

BZZ  
119/1  

---

**Zeitschrift für Schweizerisches Recht**

---

**Revue de droit suisse**

---

**Rivista di diritto svizzero**

---

**Revista da dretg svizzer**

---

Herausgegeben von

B. DUTOIT

A. K. SCHNYDER

B. SCHNYDER

D. THÜRER

H. P. WALTER



Neue Folge, Band 119, 2000  
Band 141 der gesamten Folge

I. Halbband – Index

Helbing & Lichtenhahn

## Abhandlungen – Articles de fond

- AEPLI, VICTOR: Zur Inhaltsproblematik allgemeiner Geschäftsbedingungen, dargestellt anhand vorformulierter Klauseln von Banken. I 85
- BIAGGINI, GIOVANNI: Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung? I 445
- BÖSCH, HARALD: Schweizerische Spuren im liechtensteinischen Treuhandrecht. I 175
- DASSER, FELIX: Der Kampf ums Gericht. I 253
- GASSER, URS: Zu den Möglichkeiten einer rechtlichen Erfassung von Medien- und Informationsqualität. I 379
- GAUCH, PETER: Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung. Geschichten und Einsichten eines privaten Schuldrechtlers. I 1
- GEISINGER-MARIÉTHOZ, FABIENNE: Le projet de ratification par la Suisse de la Convention de l'UNESCO de 1970 sur l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels. I 273
- GROLIMUND, PASCAL: Geschäftsverkehr im Internet – Aspekte des internationalen Vertragsrechts. I 339
- JAAG, TOBIAS: Die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union. I 223
- KIENER, REGINA und LANZ, RAPHAEL: Amerikanisierung des schweizerischen Rechts – und ihre Grenzen. I 155
- MONNIER, VICTOR: De la Société des Nations à l'Organisation des Nations Unies: l'engagement d'un universitaire suisse au service de la communauté internationale. William E. Rappard (1883–1958). I 53
- OTT, WALTER: Rechtswidrigkeit der Taten von Mauerschützen? Zum Beschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 24. Oktober 1996 (BVerfGE 95, S. 96–143). I 137
- PIETH, MARK: «Funktionale Äquivalenz»: Praktische Rechtsvergleichung und internationale Harmonisierung von Wirtschaftsrecht. I 477
- PIOTET, PAUL: L'objet et les créanciers du rapport légal. I 491
- THÜRER, DANIEL: Über die Schweiz im Zweiten Weltkrieg – Bewährung der Neutralität? Folgerungen für die Zukunft. I 413
- WAGNER PFEIFER, BEATRICE: Was können Ethikkommissionen leisten? – Rechtsbildung durch Ethiker am Beispiel des Gentechnikrechts. I 313
- WILDHABER, LUZIUS: Der vollamtliche Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nach seinem ersten Jahr. I 123

## Forum

- THÜRER, DANIEL: Globalisierung der Wirtschaft: Herausforderung zur «Konstitutionalisierung» von Macht und Globalisierung von Verantwortlichkeit – Oder: Unterwegs zur «Citizen Corporation»? I 107

## Beihefte

- BRUNNER, ALEXANDER: Die Anwendung neuer Informations- und Kommunikationstechniken im Zivilprozess und anderen Verfahren. Beiheft 33
- DROLSHAMMER, JENS: Internationalisierung der Rechtsausbildung und Forschung – eine Agenda für die interdisziplinär ausgerichtete Ausbildung

- zum in Wirtschaft und Management tätigen International Lawyer. Beiheft 35
- REICHERT-FACILIDES, FRITZ und SCHNYDER, ANTON K. (Hrsg.): Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts. Beiheft 34

## Schweizerischer Juristenverein

- BEHR, GIORGIO: Funktion und Grenzen der Rechnungslegung als Instrument der wirtschaftlichen Steuerung. II 1
- BOVET, CHRISTIAN: Réception du droit public économique étranger en Suisse. II 277
- DUBS, ROLF: Wirtschaftswissenschaften im juristischen Studium: ihr Stellenwert und ihre Einordnung. II 411
- DU PASQUIER, SHELBY: Formation et globalisation: un nouveau défi pour le juriste suisse. II 435
- EBKE, WERNER F.: Die Internationalisierung der Rechnungslegung, Revision und Publizität und die Schweiz. II 39
- GLANZMANN, LUKAS: Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten. II 135
- HANDSCHIN, LUKAS und KIND, ALEXANDER: Rechnungslegung zwischen Realität und Vorsicht. II 95
- HOFSTETTER, KARL: Globalisierung und Wirtschaftsrecht. II 361
- KOLLER, HEINRICH: Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts – Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung. II 313
- RUFFNER, MARKUS: Sorgfalts- und Treuepflichten und die Versicherbarkeit von Haftungsrisiken in Publikumsgesellschaften – Eine ökonomische Analyse. II 195
- SCHNYDER, ANTON K.: Wirtschaftskollisionsrecht als Regelungsinstrument für eine internationalisierte Wirtschaft. II 397
- VON DER CRONE, HANS CASPAR: Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft. II 235

## Besprechungen

## a) Verzeichnis der besprochenen Bücher – Liste des comptes rendues

- MÜLLER, GEORG: Elemente einer Rechtsetzungslehre. (P. Kottusch) I 507
- POUDRET, JEAN-FRANÇOIS: Coutumes et coutumiers. Histoire comparative des droits des pays romands du XIIIe à la fin du XVIe siècle. (D. Tappy) I 511
- RESCIGNO, PIETRO: Trattato di diritto privato. (S. Patty) I 221
- SCHWENZER, INGEBORG (Hrsg.): Praxiskommentar Scheidungsrecht. (P. Kreis) I 515

## b) Verzeichnis der Rezensenten – Liste des auteurs

- KOTTUSCH, PETER  
KREIS, PETER
- PATTY, SALVATORE  
TAPPY, DENIS

- U. Schroth (Hrsg.), *Strafgerechtigkeit*, Festschrift für A. Kaufmann, Heidelberg, 1993.
- FROMMEL, MONIKA, Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel, S. 81-92 in: F. Haft, W. Hassemer, U. Neumann, W. Schild, U. Schroth (Hrsg.), *Strafgerechtigkeit*, Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1993.
- GRÜNWARD, GERALD, Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen, *Strafverteidiger (StV)* 11 (1991), 31–37.
- HART, H. L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review* 71 (1957/58), 593–629.
- IPSEN, KNUT (Hrsg.), *Völkerrecht*, Ein Studienbuch, 3. Aufl. München, 1990.
- JARASS, HANS D./BODO PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Kommentar, 3. Aufl. München, 1995.
- KAUFMANN, ARTHUR, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, *NJW* 48 (1995), 81–86.
- KUHLEN, LOTHAR/THOMAS GRAMMINGER, Der Mauerschütze und der Denunziant, *JuS* 33 (1993), 32–39.
- MACCORMICK, DONALD NEIL/OTA WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Schriften zur Rechtstheorie 113, Berlin, 1985.
- MERON, THEODOR, On a Hierarchy of International Human Rights, *American Journal of International Law* 80 (1986), 1–23.
- OTT, WALTER, *Der Rechtspositivismus*, Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus, 2. Aufl. Berlin, 1992.
- OTT, WALTER, Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra, *ZSR Neue Folge* 107 (1988), 335–357.
- RADBRUCH, GUSTAV, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, od. (1946), 105–108.
- ROGGEMANN, HERWIG, Zur Strafbarkeit der Mauerschützen, *Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift (DtZ)* 4 (1993), 10–19.
- SCHUMACHER, BJÖRN, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*, Göttingen, Universität Diss., 1985.
- VERDROSS, ALFRED/BRUNO SIMMA, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, 3. Aufl. Berlin, 1984.

Eine umfassende Übersicht über die Literatur vor dem Entscheid des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Oktober 1996 (BVerfGE, S. 96–143) findet sich im angeführten Werk von BUCHNER, SILKE, Die Rechtswidrigkeit der Taten von «Mauerschützen» im Lichte von Art. 103 Abs. 2 GG unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, 1996, S. 305–336.

## Amerikanisierung des schweizerischen Rechts – und ihre Grenzen

### «Adversarial Legalism» und schweizerische Rechtsordnung

REGINA KIENER\* und RAPHAEL LANZ\*\*

#### I. Einleitung

Das amerikanische Rechtssystem zeichnet sich durch Eigenheiten aus, über deren spektakulärste Ausprägungen regelmässig auch in der Schweiz berichtet wird: Allgemein scheint eine grosse Klagebereitschaft zu herrschen; für vergleichsweise geringfügige Rechtsgutsverletzungen werden absurd scheinende Schadenersatz- und Genugtuungssummen eingeklagt und auch zugesprochen; es werden Sammelklagen gegen finanzstarke Unternehmungen oder ganze Wirtschaftszweige erhoben, um den Gegner an den Verhandlungstisch und von dort aus zu astronomischen Vergleichszahlungen zu zwingen<sup>1</sup>.

Im Jahr 1998 haben verschiedene Bundesstaaten die Tabakindustrie in Milliardenhöhe für gesundheitliche Folgekosten des Tabakkonsums verklagt und schliesslich einen Vergleich abgeschlossen, welcher Zahlungen der Tabakkonzerne an die Staaten von \$ 206 Milliarden vorsieht<sup>2</sup>. In der Folge haben verschiedene Städte in Anlehnung an den Tabak-Deal die Waffenindustrie für die Folgekosten des weitverbreiteten Schusswaffengebrauchs eingeklagt<sup>3</sup>. Vor kurzem haben Eltern von drei ermordeten Kindern Firmen der Unterhaltungsindustrie (u. a. Sony, Time Warner und Nintendo) auf \$ 130 Millionen verklagt, deren Produkte der jugendliche Täter konsumiert haben soll<sup>4</sup>.

Auch die Anordnungen von Verwaltungsbehörden werden mit grosser Regelmässigkeit vor Gericht gezogen.

\* Dr. iur., Fürsprecherin, Bern.

\*\* Fürsprecher, LL. M. (UC Berkeley), Lausanne. Mein Beitrag zu diesem Aufsatz entstand mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung, wofür ich mich herzlich bedanke.

1 Vgl. etwa «Klagen als Volkssport in den USA, eine Flut von Prozessen fordert das Rechtssystem heraus», *NZZ* Nr. 83, 11. April 1997, S. 7. Weitere Beispiele (auch aus dem Strafrecht) bei HEINRICH HONSELL, *Amerikanische Rechtskultur*, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.), *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, Festschrift für Roger Zäch, Zürich 1999, S. 39 ff., insb. S. 45 ff. sowie (namentlich in Bezug auf *punitive damages*) bei FELIX DASSER, *Punitive damages: Vom «fremden Fötzel» zum «Miteidgenoss»?*, *SJZ* 96 (2000), S. 101 ff.

2 *New York Times* vom 14. November 1998.

3 *NZZ*, Int. Ausgabe, 29. Januar 1999, S. 48.

4 *NZZ*, Int. Ausgabe, 16. April 1999, S. 37.

Zwischen 1960 und 1980 haben sich allein die vor den Federal Courts ausgetragenen grundrechtlichen Streitigkeiten von 280 pro Jahr auf 27 000 pro Jahr erhöht; seit dem Jahr 1980 wurde die überwiegende Mehrzahl der Anordnungen von Umweltbehörden gerichtlich angefochten, und praktisch alle Waldbewirtschaftungspläne, alle Anordnungen für die Verkehrssicherheit von Fahrzeugen und alle Bewilligungen zur Ausbeutung von Bodenschätzen<sup>5</sup>.

Sollen diese Beispiele nicht mehr als Erstaunen und Unverständnis auslösen, oder stehen derartige Vorgänge auch bei uns bevor? Dies könnte deshalb zutreffen, weil das schweizerische Recht zunehmend von Normen beeinflusst wird, die ihren Ursprung in anderen Rechtsordnungen finden<sup>6</sup>. Insbesondere lässt sich im Zusammenhang mit der *Globalisierung* der Wirtschaftsmärkte eine weitgehende Angleichung der entsprechenden Regelungsnormen beobachten; hier spielen die USA aufgrund ihrer wirtschaftlichen Dominanz eine derart zentrale Rolle, dass einzelne Autoren auch für die Schweiz eine eigentliche *Rezeption* des US-amerikanischen Rechts feststellen<sup>7</sup>. Ob Rezeption oder doch nur blosse Konvergenz: Die «Amerikanisierung» weiter Lebensbereiche macht offensichtlich auch vor dem Recht nicht Halt. Die Frage, *wie weit* diese «Amerikanisierung» gehen wird, drängt sich deshalb auf – gerade auch deshalb, weil den USA und der Schweiz wichtige Merkmale des politischen Systems gemeinsam sind<sup>8</sup>.

Gibt es also eine Amerikanisierung des schweizerischen Rechts, und wo liegen gegebenenfalls ihre Grenzen<sup>9</sup>? Wir wollen hier eine Antwort auf diese

Frage versuchen. Vorab wird danach gefragt, welches die Gründe für die spezifischen Eigenheiten des amerikanischen Rechtssystems sind (nachfolgend II) und ob sich solche zumindest als Tendenz auch in der Schweiz beobachten lassen (III); trifft dies zu, wird anschliessend zu untersuchen sein, ob es Elemente der schweizerischen rechtlichen und politischen Ordnung gibt, die einer Zunahme «amerikanischer» Konfliktlösungsmuster entgegenstehen (IV).

## II. Das amerikanische System des «Adversarial Legalism» und seine Ursachen

Die Besonderheiten des amerikanischen Rechtssystems haben ihre Wurzeln zum einen in den Gegebenheiten der amerikanischen politischen Kultur, zum anderen in den institutionellen Strukturen des staatlichen Regierungssystems<sup>10</sup>. Dabei werden im Vergleich zu anderen Industriestaaten die Mechanismen zur Lösung *rechtlicher Konflikte* vermehrt auch als Vehikel zur Durchsetzung *politischer Interessen* verwendet; ROBERT A. KAGAN hat für dieses System den Begriff des «Adversarial Legalism»<sup>11</sup> eingeführt. Das so umschriebene System der rechtlichen Konfliktlösung und Politikimplementation zeichnet sich durch folgende Besonderheiten aus<sup>12</sup>:

Es besteht eine grosse Zahl formeller, auf einem strengen *Zweiparteiensystem* basierender (eben «adversarial» ausgestalteter) Justizverfahren. Diese Verfahren sind im Allgemeinen *kostspieliger* als in anderen Industriestaaten<sup>13</sup>, nicht zuletzt wegen der zentralen Rolle, welche die Anwaltschaft dabei spielt<sup>14</sup>, und die daran anschliessenden *Sanktionen* sind gemeinhin *strenger*<sup>15</sup>.

5 Vgl. die Hinweise bei ROBERT A. KAGAN, Should Europe Worry About Adversarial Legalism? A Preliminary Inquiry, Oxford Journal of Legal Studies 17 (2), 165–183 (1997), S. 170 f.; für weitere Beispiele vgl. DERS., Do Lawyers Cause Adversarial Legalism? A Preliminary Inquiry, 19 Law and Social Inquiry 1, 2 ff. (1994), S. 11 mit FN 33.

6 So wurden Grundsätze des *europäischen Verwaltungsrechts* im Rahmen der Eurolex-Vorlagen für die Schweiz adaptiert, vgl. etwa das BG über das öffentliche Beschaffungswesen, vom 16. Dezember 1994 (SR 172 056.1); *Verfahrensprinzipien des anglo-amerikanischen Rechtsdenkens*, vorab die Grundsätze des «fair trial» (Art. 5 und 6 EMRK, Art. 9 und 14 des UNO-Pakts II) haben über die Garantien der europäischen und internationalen Menschenrechtskodifikationen Eingang in unsere Rechtsordnung gefunden (vgl. Art. 29–32 BV).

7 Vor allem WOLFGANG WIEGAND, Americanization of Law: Reception or Convergence, in: Lawrence M. Friedman/Harry N. Scheiber, Legal Culture and the Legal Profession, Boulder/Colorado und Oxford 1996, S. 137 ff.; DERS., Die Rezeption amerikanischen Rechts, in: Guido Jenni/Walter Kälin (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988, S. 229 ff.; DERS., The Reception of American Law in Europe, 39 American Journal of Comparative Law 229 (1991); vgl. auch THOMAS COTTIER, Die Globalisierung des Rechts – Herausforderungen für Praxis, Ausbildung und Forschung, ZBJV 133 (1997), S. 217 ff., insb. S. 222. Kritisch HONSELL (FN 1), S. 52 ff. und passim.

8 CHRISTINE ROTHMAYR, Die Gestaltung öffentlicher Politik durch das schweizerische Bundesgericht: Eine politikwissenschaftliche Analyse der Wirkung von Bundesgerichtsentscheiden in den Bereichen Fortpflanzungsmedizin, Lohnungleichheit von Frau und Mann und Sonntagsarbeit, Diss. Zürich 1999, Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 11 f.

9 Vgl. auch die Fragestellung bei KAGAN, Should Europe (FN 5).

10 Vgl. KAGAN, Do Lawyers (FN 5), S. 1.

11 ROBERT A. KAGAN, Adversarial Legalism and American Government, 10 J. of Policy Analysis & Management 369 (1991), S. 373.

12 KAGAN, Should Europe (FN 5), S. 166 f. sowie KAGAN, Do Lawyers (FN 5), S. 3 f., je mit Bezugnahme auf verschiedene rechtsvergleichende Studien. Vgl. zum Thema auch MALCOLM FEELEY, The Adversary System, in: R. J. Janosik (ed.), Encyclopedia of the American Judicial System 753 (1987).

13 Schon im Jahr 1992 sind in den USA 100 Milliarden Dollar für anwaltliche Dienstleistungen ausgegeben worden, vgl. RICHARD H. SANDER, Elevating the Debate on Lawyers and Economic Growth, 17 Law and Social Inquiry 659 (1992), S. 665. Für Beispiele vgl. KAGAN, Should Europe (FN 5), S. 167 ff. sowie HONSELL (FN 1), S. 48.

14 In Fällen von *Körperverletzungen* fliessen von den gerichtlich erstrittenen Zahlungen der Haftpflichtversicherungen 40–50% an die Anwälte, vgl. KAGAN, Should Europe (FN 5), S. 169 FN 16 m. w. H. Bei den für Asbestgeschädigte erstrittenen Zahlungen waren es nach Studien der RAND Institutes of Civil Justice rund 75%, vgl. KAGAN, Do Lawyers (FN 5), S. 58; am Tabak-Deal verdienten die beteiligten Anwälte rund \$ 8.2 Milliarden (!), vgl. New York Times vom 12. Dezember 1998.

15 Vgl. dazu ROBERT A. KAGAN, What Makes Uncle Sammy Sue?, 21 Law & Society Review 717 (1988), S. 729.

Typisch ist zudem eine vermehrte *Verrechtlichung des politischen Diskurses* durch *richterliche Einmischung* auch in politische und verwaltungsinterne Entscheidungsprozesse; Richter verstehen sich demnach eher als *politische Akteure* denn als reine Vollzugsorgane des gesetzgeberischen Willens. Rechtliche Vorkehrungen können deshalb erhebliche Auswirkungen auf die Gestaltung der Politik haben; *politische Kontroversen* über rechtliche Regelungen und Institutionen sind entsprechend häufiger anzutreffen. Ein weiteres Kennzeichen von «Adversarial Legalism» sind weite Ermessensspielräume; sie machen die Behördenentscheidungen tendenziell variabel, unvorhersehbar und reversibel, so dass vermehrt *Rechtsunsicherheit*<sup>16</sup> besteht.

Die dargestellten Eigenheiten des US-Systems haben verschiedene *Vorteile*, etwa wenn es darum geht, den Besonderheiten des Einzelfalles vor Gericht Rechnung zu tragen oder Versäumnisse des Gesetzgebers durch richterliche Einflussnahme zu korrigieren. Gleichwohl wird auf der anderen Seite das amerikanische Rechtssystem als *ineffizient, unberechenbar* und im Ergebnis oftmals als *ungerecht* wahrgenommen<sup>17</sup>, und es wird in der Öffentlichkeit, in den Medien sowie in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung zunehmend kritisiert<sup>18</sup>.

Die *Ursachen* für den in den USA gängigen konfliktiven und legalistischen Stil bei der Regelung rechtlicher Streitigkeiten liegen in einem *vielgestaltigen* und überaus *komplexen Zusammenspiel* verschiedener Faktoren<sup>19</sup>:

«Adversarial Legalism» wirkt vor dem Hintergrund einer politischen Kultur, welche von einem Recht auf «umfassende Gerechtigkeit» (*total justice*) ausgeht, das heisst von einem individuellen Anspruch auf *Kompensation* sämtlicher irgendwie gearteter Eingriffe in die persönliche Rechtssphäre<sup>20</sup>.

Solches Denken verlangt vom Staat auf der einen Seite wirksamen Schutz gegen verschiedenste Unglücksfälle und Ungerechtigkeiten. Auf der anderen Seite herrscht in der Öffentlichkeit zugleich ein grundlegendes *Misstrauen* in Verwaltungsbehörden im Allgemeinen und in die bundesstaatlichen Behörden im Besonderen. Diese Widersprüchlichkeit führt zu einer starken richterlichen Kontrolle der staatlichen Organe und gleichzeitig auch zu einem Verlangen nach gerichtlich durchsetzbaren Rechten: Damit soll der Vollzug von gesetzlichen Regelungen auch für den Fall sichergestellt werden, dass die Behörden dazu aufgrund fehlender Budgetmittel nicht in der Lage oder infolge einer Vereinnahmung durch Partikularinteressen nicht willens sein sollten.

Auf der sozialen Ebene kommt eine zunehmende *Fragmentierung* der Gesellschaft und *Entfremdung* der Individuen hinzu; diese Umstände haben zur Folge, dass die Konfliktlösung weniger im Diskurs als vielmehr in der hoheitlichen Streitentscheidung gesucht wird<sup>21</sup>. Informelle, aussergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen können in einer fragmentierten und multikulturellen Gesellschaft nur schwer überleben, und so erscheint das Recht oftmals als einzige gemeinsame Sprache verschiedener gesellschaftlicher oder ethnischer Gruppen.

Auf der institutionellen Ebene wirkt die von *Föderalismus* und *Dezentralismus* geprägte *Organisationsstruktur* des Gemeinwesens als Grund für «Adversarial Legalism»: Soweit der Vollzug von bundesrechtlichen Regelungen den gliedstaatlichen oder lokalen Behörden obliegt, wird er dadurch sichergestellt, dass einzelnen Bürgern oder Organisationen prozessual durchsetzbare Rechte eingeräumt werden<sup>22</sup>. Schliesslich scheitern grundlegende Reformen oftmals an der Schwerfälligkeit des politischen Prozesses<sup>23</sup>; weil die Justiz aber gleichzeitig über breite Kompetenzen verfügt, wird versucht, Regelungsdefizite durch Gerichtsverfahren zu kompensieren<sup>24</sup>.

16 So variieren gerade die von Geschworenengerichten zugesprochenen *Schadenersatzsummen* erheblich; etwa für Verletzungen wie Paraplegie von \$ 523 000 auf der 25. Perzentile bis zu \$ 2.7 Mio. auf der 75. Perzentile, vgl. JAMES F. BLUMENSTEIN/RENDALL R. BOVBERG/FRANK A. SLOAN, *Beyond Tort Reform: Developing Better Tools for Assessing Damages for Personal Injury*, 8 *Yale Journal on Regulation* 171 (1990), S. 174.

17 Vgl. KAGAN, *Should Europe* (FN 5), S. 168.

18 Hinsichtlich des amerikanischen Strafrechtssystems wurde die Kritik provokativ formuliert von dem in Yale lehrenden Professor JOHN H. LANGBEIN: «Ours is a (...) justice system worthy of some banana republic...» (*Money Talks, Client Walks, Newsweek* vom 17. April 1995, S. 33). Vgl. auch JEB BARNES, *Bankrupt Bargain? Bankruptcy Reform and the Politics of Adversarial Legalism*, 13 *Journal of Law & Politics* 893 (1997): «[the] American legal system is under siege – the public distrusts it, the media attacks it and a growing number of comparative scholars fault it.» Eine kürzlich für die American Bar Association durchgeführte Meinungsumfrage ergab indessen, dass zwar 47% der Bevölkerung der Meinung sind, die amerikanischen Gerichte behandelten verschiedene ethnische Gruppen und Rassen ungleich, jedoch 80% die Auffassung vertreten, dass trotz der vorhandenen Probleme «the American justice system is still the best in the world» (*New York Times* vom 24. Februar 1999).

19 Zum Folgenden vgl. insbes. KAGAN, *Should Europe* (FN 5), S. 171 ff.

20 LAWRENCE M. FRIEDMAN, *Total Justice*, New York 1985.

21 Hier grundlegend DONALD BLACK, *The Behaviour of Law*, New York 1976; vgl. auch die Hinweise bei LAURA NADER/HARRY F. TODD JR., *Introduction* 13 in: DIES. (Hrsg.), *The Disputing Process: Law in Ten Societies*, New York 1978.

22 Dabei kann Bürgern oder Interessengruppen entweder das Recht eingeräumt werden, die Vollzugsbehörde vor Gericht einzuklagen und so den Vollzug von nationalen Regelungen zu erzwingen; mitunter steht ihnen auch das Recht zu, Private bei (öffentlich-rechtlichen) Gesetzesverstössen zivilrechtlich zu verklagen.

23 Diese Problematik wird verstärkt durch eine schwache Parteidisziplin der Abgeordneten, die nicht primär entlang der offiziellen Parteilinien, sondern vielmehr mit Blick auf ihre lokale Wählerschaft und ihre Geldgeber politisieren und damit zuerst Partikularinteressen verpflichtet sind.

24 Ein Beispiel für diesen Mechanismus ist der Entscheid des Supreme Court in der Angelegenheit *Brown v. Board of Education* (347 U. S. 483 [1954]), welcher die Rassentrennung an den amerikanischen Schulen aufhob.

### III. Tendenzen für «Adversarial Legalism» in der Schweiz?

Im Folgenden wird untersucht, ob sich Faktoren, welche in den USA «Adversarial Legalism» begünstigen, auch im rechtlichen und politischen System der Schweiz finden<sup>25</sup>. Gleiche oder ähnliche Normen müssen allerdings nicht zwingend Ausdruck von «Adversarial Legalism» sein; vielmehr würde eine Zunahme von «Adversarial Legalism» in der Schweiz voraussetzen, dass *vergleichbare Gründe für vergleichbare Regelungen* bestehen<sup>26</sup>.

Wir beschränken uns dabei auf folgende Faktoren: Fragen des wirtschaftlichen Wettbewerbs (Ziff. 1 und 2) und fehlendes Vertrauen in die Ordnungs- und Vollzugsbehörden und ihre Kompensation durch Justizverfahren (Ziff. 3); anschliessend werden Beispiele positiv-rechtlicher Ausprägungen von «Adversarial Legalism» dargestellt (Ziff. 4).

#### 1. Zunehmende Verrechtlichung durch verschärften wirtschaftlichen Wettbewerb

Die schweizerische Wirtschaft ist von den globalen Trends in der Ökonomie, insbesondere der weltweiten Globalisierung der Märkte, stark und unmittelbar betroffen<sup>27</sup>. In einer globalisierten Wirtschaftsordnung werden Geschäfte nicht mehr nur im vertrauten persönlichen und rechtlichen Umfeld getätigt, die *soziale Distanz* zwischen den an einer Transaktion beteiligten Parteien *nimmt zu*. Ein gemeinsamer Fundus an eingeschliffenen sozialen Verhaltensnormen fehlt, so dass die Beteiligten sich *vermehrt rechtlicher Mittel* bedienen müssen, um das gegenseitige Verhältnis zu regeln – Folge sind detailliertere und legalistischere Verträge<sup>28</sup> und damit eine *Verrechtlichung auf privater Ebene*. Der verschärfte Wettbewerb führt – und daran ändert auch die Tendenz zu Privatisierung und Deregulierung nichts – aber auch zu einer Verrechtlichung auf Verfahrensebene. Je weiter eine Privatisierung reicht, desto intensivere Re-Regulierungen können allenfalls nötig werden.

25 Es geht also weniger um Indizien für eine generelle «Amerikanisierung» – vgl. dazu insb. WIEGAND, *Americanization* (FN 7) – sondern um Faktoren, welche spezifisch «Adversarial Legalism» begünstigen.

26 Amerikanische Beispiele zeigen, dass etwa die Bereitschaft zur Konfliktlösung mittels rechtlicher Mittel regional sehr unterschiedlich sein kann, obwohl die anwendbaren Normen im Wesentlichen gleich sind, vgl. DAVID M. ENGEL, *The Oven Bird's Song: Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community*, in: Sheldon Goldman/Austin Sarat, *American Court Systems: Readings in Judicial Process and Behavior*, 2<sup>nd</sup> ed. 1989, S. 64 ff.

27 Vgl. etwa ROLAND VON BÜREN/THOMAS COTTIER (Hrsg.), *Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld*, Bern 1997.

28 In den Siebzigerjahren umfasste der Fusionsvertrag zweier schweizerischer Grossfirmen weniger als 10 Seiten. Heute würde ein entsprechendes Dokument mehr als 100 Seiten benötigen (Beispiel nach WIEGAND, *Americanization* [FN 7], S. 139).

Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens etwa wird die Durchführung informeller Verfahren durch die anwendbaren gesetzlichen Regelungen ausdrücklich ausgeschlossen. So sind für eine Gemeinde «nicht nur deren Reglement, sondern auch die interkantonale Vereinbarung, kantonales Recht, das Bundesgesetz über den Binnenmarkt und das WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen massgebend»<sup>29</sup>.

#### 2. Insbesondere: Wettbewerb für rechtliche Dienstleistungen

Ein Quelle für zunehmenden «Adversarial Legalism» liegt in der Entwicklung, wie sie im *Markt für rechtliche Dienstleistungen* zu beobachten ist<sup>30</sup>. Verschärfter Wettbewerb, mehr Unternehmertum und die damit einhergehende Abnahme persönlicher Beziehungen unter den Anwälten stellen u. E. Faktoren dar, welche das schweizerische Rechtssystem in Richtung «Adversarial Legalism» beeinflussen können.

Im Jahr 1977 gab es in der Schweiz 2 497 praktizierende Anwältinnen und Anwälte; diese Zahl vergrösserte sich bis 1995 um 107 % auf 5 164<sup>31</sup>, mittlerweile ist die Zahl auf über 6 000 angewachsen. Rechtliche Dienstleistungen werden zunehmend auch von Banken, Versicherungsgesellschaften und Treuhandunternehmen angeboten, deren Anwälte in den genannten Zahlen nicht enthalten sind. Der jährliche Gesamtumsatz für rechtliche Dienstleistungen in der Schweiz wird auf 2 Milliarden Franken geschätzt<sup>32</sup>. Weitere Anzeichen für den schärferen Wettbewerb bei rechtlichen Dienstleistungen sind die wachsende Zahl von grossen, nach amerikanischem Vorbild als Unternehmen geführten Anwaltskanzleien («law firms»)<sup>33</sup>, vermehrte Spezialisierung<sup>34</sup>, Liberalisierung des Werberechts<sup>35</sup> und flexiblere Gebührenvereinbarungen<sup>36</sup>. Eine Tendenz in Richtung amerikanischer Modelle der Konfliktlösung ist offenbar in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit festzustellen<sup>37</sup>; entsprechende Rückwirkungen auf die nationalen Rechtsordnungen sind nicht auszuschliessen.

29 COTTIER (FN 7), S. 233.

30 Aufschlussreich MARY ANN GLENDON, *A Nation under Lawyers. How the Crisis in the Legal Profession is transforming American Society*, Cambridge/Ma 1994; vgl. dazu auch MICHAEL PFEIFFER, *Der Anwalt heute: Nichtsnutz oder Nothelfer*, AJP 7/1999, S. 802 ff.

31 MICHAEL PFEIFFER, *Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft*, ZSR 115 II (1996), S. 253 ff., S. 282.

32 MICHAEL PFEIFFER/PETER WIDMER, *Rechtsberatungsmarkt Schweiz – nimmt der Anwalt teil am Aufbruch oder ist er Auslaufmodell*, in: Walter Fellmann/Claire Huguenin Jacobs/Thomas Poledna/Jörg Schwarz (Hrsg.), *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Bern 1998, S. 57 ff., S. 63.

33 ANDRÉ THOUVENIN, *Das Anwaltsbüro als Unternehmen*, in: Walter Fellmann et al. (FN 32), S. 71 ff. Eine (zu) idealistische Sichtweise des Anwalts als Unternehmer findet sich bei STUART M. SPEISER, *How the Entrepreneur-Lawyer Changed the Rules of the Game*, *National Law Journal* vom 1. Dezember 1980, S. 22 f.

34 THOUVENIN (FN 33), S. 74/75; COTTIER (FN 7), S. 220 und 236.

35 Vgl. MIRKO ROŠ, *Anwalt und Werbung*, in: Walter Fellmann et al. (FN 32), S. 307 ff.

36 Vgl. FRANZ SCHENKER, *Gedanken zum Anwaltshonorar*, in: Walter Fellmann et al. (FN 33), S. 43 ff., der für eine Aufhebung des Verbots von Erfolgshonoraren plädiert.

37 Siehe dazu KAGAN, *Should Europe* (FN 5), S. 174; WIEGAND, *Americanization* (FN 7), S. 140 sowie YVES DEZALEY/BRYANT GARTH, *Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Construc-*



Zudem sind die sich im Wandel befindlichen Rahmenbedingungen für Rechtsanwälte zu erwähnen: Der Entwurf eines eidgenössischen Anwaltsgesetzes<sup>38</sup> führt die Tendenz des Binnenmarktgesetzes<sup>39</sup> fort und sieht eine gesamtschweizerische Freizügigkeit für Rechtsanwälte vor<sup>40</sup>. Die angestrebte Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts wird ein weiteres wichtiges Hemmnis für wirkungsvollen Wettbewerb beseitigen<sup>41</sup>.

Eine allein an den Gesetzmässigkeiten der Ökonomie ausgerichtete Betrachtungsweise legt nahe, dass die wachsende Konkurrenz in der Anwaltschaft zu einer Zunahme rechtlicher Streitigkeiten führt.

Nach den Gesetzen von Angebot und Nachfrage sollte ein Mehrangebot an rechtlichen Dienstleistungen zu tieferen Preisen führen, was wiederum eine grössere Nachfrage der Konsumenten und schliesslich mehr Rechtsstreitigkeiten zur Folge haben wird. Das auf der Hand liegende Argument, wonach dieser Vorgang durch die staatliche Festsetzung der Anwaltstarife ausgeschlossen wird, ist aus ökonomischer Sicht unvollständig, denn eine Hinderung des Preiswettbewerbs durch staatliche Massnahmen wird zu einer vermehrten Umgehung der einschlägigen Vorschriften führen (etwa dadurch, dass nicht die ganze, effektiv geleistete Arbeitszeit verrechnet wird). Schärferer Wettbewerb unter den Anbietern rechtlicher Dienstleistungen, verbunden mit einem am Stundenaufwand ausgerichteten Entschädigungsmodus kann auch bewirken, dass an einer raschen Streitbeilegung durch Vergleich kein Interesse besteht, weil ohne wirtschaftliches Risiko mehr verdient werden kann, je länger die Streitigkeit andauert<sup>42</sup>.

Ein Mehr an Unternehmertum hat schliesslich zur Folge, dass Anwälte in erster Linie ihrer Klientel und den eigenen finanziellen Interessen verpflichtet sind und sich immer *weniger als Diener der Rechtspflege* verstehen<sup>43</sup>. Auch in dieser Entwicklung deutet sich ein zunehmend auf Konfrontation ausgeprägtes Verhalten an – was wiederum die Notwendigkeit vermehrter standesrechtlicher Regelungen begründet, um die Grenzen zwischen erlaubtem und verpönten Verhalten zu bestimmen.

Und nicht zuletzt ist unter den Anbietern rechtlicher Dienstleistungen eine zunehmende Entfremdung auf der persönlichen Ebene zu erwarten; informelle, auf persönlichen Verpflichtungen und Bekanntschaften beruhende Mechanismen der aussergerichtlichen Konfliktlösung treten in den Hintergrund, und es muss mit einer Zunahme konfrontativer Konfliktbereinigung gerechnet werden.

### 3. Verrechtlichung durch Vertrauensdefizite?

In den USA werden behördliche Anordnungen mit grosser Regelmässigkeit gerichtlich angefochten. Die Gründe für dieses Phänomen sind vielgestaltig; ein Erklärungsmuster nennt das fehlende Vertrauen in die Effizienz und Qualität staatlicher Ordnungs- und Vollzugsbehörden, verbunden mit den Besonderheiten des Regierungssystems<sup>44</sup>.

Ein den amerikanischen Verhältnissen vergleichbares Misstrauen der Bevölkerung in die staatlichen Behörden lässt sich in der Schweiz nicht ausmachen, wiewohl populäre und populistische Schlagworte wie «Politikverdrossenheit» oder die Ausgrenzung staatlicher Funktionsträger als «Classe Politique» ein gewisses Missbehagen signalisieren. Fassbare Indizien dafür, dass die Bürgerinnen und Bürger zur kritiklosen Hinnahme behördlicher Anordnungen immer weniger bereit sind, gibt es allerdings auch hier; sie zeigen sich in der *Zunahme rechtlicher Streitigkeiten* gerade auch insofern, als Anordnungen staatlicher Behörden in Frage stehen<sup>45</sup>. Der Gesetzgeber hat das Bedürfnis nach einer formalisierten Einbringung zusätzlicher Argumente und einer entsprechenden Kontrolle behördlicher Anordnungen durchaus anerkannt und prozedurale *Mitwirkungsrechte von Interessenorganisationen* eingerichtet. Sie bestehen vor allem in Sachbereichen, wo die rechtsanwendenden Behörden mit konfligierenden Interessen konfrontiert sind oder sich sozialpolitische Interessen nur schwer durchsetzen lassen, d. h. dort, wo konkrete, evidente und dringlich scheinende Nutzungsinteressen und kaum allgemein festlegbare ideelle, immaterielle Interessen im Streite stehen<sup>46</sup>.

Entsprechende Mitwirkungsrechte bestehen etwa im Bereich der Preisüberwachung<sup>47</sup>, im Wettbewerbsrecht<sup>48</sup>, im Arbeitsrecht<sup>49</sup>, bei der Gleichstellung von Frau und Mann<sup>50</sup>, im Be-

ting International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes, 29 Law & Society Review 27 (1995), S. 62; DIES., Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order, Chicago 1996.

38 Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), BBl 1999 6078 ff.

39 Vgl. dazu BGE 123 I 313 und BGE 125 II 56.

40 Art. 3 E-BGFA.

41 Art. 122 und 123 BV. Vgl. auch PETER MÜLLER, Auf dem Weg zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts – eine Zwischenbilanz, ZBJV 135 (1999), S. 286 ff.

42 Für die ökonomischen Zusammenhänge bezüglich des Angebotes von rechtlichen Dienstleistungen vgl. ROBERT COOTER/THOMAS ULEN, Law and Economics, 2<sup>nd</sup> ed. Reading/Ma, etc. 1997, S. 343 ff.

43 Die Betrachtungsweise des Bundesgerichts, «dass Rechtsanwälte, wenngleich Gewerbetreibende, sich in ihrer Berufsausübung nicht von Gewinnstreben beherrschen lassen, sondern in erster Linie ihre Verantwortung als «Diener des Rechts» und «Mitarbeiter der Rechtspflege» wahrnehmen...», erscheint zu idealistisch (vgl. BGE 123 I 12 E. 2c/aa, 16; ähnlich übrigens auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, vgl. *De Haes und Gijssels c. Belgien*, Rec. 1997-I Rz. 37, und *Schöpfer c. Schweiz*, Rec. 1998-III Rz. 29). Wohl realistischer demgegenüber BGE 124 III 363 E. 2b 365 ff.

44 Dazu oben II. Vgl. auch die Nachweise bei KAGAN, Should Europe (FN 5), S. 176 ff.

45 Schlussbericht der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege (1997), S. 13.

46 Vgl. statt vieler ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl. Zürich 1998, S. 211 Rz. 588.

47 Art. 21 Preisüberwachungsgesetz, vom 20. Dezember 1985 (SR 942.20).

48 Art. 10 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, vom 19. Dezember 1986 (SR 241).

49 Art. 58 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, vom 13. März 1964 (822.11).

50 Art. 7 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, vom 24. März 1995 (SR 151).

reich des Umweltschutzes oder des Natur- und Heimatschutzes<sup>51</sup>. Dass die Beschwerdeführung durch Interessenorganisationen im Ergebnis äusserst erfolgreich<sup>52</sup>, politisch jedoch teilweise heftig umstritten ist, bildet Indiz für ihre grosse praktische Relevanz.

Der Zusammenhang zwischen dem Misstrauen in die Richtigkeit behördlicher Anordnungen und den Beschwerderechten von Interessenorganisationen zeigt sich signifikant am folgenden Beispiel: Als über die Zulässigkeit der Einfuhr genmanipulierter Soja zu entscheiden war, schalteten sich neben verschiedenen Einzelpersonen auch Konsumentenorganisationen ins Verfahren ein; die dabei vorgebrachten Sachargumente zeigen auf, dass den zuständigen Behörden eine sachgerechte Beurteilung der Problematik nicht zugetraut wurde. Das Bundesgericht hat allerdings eine entsprechende Legitimation zur Verfahrensteilnahme verneint<sup>53</sup>. In der Folge wurde ein parlamentarischer Vorstoss lanciert, wonach auch den Konsumentenschutzorganisationen ein allgemeines Beschwerderecht zur Wahrnehmung einschlägiger Interessen einzuräumen sei<sup>54</sup>.

#### 4. Ausprägungen von *Adversarial Legalism* in der Gesetzgebung

Die schweizerische und die amerikanische Gesellschaft scheinen sich in ihrem Verlangen nach Kompensation von Unglücksfällen nicht grundsätzlich zu unterscheiden. Eine Anschauung, nach der «jedes Unglück und jede Unbill zugleich als *Unrecht* empfunden» wird und deshalb irgendwie kompensiert werden muss<sup>55</sup>, hat auch in der Schweiz verschiedene positiv-rechtliche Umsetzungen gefunden. Eines der markantesten Beispiele stellt die Schlechtwetterentschädigung<sup>56</sup> dar.

Daneben finden sich weitere Belegstellen, welche nicht nur für eine generelle *«Amerikanisierung»* sprechen, sondern auch für eine Tendenz in Richtung Übernahme amerikanischer Konfliktlösungsmechanismen und damit *Adversarial Legalism* stehen. Ein dogmatisch interessantes Beispiel stellt die teilweise Abkehr vom privatrechtlichen Überentschädigungsverbot dar, welche sich etwa in der Einführung privater Rechtsverletzungsbussen im Arbeitsvertragsrecht zeigt<sup>57</sup>. Solche Regelungen sind nicht wegen ihrer quantitativen Auswirkungen bemerkenswert (hier kann mit Recht argumentiert werden,

dass die Tendenz zur Konfrontation durch die Beschränkung auf 6 Monatslöhne gebremst wird). Neu ist die dahinterliegende Vorstellung, dass einer verletzten Privatpartei die Möglichkeit überkompensatorischer finanzieller Vorteile und damit ein Anreiz gegeben wird, einen Rechtsverletzer auf eigenes Risiko zu verfolgen, und dass dieser durch Privatstrafen von einer Rechtsverletzung abgehalten werden soll. In der kontinentaleuropäischen Zivilrechtstradition liegt der Zweck privatrechtlicher Sanktionen ansonsten ja gerade nicht in der Bestrafung, sondern in der Kompensation<sup>58</sup>. Mit Art. 336 a und 337 c OR wird im Arbeitsvertragsrecht nun faktisch die amerikanische Figur der *punitive damages* ins schweizerische Recht eingeführt<sup>59</sup>. Weitere Beispiele für gesetzlich ausdrücklich angeordnete überkompensatorische Sanktionen finden sich im Konsumkreditrecht<sup>60</sup> oder im Gleichstellungsgesetz<sup>61</sup>.

#### IV. Hinderungsfaktoren für *Adversarial Legalism* in der Schweiz

Die vorstehend aufgeführten Beispiele ändern nichts daran, dass einer Übernahme von *Adversarial Legalism* in der Schweiz Grenzen gesetzt sind, weil verschiedene Besonderheiten des rechtlichen und des politischen Systems der Schweiz einer Übernahme von *Adversarial Legalism* entgegenstehen. Sie ergeben sich – gleich wie die Gegebenheiten, welche *Adversarial Legalism* fördern – aus einer *Kombination* und einem *Wechselspiel* verschiedener Faktoren, insbesondere der staatlichen Organisation und konkreten rechtlichen Regelungen, die ihrerseits wiederum Produkt und Ausdruck einer bestimmten Rechtskultur sind und diese auch weiterhin beeinflussen. Die Betrachtung erfasst zuerst Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit und Volkssouveränität (Ziff. 1), der direkten Demokratie und Konkordanz (Ziff. 2) und des Föderalismus (Ziff. 3), engt den Blick dann ein auf Fragen des Prozessrechts (Ziff. 4) und thematisiert schliesslich auch kulturelle Faktoren (Ziff. 5).

51 Art. 55 Bundesgesetz über den Umweltschutz, vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01); Art. 12 Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz, vom 1. Juli 1966 (SR 451). Vgl. hierzu einlässlich Josef Rohrer, in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrlander (Hrsg.), Kommentar NHG, Zürich 1997, S. 67 ff.

52 Vgl. dazu BUWAL (Hrsg.), Evaluation du droit de recours des organisations de protection de l'environnement, Schriftenreihe Umwelt SRU-314-F.

53 BGE 123 II 376.

54 Parlamentarische Initiative *Vollmer*, 97 436; vgl. dazu Amtl. Bull. N 1998 I 1367 ff.

55 WIEGAND, Rezeption (FN 7), S. 253. Vgl. auch FRIEDMAN (FN 20), S. 67: «The idea that the state has a duty to provide for «innocent» victims reflects a new, and powerful norm: the norm of total justice».

56 Art. 42 ff. Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung, vom 25. Juni 1982 (SR 837.0).

57 Art. 336 a und 337 c OR.

58 BGE 122 III 463, 467; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, SPR VII/1, III, Basel/Frankfurt a. M. 1994, S. 172; THOMAS KOLLER, Ordentliche, fristlose und missbräuchliche Kündigung des Arbeitsvertrages, AJP 1995, S. 1251 ff., v. a. S. 1260/1; HERMANN JOSEF BUNTE, Der Gedanke der normativen Prävention im deutschen Zivilrecht, in: Freiheit und Zwang, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, Bern 1989, S. 55 ff., v. a. S. 62; HONSELL (FN 1), S. 45.

59 Vgl. dazu BGE 123 III 391 ff.

60 Art. 8 bis 11 Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG), vom 8. Oktober 1993 (SR 221 214.1); vgl. dazu etwa THOMAS KOLLER, Das Sanktionensystem des Konsumkreditrechts, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Berner Bankrechtstag BBT Band I, Bern 1994, S. 81 ff.

61 Art. 5 Gleichstellungsgesetz (FN 50). Als weitere funktionale Entsprechungen von *punitive damages* im schweizerischen Recht werden überdies die Eingriffskondition, die Genugtuung, die Prozessentschädigung und der Verletzerzuschlag im Immaterialgüterrecht genannt (vgl. dazu DASSER [FN 1], S. 105 ff.).



### 1. Eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit, Volkssouveränität

Für das System des «Adversarial Legalism» kennzeichnend ist der Umstand, dass politische Auseinandersetzungen nicht nur in den politischen Gremien und mit politischen Mitteln, sondern durchwegs auch vor den Gerichten und mit rechtlichen Mitteln geführt werden<sup>62</sup>. Diese Ausweitung des Zuständigkeitsbereiches der Justiz auf Kosten von Parlament und Regierung wird mit dem Begriff der *Justizialisierung* umschrieben<sup>63</sup>; in der Schweiz stehen einer solchen Justizialisierung institutionelle und materielle Gegebenheiten entgegen:

Im Bund besteht nur eine beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit: Bundesgesetze sind für das Bundesgericht massgebend, müssen mithin auch bei Verfassungswidrigkeit angewendet werden<sup>64</sup>. Zudem sind die Anordnungen von Verwaltungsbehörden des Bundes gerade in Bereichen mit besonderer Politikrelevanz von der bundesgerichtlichen Überprüfung ausgenommen<sup>65</sup>. Das Bundesgericht kann deshalb kaum je so direkt in die Politikgestaltung auf Bundesebene eingreifen, wie dies bei einer umfassenden Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit der Fall wäre<sup>66</sup>.

Auch in jenen Sachbereichen, die einer bundesgerichtlichen Kontrolle unterstehen, interpretiert das Gericht seine Rolle zurückhaltend. Im Bereich der *Verfassungsgerichtsbarkeit* gegenüber kantonalen Hoheitsakten ist die Rechtsprechung zu «politischen» Fragen von grosser Zurückhaltung geprägt. Das Bundesgericht hat hier «gegenüber Eingriffen in die gesetzgeberische Zuständigkeit seit je Zurückhaltung geübt. Zu deren Begründung haben die Gerichte nicht nur auf den Verfassungsgrundsatz der Gewaltentrennung, sondern auch darauf verwiesen, dass sich der Richter wegen der Komplexität der zu regelnden Materie und der Vielzahl der Normierungsmöglichkeiten aus-

serstande sehe, sich an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen»<sup>67</sup>. Auch bei der Anerkennung ungeschriebener Grundrechte hat das Bundesgericht verlangt, dass die fragliche Garantie «bereits einer weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen entspreche und von einem allgemeinen Konsens getragen sei»<sup>68</sup>.

Dies hindert das Bundesgericht allerdings nicht daran, seine Rolle als Hüterin der verfassungsmässigen Rechte gegenüber den Kantonen aktiv wahrzunehmen; es hat die Verfassung kreativ weiterentwickelt und ihren Geltungsbereich zulasten kantonalen Autonomie stark ausgedehnt, dabei aber immer wieder eine Anbindung an kantonale Strukturen und Gegebenheiten versucht<sup>69</sup>. Auch gegenüber dem Bundesgesetzgeber muss das Bundesgericht seine Zurückhaltung mitunter aufgeben<sup>70</sup>, insbesondere dann, wenn Verfassungsaufträge nicht umgesetzt werden, mithin die gesetzgeberische Untätigkeit kompensiert werden muss<sup>71</sup>.

Im Bereich der *Verwaltungsgerichtsbarkeit* beschränkt sich die Kompetenz des Bundesgerichts in der Regel auf eine Rechtskontrolle; Ermessensentscheide der Verwaltungsbehörden sind (von wenigen Ausnahmen abgesehen) nicht überprüfbar<sup>72</sup>. Im Grenzbereich zwischen Rechtsanwendung und Ermessensausübung auferlegt sich das Bundesgericht Zurückhaltung, soweit ausgesprochene Fachfragen zur Beantwortung stehen, etwa dann, wenn die Vorinstanz gestützt auf besonderes Fachwissen entschieden hat oder wenn technische oder persönliche Verhältnisse gewürdigt werden müssen<sup>73</sup>.

Die Zurückhaltung des Bundesgerichts in der Gestaltung öffentlicher Politik wird durch die geringe Erfolgsquote für staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Streitigkeiten gestützt; in diesen Verfahren betrug die durchschnittliche Gutheissungsrate der Jahre 1987 bis 1996 nur gerade 7,7%<sup>74</sup>. Sie könnte jedoch auch auf institutionellen Ursachen gründen, denn die Bundesrichter werden von der Bundesversammlung für eine beschränkte Amtsdauer von 6 Jahren gewählt und unterliegen der Wiederwahl<sup>75</sup>. Das Wiederwählerfordernis kann in dem Sinn präventiv disziplinierend wirken, als die Richter auf sorgsame Achtung jener Kompetenzen bedacht sind, die das Parlament als genuin eigene betrachtet<sup>76</sup>.

62 Zur Illustration nochmals die gegen die Tabak- und die Waffenindustrie geführten Verfahren, dazu z. B. die Titelgeschichte in «The Economist» vom 21. November 1998, «When lawsuits make policy».

63 Vgl. die Nachweise bei ROTHMAYR (FN 8), S. 1.

64 Art. 190 BV; dazu einlässlich WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl. Bern 1994, S. 9 ff. Dieses Defizit wird zumindest teilweise dadurch kompensiert, dass die Verfassungsmässigkeit von Gesetzesvorlagen in jeder bundesrätlichen Botschaft diskutiert werden muss, vgl. Art. 43 Geschäftsverkehrsgesetz (GVG), vom 23. März 1962, SR 171.11.

65 Vgl. den Ausnahmenkatalog in Art. 99 ff. OG. Die z. Zt. hängige Justizreform will trotz allgemeiner Gerichtsgarantie (Art. 29a BV) entsprechende Restkompetenzen des Bundesrats nicht aufheben; der gerichtlichen Zuständigkeit nach wie vor entzogen sind demnach «Regierungsakte, bei denen sich vorwiegend politische Fragen stellen, die einer richterlichen Überprüfung nicht zugänglich sind . . .», vgl. Botschaft zur Verfassungsreform, BBl 1997 I 524.

66 Eine auch bloss auf die Anwendungskontrolle beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen (vgl. Art. 178 BB über die Reform der Justiz, BBl 1997 I 640 ff., 641) ist in den Eidgenössischen Räten gescheitert.

67 BGE 117 V 318, E. 5b 324. Vgl. auch BGE 103 Ia 272, E. 6c 278 («une réserve [du Tribunal fédéral] est d'autant plus justifiée lorsque, comme en l'espèce, la réglementation transitoire dont il s'agit a fait l'objet de délicates négociations entre le Conseil d'Etat, des représentants du Parlement et les organisations professionnelles, et qu'elle se présente ainsi comme une solution de compromis»).

68 BGE 115 Ia 234, E. 10a 268; weiterführend KÄLIN, Verfahren (FN 64), S. 68.

69 WALTER KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, Bern 1987, S. 192.

70 Dazu KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit (FN 69), S. 169 ff.

71 Etwa im Bereich des Doppelbesteuerungsverbots (Art. 46 Abs. 2 BV); vgl. dazu ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, System des Steuerrechts, 5. Aufl. Zürich 1995, S. 84 ff.

72 Art. 104 Bst. c OG. Dazu etwa KÖLZ/HÄNER (FN 46), S. 308 ff.

73 Vgl. KÖLZ/HÄNER (FN 46), S. 337 f.

74 ROTHMAYR (FN 8), S. 16.

75 Art. 168 Abs. 1 BV, Art. 5 Abs. 1 OG.

76 Die Bundesversammlung ist nicht frei davon, den Vorgang der Wiederwahl als Denkzettel für missliebige Richter zu verwenden, vgl. etwa die Vorgänge im Anschluss an den «Kruzifix»-Entscheid (BGE 116 Ia 252 ff.); Amtl. Bull. N 1990 S. 2520 ff.

## 2. Direkte Demokratie, Konkordanz

Kann (wie in den USA) die Verfassung nur unter sehr restriktiven Bedingungen und daher faktisch kaum geändert oder ergänzt werden, finden geänderte Zielvorstellungen der Gesellschaft keinen Ausdruck im Verfassungstext, sondern müssen über die Verfassungsinterpretation durch die Gerichte implementiert werden<sup>77</sup>.

In der Schweiz bieten die direkt-demokratischen Instrumente (Initiative und Referendum) eine attraktivere und wirkungsvollere Möglichkeit der Einflussnahme auf die Gestaltung öffentlicher Politik als der Rechtsweg<sup>78</sup>. Folge der *Verfassungsinitiative* ist eine wandelbare Verfassung, deren Bestimmungen gerade wegen der fehlenden Gesetzesinitiative besonders konkret und einlässlich formuliert sind und schon deshalb weniger Spielraum für richterlichen Aktivismus bieten<sup>79</sup>. Trotz relativ geringer Annahmehancen wirken Verfassungsiniciativen so oder anders als Instrument politischer Innovation: Sie ermöglichen eine Öffnung des politischen Prozesses und eine Thematisierung bislang vernachlässigter Fragen<sup>80</sup> – Fragen, die in den USA zumindest auf der Bundesebene oftmals nur über den Gerichtsweg vorgebracht werden können<sup>81</sup>. Das *Referendum* ermöglicht eine *direkte Einflussnahme* der Bürgerinnen und Bürger auf die Politik. Ganz allgemein bewirken die direkt-demokratischen Instrumente eine *hohe Legitimität* der verabschiedeten Normen, was den Vollzug wesentlich erleichtert<sup>82</sup>.

Nun könnte man einwenden, dass auch zahlreiche amerikanische Gliedstaaten direkt-demokratische Instrumente kennen<sup>83</sup>. Der grundlegende Unterschied zur Schweiz liegt jedoch darin, dass Entscheidförderungsprozesse in den USA nicht in gleichem Mass konsensual ausgestaltet sind. Demgegenüber liegt die zentrale Leistung des schweizerischen Referendums in der Sicherstellung tragfähiger *Kompromisse* – die Entwicklung der Schweiz zur *Konkordanzdemokratie* wird denn auch wesentlich dem Referendum zugeschrieben<sup>84</sup>. Auf der sozialen Ebene ist Konkordanz Ausdruck einer politischen Kultur, welche Verständigung, Einvernehmen, Ausgleich und Kompromiss und damit Eigenschaften ins Zentrum stellt, die im öffentlichen Leben

internalisiert sind und gelebt werden<sup>85</sup>. Auf der institutionellen Ebene bewirkt die Referendumsmöglichkeit eine *präventive Beeinflussung* des politischen Entscheidungsprozesses, indem sich die politischen Akteure bei der Rechtsetzung von Anfang an um einen tragfähigen Kompromiss bemühen müssen. Die Notwendigkeit zur Kompromissfindung ermöglicht die Berücksichtigung breiter Interessen; dadurch vermindert sich die Notwendigkeit, die im Rechtsetzungsprozess nicht berücksichtigten Interessen gerichtlich einzufordern<sup>86</sup>.

Allerdings: Sollte das seit 1959 durch die «Zauberformel» abgesicherte *Konkordanzsystem* bei der Zusammensetzung des Bundesrats einem *Konkurrenzsysteem* Platz machen, wäre eine *Kompensation* fehlender unmittelbarer Gestaltungsmöglichkeiten durch Geltendmachung entsprechender Interessen in Gerichtsverfahren nicht auszuschliessen. Ein Blick auf Staaten mit Konkurrenzsystem (etwa die USA oder Deutschland) zeigt, dass die Opposition die Implementierung ihrer Anliegen dadurch sicherzustellen trachtet, dass sie ihre Interessen gerichtlich durchzusetzen versucht<sup>87</sup>.

Im Konkordanzsystem werden die Gerichte tendenziell nur dann an die Stelle des Gesetzgebers treten, wenn aufgrund fehlender Kompromissfähigkeit in einem bestimmten Politikbereich eine Pattsituation entsteht. Dies ist in der Schweiz eher selten; Hauptbeispiele sind die Mutterschaftsversicherung, wo seit dem Jahr 1946 ein Gesetzgebungsauftrag besteht, der bis heute nicht umgesetzt wurde und wegen der grossen Gestaltungsfreiheit auch nicht vom Bundesgericht durchgesetzt werden kann<sup>88</sup>. Zweites Beispiel ist das verfassungsrechtliche Verbot der Doppelbesteuerung, das jedoch aufgrund der Justiziabilität der Forderung durch das Bundesgericht konkretisiert werden konnte<sup>89</sup>.

## 3. Gesetzgebung und Vollzug im föderalistischen System

Ein weiterer Grund für den US-amerikanischen «Adversarial Legalism» wird im föderalistischen System und in der dezentralen politischen Struktur gesehen; stellen sich die lokalen Vollzugsbehörden bundesstaatlichen Regeln entgegen, kann deren Durchsetzung regelmässig nur durch Gerichtsentscheide erzwungen werden<sup>90</sup>.

77 Vgl. WINFRIED BRUGGER, Einführung in das öffentliche Recht der USA, München 1993, S. 158.

78 ROTHMAYR (FN 8), S. 13.

79 Vgl. KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit (FN 69), S. 172.

80 Vgl. WOLF LINDER, Schweizerische Demokratie, Bern 1999, S. 259 ff.

81 Vgl. dazu oben II.

82 Zum Zusammenspiel von Vollzugsproblematik und «Adversarial Legalism» oben II.

83 Dazu und zum Folgenden ROTHMAYR (FN 8), S. 13 f.

84 Vgl. statt anderer LINDER (FN 80), S. 240.

85 RENÉ RHINOW, Funktion und Probleme der politischen Parteien in der Schweiz, recht 1986, S. 105 ff., 109.

86 Ebenso ROTHMAYR (FN 8), S. 14.

87 Siehe dazu auch TERRY MOE, The Politics of Bureaucratic Structure, in: Peter H. Schuck (ed.), Foundations of Administrative Law, Oxford 1994, S. 89 ff.

88 Art. 116 Abs. 3 BV. Weiterführend PASCAL MAHON, Kommentar BV, Art. 34<sup>quinquies</sup> Rz. 70 ff.

89 Art. 127 Abs. 3 BV; vgl. dazu BLUMENSTEIN/LOCHER (FN 71), S. 84 ff.

90 Vgl. oben II.

Die Schweiz ist wie die USA ein föderalistisch aufgebauter Bundesstaat<sup>91</sup> mit einem vergleichsweise schwachen Zentralstaat<sup>92</sup>. Ein grundsätzliches Vollzugsdefizit bundesstaatlicher Regelungen, welches durch prozessual durchsetzbare Rechte kompensiert werden müsste, lässt sich für die Schweiz indessen *nicht feststellen*. Die Kantone sind in mannigfaltiger Weise an der Politikgestaltung im Bund beteiligt<sup>93</sup>; sie wirken an der Willensbildung des Bundes mit, insbesondere an der Rechtsetzung. Zudem informiert der Bund die Kantone rechtzeitig und umfassend über seine Vorhaben; er holt ihre Stellungnahmen ein, wenn ihre Interessen betroffen sind<sup>94</sup>. Bei der Umsetzung des Bundesrechts belässt der Bund den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit und trägt den kantonalen Besonderheiten Rechnung; er berücksichtigt die finanzielle Belastung, die mit dieser Umsetzung verbunden sind, indem er den Kantonen ausreichende Finanzierungsquellen belässt und für einen angemessenen Finanzausgleich sorgt<sup>95</sup>. Ganz allgemein schulden Bund und Kantone einander Rücksicht und Beistand; Streitigkeiten sollen nach Möglichkeit durch Verhandlung und Vermittlung beigelegt werden<sup>96</sup>. Aufgrund dieser Verklammerungen liegt im föderalistischen System der Schweiz kein Grund für «Adversarial Legalism».

Auch hier gibt es indessen Ausnahmen. So scheinen beispielsweise raumplanungsrechtliche oder umweltrechtliche Vorschriften des Bundes in einzelnen Kantonen nur widerwillig durchgesetzt zu werden; dieses Vollzugsdefizit wird in erster Linie durch Einsprachen und Beschwerden der Umweltschutzorganisationen kompensiert (eine Situation, wie sie für «Adversarial Legalism» typisch ist).

#### 4. Prozedurale Hindernisse

«Adversarial Legalism» ist auch ein Problem der Prozessordnung, verkürzt: Je formalistischer ein Verfahren ist und je mehr auf Gegnerschaft der Parteien angelegt, je stärker die Verfahrensherrschaft bei den Parteien und nicht beim Richter liegt, desto deutlicher die Tendenz in Richtung «Adversarial Legalism».

91 Art. 3, Art. 42 BV. Vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Aufl. Zürich 1998, S. 65 Rz. 168.

92 ROTHMAYR (FN 8), S. 11 m. w. H.

93 Vgl. HÄFELIN/HALLER (FN 91), Rz. 176 ff.

94 Art. 45 BV.

95 Art. 46 BV.

96 Art. 44 Abs. 2 und 3 BV.

#### a) Grundsätze prozeduraler Fairness

Im Vergleich zu amerikanischen Prozessordnungen legen die Verfahrensordnungen von Bund und Kantonen weniger Gewicht auf Formalien, sie sind auch weniger auf Gegnerschaft der Parteien ausgerichtet. Dies ist nicht zuletzt Ausdruck der verfassungsrechtlichen Garantie *rechtsstaatlicher und fairer Justizverfahren*<sup>97</sup>.

Die Sicherstellung dieser Grundsätze im Verfahrensallday ist den Richterinnen und Richtern aufgetragen<sup>98</sup>; sie wirken damit nicht nur als Schiedsrichter im Streit zwischen zwei Parteien, sondern haben – als Garanten eines fairen Verfahrens – die eigentliche Herrschaft über das Verfahren inne. Unverzichtbarer Bestandteil eines fairen Verfahrens ist ein Gerichtsentscheid innert *angemessener Frist* und das an alle Beteiligten gerichtete Gebot des Verhaltens nach *Treu und Glauben*<sup>99</sup>, beides Grundsätze, die endlosen Weiterbildungsmöglichkeiten und Verschleppungsabsichten der Parteien entgegenstehen.

Die Verpflichtung des Richters zur Sicherstellung eines fairen Prozesses hat auch der Gesetzgeber anerkannt: Jedenfalls im Zivilprozess sollen die Parteien über Fehler informiert werden, welche ihre berechtigten Ansprüche gefährden könnten<sup>100</sup>. Zudem liegt – anders als in den USA – die Verantwortung für das Beweisverfahren beim Richter und nicht bei den Parteien<sup>101</sup>; dabei können auch Beweismassnahmen angeordnet werden, die von keiner Partei verlangt worden sind. Der Richter oder die Richterin befragt die Parteien und bestimmt, ob bestimmte Fragen der Anwälte zugelassen werden oder nicht. Kreuzverhör oder direkte Befragungen sind untersagt<sup>102</sup>. Experten werden durch das Gericht bestimmt und nicht durch die Parteien<sup>103</sup>, was eine «battle of experts» zwar nicht vollständig, aber doch wirkungsvoll verhindert<sup>104</sup>.

97 Art. 29 und 30 BV. Vgl. auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II.

98 Gerade im Strafprozess besteht eine Verpflichtung zum Schutz der schwächeren Partei; das Bundesgericht hat festgehalten, dass sich aus Art. 4 BV (1874) und aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 3 Bst. d UNO-Pakt II eine eigentliche Richterpflicht ableitet, nicht anwaltlich vertretene Angeschuldigte über ihre Verteidigungsrechte aufzuklären; ebenso besteht die Verpflichtung, bei einer offenkundig ungenügenden Verteidigung das zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens Notwendige vorzukehren, BGE 124 I 185, E. 3 und 4 S. 189 ff.; 120 Ia 48 E. 2. Ähnlich auch NIKLAUS SCHMID, Strafprozessrecht, 3. Aufl. Zürich 1997, Rz. 245.

99 Art. 29 BV, Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV.

100 Vgl. etwa Art. 3 Abs. 2 Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (BZP), vom 4. Dezember 1947 (SR 273); dazu OSCAR VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 5. Aufl. Bern 1997, S. 162 ff.; vgl. auch MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl. Bern 1984, S. 79.

101 Etwa KUMMER (FN 100), S. 128; ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI, Schweizerisches Strafprozessrecht, 4. Aufl. Basel etc. 1999, S. 197 Rz. 5.

102 Vgl. z. B. Art. 37 BZP; GEORG LEUCH/OMAR MARBACH/Franz KELLERHALS, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 1995, Art. 253 N 3; HAUSER/SCHWERI (FN 101), S. 197 Rz. 5.

103 Z. B. Art. 265 des Gesetzes betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, vom 7. Juli 1918.

104 Vgl. dazu JOHN H. LANGBEIN, The German Advantage in Civil Procedure, 52 University of Chicago Law Review 823 (1985), S. 835.

Ein besonders wirksames Mittel gegen übermässiges Prozessieren ist auch die europäische Regelung der *Kostenverteilung*<sup>105</sup>. Die sog. «American rule», wonach jede Partei ihre eigenen Kosten tragen muss, bewirkt, dass auch bei geringen Gewinnaussichten prozediert wird, weil sich der Gegner eher auf Vergleichszahlungen einlassen wird als ein jahrelanges, aufreibendes und teures Verfahren auf sich zu nehmen<sup>106</sup>. Demgegenüber schreiben sowohl die kantonalen wie auch die eidgenössischen Verfahrenserlasse vor, dass die unterlegene Partei die Parteikosten der obsiegenden Partei zu übernehmen hat. Diese sog. «English rule» findet nicht nur im Zivilprozessrecht, sondern auch in Straf- und Verwaltungsverfahren Anwendung<sup>107</sup>.

Die Kostenordnung der Verfahrenserlasse wird durch das *anwaltliche Ständesrecht* gestützt, welches *Erfolgshonorare* untersagt. Damit soll u. a. verhindert werden, dass die Anwälte eine kritische Distanz zur Streitsache verlieren und aktiv rechtliche Streitigkeiten fördern<sup>108</sup>. Nun könnte eingesetzt werden, die bei Forderungsstreitigkeiten übliche Bemessung des Anwaltshonorars am Streitwert führe dazu, möglichst hohe Summen einzuklagen, und damit würde sich ein typisches Element des «Adversarial Legalism» verwirklichen. Dem steht allerdings wiederum die normative Ordnung entgegen, weil die Zivilprozessordnungen die Kosten im Mass des Obsiegens bzw. Unterliegens verteilen: Wer sich überklagt, hat in diesem Umfang nicht nur die eigenen, sondern auch die Gerichts- und Anwaltskosten der Gegenpartei zu zahlen. Treuwidriges Verhalten im Prozess wird damit über die Kostentragung sanktioniert<sup>109</sup>.

#### b. Weitgehendes Fehlen von Geschworenengerichten

In den USA gilt die Zuständigkeit von Geschworenengerichten als wesentliche Ursache für die Zunahme von Zivilprozessen<sup>110</sup>. Die (empirisch nachgewie-

sene) Tendenz der Geschworenen zur Identifikation mit Opfern und ihre leichte Beeinflussbarkeit führen oftmals zu masslosen Schadenersatz- und Genugtuungssummen, so dass sich die Risiken eines Prozesses vor einem Geschworenengericht nur schwer abschätzen lassen. Dieser Umstand fördert die Erhebung auch rechtlich nur wenig fundierter Schadenersatzklagen, weil finanzstarke Prozessgegner erfahrungsgemäss eher in einen Vergleich einwilligen, um ein Verfahren zu vermeiden<sup>111</sup>. Da im schweizerischen Prozessrecht Geschworenengerichte weitgehend fehlen, sind entsprechende Vorgänge nicht zu befürchten<sup>112</sup>.

#### 5. Kulturelle Faktoren

Fragmentierung der Gesellschaft und soziale Distanz zwischen den Individuen sind Faktoren, die eine rechtliche Lösung von Konflikten tendenziell fördern, während bei fortdauernder Beziehungsnähe die Suche nach konsensualen Lösungen überwiegt<sup>113</sup>. In den kleinräumigen Verhältnissen der Schweiz zeigen sich nicht nur die Entscheidungsträger aus Wirtschaft, Verbänden, Regierung und Parlament stark vernetzt<sup>114</sup>, sondern die Bevölkerung überhaupt: *Kooperation* erscheint als Ausdruck einer bestimmten politischen Kultur. Diese Kultur zeigt sich insbesondere auch im Solidaritätsdenken des ausgebauten Sozialstaates. Die *Sozialisierung individueller Schadensfälle* bedeutet eine wesentliche Hinderung für «Adversarial Legalism». So sind in der Schweiz Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch das soziale Unfallversicherungsrecht gegen Berufs- und Nichtberufsunfälle versichert<sup>115</sup>; bei einem Unfall werden die Heilungskosten von der Unfallversicherung übernommen, darüber hinaus wird während der Arbeitsunfähigkeit eine Lohnausfallentschädigung von 80% ausgerichtet<sup>116</sup>. Sind die Heilungskosten bezahlt und der Lohnausfall grösstenteils kompensiert, bestehen für ein Unfallopfer nur geringe Anreize zur Einleitung von Forderungsprozessen gegen angebliche Schädiger. Zur Rückbindung möglicher Prozesse trägt auch die Tatsache

105 Vgl. auch HONSELL (FN 1), S. 48.

106 Vgl. JOHN H. LANGBEIN, Will Contests, 103 Yale Law Journal 2039 (1994), S. 2043 («The American rule of leaving the parties to bear their own costs encourages contestants who (...) are pursuing a farfetched claim»); GARY T. SCHWARTZ, Product Liability and Medical Malpractice in Comparative Context, in: Peter W. Huber/Robert E. Litan (eds.), The Liability Maze, Washington, D. C. 1991, S. 67; COOTER/ULEN (FN 42), S. 366. Für eine empirische Studie vgl. JAMES W. HUGHES/EDWARD A. SNYDER, Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence, 38 Journal of Law & Economics 225.

107 Vgl. etwa Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 OG.

108 In den USA verlangen die Anwälte Erfolgshonorare in der Höhe von 30–40% der Klagesumme, vgl. dazu HONSELL (FN 1), S. 48. Zur Begründung des Verbots von Erfolgshonoraren vgl. SCHENKER (FN 36), S. 146 sowie ADRIAN DÖRIG, Anwaltliche Erfolgshonorare in der Schweiz, AJP 6/1998, S. 687 ff., spez. S. 693.

109 Vgl. etwa die Regelung in Art. 58 bis 60 ZPO-BE.

110 HONSELL (FN 1), S. 44.

111 Vgl. z. B. LANGBEIN, Will Contests (FN 106), S. 2043 («Trying a will contest to a panel of lay persons invites litigation such as the Seward Johnson case, in which the strategy is to evoke the jurors' sympathy...»); SCHWARTZ (FN 106), S. 64 ff.

112 Die schweizerischen *Zivilprozessordnungen* kennen keine Geschworenengerichte. Im *Strafprozess* sind Geschworenenvorfahren nur vereinzelt bekannt: In den Kantonen Zürich (wo die Abschaffung diskutiert wird), Tessin, Waadt, Neuenburg und Genf, und nur für schwere Kriminalfälle (vgl. etwa HAUSER/SCHWERTI [FN 101], S. 79 Rz. 8 ff.).

113 KAGAN, Should Europe (FN 5), S. 172. Eindrücklich auch ENGEL (FN 26), passim.

114 Zur besonderen Verhandlungskultur der politischen Elite LINDER (FN 80), S. 310 f.

115 Art. 1 Abs. 1 Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG), vom 20. März 1981 (SR 832.20).

116 Art. 10 ff. UVG.

bei, dass das Subrogationsrecht der Sozialversicherungen eine Überentschädigung verhindert<sup>117</sup>.

## V. Schluss

Gründe, die in den USA zu einer spezifischen Ausprägung der Konfliktlösung und Politikimplementation – eben «Adversarial Legalism» – geführt haben, lassen sich zum Teil auch in der Schweiz beobachten, wenn sie auch weniger ausgeprägt sind. Eine Reihe von Besonderheiten des schweizerischen rechtlichen und politischen Systems setzt einer Übernahme von «Adversarial Legalism» indessen klare Grenzen. Insoweit als sich diese Gegebenheiten verändern, müsste allerdings auch in der Schweiz mit einer Zunahme von «Adversarial Legalism» gerechnet werden.

Die Übernahme *materieller Regelungen* aus dem amerikanischen Recht allein braucht indessen nicht zwingend auch den Import amerikanischer *Konfliktlösungsmethoden* zu bedeuten – und solange keine prozeduralen Regeln übernommen werden, ist auch eine «Rezeption» von «Adversarial Legalism» nicht zu erwarten<sup>118</sup>. Will man «amerikanische Verhältnisse» vermeiden, gilt es der Problematik aber gleichwohl Rechnung zu tragen, insbesondere bei der Diskussion um institutionelle Änderungen (zu denken ist an die Volksrechte, an die Aufgaben und Kompetenzen des Bundesgerichts, an einen Wechsel vom Konkordanz- zum Konkurrenzsystem) oder um die Einführung neuer, von amerikanischen Vorbildern geprägter Rechtsinstitute: «If Europeans do not worry about it, adversarial legalism, with its unattractive as well as its attractive features, might blossom somewhat more widely than Europeans ultimately will appreciate»<sup>119</sup>.

117 Vgl. Art. 41 UVG, Art. 79 KVG, Art. 48ter AHVG, Art. 52 IVG, Art. 67 MVG.

118 Vgl. auch den Schluss von WIEGAND, *Rezeption* (FN 7), S. 262 sowie KAGAN, *Should Europe* (FN 5), S. 183.

119 KAGAN, *Should Europe* (FN 5), S. 166.

## Schweizerische Spuren im liechtensteinischen Treuhandrecht

HARALD BÖSCH\*

### I. Einleitung

Die Frage, ob in der Schweiz ein Bedürfnis nach der Einführung eines dem Trust nachempfundenen Treuhandinstituts besteht, war bereits im Jahr 1954 auf der Tagesordnung der Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins<sup>1</sup>. Nachdem sich der schweizerische Gesetzgeber in weiterer Folge nicht zu einer Treuhandkodifikation durchringen konnte, wurde es im schweizerischen Recht, vom bekannten Fall Harrison<sup>2</sup> einmal abgesehen, um den Trust lange Zeit recht still.

In den letzten Jahren hat der Trust in der schweizerischen Judikatur und Literatur allerdings wieder vermehrt Beachtung und Interesse gefunden<sup>3</sup>. 1995 stand die Treuhand wiederum auf der Traktandenliste des Schweizerischen Juristenvereins, wobei im Zuge der Diskussion u. a. die Forderung nach einer besseren rechtlichen Infrastruktur für «trustähnliche Treuhandkonstruktionen» erhoben wurde<sup>4</sup>. Das wieder aufgeflamte Interesse am Trust mag nicht zuletzt auch auf in der Schweiz anhängig gewesene Rechtsstreitigkeiten<sup>5</sup> zurückzuführen sein, in die Treuhänderschaften (Trusts)<sup>6</sup> nach liechten-

\* Dr., Rechtsanwalt in Bregenz, Rechtswissenschaftlicher Forschungsbeauftragter am Liechtenstein-Institut in Bendorf (FL).

1 Siehe ZSR NF 73 (1954), 119a ff., mit den Referaten von REYMOND, *Le trust et le droit suisse*, 119a ff. und GUBLER, *Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung eines Instituts der angelsächsischen Treuhand (Trust)?*, 215a ff.

2 BGE 96 II 79 ff.

3 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: HONSELL, *Treuhand und Trust in Schuldbetreibung und Konkurs*, recht 1993, 73 ff.; ZOBL, *Die Aussonderung von liechtensteinischem Treuhandgut in der schweizerischen Zwangsvollstreckung* (1994); SUPINO, *Rechtsgestaltung mit Trust aus Schweizer Sicht* (1994); BREITSCHMID, *Trust und Nachlassplanung*, FS Anton Heini (1995) 49 ff.; WATTER, *Die Treuhand im Schweizer Recht*, ZSR NF 114 (1995) 179 ff.; THÉVENOZ, *La fiducie, cendrillon du droit suisse*, ZSR 114 (1995) 253 ff.; MAYER, *Die organisierte Vermögensseinheit gemäss Art. 150 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht* (Unter besonderer Berücksichtigung des Trust), Diss. Basel (1998).

4 Siehe insb. WATTER, ZSR 114 (1995) 510 f.

5 Obergericht Zürich, Beschluss v. 21. 11. 1996, U/NK960 019/II. ZK; BGE 124 III 363 ff.

6 Wenngleich die liechtensteinische Treuhänderschaft dem Trust des Common Law nachempfunden ist, bestehen zwischen Treuhänderschaft und Trust doch auch erhebliche Unterschiede. Zu diesen Unterschieden siehe insbesondere BÖSCH, *Die liechtensteinische Treuhän-*