

Kapitel 2

Paternalismus mit Legitimität in der modernen Gesellschaft

Was bedeutet und in welchen Kontexten begegnet uns das Wort „Paternalismus“ in der modernen Zeit? Wie unterscheidet sich dies von der Zeit, in der derselbe Ausdruck zuerst geprägt wurde und dann in allgemeinen Gebrauch trat? Im historischen Verlauf der Auslegung des Wortes wird man unvermeidlich mit philosophischen und rechtlichen Kritiken konfrontiert, vornehmlich in der säkularen und pluralistischen Gesellschaft; z. B. kommt in der Paternalismusdefinition zum Ausdruck, dass paternalistische Maßnahmen das Wohl des anderen befördern sollen, das durch dessen selbstschädigende Alternativenwahl beeinträchtigt würde. So entsteht ein interessierendes Legitimationsproblem: „Unter welchen Voraussetzungen ist es erlaubt, die Freiheit des anderen zu beeinträchtigen, um ihn vor seiner eigenen unvernünftigen oder falschen Entscheidung zu schützen, durch die er schützenswerte eigene Belange beeinträchtigt?“²⁸

Die derzeitige Diskussion des Paternalismus als sozialetisches Problem konzentriert sich noch gänzlich auf die gegenwärtig gebräuchlichen Verwendungsweisen des Ausdrucks bzw. des Begriffs. [...] Anders als die v.a. an begrifflicher Schärfe interessierten Philosophen legen Historiker oder Soziologen in ihren Untersuchungen zum Thema in aller Regel ein Verständnis des Ausdrucks zugrunde, das oft nicht weiter ausgewiesen und scheinbar durch die Intuition des Forschers geprägt ist. So kommen in diesen Untersuchungen zwar jeweils mit demselben Ausdruck bezeichnete, jedoch in ihrer Eigenart sehr differente Phänomene in den Blick. Was so als „Paternalismus“ aufgewiesen wird, sind demnach beliebige Sachverhalte, abhängig vom unausgesprochenen Vorverständnis des Forschers.²⁹

Der historische Ursprung des englischen Ausdrucks „paternalism“ liegt im späten 19. Jahrhundert. Lange Zeit ging man davon aus, dass die erste schriftliche Nennung des Begriffs im „Oxford English Dictionary“ (OED)

28 Enderlein, Rechtspaternalismus, S. 12.

29 Zude, Paternalismus, S. 16. Vgl. Roberts, Paternalism, S. 15–25; Eifert, Paternalismus, S. 180–195.

aus den 1880er Jahren stammte³⁰, aber „die erste, heute greifbare schriftliche Fixierung des Ausdrucks ‚Paternalism‘ fällt in den Beginn des Jahres 1873. Vorher war der Ausdruck allenfalls mündlich in Gebrauch. Sowohl in den Zeitschriften wie auch in der *New York Times* fällt die erstmalige Nennung des Ausdrucks in dieses Jahr.“³¹ Obwohl das Wort „Paternalismus“ für das zugrundeliegende Konzept also erstmals in den Vereinigten Staaten und dann in England gebraucht wurde, wurde es dort von Gegnern des Paternalismus eingeführt³². Der Streit mit und um paternalistische Doktrinen wird recht heftig geführt, wodurch man die Funktionsbestimmung des Paternalismus in einem Staat zur Kenntnis nehmen kann. „Einschränkungen von Freiheit sind also für den Antipaternalisten nicht per se problematisch. Solche strukturellen Vorgaben jedoch, welche primär auf das Wohl einer Person oder einer Gruppe zielen und gleichzeitig Freiheitsspielräume regulieren, stellen für den Antipaternalisten illegitime Freiheitsbeschränkungen dar, gerade weil sie benevolent motiviert sind.“³³ Somit ist es sinnvoll, die Grenzen paternalistischer Freiheitsbeschränkungen zu begründen.

Im Vergleich zur angloamerikanischen Diskussion in den wissenschaftlichen Disziplinen, v. a. in der Rechtswissenschaft, beginnt die Paternalismusdebatte in Deutschland erst spät. Was ist der Grund dafür? Inwiefern wird die heutige Untersuchung über den legalen Paternalismus vom Strafrecht beeinflusst? Die oben genannten Fragen werden auch dahingehend analysiert.

30 Es wird von *Tom Lamar Beauchamp* und *James Franklin Childress* direkt auf den Eintrag zum Stichwort im OED verwiesen. Die Grundbedeutung des Ausdrucks „Paternalismus“ wird im OED wie folgt dargestellt: “the principle and practice of paternal administration; government as by a father; the claim or attempt to supply the needs or to regulate the life of a nation or community in the same way as a father does those of his children.” Siehe ausführlich dazu *Beauchamp/Childress*, *Biomedical Ethics*, S. 178.

31 *Zude*, *Paternalismus*, S. 22.

32 Vgl. *Dworkin*, *Paternalism*, S. 23–28.

33 *Enderlein*, *Rechtspaternalismus*, S. 182. Siehe dazu auch *Feinberg*, *Paternalism I*, S. 137: “Thus, paternalism was regarded as a thoroughly unacceptable view by nineteenth-century liberals.”

A. Der Paternalismusbegriff

I. Die Paternalismusdefinition

Auch wenn der Begriff „Paternalismus“ selbst erst 1873 in den Vereinigten Staaten zum ersten Mal explizit genannt wurde, sind die historischen Vorläufer des Begriffs und sein Begründungsmodell weit älter:

The term “paternalism” [:] [...] the idea is much older and, indeed, appears very early in human thought. Its meaning, according to the OED, is “the principle and practice of paternal administration; government as by a father; the claim or attempt to supply the needs or to regulate the life of a nation or community in the same way a father dose those of his children.” When the analogy with the father is used to illuminate the role of professionals or the state in health care, it presupposes two features of the paternal role: that the father is benevolent and beneficent, i.e., that he has the interests of his children at heart, and that he makes all or at least some of the decisions relating to his children’s welfare rather than letting them make these decisions. Paternalism poses moral questions precisely because it involves the claim that beneficence (doing good or preventing harm) should take precedence over [individual] autonomy (freedom or independence), at least in some cases.³⁴

Der Begriff stellt eine Situation vergleichbar mit der Eltern-Kind-Beziehung dar, die nahelegt, dass bestimmte Konstellationen nach dem traditionellen Verständnis des asymmetrischen Verhältnisses eines Vaters zu seiner Familie (Frau, Kinder, Anverwandte, Gesinde) konzeptualisiert werden können³⁵. Der historische Paternalismusbegriff bezieht sich auf eine absolute, hausväterliche Macht, so dass kein Familienmitglied jeglichen Rechtsanspruch gegenüber der väterlichen Gewalt stellen kann, d. h., ihnen wird

34 Geisler, *Academic Literacy*, S. 129. Siehe dazu auch *Beauchamp/Childress*, *Biomedical Ethics*, S. 154.

35 Siehe dazu *Elger*, *Paternalismus*, S. 24: „Interessanterweise wird nur der Begriff Paternalismus (von pater, lat. Vater) verwendet und nicht eine auf die Mutter verweisende Parallelform ‚Maternalismus‘. Möglicherweise steckt die Vorstellung dahinter, dass traditionell eine Mutter weniger autoritär auftritt und eher die Wünsche ihrer Kinder respektieren würde als ein Vater. In einer Gesellschaft, welche die Umverteilung traditioneller Gesellschafterrollen im Rahmen der Gleichberechtigung anregen möchte, wäre eine Lösung, in der Zukunft von Parentalismus zu sprechen, um die einseitige Festlegung auf ein Geschlecht zu vermeiden.“

eine Rolle ohne eigenen Willen und besonderes Vermögen zugewiesen³⁶. Als „Patriarchat“ wird die historische Gesellschaftsformation auf Basis von Familienhaushalten bezeichnet, die die Väter dominieren. Wegen der sozialen Entwicklung und kultureller Wenden hat sich das Modell des Paternalismus jedoch verändert und der Anwendungsbereich wurde allmählich eingeschränkt; z. B. stellt „in Opposition zum im 17. Jahrhundert in England aufkommenden Liberalismus [...] der Patriarchalismus den Versuch dar, das Verhältnis von Souverän und Untertan nach der Lehre und der Herrschaftskonstellation des ‚ganzen Hauses‘ zu modellieren“³⁷. Wie Zude zeigt, bezeichnet „Paternalismus“ mit dem Niedergang des Patriarchalismus aus liberaler Perspektive „die Überreste patriarchalischer Verhaltensmuster in nachpatriarchalischer Zeit“³⁸, d. h., die Begründungsstruktur des Paternalismus spielt weiterhin in allen Kulturen (traditionell oder modern) und Gesellschaftsformen (demokratisch oder autoritär bzw. patriarchal organisiert) eine exponierte Rolle, wobei die eher traditionellen Formen (z. B. die Rolle des Vaters in patriarchalen Familienstrukturen) und die moderneren Formen des Paternalismus (z. B. institutionalisierter, wohlfahrtsstaatlicher Paternalismus) koexistieren. Mit diesem gemeinsamen Merkmal ist gemeint, dass der Staat die Freiheit seiner Bürger einschränkt und sie zwingt, auch gegen ihren eigenen Willen Dinge für ihr eigenes Wohlbefinden oder das Wohl der Allgemeinheit zu tun.

1. Staatspaternalismus in einer pluralistischen Gesellschaft

In einer pluralistischen Gesellschaft ist es nicht mehr selbstverständlich, dass die Freiheit eines Bürgers willkürlich um des Staates willen eingeschränkt werden kann³⁹. In modernen Gesellschaften, die den Respekt

36 Vgl. *Benner/Brüggen*, ZfP, S. 253. Siehe dazu auch *Benner/Brüggen*, Mündigkeit, S. 688.

37 *Drerup*, Paternalismus, S. 24.

38 *Zude*, Paternalismus, S. 17.

39 Siehe dazu *Detjen*, Pluralismus und Naturrecht, S. 37: „Hinter der Wirklichkeit des Pluralismus verbirgt sich eine anthropologische Annahme. Sie besagt, dass der Mensch generell dazu berufen und die Bevölkerung eines Gemeinwesens speziell dazu befähigt ist, sich hinsichtlich der Ziele und Wege der Lebensverwirklichung vernunftgemäß selbst zu bestimmen. Sie besagt weiterhin, dass sich Selbstbestimmung und Lebensführung mündiger Individuen unterschiedlich vollziehen und dass die entsprechenden Artikulationsweisen aufgrund vielfältiger Bedingungsfaktoren perspektivisch begrenzt sind [Hervorh. d. Verf.]. Daraus resultieren die Not und

vor Freiheit und Menschenwürde ernst nehmen⁴⁰, wird jedem Menschen prinzipiell ein Grundrecht auf Selbstbestimmung, z. B. in medizinischen Angelegenheiten, zuerkannt. Aber das bedeutet nicht, dass man die Funktion des Staatspaternalismus gänzlich verneint. „In unserer Gesellschaft sind einige Formen von Staatspaternalismus durchaus akzeptiert.“⁴¹

Der Ausdruck „Paternalismus“ kann zwar einen negativen Beiklang haben, aber das paternalistische Verhalten des Staates zielt seinen Bürgern gegenüber auf deren Wohl ab. Deshalb kritisieren wir nur einen nicht zu rechtfertigenden paternalistischen Zwang. Mit diesem Begriff ist also nicht das staatliche Wohlwollen seinen Bürgern gegenüber gemeint. Kritisiert wird eine unberechtigte und übertriebene Verhaltensweise, welche die Selbstbestimmungsrechte in unangemessener Weise einschränkt.

Der Wertepluralismus in der modernen Gesellschaft hat dazu geführt, dass häufig bei einer Uneinigkeit zwischen einem Staat und seinen Bürgern kritisiert wird, dass sich der Staat oder die Regierung paternalistisch verhält. Da vor allem die abendländische Gesellschaft im Gegensatz zu anderen immer pluralistischer wird, werden dort die staatspaternalistischen Maßnahmen auch immer öfter zum Vorwurf gemacht. Jedoch drängt sich zunehmend die Frage auf, vornehmlich im Zuge der COVID-19-Pandemie von 2020 bis 2023, ob dieser Vorwurf begründet ist. In der unweigerlichen Konfrontation mit der Corona-Krise wurde es zu einer großen Herausforderung, wie unsere persönlichen Handlungen direkt durch staatspaternalistische Maßnahmen gegen die Pandemie verändert werden. So ist die

Notwendigkeit, zugleich aber auch der positive Wert der Pluralität von Motivationen, Interessen, Erkenntnissen, Verhaltensweisen und Entscheidungen. Diese Pluralität muss aus Achtung vor der conditio humana offen gehalten [sic] und freigegeben werden [Hervorh. d. Verf.]. Der Pluralismus ist deshalb eine Bekundung des universellen Reichtums, aber auch der konkreten Begrenztheit menschlicher Selbstverwirklichungen, Gestaltungsformen und Bestrebungen. Vor allem aber ist er ein Ausdruck der menschlichen Freiheit [Hervorh. d. Verf.].“

40 Siehe dazu *Brugger*, Pluralismus, S. 500: „Voraussetzung und Ziel von Pluralismus ist die Freiheit des Menschen. Freie Persönlichkeitsentfaltung wird durch die Anerkennung der Vielheit und Vielfalt, also der Unterschiedlichkeit der Menschen, gefördert; Konkurrenz ist hierbei nicht auszuschließen. Pluralismus betont die Wichtigkeit des Gruppenlebens der Menschen; Vergesellschaftung und Vergemeinschaftung sind nach pluralistischer Sicht elementare Bestandteile von Menschsein oder Persönlichkeitsentfaltung, die der Staat zu achten hat.“

41 *Drerup*, Paternalismus, S. 24.

wichtige Erkenntnis populär geworden: „Du schützt dich, indem du andere schützt.“⁴²

Die Globalisierung und Liberalisierung begleitet man mit Wohlwollen oder treibt sie gar selbst voran. Die neuen Werte der Spätmoderne, das Gesundheitsbewusstsein und die emotionale Intelligenz, die intensive Elternschaft, das lebenslange Lernen und die Selbstverantwortung, die Mobilität, das Stilbewusstsein und das ökologische Bewusstsein (so auch die Sensibilität für den Klimawandel) – das alles wird von der neuen Mittelklasse getragen.⁴³

Deshalb hat die neue Mittelklasse insbesondere in der Corona-Krise einen Lebensstil mit klassischen ethischen Werten wie z. B. Respekt vor Gesetz und Ordnung zu führen. Die Erforderlichkeit des Staatspaternalismus erscheint in unserer (spät)modernen Gesellschaft sogar systemrelevant.

2. Mittel-Zweck-Relation

Angesichts dieser Erforderlichkeit ist es fraglich, wie sich der Staatspaternalismus heute definieren lässt.

Als paternalistisch sollen begründungsbedürftige Beeinträchtigungen der Freiheit einer Person dazu bezeichnet werden, Handlungsalternativen wählen zu können, deren Wahl – jedenfalls nach Auffassung des Eingreifenden – dem Wohl der Person abträglich wäre oder dieses nicht maximierte, sofern diese Freiheitsbeeinträchtigung zumindest auch dem Zweck dient, die mögliche Selbstschädigung durch die Wahl der betreffenden Handlungsalternative zu verhindern.⁴⁴

Enderlein bringt diese Erwägungen in die prägnante Formulierung einer „Mittel-Zweck-Relation“, so dass wir die den Begriffsinhalt konstituierenden Begriffsmerkmale eindeutig erkennen können. Erstens ist die Freiheitsbeeinträchtigung durch die paternalistischen Maßnahmen ein Mittel, das dem direkten Zweck dient, eine konkret gefährliche Möglichkeit der Selbstschädigung durch die Selbstbestimmung des Handelnden auszuschneiden. Zweitens kann dieser Zweck der Verhinderung der möglichen Selbstschädigung jedoch nicht der Beantwortung der Frage genügen, warum die Selbstschä-

42 *Bude*, Pandemie, S. 14.

43 *Reckwitz*, Pandemie, S. 40 f.

44 *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 8.

digung durch die freiwillige Wahl der betreffenden Handlungsalternative staatlich interveniert werden muss. Deshalb lässt sich hier die zweite Frage stellen, ob noch ein mittelbarer Zweck, nämlich eine abstrakte Gefahr, existiert, die potenziell schädigende Auswirkungen auf allgemeine Zusammenhänge, die sozialen Ordnungssysteme oder den öffentlichen Konsens zwischen Bürgern haben kann, so dass der Staat rechtlich eingreifen muss. Dies wird in dieser Arbeit weiter thematisiert.

II. Elemente der Paternalismusdefinition

1. Beeinträchtigungen der eigenen Freiheit einer Person

a) *Freiheitsbezug*

Die angegebene Paternalismusdefinition ist freiheitsbezogen. Sie verlangt eine Beeinträchtigung der Freiheit einer Person zur Wahl von Handlungsalternativen. „Fast immer wird Zwang oder eine Form der Beeinträchtigung von Autonomie, Präferenzen oder Wahlmöglichkeiten als Merkmal paternalistischen Handelns genannt.“⁴⁵ Angesichts des direkten Zwecks dieses Zwangs ist anzunehmen, dass der Kern des Paternalismusproblems in der Usurpation fremder Entscheidungstätigkeit liegt, so dass die freiwillige Person nicht unvernünftig bzw. selbstschädigend handeln darf, sondern nur die Freiheit zu klugen oder vernünftigen Handlungen verwirklichen kann. Eine solche Usurpation kann im Nicht-selber-wählen-Lassen bestehen, also auch im Nicht-entscheiden-Lassen über Alternativen, die nicht den gerade vorfindlichen Zwecken und staatlichen oder allgemeinen Präferenzen entsprechen.

b) *Zwei Rollen desselben Handelnden*

Im Sinne *Harts*⁴⁶ sind die verschiedenen Träger der beiden Rollen von Opfer und Täter in ein und derselben Person bestimmt auszumachen. Man nimmt zunächst an, dass sich die Person (A) im Rahmen der beiden Momente des konservativen Selbst (A¹) und des aggressiven Selbst (A²)

45 *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 8.

46 Wie die Rede vom Menschen als dem Mischwesen aus Engel und Teufel. Siehe dazu *Hart*, 1963, S. 33 und *Hart*, 1976, S. 195.

differenziert. Damit bedeutet die freiwillige Selbstschädigung, dass das sich vom konservativen unterscheidende aggressive Selbst diesem als eigenständige Entität bezeichneten anderen Selbst gegenübertritt (A^1 zu A^2). Das aggressive Selbst (A^2) koppelt sich mit seinem eigenen, autonomen Interesse gänzlich vom Selbsterhaltungsinteresse des konservativen Selbst (A^1) ab. Das Ziel der Befriedigung des eigenen unmittelbaren Interesses wird mit Kosten dieses Selbsterhaltungsinteresses der Person ausgeglichen. A^2 wird so zum „fremden Selbst“ und ist mit seinem aggressiven Eigeninteresse strukturell einer anderen fremden Person (B) gleichzusetzen.

Paternalismus als der Schutz des Menschen gegen sich selbst ist in diesem Sinn ein Schutz gegen ein anderes Selbst, das dem Selbsterhaltungsinteresse fremd gegenübersteht. Deshalb bezieht sich der staatspaternalistische Eingriff direkt auf dieses Selbsterhaltungsinteresse. Mit anderen Worten ist dieses Selbsterhaltungsinteresse der Person (A^1) als allgemeiner Zweck menschlichen Handelns oder basaler Konsens und Handlungsmaßstab auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene staatlich anerkannt und somit auch im individuellen Fall als Gut zu bewerten. Der Staatspaternalismus richtet sich also gegen die individuellen, kurzfristigen, unmittelbaren Interessen der Person (A^2). Umgekehrt kommt es bei den Grenzen des Staatspaternalismus auch darauf an, inwiefern sich der Bereich dieser Selbsterhaltungsinteressen ausdehnen kann.

Wenn es der allgemeine Zweck menschlichen Handelns ist, sich selbst zu erhalten, dann muss diese Zielbestimmung auch für die Person A gelten. Deshalb kann ein solches Interesse auch dann für die Person A postuliert werden, wenn es als Interesse auch nicht expliziert wird. Es ist ein „natürliches Gut“, das unabhängig davon besteht, ob es der Person als solches bewusst ist. [...] Mit dieser vorsichtigen Formulierung lässt Hart als Möglichkeit offen, im Einzelfall davon unbedingt ausgehen zu müssen, Selbsterhaltung sei auch hier zwingend als höchstes Gut anzunehmen.⁴⁷

Angesichts der Unbestimmtheit dieses allgemeinen Zwecks menschlichen Handelns kann der Bereich dieser Selbsterhaltungsinteressen nicht von vornherein als gegeben angenommen werden, sondern muss im Einzelfall auf die Verhältnismäßigkeit hin überprüft werden.

47 Zude, Paternalismus, S. 121.

2. Schutz der Menschen

Aufgrund der obigen Analyse stellt sich noch die Frage, worin das Wohl einer Person besteht. Diesbezüglich verweist *Feinberg* darauf, dass zwischen „desire theories“ oder „want-regarding concepts“ auf der einen Seite und „ideal theories“ auf der anderen Seite unterschieden werden soll⁴⁸. *Enderlein* denkt ferner, dass die Annahmen über das Wohl in dem Maße unter die erste Kategorie fallen, in dem sie das Wohl in näher zu präzisierender Weise als Befriedigung tatsächlicher Wünsche oder Präferenzen bestimmen, und dass die zweite Kategorie betroffen ist, soweit Komponenten und Maßstäbe des Wohles nicht aus dem Gesichtspunkt der Befriedigung tatsächlicher Wünsche oder Präferenzen des Betroffenen hergeleitet sind⁴⁹. Es ist hier fraglich, woher die Maßstäbe in der zweiten Kategorie stammen.

a) *Schutz der Einzelperson in der Privatsphäre*

Das oben genannte Wohl erfasst sämtliche Belange der Einzelperson, die um dieser Einzelperson willen schützens- oder förderungswürdig sind. Bei all diesen Belangen lässt sich sagen, dass der Einzelne in falscher oder unvernünftiger Weise eigene Belange beeinträchtigt, wenn er sie nicht wahrht oder fördert. Aber wenn die Selbstschädigung nicht unmittelbar oder nicht potenziell die Interessen eines Dritten beeinträchtigen kann, deutet der staatspaternalistische Eingriff eine moralisch perfektionistische Gefahrentendenz an, die innere Freiheit des Handelnden einzuschränken oder gar abzuspochen. Deshalb entsteht das hier interessierende Legitimationsproblem des Staatspaternalismus, warum und unter welchen Voraussetzungen eine Selbstschädigung auf die Interessen, Belange oder Freiheit des anderen einen negativen Einfluss nehmen kann.

b) *Schutz der Individuen in der Gemeinschaft*

Die oben genannten beiden Rollen desselben Handelnden bedeuten zwei Eigenschaften, nämlich die einer Einzelperson im Naturzustand und die einer Person nach ihrer fiktiven vertraglichen Übereinkunft als Bürger

48 Vgl. *Feinberg*, *Others*, S. 67 ff.

49 Vgl. *Enderlein*, *Rechtspaternalismus*, S. 12 ff.

einer geordneten Gesellschaft. Mit der politischen und wirtschaftlichen Entwicklung der Gesellschaft weist die zunehmend engere Kooperation der Bürger untereinander auch auf die Vergesellschaftung des Individuums hin.

So ergebe sich in der Abfolge von anfänglichem Individualismus über kleinere Individuenverbände und mittelalterliche Kirche seit der Reformation die Dominanz des Staates als „the greatest of all coöperative [sic] institutions“. Und auch die Staatsform durchlaufe ihrerseits eine Entwicklung, in der „its fraternal, ethical essence“ in zunehmender „Reinheit“ in seine „wahre“ Erscheinung trete.⁵⁰

Obwohl individuelle Wünsche deshalb eher beliebig und zufällig zu äußern sind, werden sie dennoch durch die soziale Kommunikation in der Gemeinschaft, Kirche oder Staatsinstitution beeinflusst, da sie von den äußeren Umständen, die diese individuellen Wünsche künstlich hervorrufen, abhängig sind. Mit anderen Worten kann jede persönliche Handlung einschließlich der Selbstschädigung einen direkten oder indirekten Einfluss auf den individuellen Willen und die Fähigkeit zur Selbstbestimmung eines Dritten nehmen, sogar auf die allgemeinen Zusammenhänge, die sozialen Ordnungssysteme, den öffentlichen Konsens zwischen Bürgern sowie den basalen und minimal notwendigen Handlungsmaßstab auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene.

That most men most of the time wish to continue in existence. The actions which we speak of as those which are naturally good to do, are those which are required for survival; the notions of a human need, of harm, and of the function of bodily organs or changes rests on the same simple fact.⁵¹

Also haben die Menschen zumeist ein fundamentales Interesse daran, weiterzuleben. Mit dieser Bestimmung des eigentlichen Zwecks der Selbsterhaltung des Individuums ist das basale Sozialbewusstsein in einem Staat identifizierbar. *Ely* verweist darauf⁵², dass entweder der kleinste Individuenverband oder der Staat als „public body“⁵³ mit „public functions“⁵⁴ und

50 *Zude*, Paternalismus, S. 73.

51 *Hart*, 1976, S. 191.

52 Vgl. *Ely*, 1885, S. 466.

53 *Ely*, 1884, S. 46.

54 *Ely*, 1890, S. 950.

„one kind of coöperation“⁵⁵ zu begreifen sei. Dieser Verband könne sich selbst verwalten und auch sich selbst helfen, um seine unabhängigen Interessen zu verfolgen⁵⁶. Nach seinem eigenen Interesse verlangt der Staat oder die öffentliche Gemeinschaft die Selbsterhaltung jeder Person innerhalb eines solchen Individuenverbands. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Person ihr Selbsterhaltungsinteresse bewusst artikuliert oder unter Umständen sogar negiert, weil man ohne dieses paternalistische Verlangen bzw. Verbot unvermeidlich mit dem *Bellum omnium contra omnes* konfrontiert würde. Mit anderen Worten führt die Maximierung der individuellen Befriedigung tatsächlicher Wünsche oder Präferenzen zur Realisierung des aggressiven Potenzials gegenüber anderen. So erhebt sich ein stärkeres Individuum in einer begrenzten Welt gegen einen Schwächeren oder sogar im extremen Einzelfall gegen sich selbst, um seine eigenen kurzfristigen, unmittelbaren Interessen gegen das fundamentale Selbsterhaltungsinteresse notfalls unter Zuhilfenahme von Gewalt zu verfolgen. Damit gewinnt die aggressive Seite in dieser Person über die andere Seite Dominanz. Der Schutz vor der Maximierung der Realisierung des aggressiven Eigeninteresses bezieht sich auf die Naturzustandstheorie von *Hobbes*, dass man das Moment des gegenseitigen Gewaltverzichts, das Prinzip der Gerechtigkeit als Gleichheit, die Funktionen der Strafe sowie die Zielbestimmtheit der Selbsterhaltung als das oberste Gut ansehen sollte.

Hieraus ergibt sich, dass ohne eine einschränkende Macht der Zustand der Menschen ein solcher sei, wie er zuvor beschrieben wurde, nämlich ein Krieg aller gegen alle. [...] Was auch nur mit dem Krieg aller gegen alle verbunden ist, das findet sich auch bei den Menschen, die ihre Sicherheit einzig auf ihren Verstand und auf ihre körperlichen Kräfte gründen müssen. Da hat aber auch keine Betriebsamkeit statt, weil kein Vorteil davon zu erwarten ist; es gibt keinen Ackerbau, keine Schifffahrt, keine bequemen Wohnungen, keine Werkzeuge höherer Art, keine Länderkenntnis, keine Zeitrechnung, keine Künste, keine gesellschaftlichen Verbindungen; statt alles dessen ein tausendfaches Elend: Furcht, gemordet zu werden, stündliche Gefahr, ein einsames, kümmerliches, rohes und kurzdauerndes Leben.⁵⁷

55 *Ely*, 1889, S. 48.

56 Vgl. *Ely*, 1890, S. 950 ff.

57 *Hobbes*, *Leviathan*, S. 135.

Im *Bellum omnium contra omnes* kann auch nichts als ungerecht bezeichnet werden – in einem solchen Zustand finden die Begriffe „gerecht“ und „ungerecht“ nicht einmal Anwendung. Das Unrecht stellt auch die Ungerechtigkeit dar⁵⁸. Demzufolge betrifft das Selbsterhaltungsinteresse nicht nur das Individuum selbst, sondern bedeutet auch das basale öffentliche Interesse bzw. den öffentlichen Frieden⁵⁹. Gegen die Ungerechtigkeit schützen Moral und Recht als geeignete Mittel die Gewährleistung dieses Selbsterhaltungsinteresses. „Dieser Schutz – the protection of people – ist die wesentliche Aufgabe des dazu institutionalisierten Systems solcher wechselseitigen Rücksichtnahme.“⁶⁰

Wenn ein soziales Mitglied in Ausnutzung seiner temporären Überlegenheit das basale Gleichgewicht bzw. die Gerechtigkeit des allgemeinen Selbsterhaltungsinteresses stört, hat der Staat den Täter mit dem Übel der Strafe zu belegen.

Ohne Zweifel ist eine allgemeine Gerechtigkeit vorhanden, die nur von der Vernunft ausgeht; allein um bei uns anerkannt zu werden, muss diese Gerechtigkeit gegenseitig sein. Betrachtet man die Dinge nur vom menschlichen Gesichtspunkte aus, so sind die Gesetze der Gerechtigkeit in Ermangelung einer natürlichen Bestätigung derselben unter den Menschen völlig überflüssig; sie dienen nur zum Besten des Bösen und zum Nachteil des Rechtschaffenen, wenn Letzterer sie gegen jedermann beobachtet, während niemand sie ihm gegenüber befolgt. Es bedarf also

58 Vgl. ebenda, S. 140 ff.

59 Siehe dazu *Rigopoulos*, *Paternalismus*, S. 314: „Göbel sieht als Schutzgut des § 216 StGB den sozialen Frieden an: Die Erwartung der Unzulässigkeit der Tötung auf Verlangen sei geistiger Besitz der Allgemeinheit und entspreche den geltenden gesellschaftlichen Wertüberzeugungen. Bestraft werde mit § 216 StGB aber nicht der Verstoß gegen die gesellschaftlichen Moralvorstellungen, sondern die sich daraus ergebende Gefahr einer Desorientierung, die so weit gehen könne, dass die Bevölkerung dieser Norm im Wege unkontrollierter Selbsthilfe Geltung zu verschaffen suche. Dass die öffentliche Beunruhigung durch die Verhaltensweisen möglicherweise auf einem Mangel an Aufklärung beruhe, ändere an der friedenserhaltenden Funktion der Norm nichts; eine nicht aufgeklärte Gesellschaft und ein aufgeklärtes Strafrecht können nicht zusammenkommen. Ähnlich argumentiert Göbel für die Begründung der Strafbarkeit von § 228 StGB: In der pluralistischen Gesellschaft sei konsensfähig, dass schwere und irreparable Körperverletzungen als allgemein unzulässig angesehen werden; diese allgemeine Erwartung der Unzulässigkeit schwerer Körperverletzungen trotz Einwilligung reiche unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des sozialen Friedens als Strafgrund aus.“ Vgl. *Göbel*, *Einwilligung*, S. 42 ff.

60 *Zude*, *Paternalismus*, S. 108.

gewisser Verträge und Gesetze, um die Rechte mit den Pflichten zu vereinbaren und die Gerechtigkeit auf ihr Gebiet zurückzuführen.⁶¹

In der Konsequenz des grundlegenden Modells des Gesellschaftsvertrags liegt die Gewährleistung der individuellen äußeren Freiheit dem Mehrheitswillen so zugrunde, wie die Realisierung und Verbesserung der Strafgesetzgebung auf der Unterstützung durch die Mehrheit der geschützten Individuen beruht. Diese Mehrheit behält sich damit in der Summe das persönliche abgetretene Recht zurück, um gegen Zuwiderhandlungen durch die Ausübung von Zwang und Strafe einzuschreiten⁶². Deshalb wird die kooperierende Mehrheit zur Interessengemeinschaft der zu schützenden Personen, um den Zweck der Selbsterhaltung zu erreichen.

Es ist insofern die Annahme tragfähig, dass ein moralisches oder rechtliches Verbot zwar dem unmittelbaren Interesse eines Individuums kurzfristig widersprechen kann, in anderer Hinsicht jedoch nicht nur dem allgemeinen Willen, sondern grundsätzlich auch dem eigenen Willen, der ja den allgemeinen Willen mit konstituiert, entspricht.⁶³

Das Selbsterhaltungsinteresse bezieht sich zwar eigentlich auf die innere Freiheit der Person, aber tatsächlich auch auf die äußere Freiheit zwischen Bürgern⁶⁴. Deshalb entsprechen die unmittelbar zur Selbsterhaltung aufgewendeten paternalistischen Mittel von Zwang und Strafe sowohl dem allgemeinen als auch dem individuellen Handlungszweck. Die Leitlinie lautet also: Je gravierender das Missverhältnis zwischen dem Wert des angestrebten Ziels, gemessen an den Maßstäben des Grundrechtsträgers, und Größe sowie Wahrscheinlichkeit des drohenden Schadens des Handelnden sowie gleichzeitig auch des anderen bzw. der Allgemeinheit, desto eher ist Paternalismus zulässig⁶⁵.

61 *Rousseau*, Gesellschaftsvertrag, S. 54.

62 Vgl. *Hart*, 1976, S. 193 ff.

63 *Zude*, Paternalismus, S. 110.

64 Der Mensch ist ein soziales Wesen, das nicht nur für die Anforderungen der natürlichen, sondern auch und gerade für die Anforderungen der sozialen Umwelt ausgerüstet sein muss. Siehe dazu *Lampe*, Rechtsgut, S. 160: „Beispiel eines solchen Grundbedürfnisses ist die Selbsterhaltung, welche sich am schärfsten ausprägt im Bedürfnis, am Leben zu bleiben – und zwar nicht nur individuell als Einzelner, sondern auch überindividuell als Sippe, Stamm, Volk oder Nation.“

65 Vgl. *Möller*, Paternalismus, S. 186 ff.

III. Die Unterscheidung zwischen moralischem und legalem Paternalismus

Staaten versuchen immer, ihre Bürger enger an das von ihnen gesetzte Recht zu binden, als dies der Legalität entspricht⁶⁶. Das Streben nach einer engeren Bindung der Bürger an die Rechtsordnung ist nicht zu beanstanden, wenn es durch die Werbung für die moralischen Grundlagen der jeweiligen Rechtsordnung geschieht. Aber dieses Streben stellt eine unzulässige Überschreitung der Grenzen des Rechts dar, wenn es durch das Recht staatlich erzwungen werden soll⁶⁷. Anders formuliert ist das Recht selbst nicht die Moral; Legalität und Moralität sind scharf zu unterscheiden.

1. Moral, Recht und Ethik

Die von *Kant* dargestellte Sittenlehre (*philosophia moralis*) besteht aus zwei Teilen: der Rechtslehre und der Tugendlehre⁶⁸.

Der Begriff des Rechts, sofern er sich auf eine ihm korrespondierende Verbindlichkeit bezieht (d.i. der moralische Begriff desselben), betrifft erstlich nur das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern ihre Handlungen als Fakta aufeinander (unmittelbar, [sic] oder mittelbar) Einfluß haben können.⁶⁹

Das Recht und die Ethik gehören beide explizit zur Moral. Die übliche Kontrastierung von Recht und Moral ist folglich innerhalb der Systematik der Kant'schen Moralphilosophie zumeist irreführend: „Moral“ ist der Oberbegriff zu Recht und Ethik, also kein Gegensatz zu Recht. „Wenn gleichwohl von ‚Recht und Moral‘ die Rede ist, so ist diese Gegenüberstellung legitim, wenn Beziehungen des Teilsystems Recht zu den Grundlagen des Gesamtsystems Moral thematisiert werden sollen.“⁷⁰ Recht und Ethik begründen beide Pflichten, die zu Maximen einer Handlung werden. Mit diesen Maximen soll eine Handlung vorgenommen oder unterlassen werden. Man kann zwar davon ausgehen, dass das ethische Handeln Bestand-

66 Vgl. *Kühl*, Naturrechtliche Grenzen, S. 84.

67 Dagegen ist die Befolgung von Tugendpflichten nur im Wege des Selbstzwanges erzwingbar.

68 Vgl. *Kant*, Rechtslehre, S. 37 ff. und *Kant*, Tugendlehre, S. 20 ff.

69 *Kant*, Rechtslehre, S. 38.

70 *Ellscheid*, Paternalismusproblem, S. 188.

teil des guten Lebens ist, und folgern, dass das unethische Handeln den Wert eines Lebens beschädigt. Aber daraus folgt noch nicht, dass dieser Defekt durch ein Verbot der unethischen Handlungsweise geheilt werden kann.

Handle so, daß die Maxime deiner Handlung ein allgemeines Gesetz werden könne, es schon anzeigt; nur daß in der Ethik dieses als das Gesetz deines eigenen Willens gedacht wird, nicht des Willens überhaupt, der auch der Wille Anderer sein könnte; wo es alsdann eine Rechtspflicht abgeben würde, die nicht in das Feld der Ethik gehört.⁷¹

Mit anderen Worten fordert das ethische Handlungsgebot, dass die Verhaltenspflicht aus dem eigenen Motiv des Handelnden erfüllt wird. Das Recht fordert diese Erfüllung in keinem Falle und kann dies auch nicht verlangen, weil die ethische Gesinnung nicht erzwungen werden kann. „Denn wie Dworkin dargelegt hat, müsste für eine solche Annahme der unplausible additive view zugrunde gelegt werden, dem zufolge die richtige Motivation für eine Handlung oder Unterlassung irrelevant ist und es nur auf das äußere Ergebnis ankommt.“⁷² Zwar kann man durch Zwang und Strafe sowie andere rechtliche Drohungen zum legalen Verhalten motivieren, so dass das Motiv der schlichten Achtung aller geltenden Gesetze den Bestand einer Rechtsordnung sichern kann, aber es bleibt dabei, dass das Recht nicht Sittlichkeit, sondern nur das vom positiven Recht umschriebene Verhalten fordert.

Bei der „Einteilung einer Metaphysik der Sitten“ definiert *Kant* die Begriffe „Legalität“ und „Moralität“ folgendermaßen:

Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die Legalität (Gesetzmäßigkeit); diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die Moralität (Sittlichkeit) derselben.⁷³

71 *Kant*, Tugendlehre, S. 22.

72 *Möller*, Paternalismus, S. 131.

73 *Kant*, Rechtslehre, S. 29.

2. Sittengesetz und Gewohnheitsrecht

Das Wort „Sittengesetz“ bezieht sich auf die Naturrechtsdiskussion. In der modernen Naturrechtsdiskussion spielt die Vorstellung eine große Rolle, dass das Naturrecht abweichendem positivem Recht vorgehe⁷⁴. Für die Naturrechtsrenaissance vornehmlich in den ersten Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg war diese Vorstellung geradezu essenziell, da sich die Leute sofort vom Einfluss des Nationalsozialismus mit besonderer Betonung des Liberalismus lösen wollten.

Wollte man die Befolgung von nationalsozialistischen Gesetzen oder Befehlen als Unrecht, oder den Widerstand gegen sie als Recht, ansehen, dann bedurfte man einer Naturrechtstheorie, die den absoluten Vorrang des natürlichen vor dem positivem [sic] Recht behauptete.⁷⁵

Unter diesen Umständen wird ein Sittengesetz im Sinne eines Moralkodexes⁷⁶ zur Rechtfertigung einer Grundrechtsbeschränkung im Art. 2 I GG festgelegt. Aber der Pflichtbegriff der Moral ist im Recht unanwendbar, da der positivrechtliche Pflichtbegriff mit der radikalen Trennung von Recht und Moral keinerlei „moralische Implikation“⁷⁷ hat. Sittliches Sollen ist deshalb nicht objektivierbar, sondern nur ein Ausfluss des individuellen sittlichen Triebes und eine sittliche Selbstverpflichtung: „Eine sittliche Norm besteht für den Einzelnen nur insofern, als er sie selber setzt, sich ihr selber unterwirft, sie befolgen will,“⁷⁸ d. h., eine auf diesem individuell-autonomen Pflichtbegriff gegründete Sollensethik kann im positivrechtlichen System naturgemäß keinen Raum haben, da sie zu einer Auflösung jeder objektiven Verbindlichkeit der Rechtsordnung führen müsste⁷⁹.

74 Vgl. *Ellscheid*, Naturrechtsproblem, S. 146.

75 *Schröder*, Naturrecht, S. 419.

76 Siehe dazu *Erbel*, Sittengesetz, S. 147: „Geht man von diesem Verständnis der ‚verfassungsmäßigen Ordnung‘ aus, so besteht die Möglichkeit, das Sittengesetz als Umschreibung einer bestimmten Gruppe staatlicher Gesetze zu verstehen, nämlich derjenigen zum Schutz der ‚Sitten‘ (oder ‚Sittlichkeit‘) erlassenen Normen (im juristischen Sinne), die nicht zwingend von der ‚verfassungsmäßigen Ordnung‘ gefordert werden und daher nicht bereits deren Bestandteil sind. Theoretisch wäre es also nicht von vornherein ausgeschlossen, das Sittengesetz als Gesetz im juristischen Sinne auszulegen.“

77 Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme, S. 21 ff.

78 Ebenda, S. 35.

79 Vgl. *Schreiber*, Begriff, S. 136.

Obwohl das Wort „Sittengesetz“ im Grundgesetz auftritt als Grundschranke der Freiheit, muss es noch keineswegs als Gesetz im juristischen Sinne gemeint sein, sondern kann durchaus als eine moralische Norm mit eigenem Geltungsanspruch gedacht sein, die unabhängig davon gilt, ob und inwieweit es positivrechtlich umschrieben wird⁸⁰. Nicht zuletzt ist die Rechtsordnung hinreichend dicht und lässt wenig Lücken, in denen es überhaupt in Betracht kommen könnte, eine Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit unmittelbar kraft sittlicher Normen zu erwägen⁸¹.

Aufgrund der Nicht-Kodifizierung könnte man leicht irreführend das Gewohnheitsrecht für einen Teil des Sittengesetzes halten⁸². Gewohnheitsrecht ist ein ungeschriebenes Recht, das nicht durch die Gesetzgebung zustande kommt, sondern auf lange andauernder Anwendung von Rechtsvorstellungen und Regeln beruht, die die Beteiligten im Rechtsverkehr als verbindlich akzeptieren. Während das Gewohnheitsrecht nach modernem juristischem Verständnis als „Nebenordnung“ eine nur ergänzende, lückenfüllende Funktion zum kodifizierten Recht hat⁸³, ist es ein wichtiger Bestandteil einer heterogenen Rechtsordnung, die aus Rechtsinstituten, rechtlichen Verhaltensmustern, Prinzipien und Präzedenzfällen besteht⁸⁴. Nach *Savigny* beruht der Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts auf dem „Volksgeist“, nämlich dem Willen und der Anerkennung der Volksgemeinschaft. „Sitte und Volksglaube als innere, still wirkende Kräfte werden zur Grundlage allen Rechts, dabei ist die Gesetzgebung nur Organ des Volksgeistes.“⁸⁵ Ähnlich argumentiert *Puchta*, dass das Gewohnheitsrecht

80 Siehe dazu *Erbel*, Sittengesetz, S. 167: „Möglicherweise verbleibt aber dem Sittengesetz in Art. 2 I nur eine ethisch-deklaratorische Funktion, weil die Nachbarschranke ‚verfassungsmäßige Ordnung‘ vielleicht bereits alle rechtserheblichen ethischen Grenzen der Freiheit umfaßt.“

81 Vgl. *Kunig*, in: Münch/Kunig, GG, Art. 2 I, Rn. 26.

82 Das Gewohnheitsrecht ist noch positivrechtlich. Siehe dazu *Wieacker*, Sittengesetz, S. 31: „Diese (außergesetzlichen) Grundlagen sind teilweise noch wirklich ‚positivrechtlich‘; nicht nur beim Gewohnheitsrecht, sondern vor allem im weiten Bereich der ‚verfassungskonformen Auslegung‘. Aber auch außerhalb der ungeschriebenen Rechtsquellen bieten sich materiale Bewertungsprinzipien für die Gesetzesanwendung durch die in Gerichtsgebrauch und ‚bewährter Lehre‘ bekundeten Grundregeln guter Richterkunst einschließlich der allgemein antik-europäischen Billigkeitstradition.“

83 Vgl. *Stern*, Staatsrecht, S. 579.

84 Siehe dazu *Geis*, Gewohnheitsrecht, S. 25: „Die Lehre vom Gewohnheitsrecht reicht in das 2. Jh. n. Chr. zurück und beruht im Wesentlichen auf den Studien des römischen Politikers und Juristen Salvius Julianus.“

85 *Savigny*, Gesetzgebung, S. 12.

aus dem Grund gelte, aus dem es eine Volksüberzeugung gebe und aus dem Völker, die direkt durch gemeinsame Überzeugungen über moralische und rechtliche Freiheit zusammengehalten werden, überhaupt existieren⁸⁶. In der bundesdeutschen Rechtsordnung wird das Gewohnheitsrecht als gleichberechtigt mit Gesetzen anerkannt. Nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts entsteht Gewohnheitsrecht nicht durch ein förmliches Rechtsetzungsverfahren, sondern durch eine längere tatsächliche Übung⁸⁷. Zwar leitet sich das Gewohnheitsrecht also nicht aus geschriebenem Recht ab, *Geis* verweist jedoch darauf, dass das Gewohnheitsrecht in der zersplitterten Rechtsordnung des Deutschen Bundes eine wichtige verbindende kulturelle Klammer darstellte und dass die Vorstellung eines gemeinsamen deutschen Volkstums mit gemeinsamen Rechtsvorstellungen über das Trauma der Kleinstaaterei hinweg fungierte als eine Vorstufe der nationalstaatlichen Einigung⁸⁸.

Gewohnheitsrecht ist ein Teil der Gesamtrechtsordnung, die sich aus dem geschriebenen Recht, vornehmlich auch aus den naturrechtlichen und wenigen sittlichen sowie gewohnheitsrechtlichen Komponenten zusammensetzt. Mit anderen Worten ist die Gewohnheit zunächst lediglich eine bloße Tatsächlichkeit, die nicht unbedingt den Charakter eines Verbots oder Gebots, das künftig zu beachten wäre, in sich trägt, sondern erst allmählich den Sollen-Bereich erobert. Obwohl sich das ungeschriebene Gewohnheitsrecht vom durch die Niederschrift gesetzten positiven Recht insoweit abgrenzt, als es nicht von staatlichen Organen (Legislative, teilweise auch Exekutive) im Rahmen des Normsetzungsverfahrens erlassen wird, wird vom Gesetzgeber anerkannt, dass es mit dem geschriebenen Recht gleichberechtigt ist. Man muss auch die überkommene Tatsache konfrontieren, dass die sittlichen Komponenten direkt in die verbindliche Ordnungsüberlieferung eingeflossen sind, weil das Gewohnheitsrecht während der Ermöglichung einer sittlich und sozial richtigen und konkordanten Gesamtordnung, also der Erreichung des einzig legitimen Zwecks jedes Rechtssatzes, noch nicht kodifiziert bzw. nicht radikal positiviert wird⁸⁹.

86 Vgl. *Puchta*, Gewohnheitsrecht, S. 188 ff.

87 BVerfGE 22, 114 (121); 28, 21 (28 f.); 34, 293 (303 f.); 57, 121 (134 f.); 61, 149 (203 f.).

88 Vgl. *Geis*, Gewohnheitsrecht, S. 25 f.

89 Siehe dazu *Wieacker*, Naturrechtsdiskussion, S. 6: „Könnte aber nicht der Gesetzespositivismus aus seinen eigenen Voraussetzungen und mit seinen eigenen Mitteln vor dieser Entartung bewahrt werden? Das erweist sich als unmöglich. Insbesondere verfängt die Auskunft nicht, daß sich eine positive Rechtsordnung vor diesem Verfall schon geschützt hätte, wenn sie sich selbst zur Bindung des Gesetzgebers und des

Wie oben beschrieben, kommt das Sittengesetz überhaupt nicht für das positivrechtliche System in Betracht. Aber die gesetzliche Nothilfepflicht nach § 323c StGB und die Duldungspflicht im Notstand nach § 34 StGB und nach § 904 BGB sowie andere ähnliche positivrechtliche, paternalistische Verhaltenspflichten stammen noch aus dem moralischen Prinzip der Solidarität. Somit ist es hier fraglich, ob und inwieweit man diese staats- oder rechtspaternalistische Einschränkung auf die moralische Verhaltenspflicht bzw. Sollensethik, insbesondere auf die naturrechtlichen oder sittlichen Komponenten im Gewohnheitsrecht, zurückführt, weil sich diese Einschränkung eben auf das Selbstbestimmungsrecht bzw. die innere Freiheit bezieht.

3. Moralischer und legaler Paternalismus

a) *Moralisierender Perfektionismus*

Hart gibt in „Law, Liberty, and Morality“ nicht nur eine Definition des Paternalismus, sondern auch eine Unterscheidung dadurch, dass er den Staats- oder Rechtspaternalismus und den moralischen Paternalismus, Rechtsmoralismus⁹⁰ oder moralisierenden Perfektionismus⁹¹ voneinander abgrenzt. Der moralische Paternalismus bedeutet im Sinne Harts:

Diese Anschauung des legal moralism, es sei genuine Funktion des Rechts, Handlungen, die zwar im strengen Sinn nicht schaden, aber als unmoralisch gelten, ähnlich dem Verrat (treason) zu strafen, steht der Forderung nach funktionaler Trennung von Moral und Recht strikt entgegen. Legal moralism bezeichnet also die Vorstellung, dass das Zwangs-

Richters an Grundrechte und andere rechtsstaatliche Garantien entschieden hat. Es bleibt ein Paradox, überpositives Recht durch die positive Gesetzesregel selbst einfangen zu wollen – etwa so, wie die Schildbürger, die in ihrem Rathaus die Fenster vergessen hatten, das Sonnenlicht nun in Säcken hineinzutragen gedachten.“

90 Siehe dazu *Fateh-Moghadam*, Paternalismus, S. 25: „Der Rechtsmoralismus begründet dies aber nicht mit dem Wohl des Betroffenen, sondern damit, dass bestimmte selbstschädigende Dispositionen gesellschaftliche Moralvorstellungen verletzen, zur moralischen Desintegration der Gesellschaft führen oder schlicht in sich schlecht (malum in se) seien. [...] Soweit der Moralismus zu einer Bevormundung des Einzelnen führt, kann man ihn als moralischen Paternalismus in den Paternalismusbegriff integrieren.“

91 Vgl. *Hart*, 1963, S. 30–38. Siehe dazu über Perfektionismus *Gutwald*, Perfektionismus, S. 88–91.

instrumentarium des Rechts nicht nur dann eingesetzt werden solle, wenn klare Verstöße gegen Rechtsregeln begangen wurden, sondern auch dann, wenn moralische Überzeugungen verletzt worden sind. Ziel des legal moralism ist die Bewahrung der Moral als Kohäsionskraft der Gesellschaft, die dafür Sorge, dass die Gesellschaft nicht auseinanderbreche. Um der Kontinuität der Gesellschaft willen müsse die Moral auch vermittels des Rechts bewahrt werden.⁹²

Zwar strebt ein moralischer Paternalist nach der Bewahrung der Moral als Kohäsionskraft der Gesellschaft und orientiert sich auch an dem Wohlergehen des Betreffenden in der Gesellschaft, aber es ist hier grundsätzlich philosophisch immer noch fraglich, auf welche Art von normativen Überlegungen sich die Rechtfertigung des paternalistischen Eingriffs stützt, weil es bei den Wohlfahrtsannahmen darauf ankommt, wie sie der individuelle Betreffende selbst subjektiv versteht. Mit anderen Worten besteht die Aufgabe des Paternalisten hier darin, Faktoren zu beseitigen, die den wahren, subjektiven, inhomogenen Willen eines Handelnden behindern. Um diese subjektive Unbestimmtheit des paternalistischen Eingriffs zu überwinden, muss man eine Verobjektivierung bzw. Generalisierung der Moralnormen versuchen und damit bestimmen, worin die objektiven Rationalitätskriterien des Wohlergehens der Allgemeinheit bestehen können⁹³. „Je weiter man generalisiert, desto weiter entfernt man sich jedoch von der subjektiven Perspektive, [sic] und nähert sich der Einführung objektivere [sic] Kriterien an.“⁹⁴ Demnach bezieht sich die moralische Wertung des paternalistischen Eingriffs nicht auf die einzelne Person, sondern auf den generalisierten Menschen als Vernunftwesen, so dass man sich nicht mehr an der autonomen Moral, sondern nur an der heteronomen Moral orientieren kann als Kriterium der menschlichen Vernunft.

Dadurch besteht die Gefahr, einen substanziellen Perfektionismus zu vertreten, indem man bestimmte Präferenzen einfach objektiv als gegeben setzt⁹⁵. Also besteht eine Schwierigkeit darin, wie anspruchsvoll man die Kriterien der Schwelle des paternalistischen Eingriffs gestaltet, d. h., wie hoch die Schwelle gesetzt wird. „Wenn wir fordern, dass eine autonome Entscheidung alle denkbaren Kriterien für eine freiwillige, eigene Entschei-

92 Zude, Paternalismus, S. 123.

93 Vgl. Kirste, JZ 2011, S. 806.

94 Gutwald, Perfektionismus, S. 88.

95 Vgl. ebenda, S. 88 f.

dung erfüllen muss, werden viele Entscheidungen unter diese Schwelle fallen.“⁹⁶ Man sollte z. B. nach *Feinberg* als notwendige Voraussetzung auch verlangen, dass autonome Entscheidungen nicht unter Impuls, Müdigkeit oder Nervosität, mit einem möglichst hohen Maß an Informationen und nicht unter Zeitdruck getroffen werden sollen; andernfalls würde in individuelle Entscheidungen ohne Erfüllung jeder oben genannten Bedingung paternalistisch eingegriffen⁹⁷. Deshalb darf hier nicht die Gefahr übersehen werden, dass die Schwelle so fordernd gestaltet werden kann, dass sich eine Reihe von Eingriffsmöglichkeiten eröffnet, wodurch der garantierte Freiheitsraum des Individuums extrem klein wird und man in den Bereich des moralisierenden Perfektionismus gerät⁹⁸.

Weil die möglichst hohe Schwelle des moralisierenden Perfektionismus auch möglichst viele Möglichkeiten für die Rechtfertigung des paternalistischen Eingriffs beinhaltet, sind dogmatische Rechtsbegriffe wie z. B. „Verschwörung“ oder „Korrumpierung“ zu verwässern, damit man sie auch auf ein unmoralisches Verhalten beziehen kann. Deswegen übt *Hart* Kritik an der Beliebigkeit, mit der ein Verhalten als unmoralisch eingeschätzt und damit z. B. als „Verschwörung“ oder „Korrumpierung“ bezeichnet sowie dann bestraft werden kann⁹⁹. Mit anderen Worten lässt der Rechtsmoralismus die normative Bestimmtheit in der Rechtspflege als gewichtigen Grundsatz außen vor¹⁰⁰. Diese Unsicherheit beruht auf einer gewissen Willkür, mit der anhand nicht festgelegter Maßstäbe Handlungen kriminalisiert werden könnten. So kann die Begründung für einen moralischen Paternalismus auf die Förderung der „Charakterstärke“ einer Person als Mittel auf dem Wege

96 Ebenda, S. 82.

97 Vgl. *Feinberg, Self*, S. 145–171. Siehe dazu auch *Feinberg, Self*, S. 170: “If our purpose is to decide whether some person’s impending dangerous but self-regarding conduct is voluntary enough to exempt him from protective interference, then we are likely to use standards tailored more closely to the special circumstances, and the existence of the actor’s neurotic motives becomes part of the background against which we look for (other) voluntariness-diminishing factors, like factual ignorance and external coercion.”

98 Vgl. *Papageorgiou*, Schaden, S. 229 ff.

99 Vgl. *Hart*, 1963, S. 11.

100 Siehe zur normativen Bestimmtheit in der Rechtspflege *Hart*, 1963, S. 12: “The principle of legality which requires criminal offences to be as precisely defined as possible, so that it can be known with reasonable certainty beforehand what acts are criminal and what are not.”

zum moralisch perfektionistischen Wohl der Person als Zweck verweisen, wobei diese „Charakterstärke“ ein moralisches Handeln ermöglichen soll¹⁰¹.

b) *Legaler Paternalismus aus liberaler Sicht*

Als Gegenposition zum Rechtsmoralismus bedeutet der Rechtspaternalismus nur den Schutz der materiellen Interessen des Individuums und auch der Gesellschaft.

Als staatlicher Paternalismus oder auch als legaler Paternalismus firmieren Doktrinen, die für die rechtliche Begründung und Durchsetzung von Gesetzen, Regeln, institutionalisierten Ordnungen und ihnen zugeordneten Praxen offen oder verdeckt in Anspruch genommen werden. [...] So gibt es gesetzliche Regelungen gegen bestimmte Verträge (Sklaverei, Bigamie, Verkauf der eigenen Organe, Tötung auf Verlangen), gegen den Konsum bestimmter Drogen und gegen Fehlverhalten von Verkehrsteilnehmern (Helmpflicht, Anschnallpflicht etc.). Man kann paternalistisch motivierte Gesetze einteilen in solche, die bestimmte Verhaltensweisen straf- und zivilrechtlich sanktionieren, solche, die bestimmte Verhaltensweisen erschweren und ihr Vorkommen unwahrscheinlicher werden lassen, und solche, die durch strukturelle Vorgaben Freiheitsspielräume einschränken. Die oben genannten Gesetze gehören zur ersten Gruppe, obligatorische Informationsveranstaltungen, Pflichtberatungen, Präventionskampagnen zur Hebung der „Sozialmoral“, gesetzliche Wartezeiten bei Scheidungen (prozeduraler Paternalismus, Paternalismus durch Verfahren) zur zweiten Gruppe, Gesetze zur Gewährleistung von Produktsicherheit und Verbraucherschutzvorschriften zur dritten Gruppe. Paternalistische Doktrinen finden sich häufig verdeckt in allen Debatten, angefangen vom Völkerrecht, Strafrecht, dem Streit über den Wohlfahrtsstaat, das Gesundheitssystem, das Bildungssystem (z. B. Schulpflicht).¹⁰²

Also gilt hier die Vermeidung der substanziellen Verletzung oder der entsprechenden Gefährdung dieser Interessen als maßgebliches Kriterium für den rechtspaternalistischen Eingriff¹⁰³.

101 Vgl. *Drerup*, Paternalismus, S. 196 ff.

102 Ebenda, S. 182.

103 Siehe dazu *Hart*, 1963, S. 33 und *Zude*, Paternalismus, S. 126: „Damit kommt Hart auch mit der Abgrenzung des Paternalismus vom Rechtsmoralismus zu einer Ge-

Zwar ist die rechtspaternalistisch motivierte Intervention manchmal auf das Wohl der Gesellschaft gerichtet, aber der Zweck dieser Intervention, anders als beim Rechtsmoralismus, beruft sich nicht auf die zwangsweise Aufrechterhaltung der abstrakten Moral der Gesellschaft, sondern noch unmittelbar auf den Schutz des Individuums.

„Die Einwilligung eines ‚Opfers‘ ändert nichts an der eventuellen Beurteilung einer Handlung als harmful und an der damit gegebenen Legitimität der Intervention.“¹⁰⁴ D. h., die Definitionshoheit darüber, was als verletzend oder leidvoll gilt, liegt außerhalb der Beurteilungskompetenz des betroffenen Individuums. Mit anderen Worten können die rechtspaternalistischen Maßnahmen nur vom Gesetzgeber anerkannt oder eingesetzt werden.

Bei Überlegungen über die Rechtfertigung des rechtspaternalistischen Eingriffs ohne Verstoß gegen das Gebot ethischer Neutralität¹⁰⁵ sieht sich der Gesetzgeber mit der Schwierigkeit konfrontiert, wie die Kriterien der Schwelle dieses Eingriffs in einer freiheitlich-pluralistischen Gesellschaft gestaltet werden können¹⁰⁶.

genüherstellung von Verhinderung physischen Leids einerseits und Durchsetzung moralischen Verhaltens andererseits. Wer die Verhinderung physischen Leids als Rechtfertigung strafrechtlicher Intervention akzeptiere, müsse nicht auch damit einverstanden sein, dass unmoralisches Verhalten, das niemanden verletze, zu bestrafen sei. [...] Der Verstoß gegen moralische Prinzipien allein stellt für Hart keinen hinreichenden Rechtfertigungsgrund dar.“

104 Zude, *Paternalismus*, S. 126.

105 Drerup hält das verfassungsrechtliche Prinzip der ethischen Neutralität des Staats für teilweise lückenhaft. Siehe dazu Drerup, *Paternalismus*, S. 190–191: „Indem der demokratische und liberale Staat die Entwicklung der Autonomie unterstützt und die Schüler mit einer Vielzahl von Weltbildern und Lebensweisen konfrontiert, macht er es jenen Eltern schwer, die ihren Kindern ein bestimmtes Glaubenssystem vermitteln möchten, und erst recht jenen Gruppen, die sich dem Einfluss der Mehrheitsgesellschaft zu entziehen bestrebt sind, um einen Lebensstil aufrechtzuerhalten, [der] eher auf [der] Achtung der Tradition als auf der Autonomie des Individuums und seiner kritischen Urteilskraft fußt. Die Neutralität des Staates ist also nicht vollständig. [...] Die populären, von antipaternalistischen Motiven inspirierten Forderungen, der Staat solle sich nicht um das Glück der Individuen kümmern, weil er darüber keine verbindlichen Aussagen machen könne, er solle sich vielmehr strikt neutral verhalten bezüglich unterschiedlicher Auffassungen über das Gute bzw. das gute Leben, unterschätzen die Möglichkeiten normativer Verständigung (auch der Forschung zum guten Leben) und überschätzen die Möglichkeiten der Einhaltung des Neutralitätsgebots.“

106 Vgl. Scheinfeld, *Strafrechtspaternalismus*, S. 310 ff.

Im Verfassungsstaat wird die Handlungsfreiheit einer Mehrheit und einer Minderheit gleich geschützt, also darf der Staat nicht wegen der Interessen von Mehrheiten die Freiheitssphären von Minderheiten beschneiden; andernfalls wird eine Ungleichbehandlung seitens des Staates geschaffen oder vertieft. Da es in einer pluralistischen Gesellschaft verschiedene Handlungsarten gibt, ist es schwierig, eine bestimmte Art der Entscheidung als die einzig rationale Art zu bezeichnen, auf die man entscheiden kann.

Zwar bezieht sich der Rechtspaternalismus auf die individuelle Selbstbestimmung bzw. die innere Freiheit, die sich innerhalb der Systematik der Kant'schen Moralphilosophie an der autonomen Moral orientieren soll, aber dies bedeutet nicht, dass der Rechtspaternalismus unmittelbar mit moralischen Faktoren bzw. ethischen Elementen, insbesondere mit der ethischen Neutralität des Staates, in Zusammenhang steht. Mit anderen Worten ist er nur mit den rechtlich substanziellen Interessen fest verbunden, wie *Wohlers* betont:

Zunächst können nur die Interessen als strafrechtlich relevante Interessen anerkannt werden, die sich innerhalb des normativen Rahmens der Gesellschaft halten. Wie bereits oben dargelegt wurde, hat dies für eine pluralistische Gesellschaft zur Konsequenz, daß Verhaltensweisen, die darauf abzielen, den Pluralismus als Grundstruktur der Gesellschaft zu bekämpfen, von vornherein keinem als legitim anzuerkennenden Interesse dienen können. Ebensowenig ist das Interesse an der Unterdrückung bestimmter Konzeptionen des Guten ein strafrechtlich legitimes Interesse [Hervorh. d. Verf.] – jedenfalls dann, wenn sich die bekämpfte Konzeption des Guten ihrerseits noch innerhalb des Rahmens der normativen Grundstruktur der pluralistischen Gesellschaft bewegt.¹⁰⁷

Eigentlich bedeutet das verfassungsrechtliche Prinzip der ethischen Neutralität des Staates keine Untätigkeit des Gesetzgebers oder Richters beim Einsatz oder der Interpretation der Kriterien der rechtspaternalistischen Intervention¹⁰⁸. In Wirklichkeit stammt dieses Prinzip aus der Gleichbehandlung und Gleichberechtigung gemäß Art. 3 GG, d. h., entweder eine

107 *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 275.

108 Siehe dazu *Huster*, Neutralität, S. 86 ff.: „Von dem Erfordernis der Rechtfertigungsbedürftigkeit staatlichen Handelns gelangt man nicht automatisch zu einem Gebot der Neutralität in ethischen Fragen. Welche Konsequenzen das Legitimitätsprinzip mit sich bringt, hängt davon ab, was wir als rechtfertigenden Grund zu akzeptieren bereit sind.“

Mehrheit oder eine Minderheit muss gleich, positiv vor der Verletzung der rechtlich substantziellen Interessen, die sich nicht unmittelbar auf ethische Angelegenheiten bzw. religiös-weltanschauliche Fragen¹⁰⁹ beziehen, geschützt werden¹¹⁰. Das liberale Legitimitätsprinzip stellt im modernen Verfassungsstaat die Konsequenz dar, dass die Staatsgewalt alle Bürger als Gleiche zu behandeln verpflichtet ist, so dass die Interessen aller Bürger in gleicher Weise zu berücksichtigen sind. Dabei ist der Gesetzgeber angehalten, diese grundlegende Gleichheitsnorm im Grundgesetz zu konkretisieren¹¹¹. So gilt faktisch,

dass Institutionen, und insbesondere der Gesetzgeber, beim Erlassen von Vorschriften Generalisierungen vornehmen müssen. So müssen Wege gefunden werden, wie man die subjektive Perspektive in die Konstruktion von gesetzlichen Maßnahmen mit einbezieht, etwa durch die Aggre-

109 Siehe dazu ebenda, S. 87 f.: „Die grundrechtliche Freistellung weltanschaulich-religiöser Überzeugungen und privater Lebensformen zeigt, daß der öffentlichen Gewalt nach der Konzeption des Grundgesetzes jedenfalls kein umfassendes Mandat zur Regulierung dieses Bereichs zusteht. Religiös-weltanschauliche Überzeugungen im engeren Sinne sind darüber hinaus in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vollständig einer staatlichen Bewertung entzogen. Zudem erklärt der Ansatz über den politischen Skeptizismus, warum im Verfassungsrecht von staatlicher Neutralität nicht nur in religiös-weltanschaulichen, sondern allgemeiner in ethischen Angelegenheiten die Rede ist: In beiden Hinsichten bestehen in modernen Gesellschaften, deren Mitglieder keiner einheitlichen Konzeption des Guten verpflichtet sind, vergleichbare Differenzen und entsprechende Begründungsschwierigkeiten. Auf diese Weise wird deutlich, was die verschiedenen Sachbereiche verbindet, in denen eine staatliche Verpflichtung zu ethischer Neutralität in Betracht kommt: Es geht immer darum, ob und inwieweit dem Staat Begründungen zur Verfügung stehen, um in diesen ethisch imprägnierten Bereichen tätig zu werden.“

110 Siehe dazu BVerfGE 24, 236 (24 f.): „Bei der Würdigung dessen, was im Einzelfall als Ausübung von Religion und Weltanschauung zu betrachten ist, darf das Selbstverständnis der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften nicht außer Betracht bleiben. Zwar hat der religiös-neutrale Staat grundsätzlich verfassungsrechtliche Begriffe nach neutralen, allgemeingültigen, nicht konfessionell oder weltanschaulich gebundenen Gesichtspunkten zu interpretieren (BVerfGE 10, 59 (84 f.); 12, 45 (54); 19, 1 (8); 19, 226 (238 ff.); 19, 268 (278 ff.)). Wo aber in einer pluralistischen Gesellschaft die Rechtsordnung gerade das religiöse oder weltanschauliche Selbstverständnis wie bei der Kultusfreiheit voraussetzt, würde der Staat die den Kirchen, den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften nach dem Grundgesetz gewährte Eigenständigkeit und ihre Selbständigkeit in ihrem eigenen Bereich verletzen, wenn er bei der Auslegung der sich aus einem bestimmten Bekenntnis oder einer Weltanschauung ergebenden Religionsausübung deren Selbstverständnis nicht berücksichtigen würde (BVerfGE 18, 385 (386 f.)).“

111 Vgl. *Huster*, Neutralität, S. 90–124.

gation von tatsächlichen Präferenzen. Auf jeden Fall ist aus meiner Sicht Zurückhaltung bei der Konstruktion von weich paternalistischen Maßnahmen angebracht. [...] Dies bedeutet nicht, dass man keine objektiven, generellen Kriterien für paternalistische Regelungen finden kann oder soll.¹¹²

Anders als beim Rechtsmoralismus führt man für den Rechtspaternalismus keine Kriterien ein, die einer Art von moralisierendem Perfektionismus zugrunde liegen, sondern erstrebt aus liberaler Sicht Mindestkriterien, die vom basalen Konsens auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene ausgehen¹¹³. Hier ist es deshalb fraglich, welche Anforderungen zu diesen Kriterien der rechtspaternalistischen Maßnahmen gegen die individuelle Selbstbestimmung werden können.

4. Verrechtlichung von ethischen Pflichten

Es gelingt der Kant'schen Rechtsphilosophie am Leitfaden dieser Begriffe, Recht und Ethik zu trennen¹¹⁴. Die Unterscheidung von Legalität und Moralität deutet an, dass sowohl Legalität als auch Moralität Weisen der Erfüllung von praktischen Vernunftgesetzen sind.

Da nun aber alle praktischen Vernunftgesetze oder auch alle moralischen Gesetze zwei Stücke – ein objektives Sollen und eine Triebfeder zur Erfüllung der Sollensforderung – enthalten, kann das Begriffspaar „Legalität/Moralität“ nicht einem Teilbereich der „Methaphysik der Sitten“

112 *Gutwald*, Perfektionismus, S. 88.

113 Durch den weiteren Einsatz empirischer Daten oder Umfragewerte könnten wir einen wissenschaftlichen Lösungsweg finden, präzise Mindestkriterien darzustellen. Siehe dazu *Hayek*, Spontane Ordnung, S. 98: „Die Erhaltung unserer Kultur war zweifellos nur möglich, weil die Moralregeln, deren Funktion die Menschen nicht einhalten konnten, durch religiöse Sanktionen belegt wurden. Wenn die meisten Menschen nicht den Glauben an Sanktionen bei der Durchbrechung der traditionellen Moral gehabt hätten, die im Sinne der Wissenschaft gewiß nicht Wahrheiten sind, so verdanken wir das nur dem Umstand, daß die Menschen andere Dinge geglaubt haben, und zwar die richtigen Dinge, die vom wissenschaftlichen Standpunkt aus gesehen aber gar nicht moralisch sind. Dies sind symbolische Wahrheiten in dem Sinn, daß sie uns das Richtige tun lassen, mit einer Begründung, die vom wissenschaftlichen Standpunkt aber als kaum gültig gelten sollte.“

114 Vgl. *Samson*, Moralität, S. 180.

vorbehalten sein, etwa die Legalität dem Rechtsbereich und die Moralität dem Moralbereich.¹¹⁵

Nach der Kant'schen Rechtsphilosophie erfolgt die Begrenzung des Rechtsbereichs auf die Beurteilung äußeren Verhaltens im zwischenmenschlichen Bereich¹¹⁶. Demnach wird der rechtspaternalistische Eingriff auch durch staatliche Gesetze vorgenommen, aber die Erklärung der Legalität der rechtspaternalistischen Maßnahmen über die oben genannten Kriterien ist komplizierter als bei anderen staatlichen Zwängen, weil sich die paternalistischen Rechtspflichten ebenso wie Tugendpflichten auch gleichzeitig auf die persönliche Autonomie beziehen.

a) *Ethische Pflichten und Verrechtlichung*

Zwar sind Legalität und Moralität, nämlich Rechts- und Tugendpflichten, voneinander streng abgrenzbar, aber *Wieacker* verweist darauf, dass das Rechtsgebot nach wie vor allein die Ordnung des äußeren Verhaltens zum Gegenstande hat und dass dieses Verhalten auch gerade um seines Gesinungswertes willen vorgeschrieben sein mag, weil die Rechtsordnung fast immer auf Gebote elementarer Sittlichkeit, d. h. auf die von allen rechtlich Denkenden respektierten Grundsätze der praktischen Moral, zielt. Andernfalls würden solche positiven Entscheidungen des Gesetzgebers in allen Gesetzen, insbesondere im Grundgesetz, „ohne ihren Zusammenhang mit den beiden fundamentalen Prinzipien Kants, nämlich mit dem Verzicht auf eine heteronome Ethik und mit dem Satz, daß der Mensch nicht zum Mittel von außerhalb seiner selbst gelegenen Zwecken gemacht werden dürfe, ihren möglichen Sinn verlieren.“¹¹⁷

Mit anderen Worten gibt es die Möglichkeit, dass sich die ethischen Verbindlichkeiten auf einer allgemeinen Basis, nämlich der Erfüllung von praktischen Vernunftgesetzen, in rechtliche Pflichten verwandeln. Der Basisgrund der Verwandlung oder der Verrechtlichung der ethischen Verbindlichkeiten ist die Heteronomie der Pflichtnormen.

115 *Kühl*, Naturrechtliche Grenzen, S. 81.

116 Diese Begrenzung bedeutet auch eine Begrenzung des Strafrechtsbereichs, denn der spezielle Geltungsbereich des Strafrechts kann nicht über den Regelungsbereich des Rechts insgesamt hinausgehen, da das Strafrecht ein Teilgebiet des Rechts ist.

117 *Wieacker*, Sittengesetz, S. 25.

Zunächst beruhen die Rechtsnormen mit einer heteronomen Generierung und Verpflichtungskraft nur auf dem geltenden positiven Recht im Sinne einer objektiven Ordnung. Dagegen wird die moralische Verpflichtung charakterisiert als autonom. In der Konsequenz führt die innere Anerkennung dieser moralischen Verpflichtung zu einer vollständigen Subjektivierung moralischer Normen. Die Subjektivierung wird von einem konkreten Einzelnen als der autonom-normsetzenden Instanz erledigt¹¹⁸.

Aber wenn man die „Autonomie“ der moralischen Wertung nicht auf die einzelne Person, sondern auf den generalisierten Menschen als Vernunftwesen bezieht, ist die autonom-normsetzende Instanz nicht diese einzelne Person, sondern die Autorität. Demnach wird eine am Kriterium der menschlichen Vernunft orientierte, autonome Moral zu einer autoritätsgebundenen, heteronomen Moral. *Kühl* zeigt dieses Phänomen auch im Strafrecht:

Die Tugendpflicht gegen andere ist zunächst die Achtungspflicht, welche „der Rechtspflicht, niemandem das Seine zu schmälern, analog erscheint, weil sie eigentlich nur negativ ist (sich nicht über andere zu erheben)“. Bei den Achtungspflichten könnte der Rechtsbereich und damit auch die Strafbarkeitsgrenzen hinsichtlich von Ehrverletzungen – „äußere Bezeugung der Geringschätzung“ – diskutiert werden. Nach Kant ist sie in wohl nur scheinbarem Widerspruch zum geltenden Recht erst bei der „Verleumdung (eine falsche, vor Recht zu ziehende Nachrede)“, noch nicht bei der üblen Nachrede („etwa für andere Nachteiliges ins Gerücht zu bringen“) erreicht.¹¹⁹

Mit anderen Worten kann man die Tugendpflicht von der Rechtspflicht nicht mehr durch die heteronome oder autonome Erscheinungsform der Verpflichtungen unterscheiden.

Die Pflichten nach der rechtlichen Gesetzgebung können nur äußere Pflichten sein, weil diese Gesetzgebung nicht verlangt, daß die Idee dieser Pflicht, welche innerlich ist, für sich selbst Bestimmungsgrund der Willkür des Handelnden sei, und, da sie doch einer für Gesetze schicklichen Triebfeder bedarf, nur äußere mit dem Gesetze verbinden kann. Die ethische Gesetzgebung dagegen macht zwar auch innere Handlungen zu Pflichten, aber nicht etwa mit Ausschließung der äußeren [Her-

118 Vgl. *Kirste*, Recht, S. 9 f.

119 *Kühl*, Naturrechtliche Grenzen, S. 91 f.

vorh. d. Verf.], sondern geht auf alles, was Pflicht ist, überhaupt. Aber eben darum, weil die ethische Gesetzgebung die innere Triebfeder der Handlung (die Idee der Pflicht) in ihr Gesetz mit einschließt, welche Bestimmung durchaus nicht in die äußere Gesetzgebung einfließen muß, so kann die ethische Gesetzgebung keine äußere (selbst nicht die eines göttlichen Willens) sein, ob sie zwar die Pflichten, die auf einer anderen, nämlich äußeren Gesetzgebung beruhen, als Pflichten, in ihre Gesetzgebung zu Triebfedern aufnimmt. Hieraus ist zu ersehen, daß alle Pflichten bloß darum, weil sie Pflichten sind, mit zur Ethik gehören; aber ihre Gesetzgebung ist darum nicht allemal in der Ethik enthalten, sondern von vielen derselben außerhalb derselben [Hervorh. d. Verf.]. So gebietet die Ethik, daß ich eine in einem Verträge getane Anheischigmachung, wenn mich der andere Teil gleich nicht dazu zwingen könnte, doch erfüllen müsse: allein sie nimmt das Gesetz (*pacta sunt servanda*), [sic] und die diesem korrespondierende Pflicht aus der Rechtslehre als gegeben an. Also nicht in der Ethik, sondern im Ius [Hervorh. d. Verf.], liegt die Gesetzgebung, daß angenommene Versprechen gehalten werden müssen. Die Ethik lehrt hernach nur, daß, wenn die Triebfeder, welche die juristische Gesetzgebung mit jener Pflicht verbindet, nämlich der äußere Zwang, auch weggelassen wird, die Idee der Pflicht allein schon zur Triebfeder hinreichend sei. Denn wäre das nicht, und die Gesetzgebung selber nicht juristisch, mithin die aus ihr entspringende Pflicht nicht eigentliche Rechtspflicht (zum Unterschiede von der Tugendpflicht), so würde man die Leistung der Treue (gemäß seinem Versprechen in einem Verträge) mit denen Handlungen des Wohlwollens und der Verpflichtung zu ihnen in eine Klasse setzen, welches durchaus nicht geschehen muß. Es ist keine Tugendpflicht, sein Versprechen zu halten, sondern eine Rechtspflicht, zu deren Leistung man gezwungen werden kann. Aber es ist doch eine tugendhafte Handlung (Beweis der Tugend), es auch da zu tun, wo kein Zwang besorgt werden darf. Rechtslehre und Tugendlehre unterscheiden sich also nicht sowohl durch ihre verschiedenen Pflichten, als vielmehr durch die Verschiedenheit der Gesetzgebung, welche die eine oder die andere Triebfeder mit dem Gesetze verbindet [Hervorh. d. Verf.]. Die ethische Gesetzgebung (die Pflichten mögen allenfalls auch äußere sein) ist diejenige, welche nicht äußerlich sein kann; die juristische ist, welche auch äußerlich sein kann. So ist es eine äußerliche Pflicht, sein vertragsmäßiges Versprechen zu halten; aber das Gebot, dieses bloß darum zu tun, weil es Pflicht ist, ohne auf eine andere Triebfeder

Rücksicht zu nehmen, ist bloß zur inneren Gesetzgebung gehörig. Also nicht als besondere Art von Pflicht (eine besondere Art Handlungen, zu denen man verbunden ist) – denn es ist in der Ethik sowohl als im Rechte eine äußere Pflicht –, sondern weil die Gesetzgebung, im angeführten Falle, eine innere ist und keinen äußeren Gesetzgeber [Hervorh. d. Verf.] haben kann, wird die Verbindlichkeit zur Ethik gezählt.¹²⁰

Nach *Kant* befindet sich der Unterschied zwischen den Tugend- und den Rechtspflichten darin, welche Instanz über den Inhalt der als verbindlich gedachten Normen entscheidet, nämlich der innere Gesetzgeber¹²¹ (der konkrete Betroffene selbst) oder der äußere Gesetzgeber (z. B. die Legislative). Zusammenfassend betrifft das staatliche Recht das menschliche Handeln, „insofern es nicht durchgängig von Erfahrungsgesetzen festgelegt, sondern selbstbewusst-frei durch Normen des ‚Sollens‘ oder – vorgreifend – Freiheitsgesetze bestimmbar ist, die daher in der logischen Form ‚präskriptiver‘ oder ‚praktischer‘ Sätze auftreten: ‚Was soll ich tun?‘; [sic] oder: es ist ‚gut‘ oder ‚recht‘, dieses oder jenes zu tun, zu unterlassen.“¹²² Das Recht bedeutet eine vom ethisch guten Handlungszweck unterschiedene, von der Legislative eingesetzte objektive Regel für das äußere, interpersonale Handeln mit zwingender Verbindlichkeit.

Der Gesetzgeber, vornehmlich in der heutigen Risiko- und Sicherheitsgesellschaft, erhält den Spielraum, ethische Pflichten zu verrechtlichen bzw. rechtspaternalistische Einschränkungen einzusetzen¹²³.

b) Verrechtlichungsverbot als Grenze des Rechtspaternalismus

Hinsichtlich der unterschiedlichen Instanzen zwischen den Tugend- und den Rechtspflichten werden die ethischen Pflichten ebenfalls in zwei Teile getrennt: heteronome oder autonome Pflichten¹²⁴. Dazu stellt *Ellscheid* wei-

120 *Kant*, Rechtslehre, S. 29 f.

121 Siehe dazu *Ellscheid*, Paternalismusproblem, S. 189: „Eine inhaltliche Trennung setzt zunächst einmal voraus, dass nicht alle Pflichten aus der äußeren Gesetzgebung stammen, sondern einige nur und direkt aus der inneren Gesetzgebung.“

122 *Köhler*, Recht, S. 3.

123 Vgl. *Barczak*, Der nervöse Staat, S. 186 ff.

124 Siehe dazu *Stratenwerth*, Verhaltensdelikten, S. 158: „Die Abgrenzung von Recht und Moral bedeutet zunächst – auch historisch – die Trennung von Privatsphäre und Öffentlichkeit [Hervorh. d. Verf.]. Sie hat dort begonnen, wo dem Einzelnen, als ein erster Schritt zur Religionsfreiheit, zugestanden wurde, seiner Glaubensüberzeu-

ter dar, dass es besondere ethische Pflichten gibt, die eine Teilklasse bilden. Darin können die ethischen Pflichten teilweise durch rechtliche Zwänge garantiert werden, doch gibt es weiter eine Trennlinie zwischen Recht und Ethik, wodurch andere ethische Pflichten nicht aus der juristischen Gesetzgebung, sondern nur aus der inneren Gesetzgebung stammen¹²⁵.

„Kennzeichnet man die innere Gesetzgebung nur durch das Motiv der Moralität, so ergibt sich noch keine inhaltliche Trennung zwischen Rechtspflichten und ethischen Pflichten und erst recht keine Trennung innerhalb der ethischen Pflichten danach, ob sie verrechtlicht werden können oder nicht.“¹²⁶ Mit anderen Worten werden nach *Kant* die beiden, ethischen und rechtlichen, Verpflichtungen also auch dem Prinzip der Autonomie des Willens als dem obersten Prinzip der allen Gesetzgebungen, nämlich Ethikgesetz- und Rechtsgesetzgebung¹²⁷, gerecht. Nach diesem Prinzip kann der Mensch selbst, unabhängig von fremden Einflüssen, über praktische Vernunft verfügen.

Das Prinzip der Autonomie ist also: nicht anders zu wählen, als so, daß die Maximen seiner Wahl in demselben Wollen zugleich als allgemeines Gesetz mit begriffen sein. Daß diese praktische Regel ein Imperativ sei, d. i. der Wille jedes vernünftigen Wesens an sie als Bedingung notwendig gebunden sei [Hervorh. d. Verf.], kann durch bloße Zergliederung der in ihm vorkommenden Begriffe nicht bewiesen werden, weil es ein synthetischer Satz ist. [...] Allein daß gedachtes Prinzip der Autonomie das

gung zu folgen, solange das nur in seinen eigenen vier Wänden geschah, also nach außen nicht weiter in Erscheinung trat.“

125 Siehe dazu *Ellscheid*, Paternalismusproblem, S. 190: „Es ist nämlich in vierfacher Weise von ethischen Pflichten die Rede. Es gibt (1) indirekt-ethische Pflichten, (2) direkt-ethische Pflichten, (3) besondere ethische Pflichten, um die es Kant vornehmlich zu gehen scheint, und (4) Pflichten, die die Ethik mit dem Recht gemeinsam hat. Eindeutig ist, dass es sich bei den indirekt-ethischen Pflichten (1) um die Rechtspflichten handelt. Indirekt-ethisch werden sie genannt, weil auch sie, obwohl nur durch Recht generiert, aus Moralität erfüllt werden sollen. Direkt-ethische Pflichten (2) sind solche, die unmittelbar – d. h. nicht über die juristische Gesetzgebung vermittelt – aus der inneren Gesetzgebung (dem Gewissen) stammen. Ein Beispiel, auf das ich noch zurückkommen werde, ist das Verbot, andere Menschen zu töten. Dieses Verbot gälte im ethischen Sinne auch dann, wenn es im Recht eine Parallele nicht gäbe. Es handelt sich also um eine Pflicht, die die Ethik mit dem Recht gemein hat (4).“

126 Ebenda, S. 189.

127 Vgl. *Sensen*, Tugendlehre, S. 39 f.

alleinige Prinzip der Moral sei [Hervorh. d. Verf.], läßt sich durch bloße Zergliederung der Begriffe der Sittlichkeit gar wohl dartun.¹²⁸

Mit der Idee der Freiheit ist nun der Begriff der Autonomie unzertrennlich verbunden, mit diesem aber das allgemeine Prinzip der Sittlichkeit, welches in der Idee allen Handlungen vernünftiger Wesen eben so zum Grunde liegt, als das Naturgesetz allen Erscheinungen [Hervorh. d. Verf.]. [...] Und so sind kategorische Imperativen möglich, dadurch, daß die Idee der Freiheit mich zu einem Gliede einer intelligibelen Welt macht, wodurch, wenn ich solches allein wäre, alle meine Handlungen der Autonomie des Willens jederzeit gemäß sein würden, da ich mich aber zugleich als Glied der Sinnenwelt anschau, gemäß sein sollen, welches kategorische Sollen einen synthetischen Satz a priori vorstellt, dadurch, daß über meinen durch sinnliche Begierden affizierten Willen noch die Idee ebendesselben, aber zur Verstandeswelt gehörigen, reinen, für sich selbst praktischen Willens hinzukommt, welcher die oberste Bedingung [Hervorh. d. Verf.] des ersteren nach der Vernunft enthält.¹²⁹

Wie wir bereits in der praktischen Welt gesehen haben, erhält man aus den allgemeinen ethischen Verpflichtungen keine bestimmten Verhaltensmuster, weil die Autonomie des Willens keine bestimmten gesollten Willensrichtungen darstellt. In diesem Zusammenhang stellt *Kant* die Frage, ob es eine notwendige Bedingung und Grenze für die Autonomie aller vernünftigen Wesen gibt, so dass die Freiheit als Eigenschaft des Willens aller vernünftigen Wesen bewiesen werden kann¹³⁰.

Die Frage ist also diese: ist es ein notwendiges Gesetz für alle vernünftige Wesen, ihre Handlungen jederzeit nach solchen Maximen zu beurteilen, von denen sie selbst wollen können, daß sie zu allgemeinen Gesetzen dienen sollen? [...] Nun sage ich: der Mensch, und überhaupt jedes vernünftige Wesen, existiert als Zweck an sich selbst, nicht bloß als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen, sondern muß in allen seinen, sowohl auf sich selbst, als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen jederzeit zugleich als Zweck betrachtet werden.¹³¹

128 *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 75.

129 Ebenda, S. 90 f.

130 Vgl. ebenda, S. 57, 83.

131 Ebenda, S. 57 ff.

Mit anderen Worten stellt die hier genannte Zweckformel des kategorischen Imperativs die Grundlage der Einsetzung der Verpflichtungen, nämlich der inneren und äußeren Gesetzgebung, dar.

Wenn es denn also ein oberstes praktisches Prinzip, und, in Ansehung des menschlichen Willens, einen kategorischen Imperativ geben soll, so muß es ein solches sein, das aus der Vorstellung dessen, was notwendig für jedermann Zweck ist, weil es Zweck an sich selbst [Hervorh. d. Verf.] ist, ein objektives Prinzip des Willens ausmacht, mithin zum allgemeinen praktischen Gesetz [Hervorh. d. Verf.] dienen kann. Der Grund dieses Prinzips ist: die vernünftige Natur existiert als Zweck an sich selbst [Hervorh. d. Verf.]. [...] Handle so, daß du die Menschheit [Hervorh. d. Verf.], sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest [Hervorh. d. Verf.].¹³²

Diese Zweckformel wird vornehmlich bei der Verrechtlichung der ethischen Pflichten, nämlich beim Einsatz der rechtspaternalistischen Eingriffe, ausgedrückt.

Als die von Kant inspirierte Auffassung von Menschenwürde gilt bis heute weitgehend die von Günter Dürig im alten GG-Kommentar verwendete „Objekt-Formel“: Die Menschenwürde als solche ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.¹³³

Diese Auffassung wird auch vom Bundesverfassungsgericht vertreten: Es widerspricht der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staat zu machen¹³⁴. Im Strafrecht expliziert das Gericht weiter diese Forderung:

Das Gebot zur Achtung der Menschenwürde bedeutet insbesondere, daß grausame, unmenschliche und erniedrigende Strafen verboten sind (BVerfGE 1, 332 (348); 6, 389 (439)). Der Täter darf nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wertanspruchs und Achtungsanspruchs gemacht werden (BVerfGE 28, 389 (391)).¹³⁵

132 Ebenda, S. 60.

133 Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, S. 127.

134 Vgl. BVerfGE 27, 1 (6).

135 BVerfGE 45, 187 (228).

Aber in der normativen Anwendung bzw. der dogmatischen Zitierung stößt man auf die Frage, ob diese Kant'schen rechtsphilosophischen Ausführungen direkt, eindeutig in die Rechtspflege, insbesondere für die strafrechtliche Verwendung, einzuführen sind¹³⁶. *Scheinfeld* zeigt auch das Problem dieser konkreten Verwendung der Objekt-Formel im Bereich der Organspende für die genaue Erklärung über die Selbstbestimmung der Spenderperson:

Diese Objekt-Formel ist aber letztlich nicht mehr als ein Platzhalter, der den Rechtsanwender zur eigentlichen Wertung erst auffordert. Diesen Zweck erfüllt sie überdies in denkbar schlechter Weise, weil sie, hochirreführend wie sie ist, zu falschen Lösungen anleitet. Sie ist zum Teil zu weit, zum anderen Teil zu eng. Zum Deduzieren eignet sich diese Formel nicht. Auf die Unwägbarkeiten der Formel müssen wir uns aber nicht einlassen.¹³⁷

Deshalb hat diese Kant'sche Objekt-Formel nur eine ethisch-deklaratorische Funktion, so dass wir sie in der praktisch-juristischen Verwendung weiter durch behutsame Auslegung¹³⁸ konkretisieren müssen. Demnach ist hier fraglich, welche ethischen Pflichten nicht verrechtlcht werden dürfen oder welche ethischen Pflichten nicht durch einen rechtlichen Zwang garantiert werden dürfen, um einen Menschen davor zu schützen, zum Mittel von außerhalb seiner selbst gelegenen Zwecken zu werden.

Nach *Kant* bedeutet der Zweck die eigene Vollkommenheit und die fremde Glückseligkeit:

Man kann diese nicht gegeneinander umtauschen und eigene Glückseligkeit einerseits mit fremder Vollkommenheit andererseits zu Zwecken machen, die an sich selbst Pflichten derselben Person wären. Denn eigene Glückseligkeit ist ein Zweck, den zwar alle Menschen (vermöge des Antriebes ihrer Natur) haben, nie aber kann dieser Zweck als Pflicht angesehen werden, ohne sich selbst zu widersprechen [Hervorh. d. Verf.].

136 Vgl. *Mohr*, Menschenwürde, S. 474 f.

137 *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 418.

138 Siehe dazu *Wieacker*, Sittengesetz, S. 23: „Ist die Bestimmung des Verhältnisses von Recht und Sittlichkeit nach der geltenden deutschen Rechtsordnung, wie sie im Grundgesetz und der Gesamtheit aller anderen Gesetze erscheint, eine praktisch-juristische, so ist zunächst die praktische Sozialethik zu erschließen, die sich aus dem eigenen Selbstverständnis dieser Rechtsordnung durch behutsame Auslegung ergibt.“

Was ein jeder unvermeidlich schon von selbst will, das gehört nicht unter den Begriff von Pflicht; denn diese ist eine Nötigung zu einem ungerne genommenen Zweck. Es widerspricht sich also zu sagen: man sei verpflichtet, seine eigene Glückseligkeit mit allen Kräften zu befördern [Hervorh. d. Verf.]. Ebenso ist es ein Widerspruch, eines anderen Vollkommenheit mir zum Zweck zu machen und mich zu deren Beförderung für verpflichtet zu halten. Denn darin besteht eben die Vollkommenheit eines andern Menschen, als einer Person, daß er selbst vermögend ist, sich seinen Zweck nach seinen eigenen Begriffen von Pflicht zu setzen [Hervorh. d. Verf.], und es widerspricht sich, zu fordern (mir zur Pflicht zu machen), daß ich etwas tun soll, was kein anderer als er selbst tun kann.¹³⁹

Mit anderen Worten verweist *Kant* auf das Wesen der ethischen Pflichten gegen sich selbst, deren Erfüllung jeder Mensch nur sich selbst, normalerweise im Interesse der Entfaltung seiner Persönlichkeit, schuldet. Diese Pflichten für die Erreichung der eigenen Vollkommenheit des Handelnden können nicht durch fremdbestimmte Dressur oder sogar durch rechtlichen Zwang ersetzt werden. Deshalb dürfen diese ethischen Pflichten nicht verrechtlicht werden, d. h., der Rechtspaternalismus bezieht sich nicht auf die Erreichung der eigenen Vollkommenheit.

Aber mit den Wendungen „daß er selbst vermögend ist“ und „was kein anderer als er selbst tun kann“ zeigt sich auch, dass sich eine Person ethisch nicht für die Glückseligkeit der anderen verpflichten muss, wenn die andere Person selbst in der Lage ist, ihre eigene Glückseligkeit zu erreichen.

Wenn es also auf Glückseligkeit ankommt, worauf, als meinen Zweck hinzuwirken es Pflicht sein soll, so muß es die Glückseligkeit anderer Menschen sein, deren (erlaubten) Zweck ich hiermit auch zu dem meinigen mache. [...] Widerwärtigkeiten, Schmerz und Mangel sind große Versuchungen zu Übertretung seiner Pflicht [Hervorh. d. Verf.]. Wohlhabenheit, Stärke, Gesundheit und Wohlfahrt überhaupt, die jenem Einflüsse entgegenstehen, können also auch, wie es scheint, als Zwecke angesehen werden, die zugleich Pflicht sind: nämlich seine eigene Glückseligkeit zu befördern und sie nicht bloß auf fremde zu richten. – Aber alsdann ist diese nicht der Zweck, sondern die Sittlichkeit des Subjekts ist es [Hervorh. d. Verf.], von welchem die Hindernisse wegzuräumen,

139 *Kant*, Tugendlehre, S. 18 f.

es bloß das erlaubte Mittel ist; da niemand anders ein Recht hat, von mir Aufopferung meiner nicht unmoralischen Zwecke zu fordern. Wohlhabenheit für sich selbst zu suchen, ist direkt nicht Pflicht; aber indirekt kann es eine solche wohl sein [Hervorh. d. Verf.]: nämlich Armut, als eine große Versuchung zu Lastern, abzuwehren. Alsdann aber ist es nicht meine Glückseligkeit, sondern meine Sittlichkeit [Hervorh. d. Verf.], deren Integrität zu erhalten mein Zweck und zugleich meine Pflicht ist.¹⁴⁰

Zwar kann eine beliebige Person normalerweise ohne Zwang die Glückseligkeit eines anderen Menschen nicht unabhängig von ihrer eigenen Vollkommenheit erreichen, aber *Kant* stellt die Ausnahme dar, dass eine Person sich sittlich bzw. ethisch dazu verpflichten lässt, erst wenn der andere Mensch z. B. durch Verletzung oder Gefahr in Schwierigkeiten gerät und seine eigene Vollkommenheit nicht erreichen kann. Diese ethischen Pflichten sind nicht nur autonom, sondern auch unter bestimmten Umständen heteronom, was die Möglichkeit bedeutet, dass sich diese ethischen Pflichten vom äußeren Gesetzgeber verrechtlichen lassen. Die Verrechtlichung dieser ethischen Pflichten bedeutet zugleich, dass sich der Rechtspaternalismus nur auf die Erreichung der fremden Glückseligkeit bezieht.

Wie mit Blick auf das „Selbsterhaltungsinteresse“ oben dargelegt wurde, tangiert die individuelle Selbstbestimmung die fremden substanziellen Interessen anderer oder der Allgemeinheit. Deshalb kann die praktische Verletzung oder die entsprechende Gefährdung dieser fremden Interessen eine Brücke für die rechtspaternalistischen Einschränkungen schlagen, wie z. B. die gesetzliche Nothilfepflicht nach § 323c StGB, die Duldungspflicht im Notstand nach § 34 StGB und nach § 904 BGB sowie die Entscheidungslösung nach § 3 TPG.

Nicht zuletzt stellt *Kant* mit der Wendung „deren Integrität zu erhalten mein Zweck und zugleich meine Pflicht ist“ noch ausdrücklich eine Voraussetzung dar: Die Erfüllung dieser Pflicht für die fremde Glückseligkeit muss auch der Objekt-Formel folgen, dass der Handelnde nicht zum Mittel von außerhalb seiner selbst gelegenen Zwecken werden kann. Aufgrund dieser prinzipiellen Voraussetzung haben wir die plausible Aufgabe¹⁴¹, die

140 Ebenda, S. 21 f.

141 Siehe dazu *Barczak*, *Der nervöse Staat*, S. 186: „Gesetze können zwar den Konflikt zwischen Recht und Moral reduzieren, aber nicht ausschließen. Auch wenn es ein charakteristisches Merkmal der heutigen Risiko- und Sicherheitsgesellschaft ist, mehr und mehr Lebensbereiche zu verrechtlichen, zu vergesetzlichen und auf diese Weise zu versicherheitlichen, finden Recht und Gesetz nach wie vor ihre

Grenzen für den Rechtspaternalismus präzise zu konkretisieren¹⁴². Zugleich ist bei der Konkretisierung zu betonen, dass eine paternalistische Intervention immer nur solange gerechtfertigt sein kann, wie zwischen der Intensität der Zwangseinwirkung und den realistisch eingeschätzten Erfolgchancen Verhältnismäßigkeit gewahrt ist¹⁴³.

c) Verrechtlichung der einverständlichen Organentnahme

Die Systematik der Kant'schen Moralphilosophie handelt eindeutig von den Pflichten gegen sich selbst, die *Kant* danach untergliedert, ob sie sich auf den Menschen als animalisches Wesen oder als moralisches Wesen beziehen¹⁴⁴. Zur ersten Gruppe zählt *Kant* das sittliche Verbot der Selbsttötung:

Grenze. An dieser Grenze ist das Verhalten zwar gesetzlich geregelt, steht aber auch noch unter anderen Anforderungen, die den Ansprüchen des Rechts zuwiderlaufen können. Hier kann es geschehen, dass das Recht aus einer Not, der das Gesetz nicht Rechnung trägt, verletzt wird.“

142 Siehe dazu *Kühl*, Naturrechtliche Grenzen, S. 93 f.: „Doch daß es sich bei dieser allgemeinen, zustimmungsfähigen Pflicht um eine Rechtspflicht handelt, bedarf schon zusätzlicher Gründe, erst recht, daß es sich um eine strafbewehrte Rechtspflicht handelt, denn im Strafrecht gelten besondere Zurechnungskriterien und Bestimmtheitsanforderungen. Andeutungsweise seien als mögliche Gründe für eine strafbewehrte Rechtspflicht hier genannt: – Die Hilfspflicht muß auf eine eng umschriebene Situation eingeschränkt werden: echte und erhebliche Gefahrenlage, sog. momentane Not, – sie darf nur geringe und punktuelle Freiheitsopfer vom Verpflichteten fordern, – legale Pflichterfüllung muß genügen, d. h. weder muß aus Pflicht noch aus Erfüllung eines materialen Pflichtzwecks gehandelt werden, – es muß nur die zur Rettung der bedrohten Rechtsgüter einer in Not geratenen Person erforderliche Hilfe geleistet werden; keinesfalls darf darüber hinausgehende Nächstenliebe verlangt werden, etwa dann, wenn es bei der in Not geratenen Person nichts mehr zu retten gibt, – es darf nur um die Wiederherstellung der durch Not bedrohten äußeren Freiheits- und damit Normallage beim in Not Geratenen gehen. Eine so eingeschränkte Rechtsnorm stellt § 323c StGB im wesentlichen dar. Diese Norm kann deshalb auch als Rechtsnorm akzeptiert werden.“

143 Siehe dazu *Birnbacher*, Paternalismus, S. 21: „Extremformen der Beeinträchtigung der individuellen Freiheit wie eine nicht zeitlich eng befristete Zwangseinweisung in eine geschlossene psychiatrische Abteilung erscheinen dabei so gravierend, dass paternalistische Rechtfertigungen für sie grundsätzlich ausgeschlossen sein sollten. Auch wenn es bei einem nicht-pathologisch bedingten Suizid um die Verhinderung einer irreversiblen Selbstschädigung geht und ein großer Anteil der geretteten Suizidenten später froh darüber ist, gerettet worden zu sein, erscheint eine längere als zur Krisenintervention notwendige Zwangseinweisung unproportional.“

144 Vgl. *Kant*, Tugendlehre, S. 58.

Die willkürliche Entleibung seiner selbst kann nur dann allererst Selbstmord (*homicidium dolosum*) genannt werden, wenn bewiesen werden kann, daß sie überhaupt ein Verbrechen ist, welches entweder an unserer eigenen Person oder auch durch dieser ihre Selbstentleibung an anderen begangen wird (z. B. wenn eine schwangere Person sich selbst umbringt). [...] Die Selbstentleibung ist ein Verbrechen (Mord). [...] [A]ber hier ist nur die Rede von Verletzung einer Pflicht gegen sich selbst [Hervorh. d. Verf.], ob nämlich, wenn ich auch alle jene Rücksichten beiseite setzte, der Mensch doch zur Erhaltung seines Lebens bloß durch seine Qualität als Person verbunden sei und hierin eine (und zwar strenge) Pflicht gegen sich selbst anerkennen müsse.¹⁴⁵

Kant behandelt ausdrücklich den Suizid als moralisches, aber nicht rechtliches Problem, da die Erhaltung des eigenen Lebens ohne Bezug auf die Verletzung der Rechte der anderen keine Rechtspflicht ist¹⁴⁶. Also muss die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB aus der *Kant'schen* Perspektive kritisch ins Visier genommen werden, denn sie übergeht das Selbstbestimmungsrecht des Todeswilligen, ohne dass die Verletzung der Rechte der anderen und der entsprechende Schutz dafür angeführt werden können. Für diese umstrittene Frage stellt *Ellscheid* seine eigene Lösung dar, dass der zum Selbstmord fest entschlossene Handelnde noch innerhalb der Einwirkungsmöglichkeiten der Rechtsordnung liegt, in den Suizidvorgang mit Recht und Gewalt einzugreifen, weil durch einige äußere Angelegenheiten, z. B. die äußere Androhung unehrenhafter Konsequenzen für diesen Handelnden selbst oder seine Angehörigen, massiv Einfluss auf die Motivation des potenziellen Selbstmörders genommen werden kann¹⁴⁷. *Wittwer* zeigt auch, dass eine Korrelation zwischen der Suizidrate und der Zahl der Verbrechen in einem Staat die Möglichkeit schaffen kann, dass bestimmte moralische Verbote im positiven Recht ihren Niederschlag finden, was gegen die *Kant'sche* Annahme spricht¹⁴⁸. Mit anderen Worten ist es nach *Ellscheid* der Zweck des rechtspaternalistischen Eingriffs in die Selbstbestimmung des potenziellen Suizidenten, ihn vor äußeren negativen und sogar falschen Einflüssen zu schützen. Ein strikter statistischer Zusammenhang zwischen Kriminalität und Suizidrate konnte bisher von der empirischen Forschung nicht nachgewiesen werden, aber wir können die Existenz dieses

145 Ebenda, S. 59.

146 Vgl. *Wittwer*, *Kant-Studien* 2001, S. 180 ff.

147 Vgl. *Ellscheid*, *Paternalismusproblem*, S. 194.

148 Vgl. *Wittwer*, *Kant-Studien* 2001, S. 185 f.

Phänomens nicht leugnen, vornehmlich in der Lebendorgan- und Leichenspende.

Die Entscheidungslösung nach § 3 TPG in der postmortalen Organspende weist nicht nur den Spender, sondern auch seine Angehörigen, die Ärzte sowie sogar die Gesellschaft ausdrücklich darauf hin, dass die Entscheidungsfreiheit des Spenders nicht eingeschränkt werden darf.

Insbesondere da eine verstorbene Person nicht mehr Rechtsträger des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes ist und sich selbst auch nicht mehr schützen kann, ist diese Person oder auch alle anderen sterbenden Personen mit der oben genannten Schwierigkeit konfrontiert, die eigene Vollkommenheit, eine Störung der Totenruhe ohne Einwilligung bzw. Berechtigung zu vermeiden, nicht selbst erreichen zu können. Deshalb sollen die anderen Menschen autonom und auch heteronom verpflichtet werden, die Entscheidungsfreiheit der Betroffenen unbedingt zu beachten, insbesondere damit sich äußere negative Einflüsse, wie z. B. finanzielle Androhungen bei der Entscheidung des Toten oder seiner Angehörigen, verhindern lassen.

Hinsichtlich dieser Gründe ist diese Pflicht zu verrechtlichen, d. h., für die postmortale Organspende, vornehmlich die Selbstbestimmung des Betroffenen, kann ein rechtspaternalistischer Eingriff vorgenommen werden, weil sich diese Angelegenheit nicht nur auf die innere Freiheit und die eigenen Interessen des Spenders, sondern auch auf die äußere Freiheit und die Interessen der anderen bezieht. Zugleich werden aus der Perspektive der Angehörigen oder der anderen Institutionen mit Gewahrsam deren eigene Freiheiten rechtspaternalistisch eingeschränkt, um ihre willkürlichen Entscheidungen ohne Respekt vor dem menschlichen Leichnam bzw. der Menschenwürde zu vermeiden.

B. Die rechtspaternalistischen Erscheinungsformen

In der Literatur finden sich verschiedene Einteilungen paternalistischer Akte oder Normen¹⁴⁹. Neben dem moralischen Paternalismus beziehen sich die hier angeführten Erscheinungsformen nur auf den Rechtspaternalismus.

149 Vgl. *Hirsch/Neumann/Seelmann*, Paternalismus, S. 11–144; *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 15–18; *Zude*, Paternalismus, S. 192–223; *Drerup*, Paternalismus, S. 146–180; *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl*, Paternalismus, S. 21–72; *Neumann*, Paternalismus, S. 13–29; *Gkountis*, Paternalismus, S. 20–23; *Möller*, Paternalismus,

lismus. Dementsprechend bezweckt und bewirkt dieser Paternalismus den Schutz der Betroffenen gegen ihren Willen mit rechtlichen Maßnahmen. „So rechtfertigt aus Feinbergs Sicht das Prinzip des rechtlichen Paternalismus (‘legal paternalism’) ‚state coercion to protect individuals from self-inflicted harm, or in its extreme version, to guide them, whether they like it or not, toward their own good.‘“¹⁵⁰ Mit anderen Worten geht der Rechtspaternalismus nur auf der staatlichen Ebene regelmäßig mit der Ausübung von Zwang und sogar Strafe einher, um die Selbstbestimmung des Individuums einzuschränken. Sowohl gesetzliche Regelungen als auch sonstige Hoheitsakte können rechtspaternalistische Wirkungen entfalten:

Genauer wird es um einen speziellen Bereich paternalistischer Maßnahmen im angegebenen Sinne gehen, um Fälle des Rechtspaternalismus. Rechtspaternalistische Akte sind Akte rechtlicher Instanzen, die die angegebenen Paternalismusmerkmale aufweisen. Insbesondere interessieren hier paternalistische Akte, die in der Setzung von Rechtsnormen bestehen. Paternalistisch sind solche Akte, wenn sie in der angegebenen, begründungsbedürftigen Weise die Freiheit beeinträchtigen und dabei jedenfalls auch einem paternalistischen Zweck dienen.¹⁵¹

Damit ist der Rechtspaternalismus ein unvermeidliches Ergebnis der Entwicklung des staatlichen Rechtssystems¹⁵². Solange dieses Rechtssystem existiert, ist er nicht aufzuheben¹⁵³. Deshalb stellt sich uns nur die Auf-

S. 15–17; *Rigopoulou*, Paternalismus, S. 27–40; *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 497–550.

150 *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 41.

151 *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 8.

152 Siehe dazu *Drerup*, Paternalismus, S. 190 f.: „Neben diesem schwachen oder moderaten Perfektionismus, der in bestimmten demokratischen Grundwerten und dem pädagogischen Autonomieideal zum Ausdruck kommt, hat jede staatliche Entscheidung, in einem bestimmten Bereich zu regulieren oder nicht zu regulieren, in jedem Falle signifikante Auswirkungen auf die Optionen, die den Bürgern zugänglich sind. Über die Verteilung finanzieller Ressourcen (z. B. für Populär- oder Hochkultur) fördert der Staat bestimmte kulturelle Optionen, andere nicht. Über Besteuerung werden bestimmte Optionen mit Kosten belegt und damit Anreizstrukturen geschaffen, die ein bestimmtes, z. B. umweltfreundlicheres Verhalten unterstützen. Jede non-egalitäre und jede egalitäre Verteilung gesellschaftlicher Güter begünstigt und benachteiligt zudem bestimmte Gruppen bei der Verwirklichung ihrer Ziele. So überrascht es nicht, dass benachteiligte Gruppen das Neutralitätsgebot vor allem als Deckmantel für eine parteiliche Praxis kritisieren, die sich nicht rechtfertigen lässt.“

153 Siehe dazu *Zude*, Paternalismus, S. 179: „Nun sind zwar Handlungen vom Typus ‚bad for people‘ in vielen Fällen erlaubt (z. B. Konsum von Zigaretten oder Alkohol),

gabe, festzustellen, wie die präzisen Grenzen der rechtspaternalistischen Maßnahmen zu setzen sind¹⁵⁴.

I. Direkter und indirekter Rechtspaternalismus

Die Differenzierung zwischen direktem und indirektem Rechtspaternalismus beruht darauf, ob eine paternalistische Regelung zur Erfüllung ihrer Zielsetzung immer die Freiheit des Täters einschränkt, an dessen Wohlfahrt sie sich dementsprechend im Ergebnis orientiert. So bedeutet der direkte Rechtspaternalismus, dass der Staat unmittelbar mit Recht und Zwang in die Selbstbestimmung des Täters, nicht eines Dritten, eingreift¹⁵⁵.

Indirekt rechtspaternalistisch sind dagegen die Konstellationen, in denen sich die konkrete Eingriffshandlung nicht unmittelbar gegen diejenigen richtet, deren Wohl gewahrt werden soll, sondern gegen einen Dritten. Als Beispiel für die indirekte Variante des Rechtspaternalismus wird hier der Fall angeführt, dass der Gesetzgeber der Zigarettenindustrie als Regelungsadressaten strenge Auflagen vorgibt, um Raucher vor den selbsterstörerischen Folgen ihrer Sucht zu schützen, was bedeutet, dass die Gesetzgebung zum Wohlergehen einer Person, wie eines Rauchers, nicht etwa die Erlaubnis der Handlung einer anderen Person, wie der Zigarettenindustrie, zur Konsequenz hat, diese Handlung auszuführen, insoweit sie die Belange der ersten Person betrifft; vielmehr ist der letzten Person ihre Handlung rechtlich eingeschränkt, verboten oder sogar mit rechtlichen Sanktionen bewehrt, um die Interessen der ersten Person¹⁵⁶ zu schützen.

jedoch trifft es ebenso zu, dass sie in anderen Fällen strikt verboten werden. Trotz der allgemeinen Ablehnung des Rechtspaternalismus sind somit Ausnahmen von dieser antipaternalistischen Regel ebenfalls eine gesellschaftliche Tatsache.“

154 Siehe dazu *Bois-Pedain*, Selbstschädigung, S. 39: „Ein Lebensumfeld ist deshalb umso besser beschaffen, je mehr Freiheit es einem Menschen lässt, sich Ziele zu stecken, Projekte zu verfolgen und so die weiterreichenden persönlichen Interessen auszubilden, die zusammen betrachtet seinen Lebensentwurf ausmachen. Daraus folgt nun aber nicht, dass Freiheit uneinschränkbar wäre. Über das erforderliche Mindestmaß an Freiheit heraus und eine dieses Minimum erweiternde Zone von zusätzlichen Verhaltensoptionen, ohne die sich das Halsband der Oppression unangenehm eng um unseren Hals legen würde, gibt es einen abwägungs offenen Bereich weiterer Freiheiten, die durch hinreichend gute Gründe beschränkbar sind.“

155 Vgl. *Zude*, Paternalismus, S. 213.

156 Der Regelungsadressat, wie die Zigarettenindustrie, hat auch seine eigenen Interessen. Siehe dazu *Bois-Pedain*, Selbstschädigung, S. 45: „Vielleicht ist die Vornahme der in Rede stehenden Handlung dem Anderen sogar lästig, und er ist nur dazu

Die Abgrenzung zwischen direktem und indirektem Paternalismus lässt sich unmittelbar auf strafrechtliche Vorschriften übertragen: Straftatbestände, deren Strafandrohung sich gegen die zu schützende Person selbst richtet, wirken direkt paternalistisch; eine Strafnorm wirkt hingegen indirekt paternalistisch, wenn sich die Strafandrohung gegen einen Dritten richtet, obwohl sie mit einer Aufforderung oder Einwilligung des direkten Rechtsgutsinhabers¹⁵⁷ handelt, wie z. B. bei der strafbewehrten Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB.

Beim indirekten Rechtspaternalismus richtet sich die rechtliche Freiheitsbeeinträchtigung gegen den Regelungsadressaten, aber es handelt sich indirekt um eine Beeinträchtigung der Selbstbestimmung des direkten Rechtsgutsinhabers zu paternalistischen Zwecken. *Enderlein* betont, dass tatsächlich die selbstverantwortliche Wahl des direkten Rechtsgutsinhabers nicht respektiert wird, während die Handlung des Regelungsadressaten direkt eingeschränkt wird¹⁵⁸.

Da durch entsprechende Regelungen gegebenenfalls auch grundrechtlich gewährleistete Freiheiten der zu Schützenden beeinträchtigt werden, die nicht Adressatinnen der Regelung sind, können sie auf verfassungsrechtlicher Ebene zugleich direkt paternalistisch wirken. Fallen sowohl die Grundrechtsbeeinträchtigte als auch die von der Regelung paternalistisch Geschützte und die Adressatin der Strafbewehrung auseinander, so liegt ein indirekter Paternalismus im Drei-Personen-Verhältnis vor.¹⁵⁹

In diesem Drei-Personen-Verhältnis kann eine rechtliche Maßnahme nur dann als indirekt paternalistisch eingestuft werden, wenn bei der Bewertung der Handlung des Regelungsadressaten die Interessen des direkten Rechtsgutsinhabers relevant sind. Wenn die von diesem Rechtsgutsinhaber

bereit, die Handlung vorzunehmen, weil er dem Rechtsgutsträger einen Gefallen tun will. Aber dies ändert nichts daran, dass der Andere ein eigenes Interesse an der Nichteinmischung durch Dritte, und insbesondere durch den Staat, in eben ‚nur ihn und den Rechtsgutsträger‘ etwas angehende Angelegenheiten hat. In diesem Maße ist mit jeder indirekt paternalistischen Intervention auch direkt ein Freiheitsinteresse des handelnden Anderen betroffen.“

157 Siehe dazu *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 49: „Indirekt paternalistische Regelungen können entweder nur den Schutz der Rechtsgutsinhaberin intendieren oder zusätzlich auch den Schutz der handelnden Schädigerin selbst. Ferner können auch beide Adressatinnen des Gesetzes sein – so wie es etwa bei den Regelungen zum Umgang mit Betäubungsmitteln der Fall ist.“

158 Vgl. *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 15.

159 *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 49 f.

gewünschte Handlung des Regelungsadressaten jedoch mit dem Schutz desselben Rechtsgutsinhabers gar nichts zu tun hat, ist der rechtliche Eingriff dieser Handlung für die Paternalismusdebatte nicht von Interesse¹⁶⁰.

Aber es ist hier zu betonen, dass die indirekt paternalistischen Maßnahmen grundsätzlich dieselben Probleme aufwerfen wie die direkt paternalistischen Maßnahmen, weil die indirekt paternalistische Einwirkung auf den handelnden Regelungsadressaten, die zu dem Zweck vorgenommen wird, die selbstschädigende Absicht des direkten Rechtsgutsinhabers zu durchkreuzen, einer direkten Einwirkung auf diesen Rechtsgutsinhaber entspricht. Mit anderen Worten stehen die unmittelbar ihn selbst betreffenden Handlungen des Rechtsgutsinhabers und die Auswirkungen der Handlungen, die der Regelungsadressat mit der Aufforderung oder Einwilligung dieses Rechtsgutsinhabers vornimmt, einander gleich. Auch zeigt *Feinberg*:

A person's directly self-affecting actions and the consented-to behavior of others that affects him are united and placed in the same moral category by the Volenti non fit injuria [Hervorh. d. Verf.] maxim. [...] From the moral point of view my consent to his action makes it as if it were by own [Hervorh. d. Verf.]. Neither will a consistent legal paternalism distinguish between the two kinds of cases.¹⁶¹

Hinsichtlich des Eingriffs in die Selbstbestimmung des Rechtsgutsinhabers sollte ein konsequenter Rechtspaternalismus zwischen den direkten und indirekten Arten ebenso wenig differenzieren. Zwar funktionieren beide Arten in letzter Konsequenz gleich, aber man sollte die mit gerechtfertigten Eingriffen einhergehenden normativen Belastungen nicht einfach durch den moralischen Verweis auf die Unwirksamkeit der Aufforderung oder Einwilligung des Rechtsgutsinhabers abtun. Mit anderen Worten ist es hier fraglich, wieso gegen die Handlung des Regelungsadressaten in einigen Fällen nur durch die indirekte Art interveniert werden muss, d. h., wieso diese Handlung bei der indirekten Selbstschädigung negativ bewertet wird.

Der Beitrag des Regelungsadressaten zum Gesamtgeschehen ist zwar von der Aufforderung oder Einwilligung des Rechtsgutsinhabers abhängig, aber seine Handlung ist als eigenständig zu betrachten, weil der Regelungsadressat durchweg über die Tatherrschaft verfügt. Schließlich nimmt der Regelungsadressat die Sache auf seine Kappe, indem er eigenverantwortlich und tatherrschaftlich die objektiv entscheidende Verstümmelungshandlung

160 Vgl. *Bois-Pedain*, Selbstschädigung, S. 33 f.

161 *Feinberg*, Self, S. 100.

oder die Tötung auf Verlangen vornimmt. Also wird aus der rechtspaternalistischen Perspektive nicht nur die Autonomie des Rechtsgutsinhabers (indirekt), sondern auch die Wahlfreiheit des Regelungsadressaten bei der Teilnahme an der Selbstschädigung des Rechtsgutsinhabers vornehmlich (direkt) eingeschränkt, weil sich die Erhaltungsinteressen nicht nur auf den Rechtsgutsinhaber selbst, sondern auch auf alle anderen beziehen. Die paternalistischen Interventionen haben deshalb zwei Merkmale: Erstens beziehen sie sich auf das Wohl des direkten Betroffenen selbst; zweitens beinhaltet die Intervention den Zwang, dass allen anderen Personen nicht die Wahl zugestanden wird, die angebotenen Maßnahmen zurückzuweisen¹⁶².

Im Strafrecht ist vornehmlich die Frage zu stellen, wie das *Ultima-ratio*-Prinzip unter den Umständen der rechtspaternalistischen Intervention angemessen durchzusetzen ist, weil das strafrechtliche Verhalten nicht nur als verwerflich angesehen wird, sondern auch eine öffentliche Anerkennung seines Unrechtscharakters als staatlich tadelnde Reaktion darstellt:

Selbst wenn die Institution der Strafe so verstanden wird, dass sie auch gewisse präventive Elemente aufweist oder wenn die Strafzumessung in gewissem Maße auf präventive Kriterien abhebt, bleibt die Zuschreibung von Schuld für das begangene Unrecht und die daraus resultierende Missbilligung des Täterverhaltens als unvermeidliches Kennzeichen der Strafe.¹⁶³

In einigen Diskussionen¹⁶⁴ über den begrenzten direkten oder indirekten Rechtspaternalismus bezieht sich die Basis für die staatlichen Interventionen auf die Bewahrung der Erhaltungsinteressen, wie z. B. der zukünftigen Lebenschancen der betroffenen Person, aber „dieser Grund zur Intervention ist offenbar zukunftsorientiert, und diese präventive Orientierung macht die Strafe – mit ihren starken retrospektiven und tadelnden Kennzeichen – zu einer unangemessenen Form der Reaktion.“¹⁶⁵ Aufgrund der deplatzierten tadelorientierten Reaktion mit der entsprechenden Betonung der paternalistisch eingegriffenen Handlung als Unrecht sollte das Ausmaß der strafrechtlichen Intervention als *ultima ratio* immer nach der Erwägung der Tatproportionalität bemessen werden und damit noch durch das objektive

162 Vgl. Hirsch, Direkter Paternalismus, S. 58 ff.

163 Ebenda, S. 63.

164 Vgl. Hirsch/Neumann, Indirekter Paternalismus, S. 74 ff.

165 Hirsch, Direkter Paternalismus, S. 63.

Ausmaß an Schädlichkeit und Schuldhaftigkeit des strafbaren Verhaltens begrenzt werden¹⁶⁶.

II. Harter und weicher oder schwacher Rechtspaternalismus

Anders als die Einteilungsgesichtspunkte, deren unmittelbarer Gegenstand die Theorien darüber sind, ob oder unter welchen Voraussetzungen sich paternalistische Maßnahmen durch die Verfolgung des jeweiligen paternalistischen Zweckes rechtfertigen lassen, orientiert sich die Unterscheidung zwischen einem harten und einem weichen oder schwachen Rechtspaternalismus daran, wie die paternalistischen Zwecke oder Akte dargestellt werden. Diese Unterscheidung zwischen der harten und der weichen Form des Rechtspaternalismus basiert auf dem Stellenwert, welcher dem autonomen Willen des Betroffenen im Rahmen der beiden Konstellationen grundsätzlich beigemessen wird¹⁶⁷.

1. Harter Rechtspaternalismus als nicht autonomieorientierter Paternalismus

Insofern ist eine Regelung als hart-paternalistisch zu bezeichnen, wenn damit der Mensch zu seinem Wohl bevormundet wird, ohne Rücksicht darauf, ob dieser in der Lage ist, freiwillig über die eigenen Angelegenheiten zu entscheiden oder nicht. Demnach soll der harte Rechtspaternalismus in Fällen vorliegen, in denen sich der Eingriff an Wertvorstellungen orientiert, die den Betroffenen fremd sind und in denen bei der Bewertung von Schaden und Wohltaten nicht die eigenen Werte der Betroffenen selbst herangezogen werden. *Schroth* zeigt: „Beim harten Paternalismus definiert der Gesetzgeber bzw. der Rechtsanwendende die Werte, die zum Wohle eines Individuums gelten sollen aus der Perspektive einer objektiven Wertordnung.“¹⁶⁸ Mit anderen Worten kann der harte paternalistische Zweck aufgrund dieser objektiven Wertordnung den rechtlichen Eingriff rechtfertigen, auch wenn das selbstschädigende Verhalten des Betroffenen frei willentlich ist. So ist es hier fraglich, nach welchen Kriterien man die objektiven Werte bestimmt.

166 Vgl. *Hirsch*, Verbrechen, S. 134 ff.

167 Vgl. *Gkoutis*, Paternalismus, S. 22 f.

168 *Schroth*, Organhandelsverbot, S. 880.

Feinberg zeigt, dass die Kriterien auf einer mittleren Ebene zwischen abstraktem Prinzip und konkreten Fällen bestehen. Nach dem allgemeinen Urteil kann ein riskantes Verhalten eines Individuums als „offensichtlich unvernünftig“ beurteilt werden¹⁶⁹. *Feinberg* betont, dass die objektiven Werte im allgemeinen Urteil nur durch die entsprechende Anwendung in konkreten Fällen bestimmt werden können¹⁷⁰. „Zu einem solchen allgemeinen Urteil finden sich individuelle Urteile umso eher zusammen, je höher und wahrscheinlicher das Schadensrisiko und je geringer die Plausibilität ist, dieses Risiko einzugehen.“¹⁷¹ Der *Homo oeconomicus* oder der rationale Agent wird von *Feinberg* als Subjekt dieses allgemeinen Urteils bezeichnet¹⁷². Deshalb bezieht sich das allgemeine Urteil auf die öffentliche Vernunft auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene. „Hinter dem allgemeinen Urteil verbirgt sich also ein Mehrheitsurteil, das sich aus den gleichlautenden Urteilen der einzelnen normalen Personen zusammensetzt.“¹⁷³ Das Mehrheitsurteil ist hier das normale Urteil der öffentlichen Vernunft, was bedeutet, dass dieses konkrete Urteil genauso für eine einzelne Person gilt wie für die meisten anderen. Dabei müssen wir eine Realität akzeptieren:

Die Staatsmetaphorik und die damit ausgedrückte Absolutsetzung des Werts der Autonomie verdeckt jedoch, dass der reale Staat erstens den individuellen Handlungsspielraum immer schon durch paternalistische Vorgaben institutionell vorstrukturiert (Steuern, pädagogische Institutio-

169 *Feinberg* benennt fünf aufeinander zu beziehende Parameter von Teilrationalitäten in den Risikokalkulationen. Siehe dazu *Feinberg*, *Paternalism II*, S. 6 f.: “(1) the degree of probability that harm to oneself will result from a given course of action; (2) the seriousness of the harm being risked, i.e., the value or importance of that which is exposed to the risk; (3) the degree of probability that the goal inclining one to shoulder the risk will in fact result from the course of action; (4) the value or importance of achieving that goal, that is, just how worthwhile it is to one (this is the intimately personal factor, requiring a decision about one’s own preferences, that makes the reasonableness of a risk-assessment on the whole so difficult for the outsider to make); and (5) the necessity of the risk, that is, the availability or absence of alternative, less risky, means to the desired goal.”

170 Vgl. *Feinberg*, *Paternalism II*, S. 9–15.

171 *Zude*, *Paternalismus*, S. 183.

172 Siehe dazu *Feinberg*, *Paternalism II*, S. 18: “He is calm, competent, and free. [...] Perfectly rational individuals can have ‘unreasonable desires’ as judged by other perfectly rational individuals, just as perfectly rational people (e.g., great philosophers) can hold ‘unreasonable beliefs’ or doctrines as judged by other perfectly rational people. Particular unreasonableness, then, can hardly be strong evidence of general irrationality.”

173 *Zude*, *Paternalismus*, S. 184.

nen, Gesetze zur Regelung des Verkehrs etc.) und damit in die „Territorien der Privatstaaten“ eingreift, und zweitens der größere Teil unserer Handlungen gar nicht in einem rein privat-individuellen Raum, sondern in einem geteilten und gemeinsamen Raum stattfinden [Hervorh. d. Verf.]. Der gemeinsame öffentliche Raum, den wir als vergesellschaftete und kooperationsbedürftige Wesen immer schon mit anderen teilen, zeichnet sich gerade durch Überschneidungen, Interdependenzen und auch Konflikte zwischen Handlungsspielräumen, Freiheiten und Werten aus, was im Bild der Interaktion von souveränen Herrschern von Privatstaaten ausgeblendet wird. Im öffentlichen Raum demokratischer Gesellschaften müssen sich Menschen immer schon zueinander als Freie und Abhängige verhalten und Bedingungen und Voraussetzungen ihrer wechselseitig limitierten Freiheiten verhandeln [Hervorh. d. Verf.].¹⁷⁴

Die Selbstlimitierung der individuellen Freiheiten ist eine notwendige Bedingung für die Generierung und Entwicklung der öffentlichen Gesellschaft, auch der heutigen pluralistischen Gesellschaft. Während dieser gesellschaftlichen Entwicklung lässt sich die Vergesellschaftung des Individuums konstruieren, die dazu führt, dass sich der basale Konsens in der objektiven Wertordnung und die öffentliche Vernunft in der allgemeinen Beurteilung der objektiven Werte allmählich entwickeln. Mit anderen Worten kommt es bezüglich der Kriterien für diese Beurteilung vollständig darauf an, wie sich die oben genannten autonomen oder heteronomen Bedingungen und Voraussetzungen unserer wechselseitig limitierten Freiheiten bzw. Selbstbestimmungen in konkreten Fällen bestimmen lassen.

2. Weicher Rechtspaternalismus aus liberaler Perspektive

Dagegen ist eine Regelung als weich-paternalistisch zu verstehen, wenn sie entweder in die Handlungsfreiheit des Betroffenen eingreift, um den Einzelnen vor den benachteiligenden Folgen einer von ihm nicht freiwillig getroffenen Entscheidung zu bewahren oder wenn ein derartiges Einschreiten seitens des Staates unbedingt erforderlich ist, um den autonomen Charakter des individuellen Verhaltens festzustellen. Diese Art der öffentlichen Intervention in private Angelegenheiten beruht auf dem Grundgedanken, dass ein Mensch, der generell nicht über die erforderliche Einsichtsfähig-

174 Drerup, Paternalismus, S. 157.

keit verfügt oder dessen Handlungen konkret an Willensmangel leiden, ohnehin vor den Folgen seiner Entscheidungen geschützt werden sollte, denn in seinem Verhalten wird der Konkretisierungsakt eines authentischen, autonom entworfenen Lebensplans nicht mehr widergespiegelt¹⁷⁵. Die staatliche Intervention wird in derartigen Situationen für geboten erachtet, da der Betroffene dadurch vor ungewollten objektiven Beeinträchtigungen seiner eigenen Interessen zu schützen ist. Umgekehrt könnte er selbst diese Beeinträchtigungen nur dann verhindern, wenn er in der Lage wäre, eine freiwillige Entscheidung zu treffen. Mit anderen Worten darf der Staat die Freiheit des Individuums beeinträchtigen und den rechtlichen Zwang einsetzen, um diese Personen vor einer Schädigung durch sich selbst zu bewahren, was jedoch nur erlaubt ist, wenn das selbstschädigende Verhalten in einem substanzialen Sinne nicht frei willentlich ist oder wenn die rechtliche Intervention erforderlich ist, um die frei willentliche Eigenschaft des Verhaltens festzustellen¹⁷⁶. *Schroth* zeigt den begrifflichen Kern weiter:

Die Pointe des weichen Paternalismus besteht nun darin, daß man grundsätzlich die Autonomie des Rechtsgutsinhabers, über seine Rechtsgüter zu verfügen, anerkennt. Man schützt den Rechtsgutsinhaber nicht unter dem Gesichtspunkt einer objektiven Wertordnung, man schützt ihn aber aus seiner eigenen Perspektive heraus.¹⁷⁷

Der weiche Rechtspaternalismus orientiert sich am Schutz der autonomen Entscheidungsfindung des Betroffenen und seiner entsprechenden Interessen¹⁷⁸. Nach Art. 2 II 1 i. V. m. Art. 2 I und Art. 1 I GG impliziert das Grundgesetz die Anerkennung der Dispositionsfreiheit über den eigenen Körper des Individuums, was bedeutet, dass der staatliche Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Verfügenden regelmäßig in der Ausprägung der körperlichen Dispositionsfreiheit zum Schutze dieses Grundrechts er-

175 Vgl. *Papageorgiou*, Schaden, S. 226.

176 Vgl. *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 17.

177 *Schroth*, Organhandelsverbot, S. 880.

178 Siehe dazu *Fateh-Moghadam*, Paternalismus, S. 26 f.: „Auch die entschlossensten Antipaternalisten erkennen an, dass es legitim sein kann Personen vor sich selbst zu schützen, etwa wenn es sich um Minderjährige handelt, um Personen, denen die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehlt oder um grundsätzlich kompetente Erwachsene, die aber aufgrund von Informationsdefiziten nicht genau wissen, was sie tun. Die liberale Lösung für diese Fälle besteht nun in der Konzeption eines prima facie zulässigen weichen Paternalismus, der sich vom unzulässigen harten Paternalismus kategorial unterscheiden soll und daher z.T. auch als uneigentlicher Paternalismus oder sogar als Antipaternalismus bezeichnet wird.“

folgt; der Eingriffsgrund und damit die Schranke der körperlichen Dispositionsfreiheit ist das Risiko der defizitären Selbstbestimmung¹⁷⁹.

Unter diesen Umständen ist es unsere Kernaufgabe, festzustellen, unter welchen Kriterien der weiche Paternalismus im grundgesetzlichen System abgegrenzt werden kann. So verweist *Fateh-Moghadam* weiter:

Im Sinne der Wechselwirkungslehre ist nun aber diese Schranke ihrerseits im Lichte des eingeschränkten Grundrechts auszulegen und durch dieses beschränkt: Das Selbstbestimmungsrecht bildet zugleich Schranke und Schranke-Schranke. Das Ziel optimaler Grundrechtsverwirklichung spricht daher im Falle weich paternalistischer Interventionen für Modelle, die autonome Selbstverfügungen grundsätzlich respektieren und die Letztentscheidung soweit wie möglich dem Grundrechtsträger überlassen.¹⁸⁰

Hinsichtlich der Respektierung der authentischen Selbstbestimmung werden die weichen rechtspaternalistischen Maßnahmen nicht nur materiell, sondern auch prozedural eingesetzt. Die materiellen Aufgaben bezeichnen inhaltliche Schranken der Selbstverfügungsfreiheit in Form von Duldungspflichten und Verfügungsverboten, die mit dem Risiko defizitärer Entscheidungen begründet werden. Beispielsweise lassen sich hierfür die gesetzlichen Altersbeschränkungen nach § 8 I 1 Nr. 1a TPG, Personenkreisbeschränkungen nach § 8 I 2 TPG und sonstige subjektive Voraussetzungen der Einwilligung bilden. Die prozeduralen Aufgaben sichern diese materiellen Aufgaben auf der rechtstechnischen Ebene über die Form- und Verfahrensvorschriften sowie andere institutionelle Vorkehrungen, wie z. B. das Modell der Lebendspendekommissionen nach § 8 III 2 TPG, zusätzlich ab.

Im Vergleich zum harten Paternalismus, der sich direkt auf den substanzialen Inhalt der Selbstschädigung des Betroffenen bezieht, geht der weiche Paternalismus davon aus, ob und inwieweit ein Fehler in den zu der Entscheidung führenden Schritten vorliegt. *Mayr* stellt die theoretische Kategorisierung der Entscheidungsfehler dar: (A) kognitive Fehler und Kalkül-Schlussfehler ohne Wertungscharakter, (B) kognitive Fehler und Schlussfehler mit Wertungscharakter, (C) Fehler bzgl. nichtinstrumenteller

179 Vgl. ebenda, S. 39.

180 Ebenda, S. 39.

volitiver Prämissen¹⁸¹. Weil die „Unvertretbarkeit“¹⁸² der individuellen Entscheidung, insbesondere in höchstpersönlichen Rechtsgeschäften, nichtinstrumentelle Ziele der Person aufweisen kann, sollen die gerechtfertigten weich-rechtspaternalistischen Maßnahmen nicht oder möglichst wenig diese Unvertretbarkeit verletzen. Also werden die rechtspaternalistischen Eingriffe aufgrund von kognitiven Fehlern und Kalkül-Schlussfehlern ohne persönlichen Wertungscharakter am wenigsten durch die Gesichtspunkte der Unvertretbarkeit eingeschränkt und sind demnach am leichtesten zu rechtfertigen. „Da Eingriffe, die sich auf das Vorliegen eines Fehlers der Art (A) stützen, demnach regelmäßig keine ‚unvertretbaren‘ Elemente der individuellen Entscheidung betreffen, sind solche paternalistischen Eingriffe in weitem Maße zulässig.“¹⁸³

Aber das bedeutet nicht, dass die weich-rechtspaternalistischen Eingriffe angesichts der Fehler der Arten (B) oder (C) in der Regel nicht zulässig sind, sondern dass in konkreten Situationen präzise bewertet werden muss, ob und inwieweit der Staat seine eigenen Wertungen oder Ansichten an die Stelle der subjektiven Bewertung des Individuums, vornehmlich an die Stelle mit persönlichen, nicht austauschbaren Elementen, setzt. Demnach können wir weiter darüber nachdenken, wo die entsprechenden zwingenden Grenzen für weich-paternalistische Eingriffe zu setzen sind.

Zwar ist die Autonomie bei der Bewertung der individuellen Freiwilligkeit als Schwellenwertkonzept unbedingt festzulegen, aber *Drerup* betont ausdrücklich, dass die Komplexität der Einzelfälle insbesondere bezüglich der Fehler der Arten (B) oder (C) für die Bestimmung des Standards der individuellen Freiwilligkeit in Betracht kommt. Hierfür ist deren Standard regelmäßig durch Kontextvarianz und -sensitivität sowie Flexibilität auszuzeichnen. Mit anderen Worten soll der Standard in Einzelfällen proportional bezüglich der bestimmten zusätzlichen Faktoren, wie z. B. der wahrscheinlichen Risikobehaftetheit einer Handlung, der Qualität des

181 Vgl. *Mayr*, Paternalismus, S. 69–71.

182 Siehe dazu ebenda, S. 58: „Dass die ‚Unvertretbarkeit‘ einer Entscheidung tatsächlich ganz analog wie im Stellvertretungsrecht auch staatlichen paternalistischen Eingriffen Grenzen setzen kann, zeigt sich, wenn wir auf den [...] Fall der Zwangsverheiratungen zurückblicken. Das dort beschriebene Vorgehen erscheint deshalb unabhängig von seinem Nutzen für den Betroffenen und dessen bestehenden Autonomiedefiziten inakzeptabel, weil es sich bei der Wahl des Ehepartners um eine ‚unvertretbare‘ Entscheidung handelt, die der Einzelne selbst treffen soll – und die, wenn er sie nicht selbst treffen kann, kein anderer Mensch für ihn treffen soll.“

183 Ebenda, S. 66.

voraussichtlichen und sogar irreversiblen Schadens sowie auch der präsumtiven Wichtigkeit der potenziell selbstschädigenden Tätigkeit für den Handelnden bestimmt werden: „Je größer das geschätzte Risiko einer Handlung, welches gegen die Wichtigkeit des Ziels der Handlung für die Person abgewogen werden muss, desto höhere Standards werden an die Freiwilligkeit dieser Handlung angelegt und vice versa.“¹⁸⁴ Jedoch dürfen die weichtrechtspaternalistischen Bewertungskriterien der individuellen Freiwilligkeit jedenfalls aus liberaler Perspektive trotzdem nicht auf ein hartes und unangemessen perfektionistisches Rationale hinauslaufen¹⁸⁵.

III. Positiver und negativer Rechtspaternalismus

Nach *Kleinig* beziehen sich die positiv rechtspaternalistischen Normen nicht nur auf die Schadensabwendung, sondern auch auf die Verbesserung des individuellen Wohlergehens als Ziel der staatlichen Eingriffe, wie z. B. die Schulpflicht¹⁸⁶, da das Wohl der Kinder durch die Vermittlung von Bildung gefördert werden soll. Es ist schwierig festzulegen, unter welchen Kriterien diese Vorgaben sowohl als Schadensabwendungen wie auch Verbesserungen der Lage der Regelungsadressaten abgegrenzt werden. Insbesondere lassen sich die Verbesserungen der Lage der Regelungsadressaten konzeptionell an die Autonomie der Betroffenen bezüglich der Voraussetzungen der autonomen Selbstverfügung koppeln; deswegen kehrt das entsprechende Abgrenzungsproblem zwischen weichem und hartem Paternalismus zurück. Hierzu betont *Drerup*:

Weitere Abgrenzungsprobleme gibt es bei Varianten des positiven Paternalismus, die sich an Mindeststandards/Schwellenwerten orientieren, und solchen, die mit eher maximalistischen/perfektionistischen Vorga-

184 *Drerup*, Paternalismus, S. 155.

185 Siehe dazu *Mayr*, Paternalismus, S. 71: „Wenn wir [...] die grundsätzliche Begrenzung der Funktion des Rechts an diesem zugrunde liegenden Ziel messen, dann sehen wir, dass u. U. weich paternalistische Maßnahmen doch zulässig sein können: In dem Fall nämlich, wo der Eingriff erforderlich ist, um die Möglichkeit der Entfaltung von Autonomie vor Gefahren durch Handlungen des Betroffenen selbst zu sichern, und er zugleich den Kern von Individualität respektiert, der auch nicht (voll) autonomen Entscheidungen zugrunde liegt. Die Einhaltung dieser beiden Bedingungen ist durch die beiden vorgeschlagenen Rechtfertigungsanforderungen bzgl. des Eingriffsziels und der Beachtung der ‚Unvertretbarkeit‘ gewährleistet.“

186 Vgl. *Kleinig*, Paternalismus, S. 39 f.

ben an Utopien des „neuen Menschen“, der idealen Gesellschaft, der gerechten Gemeinschaft orientiert sind.¹⁸⁷

Dagegen wird eine Norm als negativ paternalistisch bezeichnet, wenn sie den Regelungsadressaten bestimmte Handlungen nur zum Zweck der Schadensabwendung oder der Beseitigung eines Übels untersagt. Im Vergleich zum positiven Rechtspaternalismus sind die negativ paternalistischen Normen generell leichter zu rechtfertigen, weil ihre Legitimität nur auf die objektive Bedrohlichkeit der substanziellen Selbstschädigung zu stützen ist¹⁸⁸.

IV. Aktiver und passiver Rechtspaternalismus

Die Unterscheidung zwischen aktiven und passiven paternalistischen Normen erfolgt durch die Formulierung der entsprechenden Vorschriften als Gebots- oder Verbotsregelungen.

In dieser Hinsicht ist ein Gesetz als aktiv-paternalistisch zu verstehen, wenn der Regelungsadressat dadurch verpflichtet wird, ein bestimmtes Verhalten unbedingt tätig durchzuführen, wie z. B. die 3G-Regel-Pflicht¹⁸⁹. Die aktiv-paternalistisch inspirierte Aufforderung, etwas Bestimmtes zum eigenen Wohlergehen zu tun, wird häufig weder vom Regelungsadressaten als paternalistisch wahrgenommen noch vom Akteur als paternalistisch deklariert¹⁹⁰, weil sich die Durchführung der aktiv paternalistischen Normen nicht direkt auf authentische individuelle Stellungnahmen bezieht.

187 Drerup, *Paternalismus*, S. 176.

188 Siehe dazu Zude, *Paternalismus*, S. 218: „Im Fall des positiven Paternalismus jedoch muss gezeigt werden können, dass das Verbleiben im status quo nicht ausreichend zum Wohl der Person beitrage und die als Ziel vorgestellte neue Situation einen so erheblichen Zuwachs an Chancen oder an Wohlbefinden bedeute, dass dieser auch das erforderliche Übel der Zwangsmaßnahme mehr als ausgleiche.“

189 Die 3G-Regel zur Eindämmung der Corona-Pandemie bedeutet: Wer nicht vollständig geimpft ist oder nicht als genesen gilt, muss in vielen Fällen entweder einen Antigen-Schnelltest (maximal 24 Stunden alt) oder einen PCR-Test (maximal 48 Stunden alt) vorlegen. Tests werden damit zur Voraussetzung z. B. für den Zugang zu Krankenhäusern, Alten- und Pflegeheimen, zur Innengastronomie, zu Veranstaltungen und Festen, aber auch zum Besuch beim Friseur oder im Kosmetikstudio. Gleiches gilt für Sport im Innenbereich oder Beherbergungen etwa in Hotels und Pensionen.

190 Vgl. Drerup, *Paternalismus*, S. 172.

Dies gilt sowohl für die krypto-paternalistischen¹⁹¹ Aufforderungen von Versicherungen oder staatlichen Institutionen, einen gesunden Lebensstil zu pflegen oder sich seiner politischen Urteilskraft zu bedienen, als auch für paternalistisch motivierte institutionalisierte Anreizstrukturen¹⁹².

Dagegen wird eine Norm als passiv-paternalistisch bezeichnet, wenn sie dem Regelungsadressaten bestimmte Handlungen zum Zweck der Förderung ihres Eigenwohls untersagt. Beispielsweise ist das Baden aufgrund der Gefährdungslage in Naturschutzgebieten verboten.

C. Legitimation des legalen Paternalismus

Während man sich in der heutigen pluralistischen Gesellschaft häufig mit der Paternalismuskritik beschäftigt, muss man sich jedoch auch mit der Realität auseinandersetzen, dass der Rechtspaternalismus ein unvermeidliches Ergebnis der Entwicklung des staatlichen Rechtssystems¹⁹³ und des modernen demokratischen Politiksystems ist¹⁹⁴. Deshalb liegt die Kernauf-

191 Es handelt sich beim krypto-paternalistischen Vorgehen um einen verdeckten Paternalismus im gegenwärtigen, als neoliberal bezeichneten Staat. Durch die Ermächtigung zur Selbststeuerung wird das freiwillige Engagement der Gesellschaft einem pädagogischen Slogan entsprechend gefordert und gefördert, nicht jedoch zu einer Sache wirklich freiwilligen Engagements des Individuums gemacht. Hinter der dieser Forderung entsprechenden politischen Logik, welche sich nicht nur im Kontext bürgergesellschaftlichen Engagements, sondern auch in der Gesundheitsförderung, im Strafvollzug, in der schulischen oder außerschulischen Erziehung, in Entwicklungshilfeprogrammen oder im Personalmanagement findet, versteckt sich ein durch ein antipaternalistisches Gewand kaschierter aktiver bzw. direkter Paternalismus. Siehe dazu *Sutter/Maasen*, Bürgergesellschaft, S. 336: „Auf diese Weise wird Empowerment zu einem wirkungsvollen Instrument moderner Regierung: Es verknüpft die Führungsansprüche des Staates mit den Selbstführungsansprüchen und -kompetenzen moderner Individuen. [...] Die Selbstführung autonomer Individuen wird auf diese Weise mit den Imperativen von good government verbunden.“

192 Häufig merkt der Regelungsadressat zudem überhaupt nicht, dass seine eigenen Handlungen aktiv paternalistisch dirigiert werden. Durch die staatliche pädagogische Führung gewöhnt sich das Individuum an das staatliche zwingende Arrangement und internalisiert zugleich diese aktiv paternalistischen Normen. Siehe dazu *Drerup*, Paternalismus, S. 172 ff.

193 Vgl. *Barbaro/Wieland*, RW 2021, S. 446 f.

194 Siehe dazu *Schmitt*, Legalität, S. 28 f.: „Zwar hat der Gesetzesbegriff des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates in sich eine weitgehende Neutralität gegenüber den verschiedensten Inhalten; aber er muß doch gewisse Qualitäten (generelle Normierung, inhaltliche Bestimmtheit, Dauer) enthalten, wenn er überhaupt einen Gesetzgebungsstaat tragen soll. Vor allem darf er nicht gegen sich selbst und seine

gabe darin, herauszufinden, wo sich die Basis der Legitimität des Rechtspaternalismus befindet, damit wir seine Grenzen in Einzelfällen präzise ziehen können.

Seit Beginn der *Hart-Devlin-Debatte*¹⁹⁵ über den Rechtspaternalismus 1959 in England werden im angelsächsischen bzw. angloamerikanischen Bereich in den wissenschaftlichen Disziplinen, vornehmlich in der Rechtswissenschaft, intensiv und dauerhaft Diskussionen über den Paternalismus geführt¹⁹⁶. Im Vergleich dazu begann die Debatte über derartige Themen in Deutschland erst recht spät. Dafür erörtert *Ogus* historische und kulturspezifische Gründe:

Individual autonomy and liberty of decision-making are the starting points in the American academy, because these concepts have deep roots in their constitutional history and ideology. While these notions also feature in the European heritage, they have to compete with the

eigenen Voraussetzungen ‚neutral‘ sein. Wird die parlamentarische Körperschaft ohne Rücksicht auf irgendwelche Qualitäten ihrer Mitglieder zu einer bloßen Funktion allgemeiner Mehrheitswahlen gemacht und unter Verzicht auf jedes ‚materielle‘ Erfordernis des Gesetzes ihr Mehrheitsbeschluß der Gesetzesbeschluß, so enden alle Garantien der Gerechtigkeit und Vernünftigkeit, aber auch der Gesetzesbegriff und die Legalität selbst in einer konsequent funktionalistischen Substanz- und Inhaltlosigkeit bei arithmetischen Mehrheitsvorstellungen. 51 v. H. der Wahlstimmen ergibt die Mehrheit im Parlament; 51 v. H. der Parlamentsstimmen ergibt Recht und Legalität; 51 v. H. Vertrauen des Parlaments zur Regierung ergibt die legale parlamentarische Regierung. Die Methode der Willensbildung durch einfache Mehrheitsfeststellung ist sinnvoll und erträglich, wenn eine substanziale Gleichartigkeit des ganzen Volkes vorausgesetzt werden kann. In diesem Fall liegt nämlich keine Überstimmung der Minderheit vor, sondern die Abstimmung soll nur eine latent vorhandene und vorausgesetzte Übereinstimmung und Einmütigkeit zutage treten lassen. [...] Entfällt die Voraussetzung der unteilbaren nationalen Gleichartigkeit, so ist der gegenstandslose, inhaltsleere Funktionalismus rein arithmetischer Mehrheitsfeststellungen das Gegenteil von Neutralität oder Objektivität; er ist nur die quantitativ größere oder geringere Vergewaltigung der überstimmten und damit unterdrückten Minderheit. Die demokratische Identität von Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchenden hört dann auf; die Mehrheit befiehlt, und die Minderheit hat zu gehorchen.“

195 Siehe dazu *Zude*, *Paternalismus*, S. 83: „Die Hart-Devlin-Debatte wurde ausgelöst durch einen Aufsatz Devlins, den dieser in Reaktion auf den sog. Wolfenden Report verfasste. In diesem vertrat er die These, dass das Strafrecht als seinen eigentlichen Zweck verfolge, die gesellschaftliche Moral als den ‚Kitt‘ der Gesellschaft zu bewahren. Auf diese rechtsmoralistische These antwortet Hart und provoziert damit die Debatte, in deren Folge über einige Jahre hinweg Aufsätze zu dieser Thematik entstanden.“

196 Vgl. *Hirsch/Neumann/Seelmann*, *Paternalismus*, S. 11.

significant role accorded to the State (état; Staat) by nineteenth century European political and constitutional developments. So also there is a greater readiness in Europe to recognise that the community should take responsibility for, or offer protection to, its disadvantaged members. Against such a background, the idea that governments should override decisions made by individuals in their own interest is less objectionable and might not seem to call for the sophisticated defences which American exponents of paternalism are apt to provide.¹⁹⁷

Nach *Drerup* liegt ein weiterer wichtiger Grund darin, dass sich die allgemeine philosophische Paternalismuskonzeption in Deutschland weniger profiliert hat als in angelsächsischen Ländern. Vornehmlich in der deutschen rechtsphilosophischen Debatte sind die theoretischen Analysen bezüglich der Kritik des Rechtspaternalismus eher vernachlässigt worden. Deswegen erscheint die gegenwärtige Debatte als „Importprodukt angelsächsischer Provenienz“:

In der Geschichte des deutschen Rechtsdenkens findet sich eine folgenreiche Tradition des Paternalismus und der vor allem durch Kant philosophisch gestützten Kritik des Rechtspaternalismus. Die kantianische Kritik ist in Deutschland nach 1850 jedoch weitgehend missverstanden und fehlgedeutet worden. Die „paternalistische Grundströmung des älteren deutschen Naturrechts“ wird vor allem durch Christian Wolff und seine Konzeption einer paternalistisch-perfektionistischen Staats- und Rechtslehre repräsentiert.¹⁹⁸

Mit anderen Worten wurde der Rechtspaternalismus wegen des gravierenden Einflusses des Naturrechts, insbesondere der Kant'schen Rechtsphilosophie¹⁹⁹, unscharf vom Rechtsmoralismus bzw. dem moralisierenden Perfektionismus unterschieden, was zur genannten Vernachlässigung führte:

197 *Ogus*, *Legal Studies* 2010, S. 65.

198 *Drerup*, *Paternalismus*, S. 183.

199 Nach *Kant* sind die Tugendpflichten keine Rechtspflichten. Deswegen können sie nicht mittels eines rechtlichen Paternalismus durchgesetzt werden. Aber die Aufgabe des Rechts beschränkt sich trotzdem nicht allein darauf, den Bürgern die rechtlichen Freiräume zu gewähren. Siehe dazu *Gutmann*, *ZdSfR* 2005, S. 190 f.: „So wird es seit dem Neukantianismus, insbesondere in der von deutschen Juristen betriebenen Rechtsphilosophie bis in die 60er Jahre des 20. Jahrhunderts nahezu common sense, zu behaupten, das Recht diene im Kantschen Verständnis nicht dazu, individuelle Freiheits- und Willkürsphären gegeneinander abzugrenzen, sondern vielmehr nur dazu, jene Freiräume zu eröffnen, die die Individuen brauchen, um

Soweit sich die normative Rechtsphilosophie, zunehmend im Rahmen des juristischen Positivismus, bis zur Jahrhundertwende und darüber hinaus zu einer allgemeinen Theorie des positiven Rechts bzw. einer allgemeinen Rechtslehre deskriptiven Charakters ausdifferenziert, gerät ihr das Paternalismusproblem ohnehin aus dem Blick.²⁰⁰

Drerup beschreibt die Folgen der Fehlrezeption des Rechtspaternalismus und der Verfälschung der Kant'schen Paternalismuskritik: „Die Armada der antipaternalistischen Kritik des Rechtspaternalismus ist im paternalistischen Nothafen der missverständlichen ‚Pflichten gegen sich selbst‘ gestrandet.“²⁰¹ Mit anderen Worten liegt die Legitimität des legalen Paternalismus nicht nur im angeblichen Schutze der eigenen Erhaltungsinteressen des Handelnden, sondern auch im Schutze der Allgemeinheit.

I. Rechtspaternalismus aus der Kant'schen Perspektive

Nach *Kant* ist das objektive Recht heteronom²⁰², d. h., das Gesetz ist nur durch die äußere Gesetzgebung geschaffen und greift nur durch die äußere Verbindlichkeit in die äußere Freiheit des Individuums ein, und die innere Freiheit der Person kann nicht oder nicht effektiv durch die äußere Gesetzgebung eingeschränkt werden.

Der Begriff des Rechts, sofern er sich auf eine ihm korrespondierende Verbindlichkeit bezieht (d.i. der moralische Begriff derselben), betrifft erstlich nur das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person

ihre moralische Pflicht zu erfüllen; das Recht sei mithin nicht in sich selbst, sondern nur als Mittel zum Zweck der moralischen Pflicht sinnvoll.“

200 Ebenda, S. 179 f.

201 *Drerup*, Paternalismus, S. 184; vgl. *Gutmann*, ZdSfR 2005, S. 174–193.

202 Siehe dazu *Kant*, Rechtslehre, S. 37: „Der Inbegriff der Gesetze, für welche eine äußere Gesetzgebung möglich ist [Hervorh. d. Verf.], heißt die Rechtslehre (Ius). Ist eine solche Gesetzgebung wirklich, so ist sie Lehre des positiven Rechts, und der Rechtskundige derselben, oder Rechtsgelehrte (Iurisconsultus), heißt rechtserfahren (Iurisperitus), wenn er die äußeren Gesetze auch äußerlich, d.i. in ihrer Anwendung auf in der Erfahrung vorkommende Fälle kennt [Hervorh. d. Verf.], die auch wohl Rechtsklugheit (Iurisprudencia) werden kann, ohne beide zusammen aber bloße Rechtswissenschaft (Iurisscientia) bleibt. Die letztere Benennung kommt der systematischen Kenntniss der natürlichen Rechtslehre (Ius naturae) zu, wiewohl der Rechtskundige in der letzteren zu aller positiven Gesetzgebung die unwandelbaren Prinzipien hergeben muß.“

gegen eine andere [Hervorh. d. Verf.], sofern ihre Handlungen als Fakta aufeinander (unmittelbar, [sic] oder mittelbar) Einfluß haben können. [...] Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.²⁰³

Ausdrücklich stellt *Kant* mit der Wendung „unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“ die begriffliche Voraussetzung dar, dass legitime positive Rechtsordnungen die von ihnen aufgestellten Verhaltensnormen allein aus dem Prinzip der Kompatibilität der individuellen Freiheitssphären gewinnen müssen²⁰⁴, was bedeutet, dass die positiven Rechtsordnungen nur auf den allgemeinen Konsensen zwischen Personen auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene beruhen.

Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren *Maxime* die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze [Hervorh. d. Verf.] zusammen bestehen kann. Wenn also meine Handlung, oder überhaupt mein Zustand, mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, so tut der mir Unrecht, der mich daran hindert [Hervorh. d. Verf.]; denn dieses Hindernis (dieser Widerstand) kann mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen nicht bestehen.²⁰⁵

Demnach ist die Aufgabe des Rechts nur auf die gegenseitige Abgrenzung und die Absicherung individueller äußerer Freiheitsräume beschränkt. Die äußere Handlung des Individuums wird zum Objekt des rechtlichen Eingriffs. Alle Handlungen, die dieses universalistische Kompatibilitätskriterium erfüllen und die nur die Person selbst betreffen sowie keinen Freiheitsbereich anderer verletzen können, gehören einer absolut geschützten Sphäre individueller Handlungsfreiheit an. In dieser Sphäre genießt der

203 Ebenda, S. 38.

204 Siehe dazu *Kersting*, Rechtsphilosophie, S. 67: „Die Frage nach der sittlichen Zulässigkeit von Zwangshandlungen deckt demnach ein Korrespondenzverhältnis auf zwischen dem vernunftbegründeten, das heißt nicht mehr und nicht weniger als: dem mit Hilfe der normativen Kriterien der Kantischen Moralphilosophie [sic] als moralisch möglich ausgewiesenen Zwang und der Pflicht, den äußeren Freiheitsgebrauch an den Bedingungen seiner Kompatibilität mit dem von jedermann nach einem allgemeinen Gesetz zu orientieren.“

205 *Kant*, Rechtslehre, S. 39.

Einzelne die rechtliche Freiheit der Willkür²⁰⁶, was ein Vermögen bedeutet, „nach Belieben zu tun oder zu lassen“²⁰⁷. Jeder Übergriff anderer in diese Sphäre gilt als Unrecht.

Nach *Kant* unterliegen die Pflichten des mündigen Menschen gegen sich selbst, die nicht zugleich Pflichten gegen andere sind, mithin nicht dem Begriff des Rechts²⁰⁸. Folglich ist ein Eingriff zum Wohl des entscheidungsfähigen Betroffenen mit Zwang und Recht unzulässig. Aber *Gutmann* zeigt eine Ausnahme:

Diese These der Illegitimität des Rechtspaternalismus ist konstruktiv zudem darin verankert, dass Kant seinen Rechtsbegriff ausgehend von der Frage der Legitimität von Zwang entwickelt. Dieser soll, so Kant, als rechtlicher nur möglich sein, soweit er als Rechtszwang die nicht freiwillig geleistete Rechtspflicht des Betroffenen exekutiert, die Freiheit anderer zu respektieren. Ein paternalistischer Eingriff des Staates in jene (primär) selbstbezüglichen Handlungen, die sich der Verletzung fremden Rechts enthalten, ist nach Kant somit bereits begrifflich und notwendig Unrecht.²⁰⁹

Das objektive Recht bedeutet also eine Garantie der Kompatibilität der Freiheitssphären²¹⁰, die alle Personen untereinander respektieren müssen, so dass der Einzelne eine Willkür in der innerfreien Sphäre genießen kann. „Zudem darf nach Kants Verständnis nur dann Zwang ausgeübt werden, wenn dadurch die Rechtspflicht des Einzelnen, die Freiheit eines anderen zu respektieren, ausgeübt wird.“²¹¹ Die Voraussetzung der rechtlichen Eingriffe liegt deshalb darin, die Grenzen der inneren Freiräume zwischen den Individuen zu durchbrechen. Mit anderen Worten beruht die Legitimität der rechtlichen Eingriffe nur darauf, dass der Handelnde für sich selbst die Freiheit der anderen oder die öffentlichen Interessen der Allgemeinheit verletzt, wie *Ellscheid* zeigt:

206 Vgl. *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 216.

207 Vgl. *Kant*, Rechtslehre, S. 15 ff.

208 Vgl. *Höffe*, Rechtsprinzipien, S. 87.

209 *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 217.

210 Siehe dazu *Kant*, Rechtslehre, S. 47: „FREIHEIT (Unabhängigkeit von eines Anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht.“

211 *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 95.

Vermeidet man diese Konfusion, so zeigt sich, dass nach dem Rechtsbegriff Kants ethisches Handeln nur in den rechtlichen Schranken der Freiheit der Willkür zugelassen ist, dass daraus aber nicht folgt, alle rechtmäßigen Handlungen seien auch ethisch erlaubt. So kann es z. B. unethisch sein, von einem subjektiven Recht Gebrauch zu machen, wenn eine ethische Hilfespflicht entgegensteht, und ebenso kann es auch ethisch zu missbilligen sein, entgegen der Selbstkultivierungspflicht sich dem Müßiggang hinzugeben, was rechtlich zulässig wäre.²¹²

Also ist der rechtspaternalistische Eingriff nach dem Kant'schen Rechtsbegriff nicht zulässig, wenn der Handelnde für sich selbst nur seine eigenen Freiheiten und Interessen verletzt:

Die Freiheit als Mensch, deren Prinzip für die Konstitution eines gemeinen Wesens ich in der Formel ausdrücke: Niemand kann mich zwingen, auf seine Art (wie er sich das Wohlsein anderer Menschen denkt) glücklich zu sein [Hervorh. d. Verf.], sondern ein jeder darf seine Glückseligkeit auf dem Wege suchen, welcher ihm selbst gut dünkt, wenn er nur der Freiheit anderer, einem ähnlichen Zwecke nachzustreben, die mit der Freiheit von jedermann nach einem möglichen allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, (d.i. diesem Rechte des andern) nicht Abbruch tut. – Eine Regierung, die auf dem Prinzip des Wohlwollens gegen das Volk als eines Vaters gegen seine Kinder errichtet wäre, d.i. eine väterliche Regierung (imperium paternale) [Hervorh. d. Verf.], wo also die Untertanen als unmündige Kinder, die nicht unterscheiden können, was ihnen wahrhaftig nützlich oder schädlich ist, sich bloß passiv zu verhalten genötigt sind, um, wie sie glücklich sein sollen, bloß von dem Urteile des Staatsoberhauptes, und, daß dieser es auch wolle, bloß von seiner Gütigkeit zu erwarten: ist der größte denkbare Despotismus (Verfassung, die alle Freiheit der Untertanen, die alsdann gar keine Rechte haben, aufhebt).²¹³

Mit anderen Worten ist das Recht bei *Kant* auf Paternalismusresistenz verpflichtet. *Kant* geht deshalb von einer Pflicht des Staates aus, seine Bürger nicht zu bevormunden²¹⁴. Dies steht in Einklang mit dem bereits dargeleg-

212 *Ellscheid*, Paternalismusproblem, S. 186.

213 *Kant*, Gemeinspruch, S. 21 f.

214 Siehe dazu *Ellscheid*, Paternalismusproblem, S. 183: „Ein subjektives Recht des Bürgers gegen den Staat auf Unterlassung von Bevormundungen müsste nach Kants Rechtsbegriff mit der ‚Befugnis zu zwingen‘ verbunden sein.“

ten Kant'schen Rechtsbegriff, der auf die äußere Freiheit der Individuen²¹⁵ abzielt, soweit keine rechtlich geschützten Interessen der anderen verletzt werden²¹⁶.

II. Konsequentialistische Ansätze

In der Paternalismuskonzeption wird häufig das Verhältnis konsequentialistischer oder utilitaristischer Theorie zu paternalistischen Positionen diskutiert. Als Ausgangspunkt dienen in der Regel die Arbeiten *John Stuart Mills*.

1. Mill'scher Konsequentialismus

Dieser Grundsatz lautet: das einzige Ziel, um dessentwillen es der Menschheit gestattet ist, einzeln oder vereint, die Freiheit eines ihrer Mitglieder zu beschränken, ist Selbstschutz [Hervorh. d. Verf.]. Und der einzige Zweck, um dessentwillen man mit Recht gegen ein Glied einer gebildeten Gesellschaft Gewalt gebrauchen darf, ist: Schaden für Andere zu verhüten. Das eigne physische oder moralische Wohl des Handelnden ist kein genügender Vorwand. Man kann jemanden gerechterweise nicht zwingen, bestimmte Dinge zu tun oder zu unterlassen [Hervorh. d. Verf.], weil es für ihn selbst so besser sei, weil es ihn glücklicher machen würde oder weil es nach der Meinung anderer weise oder gerecht wäre, wenn er so handelte. Dies sind gute Gründe, um jemandem Vorstellungen zu machen oder mit ihm zu debattieren, ihn zu

215 Siehe dazu *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 219: „Es stellt, so Dworkin, einen zentralen Aspekt des Menschenbildes freiheitlicher westlicher Gesellschaften dar, dass Individuen nicht nur ‚erlebensbezogene‘ Interessen haben, Wohlfahrtsinteressen also, zu denen etwa die Freiheit von Schmerzen, körperliche Integrität et cetera gehören, sondern ganz wesentlich auch autonomie- beziehungsweise ‚wertbezogene‘ Interessen (critical interests) – nämlich Dispositionen und Überzeugungen, die sich darauf beziehen, was ein Leben im Ganzen gelungen macht. Diese critical interests des Einzelnen können nicht stellvertretend von anderen definiert und wahrgenommen und deshalb von vornherein auch nicht paternalistisch durchgesetzt werden.“

216 Siehe dazu *Ellscheid*, Paternalismusproblem, S. 185: „Da die Schranken des antipaternalistischen Freiheitsrechts mit denjenigen des allgemeinen Rechtsprinzips vollständig übereinstimmen, [...] stellt sich das antipaternalistische subjektive Recht als Spezialfall des rechtmäßigen Handelns im Sinne des Kant'schen Rechtsprinzips dar.“

überzeugen oder in ihn zu dringen; aber es sind keine Motive, um ihn zu zwingen oder Strafen über ihn zu verhängen, falls er anders handelt. Um das zu rechtfertigen, muß das Handeln, von dem man jemand abbringen will, für einen anderen einen Schaden bedeuten. Jeder ist nur für den Teil seines Handelns der Gesellschaft verantwortlich, der andere betrifft. In dem Gebiet, das nur ihn angeht, ist seine Unabhängigkeit absolut. Der Mensch ist Alleinherrscher über sich selbst, über seinen Körper und seinen Geist. [...] Und ich behaupte, diese Interessen rechtfertigen die Unterwerfung der individuellen Selbstbestimmung unter äußere Kontrolle nur für solche Handlungen, die das Interesse Anderer betreffen [Hervorh. d. Verf.]. Wenn jemand Andern Schaden zufügt, so liegt ein deutlicher Anlaß vor, ihn zu bestrafen, entweder durch das Gesetz, [sic] oder, wo gesetzliche Strafen nicht angewendet werden können, durch allgemeine Mißbilligung.²¹⁷

Genauso wie *Kant*²¹⁸ zeigt auch *Mill*, dass die rechtlichen Maßnahmen nicht die innere Freiheit des Individuums ergreifen dürfen. Nur wenn die individuellen Interessen durch die fremden Handlungen der anderen verletzt werden, kann man mit heteronomen Regelungen einen Schutz vor der Schädigung oder der entsprechenden Gefährdung dieser Interessen durchführen.

Aber *Mill* hält Selbstschädigung bzw. Selbstversklavung für unzulässig und hebt hervor:

In unserem wie in den meisten andern zivilisierten Ländern wäre z. B. ein Vertrag, durch den jemand sich als Sklave verkaufte oder verkaufen ließe, null und nichtig, weder durch das Gesetz noch durch die öffentli-

217 *Mill*, Freiheit, S. 39 ff.

218 Zwar betonen *Kant* und *Mill* um der individuellen Autonomie willen eine antipaternalistische Haltung, aber das Kant'sche Verständnis des Persönlichkeitsrechts unterscheidet sich von dem Mill'schen, weil ein Mensch nach *Kant* nicht nach seinem Belieben über sich selbst disponieren kann. Siehe dazu *Kant*, Rechtslehre, S. 70 und auch *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 197: „Obzwar die hundert Jahre später von Kant begründete persönlichkeitsrechtliche Fassung des Verhältnisses der Person zu ihrem körperlichen Dasein die begrifflich angemessenere Theorie darstellt, liegt die Stärke des Verständnisses des Persönlichkeitsrechts als Eigentumsrecht auf der Hand: Sie impliziert erstens, dass die Verfügungsmacht der Person über sich selbst prinzipiell unbegrenzt ist, dass sie also, was schon Kant auffiel, über sich ‚nach Belieben disponieren‘ kann, und zweitens, dass andere Personen, auch der Souverän, Übergriffe in dieses Selbstverhältnis – als geschütztes Eigentum – grundsätzlich zu unterlassen haben.“

che Meinung gestützt [Hervorh. d. Verf.]. Der Grund, warum man die Freiheit des Entschlusses über das eigne Lebenslos so beschränkt, ist klar, [sic] und wird in diesem extremen Fall besonders deutlich. Das Motiv, weshalb wir in die Willenshandlungen eines Menschen nicht eingreifen, außer, wo das Interesse anderer es gebietet, ist die Rücksicht auf die Freiheit des Wählenden [Hervorh. d. Verf.]. Wenn er frei wählte, so ist klar, daß er das, was er wählt, auch für wünschenswert oder mindestens für erträglich hält, und so wird für sein Wohl im Allgemeinen am besten gesorgt sein, wenn man es ihn auf seine eigne Weise wählen läßt. Wenn er sich aber als Sklave verkauft, so entsagt er seiner Freiheit, er verzichtet auf jeden ferneren Gebrauch derselben, der über jenen Akt hinausliegt [Hervorh. d. Verf.]. Er vereitelt also in seinem eignen Fall den Zweck, um derentwillen man ihm erlaubt, über sich selbst zu verfügen. Er ist nicht mehr frei, sondern er befindet sich jetzt in einer Lage, für die nicht mehr die Voraussetzung spricht, daß er sie frei gewählt hat. Das Prinzip der Freiheit kann nicht erfordern, daß man jemandem die Freiheit lasse nicht frei zu sein.²¹⁹

Einerseits gehört *Mill* zu den prominentesten Kritikern paternalistischer Positionen, aber andererseits verhindert er die Selbstversklavung hart-paternalistisch. Deshalb hält *Reitter* die paternalismusresistenten Thesen *Mills* wegen des mit Verbot der Selbstversklavung einhergehenden paternalistischen Bruchs für nicht zusammenhängend:

Die Widersprüchlichkeit dieses Ansatzes ergibt sich bei Betrachtung seiner im Übrigen grundlegend antipaternalistischen Argumente und seiner Begründung des Verbots der Selbstversklavung: Zum einen geht er – utilitaristisch – davon aus, dass der Betroffene selbst weiß, was für ihn am besten ist, [sic] und freie Entscheidungen damit zum größten Wohlbefinden führen, und zum anderen argumentiert er – scheinbar deontologisch – in Zusammenhang mit der Selbstversklavung mit dem absoluten Wert, welcher der Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen, und der souveränen Herrschaft über eigene Belange zukommt. [...] Seine Argumentation ist insoweit nicht nur lückenhaft, sondern aus utilitaristischer Perspektive auch nicht zwingend so absolut und strikt antipaternalistisch [Hervorh. d. Verf.].²²⁰

219 *Mill*, Freiheit, S. 159 f.

220 *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 106.

Im Vergleich dazu betont *Gutmann*, dass die Legitimität der personalen Selbstbestimmung über Individualrechtsgüter am Ergebnis einer Güterabwägung zu bemessen sei, in der das Selbstbestimmungsrecht der Handelnden mit Gewicht und Bedeutung ihrer betroffenen objektiven Wohlfahrtsinteressen verrechnet wird²²¹. Mit anderen Worten lehnt *Mill* zwar mit Nützlichkeitsabwägungen die rechtspaternalistischen Interventionen ab, um das größtmögliche Glück für alle Betroffenen zu erreichen²²². Aber es ist trotzdem nicht zu leugnen, dass der Rechtspaternalismus aus wohlfahrtsökonomischer oder konsequentialistischer Sicht gegen die Selbstschädigung bzw. Selbstversklavung effizient ist²²³.

Stellt man in Anlehnung an solche Theorien auf Kriterien der Maximierung des Glücks oder Nutzens einer Mehrzahl von Personen ab, ist die Freiheit zur Wahl selbstschädigender Alternativen nur deswegen und nur dann zu respektieren, wenn dadurch der Gesamtnutzen oder die Gesamtmenge an Glück der relevanten Personen befördert wird. Schon weil die Beförderung des individuellen Wohlergehens zur Steigerung dieser Gesamtmenge oder des Gesamtnutzens beiträgt, sind die staatlichen Eingriffe,

221 Vgl. *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 203; *Gutmann*, Würde und Autonomie, S. 19.

222 Siehe dazu *Mill*, Freiheit, S. 125: „Aber weder ein Einzelner, noch mehrere Personen haben das Recht, einem erwachsenen Menschen zu verbieten, daß er mit seinem Leben anfangt, was er selbst für das Beste hält [Hervorh. d. Verf.]. Jedenfalls hat der Handelnde selbst an seinem Wohlbefinden das meiste Interesse. Dasjenige, das ein anderer (außer im Fall starker persönlicher Zuneigung) an ihm haben kann, ist nur gering im Vergleich zu dem, was er selbst an sich nimmt, das Interesse, das die Gesellschaft an ihm hat, ist (außer wenn es sich um sein Verhalten zur Gemeinschaft handelt) nur fragmentarisch und indirekt [Hervorh. d. Verf.], dagegen hat, wenn es sich um die eignen Gefühle und Lebensumstände handelt, der gewöhnliche Mann oder eine einfachste Frau Erkenntnismittel, die diejenigen weit überragen, über die irgendein anderer verfügt.“

223 Siehe dazu *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 200: „Das Rauchen, der Gebrauch bestimmter Drogen, falsche Ernährungsgewohnheiten, bestimmte hoch riskante Lebensstile (oder der Konsum nachmittäglicher Fernseh-Talkshows) mögen hierfür Beispiele sein. Darüber hinaus gibt es in konsequentialistischer Sicht keinen Grund, zwischen den Fällen normativ zu differenzieren, dass Menschen sich selbst schädigen oder sie es einfach nur versäumen, ihr Wohlergehen zu optimieren. In wohlfahrtsökonomischer und entscheidungstheoretischer Perspektive lassen sich gute Gründe dafür aufbieten, dass der Staat [...] kraft seiner weiteren, langfristigeren [...] Perspektive strukturell besser befähigt sein kann [Hervorh. d. Verf.], wenigstens bestimmte Entscheidungen im subjektiven Interesse der Einzelnen zu fällen, als die unmittelbar betroffenen, regelmäßig nur sehr bedingt rational agierenden Individuen selbst.“

die eine Selbstschädigung vermeiden, nicht von vornherein ausgeschlossen. Deswegen zeigt *Enderlein*:

Allerdings dürfte es von einem einigermaßen konsequent durchgeführten utilitaristischen Ansatz aus kaum begründbar sein, im Wählenkönnen der selbstschädigenden Alternative mehr als ein Element neben anderen bei der Bestimmung des Nutzens oder Glücks zu sehen. Danach kann es dem Nutzen oder Glück, jedenfalls in Einzelfällen, aufs Ganze gesehen dienlicher sein, die Selbstschädigung hart paternalistisch zu verhindern.²²⁴

Die Handlungsautonomie des Einzelnen, um deren Schutz es bei der Paternalismuskritik geht, hat deshalb im Rahmen utilitaristischer Theoriebildung gegenüber kollektiven Wohlfahrtsinteressen von vornherein nur einen fragilen Status. Dies ist kein spezifisch paternalismustheoretisches Argument, verweist aber auf ein Hintergrundproblem des Verhältnisses zwischen Konsequentialismus und Paternalismus²²⁵. Als Utilitarist schließt *Mill* die rechtspaternalistische Möglichkeit nicht aus, die individuelle Selbstbestimmungsfreiheit als intrinsischen Wert zugunsten anderer objektiver Güter des Individuums oder des Kollektivs zu begreifen²²⁶. „Die interest theory subjektiver Rechte hat deshalb rechtspaternalistische Implikationen; der Gedanke, dass Interessen des Einzelnen notfalls auch gegen

224 *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 23 f.

225 Vgl. *Gutmann*, Konsequentialismus, S. 34.

226 Siehe dazu *Mill*, Utilitarismus 2020, S. 26 f.: „Die utilitaristische Moral bejaht die menschliche Kraft der Aufopferung des größten eigenen Gutes für das Gut anderer. Sie weigert sich lediglich zuzugeben, daß dieses Opfer selbst ein Gut ist. Sie betrachtet ein Opfer als verschwendet, das die Gesamtmenge des Glücks nicht vermehrt oder das zumindest nicht die Tendenz hat, es zu vermehren. Die einzige Selbsthingabe, die sie lobt, ist die Hingabe an das Glück anderer oder an einige der Mittel, die das Glück anderer befördern – und zwar entweder das der ganzen Menschheit oder das von Individuen im Rahmen der Grenzen, welche die Gesamtinteressen der Menschheit verlangen [Hervorh. d. Verf.]. [...] Damit wir diesem Ideal so nahekommen wie möglich, fordert der Nutzen die folgenden Mittel: 1. Die Gesetze und die sozialen Einrichtungen sollen das Glück oder (wie wir es in praktischen Zusammenhängen nennen können) das Interesse eines jeden Individuums so harmonisch wie möglich mit dem Interesse des Ganzen verbinden [Hervorh. d. Verf.]. 2. Die Erziehung und Meinung, die eine so große Macht auf den menschlichen Charakter ausüben, sollten diese Macht derart nutzen, daß im Gemüt eines jeden einzelnen eine unauflösbare Verbindung zwischen seinem eigenen Glück und dem Gut des Ganzen entsteht, insbesondere zwischen seinem eigenen Glück und der Ausübung solcher Verhaltensweisen, die von der Rücksicht auf das allgemeine Gut in positiver und negativer Absicht geboten werden.“

dessen Willen zu schützen sind, ist ihr immanent.²²⁷ Also gibt es aus Gründen der kollektivistischen Natur des Utilitarismus keine haltbare Kritik am Rechtspaternalismus auf utilitaristischer Grundlage.

2. Öffentlicher Vernunftgebrauch als kollektivistisches Interesse aus der gesellschaftsvertragstheoretischen Perspektive

Dem Einzelnen gehört der Teil des Lebens, der vor allem die Interessen des Individuums berührt; der Gesellschaft der, der sie in besonderem Maße interessiert [Hervorh. d. Verf.]. Zwar ist der Staat nicht durch einen Vertrag gegründet worden, und wir gewinnen nichts, wenn wir einen Vertrag erfinden, um die sozialen Forderungen davon abzuleiten. Immerhin aber schuldet jeder, der den Schutz der Gesellschaft genießt, ihr eine Gegengabe für jene Wohltat. Die Tatsache, daß wir in einer Gesellschaft leben, verpflichtet jeden zu einer gewissen Rücksicht; und diese Rücksicht besteht zuerst darin, daß man die Interessen der andern nicht verletzt, sondern sich gegenseitig gewisse Interessen verbürgt [Hervorh. d. Verf.], die entweder durch besondere gesetzliche Bestimmungen oder durch stillschweigende Übereinkunft als Rechte betrachtet werden.²²⁸

Mill unterscheidet zwei Klassen von Handlungen: Es gibt primär selbst-bezogene Handlungen, die nur das Individuum selbst betreffen, und es gibt Handlungen, die auf andere bezogen sind. Die letzteren unterliegen nicht dem Bereich der individuellen Freiheit, sondern dem moralischen und rechtlichen Urteil der Gemeinschaft, welches sich auf die gesellschaftlichen Interessen bezieht, die sich daran orientieren, dass das substantielle Interesse bzw. die äußere Freiheit jeder Person in der Gesellschaft nicht durch fremde Handlungen der anderen verletzt werden darf. Sowohl das Individuum als auch die Gemeinschaft haben ein Recht auf Schutz ihrer jeweiligen Interessen. Dementsprechend hat das Individuum bestimmte Pflichten gegenüber der Gesellschaft, und umgekehrt hat auch die Gesellschaft bestimmte Pflichten gegenüber dem Individuum, was ausdrücklich bedeutet, dass die Gesellschaft selbst über die vom Individuum unabhängigen Interessen verfügen kann. Es ist also fraglich, ob und wie die sozialen Interessen durch die individuelle Selbstschädigung bzw. die individuelle

227 *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 204.

228 *Mill*, Freiheit, S. 123.

Schädigung in der innerfreien Sphäre verletzt werden können, so dass man rechtspaternalistische Maßnahmen dafür einsetzen muss.

Ebenso macht sich jemand eines sozialen Vergehens schuldig, wenn er durch eine Handlung, die an sich nur ihn selbst betrifft, sich unfähig macht, eine bestimmte Pflicht in der Öffentlichkeit zu erfüllen [Hervorh. d. Verf.]. [...] Aber wir wollen jetzt von einer solchen Handlung sprechen, die, während sie Andern keinen Schaden zufügt, doch dem Handelnden selbst sehr schädlich ist. Ich sehe nicht ein, wie jene, die das glauben, nicht überzeugt sind, daß das Beispiel in solchen Fällen im Ganzen eher heilsam als schädlich wirkt [Hervorh. d. Verf.]. Denn mit den üblen Handlungen werden zugleich die peinlichen und erniedrigenden Folgen bekannt, die bei gerechter Beurteilung für jene Handlung zu erwarten sind. Aber der stärkste Grund gegen die Einmischung der Öffentlichkeit in rein persönliche Handlungen ist der [Hervorh. d. Verf.], daß sie sicher in falscher Weise und am unrechten Ort geschehen würde. Über Fragen der gesellschaftlichen Moral, also über Pflichten gegen andere, wird die öffentliche Meinung zwar oft im Unrecht, doch vielleicht noch öfter im Recht sein [Hervorh. d. Verf.]. Denn in solchen Fragen haben alle nur nach ihren eignen Interessen zu urteilen, nach dem Eindruck, den eine Handlungsweise, wenn sie gestattet wäre, ihnen selbst machen würde. Wenn aber die Meinung einer ähnlichen Mehrheit einer Minderheit als Gesetz auferlegt wird und Fragen berührt, die nur den Handelnden selbst angehen, so wird sie ebenso wahrscheinlich das Unrechte wie das Richtige treffen [Hervorh. d. Verf.]. Denn im besten Fall bedeutet die öffentliche Meinung das Urteil von einigen Leuten über das, was für andere gut oder böse ist [Hervorh. d. Verf.].²²⁹

Nach *Mill* werden die rechtspaternalistischen Eingriffe durch die Verletzung der Gemeinschaftsinteressen und sogar des moralischen Gemeinschaftsgefühls begründet. Hierfür betont *Mill* die menschliche Natur:

Dieses unerschütterliche Fundament sind die Gemeinschaftsgefühle der Menschen – das Verlangen nach Einheit mit unseren Mitgeschöpfen, das bereits jetzt eine mächtige Triebkraft in der menschlichen Natur ist [...]. Das gemeinschaftliche Leben ist dem Menschen so natürlich, so notwendig und so vertraut, dass er sich niemals [...] anders denn als Glied eines Ganzen denkt [Hervorh. d. Verf.]; und diese gedankliche

229 Ebenda, S. 132 ff.

Verbindung wird desto unauflöslicher, je weiter sich die Menschheit vom Zustand roher Selbstgenügsamkeit entfernt.²³⁰

Nach den kommunitaristischen Theorien sind die Menschen ontogenetisch immer schon in Gemeinschaften eingebettet, die für die Ausbildung der Identität dieser Menschen als Individuen und Handelnde nicht akzidentiell, sondern konstitutiv sind²³¹. Während der kontinuierlichen Sammlung der Menschen von Lebenserfahrungen und Kulturkenntnissen bilden sich die allgemeinen Gemeinschaftsgefühle, das notwendige Sozialbewusstsein bzw. der basale Konsens mit entsprechenden Handlungsmaßstäben auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene, wodurch die Menschen Informationen austauschen, einander imitieren und weiter voneinander lernen können. Mit anderen Worten kann eine individuelle Handlung bzw. Selbstschädigung in gewissem Maße einen direkten oder indirekten Einfluss auf die gesellschaftlichen Bewusstseinsaktivitäten und sogar die objektiven Handlungen der anderen ausüben²³². Deswegen zeigt *Gutmann*:

Die normative Grundlegung der kantischen Paternalismuskritik ist derjenigen Mills noch in einem weiteren Punkt überlegen. Paternalismusresistent soll nach Mill nur „der Teil des Lebens (sein), bei dem hauptsächlich der einzelne interessiert ist“ und die Interessen anderer Personen nur mittelbar berührt sind [Hervorh. d. Verf.]. Hatte diese These seit jeher den Einwand provoziert, dass sich ein Bereich nichttrivialer Hand-

230 *Mill*, Utilitarismus 2021, S. 95.

231 Vgl. *Gutmann*, Konsequentialismus, S. 34.

232 Durch die Forschung des Anthropologen *Imanishi* über das Verhalten von Primaten anhand langfristiger Beobachtung der Japanmakaken auf der japanischen Insel *Kōjima* wurde entdeckt, dass die bewusste oder auch die vom Bewusstsein unabhängige Erhaltung des Individuums zur Erhaltung und Entwicklung der Gesellschaft beiträgt. Die gesellschaftliche bzw. kulturelle Entwicklung bezieht sich also unmittelbar auf die individuelle Erhaltung. Siehe dazu *Imanishi*, Lebewesen, S. 82: „Auch wenn man selbst stirbt, erreicht man doch dadurch, daß man ein Individuum, das wie man selbst ist, hervorbringt und auf dieser Welt zurückläßt, daß der Platz, den das Individuum auf dieser Welt einnimmt, erhalten wird, was wiederum bedeutet, daß diese Welt erhalten wird. Natürlich möchte ich keineswegs die Tatsache ignorieren, daß dem Phänomen der Fortpflanzung auch die Funktion der Arterhaltung zukommt. Doch ist mir wichtig zu betonen, daß das Phänomen der Fortpflanzung zwei Aspekte hat, nämlich den der Erhaltung der Art und den der Erhaltung des Individuums, und daß ich zwischen beiden nicht den geringsten Widerspruch entdecken kann. Während man gewöhnlich der Fortpflanzung die Funktion der Arterhaltung zuspricht, pflegt man die Ernährung mit dem Erhalt des Individuums in Verbindung zu bringen.“

lungen, die „nur den Einzelnen angehen“, nicht abgrenzen lasse, da jedes Verhalten Auswirkungen auf andere und das soziale Ganze habe, so legt der kantische Ansatz von vornherein dar, dass die Paternalismuskritik nicht auf empirische Hypothesen über faktische Auswirkungen individueller Handlungen auf andere abstellt, sondern auf normative Feststellungen darüber, ob solche Handlungen subjektive Rechte oder rechtlich geschützte Interessen anderer (oder rechtlich geschützte kollektive Güter von hinreichendem Gewicht) verletzen oder nicht [Hervorh. d. Verf.].²³³

Mit anderen Worten kommt dem Menschen ein Selbstbestimmungsrecht bzw. eine Selbstschädigung ohne rechtliche Eingriffe zu, solange er nicht anderen in rechtswidriger Weise Schaden zufügt. Hierbei ist fraglich, was Schaden bedeutet oder welche Interessen der anderen oder der Gesellschaft durch die Selbstschädigung des Handelnden verletzt werden, d. h., welche Gemeinschaftsgefühle im Sinne *Mills* aus der utilitaristischen Perspektive eher rechtspaternalistisch geschützt werden müssen als dieses Selbstbestimmungsrecht des Handelnden, um die rechtlichen Eingriffe auch im weltanschaulich neutralen Staat angemessen abzugrenzen.

Von dem Hintergrund des „Faktums des vernünftigen Pluralismus“ und eines Neben-, Mit- und Gegeneinanders unterschiedlicher Lebenswelten, -formen und -entwürfe, aber auch unterschiedlicher Werkskalen, moralischer Normsysteme und ethischer Theorien können Rechtsnormen mit allgemeinem (innerstaatlichem) Geltungsanspruch nicht auf partikuläre Vorstellungen des Guten [Hervorh. d. Verf.] gegründet werden.²³⁴

Anders gesagt beruht der Rechtspaternalismus auf dem Schutz der Gemeinschaftsgefühle bzw. der intersubjektiven Vorstellungen, die von idiosynkratischen Wertsystemen der Einzelnen unabhängig sind und die sich unverzichtbar durch die rechtspaternalistischen Maßnahmen schützen lassen. Deswegen bedeuten diese Vorstellungen als „größter gemeinsamer Teiler“ einen basalen Konsens und Handlungsmaßstab auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene, der die individuelle Selbstbestimmung einschränken kann, wie *Gutmann* betont:

Die paternalistisch umzusetzende staatliche Schutzpflicht dürfte sich wiederum am ehesten mit dem in der kantischen – etwa bei Kant und Hufeland – ebenso wie der hegelschen Rechtsphilosophie geäußerten

233 *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 220.

234 *Ebenda*, S. 221.

Gedanken fassen lassen, dass der Einzelne in rechtlicher Sicht nicht über seine zentralen, die Person konstituierenden und deshalb unveräußerlichen Rechtsgüter (zum Beispiel seine Fähigkeit zur Selbstbestimmung) verfügen könne.²³⁵

Deswegen werden diese öffentlichen Handlungsmaßstäbe, durch die die öffentliche Vernunft der Gesellschaft entsprechend ausgezeichnet wird, notfalls durch den Gesetzgeber eingesetzt, um den öffentlichen Frieden bzw. die Sicherheit des funktionierenden Sozialsystems zu schützen. Zwar ist dieses gesellschaftliche Interesse scheinbar abstrakt, aber *Zude* betont seine Wichtigkeit im Gesetzgebungsprozess:

Das allgemeine Urteil als „standard of voluntariness“ beansprucht als Mehrheitsurteil eine gewisse Autorität. Diese Autorität erstreckt sich auf alle entsprechenden Fälle, die eines solchen Urteils bedürfen. [...] Das subjektive Urteil des Polizisten, dessen Normalität hier vorausgesetzt wird, decke sich mit dem allgemeinen Urteil in solchen Fällen [Hervorh. d. Verf.]. Und so legt sich die „Vermutung“ (presumption) nahe, dass für diese einzelne Person dasselbe gilt wie für die meisten anderen: Nämlich, dass sie nicht zu Schaden kommen wolle. [...] Die Vermutung, auch die einzelne Person werde zu dem großen Kreis der Mehrheit gehören, die sich nicht freiwillig selbst Schaden zufügen wolle [Hervorh. d. Verf.], führt dazu, das Prinzip des Rechtspaternalismus, „that a person may properly be protected from his own folly“, in diesem konkreten Fall zur Anwendung zu bringen.²³⁶

Anders gesagt: Erst wenn das gesellschaftliche Interesse sehr wichtig wird, mindestens ebenso wichtig wie das eigene Erhaltungsinteresse des betroffenen Individuums, kann dementsprechend die rechtspaternalistische Einmischung eingesetzt werden, was bedeutet, dass das einzelne subjektive Interesse in einen Teil des allgemeinen objektiven Interesses überführt wird, so dass sich der Gesellschaftsvertrag abschließen lässt. Dieser Vertrag funktioniert wie eine unerlässliche Garantie der eigenen Erhaltung der Gesellschaft und auch zugleich der Individuen. Nach *Gutmann* werden mithin die paternalistisch wirkenden Normen in der Rechtswirklichkeit in der Mehrheit der Fälle gerade im Hinblick auf die Interessen des Dritten oder der Allgemeinheit gerechtfertigt, was dazu führt, dass nicht nur die

235 Ebenda, S. 221 f.

236 *Zude*, Paternalismus, S. 185.

Existenz und Bedeutung einer lediglich selbstbezüglichen Verhaltenssphäre, sondern auch die stärkere Konzeption in Frage kommt, ob einige bestimmte Handlungen und Entscheidungen des Einzelnen noch in jedem Fall zu schützen sind, und zwar auch dann, wenn Interessen der anderen oder Belange der Allgemeinheit gegen diesen Schutz angeführt werden können²³⁷.

Deswegen beruht der Rechtspaternalismus auf dem Schutz der Interessen der anderen und des Kollektivs. Nach *Rawls* stellt dieser paternalistische Schutz direkt auf die Einsetzung und Regulierungen des Gesellschaftsvertrags für Fairness und Gerechtigkeit ab, den freie und vernünftige Menschen in einem Ur- oder Naturzustand unter einem „Schleier des Nichtwissens“ in ihrem eigenen Interesse vereinbaren würden. Dieser Schleier des Nichtwissens bewirkt eine Situation der Gleichheit als rein theoretische Situation im Gesellschaftsvertrag, die so beschaffen ist, dass sie zu einer bestimmten Gerechtigkeitsvorstellung führt.

Zu den wesentlichen Eigenschaften dieser Situation gehört, daß niemand seine Stellung in der Gesellschaft kennt, seine Klasse oder seinen Status, ebensowenig sein Los bei der Verteilung natürlicher Gaben wie Intelligenz oder Körperkraft. Ich nehme sogar an, daß die Beteiligten ihre Vorstellung vom Guten und ihre besonderen psychologischen Neigungen nicht kennen. Die Grundsätze der Gerechtigkeit werden hinter einem Schleier des Nichtwissens festgelegt. Dies gewährleistet, daß dabei niemand durch die Zufälligkeiten der Natur oder der gesellschaftlichen Umstände bevorzugt oder benachteiligt wird. Da sich alle in der gleichen Lage befinden und niemand Grundsätze ausdenken kann, die ihn aufgrund seiner besonderen Verhältnisse bevorzugen, sind die Grundsätze der Gerechtigkeit das Ergebnis einer fairen Übereinkunft oder Verhandlung.²³⁸

Nach der Gerechtigkeitsvorstellung soll demzufolge jedes gesellschaftliche Individuum²³⁹ nicht die Verwirklichung seiner eigenen Neigungen bzw. sei-

237 Vgl. *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 251.

238 *Rawls*, Gerechtigkeit, S. 29.

239 Dies bedeutet, dass der einzelne seine Identität erst im sozialen Umgang, in gesellschaftlichen Bezügen erlangen kann. Siehe dazu *Bergheim*, Das gesellschaftliche Individuum, S. 53: „Dadurch wird die Gesamtheit der Einwohnerschaft, die Stadt als ganze zu einem sozialen Gefüge mit Strukturen, Parteien, Abläufen und Ereignissen. Zugleich verändert sich damit auch der Status der einzelnen Figuren, sie entsprechen nicht mehr einem traditionellen Heldentypus, denn innerhalb dieser Gesamtheit kann es nur noch Figuren von mehr oder weniger Gewicht geben.“

ner Selbstbestimmung überbetonen und zugleich die sich an Interessen der anderen oder der Allgemeinheit orientierende Gesellschaftsgerechtigkeit respektieren.

III. Argumente der Zustimmung aus der Perspektive der Autonomiemaximierung

Auch nach *Rawls* zeigt sich, dass man aufgrund des von ihm herangezogenen Kriteriums des „Versagens der Vernunft“ bzw. des „Irrationalen“²⁴⁰ bestimmen kann, wer vernünftigerweise die Regelungen oder Handlungsmaßstäbe seiner eigenen Angelegenheiten in Zukunft vorausplanen kann, um das „gute Leben“ zu realisieren²⁴¹.

Damit ist klar, was ich behaupten möchte: eine Gerechtigkeitsvorstellung ist vernünftiger oder eher zu rechtfertigen als eine andere, falls vernünftige Menschen im Urzustand die einen Grundsätze anstelle der anderen als gerecht akzeptieren würden. Gerechtigkeitsvorstellungen sind danach zu beurteilen, wie annehmbar sie Menschen unter solchen Bedingungen sind. In diesem Sinne wird die Frage der Rechtfertigung durch Ausführung eines Gedankenexperiments entschieden: man muß feststellen, welche Grundsätze vernünftigerweise in der Vertragssituation zu akzeptieren wären. Dadurch hängt die Theorie der Gerechtigkeit mit der Theorie der vernünftigen Entscheidung zusammen [Hervorh. d. Verf.]. Soll diese Auffassung des Rechtfertigungsproblems Früchte tragen, so müssen wir natürlich das Entscheidungsproblem genauer beschreiben. Für ein Problem der vernünftigen Entscheidung gibt es eine eindeutige Lösung nur dann [Hervorh. d. Verf.], wenn die Ansichten und Interessen der Parteien und ihre Beziehungen untereinander bekannt sind, die Möglichkeiten, zwischen denen sie wählen können, die Verfahren, nach denen sie entscheiden, und so weiter.²⁴²

240 Vgl. *Rawls*, Gerechtigkeit, S. 280 ff.

241 Es ist bedenklich, ob die individuelle Autonomie wegen der Verobjektivierung des Einzelnen abzulehnen ist. Siehe dazu *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 519: „Die ‚rationalen Wesen‘ erscheinen zudem recht ‚entseelt‘, weil sie den Wert der Spontaneität und auch der ‚Planlosigkeit‘, des In-den-Tag-Lebens, unberücksichtigt lassen.“

242 *Rawls*, Gerechtigkeit, S. 35.

Deswegen wird nach *Rawls* in unvernünftige Entscheidungen rechtspaternalistisch eingegriffen²⁴³, damit die Beteiligten in der Gesellschaft vernünftig handeln und zur Regelung ihrer eigenen Angelegenheiten fähig sind²⁴⁴. Dies deutet darauf hin, dass nur Irrationalität im Sinne fehlender Handlungs- und Entscheidungskompetenz angesprochen ist und dergestalt ausschließlich der weiche Paternalismus gerechtfertigt werden soll²⁴⁵. Mit anderen Worten stellt dieser Paternalismus auf die Autonomiemaximierung ab.

Angesichts der Rechtfertigung des Paternalismus gehen die autonomieorientierten Ansätze aus unterschiedlichen Perspektiven von der Zulässigkeit der rechtspaternalistischen Intervention aus, soweit diese in irgendeiner Form die Bedeutung der individuellen Autonomie des Handelnden hervorhebt. Aber es ist hier zu betonen, dass die durch den Paternalismus umgesetzte Autonomiemaximierung nicht mit der Freiheitsmaximierung gleichzusetzen ist²⁴⁶, weil das Individuum zum Mittel zur Erfüllung des ihm gegenüber heteronomen Ziels der Wohlfahrtsmaximierung wird. „Schon hierdurch fällt der ‚freiheitsmaximierende‘ Paternalismus im Ergebnis ganz wesentlich auf übliche Formen des wohlfahrtsorientierten Paternalismus zurück.“²⁴⁷ Demnach ist der autonomieorientierte Paternalismus noch eine grundlegende Variante des konsequentialistischen Ansatzes.

243 Siehe dazu ebenda, S. 281: „Es ist auch vernünftig, daß sie sich gegen ihre eigenen vernunftwidrigen Neigungen durch Einigung auf ein Schema von Strafen schützen, das sie ausreichend motiviert, törichte Handlungen zu unterlassen, sowie auf bestimmte Auflagen, die die unglücklichen Folgen unklugen Verhaltens beseitigen sollen.“

244 Vgl. *Behrendt*, RT 2021, S. 56.

245 Vgl. *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 234.

246 Vgl. *Fischer/Lotz*, Sanfter Paternalismus, S. 53 f. Siehe dazu auch *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 204: „In der Perspektive eines ‚freiheitsmaximierenden Paternalismus‘ ist ein Eingriff zumindest prima facie nicht nur erlaubt, sondern geboten, wenn ‚die Freiheitsräume des Entscheidenden in gegenwärtigen und zukünftigen Lebensphasen, in ihrer Gesamtheit betrachtet, durch diese paternalistische Freiheitsbeeinträchtigung maximiert werden.“

247 *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 207.

1. Vernünftigkeit der zukünftigen Zustimmung als Entscheidungsfreiheitspaternalismus

Bei der Rechtfertigung des Paternalismus kommt eine zukünftige Zustimmung des Handelnden in Betracht. Wenn der Handelnde im Augenblick des rechtlichen Eingriffs nicht selbst entscheidungsfähig oder nicht ausreichend informiert ist, kann der Eingriff auch mit dem Verweis auf ein zukünftiges Selbst gerechtfertigt werden²⁴⁸. Diesen Betrachtungen liegt der Gedanke zugrunde, dass durch ein selbstschädigendes oder selbstgefährdendes Verhalten ein zukünftiges Selbst, das sich von dem jetzigen Selbst unterscheiden lässt, verletzt wird und damit ein paternalistischer Eingriff gegenüber dem gegenwärtigen Selbst durch den Schutz des späteren Selbst des Handelnden und damit *quasi* durch den Schutz einer anderen Person gerechtfertigt ist. Demnach wird die zukünftige Zustimmung auch als hypothetische Zustimmung angesehen²⁴⁹.

Solange ein Argument der Selbstbestimmung insoweit konsequentialistisch bleibt, als es in Begriffen von Autonomieaggregation²⁵⁰ bzw. -maximierung denkt, kann es unvermeidlich zu einem Entscheidungsfreiheitspaternalismus führen, der fordert, dass aktuelle Entscheidungen der betroffenen Person umso leichter zu übergehen sind, je höher die Summe ihrer künftig möglichen freien Entscheidungen ist²⁵¹. D. h., eine staatliche Einmischung ist an dem zukünftigen Selbst als spezifischem Bild des „Person-Seins“ zu orientieren. So weist *Schroth* ausdrücklich darauf hin:

Paternalistische Eingriffe werden weiter damit begründet, daß Individuen nicht über ihre gesamte Lebenszeit als ein und dieselbe Person angesehen werden dürfen. Man kann dann argumentieren, daß Personen häufig ihre Einstellungen ändern und insofern nicht die gleichen seien. Ist dies richtig, – so könnte man fortfahren – muß die spätere Person

248 Vgl. *Sieckmann*, *Autonome Abwägung*, S. 69 f.

249 Vgl. *Reitter*, *Rechtspaternalismus*, S. 120 f.

250 Autonomieaggregation bedeutet, dass die Autonomie nicht mehr als Schwellenbegriff aufzufassen ist. Dies führt zu einer Art „Rationalitäts-“ oder „Autonomieperfektionismus“. Siehe dazu *Gutmann*, *Konsequentialismus*, S. 48: „Lässt man die Frage beiseite, wie sich Autonomie als Gut oder Wert im Rahmen einer konsequentialistischen Theorie überhaupt gegenüber konkurrierenden Werten oder Gütern als lexikalisch vorrangig auszeichnen lässt, und unterstellt man die Plausibilität einer ‚idealutilitaristischen‘ Lesart personaler Autonomie, so führt immer noch kein Weg zu einer konsistenten Theorie des Antipaternalismus.“

251 Vgl. *Gutmann*, *Rechtspaternalismus*, S. 204 f.

vor bestimmten Handlungen der früheren Person geschützt werden. [...] Wenn man überhaupt paternalistische Gesetzgebung für legitim erachtet, so braucht man einen abgesteckten Rahmen, in dem Paternalismus zulässig ist.²⁵²

Nach *Enderlein* kann man die Vernünftigkeit der zukünftigen Zustimmung recht plausibel so verstehen, dass der Einzelne nicht unbegrenzt die Freiheit haben soll, sein zukünftiges Wohl in späteren Phasen seines Lebens durch Handlungen zu beeinträchtigen, die er in jenen späteren Phasen seines Lebens missbilligen wird²⁵³.

2. Die vorherige Zustimmung

In den viel diskutierten Odysseusfällen²⁵⁴ zeigt sich, dass in die Freiheit der späteren Person eingegriffen wird, um sie vor einer Selbstschädigung zu bewahren, und dass der Eingriff auf der tatsächlichen Zustimmung der früheren Person beruht. Hierfür ist zunächst die terminologische Frage zu klären, ob solche Eingriffe überhaupt noch paternalistisch heißen sollen. Da die individuelle Autonomie grundsätzlich die gegenwärtige Autonomie bedeutet²⁵⁵, handelt es sich *per definitionem* um eine rechtfertigungsbedürftige, paternalistische Beschränkung, soweit in den aktuellen Willen des Betroffenen eingegriffen wird. In solchen Fällen ist zweifelhaft, ob überhaupt

252 *Schroth*, Organhandelsverbot, S. 877.

253 Vgl. *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 28 f.

254 Siehe dazu *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 118: „Das Konzept des Odysseus-Paternalismus nimmt Bezug auf Homers Odyssee, in welcher beschrieben wird, dass Odysseus seinen Gefährten aus Angst, sonst den betörenden Kräften der Sirenen zu verfallen, befiehlt, ihn vor der Begegnung mit den Sirenen am Schiffsmast festzubinden und ihn auch, wenn er dies später in Anwesenheit der Sirenen wünschen sollte, nicht wieder zu befreien. Er gibt seinen Gefährten somit auf, seinen potentiell nachfolgenden Willen auf seinen eigenen, vorangegangenen Wunsch hin zu durchkreuzen.“

255 Siehe dazu *Gutmann*, Konsequentialismus, S. 50 f.: „Der hier geforderte Respekt gründet [...] vielmehr darin, dass das Subjekt dieses Respekts bzw. der Inhaber dieses Achtungsanspruchs die je gegenwärtige Person ist. Die Rede von der intertemporalen Maximierung von Freiheitsräumen verfehlt die Bedeutung von Autonomie in ihrem primären Sinn, demzufolge eine Person durch Entscheidungen und Handlungen, mit denen sie sich hier und jetzt identifiziert, ihr künftiges Leben formt und zudem durch die Entscheidung für ein Ziel oder eine Beziehung ihre eigenen künftigen Handlungsgründe kreiert. [...] Ein gehaltvoller Begriff individueller Autonomie setzt deshalb ebenso wie das Prinzip des Respekts vor Personen voraus, je gegenwärtige Personen in ihrem Selbstbestimmungsrecht zu achten und

eine begründungsbedürftige Freiheitsbeeinträchtigung dieser späteren Person vorliegt, wenn die vorangegangene Zustimmung *per se* nicht mehr aufrechterhalten ist. Anders gesagt: Warum soll die vorherige Zustimmung mehr Gewicht haben als die spätere?

Nach *Enderlein* kommt es bezüglich der Legitimität des rechtlichen Eingriffs jedoch nicht darauf an, ob die frühere Zustimmung *per se* vorliegt oder nicht mehr:

Wenn Odysseus befiehlt, ihn festzubinden und ihn später auch dann nicht zu befreien, wenn er während des Gesangs der Sirenen gegenteilige Befehle gibt, mögen die Seeleute darin gerechtfertigt sein, ihn während des Gesangs trotz der gegenteiligen Befehle nicht loszubinden. Der Grund dafür liegt aber nicht schon darin, daß die vorherige Zustimmung als solche bereits die Fesselung gegen den späteren Willen des Odysseus rechtfertigte. Vielmehr kommen im Falle des Odysseus schwach paternalistische Rechtfertigungsgründe hinzu.²⁵⁶

Folglich befindet sich der wesentliche Grund des rechtlichen Eingriffs nicht in der angeblichen vorherigen Zustimmung, sondern darin, dass die spätere Person die Selbstentscheidungsfähigkeit nicht oder nur teilweise besitzt. Mit anderen Worten orientiert sich dieser Eingriff auch noch an der oben dargestellten Autonomiemaximierung aus utilitaristischer Perspektive. So handelt es sich hier um einen Fall weich-paternalistischen Selbstschutzes bzw. des Entscheidungsfreiheitspaternalismus, der sich nicht mit dem Sinn eines subjektiven Rechts auf Entscheidungsfreiheit vereinbaren lässt²⁵⁷.

sie nicht zu instrumentalisieren – auch nicht zugunsten ihrer (ohnehin weitgehend nur probabilistisch zu erfassenden) zukünftigen Lebensphasen [Hervorh. d. Verf.]“

256 *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 30.

257 Siehe dazu ebenda, S. 30: „Schon wichtiger ist das folgende Argument, das für die Unbeachtlichkeit der späteren Willensänderung und für die rechtfertigende Kraft der früheren Zustimmung angeführt wird: Das Selbstbestimmungsrecht werde empfindlich beschränkt, wenn der Einzelne nicht auch darüber entscheiden könne, welche Vorteile und Freiheiten er in zukünftigen Lebensphasen habe.“

D. Paternalismus, Autonomie und Menschenwürde

Konzepte wie Autonomie oder Menschenwürde beziehen sich auf das Naturrecht²⁵⁸ und die der Gesetzgebung entsprechenden Vorstellungen in der positiven Rechtswissenschaft²⁵⁹. In der modernen Naturrechtsdiskussion spielt die Vorstellung eine große Rolle, dass das Naturrecht dem abweichenden positiven Recht vorgeht²⁶⁰. Für die Naturrechtsrenaissance in den ersten Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg war diese Vorstellung geradezu essenziell. Das Naturrecht wird in Urteilen deswegen auch nicht etwa nur beiläufig erwähnt oder zur Verstärkung einer auf positives Recht gestützten Begründung verwendet, sondern ist eine nicht hinwegzudenkende Entscheidungsgrundlage. In den Jahren nach 1945 wurde eine ganze Reihe von Entscheidungen veröffentlicht, in deren Begründungen das Naturrecht eine Rolle spielt²⁶¹.

Die Rechtsprechung hat Normen des Verfassungsrechts (einer Landesverfassung und später des Grundgesetzes) als naturrechtlich und daher unabhängig von ihrer Positivierung durch die Verfassung gültig angese-

258 Siehe dazu *Detjen*, Pluralismus und Naturrecht, S. 45: „Thomas von Aquin führte folgende Neigungen auf: Selbsterhaltung, Zusammenleben mit anderen Menschen, geschlechtliche Gemeinschaft und Streben nach rationaler Erkenntnis, was die Erkenntnis Gottes einschließt [Hervorh. d. Verf.]. Die diesen Neigungen entsprechenden und die Vollendung des Menschen anzeigenden Güter werden von der Vernunft auf natürliche Weise als gut und folglich als zu verwirklichen erfasst. Das natürliche Gesetz ist somit auf doppelte Weise natürlich: Natürlich ist zum einen der Inhalt: Denn dieser entspricht der menschlichen Natur [Hervorh. d. Verf.]. Natürlich ist zum anderen der Erkenntnismodus: Jeder weiß von Natur und nicht erst durch fremde Belehrung oder staatliche Rechtsnormen um die elementaren Erhaltungs- und Entfaltungsbedingungen seiner Existenz als Mensch. Jedem liegt daran, sein Leben zu bewahren, mit anderen in Gemeinschaft zu leben, eine Familie zu gründen und Nachkommen zu zeugen sowie die Wahrheit zu erkennen [Hervorh. d. Verf.]. Und jeder weiß ohne Belehrung, dass die anderen Menschen ebenfalls die erwähnten Neigungen haben.“

259 Siehe dazu *Schröder*, Naturrecht, S. 429: „Für den positiven Juristen genügt also die Feststellung, daß ein Gesetz gegeben ist. Ob es gerecht und vernünftig ist, entscheidet die Politik, die unter anderem aus dem Naturrecht fließt.“

260 Siehe dazu *Ellscheid*, Strukturen naturrechtlichen Denkens, S. 147: „Im genauen Gegenzug zur Doktrin des Gesetzespositivismus, wonach dem Staat die Verfügung über das Recht zusteht, wird Naturrecht als das verstanden, was die Manipulierbarkeit von Recht durch Gesetzgebung durchkreuzt, sei es als Maßstab der Kritik am positiven Recht, sei es – weitergehend – als die Verneinung der Geltung positiver rechtlicher Normen.“

261 Vgl. *Otte*, Naturrechtsrechtsprechung, S. 189 ff.

hen und daraus ein Rangverhältnis zu anderen (Verfassungs-)Normen oder eine Geltung schon vor Inkrafttreten der Verfassung gefolgt.²⁶²

Dies bedeutet die Wiedereingliederung Deutschlands in die nordatlantisch-westeuropäische Verfassungstradition²⁶³. Mit dem Satz „Die Würde des Menschen ist unantastbar“ (Art. 1 I 1 GG) fügte der Parlamentarische Rat dieser Tradition das neue Element hinzu, dass die Menschenwürde „oberster Wert“ und „tragendes Konstitutionsprinzip“ des Grundgesetzes sei²⁶⁴.

I. Menschenwürde aus rechtlicher Perspektive

Als umfassender Begriff stellt Menschenwürde auf viele Bereiche ab, wie z. B. Philosophie, Jurisprudenz, Theologie, Gesellschaftswissenschaft, Pädagogik und Psychologie. Dabei sieht man sich mit dem überraschenden Umstand konfrontiert, dass Menschenwürde sowohl als fundamentale normative Kategorie als auch als bloß deklamatorische Leerformel formuliert wird.

Zugleich ist nicht zu leugnen, dass es begrifflich riesige Unterschiede zwischen den Disziplinen gibt. Verfolgt man beispielsweise eine rechtspositivistische Position, nach der Ethik und Recht nicht nur zu unterscheiden, sondern vielmehr kategorial zu trennen sind, so muss die Begründung von Menschenwürde als Rechtsbegriff eine gänzlich andere Form annehmen als vor dem Hintergrund der Annahme einer ständig bestehenden Verbindung beider Kategorien.

262 Ebenda, S. 192.

263 Siehe dazu *Gkoutis*, Paternalismus, S. 157–161: „Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland aus dem Jahr 1949 stellt das Ergebnis eines längeren, oft mit Hindernissen und Rückschritten verbundenen Entwicklungsprozesses dar, dessen Ausgangspunkt im Anliegen der Aufklärungsbewegung des ausgehenden achtzehnten Jahrhunderts nach der positivrechtlichen Statuierung des Respekts vor dem Menschen und seinen Belangen zu lokalisieren ist. [...] Die Ereignisse dieses Zeitraums haben in aller Deutlichkeit die Gefährlichkeit des Einschleichens von autoritären Tendenzen in die staatlichen Zielsetzungen gezeigt. Die bitteren Erfahrungen des Krieges mahnten das deutsche Volk unmittelbar zu einer Neugestaltung des Gemeinwesens, das nunmehr auf den Prinzipien der Gerechtigkeit und des Respekts für den Eigenwert der Person beruhen sollte. Dieser Entschluss zur individuumszentrierten und liberalen Einrichtung des Staates spiegelte sich auch im Bericht des Ausschusses von Sachverständigen wider, welcher im August 1948 auf der Insel Herrenchiemsee den Entwurf eines Grundgesetzes für den westlichen Teil Deutschlands ausgearbeitet hat.“

264 Vgl. *Dreier*, Menschenwürde, S. 33.

In der Psychologie bezieht sich die Menschenwürde auf eine unabhängige Persönlichkeit, in der es eine Grundvoraussetzung für die Existenz der Unabhängigkeit gibt, nämlich Selbstwirksamkeit²⁶⁵. Diese beschreibt den Zustand, in dem sich ein Mensch als unabhängiges Individuum befindet, wenn er Erfolg damit hat, was er sich selbst vorgenommen hat. Mit anderen Worten kann eine unabhängige Person selbst ihre eigenen Ziele setzen oder ändern und schließlich auch selbst realisieren. Diese Selbstwirksamkeit stellt also die individuelle Autonomie als Rechtsbegriff dar. Anders gesagt: Die Autonomie in diesem Sinne ist begrifflich ein Grundbestandteil der Menschenwürde.

Die Grundlage des modernen Menschenwürdeverständnisses wurde im 15. Jahrhundert geschaffen, als *Pico della Mirandola*²⁶⁶ und *Manetti*²⁶⁷ die

265 Vgl. Langbehn, Psychologie, S. 42 f.

266 Siehe dazu *Pico della Mirandola*, Würde, S. 14 f.: „Daher stamme auch das Sprichwort der Chaldäer: ‚Der Mensch ist ein Wesen von abwechslungsreicher, vielfältiger und sprunghafter Natur.‘ Aber warum dies? Damit wir einsehen, nachdem wir nun einmal unter solchen Bedingungen geboren sind, daß wir das sind, was wir sein wollen. Am meisten müssen wir [sic] darum sorgen, daß es nicht von uns heißt, während wir äußerlich noch geehrt waren, hätten wir nicht erkannt, daß wir dem Vieh und den unvernünftigen Tieren ähnlich geworden sind [Hervorh. d. Verf.]. Sondern von uns soll vielmehr das Wort des Propheten Asaph gelten: ‚Ihr alle seid Götter und Söhne des Allerhöchsten.‘ Mögen wir daher nicht die huldvolle Güte unseres Vaters mißbrauchen, durch die er uns jene freie Wahl gab [Hervorh. d. Verf.], und mögen wir uns nicht aus unserm Heil selbst Schaden zufügen. In die Seele muß ein heiliger Ehrgeiz eindringen, so daß wir, mit dem Mittelmäßigen nicht zufrieden, dem Höchsten nachjagen und mit allen Kräften uns um jenes bemühen [Hervorh. d. Verf.]. Denn das können wir, wenn wir nur wollen. Das Irdische müssen wir verschmähen und auch die Sphären des nur Himmlischen verachten [Hervorh. d. Verf.], und nachdem wir alles, was noch von dieser Welt ist, hinter uns gelassen haben, wollen wir jenem außerweltlichen Palaste zueilen, welcher der erhabenen Gottheit am nächsten ist.“

267 Siehe dazu *Manetti*, Würde, S. 9 f.: „Die Quellen für die Vorstellung, daß dem Menschen eine besondere Würde eignet, liegen sowohl in der Bibel als auch in der heidnischen und christlichen Antike [Hervorh. d. Verf.], d. h. in der Patristik. [...] Trotz offensichtlicher Beziehungen zu antiken Vorstellungen liegt der Schwerpunkt im Menschenbild der Patristik begrifflicherweise im biblisch-christlichen Begriff der ‚dignitas hominis.‘ Sein Fundament ist die Inkarnation Christi [Hervorh. d. Verf.], kraft dessen Opfertod – wie Gregor von Nyssa und Nemesios von Emesa ausführen – die durch den Sündenfall lädierte ursprüngliche Wesenswürde wiederhergestellt wird; ein Vorgang, den die Konsekration in der Messe nachvollzieht entsprechend den Worten des begleitenden Gebetes: ‚Deus qui humanae substantiae dignitatem mirabiliter condidisti et mirabilis reformasti‘, d. h. die Menschenwürde ist mit der Heilsgeschichte verknüpft, da sie durch die Menschwerdung Christi erneuert worden ist [Hervorh. d. Verf.].“

dignitas hominis ausschließlich aus der Vernunftbegabung des Menschen (*anima rationalis*) ableiteten; diesen Leitgedanken führte anschließend Samuel von Pufendorf im deutschen Raum während der Aufklärung fort, bis schließlich das Werk *Immanuel Kants* dem Würdebegriff seine heutige Aussagekraft im Sinne der oben bereits erklärten Zweckformel²⁶⁸ verlieh. Diese Formel, welche von der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur zum Zweck der Festlegung von Würdeverletzungshandlungen konsequent benutzt wurde, führt trotz ihres zugegebenermaßen vagen Charakters einen dringend benötigten Maßstab für die nähere Präzisierung des Wesensgehalts der Würde des Individuums ein und stellt damit einen Ansatz dar, welcher allen künftigen Auslegungsanstrengungen einen konkreten und fassbaren Bezugspunkt liefert²⁶⁹.

Wie Kant teilt Mill außer der Autonomie noch gewisse ethische Pflichten der praktischen Vernunft als Elemente der Menschenwürde:

Ich behaupte: diese Interessen rechtfertigen die Unterwerfung der individuellen Selbstbestimmung unter äußere Kontrolle nur für solche Handlungen, die das Interesse Anderer betreffen [Hervorh. d. Verf.]. Wenn jemand Andern Schaden zufügt, so liegt ein deutlicher Anlaß vor, ihn zu bestrafen, entweder durch das Gesetz, [sic] oder, wo gesetzliche Strafen nicht angewendet werden können, durch allgemeine Mißbilligung. Es gibt auch viele positive Handlungen zum Besten Anderer, zu denen jemand mit Fug und Recht angehalten werden kann [Hervorh. d. Verf.], daß man z. B. Zeugnis vor einem Gerichtshof ablege, [sic] oder daß man seinen gebührenden Anteil leiste an der Landesverteidigung oder an anderen Werten im Interesse des Gemeinwesens, unter dessen Schutz wir stehen. Man ist aber auch zu bestimmten Akten persönlichen Wohllollens verpflichtet, z. B. das Leben eines Andern zu retten oder den Schutzlosen gegen üble Behandlung zu schützen. In all den Fällen, wo es deutlich die Pflicht eines Menschen ist, Bestimmtes zu leisten, kann

268 Siehe dazu Zucca-Soest, Menschenwürde, S.105: „Die meisten Erläuterungen dieses Würdebegriffs lassen sich unter dem Titel der ‚Selbstzweckformel‘ oder des ‚Persönlichkeitsprinzips‘ finden. Immer wieder werden die eine oder die andere von Kants Formulierungen der Handlungsmaximen zitiert: ‚Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.‘ Hieraus wird das sogenannte Instrumentalisierungsverbot abgeleitet, nachdem der Mensch nicht zum bloßen Mittel herabgesetzt werden darf; er darf nicht nur Objekt sein.“

269 Vgl. Gkoutis, Paternalismus, S. 162–166.

er bei Unterlassung mit Recht von der Gesellschaft zur Verantwortung gezogen werden [Hervorh. d. Verf.]. So kann jemand Andern Übles erweisen nicht nur durch sein Tun, sondern auch durch sein Unterlassen, stets aber ist er für den Schaden verantwortlich. Im letzten Fall freilich muß man den Zweck viel vorsichtiger erwägen, als im ersten. Die Regel ist, daß man jemand verantwortlich macht für den Schaden, den er Andern zugefügt hat [Hervorh. d. Verf.]; dagegen ist es die Ausnahme, wenn man ihn für das, was er nicht verhindert hat, zur Rechenschaft zieht.²⁷⁰

Mit anderen Worten ist die Autonomie zwar als ein konstitutiver Bestandteil bzw. „Kern“ der menschlichen Würde qualifiziert und man kann dadurch die fundamentale Bedeutung bekunden, dass die Freiheit zur Bestimmung des eigenen Daseins zusammen mit dem Würdebegriff zu den Grundlagen des modernen Staates zu zählen ist, aber man muss sich auch mit der Spannung zwischen Individuum und Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit befassen²⁷¹, was bedeutet, dass auch die individuelle Verpflichtung bezüglich der Interessen der anderen oder der Allgemeinheit in Betracht kommen soll, so dass eine Verabsolutierung der individuellen Autonomie zu verhindern

270 Mill, Freiheit, S. 41.

271 Siehe dazu Brugger, JZ 1991, S. 895 f.: „Die Qualität des Menschen, sich selbst Zwecke setzen zu können, weist ihn und nur ihn als Selbstzweck aus. Der Mensch als Person (oder die Menschheit in einem jeden Menschen) darf nach Kant nie nur als Sache betrachtet werden, über die willkürlich, nach Belieben zu verfügen ist. Ebenso wenig darf der Mensch sich selbst als Sache behandeln und diese Menschheitsqualität der eigenen Zwecksetzung und Maximenreflexion aufgeben. Die Würde des Menschen besteht mit anderen Worten darin, daß der Mensch aufgrund seiner Vernunft das Recht und die moralische Pflicht hat, nach eigenen Zwecken und nicht schlechterdings nach dem Zwecke anderer zu handeln. Diese Grenze hat eine jede Rechtsordnung zu beachten [Hervorh. d. Verf.]. Zwischen den Grenzfällen totaler Selbstbestimmung (quasi dem Menschen als Souverän über sich selbst und alle anderen) und absoluter Fremdbestimmung liegt natürlich ein weites Feld an komplexen Abhängigkeiten und Unabhängigkeiten vielgestaltiger Art, je nach der Art des Sozialgebildes, die durch das positive Recht näher auszuformen und – zum Beispiel im Fall des Grundrechtsverzichts – auch zu begrenzen sind. Ausgeschlossen ist aber durch die Freiheits- und Gleichheitsidee eine vorgängige Asymmetrie von Berechtigungs- oder Verpflichtungsmöglichkeiten, wie sie etwa noch im feudalistischen Staat bestand.“

ist²⁷², was auch mit der individuumszentrierten und liberalen Orientierung des Grundgesetzes im völligen Einklang steht²⁷³.

Demzufolge versteht man unter der Menschenwürde eine Persönlichkeit mit dem Attribut „autonom“, die zugleich unmittelbar an die heteronome Verpflichtung der praktischen Vernunft im Sinne der Sozialgebundenheit angeknüpft wird, was auch durch die Regelung des zweiten Halbsatzes des Art. 2 I GG über die Einschränkungen der Freiheit zur autonomen Gestaltung des eigenen Lebens betont wird: Diese heteronome bzw. rechtliche Verpflichtung ist dann für zulässig erklärt, wenn die verfassungsmäßige Ordnung, die Rechte anderer oder das Sittengesetz durch das individuelle Verhalten verletzt werden.

II. Legitimität der paternalistischen Einschränkung der Autonomie

1. Autonomie als Schwellenbegriff²⁷⁴

Nach *Mayr* ist die Autonomie des Individuums im Wesentlichen Authentizität und Individualität der Person als Gegenstück zur zwanghaften Uniformität, was die Tatsache beinhaltet, dass das autonome Individuum selbst seine eigenen Entscheidungen trifft und diese ihm nicht von einer anderen Person abgenommen werden können, ohne dass dadurch seine Autonomie eingeschränkt würde. Weil die autonome Entscheidung stets einen authentischen Ausdruck der Person darstellt und keine fremde Entscheidung

272 Siehe dazu *Zucca-Soest*, Menschenwürde, S. 123: „Menschenwürde wird also als Würde des intersubjektiven sprachlichen Zusammenhangs gesehen. Dieser Würdebegriff gründet auf der Form der Verständigung, die das Menschsein als kommunikatives Handeln ermöglicht [Hervorh. d. Verf.], so dass Personen in ihren Ja-Nein-Stellungnahmen schließlich gute von schlechten Gründen zu unterscheiden haben. Dadurch speist sich Würde aus der im Augenblick des Konsenses permanent neu konstituierten Sittlichkeit der im Sprachzusammenhang aufeinander bezogenen Personen [Hervorh. d. Verf.]“

273 Vgl. *Gkountis*, Paternalismus, S. 167 f.

274 Hier wird betont, dass Autonomie nicht für die von *Kant* formulierte „Selbstzweckformel“ als Persönlichkeitsprinzip, sondern nur für die subjektive Fähigkeit der Selbstbestimmung als Tatsache gehalten wird. Siehe dazu *Gutwald*, Perfektionismus, S. 77: „Er [Mill] bezeichnet personale Autonomie als eine Fähigkeit, die Individuen besitzen können, indem sie ihr Leben selbst bestimmen. Damit ist also nicht der Kant'sche Autonomiebegriff gemeint, der als Begründungsprinzip der Moral dient, sondern als menschliche Fähigkeit definiert ist, die sich in einer bestimmten Handlung ausdrückt.“

anderer trivialerweise diese Rolle spielen könnte, kommt es gar nicht darauf an, ob eine andere Person die Entscheidung inhaltlich besser treffen könnte. Deswegen wird dieses Charakteristikum genuiner autonomer Entscheidungen, Ausdruck der Person in ihrer individuellen Besonderheit zu sein und damit nur von ihr selbst getroffen werden zu können, bezeichnet als „Nicht-Austauschbarkeit“²⁷⁵. Daher wird die Autonomie als menschliche Fähigkeit definiert, mit der eine Person selbst eine Entscheidung treffen, ihr Leben bestimmen und ihre Lebenspläne gestalten kann. *Gutwald* betont:

Autonomie ist damit auch im Wesentlichen ein prozeduraler Begriff: Die Inhalte der selbst bestimmten Lebenspläne sind nicht relevant dafür, ob jemand als autonom bezeichnet wird. Der Begriff der Autonomie wird im liberalen System sowie in den meisten Bereichen der angewandten Ethik grundsätzlich so verstanden. Der Vorteil dieser Begriffsauffassung ist, dass sie dem Inhalt der Lebenspläne gegenüber neutral ist, [sic] und damit nicht substantielle Ziele von Menschen von vornherein ausschließt, sondern – ganz im liberalen Sinn – die eigenen Entscheidungen des Menschen als selbst bestimmt akzeptiert, egal welchen Inhalts sie sind.²⁷⁶

Anders gesagt: Die Autonomie in diesem Sinne besteht zumindest in einer minimalen Form von Rationalität, nämlich darin, gewisses kognitives und mentales Vermögen zu umfassen, um Informationen zu verstehen, Präferenzen zu bilden, reflektiert zu entscheiden, logische Kalküle richtig auszuführen und schließlich Entscheidungen durchzuführen. Hierfür wird Autonomie folglich nur als Schwellenkonzept verstanden. Als Fähigkeit ist Autonomie eine unbedingte Voraussetzung dafür, individuelle unabhängige Entscheidungen zu treffen, so dass diese Entscheidungen von Dritten und auch vom Staat respektiert werden können.

2. Rechtspaternalismus aus der Perspektive des Liberalismus

Wenn die Person im Einzelfall eine eigene Entscheidung trifft, wird sie häufig von fremden Informationen anderer in der Gemeinschaft beeinflusst. Mit anderen Worten hängt die persönliche Selbstbestimmung unter diesen Umständen von den Beziehungen zu anderen Menschen in der individua-

275 Vgl. *Mayr*, Paternalismus, S. 57.

276 *Gutwald*, Perfektionismus, S. 77 f.

listischen Gesellschaft ab. Umgekehrt kann die Entscheidung einer Person auch einen Einfluss auf die äußere Welt nehmen. Beispielsweise lässt sich nicht bezweifeln, dass Kannibalismus in der Allgemeinheit eine heftige Reaktion, vornehmlich Unsicherheit oder entsprechende emotionale Störungen, auslösen kann. Deswegen versuchen wir, eine rechtspaternalistische Möglichkeit zu finden, heteronome Pflichten sowohl für die Sicherheit und Erhaltung der Menschenwürde als auch für die Wahrung des öffentlichen Friedens moderat einzusetzen. Zwar ist damit eine bestimmte Begründungsstruktur für paternalistische Erwägungen stärker gemeinschaftlich als individualistisch orientiert, aber es ist trotzdem nicht zu leugnen, dass diese Begründungsstruktur noch liberalen Wertvorstellungen verpflichtet bleibt. Es kommt nämlich darauf an, in welchem Umfang der Paternalismus z. B. mit strafrechtlichen Sanktionen angemessen durchgesetzt werden sollte. Anders gesagt: Liberalismus bedeutet nicht die Verabsolutierung der individuellen Freiheit, insbesondere des Selbstbestimmungsrechts, sondern betont, wie jede persönliche Entscheidung von den Mitgliedern unserer pluralistischen Gesellschaft untereinander beachtet, anerkannt und nicht verletzt werden soll. Demnach stellt der liberale Paternalismus auf eine soziale bzw. staatliche Verpflichtung ab, ein Verhalten, das den Betroffenen selbst stark entwürdigt, zu unterbinden, um die Bedeutung des Schutzes der Menschenwürde zu intensivieren.

Auch der Gesetzgeber im liberalen Staat erwägt häufig individuelle Interessen einerseits und allgemeine soziale Bedürfnisse andererseits, wie *Kleinig* zeigt:

Hält man sich die soziale Realität von Gesetzgebung vor Augen, ist es einfach schwer vorstellbar, dass bei dem Versuch, ein Gesetz welchen Inhaltes auch immer zu rechtfertigen, nicht zumindest auch auf irgendeinen sozialen Vorteil oder Gemeinschaftswert hingewiesen würde, der mit dem Gesetz angeblich erreicht oder geschützt wird. Wenn ein Gesetz wirklich ausschließlich den Zweck verfolgen würde, bestimmte individuelle Interessen der davon betroffenen Personen zu schützen, ohne dass damit gleichzeitig auch einem allgemeinen sozialen Bedürfnis gedient würde, wäre es schon deshalb mehr als fraglich, ob sich der Staat mit dieser Regelungsmaterie überhaupt befassen darf [Hervorh. d. Verf.]. Das harm principle ist nicht zuletzt deshalb so attraktiv, weil es ein für liberale Denker klar identifizierbares soziales Ziel verfolgt: eine soziale Ordnung aufrechtzuerhalten, in der die Menschen ihr Leben sicher und frei von Übergriffen Dritter gestalten können. [...] Gesetze brauchen

und haben normalerweise auch einen allgemeinen sozialen Nutzen, und dies gilt auch für Gesetze, die gemeinhin als paternalistisch eingestuft werden [Hervorh. d. Verf.]. [...] [U]nd es ist plausibel anzunehmen, dass insgesamt als legitim zu beurteilende Gesetze sich [...] nur zum Teil auf paternalistische Erwägungen stützen. Wir bezeichnen solche Gesetze deshalb als paternalistisch, weil sie ohne Bezugnahme auf diese paternalistischen Gründe weder angemessen verstanden noch gerechtfertigt werden können [Hervorh. d. Verf.].²⁷⁷

Demnach beruht die gerechtfertigte paternalistische Intervention der individuellen Autonomie logisch unbedingt auf Liberalismus, nämlich auf der Wahrung der Menschenwürde als grundlegender Aufgabe der liberal-demokratischen Rechtsordnung, die im Grundgesetz an der Spitze des Grundrechtskatalogs steht.

Wie oben bereits dargestellt, bedeutet Menschenwürde auf der liberalen Ebene nicht nur die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts bzw. der Autonomie²⁷⁸, sondern betont auch die wechselseitigen Achtungs- und Anerkennungspflichten zwischen Menschen als vernünftigen sozialen Wesen. *Kant* erklärt: „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“²⁷⁹ Willkür umfasst demnach die Vorstellung von der eigenen Handlungsfreiheit in den äußeren Beziehungen. Sie bedeutet zum einen eine rechtliche Sicherung persönlicher Freiheiten und zum anderen auf der Seite der inneren Willensmaximen ein Achtungsbewusstsein – Achtung der eigenen Person

277 *Kleinig*, Menschenwürde, S. 149.

278 In diesem Beitrag bezieht sich Autonomie inhaltlich auf zwei Aspekte: das Persönlichkeitsprinzip nach *Kant* und die Entscheidungsfähigkeit als Schwellenkonzept nach *Mill*. Siehe dazu *Zucca-Soest*, Menschenwürde, S. 106: „In diesem Sinn ist die ‚Idee der Würde eines vernünftigen Wesens, das keinem Gesetze gehorcht, als dem, das es zugleich selbst gibt‘ als Ausdruck der Autonomie zu verstehen, der Autonomie und dem Vermögen, sich selbst überhaupt Zwecke zu setzen [Hervorh. d. Verf.]. So wird die Autonomie der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur. Hieran also macht *Kant* die ‚Würde der Menschheit‘ fest. Sie bestehe ‚eben in dieser Fähigkeit, allgemein gesetzgebend, obgleich mit dem Beding, eben dieser Gesetzgebung zugleich selbst unterworfen zu sein.‘ So ist Moralität die Bedingung, unter der allein ein vernünftiges Wesen Zweck an sich selbst sein kann; weil nur durch sie es möglich ist, ein gesetzgebendes Glied im Reich der Zwecke zu sein.“

279 *Kant*, Rechtslehre, S. 38.

und aller anderen Personen²⁸⁰. Diesbezüglich ist es legitim und vernunftnotwendig, dass sich die rechtliche Verpflichtung dementsprechend zur Kompatibilisierung der Freiheitssphären der Individuen einsetzen lässt²⁸¹. Das heißt nach *Zucca-Soest* „Anerkennungspflicht“: Die intersubjektiven Rechtsverhältnisse beschreiben eine Art von Anerkennungsverhältnissen in einer bestimmten Situation, in der die Selbstbestimmungen zwischen gleichen Einzelpersonen wechselseitig beachtet und auch insofern auf interpersonaler Ebene eingeschränkt werden müssen:

Dabei wird sich der Aufgeforderte durch die Einräumung und somit Zuweisung eines freiheitlichen Handlungsspielraumes seiner eigenen Freiheit bewusst und dazu angehalten, in freiheitlicher Selbstbestimmung nun wiederum die Freiheit des Auffordernden anzuerkennen. Die zunächst einseitig gesetzte Aufforderung wird, sofern sie den Aufgeforderten nun seinerseits zum Freiheitshandeln bestimmt, zur wechselseitigen Anerkennung.²⁸²

Anders formuliert: Diese wechselseitigen Anerkennungspflichten können die Verwirklichung der Rechte und Freiheiten der Bürger garantieren. Zudem lässt sich durch die Erfüllung dieser Anerkennungspflichten die Menschenwürde moralisch wie auch rechtlich bewahren. Es ist zu betonen, dass sich der basale Konsens bzw. die minimal notwendigen Handlungsmaßstäbe in der vereinigten Anerkennung aller während der allmählichen Entwicklung der Gesellschaft findet.

Gleichzeitig wird Recht zum Ergebnis von Anerkennungsverhältnissen. Denn um eine Gemeinschaft freier Wesen überhaupt zu ermöglichen, ist [...] die Festlegung von Recht notwendig. Insofern hat das Recht zunächst die Aufgabe, die gemeinsame Existenz freier Wesen zu sichern und so die Erziehung zur Sittlichkeit zu ermöglichen.²⁸³

Nach dem gesellschaftlichen basalen Konsens werden die Individuen umgekehrt weiter zur Erfüllung der Anerkennungspflichten aufgefordert, um vor der Störung des öffentlichen Friedens zu schützen, was logischerweise dazu führt, dass in das individuelle Selbstbestimmungsrecht unerlässlich paternalistisch eingegriffen werden muss, damit zum einen die Selbsterhal-

280 Vgl. *Irrlitz*, Kant-Handbuch, S. 461.

281 Vgl. *Mohr*, Person, S. 30 f.

282 *Zucca-Soest*, Menschenwürde, S. 107.

283 *Ebenda*, S. 107 f.

tungsinteressen der Betroffenen dadurch zu bewahren sind, dass wir sie davon abhalten, sich selbst zu verletzen oder Dritten die Zufügung solcher Verletzungen zu erlauben, insbesondere sich selbst zu erniedrigen; und zum anderen gleichzeitig auch ein bestimmtes soziales Umfeld oder Klima zu erhalten ist, wie oben bereits dargestellt, z. B. einschließlich der allgemeinen Gemeinschaftsgefühle und kulturellen Traditionen sowie der liberalen Werte unserer modernen Gesellschaft²⁸⁴. Indem solche rechtspaternalistischen Maßnahmen Personen deshalb davon abhalten wollen, sich selbst zu entwürdigen, geht es bei ihnen zumindest um das individuelle Wohl dieser Personen, das durch ihr selbsterniedrigendes Verhalten beeinträchtigt würde; die Menschenwürde und der sich am sozialen, verantwortlichen Liberalismus orientierende öffentliche Grundkonsens werden gleichzeitig dadurch anerkannt²⁸⁵.

Die äußere Welt nimmt einen kontinuierlichen Einfluss auf unser persönliches Wachstum, so dass verschiedene soziale Umfelder unterschiedliche potenzielle Auswirkungen auf die Entwicklung und Verbreitung liberaler Individualität ausüben. Hieran ist weiter fraglich, wie die Beziehung zwischen Autonomie und liberalem Wesen aussieht.

Zunächst muss die persönliche Autonomie nicht nur von der Herausbildung rationaler oder analytischer Fähigkeiten, sondern auch von der Entwicklung des Empfindungs- und Urteilsvermögens abhängen. Dies bezieht sich auch auf die Fähigkeit und die Bereitschaft, eine gute Wahl zu treffen. Man muss die oben genannten Fähigkeiten, auf denen eine Selbstentscheidung beruht, bestmöglich entwickeln, so dass man gegen systematische Dummheit, Selbstbetrug und andere pathologischen Schwächen gewappnet ist. Demzufolge ist Autonomie nur eine grundlegende substanzielle Voraussetzung und subjektive Grundgarantie, die Menschenwürde bzw. die liberalen Werte zu bewahren.

284 Vgl. *Brugger*, Menschenbild der Menschenrechte, S. 121 f.

285 Siehe dazu *Kleinig*, Menschenwürde, S. 151: „Ein wichtiger Gesichtspunkt [...] betrifft den Begriff der Verantwortlichkeit. Obwohl ich davon ausgehe, dass Personen, die ihrem eigenen Wohlergehen abträgliche Entscheidungen treffen, als für diese Entscheidungen verantwortlich behandelt werden sollten, ist Verantwortlichkeit kein absolutes Konzept, sondern eines, das verschiedene Grade von Verantwortlichkeit zulässt. Einer der Faktoren, die den Gesetzgeber beeinflussen könnten, ist die Erkenntnis, dass viele unserer Entscheidungen, obwohl sie die Schwelle für die Zuschreibung von Eigenverantwortlichkeit überschreiten, nichtsdestotrotz auf verschiedenste Arten kompromittiert sind und deshalb nicht als vollkommen frei und bewusst angesehen werden können.“

Zweitens ist unbedingt einzuräumen, dass wir nicht genuin als liberale Individuen auf die Welt kommen, sondern dass wir uns meistens im Laufe unseres Lebens zu liberalen Individuen entwickeln, wenn wir in einer liberalen Umgebung aufwachsen können, die einer solchen Entwicklung förderlich ist. Im Vergleich dazu stellt Autonomie als Schwellenkonzept eine menschliche Fähigkeit dar, mit der eine Person selbst eine Entscheidung treffen, ihr Leben bestimmen und auch ihre Lebenspläne gestalten kann, wobei es nicht darauf ankommt, ob sie sich in einer liberalen Welt entwickelt²⁸⁶. Außer der Beachtung und Anerkennung der individuellen Selbstbestimmung betont der Liberalismus noch die notwendige Förderung des sozialen Verantwortungsbewusstseins und eine entsprechende Einhaltung der sozialen Grundpflichten auf ethischer und rechtlicher Ebene; wie *Kleinig* zeigt, gehört eine gehörige Portion individueller Selbstbestimmung zur liberalen Individualität, liberale Individualität erschöpft sich aber nicht in dieser Selbstbestimmung bzw. Autonomie²⁸⁷, was bedeutet, dass die notwendigen rechtspaternalistischen Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht aufgrund der Aufforderung des Liberalismus für die soziale Selbsterhaltung und Weiterentwicklung wirklich gerecht sind und dass sich dadurch auch die liberalen Werte individuell und kollektiv fördern oder stärken lassen. Beispielsweise ist die Regierung befugt, nötigenfalls die Bürger mit Zwang zur Erfüllung der Pflichten zur Verwendung einer Mund-Nasen-Bedeckung aufzufordern, um unsere Gesellschaft gegen die schnelle Ausbreitung des Coronavirus zu schützen²⁸⁸. *Kleinig* betont weiter:

286 Natürlicherweise wird hier nicht direkt auf die politischen Fragen, sondern nur auf die soziale Rechtsordnung abgestellt. Siehe dazu ebenda, S. 152: „Ich werde hier ohne weitere Begründung annehmen, dass man von einem liberalen Standpunkt aus Gesellschaftsformen befürworten und unterstützen sollte, in denen liberale Individualität sowohl gefördert wird als auch stark verbreitet ist, und eine Auseinandersetzung mit den großen Fragen der politischen Philosophie, die diese Position aufwirft, vermeiden.“

287 Vgl. ebenda, S. 152 f.

288 Diese Verwendung gilt als wesentlich bei der Vorbeugung von Schäden an Körper oder Gesundheit. Von der empirischen Forschung konnte mit detaillierten Datenanalysen jedoch bisher kein strikter statistischer Zusammenhang zwischen dem Tragen von Masken und der effektiven Unterdrückung der Virusausbreitung nachgewiesen werden. Trotz der vagen und abstrakten Bezugnahme auf die Gemeinwohlinteressen, z. B. die bloße Erhaltung der inneren und äußeren Sicherheit, wird diese rechtliche Einmischung noch zwingend in der Realität durchgeführt. Siehe dazu die entsprechenden Angaben auf der Seite des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte: <https://www.bfarm.de/SharedDocs/Risikoinformationen/Medizinprodukte/DE/schutzmasken.html>, abgerufen am 18.11.2021.

Unser Verhalten sollte unserer menschlichen Natur würdig sein. Unsere menschliche Würde kann sowohl durch unser eigenes Verhalten als auch durch die Einflussnahme anderer untergraben werden mit der Konsequenz, dass unser Leben, sowohl in der Wahrnehmung durch andere als auch in unserer eigenen Wahrnehmung, menschenunwürdig werden kann. Obwohl zwischen diesen zwei Auffassungen von Menschenwürde differenziert werden kann, denke ich nicht, dass man eine von der anderen abspalten kann.²⁸⁹

Mit anderen Worten bedeutet die Verabsolutierung der Autonomie nicht zugleich die Umsetzung des Liberalismus oder die Verhinderung der Erniedrigung der Menschenwürde. Vielmehr benötigen wir hierfür notfalls noch den Rechtspaternalismus. Umgekehrt ist die liberale Konzeption von Menschenwürde auch für die Rechtfertigung der paternalistischen Maßnahmen (möglicherweise sogar paternalistischer Strafvorschriften) von Bedeutung.

Die Anerkennung der individuellen Autonomie ist eine Grundbedingung für die Entwicklung der liberalen Gesellschaft; aber wenn wir uns zu sehr auf diese Autonomie oder Selbstbestimmung konzentrieren, führen die grenzenlosen persönlichen Selbstbestimmungsrechte unter dem Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit zu vielen empirisch und theoretisch unlösbaren Problemen, wie *Green* betont:

If I have given a true account of that freedom which forms the goal of social effort, we shall see that freedom of contract, freedom in all the forms of doing what one will with one's own, is valuable only as a means to an end. That end is what I call freedom in the positive sense: in other words, the liberation of the powers of all men equally for contributions to a common good. No one has a right to do what he will with his own in such a way as to contravene this end [Hervorh. d. Verf.]. It is only through the guarantee which society gives him that he has property at all, or, strictly speaking, any right to his possessions. This guarantee is founded on a sense of common interest [Hervorh. d. Verf.]. Every one has an interest in securing to every one else the free use and enjoyment and disposal of his possessions, so long as that freedom on the part of one does not interfere with a like freedom on the part of others, because such freedom contributes to that equal development of the faculties

289 *Kleinig*, Menschenwürde, S. 154.

of all which is the highest good for all. This is the true and the only justification of rights of property. Rights of property, however, have been and are claimed which cannot be thus justified. We are all now agreed that men cannot rightly be the property of men [Hervorh. d. Verf.]. The institution of property being justifiable as a means to the free exercise of the social capabilities of all, there can be no true right to property of a kind which debars one class of men from such free exercise altogether. We condemn slavery no less when it arises out of a voluntary agreement on the part of the enslaved person [Hervorh. d. Verf.]. A contract by which any one agreed for a certain consideration to become the slave of another we should reckon a void contract. Here, then, is a limitation upon freedom of contract which we all recognize as rightful. No contract is valid in which human persons, willingly or unwillingly, are dealt with as commodities, because such contracts of necessity defeat the end for which alone society enforce contracts at all [Hervorh. d. Verf.].²⁹⁰

Wie *Green* argumentiert, besteht das individuelle Selbstbestimmungsrecht nicht darin, ohne Grenzen alles tun zu dürfen. Während der Beachtung der persönlichen Autonomie sollte die Wahrung der interpersonalen Gleichberechtigung zusammen mit der sozialen Gerechtigkeit, die ständig zu den dauerhaften Aufgaben des liberalen Staats gehört, insbesondere bei der staatlichen Gesetzgebung erwogen werden.

Zusammenfassend konzentrieren wir uns nicht darauf, ob der Rechtspaternalismus in der heutigen pluralistischen Gesellschaft beibehalten werden soll, sondern darauf, inwieweit die paternalistischen Maßnahmen im Wege der Wahrung der Menschenwürde aus liberaler Perspektive abgegrenzt und angemessen eingesetzt werden können. Beispielsweise sollten wir solche Eingriffe vor allem bei Kannibalismus, Selbstversklavung, der Veranstaltung bezahlter Gladiatorenkämpfe ernsthaft in Betracht ziehen. Denn diese Verhaltensweisen können durch eine Erniedrigung der Menschenwürde, die wahrscheinlich dauerhaft und nicht nur vorübergehend ist, die öffentlichen Interessen wesentlich beeinträchtigen²⁹¹.

290 *Green*, Liberal Legislation, S. 372 f.

291 Vgl. *Kleinig*, Menschenwürde, S. 164 ff.

E. Paternalistische Maßnahmen bei postmortalen Organspenden

Nach § 3 I 1 oder 2 und § 4 I 2 i. V. m. § 19 II TPG zeigt sich, dass die positiven oder negativen Selbstentscheidungen der Betroffenen nicht verletzt werden dürfen²⁹². Vor allem sollen die Angehörigen mit dem Totensorgerecht²⁹³, Ärzte oder die Allgemeinheit einschließlich der Nichtangehörigen mit besonderer persönlicher Verbundenheit²⁹⁴ das Selbstbestimmungsrecht des Verstorbenen als höchstpersönliches Rechtsgut respektieren²⁹⁵, so dass die Organe des Verstorbenen nicht willkürlich ohne Zulässigkeit entnommen werden können, obwohl die Leiche nicht mehr der Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist. Mit anderen Worten wird in die Selbstbestimmung der Totensorgerechtigten oder der anderen rechtspaternalistisch eingegriffen, d. h., sie können die Leiche nicht so grenzenlos behandeln wie herrenlose Sachen oder fremde Sachen im eigenen Herr-

292 Vgl. *Nickel*, Entnahme von Organen und Geweben bei Verstorbenen, S. 141.

293 Siehe dazu *Stentenbach*, Strafrechtlicher Schutz der Leiche, S. 36 f.: „Den nächsten Angehörigen – und nicht den Erben – kommt jedoch nach der herrschenden Lehre gewohnheitsrechtlich aufgrund religiöser und sittlicher Anschauungen ein gewisses Verfügungs- und Bewahrungsrecht über die Leiche zu [Hervorh. d. Verf.]. Die h. M. verwendet den Ausdruck umfassendes Totensorgerecht. Die Angehörigen haben hiernach das Recht und die Pflicht, den Leichnam zu bewahren und zu versorgen, eine würdige Bestattung zu betreiben, sich gegen eine mißbräuchliche Behandlung der Leiche zu wehren, insbesondere unbefugte Dritte von rechtswidrigen Eingriffen und Einwirkungen auf den Leichnam abzuhalten [Hervorh. d. Verf.]. Sie dürfen mangels anderweitiger Anordnung des Erblassers auch die Bestimmung von Ort und Art der Bestattung treffen. Diese Obliegenheiten und Befugnisse ergeben sich nicht aus einer vermögenswerten, eigentumsähnlichen Stellung, sondern aus der zu Lebzeiten engen familiären Verbundenheit mit dem Toten [Hervorh. d. Verf.]. Sie stellen sich als eine Fortwirkung des familienrechtlichen Fürsorgeverhältnisses dar.“

294 Vgl. *Weber*, in: Höfling, TPG, Art. 4, Rn. 50–54.

295 Siehe dazu BT-Plenarprotokoll 13/99, S. 8831: „Wir brauchen deshalb eine Lösung, die garantiert, daß die Würde des Menschen, auch eines toten Menschen, nicht im Namen fremden Wohlergehens verletzt wird [Hervorh. d. Verf.], eine Lösung, die diese besondere Hilfe erbittet und nicht erzwingt, eine Lösung, die auch Grenzen für die Organentnahme setzt. Das sind für uns unverzichtbare Bedingungen für ein Transplantationsgesetz. [...] Die Leitlinie für die gesetzliche Regelung steht fest: Die Organentnahme und alle mit ihr verbundenen Maßnahmen müssen unter Achtung des Willens und der Würde des Organspenders durchgeführt und auf das medizinisch unerläßliche Maß beschränkt werden. Das Selbstbestimmungsrecht der Bürgerinnen und Bürger hat für mich höchste Priorität. Die zu Lebzeiten abgegebene Erklärung zur Organspende hat absoluten Vorrang und ist von jedermann strikt zu beachten [Hervorh. d. Verf.]. Um so wichtiger ist auch die Frage, wie wir diese zu Lebzeiten abgegebene Willenserklärung künftig sicher dokumentieren.“

schaftsbereich. Deshalb hat der deutsche Gesetzgeber ausdrücklich die Aufgabe,

maximale Rechtssicherheit zu gewährleisten. Ohne Verzicht auf einen zweiten, anderen Tod, ohne Garantie der Unveräußerlichkeit des Selbstbestimmungsrechtes bestünde die Gefahr, die Würde des Menschen durch seinen Wert zu ersetzen. Die [...] vorgelegten Vorstellungen in einem Transplantationsgesetz basieren auf der Ethik des Grundgesetzes.²⁹⁶

Darüber hinaus soll die Autonomie des Verstorbenen bzw. die Integrität des Leichnams aber zugleich auch nicht verabsolutiert werden, denn die Organtransplantation gilt heute bei immer mehr Krankheiten als vornehmlich effektivste Therapie. Mit anderen Worten besteht in der Praxis grundsätzlich Einigkeit darüber, dass Transplantationen wünschenswert und ethisch vertretbar sind. „Im Rahmen der Zumutbarkeit wird geprüft, ob und inwieweit ein Gemeinschaftsinteresse mit einem Individualinteresse zu vereinbaren ist“²⁹⁷, was auch als das durch eine rechtspaternalistische Einmischung erfüllte Ziel anzusehen ist, wie bereits dargestellt. Umstritten sind jedoch die Voraussetzungen, unter denen eine Explantation erfolgen darf. Diese Voraussetzungen beinhalten laut § 2 Abs. 2a TPG nicht die zwingende Erklärungspflicht, aber es geht dabei noch um die rechtspaternalistische Frage, „ob eine Zustimmung und – wenn ja – wessen Zustimmung für diesen Eingriff erforderlich ist.“²⁹⁸ Im Zusammenhang mit dem Entwurf eines bundeseinheitlichen Transplantationsgesetzes wurden mehrere Lösungskonzepte diskutiert²⁹⁹, die im Folgenden kurz erläutert werden.

I. Die Zustimmungslösung

1. Die enge Zustimmungslösung

Nach der engen Zustimmungslösung ist eine Organentnahme nur dann zulässig, wenn der Organspender selbst der Entnahme zugestimmt hatte. Wenn die Person keine Erklärung zur Organspende abgegeben hatte, wird

296 Ebenda, S. 8827.

297 Kühn, Motivationslösung, S. 131.

298 Kollhosser, Organtransplantationen, S. 154.

299 Vgl. BT-Drs. 13/4355, 13/8017, 13/8026, 13/8027, 13/8028, 13/8031, 635/97, 17/7376, 19/11096, 19/11807.

dies also wie eine Ablehnung gewertet. Bei diesem Modell der sogenannten engen Zustimmungslösung werden die Spenderinteressen am stärksten berücksichtigt, d. h., nur eine vom Spender selbst erklärte Zustimmung kann eine Organentnahme nach Eintritt des Hirntodes rechtfertigen. Anders gesagt: Die Wertung, die diesem Modell zugrunde liegt, überbetont das Selbstbestimmungsrecht des Menschen und berücksichtigt nicht genügend seine Gemeinschaftsbezogenheit, worauf *Rosenau* hinweist:

Die in Europa nicht vorgesehene enge Zustimmungslösung verlangt explizit das erklärte Einverständnis des potentiellen Spenders. Dass dieses Modell nirgends praktiziert wird [Hervorh. d. Verf.], obgleich es doch die Autonomie des Einzelnen am deutlichsten wahrte, hängt zunächst damit zusammen, dass bei einem solchen Modell das Organspendeaufkommen, wenn nicht gegen null tendieren, so doch deutlich abfallen würde. [...] In vielen Fällen würde es dem Willen der Verstorbenen gerade nicht gerecht werden, weil davon auszugehen ist, dass ein Großteil von ihnen, hätten sie sich rechtzeitig äußern können, durchaus spendebereit gewesen wäre [Hervorh. d. Verf.].³⁰⁰

Vor dem Hintergrund ist diese Lösung aus praktischen wie auch rechtlichen³⁰¹ Erwägungen nicht akzeptabel; so betont der Gesetzgeber,

daß dieser Weg [die enge Zustimmungslösung] uns nicht weiterführt. [...] Dieser Weg wäre möglicherweise sogar das Ende der Transplantationsmedizin für lebenswichtige Organe in Deutschland. Ein Ende der Transplantationsmedizin wiederum würde die Gefahr des Organhandels in Deutschland, aber jedenfalls die der Verlagerung der Transplantationsmedizin in das Ausland heraufbeschwören.³⁰²

2. Die erweiterte Zustimmungslösung

Nach der erweiterten Zustimmungslösung wird eine fehlende Erklärung zur Organspende weder als Ablehnung noch als Zustimmung gewertet, sondern lediglich als Nichterklärung. Deshalb sind in diesem Fall die Angehörigen einzuschalten. Eine Organentnahme ist dann zulässig, wenn

300 *Rosenau*, Widerspruchslösung, S. 64.

301 Vgl. BT-Drs. 17/7376, S. 29.

302 BT-Plenarprotokoll 13/99, S. 8832.

die Angehörigen der Entnahme zustimmen. Dieses Modell entspricht der geltenden Rechtspraxis nach § 4 I TPG:

Ist auch dem nächsten Angehörigen eine [...] Erklärung nicht bekannt, so ist die Entnahme [...] nur zulässig, wenn ein Arzt den nächsten Angehörigen [...] unterrichtet und dieser ihr [der Organentnahme] zugestimmt hat. [...] Der nächste Angehörige hat bei seiner Entscheidung einen mutmaßlichen Willen des möglichen Organ- oder Gewebespenders zu beachten.

Die Angehörigen treten nur als Sachwalter des postmortalen Persönlichkeitsrechts auf und haben insoweit die Aufgabe, den mutmaßlichen oder wahren Willen des Verstorbenen durchzusetzen³⁰³. Aufgrund der Identität der wahrgenommenen Rechtsgüter kann den Angehörigen daher keine geringere Befugnis als dem Verstorbenen selbst zuerkannt werden³⁰⁴. Demnach kann die Zustimmung zu einer Organentnahme entweder vom Spender zu seinen Lebzeiten oder von seinen Angehörigen nach seinem Tod erklärt werden, sofern der Spender zu Lebzeiten einer Organspende nicht widersprochen hat, wie der Gesetzgeber zeigt: „Ist weder der tatsächliche noch der mutmaßliche Wille des möglichen Organspenders feststellbar, hat der Angehörige eine Entscheidungsmöglichkeit, im Rahmen des Totensorgerechts durch seine Zustimmung eine Organentnahme zu ermöglichen.“³⁰⁵

Aber bei dieser Lösung ist noch fraglich, ob die Autonomie des Verstorbenen hinreichend gewahrt wird als höchstpersönliche Zustimmung³⁰⁶. Zwar verfügen die Angehörigen im Rahmen des Totensorgerechts über

303 Vgl. *Krüger*, *Gesichts-, Arm- und Gebärmuttertransplantation*, S. 157 f.

304 Vgl. *Pawlowski*, *Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation*, S. 102.

305 BT-Drs. 13/8031, S. 2. Siehe dazu auch BT-Drs. 13/8027, S. 9: „Wenn auch Anhaltspunkte für einen mutmaßlichen Willen fehlen, ist der nächste Angehörige nach eigenem, ethisch verantwortbarem Ermessen zu einer Entscheidung im Rahmen seines Totensorgerechts berufen [Hervorh. d. Verf.]. Konnte der mögliche Organspender aufgrund seines Alters oder aus anderen Gründen keine wirksame Erklärung zur postmortalen Organspende abgeben, hat der Angehörige einen natürlichen Willen bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen. Dies gilt z. B., wenn der mögliche Organspender bei seinem Tod noch nicht vierzehn Jahre alt war und sich zu Lebzeiten gegen eine postmortale Organspende ausgesprochen hatte.“

306 Siehe dazu *Schroth*, *20 Jahre TPG*, S. 44: „Diese Regelung ist im Übrigen, was den Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechtes angeht, nicht ganz konsistent. Wenn Zustimmung oder mutmaßliche Einwilligung Eingriffe in das postmortale Persönlichkeitsrecht erlauben, so stellt sich die Frage, wieso nur nächste Angehörige in einer spezifischen Reihenfolge entscheidungsbefugt im Hinblick auf Eingriffe in das postmortale Persönlichkeitsrecht sind. Entscheidend sollte sein: existieren

den Körper des Verstorbenen, aber das Bestimmungsrecht der Angehörigen stammt nicht wirklich aus dem angeblichen Totensorgerecht, sondern beruht eigentlich auf dem entsprechenden Gewohnheitsrecht bzw. den allgemeinen Grunderfahrungen³⁰⁷:

Die Wurzeln dieser „Pflichtenstellung“ finden sich vor allem in den tradierten Sitten und Gebräuchen der bisweilen sehr unterschiedlichen Kulturen. Und je enger die Beziehung zum Toten geknüpft war, desto umfangreicher und bedeutsamer ist dieser Pflichtenkreis. [...] Freilich kann der Tote nicht mehr selbst auf eine sorgsame Pflichtenerfüllung drängen. Doch sind ausweislich zahlreicher Rechtsnormen seine nächsten Angehörigen dazu berufen, postmortal seine Interessen zu vertreten, m.a.W. ein Wächteramt einzunehmen.³⁰⁸

Folglich wird der nächste Angehörige eher als Inkarnation des Verstorbenen angesehen als andere, so dass der Leichnam im 18. Jahrhundert zur anatomisch-physiologischen Forschung unmittelbar durch gewerbliche Leichenhändler mit der Zulässigkeit der Angehörigen des Verstorbenen abzukaufen war³⁰⁹. Mit anderen Worten könnte der Angehörige auch wirksam die Entscheidung über eine postmortale Organentnahme treffen. Aber es handelt sich dabei immerhin um die Verfügung über ein höchstpersönliches Rechtsgut, weshalb die erweiterte Zustimmungslösung nur durchgeführt werden kann, wenn der Verstorbene vor seinem Tod nicht der Entnahme widersprochen hatte. Gegen den zu Lebzeiten erklärten

Indizien, die auf einen mutmaßlichen Willen des Gesamthirntoten schließen lassen, dass er als Organspender zur Verfügung stehen will?“

307 Vgl. BVerfGE 49, 286 (39).

308 *Kretschmer*, Leichenfrelvel, S. 253.

309 Siehe dazu ebenda, S. 256 f.: „Bereits ohne nähere Untersuchung läßt sich mutmaßen, daß die Strafgesetze gegen den Leichendiebstahl weniger den Befindlichkeiten der totenfürsorgenden Angehörigen Rechnung tragen als einem tatsächlichen oder nur befürchteten Mißstand entgegengetreten sollten [Hervorh. d. Verf.] – die Rede ist von unbefugt beschafften Leichen für die Anatomie. Jahrhunderte hatte die Medizin bei ihrer anatomisch-physiologischen Forschung darunter leiden müssen, Leichen – wenn überhaupt – nur verhältnismäßig selten sezieren zu dürfen. Diese Fesseln fielen vor allem im 18. Jahrhundert ab, so daß der Bedarf an Anatomieleichen zunehmend wuchs und auf herkömmliche Weise, d.h. vor allem durch Zuführung hingerichteter Verbrecher, kaum mehr zu decken war. Ein gebräuchlicher Ausweg bestand darin, den Armen ihre verstorbenen Angehörigen abzukaufen [Hervorh. d. Verf.]“

Widerspruch des Verstorbenen kann die Einwilligung der Angehörigen die Organentnahme nicht rechtfertigen³¹⁰.

3. Neues Gesetz zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende

Obwohl in Deutschland seit 1963 Organtransplantationen erfolgreich durchgeführt werden, gelang es erst am 01.12.1997 nach vielen vergeblichen Versuchen und umfangreichen Diskussionen, ein bundesweit geltendes Transplantationsgesetz (TPG) in Kraft treten zu lassen³¹¹. Das TPG regelt die Spende, Entnahme, Vermittlung und Übertragung von Organen, die nach dem Tode oder zu Lebzeiten gespendet werden. 2007 erfolgten die notwendigen Anpassungen an die durch die Europäische Union vorgegebenen Regelungen zur Gewebespende und zur Sicherheit bei der Übertragung von Organen und Geweben. Erst 2012 gab es im Rahmen der in Deutschland geltenden erweiterten Zustimmungslösung eine Weiterentwicklung zur Entscheidungslösung³¹², die diese Zustimmungslösung ergänzt. Dem-

310 Siehe dazu *Kollhosser*, Organtransplantationen, S. 151: „Es ist heute auch anerkannt, daß die Angehörigen das fortwirkende Persönlichkeitsrecht des Toten nur treuhänderisch – als Persönlichkeitswahrer – wahrnehmen. Deshalb geht ihrer Entscheidung in jedem Fall die eigene Entscheidung vor, die der Tote als Inhaber seiner Persönlichkeitsrechte zu Lebzeiten noch selbst getroffen hat. Nur wenn er geschwiegen hat, können die Angehörigen an seiner Stelle treuhänderisch entscheiden und sollen sich dabei an seinem mutmaßlichen Willen orientieren. Dabei ist heute gesichert, wer zum Kreis dieser Angehörigen zu zählen ist.“

311 Vgl. *Lohmeier/Gross*, Rechtliche Regelung der Organtransplantation in West- und Ostdeutschland, S. 41 ff.; *Dufková*, MedR 1998, S. 304 ff.

312 Siehe dazu BT-Drs. 17/9030, S. 16: „Die allgemeinen Aufklärungspflichten in § 2 Absatz 1 Satz 1 TPG werden insoweit konkretisiert, als ausdrücklich auf das Entscheidungsrecht der nächsten Angehörigen für den Fall hingewiesen wird, dass keine Erklärung zur postmortalen Organ- und Gewebespende zu Lebzeiten abgegeben wird. Damit soll im Zusammenhang mit der allgemeinen Aufklärung die Konsequenz eines Unterlassens der Abgabe einer Erklärung zur postmortalen Organ- und Gewebespende zu Lebzeiten für die nächsten Angehörigen im Todesfall klarer herausgestellt werden. Die in den §§ 3 und 4 TPG geregelte erweiterte Zustimmungslösung bleibt unverändert [Hervorh. d. Verf.]. Bei der Aufklärung über die Bedeutung einer zu Lebzeiten abgegebenen Erklärung zur Organ- und Gewebespende soll zukünftig auch das Verhältnis einer Organspendeerklärung zu einer möglichen Patientenverfügung thematisiert werden, um einen Widerspruch zwischen der Erklärung zur Organ- und Gewebespende und einer Festlegung in einer Patientenverfügung zu vermeiden [Hervorh. d. Verf.].“ Siehe dazu auch *Schroth*, 20 Jahre TPG, S. 44: „Soweit im deutschen Recht die erweiterte Zustimmungslösung nunmehr Entschei-

nach soll jeder Mensch über 16 Jahren regelmäßig nach ergebnisoffener Aufklärung über die Organspende zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung über die Organspende nach seinem Tode aufgefordert werden.

Heute sind wir jedoch mit der Situation konfrontiert, dass die Transplantationsmedizin in Deutschland seit dreiundzwanzig Jahren nach Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes stets durch einen gravierenden Mangel an Spenderorganen geprägt ist³¹³, so dass es zur Verbesserung dieser Situation notwendig ist, konzertierte Maßnahmen zu ergreifen.

Im Jahr 2020 stimmten 382 Bundestagsabgeordnete für den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende. Im Jahr 2022 trat dieses Gesetz in Kraft. Als Konkretisierung der oben dargestellten Kant'schen Objekt-Formel bleibt die derzeit geltende Rechtslage, nämlich die Entscheidungslösung, unverändert:

Bei allen Maßnahmen zur Erhöhung der Organspenden nach dem Tod müsse diese aber als eine bewusste und freiwillige Entscheidung beibehalten werden, die nicht durch den Staat erzwungen werden dürfe, da die Selbstbestimmung über den eigenen Körper ein zentrales Element menschlicher Würde sei.³¹⁴

Durch diese Gesetzesänderung wird die Bereitschaft, Organe nach dem eigenen Tod zu spenden, regelmäßiger erfragt als früher, was eine verstärkte Aufklärung der Bevölkerung über die Organspende bedeutet³¹⁵. Nach diesem Gesetz können die Menschen ihre Entscheidung zudem möglichst

dungslösung genannt wird, ist dies keine wesentliche Änderung der erweiterten Zustimmungslösung. Diese wird nur insoweit ergänzt, als Krankenkassen die Pflicht haben, ihre Mitglieder über die Möglichkeit der Organspende zu informieren. Diese Informationspflicht ist nicht neu, sondern war bereits in undeutlicher Form in der älteren Gesetzgebung angelegt.“

313 Siehe dazu BT-Drs. 18/10854, S. 7: „Die Anzahl der in Deutschland gespendeten Organe im Jahr 2015 betrug 2901 und war damit etwas niedriger als im Vorjahr (2014: 2989). [...] Von Januar bis Ende September 2016 lag die Summe der gespendeten Organe bei 2318 (Januar bis Ende September 2015: 2245). Sie lag damit gegenüber dem Vergleichszeitraum des Jahres 2015 um 107 gespendete Organe weniger [sic].“

314 BT-Drs. 19/16214, S. II.

315 Beispielsweise muss ein bundesweites Online-Register für die Dokumentation der Erklärung zur Organspende eingerichtet werden; die Ausweisstellen von Bund und Ländern müssen den Bürgerinnen und Bürgern Aufklärungsmaterial und Organspendeausweise aushändigen bzw. bei elektronischer Antragsstellung elektronisch übermitteln, und es wird dabei auf weitere Informations- und Beratungsmöglichkeiten sowie die Möglichkeit, sich vor Ort oder später in das Online-Register einzutragen, hingewiesen; Hausärztinnen und Hausärzte können bei Bedarf ihre

einfach dokumentieren und auch noch jederzeit ändern oder widerrufen³¹⁶. Zusammenfassend ist die ständige Voraussetzung für eine postmortale Organentnahme bei der Zustimmungslösung die Einwilligung des potenziellen Organspenders zu Lebzeiten oder die Zustimmung seines nächsten Angehörigen.

II. Die Widerspruchslösung

Nach der Widerspruchslösung ist eine Organentnahme bereits zulässig, wenn ihr der Betroffene selbst nicht widersprochen hatte. Sein Schweigen in dieser Frage wird also logischerweise als eine Zustimmung gewertet. Die Widerspruchslösung ist abzulehnen, denn die Bereitschaft zur Organspende kann vom Gesetzgeber nicht durch eine Regelung unterstellt werden, nach der der Einzelne sich durch eine besondere Erklärung dagegen wehren muss, dass die Organe aus seinem Körper nach dem endgültigen, nicht behebbaren Ausfall der gesamten Hirnfunktion oder dem endgültigen, nicht behebbaren Stillstand von Herz und Kreislauf entnommen werden, um eine solche Entnahme zu verhindern.

Demnach wird bei dieser Lösung das Schweigen heteronom bzw. rechtspaternalistisch als eine Zustimmung bewertet, was unerlässlich Sorgen und Bedenken heraufbeschwört, dass die Menschenwürde nicht vollständig respektiert werden kann³¹⁷. In der Regel muss man nicht die Konse-

Patientinnen und Patienten alle zwei Jahre über die Organ- und Gewebespende ergebnisoffen beraten.

316 Vgl. BT-Drs. 19/11087, S. 18.

317 Siehe dazu BT-Plenarprotokoll 13/99, S. 8843: „Die Widerspruchslösung kann ethisch durchaus begründbar sein. [...] Mein Wunsch ist, daß wir in dieser Frage die Würde des Menschen bis in den letzten Augenblick erhalten [Hervorh. d. Verf.]. Es erfordert noch große Anstrengungen, die gesamte Frage des Sterbeprozesses von früher Kindheit und Jugend an wieder in das Leben zu integrieren und nicht zu tabuisieren und auszugrenzen. Wir sollten ferner dafür Sorge tragen, daß wir den Gedanken der Lebensrettung durch unsere eigene Entscheidung – mit unserem persönlichen Ja dazu, daß Organe, wenn sie denn brauchbar sind, transplantiert werden – frühzeitig in dem [sic] Entscheidungsprozeß einbringen. Ich halte es für unverzichtbar, daß wir bei aller Sicherheit, die wir erreichen wollen, nicht den Anspruch erheben, per Gesetzgeber nach wie vor bestehende Zweifel eliminieren zu können. Auch der Zweifel ist ein Teil, der verbleibt; denn das Gesetz beinhaltet die Formulierung ‚der jetzige Stand der Wissenschaft. Deswegen würde ich es als einen Verlust an Menschlichkeit und humaner Vernunft empfinden, wenn wir uns anmaßen, etwas zu definieren und festzulegen, o[b]wohl Zweifel und auch

quenzen seiner Passivität fürchten, denn das negative Selbstbestimmungsrecht gehört noch zur allgemeinen Handlungsfreiheit in der Systematik des Grundgesetzes. Aber die Widerspruchslösung würde die Verschiebung der Ausgangsbasis der Entscheidung andeuten. Wenn die Organentnahme nach der unlimitierten Widerspruchslösung für zulässig zu erachten wäre, würde damit in die individuelle Handlungsfreiheit unzumutbar eingegriffen bzw. die individuelle Handlungsfreiheit abgesprochen. Nach *Wolfslast* beruht die Widerspruchslösung unmittelbar auf der Vorstellung der Sozialisierung der Leiche, so dass das Spenden eigener Organe, nämlich der Akt der Humanität, für die Erfüllung der Sozialverpflichtung gehalten wird³¹⁸. Deswegen ist festzustellen, ob diese Sozialverpflichtung bzw. paternalistische Einschränkung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit übereinstimmt. Dabei ist zunächst unbedingt einzuräumen, dass das Leid der Organempfänger aus rechtlicher oder ethischer Sicht nicht zwingend eine solche Umkehrung einer aktiven Zustimmung in eine angenommene passive Nichtablehnung rechtfertigt³¹⁹, wie *Kühn* betont:

Diese Pflicht sei Ausdruck der menschlichen Solidarität und entspringe als solche dem Menschenbild des Grundgesetzes. [...] [V]on allen und damit auch von sich selbst eine Entscheidung zu verlangen, kann doch nur so, bei Respektierung seiner eigenen Rechte und Freiheiten, Transplantationsmedizin überhaupt möglich sein. Andererseits bestätigt dies noch nicht die Zumutbarkeit der Widerspruchslösung, verpflichtet diese doch den Einzelnen nicht zur Stellungnahme.³²⁰

Mit anderen Worten wird die Befürchtung erweckt, dass ein solcher Verstoß gegen das Selbstbestimmungsrecht für verfassungswidrig und nichtig zu halten wäre, wenn dieses paternalistische Modell die Grenze der entsprechenden Zumutbarkeit unverhältnismäßig überschreiten würde. Dazu zeigt *Fangerau* noch mit Blick auf Personen mit erhöhtem Unterstützungsbedarf:

Gerade vulnerable Gruppen werden durch eine Widerspruchslösung eventuell in ihrer Selbstbestimmung beeinträchtigt, [...], eine putative Akzeptanz, die nicht notwendiger Weise auf ihre Zustimmung stößt, die aber wiederum nie erfragt wurde. Allein schon deshalb kann aus

Offenheit gegeben sind. Wir können nur so viel Sicherheit ermöglichen, wie sie menschlicher Erkenntnis zugänglich ist [Hervorh. d. Verf.]“

318 Vgl. *Wolfslast*, MMW 1982, S. 108 f.

319 Vgl. *Fangerau*, Widerspruchslösung, S. 11.

320 *Kühn*, Motivationslösung, S. 132.

Gerechtigkeitserwägungen, die auf den Schutz der in einer Gesellschaft am schlechtesten gestellten Personen abzielen, eine reine Widerspruchslösung keine Lösung sein.³²¹

Jedoch stimmen trotzdem viele einer Einführung der Widerspruchslösung zu³²², weil durch empirische Datenanalysen eindeutig herausgefunden wurde: „Die Organspenderate in Ländern mit Widerspruchsregelung ist signifikant höher als die Organspenderate in Ländern mit Zustimmungsregelung.“³²³ Anders gesagt: Es ist auch fraglich, ob sich das Versorgungsproblem der Transplantationsmedizin im Wesentlichen durch die Widerspruchslösung lösen lässt.

Tatsächlich hängt der Organmangel nicht nur mit der Lösungsstrategie zusammen, die Spendenbereitschaft zu erhöhen³²⁴, sondern auch mit vielen anderen schwerwiegenden realistischen Problemen³²⁵. Beispielsweise werden immer noch alle Organe (von nicht verwandten Spendern) früher oder später abgestoßen:

Bei Lebern werden nach fünf Jahren knapp die Hälfte abgestoßen, bei Herzen nach fünf Jahren gut 30 % und bei Nieren nach fünf Jahren gut 25 %. Patienten, deren Organ abgestoßen wurde, kommen dann bevorzugt auf die Warteliste für ein neues Organ. Das heißt, die Re-Transplantationsrate steigt kontinuierlich an [Hervorh. d. Verf.]. Bei Nierentransplantationen führt das beispielsweise dazu, dass ein einziger Patient in seinem Leben vier und mehr Nieren erhalten kann.³²⁶

Darüber hinaus werden die geltenden Kriterien für die Dringlichkeit einer Transplantation nicht immer beachtet, wie der sogenannte „Organtrans-

321 Fangerau, Widerspruchslösung, S. 12.

322 Vgl. BT-Drs. 17/7376, S. 29.

323 Eberling, VzW 2018, S. 8.

324 Siehe dazu ebenda, S. 8: „Beard und Osterkamp weisen darauf hin, dass auch die höheren Raten in Ländern mit Widerspruchsregelung noch nicht ausreichen, um den Bedarf an Organspenden zu decken [Hervorh. d. Verf.]“

325 Siehe dazu Sommer/Anthuber, Widerspruchslösung, S. 17: „Wenn man den internationalen Vergleich heranzieht, so ist die Widerspruchslösung im benachbarten europäischen Ausland die Regel. Ein unmittelbarer Effekt der Einführung der Widerspruchslösung im Sinne eines sofortigen Anstiegs der verfügbaren Spenderorgane konnte wissenschaftlich bislang nicht bewiesen werden. Fest steht jedoch, dass durch die Einführung einer Widerspruchslösung über die Zeit die Einstellung in der Gesellschaft zur Organspende verändert wird.“

326 Manzei, Widerspruchslösung, S. 101.

plantationsskandal³²⁷ zeigt, was auch dazu führt, dass die Schere zwischen Organangebot und -bedarf immer weiter auseinandergehen wird.

Vornehmlich hat das Hin und Her zwischen Zustimmungs- und Widerspruchslösung nach *Lilie* keinerlei positiven Effekt auf die Organspendenzahlen³²⁸. Statt der Widerspruchslösung müssen wir uns vielmehr auf eine systematische, effektive Konzeption gegen Organmangel konzentrieren, in der andere praktische Strategien mit effizienter Bedienbarkeit erwogen werden, um die Organgewinnung oder die Einführung einer erfolgversprechenden Alternative der Transplantationsmedizin zu fördern. Wir schlagen demnach 1) den Aufbau eines Netzwerks zur Koordination der Organspende, 2) die Profilierung des Modells der Inhouse-Koordination in den Kliniken, 3) größte Anstrengungen für die ärztliche Fortbildung und 4) eine angemessene Kostenerstattung für Krankenhäuser, die sich an der Organspende beteiligen, vor³²⁹.

Hinzu kommt, dass eine Widerspruchslösung auf der psychologischen Ebene auch zu einem starken Rückgang bei der Organspende führen könnte³³⁰. Zusammenfassend kann diese rechtspaternalistische Einmischung, nämlich die enge oder doppelte³³¹ Widerspruchslösung, also auch aus der

327 Vgl. *Epitropakis*, Organallokation, S. 14 ff.

328 Siehe dazu *Dabrock*, Widerspruchslösung, S. 4 (5): „Da ist es so: Sie können einfach nur den Unterschied zwischen Widerspruchslösung und der jetzigen Entscheidungslösung festmachen bei den Organ Spendern, die Sie überhaupt identifiziert haben. Wir haben derzeit schlicht und einfach rein medizinisch, rein medizinisch nur 1.200 Organspender identifiziert. Davon stehen dann im Jahr 2017, wo die Vergleichszahlen vorliegen, 800, jetzt 900 dann als potenzielle Organspender zur Verfügung. Von denen haben wir dann 25 Prozent, also 300, wo wir keine Zustimmung haben, und da gibt es dann 100 noch mal, die klarerweise sagen, nee, ich will nicht, und dann bleiben 200 übrig, von denen man nicht genau weiß, was hat er gemeint. Diese 200 mehr wären der einzige Erfolg einer Widerspruchslösung und man soll bitte aufhören zu reden, dass hier um das Zehn- oder Hundertfache die Zahl der Organspender erhöht würde.“

329 Vgl. *Lilie*, Widerspruchslösung, S. 58.

330 Siehe dazu ebenda, S. 58: „Gerade die Erfahrungen aus den Debatten um das Transplantationsgesetz in den 70er und den 90er Jahren zeigen, dass vor dem Hintergrund einer Widerspruchslösung zu viele Menschen aus reiner Vorsicht widersprechen und dann am Ende die Organspendenzahlen zurückgehen [Hervorh. d. Verf.]. Diejenigen, die heute die Widerspruchslösung fordern, sollten die hoch emotional geführten Debatten aus den Gesetzgebungsmaterialien nachlesen.“

331 Siehe dazu *Dettmeyer*, Medizin & Recht, S. 238: „Erweiterte Widerspruchsregelung: Wie die enge Widerspruchsregelung, die Angehörigen haben jedoch ebenfalls ein Widerspruchsrecht.“ Siehe dazu auch *Schlögl-Flierl*, Widerspruchslösung, S. 69: „Der Entscheider [...] vor allem auch um die Angehörigen zu entlasten. In Trau-

utilitaristischen Perspektive nicht vollkommen gerechtfertigt werden, wie *Dabrock* betont:

Die Widerspruchslösung [...] [ist] unnötig und schädlich [...], weil man im Grunde die Effizienz der Organgewinnung nahezu überhaupt nicht steigert [Hervorh. d. Verf.]. Sie ist schädlich, weil sie das Vertrauen in das System, das ja nun wirklich schon prekär ist, noch mal unterminiert, weil im Grunde jetzt nicht mehr gilt: Zustimmung – Spende. Sondern jetzt ist jeder, der nicht ausdrücklich dagegen sich artikuliert, automatisch ein Organspender, und damit wird für mich der Körper nach dem Hirntod zu einem Objekt der Sozialpflichtigkeit. Das kann nicht richtig sein und es gibt mildere Mittel [Hervorh. d. Verf.].³³²

Im Jahr 2020 votierten 379 Bundestagsabgeordnete gegen den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, obwohl in diesem Entwurf noch hervorgehoben wurde, keine Entscheidungsfreiheit des Einzelnen einzuschränken³³³. Nach

er sollte niemand über die Weitergabe von Organen nachdenken müssen. Diese Zumutung für die Angehörigen ist auch bei der [...] doppelten Widerspruchslösung nicht ausgeschlossen [Hervorh. d. Verf.]. [...] Allerdings wäre auch denkbar, dass sich die Aufforderung zu einer expliziten Erklärung negativ auf die Spenderbereitschaft auswirken könnte, da die Menschen, die grundsätzlich für eine Organtransplantation wären, eine Abwehrhaltung entwickeln könnten, wenn sie unter Druck gesetzt werden würden, sich für eine der beiden Optionen zu entscheiden bzw. entscheiden zu müssen [Hervorh. d. Verf.]. Damit diese Abwehr gar nicht entwickelt würde, muss es bei einer bloßen Aufforderung bleiben, sodass eine Erklärung auch sanktionsfrei unterlassen werden kann.“

332 *Dabrock*, Widerspruchslösung, S. 2 (5).

333 Siehe dazu BT-Drs. 19/11096, S. 2 f.: „Ziel der Einführung der doppelten Widerspruchslösung ist es, mehr Menschen, die auf eine Organ- oder Gewebespende angewiesen sind, die Möglichkeit zu geben, ein oft lebensrettendes Organ zu erhalten. Um dieses Ziel zu erreichen, muss die Anzahl der Organspender erhöht werden. [...] Ohne die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen einzuschränken, soll es mit der Einführung der doppelten Widerspruchslösung zu einer Selbstverständlichkeit werden, sich zumindest einmal im Leben mit dem Thema Organ- und Gewebespende auseinanderzusetzen und dazu eine Entscheidung zu treffen, ohne diese begründen zu müssen.“ Siehe dazu auch *Schroth*, 20 Jahre TPG, S. 46: „Das Bundesverfassungsgericht hatte sich in einer Verfassungsbeschwerde gegen die erweiterte Zustimmungslösung mit der Frage zu befassen, ob diese gegen verfassungsrechtliche Grundsätze verstößt. (BVerfG NJW 1999, 3399 ff.) Hier hatten die Beschwerdeführer gerügt, sie seien genötigt, sich zu Lebzeiten schriftlich zu erklären, um nicht der Gefahr ausgesetzt zu sein, nach dem Tod wider Willen zum Organspender zu werden. Dies sei verfassungswidrig. Das Bundesverfassungsgericht hat sich hierzu dahingehend eingelassen, dass niemand in seinen Rechten verletzt sei, der die

Dabrock deutet die Möglichkeit, dass die Angehörigen selbst genuin einen Widerspruch einlegen, keine doppelte Absicherung in diesem Modell an³³⁴, weil ihre Entscheidungsrechte im Wesentlichen nicht existieren³³⁵.

III. Die Informationslösung

Bei der Informationslösung sind in den Fällen, in denen sich der potenzielle Spender zu seinen Lebzeiten nicht geäußert hat, die nächsten Angehörigen über die beabsichtigte Organentnahme zu informieren. Sie brauchen einer Organentnahme aber nicht ausdrücklich zuzustimmen, sondern es soll dann vielmehr genügen, wenn sie innerhalb einer bestimmten Frist der Entnahme nicht widersprechen. Dieses Modell beruht auf der Überlegung, dass es den Angehörigen in der schwierigen Situation, in der sie den – in der Regel plötzlichen und überraschenden – Verlust eines nahen Verwandten verarbeiten müssen, leichter fällt, sich nicht zu äußern und dem Geschehen passiv seinen Lauf zu lassen, als sich zu einer positiven Entscheidung durchzuringen und diese auch zu äußern.

Die Informationslösung verknüpft Elemente der Widerspruchslösung und der erweiterten Zustimmungslösung: Liegt keine Erklärung zur Organspende vor, sind die Angehörigen über eine beabsichtigte Organentnahme zu unterrichten. Wenn die Angehörigen innerhalb einer bestimmten, ihnen mitgeteilten oder mit ihnen vereinbarten Erklärungsfrist der Organentnahme nicht widersprochen haben, darf sie vorgenommen werden. Aber dieses Modell begegnet den gleichen Bedenken wie die Widerspruchslösung:

Die Zustimmung zur Organentnahme kann nicht kraft Gesetzes unterstellt werden, wenn die informierte und entscheidungsbefugte Person innerhalb der bestimmten Frist (auch) nicht widerspricht. Soweit Angehörige oder sonstige andere Personen in die Entscheidung über eine

Möglichkeit habe, der Organentnahme zu widersprechen [Hervorh. d. Verf.]. Damit vertritt das Bundesverfassungsgericht die Auffassung, dass das postmortale Persönlichkeitsrecht hinreichend gewahrt ist, soweit die Bürger die Möglichkeit haben, der Organentnahme rechtswirksam zu widersprechen.“

334 Vgl. *Dabrock*, Widerspruchslösung, S. 3 (5); *Wille*, MedR 2007, S. 92.

335 Siehe dazu BT-Drs. 19/11096, S. 19: „Die Änderung der Überschrift ist eine Folgeänderung zur Einführung der doppelten Widerspruchslösung, nach der dem nächsten Angehörigen des möglichen Organ- oder Gewebespenders kein eigenes Entscheidungsrecht zusteht.“

Organentnahme nach dem endgültigen, nicht behebbaren Ausfall der gesamten Hirnfunktion oder dem endgültigen, nicht behebbaren Stillstand von Herz und Kreislauf eines möglichen Organspenders einbezogen werden, muß eine gesetzliche Regelung ebenfalls von dem Grundsatz der ausdrücklichen Zustimmung ausgehen [Hervorh. d. Verf.]. Eine Ausnahme davon darf nur zugelassen werden, wenn dies im Einzelfall dem ausdrücklich erklärten Willen der entscheidungsbefugten Person entspricht.³³⁶

Anders gesagt: Das Schweigen der Hinterbliebenen darf nicht ohne Weiteres als Zustimmung gewertet werden. Damit kommt dieses Modell als verkappte Widerspruchslösung daher, denn die Informationslösung arbeitet nur mit einer Vereinbarung des Inhalts mit den Angehörigen, dass deren Schweigen als Zustimmung gewertet wird. Beispielsweise liegt jedoch ein in der Rechtspflege anerkanntes Stillschweigen vor, nämlich beredtes Schweigen, das nur im spezifischen Rahmen einer Zustimmung gleichsteht³³⁷.

IV. Die Motivationslösung

Wenn eine Person ihre Bereitschaft zur Organspende geäußert hat oder der Organentnahme nicht widersprochen hat und sie damit selbst potenziell als Spender für aktuell kranke Mitmenschen zur Verfügung steht, dann ist ihr im Gegenzug eine größere Wahrscheinlichkeit einzuräumen, selbst im Krankheitsfalle ein Spenderorgan zu erhalten. Mit anderen Worten kommt dieser Person dadurch das Prioritätsanrecht auf die Verteilung der Spenderorgane zu³³⁸.

Nach *Breyer* stellt dieses Modell ausführlich immaterielle Anreize zur Organspende, nämlich die Reziprozität, dar:

Der Vorteil [...] ist ohne Spendebereitschaft nicht zu haben. [...] Diese Überlegung kann man nun von der kollektiven Ebene, auf der sie von allen als richtig anerkannt wird, auf die individuelle Ebene übertragen und verlangen, dass es bei der Organallokation, also der Zuteilung, für die eigene Spendebereitschaft einen Bonus gibt. [...] Das Reziprozitätsmodell kann man in schärferer oder weniger scharfer Form fassen. Bei

336 BT-Drs. 13/4355, S. 13.

337 Vgl. *Rosenau*, Widerspruchslösung, S. 65.

338 Vgl. *Kühn*, Motivationslösung, S. 142 ff.

der schärfsten Fassung, dem sog. „Club-Modell“, werden zunächst nur die Organspender bei der Organallokation bedacht und erst, wenn aus der Gruppe derer, die selber spendebereit sind oder waren, kein geeigneter Empfänger vorhanden ist, wird dann die andere Gruppe berücksichtigt [Hervorh. d. Verf.]. Aber man kann auch im Algorithmus nur Bonuspunkte vergeben. Des Weiteren gibt es einen zweiten Mechanismus. Oben wurde bereits ausgeführt, dass viele Menschen Hemmungen haben, sich mit ihrem Tod zu beschäftigen. Daher spricht einiges dafür, sie auch nicht dazu zu zwingen. In diesem Sinne kehrt die Widerspruchslösung die Erklärungslast um [Hervorh. d. Verf.]. [...] In einem solchen System sollte man aber eine Hürde aufbauen, die es verhindert, dass Menschen zu leichtfertig ihren Widerspruch erklären. Denn immerhin verringert sich mit jedem Widerspruch das Angebot an Organen. Diese Hürde könnte darin liegen, dass derjenige einen Malus bei der Organallokation hinnehmen muss, der für sich selbst den Widerspruch erklärt hat.³³⁹

Mit der Regelung im „Human Organ Transplant Act“ (HOTA) wird die Motivationslösung in der Republik Singapur umgesetzt laut Sektion II (a):

In the selection of a proposed recipient of any organ removed [...] a person who has not registered any objection [...] has priority over a person who has registered such objection.³⁴⁰

Das Gesetz eröffnet damit den Bürgern die Möglichkeit, einer geplanten Organentnahme zu widersprechen. Allerdings gibt es laut Sektion II (a) HOTA weitreichendere Rechtsfolgen als den bloßen Widerspruch: Nur derjenige, der nicht der Entnahme widersprochen hat, erhält sich demnach eine Chance auf die Zuteilung eines für ihn lebensnotwendig werdenden Spenderorgans im Krankheitsfalle. Hierfür betont *Scheinfeld*:

Mit ihrer Regelung im „Human Organ Transplant Act“ will die Republik Singapur ihre Bürger zu einer freien und nichtfiskalischen Leichenorganspende motivieren. Auf der Basis eines den westlichen Werten verpflichteten kommunitaristischen Staatsverständnisses sieht es die Regierung als ihre Aufgabe an, die vitalen Lebensinteressen der Gesellschaft als Ganze zu schützen. [...] In der Praxis wirkt sich diese Regelung, weil

339 Breyer, Anreize für Organspender, S. 35.

340 Siehe dazu die entsprechenden Angaben auf der Seite: <https://sso.agc.gov.sg/Act/HOTA1987>, abgerufen am 18.11.2021.

Organmangel herrscht, so aus, dass nur derjenige ein lebensnotwendiges Organ erhält, der einer Post-mortem-Entnahme nicht widersprochen hat [Hervorh. d. Verf.].³⁴¹

Demnach verschmälern sich die Heilungschancen des Bürgers im entsprechenden Krankheitsfall, wenn er vorher einen Widerspruch gegen die Organentnahme eingelegt hat, so dass die individuellen Selbsterhaltungsinteressen bzw. die Grundrechte auf Leben, körperliche Unversehrtheit und auch auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit verletzt und sogar abgesprochen werden. „Wird ein solches Verteilungssystem vom deutschen Staat bestimmt, kann es in Konflikt geraten mit der vom Grundgesetz vorgeschriebenen Verteilungsgerechtigkeit, wie sie aus dem Anspruch auf Achtung der Person als Freie und Gleiche folgt.“³⁴² Anders formuliert: Zwar orientiert sich eine solche Setzung immaterieller Anreize zur Organspende einfach nur an der Erhöhung der Spendenbereitschaft, aber die authentische Selbstbestimmung bzw. die autonome Stellungnahme³⁴³ kann umgekehrt vornehmlich bei der Verteilung knapper Ressourcen im Bereich der Transplantationsmedizin durch diese paternalistische Einmischung vernichtet werden³⁴⁴.

341 Scheinfeld, Strafrechtspaternalismus, S. 46.

342 Ebenda, S. 46.

343 Siehe dazu BT-Plenarprotokoll 13/99, S. 8826: „Nach Selbstbestimmung, die dem Menschen gegeben ist, hat er einen Besitz an sich. Die Bestimmung über seine leiblich-seelische Integrität gehört zu seinem ureigensten Bereich der Personalität [Hervorh. d. Verf.]. Nur so wird die Grundlage, auf der eine Organentnahme und damit die Organspende geregelt werden kann, auch ihrem Charakter gerecht, den sie behalten muß, nämlich ein Geschenk zu sein.“

344 Im April des Jahres 2007 hat der Nationale Ethikrat eine Stellungnahme zur Organtransplantation insbesondere explizit gegen Reziprozitätslösungen, also dagegen, die Widerspruchslösung mit einem Malus bei der Organallokation zu verknüpfen, abgegeben. Siehe dazu *Weber-Hassemer*, Stellungnahme des Nationalen Ethikrates, S. 31: „Allerdings brechen sie mit einer in Deutschland und anderen Ländern lange geübten Tradition, nämlich mit dem Prinzip des gleichen Zugangs zu Gesundheitsressourcen, unabhängig vom eigenen Vorverhalten. Zudem machen sie die Organverteilung noch komplizierter, als sie bisher schon ist. Schließlich ist das Gerechtigkeitsproblem, das aus einem kurzfristigen Widerruf resultiert (der dem Betroffenen aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht verwehrt werden kann) [Hervorh. d. Verf.], kaum zu lösen: Wer zum Beispiel zeitlebens spendebereit war und dennoch kurz vor seinem Tod von der Möglichkeit des Widerrufs Gebrauch macht, der hätte zeitlebens die Option gehabt, bei eigener Bedürftigkeit bevorzugt ein Organ zu erhalten. Durch seine aktuelle Ablehnung scheidet er gleichwohl als Organspender aus.“

F. Resümee

Rechtlicher Paternalismus gilt gemeinhin in einer pluralistischen Gesellschaft aufgrund seiner freiheitsbeschränkenden Effekte als problematisch. Aber umgekehrt stellt sich die Frage, warum die Freiheit nicht einzuschränken ist. Je mehr Freiheit einer Person überlassen ist, ihre weiterreichenden persönlichen Interessen auszubilden, desto besser ist ihr Lebensumfeld beschaffen. Aber die Gesellschaft ist zeitlich und räumlich nicht grenzenlos. „Der Realität am nächsten kommt wohl eher die Einschätzung, dass individuelle Präferenzen sich in einer Wechselwirkung aus individueller Disposition und sozialem bzw. politischem Einfluss formen.“³⁴⁵ Vor diesem Hintergrund sollte die Verhaltensweise der gesellschaftlichen Person autonom und heteronom reguliert werden, so dass der Kampf aller gegen alle, also *Hobbes'* Bild des Naturzustandes, zu vermeiden ist, was unerlässlich zur rechtlichen Einmischung in die individuelle Freiheit führt.

Aufgrund der realistischen individuellen Rationalitätsdefizite scheint man bei der Verrechtlichung von ethischen Pflichten den Paternalismus nicht anstrengend rechtfertigen zu können. Aber die Anhänger des Kommodifizierungsarguments versäumen „bei selektiver Bezugnahme auf Kants Tugendlehre dessen Definition von Recht [...] zur Kenntnis zu nehmen“³⁴⁶. Anders als der Rechtsmoralismus bezieht sich der Rechtspaternalismus im Wesentlichen nur auf die positiven substanzialen Interessen, die durch die Erfüllung der Rechtspflichten geschützt werden können. Die rechtspaternalistische Intervention orientiert sich demnach an den vernünftigen Erwägungen zwischen der Verhinderung der persönlichen Präferenzmaximierung und der Wahrung der durch die individuellen Rationalitätsdefizite verursachten Interessenverletzung der anderen oder der Allgemeinheit.

Anders gesagt: Die Kernfrage des Paternalismus liegt nicht darin, ob man sich solche staatlichen Eingriffe vorbehalten könnte, sondern darin, inwieweit sie eingesetzt werden sollten. Das liberale Legitimitätsprinzip stellt für den modernen Verfassungsstaat die Konsequenz dar, dass die Staatsgewalt alle Bürger als Gleiche zu behandeln verpflichtet ist, so dass die Interessen aller Bürger in gleicher Weise zu berücksichtigen sind. Gerade unter liberalen Voraussetzungen ist deshalb ein Rechtspaternalismus legitim, „der die Bürger auch mit den Mitteln des Rechts daran hindert, Handlungsoptionen wahrzunehmen, die der weiteren Ausbildung ihrer

345 Eidenmüller, JZ 2011, S. 821.

346 Hörnle, Paternalismus, S. 123.

werthaft-substantiell verstandenen – also zur Not heteronom definierten – persönlichen Autonomie nicht förderlich oder gar abträglich wären.“³⁴⁷

Liberaler Rechtspaternalismus lässt sich als ein Interventionskonzept definieren, das darauf angelegt ist, individuelles Verhalten zum Wohle des Betroffenen, aber möglichst ohne (intensive) Freiheitsbeeinträchtigung zu beeinflussen. „Liberaler Paternalismus könnte ein Instrument zur Korrektur der empirisch dokumentierten Rationalitätsdefizite im individuellen Entscheidungsverhalten sein.“³⁴⁸ Der liberale Paternalist kann demnach die Autonomie im Zusammenhang mit Rationalität bezüglich der Selbstentscheidungsfähigkeit nur als minimales Schwellenkonzept verstehen³⁴⁹.

Die Hauptschwächen des liberalen Paternalismus sind das Fehlen eines begründeten normativen Interventionsmaßstabes und die Schwierigkeit seiner Konkretisierung³⁵⁰. Vornehmlich im rechtlichen Forschungsbereich der postmortalen Organspende muss man die Erforderlichkeit und Intensität der paternalistischen Einmischung in die Selbstbestimmung der potenziellen Organspender und ihrer nächsten Angehörigen ernsthaft überdenken. Obwohl wir uns heute mit einem gravierenden Mangel an Spenderorganen konfrontiert sehen, ist unaufhörlich und unweigerlich zu betonen, dass die Selbstbestimmung über den eigenen Körper ein zentrales Element menschlicher Würde ist.

347 Gutmann, Konsequentialismus, S. 37 f.

348 Eidenmüller, JZ 2011, S. 821.

349 Vgl. Gutwald, Perfektionismus, S. 85.

350 Siehe dazu Birnbacher, Paternalismus, S. II: „Dieser ergibt sich erst aus der für den Paternalismus charakteristischen wertmäßigen Ambivalenz: Während Fürsorge trivialerweise gut und Bevormundung trivialerweise schlecht ist, ist der Paternalismus irgendwo dazwischen angesiedelt. Wo genau er angesiedelt ist, steht dabei nicht von vornherein fest, sondern hängt von weiteren Faktoren ab – insbesondere von dem Verhältnis, in dem die fürsorglichen Zwecke paternalistischer Handlungen zu den zu ihrer Erreichung eingesetzten bevormundenden Mitteln stehen [Hervorh. d. Verf].“

