

# Das haben wir ja noch nie gemacht. Wo kämen wir denn da hin? Da könnte ja jede kommen.

---

*Festvortrag zur Examensfeier der Fakultät für Rechtswissenschaft am 19.7.2013*

Meine sehr verehrten Damen und Herren und, vor allem, liebe Diplomjuristinnen und -juristen, wie Sie sich nun nennen dürfen. Sie haben dieser Tage die Erste Juristische Prüfung bestanden. Das ist ein Grund zum Feiern; und zu einer guten akademischen Feier gehört ein Festvortrag, den zu halten ich heute die Ehre habe.

Meine Damen und Herren, in der Rhetorik heißt es:

Du darfst über alles reden, nur nicht über 45 Minuten.

Keine Angst, ich werde heute nicht über 45 Minuten reden, auch wenn wir in unseren Lehrveranstaltungen regelmäßig gegen diesen Grundsatz verstoßen. Mein Dekan hat mich gebeten, mich mit 20 oder höchstens 25 Minuten zu begnügen, und das werde ich tun.

Ich darf über alles reden, nur nicht über 25 Minuten. Also darf ich auch ein wenig provozieren. Über Juristen kursieren viele Sprüche. Einer dieser Sprüche lautet: Zwei Juristen, drei Meinungen. Juristen können alles begründen. Das möchte ich Ihnen heute zeigen.

Sie kennen die drei ehernen Grundsätze der Bürokratie:

- Das haben wir ja noch nie gemacht.
- Wo kämen wir denn da hin?
- Da könnte ja jede kommen.

Die drei Grundsätze klingen fast so abschreckend wie das Wort „Bürokratie“. Von Bürokratieabbau ist die Rede, und nach der Flut wird auch heuer „unbürokratische“ Hilfe versprochen. Natürlich ist an dieser Bürokratieskepsis viel dran. Dennoch möchte ich Ihnen heute das Gegenteil beweisen: Hinter den drei ehernen Grundsätzen der Bürokratie stehen elementare Prinzipien unserer rechtsstaatlichen Verfassungsordnung. Das werde ich Ihnen in den nächsten zwanzig Minuten nacheinander für jeden der drei Grundsätze zeigen.

## **I. Das haben wir ja noch nie gemacht.**

Zum ersten Grundsatz: „Das haben wir ja noch nie gemacht.“

Recht ist konservativ. Es soll Halt geben in einer Welt, die ständig im Fluss ist. Im Idealfall speichert das Recht Regelungen, die sich in der Vergangenheit bewährt haben, damit in Zukunft ebenso verfahren wird.

Es geht um Rechtssicherheit. In einem Rechtsstaat muss das Handeln der Behörden berechenbar sein. Müssten wir ständig darauf gefasst sein, dass sich der Staat plötzlich in einer Weise verhält, wie er es noch nie zuvor getan hat, wäre niemandem gedient.

Die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns ist ein hohes Gut. Das gilt für die Gesetzgebung, mehr aber noch für Verwaltung und Rechtsprechung.

Nehmen Sie an, ich möchte für Gustl Mollath demonstrieren, und meine Demonstration wird heute verboten. Dann kann ich dagegen klagen. Die Klagefrist beträgt einen Monat. Heute ist der 19. Juli. Ich muss meine Klage also bis zum 19. August bei Gericht einreichen. Was aber, wenn die Demonstration schon morgen stattfinden soll? Dann erledigt sich das Demonstrationsverbot mit dem morgigen Tag. Danach kann ich immer noch klagen. Das ist dann eine sog. Fortsetzungsfeststellungsklage. Folgt man der Rechtsprechung, ist diese Klage unbefristet möglich. Ich könnte also auch noch im September klagen.

Zwingend ist das nicht. Wenn ich ein Verbot, das mich akut betrifft, nur einen Monat lang anfechten kann, sollte mir die kurze Frist erst recht zumutbar sein, wenn sich das Verbot erledigt hat. Dennoch eröffnen mir die Gerichte die Möglichkeit, bis September zu warten. Wenn ich nun im September klage, vertraue ich darauf, dass sie die Monatsfrist nicht anwenden werden. Das haben sie ja noch nie gemacht. Würden sie plötzlich anders entscheiden, wäre mein Vertrauen enttäuscht.

Daraus ergibt sich eine Argumentationslastverteilung: Natürlich darf man eine etablierte Auslegung in Frage stellen. Es reicht aber nicht, dass die alternative Auslegung ebenso gut vertretbar ist wie die etablierte. Die Argumentationslast liegt vielmehr bei demjenigen, der eine Auslegung ändern will. Er muss mindestens ein Argument liefern, warum seine Auslegung besser ist als die bisherige. Das können Sie bei Robert Alexy in seiner Theorie der juristischen Argumentation nachlesen, wenn Sie in den Sommerferien nach bestandem Examen nichts Besseres zu tun haben. Die Rechtsprechung verfährt ebenso. Besonders schön hat es der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte formuliert. Ich zitiere: „Der Gerichtshof ist nicht verpflichtet, seinen früheren Entscheidungen zu folgen. Es liegt jedoch im Interesse der Rechtssicherheit, der Vorhersehbarkeit und der Gleichheit vor dem Gesetz, dass er nicht ohne guten Grund von seinen früheren Entscheidungen abweicht“<sup>1</sup> – Das haben wir ja noch nie gemacht. Der Gerichtshof darf von seiner früheren Rechtsprechung abweichen; aber er braucht dafür gute Gründe. Eine ständige Rechtsprechung ist ein hohes Gut. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nennt Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und Gleichheit vor dem Gesetz. Das sind elementare Postulate des Rechtsstaats. Recht soll stabilisieren, und Recht ist von Natur aus konservativ: Das haben wir ja noch nie gemacht.

## II. Wo kämen wir denn da hin?

Meine Damen und Herren, zum zweiten Grundsatz: Wo kämen wir denn da hin?

In der teleologischen Auslegung ist die Frage geläufig. Wir sprechen von einer Folgenbetrachtung. Es hat blindes Recht gegeben: *Fiat iustitia et pereat mundus!* – Ich übersetze: Es geschehe Gerechtigkeit, auch wenn die Welt dabei zugrunde gehen mag. Unserer Rechtsordnung entspricht das nicht. Hier passt vielmehr ein anderer lateinischer Spruch: *Quidquid agis, prudenter agas et respice finem!* – Was auch immer du tust, tue es klug und bedenke das Ende! – Bedenke das Ende – Folgenbetrachtung, oder: Wo kämen wir denn da hin?

---

<sup>1</sup> EGMR (GK), NJW-RR 2004, 289, Rn. 74 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich.

Ein Beispiel aus der Rechtsprechung: Im Jahr 2004 hatte das Bundesverfassungsgericht über den großen Lauschangriff zu entscheiden:<sup>2</sup> Die Polizei hört eine Wohnung ab in der Hoffnung, damit eine Straftat aufzudecken. Darf sie das? Das Bundesverfassungsgericht befand, dass es einen absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung gebe, in dem jedes Abhören unzulässig sei. Sprechen Partner über ihre Sexualität, hat der Staat wegzuhören. Führt die akustische Wohnraumüberwachung unerwartet zur Erhebung von solchen absolut geschützten Informationen, muss sie abgebrochen werden. Das klingt gut, aber wie soll die Polizei das machen? Sind Terroristen geschickt, werden sie Gespräche über ihre Taten mit anderen Themen mischen, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen. Darf die Polizei gelegentlich hineinhören, um festzustellen, ob mittlerweile über Straftaten gesprochen wird? Dann riskiert sie, doch wieder verbotenerweise in ein Intimgespräch hineinzulauschen. Und was ist, wenn die Aufzeichnung automatisch erfolgt, wie es regelmäßig der Fall sein wird? Dann wird auch das Intimgespräch aufgezeichnet, und der Verfassungsverstoß würde erst auffallen, wenn es zu spät ist. Nimmt man das ernst, würde der große Lauschangriff, den der verfassungsändernde Gesetzgeber eigens eingeführt hatte, praktisch unmöglich gemacht. Wo kämen wir denn da hin? Das Bundesverfassungsgericht hatte die Folgen nicht bedacht.

Also hat das Gericht wenige Jahre später nachgebessert: „In vielen Fällen“ sei es „praktisch unvermeidbar“, so das Gericht, „dass die Ermittlungsbehörden Informationen zur Kenntnis nehmen, bevor sie deren Kernbereichsbezug erkennen. In derartigen Fällen [sei] es verfassungsrechtlich nicht gefordert, den Zugriff wegen des Risikos einer Kernbereichsverletzung auf der Erhebungsebene von vornherein zu unterlassen“.<sup>3</sup> „In Fällen dieser Art“ sei es vielmehr „geboten, für hinreichenden Schutz in der Auswertungsphase zu sorgen ...“ Der Gesetzgeber habe dies durch geeignete Verfahrensvorschriften sicherzustellen. „Entscheidende Bedeutung [habe] insoweit die Durchsicht der erhobenen Daten auf kernbereichsrelevante Inhalte. [Ergebe] die Durchsicht, dass kernbereichsrelevante Inhalte erhoben wurden, [seien] diese unverzüglich zu löschen; eine Weitergabe oder sonstige Verwendung [sei] auszuschließen“.<sup>4</sup>

In einer Folgenbetrachtung sieht das Bundesverfassungsgericht also, dass ein absolutes Verbot der Erhebung von Daten aus dem Kernbereich persönlicher Lebensgestaltung nicht praktikabel ist. Also senkt es den Kernbereichsschutz auf der Erhebungsebene und kompensiert dies durch einen besonderen Schutz auf der Auswertungsebene, um sinnvolle Polizeiarbeit zu ermöglichen und im Ergebnis doch zu einem ausreichenden Schutz zu gelangen. Das Bundesverfassungsgericht bedenkt die Folgen.

Quidquid agis, prudenter agas et respice finem. – *Max Weber* spricht von einer Verantwortungsethik, die er der Gesinnungsethik gegenüberstellt. Verantwortungsethik betrachtet die Folgen, Gesinnungsethik nicht: *Fiat iustitia et pereat mundus*. *Max Weber* lässt keinen Zweifel daran, wem er den Vorzug gibt.

Wo kämen wir denn da hin?

### **III. Da könnte ja jede kommen.**

Meine Damen und Herren, es bleibt der dritte Grundsatz:

Da könnte ja jede kommen.

---

<sup>2</sup> BVerfGE 109, 279.

<sup>3</sup> BVerfGE 129, 208 (245), Rn. 211.

<sup>4</sup> BVerfGE 129, 208 (246), Rn. 212.

Gleichheit ist ein hohes Gut. Gemäß Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Wenn die Gemeinde einem Mitbürger, der in wirtschaftlicher Bedrängnis ist, finanziell unter die Arme greift, muss sie andere Mitbürger, die sich ebenso in der Klemme befinden, gleichfalls unterstützen: Da kann jeder kommen. Also muss sich die Gemeinde vorher gut überlegen, ob sie tatsächlich in allen vergleichbaren Fällen helfen kann und will. Sonst sollte sie davon Abstand nehmen: Da könnte ja jeder kommen.

Diese Gleichheit ist ein elementarer Grundsatz der Gerechtigkeit. Sie entspricht Kants kategorischem Imperativ: „Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde.“ Staatliches Handeln muss verallgemeinerbar sein.

Banaler formuliert: Ich bin derzeit Vorsitzender des Prüfungsausschusses für den Studiengang Rechtswissenschaft. Die meisten Ihrer Prüfungsbescheinigungen über die Juristische Universitätsprüfung tragen meine Unterschrift. Als Vorsitzender des Prüfungsausschusses bin ich auch für die Zwischenprüfung verantwortlich. Zur Zwischenprüfung muss man sich anmelden. Wenn nun ein Student im Semester eine Weile an seinem Heimatort verbringt und sich am letzten Tag der Frist nicht anmelden kann, weil sein Smartphone versagt, dann hat er Pech gehabt. Würde ich diese Entschuldigung akzeptieren, würde ich die Fristenregelung der Studien- und Prüfungsordnung insgesamt in Frage stellen. Da könnte ja jede kommen.

#### **IV. Innovation durch Recht**

Meine Damen und Herren, ich habe Ihnen gezeigt, dass die drei ehernen Grundsätze der Bürokratie nichts anderes sind als elementare Gebote des Rechtsstaats, und dazu stehe ich. Das kann freilich nicht das letzte Wort sein. Daher möchte ich meinen Vortrag mit einem vierten Kapitel schließen: Innovation durch Recht.

Recht muss bis zu einem gewissen Grad konservativ sein, und ich habe mich dafür auf den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte berufen: Es liegt im Interesse der Rechtssicherheit, der Vorhersehbarkeit und der Gleichheit vor dem Gesetz, dass der Gerichtshof nicht ohne guten Grund von seinen früheren Entscheidungen abweicht. Damit ist das Zitat freilich nicht zu Ende. Es geht weiter; und ich zitiere erneut: „Es ist von entscheidender Bedeutung, die [Europäische Menschenrechts-]Konvention so auszulegen und anzuwenden, dass ihre Rechte praktisch und effektiv sind und nicht theoretisch und illusorisch. Würde der Gerichtshof nicht bei einer dynamischen und evolutiven Auslegung bleiben, bestünde in der Tat die Gefahr, dass jede Erneuerung oder Verbesserung verhindert würde.“<sup>5</sup> Recht soll bewahren, darf aber nicht versteinern. Die Europäische Menschenrechtskonvention ist für den Straßburger Gerichtshof seit Jahren ein „lebendiges Instrument“, das „im Lichte heutiger Bedingungen“ auszulegen ist. Ändern sich diese Bedingungen, passt der Gerichtshof seine Auslegung an. So war es auch im eben zitierten Fall Goodwin. Frau Goodwin ist transsexuell und hatte eine Geschlechtsumwandlung hinter sich. Rechtlich galt sie in England jedoch weiterhin als Mann. Bis 2002 hatte der Straßburger Gerichtshof diese Strenge des englischen Rechts akzeptiert. Im Fall Goodwin änderte er 2002 seine Auffassung im Lichte medizinischer und gesellschaftlicher Entwicklungen und sah Frau Goodwin in ihrem Recht auf Achtung des Privatlebens verletzt. Damit bin ich bei meinem letzten Thema: Innovation durch Recht.

Die Beispiele sind vielfältig. Ich möchte nur zwei nennen. „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“, heißt es seit 1949 in Artikel 3 Abs. 2 des Grundgesetzes. Das war damals alles andere als selbstverständlich. Zu verdanken ist die Vorschrift den vier Müttern des Grundgesetz-

---

<sup>5</sup> AaO (Fn. 1).

zes, die im Parlamentarischen Rat saßen, und einer damals beispiellosen öffentlichen Kampagne. Den Gesetzgeber der frühen Bundesrepublik ließ das zunächst kalt. Es bedurfte zahlloser Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, bis die rechtliche Gleichheit von Frauen und Männern tatsächlich weitgehend erreicht war. Konnte sich ein Paar bei der Heirat nicht auf einen gemeinsamen Ehenamen einigen, wurde bis 1991 automatisch der Name des Mannes Ehename. Auch hier musste Karlsruhe nachhelfen, bevor endlich das heutige Ehenamensrecht entstand. Mein Vorgänger auf dem Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, *Otto Kimminich*, hat die Entscheidung kommentiert mit den Worten: „Kein Zweifel: das Bundesverfassungsgericht macht ernst mit der Gleichberechtigung der Geschlechter.“<sup>6</sup> Fortschritt durch Recht und Gerichte.

Ich möchte ein letztes Beispiel bringen. Wieder geht es um die Verwirklichung der Gleichberechtigung, dieses Mal jedoch durch den Europäischen Gerichtshof in Luxemburg. Vor rund 15 Jahren wollte *Tanja Kreil* als Soldatin zur Bundeswehr. Sie hätte zum Sanitätsdienst gehen dürfen oder ins Musikkorps, aber das wollte sie nicht. Sie wollte zu den kämpfenden Truppen. Das war ihr seinerzeit verwehrt. In der deutschen Politik war das Thema weitgehend tabuisiert. Wahrscheinlich befürchtete man, dass ein freiwilliger Dienst von Frauen die immer zweifelhafter werdende Wehrpflicht für Männer endgültig untergraben würde. Also kam die Sache zum Europäischen Gerichtshof, und der gab *Tanja Kreil* Recht: Ein pauschaler Ausschluss von Frauen aus dem Truppendienst verstieß gegen die Gleichbehandlungsrichtlinie. Das erstaunlichste war die Reaktion der bis dahin untätigen deutschen Politik: Nahezu alle politischen Kräfte begrüßten das Urteil. Offenbar hatte der Europäische Gerichtshof als externe Instanz die Kraft, ein deutsches Tabu zu durchbrechen und eine längst überfällige Änderung zu bewirken. Noch einmal: Innovation durch Recht. Oder, anders gesagt: Da kann jede kommen!

Meine Damen und Herren, ich danke Ihnen.

---

<sup>6</sup> *Kimminich*, JZ 1991, 771.