

Tagungsbericht: „Zufall – rechtliche, philosophische und theologische Aspekte“

Interdisziplinäre Tagung vom 4.–5.3.2021, online

Von Wiss. Mitarbeiter **Titus Rehm**, Freiburg*

Die online ausgerichtete Tagung wurde durch eine Begrüßung der Organisatorin Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M. eingeleitet. Papathanasiou hob, obwohl sie selbst nicht von der Existenz von Zufall überzeugt ist,¹ die Alltäglichkeit von Zufälligkeiten in dem Sinne hervor, dass jedermann der unvorhergesehene, überraschende Eintritt eines Ereignisses bekannt sei. Freilich handele es sich dabei um subjektives Empfinden und keine objektive Definition von Zufall. Seit ihrer Dissertation² beschäftige sie der Zufall vor allem im Hinblick auf das strafrechtliche Schuldprinzip, welches eng mit dem – philosophischen – Problem der Willensfreiheit zusammenhänge. Auch der Gegenstandsbereich der Theologie ist damit betroffen. Der über die Jahrtausende hinweg und durch die Disziplinen hindurch immer wieder unter verschiedensten Vorzeichen aufgegriffene Zufallsbegriff eigne sich somit als Schnittstelle hervorragend für den interdisziplinären Austausch zwischen Rechtswissenschaft, Theologie und Philosophie. Es soll jedoch eingehend nur über die rechtlichen beziehungsweise die unmittelbar rechts-erheblichen Vorträge berichtet werden.

Entsprechend Papathanasiou's Hinführung verdeutlichte die interdisziplinäre Ausrichtung, dass der Begriff des Zufalls aus verschiedenen Perspektiven in unterschiedlichen Facetten schillert und jeweils andere Aspekte hervortreten. So gebe es den bestätigten „echten Zufall“, wie ihn die Physik definiert, nur in der Quantenwelt.³ Dieser Zufallsbegriff ist aber beispielsweise für das Strafrecht nicht ertragreich, da die Unterscheidung zwischen zufälligen Ereignissen und zurechenbarem Verhalten auf normativen und nicht auf naturwissenschaftlichen Erwägungen beruht.

Den Auftakt machte der Physiker und Informatiker Dr. Walter Hehl mit dem Vortrag „Der Zufall – die Kreativität, die aus der Physik kommt“. Hehl lieferte ein breites Panorama des Zufallsbegriffs in seiner Verwendung über die Jahrtausende und durch die Disziplinen. Insbesondere die Unterscheidung kausalwissenschaftlicher und teleologischer Betrachtungsweisen sollte der Tagung als Koordinatensystem dienen. Sodann sprach der Philosoph Prof. Dr. Hans Rott über „Chaos und Zufall“ in Bezugnahme auf David Humes' „Untersuchung über den menschlichen Verstand“. Nach Hume gibt es keinen Zufall im Sinne von „Indeterminiertheit“. Alles sei verursacht worden, wie die Empirie beweise. Insbesondere belege also auch die Existenz von Chaos nicht das Gegenteil, da dieses eben bedingt in die Welt trete. Einen weiteren Beitrag unter Anknüpfung an Hume – allerdings mit anderer Zielsetzung – lieferte Dr. Holger Leuz. Leuz suchte das Argument zu begründen, eine Analyse des Zufalls führe in die Teleo-

logie, wobei eine teleologische Erklärung dadurch gekennzeichnet sei, dass ein Ereignis in einen zielgerichteten Prozess eingeordnet werde. Einen Überblick über die Philosophiegeschichte der „Zähmung des Zufalls“ verschaffte Dr. Dr. Niki Pfeifer. Traditionell sollte der Einfluss des Zufalls auf die Suche nach der Wahrheit keine Rolle spielen; entgegen dieser Strömung erkenne die probabilistische Erkenntnistheorie Prämissen als unsicher, so dass als Ziel lediglich die Wahrscheinlichkeitsbewertung bleibe.

Der rechtliche Teil der Tagung wurde von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser eingeleitet. Kindhäuser sprach über „Zufall und Notwendigkeit in der strafrechtlichen Zurechnung“ und setzte somit den Begriff des Zufalls in den Kontext strafrechtlicher Begrifflichkeiten. Ausgehend von Gustav Radbruchs' Diktum, die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit sei verschämte Zufallshaftung,⁴ ging Kindhäuser der Frage nach, ob die „Zufälligkeit“ des Erfolgsintritts tatsächlich für strafrechtliche Zwecke als Zufall und damit zurechnungsausschließend betrachtet werden sollte. Zum einen gebe es Fälle, in denen der Erfolgsintritt über die Strafbarkeit entscheide und somit prima facie eine Zufälligkeit strafbegründend wirke: Wenn zwei Raucher bei Trockenheit durch den Wald gehen und achtlos ihre Zigaretten wegwerfen, verhalten sich beide auf genau dieselbe Weise und doch wird nur derjenige bestraft, dessen Zigarette ein Feuer entzündet. Zum anderem wies Kindhäuser, illustriert durch ein von John Aubrey berichtetes Fallbeispiel, darauf hin, dass nach geltendem Strafrecht wegen versuchten Totschlags auch derjenige bestraft werden könne, dessen Tat von vornherein nicht zu einem Schaden führen konnte („untauglicher Versuch“): Eine Ehefrau versuchte ihren Gatten zu vergiften, indem sie ihm eine mit einer – wie sie glaubte – giftigen Kröte zubereiteten Suppe servierte. Die Suppe schadete dem Mann aber nicht, sondern heilte ihn von seiner Wassersucht.⁵

Im Gegensatz zu einer blinden Erfolgshaftung, wonach alle Folgen pflichtwidrigen Verhaltens zugerechnet wurden,⁶ verlange das heutige Schuldstrafrecht die individuelle Vorhersehbarkeit der eingetretenen Folgen. Die Schuld bilde damit den Inbegriff aller Voraussetzungen strafrechtlicher Zurechnung. Wenn der Erfolg aber nicht eintreten kann (wie in Aubreys Krötenfall), sei es inakzeptabel, die Strafe allein mit der bösen Gesinnung des Täters zu begründen. Der Betätigung dieser Gesinnung müsse also ein äußerlicher Erfolg zurechenbar sein, der allerdings nicht lediglich in einer kontingenten Verhaltensfolge (hier also dem Tod des Ehemannes) liegen dürfe. Die Bedeutung des Verhaltens selbst müsse also einen Schaden darstellen. Der Begriff der Schuld müsse folglich zwei Zurechnungsleistungen erbringen: erstens umfasse

¹ <https://www.uni-regensburg.de/aktuelles/medien/blog/zufall.pdf> (26.1.2022).

² Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014.

³ Hehl, Der Zufall in Physik, Informatik und Philosophie, 2021, S. 38 f.

⁴ Radbruch, in: Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 15, 1999, S. 150 Fn. 56.

⁵ R.A. Fairthorne, Aslib Proceedings 22 (1970), 550 (551).

⁶ Dazu E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 31 ff.

er diejenigen Voraussetzungen, unter denen eine Person für die mit ihrem Verhalten kausal verknüpften Schädigungen fremder Rechtsgüter einzustehen hat („matters of fact“ im Sinne *David Humes*‘); zweitens bestimme er, wann einem Verhalten die Bedeutung zukommt, als solches schädigend zu sein („relations of ideas“). Die Zurechnung des kausalbedingten Schadens besteht nach *Kindhäuser* nicht lediglich in der bloßen Kausalitätsfeststellung. *Kindhäuser* verdeutlichte an einem Beispiel, in dem A den B in die Warenauslage eines Porzellanladens stößt, dass B zwar kausal für das zerbrochene Porzellan sei, er aber keine Sache beschädigt habe (§ 303 Abs. 1 StGB). Die Handlungsverben der Erfolgsdelikte (töten, beschädigen etc.) setzten Erfolg und Verhalten in eine begriffliche Verbindung, die über die reine Kausalverknüpfung hinausgehe. Hier schlage nun die Stunde des Zufalls. Dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend verstehe das Strafrecht unter Zufall einen singulären, keiner finalen Steuerbarkeit unterliegenden Geschehensablauf. Das Handlungsverb „beschädigen“ drücke somit neben der kausalen Herbeiführung der Beschädigung zugleich aus, der Täter hätte den Eintritt des Schadens auch gezielt vermeiden können. Von einer strafrechtlich relevanten Handlung könne demzufolge nur die Rede sein, wenn der Täter mindestens eine Verhaltensalternative verwirklichen konnte, die den Erfolg vermieden hätte. Unterlassen sei dann auch nicht einfach ein Nichtstun, sondern ein Verhalten, das durch das Unterlassen einer Verhaltensalternative charakterisiert werde. Der gestoßene B habe keine Alternative dazu gehabt, ins Porzellan zu stürzen, so dass ihm mangels Handlung auch kein Schuldvorwurf gemacht werden könne.

Den kausalen Eintritt des Erfolges möge man je nach den Umständen als zufällig betrachten. Eine radikal subjektive Zurechnungslehre im Strafrecht erkläre den Eintritt des Erfolges deshalb für die Zurechnung für völlig irrelevant.⁷ Allein der das Verhalten steuernde Wille sei danach Gegenstand strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Jedoch werde richtigerweise neben dem faktischen erfolgsverursachenden Verhalten auf ein alternatives Verhalten Bezug genommen; nicht die Verursachung allein, sondern die Vermeidbarkeit begründe die Erfolgzurechnung.

Welche Voraussetzungen hat Vermeidbarkeit? Warum soll vermieden werden? Das schwache Fundament des Vermeidbarkeitskriteriums bildet für *Kindhäuser* der irrealer Konditionalsatz: dass etwas bei alternativem Verhalten hätte vermieden werden können, was durch das reale Verhalten nicht vermieden worden ist. Das Problem bestehe nun darin, dass im Fall des Erfolgseintritts ex post sich die Vermeidbarkeit dieses Ereignisses gerade nicht manifestiert habe. Rechtliche Regelungen setzten die Fähigkeit ihrer Adressaten, sich zwischen Verhaltensalternativen zu entscheiden und entsprechend zu verhalten, voraus. Das Recht hypostasiiere also Rechtstreue und garantiere – kontrafaktisch –, dass seine Adressaten wechselseitig rechtstreu Verhalten erwarten können. Dies entspreche freilich regelmäßig nicht der Lebenswirklichkeit und das Recht erkenne an, dass beispielsweise in Notstands-

lagen keine Schadensvermeidung zu erwarten sei. An die Stelle beweisbarer Willensfreiheit trete der bescheidene Nachweis, dass die Voraussetzungen vorlagen, unter denen von einem rechtstreuen Normadressaten ohne bestimmte psychische Defekte und ausgestattet mit den Kenntnissen und der konkreten Physis des konkreten Täters eine handlungswirksame Entscheidung zu alternativem Verhalten zu erwarten war. Diese Vermeidbarkeitshypothese sei natürlich nicht logisch zwingen, doch sei sie praktisch notwendig. Daher bedürfe es zu ihrer Verwirklichung eines Motivationsgrundes, einen bestimmten Erfolg zu vermeiden.

Das Strafgesetz kenne zwar keine Norm, ein Erfolg solle vermieden werden. Strafgesetze enthielten nur Sanktionsnormen (§ 212 Abs. 1 StGB: „Wer [...] tötet, [...] wird [...] bestraft“). Diesen lasse sich aber entnehmen, dass ein Verhalten, das zu bestrafen ist, auch verboten ist. Ob sich jemand normwidrig verhalten hat, lasse sich erst ex post feststellen; wie sich der Täter ex ante hätte verhalten sollen, lasse sich begrifflich hingegen nicht fixieren. Es spreche jedoch nichts dagegen, Normen als verbindliche Zielvorgaben für rechtmäßiges Verhalten zu verstehen. Ein Verbot bilde damit einen Verpflichtungsgrund. Die Pflicht bestehe in der Bindung des Normadressaten an die Norm nach Maßgabe seiner Handlungsfähigkeit. Der praktische Syllogismus im Krötenbeispiel würde danach lauten: Der Tod des B beziehungsweise die diesbezügliche Gefahr hätte E zu dem Zeitpunkt, als sie die Suppe kochte, vermeiden und somit die Kröte nicht in die Suppe hineingeben dürfen, wenn sie dem Tötungsverbot hätte Folge leisten wollen. Sie habe somit durch ihr Verhalten zum Ausdruck gebracht, das Verbot nicht als verbindliche Prämisse ihres Verhaltens anerkennen zu wollen. Deshalb sei ihr Verhalten auch bei Ausbleiben des Erfolges nicht belanglos. Die Erwartung rechtstreuen Verhaltens sei enttäuscht worden. Dieses vorwerfbare Defizit an mangelnder Rechtstreue heiße Schuld. Der Wert der Norm als Orientierungsmuster werde zumindest fallweise gemindert, was einen Schaden darstelle: den Normgeltungsschaden. In präventiver Zielsetzung solle dieser durch das Strafrecht verhindert werden; Adressat sei der normtreue Bürger (positive Generalprävention).

Der strafrechtliche Schuldvorwurf erkläre damit zum einen, warum ein Verhalten mit Strafe beantwortet wird; zum anderen rechtfertige er die Zurechnung der Güterbeeinträchtigung. Im Wandererbeispiel handelte A jedoch unbewusst fahrlässig, so dass er gar keinen Anlass hatte, einen Erfolg zu vermeiden. Nach dem Grundsatz *ultra posse nemo obligatur* konnte W gar keine Vermeidpflicht treffen. Ihm fehlte die Einsicht, so dass er nicht gezielt vermeiden konnte. Allerdings sei die Unvermeidbarkeit vermeidbar gewesen. W hätte Sorge für ihre Fähigkeit tragen sollen. Die aktuelle Kenntnis wird durch den Vorwurf, die Unkenntnis beruhe auf mangelnder Sorgfalt, ersetzt. Dies sei der Vorwurf der Fahrlässigkeit. Damit handele es sich bei der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit entgegen *Radbruch* keineswegs um eine verschämte Zufallshaftung, sondern um die Sanktion der Enttäuschung der Erwartung hinreichender Gefahrenkenntnis und Gefahrenvorsorge.⁸

⁷ Etwa *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 128 ff., 151 ff., 204 ff.

⁸ *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil,

Der an sich philosophisch ausgerichtete Vortrag von *Thomas Meyer* über „Kausalität, Zufall und Kontrolle“ streifte das strafrechtliche Interesse der Tagung in nicht unwesentlicher Weise. Im Zentrum seiner Darstellungen standen die INUS-Bedingung von *John Mackie* sowie der NESS-Account von *Richard W. Wright*.⁹ An letzterem orientiert sich etwa die Lehre von *Ingeborg Puppe*, was die strafrechtliche Relevanz des Themas unterstreicht.¹⁰ *Meyers* Perspektive war freilich nicht die strafrechtliche, sondern diejenige der Debatte um „moral luck“. Grundsätzlich gelte für moralische Beurteilungen menschlichen Verhaltens das „Control Principle“, welches besage, dass wir moralisch nur insoweit verantwortlich seien, als wir anhand von Faktoren beurteilt werden können, die unter unserer Kontrolle stehen. „Moral luck“ bezeichnet Situationen, in denen einem Handelnden Lob oder Tadel ob seiner Taten beziehungsweise deren Folgen zuteilwird, obwohl er über diese keine Kontrolle ausübt.¹¹ *Meyer* beschränkte seine Darstellung auf die Zufälligkeit der Folgen unseres Tuns (resultant luck). Der NESS-Account besagt nach *Wright*, dass ein „necessary element of a sufficient set“ kausal für ein Ereignis sei. Der Vorteil dieser Fassung bestehe darin, dass *Wright* nur eine „weak necessity“ vertrete. Das einzelne betrachtete Element sei notwendig dafür, dass ein ganzes Bedingungsbandel hinreichende Bedingung für ein Ereignis ist; allerdings könne auch ein ganz anderes Bedingungsbandel zum selben Erfolg führen. Beispielsweise könne ein Haus nicht nur durch einen Kurzschluss in Brand geraten, sondern auch durch eine umgestürzte Kerze. Moralisch relevant könnten freilich nur Handlungen sein. „Moral luck“ liege vor, wenn durch Handlung der Eintritt eines Ereignisses nicht kontrolliert werden könnte und also „zufällig“ eintrete oder ausbliebe. Um sich einem Begriff des „Zufalls“ zu nähern, definierte *Meyer* zunächst „Koinzidenz“ als zeitgleichen Instanzierung von zum selben Ergebnis führenden INUS-Bedingungen. Koinzidenz in diesem Sinne schließe Kontrolle freilich noch nicht zwingend aus und sei somit nicht notwendig zufällig. Zufall sei aber ein Unterfall der Koinzidenzen, die nicht antizipiert werden können, weil sie sehr selten oder unregelmäßig auftreten. In solchen Fällen mache es uns die Seltenheit beziehungsweise die Unregelmäßigkeit unmöglich, Fähigkeiten zu erlernen, um den Erfolgseintritt zu beherr-

schen. Zufällige Handlungsfolgen seien demnach solche, zu deren handelnden Verursachung man keine Fähigkeiten besitze oder besitzen könne.

Auch *Dr. Boris Burghardt* beschäftigte sich mit dem Problem des „moral luck“ – freilich unter anderen Vorzeichen. In dem auf seiner Habilitationsschrift¹² basierenden Vortrag über „[z]ufällig erlittenes Leid und de[n] personalisierte[n] Unrechtsbegriff des Strafrechts“ thematisierte er, inwieweit die Tatsache strafrechtliche Aufmerksamkeit verdiene, dass auch nicht durch Menschen verursachtes Leid als Unrecht wahrgenommen werde – und nicht, wie es die Strafrechtslehre nahelege, als bloßes Naturereignis.

Zur Illustration diene *Burghardt* die alttestamentarische Hiobsgeschichte, die er einer dezidiert säkularen Interpretation unterzog. Hiob gilt selbst Gott als gottesfürchtigster und rechtschaffenster Mensch auf Erden. Er ist deshalb zuversichtlich und wettet gegen Satan, Hiob werde sich auch dann nicht von ihm abwenden, wenn ihm der göttliche Segen abhandenkäme und vom Schicksal geschlagen werde. Doch Hiob hadert mit Gott. Seine Freunde halten ihn an, er solle den Fehler bei sich selbst suchen. Aber Hiob beharrt auf seiner Unschuld und lästert schließlich Gott. Gott schilt Hiob daraufhin höchst selbst: seine Gerechtigkeit sei umfassender als Hiob begreifen könnte. Hiob leistet Abbitte und erhält vom Herrn doppelt so viel, wie er zuvor besessen hatte.

Säkular betrachtet seien die Schicksalsschläge, die Hiob ereilen, Zufall – er übe keine Kontrolle aus. Doch Hiob empfinde sein Schicksal als Unrecht. Warum aber Unrecht, nicht Unglück? In der Wahrnehmung Hiobs deute sich ein präinstitutioneller und primär negativer Unrechtsbegriff an: „warum ich?“ Was uns widerfahre, bewerteten wir anhand basaler normativer Kategorien. Normative Grunderwartungen bestünden demnach nicht nur Personen gegenüber, sondern bereits gegenüber dem Leben selbst. Die Menschheit habe funktionale Mittel entwickelt, um Schicksalsschlägen zu begegnen, die *Burghardt* Zufallsbewältigungspraktiken nennt. Eine dieser Strategien sei die der normativen Kontrastierung. Das von Hiob subjektiv empfundene Unrecht verlange nach Aufhebung, weil es als verdienstfremd angesehen werde. Für dieses Bedürfnis sei das Strafrecht blind, da es Unrecht und Schuld nur in menschlichen Handlungen erkennen könne. Hiobs Unrechtserfahrung sei somit im Gebäude der Strafrechtslehre obdachlos. Entgegen dieser Auffassung erschöpften sich Ereignisse, die subjektives Leid verursachen, nicht in reiner Äußerlichkeit, sie seien kein normatives Nullum. Vielmehr verlange dieses subjektive Bedürfnis nach normativer Kontrastierung. Dieser Erwartung werde das Strafrecht nicht gerecht. Die Erwartung sei auch nicht irrational, wie der Fall der Seismologen zeige, denen nach dem Erdbeben von L’Aquila 2009 vorgeworfen wurde, sie hätten die Öffentlichkeit nicht hinreichend gewarnt. Entsprechende Vorwürfe werden zurzeit anlässlich der verheerenden Überschwemmungen in Westdeutschland laut.¹³ Warum werde fahrlässiges Verhal-

9. Aufl. 2020, § 33 Rn. 3.

⁹ *Mackie*, *American Philosophical Quarterly* 2 (1965), 245 – INUS steht für „insufficient, but necessary part of an unnecessary but sufficient condition“; *Wright*, in: *Kahmen/Stepanians* (Hrsg.), *Critical Essays on „Causation and Responsibility“*, 2013, S. 19 ff. NESS steht für „necessary element of a sufficient set“.

¹⁰ *Wright/Puppe*, *Chicago-Kent Law Review* 91 (2016), 461; *Puppe*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 13 ff. Rn. 109 ff.

¹¹ *Nelkin*, „Moral Luck“, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2021 Edition), abrufbar unter <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/moral-luck/> (24.11.2021); zu „Moral luck“ auch *Burghardt*, *Zufall und Kontrolle*, 2018, S. 11 ff.

¹² *Burghardt* (Fn. 11). Dazu die Rezensionen von *Pawlik*, *JZ* 2020, 1061; *Hörnle*, *RphZ* 2019, 333; *Neumann*, *ZStW* 132 (2020), 938.

¹³ <https://www.bild.de/politik/inland/politik-inland/hochwass>

ten nur beim Eintritt des Erfolgs bestraft? Wenn ein Erfolg nur ein äußeres, weil zufälliges Geschehen sei, dann sei nicht einsichtig, warum sein Eintritt das personale Unrecht steigern sollte. Es bedürfe einer normativen Basiskategorie, die diese Unrechtsdimension erfasse. Auch ein faktisches Geschehen habe Bedeutung – freilich nicht in einem ontologischen Sinne. Eine Norm sei nicht nur dann existent, wenn sie sich an einen Adressaten wendet. § 212 Abs. 1 StGB bringe über den Verhaltensappell hinaus auch den Wert des menschlichen Lebens zum Ausdruck – unabhängig davon, ob sich jemand gegen die Verhaltensnorm des Tötungsverbots zu verstoßen anschicke. Eine Normtheorie, die diesen Aspekt ausblendet, sei defizitär. Die normative Bedeutung von Strafrechtsnormen gehe über die Motivation des Täters hinaus und müsse bei der strafrechtlichen Kategorienbildung berücksichtigt werden.

Zu Beginn des zweiten Tagungstages widmete sich *Thomas Windhöfel* in seinem Vortrag „Zufall und Demokratie“ der Frage, ob Demokratien rationale Entscheidungen hervorbringen können. Es verhalte sich grundsätzlich so, dass jeder Staat, egal welcher Form, zu seiner Legitimation des Anspruchs auf Rationalität bedürfe. Dies gelte insbesondere für den Verfassungsstaat, der schon um seiner Akzeptanz willen darauf angewiesen sei. Schließlich gelte in der Demokratie wie in keiner anderen Staatsform der Satz „*auctoritas non veritas facit legem*“. Im geltenden deutschen Recht folge die Rationalitätsverpflichtung aus dem Rechtsstaatsprinzip.

In einem weiten Sinne bedeute Rationalität zunächst die Nachvollziehbarkeit anhand der Ziele und Motive des Handelnden. Danach sei auch das Rosenkranzbeten rational. Ein solches Rationalitätsverständnis widerspreche jedoch dem Grundsatz, dass der pluralistische Staat eine säkulare, objektive Position bekleiden müsse, so dass ihm religiöse Parteien verboten seien.

Demokratie bedeute in erster Linie die Herrschaft der Mehrheit. Die Wahlverfahren legen insofern eine gewisse Irrationalität der demokratischen Entscheidungsfindung nahe. Die empirische Forschung spreche gegen die Annahme, Menschen trafen ihre Entscheidungen auf rationaler Basis. In einem empirisch-pragmatischen Sinne seien Mehrheitsentscheide so zufällig wie Losentscheide. Dadurch sei freilich nicht ausgeschlossen, dass Demokratien zu rationalen Entscheidungen führen können. Aus der Vielzahl vertrittener Demokratietheorien¹⁴ stellte *Windhöfel* die deliberativen Theorien (*Kelsen, Habermas, Dreier*) ihren Kritikern gegenüber. Nach dem deliberativen Demokratieverständnis seien demokratische Entscheidungen nicht zufällig, weil ein geordnetes Verfahren Rationalität garantiere. Indes herrsche in Demokratien ein „faktischer Akklamationsismus“. Bei germanischen Thingwahlen sei Zustimmung durch Waffenrasseln, Ablehnung durch Murren zur Kenntnis gegeben wurde. Doch wurde die Mehrheit durch das Anschwellen von Rasseln respektive Murren schließlich stets zu einer Einheit. Die mittelalter-

lichen Wahlen von Kaiser, König, Bischof und Abt seien ebenfalls ein reiner Formalismus gewesen. Elemente dieses Akklamationsismus fänden sich auch heute noch, wenn man etwa an den Zustimmungsvorschuss denke, den Regierungsparteien regelmäßig genossen. Nach der deliberativen Lesart sei Demokratie nicht (nur) Regierungs-, sondern auch Lebensform (*Dewey*). Die Haltbarkeit dieser These werde zum einen dadurch bedroht, dass manchmal nur Mehrheitsentscheide möglich seien, weil ein Konsens wegen der unverrückbaren Positionen der sich gegenüberstehenden Lager ausgeschlossen sei. Zum anderen verlange das deliberative Verständnis derart hohe kognitive Fähigkeiten, wie sie noch niemals flächendeckend in einem Staat verwirklicht worden seien. Neben diesen praktischen Einwänden sei theoretisch fragwürdig, dass nur die Demokratie den Zuschlag der Rationalität verdiene. Es müsste gerade im Interesse des Einzelnen liegen, sich der Mehrheit zu beugen. Die Unterstützung der christlichen Minderheiten in Ägypten für Mubarak, in Syrien für Assad und im Irak für Hussein zeigten jedoch, dass dies oftmals gerade nicht den eigenen Interessen entspricht, sondern dass diese unter Umständen besser von einer autoritären Regierung repräsentiert werden können. Des Weiteren entscheide die Aggregationsregel, also die Zählweise über das Wahlergebnis. Demnach hänge es insofern in diesem Sinne auch vom Zufall ab, wie entschieden werde. Wie sollte man nun aber mit der Zufälligkeit demokratischer Entscheidungen umgehen? *Amartya Sen* setze auf umfassendere Information der Gesellschaft. Auf Bürgerebene sei jedoch nicht einzusehen, warum mit ihrer Lebensführung völlig ausgelastete Menschen auf einmal die Mehrinformation aufnehmen, geschweige denn zu einer rationalen Entscheidungsfindung verwerten würden. Im Bereich internationaler Organisationen führe der Weg der Mehrinformation wohl in eine Technokratie. *Nida-Rümelin* wolle stattdessen den Demokratiebegriff um den Individual- und Minderheitenschutz erweitern. Dies bedeute eine Abkehr vom Mehrheitsprinzip – ein Weg, dem der westliche Verfassungsstaat und insbesondere auch das Grundgesetz (Art. 19 Abs. 4 GG) und die Verfassungsrechtsprechung (allgemeine Handlungsfreiheit) folgten. Dagegen richte sich vielfach populistische Kritik, die eine aktuelle Bedrohung darstelle. *Windhöfels* Sympathie gelte einer multikulturalistischen Demokratietheorie, wie sie etwa *Charles Taylor* vertrete. Danach gewährleiste entgegen einem liberalen Verständnis nicht die Trennung von staatlich-politischer Sphäre einerseits und der gesellschaftlichen, privaten und kulturellen Sphären andererseits die Rationalität in der Gegenwart. Vielmehr sei die kulturelle Gemeinschaft prägend für die Menschen, nicht umgekehrt. Ein Konzept egalitärer Freiheit habe demnach auch die Relevanz der kulturellen Gemeinschaft zu berücksichtigen. Eine flächendeckend gleiche Anwendung des Rechts auf alle Gesellschaftsgruppen führe zu struktureller Diskriminierung, wie die Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁵ zeige.

In Zukunft werde nach *Windhöfel* das Majoritätsprinzip als Legitimationsprinzip wohl erhalten bleiben. Dieses führe auch zu Zufallsentscheidungen, und garantiere demnach kei-

[er-spaete-warnung-der-flutopfer-was-droht-den-verantwortlichen-77125506.bild.html](https://www.bild.de/er-spaete-warnung-der-flutopfer-was-droht-den-verantwortlichen-77125506.bild.html) (24.11.2021).

¹⁴ Vgl. nur Comtesse u.a. (Hrsg.), *Radikale Demokratietheorie*, 2019.

¹⁵ BVerfGE 153, 1.

ne umfassende Rationalität. Wolle der Staat Heimstatt aller Bürger sein, müsse er strukturelle Diskriminierung verhindern. Eine Einhegung des Zufalls könne die öffentliche Meinung in ihren gar zu ritualisierten Formaten (Talkshows, soziale Netzwerke) nicht erreichen. Diese Aufgabe erfülle vielmehr eine prozedurale Regulierung des Zufalls, die in erster Linie den Verfassungsgerichten zukomme – und möglicherweise neuen, bislang unbekanntem Institutionen.

Aus öffentlich-rechtlicher Sicht besprach *Dr. Thomas Spitzlei* „Die Verteilung des Corona-Impfstoffs nach dem Zufallsprinzip – gerechtes Entscheidungskriterium oder staatliche Willkür?“. Das zum Zeitpunkt der Tagung virulente Problem der Güterknappheit von Corona-Impfstoff angesichts hoher Nachfrage drängte den Staat, eine Auswahl unter den Bewerbern zu treffen. Fraglich sei, ob solche Entscheidungen dem Zufall überlassen werden dürften.

Der Zufall als Entscheidungskriterium im Rechtsstaat werde kontrovers beurteilt. Die Mahnung vor dem Scheitern des Rechtsstaats oder der Bankrotterklärung des Rechts lasse sich einerseits ebenso vernehmen wie die Preisung der Zufallsentscheidungen als in besonderem Maße gerecht andererseits. In jedem Fall werfe der Zufall Gerechtigkeitsfragen auf, so dass Art. 3 Abs. 1 GG zu berücksichtigen sei.

Der Zufall sei als formelles ein rein objektives Entscheidungskriterium. Die materiellen Entscheidungskriterien seien demgegenüber immer subjektiv zu bewerten und ein materielles Auswahlverfahren komme demnach gewissermaßen einem Schönheitswettbewerb gleich. Die asymmetrische Informationsverteilung zwischen Entscheider und Bewerber resultiere daraus, dass letzterer die Informationen stelle und somit mehr der Anschein der Bewerbungsunterlagen als der Bewerber selbst Gegenstand der Bewertung durch den Entscheider sei.

Wäre eine Zufallsentscheidung irrational oder gar willkürlich? Verwaltungsrechtlich sei dies gerade nicht der Fall. Das Zufallsverfahren sei vielmehr rational in dem Sinne, dass es außerordentlich praktikabel, schnell, günstig, einfach und transparent sei. Auch belaste es die Bewerber nur sehr geringfügig, da bereits die Interessenbekundung genüge, ohne dass weitere, persönliche Informationen angegeben werden müssten.

Freilich sei die Anwendung des Zufallsprinzips rechtlich nicht unproblematisch. Es ließen sich drei Fallgruppen unterscheiden. Zum einen seien Fälle denkbar, in denen die Verfassung nachgerade die Zufallsentscheidung verlange, wie bei einem Wahlpatt oder dem Nachrücken eines Richters bei Befangenheit. In dieselbe Gruppe gehörten Fälle, in denen materielle Anknüpfungspunkte denkbar wäre, deren Berücksichtigung aber rechtlich abgeschnitten ist (Art. 3 Abs. 3 GG). In diesen Fällen seien Zufallsentscheide also zulässig. In einer anderen Fallgruppe komme der Zufallsentscheidung gar Eigenwert zu, die Zufälligkeit sei Mittel und Zweck in einem. In diese – kleine – Gruppe gehörten etwa die Auswahl bei allgemeinen Grenz- und Verkehrskontrollen. Schließlich werde Zufall bei Verteilungsentscheidungen relevant, wenn Güterknappheit herrscht und der Staat also über die Verteilung entscheiden muss. Aus der Rechtsordnung werde eine Verteilungsordnung. Diese habe materielle Kriterien, die die Ver-

fassung vorgebe, zu berücksichtigen, etwa bei der Vergabe öffentlicher Ämter (Art. 33 GG) oder von Studienplätzen. Jede Zufallsentscheidung begründe demnach ein Differenzierungsdefizit, da durch den Zufall Ungleiches gleich beziehungsweise Gleiches ungleich behandelt werde und bedürfe somit der Rechtfertigung.

Die Praktikabilität der Zufallsentscheidung stelle ein legitimes Ziel dar, welches durch die Zufälligkeit der Entscheidung auch geeigneter- und erforderlicherweise erreicht werde, da kein anderes Verfahren ähnlich praktikabel wäre. Im Rahmen der Angemessenheit sei schließlich eine Kosten-Nutzen-Abwägung zu treffen. Der Nutzen von Zufallsentscheidungen liege auf der Hand. Die Kosten ließen sich zum einen qualitativ anhand des Grades an Homogenität des Bewerberfelds, zum anderen quantitativ danach bestimmen, ob ein knappes Gut kaum, überwiegend oder gar vollständig verlost werde. Letzteres sei regelmäßig sehr ungerecht. Das entscheidende Kriterium liege in der Homogenität des Bewerberfelds. Je homogener die Gruppe, umso gerechter die Zufallsentscheidung.

Es zeige sich, dass sich die Verteilung des Corona-Impfstoffs primär am Lebensschutz orientiere. Subsidiär erlange der Systemgedanke Bedeutung, der letztlich den Schutz des Staates selbst bezwecke. Positivrechtlichen Ausdruck erhielten diese etwa in Art. 2 Abs. 2, 6, 7 und 20 GG.

Könnte dem Zufall dennoch Raum gegeben werden? *Spitzlei* hält dies auch de lege ferenda für eher unwahrscheinlich. Auf keinen Fall dürfe es zu einer überwiegenden oder gar vollständigen Zufallsverteilung kommen, weil die Verfassung materielle Kriterien vorgebe, an denen Verteilungsentscheidungen auszurichten seien – auch wenn diese nicht prädestiniert seien und sehr unterschiedlich ausfallen könnten. Zwar sei eine zufällige Verteilung von 20 % des Impfstoffs denkbar, aber wohl immer noch zu ungerecht. Danach bleibe kein Raum für einen originären Zugriff des Zufalls. Einen Anwendungsbereich könne die Zufallsentscheidung aber dort finden, wo die Gerechtigkeit (zu) langsam mache. Dies sei dann der Fall, wenn der enorme Aufwand der Differenzierung bei der Verteilung mit nur sehr geringem oder gar keinem Gewinn an Gerechtigkeit verbunden sei. Insbesondere bei der Abfallvermeidung habe die Zufallsvermeidung ihren Platz.

Außerdem sprachen am zweiten Tag – dieser stellte den theologischen Teil der Tagung dar – Prof. *Dr. Judith Hahn* über „Magie in Recht und Religion. Zur Funktion von Performativität in Liturgie und Rechtsritual“, *Dr. Christoph Wiesinger* über „Zufall und Ordnung“ sowie *Dr. Dr. Placidus Bernhard Heider* zum Thema „Zufällig Subjekt? Identitäten auch mal anders“. Den Abschluss bildeten Prof. *Dr. Kurt Wuchterls* tiefgehende „Philosophische Überlegungen zur Bedeutung des Religiösen in einer chaotischen Welt“.

Das reichhaltige Programm, das hier nur in seinen rechtlichen Facetten nachgezeichnet werden konnte, wurde dem interdisziplinären Anspruch voll gerecht und führte zu fruchtbaren Diskussionen über die Fachbereichsgrenzen hinweg. Insoweit hat *Konstantina Papathanasiou* nichts dem Zufall überlassen. Bereits das Spektrum der durch die rechtswissenschaftlichen Vorträge behandelten Themen (von den Grundlagen strafrechtlicher Verantwortung, dem Zweck des Straf-

rechts im Rechtsstaat über die Demokratie bis hin zu Fragen der Verteilungsgerechtigkeit) verdeutlicht die vielfältigen Weisen, in denen der Zufall unser Leben berührt: als Entschuldigung, als Herausforderung, als logistisches Hilfsmittel. Das moderne Recht ist in erster Linie mit menschlichem Verhalten befasst und rührt in seinen Normen dementsprechend oftmals an moralische Fragen. Insoweit perspektivöffnend wirke somit der Anfangsvortrag von *Walter Hehl*. Sämtliche Vorträge gingen mit einer Definition des Zufalls einher, die der jeweiligen Betrachtungsweise angemessen wurde: ein physikalischer Zufallsbegriff der Quantenwelt hilft dem rauchenden Wanderer nicht bei seiner Verhaltensorganisation. Gleichwohl verdeutlichten die unterschiedlichen Begriffsfassungen allen Teilnehmern, dass ihre jeweiligen Sichtweisen hochgradig das eigene Verständnis „des Zufalls“ formen. Dies gilt nicht nur für den Zufallsbegriff, sondern für jede disziplinäre Betrachtung vermeintlich universeller Begriffe. Die interdisziplinäre Ausrichtung der Veranstaltung hält damit das Bewusstsein dafür wach, dass unser je eigenes Begriffsinstrumentarium in erster Linie unseren Bedürfnissen und Interessen förderlich ist und nicht unbedingt einer Entsprechung mit Tatsachen entspringt. Eine stets lohnende und immer wieder auf's Neue erstaunliche Erinnerung, welche in der bestens organisierten Tagung eine vortreffliche Gestalt fand.

Der Tagungsband wird voraussichtlich im März bei Duncker & Humblot in der Schriftenreihe „Philosophische Schriften“ erscheinen.