

KLAUS ULRICH SCHMOLKE

Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht

Jus Privatum

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 179



Klaus Ulrich Schmolke

Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht

Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik
im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht

Mohr Siebeck

Klaus Ulrich Schmolke, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaften in Trier und Lausanne; 2003 Promotion; 2006 LL.M. an der New York University School of Law; 2012 Habilitation; nach Lehrstuhlvertretung in Marburg seit April 2013 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort.

e-ISBN PDF 978-3-16-152304-5

ISBN 978-3-16-151971-0

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Das Thema Rechtspaternalismus, gerade auch im Zivilrecht, ist aktueller denn je. Ein Beispiel aus dem auch hier behandelten Verbraucher kreditrecht bietet der Koalitionsvertrag der Großen Koalition für die 18. Legislaturperiode auf S. 64, wo es heißt: „Die Inanspruchnahme des Dispositionskredits soll nicht zu einer übermäßigen Belastung eines Bankkunden führen. Daher sollen die Banken verpflichtet werden, beim Übertritt in den Dispositionskredit einen Warnhinweis zu geben; bei dauerhafter und erheblicher Inanspruchnahme sollen sie dem Kunden eine Beratung über mögliche kostengünstigere Alternativen zum Dispositionskredit anbieten müssen.“ Andere Beispiele für diesen von den einen als fürsorgend, von den anderen als bevormundend empfundenen Interventionismus lassen sich schnell finden. Die vorliegende Arbeit unternimmt es, der Legitimität solcher paternalistischen Regelungen im geltenden Privatrecht nachzuspüren und damit einen Beitrag zur allgemeineren Debatte um Grund und Grenzen der Privatautonomie, in Sonderheit der Vertragsfreiheit, zu leisten. Sie wurde im Herbsttrimester 2012 von der Bucerius Law School als Habilitationsschrift angenommen. Seitdem ist die Rechtsentwicklung vor allem in den untersuchten Bereichen des Ehevertragsrechts und des Verbraucherprivatrechts (gewohnt) dynamisch vorangeschritten. Dies hat nicht ganz unbedeutende Aktualisierungen nötig gemacht. So wurde die Arbeit soweit erforderlich an die mit Inkrafttreten des Verbraucherrechterichtlinie-Umsetzungsgesetzes zum 13. 6. 2014 geltende Rechtslage angepasst. Auch die am 4. 2. 2014 erlassene Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge wirft ihren Schatten voraus. Rechtsprechung und Literatur sind im Wesentlichen auf dem Stand von Ende 2013.

Mein herzlicher Dank gilt an erster Stelle meinem akademischen Lehrer Herrn Prof. Dr. *Holger Fleischer*, der mich in meiner Zeit an der Universität Bonn und später am MPI für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg auf vielfältige Weise unterstützt und gefördert hat. Herrn Prof. Dr. *Rüdiger Veil* danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Mein besonderer Dank gebührt zudem Herrn Prof. Dr. *Gerald Spindler*, der in seinem externen Drittgutachten in eindrucksvoller Art und Weise in einen Dialog mit meiner Arbeit getreten ist.

Für die Durchsicht einer früheren Version dieser Arbeit danke ich *Stephan Schneider*. Ferner möchte ich meinen Mitarbeitern am Erlanger Lehrstuhl für ihre Unterstützung bei den Korrektur- und Aktualisierungsarbeiten sowie der Erstellung des Sachregisters danken. Der VG Wort bin ich für ihre finanzielle Hilfe beim Druck dieser Arbeit dankbar.

Schließlich danke ich meiner Gefährtin Andrea und meiner Familie ganz herzlich dafür, dass sie mich während der Entstehung der vorliegenden Schrift in jeder Hinsicht unterstützt und jederzeit ermutigt haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin/Erlangen, im März 2014

Klaus Ulrich Schmolke

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XLV

Erster Teil

Einleitung

1

§ 1 Einführung in das Thema	1
I. Das Paternalismusparadox	1
II. Untersuchungsgegenstand und Untersuchungsziel	3
III. Untersuchungsmethode – Der verwendete Forschungsansatz	3
IV. Einordnung in die Debatte um Funktion und Grenzen der Privatautonomie	5
V. Gang der Untersuchung	6

Zweiter Teil

Grundlegung

9

§ 2 Paternalismus in der philosophischen Diskussion	9
I. Einführung	9
II. Der Paternalismusbegriff – Definition und Abgrenzung	10
III. Selbstbestimmung und Paternalismus – Zur Rechtfertigungs- bedürftigkeit paternalistischer Intervention	14
IV. Voraussetzungen autonomen Entscheidens und weicher Paternalismus	19
V. Grenzen der Selbstbestimmung und Zulässigkeit harten Paternalismus	25
VI. Das Verhältnismäßigkeitsgebot als Grenze zulässigen Paternalismus	30
VII. Der Schutz von Drittinteressen als Rechtfertigungs- alternative	32

VIII. Vertragliche Selbstbindung und Paternalismus im	
Besonderen	34
IX. Zusammenfassung	40
§ 3 Rechtspaternalismus und vertragliche Selbstbindung im Verfassungsrecht	42
I. Überblick über die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung	42
II. Grundrechtsdogmatische Verankerung der Paternalismus- debatte	47
III. Rechtspaternalismus und Grundrechtsverzicht	49
IV. Rechtspaternalismus als Eingriff in das Selbstbestimmungs- recht – Grundrechtsschutz gegen Paternalismus	55
V. Die Schutzpflichtdimension der Grundrechte – Grundrechts- schutz durch Paternalismus	70
VI. Synthese: Paternalistische Intervention bei vertraglicher Selbstbindung und Grundrechtsschutz	73
VII. Zwischenergebnis	87
§ 4 Neoklassische Rechtsökonomik und effizienter Rechtspaternalismus	89
I. Grundlagen der neoklassischen Rechtsökonomik	90
II. Die ökonomische Theorie der Vertragsfreiheit und ihrer Grenzen	120
III. Effizienzerwägungen als Rechtfertigung für Paternalismus	138
§ 5 Rechtspaternalismus im Lichte der modernen Verhaltensökonomik	174
I. Einführung	174
II. „Verhaltensanomalien“ – Empirisch belegte Abweichungen vom Standardmodell	178
III. Deskriptive Präferenztheorien	198
IV. Verhaltensökonomik und Standardmodell	205
V. Verhaltensökonomik als juristisches Forschungsinstrument	212
VI. Implikationen der Verhaltensökonomik für die Paternalis- musdebatte	215
§ 6 Zwischenfazit – Verfassungsrechtliche Einordnung und Anliegen der Arbeit	266
I. Effizienter Paternalismus als Ausfüllung verfassungsrechtlicher Vorgaben	266
II. Das Anliegen der Arbeit: Freiheitsschutz durch effizienten Paternalismus	269

Dritter Teil

Anwendung auf Referenzgebiete

271

§ 7 Ehevertragsrecht	271
I. Gegenstand und Fortgang der weiteren Untersuchung	271
II. Die gesetzlichen Grundlagen des Ehevertragsrechts	273
III. Die gerichtliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen – Stand der Erkenntnis	282
IV. Zwischenbefund und Fortgang der Untersuchung	349
V. Ökonomische Analyse des Scheidungsfolgen- und Ehevertragsrechts	369
VI. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Ehever- tragsrecht	438
VII. Verfassungsrechtliche Kontrollüberlegungen	511
VIII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	513
§ 8 Gesellschaftsrecht	523
I. Gegenstand und Fortgang der weiteren Untersuchung	524
II. Reichweite und Grenzen der Gesellschaftsvertragsfreiheit – Ein Überblick	526
III. Paternalistisches Gesellschaftsrecht – Drei Beispiele	534
IV. Institutionenökonomische Grundlagen	605
V. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Gesellschaftsrecht	626
VI. Verfassungsrechtliche Kontrollüberlegungen	693
VII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	694
§ 9 Verbraucherkreditrecht	705
I. Gang der weiteren Untersuchung	707
II. Die gesetzlichen Grundlagen des Verbraucherkreditrechts – Der Schutz des Verbraucher-Kreditnehmers im BGB	707
III. Ökonomische Grundlagen des Verbraucherkredits	779
IV. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Verbraucherkreditrecht	800
V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	899

Vierter Teil

Zusammenfassung der Ergebnisse

911

§ 10 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	911
I. Paternalismus in der philosophischen Diskussion	911

II. Rechtspaternalismus und Verfassungsrecht	913
III. Effizienter Paternalismus im Vertragsrecht	915
IV. Die verhaltensökonomische Fundierung paternalistischer Intervention	921
V. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Ehevertragsrecht	929
VI. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Gesellschaftsrecht	938
VII. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Verbraucherkreditrecht	949
Literaturverzeichnis	957
Sachregister	1009

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XLV

Erster Teil

Einleitung

1

§ 1 Einführung in das Thema	1
I. Das Paternalismusparadox	1
II. Untersuchungsgegenstand und Untersuchungsziel	3
III. Untersuchungsmethode – Der verwendete Forschungsansatz	3
IV. Einordnung in die Debatte um Funktion und Grenzen der Privatautonomie	5
V. Gang der Untersuchung	6

Zweiter Teil

Grundlegung

9

§ 2 Paternalismus in der philosophischen Diskussion	9
I. Einführung	9
II. Der Paternalismusbegriff – Definition und Abgrenzung	10
1. Konstitutive Begriffselemente – Definitionsvorschläge des Schrifttums	10
2. Zu den Begriffsmerkmalen im Einzelnen	11
2.1 Beschränkung der Freiheit oder Selbstbestimmung	11
2.2 Sicherung des Wohls des von der Freiheitsbeschränkung Betroffenen als Endzweck	12
2.2.1 Theoretische Abgrenzung	12
2.2.2 Praktische Vermischung – Motivbündel und unreiner Paternalismus	13

III. Selbstbestimmung und Paternalismus – Zur Rechtfertigungsbedürftigkeit paternalistischer Intervention	14
1. Die deontologische Begründung des Rechts auf Selbstbestimmung bei Kant	14
2. Die utilitaristische Begründung des Paternalismusverbots bei Mill	16
3. Begründungsansätze der modernen angelsächsischen politischen Philosophie	18
IV. Voraussetzungen autonomen Entscheidens und weicher Paternalismus	19
1. Die Voraussetzungen selbstbestimmten Entscheidens bei Mill	20
2. Weicher und harter Paternalismus – Die Konzeption Feinbergs	20
3. Selbstbestimmungsdefizite als Rechtfertigung weichen Paternalismus – Der Meinungs- und Erkenntnisstand in der philosophischen Debatte	21
4. Insbesondere: Selbstbestimmung und die Maßgeblichkeit der eigenen Präferenzen	23
5. Zur Rechtfertigungsbedürftigkeit weich paternalistischer Maßnahmen	24
6. Weicher Paternalismus und Erwerb individueller Entscheidungskompetenz	24
V. Grenzen der Selbstbestimmung und Zulässigkeit harten Paternalismus	25
1. Vermutung der mangelnden „Freiwilligkeit“ der Entscheidung bei besonders nachteiligen Entscheidungsfolgen	26
2. Freiheitsmaximierung als Legitimation harten Paternalismus	27
3. Schutz von Langzeitpräferenzen, insbesondere Integritätsschutz nach Kleinig	28
4. Der Mensch als Gemeinschaftswesen, Aufspaltung des Selbst und Einwilligungsfiktion	30
VI. Das Verhältnismäßigkeitsgebot als Grenze zulässigen Paternalismus	30
1. Vorrang des Lernens aus Fehlern	31
2. Vorrang der am wenigsten beschränkenden Intervention	31
3. Asymmetrischer Paternalismus insbesondere	32
VII. Der Schutz von Drittinteressen als Rechtfertigungsalternative	32
1. Selbstbezüglichkeit und soziale Bedeutung menschlichen Verhaltens	33
2. Primär eigene Angelegenheiten als Reservat gegenüber drittschützenden Freiheitseingriffen	33

VIII. Vertragliche Selbstbindung und Paternalismus im Besonderen	34
1. Vertragliche Bindung und Selbstschädigung	35
2. Ethische Legitimität der paternalistischen Einschränkung vertraglicher Selbstbindung	36
2.1 Weicher Paternalismus	36
2.2 Harter Paternalismus	36
2.2.1 Mill zur Freiheitsbeschränkung durch Vertrag	37
2.2.2 Selbstbestimmte Entscheidung und selbstbestimmtes Leben	37
3. Rechtfertigungsalternativen für den Eingriff in die Vertragsfreiheit	39
IX. Zusammenfassung	40
§ 3 Rechtspaternalismus und vertragliche Selbstbindung im Verfassungsrecht	42
I. Überblick über die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung	42
1. Die Rspr. des BVerfG zur Einschränkung selbstgefährdenden und selbstschädigenden Verhaltens	42
1.1 Eingriffsrechtfertigung durch Dritt- und Gemeinwohlinteressen	43
1.2 Fehlen der subjektiven Voraussetzungen einer autonomen Entscheidung	43
1.3 Eingriffsbefugnis wegen sonst drohenden größeren persönlichen Schadens?	44
2. Die Rspr. des BVerfG zur Einschränkung der Vertragsfreiheit zum Schutze einer Vertragspartei	45
II. Grundrechtsdogmatische Verankerung der Paternalismusdebatte	47
1. Befund	47
2. Zum Verhältnis von Grundrechtsverzicht, Eingriff und Schutzpflicht	47
III. Rechtspaternalismus und Grundrechtsverzicht	49
1. Begriffliche Klärung	49
2. Grundrechtstheoretisches Vorverständnis – liberale vs. objektiv-rechtliche Grundrechtsinterpretation	50
3. Stand der Diskussion zur Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts	51
4. Schranken des Grundrechtsverzichts bei privatvertraglicher Selbstbindung	53
IV. Rechtspaternalismus als Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht – Grundrechtsschutz gegen Paternalismus	55
1. Betroffene Grundrechte	55
2. Eingriff	56

3. Grundrechtsschranken – Verfassungsrechtliche	
Rechtfertigung paternalistischer Intervention	57
3.1 Standpunkt der h.L. – Prinzipielles Verbot von	
Eingriffen zum Schutz des autonomen Entscheiders . .	57
3.2 Menschenwürde?	58
3.2.1 Meinungsstand	58
3.2.2 Stellungnahme	59
3.3 Freiheitsmaximierung und „Integritätsschutz“ als	
Legitimation paternalistischer Intervention?	61
3.3.1 Untauglichkeit der Freiheitsmaximierung als	
Eingriffsrechtfertigung	61
3.3.2 Eingriffsrechtfertigung durch „Integritätsschutz“? .	62
3.3.3 Zeitinkonsistentes Verhalten aufgrund von	
Defiziten des Entscheidungsprozesses	63
3.4 Zur Voraussetzung freier Willensentscheidung –	
Verfassungsrechtliche Zulässigkeit weichen	
Paternalismus	63
3.4.1 Zulässigkeit paternalistischer Eingriffe bei Defiziten	
der Selbstbestimmung	63
3.4.2 Anforderungen an die selbstbestimmte	
Entscheidung – Die Diskussion in der Literatur . .	64
3.4.3 Anforderungen an die selbstbestimmte Entschei-	
dung – Aussagen in der Rspr. des BVerfG	65
3.4.4 Fazit	66
3.5 Die Berufung auf Dritt- und Gemeinwohlinteressen . .	66
3.5.1 Problembeschreibung	66
3.5.2 Die finanzielle Belastung der sozialen Sicherungs-	
systeme	68
3.5.3 Aggregation von Individualinteressen	69
4. Gebot der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs – Das Prinzip	
des „schonendsten Paternalismus“	69
V. Die Schutzpflichtdimension der Grundrechte – Grundrechts-	
schutz durch Paternalismus	70
1. Die Schutzpflichtdimension der Grundrechte	70
1.1 Umfang verfassungsgerichtlicher Kontrolle der	
Schutzpflichtenerfüllung	71
1.2 Grundrechtliche Ambivalenz der Schutzmaßnahme	
im Hinblick auf verschiedene Grundrechtsträger	71
2. Grundrechtliche Ambivalenz der paternalistischen	
Intervention für den Schutzadressaten	72
VI. Synthese: Paternalistische Intervention bei vertraglicher	
Selbstbindung und Grundrechtsschutz	73
1. Grundrechtsschutz und vertragliche Selbstbindung –	
Der Grundsatz	74

1.1 Vertragliche Selbstbindung als Ausübung grundrechtlicher (Vertrags-)Freiheit	74
1.2 (Paternalistische) Vertragsabschluss- und -inhaltsregulierung als Grundrechtseingriff	75
1.3 Gewährleistung effektiver Vertragsdurchsetzung als grundrechtliches Schutzgebot	75
1.4 Gewährleistung effektiver Vertragsdurchsetzung als gerechtfertigter Grundrechtseingriff	76
2. Grundrechtsschutz und weicher Paternalismus im Rahmen vertraglicher Selbstbindung	76
2.1 Selbstbestimmungsdefizite als Eingriffsrechtfertigung . .	76
2.2 Selbstbestimmungsdefizite als Auslöser staatlicher Schutzpflichten	77
2.3 Funktionsvoraussetzungen autonomer vertraglicher Selbstbindung – Konkretisierungsansätze in der Rspr. des BVerfG und der Literatur	77
2.3.1 Die verfassungsgerichtliche Rspr. zur staatlichen Schutzpflicht bei Fremdbestimmung aufgrund „struktureller Unterlegenheit“	78
2.3.2 Bewertung der Rspr. des BVerfG durch das Schrifttum	79
2.3.3 Weitere Konkretisierungsleitlinien aus dem Schrifttum	81
2.3.3.1 Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der §§ 104 ff., 119 ff., 138 Abs. 2 BGB	81
2.3.3.2 „Außergesetzliche Willensmängel“ – Ansätze für eine Fallgruppenbildung	82
2.4 Konkretisierungsaufgabe und -vorrang des (einfachen) Zivilrechts	82
2.4.1 Gesetzgeberischer Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum	82
2.4.2 Verhältnis von Zivilrecht und Verfassungsrecht bei der richterlichen Wahrnehmung des staatlichen Schutzauftrages	83
2.4.3 Fazit	84
3. Grundrechtsschutz und harter Paternalismus im Rahmen vertraglicher Selbstbindung	84
3.1 Meinungsbild im staats- und zivilrechtlichen Schrifttum	84
3.2 Stellungnahme	86
VII. Zwischenergebnis	87
§ 4 Neoklassische Rechtsökonomik und effizienter Rechtspaternalismus	89
I. Grundlagen der neoklassischen Rechtsökonomik	90

1. Das ökonomische Effizienzziel	90
1.1 Effizienz als normatives Ziel der neoklassischen Wohlfahrtsökonomik	90
1.1.1 Wohlfahrtsmaximierung durch effiziente Verteilung knapper Mittel als normatives Hauptziel	90
1.1.2 Normativer Individualismus und soziale Wohlfahrtsfunktion	91
1.1.3 Folgenbewertungen von Sozialwahlentscheidungen – Effizienzkriterien	92
1.1.3.1 Pareto-Kriterium	92
1.1.3.2 Kaldor-Hicks-Kriterium und abgeleitete Entscheidungsregeln	93
1.1.4 Das Kardinalproblem des interpersonellen Nutzenvergleichs	96
1.1.4.1 Die utilitaristischen Wurzeln des Effizienzziels	96
1.1.4.2 Die Kritik von Robbins am klassischen Utilitarismus	97
1.1.4.3 Die Entwicklung des Kaldor-Hicks-Kriteriums als Reaktion auf Robbins	98
1.1.4.4 Soziale Wohlfahrtsfunktion und das Unmöglichkeitstheorem von Arrow	98
1.1.4.5 Subjektivismus und Kritik des herkömmlichen Effizienzbegriffs	99
1.1.5 Jenseits des Effizienzkriteriums – Überindividuelle Gerechtigkeitskriterien und Abwägungsverbote	100
1.1.5.1 Überindividuelle Gerechtigkeitskriterien und Kritik	101
1.1.5.2 Liberale Rechte und unveräußerliche Rechte als Abwägungsverbote	103
1.1.5.3 Präferenzautonomie und einmischende Präferenzen	105
1.2 Effizienz als normatives Ziel der ökonomischen Analyse des Vertragsrechts	106
2. Ökonomisches Verhaltensmodell herkömmlicher Prägung	106
2.1 Die REMM-Hypothese – Begriff und Komponenten	107
2.1.1 Definition	107
2.1.2 REMM-Hypothese als Ausprägung zweckrationalen Verhaltens (rational choice)	107
2.2 Handlungsziele – interessegeleitetes, eigennütziges Verhalten	108
2.2.1 Eigennutz als Präferenzinhalt und Handlungs- ziel	108
2.2.2 Zur Aussagekraft der Eigennutzannahme	109

2.2.2.1 Eigennutz und urteilsbestimmtes Verhalten . . .	109
2.2.2.2 Eigennutz und Theory of Revealed Preferences .	109
2.2.2.3 Eigennutz und Beachtlichkeit sog. „Einmischender Präferenzen“	110
2.3 Rationale Präferenzordnung – Maximierungs- komponente I	111
2.3.1 Axiome rationaler Präferenzordnung nach von Neumann und Morgenstern	111
2.3.2 Entscheidungen unter Risiko und Unsicherheit . . .	112
2.3.2.1 Riskante Entscheidungen – Erwartungsnutzen- theorie	112
2.3.2.2 Unsicherheit im engeren Sinne und Bayesian Updating	113
2.3.3 Präferenzordnung bei intertemporalen Entscheidungen	113
2.3.3.1 Dominantes Modell – Discounted Utility Theory (DUT)	114
2.3.3.2 Die Annahmen des Diskontierungsmodells . . .	115
2.3.3.3 Fazit	115
2.4 Optimale Inputberücksichtigung – Maximierungs- komponente II	116
2.4.1 Die Annahme optimaler Informationsaufnahme- und -verarbeitungskapazität	116
2.4.2 Beschränkte Rationalität – „Satisficing“ nach Simon	116
2.5 Methodologischer Stellenwert des REMM	118
II. Die ökonomische Theorie der Vertragsfreiheit und ihrer Grenzen	120
1. Das (präsumptive) ökonomische Argument für die Vertragsfreiheit	121
1.1 Erstes Wohlfahrtstheorem als Argument für die Vertragsfreiheit	121
1.2 Coase-Theorem als Argument für die Vertragsfreiheit .	122
2. „Marktversagen“ als Argument gegen die unbeschränkte Vertragsfreiheit	124
2.1 Vorweg: Negative externe Effekte	125
2.2 Informationsasymmetrien als Kardinalproblem effizienter Vertragsschlüsse	126
2.2.1 Das Problem adverser Selektion als gedanklicher Ausgangspunkt	127
2.2.2 Parameterabhängige Effizienz von Eingriffen in die Vertragsfreiheit	127
2.2.3 Aufschlüsselung in Signalling- und Screening- Szenarien	128

2.2.3.1 Effizienzsteigernder Eingriff in die Vertragsfreiheit im Signalling-Szenario	129
2.2.3.2 Wohlfahrtsimplikationen rechtlicher Intervention im Screening-Szenario	129
2.2.4 Informationsasymmetrien bei Verhandlungsungleichgewicht	130
2.3 Rationalitätsdefizite als Form des Verhandlungsversagens im Besonderen	131
2.3.1 Wohlfahrtsverluste bei beschränkter Rationalität einer Vertragspartei	132
2.3.2 Wohlfahrtsverluste bei systematischen Entscheidungsfehlern	133
3. Zwischenfazit – Effizienzziel und Funktion des Vertragsrechts	133
3.1 Zulassung von Markttransaktionen	134
3.2 Erleichterung von Markttransaktionen	134
3.3 Simulation des Marktmechanismus	135
4. Eingriffe in die Vertragsfreiheit: Effizienz versus Verteilungsgerechtigkeit	135
4.1 Das Verhältnis von Effizienz und Umverteilung	136
4.2 Umverteilung zwischen den Vertragsparteien	137
III. Effizienzerwägungen als Rechtfertigung für Paternalismus	138
1. Vorweg: Negative Externalitäten als untaugliche Begründung für Rechtspaternalismus	139
2. Ausgewählte Konzepte eines effizienzsteigernden Paternalismus	139
2.1 Vorarbeiten: Vereinbarkeit von Paternalismus und Effizienzziel (Kennedy)	139
2.2 Effizienz als bloße Teilerklärung von Paternalismus im Vertragsrecht (Kronman)	140
2.2.1 Unabdingbarkeit bestimmter Gewährleistungsrechte und Produktstandards	141
2.2.2 (Übermäßiger) Verzicht auf persönliche Freiheit	141
2.2.3 Zwingende Widerrufsmöglichkeiten	142
2.3 Präferenzformung durch Recht (Sunstein)	142
2.4 Präferenzinkonsistenzen im Zeitverlauf und effizienter Paternalismus (Burrows)	143
2.5 Ein Modell zur Effizienzmessung paternalistischer Maßnahmen (Zamir)	145
2.5.1 Zur Vereinbarkeit von Effizienzziel und Paternalismus	145
2.5.2 Das Modell zur Effizienzmessung paternalistischer Intervention	147
2.6 Zwischenergebnis und weiteres Vorgehen	148

2.6.1 Maßgeblichkeit der Entscheiderpräferenzen für effizienten Paternalismus	148
2.6.2 Marktversagen als Rechtfertigung der paternalistischen Intervention	149
2.6.3 Kosten-Nutzen-Kalkül des effizienten Paterna- lismus – Maßgeblichkeit des Aggregats	150
2.6.4 Das Verhältnis zu freiheits- und autonomiebasierten Paternalismuskonzepten	151
2.6.5 Weiteres Vorgehen	152
3. Kosten- und Nutzenpositionen eines effizienten Paternalismus im Vertragsrecht	153
3.1 Nutzen – Marktversagen als Voraussetzung effizienten Paternalismus	154
3.1.1 Marktversagen wegen einer Dysfunktion im Verhältnis der Kontrahenten zueinander	155
3.1.1.1 Informationsasymmetrien	155
3.1.1.2 Ungleiche Verhandlungsmacht und Manipulation des Vertragspartners	156
3.1.2 Rationalitätsdefizite als maßgeblicher Ansatzpunkt	159
3.1.2.1 Informationsaufnahme- und -verarbeitungs- defizite	160
3.1.2.2 Systematische Entscheidungsfehler	160
3.1.2.3 Akute Impulse und motivatorische Verzerrungen	161
3.1.2.4 Mangelnde teleskopische Fähigkeiten – Begrenztes Vorstellungsvermögen	161
3.1.2.5 Fehlende Reflexion	162
3.2 Kosten der rechtspaternalistischen Intervention	162
3.2.1 Kosten für den Intervenienten – Rechtsetzungs- und -anwendungskosten	162
3.2.2 Verteuerung der Transaktion für die Rechtsunter- worfenen	163
3.2.3 Intrinsischer Nutzen der Entscheidungsfreiheit und Frustrationskosten	163
3.2.4 Lerneffekte und Langzeitnutzen – Kosten ihrer Vereitelung	164
3.2.5 Frustrationskosten bei fehlerhafter oder sachwidrig motivierter Entscheidung des Intervenienten	165
3.2.5.1 Das Wissensproblem des Intervenienten	165
3.2.5.2 Beschränkte Rationalität des Intervenienten	166
3.2.5.3 Verfolgung effizienzfremder Motive (Missbrauch)	166

3.2.5.4 Fehlerhafte Intervention versus irrtümliche Untätigkeit	167
3.2.6 Heterogenität des Adressatenkreises – Über- und Unterinklusion	167
3.2.7 Die Idee des asymmetrischen Paternalismus	168
3.3 Theoretische Konvergenz von Intervention und Präferenz des Entscheiders	168
3.4 Summe – Das Kosten-Nutzen-Kalkül effizienten Paternalismus	170
§ 5 Rechtspaternalismus im Lichte der modernen Verhaltensökonomik	174
I. Einführung	174
1. Bedeutung der Verhaltensökonomik für den Untersuchungsgegenstand	176
2. Fortgang der Untersuchung	177
II. „Verhaltensanomalien“ – Empirisch belegte Abweichungen vom Standardmodell	178
1. Fehler bei der Informationsaufnahme und -verarbeitung – Heuristiken und Wahrnehmungsverzerrungen	179
1.1 Vorbemerkungen zur Klärung der Begriffe	179
1.2 Komplexität und Unsicherheit der Entscheidung als Auslöser und Verstärker systematischer Entscheidungsfehler	180
1.2.1 Komplexität der Entscheidung und information overload	180
1.2.2 Entscheidungen unter Unsicherheit	181
1.3 Heuristiken und Wahrnehmungsverzerrungen	182
1.3.1 Verfügbarkeitsheuristik und Rückschaufehler	182
1.3.2 Verzerrung durch kognitive Anker	183
1.3.3 Ähnlichkeitsheuristik und verwandte Phänomene	183
1.3.4 Fortschreibung gegenwärtiger Präferenzen und Projektionsfehler	185
1.3.5 Überoptimismus und Selbstüberschätzung	185
1.3.6 Außerachtlassung kleiner Wahrscheinlichkeiten	187
2. Begrenzter Eigennutz – Fairness und soziale Präferenzen	188
3. Abweichungen von den Axiomen rationaler Präferenzordnung	189
3.1 Referenzpunktabhängigkeit von Präferenzen und Verlustaversion	190
3.2 Präferenzen bei Entscheidungen unter Risiko und Unsicherheit	192
3.2.1 Allais-Paradoxon und Sicherheitseffekte	192
3.2.2 Ellsberg-Paradoxon und Ambiguitätsaversion	193

3.3 Vergleichende Bewertung von Entscheidungs- alternativen und Menüeffekte	194
4. Zeitinkonsistentes Verhalten und Probleme der Selbstkontrolle	195
4.1 Die Darstellung quasi-hyperboler Diskontierung im β - δ -Modell	196
4.2 Selbsteinschätzung der Entscheider und Wohlfahrts- implikationen	197
III. Deskriptive Präferenztheorien	198
1. Prospect-Theorie	199
2. Kumulative Prospect-Theorie	201
3. Regret- und Disappointment-Theorie	202
3.1 Regret-Theorie	202
3.2 Disappointment-Theorie	203
4. Support-Theorie	204
IV. Verhaltensökonomik und Standardmodell	205
1. Relevanz der Verhaltensanomalien im Aggregat	205
2. Beharrlichkeit der Verhaltensanomalien in der realen Welt	206
3. Alternativerklärungen auf der Grundlage des Standardmodells	208
4. Konsequenzen für die ökonomische Theorie	210
V. Verhaltensökonomik als juristisches Forschungsinstrument	212
1. Die besonderen Herausforderungen der verhaltens- ökonomischen Rechtsanalyse	213
2. Verbleibende Vorzüge der verhaltensökonomischen Rechtsanalyse	215
VI. Implikationen der Verhaltensökonomik für die Paternalismus- debatte	215
1. Verhaltensökonomik und „Neuer Paternalismus“	216
2. Verhaltensökonomisch fundierte Paternalismuskonzepte in der Diskussion	218
2.1 „Libertärer Paternalismus“ – Die Konzeption von Sunstein und Thaler	219
2.2 Das Konzept des „asymmetrischen Paternalismus“	221
2.3 Einbeziehung von Lernkosten und Kosten für externe Entscheidungshilfe in die verhaltensökonomische Recht- fertigung von Rechtspaternalismus (Rachlinski I)	224
2.4 Die Kosten des Rechtspaternalismus – Berücksich- tigung der Heterogenität des Adressatenkreises (Rachlinski II)	225
2.5 Das Prinzip des schonendsten Paternalismus (van Aaken)	226
2.6 „Debiasing through Law“ (Jolls/Sunstein)	228

2.7 Rechtspaternalistisches Effizienzkalkül bei irrationalem Optimismus (Williams)	229
3. Kritik am verhaltensökonomisch begründeten „Neuen Paternalismus“	232
3.1 Zum Verhältnis von Libertarismus und Paternalismus (Mitchell)	232
3.1.1 Zur Vermeidbarkeit eines paternalistischen Regelungsrahmens	232
3.1.2 Paternalismusziele: Selbstbestimmung versus Wohlfahrt	233
3.1.3 Die redistributiven Konsequenzen des „libertären Paternalismus“	234
3.1.4 Folgerung	235
3.2 Zu den Kosten des „Neuen Paternalismus“	235
3.2.1 Nachteilige Auswirkungen auf das Lernverhalten und die Entwicklung von Entscheidungskompetenz (Klick/Mitchell)	235
3.2.2 Das Wissensproblem des „Neuen Paternalismus“ (Rizzo/Whitman)	237
3.2.3 Rationalitätsdefizite des paternalistischen Intervenienten	239
3.2.4 Public Choice und „Neuer Paternalismus“	240
3.2.5 Negative Dynamik des „Neuen Paternalismus“	240
4. Bewertung der Kritik am „Neuen Paternalismus“	241
4.1 Individuelle Wohlfahrt, Selbstbestimmung und Paternalismus im Vertragsrecht – Zur Kritik von Mitchell	241
4.2 Einflussnahme auf die Präferenzformung und „Neuer Paternalismus“	242
4.3 Zu den Kosten des verhaltensökonomisch begründeten Paternalismus	243
4.3.1 Kosten ausbleibender Lernerfolge	244
4.3.2 Noch einmal: Zum Wissensproblem des Intervenienten	245
4.3.3 Sachfremde Regulierungsmotive und „Slippery Slope“	246
4.4 „Neuer Paternalismus“ als Mittel der Disziplinierung staatlicher Gewalt	246
5. Integration der verhaltensökonomischen Erkenntnisse in das Konzept des effizienten Paternalismus im Vertragsrecht	248
5.1 Ziel: präferenzkonforme reflektierte Entscheidung des Schutzadressaten	248
5.2 Anknüpfungspunkt: Defizite der Präferenzformung und -betätigung	248

5.3 Wahrscheinlichkeitsbewertung auf verhaltens- ökonomischer Grundlage	249
5.4 Konkretisierung der Tatbestandsseite	250
5.4.1 Das Problem der Heterogenität: Differenzierung und Typisierung	250
5.4.2 Zeitinkonsistentes Verhalten und Probleme der Selbstdisziplin	253
5.4.3 Zur Bedeutung „struktureller Unterlegenheit“ eines Vertragsteils	255
5.5 Das rechtspaternalistische Interventions- instrumentarium	256
5.5.1 Die eingesetzten Mittel: Wahlhilfen und Wahlbeschränkungen	256
5.5.2 Zum Verhältnis von Wahlhilfen und Wahlbeschränkungen	258
5.5.3 Zum Einsatz von Wahlhilfen	260
5.5.3.1 Abstimmung von Verhaltensanomalie und Wahlhilfe	260
5.5.3.2 Insbesondere: Zur Rolle des Informations- modells	261
5.5.4 Zum Einsatz von Wahlbeschränkungen	263
5.5.4.1 Postventive Vertragsinhaltskontrolle anhand von Generalklauseln	263
5.5.4.2 Abstrakt-generelle Vertragsinhalts- beschränkung	265
§ 6 Zwischenfazit – Verfassungsrechtliche Einordnung und Anliegen der Arbeit	266
I. Effizienter Paternalismus als Ausfüllung verfassungsrecht- licher Vorgaben	266
1. Rechtfertigungsbedürftigkeit des Grundrechtseingriffs und Marktversagen	266
2. Grundrechtlicher Schutz vor Paternalismus und Maßgeblichkeit der Entscheiderpräferenzen	267
3. Grundrechtlicher Schutz durch Paternalismus	268
4. Verhaltensökonomisch fundierter effizienter Paternalismus als Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgebots	268
II. Das Anliegen der Arbeit: Freiheitsschutz durch effizienten Paternalismus	269
1. Effizienter Paternalismus als Analyse- und Rationalisie- rungsinstrument	269
2. Effizienter Paternalismus als Schutz vor übermäßigem Rechtspaternalismus	270

Dritter Teil

Anwendung auf Referenzgebiete

271

§ 7 Ehevertragsrecht	271
I. Gegenstand und Fortgang der weiteren Untersuchung	271
1. Untersuchungsgegenstand und Begriffsbestimmung	271
2. Gang der weiteren Untersuchung	273
II. Die gesetzlichen Grundlagen des Ehevertragsrechts	273
1. Güterrechtliche Vereinbarungen, § 1408 Abs. 1 BGB	274
1.1 Grundsatz der Vertragsfreiheit, §§ 1363 Abs. 1, 1408 Abs. 1 BGB	274
1.2 Formale Wirksamkeitsvoraussetzungen, § 1410 BGB	275
1.3 Inhaltsbeschränkungen	276
2. Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich, §§ 1408 Abs. 2 BGB, 6 ff. VersAusglG	277
2.1 Grundsatz der Vertragsfreiheit	277
2.2 Formale Wirksamkeitsvoraussetzungen, §§ 7 VersAusglG, 1410 BGB	278
2.3 Inhaltsbeschränkungen	278
2.3.1 § 8 Abs. 2 VersAusglG – Kein Vertrag zulasten Dritter	279
2.3.2 § 8 Abs. 1 VersAusglG – Bestätigung der Rspr. zur Vertragsinhaltskontrolle	279
2.4 Wegfall der Fristenregelung des § 1408 Abs. 2 S. 2 BGB a.F.	279
3. Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt	280
3.1 Überblick über das Recht des nachehelichen Unterhalts	280
3.2 Grundsatz der Vertragsfreiheit	280
3.3 Formale Wirksamkeitsvoraussetzungen, § 1585c S. 2 und 3 BGB	281
3.4 Inhaltsbeschränkungen	282
III. Die gerichtliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen – Stand der Erkenntnis	282
1. Die Rspr. des BGH vor der Entscheidung BVerfGE 103, 89	283
1.1 Grundsatz der „vollen Vertragsfreiheit“	283
1.2 Gesetzliches Verbot nach § 134 BGB	283
1.3 Sittenwidrigkeit des Ehevertrags nach § 138 BGB	284
1.3.1 Sittenwidriges Zusammenwirken zum Nachteil Dritter	284

1.3.2 Ausnutzung einer Zwangslage oder der Unerfahrenheit des Partners	285
1.4 Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB)	286
1.5 Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)	287
2. Das Echo im wissenschaftlichen Schrifttum	288
2.1 Die These von der generellen „strukturellen Unterlegenheit“ der Frau (Schwenzer)	288
2.2 Die These von der „strukturellen Unterlegenheit“ der nicht verheirateten, schwangeren Frau (Dethloff)	289
2.3 „Strukturelle Unterlegenheit“ und gemeinsame Elternverantwortung (Büttner)	289
2.4 Neubestimmung der Sittenwidrigkeitsschranke bei grundsätzlicher Ehevertragsfreiheit (Coester-Waltjen)	291
3. Die Rechtsprechung des BVerfG zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen	292
3.1 Das Urteil vom 6.2.2001 zur Freistellung vom Kindesunterhalt	292
3.1.1 Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 4 GG vor unangemessener Benachteiligung durch Ehevertrag	292
3.1.1.1 Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG	293
3.1.1.2 Anspruch auf Schutz der werdenden Mutter nach Art. 6 Abs. 4 GG	294
3.1.2 Schutz des Kindeswohles aus Art. 6 Abs. 2 GG	296
3.2 Bestätigung in BVerfG NJW 2001, 2248 = FamRZ 2001, 985	297
3.3 Exkurs: Ausstrahlung von Art. 6 Abs. 1 i.V.m. 3 Abs. 2 GG auf den Vermögensausgleich nach Scheidung	298
4. Echo in der Literatur	299
4.1 Bewertung und Tragweite der BVerfG-Rechtsprechung	299
4.2 Interpretation der Entscheidungen und Folgefragen	300
4.2.1 Vorliegen einer einseitigen Lastenverteilung	300
4.2.2 Bedeutung der „strukturell ungleichen Verhandlungsstärke“	301
4.2.3 Instrumente der Inhaltskontrolle (Rechtsfolgende)	302
5. Die Reaktion des BGH auf das BVerfG in BGHZ 158, 81	303
5.1 Kernbereichslehre	304
5.1.1 Grundsatz der Disponibilität	304
5.1.2 Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen als Inhaltsschranke	305
5.1.3 Rangfolge der Scheidungsfolgen	305

5.2 Mittel und Maßstab der Inhaltskontrolle	307
5.2.1 Keine Entbehrlichkeit richterlicher Überprüfung bei notarieller Belehrung	308
5.2.2 Wirksamkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB . . .	308
5.2.3 Ausübungskontrolle nach § 242 BGB	309
6. Die weitere Entwicklung der BGH-Rspr. im Lichte der Reformgesetze	309
6.1 Wirkrichtung der Reformgesetze und Inhaltskontrolle von Eheverträgen	310
6.1.1 Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Unterhaltsrechtsreform	311
6.1.1.1 Reformziel: Stärkung der Eigenverantwortung geschiedener Ehegatten	312
6.1.1.2 Die Neufassung des § 1570 BGB	313
6.1.1.3 Die Beurkundungspflicht nach § 1585c S. 2 BGB n.F.	315
6.1.1.4 Ableitungen und Erwartungen	315
6.1.2 Auswirkungen des VAStrRefG auf Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich	322
6.1.2.1 Erweiterter Gestaltungsspielraum der Eheleute durch die Reform	323
6.1.2.2 Beurkundungserfordernis nach § 7 Abs. 1 VersAusglG	324
6.1.2.3 Verankerung der richterlichen Inhaltskontrolle in § 8 Abs. 1 VersAusglG	325
6.2 Die Rspr. des BGH seit BGHZ 158, 81	326
6.2.1 Kein unverzichtbarer Mindeststandard an Scheidungsfolgen	327
6.2.2 Kernbereichslehre und Ausgleich ehebedingter Nachteile	327
6.2.2.1 Zentrale Bedeutung der „Ehebedingtheit“ der (voraussichtlichen) Nachteile	328
6.2.2.2 Kernbereich und Rang von Versorgungs- und Zugewinnausgleich	330
6.2.3 Wirksamkeitskontrolle (§ 138 Abs. 1 BGB)	332
6.2.3.1 Zur Bedeutung subjektiver Vertragsdisparität für die Sittenwidrigkeit	332
6.2.3.2 Einzel- und Gesamtwürdigung der ehever- traglichen Regelungen	335
6.2.3.3 Zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt	335
6.2.3.4 Spruchpraxis: Sittenwidrigkeit nur in klaren Ausnahmefällen	337
6.2.3.5 Zur Frage der Gesamt- oder Teilnichtigkeit . . .	337
6.2.4 Ausübungskontrolle nach §§ 242, 313 BGB	339

6.2.4.1 Dogmatische Einordnung: Rechtsmissbrauch und Wegfall der Geschäftsgrundlage	339
6.2.4.2 Rechtsfolge: Vertragsanpassung zum Ausgleich ehebedingter Nachteile	341
6.2.5 Modifizierte Scheidungsfolgen und Kompensationszahlungen	343
6.2.6 Richterliche Kontrolle überhöhter Leistungen	345
6.2.7 Sittenwidrigkeit wegen Belastung des Sozialhilfeträgers und Verhältnis zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen	346
6.3 Die Kritik des Schrifttums an der Kernbereichslehre des BGH	348
IV. Zwischenbefund und Fortgang der Untersuchung	349
1. Der rechtspaternalistische Kern der richterlichen Ehevertragskontrolle	350
1.1 Drittschützende Dimension der richterlichen Ehevertragskontrolle	350
1.1.1 Eheverträge zu Lasten gemeinsamer Kinder	350
1.1.2 Verträge zu Lasten anderer Unterhaltsberechtigter	351
1.1.3 Verträge zu Lasten der Sozialkassen und Versorgungsträger	352
1.1.3.1 Unterhaltsverzicht	352
1.1.3.2 Unterhaltsverstärkung	353
1.1.3.3 Versorgungsausgleich – Verzicht und Modifikation	354
1.1.3.4 Verzicht auf Zugewinnausgleich	355
1.2 Paternalistischer Kern der Inhaltskontrolle	356
1.2.1 Weich paternalistisches Interventionskonzept des BVerfG	357
1.2.2 Paternalistische Doppelkontrolle des Ehevertrages durch den BGH	359
1.2.2.1 Weich paternalistische Begründung der Wirksamkeitskontrolle	359
1.2.2.2 Weich paternalistischer Begründungskern der Ausübungskontrolle	360
2. Unklarheiten und offene Fragen	361
2.1 Unterschiedliche Modelle der Rspr. und Abstimmungsbedarf	361
2.2 Begründungsdefizite beider Modelle	362
2.2.1 Das BVerfG-Modell: Gestörte Vertragsparität und Fremdbestimmung	362
2.2.1.1 Fremdbestimmung aufgrund „struktureller Unterlegenheit“	362

2.2.1.2 Verhältnis von Fremdbestimmung und Vertragsinhalt	363
2.2.2 Das BGH-Modell: Schutz vor unzumutbaren Vertragsfolgen	363
2.3 Klärungsbedarf bei der dogmatischen Umsetzung . . .	367
2.4 Angemessenheit der richterlichen Intervention? . . .	367
2.5 Dynamik und Vorhersagbarkeit der Entwicklung . . .	368
3. Fortgang der Untersuchung	369
V. Ökonomische Analyse des Scheidungsfolgen- und Ehevertragsrechts	369
1. Vorbemerkung: Ökonomische Analyse und Eherecht . . .	369
2. Ehe als Vertragsbeziehung	371
2.1 Wandel des Eheverständnisses vom Status zum Vertrag	371
2.2 Pareto-Effizienz der Ehe als Grund für Eheschließung und -fortdauer	373
2.3 Modellerweiterungen	374
2.3.1 Peters – Scheidungsrecht und Informations- verteilung	374
2.3.2 Wax – Verhandlungsmodell und Gleichheitsziel . .	376
3. Das Problem: Opportunistisches Verhalten in der Ehe . . .	378
3.1 Asymmetrische ehespezifische Investition und Ex Post- Opportunismus	378
3.2 Antizipation des Ex post-Opportunismus und Moral Hazard	380
4. Verhaltenssteuerung durch Scheidungs(folgen)recht	380
4.1 Effizienter Investitionsschutz durch Kompensation bei Scheidung	381
4.1.1 Versicherung ehespezifischer Investitionen	381
4.1.2 Vermeidung von Fehlanreizen für den Versicherten	382
4.1.3 Die verschiedenen Vermögensausgleichsmodelle im Vergleich	382
4.1.3.1 Ersatz des positiven Interesses	382
4.1.3.2 Ersatz des Vertrauensschadens (negatives Interesse)	385
4.1.3.3 Gewinnabschöpfung	386
4.1.3.4 Halbteilungsgrundsatz	387
4.1.3.5 Bedürftigkeitsabhängige Zahlungsansprüche . . .	388
4.1.4 Zwischenergebnis	388
4.2 Annex: Scheidungsfolgenrecht und die Entscheidung zur Eheschließung	389
4.3 Gewollt unvollkommener Investitionsschutz nach der lex lata	389
4.3.1 Indisponibles Zerrüttungsprinzip	390

4.3.2 Das Recht des nachehelichen Vermögens-	
ausgleichs	392
4.3.2.1 Nachehelicher Ehegattenunterhalt	392
4.3.2.2 Zugewinn- und Versorgungsausgleich	395
4.4 Investitionsschutz als Argument für Vertragsfreiheit?	397
5. Die Ehe als sog. „relationaler Vertrag“ – Bedeutung für	
den Untersuchungsgegenstand	397
5.1 Die Theorie vom relationalen Vertrag	399
5.1.1 Kernelemente der Relational Contract Theory	399
5.1.2 Unschärfe der Definition relationaler Verträge	400
5.1.3 Relational Contract Theory und ökonomische	
Transaktionskostenanalyse	402
5.2 Ehe als relationaler Vertrag	403
5.3 Normative Ableitungen für die gerichtliche Ex post-	
Kontrolle relationaler Verträge	405
5.3.1 Das Meinungsspektrum innerhalb der Relational	
Contract-Bewegung	405
5.3.2 Schlussfolgerungen	406
5.4 Insbesondere: relationaler Vertrag und nachehelicher	
Vermögensausgleich	407
5.5 Fazit	408
6. Ehevertragsfreiheit und effizienter Paternalismus –	
Vertragstheoretische Einordnung	408
6.1 Erneut: Grundsätzliche Effizienz der Vertragsfreiheit	409
6.1.1 Pareto-Effizienz von Eheverträgen	409
6.1.1.1 Ehevertragsfreiheit als Voraussetzung Pareto-	
superiorer Eheschließung	409
6.1.1.2 Antizipation von Ex post-Opportunismus durch	
rationale Akteure	411
6.1.2 Nacheheliche Eigenverantwortung und soziale	
Bedürftigkeit als Externalität	412
6.1.3 Kosten der richterlichen Ehevertragskontrolle	413
6.1.3.1 Das „Wissensproblem“ des paternalistisch	
motivierten Intervenienten	413
6.1.3.2 Weitere Kosten richterlicher Ehevertrags-	
kontrolle	414
6.2 Keine Pareto-Optimalität aufgrund von Markt-	
versagen	414
6.2.1 Der „Schatten“ des dispositiven Rechts	415
6.2.1.1 Das Phänomen	415
6.2.1.2 Ableitungen für den hiesigen Untersuchungs-	
gegenstand	416
6.2.2 Transaktionsspezifische Hemmnisse effizienten	
Vertragsschlusses	417

6.2.2.1 Probleme der Transaktionskompetenz – Rationalitätsdefizite	418
6.2.2.2 Informationsasymmetrie I – strategische Fehlinformation des Partners	419
6.2.2.3 Informationsasymmetrie II – Adverse Signalling der Vertragsverhandlung	420
6.2.2.4 Druck, ungleiche Verhandlungsmacht und opportunistisches Verhalten	422
6.2.2.5 Geschlechtsspezifisches Verhandlungsungleichgewicht?	425
6.2.3 Unvorhergesehene Ereignisse nach Vertragsschluss	428
6.3 Zur Kostenminimierung des Eingriffs in die Ehevertragsfreiheit	429
6.4 Zwischenergebnis	432
VI. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Ehevertragsrecht	438
1. Verhaltensanomalien bei Ehevertragsschluss	438
1.1 Überoptimismus, Überdurchschnittlichkeitseffekt und selbstdienliche Wahrnehmung	439
1.2 Verfügbarkeitsheuristik, Projektionsfehler und affektive Prognosen	441
1.3 Vernachlässigung kleiner Wahrscheinlichkeiten	442
1.4 Übermäßige Diskontierung künftigen Nutzens	442
1.5 Verlustaversion und resultierende Risikoneigung (Prospect Theory)?	443
1.6 Allgemeine Grenzen der Vorhersehbarkeit künftiger Entwicklungen	443
1.7 Verzicht auf spätere Vertragsänderung zwecks Vermeidung kognitiver Dissonanz?	444
1.8 Eingeschränkter Eigenschutz durch Eigennutz	445
1.9 Summe	445
2. Folgerungen: „Libertärer Paternalismus“ im Ehevertragsrecht	447
2.1 Begründung paternalistischer Intervention	447
2.1.1 Unterversicherung aufgrund spezifischer Risikofehleinschätzung	447
2.1.2 Anfälligkeit für unlautere Beeinflussung durch den Vertragspartner?	449
2.1.3 Unterlassene Vertragsänderung und nachvertragliche Verhandlungsdisparität	450
2.2 Folgerungen für ein Paternalismusmodell im Ehevertragsrecht	451
2.2.1 Personale Differenzierung	452

2.2.1.1 Art und Weise der Betroffenheit vom Vertragsinhalt – Der Ehetyt	453
2.2.1.2 Bedeutung der Initiative zum Vertragsschluss?	454
2.2.1.3 Persönliche Eigenschaften	454
2.2.2 Differenzierung der Vertragsschlusssituation	454
2.2.2.1 Vertragsschluss vor der Eheschließung	455
2.2.2.2 Vertragsschluss in der intakten Ehe	456
2.2.2.3 Vertragsschluss in der Ehekrise	457
2.2.2.4 Vertragsschluss nach Scheitern der Ehe, Scheidungsvereinbarung	458
2.2.2.5 Vereinbarungen nach rechtskräftiger Scheidung	460
2.2.2.6 Differenzierung nach der Zeitspanne zwischen Ehevertragsschluss und Scheidung?	461
2.3 Das Interventionsinstrumentarium im Ehevertragsrecht	462
2.3.1 Das Anliegen: Hinreichender Schutz bei möglichst schonender Intervention – Debiasing versus Insulating im Ehevertragsrecht	463
2.3.2 Folgerungen für den formal-prozeduralen Kontrahentenschutz im Ehevertragsrecht (Debiasing)	466
2.3.2.1 Die notarielle Beurkundung als Wahlhilfe de lege lata	466
2.3.2.2 Antizipierte Inhaltskontrolle als beschränkte Nebenfunktion	470
2.3.2.3 Wirksamkeitsgrenzen und Korrekturbedarf	471
2.3.2.4 Keine formlose Bevollmächtigung des Ehepartners de lege lata	473
2.3.2.5 Erfordernis der persönlichen Anwesenheit vor dem Notar de lege ferenda	475
2.3.2.6 Zwingende Überlegungs- und Abkühlfrist	475
2.3.2.7 Unabhängige Rechtsberatung statt notarielle Beurkundung?	478
2.3.2.8 Entscheidungspsychologische Schulung des beratenden Notars	480
2.3.2.9 Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Vereinbarung	480
2.3.2.10 Zwingende Befristung der Vertragsregelung – „Sunset“-Klausel	485
2.3.3 Richterliche Inhaltskontrolle zur Eindämmung schädlicher Entscheidungswirkungen (Insulating)	486
2.3.3.1 Kein Ausschluss durch Erfüllung formal-prozeduraler Anforderungen	487

2.3.3.2 Der Prüfmaßstab des BGH – Erklärung, Fundierung, Ableitungen	488
2.3.3.3 Die Wirksamkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB	498
2.3.3.4 Die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB als Herzstück der Inhaltsprüfung	502
VII. Verfassungsrechtliche Kontrollüberlegungen	511
VIII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	513
§ 8 Gesellschaftsrecht	523
I. Gegenstand und Fortgang der weiteren Untersuchung	524
1. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	524
2. Gang der weiteren Untersuchung	526
II. Reichweite und Grenzen der Gesellschaftsvertragsfreiheit – Ein Überblick	526
1. Der ursprüngliche Gesellschaftsvertragsschluss bei Gesellschaftsgründung	526
1.1 Formale Voraussetzungen des Vertragsschlusses	526
1.2 Inhalt des Gesellschaftsvertrags	527
1.2.1 Vertragsfreiheit als Ausgangspunkt	527
1.2.2 Unverzichtbare Mitgliedschaftsrechte	528
2. Änderung des Gesellschaftsvertrags und Grenzen der Mehrheitsmacht	530
2.1 (Relativ) Unentziehbare Mitgliedschaftsrechte	530
2.2 Bestimmtheitsgrundsatz	531
2.3 Kernbereichslehre und Belastungsverbot	532
2.4 Ausübungskontrolle	533
III. Paternalistisches Gesellschaftsrecht – Drei Beispiele	534
1. Zur Gültigkeit sog. Hinauskündigungsklauseln im Personengesellschafts- und GmbH-Recht	534
1.1 Ausschließung des Gesellschafters – Gesetzlicher Befund	534
1.2 Vertragliche Ausschlusserleichterungen und freie Hinauskündigung	536
1.3 Gründe für eine Erleichterung der Ausschließung durch Vereinbarung	536
1.4 Die Rechtsprechung des BGH zu sog. Hinauskündigungsklauseln	537
1.4.1 Frühere Rspr. – Grundsätzliche Zulässigkeit freier Hinauskündigung	537
1.4.2 Nunmehr – Grundsätzliche Nichtigkeit sog. Hinauskündigungsklauseln	538
1.4.3 Ausnahmsweise Gültigkeit einer Hinauskündigungs- klausel	540

1.4.4 Ausübungskontrolle wirksamer Hinauskündigungsklauseln	543
1.5 Der Meinungs- und Diskussionsstand im Schrifttum . .	543
1.5.1 Die Kritik an der Rspr. zur Sittenwidrigkeit freier Hinauskündigungsklauseln	543
1.5.1.1 Inkonsistenz der Rspr.	544
1.5.1.2 Keine Sittenwidrigkeit aus Gründen des Gesell- schafterschutzes	545
1.5.1.3 Keine Sittenwidrigkeit wegen Dysfunktionalität der Gesellschaft	546
1.5.1.4 „Damoklesschwert“-Argument und angemessene Abfindung	547
1.5.1.5 Überschießende Wirkung des Nichtigkeits- verdikts	547
1.5.1.6 Bewertung freier Hinauskündigungsklauseln im internationalen Vergleich	547
1.5.2 Alternative Konzepte des Schrifttums	549
1.5.2.1 Die Lehre vom Gesellschafter minderen Rechts	549
1.5.2.2 Geltungserhaltende Reduktion und Ausschließung aus sachlichem Grund	550
1.5.2.3 Die Bedeutung einer angemessenen Abfindung .	551
1.5.2.4 Rückkehr zur bloßen Ausübungskontrolle	551
1.5.3 Besondere Rechtfertigungsgründe für eine Hinauskündigungsklausel	553
1.5.4 Übertragung der Grundsätze auf Rechts- transplantate der Kautelarpraxis	554
1.5.4.1 Drag along-Klauseln	554
1.5.4.2 Call option-Klauseln	555
1.5.4.3 Russian Roulette- und Texas Shoot Out-Klauseln	556
1.5.4.4 Leaver-Klauseln	557
2. Zur Gültigkeit von Abfindungsklauseln im Recht der Personengesellschaften und der GmbH	557
2.1 Die gesetzliche Regelung	558
2.2 Abfindungsvereinbarungen und deren Gründe	560
2.2.1 Abfindungsklauseln – Vorkommen und Arten . . .	560
2.2.2 Die Gründe für Abfindungsklauseln in der juristischen und ökonomischen Diskussion	561
2.2.2.1 Bestandsschutz der Gesellschaft als Investitions- schutz	562
2.2.2.2 Senkung der Abwicklungskosten?	563
2.3 Die Entwicklungslinien der Rspr. und ihre Begleitung durch das Schrifttum	563

2.3.1 Die Rechtsprechung von 1978 bis 1993	564
2.3.2 Die Kritik der Literatur	565
2.3.3 Die „Wende“ der Rspr. im Jahre 1993	568
2.3.4 Die Reaktion des Schrifttums	571
2.3.5 Die Folgerechtsprechung bis heute	572
2.3.5.1 Besondere Rechtfertigungsgründe für Abfindungsbeschränkungen	572
2.3.5.2 Unwirksamkeit von Abfindungsklauseln nach § 723 Abs. 3 BGB	574
2.3.5.3 Verhältnis von Klauselunwirksamkeit und Auslegung	576
2.4 Summe – Der aktuelle Erkenntnisstand zur Zulässig- keit von Abfindungsklauseln	577
2.4.1 Wirksamkeitsschranken vereinbarter Abfindungsbeschränkungen	577
2.4.1.1 Gleichbehandlungsgrundsatz	577
2.4.1.2 Sittenwidrige Knebelung gem. § 138 Abs. 1 BGB	578
2.4.1.3 Unzulässige Kündigungserschwerung gem. § 723 Abs. 3 BGB, § 133 Abs. 3 HGB (analog)	581
2.4.2 Durchsetzungsschranken wirksamer Abfindungs- beschränkungen	582
2.4.2.1 Vorweg: Primat der ergänzenden Vertrags- auslegung	583
2.4.2.2 Dogmatische Anknüpfung der Ausübungs- kontrolle	586
2.4.2.3 Materielle Abwägungskriterien	588
2.4.2.4 Rechtsfolge: Vertragsanpassung	593
3. Abdingbarkeit der mitgliedschaftlichen Treuepflicht	593
3.1 Die gesellschaftliche Treuepflicht – Schutzrichtung, Inhalt, Umfang	594
3.2 Rechtsökonomische Funktion der Treuepflicht	595
3.3 Gründe für die Abbedingung von Treuepflichten	597
3.4 Die Diskussion im Schrifttum	598
3.4.1 Dogmatische Determinanten	599
3.4.1.1 Herleitung der Treuepflicht – Grundlinien	599
3.4.1.2 Implikationen für die Abdingbarkeit der gesellschaftlichen Treuepflicht	600
3.4.2 Der Meinungsstand im In- und Ausland	601
IV. Institutionenökonomische Grundlagen	605
1. Die Ex ante-Sicht – Gesellschaftsverträge als unvoll- ständige Langzeitverträge	605
2. Die Gefahr des Ex post-Opportunismus	607

2.1 Ex post-Opportunismus bei Langzeitverträgen im Allgemeinen	608
2.2 Ex post-Opportunismus bei personalistischen Gesellschaften im Besonderen	610
2.3 Konsequenz: Zielkonflikt der Kostenminimierung ex ante und ex post	612
3. Die Rolle des dispositiven Gesellschaftsinnenrechts	612
4. Nutzen und Kosten richterlicher Rechtsdurchsetzung im relationalen Vertragsverhältnis	615
4.1 Zur Zweischneidigkeit rechtlicher Sanktionen	615
4.2 Normative Implikationen – Meinungsstand	617
4.3 Insbesondere: Die „New Formalism“-Bewegung	618
4.4 Gesellschaftsrechtliche Anwendung – Zum Schutz berechtigter Erwartungen im Rahmen der Treuepflicht	619
4.4.1 Der Meinungsstand	619
4.4.2 Das Für und Wider des rechtlichen Schutzes legitimer Erwartungen	620
5. Autonomer Vertragsschluss und zwingender Gesellschafterschutz	622
5.1 Der Einwand der Contractarians gegen zwingenden Gesellschafterschutz	622
5.2 Die Prämisse (beschränkt) rationaler Wahl	625
V. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Gesellschaftsrecht	626
1. Verhaltensanomalien bei Gesellschaftsgründung	626
1.1 Aufschlüsselung der erheblichen Verhaltensanomalien	626
1.2 Verstärkende Faktoren bei Gründung personalistischer Gesellschaften	628
1.3 Annex: Ergebniswirksame Verhaltensanomalien nach Vertragsschluss	630
1.4 Rechtsvergleichender Befund als rechtstatsächliches Indiz für Selbstschutzdefizite der Gesellschafter	631
1.5 Zu möglichen Einwänden gegen die Relevanz von Rationalitätsdefiziten	632
2. Folgerungen für Paternalismus im Gesellschaftsvertragsrecht	633
2.1 Begründung paternalistischer Intervention	634
2.1.1 Unterversicherung aufgrund von Risikofehleinschätzung und Konfliktvermeidungsverhalten	634
2.1.2 Anfälligkeit für unlautere Beeinflussung durch den Vertragspartner?	635
2.1.3 Unterlassene Vertragsänderung und nachvertragliche Verhandlungsdisparität?	636

2.2 Differenzierungsbedarf	637
2.2.1 Personale Differenzierung (Heterogenität des Adressatenkreises)	637
2.2.2 Situative Differenzierung	638
2.3 Die Rechtsfolgende: Das Eingriffsinstrumentarium	639
2.3.1 Allgemeine Vorüberlegungen zum Interventionskalkül	639
2.3.2 Formal-prozeduraler Kontrahentenschutz im Gesellschaftsrecht (Debiasing)	641
2.3.2.1 Formalisierte Warnhinweise	641
2.3.2.2 Anstoß zum aktiven Selbstschutz	642
2.3.2.3 Die notarielle Beurkundung und Belehrung de lege lata	645
2.3.2.4 Überlegungen zur notariellen Beurkundung und Belehrung de lege ferenda	647
2.3.2.5 Unabhängige Rechtsberatung statt notarielle Beurkundung?	648
2.3.2.6 Formale Anforderungen an die Abbedingung von Dispositivnormen – Zum sog. Bestimmtheitsgrundsatz	649
2.3.2.7 Zwingende Überlegungs- und Abkühlfrist?	650
2.3.2.8 Zwingende Befristung der Vertragsregelungen – „Sunset“-Klauseln	651
2.3.2.9 Zum Einsatz von Wahlhilfen bei Vertrags- und Satzungsänderungen	651
2.3.3 Verhaltenssteuerung durch dispositives Recht („Soft Insulating“)?	653
2.3.4 Gesellschafterschützende Wahlbeschränkungen (Insulating)	655
2.3.4.1 Kosten des Insulating und Grenzen des Debiasing	656
2.3.4.2 Übergeordnete Zweckerwägungen des gesetzlichen Gesellschafterschutzes	658
2.3.4.3 Rationalitätsdefizite als Legitimation eingeschränkter Disponibilität des gesetzlichen Gesellschafterschutzes	658
2.3.4.4 Ableitungen für die Inhaltskontrolle abweichender Vereinbarungen	659
2.3.4.5 Insbesondere zur Wirksamkeitskontrolle gem. § 138 Abs. 1 BGB	661
2.3.4.6 Insbesondere zur Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB	664
2.3.4.7 Schlechthin unverzichtbare Gesellschafterrechte	665

2.4 Anwendung auf die ausgewählten Beispiele	667
2.4.1 Abdingbarkeit der gesellschaftlicherlichen Treue- pflicht	667
2.4.2 Hinauskündigungsklauseln	671
2.4.2.1 Überschießende Beschränkung der Vertrags- freiheit durch die BGH-Rspr.	671
2.4.2.2 Stattdessen: Beschränkung auf eine Ausübungs- kontrolle nach § 242 BGB	673
2.4.2.3 Konkretisierung des Prüfungsmaßstabs	674
2.4.2.4 Ableitungen für private Rechtstransplantate mit Kündigungswirkung	678
2.4.3 Abfindungsbeschränkungen	679
2.4.3.1 Gleichbehandlungsgrundsatz und Wucher- verbot	680
2.4.3.2 § 723 Abs. 3 BGB (analog) und Abfindungs- beschränkungen	681
2.4.3.3 Sittenwidrige Abfindungsbeschränkungen (§ 138 Abs. 1 BGB)	683
2.4.3.4 Vertragsauslegung und Ausübungskontrolle – Abgrenzung	686
2.4.3.5 Ausübungskontrolle nach § 242 BGB – Konkretisierung des Prüfungsmaßstabs	689
2.4.3.6 Rechtsfolge: Vertragsanpassung	692
VI. Verfassungsrechtliche Kontrollüberlegungen	693
VII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	694
§ 9 Verbraucherkreditrecht	705
I. Gang der weiteren Untersuchung	707
II. Die gesetzlichen Grundlagen des Verbraucherkreditrechts – Der Schutz des Verbraucher-Kreditnehmers im BGB	707
1. Unionsrechtliche Vorgaben – Die Verbraucherkredit- richtlinie II	708
1.1 Genese der Richtlinie	708
1.2 Leitgedanken der Verbraucherkreditrichtlinie und Verbraucherschutz	710
1.3 Vollharmonisierung als Regelungskonzept	711
1.4 Anwendungsbereich (Harmonisierungsbereich)	712
1.4.1 Persönlicher Anwendungsbereich	712
1.4.2 Sachlicher Anwendungsbereich (Kreditverträge)	712
1.5 Die Schutzinstrumente der VerbrKrRL	713
1.5.1 Kreditwerbung, Art. 4 VerbrKrRL	713
1.5.2 Vorvertragliche Pflichten des Kreditgebers	714
1.5.2.1 Vorvertragliche Informationspflichten, Art. 5 VerbrKrRL	714

1.5.2.2 Vorvertragliche Erläuterungspflichten, Art. 5 Abs. 6 VerbrKrRL	715
1.5.2.3 Verpflichtung zur Bewertung der Kredit- würdigkeit, Art. 8 f. VerbrKrRL	716
1.5.3 Vertragsform und -inhalt, Art. 10 VerbrKrRL	719
1.5.4 Rechte zur vorzeitigen Vertragsauflösung	720
1.5.4.1 Kündigung unbefristeter Kreditverträge, Art. 13 VerbrKrRL	720
1.5.4.2 Widerruf, Art. 14 VerbrKrRL	721
1.5.4.3 Verbraucherrecht zur vorzeitigen Kreditrück- zahlung, Art. 16 VerbrKrRL	722
1.5.5 „Durchgriff“ bei verbundenen Kreditverträgen, Art. 15 VerbrKrRL	723
1.5.6 Sonderregeln für Überziehungsmöglichkeiten und Überschreitung	724
1.5.7 Kreditvermittler, Art. 21 VerbrKrRL	725
1.5.8 Unabdingbarkeit von Verbraucherrechten, Art. 22 Abs. 2 und 4 VerbrKrRL	725
1.5.9 Sanktionen bei Pflichtverstößen, Art. 23 VerbrKrRL	726
2. Die Umsetzung des Unionsrechts im BGB	726
2.1 Überblick über Verlauf und Inhalt der Richtlinien- umsetzung	726
2.2 Anwendungsbereich des Verbraucherkreditrechts	727
2.2.1 Personaler Anwendungsbereich	727
2.2.1.1 Der Verbraucher als Kreditnehmer (Darlehens- nehmer)	727
2.2.1.2 Der Unternehmer als Kreditgeber (Darlehens- geber)	728
2.2.1.3 Darlegungs- und Beweislast	729
2.2.2 Sachlicher Anwendungsbereich – Kreditvertrag	730
2.2.2.1 Verbraucherdarlehensvertrag	730
2.2.2.2 Entgeltlicher Zahlungsaufschub und sonstige Finanzierungshilfe	732
2.2.2.3 Vollaussnahmen nach § 491 Abs. 2 BGB	733
2.2.2.4 Teilaussnahmen nach § 491 Abs. 3 BGB	735
2.2.3 Generalisierend-typisierendes Schutzkonzept	735
2.3 Vorvertragliche Informationspflichten, §§ 491a BGB, 6a PAngV	736
2.3.1 Unterrichtungspflicht nach § 491a Abs. 1 BGB	736
2.3.2 Anspruch auf Kopie eines Vertragsentwurfs, § 491a Abs. 2 BGB	738
2.3.3 Erläuterungspflicht nach § 491a Abs. 3 BGB	738
2.3.4 Werbung, § 6a PAngV	739

2.3.5 Rechtsfolgen bei schuldhafter Pflichtverletzung . . .	739
2.4 Formvorschriften, §§ 492, 494 BGB	740
2.5 Fürsorgepflichten des Kreditgebers? (§§ 18 Abs. 2 KWG, 2 Abs. 3 ZAG, 509 BGB)	741
2.5.1 Die Regelung	741
2.5.2 Die Diskussion	742
2.6 Unwirksamkeit des Einwendungsverzichts, § 496 BGB	744
2.7 Informationspflichten während des Vertrags- verhältnisses, § 493 BGB	746
2.8 Widerrufsrecht, § 495 BGB	746
2.9 Besondere Kündigungsregeln des Verbraucherkredit- vertrages	748
2.9.1 Vorweg: Überblick über das allgemeine Darlehenskündigungsrecht	748
2.9.1.1 Ordentliche Kündigung – Grundsatz, § 488 Abs. 3 BGB	748
2.9.1.2 Ordentliche Kündigung des Schuldners bei verzinslichem Darlehen, § 489 BGB	749
2.9.1.3 Außerordentliches Kündigungsrecht, § 490 BGB	750
2.9.2 Kündigung durch den Darlehensgeber bei Verzug, § 498 BGB	751
2.9.3 Ordentliche Kündigung des Darlehensgebers, § 499 Abs. 1 BGB	752
2.9.4 Leistungsverweigerungsrecht des Darlehensgebers, § 499 Abs. 2 BGB	752
2.9.5 Ordentliches Kündigungsrecht des Verbrauchers, § 500 Abs. 1 BGB	753
2.9.6 Vorzeitige Vertragserfüllung des Verbrauchers, § 500 Abs. 2 BGB	754
2.9.7 Gesamtkostenermäßigung, § 501 BGB	755
2.10 Eingeschränkte Anwendung der Schutzvorschriften auf bestimmte Darlehen, §§ 503 ff. BGB	756
2.10.1 Immobiliardarlehensverträge, § 503 BGB	756
2.10.2 Eingeräumte Überziehungsmöglichkeit, § 504 BGB	756
2.10.3 Geduldete Überziehung, § 505 BGB	757
2.11 Zur Abdingbarkeit des verbraucherkreditrechtlichen Schutzregimes	758
2.11.1 Die Regelung des § 511 – Überblick	758
2.11.2 Fragen zu Telos und Reichweite des Abdingbar- keitsverbots	760
2.11.3 Einseitiger Verzicht versus Vereinbarung	761

2.11.4 Verzichtbarkeit des bereits entstandenen Widerrufsrechts?	763
2.11.5 Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung und §§ 498, 511 BGB	763
2.11.6 Vereinbarung wichtiger Kündigungsgründe und §§ 499 Abs. 1, 511 BGB	765
2.11.7 Auftritt als Scheinunternehmer	765
2.11.8 Verwirkung des Widerrufsrechts nach § 495 BGB?	767
2.12 Einzelfallabhängige Inhaltsschranken des Verbraucherkreditrechts	768
2.12.1 Zum Verhältnis von Verbraucherkreditrecht und §§ 138, 242 BGB	768
2.12.2 Grundzüge der Sittenwidrigkeit von Konsumentenkreditverträgen	769
2.12.2.1 Sittenwidrige Ausbeutung des Verbraucherkreditnehmers	770
2.12.2.2 Sittenwidrige finanzielle Überforderung des Verbraucherkreditnehmers	773
2.12.2.3 Sittenwidrige Knebelung des Verbraucherkreditnehmers	775
2.12.2.4 Rechtsfolgen der Sittenwidrigkeit des Kredit- vertrages	776
2.12.3 Unzulässige Rechtsausübung im Konsumentenkreditvertragsrecht	776
3. Verbraucherkreditrecht und Vertragsfreiheit – Allgemeine Bewertung im Schrifttum und Zwischenfazit	777
III. Ökonomische Grundlagen des Verbraucherkredits	779
1. Die ökonomische Funktion des Kredits	780
2. Nachfrage und Angebot auf dem Verbraucherkredit- markt	781
2.1 Zur Nachfrage von Verbraucherkrediten – Das Life cycle-permanent income-Modell	781
2.2 Zur Beschränkung des Angebots von Verbraucher- krediten	783
2.2.1 Informationsasymmetrien – Adverse Selektion und Moral Hazard	784
2.2.2 Unwirtschaftlichkeit des einzelfallbezogenen Kreditnehmer-Screening	785
3. Die kreditvertragliche Risikostruktur	785
4. Die Effekte der gesetzlichen Vorgaben für den Verbraucherkreditmarkt	787
4.1 Kosten-Nutzen-Analyse der gesetzlichen Verbraucher- kreditregeln	788

4.1.1 Vorvertragliche Informations-, Erläuterungs- und Prüfungspflichten	788
4.1.1.1 Bessere Kreditentscheidung durch besser informierte Verbraucher?	789
4.1.1.2 Verbrauchernutzen durch Kreditwürdigkeitsprüfung?	790
4.1.1.3 Die Kosten	791
4.1.2 Insbesondere: Eindämmung verbreiteter Verbraucherüberschuldung?	793
4.1.3 Vertragsbeendigungsregeln	795
4.2 Makroökonomische Vorteile?	797
4.2.1 ... durch Erhöhung der Markttransparenz	797
4.2.2 ... durch Schaffung eines gemeinsamen Kreditmarktes	798
4.2.3 ... und mögliche Nachteile	799
5. Zwischenfazit	799
IV. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Verbraucherkreditrecht	800
1. Kenntnisse und Verhalten von Verbrauchern als Kreditnehmer – Der empirische Befund	801
1.1 Wissensdefizite der Verbraucher in Finanzangelegenheiten – Financial Illiteracy	801
1.2 Nichtrationales Verbraucherverhalten in Kreditmärkten	804
1.2.1 Kreditkartennutzung	804
1.2.2 Hypothekarkredite	807
1.2.3 Kurzfristige Überbrückungskredite (Payday Loans)	809
1.2.4 Fehlerhaftes Verhalten auf Kreditmärkten und Verbraucheralter	809
1.2.5 Untersuchungen zur Effektstärke – Leicht vermeidbare Kredit- und Kontoführungskosten	810
1.2.6 Annex: Zur begrenzten Aussagekraft hoher Überschuldungsquoten	810
2. Erklärungsansätze aus verhaltensökonomischer Perspektive	811
2.1 Wirksamkeitsgrenzen von Verbraucherinformation	812
2.1.1 Hohe Informationssuchkosten	812
2.1.2 Defizitäres Finanzwissen – Financial Illiteracy	813
2.1.3 Beschränkte Informationsaufnahme- und -verarbeitungskapazitäten	813
2.2 Zeitinkonsistentes und naives Verbraucherverhalten	815
2.2.1 Übermäßige Kreditaufnahme aufgrund zeitinkonsistenter Präferenzen und übermäßiger Diskontierung künftigen Nutzens	815

2.2.2 Naivität in Bezug auf eigenes künftiges Verhalten (Überoptimismus)	816
2.3 Fehlerhafte Einschätzung kreditrelevanter Wahrscheinlichkeiten	818
2.3.1 Selbstüberschätzung und Überoptimismus	818
2.3.2 Verfügbarkeitsheuristik	819
2.3.3 Extrapolation gegenwärtiger Präferenzen und Projektionsfehler	820
2.3.4 Vernachlässigung (subjektiv) kleiner Wahr- scheinlichkeiten	820
2.4 Zwischenergebnis	820
3. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Verbraucherkreditrecht	821
3.1 Zur Rechtfertigung regulatorischer Intervention im Allgemeinen	822
3.1.1 Beharrlichkeit der Entscheidungsfehler auf Verbraucherkreditmärkten	822
3.1.1.1 Fehlermindernde Lerneffekte	822
3.1.1.2 Aufklärung oder Ausnutzung der Verbraucher durch die Kreditgeber?	825
3.1.1.3 Zwischenergebnis	828
3.1.2 Konsequenz: Wohlfahrtsverluste	828
3.1.3 Potentielle Wohlfahrtsgewinne durch Intervention – Das Kalkül	829
3.1.4 Einordnung in die aktuelle verbraucherpolitische Entwicklung	831
3.1.4.1 Internationale Entwicklungen in der Verbraucherpolitik	831
3.1.4.2 Verhaltensökonomik als Beitrag zu einem „Smarter Government“	833
3.2 Ableitungen für das sog. Verbraucherleitbild	833
3.2.1 Zur Erinnerung: Empirisch belegtes Verbraucher- verhalten	834
3.2.2 Normatives Verbraucherleitbild	834
3.2.3 Synthese – Rechtliches Leitbild auf empirischer Grundlage	837
3.3 Die Typisierung der §§ 13 f., 512 BGB	838
3.4 Wahlhilfen (Debiasing) für den Verbraucherkredit- nehmer	839
3.4.1 Menge und Formatierung der Verbraucher- information	840
3.4.1.1 Kritik am europäischen Informationsmodell – Financial Illiteracy	841

3.4.1.2 Kritik am europäischen Informationsmodell – Information Overload	842
3.4.1.3 Kritik an fehlender Information über die Nutzung eines Kreditrahmens	843
3.4.1.4 Die Grundsatzkritik am Informationsmodell bei Ben-Shahar und Schneider	844
3.4.1.5 Bewertung des Informationsmodells der §§ 491a, 492 BGB, 6a PAngV	845
3.4.1.6 Konkrete Anregungen zur Reform des Informationsregimes	849
3.4.1.7 Verbleibende Wirkungsgrenzen des Informationsmodells	855
3.4.2 Beratung – Zur Erläuterungspflicht des § 491a Abs. 3 BGB	856
3.4.2.1 Verbesserung der Verbraucherentscheidung durch Beratung	856
3.4.2.2 Die Kosten und Gefahren der Beratung	857
3.4.2.3 Beratungspflichten der kreditvergebenden Bank – Überblick	858
3.4.2.4 Leistungsgrenzen der Erläuterungspflicht nach § 491a Abs. 3 BGB	859
3.4.2.5 Reformbedarf?	860
3.4.3 Abkühl- und Überlegungsfrist – Das Widerrufsrecht nach § 495 BGB	861
3.4.3.1 Das Widerrufsrecht als Instrument des Verbraucherschutzes	862
3.4.3.2 Rechtfertigung des Widerrufsrechts im Verbraucherkreditrecht	863
3.4.3.3 Ableitung I: Zum zwingenden Charakter des Widerrufsrechts	864
3.4.3.4 Ableitung II: Zu den gesetzlichen Ausnahmen	865
3.4.3.5 Verbesserung des Cooling off-Mechanismus de lege ferenda	866
3.5 Soft Insulating durch Default Rules versus Optionsmenü	868
3.5.1 Soft Insulating im Verbraucherkreditrecht und Formularverträge	868
3.5.2 Optionsmenü als Alternative?	869
3.5.3 Verbleibende Wirksamkeitsgrenzen	870
3.5.4 Fazit und Vergleich mit zwingendem Vertragsinhalt	870
3.6 Wahlbeschränkungen – Zwingendes Recht und Vertragskontrolle	871

3.6.1 Zur zwingenden Natur des Verbraucherkreditrechts, § 511 S. 1 BGB	872
3.6.1.1 Zwingende Regelung als Funktionsvoraussetzung von Wahlhilfen	873
3.6.1.2 Zur Rechtfertigung zwingender kreditrechtlicher Vertragsinhalte	877
3.6.1.3 Zur Legitimität einzelner zwingender Regelungen – Drei Beispiele	884
3.6.2 Richterliche Inhaltskontrolle von Verbraucherkreditverträgen	893
3.6.2.1 Komplementarität von Vertragsinhaltskontrolle und zwingendem Recht	893
3.6.2.2 Rückbindung an die verhaltensökonomische Legitimationsbasis rechtspaternalistischer Intervention	895
3.6.3 Zwischenergebnis	899
V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	899

Vierter Teil

Zusammenfassung der Ergebnisse

911

§ 10 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	911
I. Paternalismus in der philosophischen Diskussion	911
II. Rechtspaternalismus und Verfassungsrecht	913
III. Effizienter Paternalismus im Vertragsrecht	915
IV. Die verhaltensökonomische Fundierung paternalistischer Intervention	921
V. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Ehevertragsrecht	929
VI. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Gesellschaftsrecht	938
VII. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Verbraucherkreditrecht	949
Literaturverzeichnis	957
Sachregister	1009

Abkürzungsverzeichnis

1. EheRG

Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts

A	Erstauflage (bei Werken Kants)
a.A.	am Anfang/andere(r) Ansicht
a.a.O	am angegebenen Ort
AARP	American Association of Retired Persons
ABl.EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl.EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AEJ	American Economic Journal
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft/Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
ALI	American Law Institute
allg. M.	allgemeine Meinung
Am. Behav. Sci.	American Behavioral Scientist
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. L. & Econ. Rev.	American Law and Economics Review
Anm.	Anmerkung
Annu. Rev. Law Soc. Sci.	Annual Review of Law and Social Science
Annu. Rev. Psychol.	Annual Review of Psychology
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Appl. Cogn. Psychol.	Applied Cognitive Psychology
APR	annual percentage rate
APSR	American Political Science Review
Ariz. L. Rev	Arizona Law Review
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BA	Erst- und Zweitaufgabe (bei Werken Kants)
BAG	Bundesarbeitsgericht

BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebs-Berater
B.C. L. Rev.	Boston College Law Review
Bd.	Band
Begr.	Begründung
Behav. Brain Sci.	Behavioral and Brain Sciences
Bell J. Econ.	Bell Journal of Economics
Berkeley Bus. L.J.	Berkeley Business Law Journal
BERR	Department for Business Enterprise & Regulatory Reform
Beschl.	Beschluss
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMFSFJ	Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BNotO	Bundesnotarordnung
BRE	Better Regulation Executive
BSK-OR	Basler Kommentar Obligationenrecht
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestags
Buff. L. R.	Buffalo Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BYU L. Rev.	Brigham Young University Law Review
bzw.	beziehungsweise
CA	Companies Act
Cal. App.	California Appellate Reports
Cal. Ct. App.	California Court of Appeals
Cal. Fam. Code	California Family Code
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cal. Rptr.	California Reporter
CCLSR	Centre for Corporate Law and Securities Regulation
C.F.R.	Code of Federal Regulations
ch.	chapter
Chap. L. Rev.	Chapman Law Review
CEUT	Choquet expected utility theory
c.i.c.	culpa in contrahendo
Clev. St. L. Rev.	Cleveland State Law Review
CML Rev.	Common Market Law Review
cmt.	comment

Cogn. Psychol.	Cognitive Psychology
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell J. L. & Pub. Pol'y	Cornell Journal of Law and Public Policy
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CPT	kumulative Prospect-Theorie
CR	Computer und Recht
Current Directions in Psych. Sci.	Current Directions in Psychological Science
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law
dens.	denselben
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
d.i.	das ist
dies.	dieselbe/dieselben
diesbzgl.	diesbezüglich/diesbezügliche/diesbezüglichen
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
Duke L.J.	Duke Law Journal
DUT	discounted utility theory
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ebd.	ebenda
EBOR	European Business Organization Law Review
ECJ	European Court of Justice
ERCL	European Review of Contract Law
Econ. J.	The Economic Journal
Econ. Letters	Economic Letters
ed./eds.	edition/editor/editors
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EheG	Ehegesetz
Erasmus L. Rev.	Erasmus Law Review
ErbbauVO	Erbbaurechtsverordnung
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
et al.	et alii
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Eur. Econ. Rev.	European Economic Review
Eur. J. Law Econ.	European Journal of Law and Economics
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein

EWHC	High Court of England and Wales (Entscheidungssammlung)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts/La pratique du droit de la famille/ La prassi del diritto di famiglia
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
f.	folgende(r)
ff.	folgende
FF	Forum Familienrecht
FG	Festgabe
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FHA	Federal Housing Administration
Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
Fn.	Fußnote
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
Fordham J. Corp. L. & Fin.	Fordham Journal of Corporate and Financial Law
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht
Frake	Fraktionsentwurf
FRB of Boston	Federal Reserve Bank of Boston
FRM	fixed rate mortgage
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission
FuR	Familie und Recht
Games & Econ. Behav	Games and Economic Behavior
GAO	U.S. Government Accountability Office
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
Geo L.J.	Georgetown Law Journal
GesAusG	Gesellschafter-Ausschlussgesetz
GewSchG	Gewaltschutzgesetz
GesRZ	Der Gesellschafter
GFA	Gesetzesfolgenabschätzung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GPR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
GroßKommAktG	Großkommentar zum Aktiengesetz
GS	Gedächtnisschrift
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HausratsV	Hausratsverordnung
Hare	Hare's Chancery Reports

Harv. C.R.-C.L. L. Rev.	Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review
Harv. Econ. Stud.	Harvard Economic Studies
Harv. J. on Legis.	Harvard Journal on Legislation
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hdb. d. StaatsR	Handbuch des Staatsrechts
HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
HdWW	Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft
Herv.	Hervorhebung
HGB	Handelsgesetzbuch
HGR	Handbuch der Grundrechte
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/herausgegeben
HUD	U.S. Department for Housing and Urban Development
i.E.	im Einzelnen
i.Erg.	im Ergebnis
Ill.App.	Illinois Appellate Court Reports
Ill. App. Ct.	Illinois Appellate Court
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
Int. J. Law, Pol. & Family	International Journal of Law, Policy and the Family
Int. Rev. Law Econ.	International Review of Law and Economics
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
i.S.d.	im Sinne der/des
i.V.m.	in Verbindung mit
J. Accounting Res.	Journal of Accounting Research
J. Appl. Soc. Psychol.	Journal of Applied Social Psychology
JbJZivRWiss	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
J. Behav. Dec. Making	Journal of Behavioral Decision Making
J. Bus.	Journal of Business
JCL	Journal of Corporation Law
J. Consum. Policy	Journal of Consumer Policy
J. Consumer Psychol.	Journal of Consumer Psychology
J. Consumer Res.	Journal of Consumer Research
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
J. Econ. Behav. Organ.	Journal of Economic Behavior and Organization
J. Econ. Issues	Journal of Economic Issues
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Econ. Persp.	Journal of Economic Perspectives
J. Econ. Surveys	Journal of Economic Surveys
JELS	Journal of Empirical Legal Studies
jew. m. N.	jeweils mit Nachweisen

L

Abkürzungsverzeichnis

J. Exp. Psychol.: Applied	Journal of Experimental Psychology: Applied
J. Exp. Psychol.: Hum. Perc. & Perf.	Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance
J. Fin.	Journal of Finance
Jhg.	Jahrgang
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
J. L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J. Law & Soc'ty	Journal of Law and Society
JLEO	Journal of Law, Economics and Organization
J. Legal Prof.	Journal of the Legal Profession
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J. Market. Res.	Journal of Marketing Research
J. Philos.	Journal of Philosophy
J. Personality & Soc. Psychol.	Journal of Personality and Social Psychology
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
J. Pub. Pol'y & Marketing	Journal of Public Policy and Marketing
JR	Juristische Rundschau
J. Risk & Uncertainty	Journal of Risk and Uncertainty
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht/Kommanditgesellschaft
KindRG	Kindschaftsrechtsreformgesetz
KölnKommAktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KostO	Kostenordnung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
Ky. L.J.	Kentucky Law Journal
LG	Landgericht
li.Sp.	linke Spalte
Lit.	Literatur
L. & Hum. Behav.	Law and Human Behavior
LLC	Limited Liability Company
Loy. L.A. L. Rev.	Loyola of Los Angeles Law Review
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
Management Sci. m.a.W.	Management Science mit anderen Worten
Md. L. Rev.	Maryland Law Review

Melb. U. L. Rev.	Melbourne University Law Review
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
M.L.R.	Modern Law Review
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MünchKomm	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.zahlr.N.	mit zahlreichen Nachweisen
NBER	National Bureau of Economic Research
NCC	National Consumer Council
NCCUSL	National Conference of Commissioners on Uniform State Laws
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
Neubearb.	Neubearbeitung
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW- Rechtsprechungs – Report Zivilrecht
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.Supr.Ct.	New York Supreme Court
N.Y.U. J.L. & Liberty	New York University Journal of Law and Liberty
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development
OGAW	Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
OHG	Offene Handelsgesellschaft
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
Oper. Res.	Operations Research
Or. Ct. App.	Oregon Court of Appeals
Organ. Behav. & Hum. Decision Processes	Organizational Behavior and Human Decision Processes
Oxford Econ. Papers	Oxford Economic Papers
PAngV	Preisangabenverordnung
PEF	Journal of Pension Economics and Finance

Personality & Soc. Psychol. Bull.	Personality and Social Psychology Bulletin
PfandleiherVO	Pfandleihverordnung
Phil. & Pub. Aff.	Philosophy and Public Affairs
PIH	permanent income hypothesis
PNAS	Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America
pr.	principium
ProstG	Prostitutionsgesetz
Psychol. Bull.	Psychological Bulletin
Psychol. & Marketing	Psychology and Marketing
Psychol. Rev.	Psychological Review
Psychol. Sci. Pub. Int.	Psychological Science in the Public Interest
Quart. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics.
QLR	Queensland Law Reporter
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAND J. Econ.	RAND Journal of Economics
RCT	rational choice theory
RegE	Regierungsentwurf
REMM	resourceful, evaluating, maximizing man
Rev. Econ. Stud.	Review of Economic Studies
rev. ed.	revised edition
re. Sp.	rechte Spalte
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rspr.	Rechtsprechung
RULLCA	Revised Uniform Limited Liability Company Act
RULPA	Revised Uniform Limited Partnership Act
RUPA	Revised Uniform Partnership Act
RWI	Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung
S./s.	Satz/Seite/siehe
S. Cal. Interdisc. L.J.	Southern California Interdisciplinary Law Journal
S. C. L. Rev.	South Carolina Law Review
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
Scottish J. Pol. Econ.	Scottish Journal of Political Economy
Sec.	Section
S. Econ. J.	Southern Economic Journal
SMG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
s.o.	siehe oben
Soc. Indicators Res.	Social Indicators Research

Soc. and Econ. Scis. Research Ctr.	Social and Economic Sciences Research Center
sog.	so genannt/so genannte/so genannter
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Suffolk U. L. Rev.	Suffolk University Law Review
Tex.Supr.Ct.	Texas Supreme Court
TILA	Truth in Lending Act
Tulane L. Rev.	Tulane Law Review
Tz.	Textziffer
u.a.	und andere/unter anderem
UÄndG	Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCITS	Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities
UCLA L. Rev.	University of Los Angeles Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
UPAA	Uniform Premarital Agreement Act
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
Urt.	Urteil
U.S.C.	United States Code
usw.	und so weiter
Utah L. Rev.	Utah Law Review
U.T. Fac. L. Rev.	University of Toronto Faculty of Law Review
U. Toronto L.J.	University of Toronto Law Journal
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom/von
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VAStrRefG	Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VerbrKrRL	Verbraucherkreditrichtlinie
VerbrKrRL-UG	Verbraucherkreditrichtlinie-Umsetzungsgesetz
VerbrKrRL-UG-ÄndG	Gesetz zur Einführung einer Musterwiderrufsinformation für Verbraucherdarlehensverträge, zur Änderung der Vorschriften über das Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensverträgen und zur Änderung des Darlehensvermittlungsrechts
VersAusglG	Versorgungsausgleichsgesetz
VAHRG	Versorgungsausgleichs-Härteregelungsgesetz
VAÜG	Versorgungsausgleichs-Überleitungsgesetz
vgl.	vergleiche
vol.	volume
vs.	versus

VuR	Verbraucher und Recht
vzbv	Verbraucherzentrale Bundesverband
Wake Forest L. Rev.	Wake Forest Law Review
Wall St. J.	Wall Street Journal
Wash. App.	Washington Court of Appeals
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
Wash. & Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WM	Wertpapier-Mitteilungen
Wm. & Mary L. Rev.	William and Mary Law Review
W. New Eng. L. Rev.	Western New England Law Review
WohnimmKrRL	Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge
WohnimmKrRL-E	Vorschlag für eine Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge
WP	Working Paper
WpDVerOV	Wertpapierdienstleistungs-, Verhaltens- und Organisationsverordnung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
Yale L.J.	Yale Law Journal
YJLF	Yale Journal of Law and Feminism
ZAG	Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bank- und Börsenrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGS	Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Erster Teil

Einleitung

§ 1 Einführung in das Thema

I. Das Paternalismusparadox

„Niemand kann mich zwingen, auf seine Art (wie er sich das Wohlsein anderer Menschen denkt) glücklich zu sein, 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 anderen) 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*), wo also die Untertanen als unmündige Kinder, die nicht unterscheiden können, was ihnen wahrhaft nützlich oder schädlich ist, sich bloß passiv zu verhalten genötigt sind, um, wie sie glücklich sein *sollen*, bloß von dem Urteile des Staatsoberhaupts, 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).“¹

Dieses Wort *Immanuel Kants* in seinem in der Berlinischen Monatsschrift erschienen Aufsatz „Über den Gemeinspruch“ von 1793 beschreibt einen wesentlichen Aspekt seines Verständnisses von den Grundlagen einer bürgerlichen Verfassung und richtet sich gegen die Ausführungen zum Gesellschaftsvertrag bei *Thomas Hobbes*. *Kants* antipaternalistische Position ist bis heute für das Rechtsverständnis in Deutschland und darüber hinaus wirkungsmächtig. Dies gilt nicht nur für das Menschenbild des Grundgesetzes², sondern ganz allgemein für das Ideal des frei und selbstbestimmten Menschen als Urheber rechtlich bedeutsamen Verhaltens. Im Privatrecht findet dieses Denken seinen Ausdruck im Grundsatz der Privatautonomie als dem „Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen.“³ Die Privatautono-

¹ *Kant*, Über den Gemeinspruch, A 236 (S. 145 f.).

² S. nur *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Mai 2009, Art. 1 Abs. 1 Rn. 12, dort Rn. 7 ff. auch allgemein zum geistesgeschichtlichen Hintergrund des Art. 1 Abs. 1 GG.

³ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3. Aufl. 1979, S. 1; s. aber auch *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 8, wonach die Privatautonomie lediglich ein Recht auf eigenverantwortliche Interessenwahrnehmung gewährt.

mie findet ihre wichtigste Ausprägung wiederum in der Vertragsfreiheit.⁴ Vor diesem Hintergrund gilt vielen die paternalistische Freiheitsbeschränkung als die *bête noire* der liberalen Gesellschaft.⁵ Sowohl die Politik als auch die Rechtswissenschaft vermeiden daher tunlichst die paternalistische Begründung von Rechtsregeln.⁶ Gerade in der privatrechtlichen Diskussion verwenden viele Paternalismus gar als Synonym für die *unberechtigte* Beschränkung der Privatautonomie.⁷

Diesen antipaternalistischen Bekenntnissen zum Trotz sind die freiheitlich-demokratischen Rechtsordnungen in Deutschland und in anderen Staaten der westlichen Welt von zahlreichen paternalistischen Regelungen durchsetzt.⁸ In jüngerer Zeit wird gar eine nicht unerhebliche Zunahme solcher Regelungen beobachtet.⁹ Jedenfalls diesseits des Atlantiks wird dieses von *Anthony Ogus* als „Paternalismusparadox“ beschriebene Phänomen zumeist schamhaft beschwiegen, obwohl eine zunehmend freiere und mit zusätzlichen Wahlmöglichkeiten ausgestattete Lebenswirklichkeit einerseits und wichtige Erkenntnisse der psychologischen und verhaltensökonomischen Forschung andererseits zu einer Diskussion um Grund und Grenzen des Einsatzes paternalistischer Regelungsinstrumente Anlass geben.¹⁰

⁴ S. nur *Zöllner*, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 85 ff.; vgl. auch *Rittner*, JZ 2011, 269, 274: „Der Vertrag [...] stellt in den kontinentalen Rechten[...] den Regelfall der Privatautonomie dar.“

⁵ So *Kleinig*, Paternalism, 1984, S. xi und S. 1.

⁶ Vgl. den Befund bei *Ogus*, Legal Studies 30 (2010), 61, 63 f.

⁷ S. statt vieler etwa *Dauner-Lieb*, AcP 210 (2010), 580, 595, wenn sie ausführt, dass „die Entscheidungen des BVerfG zur Inhaltskontrolle eines Ausschlusses einer Karenzentschädigung für Handelsvertreter sowie von Familienbürgschaften und Eheverträgen unter den Generalverdacht eines paternalistischen Schutzes des Schwächeren, auch vor sich selbst, gestellt“ würden; *Mülbart/Zahn*, FS Maier-Reimer, 2010, S. 457, 463 f.: „Mit dem Leitbild des mündigen Bürgers ist es [...] nicht vereinbar, Verbraucherschutzvorschriften zu paternalistischen Schutzinstrumenten zu erheben, die auch gegen den erklärten freien Willen des Verbrauchers eingreifen.“; allgemein zur Paternalismuskritik im privatrechtlichen Schrifttum *Schön*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1191, 1193 m.w.N.; vgl. hierzu schließlich *Möslein*, Dispositives Recht, 2011, S. 132 f.

⁸ *Zamir*, Va. L. Rev. 84 (1998), 229, 285: „Contrary to the prevailing rhetoric of policymakers (and much of the legal literature), the legal systems of all western liberal democracies contain innumerable paternalistic rules and doctrines.“; vgl. auch *Burrows*, Int. Rev. Law Econ. 15 (1995), 489, 502: „It is apparent that the courts and legislatures of many industrialized countries do not adhere strictly to the classical proposition that all contracts between private parties that are nonfraudulent and have no adverse effects on third parties should be enforced by the state.“

⁹ So der Befund bei *Ogus*, Legal Studies 30 (2010), 61, 63 f.; jüngst auch *Zimmer*, Weniger Politik!, 2013, sowie *Saint-Paul*, The Tyranny of Utility, 2012; vgl. ferner *Kirste*, JZ 2011, 805; für das Gesellschafts(vertrags)recht bereits *Zöllner*, FS GmbHG, 1992, S. 85 ff.

¹⁰ S. wiederum *Ogus*, Legal Studies 30 (2010), 61, 63; s. für entsprechende Diskussionsbeiträge jüngst *Eidenmüller*, JZ 2011, 814 ff.; *Kirste*, JZ 2011, 805 ff.; knapp auch *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 2012, S. 260 ff.; monographisch *Saint-Paul*, The Tyranny of Utility, 2012; aus schweizerischer Perspektive *M. Müller*, ZSR 131 (2012) I, 63 ff.

II. Untersuchungsgegenstand und Untersuchungsziel

Die vorliegende Untersuchung setzt an diesem Befund an. Sie unternimmt es, die Voraussetzungen und Grenzen rechtspaternalistischer Intervention in die Freiheit zur vertraglichen Selbstbindung im Privatrecht auszuloten. Auf diese Weise will sie einen Beitrag zu einer allgemeinen Theorie legitimen Rechtspaternalismus als Teil der umfassenderen Diskussion um die Grenzen der Privatautonomie leisten.

Eine gewinnbringende Analyse des Rechtspaternalismus im Vertragsrecht setzt einen unvoreingenommenen Blick auf den Untersuchungsgegenstand voraus. Der Begriff des Paternalismus wird daher ohne jede negative Konnotation rein deskriptiv verwendet.¹¹ Er beschreibt nach hiesigem, an die Erkenntnisse der philosophischen Paternalismuskonzeption angelehnten Verständnis die nicht konsentierten Beeinträchtigung der (Handlungs-)Freiheit oder Selbstbestimmung eines Individuums durch den Staat (oder eine andere Person) zu dem Zweck, das Wohl des betroffenen Individuums zu steigern (oder dessen Verringerung zu verhindern) oder auf irgendeine Weise dessen Interessen, Werte oder Wohlergehen zu fördern.¹²

Die Arbeit zielt auf die Entwicklung einer Konzeption der Zulässigkeitsbedingungen von Rechtspaternalismus im vertraglichen Privatrechtsverkehr. Mit ihr soll ein handhabbares Analyse- und Rationalisierungsinstrument bereitstehen, das die Berechtigung und Zulässigkeit rechtspaternalistischer Intervention in die Vertragsfreiheit *de lege lata* sowie *de lege ferenda* für den konkreten Fall (besser) ermitteln kann. Die Bestimmung klarer, operabler Voraussetzungen für den rechtspaternalistischen Eingriff dient dabei dem Ziel, sowohl die Gesetzgebung als auch die Rechtsprechung beim Einsatz rechtspaternalistisch motivierten Vertragsrechts zu disziplinieren und so die Vertragsfreiheit der Rechtsunterworfenen gegen übermäßigen Rechtspaternalismus zu schützen.

III. Untersuchungsmethode – Der verwendete Forschungsansatz

Für die Entwicklung dieses rechtswissenschaftlichen Paternalismuskonzepts bedient sich die Arbeit im Wesentlichen der rechtsökonomischen Methode. Zur Ausfüllung des verfassungsrechtlichen Rahmens rechtspaternalistischer Intervention in die Vertragsfreiheit erscheint die ökonomische Analyse des Rechts be-

¹¹ Die Bedeutung dieser wertfreien Betrachtung betonen etwa *Sunstein/Thaler*, U. Chi. L. Rev. 70 (2003), 1159 ff., 1166: „The thrust of our argument is that the term ‘paternalistic’ should not be considered pejorative, just descriptive.“; in der Sache ferner *dies.*, Nudge, 2008, S. 4 ff.

¹² So die Definition von Paternalismus bei *G. Dworkin*, Paternalism, 2010, in: Zalta (ed.), Stanford Encyclopedia of Philosophy; s. noch ausführlich unten unter § 2 II; eine ganz ähnliche Definition findet sich bei *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 8; anders hingegen *Saint-Paul*, The Tyranny of Utility, 2012, S. 30 f., 62 ff., 101 ff. und öfter, der entgegen der üblichen Sprachregelung auch regulatorische Freiheitsbeschränkungen zum Schutz Dritter bzw. zur Verhinderung oder Reduzierung von Externalitäten unter den Paternalismusbegriff subsumiert.

sonders geeignet, da hier Verfassungsrecht und ökonomische Vertragstheorie in den grundlegenden Positionen und Wertungen übereinstimmen: Vertragsfreiheit stellt in beiden Systemen den Grundzustand dar. Abweichungen hiervon sind rechtfertigungsbedürftig. Der Begründung mit dem verfassungsrechtlichen Bild vom freien und selbstbestimmten Menschen entspricht die ökonomische Vorstellung, dass sich die Wohlfahrt der Vertragsparteien an ihren eigenen Präferenzen bemisst.¹³

Für die hier unternommene rechtsökonomische Konzeption eines legitimen Rechtspaternalismus wird allerdings das rigide und gelegentlich wirklichkeitsfremde Verhaltensmodell des *homo oeconomicus* durch die Erkenntnisse der verhaltensökonomischen, d.h. psychologischen und experimentalökonomischen Forschung modifiziert. Zu den Kerneinsichten der Verhaltensökonomik gehört es nämlich, dass menschliche Entscheider nicht stets rational handeln, sondern unter kognitiven Beschränkungen und Wahrnehmungsverzerrungen leiden, die zu systematischen Entscheidungsfehlern führen. Die hieran anknüpfende verhaltensökonomische Analyse des Rechts (*Behavioral Law and Economics*) ist in den Vereinigten Staaten inzwischen fest etabliert¹⁴ und gewinnt auch hierzulande rasch an Zuspruch.¹⁵ Gerade für die hier interessierende Frage nach der Legitimation rechtspaternalistischer Intervention in die Vertragsfreiheit kann die Bedeutung der verhaltensökonomischen Erkenntnisse kaum überschätzt werden, liefern diese doch die *empirischen Grundlagen* für die Annahme, dass eine Vertragsschlussentscheidung in bestimmten Fällen *nicht* den tatsächlichen Präferenzen des Entscheiders entspricht. Es nimmt daher auch nicht wunder, dass die Anhänger der *Behavioral Law & Economics* aus den empirisch belegten Entscheidungsfehlern von Beginn an rechtspaternalistische Handlungsempfehlungen abgeleitet haben. Sie treten der überkommenen Skepsis gegenüber derart motivierten legislativen oder judiziellen Eingriffen in die Privatautonomie mit dem Hinweis auf allfällige Verhaltensanomalien entgegen („Anti-Antipaternalismus“). Diese verbreitete rechtspolitische Strömung begreift einen derart begründeten Rechtspaternalismus als libertäre Intervention, da sie der „eigentlich“ gewollten, „guten“

¹³ S. beispielhaft für ihr Konzept eines „libertären Paternalismus“ *Sunstein/Thaler*, U. Chi. L. Rev. 70 (2003), 1159, 1201: „Our only qualification is that when third party effects are not present, the general presumption should be in favor of freedom of choice, and that presumption should be rebutted only when individual choice is demonstrably inconsistent with individual welfare.“; vgl. ferner *Ott*, FS Kübler, 1997, S. 21 ff.

¹⁴ Grundlegend *Sunstein*, U. Chi. L. Rev. 64 (1997), 1175 ff.; *Jolls/Sunstein/Thaler*, Stan. L. Rev. 50 (1998), 1471 ff.; *Korobkin/Ulen*, Cal. L. Rev. 88 (2000), 1051 ff.; sowie die Beiträge in *Sunstein* (ed.), *Behavioral Law and Economics*, 2000.

¹⁵ S. etwa die Beiträge in den Sammelbänden *Engel et al.* (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2007; *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), *Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2011; ferner bereits *Fleischer*, FS Immenga, 2004, S. 575 ff.; *Eidenmüller*, JZ 2005, 216 ff.; *ders.*, JZ 2011, 814 ff.; *Wagner*, ZZP 121 (2008), 5 ff.; monographisch *Klöhn*, *Kapitalmarkt, Spekulation und Behavioral Finance*, 2006; ferner *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, S. 82 ff.; *Bechtold*, *Grenzen zwingenden Vertragsrechts*, 2010, S. 22 ff.

Entscheidung zum Durchbruch ver helfe und so nicht nur die Gesamtwohlfahrt steigere, sondern auch die individuelle Entscheidungsfreiheit vor ihrer fehlerbe-
fangenen Ausübung schütze („libertärer Paternalismus“).¹⁶ Sie ist inzwischen
auch außerhalb der rechtswissenschaftlichen Diskussion auf großes Interesse ge-
stoßen.¹⁷ Die Arbeit nimmt diese Debatte auf und lotet das Potential der verhal-
tensökonomischen Erkenntnisgewinne zur Begründung rechtspaternalistischer
Intervention in die Vertragsfreiheit der Rechtsunterworfenen theoretisch aus und
überprüft sie praktisch anhand der Referenzgebiete des Familien-, Gesellschafts-
und Verbraucherrechts. Sie versteht sich damit auch als Teil eines Forschungs-
programms zur Erprobung der Leistungsfähigkeit der verhaltensökonomischen
Analyse des Rechts. Zudem wird die Untersuchung um rechtsvergleichende Sei-
tenblicke ergänzt. Diese eröffnen nicht nur eine andere Perspektive auf das kon-
krete Regelungsproblem, sondern dienen auch der Vergewisserung über bereits
gewonnene Ergebnisse.

IV. Einordnung in die Debatte um Funktion und Grenzen der Privatautonomie

Die hier vorgelegte Untersuchung ist ein Beitrag zur allgemeineren Diskussion
um Funktion und Grenzen der Privatautonomie in einer freiheitlichen Gesell-
schafts- und Wirtschaftsordnung. Dieser Debatte wird zurzeit eine Hochkon-
junktur in nahezu allen Bereichen des Privatrechts bescheinigt.¹⁸ Zum Beleg ver-
weist man unter anderem auf die Diskussion um die Grenzen der Ehevertrags-
freiheit, die Debatte um die Privatautonomie bei letztwilligen Verfügungen,
Überlegungen zur Auflockerung der Satzungsstrenge im Aktienrecht oder über
die richterliche Kontrolle und Korrektur von Gesellschaftsverträgen im Perso-
nengesellschaftsrecht sowie die Sicherung der Privatautonomie im gemein-
schaftsrechtlich präformierten Verbrauchervertragsrecht. Prominente Stimmen

¹⁶ Programmatisch *Sunstein/Thaler*, U. Chi. L. Rev. 70 (2003), 1159: „Libertarian Paternalism is not an Oxymoron.“; zuvor bereits *Sunstein*, U. Chi. L. Rev. 64 (1997), 1175, 1178; *Jolls/Sunstein/Thaler*, Stan. L. Rev. 50 (1998), 1471, 1541 ff.; zur Rezeption für das deutsche Recht etwa *Eidenmüller*, JZ 2011, 814 ff.; vgl. auch das Konzept des „Asymmetrischen Paternalismus“ von *Camerer/Issacharoff/Loewenstein/O'Donoghue/Rabin*, U. Pa. L. Rev. 151 (2003), 1211 ff.; aus verfas-
sungsrechtlicher Perspektive ferner *van Aaken*, in: *Anderheiden et al.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 109 ff.

¹⁷ So ist das populärwissenschaftliche Buch „Nudge – Improving Decisions, About Health, Wealth, and Happiness“ von *Thaler* und *Sunstein* in seiner deutschen Übersetzung im Feuilleton der Frankfurter Allgemeinen Zeitung abgedruckt worden.

¹⁸ S. dazu wie zum Folgenden *Dauner-Lieb*, AcP 210 (2010), 580, 581 f.; vgl. insofern auch die neueren regulierungstheoretischen Arbeiten von *Möslein*, *Dispositives Recht*, 2011, und *Kähler*, *Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts*, 2012; sowie die Beiträge in *Riesenhuber* (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung*, 2012. Dieser Befund steht letztlich nicht im Widerspruch zu der Beobachtung, dass die gegenwärtige Debatte nur der bislang letzte Akt einer Jahrzehnte wäh-
renden Grundsatzdebatte ist, vgl. insofern die Ausführungen bei *Schön*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1191 ff.; *Zöllner*, FS GmbHG, 1992, S. 85 ff. m.zahlr.N.

im zivilrechtlichen Schrifttum machen hier Reflexions- und Begründungsdefizite im Grundsätzlichen aus. Dies betrifft etwa das Verhältnis von materiell zwingendem Recht und dem sog. Informationsmodell, verstanden als eine durch Information angeleitete Vertragsfreiheit¹⁹, aber auch die Frage, warum die Gerichte den Vertragsschluss in bestimmten Fällen daraufhin überprüfen, ob er Ausdruck einer „materialen“ Vertragsfreiheit ist, während es in anderen Fällen allein auf die „formale“ Vertragsfreiheit ankommen soll²⁰.

Vor allem die rechtsökonomisch geprägte Zivil- und Vertragsrechtsforschung schickt sich an, diesen Fragen auf den Grund zu gehen, und kann hier auch schon einige Fortschritte verzeichnen.²¹ Die vorliegende Arbeit knüpft an diese Forschungslinie an und unternimmt es, auf alle diese Fragen nach Funktion und Grenzen der Privatautonomie für das hier untersuchte Thema der Zulässigkeitsbedingungen rechtspaternalistischer Intervention in die Vertragsfreiheit eine Antwort zu finden. Hierbei wird sich zeigen, dass die zu beobachtende „Materialisierung“ des Vertragsrechts dort begründet werden kann, wo sie den beschränkten Fähigkeiten menschlicher Entscheider in angemessener Weise Rechnung trägt.

V. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung beginnt mit einer Vergewisserung über die grundlegenden Einsichten der philosophischen Paternalismusdebatte (§ 2). Hierbei wird der Paternalismusbegriff geschärft und gegenüber anderen Regelungsmotiven abgegrenzt. So trifft bereits die philosophische Diskussion um die Zulässigkeit von Paternalismus die für die weitere Untersuchung ganz maßgebliche Unterscheidung zwischen *weichem* und *hartem* Paternalismus. Diese Unterscheidung betrifft die grundsätzliche Frage, ob für das „Ob“ und „Wie“ der Intervention an den eigenen Präferenzen des Schutzadressaten Maß genommen wird oder nicht. Der folgende Abschnitt würdigt die rechtspaternalistische Intervention in die Vertragsfreiheit aus verfassungsrechtlicher Perspektive, spannt mithin den grundgesetzlichen Rahmen auf, innerhalb dessen ein Konzept zulässigen Rechtspater-

¹⁹ S. Schön, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1191, 1195: „Was in Deutschland bislang fehlt, ist eine Grundsatzdiskussion, in welcher der Paradigmenwechsel der Gesetzgebung – weg vom sachlich zwingenden Recht und hin zu einer durch Information angeleiteten Vertragsfreiheit – rechtspolitisch bewertet wird. Auch die rechtsökonomische Forschung beginnt erst seit kurzem, das ‚Informationsmodell‘ auf seine Tauglichkeit zu durchleuchten.“; dazu auch Stürmer, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1489 ff.

²⁰ Vgl. N. Jansen, in: R. Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 125, 160: „Plausible Erklärungen, warum es bisweilen auf die ‚materielle‘ Privatautonomie ankomme, obwohl normalerweise die ‚formale‘ genüge, sind aber schwer zu finden“.

²¹ S. bspw. Wagner, ZEuP 2010, 243 ff.; Eidenmüller, JZ 2011, 814 ff.; die Beiträge in Wagner (ed.), The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics, 2009; und in Eidenmüller et al. (Hrsg.), Revision des Verbraucher-acquis, 2011; monographisch ferner Bechtold, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, 2010.

nalismus im Vertragsrecht zu entwickeln ist (§ 3). Die rechtspaternalistische Intervention erweist sich dabei als grundrechtsrelevante Maßnahme, die mit Grundrechtsverzicht, Eingriff und Schutzpflicht verschiedene grundrechtsdogmatische Anknüpfungspunkte bietet. In der Sache ist dabei zwischen Schutz *vor* Paternalismus und Schutz *durch* Paternalismus zu unterscheiden.

Der noch recht abstrakte verfassungsrechtliche Rahmen rechtspaternalistischer Intervention in die Vertragsfreiheit wird im Folgenden durch die Entwicklung eines *verhaltensökonomisch fundierten Konzepts effizienten Rechtspaternalismus* ausgefüllt und präzisiert. Die Arbeit geht hierfür in zwei Schritten vor: In einem ersten Schritt entwickelt sie auf dem Boden hergebrachter wohlfahrtsökonomischer und vertragstheoretischer Erkenntnisse ein Konzept effizienten Rechtspaternalismus (§ 4). Effizienz als normativer Maßstab bedeutet hierbei die (Gesamt-)Wohlfahrtsmaximierung der Vertragsparteien, die sich nach den individuellen Präferenzen der Kontrahenten bestimmt. Als bedeutsamster Anknüpfungspunkt für eine effiziente rechtspaternalistische Intervention stellen sich danach Rationalitätsdefizite dar, die verhindern, dass die Vertragsparteien durch den Vertragsschluss eine tatsächlich ihren Präferenzen entsprechende Entscheidung treffen. Im anschließenden zweiten Schritt wird dieses Konzept um die Erkenntnisse der verhaltensökonomischen Forschung angereichert und mit ihrer Hilfe fortentwickelt (§ 5). Diese Erkenntnisse liefern durch ihre Belege systematischer Entscheidungsfehler die empirische Grundlage zur Rechtfertigung einer rechtspaternalistischen Intervention in die Vertragsfreiheit. Nach der Entfaltung des verhaltensökonomisch fundierten Konzepts eines effizienten Rechtspaternalismus schließt der grundlegende Teil der Arbeit mit einem Zwischenfazit (§ 6).

Im Anschluss an diese Grundlegung wird das hier entwickelte Paternalismuskonzept im folgenden Teil der Arbeit praktisch überprüft, indem es auf die Referenzgebiete des Ehevertrags-, Gesellschafts- und Verbraucherkreditrechts angewendet wird. Den Anfang macht dabei die Untersuchung der paternalistischen Intervention des Gesetzgebers sowie der Gerichte im Ehevertragsrecht (§ 7). Auf diesem Gebiet haben sich in den letzten Jahren grundstürzende Entwicklungen zugetragen. Diese sind ganz wesentlich durch die berühmte Entscheidung des BVerfG vom 6.2.2001²² angestoßen worden, die den Globalverzicht einer hochschwangeren Frau auf einen nahehelichen Vermögensausgleich zum Gegenstand hatte. Hieran anschließend wendet sich die Arbeit dem Gesellschaftsrecht zu, genauer: dem gesellschafterschützenden Binnenrecht der Personengesellschaften und der personalistischen GmbH (§ 8). Die Analyse paternalistisch motivierter Schranken gesellschaftlicher Vertragsfreiheit nimmt dabei drei prominente Streitthemen näher in den Blick: (1) die rechtliche Anerkennung sog. (freier) Hinauskündigungsklauseln, (2) die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit von Abfindungsbeschränkungen sowie (3) die Abdingbarkeit der gesellschaftlicher Treuepflicht. Als letztes Referenzgebiet nimmt sich die Arbeit

²² BVerfGE 103, 89 ff.

das Verbraucherkreditrecht als Ausschnitt des immer stärker anwachsenden Verbrauchervertragsrechts vor (§ 9). Diese Rechtsmaterie wird aufgrund der ausgreifenden Tätigkeit des Unionsgesetzgebers stark durch europäisches Richtlinienrecht präformiert. Für die Behebung von Verhandlungsasymmetrien zwischen Verbraucher und Unternehmer galt bislang das sog. Informationsmodell als regulatorische Antwort der Wahl. Zunehmend gewinnt aber auch hier die Erkenntnis an Boden, dass eine verbraucherschützende Regulierung nur dann Erfolg verspricht, wenn sie die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik über das tatsächliche Verbraucherverhalten wesentlich stärker als bisher berücksichtigt. Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung ihrer wesentlichen Ergebnisse (§ 10).

Zweiter Teil

Grundlegung

§ 2 Paternalismus in der philosophischen Diskussion

I. Einführung

Die Frage nach Rechtfertigung und Grenzen (rechts-)paternalistischer Intervention wird in der Philosophie bereits seit langer Zeit diskutiert. Die im Rahmen dieser Debatte gewonnenen Einsichten ermöglichen eine von der (zivil-)rechtlichen Systematik unabhängige rechtsethische Analyse, die in verschiedener Hinsicht für das hiesige Thema der paternalistisch motivierten Begrenzung privatrechtlicher Selbstbindung erkenntnistiftend sein kann. So deckt die philosophische Diskussion die Prämissen bestimmter Argumente und Folgerungen für das hier interessierende Thema auf, die in der rechtswissenschaftlichen Diskussion häufig allenfalls implizit vorausgesetzt werden, und hilft verschiedene Begründungsmuster und Argumentationstopoi ins Verhältnis zu setzen. Die ethische Analyse der Paternalismusfrage liefert damit nicht nur die Maßstäbe für eine kritische Kontrolle der mithilfe der Rechtsdogmatik gewonnenen Ergebnisse¹, sondern kann für die Gewinnung dieser Ergebnisse auch positive Anregung sein².

Dementsprechend geht es im Folgenden weder darum, in der philosophischen Debatte Stellung zu beziehen, noch um eine Antwort auf die grundlegende Frage, inwieweit das Recht ethischen Grundsätzen genügen muss.³ Vielmehr soll der Vorrat an (rechts-)philosophischen Einsichten und Argumenten gesichtet werden, um den Blick für die entscheidenden Fragen des Paternalismusproblems zu schärfen und die eigenen (juristischen) Erkenntnisse zu prüfen. Weil die ideengeschichtliche Einordnung der einzelnen philosophischen Positionen hierzu nichts beiträgt, wird weitestgehend auf sie verzichtet.

Da die vorliegende Arbeit keine rechtsphilosophische ist, kann es bei den folgenden Ausführungen nur um eine überblicksartige Darstellung der philosophi-

¹ Vgl. *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 63 in Bezug auf die Einwilligung und die Parömie „volenti non fit iniuria“; gleichsinnig *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 25: „Zum zweiten kann die Philosophie dabei helfen, Widersprüche einer bestehenden grundrechtsdogmatischen Konzeption aufzudecken.“

² Vgl. *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 25 und passim für die Grundrechtsdogmatik.

³ Vgl. wiederum *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 63 in Bezug auf die Einwilligung und die Parömie „volenti non fit iniuria“.

schen Paternalismusdebatte gehen. Diese *tour d'horizon* muss sich notwendigerweise auf eine Auswahl der einschlägigen philosophischen Einzelfragen und Positionen beschränken. In Konsequenz dieser notwendigen Auswahl konzentrieren sich die folgenden Ausführungen weitgehend auf die Paternalismuskussion in der angelsächsischen politischen Philosophie, die in *John Stuart Mills* Essay über die Freiheit („On Liberty“)⁴, der wohl berühmtesten und einflussreichsten Schrift zum Paternalismus, ihren Ausgang nahm und in den siebziger und achtziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts neuerlich an Momentum gewann. Zu den Impulsgebern dieser neueren Entwicklung gehören Philosophen wie *Feinberg*, *Kleinig* oder *Gerald Dworkin*. Demgegenüber bleibt eine andere philosophische Traditionslinie, nämlich die Diskussion des Paternalismus in der politischen Theorie der Aufklärung, weitgehend ausgeklammert. Die Früchte dieser Denktradition sind anderorts im Detail nachzulesen.⁵ Größeres Augenmerk wird allerdings auf die Beiträge von *Kant* und *Wilhelm von Humboldt* gelegt, deren wirkmächtige Ideen in die angelsächsische Diskussion eingeflossen sind⁶.

II. Der Paternalismusbegriff – Definition und Abgrenzung

In der philosophischen Paternalismusdebatte ist – wenig überraschend – bereits der Paternalismusbegriff selbst Gegenstand der Diskussion⁷. Für die hiesigen Zwecke genügt es, die – zumindest ganz mehrheitlich – anerkannten Kernelemente einer Paternalismusdefinition herauszustreichen und die paternalistischen von anders motivierten Freiheitsbeschränkungen abzugrenzen.

1. Konstitutive Begriffselemente – Definitionsvorschläge des Schrifttums

Das philosophische Schrifttum hält zwar zahlreiche, sich im Detail durchaus voneinander unterscheidende⁸ Paternalismusdefinitionen bereit. Die Vielzahl der Begriffsbeschreibungen lässt sich aber auf gemeinsame oder doch zumindest weitgehend anerkannte Kernelemente zurückführen. Einen ersten Anhaltspunkt hierfür bietet *Mill* in seinem Essay über die Freiheit. In seiner Ablehnung

⁴ *Mill*, On Liberty, 1859.

⁵ S. etwa *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 5 ff. und jüngst *Grunert*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 9 ff.

⁶ Ein eindrucksvolles Beispiel einer solchen Rezeption ist etwa die Verarbeitung von *Wilhelm v. Humboldts* Werk „Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen“ in *Mills* „On Liberty“. Vgl. diesbzgl. etwa die Verweise auf *v. Humboldt* bei der *Mill*-Analyse von *J.-C. Wolf*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), Recht und Paternalismus, 2006, S. 55 ff.

⁷ S. für einen neueren Beitrag zur Debatte um den Paternalismusbegriff *Grill*, Res Publica 13 (2007), 441 ff.

⁸ Vgl. *Grill*, Res Publica 13 (2007), 441 ff. m.w.N.; ferner die Einschätzung bei *G. Dworkin*, Paternalism, 2010, in: Zalta (ed.), Stanford Encyclopedia of Philosophy, sub 2. und *van Aaken*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109, 122.

von Paternalismus beschreibt er das Phänomen: „He [scil. any member of a civilized community] cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do“⁹. Ganz ähnlich fasst ein aktueller Beitrag Paternalismus als „Zwang zur Verhütung von Selbstschädigung“ zusammen.¹⁰ *Gerald Dworkin* präzisiert in seinem Eintrag in der *Stanford Encyclopedia of Philosophy*: „Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm.“¹¹ Er schlüsselt diese Definition in drei konstitutive Elemente für ein paternalistisches Verhalten Z von X gegenüber Y auf: Z (oder sein Unterlassen) beeinträchtigt die (Handlungs-)Freiheit oder Selbstbestimmung von Y (1). X tut dies ohne Y's Zustimmung (2). X tut dies (allein) deshalb, weil Z das Wohl von Y steigert (und sei es, indem es eine Verringerung von Y's Wohl verhindert) oder auf irgendeine Weise Y's Interessen, Werte oder Wohlergehen fördert (3).¹² Von anderen Freiheitsbeschränkungen unterscheidet sich Paternalismus folglich durch sein Motiv (Bedingung 3), das (vermeintliche) Wohl des Adressaten der paternalistischen Intervention zu fördern. Angesichts der Tatsache, dass Handlungen (und Unterlassungen) häufig ein Motivbündel zugrunde liegt¹³, formuliert *Kleinig*: „X acts paternalistically in regard to Y to the extent that X, in order to secure Y's good, as an end, imposes upon Y.“¹⁴

2. Zu den Begriffsmerkmalen im Einzelnen

2.1 Beschränkung der Freiheit oder Selbstbestimmung

Die vorstehende Auflistung von Definitionsvorschlägen aus der philosophischen Literatur weist bereits auf eine Ausweitung der Verhaltenskomponente des Paternalismusbegriffs von der Ausübung von Zwang (*coercion*) zur umfassenderen Beschränkung oder Beeinträchtigung (*interference*) der Handlungsfreiheit oder Autonomie hin, die auch in einem Unterlassen bestehen kann.¹⁵ Der Begriff des Zwanges hat sich gerade auch im Hinblick auf Rechtspaternalismus als zu eng erwiesen. Er trägt zwar bereits recht weit, wenn man eine staatliche Maßnahme, die ein Verhalten zwar nicht verbietet, aber doch verteuert, als „zwingend“ ansieht,

⁹ *Mill*, On Liberty, 1859, S. 22.

¹⁰ *J.-C. Wolf*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 55.

¹¹ *G. Dworkin*, Paternalism, 2010, in: Zalta (ed.), Stanford Encyclopedia of Philosophy. Etwas anders noch *ders.*, in: Sartorius (ed.), Paternalism, 1983, S. 19, 20; dazu *Kleinig*, Paternalism, 1984, S. 5 ff.

¹² *G. Dworkin*, Paternalism, 2010, in: Zalta (ed.), Stanford Encyclopedia of Philosophy, sub 2.

¹³ Hierauf eindringlich hinweisend *Grill*, Res Publica 13 (2007), 441 ff.

¹⁴ *S. Kleinig*, Paternalism, 1984, S. 13 (Hervorhebung nur hier).

¹⁵ Vgl. beispielhaft die Neudefinition von *G. Dworkin*, Paternalism, 2010, Zalta (ed.), Stanford Encyclopedia of Philosophy, gegenüber seiner Begriffsbestimmung in Sartorius (ed.), Paternalism, 1983, S. 19, 20.

da sie eine Art Strafzahlung anordnet oder gar ein *De facto*-Verbot darstellt, wenn und weil sie das Verhalten unerschwinglich oder jedenfalls gänzlich unattraktiv macht.¹⁶ Vom Begriff des Zwanges nicht erfasst wären hingegen bloße Unterlassungen¹⁷, wie beispielweise die staatliche Nichtanerkennung eines Vertrages, die gleichwohl freiheitsbeschränkend wirkt, etwa weil sie einer Partei die Möglichkeit der Kreditaufnahme – wenn auch nur zu einem sehr hohen Zinssatz – aus der Hand schlägt.¹⁸ Der Ausschluss solchen Verhaltens aus dem Paternalismusbegriff ließe sich jedoch nach wohl einhelliger Ansicht nicht überzeugend begründen.¹⁹

2.2 Sicherung des Wohls des von der Freiheitsbeschränkung Betroffenen als Endzweck

Von anderen Freiheitsbeschränkungen unterscheidet sich Paternalismus durch sein Motiv: Paternalismus hat die Förderung oder Erhaltung des Wohls des Adressaten der Freiheitsbeschränkung zum Ziel.

2.2.1 Theoretische Abgrenzung

Theoretisch lässt sich die paternalistische Freiheitsbeschränkung aufgrund ihres Motivs von der drittschützenden sowie von der „moralistisch“ motivierten Intervention abgrenzen.²⁰

Der paternalistischen Intervention wird in der ethischen Debatte üblicherweise die Freiheitsbeschränkung zum Schutz anderer vor Schaden gegenübergestellt.²¹ Diese auf den ersten Blick einfache Unterscheidung kann jedoch dort schwierig werden, wo eine Freiheitsbetätigung beschränkt wird, welche die Interaktion mehrerer voraussetzt. Wird hier die Freiheit des einen Beteiligten beschränkt, um das Wohl des anderen Beteiligten zu schützen, sprechen einige von *indirektem* Paternalismus. Ein Beispiel hierfür ist das Verbot des Drogenverkaufs.²²

¹⁶ So bereits *Mill*, *On Liberty*, 1859, S. 180; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Paternalismusdefinition bei *Saint-Paul*, *The Tyranny of Utility*, 2011, S. 62 f.; ferner *van Aaken*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 109, 138 f. zu den Kosten von bloßen Wahlhilfen.

¹⁷ Gegen einen völligen Ausschluss bloßer Unterlassungen aus der Paternalismusdefinition etwa auch *Shiffrin*, *Phil. & Pub. Aff.* 29 (2000), 205, 225.

¹⁸ S. zu diesem Beispiel *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 5 f.; vgl. ferner *Regan*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 113, 130.

¹⁹ Vgl. etwa *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 5 f.; ferner – jedenfalls im Ausgangspunkt – *Shiffrin*, *Phil. & Pub. Aff.* 29 (2000), 205, 225 ff.; schließlich bereits *Mill*, *On Liberty*, 1859, S. 183 ff.; in der Sache auch *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 21.

²⁰ Vgl. etwa *J.-C. Wolf*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55.

²¹ Das bekannteste Beispiel hierfür ist sicher *Mill*, *On Liberty*, 1859, S. 22, der sein „harm principle“ mit dem Paternalismusverbot verschränkt. S. dazu nur *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19; anders jüngst aus ökonomischer Perspektive *Saint-Paul*, *The Tyranny of Utility*, 2011, S. 30 f., 101 ff.

²² S. hierzu nur *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 11.

Paternalismus lässt sich des Weiteren von der „moralistisch“ motivierten Freiheitsbeschränkung abgrenzen. Entsprechend unterscheidet man Rechtspaternalismus von Rechtsmoralismus (*legal moralism*).²³ Anders als beim Paternalismus gründet die „moralistisch“ motivierte Intervention alleine in der Unsittlichkeit des Verhaltens; eines (drohenden) Schadens für irgendwelche Individualinteressen (*harm*) bedarf es nicht.²⁴ Nicht wenige U.S.-amerikanische Rechtsphilosophen verstehen jedenfalls einige Fallgruppen der Lehre von der Unwirksamkeit übervorteilender oder ausbeutender Verträge (sog. *unconscionability doctrine*) eher als „rechtsmoralistisch“ denn als paternalistisch. Das Nichtigkeitsverdict beruhe in diesen Fällen auf der Immoralität des Vertragsinhalts an sich oder der Überlegung, dass eine Vertragspartei die Schwächen der anderen nicht ausbeuten solle.²⁵

2.2.2 Praktische Vermischung – Motivbündel und unreiner Paternalismus

Die theoretisch zumeist relativ einfache Abgrenzbarkeit von paternalistischer Intervention auf der einen Seite und drittschützender oder moralistischer Maßnahme auf der anderen Seite darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme in der Praxis häufig ein Motivbündel zugrunde liegt.²⁶ Dies gilt auch für rechtliche Maßnahmen, wie freiheitsbeschränkende Gesetzesbestimmungen.²⁷ Solche Maßnahmen, die nicht allein auf paternalistischen Motiven beruhen werden als „unrein“ (*impure*) oder „gemischt“ (*mixed*) paternalistisch bezeichnet.²⁸ Sofern und soweit sie nicht bereits durch ihre nichtpaternalistischen Ziele legitimiert werden²⁹, stellen sich für ihre ethische Rechtfertigung dieselben Fragen wie für die rein paternalistische Intervention.³⁰

²³ Vgl. etwa *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 3, 13; *G. Dworkin*, *Law and Philosophy* 24 (2005), 305 ff., 307.

²⁴ S. etwa *G. Dworkin*, *Law and Philosophy* 24 (2005), 305 ff., 307; *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 201, 226.

²⁵ S. etwa *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 3, 13; *Shiffrin*, *Phil. & Pub. Aff.* 29 (2000), 205 ff. m.w.N. zur herrschenden Gegenansicht in Fn. 10, 11 und 12.

²⁶ Vgl. etwa *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 20; *Grill*, *Res Publica* 13 (2007), 441, 442; *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 12.

²⁷ Deutlich *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 20: „Almost any piece of legislation is justified by several different reasons, and even if historically a piece of legislation can be shown to have been introduced for purely paternalistic motives, it may be that advocates of the legislation with an anti-paternalistic outlook can find sufficient reasons justifying the legislation without appealing to the reasons that were originally adduced to support it.“

²⁸ S. nur *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 20; *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 12.

²⁹ S. insbesondere zur Legitimierung durch den Schutz von Drittinteressen noch unten unter § 2 VII.

³⁰ Vgl. *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 178.

III. Selbstbestimmung und Paternalismus – Zur Rechtfertigungsbedürftigkeit paternalistischer Intervention

In der liberalen Tradition, in der jedenfalls die westlichen Rechtsordnungen stehen, ist die individuelle Selbstbestimmung gleichsam der „natürliche“ Zustand. Paternalismus, insbesondere auch und gerade Rechtspaternalismus, als Einschränkung der Selbstbestimmung in eigenen Angelegenheiten ist als Abweichung von diesem Ausgangspunkt ethisch rechtfertigungsbedürftig.³¹ Warum aber verdient die Selbstbestimmung des Einzelnen Achtung? Über die Antwort auf diese Frage besteht in der philosophischen Diskussion keine Einigkeit. Lässt man alle Einzelheiten und zahlreiche Zwischenformen³² außer Acht, kann man zwei grundlegende Begründungsmuster unterscheiden, nämlich zum einen *deontologische* und zum anderen *konsequentialistische*, insbesondere *utilitaristische* Ansätze.³³ Beispielhaft für diese beiden Lager stehen die Lehren von *Kant* und *Mill*.³⁴ Diese weisen trotz ihrer Gegensätzlichkeit freilich auch bedeutsame Gemeinsamkeiten auf. Insbesondere ist mit *Kleinig* noch einmal zu betonen: „The form of justification is different, but the conclusion so far as the status of individual freedom is concerned is much the same.“³⁵

1. Die deontologische Begründung des Rechts auf Selbstbestimmung bei *Kant*

Kant vertritt eine deontologische Pflichtethik, zu deren theoretischen Grundannahmen der freie Wille des Menschen gehört, „nur dasjenige zu wählen, was die Vernunft, unabhängig von der Neigung, [...] als gut erkennt.“³⁶ Da der Mensch also als autonomes Wesen unabhängig von sinnlichen Einflüssen nach der Ver-

³¹ Vgl. nur *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. xi und S. 1; *Kronman*, *Yale L.J.* 92 (1983), 763, 764 f.; aus dem deutschen Schrifttum jüngst *Kirste*, *JZ* 2011, 805 f.; s. auch *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 105, 107: „It is because of the violation of the autonomy of others that normative questions about the justification of paternalism arise.“; s. andererseits *ders.*, *Paternalism*, 2010, in: Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

³² S. zu diesen noch später im Text.

³³ S. zu diesem Gegensatz allgemein *Alexander/Moore*, *Deontological Ethics*, 2007, in: Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*; im Zusammenhang mit der Paternalismusdebatte etwa *Sartorius*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. ix, xi; vgl. auch *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 66 ff.

³⁴ S. dazu und zum Folgenden auch den instruktiven Überblick bei *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 24 ff.

³⁵ *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 25; in der Sache ebenso *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 69 f.; weitergehend noch *Hockett*, *Cornell J. L. & Pub. Pol'y* 18 (2009), 391, 465: „So-called ‘deontology’ and ‘consequentialism,’ [...] vary in respect of ‘focus’ or ‘emphasis,’ but not in respect of prescriptively relevant constitutive elements.“

³⁶ *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, BA 36 f. (S. 41). Genau heißt es dort: „[D]er Wille ist ein Vermögen, nur dasjenige zu wählen, was die Vernunft, unabhängig von der Neigung, als praktisch notwendig, d.i. als gut erkennt.“

nunft handeln und entscheiden kann, ist er in der Lage sich selbst ein moralisches Gesetz zu geben und hieraus Maximen des praktischen Handelns abzuleiten.³⁷ Aus dieser Fähigkeit folgert er die Pflicht zur sittlich guten Handlung.³⁸ Oberstes moralisches Gesetz ist nach *Kant* der kategorische Imperativ: „[H]andle nur nach derjenigen Maxime, von der du wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde.“³⁹ Die Fähigkeit zur moralischen Selbstgesetzgebung begründet aber nicht nur die Pflicht sittlich guten Handelns, sondern ist auch der „Grund der Würde der menschlichen [...] Natur“.⁴⁰ Der Würde des autonomen Menschen entspricht der Achtungsanspruch aller anderen, niemals bloß als Mittel behandelt zu werden.^{41/42} Macht aber die Fähigkeit zur autonomen Entscheidung die Würde des Menschen aus und besteht ein Gebot diese Würde zu achten, so folgt daraus das ethische Postulat, die Selbstbestimmung des Individuums in eigenen Angelegenheiten zu respektieren.⁴³ Umgekehrt erscheint die paternalistische Usurpation der Entscheidungsmacht des Einzelnen als eine Verletzung des aus der Menschenwürde fließenden Achtungsanspruchs.⁴⁴ Das Verbot paternalistischer Intervention gilt für *Kant* nicht nur als Aussage der Ethik, sondern auch als Vorgabe für die Rechtsordnung. Dies ergibt sich aus der Bedeutung der Selbstbestimmung für seinen Rechtsbegriff. Danach ist „Recht [...] der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze zusammen vereinigt werden kann“.⁴⁵ Hieraus wiederum leitet *Kant* das jedem Menschen zustehende *Recht* auf freie Entfaltung gemäß seiner willkürlichen Selbstbestimmung ab. „Niemand kann mich zwingen, auf seine Art (wie er sich das Wohlbefinden anderer Menschen denkt) glücklich zu sein, 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,

³⁷ Vgl. *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, BA 36 ff., 63 f., 73 ff. (S. 40 ff., 59, 65 ff.).

³⁸ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, BA 76 (S. 67).

³⁹ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, BA 52 (S. 51).

⁴⁰ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, BA 79 (S. 69).

⁴¹ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, BA 76 f. (S. 67).

⁴² S. auch die konzise Zusammenfassung bei *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 67.

⁴³ Treffend *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 69. S. auch die ähnlichen Gedanken bei *Rawls*, *Theory of Justice*, 1972, S. 544 ff. zur essentiellen Bedeutung der „priority of [equal] liberty“ für die Sicherung des „self-respect“ des Einzelnen.

⁴⁴ Vgl. auch *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 105, 107: „The denial of autonomy is inconsistent with having others share the ends of one's actions – for if they would share the end, it would not be necessary to usurp their decision-making powers. At one level, therefore, paternalism seems to treat others as means[.]“; noch deutlicher *ders.*, *Paternalism*, 2010, in: Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*; implizit auch *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 69. *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 28 nennt dies „the Argument from Disrespect for Persons“ und rückt es in die Nähe des *Mill'schen* „Argument from Oppression of Individuality“ [s. auch *ders.*, ebenda, S. 31].

⁴⁵ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*. Erster Teil. Einleitung in die Rechtslehre, § B, A 33 (S. 337). S. auch *Ellscheid*, in: Fatch-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), *Grenzen des Paternalismus*, 2010, S. 182 ff. zur Bedeutung der Unterscheidung von Recht und Ethik für die antipaternalistische Lehre *Kants*.

[...] nicht Abbruch tut“.⁴⁶ Daher ist für *Kant* eine „väterliche Regierung [...], wo [...] die Untertanen als unmündige Kinder, die nicht unterscheiden können, was ihnen wahrhaftig nützlich oder schädlich ist, [sondern] sich bloß passiv zu verhalten genötigt sind, [...] wie sie [nach dem Urteil des Staatsoberhaupts] glücklich sein sollen“, „der größte denkbare Despotismus“.⁴⁷

2. Die utilitaristische Begründung des Paternalismusverbots bei *Mill*

Die Argumentation mit der *John Stuart Mill* in seinem überaus einflussreichen Essay „On Liberty“⁴⁸ das antipaternalistische *harm principle* verteidigt, gilt weit- hin als *utilitaristisch*.⁴⁹ Dieses Prinzip besagt, dass der einzige Zweck, zu dem die Menschen als Einzelne oder im Kollektiv berechtigt sind, in die Handlungsfreiheit des Einzelnen (durch Zwang) einzugreifen, die Abwendung von Schaden für andere (*harm to others*) ist. Der physische oder moralische Nutzen für den Handelnden selbst sei hingegen keine taugliche Eingriffsrechtfertigung.⁵⁰ In den eigenen Angelegenheiten (*self-concerning conduct*⁵¹), die Drittmenschen nicht (hinreichend bedeutsam) berühren, ist der Akteur mithin frei, zu tun und zu lassen, was er will. Er ist niemandem Rechenschaft für sein Verhalten schuldig.⁵² Er kann nicht rechtmäßigerweise gezwungen werden, etwas zu tun oder zu unterlassen, weil es besser für ihn wäre.⁵³ Dritten bleiben nach *Mill* in diesen Fällen lediglich die Mittel der Beratung, Überredung oder aber Meidung des Akteurs. Begründet wird dieses Paternalismusverbot damit, dass der gesamtgesellschaftliche Nutzen größer sei, wenn jeder so leben könne, wie es ihm selbst gut dünke, als wenn jeder gezwungen würde, so zu leben, wie es den anderen („the rest“) gut erscheine.⁵⁴

⁴⁶ *Kant*, Über den Gemeinspruch, A 235 f. (S. 145).

⁴⁷ *Kant*, Über den Gemeinspruch, A 236 (S. 145 f.), dazu bereits eingangs unter § 1 I. S. zur Ableitung des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen in eigenen Angelegenheiten gegenüber dem Staat aus dem kantischen Rechtsbegriff auch *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 20 ff.

⁴⁸ *Mill*, On Liberty, 1859.

⁴⁹ Vgl. etwa *R. Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1977, S. 276; *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 32; *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 69. Freilich ist die Einordnung der *Mill*'schen Argumentation streitig. Dies beruht insbesondere auf dem konsequentialistischen Denken fremden Absolutheitsanspruch, den er für das Prinzip des Antipaternalismus erhebt [vgl. *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), Paternalism, 1983, S. 19, 26 ff. sowie *Sartorius*, in: Sartorius (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 95, 98 f. jew. mit Verweis auf die frühe Kritik von *Fitzjames Stephen* an *Mills* Essay]. *Sartorius*, a.a.O., S. 99 sieht die Lösung für diesen (vermeintlichen) Widerspruch in einem *regelutilitaristischen* Verständnis der *Mill*'schen Argumentation [s. zu dieser Einordnung auch *Hooker*, Rule Consequentialism, 2008 in: Zalta (ed.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, m.w.N., dort auch zum Begriff des Regelutilitarismus].

⁵⁰ *Mill*, On Liberty, 1859, S. 21 f.

⁵¹ S. dazu bereits oben unter § 2 III pr.

⁵² *Mill*, On Liberty, 1859, S. 168.

⁵³ *Mill*, On Liberty, 1859, S. 22.

⁵⁴ *Mill*, On Liberty, 1859, S. 27: „Mankind are greater gainers by suffering each other to live as seems good to themselves, than by compelling each to live as seems good to the rest.“

„Nutzen“ wird dabei in einem sehr weiten Sinne verstanden, der auf den Interessen des Menschen als „progressive being“ gründet.⁵⁵ Eine Hauptquelle des menschlichen Wohlbefindens und Glücks sei die freie Entwicklung der eigenen Individualität, die wiederum Voraussetzung für individuellen und sozialen Fortschritt sei.⁵⁶

Als Gründe für den größeren Nutzen der Selbstbestimmung in eigenen Angelegenheiten als einer (paternalistischen) Fremdbestimmung durch die „Gesellschaft“ (*v. Humboldt* spricht demgegenüber vom „Staat“⁵⁷) nennt *Mill* im Wesentlichen die Folgenden: In einer ersten Argumentationslinie hebt *Mill* auf die Überlegenheit des Individuums in der Beurteilung des eigenen Wohles gegenüber der Beurteilung durch Dritte ab: „[W]ith respect to his own feelings and circumstances, the most ordinary man or woman has means of knowledge immeasurably surpassing those that can be possessed by any one else“.⁵⁸ Zu dieser epistemischen Überlegenheit des Individuums tritt die motivatorische: Das Individuum ist selbst am meisten an seinem (eigenen) Wohl interessiert.⁵⁹ Aus beidem folgert er: Die Maßnahmen der Gesellschaft zur Ersetzung der individuellen Beurteilung dessen, was nur den Einzelnen selbst angeht, muss auf allgemeinen Vermutungen beruhen. Diese seien entweder falsch oder würden doch im konkreten Einzelfall häufig falsch angewendet werden.⁶⁰ Das gerade auch Rechtspaternalismus für diese Gefahren besonders anfällig ist, liegt auf der Hand.⁶¹ *Mill* kommt daher zu dem Schluss, dass „[a]ll errors which the individual is likely to commit against advice and warning are far outweighed by the evil of allowing others to constrain him to what they deem his good.“⁶² Den gesamtgesellschaftlichen Nutzen hat *Mill* wiederum im Blick⁶³, wenn er weiter die Bedeutung selbständigen Entscheidens für die geistige und moralische Entwicklung des Individuums⁶⁴ und als Gegenkraft zu Konformismus und kollektiver Mediokrität⁶⁵ herausstreicht. Vor diesem argumentativen Hintergrund erscheint *Mills* utilitaristische Grundhaltung nicht unbedingt im Widerspruch zu seiner Aussage, dass „[i]f a person

⁵⁵ *Mill*, On Liberty, 1859, S. 24.

⁵⁶ *Mill*, On Liberty, 1859, S. 100 ff., insb. 102; ganz ähnlich bereits *v. Humboldt*, Ideen, S. 9 ff., der von „Originalität“ spricht. Hierauf ausdrücklich Bezug nehmend *Mill*, a.a.O., S. 103.

⁵⁷ *S. v. Humboldt*, Ideen, passim.

⁵⁸ *Mill*, On Liberty, 1859, S. 137.

⁵⁹ *Mill*, On Liberty, 1859, S. 136 f.

⁶⁰ *S. Mill*, On Liberty, 1859, S. 136 f. und 149 f.; ganz ähnlich bereits *v. Humboldt*, Ideen, S. 30. *Kleinig*, Paternalism, 1984, S. 28 ff. nennt diese Argumentationslinie treffend „the Argument from Paternalistic Distance“.

⁶¹ Vgl. *J.-C. Wolf*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 55, 65; *v. Humboldt*, Ideen, S. 30.

⁶² *Mill*, On Liberty, 1859, S. 137 f.

⁶³ Deutlich *Mill*, On Liberty, 1859, S. 113: „In proportion to the development of his individuality, each person becomes more valuable to himself, and is therefore capable of being more valuable to others.“

⁶⁴ *S. Mill*, On Liberty, 1859, S. 105. Dieser Gedanke ist ebenfalls bereits zu finden bei *v. Humboldt*, Ideen, S. 20.

⁶⁵ *Mill*, ebenda, S. 114 ff., 118 f.

possesses any tolerable amount of common sense and experience, his own mode of laying out his existence is the best, not because it is the best in itself, but because it is his own mode.“⁶⁶

3. Begründungsansätze der modernen angelsächsischen politischen Philosophie

Die Beiträge der modernen angelsächsischen politischen Philosophie zur Paternalismusdebatte nehmen die Ausführungen von *Mill* in seinem Essay „On Liberty“ gewöhnlich zum Ausgangspunkt ihrer eigenen Überlegungen, ohne dass freilich die Ideen *Kants* gänzlich ignoriert würden. Dies gilt auch für die zu Beginn aller Überlegungen zu stellende Frage nach der Begründung für Notwendigkeit und Reichweite der Achtung individueller Selbstbestimmung.⁶⁷ Dabei scheinen rein (akt-)utilitaristische Erklärungen ebensowenig mehr vertreten zu werden wie rein deontologische Konzepte. Die Abkehr von aktutilitaristischen Ansätzen mag nicht zuletzt dem Umstand geschuldet sein, dass im Mittelpunkt der Diskussion die *rechtspaternalistische* Intervention steht⁶⁸. In der Konsequenz aktutilitaristischer Theorien liegt es nämlich, in jedem Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu prüfen, ob die selbstbestimmte Entscheidung größeren Nutzen zeitigt als der paternalistische Eingriff.⁶⁹ Ein solcher Ansatz müsste demnach jedwede typisierende Rechtsregel, die paternalistisch motiviert ist, als überschießend verwerfen; ein Ergebnis, das jedenfalls in der angelsächsischen politischen Philosophie weitgehend als unangemessen und unpraktikabel angesehen wird. So ist denn auch neben dem Vorwurf der unzulänglichen Berücksichtigung des Eigenwerts freier Entscheidung⁷⁰ einer der Haupteinwände der inzwischen wohl mehrheitlich vertretenen rechtebasierten⁷¹ Ansätze gegen (akt-)utilitaristische (Anti-)Paternalismustheorien, dass ihre Aussagen von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls abhängig sind und daher durch diese auch widerlegt werden können.⁷² Die Proponenten rechtebasierter Paternalismuskonzepte gründen die Selbstbestimmung des Einzelnen als Ausgangspunkt aller Überlegungen denn auch auf ein von der Nutzenberechnung im Einzelfall unabhängiges *Recht*

⁶⁶ *Mill*, ebenda, S. 121. S. hierzu auch *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 27, der hierin ein nicht-utilitaristisches Argument für die Selbstbestimmung des Einzelnen erblickt.

⁶⁷ Vgl. als Beispiel *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 24 ff.

⁶⁸ S. *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. xi.

⁶⁹ S. nur *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 26 f.

⁷⁰ Vgl. etwa *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 54 f.; *Regan*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 113.

⁷¹ Diese sind jedenfalls im Ausgangspunkt der deontologischen Ethik zuzuordnen. S. zu den begrifflichen Zusammenhängen nur *Alexander/Moore*, *Deontological Ethics*, 2007, in: Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Die dortige Unterscheidung zwischen „agent-centered“ und „patient-centered deontological theories“ entspricht weitgehend derjenigen zwischen pflichtbasierten und rechtebasierten Theorien.

⁷² S. etwa *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 27; auch *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 3, 5: „arguments of merely statistical kind“; für weitere Einwände s. etwa *R. Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1977, S. 276 f.

des Einzelnen auf selbstbestimmtes Entscheiden und Handeln in eigenen Angelegenheiten.⁷³ Die Feinjustierung dieser Theorien erfolgt dann weitgehend im Rahmen der Frage nach den Voraussetzungen selbstbestimmten Entscheidens.⁷⁴ Über diese Voraussetzungen wird eine „Schwelle“ eingezogen, die diesen Ansätzen die Möglichkeit verschafft, „moralische Katastrophen“ zu vermeiden, die absolut-deontologische Theorien aufgrund ihrer Blindheit für die Konsequenzen eines Verhaltens nicht ausschließen können⁷⁵. Andere stellen diesen im Kern deontologischen Ansätzen ein *regelutilitaristisches*⁷⁶ Paternalismuskonzept entgegen, das auf dem Boden utilitaristischer Nutzenmaximierung ein absolutes Paternalismusverbot auf rechtlicher und institutioneller Ebene rechtfertigen soll.⁷⁷ Schwellendeontologisch eingefärbte rechtebasierte Paternalismuskonzepte einerseits und regelutilitaristische Paternalismuskonzepte andererseits nähern sich damit trotz unterschiedlicher Ausgangspunkte weitgehend an und kommen regelmäßig zu denselben Ergebnissen. Diese Parallelität findet in der Rechtswissenschaft ihre Entsprechung in dem Gleichlauf „libertärer“ und „effizienter“ Paternalismuskonzepte.⁷⁸

IV. Voraussetzungen autonomen Entscheidens und weicher Paternalismus

Gleich ob man für die Verteidigung der Freiheit zur Selbstbestimmung auf eine utilitaristische Begründung zurückgreift oder den Eigenwert der Autonomie betont, sämtliche freiheitlichen Paternalismustheorien sind sich einig, dass die selbstbestimmte Entscheidung von gewissen Voraussetzungen abhängig ist.⁷⁹

⁷³ S. etwa *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 3, 5; ferner *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 27, 28 et passim; *ders.*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 105, 107; *R. Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1977, S. 272 ff.; vgl. auch im Rahmen seines umfassenderen Konzeptes der liberalen Gleichheit *ders.*, *Sovereign Virtue*, 2000, S. 211, 216 ff.; s. ferner *Kleinig*, *Paternalism*, S. 67 ff.; s. die vorstehenden N. auch für die an dieser Stelle verzichtbaren Einzelheiten der verschiedenen Ansätze.

⁷⁴ Dazu sogleich unter § 2 IV.

⁷⁵ Vgl. dazu instruktiv *Alexander/Moore*, *Deontological Ethics*, 2007, in: Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, sub 4.

⁷⁶ Regelkonsequentialistische Theorien stellen Regeln nach dem alleinigen Maßstab der Vorteilhaftigkeit ihrer Konsequenzen auf, mit deren Hilfe sie dann bestimmen, ob ein konkretes Verhalten moralisch richtig oder falsch ist. S. dazu *Hooker*, *Rule Consequentialism*, 2008, in: Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*; zu den theoretischen Problemen dieser Ansätze *Alexander/Moore*, *Deontological Ethics*, 2007, in: Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, sub 5.2.

⁷⁷ So *Sartorius*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 95, 99 ff. S. zu einem solchen *regelutilitaristischen* Paternalismuskonzept *Regan*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 113, 114: „[I]t leaves the defense of freedom dependent on a contingency. If there is any intrinsic value in freedom, this argument does not give that value its due.“

⁷⁸ S. dazu noch unten unter § 4 III.2.6.4; Zweifel am Gleichlauf von „Libertarianism“ und „Rule Utilitarianism“ hegen demgegenüber *Alexander/Schwarzschild*, *QLR* 19 (2000), 657 ff.; vgl. auch *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl. 2005, S. 365 ff.

⁷⁹ Auf eine Auseinandersetzung mit deterministischen Anschauungen wird hier verzichtet, obgleich diese durch neuere neurophysiologische Erkenntnisse eine gewisse Stütze zu erhalten schei-

1. Die Voraussetzungen selbstbestimmten Entscheidens bei *Mill*

Bereits *Mill* und *Kant* gingen übereinstimmend davon aus, dass das Verbot paternalistischer Intervention als Konsequenz des Rechts auf freie Selbstbestimmung nicht für Kinder und Geisteskranke gilt.⁸⁰ *Mill* erweitert diese Einschränkung des Paternalismusverbots dahingehend, dass eine paternalistische Intervention zugunsten einer Person unzulässig ist, „unless he is a child, or delirious, or in some state of excitement or absorption incompatible with the full use of the reflecting faculty“⁸¹. Andernfalls darf ein sich in Gefahr begebender Akteur lediglich vor der ihm drohenden Gefahr gewarnt werden.⁸² Dies verweist auf *Mills* berühmtes Brückenbeispiel: Wenn ein Staatsdiener oder sonst jemand sieht, dass eine Person im Begriffe ist, eine baufällige Brücke zu überqueren, so darf er sie von ihrem Unternehmen abhalten, wenn keine Zeit bleibt, sie zu warnen. Denn hierin liege keine echte Freiheitsverletzung, „for liberty consists in doing what one desires, and he does not desire to fall into the river“.⁸³

2. Weicher und harter Paternalismus – Die Konzeption *Feinbergs*

An diese Gedanken *Mills* anknüpfend hat *Joel Feinberg* die inzwischen allseits für sinnvoll erachtete Unterscheidung von *starkem* und *schwachem* bzw. *hartem* und *weichem* (*Rechts-*)*Paternalismus* entwickelt. Dem Entscheider zurechenbar seien nur „freiwillige“ Entscheidungen, die nach hinreichender Überlegung in Übereinstimmung mit den eigenen Präferenzen und Wertvorstellungen erfolgen. Hierfür bedürfe er hinreichender Zeit, Information, eines „klaren Kopfes“ und

nen [vgl. dazu nur die kurze Übersicht bei *Wolff*, JZ 2006, 925 f.]. Der Determinismus verneint nämlich die Willensfreiheit des Menschen wie sie unserer Rechtsordnung als Fundamentalparameter zugrunde liegt [vgl. *Wolff*, JZ 2006, 925, 929 unter Verweis auf Art. 1 Abs. 1 GG; ferner *Hillgruber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung*, 2012, S. 165, 167]. S. zur Bedeutung der Autonomie für die Menschenwürdegarantie noch unten unter § 3 IV.3.2]. Er ist damit für die hiesige Untersuchung nicht verwertbar [s. auch die kurzen und bündigen Ausführungen bei *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 71].

⁸⁰ S. *Mill*, *On Liberty*, 1859, S. 173; ferner *Kant*, *Metaphysik der Sitten*. Zweiter Teil: Ethische Elementarlehre, § 31, A 125 f. (S. 590 f.): „Kann derjenige, welcher eine ihm durchs Landesgesetz erlaubte Obergewalt über einen übt, dem er die Freiheit raubt, nach seiner eigenen Wahl glücklich zu sein [...], kann [...] dieser sich als Wohltäter ansehen, wenn er nach seinen eigenen Begriffen von Glückseligkeit für ihn gleichsam väterlich sorgt? [...] Ich kann niemand nach *meinen* Begriffen von Glückseligkeit wohl tun (außer unmündigen Kindern oder Gestörten), sondern nach *jenes* seinen Begriffen, dem ich eine Wohltat zu erweisen denke, indem ich ihm ein Geschenk aufdringe.“; ausführlich zum paternalistischen Schutz nicht voll Geschäftsfähiger und Minderjähriger *Enderlein*, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, 1996, S. 41 ff., 173 ff., 189 ff.

⁸¹ *Mill*, *On Liberty*, 1859, S. 173.

⁸² S. *Mill*, *On Liberty*, 1859, S. 173. So hält er etwa verpflichtende Warnhinweise beim Verkauf von Drogen im Hinblick auf die freie Selbstbestimmung des Einzelnen für unbedenklich. Ganz auf dieser Linie *Kirste*, JZ 2011, 805, 806 f.

⁸³ *Mill*, *On Liberty*, 1859, S. 172 f.

hinreichend entwickelter intellektueller Fähigkeiten.⁸⁴ Die von *Mill* beschriebenen Ausnahmen vom Paternalismusverbot, sei es die Entscheidung aufgrund eines Informationsdefizits wie im Brückenbeispiel, sei es die Entscheidung aufgrund eines anderen Defizits bei der Willensbildung, seien dem Einzelnen als „unfreiwillige“ Entscheidungen (*nonvoluntary choices*) hingegen ebenso fremd wie die Entscheidungen eines Dritten. Diese Defizite seien daher geeignet, eine paternalistische Intervention zu rechtfertigen. Der Staat dürfe sogar in Fällen, in denen der Inhalt einer Entscheidung eine starke Vermutung begründe, dass der sie treffende Akteur nicht „bei sich“⁸⁵ sei, diese Vermutung zur Grundlage einer paternalistischen Intervention machen, wenn diese Vermutung nur widerlegbar bleibe. Dabei hätten die „rechtlichen Paraphernalia“, mit Hilfe derer die Übereinstimmung von Vermutung und Wirklichkeit im konkreten Fall überprüft werde, umso anspruchsvoller und elaborierter zu sein, je weittragender die Vermutung sei. Eine solche Form des Paternalismus sei so „schwach und harmlos“, dass dem Staat das Recht zukomme, schädliches Verhalten in eigenen Angelegenheiten immer dann, aber auch nur dann zu verhindern, wenn es „substantiell unfreiwillig“ sei oder eine temporäre Intervention notwendig, um herauszufinden, ob die Entscheidung auf Freiwilligkeit beruhe oder nicht.⁸⁶

3. Selbstbestimmungsdefizite als Rechtfertigung weichen Paternalismus – Der Meinungs- und Erkenntnisstand in der philosophischen Debatte

Die Unterscheidung zwischen „schwachem“ und „starkem“ oder nach anderer Diktion „weichem“ und „hartem“ Paternalismus⁸⁷ und die Zulässigkeit des ersteren leuchten intuitiv ein und besitzen große Überzeugungskraft. Beide Aussagen haben daher weitgehende Zustimmung erfahren.⁸⁸ Theoretisch wie praktisch gibt der „Freiwilligkeitsstandard“ jedoch keine Antwort auf die dann entscheidende Frage, welche Wahrnehmungs- und Willensbildungsdefizite zur „Unfreiwilligkeit“ oder Heteronomie der Entscheidung führen. Eine allzu schnelle Be-

⁸⁴ *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 3, 7.

⁸⁵ *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 3, 9 spricht davon, dass der Entscheider „[is not] in his right mind“.

⁸⁶ *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 3, 9.

⁸⁷ S. zur Austauschbarkeit der Begriffe etwa *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 8; auch *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 105, 107; *Möller*, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, 2005, S. 16 f.; anders aber *G. Dworkin*, *Paternalism*, 2010, in: Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Online); *J.-C. Wolf*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 59 f., wo der Begriff des „schwachen Paternalismus“ allein für die Intervention zur Verbesserung der Informationslage einer Person reserviert wird.

⁸⁸ Vgl. im Anschluss an *Feinberg* etwa *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 105, 107 und ff.; *ders.*, *Paternalism*, 2010, in: Zalta (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*; *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 14 et passim; vgl. auch *Möller*, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, 2005, S. 16 ff.; *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 74 f.; *J.-C. Wolf*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 59 ff.; s. aber auch *Kirste*, JZ 2011, 805, 808 und öfter, der die Kategorie des weichen Paternalismus für überflüssig hält.

ruhigung mit dem bloß „schwach“ paternalistischen Charakter einer (rechtlichen) Intervention muss schon an der Erkenntnis scheitern, dass wir so selten vollständig über die Folgen unseres Verhaltens informiert und so selten frei von psychologischem oder sozialem Druck verschiedenster Art sind, dass eine Intervention praktisch immer als „schwach paternalistisch“ gerechtfertigt werden könnte⁸⁹, wenn man die Anforderungen an autonomes Entscheiden nur hoch genug setzte.⁹⁰ Da sich die weitaus meisten menschlichen Entscheidungen irgendwo innerhalb des zwischen den beiden Polen der vollständigen Fremdbestimmung und der vollständigen Selbstbestimmung verlaufenden Kontinuums befinden⁹¹, ist es jedenfalls nicht nur eine empirische, sondern auch eine Wertungsfrage, bei welcher „Schwelle“ man die Autonomie einer Entscheidung anerkennt⁹² mit der Folge, dass paternalistische Eingriffe nicht mehr als „weich“ angesehen werden können. Es vermag daher wenig zu überraschen, dass die philosophische Paternalismusdebatte weit davon entfernt ist, trennscharfe und vor allem allgemein anerkannte Kriterien für eine Abgrenzung von selbstbestimmtem und fremdbestimmtem Verhalten anbieten zu können.⁹³ Dabei wird zwar weitgehend auf dieselben Prüfparameter verwiesen, namentlich die Informationsgrundlage der Entscheidung, die zutreffende Wahrnehmung der für die Entscheidung maßgeblichen Umstände, die Abwesenheit von Zwang, hinreichende Informationsverarbeitungskapazitäten oder analytische sowie emotionale Fähigkeiten.⁹⁴ Wann aber der Akteur hinreichend informiert ist, um eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen, oder welches Maß an wirtschaftlichem oder psychischem Druck eine autonome Entscheidung noch nicht in Frage stellt, ist damit noch nicht beantwortet. Die in der philosophischen Diskussion unterbreiteten Vorschläge operieren nicht selten mit wertungs offenen Begriffen und Formeln, denen die Schwäche innewohnt, dass sich die Ergebnisse ihrer konkreten Anwendung häufig nur schwer vorhersagen lassen. So lässt sich etwa *Gerald Dworkin* bei der Anwendung des von ihm propagierten Maßes der „rationality“ häufig davon leiten, was „plausibel“, „verständlich“ oder „vernünftig“ er-

⁸⁹ Vgl. auch die hier ansetzende Kritik von *Fitzjames Stephen* und *Hart* an *Mills* rigorosem Paternalismusverbot, referiert bei *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 25.

⁹⁰ So zutr. *Regan*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 115; gleichsinnig *Kirste*, JZ 2011, 805, 806; eindringlich auch *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 2012, S. 260 ff.; *Gutwald*, in: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), *Grenzen des Paternalismus*, 2010, S. 73 ff., die vor einem Autonomie- und Rationalitätsperfektionismus warnen.

⁹¹ Zutr. *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 72; in der Sache bereits *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 9.

⁹² Vgl. zur Frage, ob es sich hierbei um eine feste oder um eine gleitende Schwelle in Abhängigkeit der Intensität der paternalistischen Intervention handelt bzw. handeln sollte, *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 9 f.

⁹³ S. für eine Auswahl die Ausführungen bei *Möller*, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, 2005, S. 158 ff.

⁹⁴ S. bspw. *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 28 ff.; *Regan*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 114 ff.

scheint.⁹⁵ Es ist freilich schon im Grundsatz fraglich, ob die Philosophie bei der Bestimmung der Voraussetzungen für ein selbstbestimmtes Entscheiden und Handeln mehr zu leisten im Stande ist. Sie kommt wohl nicht umhin, auf die Einsichten der kognitiven Psychologie und der Verhaltensökonomik zurückzugreifen, um die mit den Mitteln der eigenen Disziplin gewonnenen Erkenntnisse weiter zu präzisieren und zu verfeinern. Hierauf wird zurückzukommen sein.⁹⁶

4. Insbesondere: Selbstbestimmung und die Maßgeblichkeit der eigenen Präferenzen

Selbstbestimmtes Entscheiden ist nicht zuletzt durch die Maßgeblichkeit der eigenen Präferenzen des Entscheiders gekennzeichnet.⁹⁷ Aufgrund dieses Umstandes wird weicher Paternalismus bisweilen auch als den Präferenzen und Wertvorstellungen des Schutzadressaten entsprechender Zwang definiert.⁹⁸ Dies lässt ihn im Sinne *Feinbergs* als im Vergleich zum Oktroy fremder Präferenzen mittels harten Paternalismus „harmlos“ erscheinen. Freilich lässt sich die Frage defizitärer Entscheidungsfindung auch auf die Formung von Präferenzen ausdehnen. Wer für die Zulässigkeit paternalistischer Maßnahmen auf die „eigenen Ziele“ der Schutzadressaten abstellen will⁹⁹, sieht sich zudem der weiteren Schwierigkeit ausgesetzt, dass Entscheider häufig keine wohl ausgearbeiteten Präferenzen haben, sondern diese erst im Laufe des konkreten Entscheidungsprozesses ausbilden. Zudem wird inzwischen weithin akzeptiert, dass die individuellen Präferenzen häufig über die Zeit nicht stabil bleiben.¹⁰⁰ Die paternalistisch motivierte Auflösung eines Konflikts von kurzfristigen und langfristigen Wünschen kann dabei nicht einfach durch einen Vorzug der Langzeitpräferenzen geschehen¹⁰¹, sondern muss sich wiederum an den für solche Konfliktlagen bestehenden Präferenzen der betroffenen Person unter Einschluss möglicher Defizite bei der Präferenzformung und -gewichtung orientieren, um als weicher Paternalismus be-

⁹⁵ Vgl. *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19 ff. Kritisch hierzu auch *Möller*, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, 2005, S. 158 ff.; s. ferner *Kirste*, JZ 2011, 805, 813: „Die Autonomie des anderen setzt nur seine Selbstbestimmungsfähigkeit voraus, keine volle rationale Begründbarkeit [...]. Nur auf den Willen kommt es an. Daß der Wille nicht vollständig rational ist [...], spielt keine Rolle.“

⁹⁶ S. unten unter § 5 und in der konkreten Anwendung unter § 7, § 8 und § 9.

⁹⁷ Vgl. auch *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 3, 7.

⁹⁸ S. etwa *J.-C. Wolf*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 59.

⁹⁹ So etwa *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 32.

¹⁰⁰ Vgl. etwa *Regan*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 113, 116; *J.-C. Wolf*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 59 f.; auch *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 58 f. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Definition „guten Urteilsvermögens“ bei *Kronman*, Yale L.J. 92 (1983), 763, 790 ff.: Danach ist gutes Urteilsvermögen die Fähigkeit zu moralischer Vorstellungskraft als der Befähigung, eine gedankliche Konzeption der moralischen Folgen eines möglichen Verhaltens zu formen und den Effekt auf den eigenen Charakter zu antizipieren. Vorstellungskraft sei nötig, um sich von seinen unmittelbaren Wünschen zu lösen und einen möglichst distanzierten Standpunkt bei der Beurteilung des erwogenen Handelns einzunehmen.

¹⁰¹ S. etwa *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 32.

zeichnet werden zu können.¹⁰² Auch für die Behandlung dieser präferenziellen Zeitinkonsistenzen erscheint es sinnvoll, die einschlägigen Einsichten der kognitiven Psychologie und Verhaltensökonomik fruchtbar zu machen.¹⁰³

5. Zur Rechtfertigungsbedürftigkeit weich paternalistischer Maßnahmen

Auch wenn weicher Paternalismus zum Schutz vor Entscheidungen auf defizitärer Grundlage grundsätzlich für zulässig erachtet wird, bleibt er doch ein Eingriff in die äußere Handlungsfreiheit.¹⁰⁴ Zudem ist eine paternalistische Intervention nur insofern „weich“, wie sie im betreffenden Fall zur Behebung bzw. Unschädlichmachung von entscheidungswirksamen Autonomiedefiziten erforderlich ist.¹⁰⁵ Bedenkt man schließlich, dass sich „weicher“ und „harter“ Paternalismus umso mehr annähern, je höhere Anforderungen man an die Selbstbestimmung stellt¹⁰⁶, wird deutlich, dass eine freiheitliche Ethik (und ebenso eine freiheitliche Rechtsordnung) auch dem bloß weich paternalistischen Intervenienten die Rechtfertigung seiner Intervention trotz ihrer autonomieschützenden Zielrichtung abverlangen muss.

6. Weicher Paternalismus und Erwerb individueller Entscheidungskompetenz

Ruft man sich in Erinnerung, dass *Mill* sein Paternalismusverbot auf der Annahme gründet, dass der Mensch ein der Entwicklung fähiges Wesen ist, und mit der Bedeutung selbständigen Entscheidens für die geistige und moralische Entwicklung des Individuums gegen Paternalismus streitet, so liegt ein gewichtiger Einwand (auch) gegen die weich paternalistische Intervention auf der Hand: Mögen sich die Befürworter einer (weich) paternalistischen Intervention auch auf das Fehlen der Autonomie Voraussetzungen in der konkreten Entscheidungssituation berufen können, so ist doch nicht zu verkennen, dass jede derartige Maßnahme dem Entscheider die Gelegenheit nimmt, aus den Konsequenzen einer schlechten Entscheidung zu lernen und so seine Fähigkeiten zu selbstbestimm-

¹⁰² S. etwa J.-C. Wolf, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 59 ff. Freilich werden diese Präferenzen zweiter Ordnung regelmäßig zu einem Vorzug der Langzeitpräferenzen führen.

¹⁰³ S. dazu noch unten unter § 5 II.

¹⁰⁴ Vgl. *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 58, zum Brückenbeispiel: „An infringement there is: the man wants to step on the bridge and he is prevented from doing so. It will not do to argue that, because a consequence of the man's stepping on the bridge is that he will fall into the river, and he doesn't want this, he therefore doesn't really want to step on the bridge.“

¹⁰⁵ Weitergehend noch *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 31: „the end of weak paternalism must be autarchy.“ (Hervorhebung nur hier). S. zur Erforderlichkeitsvoraussetzung noch unten unter § 2 VI.2.

¹⁰⁶ S. *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 74.

tem Handeln und Entscheiden (weiter) zu entwickeln.¹⁰⁷ Idealerweise würde sich so das Bedürfnis des sich derart weiterentwickelnden Entscheiders nach weich paternalistischem Schutz peu à peu reduzieren. Freilich trägt dieser Einwand nur insoweit, als Lerneffekte tatsächlich eintreten würden, die Prämisse der „Entwicklungsfähigkeit“ des Menschen also tatsächlich zutrifft.¹⁰⁸ Umgekehrt erfordert unsere Entwicklung und Entwicklungsfähigkeit zum mündigen, selbstbestimmten Akteur sicher nicht, dass uns in eigenen Angelegenheiten sämtliche denkbare Optionen offen stehen.¹⁰⁹ Endlich verliert der Einwand dort an Überzeugungskraft, wo einem vergleichsweise geringen Lerneffekt die Gefahr (oder Gewissheit) einer in ihrer Tragweite bedeutenden, gar irreversiblen Selbstschädigung gegenübersteht.¹¹⁰

V. Grenzen der Selbstbestimmung und Zulässigkeit harten Paternalismus

Harter Paternalismus, d.h. die Missachtung der freien und selbstbestimmten Entscheidung einer Person zu deren eigenem Besten, wird in der philosophischen Diskussion weitgehend abgelehnt. Deontologisch eingefärbte Ansätze brandmarken diese Form der Intervention als Herabwürdigung des autonomen Entscheiders.¹¹¹ Dieser mehrheitlich vertretene, harte Paternalismus – jedenfalls grundsätzlich – ablehnende Standpunkt sieht sich vor die Schwierigkeit gestellt, dass zahlreiche gesetzliche, auch im Ergebnis intuitiv einleuchtende Bestimmungen, diesem grundsätzlichen ethischen Verbot harten Paternalismus zu widersprechen scheinen.¹¹² Gerade die Anhänger deontologisch begründeter Antipaternalismuskonzepte sehen sich in der Pflicht, theoretisch überzeugende Begründungen dafür zu finden, dass ihre im Ausgangspunkt über die Folgen des Handelns unempfindlichen Ansätze nicht in einer „moralische Katastrophe“ enden.¹¹³ Diese Problematik findet ihre theoretische Zuspitzung im sog. Freiheitsparadoxon: Kann der Respekt vor der freien und selbstbestimmten Ent-

¹⁰⁷ Vgl. für diese Argumentation bspw. *Regan*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, S. 113, 115 f.; *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 27, 30 f.

¹⁰⁸ Vgl. auch *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 26 f. S. ferner noch aus ökonomischer Perspektive unten unter § 4 III.3.2.4 und öfter.

¹⁰⁹ S. *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 31: „[T]he exercise of our ‘mental and moral powers’ does not require that every self-regarding possibility remain open to us.“

¹¹⁰ *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 31.

¹¹¹ S. nur *R. Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1977, S. 263; *Shiffrin*, *Phil. & Pub. Aff.* 29 (2000), 205, 207 und ausführlich oben unter § 2 III.1.

¹¹² Vgl. *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 55. Als Testfälle werden häufig die Gurt- oder Helmpflicht herangezogen.

¹¹³ S. allgemein zu diesem Problem deontologischer Ansätze oben unter § 2 III.3.

¹¹⁴ Leichter haben es da – in der aktuellen Debatte allerdings bedeutungslose – rein utilitaristische Ansätze. Für diese besteht nur eine notwendige und dann auch hinreichende Bedingung für (harten) paternalistischen Zwang, nämlich ein positiver Saldo der Intervention für das Wohlbefinden oder das Glück des Adressaten. S. nur *Regan*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 113.

scheidung des Einzelnen gebieten, dessen völlige Aufgabe seiner Freiheit anzuerkennen? Bereits *Mill* hat diese Frage am Beispiel der vertraglichen Selbstversklavung aufgeworfen. Er selbst hält den Grund, warum derartige Verträge „in den meisten zivilisierten Ländern“ für nichtig erachtet werden, für offensichtlich: „The reason for not interfering, unless for the sake of others, with a person's voluntary acts is consideration for his liberty. His voluntary choice is evidence that what he so chooses is desirable, or at least endurable, to him, and his good is on the whole best provided for by allowing him to take his own means of pursuing it. But by selling himself for a slave, he abdicates his liberty [and...] defeats [...] the very purpose which is the justification of allowing him to dispose of himself. He is no longer free; but is thenceforth in a position which has no longer the presumption in its favour, that would be afforded by his voluntary remaining in it. The principle of freedom cannot require that he should be free not to be free.“¹¹⁵ Diese Argumentation scheint indes mit dem von *Mill* ansonsten mit Verve verfochtenen absoluten Paternalismusverbot in einem gewissen Widerspruch zu stehen.¹¹⁶ Es fehlt denn auch nicht an Versuchen, dieses intuitiv einleuchtende Ergebnis¹¹⁷ anderweitig zu rechtfertigen. Freilich hat sich bisher keiner dieser Versuche durchsetzen können. Eine dominierende Ansicht ist insofern nicht auszumachen.

1. Vermutung der mangelnden „Freiwilligkeit“ der Entscheidung bei besonders nachteiligen Entscheidungsfolgen

Namentlich *Feinberg*, der sich gegen jedwede Form von hartem Paternalismus ausspricht, will von der Schwere der nachteiligen Konsequenzen einer Entscheidung auf die fehlende „Freiwilligkeit“ derselben schließen. So bestehe eine starke Vermutung, dass derjenige, der sich selbst in die Sklaverei verkaufe, „inkompetent, unfrei oder fehlinformiert“ sei. Entsprechend sollte der Staat hohe Voraussetzungen an den Beleg der Autonomie der Entscheidung stellen, bevor er derartige Verträge sanktioniere.¹¹⁸ Freilich zeigt *Feinberg* selbst die Grenzen dieser Argumentation auf: Das Autonomiedefizit steht nicht *a priori* fest, seine Vermutung ist vielmehr widerleglich, so dass jedenfalls theoretisch Fälle verbleiben, in denen die Selbstversklavung aufgrund autonomer Entscheidung rechtlich sanktioniert werden müsste.¹¹⁹ *Feinberg* zieht sich daher auf das praktische Argument zurück, dass mögliche Testverfahren zur Feststellung der „Freiwilligkeit“ der Entscheidung, so aufwendig sie auch sein mögen, Fehler produzieren können. Angesichts

¹¹⁵ *Mill*, On Liberty, S. 184.

¹¹⁶ Kritisch etwa *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), Paternalism, 1983, S. 19, 27 f.; vgl. ferner *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), Paternalism, S. 3, 11 ff., 17.

¹¹⁷ S. zu dieser Bewertung auch *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 75.

¹¹⁸ S. *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), Paternalism, 1983, S. 3, 12.

¹¹⁹ S. *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), Paternalism, 1983, S. 3, 12; vgl. ferner *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 75; auch *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), Paternalism, 1983, S. 105, 111.

der starken Vermutung für das Bestehen eines Selbstbestimmungsdefizits im Selbstversklavungsfall sei der Staat daher wohl gerechtfertigt, den sichersten Weg zu beschreiten, indem er das Autonomiedefizit unwiderleglich vermutet. Es sei nämlich besser, hundert Menschen fälschlicherweise die Selbstversklavung zu versagen als sie einem fälschlicherweise zu erlauben.¹²⁰

Diese Erklärung der generellen Nichtigkeit von Selbstversklavungsverträgen, die sich unschwer auf andere Fälle selbstbenachteiligender Entscheidungen ausdehnen ließe, ist zwar formal weich paternalistisch. In der Sache unterscheidet sie sich aber kaum mehr von einem hart paternalistischen Ansatz, da es dem Einzelnen im konkreten Fall verwehrt wird, sich auf das Vorhandensein der Selbstbestimmungsvoraussetzungen zu berufen.¹²¹

2. Freiheitsmaximierung als Legitimation harten Paternalismus

Unter Berufung auf die Ausführungen *Mills* zu den Gründen für die Nichtigkeit des Selbstversklavungsvertrages sieht *Regan* eine Rechtfertigung für harten Paternalismus in der Maximierung von Freiheit. Der Konflikt zwischen paternalistischer Intervention und der Freiheit des Schutzadressaten lasse sich nämlich aufheben, wenn man das deontologische Prinzip des Respekts vor der Freiheit des Einzelnen (in einem bestimmten Zeitpunkt) durch das „teleologische“ Prinzip der Maximierung der „Gesamtfreiheit“ (*total freedom*) über die Zeit ersetze.¹²² Dabei umfasse „Freiheit“ Fähigkeiten, Eigenschaften und grundsätzlich alles, was Voraussetzung für menschliche Aktivität sei.¹²³ Hierdurch lasse sich nicht nur das Verbot der Selbstversklavung, sondern etwa auch ein paternalistisch motiviertes Rauchverbot rechtfertigen.¹²⁴ *Regans* Ansatz liegt die Annahme zugrunde, dass Freiheit quantifizierbar ist. Dabei ist ihm durchaus bewusst, dass diese Quantifizierung *in concreto* auf umstrittene und letztlich keiner endgültigen Richtigkeitsüberprüfung zugängliche Wertungen angewiesen sein könnte. *Regan* beruhigt sich aber damit, dass jedenfalls meist „intuitiv akzeptable“ Ergebnisse erzielt werden könnten.¹²⁵

¹²⁰ *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 3, 14.

¹²¹ An dieser Argumentation aus anderen Gründen zweifelnd *Kronman*, *Yale L.J.* 92 (1983), 763, 777.

¹²² *Regan*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 113, 117. Ähnlich auch *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 27: „But the main consideration for not allowing such a contract [i.e. den Selbstversklavungsvertrag] is the need to preserve the liberty of the person to make future choices. This gives us a principle – a very narrow one – by which to justify some paternalistic interferences. Paternalism is justified only to preserve a wider range of freedom for the individual in question.“

¹²³ *Regan*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 113, 118.

¹²⁴ *Regan*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 113, 117 f.

¹²⁵ Vgl. *Regan*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 113, 119 f., der zudem darauf verweist, dass ähnliche Probleme bei der Nutzenmaximierung bestünden.

Das Freiheitsmaximierungskonzept von *Regan* hat aufgrund seiner offensichtlichen Schwächen schon bald Widerspruch erfahren.¹²⁶ So wird die für das *Regan*'sche Konzept essentielle Annahme der objektiv nachvollziehbaren Quantifizierbarkeit von Wahlmöglichkeiten jedenfalls jenseits extremer Fälle bezweifelt. Mit der „intuitiven Akzeptabilität“¹²⁷ eines Quantifizierungsergebnisses bietet *Regan* einen Bewertungsmaßstab an, der die Quantifizierung letztlich in das Belieben des Intervenienten stellt. Daher trifft auch der weitere Vorwurf gegenüber dem Freiheitsmaximierungsansatz zu, dass die Freiheitsmaximierung autonome (Meta-)Präferenzen durch heteronome Wertungen ersetzt, ohne hierfür eine hinreichende Begründung geben zu können.¹²⁸

3. Schutz von Langzeitpräferenzen, insbesondere Integritätsschutz nach *Kleinig*

Dem Vorwurf der Herabwürdigung des autonomen Individuums durch paternalistisch motiviertes Unterschieben heteronomer Wertungen versucht eine Reihe von Befürwortern auch harten Paternalismus zu entgehen, indem sie als Maßstab der paternalistischen Intervention auf die *eigenen* Langzeitpräferenzen des Schutzadressaten abstellt. Diese Ansätze lösen mithin den Konflikt zwischen Kurz- und Langzeitpräferenzen eines Individuums, indem sie – zumindest bei schwer wiegenden Entscheidungen – den Langzeitpräferenzen den Vorzug geben. Dem wiederum liegt die Annahme zugrunde, dass der Kurzzeitpräferenz oder der Metapräferenz, welche zur Entscheidung im Sinne der Kurzzeitpräferenz führt, ein Defekt anhaftet. Beispielhaft sei auf das bekannte Paternalismuskonzept *Kleinigs* zum Schutz der persönlichen Integrität (*personal integrity*) verwiesen.¹²⁹ Nach *Kleinig* ist auch harter Paternalismus dort gerechtfertigt, wo unser Verhalten oder unsere Entscheidungen die eigenen langfristigen, stabilen und zentralen Lebensprojekte, Ansichten und Werte gefährden würden, weil wir im Moment des Verhaltens oder der Entscheidung aufgrund von Nachlässigkeit, Unreflektiertheit, Dummheit oder einer anderen auf einem Mangel an Selbstdisziplin gründenden Schwäche von diesen uns selbst äußerst wichtigen Langzeitpräferenzen zugunsten niederrangiger Wünsche abweichen würden.¹³⁰ Der wohlmeinende Eingriff bedeute in solchen Fällen keine Integritätsverletzung. Denn – so *Kleinig* – keine fremden Werte würden in die Entscheidung zur pater-

¹²⁶ Vgl. *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 53 ff.; ferner *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 75; vgl. aber auch die Zustimmung bei *Enderlein*, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, 1996, S. 52 ff., 232 ff. Dazu noch unten unter § 3 IV.3.3.1.

¹²⁷ S. den Terminus bei *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 53: „intuitive acceptability“.

¹²⁸ S. die N. in Fn. 126. S. für weitere Einwände gegen das Freiheitsmaximierungskonzept *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 53 ff.

¹²⁹ S. auch zum Folgenden *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 67 ff.

¹³⁰ Vgl. auch die Ausführungen zum „guten Urteilsvermögen“ bei *Kronman*, *Yale L.J.* 92 (1983), 764, 790 ff.

nalistischen Intervention einfließen.¹³¹ Dabei möchte *Kleinig* paternalistische Interventionen auf solche Fälle beschränken, in denen die nachteiligen Folgen der eigenen Entscheidung außer Verhältnis zu den positiven Effekten für die eigene Persönlichkeitsentwicklung stehen, die sich einstellen würden, müsste der Entscheider diese nachteiligen Konsequenzen tragen.

Den Befürwortern auch harten Paternalismus zum Schutz der Langzeitpräferenzen des Entscheiders wird entgegengehalten, dass ihr Paternalismuskonzept eben nicht frei von heteronomen Wertungen sei, weil sie die autonome Gewichtung von Kurz- und Langzeitpräferenzen durch einen fremdbestimmten Vorrang der Langzeitpräferenzen ersetzen würden.¹³² Die Annahme, eine Bevorzugung von Kurzzeitpräferenzen gegenüber konfligierenden Langzeitpräferenzen beruhe auf einem Defekt, ist jedenfalls in ihrer Generalisierung problematisch. So können für eine Diskontierung von Zukunftsinteressen im konkreten Fall gute Gründe sprechen.¹³³ Aber selbst, wo tatsächlich ein solcher Defekt vorliegt, erscheint die paternalistische Intervention zugunsten der eigenen Langzeitpräferenzen den Kritikern dieses Rechtfertigungskonzepts nicht unbedenklich. Denn immerhin werde hier „eine Person gegen ihre Schwäche gezwungen“.¹³⁴

Die eigentliche theoretische Schwäche dieser Konzepte liegt freilich in der gleichzeitigen Annahme einer *autonomen* Entscheidung im Sinne der Kurzzeitpräferenzen und eines dieser Entscheidung anhaftenden *Defekts* im Sinne der eigenen Präferenzordnung des Entscheiders. Denn liegt tatsächlich ein solcher Defekt vor, ist ein Eingriff zum Schutz dieser *eigenen* Präferenzordnung des Adressaten vor den Folgen dieses Defekts schon kein Fall *harten* Paternalismus mehr. Für diese Fälle weichen Paternalismus schließen sich dann Probleme der praktischen Anwendung an: Jedenfalls im Hinblick auf die *rechtspaternalistische* Intervention erscheint eine vorherige Ausleuchtung der individuellen Präferenzordnung des Individuums, die nach diesem Konzept gerade nicht einfach aus seinem nach außen erkennbaren Verhalten ableitbar ist, nur sehr begrenzt leistbar. Man wird sich daher in aller Regel auf allgemeine objektive Plausibilitätserwägungen zurückziehen müssen. Hierfür sind dann sorgfältige Begründungen des rechtspaternalistischen Intervenienten zu fordern, will man in der konkreten Anwendung nicht doch wieder in harten Paternalismus verfallen.¹³⁵

Liegt hingegen nur aus der Warte des Intervenienten oder eines sonstigen Dritten ein „Defekt“ in der Präferenzformung oder -anwendung des Schutzadressaten vor, nicht aber nach dessen *eigener* (Meta-)Präferenzordnung, dann verliert das Konzept *Kleinigs* ihr zentrales Begründungselement.

¹³¹ S. *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 69: „No alien values are imported.“

¹³² Vgl. etwa *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 75.

¹³³ Vgl. J.-C. *Wolf*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 60.

¹³⁴ S. J.-C. *Wolf*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 60; vgl. auch die Kritik bei *Enderlein*, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, 1996, S. 34 f.

¹³⁵ S. zur Rechtfertigung von Rechtspaternalismus durch „Integritätsschutz“ aus verfassungsrechtlicher Perspektive noch unten unter § 3 IV.3.3.2.

4. Der Mensch als Gemeinschaftswesen, Aufspaltung des Selbst und Einwilligungsfiktion

In dem Bemühen, intuitiv als richtig bewertete paternalistische Eingriffe begründen zu können, ohne von der Grundüberzeugung abrücken zu müssen, dass die Nichtachtung einer Entscheidung in *eigenen* Angelegenheiten zum vermeintlichen Besten des Entscheiders eine Herabwürdigung der autonomen Persönlichkeit bedeutet, sind noch zahlreiche weitere Konzepte entwickelt worden. Hier von seien drei kurz angerissen, die in der philosophischen Diskussion größere Aufmerksamkeit erfahren haben: So hat man versucht, die *Einbettung des Individuums in die Gemeinschaft* zur Ausweitung der (auch) andere betreffenden Angelegenheiten zu nutzen und so die Intervention zur Abwehr selbstschädigenden Verhaltens als Maßnahme zum Schutze Dritter zu deklarieren.¹³⁶ Demselben Ziel dient die *Aufspaltung des Selbst* in ein gegenwärtiges und zahlreiche künftige (sog. *Multiple selves*-Modell¹³⁷): Betrachtet man die künftigen Selbst im Verhältnis zum gegenwärtig entscheidenden Selbst als Dritte, ließe sich eine Intervention als drittschützende Maßnahme rechtfertigen.¹³⁸ Einen anderen Weg beschreiten die *zustimmungsbasierten* Rechtfertigungstheorien, welche die paternalistische Intervention über die Zustimmung des Schutzadressaten rechtfertigen.¹³⁹ Nicht selten wird dabei die Zustimmung allerdings bloß fingiert, was ihren Erklärungs- und Rechtfertigungswert wesentlich relativiert. Wenn etwa *Gerald Dworkin* danach fragt, welche Schutzmaßnahmen eine rationale, vernünftige Person „wie wir“ akzeptieren würde¹⁴⁰, dann ist die eigentliche Voraussetzung für die Zulässigkeit einer paternalistischen Maßnahme nicht die Zustimmung, sondern die „Vernünftigkeit“.¹⁴¹

VI. Das Verhältnismäßigkeitsgebot als Grenze zulässigen Paternalismus

Bejaht man grundsätzlich die ethische Zulässigkeit paternalistischer Intervention, bestimmt die (jeweilige) ethische Legitimationsbasis zugleich die Grenzen der im Grunde zulässigen, gleichwohl freiheitsbeschränkend wirkenden paternalistischen Maßnahme. Dem Juristen ist dieser Zusammenhang unter dem Begriff

¹³⁶ S. zu diesen Versuchen und zu ihren Schwächen nur *Kleinig*, Paternalism, 1984, S. 39 ff.; vgl. hierzu auch *Hassemer*, Du bist nicht allein, FAZ v. 12.3.2009, S. 10.

¹³⁷ S. dazu auch *R. Posner*, Legal Theory 3 (1997), 23 ff.

¹³⁸ Vgl. bspw. *Regan*, in: Sartorius (ed.), Paternalism, 1983, S. 113, 122 ff.; s. zu diesem Standpunkt und seinen Schwächen wiederum *Kleinig*, Paternalism, 1984, S. 45 ff. m.w.N.

¹³⁹ S. zum Begriff sowie zu den verschiedenen Ausprägungen des Zustimmungarguments *Kleinig*, Paternalism, 1984, S. 55 ff. m.w.N.

¹⁴⁰ S. *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), Paternalism, 1983, S. 19, 28 ff.

¹⁴¹ S. zur Kritik an dem Modell *Dworkins* etwa *Kleinig*, Paternalism, 1984, S. 63 ff. sowie *dens.*, ebenda, S. 65 f. zu allgemeinen Zweifeln am legitimatorischen Eigenwert der Zustimmung im Rahmen der zustimmungsbasierten Theorien.

des Verhältnismäßigkeitsprinzips wohlbekannt. Auch in der philosophischen Debatte wird es den jeweiligen Legitimationskonzepten zumeist stillschweigend zugrunde gelegt. Einige wenige Autoren buchstabieren die Grenzen an sich zulässigen Paternalismus aber auch explizit aus.¹⁴²

1. Vorrang des Lernens aus Fehlern

Paternalismus als solcher ist als Freiheitsbeschränkung nicht erstrebenswert. Daher wird der Verzicht auf Paternalismus zugunsten der positiven Auswirkungen des Lernens aus Fehlern für die Entwicklung der individuellen Entscheidungskompetenz immer dort propagiert, wo Selbstbestimmungsdefizite oder Charakterschwächen tatsächlich durch Lerneffekte abgemildert oder aufgehoben werden können und die Konsequenzen der fehlerhaften Entscheidung nicht die Anwendung des Gelernten verhindern oder außer Verhältnis zum möglichen positiven Lerneffekt stehen.¹⁴³

2. Vorrang der am wenigsten beschränkenden Intervention

Im philosophischen Diskurs wohl unbestritten ist ferner der Vorrang der am wenigsten freiheitsbeschränkenden Maßnahme. Stehen also mehrere gleich geeignete Maßnahmen zur Verfügung, um das paternalistische Ziel zu erreichen, so ist die weniger freiheitsbeschränkende Maßnahme vorzugswürdig.¹⁴⁴ Hieraus folgt auch, dass paternalistische Maßnahmen, die eine Reaktion auf Selbstbestimmungsdefizite oder sonstige Schwächen des Schutzadressaten darstellen, vorrangig auf die Überwindung dieser Defizite gerichtet sein müssen. So hat weicher Paternalismus in erster Linie auf die Herstellung der Voraussetzungen selbstbestimmten Entscheidens abzu zielen.¹⁴⁵ Gründet die Schutzbedürftigkeit des Adressaten der paternalistischen Maßnahme etwa auf einem Informationsdefizit, so hat sich die Intervention grundsätzlich¹⁴⁶ auf einen entsprechenden Hinweis zu beschränken.¹⁴⁷

¹⁴² S. nur *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 74 ff.

¹⁴³ S. *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 74 und bereits oben unter § 2V.3.

¹⁴⁴ S. etwa *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 34; *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 74 m.w.N.

¹⁴⁵ S. etwa *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 31.

¹⁴⁶ D.h., sofern keine Informationsverarbeitungsschwierigkeiten hinzutreten. Vgl. zum *information overload* noch unten unter § 5 II.1.2.1 sowie ausführlich zu den Grenzen des sog. Informationsmodells im Zusammenhang mit dem Schutz des Verbraucherkreditnehmers unten unter § 9 IV.3.4.1.

¹⁴⁷ S. etwa *Regan*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 113, 114 f.; *J.-C. Wolf*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 59; ferner bereits *Mill*, *On Liberty*, 1859, S. 172 f.

3. Asymmetrischer Paternalismus insbesondere

Wird die Legitimation einer paternalistischen Intervention an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, besteht die Gefahr, dass diese Voraussetzungen im konkreten Fall fälschlicherweise bejaht werden, obwohl sie nicht vorliegen.¹⁴⁸ Sieht man in diesem potentiellen Anwendungsfehler einer an sich ethisch legitimen paternalistischen Maßnahme auch keinen grundsätzlichen Einwand gegen Paternalismus als solchen¹⁴⁹, so ist er doch für die zulässigen Formen an sich legitimen Paternalismus von Bedeutung.¹⁵⁰ Gerade Rechtspaternalismus in Form des Gesetzespaternalismus ist für eine überschießende Generalisierung paternalistischer Intervention empfänglich. Bevor man hier in utilitaristischer Manier den Nutzen für die zu Recht erfassten Fälle mit den nachteiligen Wirkungen für die zu Unrecht erfassten Fälle abwägt¹⁵¹, ist als vorzugswürdiges milderes Mittel an Formen asymmetrischen Paternalismus zu denken. Dieser zeichnet sich gerade durch das Bestreben aus, die Beeinträchtigung nicht schutzbedürftiger Akteure in ihrem Entscheidungsverhalten möglichst gering zu halten und so eine „asymmetrische“ Wirkung zu erzielen.¹⁵²

VII. *Der Schutz von Drittinteressen als Rechtfertigungsalternative*

Anders als die paternalistisch motivierte Freiheitseinschränkung gilt die (rechtliche) Intervention zum Schutz von Drittinteressen als ethisch wesentlich weniger problematisch.¹⁵³ Berührt ein selbstschädigendes oder -gefährdendes Verhalten auch Interessen der Allgemeinheit oder Individualinteressen Dritter, liegt es für Befürworter einer freiheitsbeschränkenden Intervention zur Verhinderung solchen Verhaltens nahe, sich für die Legitimation eines solchen Eingriffs auf den Schutz der ebenfalls tangierten Drittinteressen zurückzuziehen.¹⁵⁴ In der philosophischen Diskussion ist man sich allerdings weitgehend einig, dass nicht jeder noch so entfernte Drittbezug des selbstschädigenden oder -gefährdenden Verhaltens die Möglichkeit einer solchen Rechtfertigungsalternative eröffnet.

¹⁴⁸ Dieses Problem wird in der Diskussion nicht selten zwar erkannt, für die eigenen Schlussfolgerungen aber ignoriert, vgl. etwa G. Dworkin, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 32; Regan, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 113, 114.

¹⁴⁹ S. aber die Argumentation Mills oben unter § 2 III; ferner Sartorius, in: Sartorius (ed.), ix, xii für rechthebasierte Paternalismustheorien.

¹⁵⁰ Vgl. auch Sartorius, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, ix, xi.

¹⁵¹ Vgl. Sartorius, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, ix, xii; ferner die Begründung der Verurteilungsregel bei Feinberg oben unter § 2 V.1.

¹⁵² S. zum Konzept des asymmetrischen Paternalismus noch ausführlich unten unter § 5 VI.2.2.

¹⁵³ Der qualitative ethische Unterschied zwischen beiden Handlungsmotivationen ist Dreh- und Angelpunkt der Mill'schen Abhandlung über die Freiheit, s. *ders.*, *On Liberty*, 1859, S. 21 f. et passim.

¹⁵⁴ Beispielhaft Feinberg, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 3, 13. S. zur Anwendung dieser Strategie in der Praxis noch unten unter § 3 IV.3.5.

1. Selbstbezüglichkeit und soziale Bedeutung menschlichen Verhaltens

Ausgangspunkt der Debatte ist *Mills* Unterscheidung zwischen solchem Tun oder Unterlassen, das nur den Akteur betrifft (*self-regarding conduct*), und solchem Verhalten, das auch andere betrifft (*social or other-regarding conduct*). Diese Unterscheidung ist für *Mill* von fundamentaler Bedeutung, weil er nur hinsichtlich des selbstbezüglichen Verhaltens dem Einzelnen ein Selbstbestimmungsrecht zubilligt, das jede paternalistische Einmischung verbietet. Im Hinblick auf das (auch) andere betreffende Verhalten kann sich der Intervenient demgegenüber auf das *harm (to others)-principle* berufen.¹⁵⁵ Der von *Mill* nachdrücklich betonten Souveränitätssphäre des Individuums in „eigenen Angelegenheiten“ droht jedoch eine weitgehende Entwertung durch die Erkenntnis, dass rein selbstbezügliches Verhalten des Sozialwesens Mensch äußerst selten ist.¹⁵⁶ Dieses Problem sieht auch *Mill*¹⁵⁷ und präzisiert: „When I say [conduct which affects] only himself, I mean directly, and in the first instance: for whatever affects him, may affect others *through* himself“.¹⁵⁸ So verstanden wird die *Mill'sche* Unterscheidung von vielen auch für sinnvoll gehalten. Eine Einmischung in *primär* selbstbezügliches Verhalten¹⁵⁹ lasse sich nicht durch die Berufung auf – nur mittelbare – Drittinteressen rechtfertigen.¹⁶⁰

2. Primär eigene Angelegenheiten als Reservat gegenüber drittschützenden Freiheitseingriffen

Eine weitere Präzisierung der Unterscheidung zwischen (primär) selbstbezüglichem und (auch) andere betreffendem Verhalten ist auf abstrakter Ebene bisher

¹⁵⁵ S. deutlich *Mill*, *On Liberty*, S. 21 f.: „The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign.“

¹⁵⁶ Vgl. *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 32; *J.-C. Wolf*, in: *Anderheiden et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 62.

¹⁵⁷ *S. Mill*, *On Liberty*, 1859, S. 143: „How (it may be asked) can any part of the conduct of a member of society be a matter of indifference to the other members? No person is an entirely isolated being; it is impossible for a person to do anything seriously or permanently hurtful to himself, without mischief reaching at least to his near connexions“.

¹⁵⁸ *Mill*, *On Liberty*, 1859, S. 26 (Hervorhebung im Original).

¹⁵⁹ Vgl. zu diesem Begriff etwa *Feinberg*, in: *Sartorius (ed.), Paternalism*, 1983, S. 3, 5 („primarily self-regarding affairs“); auch *J.-C. Wolf*, in: *Anderheiden et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 63.

¹⁶⁰ In diesem Sinne *J.-C. Wolf*, in: *Anderheiden et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 62 f.; wohl auch *R. Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1977, S. 263; *Feinberg*, in: *Sartorius (ed.), Paternalism*, 1983, S. 3, 5; vgl. auch *Enderlein*, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, 1996, S. 21 (2. Leitlinie); unklar insofern *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 77. Die Frage, ob eine Form reinen oder unreinen Paternalismus vorliegt, bestimmt sich hingegen nicht nach der objektiven Relevanz für die Interessen Dritter, sondern nach der Motivation des Eingriffs [vgl. *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 34 ff.; a.A. *J.-C. Wolf*, in: *Anderheiden et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 62 f.].

allerdings nicht gelungen. Entsprechende Versuche für eine begriffliche Klärung verstricken sich in Zirkelschlüssen und bleiben daher unergiebig.¹⁶¹ Ungeachtet dieser Schwierigkeiten bei der abstrakten Abgrenzung von (primär) selbstbezüglichem und (auch) andere betreffendem Verhalten findet sich eine Reihe von Stellungnahmen zu ihrer konkreten Abgrenzung, ohne dass sich hieraus freilich allgemeine Grundsätze ableiten ließen. *Mill* selbst zieht etwa dort eine Grenze, wo das selbstschädigende Verhalten des Individuums dazu führen würde, dass er seine Verpflichtungen gegenüber seinen Gläubigern oder seiner Familie nicht mehr erfüllen könnte; in derlei Fällen handele es sich nicht mehr um bloß selbstbezügliches Verhalten.¹⁶² Demgegenüber sollen „Zwangsmassnahmen gegen Lebensstil, Rauch- und Essgewohnheiten“ „offensichtlich paternalistisch“ sein, weil sie sich gegen Entscheidungen und Gewohnheiten richteten, die primär die eigene Person und die Gestaltung eigener Lebenspläne betreffe. Alternativrechtfertigungen für solche Eingriffe seien bloße „Behauptung“.¹⁶³ Ob die mögliche Belastung der sozialen Sicherungssysteme ein hinreichendes Drittinteresse darstellt, um eine Intervention zur Verhinderung selbstschädigenden oder -gefährdenden Verhaltens zu rechtfertigen, wird unterschiedlich beurteilt.¹⁶⁴

VIII. Vertragliche Selbstbindung und Paternalismus im Besonderen

Die referierten Erkenntnisse der philosophischen Paternalismuskussion gelten auch für die hier interessierende Frage nach der Zulässigkeit paternalistisch motivierter Einschränkungen der Vertragsfreiheit. Viele allgemeine Überlegungen zur ethischen Bewertung von Paternalismus sind sogar an Beispielen der Begrenzung vertraglicher Freiheit entwickelt worden. Dies beruht sicher nicht zuletzt darauf, dass *Mill* die Nichtanerkennung eines Selbstversklavungsvertrages als einzige Ausnahme eines sonst vehement vertretenen Paternalismusverbots anerkennt.¹⁶⁵ Die folgenden Ausführungen können sich daher auf einige wenige, für die weitere Untersuchung bedeutsame Aussagen zu der speziellen Frage nach der Zulässigkeit paternalistischer Eingriffe in die Vertragsfreiheit¹⁶⁶ beschränken.

¹⁶¹ S. etwa R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, S. 263 sowie Kleinig, *Paternalism*, 1984, S. 32 ff., der wegen dieser Schwierigkeiten die *Mill*'sche Unterscheidung letztlich eher kritisch betrachtet.

¹⁶² S. *Mill*, *On Liberty*, 1859, S. 145 f.

¹⁶³ S. J.-C. Wolf, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 62 f.

¹⁶⁴ Offen für eine Heranziehung des sog. „public charge“-Arguments etwa Feinberg, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 3, 13; auch Kleinig, *Paternalism*, 1984, S. 77; kritisch hingegen G. Dworkin, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 20.

¹⁶⁵ S. dazu bereits oben unter § 2 V pr. Zur Qualität der Nichtanerkennung eines Vertrages als Freiheitsbeschränkung s.o. unter § 2 II.2.1.

¹⁶⁶ Hiervon zu unterscheiden ist die paternalistische Selbstbindung (sog. Selbstpaternalismus). Dabei geht es um die Frage, ob eine Person entgegen ihrem aktuellen Wunsch, aber gemäß einer zuvor von ihr selbst zum eigenen Schutz gegen Versuchungen und die eigene Schwäche geschlossenen Abmachung, gezwungen werden darf, sich nicht zu gefährden oder zu schaden. Das prominenteste Beispiel für eine solche Abmachung ist die Abrede des Odysseus' mit seinen Seeleuten,

1. Vertragliche Bindung und Selbstschädigung

Der Vertragsschluss setzt *per definitionem* eine Mehrheit von beteiligten Parteien voraus. Hier stellt sich die Frage, ob die negative Vertragsfolge für Partei X ein selbst zugefügter Schaden oder durch die Gegenpartei Y beigebracht ist. Nimmt man letzteren Standpunkt ein, läge in diesen Fällen also eine Drittschädigung vor, erschiene eine rechtliche Beschränkung solcher nachteiligen Verträge zum Schutz der gefährdeten Individualinteressen¹⁶⁷ als drittschützende Maßnahme.¹⁶⁸ Nach wohl einhelliger Ansicht in der philosophischen Paternalismusliteratur wäre eine solche Sichtweise hingegen – jedenfalls im Grundsatz – verfehlt. Die nachteilige Vertragsfolge wird nämlich – für den Juristen wenig überraschend – der benachteiligten Vertragspartei zugerechnet, weil sie jener bei Vertragsschluss zugestimmt hat. Anknüpfungspunkt ist also die vertragliche *Selbstbindung*, aufgrund derer einer Vertragspartei eine nachteilige vertragliche Folge selbst dann als Konsequenz eigenen Verhaltens zugerechnet wird, wenn der Vertrag der anderen Partei lediglich ein Recht zubilligt, dessen Ausübung erst zur Realisierung des Nachteils führt. Kurz: In der philosophischen Paternalismusdebatte werden unmittelbar selbstschädigende Verhaltensweisen und die Zustimmung zur Beibringung eines eigenen Schadens durch Dritte grundsätzlich gleich behandelt.¹⁶⁹ Freiheit zur Selbstbestimmung beinhaltet eben auch die Freiheit zur (nachteiligen) Selbstbindung.¹⁷⁰ Hieraus erklärt sich auch die Figur des *indirekten* Paternalismus¹⁷¹. Denn selbst wenn die Intervention auch oder gar vorrangig an das Verhalten der Gegenpartei anknüpft, indem sie etwa den Verkauf von Drogen verbietet, so wird damit zugleich für die (verhinderte) Gegenpartei die Freiheitsbetätigung des Drogenkaufs eingeschränkt. Ein möglicher, auf den Erwerb des Rauschmittels gerichteter Wille des verhinderten Drogenkäufers wird zu dessen Schutz vor nachteiligen Folgen des Drogenkonsums von der Rechtsordnung nicht anerkannt.

ihn nicht vom Mast zu befreien, wenn er den Sirenengesang hört. S. zu Fragen des Selbstpaternalismus etwa *Regan*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 113, 131 ff.; auch *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 29; *Enderlein*, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, 1996, S. 29 f.; *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 76; *J.-C. Wolf*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 61.

¹⁶⁷ Dieses Motiv fehlt bei rechtsmoralistischer Intervention.

¹⁶⁸ S. – in allgemeinerem Kontext – nur *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 201, 225.

¹⁶⁹ Vgl. nur *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 3, 4 f. unter Heranziehung des Rechtssatzes „Volenti non fit iniuria“. S. zu diesem monographisch *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002.

¹⁷⁰ Vgl. auch *Mill*, *On Liberty*, 1859, S. 183: „[T]he liberty of the individual, in things wherein the individual is alone concerned, implies a corresponding liberty in any number of individuals to regulate by mutual agreement such things as regard them jointly, and regard no persons but themselves.“ S. zu dieser Erkenntnis aus verfassungsrechtlicher Sicht noch unten unter § 3 VI.1.1.

¹⁷¹ S. dazu oben unter § 2 II.2.2.1.

2. Ethische Legitimität der paternalistischen Einschränkung vertraglicher Selbstbindung

Die allgemeine Unterscheidung zwischen weichem und hartem Paternalismus trägt auch für die paternalistische Beschränkung vertraglicher Selbstbindung. Sie findet sich in den zwei Kardinalfragen der Diskussion um die Voraussetzungen und Grenzen der Vertragsfreiheit wieder: Wann ist ein Vertrag durch die Parteien frei und selbstbestimmt geschlossen? Wann, wenn überhaupt, dürfen und sollen die Gerichte frei und selbstbestimmt geschlossenen Verträgen ihre Anerkennung verweigern?¹⁷²

2.1 *Weicher Paternalismus*

Die prinzipielle Zulässigkeit *weich* paternalistischer Eingriffe in die vertragliche Selbstbindung steht in der philosophischen Debatte außer Zweifel.¹⁷³ Die Schwierigkeit – so *Kleinig* – bestehe vielmehr in ihrem „gerechten und sparsamen“ Einsatz.¹⁷⁴ Dabei machen Befürworter vertraglicher Regulierung insbesondere bei Verbraucherverträgen regulierungsbedürftige Selbstbestimmungsdefizite jenseits der klassischen Fälle von Gewalt, Täuschung und Geschäftsunfähigkeit aus. Als Anknüpfungspunkte für weich paternalistische Eingriffe in die Vertragsfreiheit werden vor allem die Grenzen der Informationserlangung und -verarbeitung zur Überwindung von Informationsasymmetrien, die Formbarkeit von Präferenzen durch die Marktgegenseite oder ein Ungleichgewicht in der Verhandlungsstärke¹⁷⁵ identifiziert.¹⁷⁶ Die (rechts)philosophische Debatte stößt hier weit in genuin ökonomische und juristische Gefilde vor. Die Darstellung von Details ist an dieser Stelle verzichtbar. Auf Einzelheiten wird an späterer Stelle zurückzukommen sein.

2.2 *Harter Paternalismus*

Wie gesehen sind in Auseinandersetzung mit *Mills* Ausführungen zum Selbstversklavungsvertrag unterschiedliche Konzepte zur ethischen Legitimation harten Paternalismus entwickelt worden.¹⁷⁷ Auf dem Boden dieser oder anderer Konzepte hat sich die (rechts)philosophische Literatur auch zur Legitimität harten

¹⁷² Vgl. S. *Smith*, M.L.R. 59 (1996), 167, 186. Zu möglichen nichtpaternalistischen Motiven zur Begrenzung der Vertragsfreiheit s. noch unten unter § 2 VIII.3.

¹⁷³ S. bereits v. *Humboldt*, Ideen, S. 131 sub 3.

¹⁷⁴ *Kleinig*, Paternalism, 1984, S. 187 f.

¹⁷⁵ Eingriffe zur Korrektur eines signifikanten Verhandlungsungleichgewichts werden oft auch als Mittel zur Herstellung von Verteilungsgerechtigkeit begriffen. Deutlich *Kronman*, Yale L.J. 92 (1983), 763, 770 ff.; vgl. auch *Deakin*, ERCL 2006, 317, 328; *Kleinig*, Paternalism, 1984, S. 187; *Kessler*, Colum. L. Rev. 43 (1943), 629 ff. Inwieweit daher noch von paternalistischer Intervention gesprochen werden kann, ist streitig. Vgl. insoweit auch unten unter § 2 VIII.3.

¹⁷⁶ Vgl. die konzise Darstellung bei *Kleinig*, Paternalism, 1984, S. 185 ff.

¹⁷⁷ S.o. unter § 2 V.

Paternalismus gerade in Bezug auf die vertragliche Selbstbindung geäußert. Auf einige ausgewählte Aussagen und Erkenntnisse soll im Folgenden in geraffter Form hingewiesen werden.

2.2.1 *Mill zur Freiheitsbeschränkung durch Vertrag*

Im Hinblick auf die Legitimität hart paternalistischer Eingriffe in die Freiheit zur vertraglichen Selbstbindung nimmt die philosophische Debatte ihren Ausgangspunkt wiederum bei *Mill*. Dieser führt im Anschluss an seine Ausführungen zum Selbstversklavungsvertrag¹⁷⁸ aus: Die Gründe, die gegen eine Anerkennung der Freiheit zur vertraglichen Selbstversklavung sprächen, „are evidently of far wider application; yet a limit is everywhere set to them by the necessities of life, which continually require [...] that we should consent to this and the other limitation of [our freedom]“¹⁷⁹. Das Prinzip, wonach dem Einzelnen in eigenen Angelegenheiten die „unkontrollierte Handlungsfreiheit“ zusteht, fordere aber, dass die Vertragsparteien die vertragliche Bindung wieder aufheben können, sofern sie dies wollen. Aber auch die weitreichende Möglichkeit, einseitig von einer vertraglichen Verpflichtung Abstand nehmen zu können, scheint *Mill* aufgrund nämlichen Prinzips für geboten zu halten: „[T]here are perhaps no contracts or engagements, except those that relate to money or money’s worth, of which one can venture to say that there ought to be no liberty whatever of retractation.“¹⁸⁰ Auch lässt er Sympathie für *v. Humboldts* Ansicht erkennen, dass bei Verträgen, die eine persönliche Pflicht oder persönliche Verhältnisse begründen, also „die persönliche Freiheit eng beschränk[en]“, den Parteien nach einer gewissen Vertragsdauer, deren Länge sich einerseits nach der „Wichtigkeit der Beschränkung“ und andererseits nach der „Natur des Geschäfts“ bestimmt, ein einseitiges Lösungsrecht zustehen sollte.¹⁸¹

2.2.2 *Selbstbestimmte Entscheidung und selbstbestimmtes Leben*

In der Anlehnung an die Thesen von *Mill* und damit letztlich auch diejenigen von *v. Humboldt* scheinen im (rechts)philosophischen Schrifttum immer wieder einige – freilich keineswegs unbestrittene¹⁸² – Grundgedanken zur ethischen Legitimität hart paternalistischer Eingriffe in die Vertragsfreiheit auf, die letztlich auf das theoretische Fundament des Paternalismusverbots zurückverweisen:

Bei der Suche nach dem Grund für die Ausnahme des Selbstversklavungsvertrages vom *Mill’schen* Paternalismusverbot hebt das Schrifttum zwei inhaltliche Charakteristika einer solchen Vereinbarung hervor: zum einen den besonderen

¹⁷⁸ S. dazu oben unter § 2 V pr.

¹⁷⁹ *Mill*, On Liberty, 1859, S. 185.

¹⁸⁰ Ebenda. Ganz ähnlich *Kronman*, Yale L.J. 92 (1983), 763, 778 f.; s. auch mit Blick auf das aktuelle englische Vertragsrecht *Saprai*, JCL 26 (2009), 25 ff.

¹⁸¹ *S. v. Humboldt*, Ideen, S. 120 f., 131, auf den *Mill*, On Liberty, 1859, S. 185 verweist.

¹⁸² S. nur *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), Paternalism, 1983, S. 3, 15 sowie oben unter § 2 V.1.

Umfang des Freiheitsverlustes und zum anderen seine Unwiderruflichkeit.¹⁸³ Welcher der beiden Aspekte stärker zu gewichten ist und welche Fälle vertraglicher Bindung eine hinreichende Ähnlichkeit mit Selbstversklavungsverträgen aufweisen, so dass diese in gleicher Weise der hart paternalistischen Intervention zugänglich sind, wird naturgemäß sehr unterschiedlich beurteilt. Im Hinblick auf den Umfang des Freiheitsverlustes wird ganz ähnlich wie bei *v. Humboldt* häufig zwischen Gütertauschverträgen und eine größere Kooperation des Schuldners verlangenden Verträgen, wie etwa Arbeitsverträgen, unterschieden.¹⁸⁴ Für viele ist aber entscheidend, dass sich derjenige, der sich selbst in die Sklaverei verkauft, auf unabsehbare Zeit seiner zukünftigen Selbstbestimmung und Entscheidungsmacht begibt.¹⁸⁵ Die paternalistische Beschränkung der Vertragsfreiheit sei hier begründbar, weil eine derartige Freiheitsbeschränkung die Voraussetzungen eines selbstbestimmten, autonomen Lebens aufhebe oder ein solches Leben zumindest gefährde.¹⁸⁶ Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass „wahre“ Autonomie sich nicht in der Möglichkeit, zu einem bestimmten Zeitpunkt autonom Entscheiden zu können, erschöpft, sondern bedeutet, ein (dauerhaft) autonomes Leben führen zu können.¹⁸⁷ Konfligiert aber die eine konkrete Entscheidung betreffende Selbstbestimmung aufgrund der qualifizierten Entscheidungsfolgen mit einem selbstbestimmten Leben, gebührt letzterem der Vorrang. Denn – so wäre der in der Literatur häufig nicht explizierte Gedankengang zu vervollständigen – nur das autonome Leben ermöglicht ein Leben in Glück und Wohlbefinden (so der Konsequentialist) bzw. ein würdiges Leben (so der Deontologe kantianischer Prägung)¹⁸⁸. Hier anders zu entscheiden, würde also das dem grundsätzlichen Paternalismusverbot zugrunde liegende Prinzip¹⁸⁹ in sein Gegenteil verkehren. Dieser Gedankengang wird schließlich durch die folgende Überlegung ergänzt: Könne sich die verpflichtete Partei nicht mehr von einem solchen weittragenden Vertrag lösen, werden ihr die Möglichkeit der Selbstkorrektur und Selbstverbesserung und damit die ihr von Natur aus zukommende Entwicklungsmöglichkeit¹⁹⁰ abgeschnitten. Der dauerhaften Ver-

¹⁸³ Vgl. etwa *Feinberg*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 3, 15; *Ten*, *Mill on Liberty*, 1980, S. 118 f.; *S. Smith*, M.L.R. 59 (1996), 167, 169; *J.-C. Wolf*, in: Anderheiden et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 64; vgl. auch *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 161 ff. sowie *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 27; s. andererseits *Kronman*, *Yale L.J.* 92 (1983), 763, 778 f.

¹⁸⁴ Vgl. etwa *Kronman*, *Yale L.J.* 92 (1983), 763, 784 f.

¹⁸⁵ S. etwa *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 164 f.; auch *G. Dworkin*, in: Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1983, S. 19, 27.

¹⁸⁶ Vgl. etwa *S. Smith*, M.L.R. 59 (1996), 167 ff., der von „autonomy-endangering agreements“ spricht.

¹⁸⁷ So etwa *S. Smith*, M.L.R. 59 (1996), 167, 177.

¹⁸⁸ S. zur Gegenüberstellung dieser ethischen Grundmodelle oben unter § 2 III.

¹⁸⁹ S. dazu oben unter § 2 III; prägnant *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 31: „Ultimately the weight must rest on the Argument from Oppression of Individuality, or its more Kantian version, the Argument from Disrespect for Persons.“

¹⁹⁰ Vgl. zum Menschen als „progressive being“ bei *Mill* oben unter § 2 III.2; ferner *v. Humboldt*, *Ideen*, S. 9 ff. mit 118; diese Ideen in neuerer Zeit aufnehmend etwa *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 164 f. i.V.m. S. 28.

tragsbindung liege dann auch keine immer wieder aktualisierte und damit fortwährende Zustimmung (als Ausdruck andauernder Autonomie) seitens des Verpflichteten zugrunde.¹⁹¹

3. Rechtfertigungsalternativen für den Eingriff in die Vertragsfreiheit

Als ethische Alternativrechtfertigung des Eingriffs in die Vertragsfreiheit kommen zum einen der Schutz von Drittinteressen und zum anderen „moralistische“ Motive in Betracht.¹⁹²

Betrifft der Vertragsgegenstand allein die Angelegenheiten der Vertragsparteien lässt sich ein Eingriff zum Schutze der Interessen Dritter (*harm principle*)¹⁹³ in die Vertragsfreiheit der Kontrahenten nur insofern rechtfertigen, als sich der Vertragsschluss als nichtkonsentierter Übergriff der einen Partei auf die Interessensphäre der anderen darstellt. Die in ihren Interessen betroffene Vertragspartei wäre dann der „Dritte“. Ein solcher Übergriff lässt sich freilich nur annehmen, wenn die Einwilligung der zu schützenden Partei in den Vertrag nicht gänzlich frei und selbstbestimmt war. Denn ansonsten wird der „Übergriff“ in die Interessensphäre dem Betroffenen als Konsequenz eigenen Handelns zugerechnet.¹⁹⁴

Der Drittschutz scheidet als Rechtfertigung für den Eingriff in die Vertragsfreiheit der Parteien hingegen aus, wenn (1) sämtliche Parteien den Vertrag völlig frei und selbstbestimmt eingehen oder (2) die Interessen keiner Partei durch den Vertrag negativ berührt werden.¹⁹⁵ Jenseits von hartem Paternalismus in der Konstellation (1) bleiben als Rechtfertigung für eine Nichtanerkennung des Vertrages lediglich *rechtsmoralistische* Gründe. So wird – wie bereits erwähnt – zur Begründung der Nichtigkeit „ausbeuterischer“ Verträge vorgeschlagen, auf die „ungerechtfertigte Bereicherung“ (*unjust gain*) des Ausbeuters abzustellen oder darauf, dass „Ausbeutung“ per se ein Übel darstellt.¹⁹⁶ Manche vermuten, dass die rechtliche Nichtanerkennung solcher vom Betroffenen frei und selbstbestimmt eingegangener „ausbeuterischer“ Verträge häufiger auf rechtsmoralistischen als auf rechtspaternalistischen Erwägungen beruht.¹⁹⁷

¹⁹¹ S. Kleinig, Paternalism, 1984, S. 161, 165 in Auseinandersetzung mit Mill; ferner Ten, Mill on Liberty, 1980, S. 118 f.; vgl. auch Kronman, Yale L.J. 92 (1983), 763, 781 f., der die Möglichkeit zur Distanzierung eines in der Vergangenheit geschlossenen Vertrages in bestimmten Fällen zur Erhaltung der „moralischen Gesundheit“ für nötig erachtet. Denn die nunmehr als schlecht empfundene Entscheidung könne eine stark demoralisierende Wirkung haben, da sie – aus jetziger Sicht – falsch, aber doch die eigene sei.

¹⁹² S. zu den Begriffen bereits oben unter § 2 II.2.2.1.

¹⁹³ S. dazu oben unter § 2 VII.

¹⁹⁴ S. bereits oben unter § 2 VIII.1 sowie Feinberg, in: Sartorius (ed.), Paternalism, 1983, S. 201, 225, der insofern *harm* als *set-back of interests* und *harm* als *wrong* unterscheidet.

¹⁹⁵ S. wiederum Feinberg, in: Sartorius (ed.), Paternalism, 1983, S. 201, 225; vgl. auch ders., in: Sartorius (ed.), Paternalism, 1983, S. 3, 13; ferner Shiffrin, Phil. & Pub. Aff. 29 (2000), 205 ff. und bereits oben unter § 2 II.2.2.1.

¹⁹⁶ So Feinberg, in: Sartorius (ed.), Paternalism, 1983, S. 201, 225 f.

¹⁹⁷ Feinberg, in: Sartorius (ed.), Paternalism, 1983, S. 201, 231 f.

IX. Zusammenfassung

1. Die philosophische Diskussion definiert Paternalismus als die Beschränkung der (Handlungs-)Freiheit oder Selbstbestimmung durch einen Dritten (1), die ohne die Zustimmung des Betroffenen (2) und mit dem Ziel erfolgt, das Wohl des Betroffenen zu steigern oder ihn vor Schaden (also einer Verringerungen seines Wohls) zu bewahren (3). Von anderen Freiheitsbeschränkungen unterscheidet sich die paternalistische Intervention also durch ihre Zielsetzung: Es geht darum, das Wohl des Adressaten der paternalistischen Intervention zu fördern.

2. In der liberalen Tradition der abendländischen Philosophie ist Paternalismus, zumal *Rechtspaternalismus*, als Einschränkung der Selbstbestimmung des Einzelnen in eigenen Angelegenheiten rechtfertigungsbedürftig. Konsequentialistische (utilitaristische) und deontologische Lehren unterscheiden sich hier nur in der Begründung, nicht aber im Ergebnis. Dies gilt umso mehr, als sich in der modernen Diskussion diese beiden Grundethiken in Form von schwelendeontologisch eingefärbten rechtebasierten Paternalismuskonzepten einerseits und regelutilitaristischen Paternalismuskonzepten andererseits stark angenähert haben.

3. Sämtliche freiheitlichen Paternalismustheorien, gleich ob sie zur Verteidigung der Selbstbestimmung auf eine deontologische oder utilitaristische Begründung zurückgreifen, sind sich einig, dass die selbstbestimmte Entscheidung von gewissen Voraussetzungen abhängig ist. Diese Überlegung liegt der von *Joel Feinberg* in Anknüpfung an *Mill* entwickelten Unterscheidung zwischen *weichem* und *hartem Paternalismus* zugrunde: Danach sind dem Entscheider nur „freiwillige“ Entscheidungen als Ausdruck seiner Selbstbestimmung zurechenbar, die nach hinreichender Überlegung in Übereinstimmung mit den eigenen Präferenzen und Wertvorstellungen getroffen werden. Fehle es an der hierfür erforderlichen Zeit, Information, einem „klaren Kopf“ oder hinreichend entwickelten intellektuellen Fähigkeiten, sei dem Einzelnen die daher „unfreiwillige“ Entscheidung ebenso fremd wie die Entscheidung eines Dritten. Die benannten Defizite seien daher geeignet, eine paternalistische Intervention zu rechtfertigen. Diesem „weichen“ Paternalismus steht ein „harter“ Paternalismus gegenüber, der die „Freiwilligkeit“ der Entscheidung unberücksichtigt lässt und das Wohl des Schutzadressaten heteronom, nämlich aus der Warte des Intervenienten bestimmt.

4. Die Unterscheidung zwischen weichem und hartem Paternalismus ist für die Anforderungen an seine Rechtfertigung von maßgeblicher Bedeutung. Weicher Paternalismus, der schädliches Verhalten in eigenen Angelegenheiten immer dann zu verhindern sucht, wenn es „substantiell unfreiwillig“ ist, also Schutz vor Entscheidungen auf defizitärer Grundlage bietet, wird grundsätzlich für zulässig erachtet, wenn er auch als Eingriff in die äußere Handlungsfreiheit rechtfertigungsbedürftig bleibt. Der Staat dürfe dabei in Fällen, in denen der Inhalt einer Entscheidung eine starke Vermutung begründe, dass der sie treffende Akteur nicht „bei sich“ sei, diese Vermutung auch zur Grundlage ei-

ner paternalistischen Intervention machen, wenn diese Vermutung nur widerlegbar bleibe. Dabei hätten die „rechtlichen Paraphernalia“, mit Hilfe derer die Übereinstimmung von Vermutung und Wirklichkeit im konkreten Fall überprüft werde, umso anspruchsvoller und elaborierter zu sein, je weittragender die Vermutung sei.

5. Demgegenüber wird harter Paternalismus als Missachtung der freien und selbstbestimmten Entscheidung einer Person zu deren eigenem Besten in der philosophischen Diskussion weitgehend abgelehnt. Dieses ethische Verbot harten Paternalismus findet nach verbreiteter Ansicht jedoch wiederum dort eine Grenze, wo die eigene Freiheit genutzt wird, um die Grundlagen eines freiheitlichen Lebens aufzugeben. So formuliert *Mill*, dass „[t]he principle of freedom cannot require that [the individual] should be free not to be free“, und veranschaulicht diesen Standpunkt am Beispiel des Selbstversklavungsvertrages. Eine allgemein akzeptierte Begründung für dieses Ergebnis hat sich bislang allerdings noch nicht herausgebildet.

6. Die ethische Legitimationsbasis der paternalistischen Intervention gibt zugleich die Grenzen der im Grunde zulässigen, gleichwohl freiheitsbeschränkend wirkenden paternalistischen Maßnahme vor. Es gilt mit anderen Worten das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das die Anwendung der am wenigsten freiheitsbeschränkenden von mehreren gleich geeigneten Interventionsmitteln gebietet.

7. Die vorstehenden Aussagen gelten auch für die hier untersuchte Frage nach der Zulässigkeit paternalistisch motivierter Einschränkungen der Vertragsfreiheit. Die philosophische Paternalismusliteratur ist sich dabei im Ausgangspunkt einig, dass eine nachteilige Vertragsfolge der betroffenen Vertragspartei als Konsequenz eigenen Verhaltens, der vertraglichen *Selbstbindung*, zugerechnet wird und nicht als Drittschädigung durch die andere Vertragspartei anzusehen ist, selbst wenn der Vertrag dieser Partei lediglich ein Recht zubilligt, dessen Ausübung erst zur Realisierung des Nachteils führt. Die prinzipielle Zulässigkeit *weicher* paternalistischer Eingriffe in die vertragliche Selbstbindung steht in der philosophischen Debatte außer Zweifel. Als Anknüpfungspunkte für solche Maßnahmen werden vor allem die Grenzen der Informationserlangung und -verarbeitung zur Überwindung von Informationsasymmetrien, die Formbarkeit von Präferenzen durch die Marktgegenseite oder ein Ungleichgewicht in der Verhandlungsstärke identifiziert. Die (rechts)philosophische Debatte stößt hier weit in genuin ökonomische und juristische Gefilde vor. Harter Paternalismus ist auch in Bezug auf die vertragliche Selbstbindung grundsätzlich unzulässig. Bei der Suche nach dem Grund für die nach *Mill* und anderen bestehende Ausnahme für den Selbstversklavungsvertrag hebt das Schrifttum zwei inhaltliche Charakteristika einer solchen Vereinbarung hervor, nämlich den besonderen Umfang des Freiheitsverlustes (1) und seine Unwiderruflichkeit (2). Welcher der beiden Aspekte stärker zu gewichten ist und welche Fälle vertraglicher Bindung eine hinreichende Ähnlichkeit mit Selbstversklavungsverträgen aufweisen, so dass sie in gleicher Weise der hart paternalistischen Intervention zugänglich sind, wird unterschiedlich beurteilt. Für viele ist aber entscheidend, dass sich derjenige, der

sich selbst in die Sklaverei verkauft, auf unabsehbare Zeit seiner zukünftigen Selbstbestimmung und Entscheidungsmacht begibt, und damit dauerhaft die Möglichkeit verliert, ein autonomes Leben zu führen.

§ 3 Rechtspaternalismus und vertragliche Selbstbindung im Verfassungsrecht

Die Frage nach den Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht berührt auch das Verfassungsrecht. Das Grundgesetz gibt einen Rahmen für die Zulässigkeitsgrenzen, aber auch die staatliche Pflicht zu rechtspaternalistischer Intervention bei rechtsgeschäftlicher Selbstbindung des Einzelnen vor. Diese Erkenntnis gehört zum juristischen Allgemeinwissen seit das BVerfG in seinen Entscheidungen zum Handelsvertreterrecht¹ und zur Angehörigenbürgerschaft² die Frage nach den Voraussetzungen und Grenzen bürgerlich-rechtlicher Vertragsfreiheit aus der Perspektive der grundrechtlichen Verbürgung dieser Freiheit geprüft hat. Der verfassungsrechtliche Rahmen einer rechtspaternalistischen Intervention in die vertragliche Selbstbindung ist im Folgenden auszuloten. Dabei geht es um Grundrechtsschutz sowohl *vor* als auch *durch* Rechtspaternalismus. Die Diskussion berührt dabei eine Reihe von Aspekten der allgemeinen Grundrechtsdogmatik, die zueinander ins Verhältnis gesetzt werden müssen. So wirft Rechtspaternalismus Fragen des Grundrechtsverzichts, der Eingriffsrechtfertigung sowie der staatlichen Schutzpflichten auf. Die hierzu gewonnenen Antworten sind schließlich auf die spezifische Situation der rechtsgeschäftlichen Selbstbindung zu übertragen.

I. Überblick über die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung

1. Die Rspr. des BVerfG zur Einschränkung selbstgefährdenden und selbstschädigenden Verhaltens

Das Bundesverfassungsgericht erkennt in ständiger Rechtsprechung den grundrechtlichen Schutz auch selbstgefährdenden oder selbstschädigenden Verhaltens an³, lässt aber Einschränkungen dieser grundrechtlichen Freiheit zu. So hat es etwa die Zwangseinweisung wegen Selbstgefährdung⁴, die Helmpflicht von Mo-

¹ BVerfGE 81, 242, 254 ff.

² BVerfGE 89, 214, 229 ff.

³ Vgl. nur BVerfGE 32, 98, 110 zur grundrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Ablehnung eines objektiv gebotenen Krankenhausaufenthaltes in eigener und freier Entscheidung, oder BVerfGE 90, 128, 171 zum von Art. 2 Abs. 1 GG erfassten Umgang mit Drogen.

⁴ BVerfGE 10, 302 ff.; 58, 208 ff.; nicht ausreichend ist hingegen der ausschließliche Zweck, den Betroffenen zu „bessern“, vgl. BVerfGE 22, 180, 219 f.

torradfahrern⁵, die Gurtpflicht von Autofahrern⁶, das Verbot von privatem Cannabiskonsum⁷ oder die Schranken der privaten Organspende⁸ für verfassungsgemäß erklärt.

1.1 Eingriffsrechtfertigung durch Dritt- und Gemeinwohlinteressen

Dabei hat das BVerfG in einigen Fällen freilich (auch) auf die Gefährdung von Drittinteressen abgestellt, so dass die Frage nach der Zulässigkeit paternalistisch motivierter Freiheitsbeschränkungen nicht entscheidungserheblich wurde.⁹ Zur Verfassungsmäßigkeit der bußgeldbewehrten Helmpflicht hat das Gericht etwa ausgeführt: „Die angegriffene Vorschrift stellt [...] keine unzulässige Bevormundung des Bürgers dar. [...] Ein Kraftradfahrer, der ohne Schutzhelm fährt und deshalb bei einem Unfall eine schwere Kopfverletzung davonträgt, schadet keineswegs nur sich selbst. Es liegt auf der Hand, daß in vielen Fällen weiterer Schaden abgewendet werden kann, wenn ein Unfallbeteiligter bei Bewußtsein bleibt.“ Auch stehe außer Frage, dass Unfälle mit schweren Kopfverletzungen weitreichende Folgen für die Allgemeinheit hätten (z.B. durch ärztliche Versorgung, Rehabilitationsmaßnahmen, Versorgung von Invaliden).¹⁰ Diese Begründung hat sich das BVerfG in seinem Beschluss zur Gurtanlegepflicht erneut zu eigen gemacht.¹¹ Auch akzeptiert das Gericht als Zielsetzungen des Betäubungsmittelgesetzes neben dem Schutz der Gesundheit des Einzelnen, den Schutz der Gesundheit „der Bevölkerung im ganzen“ und die Bewahrung der Bevölkerung, „vor allem Jugendliche[r]“, vor Abhängigkeit von Betäubungsmitteln und verweist zusätzlich auf die Bekämpfung organisierter Kriminalität. Mit dieser Zielsetzung diene das Betäubungsmittelgesetz „Gemeinschaftsbelangen“, die vor der Verfassung Bestand haben.¹²

1.2 Fehlen der subjektiven Voraussetzungen einer autonomen Entscheidung

In anderen Fällen hat das Gericht für die Zulässigkeit freiheitsbeschränkender Schutzmaßnahmen auf das Fehlen der subjektiven Voraussetzungen einer autonomen Entscheidung¹³ abgestellt. Dabei ging es zum einen um den wenig proble-

⁵ BVerfGE 59, 275, 277 ff.

⁶ BVerfG NJW 1987, 180.

⁷ BVerfGE 90, 145, 171 ff.

⁸ BVerfG NJW 1999, 3399 ff.

⁹ Vgl. auch BVerfGE 30, 47, 53 f. Dort wird die zwangsweise Unterbringung einer Person, die sich beharrlich weigert zu arbeiten, jedenfalls dann für verfassungsmäßig erklärt, sofern aufgrund der Arbeitsverweigerung dieser Person Unterhaltsberechtigte aus öffentlichen Mitteln unterstützt werden müssen. Die Vorschrift diene dann dazu, die Belastung der Allgemeinheit mit vermeidbaren Kosten zu verhindern. Zudem würden durch die Gefährdung des Lebensunterhalts der Unterhaltsberechtigten deren Rechte i.S. von Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

¹⁰ BVerfGE 59, 275, 278 f.

¹¹ BVerfG NJW 1987, 180.

¹² BVerfGE 90, 145, 174 f.

¹³ S. dazu noch unten unter § 3IV.3.4.

matischen Schutz psychisch Kranker.¹⁴ So führt das BVerfG in einer Entscheidung zur zwangsweisen Anstaltsunterbringung eines Geisteskranken aus, dass eine derartige Maßnahme nicht nur dann zulässig sei, wenn sie der Schutz der Allgemeinheit verlange, sondern sie könne sich auch allein durch den Schutz des Betroffenen rechtfertigen. „Zwar steht es“, so das Gericht, „unter der Herrschaft des Grundgesetzes in der Regel jedermann frei, Hilfe zurückzuweisen, sofern dadurch nicht Rechtsgüter anderer oder der Allgemeinheit in Mitleidenschaft gezogen werden [...]. Nur wenn überwiegende Belange des Gemeinwohls, wie sie mit den Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG bestimmt sind, es zwingend gebieten, muß der Freiheitsanspruch des einzelnen insoweit zurücktreten. Das Gewicht, das dem Freiheitsanspruch gegenüber dem Gemeinwohl zukommt, darf aber nicht losgelöst von den tatsächlichen Möglichkeiten des Fürsorgebedürftigen bestimmt werden, sich frei zu entschließen. Bei psychischer Erkrankung wird die Fähigkeit zur Selbstbestimmung häufig erheblich beeinträchtigt sein. In solchen Fällen ist dem Staat fürsorgerisches Eingreifen auch dort erlaubt, wo beim Gesunden Halt geboten ist.“¹⁵ Darüber hinaus hat das Gericht aber auch gesetzgeberische Zweifel an einem wahrhaft freien Willen des Organspenders als legitimen Zweck zur Rechtfertigung eines gesetzlichen Verbots der Organlebenspende an andere als nahe Angehörige oder offenkundig nahe stehende Personen ausreichen lassen.¹⁶

1.3 Eingriffsbefugnis wegen sonst drohenden größeren persönlichen Schadens?

Auf der anderen Seite spricht das BVerfG sowohl in der zweiten Transsexuellen-Entscheidung als auch in seinem Urteil zur Organlebenspende aus, dass der Gesetzgeber befugt sei, in die gemäß Art. 2 Abs. 1 GG verbürgte allgemeine Handlungsfreiheit einzugreifen, wenn dadurch der Betroffene daran gehindert werden solle, „sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen“.¹⁷ In der jüngeren Entscheidung zur Organlebenspende führt es zur Legitimität paternalistischer Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht aus: „Zwar bedarf der Schutz des Menschen vor sich selbst als Rechtfertigungsgrund staatlicher Maßnahmen in Ansehung der durch Art. 2 I GG verbürgten allgemeinen Handlungsfreiheit grundsätzlich seinerseits einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Auch selbstgefährdendes Verhalten ist Ausübung grundrechtlicher Freiheit. Das ändert aber nichts daran, daß es ein legitimes Gemeinwohlanliegen ist, Menschen davor zu bewahren, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen“. Auf den ersten Blick erscheint dies als klares Bekenntnis für eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit paternalistisch motivierter Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht eines (auch in der konkreten Situation) zur autonomen Entscheidung fähigen

¹⁴ So etwa in den Fällen BVerfGE 10, 302 ff.; 58, 208 ff.

¹⁵ BVerfGE 58, 208, 224 f.

¹⁶ BVerfG NJW 1999, 3399, 3401 f.; kritisch hierzu *Kirste*, JZ 2011, 805, 811.

¹⁷ S. etwa BVerfGE 60, 123, 132; BVerfG NJW 1999, 3399, 3401. Ablehnend zur erstgenannten Entscheidung etwa *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 76 f.

gen Menschen. Es bleiben freilich gewisse Unsicherheiten, ob die Entscheidung tatsächlich so zu verstehen ist. Denn sowohl in der zweiten Transsexuellen-Entscheidung als auch im Urteil über die Zulässigkeit von Organlebendspenden bezog sich das BVerfG auf die Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung, die im Angesicht von Zweifeln an der endgültigen und freiwilligen Entscheidung des Betroffenen zu einem Verhalten mit irreversiblen und schwerwiegenden physischen Folgen eine solche Entscheidung von einer bestimmten Altersgrenze abhängig macht bzw. ganz verbietet.

2. Die Rspr. des BVerfG zur Einschränkung der Vertragsfreiheit zum Schutze einer Vertragspartei

Zur Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung der Vertragsfreiheit zum Schutz einer der Vertragsparteien hat das BVerfG vor allem in vier Judikaten grundlegend Stellung bezogen. In einer ersten Entscheidung aus dem Jahre 1982 stellte es fest, dass der Vorbehalt familiengerichtlicher Genehmigung bei Vereinbarungen der Ehegatten über den Versorgungsausgleich im Zusammenhang mit der Scheidung die gem. Art. 2 Abs. 1 GG verbürgte Vertragsfreiheit der Ehegatten nicht verletzt.¹⁸ Danach durfte der Gesetzgeber die mit der Regelung zum Versorgungsausgleich bezweckte eigenständige Alters- und Invaliditätssicherung des Berechtigten als gefährdet ansehen, wenn der Versorgungsausgleich uneingeschränkt der freien Parteivereinbarung überlassen würde. Der Genehmigungsvorbehalt sei ein Mittel, um Benachteiligungen „des sozial schwächeren Ehepartners“ zu verhindern. Der ausgleichsberechtigte Ehegatte „vermöge [... zudem] oftmals nicht zu überblicken, welche wirtschaftlichen Auswirkungen die Vereinbarung für ihn in der Zukunft haben könne.“ Der Gesetzgeber könne daher davon ausgehen, dass es im „wohlverstandenen Interesse des Ausgleichsberechtigten“ liege, wenn dieser durch den Genehmigungsvorbehalt „vor finanziellen Nachteilen geschützt wird, die für ihn nicht ohne weiteres erkennbar sind“. Neben diesem Schutz des Betroffenen wegen vermuteter Informations- und Erkenntnisdefizite trage die Regelung „gleichzeitig den Gemeinwohlbelangen Rechnung [...], daß ein sozial schwacher Ehegatte ohne entsprechende Gegenleistung des anderen nicht zu Lasten der Allgemeinheit auf ihm zustehende Versorgungsrechte verzichtet“.

In einer Reihe von Entscheidungen, beginnend mit der Handelsvertreterentscheidung aus dem Jahre 1990¹⁹ über den berühmten Beschluss zu den Angehörigenbürgschaften aus dem Jahre 1993²⁰ bis zum Urteil über die Inhaltskontrolle ehevertraglicher Abreden aus dem Jahre 2001²¹, hat das BVerfG die Legislative und die Judikative nicht nur für berechtigt, sondern sogar für verpflichtet gehalten

¹⁸ BVerfGE 60, 329, 338 ff.

¹⁹ BVerfGE 81, 242 ff.

²⁰ BVerfGE 89, 214 ff.

²¹ BVerfGE 103, 89 ff.

ten, zum Schutz der schwächeren Vertragspartei die Nichtigkeit vertraglicher Bindungen anzunehmen. Im Handelsvertreterbeschluss hat das Gericht im Ausgangspunkt bekräftigt, dass eine rechtsgeschäftliche Selbstbindung Ausübung individueller Freiheit ist. Die im Rahmen der Privatautonomie als einem Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung getroffenen Regelungen habe der Staat grundsätzlich zu respektieren. Allerdings bestehe die Privatautonomie nicht schrankenlos. Diese beruhe vielmehr auf dem Prinzip der Selbstbestimmung und setze also voraus, „daß auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind“. Habe aber einer der Vertragsteile ein „so starkes Übergewicht, daß er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirk[e] dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung.“ Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich – in casu ging es um Art. 12 Abs. 1 GG – verbürgte Positionen verfügt werde –, müssten staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, „um den Grundrechtsschutz zu sichern“. Gesetzliche Vorschriften, die sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenwirken, verwirklichten hier „die objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts und damit zugleich das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG)“.²² Im Hinblick auf die Voraussetzungen einer Fremdbestimmung begründenden Vertragsdisparität stellt das BVerfG in der Bürgschaftsentscheidung klar, dass die Rechtsordnung nicht für alle Situationen Vorsorge treffen könne, in denen das Verhandlungsgleichgewicht mehr oder weniger beeinträchtigt sei. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit dürfe ein Vertrag nicht bei jeder Störung des Verhandlungsgleichgewichts nachträglich in Frage gestellt werden. Handele es sich jedoch um eine *typisierbare Fallgestaltung*, die eine *strukturelle Unterlegenheit* des einen Vertragsteils erkennen lasse, und seien die *Vertragsfolgen* für den unterlegenen Vertragsteil *ungewöhnlich belastend*, so geböten die Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) eine korrigierende Reaktion der Zivilrechtsordnung.²³ Diese Rechtsprechung hat das BVerfG auf die Inhaltskontrolle von Eheverträgen ausgeweitet und die staatliche Pflicht zum Schutz einer nicht verheirateten schwangeren Frau, die weitgehend auf Unterhaltsansprüche für sich und das Kind im Falle der Scheidung verzichtet bzw. den Kindsvater hiervon freigestellt hatte, aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 4 GG wegen „einseitiger Aufbürdung vertraglicher Lasten“ und einer „erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner“ abgeleitet.²⁴

Auch im Falle vertraglicher Bindung ist die paternalistische Intervention des Staates also nach Ansicht des BVerfG nicht nur zulässig, sondern unter Umständen sogar geboten, wenn die „tatsächlichen Voraussetzungen der Privatautonomie“ nicht vorliegen.

²² BVerfGE 81, 242, 254 f.

²³ BVerfGE 89, 214, 232.

²⁴ BVerfGE 103, 89, 100 f. S. zu dieser Rechtsprechung noch ausführlich in § 7, insbesondere unter § 7 III.3.

II. Grundrechtsdogmatische Verankerung der Paternalismusdebatte

1. Befund

Sichtet man die Judikate der Rechtsprechung sowie die Beiträge des Schrifttums zur Frage der grundrechtlichen Determinanten rechtspaternalistischer Intervention, so erscheint die Diskussion des Themas auf den ersten Blick ungeordnet und zerklüftet. Dies liegt vor allem an der Wahl unterschiedlicher grundrechtsdogmatischer Ansatzpunkte. So werden Schutz und Grenzen des in Rede stehenden Selbstbestimmungsrechts in eigenen Angelegenheiten zum einen unter der Rubrik „Grundrechtsverzicht“ diskutiert.²⁵ Dabei geht es um die Frage, ob und in welchem Ausmaß der Einzelne bestimmte grundrechtlich gewährleistete Rechtspositionen wirksam aufgeben kann.²⁶ Andere sehen in der rechtspaternalistischen Intervention vorrangig einen Eingriff in das grundrechtlich gewährleistete Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen (Schutz *vor* Paternalismus) und fragen nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines solchen Eingriffs.²⁷ Wieder andere konzentrieren sich bei ihrer verfassungsrechtlichen Würdigung des Rechtspaternalismus – gerade im hier interessierenden Zivilrecht – auf die Schutzpflichtdimension der Grundrechte (Schutz *durch* Paternalismus).²⁸ Diese grundrechtsdogmatische Verortung erhebt allerdings zumeist keinen Ausschließlichkeitsanspruch, sondern stellt lediglich eine Schwerpunktsetzung bei der verfassungsrechtlichen Bewertung rechtspaternalistischer Interventionen dar.²⁹

2. Zum Verhältnis von Grundrechtsverzicht, Eingriff und Schutzpflicht

Eine gewisse Ordnung dieses Befundes lässt sich gewinnen, wenn man die drei grundrechtlichen Figuren des Verzichts, des Eingriffs und der Schutzpflicht zueinander ins Verhältnis setzt: Die Frage nach der Zulässigkeit des *Grundrechtsverzichts* verstanden als Disposition über grundrechtlich gewährleistete Rechts-

²⁵ Vgl. etwa von Münch, FS Ipsen, 1977, S. 112 ff.; Singer, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171 ff.

²⁶ So die wohl mehrheitliche Definition des Begriffs, s. nur Robbers, JuS 1985, 925; Pietzcker, Der Staat 17 (1978), 527, 531 ff. Zur Kontroverse um die Definition des Grundrechtsverzichts s. noch unten unter § 3 III.1.

²⁷ S. insbesondere die einflussreiche Monographie von Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 111 ff., 175; ferner Schwabe, JZ 1998, 66, 67 ff.; aus jüngerer Zeit etwa Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, 31 ff., 107 ff. und passim; vgl. auch van Aaken, in: Aderheiden et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109, 133 f., 136 ff.

²⁸ Vgl. etwa Singer, JZ 1995, 1133, 1136 ff. und auch die Rspr. des BVerfG zur gestörten Vertragsparität [s. dazu bereits oben unter § 3 I.2].

²⁹ Vgl. nur Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 111 ff.; ders., in: Riesenhuber (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung, 2012, S. 165 ff., insb. 175 ff.; Singer, GS Jeand’Heur, 1999, 171 ff.; Ohly, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 81 ff.; s. aber auch die strikte Trennung bei Schwabe, JZ 1998, 66, 67 f.

positionen betrifft die Reichweite des grundrechtlichen Schutzbereichs.³⁰ Sie ist mithin logisch vorrangig gegenüber der Prüfung eines Eingriffs in diesen Schutzbereich und folglich zuerst zu beantworten.³¹ Soweit und sofern man den Verzicht auf Grundrechtspositionen für zulässig erachtet, ist der Grundrechtsverzicht aber nichts anderes als eine bestimmte Erscheinungsform des Grundrechtsgebrauchs.³² Eine rechtspaternalistische Beschränkung dieses zulässigen Grundrechtsverzichts stellt dann einen Eingriff in das grundrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen³³ dar, der nach einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung verlangt.³⁴ Geht es hierbei um die Frage, wann der Staat im Interesse des Grundrechtsberechtigten selbst schützend eingreifen darf, geht es bei der grundrechtlichen Schutzpflicht darum, wann der Staat eingreifen muss.³⁵ Das Abwehrrecht des Einzelnen vor Rechtspaternalismus als Eingriff in seine Selbstbestimmung und die Schutzpflicht des Staates zugunsten desselben Grundrechtsträgers stehen dabei in einem gewissen Spannungsverhältnis.³⁶ Andererseits gilt: Soweit die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates eingreift, kann ihre Erfüllung keinen verfassungswidrigen Eingriff in die Grundrechte des zu Schützenden darstellen.³⁷

Freilich wird sich in der Folge zeigen, dass die begrifflich klaren Grenzen zwischen Grundrechtsverzicht, Grundrechtseingriff und grundrechtlicher Schutzpflicht in der Anwendung auf die paternalistische Intervention des Staates nicht so eindeutig zu ziehen sind, wie dies die obigen Ausführungen suggerieren mögen.³⁸ In den Ergebnissen schlagen sich diese Unklarheiten aber nur abge-

³⁰ Deutlich *Robbers*, JuS 1985, 925, 927 re. Sp.; in der Sache ebenso *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 89 ff.

³¹ S. nur *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 89. Entsprechend wird auch hier zuerst auf den Grundrechtsverzicht eingegangen, s. unten unter § 3 III.

³² Etwa *Robbers*, JuS 1985, 925, 927; zust. *Singer*, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171, 174; s. ferner *Thüsing*, FS Wiedemann, 2002, S. 559, 566.

³³ Zur Frage, in den Schutzbereich welches Grundrechts bzw. welcher Grundrechte eingegriffen wird, s. noch unten unter § 3 IV.1.

³⁴ Vgl. *Singer*, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171, 176, 187; ferner *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 89 ff.

³⁵ Zur Unterscheidung der abwehrrechtlichen von der Schutzpflichtendimension im Hinblick auf rechtspaternalistische Interventionen des Staates, s. nur *Singer*, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171, 187 f.; *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 31 ff. einerseits und 213 ff. andererseits.

³⁶ Vgl. *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 85 für die Einwilligung. S. zu diesem Spannungsverhältnis noch unten unter § 3 V.2.

³⁷ Die grundrechtliche Schutzpflicht hat denn auch dort ihren Hauptwirkbereich, wo es an den Funktionsbedingungen für eine autonome Entscheidung des Einzelnen [vgl. zum Begriff der Funktionsbedingungen *Singer*, JZ 1995, 1133, 1138 ff.; *ders.*, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171, 182 f.] fehlt. Vgl. für die paternalistische Beschränkung der Vertragsfreiheit nur *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 107 und ausführlich unten unter § 3 IV.3.4, § 3 V sowie § 3 VI.2.

³⁸ So lässt sich insbesondere die klare Trennung zwischen Schutzbereichsbestimmung und Eingriff nicht durchhalten, wenn man einerseits die „Freiwilligkeit“ als Wirksamkeitsvoraussetzung des zulässigen Grundrechtsverzichts einordnet [vgl. nur *Robbers*, JuS 1985, 925, 926], andererseits aber die rechtliche Reaktion auf Defizite materialer Entscheidungsfreiheit als Eingriff in die grund-

schwächt nieder, weil sich im Zusammenhang mit der grundrechtlichen Bewertung rechtspaternalistischer Intervention auch bei Unterschieden in der dogmatischen Verortung ganz ähnliche materielle Wertungsfragen stellen.

III. Rechtspaternalismus und Grundrechtsverzicht

In der Staatsrechtslehre wird der Schutz eines grundrechtlich geschützten Rechtsgutes gegen die Disposition dessen, der es innehat, zumeist unter dem Begriff des „Grundrechtsverzichts“ diskutiert.³⁹

1. Begriffliche Klärung

Das Problem des Grundrechtsverzichts gilt weithin als „nur teilweise ausgelotet“⁴⁰, vieles sei „dogmatisch noch ungeklärt“⁴¹.⁴² Diese Unsicherheit erstreckt sich auf den Begriff des Grundrechtsverzichts selbst.⁴³ Heute kann freilich als gesichert gelten, dass es hierbei nicht um einen – nach allgemeiner Ansicht unzulässigen – Totalverzicht auf die Grundrechte geht.⁴⁴ Ganz mehrheitlich diskutiert man unter dieser Chiffre vielmehr die Frage, ob und in welchem Umfang der einzelne Grundrechtsträger über seine grundrechtlich geschützten Rechtspositionen verfügen kann.⁴⁵ Dieses Verständnis wird auch im Weiteren der Untersuchung zugrunde gelegt.

rechtlich gewährleistete Selbstbestimmung ansieht oder zumindest so behandelt, um einer andernfalls drohenden Aushöhlung des Selbstbestimmungsrechts zu begegnen [vgl. nur *Singer*, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171, 187]. Im Ergebnis ebenso *Thüsing*, FS Wiedemann, 2002, S. 559, 565 ff., der freilich das damit verbundene konstruktive Problem ausblendet. S. dazu auch noch unten unter § 3 III.4.

³⁹ Vgl. zu dieser Einschätzung *Thüsing*, FS Wiedemann, 2002, S. 559, 565 f.; *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 89 jew. m.N.

⁴⁰ S. *Bleckmann*, JZ 1988, 57.

⁴¹ S. *Robbers*, JuS 1985, 925.

⁴² Vgl. auch *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 135: es herrsche im Schrifttum „größte Verwirrung“.

⁴³ Vgl. *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 89 f.; kritisch zum Begriff auch *Pietzker*, Der Staat 17 (1978), 527, 531; zust. *Stern*, Staatsrecht III/2, 1994, § 86 I 1 (S. 887 f.).

⁴⁴ S. die N. in vorstehender Fn.

⁴⁵ S. etwa *Pietzker*, Der Staat 17 (1987), 527, 531; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 28. Aufl. 2012, Rn. 146; *Robbers*, JuS 1985, 925; *Stern*, Staatsrecht III/2, 1994, § 86 I 1 (S. 887 f.); im Anschluss hieran auch *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 89 f.; *Singer*, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171 ff.; in der Sache ferner *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 155. Anders etwa *Schwabe*, JZ 1998, 66, 68, der unter Grundrechtsverzicht nur den Verzicht auf das Grundrecht selbst, nicht aber den Verzicht auf ein grundrechtliches Schutzgut versteht.

2. Grundrechtstheoretisches Vorverständnis – liberale vs. objektiv-rechtliche Grundrechtsinterpretation

Sieht man von den seltenen Fällen ab, in denen der Verfassungstext selbst eindeutige Anhaltspunkte liefert⁴⁶, hängt die Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts maßgeblich von der Funktion der Grundrechte und damit vom grundrechtstheoretischen Vorverständnis ab.⁴⁷ Nach *klassisch-liberalem* Grundrechtsverständnis sind Grundrechte subjektive Abwehrrechte gegen den Staat. Die Freiheitsphäre des Einzelnen wird hiernach nicht erst durch den Staat begründet, sondern wird von ihm gleichsam vorgefunden. Die durch die Grundrechte gewährleistete Freiheit ist „Freiheit *schlechthin* [...] und] nicht Freiheit zu bestimmten Zielen oder Zwecken“. ⁴⁸ Es liegt danach also in der Entscheidung des Grundrechtsträgers, ob, wie und wozu er seine grundrechtliche Freiheit einsetzt. Umgekehrt ist der Staat aber auch nicht verpflichtet, die tatsächliche Realisierbarkeit der grundrechtlichen Freiheit zu gewährleisten; auch hierfür bleiben die Grundrechtsträger selbst verantwortlich.⁴⁹ Nach diesem Grundrechtsverständnis ist Grundrechtsverzicht *immer* Grundrechtsgebrauch.⁵⁰ Seine Einschränkung ist rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff. Zentraler Schwachpunkt der liberalen Grundrechtstheorie ist ihre „relative ‚Blindheit‘ gegenüber den sozialen Voraussetzungen der Realisierung grundrechtlicher Freiheit“. ⁵¹ In Reaktion auf dieses grundlegende Defizit der liberalen Grundrechtstheorie hat sich eine Vielzahl *objektiv-rechtlicher Grundrechtslehren* entwickelt. Als deren wichtigste Vertreter gelten die *institutionelle Grundrechtstheorie* und die *Werttheorie der Grundrechte*. Beide sehen die Grundrechte primär als objektive Ordnungsrahmen der von ihnen erfassten Freiheitsbetätigung an. Ihr objektiver Gehalt ergibt sich aus dem rechtlich ausgestalteten grundrechtlichen „Institut“ bzw. aufgrund der Wertentscheidungen des staatlichen Gemeinwesens.⁵² Nach beiden Theorien ist die Freiheit nicht mehr voraussetzungsfrei geschützt, sondern nur mehr insofern, als sie der Realisierung des objektiv vorgegebenen institutionellen Zwecks

⁴⁶ So wird ein Grundrechtsverzicht aufgrund des Normtextes in Art. 4 Abs. 3, 6 Abs. 3, 7 Abs. 3 S. 3 und 12 Abs. 2 und 3 sowie Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG für die in Rede stehenden grundrechtlichen Verbürgungen für zulässig erachtet, während sich für die Koalitionsfreiheit das Gegenteil aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG ergebe. S. nur *Singer*, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171, 176 f.; ferner *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 28. Aufl. 2012, Rn. 149.

⁴⁷ S. nur *Singer*, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171, 177 ff.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 28. Aufl. 2012, Rn. 150 ff.; ferner *Robbers*, JuS 1985, 925, 927.

⁴⁸ *Böckenförde*, NJW 1974, 1529, 1530.

⁴⁹ S. zum Vorstehenden nur *Böckenförde*, NJW 1974, 1529, 1530 ff.; s. aus jüngerer Zeit beispielsweise in Bezug auf die Menschenwürdegarantie des GG *Schaefer*, AöR 135 (2010), 404 ff.; ferner das Plädoyer für eine liberale Grundrechtskonzeption bei *Ladeur*, Der Staat 50 (2011), 493 ff.

⁵⁰ So etwa *Dürig*, AöR 81 (1956), 117, 152; *Merten*, FS Schmitt Glaeser, 2003, S. 53, 60.

⁵¹ S. *Böckenförde*, NJW 1974, 1529, 1531; zust. *Singer*, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171, 178; vgl. auch *Jeand’Heur*, JZ 1995, 161 f.

⁵² S. zur institutionellen sowie zur wertorientierten Grundrechtstheorie ausführlicher *Böckenförde*, NJW 1974, 1529, 1532 m.w.N.

der Freiheitsgewährleistung bzw. der in dem betreffenden Grundrecht zum Ausdruck kommenden Wertentscheidungen dient.⁵³ Es geht also um eine „Freiheit um zu“⁵⁴, deren Umfang und Schutz sich nach Art und Zielrichtung des Freiheitsgebrauchs bestimmt. Grenzen für die Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts lassen sich mit diesen Theorien unschwer begründen. Die hiermit verbundene Gefahr der Freiheitsverkürzung „im Namen der Freiheit“ ist insbesondere bei der Werttheorie mit Händen zu greifen. Sie ermöglicht es, bestimmte Arten des Freiheitsgebrauchs mit der Begründung abzuwerten, der konkrete Freiheitsgebrauch sei nicht Ausdruck der objektiven Wertentscheidung, welche dem (an sich) einschlägigen Grundrecht zugrundeliegt.⁵⁵ Gerade für das Problem der Grundrechtskollision besteht die Gefahr, dass die Berufung auf eine rational nicht begründete Wertordnung und -rangfolge die tatsächlichen Gesichtspunkte der Abwägungsentscheidung verdunkelt.⁵⁶ Sowohl die liberalen wie die objektivrechtlichen Grundrechtstheorien lassen sich um eine *sozialstaatliche* Komponente ergänzen, welche die sozialen Voraussetzungen zur realen Betätigung grundrechtlicher Freiheitsgewährleistungen betont und diese tatsächliche Ausübbarkeit grundrechtlicher Freiheit sichern will.⁵⁷

3. Stand der Diskussion zur Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts

Dies alles vorausgeschickt lässt sich der Diskussionsstand zum Problem des Grundrechtsverzichts in groben Strichen wie folgt zeichnen: Ungeachtet der freiheitsbeschränkenden Tendenz objektiv-rechtlicher Grundrechtsdeutung wird den Grundrechten heute weithin auch eine objektiv-rechtliche Dimension beigegeben,⁵⁸ aus der Grenzen des Grundrechtsverzichts abgeleitet werden.⁵⁹ Die Ansicht in der älteren Lehre, welche die gänzliche Unzulässigkeit des Grundrechtsverzichts unter Berufung auf Art. 1 Abs. 2 GG und die konstitutive Bedeutung der Grundrechte für die demokratische Wertordnung propagierte⁶⁰, wird heute in ihrer Pauschalität nicht mehr vertreten.⁶¹ Auch der Versuch, zwischen dem Verzicht auf das Grundrecht selbst und dem Verzicht auf seine Ausübung zu

⁵³ S. wiederum Böckenförde, NJW 1974, 1529, 1532 und 1534 m.w.N.

⁵⁴ S. Böckenförde, NJW 1974, 1529, 1535, dort zur „demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie“. Enderlein, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 151 ff. spricht insofern von der „Funktionalisierung der Freiheitsrechte“.

⁵⁵ S. die Kritik bei Böckenförde, NJW 1974, 1529, 1534; vgl. auch Singer, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171, 179; Jeand’Heur, JZ 1995, 161, 162; s. auch die deutlichen Worte bei Ladeur, Der Staat 50 (2011), 493, 495 ff., 530 f. und öfter.

⁵⁶ S. Böckenförde, NJW 1974, 1529, 1534; kritisch zur „Funktionalisierung der Freiheitsrechte“ auch Enderlein, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 153 f.

⁵⁷ S. Böckenförde, NJW 1974, 1529, 1535 f.

⁵⁸ Vgl. nur Pieroth/Schlink, Grundrechte, 28. Aufl. 2012 Rn. 91 ff. m.w.N.

⁵⁹ Vgl. wiederum nur Pieroth/Schlink, Grundrechte, 28. Aufl. 2012 Rn. 150 ff. m.w.N.

⁶⁰ So etwa Sturm, FS Geiger, 1974, S. 173, 198; Bussfeld, DÖV 1976, 765, 770 f.

⁶¹ S. nur die Kritik bei Singer, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171, 180; ferner Ohly, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 90.

unterscheiden⁶², wird gemeinhin als untauglich angesehen, da beides untrennbar zusammengehöre.⁶³ Heute herrschend ist vielmehr eine differenzierende Betrachtungsweise, die für die Reichweite der Dispositionsfreiheit auf die jeweilige Funktion des einzelnen Grundrechts abstellt. Häufig wird dabei danach unterschieden, ob das Grundrecht lediglich die Integrität eines individuell-persönlichen Bereichs schützen soll oder ob es auch oder vor allem als Gewährleistung öffentlicher Interessen zu verstehen ist.⁶⁴ Dabei wird in Übereinstimmung mit einer freilich noch durch kein einheitliches dogmatisches Fundament verklärten Rechtsprechung der Verzicht auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung⁶⁵, den grundrechtlichen Schutz der Wohnung⁶⁶, des Post- oder Fernmeldegeheimnisses⁶⁷ oder der Berufs- und Eigentumsfreiheit⁶⁸ „in weitem Umfang“ oder „grundsätzlich“ für zulässig erachtet, während dies weder für die Meinungsfreiheit noch für den Schutz des geheimen Wahlrechts⁶⁹ gelten soll.⁷⁰ Darüber hinaus wird auch die Menschenwürde⁷¹ selbst sowie der Menschenwürdegehalt eines jeden Grundrechts⁷² für unverzichtbar gehalten. Dem hat man freilich entgegengehalten, dass der Schutzbereich der Menschenwürde gerade auch durch das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers geprägt wird⁷³ und der im Achtungsanspruch wurzelnde Autonomieanspruch regelmäßig Vorrang hat⁷⁴ bzw. im selbstbestimmten Handeln zum Ausdruck kommt⁷⁵. Einigkeit besteht aber wiederum dahingehend, dass der Verzicht „freiwillig“ erfolgen muss, was etwa bei Täuschung oder Drohung nicht der Fall sei.⁷⁶

⁶² So etwa *Göldner*, JZ 1976, 352, 355; *von Münch*, FS Ipsen, 1977, S. 113, 126 f.; weitere N. bei *Stern*, Staatsrecht III/2, 1994, § 86 II 2 (S. 903 ff.).

⁶³ Zur Kritik s. etwa *Sturm*, FS Geiger, 1974, S. 168, 185; *Pietzcker*, Der Staat 17 (1978), 527, 537 f.; *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 90; *Singer*, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171, 174 („Taschenspielertricks“).

⁶⁴ Vgl. *Robbers*, JuS 1985, 925, 928; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 28. Aufl. 2012, Rn. 152 f.; *Pietzcker*, Der Staat 17 (1978), 527, 544 f.; s. auch *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 37; referierend ferner *Thüsing*, FS Wiedemann, 2002, S. 559, 566.

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 65, 1, 41 ff.

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 106, 28, 42 ff.

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 106, 28, 42 ff.

⁶⁸ Vgl. BVerfGE 30, 65 ff.; 42, 331, 342 ff.

⁶⁹ Vgl. OVG Lüneburg, DÖV 1964, 355 f.; OVG Münster, OVG 14, 257 ff.

⁷⁰ S. nur *Robbers*, JuS 1985, 925, 928; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 28. Aufl. 2012, Rn. 152 f. Kritisch *Singer*, FS Jeand’Heur, 1999, S. 171, 180.

⁷¹ Vgl. die berühmte Entscheidung des BVerfGE 64, 274 – „Peep-Show“.

⁷² So etwa *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 28. Aufl. 2012, Rn. 152; *Sturm*, FS Geiger, 1974, S. 168, 189; *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 106; vgl. auch schon *Dürig*, AöR 81 (1956), 117, 153.

⁷³ S. *Singer*, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171, 177 unter Verweis auf BVerfGE 49, 286, 298; *Höfling*, NJW 1983, 1582 ff.; *Bleckmann*, JZ 1988, 57, 60 f.; *Stern*, Staatsrecht III/1, 1988, § 58 II 6 (S. 30 f. m. Fn. 127).

⁷⁴ Von Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 1 Rn. 34.

⁷⁵ *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 136, 176; s. auch *ders.*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung, S. 165, 166 ff.

⁷⁶ S. nur *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 28. Aufl. 2012, Rn. 151; *Singer*, FS Jeand’Heur, 1999, S. 171, 183 m. zahlreichen w.N. in Fn. 77; ferner *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 143 f.

4. Schranken des Grundrechtsverzichts bei privatvertraglicher Selbstbindung

Dies ist nicht der Ort, sämtliche Grundrechte einer eingehenden Prüfung auf ihre Disponibilität zu unterziehen.⁷⁷ Jedenfalls für die große Mehrheit potentieller Vertragsgegenstände und insbesondere für die Selbstbestimmung in den eigenen Angelegenheiten wirtschaftlicher Natur⁷⁸ wird man im Ausgangspunkt von einem liberalen Grundrechtsverständnis ausgehen dürfen, das die Disposition über grundrechtlich geschützte Rechtsgüter zulässt und demjenigen, der Gegenteiliges behauptet, die Begründungslast aufbürdet.⁷⁹ Hierfür spricht auch, dass es bei der (privat-)vertraglichen Bindung des Bürgers gar nicht um die typischen Gefährdungslagen im Verhältnis Staat-Bürger geht, die durch die Unverfügbarkeit über bestimmte Grundrechtspositionen eingefangen werden sollen.⁸⁰ Manche halten daher die Figur des Grundrechtsverzichts hier auch gar nicht für anwendbar, sondern allein im Verhältnis Staat-Bürger.⁸¹

Entscheidend dürfte aber sein, dass ein Vorgehen, das selbstbestimmtes Verhalten unter Berufung auf die Schranken des Grundrechtsverzichts aus dem grundrechtlichen Schutzbereich ausscheidet, Gefahr liefe, die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte gegen ihre subjektiv-rechtliche Abwehrfunktion in Stellung zu bringen und damit einem freiheitsverkürzenden Missbrauch der Grundrechte Vorschub zu leisten.⁸² Anders gewendet: Könnte man bestimmte Freiheiten *a priori* aus dem Schutzbereich der Grundrechte ausschließen, so wäre der Umgehung des verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsgebots (Stichworte: legitimer Zweck, Verhältnismäßigkeitsprinzip) für Grundrechtseingriffe Tür und Tor geöffnet.⁸³ Das BVerfG hat diese Gefahr erkannt und im Mitbestimmungs-Urteil⁸⁴ klargestellt, dass die Grundrechte in erster Linie individuelle Abwehrrechte sind und sich ihre seit der *Lüth*-Entscheidung⁸⁵ anerkannte Funktion als objektive Prinzipien nicht von diesem Bedeutungskern lösen und zu einem Gefüge objektiver Normen verselbständigen lasse, in dem der ursprüngliche und

⁷⁷ Vgl. aber ansatzweise *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 91 ff.

⁷⁸ S. aber auch für die Selbstbestimmung in persönlichen Angelegenheiten *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 93 ff.

⁷⁹ Vgl. auch *Pietzker*, Der Staat 17 (1978), 527, 544 f. zu den „vertragsnahen“ Grundrechten der Art. 12 und Art. 14 GG.

⁸⁰ Vgl. auch *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 137; ähnlich *Schwabe*, JZ 1998, 66, 68.

⁸¹ S. etwa *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 107; *Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 200; anders aber etwa *Singer*, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171 ff.

⁸² In diesem Sinne *Obly*, „Volenti no fit iniuria“, 2002, S. 94 ff.; *Singer*, GS Jeand’Heur, 1999, S. 171, 179 mit 176 und 183 ff.; vgl. auch *Schwabe*, JZ 1998, 66, 69 f.

⁸³ S. *Obly*, „Volenti no fit iniuria“, 2002, S. 94 f.; *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 110, 111 ff.

⁸⁴ BVerfGE 50, 290, 337 f.

⁸⁵ BVerfGE 7, 198, 205.

bleibende Sinn der Grundrechte zurücktrete.⁸⁶ Um eine solche „Verkehrung“ der Grundrechte zu vermeiden, begreifen weite Teile des Schrifttums die Schranken des Grundrechtsverzichts als Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung, wobei sie sich auf Art. 2 Abs. 1 GG oder einschlägige Spezialgrundrechte berufen („Grundrechtsverzicht als Grundrechtsgebrauch“).⁸⁷ Dasselbe muss dann auch für die Festlegung der „Freiwilligkeit“ des Grundrechtsverzichts, also die Funktionsbedingungen der Selbstbestimmung gelten. Denn je höher man die Anforderungen an die selbstbestimmte Entscheidung schraubt, desto geringer wird der Unterschied zur Fremdbestimmung.⁸⁸

Dass damit die Grenze zwischen Schutzbereichsbestimmung und Grundrechtseingriff verschwimmt⁸⁹, ist nicht zu leugnen. Ungeachtet dieses konstruktiv-rechtsästhetischen Mankos erscheint diese Vorgehensweise jedoch in der Sache geboten. Sie wird auch insoweit von der Rechtsprechung des BVerfG bestätigt, als dort sowohl selbstgefährdendes Verhalten im Allgemeinen als auch die vertragliche Selbstbindung im Besonderen als Ausübung grundrechtlicher Freiheit begriffen werden.⁹⁰ Nach alledem kann für die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer Grundrechtsverzichtsbeschränkung aus paternalistischen Motiven daher auf die im anschließenden Abschnitt folgenden Ausführungen zur Eingriffsrechtfertigung verwiesen werden.

⁸⁶ Vgl. ferner BVerfGE 68, 193, 205; 75, 192, 195; BVerfG NJW 1987, 2501 f. Prononciert dazu *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 126 ff., 175 f. Dieser Standpunkt ist auch in der Literatur h.M., s. nur *Pierothe/Schlink*, Grundrechte, 28. Aufl. 2012, Rn. 98; *Jeand’Heur*, JZ 1995, 161, 165; s. zur Unzulässigkeit der Legitimation paternalistischer Intervention durch die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte auch *Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 179 ff., 281; *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 108 f.

⁸⁷ S. *Singer*, GS *Jeand’Heur*, 1999, S. 171, 176: „Grenzen des Grundrechtsverzichts stellen sich zugleich als Grenzen des Grundrechts selbst dar und müssen deshalb insbesondere dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit entsprechen“. Für die Erfassung selbstgefährdender Tätigkeiten durch den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG etwa auch *Jarass/Pierothe*, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 8; *Sachs/Murswiek*, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 2 Rn. 211; *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 136 ff.; auf der Grundlage spezialgrundrechtlichen Schutzes der Selbstbestimmung ebenso *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 94 f.; im Ergebnis ebenso ferner *Schwabe*, JZ 1998, 66, 69 f.

⁸⁸ Zutreffend *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 74; vgl. auch *van Aaken*, in: *Anderheiden et al.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109, 123 ff.; anders etwa *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 136 f. S. auch bereits oben unter § 2 IV.5.

⁸⁹ Zur Einordnung des Grundrechtsverzichts als Frage der Schutzbereichsbestimmung s. oben unter § 3 II.2.

⁹⁰ S. zu ersterem BVerfG NJW 1999, 3399, 3401 [s. dazu bereits oben unter § 3 I.1.3]; zu letzterem die Schutzpflichtenrechtsprechung des BVerfG zu den Grenzen formaler Vertragsfreiheit [dazu oben unter § 3 I.2 und unten unter § 3 VI.1.1]. Diese bejaht nämlich die Berührung des grundrechtlichen Schutzbereiches, obgleich die Voraussetzungen eines gänzlich „freiwilligen“ (vertraglichen) Verzichts auf die in Rede stehenden Rechtsgüter gerade verneint werden (Stichwort: „Fremdbestimmung“). In der Sache auch *Thüsing*, FS Wiedemann, 2002, S. 559, 563 ff., 565, der die Debatte um die Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts gegenüber der Einschränkung der formalen Vertragsfreiheit aufgrund grundrechtlicher Schutzpflichten als „anderen Ansatz“ bezeichnet, also keine strenge logische Rangfolge zwischen beiden Problemkreisen annimmt. Ganz ähnlich *van Aaken*, in: *Anderheiden et al.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109, 136 ff.