

## Vorwort

Am 20.3.2014 fand in Innsbruck eine Tagung zum Thema „Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen“ statt. Die Referate, für die allesamt ausgewiesene Experten aus Wissenschaft und Praxis gewonnen werden konnten, wurden im Raster zweier Achsen organisiert: Zunächst war es naheliegend, die Vorträge in einen rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Block einerseits und einen rechtsdogmatischen Teil andererseits zu gliedern. Zum Zweiten erschien es uns reizvoll, die Methode der Interessenabwägung aus der Perspektive unterschiedlicher Rechtsgebiete zu betrachten. Auf diese Weise wird eine umfassende Darstellung des Themenkreises ermöglicht: Wissenschaftlich-theoretische Grundlagen und die Praxisperspektive werden ebenso erörtert wie die Spezifika in den Bereichen Europarecht, Zivilrecht, Strafrecht und Öffentliches Recht.

Mit dem vorliegenden Band werden nun die Ergebnisse der Tagung präsentiert. Die Publikation konnte durch finanzielle Unterstützung der Universität Innsbruck sowie der Länder Tirol und Vorarlberg verwirklicht werden. Unser Dank gebührt Univ.-Ass. Dr. SIMON GLEISCHER für die Mithilfe bei der redaktionellen Überarbeitung der Beiträge. Bedanken möchten wir uns auch bei o.Univ.-Prof. Dr. BERNHARD RASCHAUER für die freundliche Aufnahme des Tagungsbands in die Schriftenreihe „Forschungen aus Staat und Recht“ sowie seitens des Verlags Österreich bei Dr. OTTO KAMMERLANDER und SUSANNE KARNER für die gute Zusammenarbeit.

Innsbruck, Oktober 2014

LAMISS KHAKZADEH-LEILER  
SEBASTIAN SCHMID  
KARL WEBER

## Inhaltsübersicht

	Seite
Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis.....	XI
GERHARD LUF	
Abwägungsentscheidungen aus rechtsphilosophischer Sicht .....	1
MICHAEL POTACS	
Die Struktur von Abwägungsentscheidungen .....	15
BERNHARD A. KOCH	
Wer hat Angst vor Walter Wilburg? Gegen eine unbewegliche Sicht des beweglichen Systems .....	29
MARTIN KÖHLER	
Die Rolle von Sachverständigen bei der Interessenabwägung .....	47
WERNER SCHROEDER	
Abwägungsentscheidungen im Unionsrecht .....	67
GEORG LIENBACHER	
Abwägungsentscheidungen im öffentlichen Recht .....	85
ALOIS BIRKLBAUER	
Abwägungsentscheidungen im Strafrecht .....	107
GEORG KODEK	
Abwägungsentscheidungen im Privatrecht .....	129
Verzeichnis der Autoren dieses Bandes .....	151

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	VII
GERHARD LUF	
<b>Abwägungsentscheidungen aus rechtsphilosophischer Sicht</b> .....	1
MICHAEL POTACS	
<b>Die Struktur von Abwägungsentscheidungen</b> .....	15
I. Einleitung .....	15
II. Rechtsbegriff .....	17
III. Abwägung bei der Interpretation von Rechtsvorschriften .....	18
IV. Abwägung als Inhalt rechtlicher Anordnungen .....	19
A. Prinzipien als Abwägungsnormen .....	19
1. Dworkin .....	20
2. Alexy .....	21
B. Prinzipien und positives Recht .....	22
1. Prinzipien als Positivismuskritik .....	22
2. Prinzipien als positivrechtliche Normen .....	23
V. Ergebnis .....	26
BERNHARD A. KOCH	
<b>Wer hat Angst vor Walter Wilburg?</b>	
<b>Gegen eine unbewegliche Sicht des beweglichen Systems</b> .....	29
I. Einführung .....	29
A. Die Berücksichtigung von Interessen im Deliktsrecht .....	29
B. Projekte zum Schadenersatzrecht .....	31
II. Bewegliches System .....	32
III. Beispiele .....	37
A. Sorgfaltsmaßstab .....	37
B. Geschützte Interessen .....	39
IV. Kritik und Gegenkritik .....	42
V. Fazit .....	45
MARTIN KÖHLER	
<b>Die Rolle von Sachverständigen bei der Interessenabwägung</b> .....	47
I. Einleitung .....	47
II. Beispiele für Abwägungsentscheidungen .....	48
III. Die Rolle von Sachverständigen bei Abwägungsentscheidungen im Verwaltungsverfahren .....	51

XII Inhaltsverzeichnis

	Seite
IV. Die Rolle von Sachverständigen im Ordnungsverfahren .....	63
V. Schlussfolgerungen .....	66
 WERNER SCHROEDER	
<b>Abwägungsentscheidungen im Unionsrecht</b> .....	<b>67</b>
I. Eingrenzung des Themas .....	67
II. Richterliches Verständnis des EuGH .....	67
A. EuGH als „Motor der Integration“ oder als „Künstler“ .....	67
B. Freie Abwägung? .....	68
C. Rechtlich geleitete Abwägung .....	69
III. Entwicklung der Abwägung in der Rechtsprechung des EuGH .....	69
A. Französischer Einfluss .....	69
B. Frühe Leiturteile: van Gend & Loos, Costa/ENEL etc .....	69
C. Früchte des Dialogs mit nationalen Verfassungsgerichten .....	70
IV. Unionsrechtliche Vorgaben für die Abwägung der Rechtsprechung .....	71
A. Autonome Maßstäbe des Unionsrechts .....	71
B. Befugnis des EuGH nach Art 19 Abs 1 S 2 EUV .....	72
C. Normative Beschaffenheit des Unionsrechts .....	72
D. Normative Ziele des Unionsrechts als teleologische Basis für die Abwägung .....	73
E. Abwägung als Mittel, um Integrationsreserven zu mobilisieren .....	74
F. Rechtsstaatlichkeit als Metanorm des Unionsrechts .....	74
V. Methodik der Abwägung .....	75
A. Identifizierung von Prinzipien, die Abwägungsentscheidungen determinieren .....	75
B. Zuordnung von Prinzipien durch Abwägung an Hand des Verhältnismäßigkeitsprinzips .....	76
VI. Überprüfung von Abwägungsentscheidungen der Unionsorgane .....	78
A. Kontrolldichteproblematik: Vertretbarkeitsmaßstab .....	78
B. Erhöhung der Kontrolldichte in Bezug auf Abwägungsvorgänge .....	79
C. Neue Instrumente der Kontrolle: Kohärenzprüfung, Ortung von Abwägungsdefiziten, Ersetzung der Abwägungsentscheidung .....	81
VII. Fazit .....	82
 GEORG LIENBACHER	
<b>Abwägungsentscheidungen im öffentlichen Recht</b> .....	<b>85</b>
I. Einleitung .....	85
II. Konkrete Beispiele für Abwägungsentscheidungen .....	85
A. Beispiele im Verfassungsrecht .....	86
B. Beispiele im Verwaltungsrecht .....	88
III. Allgemeine Überlegungen .....	91
IV. Abwägung und Legalitätsprinzip .....	92
V. Funktionalität von Abwägungen in der Vollziehung .....	96

	Seite
VI. In der Verfassung grundlegende Abwägungsentscheidungen .....	99
VII. Grenzen der Abwägung .....	100
VIII. Schlussbemerkungen .....	105

ALOIS BIRKLBAUER

<b>Abwägungsentscheidungen im Strafrecht</b> .....	107
I. Einleitung .....	107
II. Interessenabwägung im materiellen Strafrecht .....	109
A. Sozialadäquanz bestimmter Verhaltensweisen als Beispiel für Interessenabwägungen .....	109
B. Abwägungsentscheidungen und Sittenwidrigkeitskorrektiv .....	110
C. Der rechtstreue Dritte als Abwägungsmaßstab für den Schuldvorwurf .....	113
D. Homosexualität als fehlendes Element für eine gefährliche Drohung .....	116
III. Interessenabwägung im Strafprozessrecht .....	119
A. Grundrechtsgesichtspunkte als allgemeine Ansatzpunkte für Abwägungsentscheidungen .....	119
B. Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote als besondere Beispiele für Abwägungsüberlegungen .....	121
IV. Präventiv vertretbare Geldstrafen bei fahrlässiger Tötung .....	124
A. Allgemeine Überlegungen .....	124
B. Die regional differenzierte Verhängung der Geldstrafe bei fahrlässiger Tötung (§ 80 StGB) .....	126
V. Zusammenfassende Schlussfolgerungen .....	127

GEORG KODEK

<b>Abwägungsentscheidungen im Privatrecht</b> .....	129
I. Ausgangslage .....	129
II. Ausgewählte Fälle .....	130
A. Persönlichkeitsrechte .....	130
1. Allgemeines .....	130
2. Recht am eigenen Bild .....	132
B. Sachenrecht .....	135
C. Schuldrecht .....	137
1. Rechtsgeschäftslehre .....	137
2. Sittenwidrigkeit .....	138
3. Gewährleistung .....	140
4. Vertragliche Nebenpflichten und nachvertragliche Pflichten .....	141
5. Schadenersatz .....	142
III. Methodische Überlegungen .....	144
IV. Prozessuale Behandlung .....	146
V. Schluss .....	149

Verzeichnis der Autoren dieses Bandes .....	151
---	-----