

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	
Abwägungsentscheidungen aus rechtsphilosophischer Sicht	1
MICHAEL POTACS	
Die Struktur von Abwägungsentscheidungen	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	
Wer hat Angst vor Walter Wilburg?	
Gegen eine unbewegliche Sicht des beweglichen Systems	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	
Die Rolle von Sachverständigen bei der Interessenabwägung	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	
Abwägungsentscheidungen im Unionsrecht	67
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	
Abwägungsentscheidungen im öffentlichen Recht	85
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

Abwägungsentscheidungen im Strafrecht	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

Abwägungsentscheidungen im Privatrecht	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
---	-----

GERHARD LUF

Abwägungsentscheidungen aus rechtsphilosophischer Sicht

Diskussionen um Fragen der Legitimität des Rechts fanden in den Jahren nach 1945 verbreitet unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses von Naturrecht und Rechtspositivismus statt, die als einander ausschließende Alternativen des Rechtsverständnisses angesehen wurden. Diese alternative Betrachtungsweise wird zwar auch heute noch vereinzelt eingenommen. Im überwiegenden Maße betrachtet man eine solche Entgegensetzung von Naturrecht und Positivismus mittlerweile als überholt; und zwar mit guten Gründen, da sie neben gravierenden methodischen Einwänden auch ungeeignet ist, um die aktuellen Herausforderungen der Begründung des Rechts und seiner geschichtlichen Verwirklichung in den Blick zu bringen.

Heute steht eine andere Perspektive im Vordergrund. Es geht darum, einerseits die Positivität des Rechts als unhintergehbare Voraussetzung der Rechtsbetrachtung anzuerkennen, andererseits aber die Forderung wachzuhalten, im Prozess der Rechtsverwirklichung fundamentale Legitimationsansprüche an das positive Recht im Zeichen der Gerechtigkeit einzulösen. Diese Aufgabenstellung einer Vermittlung zwischen Positivität und Legitimität des Rechts wird in der einschlägigen Literatur mit unterschiedlichen Begriffspaaren verbunden, wie zB mit dem von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit (RADBRUCH, BYDLINSKI), Grundsatz und Norm (ESSER) oder dem von Faktizität und Geltung (HABERMAS).

Bei allen methodischen Unterschieden im Einzelnen sehen sich die Untersuchungen mit der fundamentalen Tatsache konfrontiert, dass das positive Recht keineswegs ein konsistentes System von Normen darstellt, das gleichsam als monolithischer Block alle Antworten für den Prozess der Rechtsanwendung bereithält. Denn es besteht aus unterschiedlichen historischen Schichten; es verdankt sich den verschiedensten Problemsichten und mit ihnen verbundenen ethischen Perspektiven; es ist im Hinblick auf die Rangordnung der Normen vielfältig gestuft; es enthält Normen mit unterschiedlichen inhaltlichen Bestimmtheitsgraden, die von detaillierten Regelungen bis zu Prinzipien mit erheblicher inhaltlicher Unbestimmtheit reichen. Daraus resultiert eine Vielfalt an Spannungslagen und Interessen- bzw Normkonflikten, die im Hinblick auf eine juristisch akzeptable Lösung von Fällen identifiziert und überwunden werden müssen. Soll es nicht bei puren Dezisionen in Ermessensfällen angesichts bestehender Unbestimmtheiten geschehen, bedarf es triftiger Argumentationen, in deren Rahmen Abwägungen verschiedenster Art mit dem Ziel vorgenommen

werden müssen, Recht als ein möglichst kohärentes System von Ordnung und Freiheit zu verwirklichen.

Die Abwägungsprozeduren mögen zwar vielgestaltig sein. Gleichwohl stellt sich in allen Fällen die Frage nach den Kriterien eines solchen Vorgehens. Diese Kriterien sind ja nicht beliebig, sondern stehen unter dem Anspruch, methodisch und inhaltlich gerechtfertigt zu sein. Aus rechtsphilosophischer Perspektive richtet sich die Fragestellung speziell auf die Aufgabe, Kriterien der Abwägung auf ihre rechtsethische Eignung zu untersuchen, grundlegenden Anforderungen der Gerechtigkeit zu entsprechen. Diese Aufgabe kann angesichts der Komplexität der normativen Herausforderungen freilich nicht im Rekurs auf einen allumfassenden und absolut gedachten Gerechtigkeitsbegriff erfolgen. Der Anspruch der Gerechtigkeit als Legitimationsprinzip positiven Rechts bedarf vielmehr differenzierter Erwägungen, die sich im Bereich von normativen Prinzipien, wie solchen der Gleichheit, der Billigkeit oder der Begründung sowie der Gewichtung von Rechtsgütern bewegen, deren normativer Stellenwert in fundamentalen Rechtsgrundsätzen in Erscheinung tritt.

Dass diese fundamentalen Rechtsgrundsätze nicht von vornherein in einem Verhältnis prästablierter Harmonie, sondern in Spannungen zueinander stehen, die Abwägungen notwendig machen, ist wohl selbstverständlich. Worin aber bestehen die Orientierungsmaßstäbe und deren Grenzen? Gibt es Rechtsgüter, die sich auf Grund ihres fundamentalen Charakters einer Abwägung überhaupt entziehen und damit die unbedingte sowie unhintergehbare Voraussetzung aller Abwägung bilden? Wie unterschiedlich die Antworten gerade auf diese Frage ausfallen, wird später mit Blick auf den Begriff der Menschenwürde erläutert werden.

Diesen Fragen soll im vorliegenden Referat schrittweise nachgegangen werden. Dabei soll das Augenmerk zunächst auf das Spannungsfeld von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit gerichtet werden, wie es von GUSTAV RADBRUCH zur Grundlage seiner Rechtsphilosophie gemacht wurde. Das Beispiel RADBRUCH dient zur Einführung in die Thematik, weil es auf relativ schlichte, ja geradezu holzschnittartige Weise Grenzen der Abwägbarkeit auslotet. Bekanntlich differenziert RADBRUCH den Begriff der „Rechtsidee“ in drei Elemente, die Rechtssicherheit, die Zweckmäßigkeit und die Gerechtigkeit.¹ Im Folgenden werden wir uns auf das Verhältnis von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit konzentrieren. Mit der Rechtssicherheit verbindet RADBRUCH vornehmlich das Prinzip der Positivität des Rechts, das festgesetzt und mit Durchsetzungsmacht garantiert ist. Die Gerechtigkeit hat ihren Kern im Gedanken der Gleichheit, die mit Blick auf die Unterscheidung von „iustitia commutative“ und „iustitia distribu-

¹ RADBRUCH, Rechtsphilosophie. Studienausgabe² (2003, hrsg v Dreier/Paulson) 73 ff.