

## AUFGABEN BEI DER RECHTSANWENDUNG IM ENGEREN SINNE: GEGENÜBERSTELLUNG VON STUDIUM UND PRAXIS

Edward E. Ott

### *1. Aufgaben bei der Rechtsanwendung i.e.S. im Allgemeinen*

**a) Vorbemerkungen.** (Zum Begriff der Rechtsanwendung im engeren Sinne siehe nachstehend lit. b.) Die **Rechtsordnung** dient bestimmten *Zielen* der Rechtsgemeinschaft, so dem Schutz wichtiger Lebensgüter (wie Leib und Leben, Freiheit, Vermögen etc.; dies im Strafrecht und im Strafprozessrecht), dann der Entscheidung von Interessenkonflikten zwischen Privaten und der Erleichterung des Rechtsverkehrs (im Privatrecht und im Zivilprozessrecht). Zudem regelt oder übernimmt der Staat zwecks Förderung des allgemeinen Wohlergehens weitere Aufgaben, vor allem solche, bei denen es auf Zuverlässigkeit und Gleichmässigkeit ihrer Durchführung ankommt (zusammengefasst unter der Bezeichnung "Verwaltungsrecht"). Ferner bedarf es einer staatlichen Organisation zwecks Verfolgung der genannten primären Ziele (Staatsrecht, Staatsvertragsrecht etc.).

Zur Erfüllung aller dieser Ziele sind letzten Endes bestimmte menschliche Verhaltensweisen erforderlich, die demzufolge vom Recht angeordnet werden. Daraus folgt, dass die Rechtsordnung ihrer Substanz nach in *Verhaltensgeboten* bestehen muss, d.h. in Geboten (an Private oder staatliche Organe), die für bestimmte Sachverhalte bestimmte Verhaltensweisen – ein Tun, Unterlassen oder Dulden – anordnen. Diese Verhaltensgebote erscheinen in der Form der *Rechtsnormen*, welche aus Tatbestand und Rechtsfolge bestehen.

Zum Beispiel der Mieter muss Arbeiten an der Sache *dulden*, wenn sie zur Beseitigung von Mängeln oder zur Behebung oder Vermeidung von Schäden notwendig sind (Art. 257h Abs. 1 OR).

In der **Rechtswirklichkeit** geht es zur Hauptsache um die *Gesetzesnormen* (im weiteren Sinne, neben seltenem Gewohnheitsrecht). Viele Gesetzesnormen sind jedoch nicht *Hauptnormen*, d.h. nicht Normen, die ein Verhaltensgebot als solches enthalten (wie z.B. Art. 41

OR), sondern ergänzende Normen, vorab erläuternde und einschränkende *Nebennormen* (vgl. z.B. Art. 43 und 44 OR).

Art. 41 Abs. 1 OR (Hauptnorm): Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird im zum Ersatze verpflichtet.

Art. 43 Abs. 1 OR (Nebennorm): Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hierbei sowohl die Umstände als auch die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat

**b)** Die *grundsätzliche Aufgabe* bei der Rechtsanwendung und damit bei der Bearbeitung von Rechtsfällen muss nach dem Gesagten in der **Ermittlung der Rechtslage** bestehen, d.h. *in der Prüfung, ob in einem bestimmten bzw. in dem zu beurteilenden Sachverhalt auf Grund der Rechtsordnung (also vorab der Gesetzesnormen, ihrer Auslegung und ausnahmsweisen Ergänzung) unmittelbar, – evtl. mittelbar nach Hinzutreten weiterer Sachverhaltsmomente – ein oder mehrere Verhaltensgebote bestehen und gegebenenfalls welches deren Inhalt ist* (Rechtsanwendung im engeren Sinne).

*Beispiel:* Wenn der zu beurteilende Sachverhalt in einem *Verkehrsunfall* besteht, können sich folgende Verhaltenspflichten ergeben: Pflichten der Beteiligten und weiterer Personen im Sinne der Verkehrssicherung, der Hilfeleistung, der Benachrichtigung der Polizei usw., die Pflichten der Polizei, sodann die Haftpflicht des Motorfahrzeughalters und eventuell anderer Personen, die Leistungspflicht des Haftpflichtversicherers, die Pflichten der zuständigen Behörden zu prüfen, ob der Fahrzeuglenker wegen Missachtung von Verkehrsregeln zu bestrafen ist, ob der Führerausweis zu entziehen ist, etc.

Von Seiten des Adressaten aus gesehen handelt es sich bei den Verhaltensgeboten um (Verhaltens-)Pflichten. – Für den Rechtsunterworfenen steht häufig im Vordergrund, dass er gestützt auf die Rechtsordnung (unmittelbar oder mittelbar) bestimmte Verhaltensweisen von anderen verlangen kann. Es stehen ihm in diesem Sinne "Rechte" zu. Es wird daher statt von Verhaltensgeboten auch von **Rechten und Pflichten** gesprochen.

## 2 Aufgaben bei der Rechtsanwendung i.e.S. im Studium

**a)** Im Studium geht es in der Regel darum, die Rechtslage bzw. Rechte und Pflichten für den Sachverhalt zu ermitteln, der in der **Fallbeschreibung des Dozenten** geschildert wird. Diese akademische Fallbeschreibung ist normalerweise eine *Quintessenz* eines Lebenssachverhaltes oder ein lediglich vorgestellter Sachverhalt. Sie stellt zumeist eine auf das Wesentliche konzentrierte, weitgehend auf die juristische Beurteilung zugeschnittene Sachverhaltsdarstellung dar. Es darf angenommen werden, dass sie in der Regel die Tatsachen enthält, die sich bei der Beurteilung als rechtserheblich erweisen werden. Zudem sind in der Fallbeschreibung viele Tatsachen in einer Art und Weise formuliert, die der juristischen Beurteilung *vorarbeitet* oder die sie sogar vorwegnimmt.

Wenn z.B. in der Fallbeschreibung angegeben wird, der A habe dem B eine bestimmte Sache *vermacht*, so ist anzunehmen, dass es sich dabei um ein Vermächtnis im Rechtssinne handelt, d.h. im Sinne einer letztwilligen Verfügung nach Art. 484 ff. ZGB. Wenn ein Laie davon spricht, es sei ihm etwas vermacht worden, könnte es sich beispielsweise auch um ein schriftliches Schenkungsversprechen handeln.

Für das weitere Vorgehen müssen die auf den Sachverhalt einschlägigen Rechtsnormen ermittelt werden.

**b)** Gelegentlich *führt die Lösung* von Fällen nicht zur Ermittlung relativer, d.h. direkt gegen einen Schuldner gerichteter Rechte (auch "persönliche" Rechte genannt), sondern zu einem "Vorfeld von Rechtsansprüchen". Es geht um die sog. **absoluten Rechte** bzw. "Herrschaftsrechte", vor allem um die dinglichen Rechte (z.B. Eigentum, Pfandrecht etc.; als absolute Rechte gelten auch die Persönlichkeitsrechte und die Immaterialgüterrechte). Von den absoluten Rechten wird gesagt, dass sie unmittelbar auf ihr Objekt gerichtet seien und gegenüber jedermann (virtuellen) Schutz gewähren.

Es kann zum Beispiel aufgrund der Fallbeschreibung lediglich ermittelt werden, dass eine Person *Eigentümer* einer Sache geworden ist. Aktuelle Verhaltenspflichten ergeben sich genau genommen erst nach Hinzutreten weiterer Sachverhaltsmomente, zum Beispiel wenn jemand dem Eigentümer die Sache (ohne dingliches oder obligatorisches Recht) vorenthält – dann muss sie auf Verlangen herausgegeben werden –

oder wenn jemand ungerechtfertigt auf sie einwirken will – dann muss er die Einwirkung unterlassen und ihre Abwehr dulden (Art. 641 Abs. 2 ZGB).

**c)** Wenn der Falltext *spezielle (juristische) Fallfragen* enthält, so hat sich der Bearbeiter im Verlaufe der juristischen Beurteilung auf die Beantwortung dieser Fragen zu konzentrieren. Die Fallfragen bedeuten in der Regel eine *Präzisierung* oder sogar eine Einschränkung der Aufgabe des Fallbearbeiters.

Wenn zum Beispiel gefragt wird, wie die Rechtslage *in privatrechtlicher Hinsicht* sei, braucht nicht geprüft zu werden, wie sich die Rechtslage in strafrechtlicher Hinsicht verhält; ausser eine strafrechtliche Frage stelle eine Voraussetzung für die Beantwortung einer zivilrechtlichen Frage dar (vgl. z.B. Art. 60 Abs. 2 OR).

In anderen Fällen ergibt sich aus der Aufführung von Meinungsverschiedenheiten der Beteiligten oder aus der relativen Dichtheit der Angaben in der Fallbeschreibung, wo das *Schwergewicht der juristischen Beurteilung* liegen soll.

*Beispiel:* Namens der Firma A schliesst deren vollmachtloser Angestellter B mit der Firma C einen Vertrag. – Die Fallbeschreibung enthält *nähere Angaben* über die Umstände des Vertragsschlusses und über eine teilweise Abwicklung des Vertrages zwischen A und C. Es sind daher in erster Linie die Rechtsbeziehungen zwischen A und C zu prüfen. Es ist möglich, dass im Falltext auch nur nach diesen Beziehungen gefragt wird.

Können abgesehen davon die eventuellen Rechtsfolgen zwischen A und B bzw. B und C aufgrund der einschlägigen Normen nicht beurteilt werden, weil konkretere Angaben in der Fallbeschreibung fehlen, dann ist die *Illiquidität der Rechtslage in dieser Hinsicht* festzustellen. Soweit es sinnvoll ist, soll dabei auf die für die Entscheidung allenfalls massgebenden Faktoren hingewiesen werden.

**d) Besondere Aufgabenstellungen** im Rahmen der Bearbeitung von Übungsfällen kommen – unabhängig von den in Betracht fallenden Rechtsgebieten – vor allem in folgenden Situationen in Betracht:

*aa)* Es ist denkbar, dass eine Fallbeschreibung – bewusst oder unbewusst – eine **rechtserhebliche "Lücke"** aufweist, d.h. dass die Fallbeschreibung in Bezug auf ein Merkmal einschlägiger Normtatbestände keine oder keine klare Auskunft über dessen Vorhandensein oder Nichtvorhandensein im Sachverhalt gibt und dass auch eine

"plausible Interpretation" der Fallbeschreibung (im Sinne des Vorhandenseins des regelmässig Gegebenen und des Nichtvorliegens ausserordentlicher Umstände) keine Klarheit verschafft.

Wenn sich in diesem Fall trotzdem eine bestimmte Variante als sicher gemeint aufdrängt, kann sie der Fallbearbeitung unter entsprechendem Hinweis zugrunde gelegt werden. In Zweifelsfällen ist jedoch für die unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten der Fallbeschreibung die *Erarbeitung von verschiedenen Lösungsvarianten* – sog. Alternativlösungen – erforderlich. Die Alternativlösung hat dann zum Beispiel folgende Form: Wenn A zutrifft, gilt die Lösung 1, wenn B feststeht, gilt die Lösung 2.

Wenn zum Beispiel in Bezug auf eine bevormundete Person, die an einer Geisteskrankheit leidet, aufgrund der Fallbeschreibung unklar ist, ob die betreffende Person beim konkreten Geschäftsabschluss *urteilsfähig war oder nicht*, müssen Alternativen beurteilt werden (vgl. z.B. Art. 411 Abs. 2 und Art. 54 OR).

Es müssen *auch dann* Alternativen beurteilt werden, wenn **bestimmte Tatsachen umstritten** sind bzw. ihre Verwirklichung ungewiss ist und es sich herausstellt, dass diese Tatsachen die Falllösung beeinflussen, also *rechtserheblich* und eventuell sogar für die Falllösung ausschlaggebend sind.

Der falsche Empfänger eines Lotteriegewinnes, welcher an der Veranstaltung gar nicht mitgemacht hatte, behauptete, er habe das Geld bereits vollumfänglich verbraucht. Ob diese Behauptung zutrifft oder nicht, und ob der Empfänger durch den "Verbrauch" auch nicht mehr bereichert ist, ist zwar rechtserheblich – da Normmerkmalen entsprechend (Bereicherung, Enttäusserung, Art. 62 ff. OR) –, jedoch *nicht ausschlaggebend*, nachdem angenommen werden darf, dass der Empfänger bei einem allfälligen Verbrauch nicht in gutem Glauben war – oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste – und dass er somit gemäss Art. 64 OR ohnehin zur Rückerstattung des empfangenen Betrages verpflichtet ist.

**bb)** Eine weitere besondere Aufgabenstellung liegt vor, wenn aufgrund der Fallbeschreibung anzunehmen ist, dass über rechtserhebliche umstrittene oder unsichere Tatsachen ein *Beweisverfahren stattgefunden* hat, das jedoch nicht zur Ermittlung der Wahrheit führte. Dann sind **Beweisprobleme** zu lösen, d.h. es ist anhand der Beweisregeln, im Besonderen der Beweislastregeln, zu

prüfen, welche Variante bewiesen sein muss bzw. einen bestimmten Grad von Wahrscheinlichkeit aufweisen muss, um der definitiven juristischen Beurteilung zugrunde gelegt werden zu können.

### *3 Aufgaben bei der Rechtsanwendung i.e.S. in der Praxis*

Es geht im Folgenden um zusätzliche Aufgaben in der Praxis *bei der juristischen Fallbearbeitung* als solcher. Diese Aufgaben spielen vor und neben der Rechtsanwendung i.e.S. (Prüfung, ob im Sachverhalt Rechte und Pflichten gegeben sind) eine Rolle, und zwar im Rahmen oder als Vorbereitung von Beratung, Verhandlung, Prozessführung oder Gesetzesvollzug.

**a)** Es gibt in der Praxis – vor allem für den Anwalt – **allgemeine zusätzliche Aufgaben** bei der juristischen Fallbearbeitung, wobei für die Bearbeitung der nachfolgend erwähnten Obliegenheiten keine strikte Reihenfolge besteht:

– *Abklärung des Anliegens des Rechtssuchenden.* Es muss abgeklärt werden, welche Verhaltensweisen die Klientschaft von Privaten oder Behörden anstrebt.

– *Erkundung des genaueren Sachverhaltes.* Dem Rechtsanwender in der Praxis liegt in der Regel lediglich ein sog. Rohsachverhalt in der Form einer Erzählung des Rechtssuchenden und/oder eines Bündels von Aktenstücken zur Verfügung. Es muss die Schilderung des Sachverhalts durch den Klienten zur Kenntnis genommen und der genauere Sachverhalt erfragt werden. Nach der nachfolgend erwähnten Ermittlung der einschlägigen Normen muss die Sachverhaltserfragung *gegebenenfalls ergänzt* werden, d.h. es muss vor allem erkundet werden, ob die in den einschlägigen Rechtstiteln (d.h. den anspruchsbegründenden Rechtsnormen) genannten Voraussetzungen im konkreten Sachverhalt erfüllt sind.

– *Ermittlung geeigneter Rechtstitel.* Es muss ermittelt werden, welche Rechtsnormen zu der von der Klientschaft gewünschten Rechtslage führen. Allenfalls muss geprüft werden, ob Rechtstitel vorhan-

den sind, die zu einer ähnlichen Rechtslage führen, d.h. zu einer solchen, die dem Klienten ebenfalls dienlich ist.

Zum Beispiel der Rechtssuchende befürchtet, dass seine Mutter ihr Vermögen seinen Geschwistern und anderen Personen verschenkt, und er möchte, dass seine Erbanwartschaft irgendwie sichergestellt werde. Eine entsprechende Massnahme ist in der Rechtsordnung, im Besonderen im Erbrecht, *nicht vorgesehen*. Die Mutter kann zu ihren Lebzeiten mit ihrem Vermögen im Prinzip machen, was sie will. Es würde aber möglicherweise den Interessen des Klienten dienen, wenn die Mutter überhaupt nicht mehr selbständig über ihr Vermögen verfügen könnte. Es ist also an die Möglichkeit einer Bevormundung nach Art. 369 ff. ZGB zu denken. – Sofern es sich um die Stiefmutter handelt, steht allenfalls eine Herabsetzungsklage zur Verfügung, wenn der verstorbene Vater seiner Ehefrau den ganzen Vorschlag zugewendet hat (Art. 216 Abs. 2 und Art. 522 ff. ZGB).

Bei der *nachfolgenden Ergänzung der Sachverhaltserkundung* ist gegebenenfalls der Klient zu befragen, ob die Mutter wegen Geistesschwäche ihre Angelegenheiten nicht mehr zu besorgen vermag oder ob sie sich durch Misswirtschaft der Gefahr der Verarmung aussetzt u.s.w. (Art. 369 und 370 ZGB). – Allenfalls kommt auch die Ernennung eines Beistandes oder eines Beirates in Betracht (Art. 392 ff. ZGB).

***Für den Richter bzw. die Richterin*** haben diese Aufgaben eine eingeschränkte Bedeutung:

– Der Richter muss das Anliegen des Rechtssuchenden nicht näher abklären. Es ist ihm gegeben durch das "*Rechtsbegehren*", welches zu Beginn des Prozesses dem Grundsatz nach so formuliert werden muss, dass es bei Gutheissung der Klage direkt zum Ausspruch des Gerichts im Urteilsdispositiv führen kann. Geht dem ordentlichen Prozessverfahren ein Sühnverfahren voraus, so ist es – neben dem Sühnversuch – Aufgabe des Friedensrichters, das Rechtsbegehren in die richtige Form zu bringen.

– Der Richter braucht auch nicht den genaueren Sachverhalt zu erkunden, denn es ist in der Regel – jedenfalls im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime<sup>1</sup> – *Sache der Parteien*, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen, indem die den Sachverhalt

---

<sup>1</sup> Die "Verhandlungsmaxime" ist im Zivilprozess die Regel. Sie unterscheidet sich von der Offizialmaxime, bei welcher das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abklärt.

betreffenden Behauptungen bestimmt und vollständig vorgebracht werden. Soweit dies nicht geschieht, kommt eine richterliche Fragepflicht in Betracht. Sind die Parteien jedoch durch Anwälte vertreten, wird der Richter normalerweise kaum Fragen stellen.

– Die zentrale Aufgabe des Richters bzw. der Richterin ist – neben der allfälligen Durchführung eines Beweisverfahrens (nachstehend lit. b) – die *rechtliche Beurteilung* des vorgebrachten Sachverhalts von Amtes wegen und damit die Ermittlung der einschlägigen Rechtstitel und die Prüfung, ob der zur Beurteilung stehende Sachverhalt den betreffenden Normen zugeordnet werden kann. Der Richter muss allenfalls auch andere als die vom Kläger genannten Rechtstitel prüfen (z.B. anstelle der vertraglichen eine ausservertragliche Haftung), aber nur soweit sie für das Rechtsbegehren von Bedeutung sind und ihre Voraussetzungen in der Sachdarstellung des Klägers mitenthalten sind. Hingegen hat der Richter nicht zu prüfen, welche Gesetzestatbestände allenfalls zu einer ähnlichen Rechtslage führen, die der Klagepartei ebenfalls dienlich sein würde.

**b)** Dazu kommt die **Prüfung von Beweisfragen**. In der Praxis ist der Sachverhalt häufig ungewiss. Es ist zum Beispiel seitens des Rechtsanwalts zu ermitteln, wie die Vorbringen der Klientschaft nötigenfalls auch *bewiesen* werden können, sei es durch Urkunden, Zeugen, Augenschein, Gutachten oder durch andere Beweismittel. In diesem Zusammenhang ist die sog. *Beweislast* von Bedeutung, d.h. es spielt eine Rolle, welche Sachverhaltsvarianten bewiesen sein müssen (bzw. einen bestimmten Grad von Wahrscheinlichkeit aufzuweisen haben), damit sie der definitiven juristischen Beurteilung zugrunde gelegt werden können. Auch für den Richter gehört diese Bestimmung der Beweislast zu den wichtigen Aufgaben, wobei gegebenenfalls ein Beweisverfahren durchgeführt werden muss. Für den erstinstanzlichen Richter steht erfahrungsgemäss die Abklärung des eingeklagten, zumeist strittigen Sachverhalts im Vordergrund.

**c)** In der Praxis des Anwaltes spielen im Zusammenhang mit der Rechtsanwendung auch **taktische Überlegungen** eine Rolle. Der



Anwalt hat vor allem in dreierlei Hinsicht derartige Überlegungen anzustellen:

– Es sind die *Prozesschancen* zu ermitteln, und zwar in materiell-rechtlicher und in beweismässiger Hinsicht (vgl. auch vorstehend lit. b).

– In diesem Zusammenhang sind auch – vor allem für den Fall des Unterliegens – die *Anwalts- und Prozesskosten* (Gerichtskosten und Prozessschädigungen) für eine oder mehrere Instanzen zu veranschlagen.

– Es ist zudem die *Solvenz des allenfalls Verpflichteten* zu prüfen. Wenn – wie zumeist – finanzielle Gründe für eine Klageeinleitung den Ausschlag geben, ist die Durchführung eines teuren Prozesses nicht ratsam, wenn die Solvenz des Schuldners fragwürdig ist oder wenn sogar feststeht, dass der Prozessgegner insolvent ist.

*Beispiel:* Ein Spital wollte den solidarisch haftenden Ehegatten für Spitalkosten seiner Ehefrau von Fr. 30'000.-- belangen und machte ohne Bedacht einen Prozess anhängig. Nachdem es sich herausstellte, dass der Ehegatte von der AHV lebte und im Übrigen mittellos war, musste angenommen werden, dass der Spital auch bei Obsiegen im Prozess seine Forderung nicht würde einbringlich machen können und auf den Anwaltskosten sitzen bleiben würde. Es stellte sich daher die Frage eines – ebenfalls nicht kostenlosen – Rückzuges der Klage.

– Im Weiteren ist die *mutmassliche Prozessdauer* in Berücksichtigung zu ziehen.

*Beispiel:* Der Handelsrichter veranschlagt, dass die – völlig ungerechtfertigte – *Aberkennungsklage* gegen die Zwangsverwertung eines Grundstücks noch zwei Jahre dauern könne, weshalb er einen Vergleich im Sinne der Anerkennung der Forderung durch den Schuldner und der Hinausschiebung des Verwertungsbegehrens durch den Gläubiger um ein Jahr vorschlägt.

Der *Scheidungsrichter* gibt zu bedenken, dass der getrennt lebende Ehemann seiner Ehefrau noch während einer Prozessdauer von zwei Jahren einen vollen Unterhaltsbeitrag bezahlen müsse, und schlägt einen Jahresbeitrag als Vergleichslösung vor. – Allerdings sollte die Festsetzung der Unterhaltsrente soweit möglich an die mutmassliche Situation nach der Scheidung angepasst werden.

Es ist zu beachten, dass der Prozess im Zusammenhang mit der Prozessdauer und einer restlichen Ungewissheit über den Prozessausgang als "*Nötigungsmittel*" miss-

braucht werden kann, um sich Vorteile zu verschaffen, auf die man keinen Anspruch hat.

**d)** Im Weiteren ist die "**juristische Dialektik**" zu beachten. Es handelt sich um Argumentationsweisen und Kunstgriffe, die in rechtlichen Angelegenheiten dazu dienen, in den Augen der Hörer und Leser **Recht zu behalten**, wobei nicht feststeht, ob man in der Sache selbst wirklich Recht hat. Bei dieser Kunst des "Rechtsbehaltens" handelt es sich zur Hauptsache um subtilere Vorgehen als diejenigen, die unter dem Titel der Rhetorik bekannt sind und bei denen es im Kern um die Glaubhaftmachung in Verbindung mit der Hervorbringung bestimmter Affekte beim Adressaten bzw. um dessen psychologische Beeinflussung geht. – Dialektik kommt sowohl in Parteivorbringen wie auch in der Begründung richterlicher Entscheide vor.

Manchmal ist die Streitpartei zu einem dialektischen Vorgehen **gezwungen**, um die Position ihres Klienten zu wahren, zum Beispiel wenn sie selber noch nicht weiss, wer Recht hat, oder *im Hinblick auf Vergleichsvorschläge des Gerichts*, welche auf Grundlage provisorischer Abklärung der Sach- und Rechtslage erfolgen, wobei dann der Schein des Rechts eine grosse Rolle spielt. Nicht selten werden aber dialektische Argumentationsweisen und Kunstgriffe *missbräuchlich* verwendet, und die Dialektik tritt an die Stelle der sachgemässen Auslegung des Rechts. In diesen Fällen ist die Aufdeckung und die Neutralisierung solcher Vorgehen durch zweckentsprechende Gegenmittel erforderlich. – Allgemeine dialektische Kunstgriffe sind zum Beispiel die Vorspiegelung eines Grundes, die suggestive Wiederholung, die plakative Darstellung und die Diversion (Ablenkung). Es wird auf die systematische Darstellung der juristischen Dialektik in meiner gleichnamigen Publikation verwiesen<sup>2</sup>.

Neben der Beratung und Prozessführung stellt vorab für den Anwalt bzw. die Anwältin die **Verhandlungsführung** eine berufliche Tätigkeit dar. Die vorerwähnte Publikation über die "Juristische Dialek-

---

<sup>2</sup> Vgl. Edward E. Ott, Juristische Dialektik. Dialektische Argumentationsweisen und Kunstgriffe, um bei rechtlichen Auseinandersetzungen in Prozessen und Verhandlungen Recht zu behalten (Dike, Zürich/St. Gallen 2008, zit. *Juristische Dialektik*).

tik" enthält im VII. Kapitel auch Angaben über verschiedene Vorgehensweisen bei der Verhandlungsführung (Lock-Angebot, Überbewertung der eigenen Leistung, Differenzaufteilung, *Fait accompli*-Methoden, psychologische und weitere Kunstgriffe). Die Verhandlungsführung spielt auch in Vergleichsverhandlungen bzw. "Referentenaudienzen" im Rahmen des Gerichtsverfahrens eine Rolle. Nachdem der Referent seinen Vergleichsvorschlag in der Regel zwar auf eine provisorische Abklärung der Sach- und Rechtslage stützt, aber voraussetzungsgemäss auf einer objektiven Sicht der Verhältnisse aufbaut, werden die Kunstgriffe der Verhandlungsführung keine bedeutende Rolle spielen. Immerhin sind die verschiedenen, insbesondere die psychologischen Methoden des Aushandelns gleichwohl zu beachten<sup>3</sup>.

Die juristische Dialektik *als wissenschaftliche Disziplin* will im Übrigen nicht – wie die Rhetorik – eine Lehre sein, wie verfahren werden soll (mit allfälligen Hintergedanken), sondern ihr Ziel liegt primär darin, ohne Beschönigung aufzuzeigen, wie in der Praxis verfahren wird.

**e)** Die sog. **rechtsgestaltende Tätigkeit** spielt ebenfalls vor allem in der Praxis eine grosse Rolle<sup>4</sup>. Diese Tätigkeit basiert aber, im Unterschied zu den bisher abgehandelten Vorgehen, nicht auf einer "Rechtsanwendung im engeren Sinne", d.h. auf der Prüfung, ob in einem bestimmten Sachverhalt aufgrund der Rechtsordnung Verhaltensgebote bzw. Rechte und Pflichten gegeben sind. Vielmehr geht es primär darum, in einer bestimmten Situation zu prüfen, wie ein Sachverhalt näher ausgestaltet oder beeinflusst werden muss, damit aufgrund der Rechtsordnung eine bestimmte – die gewünschte – Rechtslage eintritt. Insofern kann dies als "*indirektes*" *Rechtsprob-*

---

<sup>3</sup> Vgl. *Juristische Dialektik* (zit. Anm. 2), Kapitel VII S. 159 ff.

<sup>4</sup> "Rechtsgestaltende Tätigkeit" ist nicht gleichzusetzen mit der Ausübung eines sog. Gestaltungsrechts. Die Ausübung eines sog. Gestaltungsrechts führt unmittelbar zu bestimmten Rechtsänderungen. Das Resultat der "rechtsgestaltenden Tätigkeit" liegt indessen ganz allgemein in der Entstehung von Verpflichtungen (vertraglicher Natur oder Pflichten von Behörden).

lem bezeichnet werden: Es geht nicht um die Ermittlung der Rechtsfolge, die ein bestimmter Sachverhalt nach sich zieht, sondern um die Ausgestaltung des Sachverhalts, damit er zu einer vorgegebenen Rechtsfolge führt. Es müssen also bestimmte Vorkehren getroffen werden, mit dem Ziel, dass eine bestimmte Rechtslage eintritt.

Konkret geht es um folgende Tätigkeiten:

**aa)** Zunächst ist an die **Ausgestaltung von Rechtsgeschäften** zu denken, wie die Redaktion und der Abschluss von Verträgen oder die Gründung von Gesellschaften, etc.<sup>5</sup> Dadurch werden bestimmte Rechtswirkungen herbeigeführt, vor allem Verpflichtungen, auf die es den Urhebern des Rechtsgeschäftes ankommt. Als Hilfsmittel können zum Beispiel Formularbücher für privatrechtliche Verträge dienen, sodann weitere Muster in entsprechenden Publikationen, auf Datenträgern und in Online-Veröffentlichungen.

Beispielsweise jemand will ein Geschäft aufziehen, verschiedene Kapitalgeber daran beteiligen und die finanziellen Risiken in engen Grenzen halten. Der Rechtsberater wird ggf. zur Ansicht gelangen, dass eine Aktiengesellschaft das geeignete Mittel zur Erreichung der Ziele des Rechtssuchenden ist. Somit ist im Gesetz nachzusehen, welche tatbeständlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Aktiengesellschaft besteht. Die Gründungsmitglieder und das nötige Kapital können vorhanden sein. Es braucht aber auch Statuten unter Angabe von Firma, Sitz, Zweck und Aktienkapital sowie weiterer Daten, es bedarf der Hinterlegung der Einlagen, es bedarf der öffentlichen Beurkundung der Gründung und der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister, was alles mit zusätzlichen Abklärungen und Vorkehren verbunden ist. Wenn alle diese Voraussetzungen im Sachverhalt erfüllt sind, erlangt die Gesellschaft das Recht der Persönlichkeit und die gewünschte Rechtslage ist vorhanden.

**bb)** Im Grunde genommen ist auch die **Abfassung von Eingaben an die Behörden** eine rechtsgestaltende Tätigkeit, indem durch solche Eingaben, wenn sie richtig verfasst werden, eine Pflicht der Behörden zu einer gesetzmässigen Reaktion entsteht. Zum Beispiel die Anhängigmachung einer gerichtlichen Klage verpflichtet die Behör-

---

<sup>5</sup> In diesem Zusammenhang wird auch von Rechtsgeschäftsplanung und -gestaltung und von "rechtsschöpfender Tätigkeit" des Juristen bzw. der Juristin gesprochen.

de, das betreffende Klagebegehren zu behandeln.<sup>6</sup> In Bezug auf nützliche Hilfsmittel im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit kann an Mustersammlungen für Eingaben an die Behörden gedacht werden. Anstelle der Publikation solcher Sammlungen werden heutzutage seitens der Gerichte gelegentlich Muster für Eingaben (evtl. auch Vertragsmuster) im Internet publiziert.

---

<sup>6</sup> Unter rechtsgestaltender Tätigkeit im Zusammenhang mit der Klageeinreichung wird nicht etwa nur die Abfassung einer sog. "Gestaltungsklage" verstanden, worunter eine Klage zu verstehen ist, deren Gutheissung aufgrund des Bestehens eines Gestaltungsrechts unmittelbar eine bestimmte Rechtsänderung bewirkt (z.B. Ehescheidungsklage, Vaterschaftsklage, Klage auf Ungültigkeit einer letztwilligen Verfügung, erbrechtliche Herabsetzungsklage). Vielmehr geht es neben Gestaltungsklagen allgemein um die Erhebung von Klagen, in denen der Beklagte zu einer Verpflichtung verurteilt werden kann (Leistungs- und Unterlassungsklagen).