

dies gehe den Staat nichts an und er müsse sich aus solchen Fragen ganz grundsätzlich heraushalten.¹⁰³

3. Das Problem des Paternalismus

Einen noch einmal erhöhten Rechtfertigungsbedarf wirft edukatorisches Staatshandeln dort auf, wo es paternalistischen Charakter annimmt, also für sich in Anspruch nimmt, besser als der Betroffene selbst zu wissen, was für ihn gut ist. Hier sprechen zunächst gute Gründe dafür, im Ausgang von der Alleinzuständigkeit des Einzelnen und dementsprechend von einem Vorrang der eigenen Entscheidung auszugehen: In einer freiheitlichen Ordnung darf sich der Einzelne als Individuum selbst entwerfen, und wo man diesen Entwurf oder seine verschiedenen Einzelanwendungen anderen überlässt, sind, wie man nach aller historischen Erfahrung weiß, dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet. Andererseits kann dieser Vorrang entgegen den älteren Grundannahmen der liberalen Staatsphilosophie heute kein absoluter mehr sein, weil seine Grundannahmen brüchig geworden sind.¹⁰⁴ Zugrunde liegt ihm die Vorstellung eines rationalen Individuums, das seine Präferenzen bereits geformt hat und von hier aus selbst am besten entscheiden kann, was seinen Interessen dient. Ausgeblendet wird dabei aber der Vorgang der Formung dieser Präferenzen: In diesen können Faktoren eingehen, die dazu führen, dass die in der Freiheit liegenden Möglichkeiten nicht genutzt werden.¹⁰⁵ Ein Paternalismus, der hier unterstützend und ergänzend eingreift, ist dann nicht per se mit der Idee der Freiheit unverträglich. Zudem hat uns die neuere Verhaltensökonomik darüber belehrt, dass Menschen auch in für sie selbst lebenswichtigen Fragen viel häufiger irrational als

103 Wie hier Heinig (Fn. 100), S. 170 f.; darin liegt auch die Rechtfertigung von BVerfG, NJW 1999, 3399 (3401), siehe oben Fn. 36.

104 Für diese älteren Grundannahmen steht das bekannte Brückenbeispiel bei Mill (Fn. 73), S. 132f.; in diesem Beispiel geht es darum, ob man jemanden davon abhalten darf, eine einsturzgefährdete Brücke zu betreten, wenn dieser um die Gefahr weiß – was Mill im Ergebnis verneint.

105 Vgl. A. van Aaken, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus, in: Anderheiden u.a. (Fn. 22), S. 109 (133f.).

rational handeln: Die Kapazitäten zur Informationsaufnahme und -verarbeitung sind typischerweise begrenzt; wir können in der Regel schon nicht rational zwischen kurzfristigen und langfristigen Interessen gewichten; aufgrund einer überoptimistischen Disposition neigen wir alle dazu, Risiken systematisch zu unterschätzen; oft ändern sich auch unsere Einstellungen zu grundlegenden Verhaltensalternativen innerhalb eines Tages; und oft ist es nur eine Folge der jeweiligen äußeren Rahmenbedingungen, wie wir uns entscheiden.¹⁰⁶ Bekanntes Beispiel ist etwa der Organisationsgrad in einer Sozialversicherung (einer Gewerkschaft, einer Kirche etc.), der sich fundamental danach unterscheidet, ob die Mitgliedschaft nach einem Opt-in- oder einem Opt-out-Modell ausgestaltet ist, ob man sich in sie also erst hineinwählen muss oder ob man automatisch Mitglied ist, sich aber daraus wieder herauswählen kann. Im zweiten Fall ist der Organisationsgrad immer ganz signifikant höher – und dies bei ansonsten identischen Vor- und Nachteilen.

Gerade an dieser Stelle setzt die Idee eines weichen, sanften oder liberalen Paternalismus an, der Menschen helfen will, sich rationaler zu entscheiden, ohne sie unmittelbar zu zwingen. Das zentrale Mittel sollen dementsprechend vor allem „Anstöße“ und Veränderungen des äußeren Handlungskontextes sein.¹⁰⁷ Die Funktionsweise lässt sich an der Darreichung von Speisen in der Mensa einer amerikanischen Universität illustrieren, an der es, unterstellen wir, besonders viele Übergewichtige gibt. Ein strenger Liberaler würde dessen ungeachtet jeden obrigkeitlichen Einfluss auf den Speiseplan ablehnen und sagen, jeder Mensch dürfe kraft seiner Freiheit selbst entscheiden, ob er Obst oder Schokoladenpudding zum Dessert wolle. Ein harter Paternalist würde dafür plädieren, den Schokoladenpudding in dieser Lage ganz aus dem Angebot zu nehmen. Demgegenüber lässt der weiche Paternalist die Auswahl grundsätzlich zu, platziert aber den Pudding im Regal hinter den Früchten, so dass man sich mehr strecken muss, um an ihn heranzukommen. Entsprechende Versuche haben gezeigt, dass in diesem Fall

- 106 Im Einzelnen *H. Eidenmüller*, Liberaler Paternalismus, JZ 2011, 814 (815ff.); *van Aaken* (Fn. 105), S. 112ff.
- 107 Programmatisch *C. Sunstein/R. Thaler*, Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness?, 2009, S. 4ff.; ähnlich schon *dies.*, Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron, The University of Chicago Law Review 70 (2003), 1159ff.

im Ergebnis tatsächlich mehr Leute zu den Früchten greifen. Hierzu lande ist die yieldiskutierte „Ampel“ auf Lebensmitteln, die nach massiven Interventionen der entsprechenden Lobby vorerst vom Tisch ist, ein möglicher Anwendungsfall.¹⁰⁸ Ohne dass man dies im Einzelnen bewertet, zeigt es doch, wie sich die Diskussion vom klassischen liberalen Paradigma – jeder Einzelne weiß selbst am besten, was gut für ihn ist – wegbewegt hat und längst zu anderen Stufen der Differenzierung vorgedrungen ist. Paternalismus ist deshalb nicht gleich Paternalismus, und auch die Rechtfertigung wird zwischen verschiedenen Konstellationen und Erscheinungsformen differenzieren müssen.¹⁰⁹ Natürlich lassen sich dann bestimmte Extreme paternalistischen Handelns wie etwa ein vollständiges Verbot jeder Art von Selbstgefährdung als von vornherein unzulässig ausschließen. Aber außerhalb der philosophischen Diskussion, die sich an solchen Beispielen abarbeitet, schlägt das auch niemand ernsthaft vor. Entgegensteuern lässt sich den wirkmächtigen Tendenzen in diese Richtung daher auch hier kaum mit den Mitteln eines nach der reinen Lehre liberaler Philosophie ausgelegten Verfassungsrechts, sondern nur in jenen Diskursen gesellschaftlicher und demokratischer Selbstverständigung, in denen solche Tendenzen überhaupt erst artikuliert werden.

- 108 Zu den Diskussionen siehe BT-Drucks. 16/6788 und BT-Drucks. 16/7726. Der Mechanismus ist hier letztlich derselbe; der Konsument kann nach wie vor zu Bonbons oder Kartoffelchips greifen, muss dazu aber die innere Hürde überwinden, die im Übertreten einer roten Ampel nun einmal liegt.
- 109 So – mit je unterschiedlicher Schwerpunktsetzung – Heinig (Fn. 100), S. 170f.; von der Pfordten (Fn. 100), S. 93ff.; van Aaken (Fn. 105), S. 133ff.

