugung kombiniert).

²⁴ Zu den technischen Grundlagen und ihrer rechtstheoretischen und dogmatischen Erfassung unter § 2 (S. 39–64).

²⁵ Mit dieser Begrifflichkeit bereits *Grigoleit/Bender*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Personalized Law*, 2021, S. 115, 136 (Rn. 69); *Bender*, *ERCL* 16 (2020), 366, 394 („personalization project“); *ders.*, *JjZRW* 2020, S. 33, 34 („Projekt der Personalisierung“), 35 („Personalisierungsprojekt“).

²⁶ Zu nennen sind: die Konferenz „*Granular*“ *Legal Norms: The End of Typification?* (22.–24.3.2017), die von *Christoph Busch* und *Alberto De Franceschi* organisiert wurde und deren Beiträge im Tagungsband *Busch/De Franceschi* (Hrsg.), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, 2021, veröffentlicht wurden; das *Symposium on Personalized Law* (27.–28.4.2018), das von *Omri Ben-Shahar*, *Anthony Casey*, *Ariel Porat*, *Lior Strahilevitz* und der U. Chi. L. Rev. organisiert wurde und dessen Beiträge in U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 217–609 (Issue 2) veröffentlicht wurden; das *Book Event on Personalized Law: Different Rules for Different People* (12.–13.11.2021), das wiederum von der U. Chi. L. Rev. organisiert wurde

gung, verfolgt wird.²⁷ Je nach methodischem Ansatz lässt sich ein neoklassisches und ein verhaltensökonomisches Personalisierungsprojekt unterscheiden: Das *neoklassische* Personalisierungsprojekt strebt die Personalisierung des Rechts nach den *Präferenzen* der Individuen mit dem Ziel der *Effizienz* an.²⁸ Dem *verhaltensökonomischen* Personalisierungsprojekt geht es um die Personalisierung des Rechts nach *Rationalitätsgraden* mit dem Ziel des *Paternalismus*.²⁹

Es finden sich allerdings zunehmend kritische Stimmen im Diskurs.³⁰ Zu diesen Stimmen ist auch diese Arbeit zu zählen. Ihr Ziel ist es, die theoretischen Grundlagen und Prämissen des Personalisierungsprojekts mit einem Fokus auf das Privatrecht herauszuarbeiten und normative Grenzen der Personalisierung aufzuzeigen. Es geht darum, Aussagen über die Personalisierung im weiteren Sinne zu treffen, die unter Betrachtung ihrer Extremform, der Personalisierung im engeren Sinne, erarbeitet werden. Ein zentrales Analyseergebnis betrifft den Zusammenhang zwischen autonomer und heteronomer Rechtssetzung: Die zunehmende Personalisierung des *heteronomen* Rechts schränkt die Personalisierung durch *autonome* Rechtssetzung ein.

Im verbleibenden Text der Einleitung werden zunächst die dieser Arbeit zugrunde liegenden Begrifflichkeiten weiter konkretisiert (I). Sodann folgen einige historische Tendenzaussagen (II), ehe das Erkenntnisinteresse dieser Arbeit

und dessen Beiträge als Blog-Posts in U. Chi. L. Rev. Online (<https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09/bp-series/#evaluate-personalized-law> [geprüft am 31.3.2023]) veröffentlicht wurden.

²⁷ Zum Projektbegriff, vgl. etwa *Möller/Dörrenberg*, Projektmanagement, 2003, S. 3 f.

²⁸ Dazu unter § 3 (S. 65 ff.).

²⁹ Dazu unter § 4 (S. 133 ff.).

³⁰ Etwa *Wagner/Eidenmüller*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 581 (das Personalisierungsprojekt auf der Grundlage verschiedener verhaltenspsychologischer Effekte kritisierend); *Elkin-Koren/Gal*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 403 (aus marktwirtschaftlicher Perspektive zu potentiellen negativen Anreizen infolge Datenverwendung); *Auer*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Personalized Law*, 2021, S. 137 (insb. krit. aus einer philosophischen und rechtstheoretischen Perspektive); *Denozza/Maugeri*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Personalized Law*, 2021, S. 172 (ähnlich ideengeschichtlich krit. mit einem Schwerpunkt auf ökonomischem Denken); *Barry/Hatfield/Kominers*, Wm. & Mary L. Rev. 62 (2021), 723 (das durch strategisches Verhalten, Datenschutzgesichtspunkte und Transparenzanforderungen verstärkte staatliche Informationsdefizit hervorhebend); *Klass*, U. Chi. L. Rev. Online 2022 (die fehlende Transparenz kritisierend); *Salib*, U. Chi. L. Rev. Online 2022 (auf Diskriminierung und fehlende Verständlichkeit abstellend); *Barak-Corren*, U. Chi. L. Rev. Online 2022 (unter II.) (die mit der Personalisierung verbundene Einschränkung der Autonomie betonend); *Eidenmüller*, U. Chi. L. Rev. Online 2022 (zu potentiell totalitären Konsequenzen); *Grigoleit/Bender*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Personalized Law*, 2021, S. 115; *Bender*, ERCL 16 (2020), 366; *ders.*, JjZRW 2020, S. 33 (jeweils aus rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Perspektive). Ferner auch *Poludniak-Gierz*, Queen Mary L.J. 2017, 25; *dies.*, Masaryk U.J.L. & Tech. 13 (2019), 161; *Misostishkhov*, Dig. L.J. 1 (2020), 56.

jenseits des Personalisierungsprojekts (III.) und jenseits einer konkreten Rechtsordnung (IV.) umrissen und der Gang der Untersuchung (V.) dargestellt wird.

I. Der Begriff der Personalisierung

Ziel dieses Abschnitts ist es, die bereits eingeführte Definition des Begriffs der Personalisierung zu präzisieren und die spezifische Terminologie („Personalisierung“) zu erläutern, mit der das definierte Phänomen beschrieben wird.

1. Der Begriff der Personalisierung I: Definition

Die Personalisierung des Rechts im weiteren Sinne wurde definiert als die Zunahme der Anzahl an Faktoren, die bei der rechtlichen Beurteilung einer Handlung berücksichtigt werden müssen, während Personalisierung im engeren Sinne als die Extremform dieses Prozesses beschrieben wurde, bei der diese Faktoren die Identifikation eines bestimmten Individuums erlauben. An dieser Stelle soll klargestellt werden, dass die den Anwendungsbereich einer Vorschrift bestimmenden Faktoren sowohl sachlicher als auch persönlicher Art sein können:

Die zusätzlichen Faktoren können persönlicher Art sein und sich auf die individuellen Eigenschaften und Fähigkeiten einer Person beziehen (*personenbezogene Personalisierung*).³¹ Insofern, als die deliktischen Verkehrspflichten nicht nur nach den äußeren Umständen, sondern auch nach Eigenschaften (Schvermögen) oder Fähigkeiten (Sonderwissen) differenzieren, liegt eine personenbezogene Personalisierung vor.³² Im Vertragsrecht lässt sich an die Differenzierung zwischen Verbrauchern und Unternehmern³³ oder zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten denken. Auch die Geschäftsfähigkeit (§§ 2, 106 BGB) kann als eine krude Form der an das Alter anknüpfenden Personalisierung verstanden werden, die allerdings weniger weit geht als die Personalisierung der Deliktsfähigkeit entsprechend der auf verschiedenen Faktoren beruhenden Einsichtsfähigkeit (§ 828 III BGB).³⁴ Auf diesen personenbezogenen Personalisierungen liegt der Schwerpunkt des Personalisierungsprojekts.

Die zusätzlichen Faktoren können jedoch auch sachlicher Art sein und sich auf die äußeren Umstände des konkreten Sachverhalts, also den Kontext, bezie-

³¹ Dies entspricht in etwa dem, was *Ben-Shahar/Porat*, *Personalized Law*, 2021, S. 23–27 als *personalization* nach *internal personal differences* bezeichnen.

³² Zur Frage der Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabs ausf. unter § 3 (S. 101–119).

³³ Zum Beispiel des Verbraucherrechts als Symptom der Auflösung des generellen Rechts auch sogleich bei Fn. 37.

³⁴ Vgl. *Canaris*, *JZ* 1990, 679, 680.

hen (*sachbezogene Personalisierung*).³⁵ In diesem Sinne sind etwa die deliktischen Verkehrspflichten weitgehend personalisiert, weil sich die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nach den konkreten Umständen des Einzelfalles (etwa den Witterungsverhältnissen) beurteilt.³⁶ Gleiches gilt im vertraglichen Bereich für die sich immer weiter ausdifferenzierenden Vertragstypen: Ein Recht, das den Bauvertrag (§§ 650a ff. BGB) und die Subkategorie des Verbraucherbauvertrages (§§ 650i ff. BGB)³⁷ vom allgemeinen Werkvertrag (631 ff. BGB) unterscheidet, ist personalisierter als ein Recht, das nur einen Vertragstyp kennt.

Auch die sachbezogenen Personalisierungen werden von dem hier maßgeblichen, weiten Personalisierungsbegriff (als Oberbegriff für sach- und personenbezogene Unterscheidungen) erfasst. Damit kommt zum einen zum Ausdruck, dass es in letzter Konsequenz immer darum geht, Individuen unterschiedlich zu behandeln³⁸: Auch die sachbezogene Personalisierung zielt auf die Differenzierung zwischen dem Schönwetterfahrer und dem Schlechtwetterfahrer oder dem Besteller einer allgemeinen Werkleistung und dem Besteller einer Bauleistung ab. Zum anderen lassen sich sachbezogene Unterscheidungen von vertraglichen Rechten zumindest dann, wenn diese Rechte als staatliche Serviceleistung verstanden werden, auf einer Metaebene über den hypothetischen Willen der Vertragsparteien (also ein personenbezogenes Unterscheidungsmerkmal) rechtfertigen.³⁹ Bei diesem Rechtsverständnis erscheint die sachbezogene Personalisierung als Konkretisierung einer personenbezogenen Personalisierung – sachbezogene Anknüpfungspunkte spiegeln die unterschiedlichen personenbezogenen Präferenzen rationaler Individuen.

2. Der Begriff der Personalisierung II: Terminologie

Die bisherigen Diskursbeiträge bezeichnen das soeben beschriebene Phänomen überwiegend mit dem Begriff der Personalisierung (*personalization*).⁴⁰ Schon deshalb soll dieser Begriff hier beibehalten werden.

³⁵ Dies entspricht in etwa dem, was *Ben-Shahar/Porat*, *Personalized Law*, 2021, S. 20–23 als *contextualization* entsprechend dem *external environment* bezeichnen. Auch *Mayson*, *U. Chi. L. Rev. Online* 2022 (unter II.A.) bezieht *circumstances* in den Personalisierungsbegriff ein.

³⁶ Zum Bezug zur konkreten Handlungssituation vgl. MünchKomm – *Wagner*, BGB, § 2020, § 823 Rn. 38. Im Personalisierungsdiskurs vgl. *Grigoleit/Bender*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Personalized Law*, 2021, S. 115, 124 (Rn. 30).

³⁷ Zu diesen Neuregelungen *Omlor*, NJW 2018, 817; *Bauer/Bender*, JuS 2020, 585.

³⁸ Ähnlich *Martini*, Art. 3 Abs. 1 GG als Prinzip absoluter Rechtsgleichheit, 1997, S. 140 ff.

³⁹ Zu diesem Verständnis des dispositiven Rechts (Theorie des vollständigen Vertrages) bereits auf S. 1 (Fn. 3).

⁴⁰ Vgl. die grundlegenden US-amerikanischen Beiträge von *Sunstein*, *U. Pa. L. Rev.* 162 (2013), 1, 48–55, *Porat/Strahilevitz*, *Mich. L. Rev.* 112 (2014), 1417; *Ben-Shahar/Porat*, *N.Y.U.*

Der Personalisierungsbegriff ist darüber hinaus im wirtschaftlichen Kontext des Marketings gebräuchlich. Produkte (*customization*), Preise (*personalized pricing*) und Werbung (*targeted advertising*) werden hier über datenbasierte Techniken (*consumer analytics*) „personalisiert“.⁴¹ Die Verwendung des Begriffs der Personalisierung im rechtlichen Kontext ist somit auch deshalb sinnvoll, weil es um die gleichen Technologien geht und die kommerzielle Personalisierung von Produkten, Preisen und Werbung in gewisser Weise für die rechtliche Personalisierung Modell steht.⁴²

Schließlich lässt sich der Begriff der Personalisierung auch durch den Bezug auf die *deskriptive* Sprachtradition des Personenbegriffs rechtfertigen. So kann der Begriff der Person auf die antike Bedeutung des etruskischen *phersu* und des lateinischen *persona* zurückgeführt werden, die sich auf die Maske oder Rolle, also das äußerlich Wahrnehmbare eines Individuums beziehen.⁴³ Auch das griechische *prósopon* (τὸ πρόσωπον) lässt sich als Begriffsursprung betrachten, das die grammatikalischen Rollen (erste, zweite und dritte Person) bezeichnet.⁴⁴ In dieser deskriptiven Sprachtradition ist die Person die soziale Rolle des Individuums (*Person als soziale Rolle eines Individuums*).⁴⁵ Das datenbasierte Zuschneiden von Rechtsnormen auf das einzelne Individuum beruht gerade auf dessen Erfassung in seiner äußeren, sozialen Erscheinung.

L. Rev. 91 (2016), 627; *dies.*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 255. Gleiches gilt jedoch auch für den europäischen Diskurs, vgl. *Hacker*, Eur. Rev. Priv. L. 25 (2017), 651; *Bender*, ERCL 16 (2020), 366), und den transatlantischen Dialog, vgl. *Busch/De Franceschi* (Hrsg.), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, 2021.

⁴¹ Zu *Consumer Analytics* vgl. etwa *Erevelles/Fukawa/Swayne*, J. Bus. Res. 69 (2016), 897; *Boone/Ganeshan/Jain* u. a., Int'l J. Forecast. 35 (2019), 170; *Neslin/Gupta/Kamakura* u. a., J. Mark. Res. 43 (2006), 204. Speziell zur personalisierten Werbung vgl. *Lev-Aretz*, MR-Int 15 (2018), 68. Speziell zur Preispersonalisierung vgl. *Rott/Strycharz/Alleweldt*, *Personalised Pricing*, 2022; *Bar-Gill*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 217. Ferner aus dem Personalisierungsdiskurs *Barry/Hatfield/Kominers*, Wm. & Mary L. Rev. 62 (2021), 723, 728. Zur Üblichkeit des Begriffs der Personalisierung in diesem Kontext vgl. etwa *Goldstein/Johnson/Herrmann* u. a., Harv. Bus. Rev. 86 (2008), 99.

⁴² Ausdrücklich *Ben-Shahar/Porat*, *Personalized Law*, 2021, S. 90. Vgl. ferner den Bezug auf kommerzielle Vorbilder in *Porat/Strahilevitz*, Mich. L. Rev. 112 (2014), 1417, 1435 f.; *Busch*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 309, 316.

⁴³ Vgl. hierzu *Person*, in: Dudenredaktion (Hrsg.), *Herkunftswörterbuch*, ©2020; *Hattenhauer*, in: Klein/Menke (Hrsg.), *Der Mensch als Person und Rechtsperson*, 2011, S. 39, 41. Ferner *Luhmann*, *Soziale Welt* 42 (1991), 166, 169 f.

⁴⁴ Dazu *Lutz-Bachmann*, in: Klein/Menke (Hrsg.), *Der Mensch als Person und Rechtsperson*, 2011, S. 109, 110; *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 2014, S. 15.

⁴⁵ Im Ansatz ähnlich *Luhmann*, *Soziale Welt* 42 (1991), 166, 170 (Person als „Form, mit der man Gegenstände wie menschliche Individuen beobachtet.“). Zur Unterscheidung zwischen deskriptivem und präskriptivem Personenbegriff vgl. *Quante*, in: Klein/Menke (Hrsg.), *Der Mensch als Person und Rechtsperson*, 2011, S. 69, 76–79.

Der Personenbegriff kann allerdings auch in Anknüpfung an den griechischen Begriff der *hypostasis* (ἡ ὑπόστασις) verwendet werden, das die Realisierung eines Stoffes meint.⁴⁶ Insbesondere in der Neuzeit wird der Personenbegriff oft in diesem wertenden, ethischen oder *präskriptiven* Sinne verwendet. Er steht dann für das vernunftbegabte, handlungsfähige und mit Würde ausgestattete Individuum (*Person als in Würde selbstbestimmtes Individuum*).⁴⁷ In diesem Sinne ist Personalisierung Selbsterfüllung des würdevollen Individuums oder Erlangung von Personalität.⁴⁸ Hieran knüpft der Personalisierungsbegriff dieser Arbeit gerade *nicht* an. Vielmehr soll aufgezeigt werden, dass die datenbasierte Personalisierung des Rechts sogar zu einem Rückgang autonomen, selbstbestimmten Handelns führt.⁴⁹

3. Nachbarbegriffe: Individualisierung, Subjektivierung, Granularisierung

Der an das Individuum anknüpfende Begriff der *Individualisierung* spiegelt – ähnlich wie der Personenbegriff – eine doppelte Begriffsgeschichte wider: Individuum ist zum einen *deskriptiv* der unteilbare Mensch als Einzelwesen⁵⁰, zum anderen *präskriptiv* der selbstbestimmte Mensch als Grundlage eines ethischen

⁴⁶ Vgl. Lutz-Bachmann, in: Klein/Menke (Hrsg.), *Der Mensch als Person und Rechtsperson*, 2011, S. 109.

⁴⁷ Diese Bedeutung ist bei Kant besonders prominent, vgl. *Kant*, MS, AA 6, 203, 424 f. („Allein der Mensch, als Person betrachtet, d. i. als Subject einer moralisch-praktischen Vernunft, ist über allen Preis erhaben; denn als ein solcher [*homo noumenon*] ist er nicht bloß als Mittel zu anderer ihren, ja selbst seinen eigenen Zwecken, sondern als Zweck an sich selbst zu schätzen, d. i. er besitzt eine Würde (einen absoluten inneren Werth), wodurch er allen andern vernünftigen Weltwesen Achtung für ihn abnöthigt, sich mit jedem Anderen dieser Art messen und auf den Fuß der Gleichheit schätzen kann.“). Ausf. zur „Entdeckung“ des moralischen Personenbegriffs in der Moderne Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 2014, S. 15–22. Ferner Mohr, in: Klein/Menke (Hrsg.), *Der Mensch als Person und Rechtsperson*, 2011, S. 17, 19 f.; Hattenhauer, in: Klein/Menke (Hrsg.), *Der Mensch als Person und Rechtsperson*, 2011, S. 39, 41 (auch darauf hinweisend, dass bereits in der Antike der Personenbegriff mit Vernunftnatur, Individualität und Würde in Verbindung gebracht wurde); Klingbeil, *AcP* 217 (2017), 848, 853 (mit Blick auf Art. 1 I 1 GG). Die Rechtspersönlichkeit nimmt beide Sprachtraditionen auf, indem durch die Anerkennung der sozialen Rolle des Rechtssubjekts selbstbestimmtes Handeln ermöglicht wird.

⁴⁸ Es geht dann letztendlich um positive Freiheit. Ausf. dazu unter § 5 (S. 182–186).

⁴⁹ Dazu insb. unter § 5 (S. 196 ff.).

⁵⁰ Vgl. Individuum, in: Pfeiffer (Hrsg.), *DWDS* 1993 (1. Bedeutung). In diesem Sinne etwa auch Deleuze, *October* 59 (1992), 3, 4 (Individuum als „single body“). Ferner Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 2017, S. 23 („Einzelmensch“). Eine bisweilen mitschwingende negative Konnotation (vgl. Individuum, in: Pfeiffer [Hrsg.], *DWDS* 1993, 2. Bedeutung) wird hier nicht aufgegriffen.

Wertesystems⁵¹. Die erste, deskriptive Verwendung des Begriffs der Individualisierung findet sich etwa im dogmatischen Diskurs, wenn es um die Frage der Berücksichtigung individueller Eigenschaften und Fähigkeiten im Rahmen des Fahrlässigkeitsmaßstabs geht.⁵² Sofern die Erkenntnisse derartiger Teildiskurse rezipiert werden, wird zum Teil auch hier der Begriff der Individualisierung verwendet. Für die Beschreibung des Personalisierungsprojekts insgesamt erscheint der Personenbegriff allerdings als vorzugswürdig: Es geht bei dem Personalisierungsprojekt gerade nicht um die Erfassung des (vorsozialen) Individuums in seiner Unteilbarkeit, sondern um die behavioristische Auswertung diverser sozialer Rollen, die das Individuum ausübt. Die Personalisierung insgesamt ist insofern also eher Dividualisierung als Individualisierung⁵³ – genau genommen geht es um die Summe der für ein Individuum relevanten Dividualisierungen.

Der Begriff der *Subjektivierung* findet sich ebenfalls in dogmatischen Teildiskursen – man denke etwa an die Subjektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs.⁵⁴ Subjektivierung und Individualisierung bezeichnen dann oft dasselbe Phänomen (*Subjektivierung als Zunahme des Subjektbezugs*).⁵⁵ Insgesamt drohen bei dem Begriff der Subjektivierung allerdings Missverständnisse, denn der Begriff

⁵¹ Zu diesem positive Werte transportierenden Begriff des Individuums als Grundlage des Individualismus aus geschichtlicher Sicht vgl. etwa *Van Dülmen*, Die Entdeckung des Individuums, 1997.

⁵² Für das Strafrecht vgl. etwa *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 52020, S. 1200–1204 (§ 24 Rn. 53–65) („Generalisierung oder Individualisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes?“).

⁵³ So im Personalisierungsdiskurs prägnant *Auer*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Personalized Law*, 2021, S. 137, 140 f. (Rn. 10) („dividual law“). Allgemein *Deleuze*, *October* 59 (1992), 3, 5 („The numerical language of control is made of codes that mark access to information, or reject it. We no longer find ourselves dealing with the mass/individual pair. Individuals have become ‚dividuals,‘ and masses, samples, data, markets, or ‚banks.‘“).

⁵⁴ Auf der Grundlage dieser Terminologie im Grundsatz für eine Objektivierung Prot. II 604; RGZ 68, 422, 423; 95, 16, 17; BGHZ 39, 281, 283, 286; BGH NJW 1995, 1150, 1151; MünchKomm – *Wagner*, BGB, 82020, § 823 Rn. 38, 40, 42; MünchKomm – *Grundmann*, BGB, 92022, § 276 Rn. 55; Staudinger – *Löwisch*, BGB, 2019, § 276 Rn. 29; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I, 141987, § 20 III Rn. 285 f. Im Ausgangspunkt auch *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889, 904, und *Larenz*, FS Wilburg, 1965, S. 119, 125. Im Grundsatz offen für Subjektivierungen hingegen *Koziol*, AcP 196 (1996), 593, 594; *Nipperdey*, NJW 1957, 1777, 1781. Dazu ausf. unter § 3 (S. 101–119).

⁵⁵ Ganz allgemein werden die Begriffe des Individuums und des Subjekts in dieser Arbeit synonym und im Sinne eines deskriptiven, ökonomischen Verständnisses (*Varian*, Mikroökonomik, 92016, S. 60) verwendet, obwohl sie zum Teil auch mit eigener Bedeutung versehen werden. Ein Beispiel dafür ist die Begriffsbildung bei *Alexander von Hales*, der zwischen Subjekt (physische Natur/Naturwissenschaft), Individuum (Vernunftnatur/Logik) und Person (Würdenatur/Ethik) unterscheidet, vgl. *Hales*, *Glossa*, 1954, S. 80 (Dist. VI.36). Darst.

Sachverzeichnis

Die Zahlen verweisen auf die Seiten dieses Buches. Sofern sich die maßgebliche Textstelle in einer Fußnote befindet, ist diese in Klammern hinter der Seitenzahl angegeben.

- Abänderungsregeln 3, 93, 145 f., 168
 - *siehe auch* dispositives Recht, Metanormen
- Absolutismus 13
- accidentalia negotii* 296
- active choosing* 41
- activity level*, *siehe* Aktivitätslevel
- actor heterogeneity* 142, 167, 171
- affirmative action* 255, 257 f.
 - *siehe auch* Besserstellungsargument
- agency* 180
- Agency-Modell 24 f.
- Aktivitätslevel 106–108
- algorithmic fairness* 50, 248
- Algorithmus 276–280
 - *siehe auch* algorithmische Rechtssetzung
- Algorithmusgesetz 276–280
- Alles-oder-nichts-Prinzip 336
- Allgemeine Geschäftsbedingungen 296–298, 300–303
 - Normtheorie 297 (Fn. 109)
 - und Grundrechte 300–303
 - Vertragstheorie 297 (Fn. 109)
- Allgemeinheitserfordernis, verfassungsrechtliches 276–280, 335
 - *siehe auch* Verfassungsrecht
 - Aspekt der Ausstrahlungswirkung des Art. 3 III GG 262 f., 267
 - Einzelfallgesetz 278 f.
 - Öffentlichkeitsaspekt 278
 - Rechtsschutzaspekt 278 f.
 - Rechtssicherheitsaspekt 278
- altering rules*, *siehe* Abänderungsregeln
- Altruismus 138
 - *siehe auch* *bounded self-interest*, Rationalität
- Analogie 341
- Analyse
 - freiheitsrechtliche 177–234, *siehe auch* Freiheit
 - gleichheitsrechtliche 235–268, *siehe auch* Gleichheit
 - historische 12–18
 - institutionelle 269–303
 - neoklassische 65–132
 - rechtstheoretische 29–64, *siehe auch* Standards
 - rechtsvergleichende 23–25
 - systemische 305–343, *siehe auch* Liberalismus
 - technische 29–64, *siehe auch* algorithmische Rechtssetzung
 - verfassungsrechtliche, *siehe* Verfassungsrecht
 - verhaltensökonomische 133–175
- Anknüpfungsverbot 259 f. (insb. Fn. 94, 96)
 - *siehe auch* Begründungsverbot
- Anonymität 227 f.
 - *siehe auch* Persönlichkeitsschutz
- Antifragmentationsmodell 121
 - *siehe auch* *numerus clausus*
- Approximation 64
- Approximationsfehler 45–49
- Approximationsfehlerkosten 82–85, 105–110
 - des Typs 1 82 f., 105–110
 - des Typs 2 84 f.
 - und Deliktsrecht 105–110
 - und Ex-post-Personalisierung 95 f.
 - und Opt-out-Kosten 88–90
- Approximationsfehlerkostenfunktion 85

- artificial intelligence, siehe* fallbasierte algorithmische Entscheidungssysteme
- Aspekt der umfassenden Entscheidung 288–290
- Auer, Marietta* 199 f.
– *siehe auch* Generalklauseln
- Aufklärung 14
- Auflösung des Gleichheitssatzes 268
- Auflösungsargument 255–257
– *siehe auch* Gleichheit
- Autonomie des Sachenrechts 124 (Fn. 235)
- Autonomie 178
– *siehe auch* *agency*; Freiheit; Privatautonomie; Selbstgesetzgebung
- Autopersonalisierung durch Gestaltungsrecht 172 f.
- Ayres, Ian* 93 f.
– *siehe auch* Abänderungsregeln; *information-forcing default rules*; *penalty default rules*; *safe harbor*; *zero-quantity-default*
- balancing* 339
– normstrukturelles 234 (Fn. 255), *siehe auch* *structured decisionmaking*
– verfassungsrechtliches 339, *siehe auch* praktische Konkordanz; Verfassungsrecht; Verhältnismäßigkeitsschutz
- Bar-Gill, Oren* 92, 244
– *siehe auch* Informationskosten; Personalisierung des Preises
- Bedeutungsgehalt, objektiver 126
– *siehe auch* *safe harbor*; Spruchformeln
- Begründungsverbot 259 f. (Fn. 94, 96), 264 (Fn. 115)
– *siehe auch* Anknüpfungsverbot
- Belastungen, kumulative, *siehe* additiver Grundrechtseingriff
- Beleihungsmodell 294
– *siehe auch* Personalisierung durch Private; reines Staatsmodell; Vertragsmodell; Verwaltungshelfermodell
- Ben-Shahar, Omri* 80, 92, 102 f., 109 f., 143, 162, 255
– *siehe auch* Auflösungsargument; Informationskosten; neoklassisches Personalisierungsprojekt; *reasonable you*; *risk-based personalization*; *skill-based personalization*; zwingendes Recht
- Berlin, Isaiah* 182
– *siehe auch* negative Freiheit
- Besserstellungsargument 257 f.
– *siehe auch* *affirmative action*; Gleichheit
- Beurteilungsspielraum 33 f. (Fn. 18), 205
– *siehe auch* Standards; unbestimmter Rechtsbegriff
- Bezugsnorm 146
– *siehe auch* Metanorm
- Big Data 3, 39
- Big Five 44
- Big Link 3
- Bindung der Zivilgerichte an Verwaltungsakte 289 f.
– *siehe auch* Deliktsrecht und Verwaltungsakt
- Binnenvorschrift 58, 275 f., 282 f., 294–297
– *siehe auch* Verwaltungsvorschrift
- Black-Box-Problem 54, 274, 283 f., 292
- Böhm, Franz* 189 f., 310
– *siehe auch* Privatrechtsgesellschaft
- bounded information* 139
– *siehe auch* *information overload*; Rationalität
- bounded rationality* 136 f.
– *siehe auch* Rationalität
– und *decisionmaking behavior* 137
– und *judgment error* 137
- bounded self-interest* 138 f.
– *siehe auch* Altruismus; *satisficing*; *spitefulness*; Rationalität
- bounded spirit of capitalism* 140
– *siehe auch* Rationalität
- bounded willpower* 47, 137 f.
– *siehe auch* quasi-hyperbolisches Diskontieren; Rationalität
- Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)
– § 286 BGB 73–76, 241–244
– § 823 I BGB 286
– § 823 II BGB 286 f.
- business judgment rule* 205 f.
- Calabresi, Guido* 144, 314–316
– *siehe auch* *cheapest cost avoider*; *costs of costing*; Liberalismus II
- California Consumer Privacy Act (CCPA) 224
- casum sentit dominus* 164

- Chatbots 56
cheapest cost avoider 80
chilling effect 92, 214, 226
choice set 66
civil law 23 f.
Coase, Ronald 306–308
 – *siehe auch* Coase-Theorem; Liberalismus I
 Coase-Theorem 69, 308
cognitive economics, siehe Verhaltensökonomik
common law 23 f.
complete contingent contract, siehe Theorie des vollständigen Vertrages
Consumer Analytics 40
cooling-off period 170
cosmos, siehe spontane Ordnung
cost-benefit-analysis 67 f. (Fn. 11), 314–316, 322 f.
costs of costing 140, 320
critical legal studies 234, 330 (Fn. 126)
cross subsidies, siehe Quersubventionen
- Data Mining* 39
 Datenanalyse, Prädiktive 52
 Datenschutz 223 f.
 Datenschutzgrundverordnung 224
decisionmaking behavior 137
default rule paradox 156 f., 169 f.
 – *siehe auch* dispositives Recht
default rules, siehe dispositives Recht
 Delegationsproblem 265–267
 Deliktsmodell 121
 Deliktsrecht 101–119
 – *siehe auch* Bindung der Zivilgerichte an Verwaltungsakte; Fahrlässigkeit; Sorgfaltsmaßstab; Sorgfaltspflichten
 – und Verwaltungsakt 210 f., 285–292
 Demokratieprinzip 270, 272–281, 338
 – *siehe auch* Verfassungsrecht
 Determinationsproblem 280 f.
 Differenzierungsproblem 54, 274, 283 f., 292
 Diskontieren, quasi-hyperbolisches 137 f.
 – *siehe auch* *bounded willpower*; Rationalität
 Diskriminierung, mittelbare 264 f.
disparate impact, siehe mittelbare Diskriminierung
diverse student body 256
 Drittinformationsmodell 121 f.
 – *siehe auch* *numerus clausus*
 Dualismuseinwand 210 f., 288–292
 – schwacher 210
 – starker 210
 Duldungspflichten (§ 906 BGB) 130–132
 Durchschnittsmensch, besonnener 101, 103, 113 f.
 – *siehe auch* Fahrlässigkeit; Sorgfaltsmaßstab
economic analysis of law 306 f., 322–328
 – *siehe auch* Liberalismus III
economics & law 306 f., 307–313
 – *siehe auch* Liberalismus I
econs 320 (Fn. 82)
 – *siehe auch* *humans*; Verhaltensökonomik
efficient breach 76, 212
 Effizienz 66–68
 – Kaldor-Hicks-Effizienz 67
 – Pareto-Effizienz 67
 Eigenständigkeit des Privatrechts 230–234
 – normatives Programm (Regulierung) 231–233
 – strukturelle Beobachtung (Freiheit) 233 f.
 – erkenntnistheoretische Frage (Erkenntnis) 231
 Eigentum 130 f.
 Eingriffsabwehrrechte 301 f.
 – *siehe auch* These von der abwägungsmäßigen Gleichstellung
 Einheit der primären Handlungspflichten 210 f., 288
 Einheitlichkeit des Leitbilds von Freiheit und Gleichheit 237 f.
 – *siehe auch* Freiheit; Gleichheit
 Einzelfallgesetz 278 f.
 – *siehe auch* verfassungsrechtliches Allgemeinheitsersfordernis
 Empirismus 144 f.
 – *siehe auch* empirisches Rechtsverständnis
 – Leitbildproblem 174 f.
 Entanonymisierung 225–228
 Entjudikativierung 281–292
 Entparlamentarisierung 275–280

- *siehe auch* Demokratieprinzip
- und Algorithmusgesetz 276–280
- und Kompetenzenzug 275 f.
- Entparlamentarisierungsproblem, *siehe* Entparlamentarisierung
- Entscheidungsssysteme, algorithmische 42–44
 - expertenbasierte algorithmische 42 f., 252
 - fallbasierte algorithmische 43 f., 252
- Entstaatlichung 280
 - *siehe auch* Personalisierung durch Private
- Entstaatlichungsproblem, *siehe* Entstaatlichung
- equal protection clause* 266
- Erbrecht 71–73
- Erfüllungsgehilfe im Hoheitsbereich 293
- Erledigungsproblem 283 f.
- Ermächtigungslehre, normative, *siehe* Normative Ermächtigungslehre
- Ermessen 204 f.
 - *siehe auch* Standards
- Erstkonkretisierung 203–208
 - *siehe auch* richterliche Kontrolle
- Erwerb, unentgeltlicher, *siehe* unentgeltliche Transaktionen
- Erziehungsrecht 166 f.
- essentialia negotii* 296
- Ex-ante-Sicht 206
- exercise-freedom* 184–186
 - *siehe auch* Freiheit
- Expected Utility Theory* 68 (Fn. 12), 74, 134, 137
- Ex-post-Personalisierung 95–100
 - *siehe auch* Standards
 - und Approximationsfehlerkosten 95 f.
 - und Informationskosten 97 f.
 - und Opt-out-Kosten 98–100
 - und Regelproduktionskosten 96 f.
 - und Unsicherheitskosten 97 f.
- extrinsic standard tailoring* 102 (Fn. 146)
 - *siehe auch* *intrinsic standard tailoring*; Standards

- Fahrlässigkeit 111–119
 - *siehe auch* Sorgfaltsmaßstab; Sorgfaltspflichten
 - besonnener Durchschnittsmensch 101, 103, 113 f.
 - dogmatische Verortung 111 f.
 - Generalisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs (positives Recht) 116–118
 - objektiver Fahrlässigkeitsmaßstab 107, 113, 116–119
 - Objektivierung durch administrative Verhaltensvorgaben 118
 - Personalisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs (positives Recht) 113–116
 - rationalitätsbasierte Objektivierung 116 f.
 - subjektiver Fahrlässigkeitsmaßstab 108, 113–116
 - Umstände des Einzelfalles 113 f.
 - wertungsbasierte Objektivierung 116
- Feedback als Instrument der Informationsgewinnung 41
- feedback loops* 175, 333
- financial health warning* 152
- Fisher-Separationstheorem 47 (Fn. 74)
- Formvorschriften 168–170
- freedom of choice* 179, 185 f.
- Freiheit 178
 - *siehe auch* Gleichheit; grundrechtliche Statuslehre; Verfassungsrecht
 - *exercise-freedom* 184
 - formelle 188–190
 - kollektive 270 f.
 - materielle 188–190
 - negative 182
 - *opportunity aspect of freedom* 180 f.
 - *opportunity-freedom* 184
 - positive 182, *siehe auch* *self-mastery*; *self-realization*
 - *procedural aspect of freedom* 180
 - Realisierungsdimension 178
 - Wahldimension 178
- Friedman, Milton* 178
- from contract to contact* 332
- from status to contract* 309
- frustration costs* 129
 - *siehe auch* Approximationsfehlerkosten des Typs 1

- Gefährdungshaftung 106
- Generalisierung 13–15
 - Auflösungstendenzen 15–18
- Generalklauseln 35
 - *siehe auch* Standards

- Geschädigtenverhalten 109 f.
 Geschäftsfähigkeit 165–167
 – *siehe auch* Testierfähigkeit
 Geschwindigkeitsvorgaben 103 f., 283
 Gewaltenbalance 272
 Gewaltenteilung 272, 281–292
 – *siehe auch* Verfassungsrecht
 Gigerenzer, Gerd 144
 – *siehe auch* Empirismus
 Gleichheit 236
 – *siehe auch* Freiheit; Verfassungsrecht
 – Auflösung des Gleichheitssatzes 268
 – Auflösungsargument 255–257
 – Besserstellungsargument 257 f.
 – Einheitlichkeit des Leitbilds von Freiheit und Gleichheit 237 f.
 – formelle 236–240, 313, 321
 – gesellschaftliche 238
 – im Deliktsrecht 245–247
 – im Recht der Rechtsgeschäfte 241–245
 – individuelle 313
 – Inter-Präferenz-Differenzierung 260
 – Intra-Präferenz-Differenzierung 260
 – kollektive 271 f., 321
 – materielle 236–240, 328
 – Präferenzspiegelungsargument 260 f.
 – Proxyargument 258 f.
 – Rechtsgleichheit 238–240
 – Verfahrensgleichheit 272
 – verfassungsrechtliche 334–343
 – völkerrechtliche 272
 – Wahlrechtsgleichheit 271 f.
 Granularisierung 11
 – *siehe auch* Personalisierung
 Grenzrate der Substitution 66
 Grundeinkommen, bedingungsloses 240
 Grundgesetz (GG)
 – *siehe auch* Verfassungsrecht
 – Art. 19 I 1 GG, *siehe* verfassungsrechtliches Allgemeinheitsersfordernis
 – Art. 19 II GG, *siehe* Leitbildkontrolle des Art. 19 II i. V. m. Art. 3 GG; *siehe auch* Wesensgehaltsschutz
 – Art. 3 I GG, *siehe* Leitbildkontrolle des Art. 3 I GG
 – Art. 3 III GG, *siehe* Leitbildkontrolle des Art. 3 III GG
 Grundrechte
 – *siehe auch* grundrechtliche Statuslehre; Verfassungsrecht
 – normgeprägte 277
 – vorbehaltlos gewährleistete 277
 Grundrechtseingriff
 – *siehe auch* Verfassungsrecht
 – additiver 221–223
 – kumulativer, *siehe* additiver Grundrechtseingriff
 Grundrechtsschutz, menschenwürde-
 radizierter 217
 – *siehe auch* Menschenwürdegehalt der Grundrechte
 Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts 272
 Guinea-Pig-Modell 44
 Gutglaubensschutz 126

Hacker, Philipp 143, 168
 – *siehe auch* verhaltensökonomisches Personalisierungsprojekt
 Haftungsmaßstab, *siehe* Fahrlässigkeit
 Handlungsgleichheit 109, 245–247
 Handlungsnormen 145
 – Modifikation von 148–159
Hayek, Friedrich 178, 310
 – *siehe auch* Liberalismus I; spontane Ordnung
 Hedonismus, konservativer 174 f., 333
 – *siehe auch* sektorieller Uniformismus
higher lawmaking 343
 – *siehe auch* *pouvoir constituant originaire*
homo oeconomicus 134, 323
 – *siehe auch* Rationalität
 – kapitalistisch denkender 135 f., 325
humans 320
 – *siehe auch* *econs*; Verhaltensökonomik
hyper-tailoring, *siehe* Personalisierung im engeren Sinne

individual transparency 274
 Individualisierung 9
 – *siehe auch* Personalisierung
information overload 139, 150
 – *siehe auch* *bounded information*; Rationalität

- information-forcing default rules* 158 (Fn. 134)
 – *siehe auch* dispositives Recht; *pushing default rules*
- Informationsasymmetrien 157–159
 – *siehe auch* Rationalität
- Informationskosten 86 f., 105
 – Rechtsinformationskosten 93
 – Tätigkeitsinformationskosten 93
 – und Deliktsrecht 105
 – und Ex-post-Personalisierung 97 f.
 – und Opt-out-Kosten 92–95
 – und Unsicherheitskosten 86 f.
- Informationskostenfunktion 87, 105
- Informationspflichten 148–154
 – eindimensionaler Ansatz 149–153
 – im engeren Sinne 149
 – im weiteren Sinne 148 f.
 – mehrdimensionaler Ansatz 153 f.
 – Personalisierung der Art und Weise der Informationsvermittlung 151
 – Personalisierung der Information selbst 151 f.
 – und Warnung 149
- Inkompatibilität von Verwaltungs- und Privatrechtsmodell 209
- Inkonsistenz 47
- in-process* 52–55
- Inputvariablen 53
- Instabilität von Präferenzen 48
- Institutionenökonomik, Neue, *siehe* Neue Institutionenökonomik
- Intelligenz, künstliche, *siehe* fallbasierte algorithmische Entscheidungssysteme
- Intermediäre 270
- intermediate scrutiny* 251, 265
 – *siehe auch* *strict scrutiny*
- Internet der Dinge 18 f.
- Internet of Things*, *siehe* Internet der Dinge
- Inter-Präferenz-Differenzierung 260
 – *siehe auch* Gleichheit
- Intra-Präferenz-Differenzierung 260
 – *siehe auch* Gleichheit
- intrinsic standard tailoring* 102 (Fn. 146)
 – *siehe auch* *extrinsic standard tailoring*; Standards
- Irrelevanzthese 80
- iustitia commutativa* 163
- judgment error* 137
- Kaldor-Hicks-Effizienz 67
- Kalkulationsordnung 322–325
- Kaplow, Louis* 33, 36, 93 f., 234
 – *siehe auch* Komplexität; Regeln; Standards
- Kausalität, reziproke 237
 – *siehe auch* Einheitlichkeit des Leitbilds von Freiheit und Gleichheit
- Kennedy, Duncan* 198 f.
 – *siehe auch* *critical legal studies*
- Kohärenzkontrolle 248 f., 340
 – im eigentlichen Sinn 249
 – im weiteren Sinn 249
- Kollektivismusmodell 122 f.
 – *siehe auch* *numerus clausus*
- Kompensationsgedanke 163
- Komplexität 35–38, 62 f.
 – externe 38
 – interne 36 f.
- Konkordanz, Praktische, *siehe* Praktische Konkordanz
- Konsistenzrationalität, *siehe* Rationalität I
- Konsumpräferenzen 66
 – *siehe auch* Rechtspräferenzen
- Kontrolle, richterliche 203–208
 – *siehe auch* Erstkonkretisierung
 – Erfolgsbezogenheit 207
 – Klageerfordernis 207, *siehe auch* *ne ultra petita*
 – Zeitdimension 207
- Kontrollfunktion 282–285
 – *siehe auch* Verwaltungsgerichtsbarkeit
- Kostengleichheit 110, 245–247
- law & economics* 306 f., 313–321
 – *siehe auch* Liberalismus II
- law as limit* 212
- law as price* 212
- Learned-Hand-Test* 102
- legal process school* 317
- Legalitätspflicht 211 (Fn. 154), 286 f.
- Lehre vom Beurteilungsspielraum 34 (Fn. 18)
 – *siehe auch* Standard; unbestimmter Rechtsbegriff

- Lehre vom gestreckten Verbotstatbestand 286 f.
- Lehre vom Tatbestandsermessens 34 (Fn. 18)
– *siehe auch* Standard; unbestimmter Rechtsbegriff
- Leitbildkontrolle 248
– des Art. 19 II GG i. V. m. Art. 3 GG 215–219, 267 f.
– des Art. 3 I GG 262–267
– des Art. 3 III GG 250–261
- level of care* 106
– *siehe auch* Sorgfaltsstandard
- Liberalismus 307
– *siehe auch* Liberalismus I; Liberalismus II; Liberalismus III
– des Grundgesetzes 334–343
- Liberalismus I
– *siehe auch economics & law*
– Darstellung 307–313
– des Grundgesetzes (Rechtsstaat und Grundrechte) 334–337
- Liberalismus II
– *siehe auch law & economics*
– Darstellung 313–321
– des Grundgesetz (Demokratie und Sozialstaat) 338
- Liberalismus III
– *siehe auch economic analysis of law*
– Darstellung 322–328
– und Personalisierungsprojekt 328–334
- libertarian paternalism* 141 (Fn. 49), 147 (Fn. 76), 156 (Fn. 125)
- Lochner-Ära 336 f.
– *siehe auch New Deal*
- loss spreading* 163
- MacCallum, Gerald* 182–184
- machine learning*, *siehe* fallbasierte algorithmische Entscheidungssysteme
- majoritarian default rules* 154 f. (Fn. 118)
– *siehe auch* dispositives Recht
- Marktrechtfertigung 178 f.
- measurement costs* 129
– *siehe auch* Informationskosten
- Menschenwürdegehalt der Grundrechte 215, 217, 337, 341
– *siehe auch* menschenwürderadizierter Grundrechtsschutz
- Metanormen 146–148
– *siehe auch altering rules*
– Modifikation von 165–173
– und Bezugsnormen 146
– verschiedene Grade von Metanormen 146 f.
- micro-directive*, *siehe* Mikrodirektive
- Mikrodirektive 55
- Mikrosozialismus 331–333
– und neoklassisches Personalisierungsprojekt 331–333
– und verhaltensökonomisches Personalisierungsprojekt 333
- mimic the market* 69, 324
– *siehe auch* Transaktionskostensenkung II
- Minderjährigkeit 116, 160–162, 166 f.
- minoritarian default rules* 154 f. (Fn. 118)
– *siehe auch* dispositives Recht
- Mises, Ludwig von* 310
- Mittelalter und Personalisierung 12 f.
- modes of thought* 307
- Multiplikationsaspekt 290
- Myopia*, *siehe* quasi-hyperbolisches Diskontieren
- Nachtwächterstaat 309
- narrow tailoring* 256
- natural language processing* 56
- ne ultra petita* 207, 282
– *siehe auch* Klageerfordernis
- negligence per se* 288 f.
- Neoklassik 65 (Fn. 1)
- Neue Institutionenökonomik 139, 309 (Fn. 17)
– *siehe auch bounded information*;
Liberalismus I
- Neuzeit 13–15
- New Deal* 16, 338 (Fn. 166), 339 (Fn. 168)
– *siehe auch* Lochner-Ära
- Normative Ermächtigungslehre 33 f. (Fn. 18)
– *siehe auch* Standard; unbestimmter Rechtsbegriff
- normative philosophy* der *equal protection clause* 266
- Normativität des Normdesigns 234
- Normen, dispositive, *siehe* dispositives Recht

- Normtheorie 297 (Fn. 109)
nudge 156, 320
nudging, *siehe nudge*
numerus clausus 120–130
 – Antifragmentationsmodell 121
 – Deliktsmodell 121
 – Drittinformationsmodell 121 f.
 – Kollektivismusmodell 122 f.
 – negative Theorien 120–123
 – optimaler 129 f.
 – positive Theorie, *siehe* Serviceleistungsmodell
 – Rechtfertigung des 120–129
 – Rechtsnachfolgerinformationsmodell 122
 – Serviceleistungsmodell 123–129
 – Typenfixierung 129 f.
 – Typenzwang 120–129
 – und Eigentumskonzeption 128 f.
 – und Rechtsfortbildung 128
 Nutzenbegriff 66 f.
 – kardinaler 66
 – ordinaler 66 f.
 Nutzenrationalität, *siehe* Rationalität II
- Objektivierung
 – rationalitätsbasierte 116 f.
 – wertungsbasierte 116
obligation-dimension 299 f.
 Öffentlichkeitsproblem 273–275, 276
 – Black-Box-Problem 54, 274, 283 f.
 – Differenzierungsproblem 54, 274, 283 f.
 – Sprachproblem 54, 274, 273 f.
opportunity aspect of freedom 180 f.
 – *siehe auch* Freiheit
opportunity-freedom 184–186
 – *siehe auch* Freiheit
 Optimierungsgebot, grundrechtliches 339 f.
 Opt-out-Kosten 88–95
 – gesamtgesellschaftliche 89, 94 f.
 – individuelle 88 f., 92–94
 – und Approximationsfehlerkosten 88–90
 – und Informationskosten 92–95
 – und Regelproduktionskosten 90 f.
 – und Unsicherheitskosten 91 f.
 Ordnung, spontane 310
 – *siehe auch* *taxis*
- Organkompetenz 271
 Österreichische Schule 139
overinclusive 2, 36, 82, 249, 328
 – *siehe auch* *underinclusive*
- Palmore v. Sidoti* 261
 Pareto-Effizienz 67
 Partikularisierung 11
 Partizipation
 – allgemeine 270 f., 273–275
 – besondere 271
 Partizipationsakt 208
 Paternalismus 141–143
 – eindimensionaler Ansatz 143
 – Erkenntnisproblem 174
 – mehrdimensionaler Ansatz 143
penalty default rules 158 (Fn. 134)
 – *siehe auch* dispositives Recht; *pushing default rules*
 Performationsakt 208
 Person 8 f.
 Personalisierung 1, 4, 6–9
 – *siehe auch* algorithmische Personalisierung
 – datenbasierte, *siehe* algorithmische Personalisierung
 – des Preises 8, 241–245
 – durch Private 292–303, *siehe auch* Beleihungsmodell; Vertragsmodell; Verwaltungshelfermodell
 – Granularisierung 11
 – *hyper-tailoring*, *siehe* Personalisierung im engeren Sinne
 – im engeren Sinne 1
 – im weiteren Sinne 1
 – Individualisierung 9
 – *personalization of regulation* 295
 – personenbezogene 6, 263 f., 345
 – *regulation of personalization* 295
 – *risk-based personalization* 103
 – sachbezogene 6 f., 263 f.
 – *skill-based personalization* 103
 – Subjektivierung 10
 Personalisierung, algorithmische
 – Definition 4
 – Charakteristika 62–64
 Personalisierungsprojekt 4 f., 328–334
 – neoklassisches 65–132, 329, 331–333

- paternalistisches 145–173, *siehe auch* verhaltensökonomisches Personalisierungsprojekt
- verhaltensökonomisches 133–175, 329, 333, *siehe auch* paternalistisches Personalisierungsprojekt
- personalization of regulation* 295
 - *siehe auch* Personalisierung
- personalized pricing*, *siehe* Personalisierung des Preises
- Persönlichkeitsschutz
 - Datenschutz 223 f.
 - Recht auf Anonymität 227 f.
 - Recht auf informationelle Selbstbestimmung 224, 226
- Pflichtendefinition
 - administrative 211, 285–288
 - judikative 285–288
- Porat, Ariel* 44 f., 80, 102 f., 109 f., 143, 150, 162, 255
 - *siehe auch* Auflösungsargument; dispositives Recht; Guinea-Pig-Modell; Informationspflichten; neoklassisches Personalisierungsprojekt; *reasonable you*; *risk-based personalization*; *skill-based personalization*; zwingendes Recht
- Posner, Richard* 322–324
 - *siehe auch* Liberalismus III; Wohlstandsmaximierung
- Post, Robert* 316
- post-process* 55–57
- pouvoir constituant* 342 f.
 - *siehe auch* *higher lawmaking*
 - *pouvoir constituant originaire* 343
- Präferenzen 66
 - endogene 138, 312 f., 319 f.
 - exogene 138, 327
 - Konsum- 66
 - manifestierte 66 (Fn. 2)
 - normative 66 (Fn. 2)
 - Rechts- 66
 - wirkliche, *siehe* normative
- Präferenzspiegelungsargument 260 f.
 - *siehe auch* Gleichheit
- Präferenzverwirklichung
 - autonome 311, 318
 - heteronome 325 f.
 - individuelle 311 f., 327
 - kollektive 318 f.
 - mittelbare 270
 - unmittelbare 270
- Praktische Konkordanz 339
 - *siehe auch* *balancing*; Verfassungsrecht
- Präventionsgedanke 163–165
- Predictive Analytics* 40
- pre-process* 50–52
- present bias*, *siehe* quasi-hyperbolisches Diskontieren
- principles*, *siehe* Prinzipien
- Prinzipien 30
 - *siehe auch* Regeln, Standards
- Privatautonomie 188–191
 - *siehe auch* Freiheit; Vertragsfreiheit
- Privatisierung 292–303
 - der Normsetzung 21, 280, 292, 295
 - materielle 295 (Fn. 102), 298
- Privatrecht
 - *siehe auch* Eigenständigkeit des Privatrechts; Privatrechtsmodell
 - Privatrechtsgesellschaft 189 f., 310
 - und Datenschutz 223 f.
 - Privatrechtsmodell 201–203
 - *siehe auch* Verwaltungsrechtsmodell
- procedural aspect of freedom* 180
- prohibition-dimension* 299
- Proximität 63 f.
- Proxyargument 258 f.
 - *siehe auch* Gleichheit
- public transparency* 274
- Publizität 125–128
- pulling default rules* 154–157
 - *siehe auch* dispositives Recht
- pushing default rules* 154, 157–159
 - *siehe auch* dispositives Recht
- Quersubventionen 241–245
- Rahmenordnung 307 f.
- Rahmenordnungseinwand 212–214
- rational basis test* 262, 265
- rational choice* 134
 - *siehe auch* Rationalität
- rational ignorance* 87, 150
- Rationalität 134–136
 - Abweichungen von 136–140

- *bounded information* 139
- *bounded rationality* 136 f.
- *bounded self-interest* 138 f.,
- *bounded spirit of capitalism* 140
- *bounded willpower* 137 f.
- kapitalistische, *siehe* Rationalität III
- Konsistenzrationalität, *siehe* Rationalität I
- Nutzenrationalität, *siehe* Rationalität II
- *rational choice* 134
- Rationalität I 134
- Rationalität II 134 f.
- Rationalität III 135 f., *siehe auch* kapitalistisch denkender *homo oeconomicus*
- Rationalitätsquotienten 45, 143, 166–168, 171, 329
- Realisierungsdimension der Freiheit 178
 - *siehe auch* Freiheit
- reasonable person*, *siehe* besonnener Durchschnittsmensch
 - *siehe auch* Fahrlässigkeit
- reasonable you* 101, 103
 - *siehe auch* besonnener Durchschnittsmensch; Fahrlässigkeit
- reasoned elaboration* 317
- Recht
 - *siehe auch* dispositives Recht
 - als Kalkulationsordnung 322–325
 - als Rahmenordnung 307 f.
 - als Werteordnung 314–317
 - auf Anonymität 227 f., *siehe auch* Persönlichkeitsschutz
 - auf informationelle Selbstbestimmung 224, 226, *siehe auch* Persönlichkeitsschutz
 - auf Selbstdarstellung 226 f.
 - zwingendes 165–167
- Recht, dispositives 78–81, 154–159
 - *default rule paradox* 156 f.
 - formelle Analyse 80
 - *information-forcing default rules* 158 (Fn. 134), *siehe auch pushing default rules*
 - *majoritarian default rules* 154 f. (Fn. 118)
 - *minoritarian default rules* 154 f. (Fn. 118)
 - *penalty default rules* 158 (Fn. 134), *siehe auch pushing default rules*
 - *pulling default rules* 154–157
 - *pushing default rules* 154, 157–159
 - substantielle Analyse 80
 - *will-aligning default rules* 154
 - *will-deviating default rules* 154
 - *zero-quantity-default* 158 (Fn. 134)
- reality business*, *siehe* reelles Tracking
- Rechtsbegriff, unbestimmter 33 f., 201, 205 f.
 - *siehe auch* Standards
- Beurteilungsspielraum 33 f. (Fn. 18), 205
- Lehre vom Beurteilungsspielraum 34 (Fn. 18)
- Lehre vom Tatbestandsermessens 34 (Fn. 18)
- Normative Ermächtigungslehre 33 f. (Fn. 18)
- Vertretbarkeitslehre 34 (Fn. 18)
- Rechtsbruch 188, 229 f.
 - Möglichkeit zum Rechtsbruch 229
 - Recht zum Rechtsbruch 229
- Rechtsfortbildungsfunktion 285–292
 - *siehe auch* Zivilgerichtsbarkeit
- Rechtsgleichheit 238–240
 - *siehe auch* Gleichheit
- Rechtsinformationskosten 93
- Rechtsnachfolgerinformationsmodell 122
 - *siehe auch numerus clausus*
- Rechtsnorm 59–61
- Rechtsnormmodell (Gesamtbetrachtung) 59–61
 - *siehe auch* Urteilsmodell; Verwaltungsaktsmodell
- Rechtspräferenzen 66
 - *siehe auch* Konsumpräferenzen
- Rechtssetzung, algorithmische
 - dogmatische Erfassung 57–61
 - rechtstheoretische Erfassung 49–57
 - Schritte im Einzelnen 49–57
- Rechtsverständnis
 - empirisches 48, 253, 274 f., *siehe auch* Empirismus
 - normatives 49, 253, 274 f.
- Reduktion, teleologische 341
- Regeln 31 f., 196–198
 - *siehe auch* Prinzipien; Standards
 - liberale Dimension von generellen Regeln 196–198
- Regelproduktionskosten 85 f., 105
 - des Typs 1 85 f., 96 f.

- des Typs 2 96 f.
- und Deliktsrechts 105
- und Ex-post-Personalisierung 96 f.
- und Opt-out-Kosten 90 f.
- Regelproduktionskostenfunktion 86
- regulation of personalization* 295
- *siehe auch* Personalisierung
- reinforcement learning* 43 f.
- *siehe auch* fallbasierte algorithmische Entscheidungssysteme
- Republikanismus 316 (Fn. 60)
- *siehe auch* Liberalismus
- Risikoaversion 74
- Risikogleichheit 109 f., 245–247
- risk aversion* 74
- risk-based personalization* 103, 106
- *siehe auch* Personalisierung
- Rückgang der Klagen 282–284
- rules of civility* 316, 320
- rules, siehe* Regeln

- Sachenrecht 119–132
- Sachverhaltsermittlung, antizipierte 52
- safe harbor* 94, 126 f., 148
- Sanktionsnormen 145
- eindimensionaler Ansatz 162 f., *siehe auch* Strafgedanke
- mehrdimensionaler Ansatz 163–165, *siehe auch* Präventionsgedanke
- Suspendierung von 159–165
- und Kompensationsgedanke 163
- und Persönlichkeitsentwicklung 164 f.
- und Präventionsgedanke 163
- und Strafgedanke 162 f.
- Sanktionspräsenz 228–230
- satisficing* 139
- *siehe auch* *bounded self-interest*; Rationalität
- Schenkungsrecht 77 f.
- Schriftformklausel, doppelte 147 f.
- Schutzkonzept
- freiheitlich-absolutes 336 f.
- rechtsstaatlich-relatives 334–336
- Schutzpflichten 298–303
- *siehe auch* These von der abwägungsmäßigen Gleichstellung
- Schutzzweckebene 291 f.
- Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs 77 f.
- secondary cost reduction* 315
- Selbstgesetzgebung 178
- *siehe auch* *agency*; Autonomie; Freiheit; Privatautonomie
- self-mastery* 182
- *siehe auch* Freiheit
- self-realization* 182
- *siehe auch* Freiheit
- Selten, Reinhard 144
- *siehe auch* Empirismus
- Sen, Amartya 180
- Serviceleistungsmodell 123–129
- *siehe auch* *numerus clausus*
- skill-based personalization* 103, 106
- *siehe auch* Personalisierung
- smart contracts* 18
- Smith, Adam 309
- *siehe auch* Liberalismus I
- Sorgfaltsmaßstab 101–104
- *siehe auch* Fahrlässigkeit
- genereller 101
- individueller 101
- objektiver 101, 107
- subjektiver 101, 108
- Sorgfaltspflichten 106
- *siehe auch* Fahrlässigkeit
- Sozialismus 330 f.
- Sozialstaatsprinzip 338
- specific performance* 76, 212
- spitefulness* 138
- *siehe auch* *bounded self-interest*, Rationalität
- Sprachproblem 54, 274, 273 f., 292
- Spruchformeln 126 f., 148 *siehe auch* *safe harbor*
- Staatsmodell, reines 293
- *siehe auch* Beleihungsmodell; Personalisierung durch Private; Vertragsmodell; Verwaltungshelfermodell
- Standards 32–35, 198–200
- *siehe auch* Ex-post-Personalisierung; Prinzipien; Regeln; unbestimmter Rechtsbegriff
- Generalklauseln 35
- liberale Dimension 198–200
- unbestimmter Rechtsbegriff 33 f., 201, 205 f.,
- standards, siehe* Standards

- stare decisis* 336
status quo 334–336
status quo bias 155
 Statuslehre, grundrechtliche 191–195, 281
 – *siehe auch* Freiheit; Grundrechte; Verfassungsrecht
 – *status activus* 193–195
 – *status activus processualis* 193 f., 281
 – *status effectus* 194 f.
 – *status negativus* 191 f.
 – *status positivus* 193
stickiness 155 f.
sticky default rules 146 (Fn. 69), 155 (Fn. 119), 261
 – *siehe auch* dispositives Recht
 Stigmatisierung 225–228
 Strafgedanke 162 d.
Strahilevitz, Igor 44 f., 80, 150, 255
 – *siehe auch* Auflösungsargument; dispositives Recht; Guinea-Pig-Modell; Informationspflichten; neoklassisches Personalisierungsprojekt
 Straßenverkehr 103 f.
strict liability, siehe Gefährdungshaftung
strict scrutiny 251, 265
 – *siehe auch* *intermediate scrutiny*
structured decisionmaking 234 (Fn. 255)
 – *siehe auch* normstrukturelles *balancing*
 Subjektivierung 10
 – *siehe auch* Personalisierung
 Subjektivität 46 f.
 Summenfunktion aus Informations- und Unsicherheitskostenfunktion 87
Sunstein, Cass 316
 – *siehe auch* *nudge*; Liberalismus II; Republikanismus
supervised learning 43
 – *siehe auch* fallbasierte algorithmische Entscheidungssysteme
surveillance capitalism, siehe Überwachungskapitalismus

targeted advertising 40
taste-shaping 166 f., 175, 320, 333
 Tätigkeitsinformationskosten 93 f.
taxis 310, *siehe auch* spontane Ordnung
Taylor, Charles 184
 – *siehe auch* *exercise-freedom*; *opportunity-freedom*
 Testierfähigkeit 165–167
 – *siehe auch* Geschäftsfähigkeit
 Theodizee-Problem 187 f.
 Theorie des vollständigen Vertrages 1, 79
 These von der abwägungsmäßigen Gleichstellung 301 f.
 – *siehe auch* grundrechtliche Statuslehre; Schutzpflichten
 Tracking 41 f.
 – reelles 42
 – virtuelles 41 f.
transaction benefits 168, 181 f., 198, 319
 Transaktionen, unentgeltliche 77 f.
 Transaktionskostensenkung 68–70
 – Transaktionskostensenkung I 69, 323 f.
 – Transaktionskostensenkung II 69, 324, *siehe auch* *mimic the market*
 Typenfixierung 129 f.
 – *siehe auch* *numerus clausus*
 Typenzwang 120–129
 – *siehe auch* *numerus clausus*

 Überforderung der Verwaltungsgerichte 284 f.
 Übernahmeverschulden 108
 Überwachungskapitalismus 40
 Umstände des Einzelfalles 113 f.
 – *siehe auch* Personalisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs
underinclusive 2, 36, 82, 249 f., 328
 – *siehe auch* *overinclusive*
 Uniformismus, sektorieller 175, 333
 – *siehe auch* konservativer Hedonismus
 Unsicherheitskosten 86 f., 105
 – und Deliktsrecht 105
 – und Ex-post-Personalisierung 97 f.
 – und Informationskosten 86 f.
 – und Opt-out-Kosten 91 f.
 Unsicherheitskostenfunktion 87, 105
unsupervised learning 44
 – *siehe auch* fallbasierte algorithmische Entscheidungssysteme
 Urteil 61 f.
 Urteilsmodell 61 f.
 – *siehe auch* Rechtsnormmodell; Verwaltungsaktsmodell

- utilities* 179
utility function 180
- Verbandskompetenz 271
 Verbotsmodell 299
 – *siehe auch prohibition-dimension*
 Verbraucherdarlehensvertrag 152
 Verfahrensgleichheit 272
 – *siehe auch Gleichheit*
 Verfassung der Mitte 334
 Verfassung, gemischte 334
 Verfassungsidentität, *siehe* Wesensgehaltsschutz
 Verfassungsrecht
 – *siehe auch* additiver Grundrechtseingriff; Demokratieprinzip; Gewaltenteilung; Grundrechte; grundrechtliche Statuslehre; Liberalismus des Grundgesetzes; Persönlichkeitsschutz; Schutzpflichten; verfassungsrechtliche Gleichheit; verfassungsrechtliches Allgemeinheitserfordernis; Verhältnismäßigkeitsschutz; Wesensgehaltsschutz
 – kollidierendes 340
 Verhaltensökonomik 13 (Fn. 1)
 – empirischer Ansatz 144 f., *siehe auch* Empirismus
 – normativer Ansatz 141–143, *siehe auch* Paternalismus
 Verhaltenssteuerung
 – durch Architektur 228–230
 – durch Bürgerethos 229
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, *siehe* Verhältnismäßigkeitsschutz
 Verhältnismäßigkeitsschutz 219–221
 – *siehe auch* Wesensgehaltsschutz; Verfassungsrecht
 – dynamischer 220 f.
 – relativer, *siehe* Verhältnismäßigkeitsschutz
 – statischer 219 f.
 Verkehrspflichten 111
 – *siehe auch* Fahrlässigkeit
 Verordnung 276
 Verpflichtungsmodell 299 f.
 – *siehe auch obligation-dimension*
 Verschulden 118 f.
 Verständnisproblem 51
Verstein, Andrew 280
- *siehe auch* Personalisierung durch Private; Vertragsmodell
 Vertragsauslegung, ergänzende 20, 80, 100
 Vertragsfreiheit 188–191
 – *siehe auch* Freiheit; Privatautonomie
 Vertragsmodell 294 f., 296–303
 – *siehe auch* Beleihungsmodell; Personalisierung durch Private; reines Staatsmodell; Verwaltungshelfermodell 292–303
 – grundrechtliche Erfassung 298–303
 – rechtstheoretische Erfassung 296–298
 – Vertragsmodell mit Privatisierung 295
 – Vertragsmodell ohne Privatisierung 295
 Vertragsrecht 73–76
 Vertragstheorie 297 (Fn. 109)
 Vertrauensaspekt 290 f.
 Vertrauensschutz 335
 Vertretbarkeitslehre 34 (Fn. 18)
 – *siehe auch* Standard; unbestimmter Rechtsbegriff
 Verwaltungsakt 57–59
 – *siehe auch* Verwaltungsaktsmodell
 Verwaltungsaktlichung 209
 Verwaltungsaktsmodell (Einzelbetrachtung) 57–59
 – *siehe auch* Rechtsnormmodell; Urteilsmodell
 Verwaltungsgerichtsbarkeit 282–285
 – *siehe auch* Kontrollfunktion
 Verwaltungshelfer 293, 299
 Verwaltungshelfermodell 293
 – *siehe auch* Beleihungsmodell; Personalisierung durch Private; reines Staatsmodell; Vertragsmodell
 Verwaltungsrechtsmodell 201
 – *siehe auch* Privatrechtsmodell
 – als faktisches Gebotsregime 214
 – als Gebotsregime 212–214
 – als rechtliches Gebotsregime 213
 Verwaltungsvorschrift 58 (Fn. 114), 275 f., 296 f.
 – *siehe auch* Binnenvorschrift
 Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts 340 f.
 Verzögerungsschadensersatz 73–76, 241–244
 Vorhersehbarkeitsproblem 51
 Vorsorgemaßnahmen 108 f.

- Wahldimension der Freiheit 178
 – *siehe auch* Freiheit
 Wahlrechtsgleichheit 271 f.
 – *siehe auch* Gleichheit
 Warnung 149
 – *siehe auch* Informationspflichten
wealth maximization, *siehe* Wohlstandsmaximierung
 Werteordnung 314–317, 339 f.
 Wesensgehaltsschutz 214–219, 267 f., 337
 – *siehe auch* statischer Wesensgehaltsschutz; Verhältnismäßigkeitsschutz; Verfassungsrecht
 – absoluter, *siehe* Wesensgehaltsschutz
 – dynamischer 217–219, 268
 Wesensgehaltsschutz, statischer 216 f., 267 f.
 – eingriffsbezogene Bestimmung 216 f.
 – schutzbereichsbezogene Bestimmung 216
 Wesentlichkeitstheorie 17
 Widerrufsrecht 170–173
 – Autopersonalisierung durch Gestaltungsrecht 172 f.
 – eindimensionaler Ansatz 171
 – mehrdimensionaler Ansatz 171 f.
 – Schutzinstrument 173
will-aligning default rules 154
 – *siehe auch* dispositives Recht
will-deviating default rules 154
 – *siehe auch* dispositives Recht
 Wohlstandsmaximierung 67, 322 f.
 Zahlungsbereitschaft, marginale, *siehe* Grenzrate der Substitution
 Zeitproblem 57, 283
zero-quantity-default 158 (Fn. 134)
 – *siehe auch* dispositives Recht
 Zivilgerichtsbarkeit 285–292
 – *siehe auch* Rechtsfortbildungsfunktion
zoon politicon 318
Zuboff, Shoshana 40, 42
 – *siehe auch* Überwachungskapitalismus; reelles Tracking
 Zurechnungsfähigkeit, deliktische 159–162
 – generalisierende Elemente 161
 – personalisierende Elemente 160 f.
 Zweites Theorem der Wohlfahrtsökonomie 68 f.