

Dr. iur. Jonas Wüthrich

Resilientes Privatrecht

**Implikationen für die Rechtsordnung
und die juristische Ausbildung**

DIKE

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	IX
Abkürzungen.....	XIX
Literatur.....	XXV
Abbildungen.....	LXVII
Zusammenfassung.....	LXIX
Abstract.....	LXXI
Résumé.....	LXXIII
A. Einleitung.....	3
1. Prolog.....	3
2. Argumentationslogik.....	6
3. Forschungsmethode.....	11
B. Die Ordnungsfunktion des Rechts und in der Rechtsordnung intendierte sozial-liberale Menschenbildelemente.....	27
1. Die Rechtsordnung funktional betrachtet.....	27
2. Die Rechtsordnung aus der Sicht der Systemtheorie.....	36
3. Die in der schweizerischen Rechtsordnung intendierten sozial-liberalen Menschenbildelemente.....	40
C. Dominanter Erosionsmechanismus und Verrechtlichung.....	65
1. Zunehmende Weltkomplexität als dominanter Erosionsmechanismus.....	66
2. Verrechtlichung, Varietät 1. Ordnung und Rechtsunordnung.....	85
D. Disziplinfremde Inspirationen für ein resilientes Privatrecht.....	109
1. Resiliente Verhaltensmuster atypischer Unternehmen im Umgang mit zunehmender Weltkomplexität.....	110
2. Der Transfer resilienter Verhaltensmuster und lokalisierter Resilienztreiber auf privatrechtliche Fragestellungen.....	161
3. Von resilienten Antworten auf privatrechtliche Fragestellungen zu privatrechtlicher Resilienz.....	215
E. Resiliente Rechtsordnung und resiliente juristische Ausbildung.....	225
1. Gedanken zu einer resilienten Rechtsordnung.....	226
2. Bereits vorherrschende Resilienz in der Rechtsordnung.....	228
3. Ex-post- und Ex-ante-Resilienzüberlegungen zu Aspekten der Rechtsordnung.....	234

Inhaltsübersicht

4. Resiliente Rechtsordnung.....	250
5. Integration des Resilienzaspekts in der juristischen Ausbildung.....	253
6. Resiliente juristische Ausbildung.....	266
7. Rückblick und wissenschaftlicher Mehrwert.....	266
Glossar	273

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen.....	XIX
Literatur.....	XXV
Abbildungen.....	LXVII
Zusammenfassung.....	LXIX
Abstract.....	LXXI
Résumé.....	LXXIII
A. Einleitung.....	3
1. Prolog.....	3
2. Argumentationslogik.....	6
2.1. Problemstellung.....	6
2.2. Forschungslücke.....	6
2.3. Forschungsfragen.....	8
2.4. Roter Faden – 15 Thesen.....	9
2.5. Forschungsleistung.....	10
3. Forschungsmethode.....	11
3.1. Rechtsphilosophie als Leitdisziplin.....	11
3.1.1. Philosophische Anthropologie und Tugendethik.....	11
3.1.2. Gebot von Treu und Glauben.....	13
3.2. Transfer von Erkenntnissen aus atypischen Unternehmen auf privatrechtliche Fragestellungen.....	14
3.2.1. Allgemeine Systemtheorie.....	15
3.2.2. Kybernetik.....	17
3.2.3. Resilienz.....	19
3.2.4. Viabilitätstest.....	19
3.2.5. Zusammenspiel zwischen philosophischer Anthropologie bzw. Tugendethik und Systemtheorie bzw. Kybernetik.....	21
3.2.6. Entkräftung des Vorwurfs der überzogenen Ansprüche.....	21
3.2.7. Entkräftung des Vorwurfs des naturalistischen Fehlschlusses ..	22
3.2.8. Verteidigung einer Annäherung zwischen Recht und Moral.....	23
B. Die Ordnungsfunktion des Rechts und in der Rechtsordnung intendierte sozial-liberale Menschenbildelemente.....	27
1. Die Rechtsordnung funktional betrachtet.....	27
1.1. Die Ordnungsfunktion.....	29

1.1.1. Vermeidung von Interessenkonflikten, Rechtssicherheit und Verhaltenssteuerung	29
1.1.2. Zusammenspiel zwischen Rechtsprinzipien, regulierenden Instanzen und Regulierungsmedien.....	30
1.1.2.1. Rechtsprinzipien.....	31
1.1.2.2. Regulierende Instanzen	32
1.1.2.3. Regulierungsmedien: Rechtsquellen und Rechtsnormen	32
1.2. Die Konfliktbereinigungs- und Friedensfunktion	34
1.3. Die Herrschafts- und Herrschaftskontrollfunktion.....	35
1.4. Die Gerechtigkeitsfunktion.....	35
2. Die Rechtsordnung aus der Sicht der Systemtheorie.....	36
2.1. Die Rechtsordnung als System.....	36
2.2. Die Subsysteme der Rechtsordnung.....	38
2.3. Zwischenergebnis 1: Die Ordnungsfunktion und Systemtheorie charakterisieren die Rechtsordnung	39
3. Die in der schweizerischen Rechtsordnung intendierten sozial-liberalen Menschenbildelemente.....	40
3.1. Anthropologische Grundlagen	41
3.1.1. Plurale Menschenbildelemente.....	41
3.1.1.1. Liberales Menschenbild: Vorrangstellung des Individuums	42
3.1.1.2. Republikanisch-kommunitaristisches Menschenbild: Hinzunahme der sozialen Dimension.....	43
3.1.2. Mehrwert des Menschenbildkonstrukts.....	44
3.2. Der Mensch im Recht	45
3.2.1. Historische Dimension und Hintergründe	45
3.2.1.1. 16. bis 18. Jahrhundert: Der in seiner Selbstbestimmung begrenzte Mensch.....	46
3.2.1.2. 19. und 20. Jahrhundert: Der autonome Mensch.....	46
3.2.2. Normativer Individualismus: Der individualistisch-autonome Mensch im Zentrum des Rechts	47
3.2.3. Plurale rechtliche Menschenbildelemente: Inklusion der sozialen Dimension	49
3.2.4. Menschenbildelemente des Verfassungs- und Gesetzgebers.....	50
3.2.4.1. Der Mensch im öffentlichen Recht	50
3.2.4.1.1. Homo constitutionis: Der Mensch in der Verfassung.....	50
3.2.4.1.2. Der Mensch im Strafrecht	55
3.2.4.2. Der Mensch im Privatrecht	58
3.2.5. Menschenbildelemente der Exponenten des Rechtssystems	62
3.2.6. Leitplanken des Rechts.....	63

3.3. Zwischenergebnis 2: Sozial-liberale Menschenbildelemente prägen die Rechtsordnung.....	63
C. Dominanter Erosionsmechanismus und Verrechtlichung	65
1. Zunehmende Weltkomplexität als dominanter Erosionsmechanismus.....	66
1.1. Fünf Komplexitätstreiber	67
1.1.1. Moderner Zivilisationsstil	69
1.1.1.1. Zersetzung informell geltender Normbestände und traditioneller Wertorientierung: Littering am Rheinufer.....	69
1.1.1.2. Individualisierung und Pluralisierung: Selbstbestimmte Berufswahl und sexuelle Ausrichtung sowie Vielfalt der Lebensstile	70
1.1.1.3. Neue Aufgabenbereiche des Staates: Zunahme der Sozialleistungen	71
1.1.2. Ansteigende Risikoaversion	71
1.1.2.1. Angst vor terroristischen Anschlägen: Präventionsmassnahmen und Sicherheitsbedürfnis an den Grenzen des Rechts.....	74
1.1.2.2. Fehlender Realismus für Unsicherheit	77
1.1.2.3. Auswirkungen	78
1.1.2.4. Prophylaxe: Funktionierende demokratische Öffentlichkeit	79
1.1.3. Internationalisierung und Globalisierung	79
1.1.4. Technischer Fortschritt.....	81
1.1.5. Einfluss von Interessenverbänden	82
1.2. Zwischenergebnis 3: Erste Erosionsanzeichen aufgrund zunehmender Weltkomplexität	83
2. Verrechtlichung, Varietät 1. Ordnung und Rechtsunordnung	85
2.1. Verrechtlichung.....	85
2.1.1. Verrechtlichungsarten und Arbeitsdefinition von Verrechtlichung.....	87
2.1.2. Verfassungsrechtlicher Kontext	89
2.1.3. Internationalisierung des Rechts.....	89
2.1.3.1. Drei Dimensionen	90
2.1.3.2. Autonomer Nachvollzug und Menschenrechte	91
2.1.3.3. Lex mercatoria	92
2.1.4. Erste Ergänzung der Arbeitsdefinition von Verrechtlichung.....	93
2.1.5. Reaktionen auf dominanten Erosionsmechanismus	94
2.1.5.1. Flexibilisierung der Rechtsentwicklung.....	94
2.1.5.2. Zunehmende Spezialgesetze	96
2.1.5.3. Mehr Sozialstaatlichkeit.....	97
2.1.5.4. Technisches Legiferieren	97
2.1.6. Problematisierung durch Experten	98

2.1.7. Zweite Ergänzung der Arbeitsdefinition von Verrechtlichung...	98
2.2. Varietät 1. Ordnung und Rechtsunordnung.....	99
2.2.1. Ausdifferenzierung und notwendige Varietät 1. Ordnung.....	99
2.2.2. Fragliche Einheit der Rechtsordnung	100
2.2.2.1. Dekodifikation	100
2.2.2.2. Widersprüche und Inkohärenzen.....	102
2.2.3. Verrechtlichungsdefinition: Rechtsunordnung im Sinne von Unübersichtlichkeit	103
2.3. Zwischenergebnis 4: Verstärkte Erosionsanzeichen aufgrund von Verrechtlichung.....	104
D. Disziplinfremde Inspirationen für ein resilientes Privatrecht	109
1. Resiliente Verhaltensmuster atypischer Unternehmen im Umgang mit zunehmender Weltkomplexität.....	110
1.1. Unternehmensführung.....	110
1.2. Atypische Unternehmen.....	111
1.3. Zunehmende Welt- und Regulierungskomplexität.....	117
1.4. Strategie der Komplexitätsreduktion: Resistente und anpassungsfähige Verhaltensmuster	118
1.4.1. Das Unternehmen als System	119
1.4.2. Dominante betriebswirtschaftliche Ordnungsmechanismen typischer Unternehmen	122
1.4.3. Chancen und Grenzen	125
1.5. Strategie der Komplexitätsbewältigung: Resiliente Verhaltensmuster	128
1.5.1. Der interdisziplinäre Resilienzbegriff	129
1.5.1.1. Eine Arbeitsdefinition von Resilienz anhand von drei Resilienzdimensionen	132
1.5.1.1.1. Resistenzfähigkeit	133
1.5.1.1.2. Anpassungsfähigkeit	133
1.5.1.1.3. Wandlungs- und Innovationsfähigkeit.....	133
1.5.2. Drei Rahmenbedingungen zu Problemlösungsprozessen atypischer Unternehmen.....	134
1.5.2.1. Tugenden als erste Rahmenbedingung.....	135
1.5.2.1.1. Integrität	140
1.5.2.1.2. Fairness	141
1.5.2.1.3. Sozialkompetenz	143
1.5.2.1.4. Mut.....	144
1.5.2.2. Sozial-liberale Menschenbildelemente als zweite Rahmenbedingung	146
1.5.2.3. Strukturelle Voraussetzungen als dritte Rahmenbedingung	148
1.5.3. Die Problemlösungsprozesse in atypischen Unternehmen	148

1.5.4.	Erste Ergänzung der Arbeitsdefinition von Resilienz.....	152
1.5.5.	Grenzen und Chancen	152
1.6.	Zwischenergebnis 5: Mit durch Resilienztreibern geförderten Problemlösungsprozessen zu Varietät 2. Ordnung sowie Treu und Glauben als Unternehmenskultur	156
2.	Der Transfer resilienter Verhaltensmuster und lokalisierter Resilienztreiber auf privatrechtliche Fragestellungen	161
2.1.	Komplexitätsreduktion und Komplexitätsbewältigung im privatrechtlichen Kontext.....	163
2.1.1.	Wahrnehmung der Ordnungsproblematiken.....	165
2.1.2.	Strategie der Komplexitätsreduktion: Verrechtlichung als dominanter rechtlicher Ordnungsmechanismus sowie resistentes und anpassungsfähiges Verhaltensmuster.....	166
2.1.2.1.	Chancen.....	169
2.1.2.2.	Grenzen	170
2.2.	Strategie der Komplexitätsbewältigung: Transferkonstrukte und damit zusammenhängende experimentelle Denkangebote als Illustrationen resilienter Verhaltensmuster im Privatrecht.....	173
2.2.1.	Alternative Rahmenbedingungen für Transferkonstrukte und Denkangebote.....	173
2.2.1.1.	Tugenden und sozial-liberale Menschenbildelemente als erste und zweite Rahmenbedingung.....	173
2.2.1.2.	Strukturelle Voraussetzungen als dritte Rahmenbedingung.....	174
2.2.2.	Problemlösungsprozesse bei Transferkonstrukten und damit zusammenhängenden experimentellen Denkangeboten	174
2.2.2.1.	Transferkonstrukt: Principle- and Integrity-Based Compliance	178
2.2.2.2.	Transferkonstrukt: Collaborative Law	184
2.2.2.3.	Denkangebot: Die Bedeutung von Collaborative Law für den Anwaltsberuf.....	189
2.2.2.4.	Transferkonstrukt: Fachrichter und regelmässige interdisziplinäre Weiterbildungen	191
2.2.2.5.	Denkangebot: Die interdisziplinäre Grosskanzlei	196
2.2.2.6.	Transferkonstrukt: Vertrauensarbeitszeit für viele	199
2.2.2.7.	Denkangebot: Vertrauensarbeitsverträge	204
2.2.3.	Zweite Ergänzung der Arbeitsdefinition von Resilienz.....	207
2.3.	Grenzen und Chancen der Transferkonstrukte	207
2.4.	Zwischenergebnis 6: Resiliente Verhaltensmuster führen zu Treu und Glauben als Kultur und zur Reaktivierung sozial-liberaler Menschenbildelemente.....	214
3.	Von resilienten Antworten auf privatrechtliche Fragestellungen zu privatrechtlicher Resilienz.....	215
3.1.	Flexibilität und Vulnerabilität	216

3.2. Beispiele bereits bestehender aber ausbaubarer privatrechtlicher Resilienz.....	216
3.2.1. Vereinsrecht	216
3.2.2. Eherecht	218
3.3. Grenzen und Chancen	220
3.4. Ergebnis: Privatrechtliche Resilienz	220
E. Resiliente Rechtsordnung und resiliente juristische Ausbildung.....	225
1. Gedanken zu einer resilienten Rechtsordnung	226
1.1. Bezug zu den drei Resilienzdimensionen.....	226
1.2. Geschmeidigkeit	228
2. Bereits vorherrschende Resilienz in der Rechtsordnung	228
2.1. Strafbefehl und Deal zwischen Beschuldigtem und Staatsanwaltschaft.....	228
2.2. Rechtsfiguren Billigkeit und unbestimmter Rechtsbegriff	231
2.3. Steuerruling und einmalige Steueramnestie	232
3. Ex-post- und Ex-ante-Resilienzüberlegungen zu Aspekten der Rechtsordnung.....	234
3.1. Ex ante: Sterbehilfe	235
3.2. Ex ante: Organspende	240
3.3. Ex post und ex ante: Privatbestechung und Strafenregime sowie befristete Gesetze	246
4. Resiliente Rechtsordnung.....	250
5. Integration des Resilienzaspekts in der juristischen Ausbildung.....	253
5.1. Universität der Zukunft.....	255
5.1.1. Aktuelle Herausforderungen für Schweizer Universitäten	255
5.1.2. Inspirierende Beispiele aus Grund- und Mittelschulen.....	256
5.1.3. Inspirierende Beispiele auf universitärem Niveau.....	257
5.2. Vorschläge für ein alternatives Curriculum	261
6. Resiliente juristische Ausbildung.....	266
7. Rückblick und wissenschaftlicher Mehrwert.....	266
7.1. Beantwortung der Forschungsfragen	267
7.2. Anmerkungen zu den Erkenntnissen.....	268
7.3. Schlussbetrachtung und Ausblick	271
Glossar	273
Die Rechtsordnung und rechtliche Subsysteme	273
Die Ordnungsfunktion des Rechts und Verrechtlichung	273
Sozial-liberale Menschenbildelemente und Tugenden	274

Konservative Menschenbildelemente und Laster	275
Welt- und Regulierungskomplexität.....	275
Varietät 1. Ordnung und Varietät 2. Ordnung	276
Resiliente Verhaltensmuster, Resilienz und Resilienztreiber	277
Transferkonstrukte und experimentelle Denkangebote	278
Treu und Glauben als Kultur	278
Alternative juristische Lehre an Schweizer Universitäten.....	279

Abbildungen

Abbildung 1	Resistente und anpassungsfähige Verhaltensmuster im betriebswirtschaftlichen Kontext	S. 128
Abbildung 2	Resiliente Verhaltensmuster im betriebswirtschaftlichen Kontext	S. 161
Abbildung 3	Resistente und anpassungsfähige Verhaltensmuster im privatrechtlichen Kontext	S. 172
Abbildung 4	Resiliente Verhaltensmuster im privatrechtlichen Kontext	S. 177
Abbildung 5	Sterbehilfe: Interdisziplinäre Massnahmen anstelle eines Verbots	S. 240
Abbildung 6	Organspende: Kommunikationskampagne anstelle einer Widerspruchslösung	S. 246
Abbildung 7	Privatbestechung und Strafenregime: Befristung anstelle zusätzlicher Tatbestände und Revisionen	S. 250
Abbildung 8	Konkrete Vorschläge für ein alternatives, resilienzorientiertes Curriculum	S. 262