UNIVERSITÄT AUGSBURG
Universitätsbibliothek

OPEN ACCESS
OPUS AUGSBURG

Paternalismus im Privatrecht

Jörg Neuner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Neuner, Jörg. 2020. "Paternalismus im Privatrecht." *JuristenZeitung (JZ)* 75 (6): 269–76. https://doi.org/10.1628/jz-2020-0084.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/

Professor Dr. **Jörg Neuner**, Augsburg*

Paternalismus im Privatrecht

Paternalismus ist tief verwurzelt in unserer Rechtsordnung, speziell im Privatrecht. Er schränkt in „weicher", „harter" sowie „gemischter" Form (zusammen mit anderen Motiven) die Privatautonomie ein und wirft dadurch in unterschiedlichen Kontexten immer wieder die traditionelle Legitimationsfrage auf.

I. Einleitung

Der Begriff „Paternalismus" ist meist negativ konnotiert im Sinne von Bevormundung, Gängelung, autoritärer Einflussnahme.[1] Nach *Immanuel Kant* ist ein *imperium paternale* der größte denkbare Despotismus.[2]Auch aus utilitaristischer Sicht hebt *John Stuart Mill* in seiner berühmten Schrift „On Liberty" aus dem Jahr 1859 hervor: „That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others."[3] In der neueren Paternalismus-Diskussion gibt es zwar vereinzelte Stimmen, die Interventionen vor allem unter dem Aspekt der Vernünftigkeit zu rechtfertigen versuchen,[4] doch dominiert die kritische Grundhaltung. Der juristische, vor allem der staatsrechtliche Diskurs übernimmt häufig den philosophischen Sprachgebrauch und schließt sich der Paternalismus-Kritik an.[5] Die Perhorreszierung des Paternalismus steht allerdings in signifikanter Diskrepanz zum geltenden Recht. Dies gilt besonders für das Privatrecht, das eine Vielzahl ganz unterschiedlicher paternalistischer Regelungen kennt, die geradezu systemprägend sind und teilweise zurückgehen bis auf die Urfassung des BGB aus dem Jahr 1900.[6] Um dieses juristische Schutzsystem zu erfassen, ist zunächst eine deskriptive Beschreibung von „Paternalismus" förderlich, wie sie etwa *Ronald Dworkin* in der *Stanford Encyclopedia of Philosophy* bietet:

> „Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm."[7]

II. Der Eingriff in die Freiheit

Analysiert man diese Definition aus juristischer Sicht, verlangt das erste Merkmal „interference against the will" einen Eingriff, und zwar gegen den Willen des Betroffenen. Beschränkt der Staat in solcher Weise die Freiheit seiner Bürger, greifen die Grundrechte in ihrer Funktion als Abwehrrechte ein.

1. Schutzbereich

Die Grundrechte vermitteln einen umfassenden *sachlichen* Schutz gegen ungewollte staatliche Eingriffe.[8] Sofern kein spezielles Grundrecht, wie die Meinungsfreiheit oder bei ganz massiven Eingriffen die Menschenwürde, berührt ist, dient die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1

---

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht sowie Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg; der Beitrag beruht auf einem Vortrag an der PUCRS in Porto Alegre (Brasilien) vom 19.11.2019.

1 Siehe *Roellecke*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig/Kirste/Seelmann* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 189 ff. (189); *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 7; Duden, Online-Wörterbuch, Stichwort: Paternalismus, *https://www.duden.de/rechtschreibung/Paternalismus*.

2 *Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1793, Akademie-Ausgabe Bd. VIII, S. 273 ff. (291); zum Antipaternalismus bei *Kant* siehe näher *Gutmann* ZRG GA 122 (2005), 150 ff. (164 ff.) m. w. N.

3 *Mill*, On Liberty, 1869, I. 9 (auch online abrufbar: *https://www.bartleby.com/130/1.html*); zu den Schwächen utilitaristischer Paternalismuskritik *Gutmann*, in: *Kühler/Nossek*, Paternalismus und Konsequentialismus, 2013, S. 27 ff. (S. 31 ff. u. a. zur Effizienz des Paternalismus aus wohlfahrtsökonomischer Sicht).

4 Unter anderen *Dworkin* The Monist 56 (1972) S. 64 ff. (online: *https://academic.oup.com/monist/article/56/1/64/987643*); *Rawls*, A Theory of Justice, 1999 bzw. 1971, S. 218 ff. (dt.: Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1988, S. 280 ff.); für ein umfangreiches paternalistisches Eingreifen des Staates i. S. eines „coercive paternalism" *Conly*, Against Autonomy, 2013.

5 Siehe nur *Kirste* JZ 2011, 805 ff. (805 ff.); *Schwabe* JZ 1998, 66 ff. (70); *Merten*, in: *ders./Papier*, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 68 Rn. 53; *Murswiek/Rixen*, in: *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 209; *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 119, 147 f., 174.

6 Zu den Privatrechtskonzeptionen des 19. Jahrhunderts, die ebenfalls von keiner unbeschränkten Freiheit ausgingen, *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen, 2001.

7 *https://plato.stanford.edu/entries/paternalism*; ähnlich *Fateh-Moghadam*, in: *ders./Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 21 ff. (22); *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 3, 11 m. w. N.

8 Siehe näher *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 161 ff.; *Gerg*, Nudging, 2018, S. 88 ff. m. w. N.

JuristenZeitung 75, 269–276 DOI: 10.1628/jz-2020-0084
ISSN 0022-6882
© Mohr Siebeck 2020

GG als Auffanggrundrecht. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann vor allem in seiner Ausprägung als Recht auf Nichtwissen einschlägig sein.

Der *persönliche* Schutzbereich ist ebenfalls umfassend, indem insbesondere auch Kinder und Menschen mit geistigen Behinderungen erfasst werden. Diese Personen können zwar oftmals keinen freien Willen bilden, sind also nicht in der Lage, auf einer reflexiven Ebene ihre faktisch handlungsleitenden Wünsche zu evaluieren, doch wird bereits ihr natürlicher, unreflektierter Wille verfassungsrechtlich geschützt.[9] Die Behauptung, dass geschäfts- und einwilligungsunfähige Personen infolge ihrer Rationalitätsdefizite keinen Paternalismus erfahren,[10] vermag deshalb nicht zu überzeugen. Auch der spontane, unüberlegte Wille eines Drogen- oder Demenzkranken, nicht operiert oder stationär behandelt zu werden,[11] ist soweit als möglich zu respektieren.[12] Wird dieses Wollen („*first-order desire*“[13]) missachtet, handelt es sich um einen paternalistischen Eingriff, der unter besonderen Voraussetzungen legitim sein kann (so etwa bei ärztlichen Zwangsmaßnahmen gemäß § 1906a BGB), aber dennoch einen Akt ungewollter Fremdbestimmung darstellt. Wenn von „Paternalismus“ die Rede ist, dürfen gehandicapte Personen folglich nicht ausgegrenzt werden.

2. Eingriff

Ein paternalistischer Freiheits- und Grundrechtseingriff kann auf verschiedene Weise erfolgen. Bei „harten“ paternalistischen Maßnahmen wird Zwang ausgeübt, der dem entscheidungsfähigen Normadressaten ein bestimmtes Verhalten abverlangt, etwa beim Motorradfahren einen Helm aufzusetzen oder beim Autofahren einen Gurt anzulegen. Von „weichem“ (autonomieorientiertem) Paternalismus wird gesprochen, wenn eine Maßnahme lediglich darauf abzielt, den Normadressaten durch Informationen oder modifizierte Rahmenbedingungen zu veranlassen, seine Präferenzen zu überdenken.[14] Anstelle von Verboten oder Geboten sollen „*Nudges*“ (Stupse) eine Änderung des Verhaltens bewirken.[15] Nach *Joel Feinberg* liegt weicher Paternalismus vor, wenn der Handelnde „unfreiwillig“ agiert oder erst geklärt werden muss, ob er eine Entscheidung eigenständig treffen kann.[16] Solange die Freiwilligkeit nicht feststeht, handelt es sich nach *Feinberg* eigentlich um gar keinen Fall von Paternalismus.[17] Diese Schlussfolgerung ist allerdings unstimmig, weil sie nicht nur Menschen mit geistiger Behinderung exkludiert,[18] sondern auch die meisten Maßnahmen von weichem Paternalismus nicht richtig erfasst.[19] Sieht das Gesetz zum Schutz vor Übereilung die Teilnahme an einem Beratungsgespräch oder die Einhaltung einer Form vor, wird offenkundig in die Privatautonomie eingegriffen: Der Betroffene muss etwas tun, was er nicht tun will. Das Gleiche gilt, wenn eine Opt-out-Option („*Default-Nudge*“) wahrzunehmen ist, wie etwa bei der „Widerspruchslösung“ zur postmortalen Organspende in Österreich (§§ 5 ff. OTPG). Bei aufgedrängten Informationen wird in das Recht auf Nichtwissen eingegriffen, sobald die „engere Persönlichkeitssphäre“ betroffen ist.[20] Auch *indirekter* Paternalismus kann einen Grundrechtseingriff implizieren, zum Beispiel das Verbot ärztlicher Suizidassistenz, das sich zulasten des Patienten auswirkt,[21] oder ein Produktverbot, das potentielle Abnehmer vor einer selbstschädigenden Handlung schützen soll.[22]

Geht der Eingreifende *irrtümlich* davon aus, im Willen des Betroffenen zu handeln, hält er also beispielsweise den (sprachunkundigen) Fremden vom Überschreiten der baufälligen *Mill*'schen Brücke ab in der fehlerhaften Annahme, dieser würde bei Kenntnis der Gefahr die Brücke nicht überqueren wollen, liegt eine *unberechtigte* Geschäftsführung ohne Auftrag vor. Selbst ein solcher unvermeidbarer Irrtum ändert nichts am paternalistischen Vorgehen, da das Aufhalten vor der Brücke eben gegen den Willen des Betroffenen erfolgt.[23] Nach h. L. steht dem Eingreifenden deshalb auch kein Anspruch auf Ersatz möglicher Aufwendungen zu.[24] Schadensersatzansprüche des Betroffenen scheiden allerdings ebenfalls aus, sofern den Eingreifenden kein Verschulden trifft.[25]

III. Das Wohl des Adressaten

Wendet man den Blick zur zweiten Voraussetzung der *Dworkin*'schen Definition von Paternalismus, muss der Eingriff das Ziel verfolgen „that the person interfered with will be better off or protected from harm“. Diese Intention, das Wohl des Adressaten zu steigern oder ihn zumindest vor Schaden zu schützen, verfolgen unzählige Vorschriften. Zu denken ist nur an die Gurtpflicht beim Autofahren, an Impfpflichten oder das Verbot des Organhandels. Der intendierte Schutz des „Menschen vor sich selbst“ ist in solchen Fällen aber oft nicht das alleinige Ziel. Hinzutreten können nichtpaternalistische Zwecke, so dass es sich um ein ganzes Motivbündel, um einen sogenannten *gemischten Paternalismus* handelt. Besteht nun einer der mehreren Zwecke darin, die Schädigung *anderer* zu verhüten, können Eingriffe bereits durch das allgemein konsentierte *harm principle*[26] gerechtfertigt sein. Das Problem, ob und inwieweit der Gesetzgeber

9 Siehe *BVerfGE* 142, 313 ff. (Tz. 72 bzgl. ärztlicher Zwangsmaßnahme); *Lindner/Huber* NJW 2017, 6 ff. (7); *Fateh-Moghadam*, in: *ders.* u. a. (Fn. 7), S. 21 ff. (23, 41).

10 So beispielsweise *Kirste* JZ 2011, 805 ff. (812); weitere Nachw. unten bei Fn. 17.

11 Ausführlicher zum natürlichen Willen *Neuner* AcP 218 (2018), 1 ff. (14 ff.).

12 Es gilt der in Art. 12 Abs. 3 UN-Behindertenrechtskonvention zum Ausdruck gebrachte Grundsatz des „supported decision-making“, das heißt „weg von bevormundender Fürsorge, hin zu Inklusion“; siehe näher *Masuch/Gmati* NZS 2013, 521 ff. (524 f.).

13 *Frankfurt* The Journal of Philosophy 68 (1971), 5 ff. (7 ff.).

14 Vgl. *Patzig*, Gesammelte Schriften, Bd. II, 1993, S. 78; ausführlich *Drerup*, Paternalismus, Perfektionismus und die Grenzen der Freiheit, 2013, S. 151 ff.

15 Vielfach wird auch von „libertarian paternalism“ (*Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 5 f.) oder „liberalem Paternalismus“ (*Eidenmüller* JZ 2011, 814 ff. [815 f.]) gesprochen.

16 *Feinberg*, Harm to Self, 1986, S. 12.

17 *Feinberg* (Fn. 16), S. 14; so auch *Beauchamp* The Monist 60 (1977), 62 ff. (67) m. w. N. (online: *https://philpapers.org/rec/BEAPAB*).

18 Siehe oben im Text bei Fn. 9 ff.

19 Im Ergebnis auch *K. Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 17.

20 Ausführlicher *Neuner* ZfPW 2015, 257 ff. (263 ff.).

21 Siehe näher *Lindner* NJW 2013, 136 ff. (137).

22 *Möller* (Fn. 19), S. 15 f.; zur paternalistischen Natur siehe auch *Kleinig*, Paternalism, 1984, S. 11; *Fateh-Moghadam*, in: *ders.* u. a. (Fn. 7), S. 21 ff. (23 f.).

23 *Kirste* JZ 2011, 805 ff. (808) hält den Eingriff gleichwohl für gerechtfertigt, weil er der Aufklärung der Hilfspflicht (§ 323c StGB) dient; siehe auch schon *Mill* (Fn. 3), V. 5.

24 Nur vereinzelt wird eine Kostenerstattung zugunsten des Putativ-Nothelfers bejaht, insbesondere, wenn der Anschein der Notlage vorwerfbar erweckt wurde; siehe näher *Dornis*, in: *Erman*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 683 Rn. 8 mit umfangreichen Nachw.

25 Zur umstrittenen Privilegierung bei leichter Fahrlässigkeit gemäß § 680 BGB siehe *Thole*, in: BeckOGK BGB, Stand 2019, § 680 Rn. 9 f.

26 Siehe oben im Text bei Fn. 3.

paternalistische Ziele verfolgen darf, stellt sich somit erst, wenn keine Dritt- oder Allgemeinwohlinteressen eine Norm zu legitimieren vermögen.

1. Drittinteressen

Bei den verfolgten Drittinteressen handelt es sich in der Regel um den Schutz der Gesundheit.[27] Exemplarisch hervorzuheben sind Rauchverbote in Restaurants oder öffentlichen Verkehrsmitteln, die man paternalistisch interpretieren kann, die vor allem aber Nichtraucher vor dem Einatmen von Tabakrauch schützen sollen.[28] Gleichermaßen darf ein Suizid auf Eisenbahnschienen schon deshalb unterbunden werden, um schwere psychische Belastungen des Lokführers zu vermeiden.[29] Nach Ansicht des *BVerfG* soll die Gurtpflicht im Pkw auch andere Insassen vor Kollisionen bewahren,[30] die Helmpflicht auf Krafträdern, dass der Verunglückte bei Bewusstsein bleibt und hierdurch Schaden von Dritten abwendet.[31] Zuletzt sei noch § 218a StGB erwähnt, wonach nur ein Arzt einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen darf, um zum einen die gesundheitlichen Risiken für die Schwangere zu minimieren und zum anderen seitens des Embryos sicher zu stellen, dass die Indikationsvoraussetzungen, insbesondere die Fristen, beachtet werden.[32]

2. Gemeinwohlinteressen

Neben Drittinteressen können auch Gemeinwohlinteressen einen Eingriff legitimieren, ohne dass auf die Paternalismus-Thematik näher eingegangen werden muss. Im Unterschied zu Drittinteressen handelt es sich bei Gemeinwohlinteressen um überpersönliche, kollektive Belange.

a) Volksgesundheit und Umwelt

Ob die „Volksgesundheit", die vielfach zur Rechtfertigung von freiheitseinschränkenden Maßnahmen herangezogen wird, ein Universalgut der Gesellschaft verkörpert, ist streitig.[33] Richtigerweise wird man der „Volksgesundheit" keinen über die Gesamtheit der individuellen Interessen hinausgehenden normativen Gehalt zusprechen können. Aber auch in diesem restriktiven Sinn vermag der Schutz der „Volksgesundheit" Eingriffe zu legitimieren. Zu denken ist etwa an eine allgemeine Impfpflicht oder an Sicherheitsvorkehrungen im Straßenverkehr, die der Bevölkerung insgesamt zugutekommen sollen. In anderen Fällen, wie etwa beim Cannabis-Verbot, ist der Verweis auf die „Volksgesundheit" weniger plausibel und verdeckt paternalistische, volkswirtschaftliche oder sonstige Aspekte.[34]

Häufig wird mit paternalistischen Regelungen auch der Schutz der Umwelt verknüpft, der sich inzidenter wiederum auf die Gesundheit der Bevölkerung auswirken kann. Dies gilt beispielsweise für ein Tempolimit auf Straßen, das den Fahrer, andere Verkehrsteilnehmer und darüber hinaus die Umwelt schützen soll.

b) Sicherungssysteme und Wettbewerbsbedingungen

Von der Freiheit bliebe wenig übrig, wenn dem Einzelnen im Interesse der Allgemeinheit detaillierte Vorgaben zur persönlichen Lebensführung gemacht würden. Grundsätzlich darf deshalb mit *Kant* jeder „seine Glückseligkeit auf dem Wege suchen, welcher ihm selbst gut dünkt"[35]. Der Sozialstaat verlangt gleichwohl auch Solidarität. Hierzu gehört neben der Steuerlast die Einbeziehung in das Sozialversicherungssystem mit seinen verschiedenen Pflichtversicherungen, insbesondere der Krankenversicherung. Um ein bedarfsgerechtes und leistungsfähiges Versicherungssystem zu gewährleisten, besteht eine Versicherungspflicht, bei der die Beitragshöhe und der Leistungsumfang exakt festgelegt sind.[36] Solche Zwangsmitgliedschaften lassen sich aber wiederum nur rechtfertigen, wenn alle Mitglieder ein Minimum an Gemeinsinn aufbringen und nicht ihrerseits durch eine übermäßige Kostenverursachung die Funktionsfähigkeit des Systems gefährden. Es liegt daher nahe, dass bei besonders gesundheitsriskantem Verhalten systemimmanente Kompensationslösungen in Form von Sonderbeiträgen oder Kostenbeteiligungen gefunden werden. Solche Maßnahmen stoßen indes auf Grenzen, so dass der Sozialstaat finanziell gefordert bleibt, andererseits aber auch angemessene präventive Vorkehrungen treffen darf.[37] Das Musterbeispiel bildet die Gurtpflicht im Auto, die die Verletzungsgefahr und die damit verbundenen Folgekosten ganz massiv verringert, ohne größere Freiheitseinschränkungen mit sich zu bringen.[38]

Neben dem Erhalt der sozialen Sicherungssysteme liegen auch faire Wettbewerbsbedingungen im Gemeinwohlinteresse. So gilt seit Dezember 2015 das Anti-Doping-Gesetz, dessen Zweck nach § 2 darin besteht, „die Gesundheit der Sportlerinnen und Sportler zu schützen, die Fairness und Chancengleichheit bei Sportwettbewerben zu sichern und damit zur Erhaltung der Integrität des Sports beizutragen". Mit einem ähnlichen Motivbündel ließe sich zum Beispiel auch ein Verbot von pharmakologischem Neuro-Enhancement bei Examens- oder sonstigen Prüfungen rechtfertigen.

c) Äußere und innere Friedenssicherung

Das Ziel der äußeren und inneren Friedenssicherung kann ebenfalls kumulativ zu paternalistischen Zwecken hinzutreten. Allenfalls eine periphere paternalistische Funktion hat § 109 Abs. 1 StGB. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, „wer sich oder einen anderen mit dessen Einwilligung durch Verstümmelung oder auf andere Weise zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht oder machen lässt". Das zu schützende Allgemeininteresse ist hier die Funktionsfähigkeit der Landesverteidigung.

Für die innere Friedenssicherung ist vor allem der Schutz vor Ausgrenzung von zentraler Bedeutung. Interventionen

---

27 Seltener das Vermögen, wie etwa bei der Drogenbekämpfung, die auch die Beschaffungskriminalität vermindern soll; vgl. *Schwabe* JZ 1998, 66 ff. (70); die Beschränkungen des Alkoholkonsums im öffentlichen Raum sollen ebenfalls kriminalitätspräventiv wirken; siehe (zweifelnd) *Kolbe* (Fn. 8), S. 64 m. w. N.

28 *BVerfGE* 121, 317 ff. (349 f.).

29 Vgl. *Schwabe* JZ 1998, 66 ff. (71).

30 *BVerfG* NJW 1987, 180.

31 *BVerfGE* 59, 275 ff. (279); siehe auch *BVerwG* NJW 2019, 3466 ff. (Tz. 19 ff.); kritisch *Kolbe* (Fn. 8), S. 363 f. m. w. N.

32 Vgl. *Gropp*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, § 218a Rn. 22; zur Diskussion, ob einer schwangeren Frau Verhaltensweisen untersagt werden dürfen, die zwar keine Tötung des Embryos bezwecken, jedoch wie der Drogenkonsum oder die Ausübung gefährlicher Sportarten zu schweren gesundheitlichen Schädigungen führen können, siehe *Coester*, in: *Staudinger*, BGB, 2016, § 1666 Rn. 25 f. m. w. N.

33 Ausführlich *Kolbe* (Fn. 8), S. 364 ff.

34 Mit Verweis auf die „Bevölkerung – zumal die Jugend" aber *BVerfGE* 90, 145 ff. (184).

35 *Kant*, Über den Gemeinspruch (Fn. 2), S. 273 ff. (290).

36 Siehe näher *BVerfGE* 103, 97 ff. (221 ff.); *Heinig*, in: *Anderheiden* u. a. (Fn. 1), S. 157 ff. (172 f.).

37 Vgl. *BVerfGE* 59, 275 ff. (279 bzgl. Helmpflicht); *Schwabe* JZ 1998, 66 ff. (72 ff.); *Heinig*, in: *Anderheiden* u. a. (Fn. 1), S. 157 ff. (176); a. A. *Hillgruber* (Fn. 5), S. 101 f., 160 f.

38 Vgl. *BVerfG* NJW 1987, 180; Gegenbeispiel: Pflicht zur gesunden Lebensführung, um Behandlungskosten einzusparen; siehe nur *Beul* KritV 2019, 39 ff. (50).

können zugunsten einzelner Gruppen, insbesondere Minderheiten, oder ganzer Schichten geboten sein. Der erforderliche *gruppenspezifische* Schutz lässt sich an öffentlichen Veranstaltungen wie dem „Zwergenweitwurf" demonstrieren, bei dem kleinwüchsige Menschen zum Amüsement des Publikums als Wurfgeschosse verwendet werden. Sowohl in Frankreich als auch in Deutschland haben Gerichte ein Verbot solcher Darbietungen paternalistisch mit dem Schutz der Menschenwürde begründet,[39] doch wirkt das bei einer freiwilligen Teilnahme wenig überzeugend. Die öffentliche Moral ist ebenfalls ein intrikater Anknüpfungspunkt, der sich schwer ermitteln lässt und ideologischer Bevormundung Tür und Tor öffnet. Zu rechtfertigen ist das Verbot eines „Zwergenweitwurf-Wettbewerbs" allerdings mit dem Schutz der repräsentierten Gruppe. Wird ein einzelnes Mitglied aufgrund seiner Körperbehinderung als Wurfgeschoss instrumentalisiert, dann stigmatisiert und erniedrigt dies das gesamte Kollektiv an kleinwüchsigen Menschen.[40] Unabhängig davon, ob man der Gruppe als solcher personale Würde zuspricht oder nicht,[41] werden durch ein solches objektiv diskriminierendes Verhalten sämtliche Gruppenmitglieder aufgrund ihrer Körperbehinderung herabgewürdigt und zum Gespött der Gesellschaft gemacht. Das Gleiche gilt für die noch in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts übliche rassistische Zurschaustellung von farbigen Menschen auf Jahrmärkten.[42] Selbst wenn der Betroffene souverän in seine Erniedrigung einwilligt, werden alle anderen farbigen Menschen hierdurch diskriminiert. Ob man auch freiwillige sexuelle Dienstleistungen von Frauen im Gruppen- und Gemeinwohlinteresse untersagen kann oder sollte, wie dies in zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen der Fall ist, erscheint zweifelhaft. Jedenfalls ist die Argumentation mit externen Zwecken transparenter und sachnäher als die Berufung auf die Menschenwürde.

Eine Gesellschaft muss neben dem Schutz spezifischer Gruppen auch Vorkehrungen treffen, dass ökonomisch unterprivilegierte *Schichten* nicht ausgegrenzt und entfremdet werden. Schon *Hegel* wusste, dass „das Herabsinken einer großen Masse unter das Maß einer gewissen Subsistenzweise […] die Erzeugung des *Pöbels* hervor[bringt]".[43] Daher gehört es – auch aus demokratietheoretischen Gründen[44] – zu den vordringlichen Staatsaufgaben, sozialer Exklusion entgegenzuwirken.[45] Dieses Befriedungsziel lässt sich am Beispiel des umstrittenen Verbots des Organhandels (gemäß §§ 17 f. TPG)[46] sehr plastisch veranschaulichen. In der Literatur sind es oftmals Helden wie *Odysseus* oder aufgeklärte Citoyens, die nicht nachzuvollziehen vermögen, weshalb sie an der Veräußerung ihrer Körperteile obrigkeitlich gehindert werden. Dies sind freilich rein fiktive Akteure und ebenso trügerische Narrative, die den Blick auf die soziale Wirklichkeit verstellen: Niemand kommt auf die Idee, Teile seines Körpers zu verkaufen, es sei denn, getrieben von großer Armut und Elend. Die typischen Organgeber sind keine Helden, keine Freiheitstheoretiker, es sind die Besitz- und Perspektivlosen, die aus purer Not ihre Körperorgane kommodifizieren. Zumeist sind diese Menschen, vor allem in den Ländern der „Dritten Welt", bereits dem erforderlichen medizinischen Aufklärungsgespräch nicht gewachsen, sie bekommen keine hinreichende medizinische Versorgung und erst recht keine substantiellen finanziellen Vorteile.[47] Auf all jene Umstände – einschließlich der *kantischen* Pflichtenlehre[48] – kommt es indes nicht an, da selbst ein wie auch immer regulierter Markt mit dem Gemeinwohl unvereinbar wäre.[49] Dieses ist auf befriedete Verhältnisse, ein Minimum an sozialer Integration und nicht auf Widerstand ausgerichtet, der sich auf Dauer nicht vermeiden lässt, wenn ein bestimmter Teil der Gesellschaft gleichsam als Organbank für andere fungiert.[50] Es geht also nicht um die Apologie einer Sozialmoral oder gar um die Verteidigung humaner Werte,[51] sondern schlicht um die innere Sicherheit, die in Gefahr ist, wenn durch die Kommerzialisierung *nicht* regenerierbarer Körperorgane[52] eine Eskalationsstufe erreicht wird, die die Schere sozialer Ungleichheit um eine neue Dimension vergrößert. Das Verbot des Organhandels liegt deshalb auch nicht weit entfernt vom *harm principle*, weil es präventiv versucht, Gegenwehr und soziale Unruhen zu vermeiden.[53]

39 *Conseil d'Etat* La Semaine Juridique, édition générale 17/18, 1996 II No. 22630; *VG Neustadt* NVwZ 1993, 98 ff.; siehe hierzu auch das Urteil des UN Human Rights Committee Communication No 854/1999; sowie *Rädler* DÖV 1997, 109 ff.; *Bieri*, Eine Art zu leben, 2013, S. 24 ff., 109 ff.

40 Bereits thematisiert (in Bezug auf § 228 StGB) bei *Niedermair*, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, 1999, S. 144 f.; zu Kollektivbeleidigungen siehe *BGHZ* 75, 160 ff. (Menschen jüdischer Abstammung); *BVerfG* NJW 2016, 2643 f. („ACAB").

41 Verneinend die h. L.: *Höfling*, in: *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 66; *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 7 m. w. N.

42 „Früher zeigten sie Neger als Menschenfresser auf dem Jahrmarkt. Die waren an einer Kette und saßen in einem Käfig, und die Inhaber der Schaustellung hatten weiße Matrosenanzüge an, als wenn sie zur See gefahren wären und hätten die Neger mitgebracht. Die Neger hatten Kaurimuscheln umhängen und einen Ring durch die Nase, und sie haben in ihrem Käfig gebrüllt, wenn der Schausteller an der Kette zog." Münchner Stadtmuseum (Katalog), 1975, S. 22; zit. nach *Nagel*, Schaubuden, 2008, S. 146.

43 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werke Bd. 7, 1986, § 244.

44 Siehe bereits *Heller*, in: *ders.*, Gesammelte Schriften, Bd. II, 1971, S. 421 ff. (427 ff.).

45 Siehe schon *v. Stein*, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Nachdr. 1972, S. 36 ff.

46 Weitere Kommerzialisierungsverbote enthalten u. a. Art. 3 Abs. 2 lit. c GR-Charta; Art. 13 Abs. 1 RiL 2010/53/EU; Art. 12 Abs. 1 RiL 2004/23/EG.

47 Institute of Medicine, 2006, Organ Donation: Opportunities for Action, Washington, DC: The National Academies Press, *https://www.nap.edu/read/11643/chapter/11#274*: „Goyal and colleagues (JN: JAMA 2002, 288, S. 1589 ff.) conducted a cross-sectional survey of 305 individuals in Chennai, India, who had sold one of their kidneys. Ninety-six percent of the respondents stated that paying off debt was their motivation; however, selling a kidney did not produce any long-term economic benefit among those interviewed. The results of the study demonstrated a one-third decline in family income, and the majority of participants were still in debt and living below the poverty line at the time of the survey (on average, 6 years after they had sold their kidney). Eighty-six percent of those interviewed reported deterioration in their health status following the nephrectomy."

48 *Kant*, Vorlesung zur Moralphilosophie, Ausgabe Stark 2004, S. 180: „Der Mensch ist nicht befugt, für Geld seine Gliedmaßen zu verkaufen (…). Thut nun der Mensch solches, so macht er sich zu einer Sache, und dann kann ein jeder mit ihm nach Belieben handeln, weil er seine Person weggeworfen hat."

49 Zum Beispiel ein Organankauf durch staatliche Stellen oder Krankenkassen mit anschließender Organallokation nach Sachkriterien, weil auch in diesem Fall die Organaufbringung ganz einseitig zu Lasten der wirtschaftlich Schwächsten erfolgt; ebenso *Schneider*, in: *Taupitz* (Hrsg.), Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, 2007, S. 109 ff. (118); a. A. *Beauchamp* J Med Ethics 29 (2003), 269 ff. (274), (online: *https://pdfs.semanticscholar.org/7a19/fb935aa19c2defe00194cbce8a8ebe400813.pdf*).

50 Aus dem Kreis potentieller Anbieter werden bezeichnenderweise auch keine Autonomieforderungen erhoben: „Nirgendwo auf der Welt haben sich Menschen kollektiv organisiert, um für ihr Recht auf einen Organverkauf zu streiten. (…). Es sind immer die Körper der *Anderen*, auf die mittels des Autonomiekonstrukts Ansprüche und Zugriffsrechte erhoben werden – der eigene Körper bleibt ausgespart." *Schneider*, in: *Taupitz* (Fn. 49), S. 109 ff. (120).

51 Hierauf beschränkt sich die Argumentation von *Ach/Anderheiden/Quante*, Ethik der Organtransplantation, 2000, S. 195 ff.

52 Im Extremfall durch die Veräußerung des Herzens zugunsten besserer Entwicklungschancen der Kinder.

53 Restriktiv *Mill* (Fn. 3), V. 3: „In the first place, it must by no means be supposed, because damage, or probability of damage, to the interests of

Der Unterschied zu *Mills* Ausnahmekonstellation der Selbstversklavung, die er um der Freiheit willen nicht zulassen möchte,[54] ist ebenfalls nicht allzu groß. Eine solche, letztlich paternalistische Rechtfertigung erübrigt sich, wenn man erkennt, dass Pazifizierung und Gemeinwohl zusammengehören.[55]

Als Zwischenresümee ist festzuhalten: Da es kaum ein Verhalten gibt, das nicht die Sphäre anderer oder der Sozietät berührt,[56] lassen sich Eingriffe in die Freiheit vielfach bereits durch Dritt- oder Gemeinwohlinteressen legitimieren, ohne dass es paternalistischer Begründungen bedarf. Vieles lässt sich aber auch nicht rechtfertigen, da jeweils freiheitswahrend der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Schranke bildet. Insbesondere der pauschale Rekurs auf die öffentliche Moral, den *ordre public*, die Sozialverträglichkeit oder andere unspezifische Belange birgt die Versuchung und Gefahr, dass paternalistische Zwecke verdeckt und verfassungsrechtlich garantierte Freiheiten verkürzt werden.[57] Der Rechtspaternalismus lässt sich deshalb auch nicht mit *v. Jhering* als bloßes Scheinproblem abtun.[58]

IV. Die Entscheidungsfreiheit

Ebenso stößt der Versuch, paternalistische Regelungen mit Selbstbestimmungsdefiziten zu erklären, auf Grenzen. Im Ausgangspunkt ist zu konzedieren, dass Handlungs- und Willensfreiheit allein noch keine autonome Entscheidung garantieren. Auch wenn der Entscheidungsträger das tun kann, was er will, und das, was er will, prinzipiell auch beherrschen kann, können exogene und endogene Faktoren die konkrete Entscheidungsfindung erheblich beeinflussen.

1. Exogene Beeinträchtigungen

Keinen Paternalismus bewirkt der gesetzgeberische Schutz vor exogenen Willensbeeinträchtigungen, die wie eine arglistige Täuschung oder eine widerrechtliche Drohung durch Dritte erfolgen. Hier greift (ungeachtet der Freiheit anzufechten) bereits das *harm principle* ein. Dies wird man auch in Fällen annehmen können, in denen externe und interne Faktoren gemeinsam die Selbstbestimmung einschränken. Den Archetypus einer solchen doppelten Störung bildet der Tatbestand des Wuchers (§ 138 BGB), der aus der Sphäre des Bewucherten eine Unerfahrenheit, mangelndes Urteilsvermögen oder eine Zwangslage verlangt, die der Wucherer seinerseits ausbeutet.[59] Eine ähnliche Situation kann bei der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen vorliegen, bei der Übernahme von Bürgschaften, falls der Kreditgeber eine besondere familiäre Drucksituation unbillig ausnutzt, bei Eheverträgen, wenn die schwangere Partnerin vor der Heirat zu einseitig belastenden Regelungen gedrängt wird, oder bei „Haustür-Geschäften", bei denen sich der Verkäufer die situative Überlegenheit zu Nutze macht. In all diesen Fällen sind staatliche Schutzvorkehrungen schwerlich als Paternalismus zu bezeichnen, da jeweils Dritte einen unbilligen Einfluss nehmen.

2. Endogene Beeinträchtigungen

Anders zu beurteilen sind endogene Beeinträchtigungen der Willensbildung, die der Vertragspartner weder ausnutzt noch hieraus unbillige Vorteile zieht. Solche, die eigene Person betreffende „Defizite" sind keine Ausnahmeerscheinungen, sondern charakteristische Rahmenbedingungen menschlichen Entscheidens. Vor allem die neuere Forschungsrichtung *Behavioral Law and Economics* zeigt auf, dass das Verhaltensmodell des rein rational entscheidenden *homo oeconomicus* auf reale Akteure nicht zutrifft, menschliches Entscheidungsverhalten vielmehr eine begrenzte Rationalität aufweist.[60] Infolge ihrer kognitiven Beschränkungen greifen Menschen insbesondere auf Vereinfachungstechniken, sogenannte Heuristiken, zurück.[61] Sie orientieren sich beispielsweise bei der Bewertung eines Sachverhalts (etwa um die Höhe des Kaufpreises oder einer Spende zu bestimmen) an bereits verfügbaren, mitunter aber gar nicht aussagekräftigen Umgebungsinformationen (sogenannte Ankerheuristik) oder verlassen sich auf ihre Emotionen, bilden sich also ihre Meinung danach, welche positiven oder negativen Gefühle eine Entscheidungsalternative auslöst (sogenannte Affektheuristik). Ein weiteres Verhaltensmuster ist der Besitzeffekt, demzufolge Menschen (aufgrund der Verlustaversion) oft einen höheren Preis für den Verkauf einer Sache verlangen, als sie bereit wären, für den Ankauf derselben Sache zu zahlen. Hinzu kommt, dass Menschen sich stark von ihrem sozialen Umfeld beeinflussen lassen, sich selbst nicht hinreichend kontrollieren und von Überoptimismus geprägt sind. Mitunter können dem Entscheidungsträger für eine aufgeklärte Willensbildung auch schlichtweg wichtige Informationen fehlen.

Dieser kursorische Überblick zu potentiellen Rationalitäts- und Aufklärungsdefiziten gibt ausschließlich empirische Erkenntnisse wieder.[62] Normative Schlussfolgerungen sind dem Gesetzgeber überlassen, der im Rahmen eines weiten Gestaltungsspielraums darüber befinden kann, ob und inwieweit er bei endogenen Beeinträchtigungen interveniert.[63] Die Schutzinstrumentarien reichen von bloßen Informationspflichten über Formerfordernisse und Widerrufsrechte bis hin zu zwingenden Normen. Eingeschränkt wird

others, can alone justify the interference of society, that therefore it always does justify such interference."

54 *Mill* (Fn. 3), V. 11; siehe dazu auch unten im Text bei Fn. 74.

55 Siehe zum öffentlichen Interesse bezogen auf das Beispiel der Selbstversklavung auch *Feinberg* (Fn. 16), S. 80 f.; *Möller* (Fn. 19), S. 124 Fn. 60.

56 Zur Diskussion, ob es überhaupt rein selbstbezügliches Verhalten („self-regarding conduct") gibt, ausführlich *Saunders* Mind 125 (2016), 1005 ff. (1007 ff.) mit umfangreichen Nachw. (online: *https://academic.oup.com/mind/article/125/500/1005/2277465*); aus verfassungsrechtlicher Perspektive *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 328.

57 Zu kommunitaristischen Modellen *Gutmann*, in: *Schroth/Schneewind/Gutmann/Fateh-Moghadam* (Hrsg.), Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, 2006, S. 189 ff. (192 ff.); *Möller* (Fn. 19), S. 18 ff.

58 *v. Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I, 1877, S. 531: „Ich kenne kein Beispiel eines Rechtssatzes, der zum Zweck hätte, das Individuum wider seinen eignen Willen in seinem eignen Interesse zu seinem Glück zu zwingen; wo der Schein entsteht, geschieht es stets im Interesse der Gesellschaft. Die Sicherung des Wohls des Individuums ist nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck der Sicherung des Wohls der Gesellschaft; der Gesellschaft ist es nicht um die Abwehr der primären nachtheiligen Wirkung auf das Subject, sondern um die der secundären auf sich selber zu thun."; kritisch *Gutmann* ZRG GA 122 (2005), 150 ff. (184 ff.) m. w. N.

59 Siehe auch *Singer*, in: Festschrift 200 Jahre Jur. Fak. HU Berlin, 2010, S. 981 ff. (998 ff.).

60 Neben der beschränkten Rationalität (*bounded rationality*) werden als Abweichungen vom traditionellen Verhaltensmodell die beschränkte Willenskraft (*bounded willpower*) und das beschränkte Eigeninteresse (*bounded self-interest*) hervorgehoben; siehe *Jolls/Sunstein/Thaler* Stanford Law Review 50 (1998), 1471 ff. (1476 ff.; online: *https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles*).

61 Siehe näher *Thaler/Sunstein* (Fn. 15), S. 24 ff.; *Gerg* (Fn. 8), S. 14 ff.

62 Vgl. *Eidenmüller* JZ 2011, 814 ff. (819 f.); *v. Aaken*, in: *Anderheiden* u. a. (Fn. 1), S. 109 ff. (110).

63 Zur Abwägung von Eingriffsintensität, Schädigungspotential und Lerneffekten *Fateh-Moghadam*, in: *ders.* u. a. (Fn. 7), S. 21 ff. (41); *Kolbe* (Fn. 8), S. 340 ff.

das gesetzgeberische Handeln vor allem durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, so dass das jeweilige Schutzinstrumentarium zur Zweckverfolgung überhaupt geeignet sein muss. Nicht förderlich ist zum Beispiel ein Übermaß an Informationspflichten, und zwar nicht nur, weil ein *information overload* den Willensbildungsprozess negativ beeinträchtigt, sondern der Aufklärende durch zu strenge und engmaschige rechtliche Vorgaben risikoavers reagiert, was mit Blick auf die Arzthaftung zu dem kontraindizierten Phänomen der „Defensivmedizin" führen kann.[64] Das Schutzinstrumentarium muss zudem angemessen und erforderlich sein. Deshalb ist das jeweils mildeste Interventions-Mittel zu wählen, also soweit möglich bloße Wahlhilfen (Informationspflichten etc.) anstelle von strikten Wahlverboten.[65]

Für das geltende Privatrecht ist kennzeichnend, dass es neben weichen paternalistischen Bestimmungen zahlreiche Verbotsvorschriften enthält, die das Wohl des Normadressaten steigern sollen.[66] Angesichts prinzipieller Vorbehalte gegen harten Paternalismus werden diese weithin akzeptierten Regelungen häufig mit unzureichender Selbstbestimmungskompetenz zu erklären versucht[67] oder es wird von der Schwere der nachteiligen Folgen typologisch auf Defizite im Willensbildungsprozess (fehlende „Freiwilligkeit") geschlossen.[68] Solche Erklärungsmodelle wirken jedoch spekulativ und beruhen auf Vermutungen, ohne belangvolle Autonomiedefizite im konkreten Einzelfall nachzuweisen. Der Gesetzgeber muss zwar typisierend vorgehen, doch lassen sich auch bei komplexen und scheinbar nachteilhaften Rechtsgeschäften Selbstbestimmungsmängel nicht verallgemeinern und als Regelfall zur Begründung von strikten Wahlverboten heranziehen. Das Paradigma des Verfassungs- und Privatrechts ist der freie und verantwortliche Bürger. *De lege lata* wird gerade umgekehrt die volle rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit vermutet und derjenige, der sich auf Geschäfts- oder Einwilligungsunfähigkeit oder eine vorübergehende Störung seiner Geistestätigkeit beruft, muss diese beweisen.[69] In der weiteren Folge sollten Eingriffe daher methodenoffen als harter, der Freiheit abgewandter Paternalismus thematisiert werden, was nicht ausschließt, Selbstbestimmungsdefizite als zusätzliches Rechtfertigungselement zu berücksichtigen. Eine monokausale Argumentation, die bei stark belastenden Rechtsgeschäften pauschal die Kompetenz zur Eingehung der Verpflichtung bestreitet, greift jedoch zu kurz.

Dies gilt auch für Versuche, Paternalismus mit Vernunftlosigkeit zu rechtfertigen.[70] Weder das *Dworkin*'sche Petitum nach einem „*rational consent*", das heißt nach einer Einwilligung, die der Mensch aussprechen würde, wäre er vernünftigt,[71] noch das *Rawls*'sche Kriterium eines evidenten Versagens oder Fehlens der Vernunft[72] sind hinreichende Interventionsgründe.[73] In beiden Varianten werden intellektuelle Defizite unterstellt, um sich über den Willen des Betroffenen und die privatrechtliche Maxime „*stat pro ratione voluntas*" hinwegzusetzen. Es wird von Nonkonformismus auf Irrationalität geschlossen, ohne die eigentlichen Interventionsgründe offen zu legen.

V. Der Schutz des Adressaten

Bereits die Urväter der Paternalismus-Kritik erkannten und benannten als äußerste Schranke der Privatautonomie die Selbstversklavung. Während *Mill* einen Vertrag über die freiwillige Selbstversklavung als nichtig erachtete, weil die Freiheit nicht so weit reiche, um diese zu zerstören,[74] betonte *Kant*, dass „durch einen Vertrag sich niemand zu einer solchen Abhängigkeit verbinden [kann], dadurch er aufhört, eine Person zu sein."[75] Diese beiden unterschiedlichen Begründungsansätze zeigen, obwohl auf den Extremfall der Leibeigenschaft beschränkt, bereits zwei wesentliche Argumentationsmuster auf, um paternalistische Eingriffe zu rechtfertigen: die Freiheit und das Personsein.

1. Das Prinzip der Freiheit

In der Literatur gibt es zahlreiche Versuche, einen Schutz des Menschen vor sich selbst freiheitsimmanent zu begründen. Nach der trivialsten, eher begrifflich und weniger teleologisch ausgerichteten Erklärung dient die Freiheit nicht dazu, diese aufzugeben. Eine Selbsttötung zu untersagen, wäre hiernach keine Freiheitsbeeinträchtigung, obgleich der Wille des Bilanz-Suizidenten offenkundig gebrochen wird. Subtiler wirkt die Idee der „Freiheitsmaximierung", der es darum geht, Eingriffe mit dem Schutz „zukünftiger Freiheiten" zu rechtfertigen.[76] Beurteilungsmaßstab ist hiernach nicht allein die aktuelle Freiheitsbeeinträchtigung, vielmehr wird Freiheit für quantifizierbar erachtet, so dass in einer auf die Lebensdauer bezogenen Gesamtschau zukünftige potentielle Handlungsoptionen zu berücksichtigen sind.[77] Mit der Idee der Freiheit ist dies freilich schwer zu vereinbaren, weil sie es gerade dem Betroffenen belässt, über seine Zukunft selbst zu befinden, Handlungsmöglichkeiten zu gewichten und auszuschließen.[78] Ebenso obliegt es dem Einzelnen, über seine Kurz- und Langzeitpräferenzen zu bestimmen, so dass es nicht angeht, von einem externen Standpunkt aus beide unter dem Aspekt des Integritätsschutzes („*personal integrity*")

64 Siehe *Lindner* JZ 2019, 639 ff. (644) m. w. N.

65 Vgl. nur *v. Aaken*, in: *Anderheiden* u. a. (Fn. 1), S. 109 ff. (133 ff.); *Schmolke* (Fn. 7), S. 69 f.

66 Siehe ausführlicher unten im Text bei Fn. 87 ff., 97 ff.

67 Vgl. *Singer* JZ 1995, 1133 ff. (1139 f.); *Kitz*, Dauerschuld im Kauf, 2005, S. 142 f.; generelle Skepsis gegenüber dem Selbstbestimmungsparadigma bei *Lindner* AöR 140 (2015), 542 ff.

68 *Feinberg* (Fn. 16), S. 89 f., 117 ff.; kritisch *Schmolke* (Fn. 7), S. 27 (kaum von hartem Paternalismus zu unterscheiden); *Gutmann*, in: *Schroth* u. a. (Fn. 57), S. 189 ff. (227).

69 *BGHZ* 198, 381 ff. (Tz. 24); *OLG Dresden* MedR 2019, 150 ff. (151); *Gsell* AcP 203 (2003), 119 ff. (122).

70 Kritisch auch *Gutmann*, in: *Schroth* u. a. (Fn. 57), S. 189 ff. (233 ff.); *Möller* (Fn. 19), S. 177 f.

71 *Dworkin* The Monist 56 (1972), 64 ff. (78).

72 *Rawls* (Fn. 4), S. 219: „Paternalistic intervention must be justified by the evident failure or absence of reason and will."

73 Kritisch auch *Kleinig* (Fn. 22), S. 63 ff.; *Gutmann*, in: *Schroth* u. a. (Fn. 57), S. 189 ff. (231 ff.).

74 *Mill* (Fn. 3), V. 11: „It is not freedom, to be allowed to alienate his freedom"; zur unterschiedlichen Interpretation dieser Passage *Drerup* (Fn. 14), S. 250 f. m. w. N.

75 *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, 1797, Akademie-Ausgabe Bd. VI, S. 330; siehe auch *Cassirer*, The Myth of the State, 1946, S. 175; übergreifend zum *kantischen* Begriff der Person als „Kategorie der Freiheit" *Mohr*, in: *Sturma*, Person: Philosophiegeschichte – Theoretische Philosophie – Praktische Philosophie, 2001, S. 103 ff. (110 ff.).

76 *Enderlein* (Fn. 1), S. 52 ff.

77 *Regan*, in: *Sartorius*, Paternalism, 1983, S. 113 ff. (S. 117): „The person who wants to sell herself into slavery and is not allowed to is less free in regard to her present desire, but she will be freer, in the long run, overall. […] What we have done, in effect, is to substitute for the deontological principle that an agent's freedom must not be interfered with a teleological principle that the agent's total freedom should be maximized over time."

78 Kritisch auch *Wolf*, in: *Anderheiden* u. a. (Fn. 1), S. 55 ff. (S. 60: „Der Paternalismus kann sich als Gesundheitsfanatismus, Bildungsfanatismus, Hygienefanatismus, Sicherheitsfanatismus oder furor therapeuticus manifestieren."); *Möller* (Fn. 19), S. 123 ff.; *Schmolke* (Fn. 7), S. 27 f., 61 f.

miteinander abzuwägen.[79] Schließlich vermag auch die Unterscheidung zwischen dem jetzigen und dem späteren Selbst („*multiple-selves theory*")[80] Freiheitseinschränkungen nicht zu legitimieren. Es ist der gegenwärtige Wille des Menschen, der die Zukunft zu gestalten und Identitätsveränderungen mit einzubeziehen hat.[81] Demgemäß wird auch im Zivilrecht einer Willenserklärung der Sinn der Endgültigkeit beigemessen, ohne dass der Erklärende sich auf einen Wandel seiner Wünsche oder Konstitution berufen kann (allein auf veränderte Umstände i. S. von § 313 Abs. 1 BGB).[82] Alle Versuche, Freiheit begrifflich zu relativieren oder immanent zu begrenzen, sind somit nicht weiterführend. Es bleibt vielmehr bei den Schlussworten *Hölderlins* in seiner Ode „Lebenslauf": „Und verstehe die Freiheit, Aufzubrechen, wohin er will."[83]

2. Das Prinzip des Sozialen

Das „Herzstück" der Menschenwürde ist die Autonomie.[84] Aber sie ist nicht das allein Konstituierende. Wie das Bekenntnis in Art. 1 Abs. 2 GG zu „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten" zum Ausdruck bringt, lässt sich die Menschenwürde nicht auf Autonomie reduzieren. Der Mensch hat eine Identität, eine Zukunft und eine Umwelt. Diese Faktoren prägen ebenfalls das Personsein, sie gehören zur *conditio humana* und es ist Aufgabe des Sozialstaats, die nach Art. 1 Abs. 1 GG „unantastbare" Menschenwürde auch insoweit umfassend zu schützen.[85] Der erforderliche Schutz ist „sozialer" Natur, weil er die Freiheit des Rechtsträgers in Grenzfällen einschränkt. Es wird also nicht die „Freiheit" der erwünschten Ergebnisse wegen uminterpretiert, sondern es gilt jeden Eingriff offen als solchen zu benennen, genauso wie das auch bei nicht-paternalistischen Freiheitseinschränkungen geschieht. Stets geht es darum, die Freiheit, und im speziellen die Privatautonomie, mit gegenläufigen Prinzipien methodentransparent in Einklang zu bringen. Man sollte daher bei paternalistischen Einschränkungen auch besser von Prinzipienkollisionen anstelle von „Paradoxien" sprechen. Neben dem Schutz bei endogenen Beeinträchtigungen der Willensbildung handelt es sich im Wesentlichen um drei Prinzipien, die (harten) Paternalismus zu legitimieren vermögen:

a) Schutz vor Identitätsverlust

Nach der vor allem von *Günter Dürig* (mit-)geprägten und vom *BVerfG* rezipierten[86] „Objektformel" darf der Mensch nicht „zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt (werden)".[87] Bezeichnenderweise findet man ein ähnliches Diktum bereits bei *v. Savigny*: „Wäre nun diese Herrschaft eine absolute, so würde dadurch in dem Andern der Begriff der Freiheit und Persönlichkeit aufgehoben; wir würden nicht über eine Person herrschen, sondern über eine Sache, unser Recht wäre Eigentum an einem Menschen, so wie es das Römische Sklavenverhältnis in der Tat ist."[88] In der weiteren Konsequenz unterscheidet das BGB klar zwischen Rechtssubjekten (§§ 1 ff.) und Rechtsobjekten (§§ 90 ff.) und es ist anerkannt, dass man die eigene Rechtsfähigkeit weder durch einen freiwilligen „Versklavungsvertrag" noch durch ein „Armutsgelübde" aufgeben kann.[89] Ebenso unverfügbar sind der bürgerliche Name[90] und die Religionszugehörigkeit[91]. Ausdrücklich untersagt ist ferner der Organ- und Gewebehandel (§ 17 TPG i. V. mit § 134 BGB)[92] und auch jener Kreditsicherungsvertrag, den *Antonio* mit *Shylock* in *Shakespeares* „The Merchant of Venice" über ein Pfund seines eigenen Fleisches abschloss, wäre jedenfalls gemäß § 138 BGB nichtig. Dem Schutz der Identität dienen zudem verschiedene schuldrechtliche Vorschriften, die unterbinden, sich der Willkür eines anderen völlig auszuliefern. Hierzu gehört § 276 Abs. 3 BGB, wonach die Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus erlassen werden kann (ergänzt durch die Unzulässigkeit einer entsprechenden Verjährungsvereinbarung gemäß § 202 Abs. 1 BGB). Gleichfalls unabdingbar ist die Haftung für arglistig verschwiegene Mängel (§§ 444, 536d, 639d BGB).

Der Schutz der Identität ist auf existentielle Minima beschränkt. Zweifels- und Grenzfälle, wie das Verbot der Lebendspende an Nichtverwandte gemäß § 8 TPG,[93] stellen diesen engen Kernbereich an unverfügbaren Rechten und Rechtsgütern nicht prinzipiell in Frage. Überdies wird der paternalistische Identitätsschutz zumeist vom Gemeinwohlinteresse überlagert, das keine gesellschaftliche Ausgrenzung in Form von Recht- und Namenslosigkeit oder einer sonstigen völligen Preisgabe der Persönlichkeit duldet.[94] Im Vordergrund stehen hier bereits die Zwecke der Pazifizierung und Demokratiesicherung, so dass sich in vielen Fällen eine paternalistische Argumentation erübrigt. Hinzu kommt, dass freiheitsschonend statt harten Verboten, soweit als möglich, mildere Mittel in Form der Widerrufbarkeit oder des Vollstreckungsschutzes vorzuziehen sind, so etwa bei der ver-

79 So aber *Kleinig* (Fn. 22), S. 67 ff. (68): „Where our conduct or choices place our more permanent, stable, and central projects in jeopardy, and where what comes to expression in this conduct or these choices manifests aspects of our personality that do not rank highly in our constellation of desires, dispositions, etc., benevolent interference will constitute no violation of integrity."; zutreffende Kritik bei *Schmolke* (Fn. 7), S. 28 f., 62 f. m. w. N.

80 Siehe vor allem *Parfit*, Reasons and Persons, 1984, S. 199 ff. (321): „Autonomy does not include the right to impose upon oneself, for no good reason, great harm. We ought to prevent anyone from doing to his future self what it would be wrong to do to other people."

81 Vgl. *Hogrebe*, Bindungsgrenzen, 2018, S. 35 f. m. w. N.

82 Ausführlicher *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 30 Rn. 6.

83 *Hölderlin*, Sämtliche Werke, Stuttgarter Ausgabe, Bd. II, 1951, S. 22.

84 *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 31.

85 Siehe zur Unveräußerlichkeit der Würde auch *Schaber* ZPhF 61 (2007), 423 ff. (432 ff.); *Schmolke* (Fn. 7), S. 59 f., 86 f.; Kritisch zu diesem Begründungsansatz *Moser*, Unveräußerliche Rechte, 2020, S. 164 ff. m. w. N.

86 *BVerfGE* 131, 268 ff. (286 f.); 87, 209 ff. (228); 27, 1 ff. (6) m. w. N.

87 *Dürig* AöR 81 (1956), 117 ff. (127); *ders.*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, 1958, Art. 1 Abs. 1 Rn. 28; ausführlich *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 2019, S. 417 ff., 672 ff.

88 *v. Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 338 f.; siehe auch *Hegel* (Fn. 43), § 66: „*Unveräußerlich* sind daher diejenigen Güter […], welche meine eigenste Person und das allgemeine Wesen meines Selbstbewußtseins ausmachen, wie meine Persönlichkeit überhaupt, meine allgemeine Willensfreiheit, Sittlichkeit, Religion."

89 Vgl. nur *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 154; *Weitnauer*, in: Festschrift für Weber, 1975, S. 429 ff. (434); rechtsvergleichend siehe Art. 27 schweizerisches ZGB: „Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten. Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken." Ebenso ist auf der staatsrechtlichen Ebene die Unveräußerlichkeit des Wahlrechts anerkannt; siehe nur *Klein*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand 2019, Art. 38 Rn. 138 m. w. N.

90 *Klingbeil* AcP 217 (2017), 848 ff. (869); *Säcker*, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2018, § 12 Rn. 76 m. w. N.

91 *Canaris* AcP 184 (1984), 201 ff. (234); *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand 2019, § 138 Rn. 20.1.

92 Siehe hierzu (im Hinblick auf das Gemeinwohl) auch schon oben im Text bei Fn. 46 ff.

93 Von *BVerfG* NJW 1999, 3399 ff. für verfassungskonform erachtet; grundsätzlich bestätigt durch *BVerfG* NJW 2012, 1062 ff. (Tz. 21); kritisch *Gutmann* NJW 1999, 3387 ff.; *Kirste* JZ 2011, 805 ff. (811).

94 Siehe oben im Text bei Fn. 43 ff.

traglichen Übernahme einer besonders gefährlichen Tätigkeit.[95] Bei einem Prostitutionsvertrag ist von vornherein nur die Entgeltvereinbarung (einseitig) verpflichtend (vgl. § 1 ProstG).[96]

b) Schutz vor Perspektivlosigkeit

Neben dem Identitätsschutz, der jenen Kernbereich der Menschenwürde umfasst, der rechtsgeschäftlichen Dispositionen *a priori* entzogen ist, bedarf es auch eines in die Zukunft gerichteten Schutzes vor irreversiblen Bindungen.[97] Die Notwendigkeit von Bindungsgrenzen ist zwar weitgehend anerkannt, doch lassen sich diese nicht freiheitsimmanent begründen. Freiheit bedeutet, sich so binden zu können, wie man will. Kann man dies nicht, wird die Freiheit restringiert, nicht geschützt. Wer sich ewig binden will, wird durch Bindungsgrenzen in seiner Autonomie eingeschränkt, indem er eben nicht das tun kann, was er tun möchte. Und er kann dies deshalb nicht tun, weil die Perspektive auf eine Veränderung der Lebensbedingungen nicht gänzlich verloren gehen darf.[98] Geschützt wird also die *Hoffnung*, nicht die Freiheit. Die existentielle Bedeutung und Dimension des Prinzips Hoffnung kommt bereits prägnant in der berühmten Inschrift über *Dantes* Höllentor zum Ausdruck: „Tu, der du eintrittst, alle Hoffnung ab."[99] Nicht minder eindringlich beschreibt *Ernst Bloch* die Hoffnungslosigkeit als das „im zeitlichen wie sachlichen Sinn (…) Unaushaltbarste, das ganz und gar den menschlichen Bedürfnissen Unerträgliche".[100] Folgerichtig wird schon in der US-amerikanischen Unabhängigkeitserklärung von 1776 „the pursuit of Happiness" als unveräußerliches Recht deklariert und es folgt dieser Einsicht auch das *BVerfG*, das den Menschenwürdekern als tangiert erachtet, „wenn ein Verurteilter in der Strafhaft ungeachtet seiner persönlichen Entwicklung jegliche Hoffnung, seine Freiheit wiederzuerlangen, aufgeben muss".[101] Aufgabe des Gesetzgebers ist somit der Schutz vor Perspektivlosigkeit, der der Freiheit mit Blick auf die Zukunft äußerste Schranken setzt.

Das Privatrecht enthält verschiedene Bestimmungen, die das Prinzip Hoffnung umsetzen und auf potentielle Veränderungen des *status quo* ausgerichtet sind. So ist ein auf Lebenszeit eingegangenes Dienst- oder Arbeitsverhältnis spätestens nach Ablauf von 5 Jahren kündbar (§ 624 BGB, § 15 Abs. 4 TzBfG). Eine Patientenverfügung, ein Testament und eine Generalvollmacht bleiben selbst dann widerruflich, wenn der Erklärende *pro futura* einen *actus contrarius* explizit ausschließt (§§ 1901a Abs. 1 Satz 3; 2253, 2302; 138 BGB). Als weiteres Beispiel sei nur noch § 311b Abs. 2 BGB hervorgehoben, der einen Vertrag für nichtig erklärt, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen auf einen anderen zu übertragen.

c) Schutz existenzieller Lebensbereiche

Der Rechtspaternalismus hat neben einer subjekt- und einer zeitbezogenen Komponente gleichsam auch eine räumliche Dimension, die existentielle Lebensbereiche, insbesondere den Arbeitsplatz und die Wohnung, erfasst. Man kann die unabdingbaren gesetzlichen Schutzvorschriften in diesen Bereichen allein schon mit Ungleichgewichtslagen zu begründen versuchen. Das Bild vom überlegenen Arbeitgeber oder Vermieter mag zwar typologisch stimmig sein, bleibt aber begründungsdefizitär. Denn Arbeit ist kein bloßer volkswirtschaftlicher Produktionsfaktor, den idealiter ein *homo oeconomicus* zu gewichten weiß. Sie ist vielmehr, wie *Peter Badura* einmal formulierte, „unentrinnbarer Schauplatz menschlicher Selbstverwirklichung"[102]. Vergleichbar dem Arbeitsplatz verkörpert auch die Wohnung nicht irgendeine wirtschaftlich austauschbare Sache, sondern den räumlichen Lebensmittelpunkt des Menschen. Das vertraute Zuhause, die nahe gelegene Schule oder Arbeitsstelle, die Nachbarschaft sowie die mit einem Umzug verbundenen Transaktionskosten zeigen die beschränkte Substituierbarkeit und das Erfordernis zwingender gesetzlicher Regelungen auf. Die fundamentalen Mieter- und Arbeitnehmerschutzrechte lassen sich zwar wegen der zugrundeliegenden Dauerschuldverhältnisse partiell auch mit Selbstbestimmungsdefiziten sowie Gemeinwohlinteressen erklären, doch kommt die existentielle Angewiesenheit hinzu, die paternalistische Eingriffe mit legitimiert. Es ist also signifikanterweise wiederum ein Bündel von Gründen, das in einer Gesamtschau *ius cogens* erfordert.

VI. Fazit

Paternalismus ist ein prägendes, auch aufgrund verfassungsrechtlicher Schutzpflichten unverbrüchliches Element der Privatrechtsordnung. Sämtliche europäischen und internationalen Menschenrechtspakte belegen diese Komplementärfunktion zu den Freiheitsrechten. Der Begriff „Paternalismus" ist – ungeachtet seiner Vater-Metaphorik (patria potestas, „father knows best") und möglicher Wortalternativen (Maternalismus, Parentalismus)[103] – auch deshalb erforderlich, um Eingriffe in die Freiheit zu identifizieren, die einen Schutz des Menschen „vor sich selbst" intendieren. Er hat damit zugleich eine freiheitsschützende Funktion, weil Eingriffe offen benannt und als Fremdbestimmung begründet werden müssen. Genau diese Transparenz geht verloren, wenn man Paternalismus tabuisiert und stattdessen versucht, Beschränkungen der Selbstbestimmung synkretistisch aus dem Begriff der Freiheit herzuleiten oder mit Scheinargumenten wie dem „Verbot widersprüchlichen Verhaltens" zu rechtfertigen. Die Kritik am Paternalismus ist aber zumeist ohnehin nur die Spitze des Eisbergs. In der Regel steht dahinter ein wesentlich wuchtigeres Ansinnen: So erklärt uns der kritische Staatsrechtler, dass Gemeinwohlinteressen lediglich sehr restriktiv berücksichtigt werden dürfen, der Zivilrechtler, dass sich das Privatrecht ganz generell nicht für Umverteilung eignet und der Steuerrechtler schließt den Reigen, indem er den Halbteilungsgrundsatz als alleräußerste Belastungsschranke definiert.

---

95 Siehe näher *Canaris* JuS 1989, 161 ff. (164 ff.); *ders.* AcP 184 (1984), 201 ff. (232 ff.).

96 Siehe auch ausdrücklich BT-Drs. 14/5958, S. 4; 14/7174, S. 6.

97 Siehe hierzu auch schon *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1999, S. 104 ff., 264 f.

98 Vgl. *Singer*, in: Festschrift 200 Jahre Jur. Fak. HU Berlin, 2010, S. 981 ff. (992); *Tiedemann*, Menschenwürde als Rechtsbegriff, 3. Aufl. 2012, S. 365 f.

99 In der Übersetzung von *Vossler*, Dante Alighieri, Die göttliche Komödie, 2. Aufl. 1945, S. 36; siehe zu der Inschrift auch schon *Menger*, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 4. Aufl. 1908, S. 226 f.

100 *Bloch*, Das Prinzip Hoffnung, 1959, S. 3.

101 *BVerfG* NVwZ 2018, 1390 ff. (Tz. 52); *BVerfGE* 64, 261 ff. (272); 45, 187 ff. (245); zustimmend *EGMR* (Vinter u. a. ./. Vereinigtes Königreich) NJOZ 2014, 1582 ff. (Tz. 109 ff.); zur Freilassung von Sklaven, der *manumissio*, im römischen Recht *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2004, Rn. 263: „Absolut hoffnungslose Sklaverei zerstört sich selbst und den Staat."

102 *Badura*, in: Festschrift für Berber, 1973, S. 11 ff. (12); zustimmend *Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998, S. 870 („existentielle Grundkategorie").

103 Siehe näher *Drerup* (Fn. 14), S. 22 ff.