

Dr. iur. Dieter Gessler

Warum Juristen keine klaren Antworten liefern

Gedanken zur Rechtsberatung und Rechtsfindung im Alltag

Rechtsberater von Unternehmen, aber auch von Privatpersonen, haben vor allem zwei Aufgaben zu erfüllen: Sie sollen ihrem Auftraggeber sagen, was rechtlich zulässig und was verboten ist, und innerhalb des rechtlich Erlaubten sollen sie für ihn nach einer optimalen Lösung suchen. Gefragt sind juristische Kreativität und ein Gespür für realistische Lösungen, welche neben ökonomischen Aspekten immer auch die menschlichen Eigenheiten bzw. Schwächen gebührend beachten. Dafür benötigen sie umfassende Kenntnisse der massgebenden Tatsachen, welche ihnen ihre Klienten meistens nur unvollständig liefern können oder wollen. Nachfolgend soll vor allem auf die erste Aufgabe näher eingegangen und aufgezeigt werden, weshalb der Rechtsberater oft nicht in der Lage ist, die vom Auftraggeber gewünschte klare Antwort zu erteilen.

Schwächen der Gesetze

[Rz 1] Das rechtlich Zulässige ergibt sich aus den Gesetzen, die vielfach die Bekämpfung von Missbräuchen bezwecken. Die Gesetze enthalten entweder sehr allgemeine oder bloss bruchstückhafte Regelungen, so dass der Richter im Rahmen der Gesetzesanwendung die fehlenden Regeln bilden muss. Gesetze sind oft unklar und widersprüchlich oder erweisen sich bei ihrer Anwendung auf gewisse Sachverhalte gar als unsinnig. Sie widerspiegeln die Machtverhältnisse innerhalb der gesetzgebenden Gewalt, dem Parlament, dessen Interessenvertreter untereinander eine „Egoismusoptimierung“ zu erreichen versuchen. Die Gesetze schöpfen ihre Legitimation aus ihrer demokratischen Grundlage und brauchen keineswegs gerecht zu sein.

Aufgabe des Richters

[Rz 2] Der Richter hat die Gesetze anzuwenden und dabei sicherzustellen, dass sie im Einzelfall zu einem nach seinen Wertvorstellungen – und nicht denjenigen der Parteien – akzeptablen Resultat führen, etwa nach der Devise „Man nehme das Gesetz und mache etwas Vernünftiges daraus“. Art. 1 ZGB gibt dazu die gesetzliche Grundlage, und die juristische Methodenlehre liefert das nötige Instrumentarium, wie grammatikalische, systematische, teleologische und historische Auslegung, welches der Richter mit dem Segen des Bundesgerichts zwar pflichtgemäss aber nach freiem Gutdünken einsetzen darf. Damit ist sogar ausnahmsweise eine Auslegung entgegen dem Gesetzeswortlaut möglich. Zudem erlaubt das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB), unerwünschte Resultate zu korrigieren.

Ermittlung des Sachverhalts

[Rz 3] Je nach Sachverhalt kommt eine andere Gesetzesbestimmung zur Anwendung. „Es kommt auf die Umstände an“, pflegen Juristen zu sagen. Die Krux ist, dass selten alle massgebenden Umstände bekannt sind und selbst vor Gericht nicht ermittelt werden können, nicht nur weil unangenehme Wahrheiten von den Beteiligten gerne vertuscht werden. Der Richter ist es gewohnt, aufgrund eines nur lückenhaft bewiesenen Sachverhalts zu entscheiden und vorhandene Lücken nach seinem gesunden Menschenverstand und aufgrund seiner Lebenserfahrung auszufüllen. Es gilt

der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung. Diese Schwierigkeit der Sachverhaltsermittlung birgt für alle Beteiligten erhebliche Risiken, aber auch Chancen.

Richterliche Unabhängigkeit

[Rz 4] Zentral ist die richterliche Unabhängigkeit bei der Anwendung der Gesetze. Ohne sie gibt es keinen Rechtsstaat. Obwohl unbestritten, muss um sie immer wieder gekämpft werden, da sie andauernd bedroht wird. Unabhängig sein bedeutet, unabhängig von den Parteien und ihren Interessen, aber auch unabhängig von der Ansicht Dritter zu urteilen. Dennoch entscheidet der Richter nicht unabhängig. Zentral ist seine Abhängigkeit von den eigenen Wertvorstellungen, welche den Kompass für die eigene Entscheidungsfindung bilden, gerade in schwierigen Fällen. „Ohne moralische Einbindung lassen sich rechtliche Argumente zu den schlimmsten Ergebnissen verbiegen“, hielt erst neulich Peter Gauch in seiner Abschiedsvorlesung fest (Ein "regelrechter" Schluss, ZSR 2009 I 215 ff., 231). Richterliche Entscheide sind damit immer auch politisch, oft beeinflusst vom Zeitgeist, glücklicherweise selten von der Tages- und Parteipolitik. Der Richter entscheidet auch nicht frei von Emotionen, und unter dem Druck seiner Arbeitsbelastung sucht er nach einem Weg, wie er den Prozess mit wenig Aufwand erledigen kann.

Rechtswissenschaft

[Rz 5] Die Rechtswissenschaft leistet wichtige Vorarbeiten für die Gesetzgebung und Rechtsfortbildung. Die juristischen Kommentare und Lehrbücher sind unerlässliche Hilfsmittel für die Ausbildung und Tätigkeit der Richter, Anwälte und Rechtsberater allgemein. Sie können aber die vom Gesetzgeber und den Richtern zu treffenden Wertungen nicht vorwegnehmen, denn was Recht sein soll, lässt sich nicht wissenschaftlich-logisch begründen. Entsprechend kritisch sind auch Rechtsgutachten zu hinterfragen, vor allem wenn der Verfasser die von ihm getroffenen Wertungen nicht offenlegt und auch keine klare Rechtsprechung zu den gestellten Fragen besteht.

Unsicherheitsfaktoren

[Rz 6] Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, ist die Rechtslage oft nicht eindeutig, da sie von zahlreichen Unsicherheitsfaktoren abhängt, welche der Rechtsberater zu erkennen und zu bewerten hat. Gesetz, Rechtsprechung und Lehre geben häufig keine klaren Antworten, welche Regel für einen bestimmten Sachverhalt gelten soll. Der Sachverhalt ist im Zeitpunkt der Rechtsberatung häufig nur in den Umrissen bekannt. Gesetzesänderungen und die Fortentwicklung der Rechtsprechung sind schwierig vorauszusehen. Erschwerend kommt hinzu, dass nicht jeder Richter gleich entscheidet. Für den Auftraggeber scheinbar optimale Lösungen können von den Gerichten und Behörden als unzulässige Gesetzesumgehungen angesehen werden. Damit gewinnt die Frage an Bedeutung, welche rechtlichen Risiken ein Unternehmen zu tragen bereit ist, was nicht zuletzt von den Rechtsfolgen einer allfälligen Gesetzesverletzung abhängt.

Aktuelle Beispiele

[Rz 7] Abschliessend sollen ein paar aktuelle Beispiele die vorliegenden Ausführungen veranschaulichen. Bekanntlich zeigt sich die Qualität der Gesetze und der Rechtsprechung in der Bewältigung der Probleme des Alltags. Zu erwähnen ist etwa die Rechtsprechung zur Haftung des Konzerns: Obwohl die einzelnen Gesellschaften nach Gesetz eigentlich nur für ihre eigenen Schulden haften, haben die Gerichte mittels des sog. Durchgriffs und der Vertrauenshaftung eine Haftung des Konzerns unter bestimmten Voraussetzungen geschaffen. Andererseits hat es das Bundesgericht – anders als das Handelsgericht Zürich – unter Würdigung der konkreten Umstände bisher abgelehnt, im Konkurs einer Gesellschaft die Anfechtbarkeit der kurz vor dem Konkurs erfolgten Darlehensrückzahlung auch dann auszuschliessen, wenn die Rückzahlung im Rahmen einer Sanierung der Gesellschaft erfolgt (Bger, 6.4.2009, 5A_386/2008 = Pra 2009 Nr. 113, mit weitem Hinweisen). Damit ist es dem Wortlaut des diese Frage regelnden Gesetzesartikels (Art. 288 SchKG) treu geblieben, welcher die Gleichbehandlung der Gläubiger im Konkurs einer Gesellschaft sicherstellen will und für Sanierungen keine Ausnahme vorsieht. Als weiteres Beispiel ist auf die Diskussion über die hohen Boni von gewissen Managern hinzuweisen, welche sich jedenfalls dann moralisch nicht rechtfertigen lassen, wenn die Gesellschaft in finanziellen Schwierigkeiten steckt. Bisher hat aber die Rechtsprechung die Vereinbarung von solchen Boni nicht als aktien- bzw. gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit der sie abschliessenden Parteien taxiert, weshalb der Gesetzgeber eingreifen wird. Schliesslich ist daran zu erinnern, dass auch die schweizerische Rechtsentwicklung nicht losgelöst vom ausländischen Recht erfolgen kann, wie der Druck auf das schweizerische Bankgeheimnis zeigt. Dieses läuft – soweit es der Steuerhinterziehung dient – nicht nur den fiskalischen Interessen der ausländischen Staaten zuwider, sondern auch den schweizerischen Wertvorstellungen.

Erschienen in «Justice - Justiz - Giustizia» 2010/1

Zitiervorschlag Dieter Gessler, Warum Juristen keine klaren Antworten liefern, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2010/1