

Bernhard Rütsche

Interessenabwägung – Referat am Schweizerischen Juristentag 2024

Liebe Kolleginnen und Kollegen, chers collègues

Mesdames et Messieurs, sehr geehrte Damen und Herren

Als mich Benjamin Schindler vor eineinhalb Jahren für das heutige Referat anfragte, hatte ich im ersten Moment einen Abwehrreflex. Natürlich nicht wegen Benjamin und auch nicht wegen dem Schweizerischen Juristenverein – sondern aus Respekt vor der grossen Arbeit für einen fast 100-seitigen rechtswissenschaftlichen Beitrag. Die erste Zurückhaltung wich dann aber rasch der Begeisterung für das Thema – die Interessenabwägung. Die Chance, mich einmal richtig vertieft mit dem Vorgang des Abwägens auseinanderzusetzen, wollte ich mir nicht entgehen lassen.

Interessen abwägen ist etwas, das wir Juristinnen und Juristen praktisch täglich tun, das Abwägen gehört sozusagen zur DNA der Juristerei – und trotzdem wird die Interessenabwägung in der juristischen Methodenlehre nach wie vor wenig beleuchtet. Das Feld wird beherrscht von den Auslegungsmethoden, die Abwägung wird teilweise als Unterkategorie der Auslegung verstanden, hat sich aber noch nicht wirklich als eigenständige juristische Methode etabliert.

Die Interessenabwägung ist methodisch so interessant, weil sie uns an die Grenzen der Juristerei bringt. Abwägungen sind Werturteile. Wenn diese Werturteile rein subjektiver Natur sind, wenn sie für Dritte nicht nachvollziehbar anhand von rechtlichen Massstäben begründet werden können, dann bewegen wir uns nicht mehr im Recht, dann dringt ein Stück Moral – oder ein Stück Politik – in das Recht hinein. Wenn sich Abwägungen nicht auf geltende Rechtsnormen zurückführen lassen, dann sind sie ein Eingangstor für subjektive Wertvorstellungen oder gar ideologische Grundhaltungen ins Recht – gewissermassen ein anarchistischer Stachel im Rechtssystem.

Interessenabwägungen stellen aber nicht nur die juristische Methodik auf die Probe, sie führen auch zu Verschiebungen im Gewaltenteilungsgefüge. Es handelt sich um Machtverschiebungen weg vom demokratischen Gesetzgeber hin zur Verwaltung und zu den Gerichten. Diese Verschiebungen erfolgen leise, unter dem Radar. Aber mit jedem gesetzlichen Abwägungsvorbehalt, mit jeder Kann-Formulierung geht ein Stück Entscheidungsfreiheit von der Legislative an die Exekutive und die Judikative über. Damit opfern wir ein Stück Berechenbarkeit des Rechts, ein Stück Rechtsgleichheit und letztlich auch ein Stück Demokratie. Und was gewinnen wir damit?

Wir gewinnen Angemessenheit. Wir gewinnen Zumutbarkeit staatlicher und privater Machtausübung und damit Schutz vor Machtmissbrauch. Aristoteles sprach von Billigkeit – «epieikeia». Als Entscheidungsinstrument verlangen Abwägungen eine Würdigung der unvergleichlichen Besonderheiten des einzelnen Lebenssachverhalts. Sie widersetzen sich der Generalisierung und bilden damit das Gegenstück zu regelbasiertem Entscheiden. Regeln steuern mit ihrer konditionalen Logik das Verhalten der Rechtsadressaten in einzelfallübergreifender Weise, Abwägungen suchen dagegen angemessene Konfliktlösungen im Einzelfall. Abwägungen verwirklichen damit Einzelfallgerechtigkeit. Und die Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit ist eine wesentliche Funktion des Rechts. In einem Rechtsstaat sind Interessenabwägungen damit unverzichtbar.

Die Frage ist nun, wie Abwägungen in einem Rechtsstaat auszugestalten sind. Welche Voraussetzungen müssen gegeben sein, dass Abwägungen möglichst gezielt für die Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit eingesetzt und zugleich rechtsstaatliche Grundprinzipien wie diejenigen der Gewaltenteilung, Rechtsgleichheit und Rechtsicherheit sowie das Demokratieprinzip geschont werden? Letztlich geht es um die richtige Balance zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Gesetzesherrschaft.

Fragestellung und Vorgehen

Damit bin ich bei der Kernfrage meines Referats: Welchen methodischen und institutionellen Bedingungen müssen Interessenabwägungen genügen, damit den Anliegen der Einzelfallgerechtigkeit und der Gesetzmässigkeit staatlichen Handelns bestmöglich Rechnung getragen wird? Diese Frage fächert sich wiederum in mehrere Teilfragen auf: Wann sind Abwägungen überhaupt sinnvoll? Wie sind Abwägungen durchzuführen und zu begründen? Welche Institutionen dürfen Abwägungen mit welcher Genauigkeit vornehmen?

Ich versuche, mich möglichen Antworten auf diese Fragen in vier Schritten anzunähern:

1. Zunächst werde ich die Interessenabwägung als juristische Methode näher betrachten.
2. In einem zweiten Schritt gehe ich der Frage nach, wie viel Rationalität und wie viel Subjektivität in Interessenabwägungen drinstecken. Dabei stellt sich die grundlegende Frage, ob es überhaupt einen einheitlichen Massstab für Abwägungen gibt.
3. Anschliessend werde ich die Perspektive der Gerichte und Verwaltungsbehörden einnehmen und fragen, inwieweit diese befugt sind, in erstinstanzlichen Verfahren Abwägungen durchzuführen und in Rechtsmittelverfahren Abwägungen zu kontrollieren.
4. Schliesslich geht es um die Perspektive des Gesetzgebers. Dabei werden sich zwei Fragen stellen: In welchen Fällen soll der Gesetzgeber Abwägungsvorbehalte in die Gesetze einbauen und wann braucht es strikte Regelungen? Und: Kann und soll der Gesetzgeber Abwägungen von Gerichten und Verwaltung mit normativen Vorgaben steuern?

Interessenabwägung als juristische Methode

Zuerst zur Interessenabwägung als juristische Methode. Was tun wir Juristinnen und Juristen genau, wenn wir abwägen? Welche gedanklichen Operationen vollziehen wir dabei und wie grenzen sich Abwägungen von anderen juristischen Methoden ab?

Am besten lässt sich der Abwägungsvorgang anhand eines Beispiels aufschlüsseln. Nehmen wir ein ganz einfaches Beispiel aus einem Bundesgerichtsentscheid:

B. wandte sich am 25. Januar 2014 an das Schweizerische Heilmittelinstitut Swissmedic und ersuchte um Zugang zum Zulassungsentscheid für das Medikament C. und zu den entsprechenden Zulassungsunterlagen.

B. wollte insbesondere Informationen über die Expertinnen und Experten, die für das Pharmaunternehmen an den bei Swissmedic eingereichten Zulassungsunterlagen mitgewirkt hatten. Es ging also um den Zugang zu den Personendaten der Firmenexperten, und zwar gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung, das BGÖ.

Gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann; ausnahmsweise kann jedoch das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen.

Diese Gesetzesbestimmung verlangt eine Interessenabwägung, wenn das amtliche Dokument – wie vorliegend – persönliche Daten Dritter enthält. Es handelt sich um eine gesetzliche Abwägungspflicht. Abwägungspflichten können sich aus Gesetz, Verfassung oder Völkerrecht ergeben. Ob das anwendbare Recht eine Abwägungspflicht vorsieht, kann unter Umständen eine schwierige Auslegungsfrage sein. Was nicht angeht, ist dort abzuwägen, wo das positive Recht keine Abwägung verlangt – das wäre eine Verletzung des Gesetzmässigkeitsprinzips. Der erste methodische Schritt besteht somit in der Vorfrage, ob eine Interessenabwägung notwendig ist.

In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, welche Rechtsgüter durch die fragliche Handlung betroffen sind. Mit Rechtsgütern sind in erster Linie die Grundrechte und öffentlichen Interessen gemeint. Diese individuellen und kollektiven Rechtsgüter haben die Funktion von Abwägungsmassstäben. Mit der Frage nach den betroffenen Rechtsgütern wird folglich die Frage beantwortet, nach welchen Massstäben die abzuwägenden Interessen zu gewichten sind. In unserem Fallbeispiel geht es einerseits um den Schutz der Privatsphäre, andererseits um das öffentliche Interesse an der Transparenz der Verwaltungstätigkeit, darüber hinaus um den Schutz der öffentlichen Gesundheit.

Der dritte Schritt ist der schwierigste. Die von der staatlichen oder privaten Handlung berührten Interessen sind anhand der festgestellten Abwägungsmassstäbe – der Rechtsgüter – zu gewichten. Die Interessengewichtung ist das, was Abwägen im Kern ausmacht. Es geht um die Messung von Eingriffsintensitäten und Verwirklichungsgraden. Im Fallbeispiel hielt das Bundesgericht fest, dass bei der Gewichtung der privaten Geheimhaltungsinteressen insbesondere die Art der betroffenen Daten, die Funktion und der Status der betroffenen Person sowie die Schwere der Konsequenzen einer Bekanntgabe für diese Person zu berücksichtigen sind. Auf der Seite des öffentlichen Interesses fiel ins Gewicht, dass mit der Öffentlichkeit von Firmenexperten im Arzneimittel-Zulassungsverfahren möglichen Interessenkonflikten und Missbräuchen vorgebeugt werden kann.

Auf der Basis der Interessengewichtung ist schliesslich der Abwägungsentscheid zu treffen. Dabei sind die ermittelten Interessengewichte miteinander zu vergleichen, und es ist zu entscheiden, welche Interessen überwiegen oder auch – zum Beispiel bei der Bemessung von Sanktionen – ob die gegenüberliegenden Interessen gleichwertig sind. Im Beispiel kam das Bundesgericht im Einklang mit der Vorinstanz zum Schluss, dass das private Interesse an der Geheimhaltung gegenüber den öffentlichen Transparenzinteressen nicht überwiegt. Deshalb sei grundsätzlich Zugang zu diesen Personendaten zu gewähren.

Allerdings verlangte das Bundesgericht von der Swissmedic, vor der Gewährung des Zugangs die betroffenen Personen anzuhören, um konkret feststellen zu können, mit welcher Intensität eine Offenlegung der Identität in ihre Privatsphäre eingreift.

Gewichtung der Interessen

Nun möchte ich noch etwas näher auf den Kern der Interessenabwägung eingehen – die Gewichtung der Interessen.

Für die Gewichtung von Individualinteressen sind zum einen objektive Faktoren massgebend. Dazu gehören das Ausmass, in dem individuelle Rechtsgüter beeinträchtigt oder geschützt werden, sowie die Wahrscheinlichkeit, mit der die Wirkungen einer Handlung eintreten. Was die Grundrechte betrifft, geht es um die Eingriffsschwere, zu der es eine reichhaltige, nach Grundrechtsgehalten differenzierte Rechtsprechung gibt.

Zum anderen bestimmen subjektive Faktoren die Gewichtung, namentlich das Verhalten und die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person. Das Verhalten spielt vor allem eine Rolle, wenn das Vertrauen in eine staatliche oder private Handlung zu gewichten ist, wie etwa beim Widerruf einer Verfügung. So führt eine Bösgläubigkeit des Betroffenen zu einer Herabsetzung des Vertrauensschutzes. Die Schutzbedürftigkeit oder Verletzlichkeit der betroffenen Person ist vor allem ein Faktor für die Bemessung von Strafen und Verwaltungssanktionen.

Die Gewichtung von Allgemeininteressen verlangt in verschiedener Hinsicht Quantifizierungen. Zu berücksichtigen sind – analog zur Gewichtung von Individualinteressen – das Ausmass und die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung oder Beeinträchtigung öffentlicher Interessen. Hinzu kommt – dies im Unterschied zur Bemessung von Individualinteressen – die Anzahl Betroffener. Für die Gewichtung staatlicher Sanktionsinteressen sind zudem das Verschulden und der Charakter der betroffenen Person von Bedeutung.

Interessant ist die Frage, ob die Interessengewichtung von der Anzahl Betroffener abhängt. Aus meiner Sicht darf dies nur in Bezug auf die Gewichtung von Allgemeininteressen – nicht aber Individualinteressen – der Fall sein. Grundrechte und sonstige Individualrechte sind sozusagen Bollwerke gegen die utilitaristische Logik der Nutzenmaximierung. Es kann deshalb keinen Unterschied machen, ob das Recht eines Einzelnen oder die Rechte Vieler dem Kollektivinteresse entgegentreten. Das bedeutet umgekehrt, dass Grundrechte nur tangiert sind, wenn *bestimmte* Individuen verletzt oder gefährdet werden. Dagegen sollten Kollektivrisiken wie etwa die Gefahr einer Nuklearkatastrophe, eines Terroranschlags oder einer Pandemie unter dem Aspekt öffentlicher Interessen beurteilt und gewichtet werden.

Genau dies hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Klimaschutzurteil vom 9. April dieses Jahres nicht getan – vielmehr hat er das Kollektivrisiko der Klimaerwärmung als Grundrechtsproblem behandelt. Auf diese Weise mutieren Grundrechte zu öffentlichen Interessen. Das verwässert nicht nur den Charakter von Grundrechten als Individualrechte, sondern führt auch – konsequent zu Ende gedacht – zu einer starken Ausdehnung von Beschwerderechten und gerichtlichen Zuständigkeitsbereichen. Diese Ausdehnung geschieht nota bene auf dem Interpretationsweg, ohne gesetzliche oder staatsvertragliche Grundlagen.

Einbettung in die juristische Methodenlehre

Wir haben gesehen, wie die Interessenabwägung als Methode funktioniert. Meine These lautet, dass die Abwägung eine eigenständige methodische Grundoperation der Rechtsanwendung ist und insbesondere nicht eine Unterkategorie der Auslegung darstellt. Wie in der Tabelle dargestellt, lassen sich unter logischen Gesichtspunkten vier Grundoperationen der Rechtswendung unterscheiden:

- Bei den hermeneutischen Methoden geht es darum, Rechtsnormen oder Sachverhalte zu verstehen. Zentral ist die Ermittlung des Normsinns durch Auslegung. Aber auch die Würdigung von Beweisen sowie Prognosen über künftige Sachverhalte, z.B. über die Wirksamkeit von Regulierungen, können als hermeneutische Vorgänge bezeichnet werden.
- Mit klassifikatorischen Methoden wird etwas Konkretes etwas Abstraktem zugeordnet. Dies geschieht in erster Linie im Rahmen der Subsumtion von Sachverhalten unter Rechtsnormen. Ebenfalls ein Vorgang der Zuordnung ist die Konkretisierung von offenen Prinzipien zu spezifischeren Normgehalten.

- Bei den komparativen Methoden dominiert das Vergleichsmoment. Analogieschlüsse vergleichen verschiedene Normgehalte oder Tatbestände mit Blick auf den Zweck einer Rechtsnorm. Die Anwendung der Rechtsgleichheit beruht auf einem Vergleich von Sachverhalten im Lichte vernünftiger Unterscheidungsgründe und bei der Prüfung des abgaberechtlichen Äquivalenzprinzips werden Kosten oder Nutzen einer staatlichen Handlung mit der Bemessung der Abgabe verglichen.
- Die Interessenabwägung ist demgegenüber im Kern eine evaluative Methode. Abwägen ist ein bewertender Vorgang in dem Sinne, dass das Gewicht – oder eben der Wert – von Interessen nach dem Massstab abstrakter Rechtsgüter evaluiert wird. Mit Abwägen werden also Werte bestimmt, gemessen und verglichen.

Die Interessenabwägung ist zumindest auf den ersten Blick verwandt mit der Figur der praktischen Konkordanz. Diese erhebt den Anspruch, gegenläufige Grundrechtspositionen und sonstige Verfassungsprinzipien so in Ausgleich zu bringen, dass sie möglichst weitgehend wirksam werden. Die Herstellung praktischer Konkordanz ist ein Mittel der Verfassungsinterpretation und Verfassungsfortbildung. Sie spielt sich auf der abstrakten Ebene ab. Im Unterschied dazu bringen Interessenabwägungen als Entscheidungsinstrument nicht abstrakte Prinzipien miteinander in Einklang, sondern sie lösen konkrete Interessenskollisionen auf. Die beiden methodischen Konzepte sollten daher klar voneinander unterschieden werden.

Rationalität von Interessenabwägungen

Nun möchte ich der Frage nachgehen, wie viel Rationalität und wie viel Subjektivität in Interessenabwägungen steckt. Auf dem Spiel steht dabei nichts weniger als die Grundsatzfrage, ob Abwägungsentscheide rechtliche Entscheide sind oder ob sie politischen bzw. moralischen Charakter haben.

Vermutung der Gleichwertigkeit der verfassungsrechtlichen Rechtsgüter

Gegen die Rationalität von Interessenabwägungen wird häufig eingewandt, dass es keinen einheitlichen rechtlichen Massstab gibt, um Interessen zu gewichten. Die Verfassung kennt keine geschlossene Werteordnung, Grundrechte und öffentliche Interessen sind heterogene Rechtsgüter und bilden deshalb für eine Bewertung von Interessen angeblich keine gemeinsame Vergleichsbasis.

Angesprochen ist damit das sogenannte Problem der Inkommensurabilität. Es trifft selbstverständlich zu, dass Grundrechte und öffentliche Interessen verschiedenartige Rechtsgüter sind. Das macht sie aber nicht unvergleichbar. Um als einheitlicher Gewichtsmassstab zu fungieren, genügt es, wenn die verfassungsmässigen Grundrechte und öffentlichen Interessen gleichwertig sind. Das Bundesgericht hat denn auch wiederholt festgehalten – erstmals in einem Entscheid von 1896 – dass von der Gleichwertigkeit der Verfassungsregelungen auszugehen ist, «solange der Verfassungsgeber einer einzelnen Norm nicht ausdrücklich Vorrang einräumt». Damit gilt für das schweizerische Verfassungsrecht eine Vermutung der Gleichwertigkeit der verfassungsrechtlich anerkannten Rechtsgüter.

Das bedeutet, dass den Grundrechten und öffentlichen Interessen vermutungsweise das gleiche Verfassungsgewicht zukommt. Insoweit wäre das Problem der Inkommensurabilität gelöst. Nun anerkennt die Rechtsprechung aber auch individuelle Rechtsgüter, die keinen Verfassungsrang haben, wie zum Beispiel das Vermögen als solches oder gewisse Handlungsfreiheiten ausserhalb grundrechtlicher Schutzbereiche. Diese Rechtsgüter verleihen in Abwägungen den betroffenen Interessen ein geringeres Gewicht. Dasselbe gilt für gewisse öffentliche Interessen. So hat das Bundesgericht etwa in einem neueren Entscheid bemerkt, dass die kollektive Klatschsucht, die eine Medienkampagne bedient, zwar ein öffentliches Interesse darstellt, aber in Abwägungen gegen private Persönlichkeitsrechte geringeres Gewicht hat als das Interesse an der Information der Bevölkerung mit Neuigkeiten aus verschiedensten Bereichen des Allgemeininteresses.

In all diesen Fällen ist die Vermutung der Gleichwertigkeit der Verfassungsgüter durchbrochen. Auf einer anderen Ebene liegen Rechtsgüter, die absolute Geltung beanspruchen und damit von vornherein Interessenabwägungen entzogen sind. Dazu gehören die grundrechtlichen Kerngehalte und, was allerdings selten ist, absolut geschützte öffentliche Interessen wie der Schutz von Mooren von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung gemäss Art. 78 Abs. 5 der Bundesverfassung.

Formelle und materielle Rationalität

Wir haben die Frage nach der Rationalität von Interessenabwägungen gestellt. Zur Beantwortung der Frage müssen wir vorweg den Rationalitätsbegriff näher betrachten. Unter rationalen Aussagen lassen sich Aussagen verstehen, die intersubjektiv nachvollziehbar sind, das heißt Aussagen, die von einer Vielzahl von Personen geteilt werden können – die mit anderen Worten konsensfähig sind. Rationale Aussagen sind damit objektivierbar, erheben aber keinesfalls den Anspruch an eine objektive Wahrheit, welche losgelöst von geteilten menschlichen Überzeugungen existieren würde.

In meinem schriftlichen Beitrag habe ich zwischen formeller und materieller Rationalität unterschieden. Die Unterscheidung ist wichtig im Hinblick auf die Frage, welche staatlichen Institutionen in welchem Umfang befugt sind, Abwägungen durchzuführen und zu kontrollieren.

Formelle Rationalität bezieht sich auf die Begründung von Aussagen. Gemeint ist die intersubjektive Nachvollziehbarkeit der Gründe für eine Aussage, auch wenn Dritte die Aussage inhaltlich nicht teilen. Man könnte auch von einer prozeduralen Rationalität sprechen. Was rechtliches Entscheiden betrifft, wird formelle oder prozedurale Rationalität durch ein faires, rechtsstaatliches Verfahren hergestellt. Abwägungsentscheide sind demnach rational, wenn unparteiliche Entscheidungsträger unter Wahrung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien die betroffenen Interessen sorgfältig ermitteln und die einzelnen Abwägungsschritte begründen.

Materielle Rationalität betrifft demgegenüber den Inhalt einer Aussage. Es geht um die intersubjektive Nachvollziehbarkeit einer Aussage als solcher, unabhängig davon, ob und wie sie begründet worden ist. Materielle Rationalität in diesem Sinn kann durch das demokratische Verfahren hergestellt werden. Abwägungen, die aus demokratischen Verfahren mit Partizipation der betroffenen Interessengruppen hervorgehen und Mehrheiten in Parlamenten oder in der Stimmbevölkerung überzeugen, haben den Beweis der intersubjektiven Nachvollziehbarkeit real erbracht. Auf der anderen Seite sind solche politischen Abwägungen in der Regel von einer geringeren formellen Rationalität getragen als juristische Abwägungen, die aus rechtsstaatlich verfassten Verfahren hervorgehen.

Abwägungen können aber auch ausserhalb demokratischer Verfahren materielle Rationalität erlangen. Je deutlicher die in einer Abwägung gegenüberliegenden Interessen in ihrem Gewicht voneinander abweichen, desto eher ist das Abwägungsergebnis intersubjektiv nachvollziehbar und damit konsensfähig. Ob zwischen den Interessen ein klares oder gar krasses Missverhältnis besteht, wird für viele unmittelbar einsichtig sein. Ob hingegen ein Interesse ein anderes Interesse ein bisschen überwiegt, ist Ansichtssache.

Das bedeutet, dass Abwägungen nach einer groben Skala im Ergebnis eher konsensfähig sind als Abwägungen, die nach einer feingliedrigen Skala durchgeführt werden. Auf der Hand liegt eine dreistufige Skala, die zwischen leichten, mittelschweren und schweren Eingriffen in Grundrechte und andere Rechtsgüter bzw. zwischen leichter, mittelstarker und starker Verwirklichung öffentlicher Interessen differenziert. Mit einer solchen Reduktion der Sichtscharfe können Abwägungen durchaus einer materiellen Rationalität genügen.

Perspektive der Gerichte

Nun möchte ich im letzten Teil des Referats noch einige institutionelle Aspekte der Interessenabwägung beleuchten. Zuerst zur Perspektive der Gerichte und anderer rechtsanwendender Instanzen, namentlich der Verwaltungsbehörden. Die Frage lautet, was die Überlegungen zur Rationalität von Abwägungen für die Arbeit der Gerichte und Verwaltungsbehörden bedeuten.

Handlungsebene und Kontrollebene

Grundsätzlich ist die Handlungsebene von der Kontrollebene zu unterscheiden. Auf der Handlungsebene sind die Entscheide der erstinstanzlichen Zivil- und Strafgerichte sowie die Verfügungen von Verwaltungsbehörden angesprochen. Im Rahmen positivrechtlicher Abwägungspflichten *müssen* erstinstanzliche Gerichte und Verwaltungsbehörden im Einzelfall Abwägungen durchführen, und sie müssen dies so genau wie möglich tun.

Auf der Handlungsebene können sich die Gerichte und Verwaltungsbehörden daher nicht hinter einer groben Abwägungsskala verstecken und nur dann entscheiden, wenn ein klares oder grobes Missverhältnis der abzuwägenden Interessen besteht. Sie müssen entscheiden, und zwar auch dann, wenn die konfligierenden Interessen nahezu gleichwertig sind. Aus diesem Grund sind Abwägungen gemäss einer feinen Skala unumgänglich.

Das rechtsstaatliche Verfahren mit seinen Begründungspflichten gewährleistet die formelle Rationalität von Abwägungsentscheiden erster Instanzen.

Demgegenüber mangelt es diesen Entscheiden an Objektivierbarkeit und damit an materieller Rationalität, jedenfalls soweit zwischen den konfligierenden Interessen keine eindeutigen Missverhältnisse bestehen.

Insoweit haben erstinstanzliche Abwägungsentscheide politischen Charakter – politisches Handeln verstanden als nicht normgebundenes, originäres Handeln in öffentlichen Angelegenheiten. Das ist legitim, und zwar deshalb, weil der Gesetzgeber selbst den Abwägungsauftrag erteilt und damit im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit ein Stück politische Gestaltungsmacht an die Gerichte und die Verwaltung delegiert.

Auf der Kontrollebene stellt sich die Frage, inwieweit gerichtliche und verwaltungsinterne Rechtsmittelinstanzen befugt sein sollen, die Interessenabwägungen der Vorinstanzen zu überprüfen. Dieses Überprüfungsbefugnis ergibt sich aus dem anwendbaren Verfahrensrecht. Wenn dieses eine Angemessenheitskontrolle vorschreibt, verrichtet die Rechtsmittelinstanz dieselbe Arbeit wie die erste Instanz: Sie überprüft Abwägungen grundsätzlich mit derselben Genauigkeit, wie sie durchgeführt worden sind. Solche präzisen Abwägungskontrollen sind von formeller, nicht aber materieller Rationalität getragen und damit wiederum politischer Natur. Rechtsmittelinstanzen nehmen dabei eine Aufsichtsfunktion wahr, die gesetzlich vorgesehen und damit legitimiert ist.

In Rechtsmittelverfahren, in denen keine Angemessenheitskontrolle, sondern nur eine Rechtskontrolle vorgesehen ist, sollten Interessenabwägungen dagegen nur noch mit erheblich reduzierter Sichtschärfe überprüft werden. Wie erwähnt ist die Reduktion der Sichtschärfe notwendig, um sowohl die formelle als auch die materielle Rationalität des Abwägungsentscheids und damit dessen Qualität als *rechtlicher* Entscheid zu gewährleisten. Abwägungen von Vorinstanzen sind somit anhand einer groben Skala zu überprüfen, die nur klare oder sogar krasse Missverhältnisse zwischen den gewichteten Interessen misst. Das gilt auch im Verhältnis zwischen Gerichten und Gesetzgeber im Rahmen von Normenkontrollen. Klare Missverhältnisse führen zum Verdikt der Unverhältnismässigkeit, krasse oder grobe Missverhältnisse zu jenem der Willkür.

Ergänzend sei erwähnt, dass die Rechtskontrolle die Rechtsmittelinstanz auch zu einer *methodischen* Kontrolle von Abwägungen ermächtigt und – bei entsprechenden Rügen – verpflichtet. So liegen zum Beispiel Rechtsfehler vor, wenn die Vorinstanz gar keine Abwägung durchgeführt hat, obwohl sie dazu verpflichtet war, wenn sie nicht alle relevanten Rechtsgüter in die Abwägung einbezogen hat oder wenn sie den Abwägungsvorgang unzureichend begründet hat.

Perspektive des Gesetzgebers

Versetzen wir uns zum Schluss in die Lage des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber muss sich fragen, in welchen Fällen er Gerichte und Verwaltung zu Abwägungen verpflichten soll und in welchen Fällen er strikte – das heisst abwägungsfeste – Normen erlassen soll. Und wenn der Gesetzgeber Abwägungspflichten vorsieht, stellt sich weiter die Frage, ob er die Abwägungen von Gerichten und Verwaltung steuern soll und wie er das gegebenenfalls tun soll.

Strikte Gesetze vs. Gesetze mit Abwägungsvorbehalt

Die Frage, ob der Gesetzgeber strikte Gesetze erlassen oder ob er Abwägungsvorbehalte in die Gesetze einbauen soll, führt uns zurück zum Spannungsverhältnis zwischen Gesetzmässigkeitsprinzip und Einzelfallgerechtigkeit. Strikte Regelungen wahren das Gesetzmässigkeitsprinzip besser und garantieren in höherem Mass eine rechtssichere, rechtsgleiche und demokratisch legitimierte Praxis. Regelungen mit Abwägungsvorbehalt ermöglichen dafür einzelfallgerechte Entscheide.

In welchen Regulierungsbereichen strikte Gesetze und in welchen Bereichen Abwägungsvorbehalte angezeigt sind, ist in der Rechtswissenschaft – soweit ich sehe – kaum untersucht. Dazu ein paar grundsätzliche Überlegungen: Dort, wo Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit einer Rechtsnorm einen hohen Stellenwert haben, sind strikte Gesetze zu erlassen. Das ist immer dann der Fall, wenn Rechtsnormen an ein Verschulden anknüpfen, wie Straftatbestände, Verwaltungssanktionen oder Haftungstatbestände. Strikte, abwägungsfeste Gesetze sind auch dann angebracht, wenn die Wahrung der Rechtsgleichheit besonders wichtig ist, was abgesehen von Strafen und sonstigen Sanktionen vor allem im Abgaberecht, insbesondere im Steuerrecht, der Fall ist.

Umgekehrt drängt es sich auf, etwa folgende Regelungen mit Abwägungen zu verknüpfen: die Bemessung von Strafen und Sanktionen, Rechtfertigungstatbestände in Sanktions- und Haftungsgrundlagen, Ausnahme- und Härtefallklauseln, Konzessionen, Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch und Kontingente, Nutzungspläne, Verwaltungsmassnahmen und Überwachungsinstrumente.

Bei all diesen Regulierungen besteht typischerweise ein hoher Bedarf nach individualisierter und situationsabhängiger Rechtsanwendung. Das kann darauf zurückzuführen sein, dass aufgrund einer Knappheitssituation eine Auswahl zu treffen ist zwischen mehreren interessierten Personen mit ihren unterschiedlichen Eigenschaften und Bedürfnissen, dass die zu regulierenden Interessenlagen komplex und schwer vorhersehbar sind oder dass der Staat zum Schutz von Polizeigütern unvorhersehbaren Gefahren oder Störungen begegnen muss.

In Bezug auf gewisse Regulierungsinstrumente wie zum Beispiel Polizeibewilligungen lässt sich hingegen kaum eine allgemeine Aussage machen, ob Abwägungsvorbehalte ins Gesetz einzubauen sind. Im Prinzip sollte der Gesetzgeber für Abwägungsvorbehalte gute Gründe haben, weil er damit das Gesetzmässigkeitsprinzip relativiert und die rechtsanwendenden Behörden zu einer gewissen politischen Gestaltung ermächtigt. Das heisst, der Default sind strikte Gesetze.

Das bedeutet auch, dass strikte Gesetze in der Rechtsanwendung grundsätzlich nicht einer Abwägung oder Verhältnismässigkeitsprüfung unterstellt werden sollten. Also keine Aufweichung von strikten Gesetzen. Vorbehalten bleiben Gesetze, die in der Anwendung zu unzumutbaren Grundrechtseingriffen führen, weil zwischen öffentlichen Interessen und Grundrechtspositionen ein klares oder krasses Missverhältnis besteht. In solchen Fällen braucht es eine richterliche Normkorrektur.

Steuerung durch Abwägungsgesichtspunkte

Wenn nun der Gesetzgeber in seine Erlasse Abwägungspflichten einbaut, hat er immer noch die Möglichkeit, die Abwägungen durch Gerichte und Verwaltungsbehörden bis zu einem gewissen Grad zu steuern, und zwar durch Festlegung von Abwägungsgesichtspunkten.

Was sind Abwägungsgesichtspunkte? Gemeint sind rechtliche Vorgaben, die auf mittlerer Abstraktionshöhe – abstrakter als der Einzelfall, konkreter als das Rechtsgut – festlegen, welche Aspekte bei der Gewichtung von Interessen zu berücksichtigen sind. Der Gesetzgeber kann dabei unterschiedlich weit gehen: Er kann in nicht abschliessender Weise Gesichtspunkte aufzählen, die bei der Interessengewichtung zu berücksichtigen sind, er kann die in einer Abwägung massgebenden Rechtsgüter abschliessend aufzählen oder bestimmte Rechtsgüter von der Abwägung ausschliessen, oder kann sogar eine gesetzliche Vermutung für ein überwiegendes Interesse aufstellen.

In der Gesetzgebung gibt es viele Beispiele für solche Abwägungsgesichtspunkte, im Übrigen hat auch die Rechtsprechung eine Reihe solcher Gesichtspunkte entwickelt, ich verweise dazu auf das schriftliche Referat. Ein neueres Beispiel sind die dringlichen Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter. Es geht dabei um den Bau von Photovoltaik-Grossanlagen und die Erhöhung der Grimsel-Staumauer. In den massgebenden Bestimmungen im Energiegesetz heisst es, dass das Interesse an der Realisierung der Projekte «anderen nationalen, regionalen und lokalen Interessen grundsätzlich vorgeht». Damit werden Interessenabwägungen nahezu ausgeschlossen, was im Ergebnis einer strikten Gesetzesnorm – also einem Abwägungsverbot – sehr nahekommt.

Man kann das politisch kritisieren – aus verfassungsrechtlicher Sicht liegen solche Vermutungen für den Vorrang bestimmter Interessen aber in der demokratischen Steuerungskompetenz des Gesetzgebers, solange dadurch nicht Grundrechte verletzt werden und solange nicht die Verfassung selbst die Interessenabwägung vorstrukturiert.

Generell halte ich die Positivierung von Abwägungsgesichtspunkten für sinnvoll und wünschenswert – denn damit werden Abwägungen stärker an das Gesetz gebunden und gleichzeitig einzelfallgerechte Lösungen ermöglicht. Die schwierige Beziehung zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Gesetzmässigkeitsprinzip kann so zumindest ein wenig entspannt werden.

So, das war meine Schlussbemerkung – ich verzichte auf ein Resümee und verweise auf das Thesenpapier, auf dem die wesentlichen Ergebnisse des Referats zusammengefasst sind.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!