

ZRph

Zeitschrift für Rechtsphilosophie

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Sören Hoffmann, Hagen

Prof. Dr. Stephan Stübinger, Hagen

in Verbindung mit

Prof. Dott. Vanda Fiorillo, Neapel

Prof. Dr. Katrin Gierhake, Regensburg

Prof. Dr. Klaus Günther, Frankfurt a.M.

Apl. Prof. Dr. Dieter Hüning, Trier

Prof. Dr. Michael Kahlo, Leipzig

Prof. Dr. Michael Köhler, Hamburg

PD Dr. Jakub Kloc-Konkolowicz, Warschau

Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Hamburg

Em. o. Univ. Prof. Dr. Gerhard Luf, Wien

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Pawlik, Freiburg

Prof. Dr. Markus Rothhaar, Eichstätt-Ingolstadt

Dott. Daniela Tafani, Florenz

Prof. Dr. iur. Dr. phil. Thomas Vormbaum, Hagen

Prof. Dr. Benno Zabel, Bonn

Prof. Dr. Rainer Zaczyk, Bonn

Neue Folge 1 (2017)

ISSN 1618-4726

LIT

Aus dem Inhalt:

Thomas Sören Hoffmann:

**Aus Anlaß des Neuerscheinens der Zeitschrift für
Rechtsphilosophie**

Stephan Stübinger:

Zur Relevanz der Rechtsphilosophie

Josef Isensee:

Philosophie der Grenze

Daniela Tafani:

Das Recht auf unsinnige Entscheidungen

Dieter Hüning:

**Die Frage nach den Grenzen legitimer Herrschaft und die
Antwort der neuzeitlichen Naturrechtslehre**

Katrin Gierhake:

Strafbegründung in staatlichen Umbruchsituationen

Jakub Kloc-Konkolowicz:

Privatheit als Sphäre der Freiheit

Benno Zabel:

Zur Idee eines republikanischen Strafrechts

Markus Rothhaar:

**Die Strafe als Verwirklichung rechtlicher
Anerkennungsverhältnisse**

Miguel Giusti:

Rechtsphilosophie ohne Logik?

Milan Kuhli:

Zur Überprüfbarkeit gerichtlicher Wertungen

Michael Pawlik:

Besprechung von Jens Eisfeld

Zeitschrift für Rechtsphilosophie

Neue Folge 1 (2017)

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Sören Hoffmann
(Hagen)

Prof. Dr. Stephan Stübinger
(Hagen)

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dott. Vanda Fiorillo (Neapel)
Prof. Dr. Katrin Gierhake (Regensburg)
Prof. Dr. Klaus Günther (Frankfurt am Main)
Apl. Prof. Dr. Dieter Hüning (Trier)
Prof. Dr. Michael Kahlo (Leipzig)
Prof. Dr. Michael Köhler (Hamburg)
PD Dr. Jakub Kloc-Konkołowicz (Warschau)
Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli (Hamburg)
Em. o. Univ. Prof. Dr. Gerhard Luf (Wien)
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Pawlik (Freiburg)
Prof. Dr. Markus Rothhaar (Eichstätt-Ingolstadt)
Dott. Daniela Tafani (Florenz)
Prof. Dr. Dr. Thomas Vormbaum (Hagen)
Prof. Dr. Benno Zabel (Bonn)
Prof. Dr. Rainer Zaczyk (Bonn)

LIT



Gedruckt auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier entsprechend
ANSI Z3948 DIN ISO 9706

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN 978-3-643-99781-4 (br.)

ISBN 978-3-643-99281-9 (PDF)

© **LIT VERLAG** Dr. W. Hopf Berlin 2018

Verlagskontakt:

Fresnostr. 2 D-48159 Münster

Tel. +49 (0) 2 51-62 03 20

E-Mail: lit@lit-verlag.de <http://www.lit-verlag.de>

Auslieferung:

Deutschland: LIT Verlag, Fresnostr. 2, D-48159 Münster

Tel. +49 (0) 2 51-620 32 22, E-Mail: vertrieb@lit-verlag.de

E-Books sind erhältlich unter www.litwebshop.de

Inhalt

Zum Geleit

- Aus Anlaß des Neuerscheinens der Zeitschrift für Rechtsphilosophie 1
Thomas Sören Hoffmann
- Zur Relevanz der Rechtsphilosophie. 10
Stephan Stübinger

Beiträge

- Philosophie der Grenze: Zur räumlichen Reichweite von Staat und Recht . . . 17
Josef Isensee
- Das Recht auf unsinnige Entscheidungen: Kant gegen die neuen
Paternalismen 40
Daniela Tafani
- Die Frage nach den Grenzen legitimer Herrschaft und die Antwort der
neuzeitlichen Naturrechtslehre 74
Dieter Hüning
- Strafbegründung in staatlichen Umbruchsituationen. 92
Katrin Gierhake
- Privatheit als Sphäre der Freiheit: juristische und moralische Begründung
des Eigentums bei Fichte 110
Jakub Kloc-Konkolowicz
- Zur Idee eines republikanischen Strafrechts 125
Benno Zabel
- Die Strafe als Verwirklichung rechtlicher Anerkennungsverhältnisse: Der
Sinn philosophischer Straftheorien 148
Markus Rothhaar
- Rechtsphilosophie ohne Logik? Überlegungen zu neueren Deutungen
Hegels. 164
Miguel Giusti
- Zur Überprüfbarkeit gerichtlicher Wertungen: Sprachtheoretische
Erwägungen zu einem Mindeststandard 177
Milan Kuhli

Rezension

Besprechung von Jens Einfeld: Erkenntnis, Rechtserzeugung und Staat bei
Kant und Fichte 199
Michael Pawlik

Das Recht auf unsinnige Entscheidungen: Kant gegen die neuen Paternalismen*

Daniela Tafani, Florenz

*Dahero kann mich einer nicht glücklich machen
wieder meinen Willen, sonst thut er mir Unrecht
(Immanuel Kant)*

I. Theorien der unvernünftigen Entscheidung und neue Paternalismen

Jede ökonomische Handlungstheorie verlangt nach einem anthropologischen Modell: die klassische Theorie rationalen Handelns stellte sich als Subjekt der Entscheidungen einen *homo oeconomicus* vor, der in der Lage sei, seine Präferenzen auf ein festes und geordnetes Ganzes zurückzuführen, und dank einer vollständigen instrumentellen Rationalität die Maximierung ihrer Befriedigung zu verfolgen¹.

Seit den 50er Jahren des vergangenen Jahrhunderts ist dieses Bild eines „hyperrationalen“ Subjekts² zunehmend durch dasjenige eines Individuums mit begrenzter Rationalität ersetzt worden, das bei der Formulierung seiner Entscheidungen systematischen Fehlern unterworfen ist. *Herbert Alexander Simon* ist die These zu verdanken, dass bei Theorien von Entscheidungsprozessen von den „properties of the choosing organism“ ausgegangen werden müsse; auf diese Weise könne erkannt werden, dass einige der Bindungen, die in einem Entscheidungsprozess mitspielen, nicht aus dem äußeren Umfeld hervorgehen, sondern mit psychologischen und biologischen Begrenzungen des die Entscheidung treffenden Organismus zusammenfallen. Der Mensch besitze eine begrenzte Fähigkeit zur

* Übersetzung aus dem Italienischen von *Thomas Vormbaum*.

¹ Zur Analyse des Begriffs *homo oeconomicus* und seiner Anwendung in verschiedenen Disziplinen s. *Sergio Caruso*, *Homo oeconomicus. Paradigma, critiche, revisioni. Saggio sui (discutibili) presupposti antropologici della razionalità utilitaria e sulle implicazioni ideologiche della loro entificazione*. Florenz (Firenze University Press) 2012. Vgl. *Elizabeth Anderson*, *Beyond Homo Economicus. New Developments in Theories of Social Norms*, in: *Philosophy & Public Affairs* 29, 2/2000, S. 170–200.

² *Richard H. Thaler*, *From Homo Economicus to Homo Sapiens*, in: *Journal of Economic Perspectives* 14,1/2000, S. 133–141.

Berechnung und ein begrenztes Vermögen zur Vorhersage und treffe häufig seine Entscheidung aus einer Anzahl von Alternativen, die gegenüber der Bandbreite der tatsächlich verfügbaren Alternativen eingeschränkt sei, denn er sei nur in der Lage, eine Teilmenge von ihnen zur Kenntnis zu nehmen; auch neige er in komplexen Situationen dazu, ein vereinfachtes Modell der Lage zu erzeugen, sodass das Modell selber auf die Bandbreite seiner Berechnungsfähigkeit reduziert werde³.

Der empirischen Erkenntnis der Entscheidungsprozesse, deren Mangel *Simon* konstatiert hat, haben *Daniel Kahnemann* und *Amos Tversky* Jahre an experimenteller Arbeit gewidmet, und dabei die sog. Optionentheorie (*prospect theory*) entwickelt, wonach Entscheidungen in riskanten Situationen von dauernden Verzerrungen betroffen sind, die zu inkonsistenten und inkohärenten Entscheidungen führen⁴. Diese Theorie stützt sich auf einen „two-systems approach to judgment and choice“⁵, der das mentale Leben auf die Interaktion zwischen zwei kognitiven Systemen zurückführt: das „System 1“, das auch unwillentlich tätig wird und das assoziative Gedächtnis und die automatischen und unbewussten Prozesse einschließt, welche dem intuitiven Denken zugrunde liegen, und das „System 2“, das mit der viel langsameren Tätigkeit des bewussten, kontrollierten, reflektierten und deduktiven Denken zusammenfällt. Weil nun das erste – schnelle und automatische – System stets am Werke ist, das zweite hingegen bewusste Aufmerksamkeit, mehr Zeit und eine größere Anstrengung verlangt und weil das „budget of attention“ und das der mentalen Energie begrenzt sind, ist die Formulierung von Urteilen und Entscheidungen durch die Anwendung von heuristischen Prozeduren vermittelt, d.h. von Prozeduren, welche es gestatten, auf ein schwieriges Problem in der Weise zu reagieren, dass man es durch ein einfaches Problem substituiert, ohne sich dieser Substituierung bewusst zu sein – mit der Folge eben systematischer Verzerrungen. Beispiele für solche mentalen Verkürzungen sind der *Framing-Effekt* (d.h. die Neigung, sich fälschlich von der Art, in der der Kontext der Entscheidung dargestellt wird, beeinflussen zu lassen), der *Anker-Effekt* (der eintritt, wenn jemand, der einer unbekanntem Menge einen Wert zuschreiben soll, hierfür von einem bestimmten, zufällig verfügbaren, aber unpassenden Wert ausgeht)⁶, die *Disponibilität* (d.h. die Neigung, die Größenordnung nach der Leich-

³ *Herbert A. Simon*, A Behavioral Model of Rational Choice, in: *The Quarterly Journal of Economics* 69, 1/1955, S. 99–118, 100. S. auch *Ders.*, Rational Choice and the Structure of the Environment, in: *Psychological Review* 63,2/1956, S. 129–138.

⁴ S. u.a. *Daniel Kahneman / Amos Tversky*, Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases, in: *Science* 85/1974, S. 1124–1131; *Daniel Kahneman / Amos Tversky*, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, in: *Econometrica* 47,2/1979, S. 263–292.

⁵ *Daniel Kahneman*, Thinking, fast and slow (2011); die fiktive Natur der beiden Systeme wird vom Autor anerkannt, der erklärt, er habe sie aus bloßer darstellerischer Bequemlichkeit formuliert.

⁶ Ebd., S. 119 ff.

tigkeit zu beurteilen, mit der Beispiele für sie im Gedächtnis auftauchen)⁷ und die *Repräsentativität* (d.h. die Substituierung eines Wahrscheinlichkeitsurteils durch ein Ähnlichkeitsurteil auf der Grundlage von Stereotypen)⁸.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass auch die Selbstkontrolle Aufmerksamkeit und Mühe voraussetzt und daher dasselbe begrenzte Budget an mentaler Energie des Systems 2 belastet, zu dem „all variants of voluntary effort – cognitive, emotional, or physical“⁹ – gehören, ist *Kahneman* auf der Grundlage experimenteller Ergebnisse der Ansicht, dass die Fähigkeit, an den eigenen Vorsätzen festzuhalten, auch nur von der Anstrengung geschwächt wird, einen komplexen Gedankengang zu vollziehen oder eine emotionale Reaktion zu unterdrücken.

Weitere Abweichungen vom Modell der rationalen Entscheidung sind im Laufe der Jahre ermittelt und katalogisiert worden und bilden die Grundlage jener Sparte der Ökonomie – Verhaltensökonomie oder -ökonomik –, welche sich die erwähnten Ergebnisse der Kognitionspsychologie zu eigen gemacht hat. Dass Menschen nicht allwissend sind, was die Informationen, die ihren Entscheidungen zugrunde liegen, angeht, dass sie nicht mit einem unendlichen Verstand und auch nicht mit einer ungemessenen Willenskraft ausgestattet sind, erscheint nun wahrlich nicht als eine Entdeckung von umstürzender Neuigkeit – außer im Bereich der Theorie der rationalen Entscheidung. Die These beispielsweise, dass die Individuen ihre Entscheidungen nicht treffen, indem sie den zukünftigen Nutzen mit einem exponentiellen, in der Zeit konstanten Skonto-Faktor belasten, zugleich aber zu zeitlichen Präferenzen mit übertriebenem Skonto neigen (d.h. das Ei von heute der Henne von morgen vorzuziehen, zugleich aber eine Henne in 100 Tagen einem Ei in 99 Tagen vorzuziehen), führt sogleich abermals – unabhängig von der Bezeichnung – zur mathematischen Formalisierung dieses Phänomens der Verzerrung zugunsten des Gegenwärtigen; eine nicht formalisierte Beschreibung der Auswirkungen der räumlichen und zeitlichen Nähe auf den Willen ist freilich bereits einem jeden Leser von *Humes Traktat über die menschliche Natur* bekannt, worin zwei Paragraphen der Analyse gewidmet sind, wie „alles, was uns nahe ist in Raum oder Zeit, mit besonderer Stärke und Lebendigkeit von uns aufgefaßt wird und alle anderen Dinge an Einfluß auf die Einbildungskraft übertrifft“, und wie die Entfernung – und insbesondere die zeitliche, mehr als die räumliche – „die Auffassung und den Affekt abschwächt“¹⁰; ebenso wenig eine Entdeckung

⁷ Ebd., S. 129 ff.

⁸ Ebd., S. 149 ff.

⁹ Ebd., S. 41.

¹⁰ *David Hume, A Treatise of Human Nature, 1739–1740*; deutsche Übersetzung: *Traktat über die menschliche Natur*. Ein Versuch, die Methode der Erfahrung in die Geisteswissenschaft einzuführen. Mit Zugrundelegung einer Übersetzung von Frau J. Bona Meyer. Deutsch mit Anmerkungen und einem Index von Theodor Lipps. II. Teil. Hamburg und Leipzig (Leopold Voss) 1906, S. 166, 171.

ist auch die Feststellung der menschlichen Neigung, Entscheidungen, welche zu Mühen und Verzicht führen, aufzuschieben – eine Neigung, vor der bereits *Hesiod* warnte, ohne sie freilich aus der Figur der intertemporalen Präferenz mit hyperbolischem Diskontieren herzuleiten¹¹.

Die tatsächliche Neuigkeit besteht vielmehr in der Vorstellung, dass die kognitiven Irrtümer und die Willensschwächen, welche menschliche Entscheidungen begleiten und bestimmen, nach systematisch wiederkehrenden Mechanismen stattfinden¹², die Gegenstände wissenschaftlicher Rekonstruktion sein können¹³: Das Individuum mit schwachem Willen und mit begrenzten und mangelhaften kognitiven Fähigkeiten bietet sich so, von der Verhaltensökonomik zum anthropologischen Modell erhoben, dazu an, von jedem, der die Gesetze kennt, die seine Entscheidungen steuern, angeleitet, ausgerichtet und manipuliert zu werden¹⁴. Zusammen mit dem Katalog der Standard-Abweichungen vom Modell der rationalen Entscheidung stellt die Verhaltensökonomik nämlich einen entsprechenden Katalog von Anweisungen auf, der zur Lenkung des Alltagslebens der Bürger genutzt werden kann. Die Konditionierungen können stattfinden zu privaten Zwecken (wenn beispielsweise eine Person zum Einkauf eines bestimmten Produkts veranlasst werden soll, indem einfach nur der Standort dieses Produkts in den Regalen eines Ladens so gewählt wird, dass es mehr ins Auge fällt als die anderen Produkte), zu Zwecken des kollektiven Nutzens (wenn beispielsweise bewirkt wird, dass man sich für die Spende der eigenen Organe *post mortem* entscheidet, indem bestimmt wird, dass das Spenden der Organe die Entscheidung sei, die bei Fehlen ausdrücklicher Verfügungen des Betroffenen als getroffen angenommen wird) oder, im paternalistischen Sinne¹⁵, für das Wohl der manipulierten Person selbst, unfähig wie diese ist, selbstbestimmt für sich zu sorgen.

¹¹ *Hesiod*, Werke und Tage, Verse 410–413.

¹² Vgl. *Dan Ariely*, *Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions*. New York (HarperCollins) 2008, der bereits im Titel den Standpunkt verkündet, dass irrationale Verhaltensweisen nicht zufällig oder sinnlos seien, sondern systematisch und, als solche, vorhersehbar.

¹³ *Daniel Kahneman* hat 2002 den Nobelpreis für Wirtschaft erhalten, „for having integrated insights from psychological research into economic science, especially concerning human judgment and decision-making under uncertainty“.

¹⁴ Zur Unbestimmtheit des Begriffs der Manipulation s. *Gerald Dworkin*, Artikel „Paternalism“, in: Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2017 Edition, unter der website: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/paternalism>.

¹⁵ Zur Definition des Paternalismus und zur ersten, auch terminologischen, Einführung in seine wichtigsten Anwendungen s. *Gerald Dworkin*, Artikel „Paternalism“, in: Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, a.a.O. Paternalismus wird von *Dworkin* definiert als Einmischung des Staates oder eines Individuums in die Freiheit einer Person gegen deren Willen, die mit der Behauptung gerechtfertigt wird, diese Einmischung verbessere das Wohlergehen jener Person oder fördere ihre Interessen, ihre Werte oder ihr Wohl. Jedes Element dieser Definition ist Gegenstand zahlreicher Kontroversen, die an dieser Stelle nur für die Aspekte, die in engem Zusammenhang mit dem Thema dieses Beitrages stehen, vertieft werden können.

Diese zuletzt genannte Art des Eingreifens kann nach Ansicht ihrer Befürworter als ein libertärer Paternalismus bezeichnet werden: Weil die individuellen Entscheidungen ohne die Anwendung von Mitteln offenen Zwangs manipuliert werden könnten, sei – so die Ansicht des Ökonomen *Richard H. Thaler* und des Juristen *Cass R. Sunstein* – ein staatlicher Eingriff, der das Wohlergehen der Bürger befördere, indem er ihre Entscheidungen mit einem „freundlichen Schubser“ steuere, möglich und legitim¹⁶.

Die Prämisse des libertären Paternalismus geht dahin, dass es „behavioral market failures“ gebe¹⁷, d.h. dass „in many domains, people lack clear, stable, or wellordered preferences“ und dass ihre Entscheidungen das Ergebnis von Entscheidungs-Architektoniken (also von „default rules, framing effects (that is, the wording of possible options), and starting points“) seien¹⁸: Wie die Vertreter des asymmetrischen Paternalismus bemerkt haben¹⁹, „behavioral economics extends the paternalistically protected category of „idiots“ to include most people, at predictable times“²⁰. Die Folgerung, welche die libertären Paternalisten aus dieser Prämisse ziehen – und die auch prompt bei mehr als nur einer Regierung Zustimmung und institutionelle Anwendung gefunden hat²¹ – lautet, dass es für öffentliche wie auch für private Institutionen legitim sei, das Verhalten von Per-

¹⁶ *Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein*, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. New Haven & London (Yale University Press) 2008.

¹⁷ *Cass R. Sunstein*, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, in: *The Yale Law Journal* 122/2013, S. 1834. Zur These, dass der libertäre Paternalismus sich auf einen verbogenen Begriff der beschränkten Rationalität stütze, welche Gegenstand der experimentellen Untersuchungen von Herbert Simon und deren späterer Weiterentwicklung seien, s. *Riccardo Viale*, *Razionalità limitata e forme di paternalismo libertario*, in: *Sistemi intelligenti* 1/2016, S. 181–194.

¹⁸ *Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein*, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, in: *The University of Chicago Law Review* 70,4/2003, S. 1159–1202, 1161.

¹⁹ Der asymmetrische Paternalismus, den *Thaler* und *Sunstein* als ihrem eigenen nahestehend ansehen, wird als ein solcher anhand der These definiert, dass paternalistische Regulierungen – da sie nur auf denjenigen zielen, der wegen seiner begrenzten Rationalität dazu neigt, Irrtümer zu begehen – für denjenigen, der selber völlig rational ist, nur minimalen oder gar keinen Schaden verursachen.

²⁰ *Colin Camerer / Samuel Issacharoff / George Loewenstein / Ted O'Donoghue / Matthew Rabin*, *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for ‚Asymmetric Paternalism‘*, in: *University of Pennsylvania Law Review*, 151/2003, S. 1211–1254, 1218.

²¹ Die US-Administration hat unter der Präsidentschaft *Obamas Sunstein* das Office of Information and Regulatory Affairs übertragen. Eine analoge „Nudge Unit“ mit der Bezeichnung *British Behavioural Insights Team* ist im Büro des britischen Kabinetts eingerichtet worden; ihre Selbstdarstellung – als „erste Regierungs-Assoziation der Welt, die sich mit der Umsetzung der Verhaltenswissenschaften befasst“ – findet sich unter der web-Adresse <http://www.behaviouralinsights.co.uk/about-us/> (letzter Zugriff: 14. April 2017). Vgl. *Cass R. Sunstein*, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, a.a.O., S. 1829, 1832 ff.; *Cass R. Sunstein*, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*. Yale University Press 2014.

sonen, auch bei Fehlen von Auswirkungen gegenüber Dritten, in Richtungen zu steuern, die ihr Wohlergehen vermehren („if welfare is our guide, it is necessary to take behavioral market failures seriously“²²). Diese Folgerung wird von *Thaler* und *Sunstein* nicht direkt – etwa mittels der ausdrücklichen Verteidigung des Rechts des Staates, oder gar einer Privatperson, sich bei den Entscheidungen, welche das Wohlergehen des direkt Betroffenen angehen, an dessen Stelle zu setzen – gezogen, sondern, mit „muscular“ Haltung²³ und grimmiger Ungeduld gegenüber dem liberalen Denken, durch das Bestreiten von drei irrigen Auffassungen, welche sie dem „dogmatischen“ Antipaternalismus zuschreiben – die Auffassung, dass ein jeder seine Interessen kenne und in der Lage sei, sie durch eigene Entscheidungen zu verfolgen; der Gedanke, dass es Alternativen zum Paternalismus gebe, und schließlich, dass der Paternalismus notwendigerweise Zwangscharakter besitze.

Der Beweis der Falschheit der ersten antipaternalistischen Auffassung – der Auffassung also, dass Personen in der Lage seien, wenn schon nicht gute Entscheidungen, so doch zumindest bessere Entscheidungen zu treffen als diejenigen, welche Dritte an ihrer Stelle treffen würden – ist nach Ansicht von *Thaler* und *Sunstein* erbracht worden durch die in den letzten dreißig Jahren von Psychologen und Ökonomen betriebenen Forschungen über die begrenzte Rationalität und die Probleme der Selbstkontrolle; im Übrigen – so meinen sie – reichten schon die bloßen Statistiken über Fettsucht und über Zigarettenkonsum aus, um nachzuweisen, dass der antipaternalistische Ansatz empirisch unbegründet sei²⁴. Den Autoren ist von mehreren Seiten entgegengehalten worden, dass Staatsfunktionäre nicht nur denselben Erkenntnisgrenzen wie einzelne Personen unterliegen, sondern wahrscheinlich auch geringeres Interesse an deren Wohl und größere Durchlässigkeit für fremde Interessen besitzen²⁵: denn selbst wenn sie nicht der Versuchung ausgesetzt seien, die Befriedigung der gegenwärtigen Wünsche des Einzelnen seinem

²² *Cass R. Sunstein*, The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism, a.a.O., S. 1881.

²³ *Riccardo Rebonato*, Taking Liberties. A Critical Examination of Libertarian Paternalism. London (Palgrave Macmillan) 2012, S. 8.

²⁴ *Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein*, Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, a.a.O., S. 1167 f.

²⁵ Vgl. *Edward L. Glaeser* Paternalism and Psychology, in: University of Chicago Law Review 1/2006, S. 133–156; *Virgilio Mura*, Paternalismo e democrazia liberale. Un equivoco da chiarire, in: Meridiana 79/2014, S. 47–69, 56 f.; *Maurizio Franzini*, Il paternalismo liberale, i nudge e la politica economica, in: Meridiana 79/2014, S. 71–84, 79 f. Zur Frage der Methode, die der staatliche Paternalismus anwenden soll, um die besten Entscheidungen zu finden, zu denen die Bürger sanft zärtlich gedrängt werden sollen, beweisen die Überlegungen von *Thaler* und *Sunstein* eine entwaffnende Naivität: „At the very least, planners should be required to have real confidence in their judgment if they seek to do something other than what a suitably informed majority would find to be in its interest“ (*Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein*, Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, a.a.O., S. 1194).

zukünftigen Wohlergehen gegenüberzustellen, seien Bürokraten und Politiker den Pressionen von Interessengruppen unterworfen, welche auf mannigfaltige Weise durch die Manipulation des Willens der Bürger zu privaten Zwecken begünstigt würden²⁶. Die Autoren räumen inzident ein, dass der Anspruch auf Respektierung individueller Entscheidungen statt auf das konsequentialistische Argument, dass ein jeder der beste Richter über seine eigenen Interessen sei, auch auf die Auffassung von der Bedeutung der Selbstbestimmung gestützt werden könne, also „on a belief that people are entitled to make their own choices even if they err“, doch wischen sie den Gedanken, dass die Freiheit der Entscheidung in den fraglichen Fällen den Vorrang vor dem Wohlergehen besitzen müsse, als fanatisch beiseite; sie meinen im Übrigen, dass die Argumente zur Verteidigung der individuellen Selbstbestimmung dadurch unterminiert seien, dass die Präferenzen häufig eine Funktion des Kontextes der Entscheidung seien²⁷.

Die zuletzt genannte Aussage dient auch zur Widerlegung der zweiten anti-paternalistischen Auffassung, wonach der Paternalismus verzichtbar ist. Die Präferenzen der Menschen – so meinen *Thaler* und *Sunstein* – beständen im Allgemeinen nicht bereits vor der Entscheidungssituation, sondern bildeten sich erst in Abhängigkeit vom Ausgangspunkt, von den *default*-Optionen der Struktur des Entscheidungskontextes und sogar von der sprachlichen Formulierung des zu lösenden Problems; wenn aber sogar die Art, in der man die Bürger nach ihren Präferenzen fragt, deren Präferenzen bestimme, so ist nach Ansicht der Autoren die Forderung, diese Präferenzen *ex ante* zu respektieren, sinnlos²⁸.

Die These, dass die individuellen Präferenzen vor dem Augenblick, in dem sich das Entscheidungsproblem stellt, unbestimmt, ja sogar gar nicht vorhanden seien, bedeutet, dass das Wohlergehen der Individuen²⁹ nach Ansicht des libertären Paternalismus nicht mit dem zusammenfallen kann, was die Individuen tatsächlich wollen; *Sunstein* und *Thaler* meinen daher, dass sie in Richtung auf das ausgerichtet werden sollten, was sie wollen würden, „if they had complete infor-

²⁶ Bei *Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein*, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, a.a.O., S. 244 f., wird ein möglicher Mechanismus von rechtsstaatlicher Garantie im Prinzip der Öffentlichkeit der Entscheidungen der Regierung erblickt (das die Autoren *John Rawls* zu schreiben, wobei sie die *Vaterschaft Kants* übersehen).

²⁷ *Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein*, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, a.a.O., S. 1167 f.

²⁸ Ebd., S. 1164 ff., 1178, 1180. Offen gesprochen ist das, was, dieses Argument impliziert, die Unvermeidlichkeit eines Einflusses – nicht eines paternalistischen Einflusses – auf die Entscheidungen: Im Beispiel der Anordnung von Esswaren in der Auslage einer Cafeteria, kann man sich entscheiden, statt der besonders gesunden Waren zufällig ausgewählte Waren oder Waren, welche die Kunden möglichst fett machen, in den Blick zu rücken; diese Möglichkeiten werden von den Autoren als ohne weiteres unerwünscht für jedermann ausgeschlossen.

²⁹ *Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein*, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, a.a.O., S. 1161, 1201.

mation, unlimited cognitive abilities, and no lack of self-control³⁰ – also das, was sie, kurz gesagt, wollen würden, wenn sie vollständig andere Personen wären, als jene Art von Person, die sie in Wirklichkeit sind. Die vollkommene Rationalität und die Willenskraft des *homo oeconomicus*, die sich auf deskriptiver Ebene als unrealistisch erwiesen haben, werden auf diese Weise vom libertären Paternalismus als normatives Modell wieder hereingeholt, wie es ein Rezensent des Werkes von *Thaler* und *Sunstein* auch prompt vermerkt hat:

The irony is that behavioral economics, having attacked Homo Economicus as an empirically false description of human choice, now proposes, in the name of paternalism, to enshrine the very same fellow as the image of what people should want to be. Or, more precisely, what paternalists want people to be. [...] If true preferences don't exist, the libertarian paternalist cannot help people get what they truly want. He can only make like an old fashioned paternalist, and give people what they should want³¹.

Die These, dass es keine Präferenzen vor dem Augenblick der Entscheidung gebe, ist unvereinbar mit dem Anspruch, den der liberäre Paternalismus doch gleichzeitig erhebt, nämlich ein instrumenteller Paternalismus, ein bloßer Paternalismus der Mittel zu sein, der die individuellen Zielsetzungen als feststehend hinnimmt und das Ziel verfolgt, zu „create choice architecture that will make it more likely that people *will promote their own ends, as they themselves understand them*“³².

Nach Auffassung der Autorin des vorliegenden Beitrages ist das, was vor der Entscheidung in Wirklichkeit fehlt, nicht die einzelne individuelle Präferenz³³ – denn der Wünsche und Präferenzen gibt es sogar eine Vielzahl, die zu einer insta-

³⁰ Ebd., S. 1162; früher bereits in *Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein*, *Libertarian Paternalism*, in: *American Economic Association Papers and Proceedings* 93/2003, S. 175–179, 175.

³¹ *Thomas C. Leonard*, Rezension von: *Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein*, *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, in: *Constitutional Political Economy* 19,4/2008, S. 356–360, 359; vgl. *Till Grune-Yanoff*, *Old wine in new casks: Libertarian paternalism still violates liberal principles*, in: *Social Choice and Welfare* 38,4/2012, S. 635–645, 641 ff.; s. auch *Rostislav Kapeliushnikov*, *Behavioral economics and the 'new' paternalism*, in: *Russian Journal of Economics* 1/2015, S. 81–107, 102: „Indeed, if people do not have any 'true' preferences, then it becomes impossible to improve their lives according to such non-existing preferences!“

³² *Cass R. Sunstein*, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, a.a.O., S. 19; vgl. *Ders.*, *The Ethics of Nudging*, in: *Yale Journal on Regulation* 32, 2/2015, S. 414–450, 433: „nudges can be seen as a form of „libertarian paternalism“ insofar as they attempt to use choice architecture to steer choosers in directions that will promote their welfare (again, as judged by choosers themselves). [...] this is a distinctive form of paternalism in the sense that it is (a) soft and (b) means-oriented. [...] It is means-oriented insofar as it does not attempt to question or alter people's ends“.

³³ Zur unrealistischen Vereinfachung der Vorstellung, dass die Individuen auf der Basis eines Ensembles von utilitaristischen Präferenzen handeln, vgl. *Amartya K. Sen*, *Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory*, in: *Philosophy & Public Affairs* 6, 4/1977, pp. 317–344; *Mark D. White*, *The Manipulation of Choice. Ethics and Libertarian Paternalism*. New York (Palgrave Macmillan) York 2013, S. 23 ff.

bilen und potentiell sogar widersprüchlichen Einheit verbunden sind – sondern eine hierarchische Ordnung der Elemente dieser Einheit; der libertäre Paternalismus vollzieht den Entscheidungsakt zwischen den Präferenzen anstelle des gelenkten und mangelhaften Betroffenen, indem er jene Präferenzen, für die der *homo oeconomicus* sich vermutlich aussprechen würde, in den Rang der „wahren“ Präferenzen des Betroffenen erhebt und jene, die im Widerspruch zu den „wahren“ Präferenzen stehen, aufopfert, eben weil sie Denkfehlern oder der Willensschwäche zuzurechnen sind³⁴:

Some forms of paternalism move people in the directions that they would go if they were fully rational. Paternalism, whether *hard* or *soft*, creates „as-if“ rationality. Indeed, that is a central point of good choice architecture³⁵.

Es erstaunt nicht, dass die libertären Paternalisten der Ansicht sind, damit nicht die Autonomie von Personen mit beschränkter Rationalität zu verletzen, sie vielmehr zu befördern³⁶. Die Art von Autonomie, welche sie befördern, fällt aber nicht mit der negativen Freiheit, d.h. mit der Freiheit von der Einmischung Anderer, zusammen, sondern mit der Freiheit des „wahren“ Ich, die erlangt wird mittels der „monstrous impersonation, which consists in equating what X would choose if he were something he is not, or at least not yet, with what X actually seeks and chooses“, entsprechend dem gängigen Paradox, das Isaiah Berlin als Fundament des Handelns dessen ermittelt hat, der „ignores the actual wishes of men or societies, to bully, oppress, torture them in the name, and on behalf, of their ‚real‘ selves“³⁷.

II. Illiberale Paternalismen

Als Hüter des „wahren“ Ich der Bürger gegen eben diese Bürger, entlarvt sich der libertäre Paternalismus als solcher, der eher ein Paternalismus der Zwecke³⁸

³⁴ S. Andrea Klonschinski / Joachim Wündisch, Präferenzen, Wohlergehen und Rationalität – Zu den begrifflichen Grundlagen des libertären Paternalismus und ihren Konsequenzen für seine Legitimierbarkeit, in: Zeitschrift für Praktische Philosophie 3,1/2016, S. 599–632, 620 f.

³⁵ Cass R. Sunstein, The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism, a.a.O., S. 1894 f.

³⁶ S. z.B. Cass R. Sunstein, The Ethics of Nudging, a.a.O.

³⁷ Isaiah Berlin, Two concepts of liberty, 1958, in: Ders., Four Essays on Liberty. Oxford University Press 1969, S. 118–172, 133. Vgl. Ian Carter, Artikel „Positive and Negative Liberty“, in: Edward N. Zalta (ed.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2016 Edition), web-Adresse = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/liberty-positive-negative/>.

³⁸ Riccardo Rebonato, Taking Liberties. A Critical Examination of Libertarian Paternalism, a.a.O., Sp. 180, 186, bemerkt, dass die Rationalität als solche, ohne die Spezifizierung von Natur und Arten der Präferenzen, keinerlei normatives Modell für die Handhabung von Entscheidungsprozessen liefert, sodass die Paternalisten außer der Rationalität ein Bündel von Präferenzen verteidigen.

als ein solcher der Mittel ist – es sei denn, dass man ein allgemeines und unbestimmtes Wohlergehen als eine Zielsetzung ansieht, die automatisch einem jeden Menschen unterstellt werden kann, und die einzelnen individuellen Zwecke zu Mitteln herabstuft. Dessen ist sich auch *Sunstein* bewusst, der daher vorschlägt, statt den libertären Paternalismus sowohl als Paternalismus der Zwecke als auch als Paternalismus der Mittel anzusehen, die Unterscheidung zwischen den beiden Formen des Paternalismus zu verwerfen:

If the end is „for life to go well“, then all forms of paternalism, including the most ambitious, seem to qualify as means paternalism, since they are styled as means to that most general of ends. But if the end is very specific – „To buy this product today!“ or „To smoke this cigarette right now!“ – then many and perhaps all forms of paternalism qualify as ends paternalism. If ends are described at a level of great specificity, there may be no such thing as means paternalism. In the hard cases of procrastination and time inconsistency, the best solution may be to decline to answer the „means or ends“ question directly, on the ground that it is not tractable, and instead to ask about people’s aggregate welfare over time, on the theory that aggregate welfare (taking all relevant values into account) is the end that people really do care about³⁹.

Statt von der Erreichung individueller Ziele lässt der Paternalist sich somit von einer Kosten/Nutzen-Analyse leiten (oder von ihren Ersatzformen, denn erschöpfende oder auch nur hinreichende Informationen sind auch für den staatlichen Planer nicht erreichbar⁴⁰):

programs should be designed using a type of welfare analysis, one in which a serious attempt is made to measure the costs and benefits of outcomes (rather than relying on estimates of willingness to pay)⁴¹.

Im Dunkeln bleiben sowohl Typologie und Natur der Güter, denen ein Wert beigelegt wird, als auch die Skala der ihnen beigelegten Werte, deren Darstellung durch allgemeine Hinweise auf ein Verständnis des Wohlergehens ersetzt wird, von dem stillschweigend angenommen wird, dass es allgemein geteilt werde⁴²:

³⁹ *Cass R. Sunstein*, The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism, a.a.O., S. 1858.

⁴⁰ *Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein*, Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, a.a.O., S. 1193 f.: „In many cases, the planner will be unable to make a direct inquiry into welfare, either because too little information is available or because the costs of conducting the analysis are not warranted“.

⁴¹ *Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein*, Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, a.a.O., S. 1166.

⁴² Analyse der Unbestimmtheiten und der Definitions- und Bemessungsschwierigkeiten für das Wohlergehen, das die neuen Paternalismen zu befördern behaupten, b. *Roberto Fumagalli*, Decision Sciences and the New Case for Paternalism: Three Welfare-Related Justificatory Challenges, in: *Social Choice & Welfare* 47 2/2016, S. 459–480.

The paternalistic aspect lies in the claim that it is legitimate for choice architects to try to influence people's behavior in order to make their lives longer, healthier, and better⁴³.

Den Nachweis dafür, dass die allgemeine Zustimmung zu einer präzisen Auffassung von Wohlergehen überflüssig sei, erbringt nach Ansicht der Autoren die Falschheit der dritten antipaternalistischen Auffassung – also derjenigen, wonach der Paternalismus stets Zwang einschließt⁴⁴:

If people want to smoke cigarettes, to eat a lot of candy, to choose an unsuitable health care plan, or to fail to save for retirement, libertarian paternalists will not force them to do otherwise – or even make things hard for them⁴⁵.

Die Aufstellung einer *default*-Regel, von der man zu unerheblichen Kosten abweichen kann, stellt die libertärste Form des Paternalismus dar. Immerhin ist die Entfernung vom Plan der Entscheidungsarchitekten stets mit – wenn auch geringen – Kosten verbunden, und weil die Annehmbarkeit der Kosten stets von ihrem Verhältnis zu dem zu erwartenden und daher zum Grade der Dummheit, der den zur selbstbestimmten Entscheidung aufgerufenen Individuen zugeschrieben wird, im Verhältnis stehenden Nutzen abhängt, können sich auch Zwangsmaßnahmen als empfehlenswert erweisen⁴⁶. Der Unterschied zwischen dem libertären Paternalismus und dem Zwangspaternalismus ist damit – wie die Autoren betonen – nur ein gradueller:

the difference between libertarian and non-libertarian paternalism is not simple and rigid. The libertarian paternalist insists on preserving choice, whereas the non-libertarian paternalist is willing to foreclose choice. But in all cases, a real question is the cost of exercising choice, and here there is a continuum rather than a sharp dichotomy⁴⁷.

⁴³ Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, a.a.O., S. 5.

⁴⁴ Richard H. Thaler/ Cass R. Sunstein, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, a.a.O., S. 1165 f., 1184 ff. Zur Ansicht, dass der negative Charakter des Paternalismus nicht aus seiner etwaigen Zwangsnatur resultiere, sondern aus seinem kränkenden Charakter – da ja die paternalistische Handlung die Überzeugung desjenigen, der sich in die Freiheit eines Handelnden einmischt, impliziert, er habe eine bessere Kenntnis als dieser (was die Urteils- bzw. Handlungsfähigkeit angeht) – s. Nicolas Cornell, *A Third Theory of Paternalism*, in: *Michigan Law Review* 113,8/2015, S. 1295–1336, der freilich in bestimmten Zusammenhängen einige Formen des Paternalismus als erlaubt ansieht.

⁴⁵ Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, a.a.O., S. 5.

⁴⁶ S. Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, a.a.O., S. 1188 ff., mit einer Auflistung der möglichen Maßnahmen, geordnet nach dem zunehmenden Ausmaß des Zwanges.

⁴⁷ Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, a.a.O.,

Bilden der libertäre und der Zwangspaternalismus gleichermaßen jeweils mögliche Ergebnisse der Kosten/Nutzen-Analysen, die der libertäre Paternalismus als Methode der Abstufung der Intensität des erlaubten Zwangs anstellt, so werden die beiden Formen des Paternalismus damit in der Sache ununterscheidbar⁴⁸ und unterscheiden sich nur – allerdings ohne irgendeine dauerhafte Lösung – durch die niedrigen bzw. hohen Kosten, welche demjenigen auferlegt werden müssen, der sich von der vom Staat vorgegebenen Entscheidung entfernt⁴⁹. Die Kritiker des libertären Paternalismus haben daher den Einwand des *Slippery Slope* formuliert, womit sie darauf hinweisen, dass die moderateren und weniger eingreifenden Maßnahmen einer unbestimmten Expansion zugänglich sind und dass das *continuum* gleichbedeutend ist mit einem Abhang, an dem die paternalistischen Maßnahmen – ohne dass irgendein anerkanntes Individualrecht den Weg nach unten aufhalten könnte – herabgleiten können und sich dabei, nur wegen des Nutzens im Ergebnis, aus Schubsern in Stöße und Verbote umwandeln⁵⁰.

Die erste Antwort von *Thaler* und *Sunstein* auf den Einwand des *Slippery Slope* bestätigt – statt sie zu widerlegen – die Auffassung, dass das einzige Kriterium des Wohlergehens auf der Grundlage der Kosten/Nutzen-Analyse neutral sei, was die grobe oder freundliche Methode des Überzeugens, Manipulation oder Zwang, angehe⁵¹:

If our proposals help people save more, eat better, invest more wisely, and choose better insurance plans and credit cards – in each case only when they want to – isn't that a good thing?⁵²

S. 1185; *Cass R. Sunstein*, The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism, a.a.O., S. 1858 ff.

⁴⁸ Vgl. *Mark D. White*, The Crucial Importance of Interests in Libertarian Paternalism, in: Klaus Mathis / Avshalom Tor (Eds.), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*. 2016, S. 21–38, 28.

⁴⁹ *Cass R. Sunstein*, The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism, a.a.O., S. 1859 f: „In fact, it might be best to understand paternalistic interventions in terms of a continuum from hardest to softest, with the points marked in accordance with the magnitude of the costs (of whatever kind) imposed on choosers by choice architects [...] Nudges would count as soft paternalism because and insofar as they impose no or very small costs on choosers“.

⁵⁰ *Mario J. Rizzo / Douglas G. Whitman*, Little Brother is Watching You: New Paternalism on the Slippery Slopes. New York University Law and Economics Working Papers. Paper 126, 2008. Zu den verschiedenen Konzeptionen des Zwangs mit Blick auf die Debatte zwischen Paternalisten und Antipaternalisten s. *Giorgio Maniaci*, *Teorie della coercizione, antipaternalismo e autonomia contrattuale*, in: *Etica & Politica* 15,2/2013, S. 342–379.

⁵¹ Vgl. *Riccardo Rebonato*, Taking Liberties. A Critical Examination of Libertarian Paternalism, a.a.O., pp. 126 ff.

⁵² *Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein*, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, a.a.O., S. 237.

Der libertäre Paternalismus stellt somit eine Verbindung von vier Thesen dar: der These, dass die Menschen häufig irrational auf der Grundlage von unbestimmten und widersprüchlichen Präferenzen, mit geringer Selbstkontrolle und mit systematischen kognitiven Irrtümern handeln; der These, dass es dank der Kenntnis der wiederkehrenden Merkmale dieser Entscheidungsmechanismen möglich sei, die Entscheidungen der Bürger auch ohne Anwendung von Zwang zu steuern; der These, dass es ein objektives, universell anerkanntes Verständnis des individuellen Wohlergehens gebe; und schließlich der These, dass das Vorgehen des Konditionierens individueller Entscheidungen dem Staat und sogar Privatleuten gestattet sei⁵³ – wenn es nur Hinblick auf dieses Wohlergehen erfolge.

Die erste und die zweite These stellen keine Form des Paternalismus dar⁵⁴, denn aus der menschlichen Schwäche und Fehlsamkeit kann man beispielsweise statt einer Gelegenheit zu Ansporn oder freundlichem Druck auch die Notwendigkeit des Ergreifens von Maßnahmen zu erhöhtem rechtlichen Schutz herleiten, gerade um zu vermeiden, dass die Bürger unbewusst zum Gegenstand von manipulativen Praktiken werden oder ihnen auf anderem Wege die Fähigkeit zur Wahl eingeschränkt wird⁵⁵. Zahlreiche politische Maßnahmen auf europäischer, auf staatlicher oder auf regionaler Ebene vertreten, wie gezeigt, die Auffassung vom systematischen Vorkommen von Irrtümern in Entscheidungsprozessen, und sie tragen ihm auf unterschiedliche Weise Rechnung, um die öffentlichen Zielsetzungen wirksamer zu verfolgen, die im Bereich von Steuern, Umwelt, Gesundheit, Transport, Beschäftigung und Verbraucherschutz auftreten⁵⁶.

⁵³ Zur Nichtunterscheidung zwischen öffentlichem Eingreifen und privatem Eingreifen, mit der ich mich nicht befassen werde, vgl. *Mario J. Rizzo / Douglas G. Whitman*, Little Brother is Watching You: New Paternalism on the Slippery Slopes, a.a.O., pp. 10 ff.

⁵⁴ Zur begrifflichen Unterscheidung zwischen den *nudges* und dem libertären Paternalismus vgl. *Pelle Guldberg Hansen*, The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove? in: *European Journal of Risk Regulation* 7,1/2016, S. 155–174.

⁵⁵ Vgl. z.B. *Gregory Mitchell*, Libertarian Paternalism is an Oxymoron, in: *Northwestern University Law Review* 99,3/2005, S. 1245–1277, 1255 ff. Die Kenntnis der systematischen Irrtümern, denen Menschen in ihren Entscheidungsprozessen erliegen, kann auch im entgegengesetzten Sinne zum libertären Paternalismus benutzt werden, um die Häufigkeit solcher Irrtümer zu vermindern und die Entscheidungsfreiheit zu fördern; *Andrea Zoppini*, Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del „buon padre di famiglia“, Einführung zu: *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, hrsg. von Giacomo Rojas Elgueta / Noah Vardi. Rom (TrE-Press) 2014, S. 11–22; eine ausgewogene Einladung, auch die Ergebnisse der Neurowissenschaften zu beachten, um zu bewerten, „ob einige Einflüsse“, wie das Ausgeliefertsein an die Macht der Medien, „so umfassend sein können, dass sie die Autonomie der Menschen wirksam schwächen“, und deshalb verboten werden sollten, findet sich b. *Andrea Lavazza*, Le neuroscienze rivalutano alcune forme di paternalismo?, in: *Filosofia politica* 25/3, 2011, S. 469–491, 488 f.

⁵⁶ Eine Untersuchung europäischer Politiken in Hinsicht auf die Ergebnisse der Verhaltenswissenschaften bzw. solcher, die mit ihnen zusammenhängen, findet sich b. *Joana Sousa Lourenço* /

Es ist die dritte These, also die objektivistische Auffassung des Wohlergehens, die, weil sie nicht von der Anerkennung eines Freiheitsrechtes der Individuen begleitet ist, in der Rechtfertigung von paternalistischen Maßnahmen mündet, egal ob sie nun „soft“ oder „hard“ sind⁵⁷:

We might even venture a general principle, which might be called the first (and only) law of behaviorally informed regulation: *in the face of behavioral market failures, the best responses usually are disclosures of information, warnings, default rules, and other kinds of nudges, at least when there is no harm to others*. But there are exceptions to the general principle, and the choice of response depends on an analysis of costs and benefits. In some cases, no response at all may be best, because the costs exceed the benefits. In other cases, stronger responses, even mandates, may turn out to be justified, because the benefits exceed the costs. Social welfare is the master concept, and when social welfare calls for a stronger response, we should give it serious consideration⁵⁸.

Einem dummen Menschen darf man daher, zu seinem eigenen Wohl, die Selbstbestimmung entziehen. Diese Konsequenz des libertären Paternalismus zieht schlüssig und ausdrücklich *Sarah Conly*, in einer Abhandlung mit dem programmatischen Titel *Gegen die Autonomie*:

I argue that, in fact, autonomy is not all that valuable; not valuable enough to offset what we lose by leaving people to their own autonomous choices. [...] I argue that the ground for valuing liberty is the claim that we are pre-eminently rational agents, each of us well suited to determining what goes in our own life. There is ample evidence, however, from the fields of psychology and behavioral economics, that in many situations this is simply not true. The incidence of irrationality is much higher than our Enlightenment tradition has given us to believe, and keeps us from making the decisions we need to reach our goals. The ground for respecting autonomy is shaky. However, psychologists and behavioral economists, while drawing attention to

Emanuele Ciriolo / Sara Rafael Almeida / Xavier Troussard, Behavioural insights applied to policy: European Report 2016. Der Bericht ist eine der ersten Publikationen der *Foresight and Behavioural Insights Unit*, die beim *Joint Research Centre* der Europäischen Kommission eingerichtet worden ist.

⁵⁷ Die Alternative von „soft“ Paternalismus und „hard“ Paternalismus wird von Sunstein ausschließlich mit Blick auf das Fehlen oder das Vorhandensein von materiellen Kosten aufgefasst, die mit dem Abstandnehmen von der staatlichen Entscheidung verbunden sind: eine Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe sind „hard“, während eine Aufklärungskampagne oder eine default-Regel „soft“ sind (*Cass R. Sunstein*, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, a.a.O., S. 1835 f., 1860). Im Bewertungssystem von *Dworkin*, kennzeichnen hingegen „soft“ und „hard“ Formen des Paternalismus, die das Eingreifen des Staates nur in Fällen, in denen die Entscheidungen unfreiwillig ist bzw. auch in Fällen, in denen sie freiwillig ist, rechtfertigen (*Gerald Dworkin*, Artikel „Paternalism“, in; Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, a.a.O.).

⁵⁸ *Cass R. Sunstein*, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, a.a.O., S. 1835.

the nature of our cognitive deficits, have hesitated to draw conclusions from this that would radically alter the way we design government. [...] I argue for the justifiability of coercive paternalism, for laws that force people to do what is good for them⁵⁹.

Die Steuerung von dummen Wesen („it is correct to say we are stupid⁶⁰: „people left to their own devices, [...] relax [...] into both inertia and irrationality“ und „they may, without state requirements, do nothing but watch television“⁶¹), die der Steuerung von außen bedürfen („we need outside interference. [...]]. We need help“⁶²) kann natürlich nicht auf liberale Grundsätze gestützt werden – denn bei den Dummen funktioniert Erziehung nicht, und aus Fehlern lernen die Dummen im Allgemeinen erst dann, wenn es zu spät ist⁶³ –, aber auch nicht auf Methoden des libertären Paternalismus, denn eine unvernünftige Entscheidung kann sehr wohl von einer starken Begründung begleitet sein⁶⁴. Eine Steuerung, die zu Wesen passt, die sich in einem Zustand permanenter Unmündigkeit befinden, ist eine Steuerung nach Art des Zwangs-Paternalismus, der, wenn es notwendig ist, zwingt statt bloß anzuspornen oder anzureizen, und der die eigene Entscheidung auch demjenigen aufzwingt, der über die relevanten Tatsachen vollständig informiert ist⁶⁵.

Nachdem so geklärt ist, dass – angesichts der fehlenden Anerkennung eines Freiheitsrechtes – die Methode, die zu einem Paternalismus passt, der auf eine objektivistische Auffassung des Wohlergehens gegründet ist, gleichermaßen je nach Fallgestaltung ein freundlicher Schubser oder der Zwang sein kann, bleibt festzustellen, in welchen Bereichen ein derartiger Paternalismus eingreift.

III. Gesundheit und Geld: Vom Sozialstaat zum paternalistischen Staat

Nachdem er festgestellt hat, dass eine allgemeine Abneigung gegen den Paternalismus gewöhnlich vereinbar ist mit der Akzeptierung einiger paternalistischer Regelungen wegen ihrer scheinbaren Notwendigkeit, weist *Joel Feinberg* darauf hin, dass

⁵⁹ *Sarah Conly*, *Against Autonomy. Justifying coercive paternalism*. New York (Cambridge University Press) 2013, S. 1 f.

⁶⁰ Ebd., S. 40, Fußn.

⁶¹ Ebd., S. 60.

⁶² Ebd., S. 23, 29.

⁶³ Ebd., S. 25 ff.

⁶⁴ Ebd., S. 31.

⁶⁵ Ebd., S. 45.

the trick is stopping short once we undertake this path, unless we wish to ban whiskey, cigarettes, and fried foods, which tend to be bad for people too, whether they know it or not⁶⁶.

Derartige Hindernisse für paternalistische Eingriffe können in sehr unterschiedlicher Weise von demjenigen erkannt werden, der zwar die Rechtmäßigkeit des Paternalismus bejaht, aber beispielsweise aus dem Zuständigkeitsbereich des Rechts die vollkommen freien Willensentscheidungen⁶⁷ oder – wie *Peter de Marneffe* – die Bereiche der Grundfreiheiten ausschließt:

paternalistic interference with the basic liberties of freedom of thought and expression, freedom of worship, freedom of movement, and political liberty is impermissible.⁶⁸

Der Paternalismus dessen, der an die Wissenschaftlichkeit der Verhaltensökonomik glaubt und unter Berufung auf einen objektivistischen Begriff des Wohlergehens das individuelle Wohlergehen anhand einer bloßen Kosten/Nutzen-Rechnung erreichen will, ohne der Freiheit irgendeinen größeren Wert als den – freilich relativen – zuzuerkennen der ihr in Fällen zuerkannt wird, in denen sie als konstitutiv für das individuelle Wohlergehen aufgefasst wird⁶⁹, ist hingegen ein potentiell grenzenloser Paternalismus, dem prinzipiell kein Bereich des menschlichen Lebens verschlossen ist:

I am averse to declaring certain areas of freedom off-limits in principle to paternalistic intervention [. . .]. If the justification for paternalism is that we often make decisions that are inefficient in, or downright contrary to, the promotion of our goals [. . .] because we are susceptible to certain errors of instrumental thinking, then it seems that interference might possibly be justified where such errors may be made. Whether or not it is *worth* it to interfere – whether the benefits outweigh the costs – would, on my account, be an empirical question, not a matter of principle, and it is this question of efficacy that would determine the appropriate policy⁷⁰.

⁶⁶ *Joel Feinberg*, Legal Paternalism, in: Canadian Journal of Philosophy 1,1/1971, S. 105–124, 106; auch in *Ders.*, The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 3: Harm to Self. New York (Oxford University Press) 1986, S. 24. Vgl. *Sarah Conly*, Against Autonomy. Justifying coercive paternalism, a.a.O., S. 149.

⁶⁷ *Joel Feinberg*, Legal Paternalism, a.a.O., S. 110 f.; „One assumes a risk in a fully voluntary way when one shoulders it while fully informed of all relevant facts and contingencies, with one’s eyes wide open, so to speak, and in the absence of all coercive pressure of compulsion“; auch in: *Ders.*, Harm to Self, a.a.O., S. 104.

⁶⁸ *Peter De Marneffe*, Avoiding Paternalism, in: Philosophy and Public Affairs 34,1/2006, S. 68–94, 84.

⁶⁹ *Cass R. Sunstein*, The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism, a.a.O., S. 1881 ff.: Der Vorrang für die Freiheit gehört zur Kosten-Nutzen-Berechnung, doch die Enttäuschung oder der Schmerz über den Verlust der Freiheit kann durch andere Vorteile ausgeglichen werden.

Im Prinzip werden damit alle Bereiche menschlichen Entscheidens der staatlichen Beurteilung der Angemessenheit eines paternalistischen Eingreifens unterworfen, „to save people from themselves by making certain courses of action illegal“⁷¹: „what constitutes good areas for paternalistic interference will depend on circumstances“⁷². Da es nur um die bloß empirische Frage geht, zu bemessen, ob die paternalistischen Eingriffe „will give us more than they take away“⁷³, sind Bereiche wie die Wahl des Partners oder die Entscheidung über die berufliche Karriere – in denen wir allemal systematischen und absehbaren Irrtümern unterliegen⁷⁴ – dem Bereich des zwangsweisen paternalistischen Eingreifens nur aufgrund einer (von *Conly* als empirisch aufgefassten, aber im Sinne einer bloßen *petitio principii* formulierten) Betrachtung der hohen Kosten („these are areas where we [sc. solche Eingriffe] simply don’t want“) und des vermutlich geringen Nutzens („we just don’t know enough“)⁷⁵ ausgenommen.

In Wahrheit sind, ungeachtet ihrer potentiell grenzenlosen Ausdehnung, die zahllosen paternalistischen Eingriffe, welche *Conly* empfiehlt, auf bloß zwei Bereiche des menschlichen Lebens rückführbar, nämlich Gesundheit und finanzielle Bonität. Sie werden schon in den ersten Worten der Einleitung verkündet („We are too fat, we are too much in debt, and we save too little for the future“⁷⁶); der Vorrang, der diesen Zielen eingeräumt wird, wird von *Conly* das eine Mal aus ihrer Natur als unverzichtbare Mittel für jegliche Zielsetzung, das andere Mal hingegen aus ihrem Verständnis als für jegliche langfristige Zielsetzung notwendige Mittel hergeleitet⁷⁷; unberührt davon bleibt der Anspruch, damit einen Paternalismus der Mittel, nicht aber einen solchen der Ziele zu verteidigen.:

⁷⁰ *Sarah Conly*, *Against Autonomy. Justifying coercive paternalism*, a.a.O., S. 101; s. auch S. 17, Fußn. 20.

⁷¹ Ebd., S. 1.

⁷² Ebd., S. 174.

⁷³ Ebd., S. 7.

⁷⁴ S. z.B. ebd., S. 117, wo die Lebensmittelpreise und die Wahl des Partners so dargestellt werden, dass sie beide der momentanen Versuchung unterliegen und daher mit kognitiven Irrtümern derselben Art behaftet sind: „We plan to buy only the fruits and vegetables that we like just fine and that will be good for us. But then – that counter covered with hazelnut and dark chocolate cupcakes, with the smell of baking in the air – we’re goners. We make lists of desirable properties in a romantic partner (at least some people seem to), but then go for the cute guy with the unbounded charm and tendency to lie.“

⁷⁵ Ebd., S. 183 ff.

⁷⁶ Ebd., S. 1.

⁷⁷ Ebd., S. 61, 64, 89, 164, 169. Vgl. hingegen *J. D. Trout*, *Restriction Maybe, But is it Paternalism? Cognitive Bias and Choosing Governmental Decision Aids*, in: *NYU Journal of Law & Liberty*, Vol. 2–3, 2007, S. 455–469: 468 f.: Bei der Einführung von Verhaltensrestriktionen sollte die Regierung nicht den langfristigen individuellen Zielsetzungen den Vorrang vor den kurzfristigen einräumen, sondern den „important values over less important ones“.

The paternalistic restrictions argued for here [. . .] are those that assume agents' ends as given, and try to substitute external regulations for what is likely to be poor instrumental reasoning⁷⁸.

Auf dieselben beiden Bereiche richtet sich, parallel dazu, der größere Teil der freundlichen Schubser, die sich der libertäre Paternalismus wünscht, der ja programmatisch darauf ausgeht, unsere „decisions about health, wealth and happiness“ zu verbessern. Eine knappe und präzise Definition des Begriffs des Wohlergehens, das doch vom libertären Paternalismus verfolgt wird, findet sich, ehrlich gesagt, in den Texten seiner Vertreter nicht. Diese neigen vielmehr im Allgemeinen zu „ostensiven“ Definitionen⁷⁹ sowie dazu, mit Beispielen und Anekdoten zu operieren, statt sich auf den Inhalt der kritischen definitorischen Aspekte einzulassen („We are not attempting to say anything controversial about welfare, or to take sides in reasonable disputes about how to understand that term“⁸⁰); die paternalistischen Ansporne richten sich faktisch auf die Entscheidungen im Bereich des Sparens, der Geldanlage und der Schuldenaufnahme einerseits⁸¹, und auf die Entscheidungen über Nahrung, Rauchen und Alkohol andererseits⁸².

Die kritischen Einwände gegen die Vieldeutigkeit, die Unbestimmtheit, die Schwäche, die Willkürlichkeit und die Armut eines solchen Verständnisses von Wohlergehen sind oben im Text bereits zitiert worden. Zweifellos kann sich ein solcher Paternalismus der Zwecke nicht auf die Argumente zugunsten des Paternalismus der Mittel, wie sie von den neuen Paternalisten vorgetragen werden, berufen⁸³; und er würde zumindest eine – in ihren Schriften freilich nicht zu fin-

⁷⁸ Sarah Conly, *Against Autonomy. Justifying coercive paternalism*, a.a.O., S. 88.

⁷⁹ Vgl. Riccardo Rebonato, *Taking Liberties. A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, a.a.O., S. 6; Gregory Mitchell, *Libertarian Paternalism is an Oxymoron*, a.a.O., S. 1277, meint, dass die libertären Paternalisten Argumente, die intuitiv anziehend wirken, statt blasser analytischer Argumente verwenden, um die kognitive Begrenztheit des Gesprächspartners zu missbrauchen und ihn dahin zu bringen, an den guten Willen des libertären Paternalismus zu glauben.

⁸⁰ Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, a.a.O., S. 1163 Fußn.

⁸¹ S. z.B. ebd., S. 1169 f.; Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, a.a.O., S. 103 ff.

⁸² S. z.B. Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, a.a.O., S. 1167 f., 1184.

⁸³ Vgl. Riccardo Rebonato, *Taking Liberties. A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, a.a.O., S. 176. In Übereinstimmung mit dem Anspruch, einen bloßen Paternalismus der Mittel zu verteidigen, kritisiert Sarah Conly die objektiven Konzeptionen des Wohlergehens (Sarah Conly, *Against Autonomy. Justifying coercive paternalism*, a.a.O., S. 112), um dann aber fortzufahren „I would argue that we (most of us) have a stable desire to be healthy and prosperous, and furthermore have a relatively clear idea of what constitutes a satisfactory degree of health and prosperity, even though in choosing means to that end we succumb to poor thinking.“ (Ebd., S. 124).

dende⁸⁴ – Behandlung und Verteidigung des objektivistisch verstandenen Begriffs des Wohlergehens verlangen, an dem, wie sie meinen, die paternalistischen Eingriffe sich orientieren sollen.

Es lohnt nun allerdings – von der Methode der Verhaltensökonomiker ausgehend – die Frage, ob die Definition eines umstrittenen Begriffs wie desjenigen des Wohlergehens im simplen Sinne von Gesundheit und Reichtum nicht letztlich eine heuristische Strategie ist, also eine Strategie, um ein komplexes Problem mit einem schlichten, wenn auch reduktionistischen und abwegigen Begriffsschema anzugehen. Man kann bemerken, dass die Sphäre des zu befördernden *welfare* von den libertären Paternalisten – sei es unter Berufung auf den Anker-Effekt, auf die Disponibilität oder auf die Repräsentativität – mit dem Eingriffsbereich des *Welfare State* gleichgesetzt wird und dass die systematischen Fehler, für deren Korrektur das staatliche Eingreifen legitimiert und gefordert wird, die Fehler oder – einfacher ausgedrückt – die Entscheidungen sind, welche öffentliche Kosten verursachen, wie nicht getroffene Spar-Entscheidungen, schlechte Investitionsentscheidungen und Nahrungs-Entscheidungen, welche zu Fettleibigkeit oder zu Krankheit führen. Diese öffentlichen Kosten werden freilich nicht benannt, und das paternalistische Eingreifen wird mit dem bloßen Hinweis auf das individuelle Wohlergehen gefordert.

Somit haben wir es mit einem nicht thematisierten – und ohne dass die Konsequenzen für die damit gerechtfertigten Freiheitsbeschränkungen diskutiert worden wären – Abgleiten vom Sozialstaat in den paternalistischen Staat zu tun:

the gradual transformation of a ‚welfare state‘ into a ‚paternalistic state‘ is one of the vital but poorly comprehended trends in the evolution of the modern government regulation system. This new trend, stemming from the ideas of behavioral economics, deserves closer attention. [...] Of course, the exact shape of the future model of a paternalistic state is not yet clear. It is being formed gradually, at a grassroots level, through the progressive build-up of localized interventions, which are frequently not inter-connected and seem insignificant at first sight. A paternalistic state intrinsically grows out of a welfare state and retains many of its characteristic features. In particular, its objectives are identical to those of a traditional welfare state [...]. However, seeking to attain such objectives, it starts using much more ‚petty‘ and intrusive forms of control and regulation⁸⁵.

⁸⁴ Vgl., auch für umfangreiche Literaturnachweise, *Gregory Mitchell*, *Libertarian Paternalism is an Oxymoron*, a.a.O., S. 1269: „Sunstein and Thaler’s welfarist approach will inevitably result in the imposition of some conception of welfare on irrational people that some subset would surely find objectionable under conditions that permit rational evaluation“.

⁸⁵ *Rostislav Kapeliushnikov*, *Behavioral economics and the ‚new‘ paternalism*, a.a.O., S. 82, 97; Vgl. *Gilles Saint-Paul*, *The Tyranny of Utility: Behavioral Social Science and the Rise of Paternalism*. Princeton (Princeton University Press) 2011, S. 64 ff.

Der libertäre Paternalismus und seine von *Sarah Conly* vertretene Zwangsvariante ermitteln als Bereiche des paternalistischen Eingreifens Sphären des menschlichen Lebens, in denen das Handeln des Staates bereits spätestens seit der Entstehung des Sozialstaates als erlaubt angesehen worden ist, denn es handelt sich in der Tat um Bereiche – Gesundheit und Verfügbarkeit über ökonomische Subsistenzmittel – in denen die positiven Ansprüche, die mit der Anerkennung sozialer Rechte verbunden sind, ihren Platz haben⁸⁶. Trifft es aber zu, dass mit dem Aufkommen sozialer Rechte die Einflussosphäre des Rechts erweitert worden ist, so impliziert dies doch nicht, dass damit auch die Sphäre staatlicher Zwangseingriffe erweitert worden ist⁸⁷, denn die Pflicht des Staates, einige soziale Rechte zu garantieren, verleiht dem Staat nicht das Recht, den Bürgern zwangsweise Maßnahmen aufzudrängen, die erforderlich sind, damit diese den Gegenstand ihrer eigenen Rechte nicht gefährden. Dies ist der kruziale Punkt, den der libertäre Paternalismus ignoriert, dem er aber nach Ansicht der Verfasserin dieses Beitrages seine große Popularität bei den Regierungen verdankt, lassen doch die Maßnahmen, die er vorschlägt, nicht nur einen unschätzbaren Beitrag zum individuellen Wohlergehen erwarten, sondern auch beachtliche Ersparnisse für den öffentlichen Haushalt.

Mit dem vagen, oberflächlichen und aggressiven Hinweis auf ein aus Gesundheit und Geld bestehendes Wohlergehen entziehen sich die neuen Paternalismen einer öffentlichen Debatte über die öffentlichen Kosten individueller Entscheidungs-

⁸⁶ Zur Ambivalenz des Sozialstaates – der eine Bedingung der Freiheit wie zugleich auch eine Bedrohung der Freiheit selbst darstellt – sowie dazu, wie dafür gesorgt werden kann, dass die erste Eigenschaft als Garant der Mindestbedingungen der individuellen Selbstbestimmung die Oberhand behält, s. *Hans Michael Heinig*, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit: zur Formel vom „sozialen“ Staat* in Art 20 Abs. 1 GG. Tübingen (Mohr Siebeck) 2008, S. 259 ff.

⁸⁷ Vgl. *Virgilio Mura*, *Paternalismo e democrazia liberale. Un equivoco da chiarire*, in: *Meridiana* 79, 2014, S. 47–69, 68: „Das Bedürfnis nach Schutz schließt nicht notwendig den Paternalismus ein, auch nicht jenen, der sich unter dem Etikett des *libertären Paternalismus* camouffiert. Drückt sich nämlich das Schutzbedürfnis in Wünschen aus, die von den Bürgern frei artikuliert worden sind, und die in Antworten (d.h. in öffentliche Politik) seitens der Regierungssysteme umgewandelt zu werden verlangen, so ist es unpassend, von Paternalismus zu sprechen. Der Paternalismus sieht nämlich von wirklich gestellten Fragen nicht so sehr deshalb ab, weil er, wie Dworkin meint, gegen den Willen der Personen, in deren Angelegenheiten er sich einmischt, handeln will, sondern weil er beansprucht, die Bedürfnisse richtig einzuschätzen und die Wünsche vorwegzunehmen. Mit anderen Worten: Der Paternalismus antwortet nicht, sondern er mischt sich ein, er ordnet sich über, er setzt sich an die Stelle. Hier liegt der Unterschied, und es ist kein geringer Unterschied“. Zur Frage, ob nicht bereits die mit einigen sozialen Rechten verbundenen positiven Leistungen paternalistisch sind, wenn sie in der Form der öffentlichen Bereitstellung von Gütern und Diensten erfolgen, vgl. *Lorenzo Rampa*, *Paternalismo, autonomia e diritti sociali: una rilettura in termini di analisi economica*, in: *Politica del diritto* 3/2016, S. 305–336.

gen, beispielsweise im Bereich der Gesundheit⁸⁸, über die Rechtmäßigkeit der – freiheitsverletzenden – Maßnahmen und darüber, was zu tun möglich ist, um diese Kosten zu vermeiden.

Es würde darum gehen, die Rechtmäßigkeit nicht-paternalistischer Maßnahmen zu diskutieren, die von dem Willen diktiert sind, nicht kollektiv die Kosten für einige individuelle Verhaltensweisen zu tragen:

Realistically, we just can't let men wither and die right in front our eyes; and if we intervene to help, as we inevitably must, it will cost us a lot of money. There are certain risks then of an apparently self-regarding kind that men cannot be permitted to run, if only for the sake of others who must either pay the bill or turn their backs on intolerable misery. This kind of argument [. . .] is an indirect application of the harm to others principle.⁸⁹

Ein solch explizites Argument könnte nur schwer akzeptiert werden; denn wie *Antonio Cavaliere* bemerkt, verdient

eine Rechtsordnung gewiss als totalitär bezeichnet zu werden, die mit dem Strafrecht eingreift, um – durch direkt oder indirekt paternalistische Regelungen – die kollektive Wirtschaft zu schützen, weil sie diese als ein gegenüber der moralischen Freiheit der Person vorrangiges Gut ansieht, weshalb sie die Person einer obsessiven Kontrolle über ihr Privatleben unterwirft, verdiente,⁹⁰.

Es erstaunt daher nicht, dass die Ökonomen, die in den „Nudge Units“ des Sozialstaates sitzen, für den libertären Paternalismus optieren, ermöglicht dieser es doch dank einer „Reduzierung des Menschlichen auf das Biologische“⁹¹, die Bürger zu veranlassen, das zu tun, was nötig ist, um die Kosten des Sozialstaates nicht über Gebühr zu erhöhen, und dies ohne die Notwendigkeit der Anwendung von Zwang, vielmehr mit der Behauptung, ihre eigenen Entscheidungen wirksamer zu fördern als sie selber es vermöchten.

Was das Freiheitsrecht angeht, das die libertären Paternalisten zu erhalten vorgeben – dem sie aber in Fällen, in denen es mit der Förderung des Wohlergehens in Konflikt gerät, keinerlei Wert zubilligen⁹² – ist seine Verteidigung, wie es vor

⁸⁸ Ausdrücklich werfen die Frage auf *L.O. Gostin / K.G. Gostin*, A broader liberty: J.S. Mill, paternalism and the public's health, in: *Public Health* 123/2009, S. 214–221, 220.

⁸⁹ *Joel Feinberg*, Harm to self, a.a.O., S. 81, in: *Ders.*, Legal Paternalism, a.a.O., S. 119, Feinberg schloss weniger deutlich: „This kind of argument [. . .] is at least not very paternalistic“.

⁹⁰ *Antonio Cavaliere*, Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale, in: *i-lex* 20/2013, S. 421–440: 429; s. auch S. 424, zur Erwähnung der Gesundheit als Recht, nicht aber als Pflicht, in der italienischen Verfassung.

⁹¹ Der Ausdruck stammt von *Laura Bazzicalupo*, Biopolitica come governamentalità: la cattura neoliberale della vita, in: *La Deleuziana – Rivista online di filosofia* 1/2015, S. 27–39, 30.

⁹² S. z.B. *Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein*, Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, S. 1167, Fußn. Vgl. *Riccardo Rebonato*, Taking Liberties. A Critical Examination of Libertarian

einem postmetaphysischen Horizont (das heißt, vor der anerkannten Unfähigkeit eine absolute rationale Grundlage der Menschenrechte zu schaffen) zwangsläufig mit allen Rechten geschieht, nur eine Sache von konkreten Formen der Geltendmachung und des Kampfes⁹³. Hier lohnt es sich indessen, an einige begriffliche Aspekte zu erinnern – und zwar ausgehend von *Kant*.

IV. Wieder von Kant ausgehen: Freiheitsrecht, Grenzen des Rechts und Paternalismus

Der Freiheit billigen der libertäre Paternalismus von *Cass* und *Sunstein* und der Zwangs-Paternalismus von *Conly* einen bloß instrumentellen und kontingenten Wert zu – es kann vorkommen, dass die Entscheidungsfreiheit nützlich für die Erreichung des Wohlergehens ist, oder dass ein bestimmter Grad an Freiheit von den Individuen als Bestandteil des eigenen Wohlergehens wahrgenommen wird⁹⁴. Der Hinweis auf das Selbstbestimmungsrecht der Bürger⁹⁵ erscheint *Sunstein* nicht etwa als eine alternative axiologische Position zu der von ihm vertretenen, sondern als ein bloßer Denkfehler: Wer meine, dem Recht auf Freiheit der Entscheidung sei ein innerer Wert beizumessen, vertausche das – etwaige – Mittel mit dem Zweck und wolle in Wirklichkeit – obwohl er glaube, die Freiheit der Wahl verteidigen zu wollen – die Steigerung des Wohlergehens verteidigen:

What I am suggesting [. . .] is the possibility that the objection from autonomy may be a heuristic and that what we really should care about is welfare. When we respect autonomy, we generally promote welfare, and when we think about paternalism, perhaps welfare is what matters⁹⁶.

Paternalism, a.a.O., S. 129.

⁹³ Vgl. *Norberto Bobbio, L'età dei diritti*. Turin (Einaudi). 2. Aufl. 1992, S. VIII, XIII ff.; *Luca Baccelli, Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Rom 2006, S. 96 ff., 145 ff., 190.

⁹⁴ *Sarah Conly, Against Autonomy. Justifying coercive paternalism*, a.a.O., S. 190: „That the major argument for respecting autonomous choice is that we are rational agents does not entail that if we are not so rational, there is no reason to value autonomy, to be sure – there may be other reasons to value it. There is usually some significant instrumental value in allowing people to direct their own actions: often, it will be the most efficient way of their pursuing their long-term ends; sometimes it gives people a sense of satisfaction; sometimes it gives them a sense of self-respect“.

⁹⁵ „Entscheidungsfreiheit“ und „Autonomie“ werden von *Cass* und *Sunstein* als Synonyme behandelt; *Conly* spricht ohne Unterscheidung von „Handlungsfreiheit“, „Entscheidungsfreiheit“ und „Autonomie“.

⁹⁶ *Cass R. Sunstein, The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, a.a.O., S. 1886; dieselbe Unterstellung findet sich auch auf S. 1836.

Die Leugnung des inneren Wertes⁹⁷ der Wahlfreiheit wird von den neuen Paternalisten auf die angebliche Entdeckung der Begrenztheit der menschlichen Rationalität gestützt. Weil – so sagen sie – beginnend mit Kant die Achtung der Freiheit der Wahl aus der Rationalität des Handelnden abgeleitet worden sei, beraube die wissenschaftliche Einsicht in die begrenzte Rationalität der Individuen bei ihren Entscheidungen das Selbstbestimmungsrecht seiner Grundlage.

Sarah Conly schreibt auf den letzten Seiten ihrer Abhandlung:

We need to reflect, finally, on what reasons led us to value unconstrained freedom of action – autonomy – in the first place. From Kant to the present, people have justified deference to individual choice by reference to rational agency. That we are rational agents, and that the choice of rational agents must be respected, has been something of a litany⁹⁸.

Sowohl *Kant* als auch insbesondere *Hume* hätten die instrumentelle Rationalität als ausgemacht angesehen, als sie das Argument zugunsten der Autonomie „on respect for a supposed ability to make almost infallible decisions as to means“ gestützt⁹⁹.

Die Behauptung, dass *Kant* das Recht auf individuelle Freiheit auf die vollständige Rationalität des Handelnden gegründet habe, ist falsch. Unvollkommene Rationalität ist vielmehr für *Kant* geradezu ein Merkmal des Menschlichen. Der Mensch ist ein Zweck in sich selbst, meinte Kant, weil „er einen eignen Willen hat“¹⁰⁰, was zugleich bedeutet, dass er frei und rational sei, denn ein rationales, aber nicht freies Wesen, das unfehlbar und unwiderstehlich von der Vernunft angeleitet würde, würde in Wirklichkeit nicht nach seinem eigenen Willen handeln, sondern nach dem „Willen der Natur“¹⁰¹.

Die Norm, „äußerlich so [zu handeln], daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne“¹⁰², gründet sich auf den inneren Wert der Freiheit und damit auf die Anerkennung der Würde eines jeden Individuums, das, als freies Wesen, ein Zweck in sich selbst ist, dessen Handlungssphäre aus keinem anderen Grund eingeschränkt werden kann als dem, den Anderen ein ebensolche äußere Freiheit sicherzustellen.

⁹⁷ Zur Definition des Begriffs des inneren Wertes im Hinblick auf die Handlungsfreiheit s. *Ian Carter*, *La libertà eguale*. Mailand (Feltrinelli) 2005, S. 38 ff.

⁹⁸ *Sarah Conly*, *Against Autonomy. Justifying coercive paternalism*, a.a.O., S. 189.

⁹⁹ Ebd., S. 190.

¹⁰⁰ *Immanuel Kant*, *Naturrecht* Feyerabend, in: *Kant's gesammelte Schriften*. Akademie-Ausgabe. Berlin (Walter de Gruyter) 1900 (im Folgenden: AA), 27, S. 1319.

¹⁰¹ *Naturrecht* Feyerabend, in: AA 27, S. 1322.

¹⁰² *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, in: AA 6, S. 231.

Daraus folgt ein liberales Verständnis des Staates, dessen Funktion sich darin erfüllt und erschöpft, das Recht auf Freiheit zu schützen, d.h. in der Garantie der Sicherheit eines jeden. Jeder Eingriff des Staates, der darauf zielt, das Wohlergehen oder die Moralität seiner Bürger auf Kosten ihrer Freiheit zu befördern – in der Annahme, dass diese sich in einer Situation der Unmündigkeit befänden, und sich wiederrechtlich ihren Schutz anmaßen – ist für *Kant* rechtlich null und nichtig¹⁰³. Aus dem Zuständigkeitsbereich des Rechts und damit der Zwangseingriffe des Staates bleiben daher für *Kant* die Bereiche der Klugheit, der Moral und der Religion ausgeschlossen¹⁰⁴.

Was den ersten Bereich angeht, also denjenigen des Wohlergehens und der Glückseligkeit, bestreitet *Kant* ausdrücklich die Möglichkeit, dass die *salus publica* Aufgabe des Staates sei, denn Aufgabe des Staates sei nur die *iustitia*¹⁰⁵: Aufgabe des Staates sei es allein, dafür zu sorgen, dass die Fähigkeit eines jeden anerkannt wird, seine eigenen Ziele zu verfolgen, ohne dabei behindert zu werden, und nicht die äußere Freiheit Anderer zu behindern¹⁰⁶ – nach dem a priori geltenden Grundsatz der „Freiheit jedes Gliedes der Societät, als Menschen“, wonach „niemand [...] mich zwingen [kann], auf seine Art [...] glücklich zu sein“¹⁰⁷. Auch aus dem eigenen wohltätigen Charakter könne die individuelle Handlung nicht eine Rechtfertigung für ein etwaiges Eindringen in die Freiheitssphäre Anderer ableiten; die von der französischen Nationalversammlung formulierte Definition der Freiheit („Frey seyn heißt alles thun können, was dem Andern *nicht schadet*“) wird von *Kant* als falsch beurteilt, denn es könne wohl sein, dass ich zu beweisen vermöge, dass meine Handlung jemandem nütze und dass ich sie damit seiner Freiheit vorziehe¹⁰⁸. Selbst der Grundsatz des Schadens Anderer wird also

¹⁰³ Hierzu gestatte ich mir den Hinweis auf *Daniela Tafani*, The boundaries of the law: Kant and the secular State, in: Kant und die Philosophie in weltbürgerlicher Absicht. Akten des XI. Kant-Kongress 2010 [Kant and Philosophy in a Cosmopolitan Sense], ed. by Stefano Bacin / Alfredo Ferrarin / Claudio La Rocca / Margit Ruffing. Berlin 2013, S. 915–927.

¹⁰⁴ AA 19, S. 490: „Der Landesherr kann alle Laster bürgerlich erlaubt machen, die nur nicht dem pacto civili (der Bürger unter einander) widersprechen und daher alle Irreligion erlauben.“

¹⁰⁵ Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1793 (im Folgenden: Über den Gemeinspruch), in: AA 8, S. 298; Reflexion 7683, in: AA 19, S. 489: „Das Hauptgesetzte ist nicht *salus publica* sondern *iustitia publica* [...]. Die Privatwohlfarth, d. i. die der Bürger, ist kein Obiect des Rechts sondern die Wohlfarth des Staats, doch ohne dem privat Recht der Bürger Eintrag zu thun, ihre Eigne Glückseligkeit zu besorgen“.

¹⁰⁶ Reflexion 7854, in: AA 19, S. 535; Vorarbeiten zum öffentlichen Recht, in: AA 23, S. 341: Freiheit ist die Fähigkeit, seinen Zweck selbst zu bestimmen. Vgl. *Ian Carter*, Is the capability approach paternalistic?, in: *Economics and Philosophy* 30/2014, S. 75–98, 94: „the anti-paternalist move tells us to leave the ends of life out of the picture“.

¹⁰⁷ Über den Gemeinspruch, in: AA 8, S. 290;. Vgl. Reflexion 7955, in: AA 19, S. 564; Reflexion 7963, in: AA 19, S. 565; Reflexion 8058, in: AA 19, S. 597.

¹⁰⁸ Reflexion 8078, in: AA 19, S. 612 ff.

von *Kant* als unannehmbar angesehen, da er sich mit paternalistischen Handlungen verträgt.

Nur wer meint, er könne das kantianische Verständnis des Rechts auf Freiheit bloß aus seiner Morallehre ableiten, kann dem kolossalen Missverständnis erliegen, *Kant* habe „not the deliberate choices of persons whatever they may be [respektiert], but the ‚humanity‘ in each person; not the voluntariness of decisions as such, but their ‚rationality‘“¹⁰⁹. Nur wenn man die kantianische Unterscheidung zwischen moralischem Gesetz und Rechtsgesetz übersieht, kann man *Kant* sogar das kategorische Verbot der Selbsttötung zuschreiben¹¹⁰ oder pseudo-kantianische Prinzipien zur Unterstützung des paternalistischen Verbots der Selbsttötung erklügeln¹¹¹ und dabei die Tatsache außer Acht lassen, dass *Kant* das Verbot der Selbsttötung zwar im Rahmen der *Tugendlehre* als Pflicht gegen sich selbst behandelt, jedoch eindeutig die Auffassung vertritt, dass Pflichten gegen sich selbst keine rechtliche Sanktion empfangen können: auf Achenwall, der die Pflicht zur Erhaltung des eigenen Lebens in das Rechtsprinzip einschloss, erwiderte *Kant* trocken, dass eine solche Pflicht eine „bloße Tugendpflicht“ sei, die „gar nicht zum Recht [gehört]“, denn für dieses „kann ich mit meinem Leben machen, was ich will“¹¹².

Was die instrumentelle Rationalität angeht, auf deren mangelhaften Charakter die neuen Paternalismen die Legitimität korrigierender staatlicher Eingriffe stützen, so ist zwar für *Kant* analytisch zutreffend, dass derjenige, der die Wirkung will, notwendig auch die Ursache will¹¹³, jedoch ist er auch der Auffassung, dass im Falle der Glückseligkeit es nicht möglich sei, die gewünschte Wirkung genau festzustellen. Statt einer simplifizierenden, naiven und optimistischen Anthropologie, die den Begriff des Wohlergehens in diejenigen von Geld und Gesundheit auflöst und für die deshalb eine jede Regierung imstande wäre, die wirklichen Präferenzen ihrer Bürger festzustellen und zu befördern, ist *Kant* – der sich die *Hobbes'sche* Auffassung von der begehrliehen und daher ihrem Wesen nach nicht

¹⁰⁹ Joel Feinberg, Harm to Self, a.a.O., S. 94.

¹¹⁰ Ebd., S. 94 ff.

¹¹¹ Vgl. Michael Cholbi, Kantian paternalism and suicide intervention, in: Christian Coons / Michael Weber (eds.), Paternalism: Theory and Practice. Cambridge (Cambridge University Press) 2013, S. 115–133.

¹¹² Naturrecht Feyerabend, in: AA 27, S. 1334. Zu den Pflichten gegen sich selbst bei *Kant* s. Luca Fommesu, Sui doveri verso se stessi. A partire da Kant, in: R. Rodriguez Aramayo / F. Oncina Coves (ed.), Etica y antropologia: un dilema kantiano. Granada (Editorial Comares) 1999, S. 125–142.

¹¹³ Kritik der praktischen Vernunft, 1788, in: AA 5, S. 26, Fußn.; Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, in: AA 4, S. 417 ff.; s. zu dieser These *Kants* G. Seel, Sind hypothetische Imperative analytische praktische Sätze?, in: O. Höffe (Hrsg.), Grundlegung der Metaphysik der Sitten. Ein kooperativer Kommentar. 2. Aufl. Frankfurt am Main 1993, S. 148–171.

zu befriedigenden Natur des Menschen zu eigen macht¹¹⁴ – der Meinung, dass in jedem Individuum die Vielzahl der Neigungen jeder rationalen Ordnung unzugänglich sei; die Befriedigung bestimmter Neigungen hindere auf unberechenbare Weise die Befriedigung anderer, sodass kein Mensch in der Lage sei, „mit völliger Gewißheit zu bestimmen, was ihn wahrhaftig glücklich machen werde, darum weil hiezu Allwissenheit erforderlich sein würde“¹¹⁵. Die Unvermeidbarkeit des Konflikts und des Antagonismus zwischen Neigungen führt dazu, dass *Kant* die Klugheitsgebote zu bloßen „Anrathungen“¹¹⁶ herabstuft, weil sie, „genau zu reden, gar nicht gebieten“¹¹⁷. Was Zwecke der Erlangung von Glückseligkeit angeht, ist die Vernunft nicht nur nicht in der Lage, „mit ihren schwachen Einsichten“¹¹⁸, die Neigungen zu einem stabilen und geordneten Ganzen zusammenzufügen, sondern auch allemal weniger von Nutzen, als es ein natürlicher Instinkt wäre¹¹⁹.

Die Vorstellung, den Willen der Bürger auf Ziele zu richten, die vom Staat als ihre wahren Ziele identifiziert werden, ist somit nicht nur deshalb radikal antikantianisch, weil er dem Kernprinzip der liberalen Doktrin, dem individuellen Freiheitsrecht, widerspricht, sondern auch deshalb, weil er der kantianischen Auffassung entgegensteht, dass, was die Glückseligkeit angeht, die konstitutive Unbestimmtheit eines solchen Ideals der Einbildung¹²⁰ sowie die nicht zu befriedigende Natur des Menschen es dem Staat – selbst wenn er das *Recht* dazu besäße – *fak-*

¹¹⁴ Kritik der praktischen Vernunft, in: AA 5, S. 118: „Die ästhetische [Zufriedenheit] (die uneigentlich so genannt wird), welche auf der Befriedigung der Neigungen, so fein sie auch immer ausgeklügelt werden mögen, beruht, kann niemals dem, was man sich darüber denkt, adäquat sein. Denn Neigungen wechseln, wachsen mit der Begünstigung, die man ihnen widerfahren läßt, und lassen immer ein noch größeres Leeres übrig, als man auszufüllen gedacht hat“. Zu der von Hobbes (vgl. *T. Hobbes*, *Leviathan*, Pars I, Cap. XI) übernommenen Aussage, dass die menschliche Natur „ist nicht von der Art, irgendwo im Besitze und Genusse aufzuhören und befriedigt zu werden“, s. Kritik der Urtheilskraft, 1790, in: AA 5, S. 430.

¹¹⁵ Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: AA 4, S. 418.

¹¹⁶ Vgl. dazu *N Hinske*, Die „Ratschläge der Klugheit“ im Ganzen der Grundlegung. Kant und die Ethik der Griechen, 3. Abschnitt: Xenophon, in: Grundlegung der Metaphysik der Sitten. Ein kooperativer Kommentar, hrsg. von O. Höffe. Frankfurt am Main 1. Aufl. 1989, 2. Aufl. 1993, S. 131–147.

¹¹⁷ Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: AA 4, S. 418. Zur Entwicklung des Begriffs der Glückseligkeit in der Kantischen Morallehre, vgl. *Daniela Tafani*, *Virtù e felicità in Kant*. Florenz (Olschki) 2006, S. 1–42.

¹¹⁸ Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: AA 4, S. 395.

¹¹⁹ Ebd., S. 396: „die Vernunft dazu nicht tauglich genug ist, um den Willen in Ansehung der Gegenstände desselben und der Befriedigung aller unserer Bedürfnisse (die sie zum Theil selbst vervielfältigt) sicher zu leiten, als zu welchem Zwecke ein eingepflanzter Naturinstinct viel gewisser geführt haben würde“. Vgl. *Claudio Cesa*, *Armonia e felicità*. Dall’*illuminismo all’idealismo*, in: *Piacere e felicità: fortuna e destino*, hrsg. von R. Crippa. Padua (Liviana) 1982, S. 79–104, auch in *Ders.*, *Verso l’eticità*. *Saggi di storia della filosofia*, hrsg. von Carla de Pascuale / Luca Fonesu / Alessandro Savorelli. Pisa (Scuola Normale Superiore) 2013, S. 43–65.

¹²⁰ Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: AA 4, S. 418.

tisch unmöglich machen würde, die – wechselhaften, unberechenbaren und miteinander unvereinbaren – Wünsche seiner Bürger zu erfüllen¹²¹ („die Aufgabe: sicher und allgemein zu bestimmen, welche Handlung die Glückseligkeit eines vernünftigen Wesens befördern werde, [ist] völlig unauflöslich“)¹²².

Für die Rechtslehre *Kants* schließlich wäre ein libertärer Paternalismus selbstverständlich ein Oxymoron, denn die Ablehnung des Paternalismus ist schon in der Definition des Freiheitsprinzips enthalten; die Formel des Freiheitsprinzips lautet nämlich:

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 [...] nicht Abbruch thut¹²³.

Kants Formulierung des Freiheitsprinzips wird nahezu wörtlich von *John Stuart Mill* übernommen: „The only freedom which deserves the name, is that of pursuing our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it“¹²⁴. Auch für *Mill* bildet dieses Prinzip aus der Perspektive der Individualrechte die Antwort auf die Frage nach den Grenzen des Rechts, d.h. nach „nature and limits of the power which can be legitimately exercised by society over the individual“¹²⁵; und auch *Mill* setzt, ebenso wie *Kant*, den Paternalismus mit einer Form des Despotismus gleich¹²⁶. Aus der

¹²¹ Über den Gemeinspruch, in: AA 8, S. 298: Was die Glückseligkeit angeht, „kann gar kein allgemein gültiger Grundsatz für Gesetze gegeben werden. Denn sowohl die Zeitumstände, als auch der sehr einander widerstrebende und dabei immer veränderliche Wahn, worin jemand seine Glückseligkeit setzt (worin er sie aber setzen soll, kann ihm niemand vorschreiben), macht alle feste Grundsätze unmöglich und zum Princip der Gesetzgebung für sich allein untauglich“; s. auch ebd., S. 290: Was die Glückseligkeit angeht „und worin ihn ein jeder setzen will, die Menschen gar verschieden denken, so daß ihr Wille unter kein gemeinschaftliches Princip, folglich auch unter kein äußeres, mit jedermanns Freiheit zusammenstimmendes Gesetz gebracht werden kann“.

¹²² Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: AA 4, S. 418.

¹²³ Über den Gemeinspruch, in: AA 8, S. 290. Vgl. Naturrecht Feyerabend, in: AA 27, S. 1321: „Beim Recht kommt die Glückseligkeit gar nicht in Betracht; denn die kann sich jeder zu erlangen suchen, wie er will“.

¹²⁴ *John Stuart Mill*, On Liberty. London 1859, S. 27.

¹²⁵ Ebd., S. 7.

¹²⁶ Ebd., S. 183; Über den Gemeinspruch, in: AA 8, S. 291. Vgl. *Alexis de Tocqueville*, De la démocratie en Amérique. 1835–1840, Vol. II. Quatrième Partie. Chapitre VI: „Je veux imaginer sous quels traits nouveaux le despotisme pourrait se produire dans le monde: je vois une foule innombrable d’hommes semblables et égaux [...]. Au-dessus de ceux-la s’élève un pouvoir immense et tutélaire, qui se charge seul d’assurer leur jouissance et de veiller sur leur sort. Il est absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux. Il ressemblerait à la puissance paternelle si, comme elle, il avait pour objet de préparer les hommes à l’âge viril; mais il ne cherche, au contraire, qu’à les fixer irrévocablement dans l’enfance“.

Perspektive des staatlichen Eingreifens betrachtet stellt das Freiheitsprinzip für *Mill* als das Prinzip der Verhinderung des Schadens für Andere dar:

the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be right fully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others¹²⁷.

Auch *Mill* schließt daher, ebenso wie *Kant*, aus, dass die Pflichten gegen sich selbst¹²⁸ rechtlich sanktioniert werden können:

What are called duties to ourselves are not socially obligatory, unless circumstances render them at the same time duties to others. The term duty to oneself, when it means anything more than prudence, means self-respect or self-development; and for none of these is any one accountable to his fellow creatures, because for none of them is it for the good of mankind that he be held accountable to them¹²⁹.

Bekanntlich formuliert *Mill* zugunsten des Freiheitsrechtes ein utilitaristisches Argument, das auf der Auffassung beruht, dass im Hinblick auf das eigene Wohlergehen ein jeder zugleich derjenige ist, der das größte Interesse besitzt, und derjenige, der die größte Kenntnis besitzt:

He is the person most interested in his own well-being: the interest which any other person, except in cases of strong personal attachment, can have in it, is trifling, compared with that which he himself has; the interest which society has in him individually (except as to his conduct to others) is fractional, and altogether indirect: while, with 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 else¹³⁰.

Ein Freiheitsrecht, das sich gänzlich auf ein solches Argument stützt, wäre dem Einwand der libertären Paternalisten ausgesetzt, dass, wenn das Wohlergehen die einzige Zielsetzung wäre und dem individuellen Freiheitsrecht ein bloß instrumenteller Wert zugebilligt würde, die Wirksamkeit eines solchen Instruments einer empirischen Bewertung unterworfen wäre, bei der die Fälle des Scheiterns des Marktverhaltens berücksichtigt werden müssten¹³¹.

¹²⁷ *John Stuart Mill*, *On Liberty*, a.a.O., S. 21 ff.

¹²⁸ Ebd., S. 136: „I am the last person to undervalue the self-regarding virtues“; *Mill* schreibt der Selbstachtung und Selbstvervollkommnung einen Wert an sich zu, versteht diese freilich als „selbstbezügliche“ Tugenden, nicht als Pflichten gegen sich selbst.

¹²⁹ Ebd., S. 141.

¹³⁰ Ebd., S. 136 ff.; s. auch 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“.

¹³¹ *Cass R. Sunstein*, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, a.a.O., S. 1864.

Die von *Mill* gelieferte Begründung kann allerdings nicht – wie auch *Thaler* und *Sunstein* anerkennen¹³² – auf eine rein utilitaristische Argumentation reduziert werden¹³³. *Mill* billigt nämlich der individuellen Spontaneität nicht bloß – in der Nachfolge *Wilhelm von Humboldts* – eine tragende Rolle für den Fortschritt der Humanität zu, sondern ebenso „an intrinsic worth“¹³⁴:

If a person 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 mode¹³⁵.

Die Anerkennung des Freiheitsprinzips als konstitutives Rechtsprinzip schließt den Charakter der Unveräußerlichkeit des Freiheitsrechts ein, woraus die – von *Kant* wie von *Mill* vertretene – These von der Nichtigkeit und damit der rechtlichen Unwirksamkeit aller Handlungen folgt, die zu einem Verzicht auf die eigene Freiheit führen würden. Ganz und gar schlüssig erstreckt *Kant* diese Konsequenz auch auf Klostergelübde und Eheversprechen:

Es scheinen auch alle Clostergelübde null und nichtig zu seyn, weil der Mensch auf die Freyheit renunciirt, sein Glück jemals nach Veränderten Einsichten zu machen. Alle Untrennbare Ehen, alle Anheischigmachung zu Glaubensbekenntnissen, die niemals geändert werden sollen¹³⁶.

Die Geltendmachung eines solchen Freiheitsrechts ist, wie *Sunstein* feststellt, ein „showstopper“, der die Prüfung empirischer Fragen als unzuständig erkennt und paternalistische Zwangseingriffe des Staates als illegitim ausschließt¹³⁷.

Es gilt allerdings festzuhalten, dass die Verteidigung des Freiheitsrechts, da sie auf der Verkündung des unspezifischen Wertes der Freiheit¹³⁸, d.h. auf der Auffassung gründet, dass die Freiheit einen Wert besitze, der unabhängig vom

Vgl. zur Auffassung, dass eine normative Kritik am Paternalismus sich nicht auf konsequentialistische Argumente stützen könne, *Thomas Gutmann*, *Paternalismus und Konsequentialismus*. Preprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics. Münster 2011.

¹³² *Richard H. Thaler / Cass R. Sunstein*, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, a.a.O., S. 1167, Fußn.

¹³³ Vgl. *Isaiah Berlin*, *Two concepts of liberty*, a.a.O., S. 128.

¹³⁴ Ebd., S. 102: „But the evil is, that individual spontaneity is hardly recognized by the common modes of thinking, as having any intrinsic worth, or deserving any regard on its own account.“

¹³⁵ Ebd., S. 121.

¹³⁶ Reflexion 7894, in: AA 19, S. 547; Reflexion 7931, in: AA 19, S. 558: „Denn ein pactum ist null und nichtig, wodurch ich alle Freyheit aufgebe“; Reflexion 7576, in: AA 19, S. 459; *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, in: AA 27, S. 594; *John Stuart Mill*, *On Liberty*, a.a.O., S. 183 ff. Bei der Ehe ist *Mill* vorsichtiger als *Kant*.

¹³⁷ *Cass R. Sunstein*, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, a.a.O., S. 1885.

¹³⁸ Diese sehr nützliche und klärende Terminologie stammt von *Ian Carter*, *La libertà eguale*, a.a.O., S. 41.

Wert dessen ist, was man zu tun frei ist, und damit zwar das individuelle Recht auf Irrtum bewahrt¹³⁹, damit aber nicht den Einsatz von Systemen der Information, Erziehung, Ermahnung oder Überzeugung als illegitim ausschließt¹⁴⁰. Wie *Mill* schreibt, kann man niemanden zwingen, „to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right“, jedoch „these are good reasons for remonstrating with him, or reasoning with him, or persuading him, or entreating him“¹⁴¹.

Dass bei der Auswahl der Techniken zur Verbreitung von Informationen oder zur Überzeugung der Bürger die Eigenschaft der Bürger selbst berücksichtigt werden, wie sie sich aus den Ergebnissen wissenschaftlicher Untersuchungen ergeben, denen zu vertrauen man sich entschieden hat, verletzt keinerlei Freiheit. Von den Eingriffen, die der libertäre Paternalismus vorzunehmen vorschlägt, sind daher die nicht verletzenden libertär, nicht aber paternalistisch, denn sonst würde man – wie *Gerald Dworkin* zutreffend bemerkt – die Definition des Paternalismus so weit ausdehnen, dass er letztlich das bloße Wohlwollen mit einschließt:

Basically, the definition of paternalism in Libertarian Paternalism is focused solely on the fact that nudges are being used to make the agents being nudged better off. We could replace „paternalism“ with „benevolence“ and nothing important would be left out since the „libertarian“ aspect picks up everything else that is significant. Whether this expansion of the definition of paternalism is warranted or not is a matter of what

¹³⁹ Vgl. dazu *Jeremy Waldron*, A right to do wrong, in: *Ethics* 92 (1)/1981, S. 21–39; *Alessandro Spina*, Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione, in: *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 57,3/2014, S. 1209–1248, 1246 ff. *Sarah Conly*, Against autonomy, a.a.O., S. 190, ridiculisiert anhand eines unpassenden Beispiels die Forderung nach einem Recht auf Irrtum: „It’s as if someone were trying to swim the English Channel, but failing: the fact that she is a really good swimmer under many circumstances doesn’t mean that when we look at her and see that here she is floundering we should say „she can often swim well, so let’s not help her out here just because she is sinking.““; s. auch *J. D. Trout*, Restriction Maybe, But is it Paternalism? Cognitive Bias and Choosing Governmental Decision Aids, a.a.O., S. 468.

¹⁴⁰ Vgl. *Anne van Aaken*, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus, in: *Michael Anderheiden / Peter Bürkli / Hans Michael Heinig / Stephan Kirste / Kurt Seelman* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht. In memoriam Angela Augustin* (1968–2004). Tübingen (Mohr Siebeck) 2006, S. 109–144.

¹⁴¹ *John Stuart Mill*, On Liberty, a.a.O., S. 22; s. auch S. 137: „in each person’s own concerns, his individual spontaneity is entitled to free exercise. Considerations to aid his judgment, exhortations to strengthen his will, may be offered to him, even obtruded on him, by others; but he himself is the final judge.“; S. 168 ff.: „Advice, instruction, persuasion, and avoidance by other people if thought necessary by them for their own good, are the only measures by which society can justifiably express its dislike or disapprobation of his conduct.“.

issues are being explored and whether such an expansion makes things clearer or more confused¹⁴².

Der Ausdruck „libertärer Paternalismus“ verwirrt nach unserer Ansicht die Dinge auf gefährliche Weise. Wenn nämlich in Befolgung der weiteren Thesen des libertären Paternalismus auch paternalistische Politiken im engeren Sinne gerechtfertigt werden, die – anhand einer auf einen objektivistischen Begriff des Wohlergehens gestützten Kosten-Nutzen-Analyse – die Angemessenheit einer Einmischung des Staates in die Freiheit der Bürger bewerten, so ist das Adjektiv „libertär“ nicht anwendbar¹⁴³ und es müssen die Legitimität des Paternalismus überhaupt oder – wenn es darum geht – die Angemessenheit und Erlaubtheit von Eingriffen diskutiert werden, welche einige gesellschaftlich garantierte Rechte wie die Gesundheit auch gegen den Willen ihrer Träger schützen, um die öffentlichen Kosten zu senken.

V. Schlussbemerkung

Die neuen Paternalismen, die sich auf die Erkenntnisse der Verhaltenswissenschaften stützen, bilden nicht eine „maladie sénile du libéralisme“¹⁴⁴, denn der Paternalismus stellt eine Antithese zum Liberalismus, nicht eine seiner möglichen Anwendungsformen dar¹⁴⁵.

Die neuen Paternalismen bedeuten vielmehr eine Degeneration des Sozialstaates, ausgelöst durch die beherrschende Rolle der Ökonomie: Die Ökonomen, die die Illusion von der vollkommenen Rationalität der menschlichen Handelnden genährt haben, welche im *homo oeconomicus* Gestalt gewonnen haben, geben nunmehr die These von der bloß deskriptiven Funktion dieses anthropologischen Modells auf, und verstehen dieses jetzt – paradoxer Weise – als normatives Modell.

¹⁴² Gerald Dworkin, Artikel „Paternalism“, in: Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, a.a.O.

¹⁴³ Vgl. Ian Carter, *La libertà eguale*, a.a.O., S. 263: „Der Liberale rechnet zu den Bedingungen, ein Handelnder zu sein, nicht Kriterien der materiellen Rationalität“; S. 282: „Eine Theorie, die auf dem Recht auf gleiche Freiheit basiert, [...] enthält keinen Katalog von Zielen [...], denn dies würde der Haltung widersprechen, die Menschen als Ausgangspunkte der Ziele zu begreifen“.

¹⁴⁴ Jean-Marie Donegani, *Le paternalisme, maladie sénile du libéralisme?*, in: *Raisons politiques* 44, 2011, S. 5–13.

¹⁴⁵ Norberto Bobbio, *Liberalismo vecchio e nuovo*, in: *Il futuro della democrazia*. Turin (Einaudi) 1995, S. 115–140, 132: „Die Antithese zum liberalen Staat ist der paternalistische Staat, der sich um die Untertanen sorgt, als ob sie dauerhaft unmündig seien, und für ihre Glückseligkeit sorgt“.

Um den Menschen auf freundliche Weise dazu zu bringen, sich wie ein *homo oeconomicus* zu verhalten, soll es – so meint man – legitim sein, dass der Staat aus den jüngsten Erkenntnissen der Verhaltensökonomik nützliche Erkenntnisse zieht, um die Entscheidungsprozesse seiner Bürger zu steuern, ohne dass er damit deren Freiheit verletze, vielmehr bloß das systematische und vorherzuberechnende Auftreten von Irrtümern aufgrund von begrenzter Rationalität und schwachem Willen in den Prozessen der Entscheidungsfindung berücksichtige. Diese Irrtümer und die sich daraus ergebenden Mechanismen möglicher Konditionierung berücksichtigen mittlerweile fast alle europäischen Regierungen bei der Konzipierung ihrer Öffentlichkeitspolitik – so, wie Regierungen schon immer, die jeweils verfügbaren Techniken der Überzeugung eingesetzt haben. Soweit es sich tatsächlich um freundliche Anstöße handelt, denen man sich ohne Mühe entziehen kann, gibt es keinen Anlass, derartige Maßnahmen – auch wenn sie auf das, zumindest vermeintliche, Gute der Bürger zielen – als paternalistische zu bezeichnen; vielmehr handelt es sich bloß um Akte des Wohlwollens.

Die libertären Paternalisten vertreten jedoch noch zwei weitere Thesen, die ihre Position als eine solche des Paternalismus im engeren Sinne qualifizieren – dass es nämlich einen objektiven und allgemein anerkannten Begriff des individuellen Wohlergehens gebe (der niemals analytisch bestimmt worden ist und sich fast ausschließlich in allgemeinen Hinweisen auf „Gesundheit und Geld“ erschöpft) und dass es im Hinblick auf dieses Wohlergehen dem Staat erlaubt sei, paternalistische Maßnahmen zu ergreifen, bei denen die Intensität des notwendigen Anstoßes – vom ganz leichten Anstoß bis hin zum regelrechten Zwang – sich auf der Grundlage eines bloßen Kosten-Nutzen-Kalküls bestimme. Damit wird der Freiheit nichts weiter als ein spezifischer und äußerlicher Wert zuerkannt, was bedeutet, dass eine Verteidigung des Freiheitsrechtes, das von spezifischen Freiheiten und davon absieht, wozu ihre Erhaltung dienen kann, als Fanatismus geschmäht wird.

Es empfiehlt sich daher, daran zu erinnern, dass Vorschläge für Eingriffe, welche die individuelle Freiheit unberührt lassen, nicht paternalistisch sind, hingegen Maßnahmen, welche die individuelle Freiheit im Namen des Wohlergehens des Individuums selbst beschneiden, das dieses nicht zu erkennen oder zu erreichen vermöge, wohl paternalistisch, nicht aber libertär sind. Es geht nicht um konventionelle, auf bloßer Vereinbarung beruhende Definitionen; es geht darum, explizit die in Frage stehenden Werte und Forderungen – z.B. Freiheit und öffentliche Kosten der sozialen Rechte – zu thematisieren, wenn sich zwischen ihnen ein Konflikt zeigt, denn zu bestreiten, dass zwischen Paternalismus und Freiheit ein konträrer Gegensatz bestehe, stellt einen politischen Akt dar, der das Problem der individuellen Bereitwilligkeit, auf die Freiheit zu verzichten, der öffentlichen Diskussion entzieht, wenn deren Wahrnehmung mit dem Ziel der Eindämmung der

zum Schutz der sozialen Rechte notwendigen öffentlichen Kosten kollidiert oder wenn der Staat sich bei Entscheidungen, welche die Erreichung der Glückseligkeit und des Wohlergehens seiner Bürger beeinflussen, an deren Stelle setzen kann.

Kant in diesem Kontext noch einmal zu lesen, kann dazu dienen, sich daran zu erinnern, dass die Berufung auf eine Glückseligkeit, deren Definition als ausgemacht und unbestreitbar hingestellt wird, in Wirklichkeit die Berufung auf ein Ideal der Einbildung sein könnte, und dass die Verwandlung des Sozialstaates in einen Wohlfahrtsstaat – auch wenn sie möglich sein sollte, wie die neuen Paternalismen annehmen – einen Preis im Sinne der Freiheit kosten¹⁴⁶ und nicht, wie sie behaupten, mit unveränderter Freiheit zu haben ist.

Dies ist vielleicht die paternalistischste Geste, welche die Paternalisten, die sich als libertär bezeichnen, vollzogen haben – dass sie mit Hilfe von rhetorischen Tricks die Thematik des Freiheitsrechts und seiner Grenzen der öffentlichen Diskussion entzogen haben und an die Stelle dieser Diskussion ein Glücksversprechen gesetzt haben. Hierbei handelt es sich übrigens keineswegs um ein neues Angebot seitens des Staates¹⁴⁷.

Zu erkennen, dass die neuen Paternalismen definieren, welches die Ziele der Bürger sein sollen – und sich nicht, wie sie behaupten, darauf beschränken, eine Hilfestellung bei der Feststellung der Mittel für die Zwecke, welche die Bürger selbst sich autonom setzen, zu leisten – gibt der politischen Diskussion ein Thema zurück, das andernfalls auf bloße instrumentelle Fragen reduziert wird, die man getrost der höheren Kompetenz der Spezialisten und Techniker überlassen kann¹⁴⁸, nämlich das Thema, „nature and limits of the power which can be legitimately exercised by society over the individual“¹⁴⁹ zu bestimmen, und das Gewicht, das – im jeweiligen Einzelfall, in verschiedenen Zusammenhängen, im Falle der Kollisions-

¹⁴⁶ S. dazu *Norbert Hinske*, Kants Warnung vor dem Wohlfahrtsstaat, in: *Die Neue Ordnung* 58,6/2004, S. 444–451.

¹⁴⁷ S. z.B. *Benjamin Constant*, *De la liberté des anciens compare à celle des modern*. Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris. 1819: „Les dépositaires de l'autorité [. . .] sont si disposés à nous épargner toute espèce de peine, excepté celle d'obéir et de payer! Ils nous diront: Quel est au fond le but de vos efforts, le motif de vos travaux, l'objet de toutes vos espérances? N'est-ce-pas le bonheur? Eh bien, ce bonheur, laissez-nous faire, et nous vous le donnerons. Non, Messieurs, ne laissons pas faire; quelque touchant que ce soit un intérêt si tendre, prions l'autorité de rester dans ses limites; qu'elle se borne à être juste. Nous nous chargerons d'être heureux.“

¹⁴⁸ *Isaiah Berlin*, *Two concepts of liberty*, a.a.O., S. 118: „Where ends are agreed, the only questions left are those of means, and these are not political but technical, that is to say, capable of being settled by experts or machines like arguments between engineers or doctors“. Vgl. *Norberto Bobbio*, *Il futuro della democrazia*, in: *Il futuro della democrazia*. Turin (Einaudi) 1995, S. 3–31, 23; *Laura Bazzicalupo*, *L'economia come logica di governo*, in: *SpazioFilosofico* 2013, S. 21–29, 25.

¹⁴⁹ *John Stuart Mill*, *On Liberty*, a.a.O., S. 7.

sion mit anderen Werten und anderen Rechten – dem Glauben an das Recht auf „freedom to live as one prefers“ beizulegen ist, dessen Niedergang, wie *Isaiah Berlin* bemerkte, „the death of a civilization, of an entire moral outlook“¹⁵⁰ bedeuten würde.

¹⁵⁰ *Isaiah Berlin*, Two concepts of liberty, a.a.O., S. 129.