

Hans-Ueli Vogt

Amerikanisierung des Rechts

**Antrittsvorlesung an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich,
gehalten am 28. Juni 2004, 18.15 Uhr, in der Aula der Universität Zürich**

Sehr geehrter Herr Dekan
Meine Damen und Herren
Liebe Kolleginnen und Kollegen

„Nichts“, so schrieb *Alexis de Tocqueville* 1840 in seinem Buch „Über die Demokratie in Amerika“, „[n]ichts scheint geeigneter, die Neugierde zu erregen und zu nähren, als der Anblick [Amerikas].“

Daran hat sich nichts geändert. Amerika ist heute die alleinige Weltmacht. Und was einer tut, der mächtig und zugleich allein ist, das weckt unsere Neugierde. Sie wächst sich allerdings nur allzu leicht zur Bewunderung oder zur Ablehnung aus.

Amerikas Status als alleinige Weltmacht gründet wesentlich auf seiner Fähigkeit, andere dazu zu bringen, dass sie das wollen, was Amerika will. „*Soft power*“ nennt *Joseph Nye*, der Dekan der *Kennedy School of Government*, diesen Pfeiler amerikanischer Macht. Amerikas „*soft power*“ ergibt sich vor allem aus seiner Verkörperung universeller Werte wie Demokratie und Freiheit und seiner kulturellen Anziehungskraft.

Amerikanische Produkte verbinden weltweit die Mitglieder der Konsumgesellschaft. Die amerikanische Wirtschaft ist ein Motor der Globalisierung. Amerikas geistige Elite gehört zur geistigen Elite dieser Welt. Und seine Unterhaltungsindustrie prägt die Formen künstlerischen Ausdrucks unseres Zeitgeistes.

Hand in Hand mit der Amerikanisierung in Wirtschaft, Kultur und Wissenschaft geht die Amerikanisierung des Rechts.

Sie ist ein kaum zu überschätzender Trend der heutigen Rechtsentwicklung, der das *geschriebene* Recht und das „*lebende*“ Recht ebenso erfasst wie das *Rechtsdenken* und die *Rechtskultur*.

Die Amerikanisierung des Rechts möchte ich im Folgenden beschreiben und in Ansätzen zu erklären versuchen.

Ich werde Ihnen am Beispiel des Gesellschaftsrechts unter anderem aufzeigen, wie die extraterritoriale Geltung amerikanischen Rechts Änderungen in unserem geschriebenen Recht ausgelöst hat. Am Beispiel des Immaterialgüterrechts möchte ich darlegen, wie die Einflussnahme der USA in internationalen Rechtsetzungsgremien sich im geschriebenen Recht niederschlägt. Dass auch das „lebende Recht“ amerikanisiert wird, werde ich unter anderem anhand der Verbreitung amerikanischer Geschäftsformen wie Leasing und des amerikanischen Vertragsstils erläutern. Und schliesslich werde ich auf die Amerikanisierung unseres Rechtsdenkens und unserer Rechtskultur zu sprechen kommen und dabei unter anderem die Ökonomische Analyse des Rechts thematisieren.

Die Amerikanisierung des Rechts oder gar amerikanisches Recht zu *bewerten*, habe ich mir für diesen Vortrag *nicht* vorgenommen.

Amerikanisierung des geschriebenen Rechts: Anpassung von Rechtsvorschriften aufgrund der extraterritorialen Geltung des amerikanischen Rechts

Ich erinnere mich an den Herbst 2001 in New York. Der Fall von „*Enron*“, der einst, gemessen am Umsatz, siebtgrössten amerikanischen Gesellschaft, war das erste Ereignis, das dem „11. September“ die Spitzenposition in der amerikanischen Nachrichtenberichterstattung nachhaltig streitig machen konnte. „*Enron*“ steht heute für eine Reihe von Unternehmensskandalen, die Amerika und, mit leichter Verzögerung, auch Europa und die Schweiz erschütterten.

Auf diese Erschütterungen reagierte der amerikanische Bundesgesetzgeber mit dem *Sarbanes-Oxley Act*. Dieses Gesetz bildet unter anderem die Rechtsgrundlage für eine neu geschaffene Aufsichtsbehörde für das Revisionswesen, den *Public Company Accounting Oversight Board*, kurz *PCAOB*. Aufgabe des *PCAOB* ist es unter anderem, die Qualität der Arbeit der Revisionsgesellschaften und deren Unabhängigkeit zu überprüfen und durchzusetzen. Dem *PCAOB* unterstehen alle Revisionsgesellschaften, die ein an einer amerikanischen Börse kotiertes Unternehmen prüfen. Dies gilt auch bei blosser Zweitkotierung des geprüften Unternehmens, wie dies für eine Reihe Schweizer Publikumsgesellschaften zutrifft. Der *Sarbanes-Oxley Act* besitzt also extraterritoriale Geltung.

In der Schweiz hat nun der Bundesrat am letzten Mittwoch einen überarbeiteten Vorentwurf zur Neuordnung des Revisionsrechts vorgelegt. Der Vorentwurf sieht eine eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde vor, deren Aufgaben jenen des *PCAOB* vergleichbar sind. Diese Parallele ist freilich kein Zufall. Man will mit einer eigenen Revisionsaufsichtsbehörde nämlich nicht zuletzt auch erreichen, dass deren

Überwachungs- und Überprüfungstätigkeit mit Bezug auf schweizerische Revisionsgesellschaften vom *PCAOB* anerkannt wird und es somit möglichst nicht dazu kommt, dass der *PCAOB* Einblick in wichtige Unterlagen von Schweizer Gesellschaften erhält. Die Schweiz hat darum denn auch in den vergangenen Monaten verschiedene Gespräche mit dem *PCAOB* geführt.

Die extraterritoriale Geltung der amerikanischen Vorschriften über die Aufsicht im Revisionswesen hat somit zum bevorstehenden Paradigmenwechsel im Revisionswesen beigetragen: dem Wechsel von der Selbstregulierung zur staatlichen Aufsicht.

Die Amerikanisierung des Gesellschaftsrechts kann man nun allerdings nicht einfach anhand vereinzelter Amerikanisierungsgeschichten wie derjenigen über die Aufsicht im Revisionswesen erzählen. Man muss den Blick auf die Grundlinien der Entwicklung des Gesellschaftsrechts lenken.

Amerikanisierung des geschriebenen Rechts: „Stille“ Amerikanisierung

Zwischen etwa 1870 und 1930 wandelten sich in den USA viele Privatunternehmen in Publikumsgesellschaften um. Sie deckten ihren Kapitalbedarf, der vor allem beim Eisenbahnbau bestand, also dadurch, dass sie Aktien ausgaben.

Besonders die *New York Stock Exchange* übernahm dabei schon in den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts durch ihre strikten Kotierungsvorschriften eine Vorreiterrolle bezüglich der Anforderungen an die Geschäftsberichterstattung und die Aktionärsdemokratie. Aktienrecht ist in den USA also schon seit über hundert Jahren zu einem wesentlichen Teil auch Kapitalmarktrecht.

Demgegenüber wurde in Westeuropa erst im Verlaufe der Neunzehnsiebzigerjahre die Beschaffung grösserer Kapitalien wichtiger und begann die Finanzierung über den Aktienmarkt eine grössere Rolle zu spielen. Das rechtliche Ergebnis dieser westeuropäischen Entwicklung ist im Bereich der Publikumsgesellschaften ein Gesellschaftsrecht, das, gleich wie in den USA, in vielen Punkten an einem funktionierenden Kapitalmarkt orientiert ist. Offenbar hat hier also eine „stille“ Amerikanisierung der konzeptionellen Grundlagen des Rechts der Publikumsgesellschaften stattgefunden.

Wie ist diese „stille“ Amerikanisierung zu erklären?

Den Ausgangspunkt bilden die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Im Zuge einer immer stärkeren internationalen Vernetzung der Geschäftswelt kamen auch *nichtamerikanische* Unternehmen, ihre Anwälte und die Unternehmensjuristen mit dem Recht und den Akteuren des amerikanischen Kapitalmarktes in Berührung. Als sich dann in der Schweiz immer mehr ein liquider Aktienmarkt entwickelte, wurde

die amerikanisch geprägte internationale Geschäftspraxis auch mit Bezug auf unsere *eigenen* Märkte beachtet.

Eine Änderung des geschriebenen Rechts bedeutet diese Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse allerdings noch nicht. Dafür, dass sich die Regeln des Rechts ändern, braucht es Ereignisse: ein kleines, im Nachhinein kaum mehr identifizierbares, das zum Beispiel eine Jahrzehnte dauernde Revision des Aktienrechts auslöst, oder ein grosses, eine Erschütterung, die das Rechtssystem und dann auch die Politik zum Galoppieren bringt.

Zu einer Erschütterung kam es zum Beispiel Anfang der Achtzigerjahre durch einen Justizkonflikt zwischen der Schweiz und den USA. Dieser Justizkonflikt ergab sich, stark vereinfacht, daraus, dass damals Insidergeschäfte in der Schweiz noch nicht strafbar waren, in den USA dagegen schon. Eine rechtliche Unterstützung durch schweizerische Behörden oder Unternehmen in amerikanischen Verfahren wegen Insiderhandels war darum nicht ohne weiteres möglich. Die in der Schweiz allerdings schon *vor* diesem Justizkonflikt in Gang gesetzten Vorarbeiten zu einer gesetzlichen Regelung von Insidergeschäften wurden durch den Konflikt zwischen der Schweiz und den USA beschleunigt.

Liegt aufgrund eines Ereignisses, insbesondere einer Erschütterung, Druck auf dem politischen System, Recht zu produzieren, dann steht Amerika eben sehr oft bereits mit einer Lösung für unsere Probleme da.

Amerika wirkt in solchen Situationen allerdings nicht einfach als Träger eines Rechtssystems auf unsere staatlichen und privaten Regulatoren ein, sondern auch als ein Symbol. Ich sehe drei Merkmale, die diesem Symbol eine Gestaltungskraft in unserer Rechtsentwicklung verleihen:

Erstens hat Amerika in fast allen Belangen – den guten wie den schlechten – einen Vorsprung auf uns und kann darum Erfahrung im Umgang mit Problemen bieten, die später auch uns beschäftigen. Mit Amerika verbindet uns – zweitens – die Bande einer Wertegemeinschaft der westlichen Welt, sodass amerikanische Lösungen bei uns in vielerlei Hinsicht Vertrautes ansprechen. Und drittens ist Amerika mächtig, sodass das, was Amerika tut, Aussicht auf Durchsetzung und Erfolg hat. In einer Situation des Handlungsbedarfs aber sind Erfahrung, Vertrautheit und Aussicht auf Erfolg Trümpfe einer Handlungsalternative gegenüber anderen Alternativen, einschliesslich derjenigen, eine *eigene* Problemlösung zu entwerfen. In den Selektionskämpfen des Rechtssystems profitieren amerikanische Lösungen also von der Symbolkraft Amerikas.

Soll nun eine amerikanische Regel in unser Rechtssystem eingepflanzt werden, dann geschieht dies im Übrigen umso leichter, je mehr amerikanisches Rechts-

Gedankengut sich bereits bei uns verbreitet hat. Eine erste Rezeption ebnet jeder nachfolgenden Rezeption das Terrain.

So wird etwa das Institut der ad-hoc-Publizität, also die Pflicht börsenkotierter Unternehmen zu sofortiger Bekanntmachung kursrelevanter Informationen, viel bereitwilliger aufgenommen, wenn zuvor bereits ein Insider-Straftatbestand aus dem gleichen Rechtskreis übernommen worden ist. Denn die ad-hoc-Publizität hat ja gerade auch zum Ziel, Insidergeschäfte zu verunmöglichen, indem Insiderwissen möglichst schnell publik gemacht wird.

Nach und nach verbinden sich schliesslich diese verschiedenen rezipierten Regeln zu einem Ganzen, eben insbesondere dem Konzept eines am Aktienmarkt orientierten Rechts der Publikumsgesellschaften. Regeln etwa über öffentliche Kaufangebote erscheinen dann nur noch als Konkretisierung dieses Konzepts und sind geradezu eine Systemnotwendigkeit.

So, meine ich, kann man die „stille“ Amerikanisierung der konzeptionellen Grundlagen des Gesellschaftsrechts jedenfalls in Ansätzen erklären.

In einem gesamtgesellschaftlichen Zusammenhang bedeutet die Entwicklung zu diesem Recht der Publikumsgesellschaften eine Demokratisierung von Teilhabe und Kontrolle. Dadurch, dass Unternehmen sich für die Finanzierung ihrer Tätigkeiten ans Publikum wenden und gegen Geld ein Stück Mitsprache und einen Anteil am Gewinn versprechen, wird in Unternehmen Partizipation, bestehend aus Teilhabe und Kontrolle, im Sinne des Demokratiedenkens pluralisiert.

Die Pluralisierung von Partizipation mit Bezug auf Unternehmen ist in unserer Gesellschaft, in der sich die Macht zunehmend vom Staat zu den Unternehmen bewegt, von grösster Bedeutung. Nur 19 Staaten haben ein Bruttoinlandprodukt, das den Umsatz des weltgrössten Konzerns, des Detailhändlers „Wal-Mart“, übersteigt; und unter den 100 grössten wirtschaftlichen Gebilden der Welt sind nur 48 Staaten, der Rest sind Konzerne. Die Herausbildung eines am Aktienmarkt orientierten Rechts der Publikumsgesellschaften und die damit verbundene Demokratisierung von Teilhabe und Kontrolle stellen angesichts dieser Zahlen einen Prozess dar, der in seiner Bedeutung der Demokratisierung der *politischen* Institutionen in nichts nachsteht. Und in beiden diesen Prozessen spielte bzw. spielt Amerika eine entscheidende Rolle.

Amerikanisierung des geschriebenen Rechts: Einflussnahme in internationalen Rechtsetzungsgremien

Ein anderer Kanal der Amerikanisierung des geschriebenen Rechts liegt in der Einflussnahme der USA in internationalen Rechtsetzungsgremien. Dieser Kanal ist im Immaterialgüterrecht besonders wichtig.

Zum Beispiel im Patentrecht: Die USA sind ein Land mit einer bedeutenden Pharmaindustrie und Pharmaforschung und haben dementsprechend ein Interesse an einem stark ausgebauten Patentschutz, und zwar nicht nur im eigenen Land, sondern auch und gerade in jenen Ländern, in welche die amerikanische Pharmaindustrie ihre Medikamente exportiert.

Demgegenüber besitzen Länder wie insbesondere Brasilien und Indien zwar ebenfalls bedeutende Pharmaindustrien, doch liegt deren Stärke, vereinfacht gesagt, nicht in der *Erforschung* neuer Medikamente, sondern in der *Produktion* und *Nachahmung* von Medikamenten. Diese Länder haben dementsprechend kein Interesse an einem stark ausgebauten Patentschutz, denn sie möchten die Stoffe für die Produktion von Medikamenten wenn möglich patentfrei und damit gratis nutzen können.

Unterstützt durch Japan und die EU machten die USA den Schutz des geistigen Eigentums Mitte der Achtzigerjahre zum Traktandum der GATT-Uruguay-Runde. Das Ergebnis der entsprechenden Verhandlungen ist das TRIPS, das Abkommen über die handelsbezogenen Aspekte des geistigen Eigentums. Es sieht insbesondere vor, dass alle Vertragsstaaten einen Patentschutz von mindestens 20 Jahren in ihrem Recht vorsehen müssen. Damit wurde praktisch die amerikanische – und freilich auch die europäische – Ordnung auf WTO-Stufe gehoben. Brasilien, das pharmazeutischen Produkten und Verfahren einen Patentschutz zuvor verweigerte, gewährt nun ebenfalls einen Schutz von 20 Jahren. Und Indien wird die Vorgaben des TRIPS Anfang nächsten Jahres erfüllen, nachdem es zuvor für Verfahrenspatente nur einen siebenjährigen und für Erzeugnispatente *gar* keinen Schutz kannte.

Der Einfluss der USA in internationalen Rechtsetzungsgremien gründet sowohl auf harten als auch auf weichen Faktoren. Ein harter Faktor, der im Vorfeld des Abschlusses des TRIPS-Abkommens eine Rolle spielte, war der Druck, den die USA durch ihre Handelssanktionsgesetzgebung ausübten. Länder, die nicht durch nationale Gesetzgebung für adäquaten Schutz des geistigen Eigentums sorgten, wurden in einem Jahresbericht über unfaire Handelspraktiken gebrandmarkt oder mussten eine Kürzung amerikanischer Finanzhilfen hinnehmen – sozusagen Liebesentzug, eine offenbar auch in der internationalen Wirtschaftsgemeinschaft wirksame Waffe im Beziehungsstreit. Auf diese Weise haben die USA einen Konsens über einen verstärkten Schutz des geistigen Eigentums erzwungen, womit der Abschluss des TRIPS-Abkommens weitgehend vorbereitet war.

Daneben sind es aber auch weiche Faktoren, die den USA bei der Ausarbeitung internationaler Übereinkünfte grosses Gewicht verleihen. Ein Beispiel dafür geben zwei Staatsverträge ab, mit denen der Schutz des Urheberrechts im Zeitalter digitaler Vervielfältigungen weltweit verbessert werden sollte. Hier haben die USA nicht nur die Vertragsverhandlungen initiiert – im Interesse der amerikanischen Unterhaltungsindustrie –, sondern diese Verhandlungen auch von Anfang an dadurch dominiert, dass sie Studien über die Auswirkungen der Digitalisierung auf das Urheberrecht vorlegten und gleich mit konkreten Vorschlägen für eine rechtliche Regelung aufwarteten. Erfahrungsvorsprung und Verhandlungsgeschick heissen diese weichen Faktoren wirkungsvoller amerikanischer Einflussnahme in internationalen Rechtsetzungsgremien.

Amerikanisierung des „lebenden Rechts“: Befolgung von extraterritorial geltendem amerikanischem Recht

Die Amerikanisierung des Rechts betrifft aber bei weitem nicht nur das geschriebene Recht. Sie erfasst auch das „lebende Recht“, also das in der Gemeinschaft befolgte und nötigenfalls durch amerikanische Gerichte und Behörden durchgesetzte Recht.

Vor allem das Vertrags- und das Handelsrecht liefern zahlreiche Beispiele für die Amerikanisierung des „lebenden Rechts“. Hervorheben möchte ich zunächst die Befolgung von extraterritorial geltendem amerikanischem Recht.

So haben die USA in ihrem Kampf gegen den Terrorismus die Vorschrift aufgestellt, dass jeder Frachtführer, der Waren in einen amerikanischen Hafen bringen will, den amerikanischen Zollbehörden 24 Stunden, bevor er sein Schiff belädt, ein Dokument über die gesamte Fracht übermitteln muss. Andernfalls droht ein Entladeverbot im amerikanischen Hafen. Genua, Rotterdam und Hamburg sind auf diese Weise geradezu zu europäischen Satellitenstationen des amerikanischen Rechtssystems geworden.

Ein besonders cleveres Instrument globaler Rechtsdurchsetzung stellt im Zusammenhang mit der Terrorabwehr eine rechtliche Massnahme namens *C-TPAT* dar, die *Customs-Trade Partnership Against Terrorism*. Im Rahmen von *C-TPAT* schliessen die amerikanischen Behörden unter anderem mit Importeuren Partnerschaftsabkommen ab, in denen sich die Importeure etwa verpflichten, Sicherheitsprüfungen bei ihrem Personal und ihren Anlagen vorzunehmen und – vor allem – die Richtlinien von *C-TPAT* ihren ausländischen Zulieferunternehmen im Rahmen von allgemeinen Geschäftsbedingungen zu überbinden. Als Gegenleistung für die Teilnahme an *C-TPAT* werden den Unternehmen Erleichterungen bei der Zollabfertigung in Aussicht gestellt. Private Unternehmen werden also durch Vertrag in den Kampf gegen den Terrorismus eingebunden, und diese Unternehmen binden

weitere, ausländische Unternehmen in die Verwirklichung dieses zunächst einmal *amerikanischen* öffentlichen Interesses ein.

Dies nur zwei Beispiele für die extraterritoriale Befolgung amerikanischen Rechts. Heerscharen ausländischer Unternehmen unterwerfen sich täglich im Prinzip freiwillig der amerikanischen Regulierungsherrschaft und vollziehen weltweit unmittelbar amerikanisches Recht.

Die Amerikanisierung des Rechts ist eben ganz wesentlich auch ein Prozess des „lebenden“, insbesondere des in der Weltwirtschaftsgemeinschaft gelebten Rechts. Sie findet oft fernab von ausländischen Gesetzgebern und sonstigen Regulatoren statt, und praktisch kann sich kein ausländischer Gesetzgeber der Amerikanisierung des Rechts in den Weg stellen.

Wie kommt es denn, dass sich die Unternehmen dieser Welt der amerikanischen Regulierungsherrschaft unterwerfen? Offenbar ist die Attraktivität der amerikanischen Märkte derart gross, dass das amerikanische Recht nicht als Grund für einen Verzicht auf diese Märkte empfunden wird. Und das will etwas heissen, denn die Kosten des Eintritts in die amerikanische Rechtshoheit sind bekanntlich beachtlich. Zu nennen sind die Kosten der *compliance* mit einem detaillierten, vielschichtigen Recht sowie die möglicherweise aufgrund von gerichtlichen oder behördlichen Verfahren anfallenden Kosten: etwa Kosten für die Verteidigung gegen Sammelklagen oder die Leistung von Schadenersatz.

Aus Respekt vor dem amerikanischen Rechtssystem setzen jene, die ihm unterstehen, alles daran, seine Vorschriften einzuhalten. Und wo bezüglich der Anwendbarkeit oder des Inhalts des amerikanischen Rechts eine Unsicherheit besteht, wird man im Zweifelsfall von seiner Anwendbarkeit bzw. der strengeren Auslegungsvariante ausgehen. Tendenziell kommt es dadurch zu einer zu häufigen Erfüllung und mitunter gleichsam einer Übererfüllung der Vorschriften des amerikanischen Rechts. Das ist die Amerikanisierung des Rechts kraft vorauseilenden Gehorsams.

Amerikanisierung des „lebenden Rechts“: „Justizimperialismus“

Der weltweiten Befolgung amerikanischen Rechts entspricht auf der Ebene der *Rechtsdurchsetzung* ein global agierender, bisweilen unzimperlicher amerikanischer Justiz- und Behördenapparat. Er hat den USA auch schon den Vorwurf des „Justizimperialismus“ eingetragen. Dieser Justiz- und Behördenapparat bezieht ausländische Privatpersonen und Unternehmen gelegentlich unmittelbar, das heisst, unter Umgehung des Rechtshilfeweges, in die Durchsetzung amerikanischen Rechts ein.

So sah sich beispielsweise 1981 in einem seinerzeit Aufsehen erregenden Fall die damalige *Banca della Svizzera Italiana* mit einem in einem amerikanischen Zivilprozess erhobenen Begehren konfrontiert, Auskünfte über bestimmte Kundengeschäfte zu geben. Von diesen Kundengeschäften war in jenem amerikanischen Zivilprozess nämlich zu klären, ob sie Insidergeschäfte darstellen. Für den Fall, dass die Bank dem Begehren nicht stattgeben sollte, wurde ihr vom amerikanischen Gericht eine Busse von täglich 50'000 Dollar und ein Verbot in Aussicht gestellt, an den amerikanischen Börsen tätig zu sein. Daraus entwickelte sich der früher angesprochene Justizkonflikt zwischen der Schweiz und den USA. Im letzten Moment vor Fristablauf konnte die Bank dann die Einwilligung eines der wichtigsten der betroffenen Kunden einholen, wonach dieser auf den Schutz des Bankgeheimnisses verzichtete.

Abgesehen von eigenmächtigem Verhalten ist es nicht zuletzt auch eine leicht begründbare Gerichtszuständigkeit, verbunden mit der extraterritorialen Rechtsanwendung, die den amerikanischen Gerichten ihre Rolle im Prozess der globalen Rechtsverwirklichung sichert. Jede minimale Berührung mit amerikanischem Territorium oder amerikanischen Interessen genügt, damit ein Kläger das amerikanische Rechtsdurchsetzungsinstrumentarium in Anspruch nehmen kann. Und so kommt es, dass die höchsten Gerichte der USA sich allein in diesem Jahr mit honduranischen Fischereivorschriften, ukrainischen Vitaminpreisen und mit Verhaftungen wegen Drogenhandels in Mexiko befassten.

Amerikanisierung des „lebenden Rechts“: Verbreitung amerikanischer Geschäfts-, Finanzierungs- und Organisationsformen

Eine weitere Art der Amerikanisierung geht, jedenfalls in einer ersten Phase, ebenfalls an ausländischen Gesetzgebern und sonstigen Regulatoren vorbei. Es geht hier darum, dass Vertrags- und andere Geschäftsformen, Produkte des Kapitalmarktes sowie Formen der Unternehmensfinanzierung und Geschäftsorganisation im Zuge der weltweiten Amerikanisierung der Wirtschaft zu uns exportiert werden.

Etwa Anfang der Sechzigerjahre begannen insbesondere deutsche Tochtergesellschaften amerikanischer Leasing-Unternehmen, in Westeuropa Leasingverträge abzuschliessen; unter fremder Rechtshoheit, in amerikanischer Rechtsgestalt. Die Erfolgsgeschichte ist bekannt: Heute werden in der Schweiz rund 40 Prozent aller neu in Verkehr gesetzten Autos geleast. Das „lebende Recht“ der Investitionsfinanzierung und Absatzförderung wurde durch die Verbreitung von Leasingverträgen amerikanisiert.

Zum *Problem* werden die amerikanischen Geschäfts-, Finanzierungs- und Organisationsformen für das Rechtssystem dann, wenn dieses aufgerufen ist, nach seinen Regeln etwa über *asset-backed securities*, Franchising oder eben Leasing zu

entscheiden. Das Rechtssystem kommt dann sozusagen ins Schleudern und initiiert einen diskursiven Prozess zwischen Rechtsprechung, Lehre und Vertragspraxis. In diesem Prozess geht es darum, der fremden Geschäfts-, Finanzierungs- oder Organisationsform Einlass ins Rechtssystem zu gewähren und ihr ihren Platz in der wenn immer möglich nicht anzutastenden Rechtsdogmatik zuzuweisen.

So war das Leasing in *vertragsrechtlicher* Hinsicht im Spannungsverhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragstypenrecht zu positionieren. Und in *sachenrechtlicher* Hinsicht war mit dem Leasing ein Nutzungsrecht einzuordnen, das, im Gegensatz zum Gebrauchsrecht des Mieters, mit der Gefahrtragung und einer Instandhaltungspflicht verbunden ist. Auf diese sachenrechtliche Herausforderung antwortete unser Rechtssystem mit romanistisch geprägter Dogmatik: Es hat nämlich die im amerikanischen Recht bestehende quasi-dingliche Rechtsposition des Leasingnehmers an der Phalanx der geschlossenen Zahl dinglicher Rechte abprallen lassen.

Immerhin hat in der Schweiz nun sogar der Gesetzgeber von den Leasingverträgen Kenntnis genommen und konsumentenschützerische Vorschriften über sie aufgestellt. Insofern hat das Rechtssystem den Eindringling von damals 40 Jahre später akkulturiert.

Amerikanisierung des „lebenden Rechts“: Verbreitung der angloamerikanischen Rechtsgeschäftspraxis und Rechtssprache

Mit der Verbreitung amerikanischer Geschäftsformen dringt auch die angloamerikanische Art und Weise der Gestaltung von Verträgen und sonstigen Rechtsgeschäften sowie die entsprechende Rechtssprache in fast alle Ritzen der globalen Rechtsgeschäftspraxis.

Verträge angloamerikanischen Zuschnitts regeln jede Einzelheit. Für jedes nur denkbare Problem soll eine Lösung im Voraus bestimmt werden. Die Verträge sind klar strukturiert und vom Bemühen um höchste begriffliche Präzision geprägt. Dabei strotzt die Sprache vor Redundanzen, wie etwa die Wendung zeigt „*in any way, shape, form, or fashion*“. Mittels Sprache soll die Zukunft von Rechtsbeziehungen eingefangen werden.

Dieser Stil der Rechtsgeschäftsgestaltung hängt, historisch-genetisch betrachtet, mit dem Fallrechtssystem zusammen.

Aus heutiger Sicht erklärt sich die Fortentwicklung und Verbreitung des angloamerikanischen Rechtsgeschäftsstils jedoch hauptsächlich aus einer Eigen-dynamik des Systems, nämlich aus einem Prozess der Standardisierung. Dieser Prozess steht unter der Ägide der grossen amerikanischen und englischen Anwaltskanzleien.

Die Standardisierung ist eine Folge der Arbeit mit unerschöpflichen Sammlungen von Vorlagen zu allerlei Verträgen, Gesellschaftsrechts- und Kapitalmarkttransaktionen.

Auch bei manchen innerschweizerischen und zudem keineswegs sonderlich komplexen oder wirtschaftlich bedeutsamen Geschäften bilden diese Vorlagen den Ausgangspunkt von Verhandlungen. Nötigenfalls werden sie fast wörtlich auf Deutsch übersetzt.

Gerade bei Verträgen reflektieren dann oft nur wenige Bestimmungen den tatsächlich erzielten Konsens. Denn aus den Vertragsvorlagen wird kaum jemals etwas entfernt. Der Bedeutung der routinemässig verwendeten übrigen Bestimmungen sind sich manche Vertragsparteien darum gar nicht bewusst. Diese Bestimmungen entsprechen bisweilen denn auch nicht den tatsächlich gelebten Rechtsbeziehungen.

Funktional betrachtet stellen diese stets wieder verwendeten rechtsgeschäftlichen Bestimmungen Äquivalente dispositiven Gesetzesrechts dar. Sie kondensieren frühere Erfahrungen und bringen den geronnenen Konsens der Unternehmenswelt und der für sie arbeitenden Juristen darüber zum Ausdruck, was gelten soll, wenn nicht tatsächlich etwas anderes ausgehandelt wird. Die *Form* dispositiven Gesetzesrechts kann dieser Konsens in einer Rechtskultur ohne jahrhundertlange Kodifikationstradition *nicht* annehmen.

In dem Ausmass, in dem standardisierte Verträge die Funktion von dispositivem Gesetzesrecht übernehmen, schwindet die Bedeutung des *eigentlichen* dispositiven Gesetzesrechts. Ein häufig mit Unternehmenskäufen befasster Anwaltskollege berichtet mir, sein Obligationenrechtsgesetzbuch habe bereits einigen Staub angesetzt.

Zugleich ermöglicht und unterstützt wird die beschriebene Standardisierung der Rechtsgeschäftspraxis durch die Universalität der englischen Sprache. Die Amerikanisierung des Rechts formt nicht nur eine Weltrechtsgemeinschaft, sondern sie verbindet deren Akteure dank der gemeinsamen Sprache auch zu einer begrenzten Kulturgemeinschaft.

Amerikanisierung des „lebenden Rechts“: Verbreitung des amerikanischen Stils der Prozessführung in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit

Parallel zur Amerikanisierung der Rechtsgeschäftspraxis ist eine Amerikanisierung des Prozessführungsstils in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit zu beobachten. Die amerikanischen Anwälte tragen ihren kämpferischen, aufwendigen Stil in die internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit hinein, und die internationale Gemeinschaft des Schiedswesens zieht mit. So haben sich etwa

umfangreiche Anträge auf Herausgabe von Dokumenten, schriftliche Zeugenaussagen und Kreuzverhöre von Zeugen in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit etabliert.

Amerikanisierung des Rechtsdenkens und der Rechtskultur: Law and Economics

Unter amerikanischem Einfluss stehen schliesslich auch unser Rechtsdenken und unsere Rechtskultur – was dann freilich auch zu Änderungen im geschriebenen Recht führen kann. Verbreitung findet dabei vor allem das Denken im Sinne von *law and economics*, also der Ökonomischen Analyse des Rechts. Ihr Kern liegt in der Überzeugung, dass das Recht – faktisch – Anreize zu bestimmtem Verhalten setzt und diese Anreize – normativ – so zu setzen sind, dass sie die Menschen zu einer effizienten Nutzung der Ressourcen anleiten. *Law and economics* ist damit Ausdruck eines unerschütterten Glaubens an die Fähigkeit des Rechts, menschliches Verhalten zu steuern.

Insbesondere zivil- und verwaltungsrechtliche Sanktionen sollen in den Dienst einer effizienten Nutzung der Ressourcen gestellt werden. Die Funktion von Sanktionen liegt dann nicht in der Wiedergutmachung eines in der Vergangenheit liegenden Unrechts, sondern darin, Anreize zu zukünftig rechtmässigem Verhalten zu setzen, ganz im Sinne der Generalprävention.

Auch der Schweizer Gesetzgeber gestaltet sein Sanktioneninstrumentarium zunehmend im Sinne von *law and economics* aus. Das zeigt etwa die Bonusregelung im revidierten Kartellgesetz. Wenn ein im Prinzip zu sanktionierendes Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung – zum Beispiel eines Kartells – mitwirkt, dann wird auf eine Sanktionierung ganz oder teilweise verzichtet. Die Aussicht auf eine geringere Sanktion oder eine Sanktionsbefreiung schafft einen Anreiz zur Selbstanzeige und damit indirekt zur Befolgung des Kartellgesetzes.

Der Schweizer Gesetzgeber misst der Anreizwirkung der Bonusregelung also derart grosses Gewicht bei, dass er es hinnimmt, dass ein Rechtsbrecher nicht oder doch milder als eigentlich vorgesehen sanktioniert wird.

Auch die Produkthaftung ist ein Beispiel dafür, wie *law and economics* unser Rechtsdenken prägt. 1984 hatte das schweizerische Bundesgericht in seiner legendären „Schachtrahmen-Entscheidung“ gestützt auf die deliktsrechtliche Geschäftsherrenhaftung im Ergebnis eine verschuldensunabhängige Produkthaftung eingeführt, lange, bevor wir ein Produkthaftungspflichtgesetz bekamen. Der Geschäftsherr hat, so das Bundesgericht, für eine zweckmässige Arbeitsorganisation und für die Endkontrolle der Produkte zu sorgen, wenn damit eine Schädigung Dritter verhindert werden kann. Den Schaden soll also derjenige tragen, der ihn durch

organisatorische Vorkehrungen am leichtesten verhindern kann. Das aber ist *law-and-economics*-Gedankengut.

Amerikanisierung des Rechtsdenkens und der Rechtskultur: Pragmatischer Gesetzgebungsstil

Ein zweiter Aspekt der Amerikanisierung des Rechtsdenkens und der Rechtskultur betrifft den pragmatischen Gesetzgebungsstil.

So begegnete der amerikanische Bundesgesetzgeber den Auswüchsen in der Rechtsprechung zur Produkthaftung mit einem *Common Sense Product Liability Legal Reform Act*. Und es gibt zwar einen allgemeinen *Consumer Product Safety Act*, doch war es offenbar notwendig, später noch ein Gesetz zu schaffen, das im Besonderen die Sicherheitsanforderungen für Spielsachen regelt.

Diesen und manchen anderen amerikanischen Gesetzen liegt kein Bemühen zu Grunde, einen Problemkreis in grundsätzlicher und systematischer Weise zu regeln. Gesetze dienen vor allem der punktuellen, pragmatischen Korrektur des gewachsenen Fallrechts oder früherer Gesetze.

Das entspricht dem pragmatischen Wesenszug der Amerikaner, den *Tocqueville* in seinem Buch „Über die Demokratie in Amerika“ mit folgenden Worten umschrieben hat, die geradezu das Hohelied des Pragmatismus darstellen:

„Sich freihalten vom Systemgeist und vom Joch der Gewohnheit; die Überlieferung lediglich als Hinweis, die gegenwärtigen Verhältnisse nur als nützliche Lehre zum Anders- und Bessermachen betrachten; den Grund der Dinge in sich selber suchen, ohne Bindung an die Mittel auf das Ziel losgehen und durch die Form hindurch auf den Kern zielen“^{*:}.

Eine Entwicklung zu pragmatischer Gesetzgebung besteht auch in der Schweiz. Der Trend zur Spezialgesetzgebung und damit zur Dekodifikation stellt nämlich nichts anderes dar als die Wende in der Gesetzgebung vom Systemdenken zum Pragmatismus.

Dabei ist die Dekodifikation keineswegs nur ein Angriff auf die äussere Systematik der Gesetzgebung. Dekodifikation signalisiert vielmehr vor allem das Aufbrechen des in den grossen Kodifikationen ursprünglich ruhenden Konsenses über eine beschränkte Anzahl grundlegender gesellschaftlicher Werte. Zunehmend werden Partikularinteressen in der Gesetzgebung aggregiert. Deren gesetzliche Festschreibung ruft nach einer Regelung, die das Errungene bzw. die Zugeständnisse

* Gekürztes Zitat; Auslassungen sind nicht angezeigt.

im Detail darlegt. In den Kodifikationen als ganzheitlichen äusseren Strukturen und inneren Wertesystemen findet sich für solche detaillierten Regelungen jedoch kein Platz mehr.

Was hat das mit der Amerikanisierung des Rechts zu tun? Nun, unsere eigene Wende zum Pragmatismus öffnet unser geschriebenes Recht erst so richtig für dessen Amerikanisierung. Erst mit einem Mindestmass an pragmatischer Einstellung konnten wir uns beispielsweise einem Verbot gewisser Insidergeschäfte, den Leasingverträgen und einer Produktehaftung öffnen. Dabei wird die Amerikanisierung durch unseren zunehmenden Pragmatismus nicht nur ermöglicht, sondern sie verleiht ihm ihrerseits immer wieder neuen Schwung.

Amerikanisierung des Rechtsdenkens und der Rechtskultur: Judizialisierung von Konflikten

Ein letzter Aspekt amerikanischer Rechtskultur, den ich ansprechen möchte, ist die Judizialisierung von Konflikten, das heisst, die Verlagerung der Konfliktbereinigung aus anderen gesellschaftlichen Systemen ins Rechtssystem.

So verklagten beispielsweise in den USA die Eltern dreier ermordeter Kinder verschiedene Firmen der Unterhaltungsindustrie, darunter „Sony“, „Time Warner“ und „Nintendo“, auf 130 Millionen Dollar Schadenersatz, da der jugendliche Täter durch die Produkte dieser Unternehmen beeinflusst worden sein soll. Die Klage wurde dann allerdings abgewiesen.

Solche Klagen sind Ausdruck eines auch bei uns zunehmenden Anspruchsdenkens. Bedürfnisse werden augenblicklich zu Behauptungen eines Rechtsanspruchs, und das Recht generiert Bedürfnisse. Derweil scheint „*casum sentit dominus*“, die rechtspolitische Grundregel einer auf Eigenverantwortung basierenden Gesellschaft, die Koffer für seine Reise in die Rechtsgeschichte gepackt zu haben.

Im Bereich des Schadensrechts ist Amerika denn auch nicht ein Symbol für Erfahrung und Vertrautheit. Amerika ist und war immer auch ein Symbol für das Masslose. Aber auch diese negative Symbolik Amerikas wirkt auf unsere Rechtsentwicklung ein, denn sie erleichtert unsere Verständigung darüber, wohin wir *nicht* gelangen wollen.

Im Übrigen sind die zuvor angesprochenen Klagen gegen die Unterhaltungsindustrie vor allem auch Ausdruck davon, dass der Zivilprozess eine Funktion übernimmt, die wir als eine Aufgabe der *politischen* Institutionen erachten. Das gesellschafts-politische Begehren hat dabei die Gestalt einer Schadenersatzklage, und das materielle Haftungsrecht bestimmt die Politikbildung.

Und wer einmal z.B. in San Francisco vor den Restaurants, auf den Trottoirs, die auf- und abgehenden Raucher beobachtet hat – oder womöglich mit ihnen auf- und abgegangen ist –, weiss auch, wie *wirkungsvoll* letztlich gerichtlich betriebene Sozialpolitik – hier Gesundheitspolitik – sein kann. Denn die mittlerweile ziemlich raucherfeindliche Haltung in den USA hängt auch mit den Klagen gegen die Tabakindustrie zusammen.

Eine solche Verlagerung sozialpolitischer Konflikte ins Rechtssystem scheint mir bei uns nicht beobachtbar. Einerseits steht zwar das Rechtssystem auch bei uns für die Bewältigung von zunächst als politisch empfundenen Fragen offen – Stichwort: Einbürgerungsurteile des Bundesgerichts –, doch zieht das Rechtssystem solche Fragen nicht geradezu an. Dafür fehlt es nicht zuletzt an der Einrichtung der Sammelklage, durch die einem Anliegen mit einem gesellschaftspolitischen Hintergrund im Rechtssystem das notwendige Gewicht verliehen werden kann.

Und andererseits fehlt es wohl – jedenfalls einstweilen – an einem gesellschaftlichen Bedürfnis, das Rechtssystem im grossen Stile der Politikbildung zu öffnen. Denn in unserem Land können die verschiedensten Interessen in den politischen Prozess einfließen und kann das Volk zu fast allen Fragen das letzte Wort erzwingen.

Amerikanisierung des Rechts im Kontext der Globalisierung

Die Amerikanisierung des Rechts ist – was ich zu beschreiben und in Ansätzen zu erklären versucht habe – ein Prozess des Rechtswandels, der das geschriebene Recht, das „lebende Recht“ sowie auch unser Rechtsdenken und unsere Rechtskultur erfasst.

Diesen Prozess des Rechtswandels kann man, wenn man ihn denn würdigen will, nicht vom Kontext lösen, in dem er steht. Dieser Kontext heisst Globalisierung, also die Denationalisierung und Transnationalisierung von Politik, Wirtschaft und Kultur.

Diese verschiedenen gesellschaftlichen Bereiche reagieren auf unterschiedliche Weise auf die Globalisierung. Die Politik – jenes gesellschaftliche System, das in behüteten nationalstaatlichen Verhältnissen die Produktion des Rechts kontrolliert – reagiert auf die Herausbildung einer Weltgesellschaft nicht etwa mit einem umfassenden, von internationalen Gremien geschaffenen, der Weltgesellschaft angepassten Recht. Natürlich gibt es in etlichen Bereichen internationales Recht. Gemessen daran aber, wie weit die Globalisierung in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens fortgeschritten ist, ist die Politik mit der Produktion globalen Rechts in Rückstand geraten.

Die Globalisierung der Wirtschaft eilt also voraus, jene der Politik und damit im Prinzip der Produktion von Recht kann ihr kaum folgen. Gleichzeitig besteht aber ein Bedarf an Recht, das den globalen Wirtschaftsverhältnissen entspricht, sei es nun

nationales, supranationales oder von Privaten gesetztes Recht. Und nicht nur besteht ein *Bedarf* nach solchem Recht, es besteht auch *Raum* dafür. Diesen Raum nutzt und beansprucht, und diesen Bedarf deckt Amerika zu einem grossen Teil. Amerikas politische Akteure, seine Gerichte und Behörden, seine Börsen und Selbstregulierungsorganisationen sowie amerikanische und ausländische Unternehmen, Anwälte und Schiedsgerichte produzieren und leben im Chor ein Recht, das auf die Bedingungen der Globalisierung zugeschnitten ist; auf die Globalisierung nach amerikanischem Verständnis, das versteht sich.

Und so erweist sich denn die Globalisierung als ein Prozess in der Weltgesellschaft, und die Amerikanisierung des Rechts als etwas, was im Rechtssystem als Reaktion auf diese Globalisierung geschieht.

Von dieser Skizze ihrer Rahmenbedingungen sollte eine Würdigung der Amerikanisierung des Rechts ausgehen. Ihr vorangehen muss aber auf jeden Fall eine Beschreibung und Erklärung dieses Trends der Rechtsentwicklung, eine Beschreibung und Erklärung, die von einem möglichst unbefangenen Interesse der Erkenntnis, von der Neugierde geleitet ist; nicht von einer Bewunderung und nicht von einer Ablehnung Amerikas.

Ich danke Ihnen.

Amerikanisierung des Rechts

I. Amerikanisierung des geschriebenen Rechts

- Anpassung von Rechtsvorschriften aufgrund der extraterritorialen Geltung des amerikanischen Rechts
 - Gesellschaftsrecht: Aufsicht über Revisionsgesellschaften
- "Stille" Amerikanisierung
 - Gesellschaftsrecht: Konzeptionelle Grundlagen des Rechts der Publikumsgesellschaften
- Einflussnahme in internationalen Rechtsetzungsgremien
 - Immaterialgüterrecht

II. Amerikanisierung des "lebenden Rechts"

- Befolgung von extraterritorial geltendem amerikanischem Recht
 - "Antiterror-Gesetzgebung"
- "Justizimperialismus"
 - Zivilprozessuale Rechtsbehelfe
- Verbreitung amerikanischer Geschäfts-, Finanzierungs- und Organisationsformen
 - Leasingverträge
- Verbreitung der angloamerikanischen Rechtsgeschäftspraxis und Rechtssprache
 - Verträge
- Verbreitung des amerikanischen Stils der Prozessführung in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit

III. Amerikanisierung des Rechtsdenkens und der Rechtskultur

- Law and Economics
 - Kartellrecht
 - Produkthaftung
- Pragmatischer Gesetzgebungsstil
- Judizialisierung von Konflikten

IV. Amerikanisierung des Rechts im Kontext der Globalisierung