

Normative Realien

Bestimmung des Rechts durch den Sachverhalt.
Eine Analyse am Beispiel des *Family Law Exceptionalism*

DISSERTATION

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Letizia J. M. Lionetti

von

Zürich

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. iur. David Dür

und

Prof. Dr. Andreas Thier

Inhaltsverzeichnis

Vorwort des Erstgutachters	VII
Vorwort.....	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XV
Literatur- und Materialienverzeichnis.....	XVII
Einleitung.....	1
1. Ausnahmecharakter des Familienrechts?	5
1.1 Anhand des FLE geübte Kritik.....	5
1.1.1. Inhalt des FLE.....	5
1.1.2. FLE als Erbe der Critical Legal Studies (CLS)	7
1.1.3. «Ökonomische» Familie und Haushalt	9
1.1.4. Weiterer Kreis des FLE.....	13
1.1.5. Sicht des FLE auf die historische Rechtsschule.....	16
1.1.6. Amerikanisches Rechtsdenken.....	19
1.2 Familienrechtliche Aktualität der Fragestellung	22
1.2.1 Relevanz für das schweizerische Recht	24
1.2.2 Modernisierung des Familienrechts	25
1.2.3 Familienrechtliche Neuerungen und die FLE-These	28
1.3 Familie – vielleicht doch ein Sonderfall.....	30
2. Geltendes versus richtiges Recht.....	35
2.1 FLE versus Savigny	35
2.2 Philosophischer Positivismus	37
2.3 Rechtlicher Historizismus als eine Form des Positivismus	39
2.4 Savigny und die historische Rechtsschule.....	42
2.4.1 Savignys historische Methode.....	44
2.4.2 Isolierung des Familienrechts.....	47
2.4.3 Würdigung der Methode Savignys.....	51
2.5 Folgen für das positive Recht	54
3. Normativer Realismus	57
3.1 Sein, Sollen und Erkenntnis.....	57

3.2	Formen eines normativen Realismus	60
3.2.1	Stoa und die römischen Juristen.....	60
3.2.2	Soziologische Jurisprudenz.....	61
3.2.3	Legal Realism.....	63
3.3	Normative Realien und Familie.....	64
3.3.1	«Niemand gibt Gesetze – Gesetze gibt es»	65
3.3.2	Diskursives Recht.....	70
3.3.2.1	Grundgedanke des diskursiven Rechts.....	70
3.3.2.2	Der Konflikt und seine Parteien	71
3.3.3	Ordnung durch Biologie und Verhaltensevolution.....	72
3.3.3.1	Sein und Sollen im Gehirn	72
3.3.3.2	Reziprozität und der Schutz des Schwächeren.....	76
3.3.4	Verhaltensevolutionäre Strukturierung der Familie im Besonderen	78
3.3.4.1	Elternschaft.....	79
3.3.4.2	Endogene und exogene Prozesse.....	80
3.3.4.3	Reziprozität der Geschlechter	82
3.3.5	Normative Realien als innere «Software».....	84
3.3.5.1	Lernende Software	87
3.3.5.2	Vertrauen in zukünftige Reziprozität als Unterscheidungsmerkmal.....	88
3.3.5.3	Vertrauen in zukünftige Reziprozität und gruppenbezogene Sachverhalte	89
3.3.6	Gruppenbezogene Sachverhalte und die entsprechenden eigenen Rechtsstrukturen.....	94
3.3.6.1	Bedeutung der hidden layers	94
3.3.6.2	Differenzierung normativer Realien anhand unterschiedlicher Gruppen.....	95
3.3.7	Sonderfallstrukturen überindividueller Einheiten im Allgemeinen	97
3.3.8	Familie als Sonderfall.....	100
3.3.8.1	Sonderfallstrukturen der Familie.....	100
3.3.8.2	Unterschiede zu anderen überindividuellen Einheiten.....	103
3.3.8.3	Unterschiede zu Familienstiftungen und Familienfideikommissen	104
3.3.8.4	Unterschiede zum Verein und zur Aktiengesellschaft.....	105
3.3.8.5	Exkurs : Corporate Governance	106

3.4	Schematische Übersicht: Normative Realien bei überindividuellen Einheiten.....	107
3.5	Der Familiensachverhalt bestimmt das Familienrecht.....	109
4.	Einordnung des schweizerischen Familienrechts	111
4.1	Historischer Abriss.....	111
4.1.1	Familie im Kontext des 19. Jahrhunderts.....	111
4.1.1.1	Familie.....	111
4.1.1.2	Kontext.....	113
4.1.2	Rechtliche Ausgangslage.....	114
4.1.2.1	Familienrecht im ZGB.....	114
4.1.2.2	Umstrittener Einfluss der historischen Rechtsschule	116
4.1.2.3	Revisionen	119
4.2	Materielle Übersicht.....	121
4.2.1	«Eintrittsrechte»	122
4.2.2	«Austrittsrechte»	124
4.2.3	Interne Regeln	125
4.2.3.1	Prinzipien des Innenverhältnisses	125
4.2.3.2	Schutz der ehelichen Gemeinschaft	127
4.2.3.3	Kindesverhältnis	128
4.3	Familie versus Familienrecht.....	130
5.	Konklusion.....	133