

Die Beurteilung von Interessen bei der Gesetzesauslegung*

Edward E. Ott

Inhalt

I. *Begriff der Gesetzesauslegung*

1. Präzisierung des möglichen Wortsinns
2. Besonderheiten bezüglich des Auslegungsbereichs

II. *Das Verfahren der Auslegung*

1. Die Elemente oder Methoden der Gesetzesauslegung
2. Die Frage der Ergiebigkeit der Elemente bzw. Methoden
3. Der verbleibende, ausgedehnte Bereich der Unklarheit im Rahmen des möglichen Wortsinns
4. These: Die Wertung als Hauptarbeit bei der Auslegung

III. *Die wertende Tätigkeit als rationale Interessenbeurteilung*

1. Einzelne Meinungsäußerungen in der neueren Literatur zur Wertung
2. Das Ziel der Wertung und kritischen Überprüfung
3. Optimaler Nutzen der Allgemeinheit
4. Inkaufnahme zumutbarer Opfer zugunsten der Allgemeinheit
5. Wahl des kleineren Übels
6. Entscheidung zugunsten besonderer, überwiegender Vorteile der Allgemeinheit
7. Gesetzliche Interessenbeurteilung als Richtschnur der fallbezogenen Interessenbeurteilung

IV. *Zusammenfassung*

I. **Begriff der Gesetzesauslegung**

1. **Präzisierung des möglichen Wortsinns**

Der Jubilar versteht in seiner "Juristischen Methodenlehre"¹ unter Auslegung bzw. unter der "eigentlichen Interpretation" diejenige Rechtsfindung, die "sich im Rahmen des noch möglichen Wortsinns der Norm" bewegt. Es handle sich um eine innerhalb des Wortsinns der abstrakten Norm konkretisierende, erklärende und entwickelnde Ausle-

* Nach einem Beitrag des Verfassers für die Festschrift für Ernst A. Kramer (Basel 2004)

¹ ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, Ziff. II 1, S. 39; Ziff. III 1 a, S. 131.

gung. – Es darf angenommen werden, dass mit der Auslegung somit – vereinfacht gesagt – die *Präzisierung² der Norm im Rahmen des sprachlich möglichen Wortsinns^{3,4}*, vorab des sprachlich möglichen Wortsinns des Normtatbestandes, gemeint ist. Über diesen Bereich hinaus geht es nach der vorgenannten Lehrmeinung um "Richterrecht"⁵.

Eine solche Begriffsbestimmung der Auslegung scheint u.a. deshalb naheliegend, weil der Richter oder die Richterin dann, wenn die Gesetzesnorm *im Hinblick auf den zu beurteilenden Sachverhalt unklar* ist (wogegen sie in Bezug auf einen anderen Sachverhalt durchaus klar sein kann⁶), eine Präzisierung der Norm oder einzelner Normbestandteile anstrebt, und zwar eine Präzisierung, welche den Problemfall deutlich einschliesst oder aber ausschliesst.

Unter dem Begriff der *Gesetzesauslegung* wird zum Beispiel in einer neueren Publikation auch die Ermittlung des "Inhaltes des gesetzgeberischen Gedankens" verstanden⁷. "Inhalt" als Ziel der Auslegungstätigkeit muss in erster Linie die Klärung der Frage bedeuten, auf welche Sachverhalte eine bestimmte Norm bzw. ihre Rechtsfolge anwendbar ist. Dabei soll es nach der genannten Lehre auf den Gedanken des Gesetzgebers ankommen. Dieser kommt vorab im Wortlaut des Gesetzes und allenfalls in der Entstehungsgeschichte zum Ausdruck. Die betreffende Definition lässt offen, in welchem Verhältnis der "Inhalt" zum Wortlaut des Gesetzes steht.

2. Besonderheiten bezüglich des Auslegungsbereichs

Im Zusammenhang mit der Rechtsfindung im Rahmen des möglichen Wortsinns der

² Bei der Auslegung von Ermessenshinweisen wird von "Konkretisierung" gesprochen, da vermutungswise individuelle Einzelzüge des Falles von ausschlaggebender Bedeutung sind.

³ Der Ausdruck "Wortsinn" wird hier und im Folgenden gleichbedeutend mit dem Ausdruck "Wortlaut" verwendet (so auch HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, Art. 1 N 72 Anm. 59).

⁴ Vgl. auch HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 87: "Ausgangspunkt der Rechtsfindung intra verba legis ist die Feststellung, dass das Gesetz seinem *Wortlaut* nach auf die anstehende Rechtsfrage *keine klare Antwort* bereithält ..." Siehe aber daselbst auch N 94: "Auslegung ist das Bestreben, die Frage nach dem rechtlich massgeblichen Sinn *aus dem Gesetz heraus* zu beantworten."

⁵ KRAMER (FN 1), Ziff. II 1, S. 39 ff. Andere Autoren verstehen unter "Richterrecht" alle Entscheidungsnormen, die im Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht entweder nicht enthalten sind oder sich diesem jedenfalls ohne *wertenden, gebotsbildenden Akt* des Richters nicht entnehmen lassen (HAUSHEER/JAUN, FN 3, ZGB Art. 1 N 42).

⁶ Zum Beispiel der Ausdruck "Kind" ist klar in Bezug auf kleine leibliche Nachkommen. Hingegen ist unklar, ob ein Pflegekind ein "Kind" im Sinne irgendeiner Gesetzesbestimmung darstellt oder etwa ob ein 15-jähriges Mädchen ein "Kind" ist, demgegenüber im Strassenverkehr besondere Rücksicht genommen werden muss.

⁷ HANS MICHAEL RIEMER, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1 - 10 ZGB), 2. Aufl., Bern 2003, § 4 Rz. 25.

Norm sind noch zwei *Besonderheiten* zu berücksichtigen, die m.E. selten an der zutreffenden Stelle vermerkt werden:

Es ist zu beachten, dass der Auslegung logischerweise eine *Vervollständigung und Überprüfung der normativen Grundlagen* und damit des Gesetzeswortlauts **vo-rausgeht**. Das Auszulegende muss logischerweise von der Auslegung unterschieden werden. Bei dieser Vervollständigung und Überprüfung sind zum grossen Teil andere Grundsätze massgebend als diejenigen, die für die Auslegung aufzustellen sind. Zu denken ist bei dieser Tätigkeit an die Normenergänzung, vor allem an die Ergänzung von Hauptnormen⁸ durch erläuternde und einschränkende Nebennormen, im Weiteren an die Textkritik, d.h. an die Berichtigung offensichtlicher Textfehler (wobei ein solcher Textfehler auch vorliegen kann, wenn der Text im Hinblick auf seine Auswirkungen unmöglich gewollt sein kann). Ferner kommt die Behandlung von Normenkonkurrenzproblemen in Betracht (evtl. exklusive Anwendung der jüngeren oder spezielleren Norm) und sodann die Überprüfung der Norm auf Rechtsgültigkeit⁹. Die vervollständigte und überprüfte Norm ist Grundlage der Auslegung, sie stellt das "Auszulegende" dar.

Es ist im Weiteren zu berücksichtigen, dass die (m.E. richtige¹⁰) Ansicht vertreten werden kann, die Anwendung der im Hinblick auf den zu beurteilenden Sachverhalt *klaren*, vervollständigten und überprüften Gesetzesnorm stelle keine Auslegung dar. Auch in diesem Fall liegt jedoch dann ein Auslegungsproblem vor, wenn der Sachverhalt zwar den ausdrücklich genannten Voraussetzungen des Normtatbestandes entspricht, aber ausserordentliche Zusatzmomente enthält, vor allem wenn er relativ zum klaren Inhalt des Gesetzes einen ausgesprochenen Sonderfall darstellt¹¹. In solchen Fällen fehlt möglicherweise die "*Sachverhaltsadäquanz*" der Norm. Es ist ungewiss, ob der Gesetzgeber an einen ausgesprochenen Sonderfall unbedingt gedacht hat und ihn in seine Regelung hat einbeziehen wollen. Aus Gründen der Praktikabilität muss der Gesetzgeber auch nicht explizite alle solchen Fälle ausschliessen. Ein bedingtes Gebot, wie es die Rechtsnorm darstellt, kann nur in Fällen unmittelbar Geltung be-

⁸ Hauptnormen sind Normen, die ein Verhaltensgebot (oder spiegelbildlich ein Recht) enthalten oder auf ein solches verweisen.

⁹ Diese Prüfung betrifft den klaren Anwendungsbereich der Norm. Zu beachten ist, dass im Rahmen der Auslegung die zu wählende Auslegungsmöglichkeit rechtskonform, d.h. gesetzes-, verfassungs- und ggf. völkerrechtskonform sein muss. – Es ist somit nicht erforderlich, den Anwendungsbereich der verfassungskonformen Auslegung auf die Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln zu beschränken (a.M. HAUSHEER/JAUN, FN 3, ZGB Art. 1 N 176).

¹⁰ Vgl. EDWARD E. OTT, *Leitsätze der juristischen Fallbearbeitung*, 2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1993, Ziff. 4.4 a und b, S. 26 ff.

¹¹ Beispiele siehe in meiner Publikation "*Leitsätze der juristischen Fallbearbeitung*" (FN 10), Ziff. 4.4 b, S. 27 f.

ansprechen, von denen angenommen werden kann, dass sie von der Vorstellung des Urhebers vollumfänglich oder in ihren Grundzügen gedeckt sind. Ist dies nicht der Fall, könnte auch von "Anschauungslücken" bzw. "nicht angeschaute Sachlagen" gesprochen werden¹².

II. Das Verfahren der Auslegung

1. Die Elemente oder Methoden der Gesetzesauslegung

Die *Ermittlung* des "Inhaltes des gesetzgeberischen Gedankens" erfolgt nach der einschlägigen Lehre zumeist anhand der sog. (klassischen) *Elemente der Gesetzesauslegung*, nämlich anhand des grammatischen, systematischen, teleologischen und historischen Elements¹³, wozu allenfalls noch ein "realistisches" (evtl. "zeitgemässes") Element kommt, das zur Hauptsache auf die Praktikabilität Bezug nimmt¹⁴. – Häufig wird statt von "Elementen" von entsprechender Auslegung gesprochen, zum Beispiel von "historischer Auslegung", "systematischer Auslegung" etc.

Zu beachten ist, dass die "Elemente der Gesetzesauslegung"¹⁵ je Gesichtspunkte zusammenfassen, die logisch-systematisch *an verschiedener Stelle des rechtsanwendenden Gedankenganges* eine Rolle spielen können. Zum Beispiel beim "grammatischen Element" ist einerseits an den (klaren) Wortlaut und an die Grenze des (bloss) möglichen Wortlautes zu denken¹⁶, welche Kriterien als Weichenstellung für das weitere Vorgehen bei der Rechtsfindung in Betracht kommen. Andererseits stellen gewisse Vermutungen, die sich im Zusammenhang mit dem Wortlaut ergeben (aus Sprachgebräuchen, Wahl der Normausdrücke), im Prinzip Anhaltspunkte auf Grund der gesetzlichen Ordnung dar, zu denen aber wiederum andere Vermutungen gehören (z.B. aus dem Übergehen naheliegender Fälle, aus der systematischen Stellung, aus verwandten Regelungen etc.)¹⁷. Das "historische" Element spielt vor allem bei jüngeren Gesetzen im Zusammenhang mit der Berücksichtigung bedeutender bisheriger

¹² Ähnlich PHILIPP HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1914, 176 ff., 178, 222 f.; siehe auch MANUEL JAUN, *Die teleologische Reduktion im schweizerischen Recht*, Bern 2001, 88 oben, 111, 146 und 191 ff.

¹³ Vgl. KRAMER (FN 1), Ziff. II 2, S. 42 ff.; RIEMER (FN 7), § 4 Rz. 27 ff.; HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 94 (Feststellung der von mehreren dem Wortlaut nach möglichen Deutungen zutreffenden Deutung "mit Hilfe der einschlägigen Auslegungselemente").

¹⁴ RIEMER (FN 7), § 4 Rz. 48.

¹⁵ Vgl. EDWARD E. OTT, *Kritik der juristischen Methode*, Basel und Frankfurt am Main 1992, Ziff. II 4, S. 33 ff.

¹⁶ HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 123: Bei der Rechtsfindung *intra verba legis* steckt der Gesetzeswortlaut "den Rahmen ab, innerhalb welchem sich die Entscheidung zu bewegen hat."

¹⁷ Siehe die nähere Systematisierung bei OTT, *Leitsätze* (FN 10), Ziff. 6.2, S. 38 ff.

Fallbeurteilungen durch den historischen Gesetzgeber (neben solchen durch Lehre und Praxis) eine Rolle (vgl. Art. 1 Abs. 3 ZGB; wobei blossе Meinungsäusserungen im Parlament den Anforderungen an dieses Element nicht genügen). Das "teleologische" Element bzw. die entsprechende Auslegungsmethode stellt darauf ab, ob die Normanwendung auf den Problemfall dem Gesetzeszweck ebenfalls (im gleichen Masse) dient, wobei jedoch eine echte "Schlussfolgerung aus dem Zweck" nur gezogen werden kann, wenn die entgegenstehenden Interessen nicht stärker tangiert werden. Andernfalls liegt eine neue Bewertungssituation vor, die eine (relativ) selbständige Interessenbeurteilung erfordert. Auf das "systematische Element" bzw. die "systematische Auslegung" wird auch in der Gerichtspraxis nicht selten Bezug genommen. Dieses Element betrifft aber zu einem grossen Teil die äussere Systematik des Gesetzes, so Titel, Artikelüberschriften, Randtitel etc., welche genau genommen nicht Auslegungsgesichtspunkte darstellen, sondern zum Wortlaut und damit u.U. auch zum "Auszulegen-den" gehören, vor allem wenn ihre Beziehung zum Normtext als solchem unklar ist¹⁸.

Dem im Hinblick auf den zu beurteilenden Sachverhalt *klaren* (vervollständigten und überprüften) Wortlaut bzw. Anwendungsbereich des Wortlautes, welcher direkt auf einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers schliessen lässt, wird im System der Auslegungselemente *keine eigenständige Bedeutung* beigemessen; er dient indessen stillschweigend als Stütze für die im Übrigen in vielen Fällen wenig ergiebigen "Elemente" bzw. "Auslegungsmethoden".

2. Die Frage der Ergiebigkeit der Elemente bzw. Methoden

Es stellt sich die Frage, wie die rechtsanwendende Person vorgeht, wenn die "Elemente" bzw. "Methoden" "im Rahmen des möglichen Wortsinns zu keiner Lösung führen. Es könnte natürlich die Ansicht vertreten werden, dass die Elemente bzw. Methoden in diesem Rahmen praktisch immer oder in den meisten Fällen zu einer Lösung führen. Dies wird früher auch die vorherrschende Auffassung gewesen sein, als der Begriff der Auslegung als Auslegung "im gebundenen Sinne" verstanden wurde (so auch in Art. 1 Abs. 1 ZGB). Aber *eingehendere Überlegungen über die Natur der Elemente* bzw. Methoden scheinen zu bestätigen, dass dies nicht der Fall sein kann, wenn von der Erfüllung des klaren (vervollständigten und überprüften) Wortlauts abgesehen wird. Es steht nun einmal keineswegs fest, dass die gesetzliche Ordnung oder ihre Entstehungsgeschichte in jedem Fall Anhaltspunkte für einen "Willen des Gesetzgebers" und damit für die Präzisierung einer Norm enthält, welche im Hinblick auf den zu beurteilenden

¹⁸ Auskünfte über die Bedeutung einer Norm, die aufgrund deren systematischer Stellung gewonnen werden, seien oft unzuverlässig, HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 136.

Sachverhalt unklar ist. Auch wird der historische Gesetzgeber selten eine eindeutige Auffassung über unklare Bestimmungen gehabt haben, sonst hätte er diese Bestimmungen klarer formuliert¹⁹. Allenfalls hat er eine Lösung ausgeschlossen, welche dann auch nicht durch den Richter eingeführt werden soll (sog. qualifiziertes Schweigen). Das teleologische Element im Besonderen führt nicht häufig zu einer Lösung, weil einerseits die Zwecke umstritten sein können und andererseits im Problemfall oft – unter Berücksichtigung der Gegeninteressen – eine neue Bewertungssituation vorliegt^{20,21}. Auch können sich allfällige Ergebnisse von Auslegungselementen widersprechen.

3. Der verbleibende, ausgedehnte Bereich der Unklarheit im Rahmen des möglichen Wortsinns

Somit verbleibt bei den einzelnen Normen ein relativ grosser, ja – abgesehen vom absolut eindeutigen (klaren) Normanwendungsbereich und von der seltenen Möglichkeit einer echten "Schlussfolgerung aus dem Zweck" – ein *umfassender Bereich der Unklarheit* (im Hinblick auf zu beurteilende Sachverhalte), welcher nicht durch die "Elemente der Gesetzesauslegung" geklärt wird. In der traditionellen Methodentheorie besteht die *Tendenz*, diesen Bereich als untergeordnet darzustellen, indem von "Erkenntnislücken" gesprochen wird²². In einer neueren Publikation erfolgt allerdings eine Zuordnung zu einer Kategorie der "Gesetzesergänzung intra legem" als Ergänzung der "Auslegung" im Rahmen der "Rechtsfindung intra verba legis" (als Oberbegriff)²³. Bei den unklar gebliebenen Fällen muss es sich jedenfalls um die Mehrzahl der Rechtsfindungsfälle handeln, wie auf Grund des zuvor Gesagten anzunehmen ist. Es wird auch erklärt, derartige "Lücken" gebe es, wenigstens im Privatrecht, unzählige²⁴. Es stellt sich die Frage, wie in diesem (grossen) Bereich entschieden wird. In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass man in diesem Fall noch "individuelle Abklärungen und Wertungen vornehmen" müsse²⁵.

¹⁹ Die Auffassung des historischen Gesetzgebers ist auch nicht verbindlich, vor allem nicht, wenn sie zeitlich weiter zurückliegt und ein "Wandel der Normsituation" eingetreten ist (vgl. HAUSHEER/JAUN, FN 3, ZGB Art. 1 N 145 und 150).

²⁰ Auch in der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Bedeutung des teleologischen Auslegungselements nicht überschätzt werden dürfe, so HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 164.

²¹ Wie RIEMER einräumt, wird als *ratio legis* oftmals das postuliert, was dem gewünschten Auslegungsergebnis entspricht (RIEMER, FN 7, § 4 N 183 und 184). Siehe EDWARD E. OTT, Juristische Dialektik, Basel und Frankfurt am Main 1995, Ziff. 35 (Unterstellen von Gesetzeszwecken) und Ziff. 36 (Einseitige Zweckbetrachtung); siehe auch HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 116, 157.

²² RIEMER (FN 7), § 4 N 99 – 101.

²³ HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 168 ff. In diesem Zusammenhang wird dann nicht von "Lücken" gesprochen.

²⁴ RIEMER (FN 7), § 4 N 99.

²⁵ DERS. (FN 7), § 4 N 99.

Es kommt hinzu, dass es sich bei den "Elementen" (immer abgesehen vom klaren Anwendungsbereich der vervollständigten, überprüften und sachverhaltsadäquaten Norm) – sofern sie überhaupt zu einem Resultat führen – zur Hauptsache um bloße Vermutungen hinsichtlich eines Willens des Gesetzgebers handelt. Mit Recht wird daher in der Lehre betont, dass die Auslegungselemente bzw. ihre allfälligen Ergebnisse stets einer *kritischen Würdigung* zu unterziehen seien bzw. dass sich eine schematische Handhabung verbiete^{26,27}. Es müsse geprüft werden, welches Element das "sachlich überzeugendste" sei und "zur gerechtesten Lösung" führe²⁸. Es stellt sich die Frage, wie diese "Würdigung", bei der "u.U. ein relativ grosser Ermessensspielraum" besteht und deren Resultat doch offenbar das entscheidende Argument darstellt, zu erfolgen hat.

Im Weiteren wird in der Literatur betont, dass auch im Zusammenhang mit den Auslegungselementen "*subjektive Kriterien*" bzw. "Wertungsmöglichkeiten" eine Rolle spielen würden; dies auch "hinsichtlich der sachlichen Überzeugungskraft von Lehre und Präjudizien"²⁹.

4. These: Die Wertung als Hauptarbeit bei der Auslegung

In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen wird hier die These vertreten, dass diese Wertung und kritische Würdigung in Wirklichkeit die Hauptarbeit bei der Auslegung im Rahmen des sprachlich möglichen Wortsinns darstellen. Dazu gehört auch das Vorgehen bei Ermessensnormen (Hinweise auf das richterliche Ermessen, auf die Würdigung der Umstände und auf wichtige Gründe sowie sog. unbestimmte Rechtsbegriffe wie "gerechtfertigt", "angemessen" etc.), bei denen jedoch in der traditionellen Lehre von "Lücken intra legem" gesprochen wird. – Gegenstand der wertenden Erwägungen sind vorab *die Parteiinteressen und die Interessen der Allgemeinheit*.

Soweit ich sehe, wird die vorstehende These auch gestützt durch die Erwägungen, die in der Regel in der *Gerichtspraxis* angestellt werden. In der Gerichtspraxis wird – von eindeutigen Fällen abgesehen – selten darauf verzichtet, auf die involvierten Interessen der Parteien und der Allgemeinheit Bezug zu nehmen, auch wenn zum Beispiel im Prinzip auf eine systematische Auslegung abgestellt wird. Die Gerichte

²⁶ DERS. (FN 7), § 4 N 40,46,55,56,183; vgl. HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 138, 164 und 194.

²⁷ Auch wenn Auslegungselemente ergiebig sind, handelt es sich bei der Entscheidung des Gerichts im Sinne dieser kritischen Würdigung um "etwas Eigenes, Zusätzliches", nämlich um die Überlegung, ob dem Resultat der Elemente gefolgt werden soll (was RIEMER für die "Lückenfüllung" vorbehält, FN 7, § 4 N 180).

²⁸ DERS. (FN 7), § 4 N 59, 183.

²⁹ DERS. (FN 7), § 4 N 183.

weisen auf die Interessen der einen oder der anderen Partei oder beider Parteien hin. Eine eigentliche Abwägung wird in der Regel nicht explizite vorgenommen. Die Interessen oder Gründe, die das Gericht bevorzugt, werden als "legitim", "genügend" bzw. "schutzwürdig" bezeichnet; bezüglich der anderen Interessen wird erklärt, sie würden nicht dagegen aufkommen, seien "nicht schlüssig", "nicht schutzwürdiger", sie würden "nicht gewichtiger" erscheinen etc.³⁰. Das Gericht bringt einfach zum Ausdruck, was eine Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen im Resultat gebietet. Auch scheint es gelegentlich, dass das Gericht stillschweigend eine Interessenbeurteilung und -abwägung vorgenommen hat, vor allem wenn im betreffenden Fall die vorgegebenen juristisch-technischen Erwägungen als solche nicht überzeugen³¹.

Zum Beispiel in BGE 121 III 368 ff. ging es um die Frage, ob eine "Kollektivunterschrift zu zweien, jedoch nicht unter sich", wie sie von einer Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet wurde, eingetragen werden konnte oder nicht. Das Bundesgericht stützte sich bei der Bejahung dieser Frage in erster Linie auf den (formell) klaren Wortlaut von Art. 641 Ziff. 8 OR (i.V.m. Art. 718a Abs. 2 OR). Um der verbleibenden Unsicherheit Rechnung zu tragen, wurde gleichwohl eine Auslegung vorgenommen, bei welcher u.a. die Interessen der Gesellschaft (externe Durchsetzung der internen Vertretungsverhältnisse), die Interessen Dritter (Vermeidung der Umtriebe genauer Information) und die Interessen der Allgemeinheit (Vermeidung zusätzlicher Arbeit, Eignung der Informatiksysteme) erwähnt wurden. Bei einer sachgemässen Interessenbeurteilung wäre zu prüfen, ob die Nachteile der Gesellschaft bei Nichteintragung (fehlende externe Durchsetzbarkeit der Vertretungsverhältnisse) oder die Nachteile Dritter bei Eintragung (Umtriebe der genauen Information, unter Berücksichtigung der Möglichkeit von Anscheins- und Duldungsvollmachten) das kleinere Übel darstellten, und ob allenfalls die besonderen Vorteile der Allgemeinheit bei Nichteintragung (Arbeits- und Kostenersparnis) die privaten Interessen überwiegen würden. Das Bundesgericht lehnte das Letztere ab, befasste sich jedoch nicht weiter mit der Abwägung der privaten Interessen und stellte – wie erwähnt wurde – zur Hauptsache auf den formellen Wortlaut von Art. 641 Abs. 2 OR ab.

III. Die wertende Tätigkeit als rationale Interessenbeurteilung

1. Einzelne Meinungsäusserungen in der neueren Literatur zur Wertung

In Anbetracht der grossen Bedeutung der Wertung und der kritischen Würdigung bei der Auslegung stellt sich die Frage, wie bei dieser Tätigkeit des Näheren vorgegangen

³⁰ Vgl. zu diesen Formulierungen z.B. Praxis 82 (1993) Nr. 89 S. 347 ff., 352 ff. E. 8 (BGE 118 II 1 ff.).

³¹ Oder wenn das Gericht Scheinargumente verwendet (siehe OTT, Juristische Dialektik, FN 21, Ziff. V, S. 109 ff.).

werden soll. Zunächst sollen einzelne Meinungsäußerungen in der *neueren Lehre* zu dieser Frage herausgegriffen werden. Es ist dabei *nicht immer klar*, ob das Vorgehen noch zur gewöhnlichen Auslegung gezählt wird, wie dies m.E. richtig ist, weil "Auslegung" sonst zu einem Randbegriff zusammenschrumpft (nachdem den "Auslegungselementen" eine untergeordnete Bedeutung zukommt)³², – ob eine Zwischenkategorie zwischen "Auslegung" und "Rechtsfindung praeter verba legis"³³ oder ob "Erkenntnislücken" angenommen werden oder ob der Gedanke vorherrscht, es handle sich bei der wertenden Tätigkeit grundsätzlich um "Richterrecht" über die Wortsinnngrenze hinaus.

In vielen Fällen wird *überhaupt nicht dazu Stellung genommen*, wie Wertung und kritische Würdigung vorzunehmen sind. Oder diese Tätigkeiten werden einfach allgemein umschrieben, so wenn etwa gesagt wird, es sei "die sachlich überzeugendste" oder "die gerechteste" Lösung zu ermitteln. Wertung, Würdigung, Subjektivität u.ä. sowie die Umschreibungen der erwähnten Art erscheinen als Endpunkte des rationalen, systematischen Denkens. – Der Sache nach ist es bei diversen anderen Lehrmeinungen nicht anders.

Im Rahmen der neuen "*hermeneutischen Lehre*", so im Zürcher Kommentar zum ZGB, wird etwa erklärt, "Wertung" sei die "volitive Seite der Rechtsfindung"³⁴, sie spiele immer mit³⁵, wertende Elemente seien "gleichwertig" (gegenüber rational-analytischen Elementen)³⁶, kognitive und volitive Elemente würden sich gegenseitig durchdringen³⁷. Der Richter habe bei der "hermeneutischen Rechtsfindung"³⁸, welche auch das Verstehen des vorgefundenen Gesetzes unter Selbstbeobachtung des Richters impliziere³⁹, "sein subjektives Gutdünken, auch durchaus sein Rechtsgefühl" mitzubersichtigen und "in Beziehung zu setzen zu dem, was er an anderen Auslegungselementen vorfindet"⁴⁰.

³² Und die Abklärung der "sachlichen Angemessenheit" auf Grund einer relativ selbständigen Interessenbeurteilung im Vordergrund steht (OTT, Leitsätze, FN 10, Ziff. 6.4).

³³ Vgl. HAUSHEER/JAUN (FN 3), Art. 1 N 168 ff. ("Gesetzesergänzung intra legem" neben der "Auslegung" als Unterkategorien der "Rechtsfindung intra verba legis").

³⁴ DAVID DÜRR, im Zürcher Kommentar, ZGB Art. 1 u.a., Zürich 1998, Art. 1 N 188 etc.

³⁵ DERS. (FN 34), ZGB Art. 1 N 190, 192.

³⁶ DERS. (FN 34), ZGB Art. 1 N 192, 193; DERS., ZGB Art. 4 N 127.

³⁷ DERS. (FN 34), ZGB Art. 1 N 195.

³⁸ DERS. (FN 34), ZGB Art. 1 N 210

³⁹ DERS. (FN 34), ZGB Art. 1 N 211.

⁴⁰ DERS. (FN 34), ZGB Art. 1 N 212; N 517 (Um so bedeutsamer würden die wertenden Elemente bei der Lückenfüllung).

Die *Interessenabwägung* bzw. Interessenwertung wird in der Lehre praktisch nur bei "Lücken" und bei der Gesetzesergänzung *intra legem* gelegentlich erwähnt⁴¹, jedoch zumeist mit grosser Zurückhaltung⁴², da sie als solche nun einmal keine Methode sei. In diesem Zusammenhang müsse das Gericht auch ethische Gesichtspunkte berücksichtigen: Seine Lösung müsse gerecht und sachlich überzeugend sein^{43,44}.

Besondere Betonung erfährt die "*sachliche Richtigkeit*" und die "*sachliche Überzeugungskraft*" als massgebendes Kriterium bei der Beurteilung der *Doktrin* und der *Präjudizien*, im Besonderen derjenigen des Bundesgerichtes⁴⁵. Aber worauf beruht diese "Überzeugungskraft", nachdem die "Auslegungselemente" im Vordergrund stehen und darüber hinaus kaum mehr als vage Hinweise auf "ethische Gesichtspunkte" gemacht werden?

Auch abgesehen vom erwähnten Anwendungsfall wird erklärt, ausschlaggebend sei letztlich "*die Überzeugungskraft der Gesamtheit der Argumente*", welche zugunsten einer bestimmten Deutung des Normsinns ins Feld geführt werden können⁴⁶. Es sei eine "wertende Entscheidung" zwischen den verschiedenen konkurrierenden Normhypothesen erforderlich^{47,48}. Es sei im Zweifelsfall derjenigen Normhypothese der Vorzug zu geben, welche den zweckmässigsten Ausgleich darstelle, der Gerechtigkeitsidee am nächsten komme und dem Rechtssicherheitspostulat am bestens Rechnung trage⁴⁹. Es sei zugunsten derjenigen Normhypothese zu entscheiden, "welche für die fragliche Interessenlage die *sachgerechteste* Lösung" bedeute⁵⁰. Oder: Im Zwei-

⁴¹ HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 63 (bei Praxisänderungen), 98 (bei der "objektiv-teleologischen Methode), 101 (im Zusammenhang mit der Interessenjurisprudenz), im Folgenden bei der Gesetzesergänzung *intra legem*: N 168, 179 (bei der verfassungskonformen Auslegung), 185.

⁴² KRAMER (FN 1) Ziff. IV 4 c bb, S. 203 f.

⁴³ RIEMER (FN 7), § 4 Rz. 131; Hausheer/Jaun (FN 3), ZGB Art. 1 N 172.

⁴⁴ HONSELL erwähnt die "objektive Interessenabwägung" nur kurz bei der Kommentierung von Art. 4 ZGB N 15 (HEINRICH HONSELL, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002).

⁴⁵ RIEMER (FN 7), § 4 N 159, 168 und 171.

⁴⁶ HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 117.

⁴⁷ HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 168.

⁴⁸ M.E. zu Recht wird von HAUSHEER/JAUN erklärt, dass der Rückgriff auf die Wertungen und Prinzipien von Verfassung und EMRK für die Konkretisierung privatrechtlicher Normen häufig wenig herbebringe, da regelmässig eine "Kollision verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter und Interessen" in Frage stehe (HAUSHEER/JAUN, FN 3, ZGB Art. 1 N 179).

⁴⁹ HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 172. Wenn sich unter dem Blickwinkel der genannten Gesichtspunkte und Kriterien keine einheitliche Überzeugung gewinnen lasse, ... sei der Weg frei für einen Entscheid nach "Recht und Billigkeit" im Sinne von Art. 4 ZGB (HAUSHEER/JAUN, FN 3, ZGB Art. 1 N 174).

⁵⁰ HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 181, 173.

felsfall gebühre derjenigen Normhypothese der Vorrang, welche für vergleichbare künftige Sachverhalte zu "vernünftigeren", d.h. im Regelfall praktikableren Ergebnissen führe⁵¹. Dabei wird auch die "Konsensfähigkeit" der Begründung erwähnt. Hier interessiert aber nicht die psychologische Erscheinung des "Konsenses", sondern es geht vielmehr darum, wie der Einzelne zu seiner Auffassung gelangt.

Die Vornahme von Wertungen wird gelegentlich vor allem dem "gesetzesübersteigenden Richterrecht" vorbehalten. Es wird gesagt, als inhaltliche Orientierungsgesichtspunkte sollten – neben Präjudizien und Lehre, allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Rechtsvergleichung – *"auch ausserrechtlich gewonnene Argumente"* beigezogen werden⁵². Allerdings stellt sich die Frage, welche eigenständigen Argumente neben den zuletzt genannten im normenfremen Bereich⁵³ noch zur Verfügung stehen, um die richterliche Entscheidung herbeizuführen, zumal Präjudizien, Lehre etc. keine originären Gesichtspunkte darstellen, sondern abgeleitete Argumente sind, welche sich letzten Endes wiederum auf andere Gesichtspunkte stützen müssen. In der Tat sind ausserrechtlich gewonnene Argumente *die grundlegenden Gesichtspunkte*, die im Rahmen der allfälligen Rechtsfindung im normenfremen Bereich, aber vor allem bei der Auslegung im unsicheren Normanwendungsbereich zur Ermittlung der sachlichen Angemessenheit führen, d.h. es sind im Klartext die – in diesem Sinne "ausserrechtlich" eintretenden – Auswirkungen der juristischen Lösungsmöglichkeiten, die zu ermitteln und einander gegenüberzustellen sind. In Anbetracht ihrer Bedeutung für die Rechtsfindung und ihrer engen Verknüpfung mit derselben sollte ihr Charakter als "ausserrechtlich" nicht in den Vordergrund gestellt werden und sie sollten auch nicht explizite als solche, sondern einfach als Auswirkungen der juristischen Entscheidungsvarianten auf die zu beurteilenden Sachverhalte bezeichnet werden.

Es wird demnach auch – unter Hinweis auf die "Natur der Sache" – die Auffassung vertreten, dass für die Gerichte die Pflicht bestehe, *"die gesamten rechtlichen und praktischen Auswirkungen der einzelnen Normhypothesen abzuschätzen und gegeneinander abzuwägen"*⁵⁴. Leider wird indessen nicht einigermaßen konkret angegeben, wie diese Abschätzung und Abwägung des Näheren vorzunehmen sei. In diesem Zusammenhang wird auch gelegentlich auf eine "Folgenabwägung" hingewiesen, eben-

⁵¹ HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 187.

⁵² KRAMER (FN 1), Ziff. IV 3 c ee, S.193 ff., Ziff. IV 3 b cc, S. 182 f. und Ziff. IV 3 c S. 184 (Titel).

⁵³ Unter "normenfremem Bereich" ist vorab der Bereich ausserhalb der sprachlich möglichen Bedeutung der Normen zu verstehen (siehe Näheres bei OTT, Leitsätze, FN 10, Ziff. 7.2, S. 55 samt Anmerkungen).

⁵⁴ HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 185.

falls ohne eingehendere Angaben, wie diese vorgenommen werden muss⁵⁵.

2. Das Ziel der Wertung und kritischen Überprüfung

Es versteht sich, dass es möglich sein muss, eine Theorie über die Vornahme von Wertungen auf ein unmittelbar einleuchtendes *Axiom* zurückzuführen.

Die Beantwortung der Frage, wie bei Wertungen und Würdigungen vorzugehen ist, ist natürlich von der Vorstellung darüber abhängig, worin das *Ziel der Rechtsordnung und im Besonderen der Rechtsanwendung* besteht. Es liegt nahe, dieses Ziel im Sinne eines Axioms in der optimalen Förderung bzw. Nachteilsverminderung im Interesse des Wohlergehens jedes Einzelnen zu sehen⁵⁶. Dieses Ziel muss zu einigen näherliegenden Grundsätzen konkretisiert werden. Speziell in Bezug auf die Rechtsanwendung ist dabei zu beachten, dass die staatlichen Aufgaben mannigfaltig sind und die Rollenverteilung unter den Rechtsunterworfenen von Fall zu Fall ändert, so dass dann, wenn ein konkretisierend entwickelter Grundsatz die Einen vor den Anderen bevorzugt, bei einer anderen staatlichen Aufgabe oder bei einer anderen Rollenverteilung ein Ausgleich stattfinden kann.

Im Zusammenhang mit der Verfolgung des Rechtsziels kann von der Ermittlung der *sachlichen Angemessenheit* gesprochen werden (unter vorläufiger Ausklammerung des allfälligen Resultats von Auslegungselementen). Diese Angemessenheit muss sich aus dem Resultat einer Interessenbeurteilung ergeben, denn die Interessen beeinflussen das Wohlergehen. Wurde in Anwendung der Auslegungselemente ein Resultat gefunden, so bedeutet "kritische Würdigung", dass in jedem Fall noch eine Prüfung der sachlichen Angemessenheit hinzukommen muss⁵⁷. Kann diese eindeutig festgestellt werden, so wird zugunsten der sachlichen Angemessenheit entschieden, so z.B. wenn die Verkehrssicherheit eine sich aus der Wahl der Normausdrücke ergebende Auslegungsmöglichkeit von Verkehrsregeln verbietet.

Es handelt sich bei diesem Vorgehen nicht um eine neue Rechtsfindungsmethode, die "in der Praxis kaum auf die nötige Akzeptanz stossen würde"⁵⁸, sondern es geht in weitgehendem Masse um die Methode, wie sie in der Praxis *in Wirklichkeit* – zum Teil aber unvollkommen und ohne theoretische Grundlage – praktiziert wird.

⁵⁵ HAUSHEER/JAUN (FN 3), ZGB Art. 1 N 173, 185, 191 (wobei hier wiederum auf die praktikablere Lösung hingewiesen wird).

⁵⁶ Vgl. EDWARD E. OTT, Die Methode der Rechtsanwendung, Zürich 1979, § 9 III 5 a1 a2, S. 287 f.; OTT, Leitsätze, FN 10, S. 82 Anm. 63.

⁵⁷ Vgl. OTT, Leitsätze, FN 10, Ziff. 6.2, S. 40 unten f., und Ziff. 6.4, S. 42.

⁵⁸ Vgl. RIEMER (FN 7), § 4 N 185.

Aus dem vorgenannten Ziel der Rechtsanwendung und den weiteren Erwägungen ergeben sich zwecks Ermittlung der sachlichen Angemessenheit die folgenden *wegleitenden Grundsätze einer rationalen Interessenbeurteilung*, d.h. einer Interessenbeurteilung, die auf Vernunftgründen beruht. Es kommt dabei in massgeblicher Weise auf die jeweilige Interessenkonstellation im zu beurteilenden Fall an, wobei – zwecks Vereinfachung – von charakteristischen Sachlagen ausgegangen werden soll und die aufgezeigten Grundsätze bei Zwischenlagen entsprechend interpoliert werden müssen.

3. Optimaler Nutzen der Allgemeinheit

Nach diesem wegleitenden Grundsatz wird bei im Prinzip *weitgehend gleichgerichteten Interessen* der Rechtsunterworfenen entschieden. Die Interessen gehen in die gleiche Richtung, abgesehen davon, dass die einen Interessen den anderen entgegenstehen können oder dass es bei ihrer Verwirklichung um eine Kostenfrage geht. Diese Situation gibt es vor allem im Bereich des öffentlichen Rechts. Zum Beispiel hat praktisch jedermann ein Interesse an der Schonung des Waldes, aber die meisten sind auch interessiert am Bau eines öffentlichen Werkes (z.B. eines Grundwasserwerkes), an der Erhaltung bestimmter Wirtschaftszweige, an der Erstellung eines Sportzentrums usw. Zumeist haben die Rechtsunterworfenen unterschiedliche Vorlieben: zum Beispiel der eine wird den Schutz der Natur, der andere die Förderung der Wirtschaft vorziehen.

In diesem Zusammenhang können Massstäbe festgelegt werden. Es ist u.a. das Folgende zu beachten: Wenn im Rahmen des vom Gesetzgeber nicht klar Vorentschiedenen, also im unsicheren Anwendungsbereich des Gesetzes, darüber zu urteilen ist, ob eine bestimmte Massnahme zu realisieren sei oder nicht, sollte der Richter *nicht einfach nach politischen Präferenzen* der Rechtsunterworfenen oder nach dem, was die Mehrheit allenfalls dazu sagen würde, entscheiden. Es geht darum, welche Entscheidung der Rechtsgemeinschaft im Grunde genommen tatsächlich mehr Vorteile bringt. Dem Richter bzw. der Richterin wird in Anbetracht des Rechtsziels, nämlich der Förderung des richtig verstandenen Wohlergehens, die anspruchsvolle und verfeinerte Tätigkeit der Verwirklichung der sachlichen Angemessenheit und nicht einfach die politische Ausrichtung der Entscheidungen zuerkannt.

Die Entscheidungsvarianten sind unter Berücksichtigung aller massgeblichen Faktoren im Hinblick auf die Ermittlung des *optimalen Nutzens* für die Allgemeinheit gegeneinander abzuwägen. Es sind nicht überspannte, der Mode unterworfenen Wertvorstellungen oder sogar Schlagwörter massgebend, sondern es zählen letzten Endes – wie bereits angedeutet – die realistischen Vorteile und Nachteile einer Massnahme

bzw. es sind die Vorteile der Massnahme und diejenigen ihres Unterbleibens gegeneinander abzuwägen. Es ist grundsätzlich diejenige Entscheidung vorzuziehen, die nach einem objektiven Massstab der Allgemeinheit mehr nützt, wenn sämtliche Auswirkungen der Massnahme veranschlagt werden. Dabei ist das vom Gesetzgeber klar Vorentschiedene zu berücksichtigen: Welche Vorteile der Gesetzgeber gegenüber anderen Möglichkeiten vorgezogen hat, sieht man an den klaren gesetzlichen Anwendungsfällen.

Zu prüfen ist zudem, ob nicht durch geeignete "*Harmonisierungsmassnahmen*" bzw. "*Alternativen*" beiden sich gegenüberstehenden oder allen involvierten Interessen in einem gewissen Masse Rechnung getragen werden kann. Es wird dann praktisch – im unsicheren Gesetzesanwendungsbereich – eine ausnahmsweise richterliche Gesetzesergänzung durch Aufstellung einer Sondernorm eingeführt. – Ein Ausgleich kann sich auch daraus ergeben, dass in einem anderen oder späteren Zusammenhang ein anderes Interesse, z.B. ein anderer Berufszweig, gefördert, ein anderes Werk errichtet wird etc., wovon dann wiederum zunächst zurückgesetzte Rechtsunterworfenen profitieren.

4. Inkaufnahme zumutbarer Opfer zugunsten der Allgemeinheit

Eine wesentlich andere Interessenkonstellation liegt vor, wenn bestimmte Vorteile für die Allgemeinheit nur herbeigeführt werden können, sofern ein Einzelner oder Einzelne Opfer erbringen. Es geht um den Grundsatz der Inkaufnahme *zumutbarer, d.h. verhältnismässiger und unvermeidbarer Opfer* zugunsten der Allgemeinheit. Der Einzelne hat in einem gewissen Rahmen Opfer zugunsten der Allgemeinheit – d.h. Belastungen im öffentlichen Interesse – in Kauf zu nehmen (z.B. allgemeine Zeugnispflicht oder Risiko einer materiell ungerechtfertigten Strafverfolgung). Diese Fälle, in denen es um Opfer zugunsten der Allgemeinheit geht, liegen häufig im Anwendungsbereich speziell anerkannter Freiheits-, Grund- und Menschenrechte, bei deren Auslegung ebenfalls eine Entscheidung nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Vordergrund steht. – Der Grundsatz der Inkaufnahme zumutbarer Opfer ist folgerichtig, weil nämlich der Einzelne, der ein (zumutbares) Opfer erbringt, auch davon profitiert, wenn Andere Opfer zugunsten der Allgemeinheit und damit auch in einem gewissen Masse zu seinen eigenen Gunsten leisten müssen. Im Gesamten profitiert damit die Allgemeinheit und mit ihr mit hoher Wahrscheinlichkeit auch der Einzelne von der genannten Regel.

Das Opfer muss – wie gesagt – zumutbar sein, d.h. es muss verhältnismässig und unvermeidbar sein. *Verhältnismässig* heisst, dass das Opfer im richtigen Verhältnis zu den Vorteilen der Allgemeinheit stehen muss. Es ist beispielsweise an weniger

bedeutende Benützungerschwerungen im Interesse einer Verkehrsbeschränkung zu denken. Zumeist sind die Nachteile des Einzelnen erheblich und die Vorteile der Glieder der Allgemeinheit für sich allein genommen klein, aber sie wirken sich grundsätzlich zugunsten aller Rechtsunterworfenen aus. Je grösser die Vorteile der Allgemeinheit sind, desto grösser ist das Opfer, das dem Einzelnen zugemutet werden kann; wobei es hier allerdings eine Grenze gibt, bei deren Überschreitung eine Berufung auf das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht mehr möglich ist. Der Massstab der Verhältnismässigkeit kann durch Vergleich mit einschlägigen Beurteilungen aus Lehre und Praxis gewonnen werden, so zum Beispiel aus Urteilen zur Domizilpflicht bestimmter Berufe, zur Inkaufnahme von Verkehrsbeschränkungen, zur Auslegung von Grundrechten im Allgemeinen etc. Die autonome Festlegung des Opfermassstabes ist ein schwieriges Unterfangen; sie richtet sich – vereinfachend gesagt – nach der Wahrscheinlichkeit einer Überkompensation der Gesamtheit der hypothetischen Opfer des Einzelnen durch die Gesamtheit der zu erwartenden Vorteile des Einzelnen als Glied der Allgemeinheit.

In Lehre und Praxis wird die einschlägige Materie häufig auf das Verhältnismässigkeitsprinzip reduziert. Das Opfer muss aber nicht nur verhältnismässig sein, es muss auch *unvermeidbar* sein. Es muss geprüft werden, ob nicht weniger einschneidende Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen (z.B. Rezeptpflicht statt Verbot eines Medikaments). Kann das Opfer durch Geldentschädigung ausgeglichen oder gemildert werden, ist eine solche Entschädigung vorzusehen, es sei denn, der Verzicht auf Entschädigung stelle seinerseits ein verhältnismässiges Opfer zugunsten der Vermeidung einer aufwendigen Organisation zur Festlegung solcher Entschädigungen dar. In dieser Beziehung kann vor allem auf die Bundesgerichtspraxis zu den enteignungsähnlichen Eingriffen, d.h. zur Abgrenzung entschädigungslos zulässiger Eingriffe von Eingriffen, die zu einer Entschädigung verpflichten, verwiesen werden⁵⁹.

5. Wahl des kleineren Übels

Wenn es sich um Konflikte zwischen Privaten handelt – also grundsätzlich im Gebiet des Privatrechts – liegt die sachliche Angemessenheit in der *Wahl des kleineren Übels* (unter Berücksichtigung aller Auswirkungen der betreffenden juristischen Entscheidungsmöglichkeiten). Ein Ausgleich der Interessen ist bei der Auslegung im Privatrecht aus Rechtssicherheitsgründen in der Regel nicht möglich.

Beispielsweise ein Retentionsrecht des Garagisten im Sinne von Art. 895 Abs. 1 ZGB an einem zur Reparatur gegebenen Auto für einen *früheren*, unbezahlt gebliebenen (allenfalls bestrittenen) Rechnungsbetrag ist entweder zu bejahen oder aber abzulehnen.

⁵⁹ Vgl. OTT, Leitsätze, FN 10, Ziff. 6.4 b, S. 45 f..

Eine Zwischenlösung, zum Beispiel die Zurückbehaltung und damit der Zahlungszwang für die Hälfte des ausstehenden Rechnungsbetrages, wäre weder eine rechtssichere noch eine praktikable Lösung.

Es ist von zwei Lösungen (vorab Normanwendung oder Nichtanwendung) für diejenige Lösung zu entscheiden, die von beiden das kleinere Übel für den je nachteilig Betroffenen mit sich bringt, soweit nicht besondere, überwiegende Vorteile der Allgemeinheit für eine andere Entscheidung sprechen (nachstehend Ziff. 6). Sofern bereits ein anderweitig gefundenes Resultat vorliegt (z.B. aufgrund der systematischen Stellung der Norm), ist die vorgenannte Lösung vorzuziehen, wenn die Feststellung der sachlichen Angemessenheit *eindeutig erscheint*. Soweit eine Lösung eindeutig als sachlich angemessen bzw. angemessener erkannt werden kann, hat sie bei allen Interessenkonstellationen den Vorrang vor den anderen Auslegungsargumenten (als da sind: bedeutende bisherige Fallbeurteilung durch Lehre, Praxis und durch den historischen Gesetzgeber, Anhaltspunkte aufgrund der gesetzlichen Ordnung, Sinn und Zweck des Gesetzes).

Wenn aus den Formulierungen einer Verkehrsregelnverordnung die Vermutung abgeleitet werden kann, dass auf Autostrassen und Autobahnen das Rechtsüberholen durch Vorbeifahren (ohne Ausschwenken und Wiedereinbiegen) grundsätzlich gestattet sei, muss eine solche Interpretation gleichwohl aus Gründen der sachlichen Angemessenheit, hier der Berücksichtigung der Verkehrssicherheit, abgelehnt werden.

Wenn immer in rechtlichen Auseinandersetzungen, bei denen ein Ausgleich nicht möglich ist⁶⁰, das kleinere Übel gewählt wird, führt dies zu einer *gesamthaften Nachteilsverminderung* und fördert dadurch die Interessen der Allgemeinheit und damit auch des Einzelnen. Es ist dabei – wie dies bereits erwähnt wurde – an die Vielfalt staatlicher Aufgaben und an die wechselnde Rollenverteilung zwischen den einzelnen Gliedern der Gesellschaft zu denken: einmal ist der eine benachteiligt, einmal der andere; insgesamt vermindert sich das Mass der Nachteile zum Wohle aller; jedenfalls besteht die Wahrscheinlichkeit grösstmöglicher Nachteilsverminderung.

Die Wahl des kleineren Übels wird *häufig intuitiv* vorgenommen. Es verhält sich in vielen Fällen so, dass die Gerichte sukzessive die Interessen der einen Partei und dann diejenigen der anderen Partei erwähnen, wobei diese Aufzählung gelegentlich auch nicht streng systematisch vorgenommen wird. Am Schluss wird gesagt, die einen Interessen würden überwiegen, seien legitim, schützwürdig bzw. schützwürdig.

⁶⁰ Ein Ausgleich der Interessen ist vor allem möglich bei der Rechtssetzung (z.B. Art. 934 Abs. 2 ZGB: Herausgabe der Sache gegen Preisvergütung), zum Teil bei Ermessensnormen und beim Abschluss eines Vergleichs.

ger, die anderen müssten zurücktreten etc., – ohne dass die verschiedenen Interessen einander richtig gegenübergestellt werden (vorstehend Ziff. II 4).

Eine einfache Gegenüberstellung der *Interessen* wäre auch nicht das richtige Vorgehen. Das "Interesse" ist die Bezugnahme auf einen Zustand, der von einem allfälligen Ausgangszustand abweicht und der entweder erstrebt wird oder (und evtl. zum Teil) bereits verwirklicht ist und zu erhalten gewünscht wird. Die realen Vorteile eines erwünschten Zustandes sind nicht leicht zu überblicken. Vom Ausgangszustand aus betrachtet sind die Vorteile der Verwirklichung des Interesses vage, und sie werden häufig überschätzt. Vom erfüllten Interesse aus betrachtet tritt weniger die Erfüllung als der Nachteil beim Wegfall des Interesses ins Bewusstsein. Nachteile (bei Nichterfüllung des Interesses) sind anschaulicher und treten klarer ins Bewusstsein als "Interessen", analog der Erkenntnis, dass der Schmerz, nicht die Schmerzlosigkeit deutlich ins Bewusstsein tritt. Es ist ggf. auch nicht das Interesse selbst, sondern das Ausmass, wie es im einzelnen Fall durch die vorgesehene Massnahme tangiert wird, von massgeblicher Bedeutung.

Auf Grund dieser Erwägungen empfiehlt es sich, nicht die Interessen, sondern die effektiven **Nachteile**, die die Betroffenen je bei der einen relativ zur anderen Entscheidungsmöglichkeit⁶¹ treffen (indem ihre Interessen nicht erfüllt werden), einander gegenüberzustellen und das kleinere Übel, den kleineren Nachteil zu wählen. Nur bei einer solchen Gegenüberstellung sind die Voraussetzungen einer zutreffenden Entscheidung betreffend die sachliche Angemessenheit optimal vorhanden. Auch können durch die Gegenüberstellung der Nachteile Doppelbewertungen vermieden werden, d.h. es werden nicht bei der einen Entscheidungsmöglichkeit Nachteile vermerkt, deren Unterbleiben dann bei der anderen Seite als Vorteile in Erscheinung treten. Auch andere mögliche Denkfehler lassen sich mit diesem Vorgehen vermeiden. Die – häufig vagen – "Interessen" müssen also in fassbare Nachteile bei ihrer Beeinträchtigung im einzelnen Fall⁶² konvertiert werden.

Zur Veranschaulichung des Gesagten werden im Folgenden einige *Beispiele* erwähnt⁶³:

⁶¹ Vorab Anwendung oder Nichtanwendung der Norm; evtl. gesetzesergänzende Lösungsmöglichkeit.

⁶² D.h. im konkreten, allenfalls im Interesse der Rechtssicherheit verallgemeinerten Fall (siehe OTT, Leitsätze, FN 10, S. 85 Anm. 67).

⁶³ Beispiele im Zusammenhang mit der objektiven Auslegung von Verträgen und Statuten siehe bei EDWARD E. OTT, Die Interpretation von Verträgen und Statuten, Basel/Genf/München 2000, Ziff. V C 4, S.94 ff.

- Bei der bereits erwähnten Frage, ob für zwei neue Verwaltungsräte eine Kollektivunterschrift zu zweien, *jedoch nicht unter sich*, ins Handelsregister eingetragen werden könne, war u.a. zu prüfen, ob – bei Bejahung der Eintragung – die *Umtriebe der genauen Information* über die Existenz der erwähnten Einschränkung (evtl. gemildert durch die Möglichkeit von Anscheins- oder Duldungsvollmacht) oder – bei Nichteintragung – die *fehlende externe Durchsetzbarkeit* der internen Vertretungsverhältnisse das kleinere Übel darstelle⁶⁴. Es versteht sich, dass alle in solchen Fällen relevanten, d.h. auswirkungsbestimmenden Umstände zu berücksichtigen sind.

- Es stellte sich die Frage, ob fiduziarisch vereinbarte Schuldbriefzinsen bei sicherungsübereigneten Schuldbriefen (unabhängig von der allfälligen Bezahlung der Zinsen auf den gesicherten Geschäftsforderungen) im Rahmen von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB pfandgesichert seien. Es war u.a. zu prüfen, ob die entsprechende Schmälerung der Betreffnisse anderer Gläubiger, welche diese Schmälerung aber im Prinzip ohnehin nicht verhindern können, und daher ob der *Verzicht der Grundbuchämter auf Erhebung von Gebühren* für die Neuerrichtung von Grundpfändern, welche bei Beschränkung der Pfandsicherheit für Titelzinsen notwendig würde, oder aber das *Dahinfallen der Möglichkeit zusätzlicher Mobilisierung des Bodenwertes* im Rahmen von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB das kleinere Übel darstelle⁶⁵.

- Bei der Frage, ob eine Erwachsenenadoption wenigstens dann gestattet sei, wenn die Nachkommen der adoptionswilligen Person der Adoption zustimmen und zudem mündig sind, ist im Rahmen des Arguments der sachlichen Angemessenheit zu prüfen, ob ein *Verzicht der Parteien auf die Adoption einer mündigen Person* oder aber – bei Gestattung der Adoption – das Risiko selbst mündiger Nachkommen, einem *unstatthaften Druck* unterworfen zu werden, das kleinere Übel darstelle⁶⁶. Es handelte sich bei der letzteren Lösung allerdings auf Grund von Art. 266 Abs. 1 ZGB ("Fehlen Nachkommen ...") um eine richterliche Gesetzesergänzung, für welche besondere materielle Dringlichkeit vorausgesetzt ist⁶⁷.

- Eine Vereinbarung, nach welcher der Ferienlohn im Gehalt eingeschlossen sein sollte, wurde vom Arbeitnehmer im Nachhinein als ungültig gemäss Praxis zu Art. 329d OR angefochten. *Nach den konkreten Umständen des Einzelfalles*, in welchem der Arbeitnehmer den Anstoss zur Vereinbarung gegeben hatte und ihm das Abgeltungsverbot bekannt war, stellte der Ferienbezug *ohne* (zusätzliche) Entschädigung – trotz allfällig vorzeitigem Verbrauch des im Gehalt eingeschlossenen Betrages und Empfindung der Ferien als finanzielle Einbusse – *das qualifiziert kleinere Übel* dar gegenüber der

⁶⁴ Vgl. BGE 121 III 368 ff.; vorstehend Ziff. II 4.

⁶⁵ Vgl. BGE 115 II 349 ff.

⁶⁶ Vgl. BGE 106 II 278 ff.

⁶⁷ Vgl. OTT, Leitsätze, FN 10, Ziff. 7.2, S. 55 ff.

nochmaligen Vergütung des Ferienlohnes durch die Arbeitgeberin. Die nachträgliche Berufung auf Ungültigkeit wurde daher als offenkundiger Rechtsmissbrauch qualifiziert⁶⁸.

- Das Bundesgericht vertrat in BGE 119 II 23 ff. die Auffassung, dass im Rahmen der Prüfung der Berechtigung zur Berufung auf den guten Glauben (Art. 3 Abs. 2 ZGB) schon relativ schwache Zweifel in Richtung eines wirklichen Missbrauches der Vertretungsmacht durch den Vertreter genügen, um den Vertragspartner zu näheren Abklärungen zu veranlassen. Es liegt die Interessenbeurteilung zugrunde, dass das *Einziehen von Erkundigungen* (schon) bei relativ schwachen Zweifeln in Richtung eines Missbrauches das kleinere Übel darstellt als die *naheliegende Gefahr* für den Vertretenen, einen Schaden zu erleiden. Hingegen genügen solche schwachen Zweifel nicht, sofern sie sich auf die blosser Übertretung interner Beschränkungen der Vollmacht beziehen. In diesem Fall wäre die (geringere) Schadensmöglichkeit für die vertretene Partei das kleinere Übel als die Vornahme von Abklärungen durch den Vertragspartner über den wahren Umfang der Vollmacht. Es werden daher "ernste Zweifel" vorausgesetzt, damit die Vornahme von Abklärungen als das geringere Übel und damit als Bedingung für die zulässige Berufung auf den guten Glauben angenommen werden kann.
- Ein Erbe baute einen Schopf auf dem Grundstück der Erbengemeinschaft, um ihn später mit der Liegenschaft erwerben zu können. Bei der Erbteilung ging die Liegenschaft aber auf die Miterben über. Der Erbe verlangte eine Entschädigung für den Schopf (im Rahmen der Anteile der Miterben). Der *Verzicht des Erben auf eine erweiterte Entschädigung* über das hinaus, was der von ihm gebaute Schopf für die Miterben und Grundeigentümer allermindestens wert war, erschien im zu beurteilenden Fall als das kleinere Übel gegenüber der Zahlung eines entsprechenden Mehrbetrages durch die Miterben, nachdem diese ihren Willen, dass der Erbe sein Bauvorhaben auf eigene Kosten ausführe, seinerzeit deutlich zum Ausdruck gebracht haben (Auslegung von Art. 672 ZGB)⁶⁹.
- Die *Erkundigung beim Betreibungsamt* am Wohnort des Verkäufers, ob ein Eintrag im Eigentumsvorbehaltsregister besteht, oder die Anforderung einer entsprechenden Bescheinigung vom Verkäufer durch den gewerbsmässigen Gebrauchtwagenhändler bei ungewöhnlich tiefem Preis des zu kaufenden Autos ist das kleinere Übel als die in einem solchen Verdachtsfall *nicht unerhebliche Gefahr der Schädigung* eines wahren Eigentümers bei Weiterveräusserung des Autos durch den Occasionswagenhändler⁷⁰.

⁶⁸ Vgl. Praxis 2001 Nr. 48 S. 280 ff.; vgl. auch die Formulierung in BGE 127 III 514 unten.

⁶⁹ Vgl. BGE 81 II 431 ff.

⁷⁰ Vgl. BGE 107 II 41 ff.

6. Entscheidung zugunsten besonderer, überwiegender Vorteile der Allgemeinheit

Auch bei der Auslegung im Privatrecht können besondere Vorteile der Allgemeinheit auf dem Spiel stehen, die das Interesse an der Vermeidung des allfällig grösseren Übels überwiegen, so dass dieses in Kauf genommen werden muss, und zwar dann, wenn es als ein zumutbares Opfer zugunsten der Allgemeinheit im früher erwähnten Sinne erscheint. Es können vor allem Rechtssicherheitsinteressen eine Rolle spielen.

- Zum Beispiel bei einer Namensänderung ist auch zu prüfen, ob die Inkaufnahme der Nachteile einer Verweigerung der Namensänderung nicht ein zumutbares Opfer zugunsten des Interesses der Verwaltung und der Allgemeinheit an der Unveränderlichkeit des einmal erworbenen und in den Registern eingetragenen Namens darstellen würde⁷¹.
- Im erwähnten Falle der umstrittenen Eintragungsmöglichkeit einer Kollektivunterschrift zu zweien, aber nicht unter sich, wurde auch geltend gemacht, die Nichteintragung sei im allgemeinen Interesse, weil dadurch für die Handelsregisterämter zusätzliche Arbeit vermieden werde und die vorhandenen Informatiksysteme zur Bewältigung der Arbeit ausreichen würden. Das Bundesgericht erklärte jedoch, solche Erwägungen hätten die Auslegung nicht zu bestimmen (was wenigstens für den konkreten Fall zutraf). Es stellte indessen zufolge mangelnder Eindeutigkeit oder Fassbarkeit der Interessenabwägung zwischen den primär Betroffenen zur Hauptsache auf den formellen Wortlaut von Art. 641 Ziff. 8 OR ab, wonach die Art der Ausübung der Vertretung in das Handelsregister einzutragen sei; "formeller" Wortlaut⁷² deshalb, weil dieser Wortlaut im Hinblick auf den konkreten Fall nach vertretbarer Ansicht zu wenig klar ist, um eine sichere Zuordnung zu ermöglichen (vorstehend Ziff. II 4)⁷³.
- Im Zusammenhang mit der Frage, ob bei einer Auktion der Einlieferer Provision und Kosten bezahlen müsse, wenn er das letzte Angebot eines Dritten verhindert, wurde im Sinne der Berücksichtigung eines allgemeinen Interesses geltend gemacht, dass der Steigerungswettbewerb an Auktionen durch Scheinangebote des Einlieferers erheblich verfälscht werden könne, weshalb es sich umso mehr rechtfertige, den Einlieferer das Risiko eines Scheinangebotes selber tragen zu lassen⁷⁴.

⁷¹ Vgl. BGE 105 II 247 ff.

⁷² Vgl. OTT, Leitsätze, FN 10, Ziff. 6.2, S. 40.

⁷³ Wenn kein anderes Argument zur Verfügung gestanden wäre, hätte das Gericht auf eine Vermutung bezüglich der sachlichen Angemessenheit abstellen müssen (OTT, Methode, FN 56, § 9 III 6 b1 f2, S. 313).

⁷⁴ Vgl. BGE 112 II 337 ff., 346/347.

7. Gesetzliche Interessenbeurteilung als Richtschnur der fallbezogenen Interessenbeurteilung

Bei der vorstehenden Darstellung der wegleitenden Grundsätze der Interessenbeurteilung wurde zur Vereinfachung die vorgängige Feststellung der *gesetzlichen Interessenbeurteilung als Ausgangspunkt* und Richtschnur der Interessenbeurteilung im Problemfall weggelassen bzw. nicht explizite abgehandelt. Aus den (entstehungszeitlichen) Auswirkungen der Lösungsvarianten (vorab Anwendung oder Nichtanwendung der Rechtsfolge) auf allfällige typische Anwendungsfälle der auszulegenden Norm ergibt sich, welche Nachteile der Betroffenen der Gesetzgeber als geringfügiger befand bzw. welche Vorteile der Allgemeinheit er als überwiegend betrachtete. Bei der darauf folgenden Prüfung der Frage der Anwendbarkeit des Gesetzes auf den Problemfall ist im Interesse von Objektivität und Rechtssicherheit von dieser Abwägung auszugehen, und es sind die sachverhalts- und geltungszeitlich bedingten Abweichungen zu ermitteln (daher "relativ" selbständige Interessenbeurteilung). Es fragt sich dann zum Beispiel, ob das vom Gesetzgeber auf Grund seiner Anordnung als geringer taxierte Übel in Anbetracht dieser Besonderheiten und allfälligen Ergänzungen immer noch geringer sei als die bei der Nichtanwendung entstehenden Einbussen. Kann diese Frage bejaht werden, spricht das Argument der sachlichen Angemessenheit für die Anwendung der Norm auf den Problemfall⁷⁵.

IV. Zusammenfassung

Es ist naheliegend, unter Auslegung die Rechtsfindung im sprachlich (bloss) möglichen Anwendungsbereich des Gesetzes bzw. die Präzisierung der Norm im Rahmen ihres noch möglichen Wortsinns zu verstehen, wobei vorauszusetzen ist, dass die Norm vervollständigt und überprüft ist⁷⁶. In diesem Rahmen sind aber nicht nur die sog. "Elemente der Auslegung" von Bedeutung, die nicht häufig ergiebig sind (mit Ausnahme des im Hinblick auf den zu beurteilenden Fall klaren Wortlautes). Vielmehr spielt im danach *verbleibenden, ausgedehnten Bereich der Unklarheit* – welcher nicht als Sphäre blosser "Erkenntnislücken" verharmlost werden darf – die sachliche Angemessenheit vermittels rationaler Interessenbeurteilung eine entscheidende Rolle.

Bei der Beurteilung von Interessen sind *methodische Grundsätze* massgebend. Sie beruhen letzten Endes auf einem leicht einsehbaren Axiom bzw. Zielgedanken und

⁷⁵ Vgl. OTT, Methode, FN 56, § 9 III 5 a1 b2, S. 288, 293, 268 f.; DERS., Leitsätze, FN 10, Ziff. 6.4, S. 43 mit Beispielen.

⁷⁶ Vorstehend Ziff. I 2.

werden häufig intuitiv befolgt⁷⁷. In deren Beachtung müssen die begleitenden Grundsätze der rationalen Interessenbeurteilung sich nach der Interessenkonstellation richten, die im zu beurteilenden Fall vorliegt. Dabei können verschiedene typische Interessenkonstellationen unterschieden werden. Im Weiteren müssen die Interessen in Vor- und Nachteile konvertiert werden, wobei – im Privatrecht – die Nachteile der Betroffenen bei den divergierenden Entscheidungsmöglichkeiten (vorab Normanwendung und Nichtanwendung) gegeneinander abzuwägen und allenfalls überwiegende Vorteile der Allgemeinheit zu berücksichtigen sind⁷⁸. – Eine Interessenbeurteilung muss im Sinne einer "Richtigkeitskontrolle" auch erfolgen, wenn unter Zuhilfenahme der "Auslegungselemente" und weiterer Argumente (z.B. Lehre und Praxis) bereits eine Lösung gefunden wurde.

Das Verfahren der rationalen Interessenbeurteilung ist beim Versagen der übrigen Auslegungsargumente – und auch zu deren Kontrolle – die Methode, die offenbar mit hoher Wahrscheinlichkeit zu den Zielen der Rechtsordnung und der Rechtsfindung, im Besonderen zur grösstmöglichen Nachteilsverminderung führt (etwa im Gegensatz zu den Scheinargumenten und zur Flucht in einen irgendwie zustande kommenden "Konsens"). Es handelt sich bei dieser Methode auch keineswegs bloss um ein Hilfsmittel bei der Konkretisierung von Generalklauseln und Ermessensnormen, sondern um eine *Haupttätigkeit* in jedem Fall der Auslegung, jedenfalls soweit der zu beurteilende Sachverhalt nicht gerade das darstellt, was der Urheber der vervollständigten und rechtsgültigen Norm zweifellos gemeint haben muss.

⁷⁷ Vorstehend Ziff. III 2.

⁷⁸ Vorstehend Ziff. III 5 und 6.