

Zusammenfassung

Das Schweizerische Sanktionenrecht ist dualistisch. Es erlaubt das Verhängen von Strafen und Massnahmen. In jedem Fall muss der Richter vorab das Begehen einer Straftat feststellen, nachdem er die Unschuldsvermutung umgestossen hat. Es kann sein, dass der Richter dabei gleichzeitig über die Gefährlichkeit des Straftäters und die Rückfallgefahr zu befinden hat. Diese Tätigkeiten beruhen auf den Regeln der Beweislast und des Ermessens. Das Studium dieser Regeln zeigt, dass das Recht von einer Ungefährlichkeitsvermutung ausgeht, die in Anbetracht der gegenwärtigen Tendenz zur Sicherheit notwendig ist.

Buchbesprechung

JENS DROLSHAMMER, *The Americanization of Swiss Legal Culture. Highlights of Cultural Encounters in an Evolving Transatlantic History of Law*. Bern: Stämpfli Publishers 2016, 1631 S.

1. Der hier vorzustellende Band ist der zeitlich erste auch in Print-Version erschienene Beitrag zu einem monumentalen Editionsprojekt, das – auch im internationalen Vergleich – als höchst ungewöhnlich, ja als einzigartig bezeichnet werden kann. Das Gesamtprojekt firmiert unter dem Namen «Anthology of Swiss Legal Culture» und wird heute von einem Trägerverein administriert, der unter der Leitung von PAUL RICHLI (Universität Luzern) steht. Ziel der Anthologie, an der eine ganze Reihe namhafter schweizerischer Rechtslehrer und Rechtslehrerinnen beteiligt ist, ist es, die schweizerische Rechtskultur in den Rahmen der globalen, europäischen und aussereuropäischen Rechtsentwicklung zu stellen, wobei – bis jetzt, denn das Projekt ist ein «work in progress» – vier Themenschwerpunkte angesprochen werden: Völkerrecht (unter der Ägide von THOMAS COTTIER [Universität Bern]) sowie (unter der Leitung von JENS DROLSHAMMER) die Teile Europäisierung des Rechts, Amerikanisierung und Globalisierung. Alle diese Teile sind bereits jetzt in einem über 7000-seitigen Umfang online (www.legalanthology.ch) verfügbar; zusätzlich in Buchform liegt bis jetzt neben dem hier vorzustellenden Band zur «Americanization» auch noch das Werk von ROLF H. WEBER über «Information Law in Swiss Legal Culture» (Bern 2017) vor. Über die Konzeption des Gesamtprojekts ist hier nicht mehr zu sagen, da sie von COTTIER und DROLSHAMMER in dieser Zeitschrift bereits ausführlich vorgestellt worden ist (ZSR 135 [2016] I, 73 ff.). Auch die übrigen Teile des Projekts werden hier nicht beleuchtet.

Der Verfasser (besser: Editor) des vorliegenden Bandes und unermüdete Promotor des Gesamtprojekts ist JENS DROLSHAMMER, Mitgründer und ehemals Senior Partner einer international tätigen Wirtschaftskanzlei in Zürich, emeritierter Titularprofessor für anglo-amerikanisches Recht sowie Rechtsgeschäftsplanung und -gestaltung an der Universität St.Gallen, von 2003–2008 Visiting Research Professor am European Center for Law Research an der Harvard Law School und seit 2014 Faculty Associate am Berkman Klein Center for Internet & Society der Harvard University. DROLSHAMMERS intensive Nahebeziehung zur US-amerikanischen Rechtskultur und speziell zur Harvard Law School kommt am Schönsten und Persönlichsten in seiner ebenfalls in der ZSR (128 [2009] I, 317 ff.) publizierten St.Galler Abschiedsvorlesung von 2009 zum Ausdruck.

2. Das hier zu besprechende, 1631 Seiten umfassende Buch ist keine konventionelle rechtswissenschaftliche Monographie mit durchgehendem Text, sondern im Sinn der US-amerikanischen Literaturgattung der «Cases and Materials» eine Sammlung, ein «Reader», mit einer Fülle von Texten und Dokumenten zur Thematik der «cross-fertilization» im Verhältnis zwischen der US-amerikanischen und der schweizerischen Rechtskultur. Die integral oder ausschnittsweise in der ursprünglichen (die originale Paginierung wiedergebenden) Printform abgedruckten Texte werden von DROLSHAMMER jeweils mit einer Einführung in englischer Sprache versehen. Abgesehen von der Selektion der Texte, einer ausführlichen (ebenfalls in englischer Sprache verfassten) allgemeinen Einleitung in den Band (S. 45 ff.) und den biographischen Angaben zu den Autoren der Texte im Anhang des Buchs (S. 1562 ff.) repräsentieren diese Einführungen zum historischen «background» der einzelnen Texte und deren Zusammenfassung die eigenständige wissenschaftliche Leistung des Editors. Gegliedert wird der Abdruck nach der grossen Zweiteil-

lung in «travels» and «impacts» of Swiss legal culture on the legal culture of the United States» (Teil A [S. 75 ff.]) und den verständlicherweise erheblich umfangreicheren Teil B (S. 667 ff.) zu den «travels» and «impacts» in umgekehrter Richtung. Beide Teile werden weiter untergegliedert. Erwähnt seien auch noch die «bibliographic references» zu den Texten im Anhang (S. 1553 ff.) sowie – last not least – die vielen geistreich ausgewählten Illustrationen.

3. Angesichts des gewaltigen Umfangs des Sammelwerks verbietet sich eine detaillierte Inhaltsangabe. Es seien lediglich Schwerpunkte herausgegriffen, die in den Augen des Rezensenten von besonderem Interesse sind und dem Anspruch des Werks, die direkten und indirekten gegenseitigen Beeinflussungen der beiden Rechtskulturen oder zumindest deren gegenseitige Kontaktnahmen zu dokumentieren, in idealer Weise gerecht werden. Im Vordergrund steht die Verfassungsgeschichte, zu der ja nicht ohne Grund das geflügelte Wort von den «Schwesterrepubliken» («Sister Republics») geprägt worden ist¹. Dazu etwa die Ausschnitte aus den «Federalist Papers» (S. 125 ff.) sowie die Beiträge von J. H. HUTSON (S. 75 ff., 138 ff., 436 ff., 696 ff.), PAUL WIDMER (S. 92 ff.), WILLIAM E. RAPPARD (S. 397 ff., 667 ff.), A. KÖLZ (S. 712 ff.), J. J. RÜTTIMANN (S. 723 ff.) und P. SALADIN (S. 1057 ff.). Auch der «Report» von ALEXIS DE TOCQUEVILLE zu einem zeitgenössischen Buch über die Demokratie in der Schweiz steht in diesem Zusammenhang (S. 589 ff.). Der grosse Einfluss des US-amerikanischen Privat- und vor allem Wirtschaftsrechts auf die schweizerische Rechtsentwicklung ist durch Texte von W. WIEGAND (S. 846 ff.), P. BÖCKLI (S. 973 ff.), H. KOLLER (S. 997 ff.) und P. NOBEL (S. 1031 ff.) dokumentiert. Selbstverständlich sind auch die besonders gehaltvollen Beiträge von H. AEMISEGGER zur «Bedeutung des US-amerikanischen Rechts bzw. der Rechtskultur des Common Law» auf die Praxis des Bundesgerichts und von R. KIENER/R. LANZ zur «Amerikanisierung des schweizerischen Rechts – und ihre Grenzen» nicht vergessen worden (S. 1014 ff. bzw. S. 949 ff.). Im Unterkapitel über die «Impacts» der «Anglo-Americanization» der Berufe der Unternehmensjuristen und der international tätigen Wirtschaftsanwälte «on Swiss legal professions» konnte DROLSHAMMER auf eigene Publikationen zurückgreifen (S. 883 ff., 1078 ff., 1117 ff.). Im selben Zusammenhang steht auch DROLSHAMMERS und NEDIM VOGTS Beitrag zu «English as the Language of Law» (S. 1457 ff.). Ein spannendes Kapitel für sich sind die Fallstudien mit Dokumenten zur schweizerischen Neutralitätspolitik im Zusammenhang mit dem Holocaust und den nachrichtlosen Vermögern (S. 1136–1292) und zur gerichtlichen Auseinandersetzung im «Fall UBS» (S. 1293–1455).

4. Eine Gesamtbeurteilung des Buchs muss sich sofort völlig von der Erwartung lösen, eine systematisch stringente rechtswissenschaftliche Monographie vor sich zu haben. Darum geht es hier nicht; es geht, wie angeführt, um eine Sammlung von «Texts» und «Materials» zum Generalthema, gruppiert nach gewissen inhaltlichen Leitgedanken.

Auch wenn man dies bedenkt, können – bei aller Sympathie – einige kritische Gedanken nicht völlig unterdrückt werden. Zwar bemüht sich der Editor in seiner «Introduction» (S. 45 ff.) redlich, dem Leser die Leitgedanken seiner Textauswahl und deren systematische Einordnung verständlich zu machen und ihm so einen roten Faden für seine Reise

1 Von der «grossen Schwesterrepublik jenseits des Ozeans» sprach bereits 1874 der damalige Bundesgerichtspräsident J. J. BLUMER; zit. nach P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche*, 1. Teilbd. des 1. Bandes von SPR (Basel 2015) 28 Fn. 83.

durch das Kompendium an die Hand zu geben; der Eindruck eines zwar faszinierenden, gleichzeitig aber auch verwirrenden Monumentalgemäldes (vielleicht könnte man scherzhaft und etwas boshaft sagen: in der Art des US-amerikanischen «abstrakten Expressionismus») wird sich an manchen Stellen nicht gänzlich vermeiden lassen. Im eigentlichen Sinn juristische und hoch informative Abhandlungen, in denen es tatsächlich um die Wechselbeziehungen zwischen den beiden Rechtskulturen geht, finden sich etwa unvermittelt neben Ausschnitten aus den Erinnerungen JOHANN AUGUST SUTTERS, des Gründers von «Neu Helvetien», sowie von literarischen Bearbeitungen von dessen farbigem Leben aus der Feder von BLAISE CENDRARS und STEFAN ZWIG; Texte zum berühmten, neuerdings wegen seiner rassistischen Äusserungen in Misskredit geratenen Neuchâtelier (und dann in Harvard lehrenden) Gletscherforscher LOUIS AGASSIZ neben RAYMOND R. PROBSTS konziser Abhandlung über die schweizerischen Erfahrungen mit den «good offices» etc. Bei gewissen Unterkapiteln würde man wiederum gern etwas mehr erfahren. Etwa im wichtigen Kapitel über die «Impacts» (der amerikanischen Rechtskultur) «on Swiss legal science» (S. 1031 ff.). Dieser Einfluss ist ja tatsächlich enorm, namentlich im Staats- und Völkerrecht, wenn man bedenkt, wie sehr sich hervorragende schweizerische Vertreter dieser Disziplinen, wie WALTER HALLER, JÖRG PAUL MÜLLER, DANIEL THÜRER oder LUZIOUS WILDHABER, um nur einige wenige Namen der älteren Generation zu nennen, durch ihre Studien und ihre Forschungsaufenthalte an den grossen amerikanischen Law Schools (Harvard, Yale, Berkeley, Stanford) inspirieren liessen.² In anderen Zusammenhängen, bei denen globale Aspekte angesprochen werden, kommen dem Leser wiederum grundsätzliche Zweifel im Hinblick auf die Sinnhaftigkeit der Fokussierung gerade auf die amerikanisch/schweizerische Optik. So etwa im Kapitel über den durch US-amerikanische Entwicklungen induzierten Wandel der «legal professions», zu dem es weltweit wichtigste Abhandlungen gibt.³

Diese kritischen Anmerkungen sollen keinen falschen Eindruck erwecken: DROLSHAMMERS «Americanization» ist eine unbestreitbar faszinierende Pionierleistung, eine wahre Fundgrube, ein – wie der Editor formuliert – «working tool» (S. 16), ein «Denkraum» (ABY WARBURG) «for further academic and practical legal work» (S. 33). Wegweisend (namentlich auch für den universitären Lehrbetrieb) ist das durchwegs zu spürende (zuweilen, wie oben angedeutet, übertriebene) Bemühen, Rechtskultur nicht in einer verengten rechtspositivistischen Optik zu verstehen, sondern im Sinn eines weit gespannten «kulturwissenschaftlichen» Ansatzes (P. HÄBERLE), der die geschichtlichen, kulturel-

2 Bibliographische Angaben dazu im eben erschienenen, «Gespräche mit Zeitgenossen» wiedergebenden (in Fn. 4 a.E. zitierten) Buch DROLSHAMMERS.

3 Zitiert sei hier lediglich die hervorragende Abhandlung von M. REIMANN über «The American Advantage in Global Lawyering» (RabelsZ 78 [2012] 1 ff.). In REIMANNs DEUTSCHER Studie zum Thema («European Advantages in Global Lawyering» [erscheint in RabelsZ 2018]) verweist REIMANN seinerseits auf einschlägige Publikationen DROLSHAMMERS.

Da es sich bei der Amerikanisierung des Rechts um ein weltweit zu beobachtendes Phänomen handelt (das im rechts- und sozialwissenschaftlichen Diskurs auch weltweit diskutiert worden ist und wird), wäre es nach Auffassung des Rezensenten empfehlenswert gewesen, ein eigenes einleitendes, mit wichtigen Texten dokumentiertes Kapitel (oder wenigstens eine international angelegte Bibliographie) zu diesem globalen Thema vorzusehen. Vgl. immerhin die einleitenden Ausführungen des Editors auf S. 50 ff. In diesem Zusammenhang wäre wohl auch die Frage zu stellen, ob die kulturelle Anziehungskraft der USA, ihre «Soft Powers», angesichts offensichtlicher Krisenerscheinungen der US-amerikanischen Gesellschaft (deren symptomatischer Ausdruck die Wahl des derzeitigen Präsidenten der USA ist) nicht ihren Zenit bereits deutlich überschritten hat.

len, politischen, ökonomischen Rahmenbedingungen der Rechtsentwicklung gleichwertig miteinbezieht und daher auch als «holistisch» bezeichnet werden kann.⁴

Immer dann, wenn der kritische Leser zu zweifeln beginnt, ob das vorliegende Werk diesem ungemein anspruchsvollen, von niemandem vollständig einzulösenden Konzept ausreichend gerecht wird, werden diese Zweifel durch das durch das ganze Buch durchschimmernde – bei juristischen Autoren eher atypische – «feu sacré» DROLSHAMMERS gleich wieder zerstreut. Sein von KARL N. LLEWELLYN, dem grossen, in Yale wirkenden Rechtsrealisten übernommenes und von DROLSHAMMER immer wieder zitiertes Leitmotiv (etwa S. 37): «See it fresh – see it whole – see it how it works», wirkt unweigerlich ansteckend!

Basel/St. Gallen

ERNST A. KRAMER

4 Der grosse Pionier der modernen Rechtsvergleichung, ERNST RABEL, hat diesen holistischen Ansatz für die Rechtsvergleichung bereits 1924 wie folgt umschrieben: «Der Stoff des Nachdenkens über die Probleme des Rechts muß das Recht der gesamten Erde sein, vergangenes und heutiges, der Zusammenhang des Rechts mit Boden, Klima und Rasse, mit geschichtlichen Schicksalen der Völker – Krieg, Revolution, Staatengründung, Unterjochung –, mit religiösen und ethischen Vorstellungen; Ehrgeiz und schöpferischer Kraft von Einzelpersonen; Bedürfnis von Gütererzeugung und Verbrauch; Interesse von Schichten, Parteien, Klassen. Es wirken Geistesströmungen aller Art – denn nicht bloß Feudalismus, Liberalismus, Sozialismus erzeugen jeder ein anderes Recht – und die Folgerichtigkeit eingeschlagener Rechtsbahnen, und nicht zuletzt die Suche nach einem staatlichen und rechtlichen Ideal. Alles das bedingt sich gegenseitig in sozialer, wirtschaftlicher, rechtlicher Gestaltung. Tausendfältig schillert und zittert unter Sonne und Wind das Recht jedes entwickelten Volkes. Alle diese vibrierenden Körper zusammen bilden ein von niemandem mit Anschauung erfaßtes Ganzes» (zit. nach dem Wiederabdruck E. RABEL, Gesammelte Aufsätze, Bd. III [Tübingen 1967] 5). Der in diesem Zitat angesprochenen «schöpferischen Kraft von Einzelpersonen» ist jetzt DROLSHAMMERS neuestes, dem Konzept der «oral history» verpflichtetes Werk gewidmet: Internationalisierung der schweizerischen Rechtskultur nach 1945. Gespräche mit Zeitzeugen – Ein phänomenologisches Erkundungsbuch (Bern 2018).

SJV Schweizerischer Juristenverein
SSJ Société suisse des juristes
SSG Società svizzera dei giuristi

Voranzeige/Annonce

SCHWEIZERISCHER JURISTENTAG 2018, Lugano
CONGRÈS DE LA SOCIÉTÉ SUISSE DES JURISTES 2018,
Lugano
14. und 15. September 2018/14 et 15 septembre 2018

Thema/thème:

«Privatautonomie im 21. Jahrhundert»

Individuelle Gestaltungsspielräume im Privatrecht, Strafrecht und öffentlichen Recht sowie im internationalen Rechtsverkehr

«Autonomie privée au 21^{ème} siècle»

Marges de manœuvre individuelles en droit privé, en droit pénal et en droit public ainsi que dans les relations internationales

mit/avec

Prof. Dr. Wolfgang Ernst, All Souls College Oxford, Professor an der Oxford Law Faculty und an der Universität Zürich

Die Vertragsordnung – Geschichte und aktuelle Herausforderungen

Prof. dr Isabelle Romy, professeure associée à l'Université de Fribourg et avocate, Zürich
Autonomie des parties et clauses attributives de juridiction dans les contrats internationaux: aspects choisis de droit international privé suisse

Prof. dr Valérie Défago Gaudin, professeure à l'Université de Neuchâtel
Quelle autonomie pour l'Etat?

Prof. Dr. Grischa Merkel, Universität Basel

Patientenautonomie und Tatherrschaft bei lebensbeendenden Entscheidungen. Orientierungshilfen auf dem schmalen Grad zwischen gebotener, erlaubter und verbotener Sterbehilfe

Prof. Dr. Barbara Graham-Siegenthaler, Universität Luzern

Privatautonomie im Privatrecht – Entwicklungen und Tendenzen

(Titel provisorisch / titres provisoires)

Merken Sie sich das Datum! Réservez la date!