

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	1
§ 2 Abwägungsentscheidungen im Prozess der Rechtsanwendung	4
I. Subsumtion und Abwägung	4
1. Das Subsumtionsmodell	4
2. Das Abwägungsmodell	6
a) Die Integration der Abwägung in das Subsumtionsmodell	6
b) Die Abwägung im engen und im weiten Sinn	7
c) Die verfassungsrechtliche Güterabwägung	9
aa) Die Einordnung der verfassungsrechtlichen Güterabwägung in das Subsumtionsmodell	9
bb) Die Struktur der verfassungsrechtlichen Güterabwägung	10
d) Abwägung und Diskurs	11
e) Die Abwägung als Methode der Rechtsanwendung	11
II. Die Rechtsnorm als Ausgangspunkt	12
1. Der Begriff der Rechtsnorm	12
2. Die Tatbestandsmerkmale	13
a) Bestimmte und unbestimmte Tatbestandsmerkmale	13
b) Deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale	14
c) Typusbegriffe	16
III. Die Bildung des Obersatzes	16
1. Die Obersatzbildung als Abwägung	17
2. Der Begriff des Obersatzes	19
a) Das Erfordernis einer funktionellen Abgrenzung des Obersatzes	20
b) Das Erfordernis der möglichst weitgehenden Konkretisierung	21
c) Das Erfordernis eines abstrakt-generellen Charakters	22
aa) Rechtstheoretische Gründe	22
bb) Wissenschaftstheoretische Gründe	23
cc) Praktische Gründe	24
d) Ergebnis: Die Definition des Obersatzes	25
3. Geschlossene und offene Obersätze	26
a) Die Bildung geschlossener Obersätze bei deskriptiven Tatbestandsmerkmalen	26
b) Die Bildung geschlossener Obersätze bei normativen Tatbestandsmerkmalen	26
c) Die Bildung wertungsoffener Obersätze bei normativen Tatbestandsmerkmalen	27
d) Die Bildung wertungsoffener Obersätze bei deskriptiven Tatbestandsmerkmalen	29
4. Abwägunglenkende Obersätze	30
a) Die abwägunglenkenden Obersätze zwischen Topik und beweglichem System	30
b) Regeln für die Auswahl des Abwägungsmaterials	31
c) Regeln für die abstrakte Gewichtung der Gesichtspunkte	33

d) Regeln über das Abwägungsmaß	33
e) Abwägungslastregeln	34
f) Praktische Beispiele	34
g) Abwägunglenkende Obersätze als Abwägungsregeln	36
IV. Die Ermittlung des Sachverhalts	36
1. Der Unterschied zwischen historischem und festgestelltem Sachverhalt	37
2. Tatsachen als Gegenstand der Sachverhaltsfeststellung	37
a) Erkenntnistheoretische Abgrenzungskriterien	38
b) Praktische Abgrenzungskriterien	38
c) Das Problem der Auslegung von Willenserklärungen	40
d) Ergebnis: Die Definition des Sachverhaltes	40
3. Die Sachverhaltsfeststellung als Abwägung	41
V. Die Subsumtion des Sachverhaltes unter den Obersatz	42
1. Die Subsumtion unter geschlossene Obersätze	42
2. Die Subsumtion unter wertungsoffene Obersätze	43
a) Die wertende Zuordnung als Abwägung	43
b) Orientierung an Präjudizien anstatt Abwägung?	44
3. Anwendungsfälle der Abwägung bei der Subsumtion	45
a) Normative Tatbestandsmerkmale	45
b) Ermessensvorschriften	46
aa) Die Ermessensausübung als Tatbestandsproblem	47
bb) Die strukturelle Unerheblichkeit des Unterschieds zwischen Erkenntnisakt und volitivem Akt	49
cc) Zwischenergebnis: Die Struktur der Ermessensentscheidung	50
c) Beurteilungsspielräume	51
d) Die Strafzumessung	52
VI. Zusammenfassung	54
§ 3 Die Struktur der rationalen Abwägung	57
I. Die Auswahl des Abwägungsmaterials	57
1. Regeln für die Materialauswahl	57
a) Regeln bei der Obersatzbildung	58
b) Regeln bei der Beweiswürdigung	58
c) Regeln bei der Einzelfallabwägung	59
2. Das Verbot sachfremder und diskriminierender Erwägungen	59
3. Besonderheiten der verfassungsrechtlichen Güterabwägung	60
4. Besonderheiten bei der Berücksichtigung von Imponderabilien	60
II. Die Gewichtung der Abwägungsaspekte	61
1. Abstrakte und konkrete Gewichtung	61
2. Bewertungsskalen für Wichtigkeit und Erfüllungsgrad	63
a) Ordinale und kardinale Skalen	63
b) „Fuzzy“ oder „exakte“ Skalen	65
c) Die „Triadische Skala“ Alexys	66
aa) Der verdeckte Übergang von der Ordinal- zur Kardinalskala	66
bb) Das fehlende Quantifizierungskriterium	67
3. Das abstrakte Gewicht der Gesichtspunkte	68
a) Skalen für die Angabe des abstrakten Gewichts	68
b) Die Ermittlung des abstrakten Gewichts	69

4. Der konkrete Erfüllungsgrad	70
a) Skalen für die Angabe des konkreten Erfüllungsgrads	70
b) Die Ermittlung des konkreten Erfüllungsgrades	71
5. Die Ermittlung des konkreten Werts der Gesichtspunkte	72
a) Die Eigenschaften der Kombinationsoperation	72
b) Die Unzulässigkeit einer mathematischen Multiplikation	72
III. Die Abwägung im engeren Sinne	74
1. Der wertende Vergleich	74
a) Die Widerlegung von Gesichtspunkten	74
b) Die wechselseitige Abhängigkeit von Gesichtspunkten	75
c) Die Unzulässigkeit einer Mathematisierung des Vergleichsvorganges	76
2. Die Überzeugung des Entscheiders als Ziel und Ergebnis der Abwägung	77
a) Das psychologische Phänomen der Überzeugung	77
b) Die rechtliche Relevanz der Überzeugung	79
IV. Das Abwägungsergebnis	80
1. Komparative Abwägungsergebnisse	80
2. Binäre Abwägungsergebnisse: Das Abwägungsmaß	80
a) Der Begriff des Abwägungsmaßes	81
b) Das Beweismaß	82
aa) Objektive und subjektive Beweismaßtheorien	82
bb) Die Ablehnung der Theorie der überwiegenden Wahrscheinlichkeit	86
cc) Die Ablehnung erhöhter Beweismaße	87
dd) Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung i. S. v. § 294 ZPO	89
ee) Das Beweismaß bei der Schadensschätzung nach § 287 ZPO	89
ff) Der Anscheinsbeweis und andere Beweiserleichterungen	90
c) Das Argumentationsmaß	91
d) Das Wertungsmaß	92
V. Die Rationalität der Abwägung	94
1. Formale und materiale Rationalität	94
2. Rationalität als Determination	95
3. Rationalität als Freiheit von Emotionen	96
4. Rationalität als Erfordernis sachlicher Begründung	97
a) Rechtsstaatliche Anforderungen an den Rationalitätsbegriff	98
b) Das Erfordernis eines sachlichen Begründungszusammenhangs ..	99
c) Das Erfordernis subjektiver Rationalität	100
5. Die Rationalität der Abwägungsstruktur	101
VI. Zusammenfassung	102
§ 4 Die Abwägungslast	105
I. Ursachen für ein non liquet	105
1. Das argumentative Patt	106
2. Das quantitative Erkenntnisdefizit	107
3. Das qualitative Erkenntnisdefizit	108
4. Das Verfehlen des Abwägungsmaßes	110
5. Das non liquet bei Gremienentscheidungen	111
a) Das Patt bei der Abstimmung	111

b) Das non liquet der Gremienmitglieder	112
II. Das non liquet bei Rechtsfragen	114
1. Das non liquet als entscheidungspsychologische Realität	115
2. Non liquet und „iura novit curia“	116
3. Non liquet und Rechtsverweigerungsverbot.....	116
a) Der richterliche Entscheidungszwang.....	117
b) Die richterliche Rechtsfindungsaufgabe	117
c) Der Grundsatz der Rechtssicherheit.....	118
aa) Rechtssicherheit und non liquet bei der Abwägung aller Umstände des Einzelfalles	118
bb) Rechtssicherheit und non liquet bei der Gesetzesauslegung ...	118
4. Insbesondere: Non liquet bei der Auslegung von Willenserklärungen.....	119
III. Die Figur der Abwägungslast.....	122
1. Das Erfordernis von Abwägungslastregeln zur Auflösung des non liquet.....	122
2. Die Abgrenzung von verwandten Rechtsfiguren.....	124
a) Abstrakte und konkrete Abwägungslast.....	124
b) Abwägungslast und argumentative Hürde	125
c) Abwägungslast und Begründungslast	126
d) Abwägungslast und Vortragslast.....	127
aa) Die faktische Vortragslast als Reflex der Abwägungslast	127
bb) Die rechtliche Vortragslast als Folge des Beibringungsgrundsatzes	127
3. Die Funktionen der Abwägungslastregeln.....	128
a) Die Auflösung des non liquet.....	128
b) Die Festlegung bzw. Reduktion der Abwägungsperspektive	129
aa) Das Beispiel der Beweislast.....	129
bb) Das Beispiel der Wertungslast	130
c) Der materielle Gehalt von Abwägungslastregeln.....	130
aa) Abwägungslastregeln als intendierte Entscheidungen	131
bb) Abwägungslastregeln als heuristische Entscheidungsregeln ..	131
IV. Die Verteilung der Abwägungslast	132
1. Die Verteilung der Beweislast.....	132
a) Das heuristische Prinzip der Beweislastverteilung.....	132
aa) Anspruchsbegründende Tatsachen.....	133
bb) Anspruchshindernde Tatsachen	133
cc) Anspruchsvernichtende Tatsachen.....	134
dd) Die Integration des Angreiferprinzips in das heuristische Prinzip.....	135
ee) Die Integration der Beweisnähe in das heuristische Prinzip ...	135
b) Die positivgesetzliche Verteilung der Beweislast: Die Normentheorie	136
c) Beweislast und prozessuale bzw. materiellrechtliche Rollenverteilung.....	138
2. Die Verteilung der Wertungslast	138
a) Die heuristische und normative Basis der Wertungslastregeln	138
b) Die Anwendung der Normentheorie	139

aa) Die Vermutung der Verfassungs- bzw. Gesetzmäßigkeit nach § 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG	140
bb) Die Vermutung der Kaufmannseigenschaft bei Gewerbetreibenden nach § 1 Abs. 2 HGB	141
cc) Die Vermutung der Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG	142
dd) Die Vermutung des Vertretenmüssens in §§ 280 Abs. 1 S. 2, 276 Abs. 1 S. 1 BGB.....	143
ee) Die Vermutungen der unangemessenen Benachteiligung in § 307 Abs. 2 und § 310 Abs. 1 BGB.....	143
ff) Die Regelung der Teilleistungsstörungen in §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 5 BGB.....	144
gg) Die gesetzlichen Auslegungsregeln	146
hh) Die Vermutung der Unwesentlichkeit der Beeinträchtigung in § 906 Abs. 1 S. 2 BGB.....	147
ii) Die strafrechtlichen Regelbeispiele	148
jj) Das intendierte Ermessen.....	149
kk) Fazit	149
c) Wertungslast und prozessuale bzw. materiellrechtliche Rollenverteilung.....	150
3. Die Verteilung der Argumentationslast	150
a) Kein Rückgriff auf Heuristik und Normentheorie.....	150
b) Argumentationslast und prozessuale bzw. materiellrechtliche Rollenverteilung.....	151
c) Kriterien der Argumentationslastverteilung	152
aa) Das Angreiferprinzip als Ausgangspunkt	152
bb) Die rechtliche Anerkennung freiwilliger Veränderungen.....	153
cc) Die Zuordnung zu Bewahrungs- oder Bewegungsinteresse....	155
d) Abstrakte und konkrete Argumentationslast	155
V. Zusammenfassung.....	156
§ 5 Die Kontrolle von Abwägungsentscheidungen.....	159
I. Der Gegenstand der Kontrolle	159
1. Ergebniskontrolle und Verfahrenskontrolle.....	159
2. Die grundsätzliche Irrelevanz der psychischen Entscheidungsfindung	160
a) Die praktische Unmöglichkeit einer Kontrolle des psychischen Entscheidungsprozesses	160
b) Keine unmittelbaren rechtlichen Anforderungen an den psychischen Entscheidungsprozess	161
c) Wechselwirkungen zwischen Entscheidungsbegründung und Entscheidungsfindung	162
d) Ausnahme bei offensichtlichen Defekten der Entscheidungsfindung	162
3. Die Entscheidungsbegründung als Kontrollgegenstand	163
a) Die Pflicht zur Begründung von Abwägungsentscheidungen.....	163
b) Das Problem der Scheinbegründung	164
II. Kriterien für die Richtigkeit von Abwägungsentscheidungen	166
1. Empirische Richtigkeit	166

2. Richtigkeit und Konsens.....	167
a) Der empirische Konsens	167
b) Der Konsens der „herrschenden Meinung“	168
c) Der Konsens „aller vernünftig Urteilenden“	169
3. Richtigkeit und Präjudizien	170
4. Richtigkeit als diskursive Möglichkeit	172
5. Die Falsifikation juristischer Theorien	172
6. Der pragmatische Richtigkeitsbegriff.....	173
a) Die partielle Objektivität des pragmatischen Richtigkeitsbegriffes	174
b) Die partielle Relativität des pragmatischen Richtigkeitsbegriffes. aa) Die Abschichtung von Abwägungszuständigkeiten im Rechtsanwendungsprozess.....	176
bb) Abwägungszuständigkeit und Abwägungsbefugnis.....	179
c) Das Problem der einen richtigen Antwort.....	179
III. Die Kontrollmaßstäbe im Einzelnen	180
1. Allgemeine Grenzen der Abwägungskontrolle.....	180
a) Der absolut-objektive Maßstab der empirischen Richtigkeit	180
b) Der absolut-objektive Maßstab der formalen Rationalität	181
c) Der relativ-objektive Maßstab der Abwägungsregeln.....	181
d) Der subjektive Maßstab der konkreten Gewichtung	181
e) Ergebniskontrolle bei „offensichtlicher Fehlgewichtung“?	182
2. Die Kontrolle der Beweiswürdigung	183
a) Die Grenzen der objektiven Richtigkeitskontrolle	183
b) Die Parallelität der Grenzen der revisionsrechtlichen Kontrolle... c) Insbesondere: Der Anscheinsbeweis	184
c) Insbesondere: Der Anscheinsbeweis	186
3. Die Kontrolle der rechtlichen Einzelfallbewertung	186
a) Die Kontrolle von zivilrechtlichen Einzelfallbewertungen	187
b) Die Kontrolle der Strafzumessung	188
c) Die Kontrolle verwaltungsrechtlicher Ermessensentscheidungen. d) Die Kontrolle der Obersatzbildung.....	189
d) Die Kontrolle der Obersatzbildung.....	190
IV. Zusammenfassung.....	191
§ 6 Die Abwägungszuständigkeit.....	193
I. Die Subjektivität von Abwägungsentscheidungen.....	193
II. Verfassungsrechtliche Grundlagen	195
1. Abwägungszuständigkeit und Gesetzesbindung.....	196
2. Abwägungszuständigkeit und Gewaltenteilung	198
a) Legislative und Judikative.....	198
b) Judikative und Exekutive	199
c) Legislative und Exekutive.....	200
3. Abwägungszuständigkeit und Demokratieprinzip	201
4. Abwägungszuständigkeit und Bestimmtheitsgebot	202
a) Abwägung bei der Obersatzbildung und Bestimmtheitsgebot	202
b) Abwägung aller Umstände des Einzelfalles und Bestimmtheitsgebot.....	204
5. Abwägungszuständigkeit und Gleichheitssatz.....	204
a) Gesetzesauslegung und Gleichheitssatz	204
b) Einzelfallabwägung und Gleichheitssatz	205

c) Abwägungszuständigkeiten der Verwaltung und Gleichheitssatz.	206
6. Abwägung und Rechtsschutzgarantie	207
a) Abwägungszuständigkeiten der Gerichte	207
b) Abwägungszuständigkeiten der Verwaltungsbehörden	208
7. Abwägungszuständigkeit und gesetzlicher Richter	210
8. Zwischenergebnis	210
III. Das System der Abwägungszuständigkeiten.....	211
1. Gesetzliche Abwägungszuständigkeiten.....	211
a) Die Auslegungszuständigkeit der Revisionsgerichte	211
aa) Die zentrale Auslegungszuständigkeit der obersten Bundesgerichte als Revisionsgerichte.....	211
bb) Grundsätzlich keine Auslegungszuständigkeit der Tatsacheninstanzen	213
b) Die Beweiszuständigkeit der Berufungsgerichte	215
aa) Die Bindung der Revisionsgerichte an die tatrichterlichen Tatsachenfeststellungen	215
bb) Grundsätzlich keine Beweiszuständigkeit der Eingangsstanz	217
c) Die Abwägungszuständigkeit der Exekutive bei Ermessensentscheidungen.....	219
aa) Die beschränkte verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensentscheidungen.....	219
bb) Sachliche Gründe für die Wertungszuständigkeit der Exekutive	220
2. Die Elemente des Systems.....	222
a) Das Element der Sachnähe	222
b) Das Element der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung	224
c) Das Element der Entlastung der Rechtspflege	224
d) Das Element der Sachkunde.....	225
e) Originäre Abwägungszuständigkeiten	226
aa) Originäre Abwägungszuständigkeiten der Exekutive	226
bb) Originäre Abwägungszuständigkeiten der Judikative.....	227
cc) Originäre Abwägungszuständigkeiten Privater.....	228
f) Keine apriorischen Kontrollgrenzen	229
aa) Die Unterscheidung zwischen „Rechtmäßigkeit“ und „Zweckmäßigkeit“ bei Ermessensentscheidungen.....	230
bb) Die Unterscheidung zwischen „Rechtmäßigkeit“ und „Angemessenheit“ der Strafzumessung	231
cc) Die Unterscheidung zwischen „Rechtmäßigkeit“ und „Billigkeit“ privatautonomer Akte.....	232
dd) Zwischenergebnis	233
3. Folgerungen für gesetzlich nicht geregelte Wertungszuständigkeiten	233
a) Die Wertungszuständigkeit der Berufungsinstanz für zivilrechtliche Einzelfallabwägungen	233
aa) Die Bindung der Revisionsgerichte an die tatrichterliche Abwägung.....	234
bb) Keine Wertungszuständigkeit der Eingangsstanz	236
cc) Die Behandlung der Auslegung von Willenserklärungen.....	237

b) Die Wertungszuständigkeit des Tatrichters für die Strafzumessung	239
c) Die Abwägungszuständigkeit der Exekutive beim Beurteilungsspielraum	241
IV. Zusammenfassung	243
§ 7 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	245
Literaturverzeichnis	255
Sachverzeichnis	269