

III. Zur „juristischen Interessenabwägung“

A. Zum Begriff des Interesses

Wenn unter Juristen, besonders Ziviljuristen, von Abwägung die Rede ist, dann meist von der Abwägung von Interessen verschiedener Art. Die „Interessenabwägung“ gehört zu den wichtigsten, jedenfalls zu den beliebtesten Denkfiguren juristischer Theorie und Praxis.⁶⁷

Was ist unter Interessen genauer zu verstehen? Unter den Begriff des Interesses wird vielerlei gefaßt: Kulturelle Begehrungsdispositionen,⁶⁸ die menschliche Beziehung zu Gütern und Werter,⁶⁹ Situationen, die unmittelbar der Bedürfnisbefriedigung dienen oder als Mittel zur Realisierung für die Bedürfnisbefriedigung relevanter Situationen aufgefaßt werden.⁷⁰ Teils wird der Begriff auf Sachverhalte bezogen, auf deren Realisierung die Mitglieder einer Gesellschaft einen „objektiv legitimierbaren Anspruch“ haben⁷¹ – die Reihe ließe sich fortsetzen. Man kann versuchen, den Interessenbegriff zu präzisieren, indem man die Wendung „X liegt im Interesse von A“ zu grunde legt und zwischen einem Interessenträger A, einem Gegenstand oder Sachverhalt X, der im Interesse von A liegt, und der Relation des Im-Interesse-Liegens

⁶⁷ Vgl. Struck (1975), 171: „Interessenabwägung beherrscht das ganze Recht“; Druey (1981), 131 ff.

⁶⁸ Heck (1912), 33.

⁶⁹ Hubmann (1977), 62.

⁷⁰ Mittelstraß (1975), 134 f.

⁷¹ Fach (1974), 259.

unterscheidet.⁷² Die Weite der möglichen Verwendungsweisen des Interessenbegriffs wird dann nur noch deutlicher. So umschreibt der Interessenbegriff ganz unterschiedliche Gegebenheiten und Zusammenhänge, je nachdem wie man die Relation des Im-Interesse-Liegens versteht:⁷³ ob man sie psychologisch versteht, so daß sie einen bestimmten motivationalen Zustand des Interessenträgers beschreibt, ob als Nutzenrelation, als Relation eines „objektiv legitimierbaren Anspruchs“ auf den Sachverhalt oder auf andere Weise – von der Vielzahl möglicher Kandidaten für den Interessenträger A oder den Gegenstand oder Sachverhalt X ganz zu schweigen. Der Begriff des Interesses ist ein Allerweltsbegriff, der nicht ohne Grund als „der ärgste Protheus“ bezeichnet wurde, der „wie kein anderes Wort begrifflich über alles einen Schleier des Halbdunkels zu legen [vermag], der um so gefährlicher ist, als er nicht ganz verdunkelt, sondern scheinbar die Dinge zu unterscheiden zuläßt“.⁷⁴

Will man auf den Interessenbegriff nicht verzichten, empfiehlt es sich – gerade auch im Kontext juristischer Interessenabwägungen –, verschiedene Arten von Interessen und Verwendungsweisen des Interessenbegriffs auseinanderzuhalten. So ist zu unterscheiden, ob sich jemand auf Interessen als Größen zu Erklärung von Handlungen oder Entscheidungen einzelner Personen oder Personengruppen bezieht und Interessen etwa mit motivationalen Zuständen gleichsetzt oder ob er sie als Gründe für bestimmte Normen, Handlungen oder Entscheidungen anführt oder ob er beides kombinieren will. So mag jemand die Interessen als Gründe aus der Perspektive einer bestim-

⁷² Vgl. Fach (1974), 234 ff.

⁷³ Vgl. dazu Fach (1974), 236 ff.

⁷⁴ Welzel (1939), 509.

ten entscheidenden Instanz ansehen und sie zugleich als erklärende Größen anführen, weil er der Auffassung ist, daß Gründe für bestimmte Verhaltensweisen oder Entscheidungen kausal sind.⁷⁵

Eine wichtige Unterscheidung ist auch die zwischen Interessen im engeren Sinne und anderen Interessen. Nach den Interessen im engeren Sinne liegt ein Sachverhalt dann im Interesse einer einzelnen Person oder einer Mehrzahl von Personen, wenn seine Verwirklichung den persönlichen Nutzen bzw. das wie auch immer näher definierte persönliche Wohl der Person oder Mehrzahl von Personen befördert, bzw. wenn er Chancen zur Steigerung dieses Wohles befördert. Davon sind dann andere Interessen zu unterscheiden, insbesondere normativ besonders ausgezeichnete Vernunft- oder moralische Interessen, die sich auf die Verwirklichung bestimmter moralischer oder spezieller Gerechtigkeitsmaßstäbe richten bzw. auf Sachverhalte, insofern deren Verwirklichung nach solchen Maßstäben begründet ist. Diese Unterscheidung empfiehlt sich nicht nur, weil der Interessenbegriff häufig im engeren Sinne verwandt wird.⁷⁶ Sie ist auch deswegen sinnvoll, weil sich oft nicht beurteilen läßt, ob eine Handlung oder ein sozialer Zustand moralischen oder speziellen Gerechtigkeitsmaßstäben genügt, ohne die Interessen im engeren

⁷⁵ Die Terminologie der klassischen „genetischen“ Interessenjurisprudenz, nach der Interessen für Rechtsnormen „kausal sind, indem sie Sollvorstellungen zur Folge haben“ (Heck (1931), 167) ist insoweit wenig präzise. Soweit sich diese Annahme dahin verstehen läßt, daß Interessen Gründe für Normen sind (vgl. dazu unten Anm. 80, 81), die als Gründe bestimmte Entscheidungen eines Gesetzgebers oder anderer Instanzen verursachen, bezieht die Interessenjurisprudenz in einer gerade in neuerer Zeit wieder vieldiskutierten Frage Stellung: der Frage, ob Gründe Ursachen sind (siehe zu dieser Frage etwa Pothast (1980), 203 ff. m. w. Nachw.).

⁷⁶ So z. B. Benditt (1975), 331 ff.

Sinne zu ermitteln und zu berücksichtigen, weil ferner, wie noch zur Sprache kommen wird, ein moralisches Gebot *prima facie*-Geltung hat, das die Maximierung von Interessen im engeren Sinne gebietet.

Eine weitere Frage ist dann, wie die Interessen im engeren Sinne genauer zu definieren sind. Teils werden Größen wie individuelles Wohl oder individueller Nutzen so verstanden, daß sie sich auf die Erfüllung von Handlungstendenzen oder Motiven (*desire fulfilment*) der Personen beziehen.⁷⁷ Wie sich zeigen wird, geht es bei der Förderung des Wohls anderer Personen zwar auch, aber nicht nur um die Erfüllung von Motiven. In normativer Hinsicht wesentlich ist die Förderung von Chancen zur Motiverfüllung in einem unten noch präzisierten Sinne.⁷⁸ Eine mögliche und nach dem unten vertretenen Ansatz sinnvolle Beschreibung der Interessen im engeren Sinne ist danach die, eine Situation dann als in jemandes Interesse (im engeren Sinne) liegend anzusehen, wenn sie eine Chance zur Motiverfüllung im unten präzisierten Sinne darstellt oder solche Chancen befördert.

B. Zur Abwägung von Normen der Interessenbeförderung

Die Abwägung von Interessen ist etwas anderes als die Abwägung von Normen gebietender, verbietender oder freistellender Art. Zwischen beidem läßt sich allerdings leicht ein Zusammenhang herstellen. Voraussetzung dafür ist, daß den Interessen Normen mit *prima facie*-Geltung korrespondieren, die gebieten, die jeweiligen Interessen

⁷⁷ Siehe dazu Sen (1980/1981), 202 ff.

⁷⁸ Siehe dazu näher unten S. 231 ff.

zu schützen oder zu befördern.⁷⁹ Sollen das universelle Normen sein, die sich nicht nur auf die Interessen bestimmter Individuen beziehen, müssen sie den Schutz oder die Förderung von Interessen bestimmter Art gebieten, die mit allgemeinen Merkmalen umschrieben sind. Danach lässt sich beispielsweise ein Konflikt zwischen Vermieter- und Mieterinteressen näher beschriebener Art als Konflikt zwischen dem *prima facie*-Gebot beschreiben, die Vermieterinteressen der genannten Art zu befördern, und dem *prima facie*-Gebot der Beförderung von Mieterinteressen der betreffenden Art. Geht es um Interessenabwägungen im Bereich des Rechts, liegt es nahe, einen solchen Zusammenhang zwischen Interessen und begründenden *prima facie*-Geboten herzustellen. So wird dem Schutz bestimmter Interessen im Blick auf Normen, sprich Rechtsnormen, häufig eine Begründungsfunktion beigemessen. Beispielsweise heißt es bei Heck, dem Hauptvertreter der klassischen Interessenjurisprudenz, die Frage nach dem Interessengehalt des Gesetzes sei „nichts anderes als die von alters übliche Frage nach der *ratio legis*, dem praktischen Grunde, dem Zwecke des Gesetzes“.⁸⁰ „Das Rechtsgebot soll Interessen schützen.“⁸¹ Aus der Richterperspektive gesehen stellt sich allerdings die Frage, wieweit solche *prima facie*-Gebote der Interessenbeförderung mit dem positiven Recht und der Bindung des Richters an das positive Recht vereinbar sind. Restrik-

⁷⁹ Die Kritik an der Interessenjurisprudenz, sie vermenge Bewertungsmaßstab und Bewertungsobjekt, indem sie Interessen mal zum Maßstab, mal zum Gegenstand der Interessenwertung mache (so z. B. Larenz (1983), 52), ist insofern ungenau, als jedes Interesse, dem ein *prima facie*-Gebot seiner Beförderung korrespondiert, damit auch Maßstab für die Bewertung von Handlungen ist und seine Beförderung prinzipiell auch Maßstab für die Bewertung anderer Interessen sein kann.

⁸⁰ Heck (1931), 168.

⁸¹ Heck (1914), 138.

tionen der richterlichen Entscheidungstätigkeit durch Vorgaben des positiven Rechts schließen es nicht aus, daß dem Richter die Beförderung bestimmter, von seiner Entscheidung berührter Interessen *prima facie*-geboten ist. Das gilt unabhängig davon, wie diese Restriktionen durch das positive Recht genauer beschaffen sind und wie man sie genauer beschreibt. So läßt sich den Normen der Interessenbeförderung wenigstens in folgender Weise *prima facie*-Geltung zuschreiben: Es ist dem Richter *prima facie* geboten, vom Gesetzgeber bewertete und/oder bestimmte andere, von seiner Entscheidung berührte Interessen zu schützen oder zu befördern. Dabei ist die *prima facie*-Geltung von Normen der Interessenbeförderung an bestimmte einschränkende Bedingungen geknüpft bzw. unterliegt der Richter bei der Rangbestimmung der *prima facie*-Normen Restriktionen, die sich aus Vorgaben des positiven Rechts ergeben. Diese Restriktionen können z. B. darin bestehen, daß dem Richter zwar der Schutz bestimmter Interessen *prima facie* geboten ist, er die Rangbestimmung zwischen diesen *prima facie*-Normen aber in Einklang mit derjenigen Bestimmung des Rangverhältnisses vornehmen soll, von der ein wie auch immer näher gekennzeichneter „historischer Gesetzgeber“ bei der Verabschiedung eines bestimmten Gesetzes ausgegangen ist.⁸² Oder die *prima facie*-Geltung von Normen der Interessenbeförderung ist in der Weise eingeschränkt, daß der Richter nicht ohne Einschränkung so entscheiden soll, wie es nach seiner Überzeugung nach Maßgabe dieser Normen und nach deren Rangverhältnis begründet ist. Vielmehr soll er so entscheiden, daß er die Grenze des „möglichen Wortsinns“ bestimmter Rechtssätze beachtet, usf. Auch die richterliche Interessenabwägung läßt sich so als

⁸² Vgl. dazu auch unten S. 362 f.

die Abwägung zwischen Geboten der Interessenbeförderung beschreiben. Die Frage ist dann nur, in welchem Ausmaß der Richter dabei welchen Restriktionen unterliegt. Wie noch zu erörtern sein wird, lässt sich die Art und das Ausmaß dieser Restriktionen wiederum nur durch eine Abwägung zwischen prima facie-Normen, nicht zuletzt auch Normen der Interessenförderung, bestimmen, und zwar in letzter Instanz nicht mehr nach Maßstäben des positiven Rechts, sondern nur noch auf einer moralischen Begründungsebene.⁸³ An dieser Stelle ist dem nicht weiter nachzugehen.

Nicht jedem Interesse korrespondiert in jeder Beschreibung ein prima facie-Gebot des Interessenschutzes oder der Interessenförderung, das mit anderen Geboten der Interessenförderung in echtem Konflikt stehen kann. Der Grund dafür braucht nicht darin zu liegen, daß das betreffende Interesse in irgendeinem Sinne an sich negativ zu bewerten oder völlig ohne Belang ist. Einem Gebot der Interessenbeförderung kann auch schlicht die Eigenschaft abgehen, für die Bewertung von Entscheidungsalternativen maßstab- und strukturbildend zu sein. Nach dem oben Gesagten gehört diese Eigenschaft zu den Merkmalen einer prima facie-Norm. Beispielsweise mögen Kläger und Beklagter ein Interesse daran haben, den Prozeß zu gewinnen. Dennoch ist es dem Richter, aus der Perspektive des Richters gesehen, nicht einmal prima facie geboten, das Interesse der klagenden oder der beklagten Partei daran zu befördern, den Prozeß zu gewinnen. Derartige Normen liefern, aus der Perspektive des Richters gesehen, keine eigenständigen, orientierenden Bewertungsmaßstäbe. Wenn Interessen der Parteien eigenständige, orientierende Maßstäbe für die richterliche Entscheidung abge-

⁸³ Siehe dazu unten S. 326 ff.

ben, dann allenfalls Interessen, die betroffen sind, wenn die eine Partei den Prozeß gewinnt oder verliert.⁸⁴

Die Voraussetzungen für eine Abwägung im hier verstandenen Sinne sind auch dann nicht erfüllt, wenn der Konflikt zwischen den Normen der Interessenbeförderung kein echter Konflikt ist, wenn es also keiner substantiellen Wertungen des Entscheidenden bedarf, um das Rangverhältnis zwischen diesen Normen zu bestimmen. Daran ist im Kontext juristischer Begründungen etwa dann zu denken, wenn vorausgesetzt wird, daß der Richter den Konflikt unter Beachtung bestimmter positivrechtlicher Restriktionen lösen soll, nach dem Willen des historischen Gesetzgebers etwa, und wenn diese Restriktionen im jeweiligen Fall so weit gehen, daß sie dem Entscheidenden keinen nennenswerten Spielraum für eine Eigenwertung des Rangverhältnisses lassen. Allerdings stellt sich dann für den Entscheidenden, speziell den Richter, die weitere Frage, warum er sich im betreffenden Fall gerade an Restriktionen der betreffenden Art halten soll, warum er beispielsweise der historischen Auslegung eines Gesetzes folgen soll und nicht etwa einer objektiv-teleologischen. Wie noch deutlich werden wird, sind spätestens zur Beantwortung solcher Fragen substantielle Wertungen und Abwägungen erforderlich.⁸⁵

Die Echtheit eines Konflikts zwischen Normen der Interessenbeförderung kann noch aus anderen Gründen zweifelhaft sein. So handelt es sich dann um keine Abwägung im hier verstandenen Sinne, wenn von einem Maßstab der

⁸⁴ Ebensowenig maßstab- und strukturbildend wäre das Gebot, in einem zivilrechtlichen Streit über einen bestimmten Betrag das Interesse der klagenden Partei an der eingeklagten Geldsumme zu befördern. Vgl. dazu auch die Kritik von Struck (1975), 179, an einer Abwägung von Interessen dieser Art.

⁸⁵ Siehe dazu unten S. 326 ff.

Konfliktlösung ausgegangen wird, nach dem der Entscheidende im wesentlichen mit Hilfe empirischer Erwägungen entscheiden kann, welche Lösung des Interessenkonflikts den Vorzug verdient. Auf die Richterperspektive bezogen heißt das beispielsweise, daß die Lösung des Interessenkonflikts nach Kriterien der ökonomischen Analyse des Rechts dem Richter grundsätzlich keine Abwägungen im angegebenen Sinne abverlangt. Angenommen, der Richter soll im Sinne der ökonomischen Analyse so entscheiden, daß die Zuordnung der Rechte und Pflichten zu den Beteiligten „allokationseffizient“ ist, Effizienz dabei verstandenen als „die Ausbeutung ökonomischer Resourcen dergestalt, daß der ‚Wert‘ – menschliche Befriedigung gemessen am zusammengefaßten Willen der Verbraucher, für Güter und Dienstleistungen zu zahlen – maximiert wird“.⁸⁶ Die Gewichtung der Interessen, die von der Entscheidung der Rechtsfrage berührt sind, und der korrespondierenden Interessennormen richtet sich dann nach der Zahlungsbereitschaft der Beteiligten, wie sie sich in Marktpreisen manifestiert oder wie sie in hypothetischen Auktions- oder Tauschgeschäften vermutlich erkennbar würde.⁸⁷ Die Lösung des Konflikts ist dann, jedenfalls dem Ansatz nach und im wesentlichen, eine empirische Frage.

Daß dem abwägenden Denken im Recht durch einen solchen Ansatz sein Anwendungsbereich entzogen würde, ist allerdings nicht anzunehmen, nicht einmal, was die Gewichtung von Interessen im engeren Sinne angebelangt. Jedenfalls dann, wenn man den Begriff des Interesses im engeren Sinne auf Chancen zur Motiverfüllung im unten

⁸⁶ Posner (1977), 10 (Übersetzung aus Assmann/Kirchner/Schanze (1978), 99).

⁸⁷ Zur Auktions- und anderen Entscheidungsregeln siehe näher Schäfer/Ott (1986), 30 ff.

präzisierten Sinne bezieht, hängt das Gewicht der Interessen und das Rangverhältnis der korrespondierenden Gebote der Interessenbeförderung nicht allein von den tatsächlichen Präferenzen der Betroffenen ab, noch weniger allein von deren Zahlungsbereitschaft. Die Interessengewichtung ist dann eine komplexere Angelegenheit. Das wird unten noch deutlich werden.⁸⁸ Hinzu kommt, daß auch dann, wenn Kriterien wie Allokationseffizienz oder maximale Interessenförderung normativ relevant sein sollten, daneben noch andere, konkurrierende Maßstäbe Geltung haben und Abwägungen erforderlich machen.⁸⁹ Darauf sei im folgenden kurz eingegangen.

C. Die Grundform der Abwägung von Normen der Interessenbeförderung

Ist die Beförderung von Interessen im engeren Sinne normativ relevant, dann nach der oben angegebenen Um schreibung des Begriffs deswegen, weil der wie auch immer näher definierte Nutzen oder das Wohl oder die Chancen zur Motiverfüllung von Personen normativ relevant sind. Will man die *prima facie*-Gebote der Interessenbeförderung im Blick auf diese relevanzverleihenden Größen gewichten, ist eine konsequente Form der Rangbestimmung folgende: In welchem Rangverhältnis die Normen der Interessenbeförderung zu erfüllen sind, beurteilt sich danach, wieweit die Beförderung des jeweiligen Interesses zur Maximierung des Wohls, des Nutzens bzw. der

⁸⁸ Siehe unten S. 237 ff.

⁸⁹ Auch Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts räumen ein, daß neben dem Maßstab der Allokationseffizienz noch Gerechtigkeits- und moralische Maßstäbe Berücksichtigung verdienen. Dazu etwa Schäfer/Ott (1986), 5 ff., 40 ff.; Behrens (1986), z. B. 101 ff., 187 ff.

Chancen zur Motiverfüllung insgesamt, auf alle Personen oder alle Personen einer bestimmten Gemeinschaft bezogen, beträgt. Die Gewichtung der Interessen bzw. korrespondierenden Normen der Interessenförderung nach einem solchen Maximierungsgebot, das auf die Maximierung der Interessen einer Vielzahl von Personen in ihrer Gesamtheit abstellt, lässt sich als Grundform der Abwägung von Interessen im engeren Sinne bzw. korrespondierender Normen der Interessenbeförderung bezeichnen. Es dient der Klarheit, die Gewichtung der Interessen bzw. Interessennormen nach einem solchen Maximierungsmaßstab, der weitergehende normative Erwägungen noch unberücksichtigt lässt – solche der gerechten Verteilung etwa – von der Gewichtung der Interessennormen nach anderen normativen Maßstäben zu unterscheiden. Eine solche Unterscheidung empfiehlt sich jedenfalls dann, wenn einem Maximierungsgebot der genannten Art wenigstens *prima facie*-Geltung zukommt. Wie sich zeigen wird, trifft das zu, sofern man den Interessenbegriff auf Chancen zur Motiverfüllung bezieht. Es besteht ein moralisches *prima facie*-Gebot der Maximierung der Chancen zur Motiverfüllung aller in ihrer Gesamtheit. Darauf wird noch einzugehen sein.⁹⁰

Nach dem Gesagten ist in Fällen, in denen verschiedene Interessen bzw. Gebote der Interessenbeförderung in Konflikt stehen, zu unterscheiden, ob ein Gebot der Maximierung der Interessenbeförderung einziger Maßstab ist oder ob daneben noch andere Maßstäbe zu berücksichtigen sind. Auch in letzterem Fall bemisst sich die Abwägung der Interessennormen in ihrer Grundform an dem Gebot der Interessenmaximierung. Ist nach anderen Maßstäben die Beförderung eines anderen Interesses geboten,

⁹⁰ Dazu unten S. 207 ff.

hängt es von einer Abwägung zwischen dem Maximierungsgebot oder einer Norm, die aus diesem Gebot abgeleitet ist, und der abweichenden Norm ab, wie zu entscheiden ist. Ist beispielsweise über Regeln der Haftung für ein bestimmtes schädigendes Verhalten zu entscheiden, kann es sein, daß der Maßstab der maximalen Förderung der Interessen in ihrer Gesamtheit gegen eine Haftung spricht und damit auch gegen eine Erfüllung des prima facie-Gebots der Beförderung der Interessen des Geschädigten. Beispielsweise mag sich das für einen bestimmten Regelungsbereich daraus ergeben, daß von einer Haftungsregelung keine nennenswerten Präventionswirkungen zu erwarten sind, auch nicht in Richtung auf Vorsorgeaufwendungen zur Vermeidung von Schäden in der wohlfahrtstheoretisch wünschenswerten Höhe, daß eine Haftungsregelung in diesem Bereich obendrein hohe Kosten bei der Schadensabwicklung und hohe Prozeßkosten verursachte.⁹¹ Zugleich kann es nach einem eigenständigen Gerechtigkeitsgedanken geboten sein, daß der Schädiger für die Folgen seines Verhaltens einsteht und die Schäden des Betroffenen ausgleicht.⁹² Ist die Haftungsregel aus diesem Grunde gerechtfertigt, ergibt sich das dann nicht aus der Abwägung von Geboten der Förderung der beteiligten Interessen nach der Grundform dieser Abwägung,

⁹¹ Vgl. dazu den Haftungsmaßstab der sog. „Learned-Hand-Formel“, nach dem das Handeln so zu steuern ist, daß der Vorsorgeaufwand gleich dem Produkt aus Schaden und Schadenswahrscheinlichkeit ist (dazu näher Schäfer/Ott (1986), 97 ff.). Anliegen der Vertreter der ökonomischen Analyse ist es dabei, das Verhalten der Gesellschaftsmitglieder so zu beeinflussen, daß die Schäden auf ein dem Maßstab der Allokationseffizienz entsprechendes Niveau gesteuert werden. „Schadensersatz ohne den Präventionsgedanken ist ... wohlfahrtstheoretisch nicht begründbar“ (Schäfer/Ott (1986), 93).

⁹² Zur Maßgeblichkeit von Gerechtigkeitsgedanken dieser Art siehe unten S. 244.

nach Maßgabe des Maximierungsgebotes also. Vielmehr ergibt sich das dann aus einer Abwägung zwischen dem Maximierungsgebot und der betreffenden Gerechtigkeitsnorm.