



Rolf Grabower als Referendar,  
1906

# Kopf oder Zahl

*»Some things are law, and I'm all in favour of it, and some things are common sense and this is common sense.«<sup>1</sup>*

(Donald Trump zu seinem Einwanderungsdekret bei einem Treffen mit Polizeipräsidenten im Weißen Haus am 7.2.2017)

Ich bin Establishment! Juristisches. Deswegen werde ich um Rat gebeten in meiner (wirtschaftswissenschaftlichen) Fakultät. »Also, wir haben in unserer Wohnung da so Probleme mit dem Vermieter, Du kennst Dich sicher aus, ist nur 'ne Kleinigkeit für Dich ...«; »nun, unter uns, meine Mutter hat Geld angelegt in einem Fonds oder so und jetzt stellt sich die Frage, ist ja Dein Gebiet ...«; »mein Sohn hat da wohl neulich im Internet und jetzt diese Abmahnung, wenn Du vielleicht ...«; aber auch »können wir über diese Frage einen Antrag im Fakultätsrat stellen, wenn ...« oder neulich: »Darf bei Gleichheit der Noten und sonstiger Voraussetzungen über die Vergabe eines gebührenbefreiten Auslandsstudienplatzes durch Münzwurf entschieden werden, gibt es da juristische Probleme?« Kurzes Innehalten, dann reift der gesunde Menschenverstand zum Judiz und zur Aussage: »Na, das denke ich nicht. Nein. Kein Problem.« Der Statistik-Kollege allerdings beugt sich über den Mensatisch und seine Soljanka (»Essen II, Schlange kürzer, gar nicht mal schlecht«) und erläutert, dass der Wurf mit der 1 Euro Münze eventuell nicht ganz koscher sei. Da hätte er mal sowas gelesen. Das müsste man vielleicht gelegentlich als schönes Beispiel nehmen für die Approximation der Binomialverteilung durch die Normalverteilung ... »Ach was?« Puh, Wahrscheinlichkeitsrechnung, das ist ja lange her. Bin doch nur Jurist – aber das befähigt mich immerhin, im Zweifel beim Judiz zu bleiben: »Ach was!«

Der Zweifel aber tut sein Werk, er nagt. Eine schnelle Internetrecherche noch in der Mittagspause ergibt, dass tatsächlich polnische Wissenschaftler schon vor Jahren Zweifel an der belgischen 1-Euro-Münze geäußert hatten. Der Kopf des belgischen Königs sei wohl zu leicht und deswegen zeige die Münze häufiger »Kopf«. Die britische Presse empfahl daraufhin für die Weltmeisterschaft besonderes Augenmerk bei der Seitenwahl, wenn eine Euromünze verwendet

würde. Wen stört's. Die Briten sind eh bald raus aus der EU und eigentlich immer bald raus aus der WM und an beidem aber dürfte der belgische König wohl keine Schuld haben. Dennoch: ist der Münzwurf also doch nicht so »rechtssicher« wie gefühlt? Wird er denn sonst irgendwie rechtlich relevant genutzt? Google schickt mich nach Iowa, von wo die Associated Press am 2.2.2016 berichtet, dass mit einem Münzwurf entschieden werden musste, ob Hillary Clinton oder Bernie Sanders ein zusätzlicher Bezirksdelegierter zugeteilt werden sollte. Dieses altbewährte Verfahren werde gewählt, wenn die Kandidaten bei der Wahlversammlung gleich viele Stimmen haben, die Zahl der zu vergebenden Delegierten aber ungerade ist<sup>2</sup>. Clinton gewann. Erstmal. Und in Kentucky warfen Geschworene in einem Mordprozess die Münze, weil Sie sich nicht einigen konnten. Das wurde vom Gericht dann allerdings moniert. Die in den USA selbst ausgelosten Geschworenen waren erstaunt. Immerhin hätten Sie sich einstimmig auf den Münzwurf geeinigt<sup>3</sup>. Und ganz generell, wenn die Hals-Nasen-Ohren-Ärzte Clark und Westerberg (nicht nur Juristen können alles ...) mit ihrer Untersuchung »How random is the toss of a coin«<sup>4</sup> recht haben, dann kann schon bei kurzer Übung das Ergebnis zumindest ein wenig manipuliert werden. Da muss man sich allerdings ganz genau ansehen, wie geworfen wird und ..., ach, Mittagspause vorbei, andermal weitermachen ...

*»Beim Werfen einer Münze wird demgegenüber überwiegend die Eignung als Losentscheidung bejaht, wenn das Münzstück hoch genug geworfen und in mehrfache Umdrehungen versetzt worden ist (vgl. Ballerstedt-Schleicher-Faber-Eckinger, Art. 32 Rdnr. 16; Windscheid, PersV 1980, 492 f., und Grabendorff-Windscheid-Ilbertz, § 32 Rdnr. 12; a. A. Fischer-Göres, in: GKÖD, PersonalvertretungsR des Bundes und der Länder, Bd. V, Teil 1 (1974), § 32 BPersVG Rdnr. 11).«<sup>5</sup> So der VGH München, der weiter ausführt, dass alles dem ordnungsgemäßen Zufall unterliegt, wenn »ein 1 DM-Stück auf Kopfhöhe hochgeworfen wird, so daß es nach mehrmaligem Umschlag auf einer Resopaltischplatte liegen bleibt«. – Nach all der stürmischen Aufregung mit den Statistikern und dem Mittleren Westen der USA ist es doch ein gutes Gefühl, in den ruhigen Hafen der Jurisprudenz einlaufen und am Kai der Beck-Datenbank anlegen zu können. Die Welt ist nicht aus den Fugen. Allerdings, obacht, es war keine Euro-Münze und die Sache ist umstritten: »a.A.«! Das soll mich nicht kümmern, wenn die Rechtsprechung sich einig ist. Und da klärt uns das OVG Weimar auf: »Bei dem Losentscheid ist eine Methode zu wählen, die einen Ein-*

fluss auf das Zufallsergebnis nicht zulässt. Im Gegensatz zum »Streichholzziehen« genügt der reguläre Münzwurf diesen Anforderungen«<sup>6</sup>. Mit dem Streichholzziehen hatte nämlich bereits das Bundesverwaltungsgericht 1991 abgerechnet. Die so erfolgte Wahl der Vorstandsmitglieder in der konstituierenden Sitzung des Personalrates sei unzulässig, da sie manipuliert werden könne. Man wisse aus »tatsächlicher Erfahrung, daß derjenige, der beim Streichholzziehen die Streichhölzer hält, auf schwer überschaubare Weise das längere oder kürzere Streichholz bewußt auf die eine oder andere Seite nehmen, eines der Streichhölzer etwas länger herausragen lassen oder die Streichhölzer unterschiedlich festhalten könne«<sup>7</sup>. Ob allerdings ein Personalrat gut gewählt ist, der noch nichtmal diese Schulhoftricks durchschaut ...? Wie auch immer, OVG Lüneburg, Beschluss vom 9. Mai 1980 – P OVG G 823/79 und wohl auch OVG Münster, Beschluss vom 9. August 1989 – CB 145/89 sind gleicher Auffassung und damit ist die Sache im Falle unserer Studierenden klar. Schön. Dann kann ich den Kollegen einen »rechtlichen« Rat geben. Das wird sie freuen, impliziert das doch eine gewisse Richtigkeit und gibt Vertrauen in die eigentlich ja eigene Entscheidung. Das Rechtssystem stabilisiert, ganz luhmannsch, die weiteren Systeme. Ein erprobtes, ja etabliertes, wenn nicht sogar etabliertes System.

Allerdings, vom zerbrechlichen Streichholz zum groben Keil, verstoßen Personalvertretungsgesetze, nach denen im Falle der Stimmengleichheit bei der Wahl der Gruppenvertreter für den Vorstand des Personalrats das Los entscheidet, nicht gegen das Demokratieprinzip? Das OVG Weimar hatte sich damit auseinanderzusetzen, ob der in den Personalratswahlen zum Ausdruck gebrachte Wählerwille sich auch in dem durch Losentscheid bestimmten Vorstand wiederfindet. Da allerdings der Vorstand nur geschäftsführende Aufgaben hat, sei es nicht erforderlich, dass er »ein repräsentatives Spiegelbild der Wählerschaft«<sup>8</sup> sein müsse, denn die Personalvertretung als solche sei ja nicht in ihrer Entscheidungsbefugnis eingeschränkt. Damit ist also die repräsentative Demokratie nicht gefährdet durch den Münzwurf.

Oder doch? Denn warum nicht noch mehr Entscheidungen in demokratischen Prozessen vom Losglück abhängen lassen, wenn es so viel Unbehagen mit dem politischen Establishment in repräsentativen Demokratien gibt? Immerhin ist der Zufall schon in den Demokratien der Antike ein vielfach anerkannter Entscheidungs- und Wahlmodus gewesen. Die Mitglieder im »Rat der 500« in Athen etwa

wurden durch Los bestimmt. Auch im etablierten deutschen Demokratiesystem kann z. B. bei der Zusammensetzung der Bundesversammlung durch Los entschieden werden, § 4 III 2 BVerfGG: »Über die Zuteilung des letzten Sitzes entscheidet bei gleichen Höchstzahlen das vom Präsidenten des Landtages zu ziehende Los«. Da das dann allerdings bei der Wahl des Bundespräsidenten nach Roman Herzog im Maunz/Düring »im Hinblick auf die Würde und das Ansehen des Amtes aber keineswegs in Betracht kommt, bleibt nichts anderes übrig als die Durchführung weiterer Wahlgänge, bis es zu einer Entscheidung kommt«<sup>9</sup>. Ob eine Ermüdungsabstimmung (»ach na ja, jetzt ist es mir dann auch egal wer Präsident wird, man möchte auch mal Feierabend haben«) allerdings so viel würdevoller ist?

Der Gedanke, das Los als Prinzip demokratischer Systeme zu stärken, hat nicht von ungefähr seit einigen Jahren Konjunktur unter dem Schlagwort »aleatorische Demokratie«<sup>10</sup>. Die Vertreter dieses Ansatzes wollen mit zufallsbasierten Entscheidungsverfahren dem Vorwurf von Demokratiedefizit, Intransparenz und Ineffizienz repräsentativer Demokratien auf Ebene der Einzelstaaten, insbesondere aber auch der EU, begegnen. Der Zufall von Los und Münzwurf hält nämlich verlockende Funktionen parat. Es hilft z. B. mit Rationalität und Effizienz, wenn man zwischen gleich gut begründbaren Entscheidungsalternativen zu wählen hat (Indifferenzregulation<sup>11</sup>). So vermeidet man das Schicksal von Buridans Esel, der zwischen zwei gleich großen und gleich weit entfernten Heuhaufen stehend nicht entscheiden konnte und verhungerte. Hilfreich ist die Drohung mit dem Zufallslos auch für die Kompromisserzwingung. So hatte sich vor einigen Jahren die Koalition von SPD und FDP in der Rheinland-Pfälzischen Landesregierung selbst unter Druck gesetzt: Sollte man sich nicht auf eine Linie für anstehende Bundesratsentscheidung einigen können, müsse eben das Los darüber entscheiden. Dass dieser intelligenten Lösung ein bräsiges »Demokratie ist doch kein Glücksspiel!« aus der CSU entgegengemosert wurde, versteht sich von selbst<sup>12</sup>. Auch die mit Habermas herbeigesehnten partizipativ-demokratischen Deliberationsmodelle können sogar praktisch handlungsfähig werden, wenn durch Los bestimmte Bürger an Entscheidungsgremien teilhaben und eine größere sozialstatistische Repräsentativität gewährleisten als Profiabgeordnete. Das klingt jedenfalls besser als dösige stets nur direkte Demokratie als Antwort auf Politikverdrossenheit parat zu haben – und sich dann beim Brexit schauernd abzuwenden.

Das Los hat also Einiges zu bieten. Zumindest wenn der kopfhohe Münzwurf korrekt auf einer Resopaltischplatte landet. Bruchstein und Hein<sup>13</sup> etwa schlagen konkret für die EU vor, die Anzahl der Kommissare wieder auf 15 drastisch zu verringern und unter den Ländern (bei gewichteter Losanzahl) alle 5 Jahre auszulosen. Auch die Mitglieder in den Ausschüssen des EU-Parlaments könnten wiederum unter den Parlamentariern zukünftig ausgelost werden. Das würde die Lobbyarbeit in der EU deutlich erschweren – zum Guten, wie zum Schlechten. Schließlich solle eine zweite Kammer des Europäischen Parlaments geschaffen werden, in der ausgeloste Bürger sitzen («House of Lots»), deren einmalige Amtszeit auf 2,5 Jahre begrenzt wird. Die Verbindlichkeit des Losentscheides müsste groß sein, wie etwa bei der Auswahl von Schöffen. Eine Pflicht aller EU-Bürger, die allerdings auch attraktiv vergütet und so optimal wie möglich organisatorisch ausgestaltet werden müsste. Diese Zweite Kammer hätte nach den Überlegungen von Bruchstein und Hein vor allem eine legislative Korrektivfunktion: Sie könnte zu allen Gesetzgebungsverfahren Empfehlungen oder auch ein Veto abgeben. Aber auch über ein Initiativrecht kann natürlich nachgedacht werden. Neben der erhofften größeren Bürgernähe der EU und den weiteren Vorteilen aleatorischer Demokratie könnte als Beifang das bekannte »Karawanenproblem« gelöst werden. Da ja in Straßburg als offiziellem Sitz des Parlaments die Plenarsitzungen stattfinden, die Ausschuss- und Fraktionssitzungen aber in Brüssel (so der mühevoll Kompromiss von 1997 im Vertrag von Amsterdam, vielleicht hätte man besser die Münze werfen sollen ...), könnte man die zweite (Bürger-) Kammer in Straßburg ansiedeln und die erste Kammer, also das »klassische« EU-Parlament, komplett nach Brüssel geben. Damit könnte man sogar erheblich sparen, da angeblich 70.000 Arbeitstage pro Jahr in der EU nach deren eigenen Berechnungen mit der Pendelei verloren gehen<sup>14</sup>.

So oder ähnlich könnten postnationale Demokratiearrangements mit aleatorischen Elementen angereichert werden und die demokratische EU-Soljanka dem Volk vielleicht wieder schmecken. Vermutlich ist es jedoch richtig, das Gericht nicht zu überwürzen, denn es schlagen auch einige Nachteile des Zufalls ins Gewicht. Da ausgeloste Abgeordnete nur eine Amtszeit haben, könnte sich eine gewisse Verantwortungsllosigkeit breit machen. Zudem fällt den einmalig gelosten Laien möglicherweise der Erwerb von Fachwissen schwer, so dass die Beamtenapparate eine noch größere Macht bekämen. Und

ganz generell haben vielleicht nicht alle Ausgelosten die Fähigkeit oder den Willen sich der Komplexität ihrer Aufgabe zu stellen. Auf der anderen Seite entscheidet auch nicht der kluge Kopf des Gewählten die Wahl, sondern die Zahl derer, die ihn mehrheitlich zu ihrem Repräsentanten wählen ...

»So there it is, folks. It's as plain as you can have it. I didn't – and I was a good student. I understand things. I comprehend very well, okay? Better than I think almost anybody. And I want to tell you, I listened to a bunch of stuff last night on television that was disgraceful. It was disgraceful.«<sup>15</sup>

(US-Präsident Donald Trump zur Anhörung des Berufungsgerichts über sein Einwanderungsdekret in einer Ansprache vor Polizeipräsidenten am 8.2.2017)

ULRICH KRÜGER

## Anmerkungen

- 1 <https://www.youtube.com/watch?v=in8JuWVouNs>
- 2 [http://www.t-online.de/nachrichten/ausland/usa/id\\_76848594/iowa-demokraten-entscheidung-per-muenzwurf.html](http://www.t-online.de/nachrichten/ausland/usa/id_76848594/iowa-demokraten-entscheidung-per-muenzwurf.html)
- 3 <http://www.spiegel.de/panorama/usa-schuldspruch-per-muenzwurf-a-74159.html>
- 4 CMAJ December 8, 2009 vol. 181.
- 5 VGH München, NJW 1991, 2306.
- 6 OVG Weimar, BeckRS 2001 30473709.
- 7 BVerwG NJW 1919, 3231 ff.
- 8 OVG Weimar, BeckRS 2001 30473709.
- 9 Maunz/Dürig/Herzog, GG Art. 54, Rn. 46.
- 10 In Deutschland vertritt diese Theorie insbesondere Bruchstein, Demokratie und Lotterie. Das Los als politisches Entscheidungsinstrument von der Antike bis zur EU (2009); Vgl. auch die Dissertation von Baron, Das schwere Los der Demokratie. Potentiale und Grenzen zufallsbasierter Beteiligungsverfahren, (2014); aktuell derzeit Van Reybrouck, Gegen Wahlen, (2016).
- 11 Zu diesem Begriff und den weiteren Funktionalitäten Bruchstein und Hein, Zufall mit Absicht. Das Losverfahren als Instrument einer reformierten Europäischen Union, in: Brunkhorst (Hrsg.): Demokratie in der Weltgesellschaft, 2009, S. 351–384 ([http://hubertus-buchstein.de/SW\\_buchstein-hein2009-zufall%20mit%20absicht.pdf](http://hubertus-buchstein.de/SW_buchstein-hein2009-zufall%20mit%20absicht.pdf))
- 12 Beispiel bei Bruchstein und Hein, Fn. 9., S 357.
- 13 S. Fn. 9.
- 14 [https://de.wikipedia.org/wiki/Europ%C3%A4isches\\_Parlament#cite\\_note-47](https://de.wikipedia.org/wiki/Europ%C3%A4isches_Parlament#cite_note-47)
- 15 <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/02/08/remarks-president-trump-mcca-winter-conference>



Rolf Grabower,  
um 1886