

ROLF STÜRNER

## Schlussbetrachtung und Ausblick

### I. Allgemeiner Eindruck

Wenn man den Eindruck vom Verlauf der 41. Bitburger Gespräche zusammenfassen soll, so muss man zunächst feststellen, dass eine Ertragskontrolle im Bereich der Lageanalyse wesentlich besser abschneidet als im Bereich der Abhilfe. Das mag manchen enttäuschen, und wenn man in den Kategorien wirtschaftlicher Effizienz denkt, so könnte man eine Fehlinvestition von Ressourcen kritisieren, falls man rasche Erfolge erwartet. Vielleicht liegt aber bereits in der Erwartung einer Auflösung von Unklarheiten und normativer Rechtssicherheit, wie sie von der deutschen Wirtschaft immer wieder formuliert wird, eine Vorstellung, die nicht überall in der Welt geteilt wird und die vor allem dem angloamerikanischen Lebensgefühl zu wenig Rechnung trägt. Es ist in der Diskussion deutlich geworden, wie sehr die amerikanische Rechtskultur den Rechtskonflikt liebt und in ihm die Wiege des Fortschritts sieht, sie sucht im Recht nicht so sehr Sicherheit und Orientierung an festen Maßstäben wie der Europäer. Letztlich spiegelt sich insoweit der Unterschied zwischen kodifikatorischen Rechtskulturen und Rechtskulturen des *case law* wider. Die Dynamik der amerikanischen Wirtschaft und Gesellschaft erklärt sich nicht zuletzt aus dieser Offenheit für den Konflikt mit ungewissem Ausgang; wer die Ordnung der Freiheit vorzieht, so würde ein Amerikaner vielleicht sagen, soll in Europa bleiben. Wer die Kräfte des freien Marktes in den USA bewundert, muss sie auch im Recht spielen lassen und darf vom Recht keine statisch beschreibbare wirtschaftliche Standortbedingung erwarten. Zur wirtschaftlichen Selbstbehauptung gehört nach diesem Verständnis der permanente Kampf ums Recht. Man kann seine hohen Kosten beklagen, muss sich aber die Frage stellen, ob er nicht das unabdingbare Gegenstück wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Dynamik ist. In einer Gesamtrechnung mögen solche Kosten eher weniger zu Buche schlagen als die Kosten eines Systems, das in statischer Verrechtlichung erstarrt. Wie dem auch immer sei. In der Auseinandersetzung mit der US-amerikanischen Rechtskultur sollte man die oft beschworene Rechtssicherheit als Arbeitsziel relativieren, wenn nicht aufgeben. Es kann nur darum gehen, bessere Ausgangspunkte für den Rechtskonflikt als typische Erscheinungsform der freien Gesellschaft zu schaffen, man kann die Chance zur erfolgreichen Rechtswahrnehmung verbessern, Rechtssicherheit in weltweiten Auseinandersetzungen sollte niemand erwarten, der im eigenen kodifikatorischen System den

Gedanken der Sicherheit durch verlässliches Recht unter dem Einfluss sich vermehrenden Fallrechts oder hektischer und kurzatmiger kodifikatorischer Änderungen immer mehr in Frage gestellt sieht. Gerade die deutsche politische Kultur denkt Ordnung vor Freiheit und macht dadurch das Recht etwas zum Ruhebett, betont beim Rechtsstaat die Statik der Rechtssicherheit. Dies hat alte Tradition. Hoffmann von Fallersleben dichtet im Deutschlandlied: „Einigkeit und Recht und Freiheit“; die Metrik hätte auch „Freiheit, Recht und Einigkeit“ zugelassen, aber für uns Deutsche gebiert das Recht Freiheit. Die Angloamerikaner sehen das gerade umgekehrt: Freiheit schafft Recht, und ihre Nationalhymne endet mit dem Bekenntnis zur „home of the brave and the land of the free“.

Die erste grundsätzliche Lehre, die man aus diesen Gesprächen ziehen muss, ist deshalb die Forderung nach größerer Bereitschaft zur rechtlichen Auseinandersetzung als Erscheinungsform freien Wirtschaftens. Es reicht nicht, sich Juristen zu halten, die gegebenenfalls Ruhe schaffen. Vielmehr ist die Bereitschaft zum Rechtskonflikt eine notwendige Bedingung marktmäßiger Positionierung. Die deutsche Wirtschaft begreift ihre Juristen zu sehr als Hilfstruppen, zu wenig als offensive Gestalter, und die Juristen haben sich an diese Rolle so sehr gewöhnt, dass sie ihr nur allzu gut gerecht werden.

## II. Wesentliche Erkenntnisse der Analyse – Schwachstellen

Die Analyse hat vor allem die Realität der amerikanischen rechtlichen Grundverfassung klar erstehen lassen und die Möglichkeiten und Grenzen völkervertraglicher Vereinbarungen und ihrer Umsetzung durch supranationale Gerichtsbarkeit verdeutlicht. Ob die hier versammelten Vertreter des deutschen und europäischen Rechts immer bereit waren, sich selbst so ganz richtig zu sehen, mag zweifelhaft erscheinen.

### 1. Unverrückbare amerikanische Grundpositionen

Die Gespräche weisen auf einige eher grundsätzliche amerikanische Positionen, auf die man sich einfach einstellen muss, weil sie mehr oder weniger unverrückbar erscheinen. Dazu gehört die basisdemokratische Teilhabe des Bürgers an der Rechtssetzung und Rechtsprechung durch die *jury* ebenso wie der Trend zur Wahrung eigener Souveränität im Dienste demokratischer Selbstbestimmung. Und hierher gehört auch die Abneigung gegen freiheitsbeschränkenden vorbeugenden Rechtsschutz oder vorbeugende Reglementierung und der Trend zum repressiven Rechtsschutz bei Freiheitsmissbrauch, den man aber *ex post* und nicht *ex ante* beurteilt. M. E. ist auch die justizielle Human-Rights-Bewegung unter diese Kategorie fundamentaler amerikanischer Rechtsüberzeugung einzuordnen.

## 2. Jury und Punitive Damages und ihre Funktion

Dies bedeutet zunächst einmal, dass man sich mit der *jury* als gerichtliche Entscheidungsinstitution ebenso abfinden muss wie mit *punitive damages*. Man sollte aber auch hier einem Missverständnis vorbeugen. Beide Institutionen sind in der Praxis häufiger eher *legal threats* als reale Phänomene. In der Wirklichkeit des amerikanischen Prozesses kommen nur 2%–3% der Verfahren überhaupt vor den *trial judge*, alle anderen Prozesse werden durch Vorabentscheidung (*summary judgment*) wegen Unschlüssigkeit oder durch *settlement* erledigt. Von den im *trial* verhandelten Fällen kommen unter 10% vor die *jury*, und die Tendenz ist abnehmend. Dies heißt nicht, dass die *jury* nicht eine bemerkenswerte Waffe im Kampf des Bürgers gerade mit großen Unternehmen geblieben wäre. Man sollte aber so wenig wie amerikanische Unternehmen zu rasch in die Knie gehen, wenn ein *jury*-Verfahren droht.

Das *jury*-Verfahren ist jedoch – und das scheint gravierender als der *jury*-Spruch selbst – der innere Grund der extensiven *discovery*, weil die vollständige mündliche Präsentation in einem gedrängten *trial* keine Überraschung durch neuen Prozessstoff zulässt. Man muss aber sehen, dass diese Stoffsammlung auch vom Beklagten zur Zermürbung des Klägers taktisch eingesetzt werden kann und auch wird. In dem Bestseller „A Civil Action“ ist es nicht das beklagte Großunternehmen, das nach langer *discovery* verliert, sondern die Kläger verlieren ihren Umwelthaftungsprozess und der Anwalt der Kläger ist bankrott. Mit anderen Worten bieten solche Verfahren auch für Unternehmen nicht selten bessere Prozesschancen als ein zügig geführter kontinentaler Richterprozess. Auch die *punitive damages* sind in der Realität eher ein Drohmittel als liquidierbarer Schadensbetrag. Wer Rechtssicherheit sucht und sofort weich wird, weil er sie in den USA nicht findet, passt nicht in diese Rechtskultur und wird erpressbar. Hier hilft nur größere Konfliktbereitschaft.

## 3. Völkerrechtliche Vereinbarungen und Konfliktbereitschaft

Zu Recht weisen viele Beiträge darauf hin, dass Erfolge im Sinne eines Ausgleichs dort am ehesten erzielt worden sind, wo es gelungen ist, zu völkervertraglichen Vereinbarungen zu kommen. Allerdings ist es nicht die Rechtsklarheit der Verträge und Übereinkommen, die hier Rechtssicherheit schafft. Dazu sind völkerrechtliche Verträge viel zu breit formuliert oder in ihrem Anhang auch wieder zu detailliert. Auch scheint das angloamerikanische Verständnis vom Sinn und Zweck eines Vertrages nüchterner und instrumentaler zu sein als das des Kontinentaleuropäers und insbesondere des deutschen Juristen. Es sind wohl eher Streitschlichtungsinstitutionen, die dem völkerrechtlichen Vertrag Effektivität verleihen und dabei aber wiederum eine gewisse Konfliktbereitschaft bei der Prozessführung und letztendlichen Durchsetzung der Ergebnisse voraussetzen.

Bei den gesamten prozessualen Übereinkommen fehlt diese Streitschlichtungsinstanz. Ihre Durchsetzung vor nationalen Gerichten muss notwendigerweise zu Verwerfungen führen. Dass die Europäer dabei nicht immer glücklich agiert haben, soll später noch kurz angesprochen sein. Festzuhalten bleibt, dass solche Vereinbarungen möglichen Konflikten einen günstigeren Rahmen verschaffen, sie aber keinesfalls ersparen.

#### 4. Souveränitätsverzicht und völkerrechtliche Vereinbarungen

Wohl richtig und relativ unbestritten ist die Analyse, dass die USA ungerne souveränitätsbeschränkende Verträge schließen. Hierfür ist sowohl ihr Demokratieverständnis ursächlich als auch die gängige Motivationslage, wie sie realistischerweise Verträgen zugrunde liegt. Auch der Brävste schließt nicht ohne Not Verträge, die ihn binden. „Der Starke ist am mächtigsten allein“. Dieser Satz stammt – gestatten Sie mir diesen Kalauer – nicht von George Bush, sondern er entstammt dem Schiller'schen Freiheitsdrama Wilhelm Tell. Verträge schließt man nur, wenn sie gegenüber dem vertragslosen Zustand eine positive Veränderung bedeuten. Im Bereich der WTO und der ihrem Einflussfeld unterliegenden Vereinbarungen ist dies der Fall, weil die USA bei Exportbeschränkungen oder Schutzrechtsverletzungen inzwischen den Gegenschlag der EU und anderer großer Staaten oder Staatenverbindungen fürchten müssen und deshalb das Arrangement vorteilhafter erscheint als die vertragslose Situation ohne Konfliktbereinigungsregelung, die zu Kompromissen führt. Wenn das US-Kartellrecht in einem extraterritorial angewandten EU-Kartellrecht ein Gegengewicht findet, wie sich dies gegenwärtig anbahnt, wird ein völkervertraglicher Konfliktlösungsmechanismus attraktiv.

Die internationalen Verträge des Zivilprozessrechts leiden insoweit alle an einem Geburtsfehler – das ist mehrfach angesprochen –, als sie den US-Amerikanern eigentlich kaum Vorteile bieten und so der Rückgriff auf den vertragslosen Zustand nahe liegt. Die Haager Zustellungs- und Beweisübereinkommen gewähren überwiegend nur in Fällen Vorteile, in denen nicht in den USA, sondern nur in Europa vollstreckt werden kann. Also werden sie von den USA nur in diesen Fällen bedient oder bei Drittbeteiligungen in Beweissachen, wo man ohne fremde staatliche Hilfe nicht weiterkommt. Durch eine enge Auslegung, die bis hin zur Erfüllungsverweigerung reichen kann, haben die Europäer diesen Einseitigkeitseffekt noch verstärkt. Sie waren wenig kompromissbereit, indem man z. B. unterschiedliche Formen der Beweisaufnahme unterschiedlich zu behandeln bereit war, z. B. Zeugenvernehmungen und Urkundenvorlagen anders als Augenscheinsnahmen auf fremdem Territorium etc.

In den Entwürfen zu einem Haager Zuständigkeits- und Vollstreckungsübereinkommen, wie sie maßgeblich von den EU-Staaten nach dem Muster des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens geprägt sind, sucht man weithin vergeblich nach irgendwelchen *wesentlichen* Vorteilen für die USA. Vielleicht kann man fündig werden bei doppelter Rechtshängigkeit oder bei der Tolerierung des men-

schenrechtlichen Gerichtsstands, der allerdings nicht zur Vollstreckung zwingt, sondern als „grauer“ Gerichtsstand akzeptiert ist. Vielmehr beinhalten die Entwürfe eher eine Ansammlung von Nachteilen: verbotene, „schwarze“ Gerichtsstände, wie z. B. die *tag-jurisdiction*, Beschränkungen der Zuständigkeit bei wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten, etc. Irgendein wesentliches Zugeständnis haben die Europäer nicht gemacht, z. B. die beschränkte Anerkennung von *punitive damage*-Urteilen, nicht nur soweit die Strafschäden Kosten decken oder die Funktion von Schmerzensgeld erfüllen, wie es auch in anderen europäischen Ländern großzügiger als in Deutschland möglich ist, sondern auch soweit sie den *exemplary damages* englischen Rechts entsprechen oder soweit sie auf einen Zuschlag zum normalen Schaden begrenzt werden, etc. Gegen ein solches Zugeständnis wären u. U. Konzessionen bei Zuständigkeitsfragen aushandelbar gewesen, die man so letztlich nicht erreicht hat. Die EU fühlte bei diesen Haager Verhandlungen erstmals ihre Stärke, hat sie aber nicht im Sinne eines Interessenausgleichs eingesetzt, sondern eher zu einer Blockade. Auf diese Weise kommen sinnvolle Vereinbarungen nicht zustande, weil der vertragslose Zustand mit einseitigen Regelungen zumindest vorläufig größere Attraktivität hat.

## 5. Menschenrechtliche Zuständigkeit

Zu den unverrückbaren Gegebenheiten des US-Rechts zählen auch die Menschenrechtsgerichtsstände. Das Gespräch mit den amerikanischen Gästen hat – so meine ich – klar zu Tage gefördert, wie stark diese Gerichtsstände im missionarischen Geist des US-Rechts und den ältesten Traditionen der freiheitlichen Auswanderer verwurzelt sind. Die Europäer haben denn auch bisher bei den Haager Verhandlungen den Amerikanern diesen Gerichtsstand gelassen, wenn auch nur als zulässige, aber nicht zur späteren Vollstreckung verpflichtende Zuständigkeit. Im Übrigen findet sich auch in Europa bei Verletzung grundlegender Menschenrechte eine durchaus bemerkenswerte Tendenz zu verbreiteter Zuständigkeit, z. B. in Strafsachen.

## 6. Die Fähigkeit der Europäer zur Selbsterkenntnis

Weniger besprochen ist die Frage, ob die Europäer nicht zuweilen an den USA Phänomene kritisieren, die auch dem europäischen Recht nicht fremd sind. Immerhin ist für Kartellsachen klar ausgesprochen worden, dass die sog. *effects doctrine* hier von den Europäern in mehr oder weniger gleichem Umfang angewandt wird wie von den Amerikanern, und es steht zu erwarten, dass auf anderen Gebieten des Wirtschaftsrechts, z. B. dem Kapitalmarktrecht, ähnliche Entwicklungen einsetzen werden. „Willst Du Dich selbst erkennen, so sieh wie die anderen es treiben. Willst Du die anderen verstehen, blick' in Dein eigenes Herz.“ Oft setzen die Europäer die Wirkungsdoktrin sogar unbekümmerter ein als die Amerikaner. Wenn z. B. Güter des Handelsverkehrs in fremden Ländern Schaden verursachen, gilt nach europäischem Verständnis der Gerichtsstand deliktischen Handelns uneingeschränkt, der Lieferant

muss sich also in Deutschland verklagen lassen, wenn seine Ware von Japan völlig zufällig nach Deutschland kommt und dort Schäden anrichtet; amerikanisches Recht prüft hier immerhin die Vorhersehbarkeit des Warenstroms. Auch bei Garantieklagen sind die Europäer unbekümmerter als das US-Recht. Wenn z. B. der französische Beklagte beim Prozess mit einem deutschen Kläger in Paris die Garantieklage gegen den griechischen Lieferanten erhebt, so muss der griechische Lieferant sich gegen seine vertragliche Haftung unter europäischem Recht in jedem Fall in Paris wehren. Die Amerikaner verlangen hier internationale Zuständigkeit (*personal jurisdiction*) unter allgemeinen, auch sonst geltenden Gesichtspunkten.

Oft behaupten auch Europäer in den USA europäisches Recht, das es so gar nicht gibt. In einem Verfahren vor dem Supreme Court wurde beispielsweise vorgetragen, die Vorlage von Urkunden aus fremden Ländern erfolge in Europa aus Achtung vor fremder Souveränität immer unter dem Haager Übereinkommen und werde nicht einfach direkt angeordnet; nichts ist unrichtiger und undifferenzierter. Auf der Basis solcher Argumente war der Misserfolg vor dem Supreme Court vorprogrammiert.

Erfolgreiche Wahrnehmung von Rechten und Interessen setzt voraus, dass sich die Europäer ihres eigenen Ausgangspunktes ehrlich bewusst sind. Nicht selten ist es so, dass Deutschland und Europa viele unliebsame Phänomene des US-Rechts in ähnlicher Form kennen, aber in wesentlich geringerer Häufigkeit und in verträglicherer Proportion.

## 7. Die Bedeutung der Vergangenheit

Das Gespräch hat die Auseinandersetzung mit historisch belasteten Schadensersatzklagen etwas auf die Schweiz abgewälzt. Die deutsche Seite neigt hier eher zur Zurückhaltung. Dies ist angesichts der historischen Gegebenheiten und der besonderen deutschen Belastungen verständlich, und Zurückhaltung bleibt hier angebracht. Die Gesprächs- und Argumentationsfähigkeit sollte man sich aber hier bewahren. Im rechtlichen Bereich hat sie denn auch durchaus ausgewogene US-amerikanische Urteile mitbewirkt, im politischen Bereich war sie vielleicht etwas zu wenig entwickelt.

## III. Künftige Strategien

Eine Schlussbetrachtung dieser Tagung, welche die abschließende Diskussion einleiten soll, tut sich bei der Erörterung künftiger Strategien wesentlich schwerer als bei der Analyse. Immerhin sind hier aber doch einige Gesichtspunkte vorgezeichnet.

### 1. Die drei Reaktionsmöglichkeiten

Am Beginn der Tagung sind drei Reaktionsmöglichkeiten benannt worden: völkervertragliche Kooperation, verbesserte Konfliktbewältigung unter amerikanischen Spielregeln, Kombination aus begrenzter Konfliktbereitschaft und Kooperation. Die

Gespräche scheinen ergeben zu haben, dass auf Dauer die Kombination aus begrenzter Konfliktbereitschaft und völkervertraglicher Kooperation die richtige Form europäischer und deutscher Behauptung im Weltmarkt sein dürfte. Sie wird auch dem eher utilitaristisch-ökonomischen Ansatz des amerikanischen Rechtsdenkens gerecht und verspricht deshalb auch beste Resonanz.

## 2. Folgerungen

Aus diesem Grundansatz ergeben sich einige Folgerungen, die kurz angedeutet seien und die auch vielleicht noch in der Schlusssprache thematisiert werden könnten.

### a) Konfliktbereitschaft

Die deutsche und europäische Seite muss sich die Bereitschaft zum begrenzten Konflikt erhalten. Europa wird diese Fähigkeit zum erfolgsträchtigen begrenzten Konflikt stärken. Man kann sagen, dass die andere Seite den Konflikt förmlich erwartet und seine Vermeidung als Schwächezeichen wertet. Er gehört zu den Spielregeln des *adversarial system*.

### b) Schaffung kompromissgeeigneter Ausgangslagen

Nur wo die Europäer und Deutschen kompromissgeeignete Ausgangslagen zu schaffen in der Lage sind, ist ein Erfolg zu erwarten. Dabei ist der im Gespräch laut gewordene Hinweis auf die verstärkte Verlagerung von Verhandlungen in die politische Ebene der WTO nützlich und steht vor allem den Wirtschaftsvölkerrechtlern gut an, die diese Materie damit den Kleinlichkeiten der Privatrechtler entführen, um sie einer höher geordneten Tauschgerechtigkeit zuzuführen. Allerdings erscheinen zwei Warnungen angebracht. Einmal kann man diese höhere Ebene durch eine Überfrachtung leicht blockieren und überfüttern, sodass der anderen Seite der Appetit rasch vergeht. Zum anderen besteht doch die Gefahr von formelhaften Vereinbarungen, die einer schiedsgerichtlichen Implementation bedürften, und ihre Akzeptanz ist ebenfalls begrenzt. Man sollte also bescheidener auf beiden Ebenen weiterarbeiten.

### c) Europäische Kompromissfähigkeit

Die deutsche und europäische Seite muss sich stärker kompromissfähig zeigen. Oft kann es gar nicht darauf ankommen, amerikanische Institutionen voll abzulehnen und zu blockieren. Man sollte stärker darauf achten, bei ihrer Anerkennung die Proportionen zu wahren. Dies gilt für *punitive damages* ebenso wie für die Ergebnisse von *class actions*. Gerade die europäische Entwicklung wird immer stärker zeigen, dass viele Institutionen des amerikanischen Rechts auch im europäischen Rechtskreis Entsprechungen haben und sich in Europa durchzusetzen beginnen, allerdings in verträglicher

Proportion. Darauf muss der europäische und deutsche Standpunkt bei Kompromissen stärker abheben und sich überlegen, ob die Totalblockade gegenüber manchen Institutionen wirklich der Weisheit letzter Schluss ist.

### 3. *Law Marketing*

All dies verlangt allerdings eine größere Präsenz der deutschen Wirtschaft im rechtlichen Weltmarkt. Recht ist keine bloße „Standortbedingung“, sondern ein Instrument der Marktpositionierung und damit mehr als nur ein Nothelfer. Es lohnt nicht nur gelegentliches Sponsoring, sondern Investition in Wissenschaft und rechtspflegende Institutionen. Lehrstühle und Forschungsstellen an amerikanischen und deutschen Universitäten könnten selbstverständlichere Förderung erfahren, wie dies z. B. von Seiten Japans in US-amerikanischen Fakultäten in großem Umfange geschieht. Die US-amerikanische Wahrnehmungsfähigkeit gegenüber europäischer Rechtskultur und europäischem Rechtsdenken verdient durchaus Stärkung und ist verbesserungsfähig. Anwaltschaft, Wirtschaftsprüfung und Rating-Agenturen müssen nicht den Rahmenbedingungen fremden Rechts ausgesetzt sein, Gegenmodelle unter europäischen Vorzeichen sind denkbar. All dies hat nichts mit Rechtsnationalismus oder Antiamerikanismus zu tun, sondern ganz im Gegenteil mit Wettbewerb, der gegenwärtig unter einer gewissen Oligopolisierung – teilweise durchaus unter amerikanischen Vorzeichen – leidet und auch Grundprinzipien der amerikanischen rechtlichen und politischen Kultur widerspricht. Die Mitarbeit in internationalen, rechtssetzenden Gremien sollte stärker ins Blickfeld der Wirtschaft und Anwaltschaft rücken, auch wenn sie Kosten verursacht. Angloamerikaner sind hier mehr präsent, obwohl oder gerade weil sie Rechtspflege stärker unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten sehen als Europäer. Law Marketing mag unserer Rechtskultur mit ihrem abgehobenen idealistischen Ausgangspunkt weniger liegen, aber es ist bittere Notwendigkeit.