

# Gerechtigkeit bei der Auslegung des Gesetzes

Edward E. Ott

*Beitrag unter dem Titel "Gerechtigkeit im Bereich unsicherer Rechtsanwendung" zur Festschrift für Hans Giger zum 80. Geburtstag (Bern 2009)*

## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	<b>2</b>
<b>I. Annäherung an den Begriff der Gerechtigkeit</b>	<b>2</b>
1. Gerechtigkeit als innere Einstellung	2
2. Gerechtigkeit als Grundnorm menschlichen Zusammenlebens	3
a) Das Gleichheitsprinzip	3
b) Das Gleichbehandlungsprinzip	4
3. Mittelbare Gerechtigkeit	5
<b>II. Die Herbeiführung eines gerechten Urteils</b>	<b>6</b>
1. Gerechtigkeit im Bereich sicherer Normanwendung	6
2. Gerechtigkeit im Bereich unsicherer Normanwendung	7
a) Die Beachtung des Gleichheitsprinzips	8
b) Unmöglichkeit unmittelbarer Gleichbehandlung?	8
3. Mittelbare Gerechtigkeit im Bereich unsicherer Rechtsanwendung	9
<b>III. Grundsätze der Auslegung</b>	<b>11</b>
1. Allgemeines	11
2. Bei grundsätzlich gleichgerichteten Interessen	12
3. Bei Divergenz zwischen Einzelnen und der Allgemeinheit	14
4. Bei Konflikten zwischen Einzelnen	16
a) Im Allgemeinen	16
b) Beispiele der Nachteilsabwägung bei Konflikten zwischen Einzelnen	19
5. Bei besonderen Vorteilen der Allgemeinheit	24
<b>IV. Zusammenfassung</b>	<b>25</b>

## Einleitung\*

Der Jubilar, Herr Prof. Dr. iur. Dr. phil. HANS GIGER, stellt in einem Aufsatz über „Begegnung von Psychologie und Recht in der Rechtsfindung“ fest, Vorschriften seien kaum je klar, sie bedürften vielmehr der Auslegung<sup>1</sup>. Der Richter müsse innerhalb der engen Grenzen des belassenen Freiraums [d.h. im Rahmen der normativen Grenzziehung] das verantwortbare Mass an Gerechtigkeit verwirklichen können. In dieser Weise müsse das Normensystem den Weg zum Urteilspruch markieren<sup>2</sup>.

Zunächst stellt sich die Frage, was in diesem Zusammenhang unter Gerechtigkeit zu verstehen ist. In der Folge ist zu fragen, wie der Weg zum Urteilsspruch so markiert werden kann, dass das verantwortbare Mass an Gerechtigkeit verwirklicht wird.

## I. Annäherung an den Begriff der Gerechtigkeit

### 1. Gerechtigkeit als innere Einstellung

a) *Gerechtigkeit* wird einerseits als eine innere Einstellung, als eine Tugend aufgefasst. Es geht um die Tugend, die davon abhält, dem Anderen ein Leid zu verursachen (Maxime des „*neminem laedere*“: niemanden schädigen). In diesem Sinne wird Gerechtigkeit im Hinblick auf den Einzelnen als *Kardinaltugend* bezeichnet. Der Gerechte wird keine Leiden über Andere verhängen, um sein eigenes Wohlsein in irgendeiner Weise zu vermehren. – Es ist u.U. leichter zu sagen, was ungerecht ist, als was positiv als gerecht zu definieren ist; insofern ist die Gerechtigkeit die Negation der Ungerechtigkeit, welche dem Begriff der Gerechtigkeit vorgeht. Die Negativität der Gerechtigkeit in diesem Sinne scheint sich selbst in der trivialen Definition „Jedem das Seinige geben“ (*sum cuique*) zu bewähren. Ist es das Seinige, braucht man es ihm nicht zu geben. Es geht also darum, jedem das Seinige zu belassen; die Bedeutung der Definition ist

---

\* Soweit im Folgenden aus Gründen der leichteren Lesbarkeit nur die männlichen Personenbezeichnungen aufgeführt werden, gelten sie in gleicher Weise auch für weibliche Personen.

<sup>1</sup> HANS GIGER, Begegnung von Psychologie und Recht in der Rechtsfindung, in: Jenny/Stahel (Hrsg.), Grenzen – grenzenlos? (Zürich 1990) S. 50, 47; HANS GIGER, Ethik als grenzenlos erweiterte Verantwortung, in: Larese/Lendi/Linder (Hrsg.), Ethik als Handlungsmaxime, Festgabe zum 70. Geburtstag von em. Professor Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger (Bern 2000) S. 159 ff., 231, 235.

<sup>2</sup> HANS GIGER, Begegnung von Psychologie und Recht in der Rechtsfindung (zit. Anm. 1) S. 33 ff., 54, 49.

„Keinem das Seinige nehmen“<sup>3</sup>. Ist aber das „Seinige“ in der zuerst erwähnten Definition das, was dem Einzelnen (in Zukunft) zukommen soll, liegt eine *petitio principii*<sup>4</sup> vor, indem das Zukommen-Sollende bereits als das „Seinige“ und damit als etwas Bekannteres benannt wird, womit der Anschein einer Klärung erweckt wird, die keine ist, und woraus sich für den Massstab der Gerechtigkeit nichts ergibt.

b) Zu beachten ist, dass die Gerechtigkeit **nicht altruistische Handlungen** umfasst. Das diesbezügliche Korrelat zur Gerechtigkeit, nämlich das Gebot, Hilfe zu leisten, Förderung zu gewähren etc. oder nach Möglichkeit „jedem behilflich zu sein, jeden zu fördern“, geht als „*Wohltätigkeit*“ über die Anforderungen der Gerechtigkeit hinaus. Gleichwohl kann ein solches Verhalten unter Umständen als zur Gerechtigkeit im Sinne des „*neminem laedere*“ gehörend betrachtet werden, nämlich vor allem dann, wenn ein durch Leistung erworbener Anspruch oder *allgemeiner Anspruch* auf eine solche Hilfe oder auf eine solche Förderung besteht. Die Versagung des begünstigenden Verhaltens im Einzelfall wird dann als Verweigerung oder Verfall dieses Anspruchs eine Schädigung bedeuten und ist unter dieser Voraussetzung ungerecht.

## 2. Gerechtigkeit als Grundnorm menschlichen Zusammenlebens

In einem anderen Sinne gilt Gerechtigkeit allgemein als Grundnorm menschlichen Zusammenlebens, als zentraler moralischer Massstab. Der Inhalt dieser Begriffsversion ist umstritten.

### a) *Das Gleichheitsprinzip*

Praktisch unbestritten ist das *Gleichheitsprinzip* im Sinne von Art. 8 Abs. 1 der Schweiz. Bundesverfassung (BV): „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.“ Die Rechtsunterworfenen dürfen vor dem Gesetz nicht verschieden behandelt werden wegen bestimmter, ihrer Person zukommender Eigenschaften. Eine Reihe von Anwendungsfällen sind im Absatz 2 von Art. 8 BV erwähnt (keine Diskriminierung wegen Rasse, Geschlecht, Alter etc.). Diese persönlichen Eigenschaften dürfen in rechtlichen Beurteilungen **nicht das ausschlaggebende Motiv** einer Ungleichbehandlung sein (nachstehend [im Folgenden "nachst."] Ziff. II 2 a; auch „formale“ Gerechtigkeit genannt).

<sup>3</sup> ARTHUR SCHOPENHAUER, Preisschrift über die Grundlage der Moral, § 17 Abs. 4.

<sup>4</sup> EDWARD E. OTT, Juristische Dialektik (3. Aufl. Dike, Zürich 2008) Ziff. 19 a, S. 97 ff.

### b) Das Gleichbehandlungsprinzip

Im Weiteren wird sich die Gerechtigkeit auf die Probleme der Verteilung von immateriellen wie materiellen Gütern beziehen. Es geht um das *Gleichbehandlungsprinzip*. Als Gerechtigkeit in diesem Sinne wird nicht selten ein angemessener Ausgleich von Interessen und allenfalls eine angemessene Verteilung von Gütern und Chancen zwischen den beteiligten Personen bezeichnet.

aa) Gleichbehandlung bedeutet primär nur, dass dann, *wenn eine Behandlung erfolgt*, die nach einem objektiven Massstab „Beteiligten“ gleich zu behandeln sind (über die Anforderungen des Gleichheitsprinzips hinaus). Ausgangspunkt für die gleiche Behandlung ist der im Moment bestehende äussere und innere Zustand des gleich zu behandelnden Subjekts. Dabei stellt sich die Frage, welches der Massstab der gleichen Behandlung ist (pro Kopf, in Prozenten oder nach bestimmten anderen Kriterien?). Es wird gesagt, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist, und dass der Bezugspunkt der Gleichheit eine massgebende Rolle spielt. Die „Behandlung“ ist bei dieser Beurteilung nicht nach ihrem äusseren Bild, sondern nach der Wirkung, die sie nachhaltig auf die Behandelten hat, zu beurteilen<sup>5</sup>. Letzten Endes muss es für die Beurteilung der Gleichheit der Behandlung auf die generellen<sup>6</sup> psychologischen Auswirkungen ankommen.

Die bei einer Behandlung auftretende Ungleichheit kann geringfügig sein. Es leuchtet ein, dass sich dann die Bedeutung der Gleichheit der Behandlung im Wesentlichen auf die **Vermeidung der Kränkung** beschränkt, welche die Ungleichbehandlung mit sich bringen würde. Wenn aber zum Beispiel die Interessen des Einen grosszügig und diejenigen des Anderen weniger und zugleich ungenügend berücksichtigt werden, hat die Ungleichbehandlung einen grösseren Effekt. Es kommt also im Hinblick auf die Bedeutung der Gleichbehandlung *hauptsächlich auf die Qualität der (negativen oder positiven) Behandlung* an; diese steht im Vordergrund und beruht zumeist auf einer zielgerichteten Betrachtungsweise<sup>7</sup>. Auch ist eine vollkommene Gleichbehandlung nicht immer – manchmal nicht einmal im Ansatz – möglich. Bezüglich der Gleichbehandlung als solcher bleibt es dabei, dass sie in ihrem Kern der Vermeidung einer – gele-

<sup>5</sup> Zum Beispiel braucht nach dem Gleichbehandlungsprinzip der Vater nicht jedem Kind das gleiche Taschengeld zu geben, sondern das Taschengeld ist nach den altersmässigen Bedürfnissen und den sinnvollen Verwendungsmöglichkeiten abzustufen.

<sup>6</sup> Auf besondere Empfindlichkeiten oder Begehrlichkeiten muss normalerweise nicht Rücksicht genommen werden, und zwar auch deshalb nicht, weil solche Eigenschaften oder Begehrlichkeiten andernfalls gefördert werden könnten.

<sup>7</sup> Vgl. EDWARD E. OTT, Die Methode der Rechtsanwendung (Zürich 1979) S. 287, im Besonderen Anm. 896.

gentlich überbewerteten – Kränkung dient, nichts mehr und nichts weniger (nachst. Ziff. II 3).

bb) Auch eine vermeidbare Kränkung ist in einem minimalen Ausmass eine Schädigung. Die Kränkung ist grösser und eine Gleichbehandlung kann daher vorab dann ein Gebot der Gerechtigkeit im Sinne der Kardinaltugend sein, wenn ein im Prinzip *durch Leistung erworbener allgemeiner Anspruch auf Hilfe oder Förderung etc.* besteht (vorstehend [im Folgenden „vorst.“] Ziff. I 1 b). Dies trifft im Rahmen staatlicher Aufgaben im grossen Ganzen zu (vgl. aber nachst. lit. cc) und betrifft auch die Rechtsanwendung. Diese Aufgaben werden durch die Allgemeinheit beschlossen und finanziert. Es wird auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen (Ziff. II 1 a Abs. 3, II 1 b und II 2 b).

cc) Es gibt die Ansicht, wonach bestimmte „Behandlungen“ erfolgen müssen, **damit Gleichheit herbeigeführt wird**, so Gleichheit in sozialer Hinsicht, gleicher Wohlstand für jedermann, etc. (auch „ausgleichende“ Gerechtigkeit genannt). Verlangt das Gleichbehandlungsprinzip, dass jedermann in ausreichender Weise mit Gütern versorgt ist? Müssen Ungleichheiten ausgeglichen werden? Diese Aspekte gehören *nicht zum Postulat der Gerechtigkeit im eigentlichen Sinne*, welches zum Bereich des pflichtmässig Gebotenen, des *neminem laedere* gezählt wird (vorst. Ziff. I 1), sondern zum Bereich der Wohltätigkeit, Menschenliebe etc. Der Staat wird natürlich auch Aspekte der Wohltätigkeit im Sinne der Gleichbehandlung regeln. Mit diesen Fragen befassen sich in erster Linie *Rechtsetzung und Politik*, was nicht zum Gegenstand vorliegender Abhandlung gehört.

### 3. Mittelbare Gerechtigkeit

Es ist von erheblicher Bedeutung, dass sich in Bezug auf das Postulat der Gleichbehandlung das Augenmerk nicht nur auf die unmittelbare Gleichbehandlung, den unmittelbaren Ausgleich von Interessen oder die unmittelbare Verteilung von Gütern richten muss, sondern auch auf die **späteren, mittelbaren Behandlungsergebnisse** bzw. allfälligen Verteilungsergebnisse. Es braucht nicht nur gerechte Verfahren, sondern auch gerechte Endergebnisse. Eine Verteilung der Interessen kann in einem bestimmten Anwendungsfall dem Gleichbehandlungsprinzip entsprechen, aber die Auswirkungen der Regelung können im Resultat zu einer Ungleichheit führen. Es empfiehlt sich daher, zwischen unmittelbarer und mittelbarer Gleichbehandlung und – wenn die Voraussetzungen erfüllt sind (vorst. Ziff. I 2 b) – *zwischen unmittelbarer und mittelbarer Gerechtigkeit* zu unterscheiden und die mittelbare Gerechtigkeit in den Vordergrund zu

stellen. Dies ist vor allem von Bedeutung, wenn eine unmittelbare Gleichbehandlung nicht möglich ist (nachst. Ziff. II 2 b).

## II. Die Herbeiführung eines gerechten Urteils

### 1. Gerechtigkeit im Bereich sicherer Normanwendung

a) Es stellt sich jetzt die Frage, wie der Weg zu einem gerechten Urteilspruch gestützt auf die vorstehenden Bemerkungen über die Gerechtigkeit markiert werden kann. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu beachten, dass das Urteil auf der Unterordnung [bzw. Subsumtion] eines Sachverhalts unter die zuständigen Normen beruht<sup>8</sup>; man kann auch sagen, auf der *Zuordnung* eines Sachverhalts zu bestimmten Rechtsnormen. Dabei handelt es sich zunächst um eine spontane (auf Erfahrung und Übung beruhende) sprachliche Assoziation im Sinne der Zugehörigkeit zu den Ausdrücken des Tatbestandes der betreffenden Rechtsnorm (vorab im Sinne einer Hauptnorm)<sup>9</sup>.

Sofern diese Zuordnung als eine *sichere* erscheint<sup>10</sup>, keine ausserordentlichen Zusatzmomente im Sachverhalt vorliegen<sup>11</sup> und die normativen Grundlagen vervollständigt und überprüft sind<sup>12</sup>, ist die Rechtsfolge der Norm praktisch unmittelbar anwendbar. Der zu beurteilende Sachverhalt stellt in diesem Fall genau das dar, was der Gesetzgeber mit seiner Formulierung gemeint hat bzw. was ihm vorschwebte. Der Wortlaut des Gesetzes ist im Hinblick auf den betref-

<sup>8</sup> HANS GIGER, Begegnung von Psychologie und Recht in der Rechtsfindung (zit. Anm. 1) S. 47.

<sup>9</sup> Zum Beispiel eine Kreatur mit vier Beinen, die herumläuft und mit dem Schwanz wedelt sowie bestimmte weitere Körpermerkmale aufweist, wird spontan als „Hund“ erkannt. Wir überlegen uns nicht den Begriff des Tieres, um ihn auf den Begriff des Hundes zu reduzieren, wie dies auch schon behauptet wurde.

<sup>10</sup> Zum Beispiel ein kleiner leiblicher Nachkomme ist sicher ein „Kind“ im Sinne irgendeiner Gesetzesbestimmung, ein Möbel ist sicher eine „Sache“, das Einschleichen in eine Wohnung durch Aufbrechen der Wohnungstüre ist sicher ein „Eindringen in eine Wohnung“, eine im Eigentum des Staates befindliche und dem allgemeinen Verkehr offenstehende Strasse ist sicher eine „öffentliche“ Strasse.

<sup>11</sup> Wenn solche ausserordentlichen (aussergewöhnlichen oder irregulären) Zusatzmomente im Sachverhalt vorliegen, vor allem wenn es um einen ausgesprochenen Sonderfall relativ zum Normalfall des Gesetzestatbestandes geht, ist es unsicher, ob der Gesetzgeber einen solchen Fall in seine Regelung einbeziehen wollte. Es fehlt die „Sachverhaltsadäquanz“ der Norm und es liegt daher ein Auslegungsproblem vor. Es wird auch von „Anschauungslücken“ oder „nicht angeschauten Sachlagen“ gesprochen.

<sup>12</sup> Zu denken ist bei der Vervollständigung und Überprüfung von Normen an die Normenergänzung, vor allem an die Ergänzung von Hauptnormen durch erläuternde und einschränkende Nebennormen, im Weiteren an die Textkritik, d.h. an die Berichtigung offensichtlicher Textfehler bei der Rechtsanwendung. Ferner kommt die Behandlung von Normenkonkurrenzproblemen in Betracht (evtl. exklusive Anwendung der jüngeren oder spezielleren Norm), und sodann die Überprüfung der Normen auf Rechtsgültigkeit.

fenden Anwendungsfall klar (wogegen er im Hinblick auf einen anderen Fall durchaus unklar sein kann). Da anerkannt ist, dass in diesem *klaren Anwendungsbereich* von Normen die **Norm als solche anwendbar** ist (z.B. Praxis 2008 Nr. 113 Erw. 5), stellt sich in praktischer Hinsicht die Frage nicht, ob die Anwendung als gerecht oder ungerecht betrachtet wird. Die Norm ist – so oder so – anzuwenden (wenn nicht ausnahmsweise ein Rechtsmissbrauch nach Art. 2 Abs. 2 ZGB vorliegt – eine Frage der Auslegung – oder die Norm einen offensichtlichen Textfehler aufweist oder rechtsungültig ist; was sich aber aus der vorausgehenden Vervollständigung und Überprüfung der Normen ergibt).

Hingegen kann die *Nichtanwendung der Norm* vor allem dann, wenn sie einen durch Leistung erworbenen Anspruch verkörpert, eine Schädigung und damit eine Ungerechtigkeit im Sinne der Kardinaltugend der Gerechtigkeit darstellen (vorst. Ziff. I 1 b und I 2 b bb und cc).

b) Es kann sich natürlich die Frage stellen, ob eine *bestimmte Norm als solche* (in ihrem klaren Anwendungsbereich) den Anforderungen der Gerechtigkeit entspricht, wobei auch hier die mittelbare Gerechtigkeit im Vordergrund steht (Ziff. I 3), und darüber hinaus, ob sie in einem ethisch vertretbaren Ausmass das Postulat der sozialen Wohlfahrt berücksichtigt. Dies ist indessen gemäss dem Titel des vorliegenden Beitrages nicht Gegenstand der Untersuchung (vgl. vorst. Ziff. I 2 b cc).

## 2. Gerechtigkeit im Bereich unsicherer Normanwendung

Die Frage der Gerechtigkeit ist von praktischer Bedeutung, wenn die Zuordnung des Sachverhalts zum Normtatbestand unsicher ist (z.B. ist ein Pflegekind ein „Kind“ im Sinne einer bestimmten Gesetzesnorm?<sup>13</sup>). Es steht in diesen Fällen nicht von vornherein fest, ob die Norm anwendbar ist oder nicht; folglich geht es um den *unsicheren, (sprachlich) bloss möglichen Anwendungsbereich* der Norm. Das Gesagte gilt vor allem auch für Ermessensbegriffe, im Besonderen für Generalklauseln<sup>14,15</sup>. Wie näher ausgeführt wurde, ist das Gleichheitsprinzip

<sup>13</sup> Ist ein 15-jähriges Mädchen noch ein „Kind“, gegenüber dem besondere Vorsicht im Strassenverkehr geboten ist (vgl. Art. 26 Abs. 2 SVG), ist das Einklemmen des Schuhs zwischen Türe und Schwelle ein „Eindringen in eine Wohnung“, ist ein Occasionshändler ein „Kaufmann“, ist der einseitig bezweckte Gebrauch einer Sache ein „vorausgesetzter Gebrauch“ (Art. 197 Abs. 1 OR), sind Wege, Unter- und Überführungen, Brücken und Plätze als „Strassen“ zu betrachten, immer im Sinne einer bestimmten Gesetzesbestimmung?

<sup>14</sup> HANS GIGER, Begegnung von Psychologie und Recht in der Rechtsfindung (zit. Anm. 1) S. 48 Anm. 50.

<sup>15</sup> Ist Rechtsirrtum, Rechtsunkenntnis, unrichtige Belehrung seitens von Behörden, behördliches Dulden, unrichtige Auskunft eines Rechtsanwaltes etc. ein zureichender Grund für einen unvermeidbaren

und das Postulat der Gleichbehandlung grundsätzlich auch bei der Rechtsfindung im unsicheren Anwendungsbereich des Gesetzes zu beachten (vorst. Ziff. I 2 b bb und cc).

*a) Die Beachtung des Gleichheitsprinzips*

Das Gleichheitsprinzip ist gesetzlich verankert und unbestritten (vorst. Ziff. I 2 a) und gilt natürlich auch bei der Rechtsfindung im unsicheren Gesetzesanwendungsbereich. Es verbietet, dass sich der Richter bzw. die Richterin im Rahmen der Auslegung des Rechts durch bestimmte persönliche Eigenschaften der Parteien zu ihrer Entscheidung motivieren lässt (siehe Art. 8 BV). Die Rechtsfindung muss *unbeeinflusst* von Sympathie oder Antipathie hinsichtlich der Betroffenen vorgenommen werden. Im gerichtlichen Verfahren bedeutet das genannte Prinzip im Besonderen, dass sich der Richter bzw. die Richterin *nicht von solchen persönlichen Vorzügen* beeinflussen lassen darf, die der einen Partei im Unterschied zur anderen Partei zukommen (z.B. gleiche Partei- oder Vereinszugehörigkeit, irgendwelche gesellschaftliche Beziehungen, Möglichkeiten der Karrierehilfe, der Erteilung von Referenzen, Empfehlungen, Aufträgen etc.<sup>16</sup>). Der Richter darf keine dialektischen Kunstgriffe zulasten der Parteien anwenden<sup>17</sup>.

*b) Unmöglichkeit unmittelbarer Gleichbehandlung?*

Die unmittelbare Gleichbehandlung kann bei der Beurteilung paralleler oder späterer Fälle, die als gleich taxiert werden, eine Rolle spielen. Es geht um die *Berücksichtigung bisheriger bedeutender Fallbeurteilungen* bei der Rechtsprechung (vgl. nachst. Ziff. III 1 Abs. 2).

Wenn der Richter jedoch sich im bloss möglichen Anwendungsbereich des Gesetzes in der Regel für Anwendung oder Nichtanwendung der Norm entschei-

---

Rechtsirrtum? Ist ein bestimmtes Schimpfwort in der betreffenden Branche ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung?

<sup>16</sup> OTT, Juristische Dialektik (zit. Anm. 4) Ziff. 50, S. 194.

<sup>17</sup> Vgl. OTT, Juristische Dialektik (zit. Anm. 4), z.B. Ziff. 17, S. 92 ff.



den muss<sup>18,19</sup>, kann er die Gerechtigkeit im Sinne der Gleichbehandlung im konkreten Fall **nicht verwirklichen**. Je nach der Entscheidung über Anwendung oder Nichtanwendung der Norm sind die einen Beteiligten oder aber die anderen Beteiligten bevorzugt bzw. ist *die eine oder die andere Partei belastet*. Wenn sich beispielsweise die Frage stellt, ob nach den Regeln über die paulianische Anfechtung eine Schuldnerin nach Bewilligung der Nachlassstundung die Rückerstattung der Rückzahlung eines Darlehens wegen (erkennbarer) *eventualvorsätzlicher* Absicht der Gläubigerbenachteiligung fordern könne oder nicht (Art. 288 SchKG), sind je nach der Entscheidung des Richters entweder der Darlehensgläubiger – wenn die Rückerstattung bewilligt wird – oder aber – wenn die Rückerstattung verweigert wird – die Schuldnerin und ihre Gläubiger belastet<sup>20</sup>. Auch wenn zum Beispiel ein Geldbetrag eingeklagt wird und die Verpflichtung zur Zahlung dieses Betrages von der Auslegung einer Rechtsnorm abhängt, trifft die Belastung je nach Gutheissung oder Abweisung der Klage den Schuldner – weil er zahlen muss – oder den Gläubiger – weil er auf den ihm vermeintlich zustehenden Betrag verzichten muss. Eine Halbierung des Streitgegenstandes durch den Richter kommt aus Rechtssicherheitsgründen nicht in Frage.

Allenfalls kann ein *Vergleich* abgeschlossen werden, zum Beispiel nach dem Prinzip der Hälfteilung. Ob dann aber das Resultat unter Berücksichtigung aller Umstände zu einer Gleichbehandlung der Parteien führt, zum Beispiel wenn die eine Partei mit der Halbierung der Interessen „über den Tisch gezogen“ wurde, und ob als Fernziel auch die Rechtssicherheit gewahrt ist, ist nicht gewiss.

### **3. Mittelbare Gerechtigkeit im Bereich unsicherer Rechtsanwendung**

Da die Gerechtigkeit im Sinne der Gleichbehandlung im einzelnen Anwendungsakt zumeist nicht verwirklicht werden kann, ist im Interesse der Gerechtigkeit zu prüfen, ob eine Gleichbehandlung mittelbar gefördert werden könne. Dabei ist zu beachten, dass für den Rechtsunterworfenen nicht die absolute

---

<sup>18</sup> Und zwar unter (zumeist exemplifizierender) Präzisierung der im unklaren Anwendungsbereich erfüllten Normausdrücke, wobei die Präzisierung je nachdem den Problemfall deutlich einschliessen oder aber ausschliessen soll. Bei der Auslegung von Ermessenshinweisen wird von "Konkretisierung" gesprochen, da vermutungsweise individuelle Einzelzüge des Falles von ausschlaggebender Bedeutung sind.

<sup>19</sup> Seltener kommt eine richterliche (rechtsfindende) Gesetzesergänzung in Frage, vgl. EDWARD E. OTT, Leitsätze der juristischen Fallbearbeitung (2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1993) Ziff. 7.1 und 7.2, S. 53 ff.

<sup>20</sup> Vgl. zu einem solchen Urteil BGE 134 III 452 ff. und die Bemerkungen dazu, abrufbar unter [http://www.edward-ott.ch/report/5A\\_29\\_2007\\_K.pdf](http://www.edward-ott.ch/report/5A_29_2007_K.pdf)

Gleichheit, sondern der *Zustand der „Behandlung“ im Vordergrund* steht (vorst. Ziff. I 2 b aa). Ist der Zustand der Behandlung gut, ist eine gewisse, damit verbundene Ungleichbehandlung tragbar. Ist das Niveau der Behandlung schlecht, nützt auch die totale Gleichbehandlung nichts. Es stellt sich damit die Frage, wie die Auslegung vorzunehmen ist, damit ihre Auswirkungen mittelbar einen Zustand begünstigen, der das Niveau der Behandlung insgesamt optimiert und dem Gleichbehandlungsprinzip soweit als möglich entspricht, womit *das verantwortbare Mass an Gerechtigkeit verwirklicht werden kann*<sup>21</sup>.

Das Prinzip der mittelbaren Gleichbehandlung wird vorweg insoweit gefördert, als sich zufolge der Vielzahl und Unterschiedlichkeit staatlicher Aufgaben und der Abstraktheit des Rechts und der wechselnden Rollenverteilung bei seiner Anwendung ein *Ausgleich unter den Rechtsbetroffenen* ergibt. Es ist zu erwarten, dass jeder einmal in der einen Rolle leer ausgeht oder Benachteiligter sein wird und ihm dafür in einem anderen Zusammenhang die Rolle des Begünstigten zukommt. Einmal ist der eine benachteiligt, einmal der andere.

Es stellt sich die Frage, wie die Rechtsanwendung im unsicheren Normanwendungsbereich den Zustand und die Gleichheit der Behandlung im Weiteren mittelbar fördern könne. Es müssen dazu wegleitende Grundsätze der Auslegung ermittelt werden; diese Grundsätze müssen nach dem Gesagten so ausgestaltet sein, dass sie – im Zusammenhang mit der erwähnten Vielzahl der staatlichen Aufgaben und der wechselnden Rollenverteilung – mit möglichst grosser Wahrscheinlichkeit zur *bestmöglichen Verminderung der Nachteile und Förderung der Vorteile im Interesse des (richtig zu verstehenden) Wohlergehens jedes Einzelnen* führen<sup>22</sup>.

Die *wegleitenden Grundsätze* der Auslegung müssen so beschaffen sein, dass die Auslegungsvarianten (primär Anwendung oder Nichtanwendung der Norm) auf die Erfüllung dieser Grundsätze ausgerichtet und überprüft werden können. Im Folgenden werden diese Grundsätze näher dargestellt.

---

<sup>21</sup> HANS GIGER, Begegnung von Psychologie und Recht in der Rechtsfindung (zit. Anm. 1) S. 33 ff., 54, 49.

<sup>22</sup> Vgl. zur Grundlage dieses Axioms OTT, Die Methode der Rechtsanwendung (zit. Anm. 7) S. 287 und Anm. 896; DERS., Leitsätze (zit. Anm. 19) Anm. 63.

### III. Grundsätze der Auslegung

#### 1. Allgemeines

Im Bereich unsicherer Norm- bzw. Rechtsanwendung spielt die Gerechtigkeit speziell beim Argument der sachlichen Angemessenheit eine direkte Rolle. Es sind jedoch zunächst eine *Reihe anderer Argumente* von Belang, deren Beachtung sich primär aus Rechtssicherheitsgründen aufdrängt. Die Rechtssicherheit kann ebenfalls als ein Aspekt der Gerechtigkeit aufgefasst werden: u.a. vermeidet sie Schädigungen aufgrund von Unsicherheit oder falscher Erwartungen. Eine aus ihrer Berücksichtigung im Einzelfall resultierende Unbilligkeit kann als zumutbares Opfer zugunsten des allgemeinen Interesses an der Rechtssicherheit im Sinne nachstehender Ausführungen aufgefasst werden (Ziff. III 3).

Bei diesen anderen Argumenten geht es zuerst einmal um die Berücksichtigung *bisheriger bedeutender Fallbeurteilungen* durch Lehre, Praxis und – vorab bei jüngeren Gesetzen – durch den historischen Gesetzgeber (Entstehungsgeschichte)<sup>23</sup>. Hier sind beispielsweise Fälle einer unmittelbaren Gleichbehandlung der Partei eines jüngeren Falles mit der Partei eines älteren, analogen Falles möglich (vorst. Ziff. II 2 b Abs. 1). Im Weiteren gibt es mannigfaltige Anhaltspunkte aufgrund der gesetzlichen Ordnung, aus denen sich *objektive Vermutungen* bezüglich eines gesetzgeberischen Willens ergeben, so im Zusammenhang mit Sprachgebräuchen, Wahl der Normausdrücke, Übergehen naheliegender Fälle, Stellung in der Systematik, Regelung bei verwandten Tatbeständen, „formellem“ Wortlaut; auch ist an Vermutungen aufgrund einer Ableitung aus Sinn und Zweck des Gesetzes zu denken<sup>24</sup>.

Den Vermutungen über den Normsinn, die sich aus diesen Argumenten allenfalls ergeben, braucht im Besonderen dann *nicht gefolgt* zu werden, wenn aufgrund des Arguments der sachlichen Angemessenheit eine andere Lösung eindeutig als angemessener erkannt werden kann<sup>25</sup>. Es wird in der Literatur erklärt, es sei im Zweifelsfall derjenigen Normhypothese der Vorzug zu geben, welche den zweckmässigsten Ausgleich darstelle, der Gerechtigkeitsidee am

<sup>23</sup> Vgl. Auch Art. 1 Abs. 3 ZGB: Es [das Gericht] folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung. OTT, Leitsätze der juristischen Fallbearbeitung (zit. Anm. 19) Ziff. 6.1 S. 37 f. Es ist bezüglich des „Willens des historischen Gesetzgebers“ gelegentlich von sog. historischer Auslegung die Rede.

<sup>24</sup> Vgl. zu diesen Argumenten OTT, Leitsätze (zit. Anm. 19) Ziff. 6.2 und 6.3, S. 38 ff. In der traditionellen Lehre wird im Zusammenhang mit diesen Auslegungsargumenten von grammatischer, systematischer und teleologischer Auslegung gesprochen.

<sup>25</sup> Wenn von bedeutenden Präjudizien abgewichen oder die eigene Praxis geändert werden muss, besteht für das Gericht nach allgemeiner Auffassung eine besondere Begründungspflicht (vgl. z.B. BGE 114 II 156 Erw. c; 111 II 310 E. 2; siehe auch nachst. Anm. 35).

nächsten komme und dem Rechtssicherheitspostulat am besten Rechnung trage<sup>26</sup>. In Lehre und Praxis wird auch häufig von „Wertung der Interessen“ gesprochen<sup>27</sup>; wie aber diese Wertung in sachhaltiger Weise vorzunehmen sei, bleibt offen.

Zum Zwecke der Ermittlung der sachlichen Angemessenheit als grundlegendem und wertvollstem Auslegungsargument sind – wie bereits angedeutet wurde – die wegleitenden Grundsätze der Auslegung festzulegen (vgl. vorst. Ziff. II 3). Dabei ist zu beachten, dass bei den Rechtsfällen je *verschiedene Interessenkonstellationen* möglich sind, die im Hinblick auf das Postulat der Gerechtigkeit eine entscheidende Rolle spielen und nach denen sich die wegleitenden Grundsätze der Auslegung richten müssen, wobei – zwecks Vereinfachung – von charakteristischen Sachlagen ausgegangen wird und die aufgezeigten Grundsätze *bei Zwischenlagen entsprechend zu interpolieren* sind. Die Beachtung der nach Interessenkonstellationen differenzierten Grundsätze bei der Rechtsfindung im unsicheren Normanwendungsbereich muss – im Zusammenhang mit der Vielzahl und Verschiedenartigkeit der staatlichen Aufgaben und der Abstraktheit und wechselnden Rollenverteilung im Recht – mit grösstmöglicher Wahrscheinlichkeit zur Verminderung der Nachteile und Förderung der Vorteile im Interesse des (richtig zu verstehenden<sup>28</sup>) Wohlergehens jedes Einzelnen führen können (vorst. Ziff. II 3 Abs. 3). – Die beiden nachfolgend zuerst erwähnten Interessenlagen werden nur kurz behandelt (Ziff. 2 und 3); das Schwergewicht der Erläuterungen liegt auf den Interessenkonstellationen, wie sie sich vor allem bei Konflikten zwischen Einzelnen im Rahmen der unsicheren Normanwendung ergeben (Ziff. 4 und 5).

## 2. Bei grundsätzlich gleichgerichteten Interessen

Eine mögliche typische Interessenkonstellation liegt darin, dass die Interessen der Rechtsunterworfenen *im Prinzip weitgehend gleichgerichtet* sind. Die Interessen gehen in die gleiche Richtung, abgesehen davon, dass die einen Interessen den anderen entgegenstehen 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 oder ganz allgemein am Schutz der Natur, aber die meisten sind auch interessiert am Bau eines öffentlichen Werkes (z.B. eines Grundwasserwerkes), an der Erhaltung bestimmter Wirtschaftszweige, an der Erstellung

<sup>26</sup> HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, Art. 1 N 172.

<sup>27</sup> HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN (zit. Anm. 26) Art. 1 N 168, 179, 185

<sup>28</sup> Siehe dazu die Bemerkungen unter Ziff. III 2 Abs. 3 und 4.

eines Sportzentrums usw.<sup>29</sup> Zumeist haben die Rechtsunterworfenen unterschiedliche Vorlieben: zum Beispiel der eine wird den Schutz der Natur, der andere die Förderung der Wirtschaft vorziehen. Es ist in diesem Zusammenhang etwa an die Stellung eines Baugesuches zu denken, das zu Auseinandersetzungen vor Verwaltungsinstanzen und Gerichten führt.

*Im unsicheren Anwendungsbereich* der einschlägigen Gesetze, im Besonderen in deren Ermessensbereich, kann von der Behörde zu entscheiden sein, ob eine bestimmte Vorkehr getroffen werden darf oder nicht, wobei allenfalls das Interesse an anderen Auffassungen, Konzepten oder Kostengründen mit der Verwirklichung der Massnahme konkurrieren. Es versteht sich, dass bei solchen Konflikten eine unmittelbare Gleichbehandlung nicht möglich ist; vielmehr muss sich das Gericht für diejenige Variante entscheiden, die den Rechtsunterworfenen *im Ergebnis* mehr nützt (vgl. Ziff. I 2 b aa Abs. 2; II 2 b). Mit einem solchen Vorgehen werden die Vorteile der Norm optimiert, und Schaden wird vermieden. Es muss also bei der vorliegenden Interessenkonstellation der wegleitende Grundsatz der **Entscheidung zugunsten des optimalen Nutzens der Allgemeinheit** gelten.

Es ist zu erwarten, dass es in solchen Fällen speziell kontrovers sein kann, welche Entscheidung zum optimalen Nutzen der Allgemeinheit führt. Bei dieser Entscheidung ist jedenfalls zu beachten, dass im gerichtlichen Verfahren in erhöhtem Masse Gesichtspunkte der Gerechtigkeit eine Rolle spielen. Der Richter bzw. die Richterin soll im unsicheren Normanwendungsbereich *nicht einfach nach politischer Voreingenommenheit* oder nach dem, was die Mehrheit gegebenenfalls zur Angelegenheit meinen würde, entscheiden. Massgebend ist, welche Entscheidung der Rechtsgemeinschaft im Resultat effektiv mehr Vorteile bringt. Dem Richter bzw. der Richterin wird in Anbetracht des Rechtsziels, nämlich der Förderung des richtig verstandenen Wohlergehens der Rechtsgemeinschaft, die anspruchsvolle und verfeinerte Tätigkeit der Verwirklichung der sachlichen Angemessenheit und nicht einfach die politische Ausrichtung der Entscheidungen zuerkannt.

Die Entscheidungsvarianten (Normanwendung oder Nichtanwendung) bzw. die kollidierenden öffentlichen Interessen sind im Hinblick auf die Ermittlung des optimalen Nutzens für die Allgemeinheit gegeneinander abzuwägen. Es muss somit eine „*Interessenabwägung*“ vorgenommen werden, in deren Zusammenhang auch von Interessen, die überwiegen, die schützenswerter sind bzw. die zurücktreten müssen, gesprochen wird. Überspannte, *der Mode unterworfen*

---

<sup>29</sup> Zum Beispiel BGE 134 II 97 ff. (Interessen am Erhalt der Artenvielfalt gegen Interessen an einer besseren Erschliessung der touristischen Attraktionen); OTT, Leitsätze (zit. Anm. 19) Ziff. 6.4 a, S. 44.

*Interessen und Wertvorstellungen oder sogar Schlagwörter* dürfen für das Urteil nicht massgebend sein, sondern es sind nach einem objektiven Massstab die Vorteile der Massnahme und diejenigen ihres Unterbleibens (bzw. der Verwirklichung eines anderen Konzeptes) einander gegenüberzustellen, wobei sämtliche Auswirkungen der beiden Varianten veranschlagt werden müssen.

Es ist zudem im Interesse einer Annäherung an das Prinzip der Gleichbehandlung zu prüfen, ob nicht durch geeignete *"Harmonisierungsmassnahmen"* beiden sich gegenüberstehenden öffentlichen Interessen oder allen involvierten Interessen in einem gewissen Masse Rechnung getragen werden kann. Es kann eine Harmonisierung der Streitgegenstand bildenden Interessen möglich sein<sup>30</sup>. Dem einen Interesse wird in einer Art und Weise Rechnung getragen, welche das entgegenstehende öffentliche Interesse nicht vollumfänglich ausschliesst. Praktisch wird dann allenfalls – im unsicheren Gesetzesanwendungsbereich – eine ausnahmsweise richterliche Gesetzesergänzung durch Aufstellung einer Sondernorm eingeführt.

### **3. Bei Divergenz zwischen Einzelnen und der Allgemeinheit**

Eine wesentlich andere Interessenkonstellation liegt vor, wenn sich allgemeine Interessen einerseits und damit verbundene Nachteile Einzelner andererseits gegenüberstehen, wenn also bestimmte Vorteile für die Allgemeinheit nur herbeigeführt werden können, sofern einem Einzelnen oder mehreren Einzelnen Nachteile auferlegt werden bzw. sofern diese Personen *„Opfer erbringen“*. Zu beachten ist, dass der Einzelne, der nach einer bestimmten Regel ein Opfer zugunsten der Allgemeinheit erbringt, auch davon profitiert, wenn nach dieser Regel Andere zugunsten der Allgemeinheit und damit auch zu seinen eigenen Gunsten Opfer leisten müssen. Im Gesamten profitiert damit die Allgemeinheit und mit ihr mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch der Einzelne, womit der mittelbaren Gerechtigkeit Rechnung getragen wird. Im Weiteren kann die Frage gestellt werden, ob der Einzelne, der allenfalls ein solches Opfer verweigert und damit die Allgemeinheit an einem Vorteil hindert bzw. die Allgemeinheit in diesem Sinne schädigt, gemäss den Prinzipien des *neminem laedere* und der Gleichbehandlung gerecht handelt.

Nach dem Gesagten erscheint der Grundsatz der ***Inkaufnahme zumutbarer Opfer zugunsten der Allgemeinheit*** naheliegend. Der Einzelne hat Opfer zugunsten der Allgemeinheit – d.h. Belastungen im öffentlichen Interesse – in Kauf zu nehmen, soweit sie verhältnismässig und unvermeidbar sind (z.B. all-

---

<sup>30</sup> Vgl. Praxis 73 Nr.169, S. 467 ff., 470.

gemeine Zeugnispflicht oder Risiko einer materiell ungerechtfertigten Strafverfolgung im Interesse der Rechtspflege). Diese Fälle liegen häufig im Anwendungsbereich speziell anerkannter Freiheits-, Grund- und Menschenrechte, bei deren Auslegung ebenfalls eine Entscheidung nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Vordergrund steht.

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 (z.B. lebenslängliche Gefängnisstrafen, Vollzug eines Todesurteils). 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 Opfermasses ist ein schwieriges Unterfangen. Man kann sich diese Festlegung folgendermassen vorstellen: das Opfer ist zumutbar, wenn zu erwarten ist, dass die Gesamtheit der Vorteile des betreffenden Einzelnen aus den zu erbringenden speziellen Opfern anderer die Gesamtheit der hypothetischen Opfer des Einzelnen überkompensieren. Das Opfermass kann sich erhöhen, wenn der Gesichtspunkt der Wohltätigkeit ins Spiel gebracht wird.

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 für die Festlegung solcher Entschädigungen dar. In dieser Beziehung kann vor allem auf die Bundesgerichtspraxis zur materiellen Enteignung verwiesen werden, in welcher diejenigen Eingriffe, die zu einer Entschädigung ver-

pflichten, von denjenigen Eingriffen abgegrenzt werden, bei denen der Sache nach der Verzicht auf Entschädigung zumutbar erscheint<sup>31</sup>.

#### 4. Bei Konflikten zwischen Einzelnen

##### a) Im Allgemeinen

Wenn es sich um Konflikte zwischen Einzelnen im Bereich unsicherer Rechtsanwendung handelt, also grundsätzlich bei der Auslegung des Privatrechts, muss sich der Richter bzw. die Richterin in der Regel ebenfalls für Anwendung oder Nichtanwendung der im unklaren Anwendungsbereich erfüllten Norm entscheiden<sup>32</sup>. Je nach dieser Entscheidung werden entweder die einen oder die anderen aktuell und virtuell (in späteren Fällen) Betroffenen in ihren Interessen benachteiligt. Ein Ausgleich der Interessen ist aus Rechtssicherheitsgründen normalerweise nicht möglich<sup>33</sup>. Der Gerechtigkeitsgedanke im Sinne der *unmittelbaren Gleichbehandlung kann daher auch hier nicht verwirklicht werden*, wie dies bereits unter Anführung von Beispielen näher dargelegt wurde (vorst. Ziff. II 2 b).

– Beispielsweise die Streitfrage, ob ein Garagist ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne von Art. 895 Abs. 1 ZGB an einem zur Reparatur übergebenen Auto habe, wenn ein *früherer* (allenfalls bestrittener) Rechnungsbetrag unbezahlt geblieben ist, ist entweder zu bejahen oder aber zu verneinen. Je nachdem ist der Kunde, der sofort zahlen muss, oder der Garagist, der die neu erhaltene Sicherheit wieder verliert, benachteiligt. Eine Zwischenlösung, zum Beispiel die Zurückbehaltung und damit der Zahlungszwang für die Hälfte des ausstehenden Rechnungsbetrages, wäre weder eine rechtssichere noch eine praktikable Lösung.

Jedoch kann eine mittelbare Gleichbehandlung im Sinne der *mittelbaren Gerechtigkeit* (vorst. Ziff. II 3) und zugleich eine Optimierung der Interessen (Ziff. II 3 und I 2 b aa) dadurch gefördert werden, dass in jedem Fall das kleinere Übel gewählt wird. Die sachliche Angemessenheit liegt also hier in der **Wahl des kleineren Übels**, des kleineren Nachteils, der kleineren Einbusse (unter Berücksichtigung aller Auswirkungen der betreffenden juristischen Entscheidungsmöglichkeiten auf die Betroffenen). Wenn immer in rechtlichen Auseinan-

<sup>31</sup> Vgl. OTT, Leitsätze (zit. Anm. 19) Ziff. 6.4 b, S. 45 f.; BGE 131 II 728 ff. Erw. 2; BGE 125 II 431 ff. Erw. 3 und 4.

<sup>32</sup> Es versteht sich, dass diejenige Variante, für die sich der Richter entscheidet, rechtskonform sein muss, d.h. vor allem gesetzes- und verfassungskonform, ggf. völkerrechtskonform.

<sup>33</sup> Eine Zwischenlösung gibt es aus Rechtssicherheitsgründen nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn eine gesetzesergänzende Lösungsmöglichkeit in Betracht kommt. Vgl. OTT, Leitsätze (zit. Anm. 19) Ziff. 6.5 c S. 50 f. und Ziff. 7.1 und 7.2 S. 53 ff.



dersetzungen, bei denen ein Ausgleich nicht möglich ist<sup>34</sup>, das kleinere Übel gewählt wird, führt dies zu einer optimalen, gesamthaften Nachteilsverminderung und fördert dadurch die Interessen der Allgemeinheit und – in Anbetracht der Vielfalt staatlicher Aufgaben und der wechselnden Rollenverteilung unter den Rechtsunterworfenen – auch das Wohlergehen jedes Einzelnen. Eine andere Lösung, welche darin bestehen würde, dass für den Einzelnen das eine Mal die nachteilige Auslegungsvariante und das nächste Mal dafür die vorteilhafte Variante verwirklicht wird, und so fort, ist aus praktischen Gründen nicht angängig.

Es ist von den zwei Auslegungsvarianten „Normanwendung“ oder „Nichtanwendung“ für diejenige Lösung zu entscheiden, die insgesamt das kleinere Übel für den nachteilig Betroffenen mit sich bringt (soweit nicht besondere, überwiegende Vorteile der Allgemeinheit für eine andere Entscheidung sprechen, siehe Ziff. 5). Sofern bereits ein anderweitig gefundenes Resultat vorliegt (z.B. aufgrund der systematischen Stellung der Norm), ist die vorgenannte Lösung *vorzuziehen*, wenn sie und damit die Feststellung der sachlichen Angemessenheit als *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 (also vor bedeutender bisheriger Fallbeurteilung<sup>35</sup> durch Lehre, Praxis und durch den historischen Gesetzgeber, vor Anhaltspunkten aufgrund der gesetzlichen Ordnung und vor Sinn und Zweck des Gesetzes). Eine Interessenbeurteilung, genauer Nachteilsabwägung, muss im Sinne einer "Richtigkeitskontrolle" daher auch dann erfolgen, wenn unter Zuhilfenahme der "Auslegungselemente"<sup>36</sup> und weiterer Gesichtspunkte (vorab Lehre und Praxis) bzw. unter Anwendung der vorerwähnten, sachhaltigen Auslegungsargumente bereits eine Lösung gefunden wurde (vorst. Ziff. III 1 Abs. 2).

Die Entscheidung zugunsten des kleineren Übels wird *häufig intuitiv* vorgenommen. Nicht selten erwähnen die Gerichte in der Urteilsbegründung sukzessive die Interessen der einen Partei und dann diejenigen der anderen Partei, wobei diese Aufzählung gelegentlich auch nicht streng systematisch vorge-

---

<sup>34</sup> Ein Ausgleich der Interessen kann Gegenstand der Rechtsetzung sein (z.B. Art. 934 Abs. 2 ZGB: Herausgabe der Sache gegen Preisvergütung) oder bei einem Vergleich erzielt werden.

<sup>35</sup> Wenn der Vorrang der eindeutig angemesseneren Lösung zur Folge hat, dass von bedeutenden Präjudizien abgewichen werden muss oder die eigene Praxis geändert wird, dann besteht für das Gericht nach allgemeiner Auffassung eine qualifizierte Begründungspflicht (vgl. vorst. Anm. 25). Auch können die Prozessgesetze eine Abänderung erschweren (z.B. Bundesgerichtsgesetz Art. 23).

<sup>36</sup> Als „Auslegungselemente“ werden in der traditionellen Methodenlehre die grammatische, historische, systematische und teleologische Auslegung bezeichnet.

nommen wird. Am Schluss wird gesagt, die einen Interessen seien legitim, schutzwürdiger, würden überwiegen, die anderen müssten zurücktreten, etc. Es ist durchaus möglich, dass das Gericht im Rahmen der Auslegung einfach das kleinere Übel gewählt hat. Die verschiedenen Interessen werden einander auch nicht richtig gegenübergestellt und eine eigentliche Abwägung wird in der Regel nicht explizite vorgenommen.

Das richtige Vorgehen besteht auch *nicht in einer einfachen Gegenüberstellung der Interessen*. Es geht nicht einfach um eine „Interessenbeurteilung“, obwohl dies in der Regel so gesagt wird. 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.

Es empfiehlt sich somit, nicht die Interessen, sondern *die effektiven Nachteile*, welche die Betroffenen je bei der einen relativ zur anderen Entscheidungsmöglichkeit treffen (indem ihre Interessen nicht erfüllt werden), einander gegenüberzustellen und das kleinere Übel, den kleineren Nachteil zu wählen<sup>37</sup>. Nur bei einer solchen **Nachteilsabwägung** sind die Voraussetzungen einer zutreffenden Entscheidung betreffend die sachliche Angemessenheit optimal vorhanden. Nachteile können vorurteilsloser wahrgenommen werden, als dies bei der Einschätzung von Interessen der Fall ist. 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 Entscheidungsvariante als Vorteile in Erscheinung treten. Das Augenmerk ist also auf die Nachteile, die mit den betreffenden Entschei-

---

<sup>37</sup> Genau genommen sind hinsichtlich der Anwendung und der Nichtanwendung der Norm zuerst je ihre nachteiligen Folgen in den *typischen Normanwendungsfällen* festzustellen, um die Nachteilsabwägung des Gesetzgebers aufgrund der Normsetzung zu ermitteln (> die Nachteile bei der Normanwendung sind das geringere Übel!), worauf anschliessend das Augenmerk auf die Unterschiede im Problemfall gerichtet wird (ОТТ, Methode der Rechtsanwendung, zit. Anm. 7, S. 288 ff.; DERS., Leitsätze der juristischen Fallbearbeitung, zit. Anm. 19, Ziff. 6.4 Abs. 2, S. 43).

dungsmöglichkeiten für die Betroffenen verbunden sind, und nicht auf die korrelativen Vorteile je bei der gegenübergestellten Entscheidungsmöglichkeit zu richten. Auch andere mögliche Denkfehler – zum Beispiel aufgrund einer verkürzten Betrachtungsweise – lassen sich mit diesem Vorgehen vermeiden. Die – häufig vagen – "Interessen" müssen also in fassbare Nachteile bei ihrer Beeinträchtigung im einzelnen, allenfalls im Interesse der Rechtssicherheit verallgemeinerten Fall konvertiert werden.<sup>38</sup> Es versteht sich, dass alle in solchen Fällen relevanten, d.h. auswirkungsbestimmenden Umstände zu berücksichtigen sind<sup>39</sup>.

#### b) Beispiele der Nachteilsabwägung bei Konflikten zwischen Einzelnen

Vom Gesichtspunkt der Gerechtigkeit aus gesehen muss aufgrund der vorstehenden Ausführungen in jedem Fall der Konfliktlösung zwischen Einzelnen eine Nachteilsabwägung erfolgen. In Anbetracht der Bedeutung dieses Gesichtspunktes und zur Veranschaulichung des Gesagten rechtfertigt sich die Aufzählung einer Reihe von Beispielen:

##### aa) Es folgen zunächst einige Beispiele der Nachteilsabwägung bei der Auslegung von *rechtsgeschäftlichen Normen*:

– In einem *Verkaufsauftrag über eine Liegenschaft* vereinbarten die Parteien, die Provision sei fällig (verdient), wenn ein Kaufvertrag über die zu verkaufende Liegenschaft beurkundet werden *könne*. Im konkreten Fall war die reale und naheliegende Möglichkeit zur Vornahme der Beurkundung vorhanden. Der Auftraggeber verzichtete jedoch in der Folge auf die Beurkundung, weil er keine geeignete Ersatzliegenschaft fand. Es ist eine Frage der Auslegung, ob auch in diesem Fall die Provision geschuldet ist<sup>40</sup>. Das Bundesgericht nahm der Sache nach eine *Nachteilsabwägung* in dem Sinne vor, dass das Ausbleiben des Maklerlohnes, obwohl der Makler alles dafür Notwendige unternommen hat, *das geringere Übel* darstellt als die Bezahlung der hohen, nicht nach dem Aufwand abgerechneten Provision, wenn das Haus nicht verkauft wird.

– In einem *Versicherungsfall in BGE 135 III 1 ff.* stellte sich die Frage, ob eine Bestimmung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gültig sei, wonach bei bestimmten, von einer Bundesbehörde vorgeschriebenen Vertragsänderungen kein Kündigungsrecht des Versiche-

<sup>38</sup> Vgl. zur Interessenbeurteilung bzw. Nachteilsabwägung auch EDWARD E. OTT, *Juristische Methode in der Sackgasse?* (Zürich 2006) Ziff. 31 S. 182 - 190 und Ziff. 25 S. 154 - 159. Andere Autoren erklären, die Interessenbeurteilung sei „nun einmal keine Methode“; sie nehmen sich aber von vornherein keine Mühe, in dieser Hinsicht eine rationale Methode zu entwickeln.

<sup>39</sup> Die Auswirkungen bzw. hypothetischen Kausalabläufe der Auslegungsvarianten sind jeweils bis zu denjenigen Positionen zu verfolgen, die ohne weiteres als negative Werte erkannt werden können, wobei auch die Wahrscheinlichkeit und der Zeitpunkt ihres Eintritts zu berücksichtigen sind (Ott, *Methode der Rechtsanwendung*, zit. Anm. 7, S. 291 ff.).

<sup>40</sup> Vgl. BGE 113 II 49 ff., 51 Erw. 1 b.

rungsnehmers bestehe. – Aus Art. 2 ZGB über Ausübung der Rechte nach Treu und Glauben etc. wird abgeleitet, dass eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Klausel ungültig sei, wenn sie ungewöhnlich sei<sup>41</sup> und der Versicherungsnehmer nicht gesondert auf diese Klausel aufmerksam gemacht worden sei. Im konkreten Fall waren die Versicherungsnehmer nicht speziell auf die betreffende Klausel aufmerksam gemacht worden. Was die Frage der Qualifikation als ungewöhnlich anbetrifft, so ist die Zuordnung der Klausel zum Ausdruck „ungewöhnlich“ durchaus möglich, aber unsicher. Es musste daher die Überlegung entscheidend sein, ob der Nachteil der Versicherungsgesellschaft, in einem solchen Fall auf das Versicherungsverhältnis verzichten zu müssen (oder auf die betreffende Klausel beim Vertragsschluss speziell aufmerksam zu machen), oder aber der Nachteil für die Versicherungsnehmer, trotz nicht vorausbestimmter Vertragsänderung den Vertrag nicht kündigen zu können – was sie bei Vertragsabschluss nicht erwarten konnten –, das kleinere Übel sei. Das Bundesgericht hielt der Sache nach den Nachteil der Versicherungsgesellschaft als das kleinere Übel und subsumierte daher die Klausel unter den Begriff der Ungewöhnlichkeit. Das Gericht stellte fest, dass die betreffenden Hausrat- und Privathaftpflichtversicherungen durch Kündigung aufgehoben worden seien<sup>42</sup>.

– Bei einer *Auktion von Kunstgegenständen* wurde ein Kunstgegenstand dem Einlieferer zugeschlagen, welcher durch eine verdeckte Vertreterin ein *Scheinangebot* gemacht hatte, um den Preis in die Höhe zu treiben. Es stellte sich die Frage, ob der Einlieferer in Auslegung des Auktionsvertrages Provision und Kosten bezahlen müsse oder nicht. Eine solche Belastung des Einlieferers erschien bei einer Abwägung der Nachteile als *das geringere Übel* gegenüber vergeblicher Arbeitsleistung und vereiteltem Gewinn des Auktionshauses. Der Einlieferer wurde in der Folge zur Bezahlung verurteilt (siehe nachst. Ziff. 5)<sup>43</sup>.

– Ein *Kaufvertrag über Möbel* enthielt die Bestimmung, dass bei einer „Auflösung“ („résiliation“) des Vertrages durch den Käufer ein Strafgeld von 20 % zu bezahlen sei. Die Verkäuferin stellte sich auf den Standpunkt, dass unter „Auflösung“ nicht eine einseitige Auflösung durch den Käufer, sondern eine einverständliche Auflösung auf Initiative des Käufers zu verstehen sei. Das Bundesgericht führte u.a. aus, der Käufer habe die Klausel umso mehr im Sinne einer einseitigen Auflösung verstehen können, als sie nichts Unerschwingliches zu *seinen* Gunsten enthalte<sup>44</sup>. Die mit der einseitigen Auflösung des Vertrages für die Verkäuferin nach der Bezahlung der 20 % allenfalls noch verbleibende Einbusse konnte als *das kleinere Übel* gegenüber der Aufrechterhaltung eines nicht mehr erwünschten Vertrages durch den Käufer angesehen werden, zumal diese Aufrechterhaltung in Anbetracht des üblichen Sprachgebrauches<sup>45</sup> der Ausdrucksweise „Auflösung“ entgegen der Erwartung des Käufers erfolgen würde.

– Die *Statuten einer genossenschaftlichen Pensionskasse* sahen vor, dass nach dem Ausland keine Unterstützungen ausbezahlt werden. Es stellte sich (damals) die Frage, ob

<sup>41</sup> Der nicht gelesene (bzw. nicht verstandene) Inhalt darf nicht so aus dem zu erwartenden Rahmen fallen, dass damit nach Treu und Glauben nicht hat gerechnet werden müssen (EDWARD E. OTT, Die Interpretation von Verträgen und Statuten, Basel 2000, S. 38 f. und 102).

<sup>42</sup> BGE 135 III 3 ff., insbesondere Erw. 3.3, S. 12/13 (= die eigentliche Begründung).

<sup>43</sup> BGE 112 II 337 ff.

<sup>44</sup> BGE 110 II 146/147.

<sup>45</sup> Vgl. vorst. Ziff. III 1 Abs. 2.

dieser Bestimmung die Bedeutung zukomme, dass bestehende Ansprüche wegen Verlegung des Wohnsitzes des Forderungsberechtigten ins Ausland verwirkt sein sollen – wie dies seitens der Genossenschaft geltend gemacht wurde –, oder ob die Klausel lediglich besage, dass der Genossenschafter keinen Anspruch auf den Transfer habe. Das Bundesgericht vertrat der Sache nach die Auffassung, dass die Verwirkung bestehender Rentenansprüche des Arbeitnehmers in den zweifellos nicht seltenen Fällen der Rückkehr in die ausländische Heimat *das erheblich grössere Übel* darstelle als das Weiterbestehen dieser Ansprüche gegenüber der Genossenschaft (die ja schon vorher verpflichtet war). Der Standpunkt der Verwirkung wurde daher abgelehnt, und der umstrittenen Bestimmung wurde die Bedeutung zuerkannt, dass der Genossenschafter keinen Anspruch auf den Transfer habe und die Umtriebe und Kosten der Überweisung somit nicht zu Lasten der Genossenschaft gehen würden<sup>46</sup>.

– In einem Fall betreffend *Ausschliessung aus dem Verein* bzw. aus der Gewerkschaft stellte sich die Auslegungsfrage, wann der Ausschluss wirksam werde, ob schon nach dem Rekursverfahren bei der Beschwerdekommision oder erst nach der Ausschliessung durch den Verbandstag. Das Bundesgericht hielt der Sache nach den Verlust der – bei einer Gewerkschaft besonders ausgebildeten – Mitgliedschaftsrechte ohne ausdrückliche statutarische Bestimmung für *das grössere Übel* als den Weiterbestand der Mitgliedschaft gegenüber der Gewerkschaft bis zum allfälligen Ausschluss durch den Verbandstag<sup>47</sup>.

bb) Es folgen einige Beispiele der Gegenüberstellung von Nachteilen bei der Auslegung von *gesetzlichen Normen*:

– Gemäss Urteil in *BGE 135 III 112 ff.* plante die Beklagte *umfassende Umbau- bzw. Renovationsarbeiten am Gebäude*, die eine Weiterbenutzung des Mietverhältnisses erheblich einschränkten, und kündigte den Mietern zwecks vorgängiger Räumung des Mietobjektes. Es stellte sich die Frage, ob die Kündigung nach Art. 271 OR gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstiesse und daher anfechtbar war.<sup>48</sup> Der Zwang zum Auszug des Mieters mit der Möglichkeit einer Erstreckung des Mietverhältnisses wurde als das kleinere Übel betrachtet als – bei einer umfassenden Renovation – beträchtliche bautechnische und organisatorische Erschwerungen und Verzögerungen der Bauarbeiten, verbunden mit Mietzinsreduktionen zugunsten der Mieter. In der Kündigung wurde daher kein Verstoss gegen Treu und Glauben gesehen; das Mietverhältnis wurde einmalig um fünf Monate erstreckt.<sup>49</sup>

– Es stellte sich die Frage, ob für zwei neue Verwaltungsräte eine *Kollektivunterschrift zu zweien*, „jedoch nicht unter sich“, ins Handelsregister eingetragen werden könne oder nicht. Um

<sup>46</sup> Vgl. BGE 80 II 123 ff.

<sup>47</sup> Vgl. BGE 57 II 121 ff.

<sup>48</sup> Dabei wurde auch der Art. 260 Abs. 1 OR beachtet. Es ist indessen klar, dass Art. 260 OR nur die Zulässigkeit der Durchführung von bestimmten Arbeiten während eines bestehenden Mietverhältnisses regelt, nicht jedoch die Frage der Zulässigkeit einer Kündigung im Hinblick auf bevorstehende Umbau- bzw. Renovationsarbeiten. Die Statuierung der Unzulässigkeit einer solchen Kündigung – etwa als (unrichtige) Schlussfolgerung aus dem Gesetzeszweck – wäre eine richterliche (rechtsfindende) Gesetzesergänzung, welche nur bei besonderer materieller Dringlichkeit in Frage kommt (OTT, Leitsätze, zit. Anm. 19, Ziff. 7.2, S. 55 ff.).

<sup>49</sup> BGE 135 III 120, 113 Bst. a.

einer allfälligen Unsicherheit bei der Auslegung von alt Art. 641 Ziff. 8 OR Rechnung zu tragen, wäre u.a. zu prüfen, ob – bei Bejahung der Eintragung – die *Umtriebe der genauen Information durch Dritte* 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* durch die betreffende Gesellschaft das kleinere Übel darstelle (siehe nachst. Ziff. 5)<sup>50</sup>.

– Bei der *Sicherungsübereignung von Schuldbriefen* werden normalerweise neben der Kapitalforderung auch Titelzinsen fiduziarisch vereinbart, wobei diese Forderungen (Kapital und Zinsen) anstelle der gewöhnlichen Schulden aus dem Geschäftsverkehr geltend gemacht werden können. Es stellte sich die Frage, ob die fiduziarisch vereinbarten Titelzinsen – unabhängig von der allfälligen Bezahlung der Zinsen auf den gesicherten Geschäftsschulden – im Rahmen von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB pfandgesichert seien (oder eventuell nicht, weil es sich nicht um „effektive“ Zinsen im Sinne von Zinsen auf den indirekt gesicherten Geschäftsforderungen handelt). Es war u.a. zu prüfen, ob – bei Bejahung der Pfandsicherheit für Titelzinsen – die entsprechende Schmälerung der Betreffnisse anderer Gläubiger (welche eine Schmälerung aber im Prinzip ohnehin nicht verhindern können) *und der Verzicht der Grundbuchämter auf Erhebung von Gebühren* für die Neuerrichtung von Grundpfändern, welche bei Beschränkung der Pfandsicherheit für Titelzinsen notwendig würde, oder aber – bei Verneinung der Pfandsicherheit für Titelzinsen – das *Dahinfallen der Möglichkeit zusätzlicher Mobilisierung des Bodenwertes* im Rahmen von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB *das kleinere Übel* darstellen. – Die Pfandsicherheit für Titelzinsen wurde im Ergebnis bejaht<sup>51</sup>.

– Bei der Frage, ob eine *Erwachsenenadoption* (im Falle der Adoption des mündigen Kindes des Ehegatten) dann gestattet sei, wenn die Nachkommen der adoptionswilligen Person der Adoption zustimmen und zudem mündig sind, ist im Rahmen der Nachteilsabwägung zu prüfen, ob – bei Unzulässigkeit der Adoption – ein *Verzicht der Beteiligten auf die Adoption* der erwachsenen Person oder aber – bei Gestattung der Adoption – das Risiko selbst mündiger Nachkommen, einem *unstatthaften Druck* unterworfen zu werden, *das kleinere Übel* darstelle. Das Gericht entschied aufgrund des klaren Wortlautes von Art. 266 Abs. 1 ZGB ("Fehlen Nachkommen", so darf eine mündige oder entmündigte Person adoptiert werden, wenn ...) <sup>52</sup>. Bei Bewilligung der Adoption hätte es sich in Anbetracht dieses Wortlautes um eine richterliche Gesetzesergänzung (traditionell: „Lückenfüllung“) gehandelt, für welche besondere materielle Dringlichkeit vorausgesetzt ist<sup>53</sup>.

– 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 nochmaligen Vergütung des Ferienlohnes durch die

<sup>50</sup> Vgl. BGE 121 III 368 ff.

<sup>51</sup> BGE 115 II 349 ff.; SJZ 86 Nr. 13 S. 68 f.

<sup>52</sup> Vgl. BGE 106 II 278 ff.

<sup>53</sup> Vgl. OTT, Leitsätze (zit. Anm. 19) Ziff. 7.2, S. 55 ff.

Arbeitgeberin. Die nachträgliche Berufung auf Ungültigkeit wurde daher als offener Rechtsmissbrauch qualifiziert<sup>54</sup>.

– Das Bundesgericht behandelte in BGE 119 II 23 ff.<sup>55</sup> einen Fall, in welchem der Direktor einer Weinhandlung seine *Vertretungsmacht* für Geschäfte in seinem eigenen Interesse missbrauchte. Es stellte sich die Auslegungsfrage, ob der Vertragspartner bei einem solchen Geschäft bei der gebotenen Aufmerksamkeit *nicht* gutgläubig sein konnte und das Geschäft somit nicht zustande kam (Art. 3 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 459 Abs. 1 OR). Das Problem war, ob im betreffenden Fall das *Einziehen von Erkundigungen durch den Vertragspartner* oder aber die *naheliegende Gefahr für den Vertretenen*, einen Schaden zu erleiden, *das kleinere Übel* darstelle. Das Bundesgericht vertrat die Auffassung, dass bei einem wirklichen Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Vertreter schon bei relativ schwachen Zweifeln in Richtung eines Missbrauches das Einziehen von Erkundigungen bzw. nähere Abklärungen durch den Vertragspartner über den wahren Umfang der Vollmacht das kleinere Übel und damit die Bedingung für die zulässige Berufung auf den guten Glauben darstellten. Bei einer blossen Übertretung interner Beschränkungen der Vollmacht würde erst bei „ernsten Zweifeln“ die Vornahme von Abklärungen als das geringere Übel erscheinen. Beim Fehlen ernster Zweifel wäre also in diesem Fall die – hier geringere – Schadensmöglichkeit für die vertretene Partei das kleinere Übel.

– 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). Es stellte sich die Frage, ob der Erbe in „bösem Glauben“ im Sinne von Art. 672 Abs. 3 ZGB gehandelt hatte und daher gemäss der genannten Bestimmung nur dasjenige beanspruchen konnte, was der Bau für den Grundeigentümer bzw. die Miterben allermindestens wert war. 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 hatten<sup>56</sup>.

– Im Falle eines *Autokaufs* durch einen gewerbsmässigen Gebrauchtwagenhändler bei ungewöhnlich tiefem Preis des zu kaufenden Autos ist die *Erkundigung beim Betreibungsamt* am Wohnort des Verkäufers, ob ein Eintrag im Eigentumsvorbehaltsregister bestehe, oder die Anforderung einer entsprechenden Bescheinigung vom Verkäufer *das kleinere Übel* als die in einem Verdachtsfall *nicht unerhebliche Gefahr der Schädigung* eines wahren Eigentümers bei Weiterveräusserung des Autos durch den Gebrauchtwagenhändler<sup>57</sup>.

– Beispielsweise bei der Streitfrage, ob ein Garagist ein *Zurückbehaltungsrecht* im Sinne von Art. 895 Abs. 1 ZGB an einem zur Reparatur übergebenen Auto habe, wenn ein *früherer Rechnungsbetrag* ganz oder teilweise unbezahlt geblieben ist, liegt es nahe, dass das Ungesichertsein des Garagisten, der schon vor der erneuten Besitzerlangung für die betreffende Rechnung ungesichert war, das kleinere Übel darstellt als der Zwang zur sofortigen Bezahlung

<sup>54</sup> Praxis 2001 Nr. 48 S. 280 ff.; vgl. auch die Formulierung in BGE 127 III 514 unten.

<sup>55</sup> Praxis 84 (1995) Nr. 10, S. 38 ff.

<sup>56</sup> Vgl. BGE 81 II 431 ff.

<sup>57</sup> Vgl. BGE 107 II 41 ff.

der früheren, allenfalls bestrittenen Rechnung und zur klageweiser Rückforderung des Betrages (oder andernfalls der Verzicht auf sofortige Benützung des Autos).

– Es stellte sich die Frage, wann die *Verjährungsfrist* nach Art. 60 Abs. 1 OR bei einem Ereignis mit unterschiedlichen Schadensfolgen beginne, wann also in diesem Falle "Kenntnis vom Schaden" im Sinne der genannten Bestimmung vorliege. Unter Hinweis auf die kurze gesetzliche Verjährungsfrist wurde die Nachteilsabwägung in dem Sinne entschieden, dass eine Verlängerung der Belangbarkeit für den Schädiger den kleineren Nachteil darstelle gegenüber dem Zwang für den Geschädigten, ein einheitliches Schadensereignis mit unterschiedlichen Schadensfolgen in einer Vielzahl von Prozessen geltend zu machen. "Kenntnis vom Schaden" lag daher erst mit Eintritt des letzten Schadenspostens vor<sup>58</sup>.

## 5. Bei besonderen Vorteilen der Allgemeinheit

Auch bei der Auslegung im Privatrecht können besondere Vorteile der Allgemeinheit auf dem Spiel stehen. Diese Vorteile können ein allfällig damit verbundenes grösseres Übel (vorst. Ziff. 4) „überwiegen“, wenn die Inkaufnahme dieses Übels als ein zumutbares Opfer zugunsten der Allgemeinheit im früher erwähnten Sinne erscheint. Es geht dann um eine *Entscheidung zugunsten zusätzlicher Vorteile der Allgemeinheit*. Dabei gelten die früher angeführten Bemerkungen (Ziff. III 3). Als zusätzliche Vorteile der Allgemeinheit können vor allem Rechtssicherheitsinteressen (u.a. Praktikabilität) eine Rolle spielen. Es kommt auch das Interesse an leichter Feststellbarkeit der Rechtslage, auch seitens der Rechtsanwendungsbehörden, in Frage.

– Bei der Frage, ob für zwei neue Verwaltungsräte eine *Kollektivunterschrift* zu zweien, „jedoch nicht unter sich“, ins Handelsregister eingetragen werden könne oder nicht, wurde auch geltend gemacht, die Nichteintragung sei im *öffentlichen Interesse*, weil dadurch für die Handelsregisterämter zusätzliche Arbeit vermieden werde und die vorhandenen Informatiksysteme zur Bewältigung der Arbeit ausreichen würden. Das Bundesgericht erklärte, solche Erwägungen hätten die Auslegung nicht zu bestimmen (was wenigstens für den konkreten Fall zutraf). Das Gericht war somit der Ansicht, dass diese Gesichtspunkte keinen überwiegenden Vorteil der Allgemeinheit darstellen. Im Ergebnis stellte das Bundesgericht auf den formellen Wortlaut von alt Art. 641 Ziff. 8 OR (i.V.m. Art. 718a Abs. 2 OR) ab, wonach die Art der Ausübung der Vertretung ins Handelsregister einzutragen sei<sup>59</sup>.

– Bei einer *Namensänderung* ist auch zu prüfen, ob die Inkaufnahme der Nachteile einer Verweigerung der Namensänderung ein zumutbares Opfer zugunsten des Interesses der Ver-

<sup>58</sup> BGE 109 II 423.

<sup>59</sup> "Formeller" Wortlaut deshalb, weil dieser Wortlaut im Hinblick auf den konkreten Fall nach vertretbarer Ansicht zu wenig klar ist, um eine sichere Zuordnung zu ermöglichen (vorst. Ziff. III 1 Abs. 2). Wenn kein anderes Argument zur Verfügung gestanden wäre, hätte das Gericht auf eine Vermutung bezüglich der sachlichen Angemessenheit abstellen müssen (OTT, Methode der Rechtsanwendung, zit. Anm. 7, § 9 III 6 b1 f2, S. 313).



waltung und der Allgemeinheit an der Unveränderlichkeit des einmal erworbenen und in den Registern eingetragenen Namens darstellen würde<sup>60</sup>.

– 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 auch 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 lassen<sup>61</sup>.

– Für die Ablehnung des *Retentionsrechts* bei zwischenzeitlicher Besitzaufgabe (siehe Beispiel in Ziff. 4 b bb) spricht auch das Interesse der Allgemeinheit an rechtssicheren Verhältnissen. Die gegenteilige Entscheidung würde nämlich weitere Auslegungsfragen nach sich ziehen, so betreffend Bestehen eines Retentionsrechts bei jahrelangem Zurückliegen oder sogar Verjährung der früheren Forderung, bei mehrmaliger Besitzaufgabe etc.<sup>62</sup>

#### IV. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die anerkannten *Prinzipien der Gerechtigkeit* auch im Bereich unsicherer Normanwendung zum Einsatz gelangen, sofern für die verschiedenen *Interessenkonstellationen* im Rahmen der Prüfung der sachlichen Angemessenheit zutreffende wegleitende Grundsätze angewendet werden. Das Gleichheitsprinzip, wonach bestimmte persönliche Eigenschaften nicht Motiv einer Ungleichbehandlung sein dürfen, muss allgemein beachtet werden. Das Gleich*behandlungs*prinzip kann hingegen bei der Auslegung von Normen nicht direkt verwirklicht werden; eine gleichmässige Berücksichtigung der Interessen ist im unsicheren Normanwendungsbereich in der Regel nicht möglich.

Der Richter bzw. die Richterin kann aber durch Objektivität der Beurteilung, durch Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips und durch Wahl des kleineren Übels mittelbar der Gerechtigkeit Rechnung tragen. Was die Wahl des kleineren Übels bzw. des kleineren Nachteils anbetrifft, so ist dieses Prinzip bei Konflikten zwischen Einzelnen zu berücksichtigen, wie dies anhand zahlreicher Beispiele dargestellt werden konnte. In der Tat muss bei der Auslegung von Rechtsgeschäften oder Gesetzen im Privatrecht regelmässig – allenfalls "lediglich" als Richtigkeitskontrolle<sup>63</sup> – eine **Nachteilsabwägung** im vorstehend angeführten Sinne vorgenommen werden (Ziff. III 4).

<sup>60</sup> Vgl. BGE 105 II 247 ff.

<sup>61</sup> Vgl. BGE 112 II 337 ff., 346/347.

<sup>62</sup> Vgl. SJZ 60 S. 340 ff.; Oftinger/Bär, Zürcher Kommentar, ZGB Art. 895 N 104a.

<sup>63</sup> Einer Lösung, die aufgrund der Nachteilsabwägung als eindeutig angemessener erkannt wird, kommt dann grundsätzlich der Vorrang zu (siehe Ziff. III 1 Abs. 3).

Aus der allgemeinen Befolgung dieser Grundsätze und zufolge der Vielzahl der staatlichen Aufgaben und der wechselnden Rollenverteilung im Recht resultiert ein Zustand, der mit grosser Wahrscheinlichkeit zur Verminderung der Nachteile und Optimierung der Vorteile im Interesse der möglichst gleichmässigen Förderung des Wohlergehens jedes Einzelnen führt. Bei dieser Beurteilung ist zu beachten, dass das Niveau des Wohlergehens und nicht die absolute Gleichbehandlung im Vordergrund steht.